

ISSN:1309-6826



T.C. ADALET BAKANLIĞI

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Yıl: 11 • Sayı: 38 • Nisan 2019

Üç ayda bir yayımlanan ulusal hakemli dergidir.

www.hsem.adalet.gov.tr

2019

38



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

38

YIL: 11, SAYI: 38, NİSAN 2019
www.hsem.adalet.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ/OWNER

Adalet Bakanlığı Adına,
Bakan Yardımcısı
Cengiz ÖNER

EDİTÖR/EDITOR

Abdulkadir TUTAR
Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF

Abdulkadir TUTAR
Hâkim

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Uğur PARLAK
Hâkim

Hâkim ve Savcı Eğitim Merkezi Müdür Yardımcısı

Adnan DÖNDERALP
Hâkim

Sosyal ve Kültürel Dergiler Editörü

Abdulkadir TUTAR
Hâkim

Bilimsel ve Akademik Dergiler Editörü

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM ve HAZIRLAMA/ PUBLISHING DESIGN&COORDINATION

Menekşe ÖRME

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ

PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Hâkim ve Savcı Eğitim Merkezi

Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
Çankaya/Ankara

Tel: 312 489 81 80 • **Faks:** 312 489 81 01

E-posta: adaletakademisi.dergi@gmail.com

Web: www.hsem.adalet.gov.tr

BASKI

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi, ŞAŞMAZ/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Hakemli bir dergi olup, dergide Türkçe ulusal hakemli makaleler yayımlanmaktadır.
 2. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarında) yayımlanır.
 3. Dergiye gönderilen yazıların daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir.
 4. Makalelerin www.hsem.adalet.gov.tr adresinde bulunan makale gönder butonu ile gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, yayın yönetmeni ve editörler ile iletişim kurulabilir.
 5. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan Başlık, 150-250 kelime arası Özet ve 5-8 kelime arası Anahtar Kelimeler bulunmalıdır. Hakemli makalelerde Başlığın, Özeti ve Anahtar Kelimelerin Türkçe'nin yanı sıra İngilizce, Fransızca veya Almanca yazılması zorunludur.
 6. Yazının ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto yazılmalı "Calibri" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalıdır.
 7. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atf sistemi kullanılmalıdır.
 8. Makale, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az ve 10.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
 9. Yazarın akademik ünvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın mesleği, ünvanı, elektronik posta adresi adına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
 10. Makalelerin Yayın Kurulu ve en az 2 hakem tarafından olumlu bulunması gerekmektedir.
 11. Yazarlara ve hakemlere "Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği" kapsamında telif ve inceleme ücreti ödenmektedir. Dergide yazısı yayımlanmış olan yazarlara beş adet dergi ücretsiz olarak gönderilmektedir.
- Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.
 - Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
 - Derginin elektronik versiyonuna www.hsem.adalet.gov.tr adresinden ulaşılabilir.

DANIŞMA KURULU*/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
Prof. Dr. Adem SÖZÜER
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN
Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ
Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL
Prof. Dr. Ali Şafak BALI
Prof. Dr. Arzu OĞUZ
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ
Prof. Dr. Aydın GÜLAN
Prof. Dr. Ayhan DÖNER
Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN
Prof. Dr. Cem BAYGIN
Prof. Dr. Cemal ŞANLI
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNİCİ
Prof. Dr. Emine AKYÜZ
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Prof. Dr. Enver BOZKURT
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
Prof. Dr. Ersan ÖZ
Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
Prof. Dr. Füğen SARGİN
Prof. Dr. Halil AKKANAT
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Prof. Dr. Hamide ZAFER
Prof. Dr. Hasan AYRANCI
Prof. Dr. Hasan BACANLI
Prof. Dr. Hasan İŐGÜZAR
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
Prof. Dr. Hasan TUNÇ
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ
Prof. Dr. İbrahim AYDINLI
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Prof. Dr. İsmail KAYAR
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ
Prof. Dr. Kadir ARICI

Prof. Dr. Kamil Ufuk BILGIN
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK
Prof. Dr. Kudret GÜYEN
Prof. Dr. M. Fatih UŐAN
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN
Prof. Dr. Mehmet DEMİR
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE
Prof. Dr. Mahmut KOCA
Prof. Dr. Melikşah YAŞIN
Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
Prof. Dr. Murat ATALI
Prof. Dr. Murat DOĞAN
Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN
Prof. Dr. Mustafa AKKAYA
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN
Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK
Prof. Dr. Nevzat KOÇ
Prof. Dr. Nihat BULUT
Prof. Dr. Nuray EKŐİ
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR
Prof. Dr. Osman DOĞRU
Prof. Dr. Osman İSFEN
Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Prof. Dr. Sururi AKTAŐ
Prof. Dr. Süha TANRIVER
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI
Prof. Dr. Şafak NARBAY
Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Prof. Dr. Vahit BIÇAK
Prof. Dr. Vahit DOĞAN
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR
Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANİTEZ
Prof. Dr. Yavuz ATAR
Prof. Dr. Yener ÜNVER
Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŐKAN

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

Doç. Dr. Cenk AKİL	1
Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m. 353/1-a-6 Üzerine Değerlendirme	
<i>The Thoughts on the Article 353/1-a-6 of Turkish Code of Civil Procedure As A Ground For Intermediate Appeal</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Hatice Kübra ERCOŞKUN ŞENOL	19
Hem Haksız Hem De Taşkın Yapı Niteliğindeki Yapılar	
<i>Constructions Having Both Unjust and Excessive Characteristics</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Mesut ŞÖHRET.....	63
Uluslararası Hukukta Devletlerin Tanınmasının Hukuki Boyutu ve Tanınma İle İlgili Başlıca Normlar	
<i>Legal Dimension of Recognition of States in International Law and Basic Principles About Recognition</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Emre TULAY	89
Suç Örgütü Liderinin Cezai Sorumluluğuna İlişkin Hukuki Analiz ve Öneriler (TCK m. 220/5)	
<i>Strafrechtliche Würdigung und Vorschläge Zur Strafbarkeit Des Anführers Einer Kriminellen Vereinigung (Art. 220 tStGB)</i>	
Arş. Gör. Derya G. BÜTÜN YILMAZ	107
Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi	
<i>Annotation of the Construction Contract in Return for Land Share</i>	
Arş. Gör. Işık Aslı HAN.....	131
Türk Borçlar Kanununun 202. Maddesi Işığında Ticari İşletme Devrinde Pasiflerin Devir Kapsamı Dışında Bırakılmasının Geçerliliği	
<i>On The Validity of Eclusion of Liabilities From Assignment of Business Under Article 202 of Turkish Code of Obligations</i>	
İlhan GÜLEL	163
Viyana Satım Sözleşmesinin (CISG) İfa Engelleri Sistemi ve Bu Sistemde Alıcının Sahip Olduğu Haklar	
<i>The Performance Barriers Regulations of The Vienna Convention on International Sale of Goods (CISG) and The Rights of The Buyer</i>	

Mustafa Serhat ŞEN, Mustafa Kamil ŞEN.....201

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Faiz Hükümleri ve Sınırları - Tüketici İşlemlerinde Faiz

*Provisions and Limits of Interest In Consumer Protection Law No: 6502
Interest In Consumer Transactions*

Av. Dr. Safa KOÇOĞLU239

Evlat Edinmede Ana Ve Babanın Rızasının Aranıp Aranmaması Sorununun, Özellikle Yetkili Kurum Aracılığı İle Evlat Edinme Açısından İncelenmesi

Examination of the Issue Concerning Whether Parental Consent is To Be Required in Case Of Adoption, Especially in Case Of Adoption Via Competent Authority

Av. Burak Hamza ER.....267

Türk Hukuku'nda Üreticinin ve İthalatçının Satım Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluğu

The Responsibility of Manufacturer and of Importer For The Defect On Sale Agreement in Accordance With Turkish Law Of Obligations and Consumer Protection Law

Emre DİZDAR.....295

Yetkisiz Hekimlik Suçu (1219 Sayılı Kanun m.25)

Unauthorized Practice of Medicine (Art. 25 of the Law No. 1219)

Oğuz Kaan PEHLİVAN315

Uluslararası Adalet Divanı'nda Görülen Davalara Dostane Katılım (Amicus Curiae) ve Dostane Mütalaa (Amicus Brief) Usulü

Amicus Curiae and Amicus Brief Procedures On the Disputes Before International Court of Justice

Psk. Alper KÜÇÜKAY343

Suç Önleme Stratejileri ve Güvenlik Politikalarına Psikolojik Bir Bakış

A Psychological Study on Crime Prevention Strategies and Safety Policies

Dr. Eda ERMAĞAN ÇAĞLAR, Dr. Tuğba TÜRK393

İstismara Maruz Kalan Çocuklarla Adli Görüşme: NICHD PROTOKOLÜ Önerisi

Forensic Interviews With Abused Children: The NICHD Protocol

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER / ARTICLES

BİR İSTİNAF SEBEBİ OLARAK HMK m. 353/1-a-6 ÜZERİNE DEĞERLENDİRME

The Thoughts on the Article 353/1-a-6 of Turkish Code of Civil Procedure As A Ground For Intermediate Appeal

Doç. Dr. Cenk AKIL¹

Geliş Tarihi: 03.01.2019 Kabul Tarihi: 27.02.2019

ÖZET

İstinaf kanun yolu hukukumuzda 20.07.2016'dan itibaren fiilen uygulanmaya başlanmıştır. Böylelikle iki dereceli olan yargılama sistemimiz üç kademeli hale gelmiştir. İstinaf başvurularının başlamasıyla birlikte tartışma konusu olan hükümlerden biri de HMK m. 353/1-a-6 olmuştur. Söz konusu hükme göre, ilk derece mahkemelerinin taraflarca gösterilen delilleri hiç incelemeyen yahut gösterilen delilleri hiç değerlendirmeden karar vermesi durumunda bölge adliye mahkemesinin dava dosyasını tekrar ilk derece mahkemesine göndermesi gerekmektedir. Uygulamada bölge adliye mahkemeleri delillerin sadece bir kısmının toplanmaması yahut değerlendirilmemesi durumunda dahi dava dosyalarını ilk derece mahkemelerine gönderilmesi yönünde kararlar vermişlerdir. Buna karşılık, Yargıtay ise delillerin bir kısmının toplanmaması yahut değerlendirilmemesi ihtimalinde bu eksikliğin bizzat bölge adliye mahkemeleri tarafından giderilmesi eğilimindedir. Makalede bahsi geçen hüküm olan ve olması gereken hukuk bakımından değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Medeni usul hukuku, kanun yolu, istinaf, temyiz, usul ekonomisi

ABSTRACT

The courts of appeals is being active on as of 20.07.2016. As a result of this, our two-level jurisdiction system turned into a three-level system. With the commencement of applications to the courts of appeals, there has been a special focus on the article 353/1-a-6 of Code of Civil Procedure. According to the said article, the courts of appeals should send the court file to the courts of first instance if the court has rendered the decision without gathering any evidence offered by the parties regarding the merits of the action or without any valuation of the evidence that were offered. In practice, the courts of appeals generally sends the court files to the courts of first instance seven if they have not gathered or rendered some of the evidences. However, Court of Cassation stated clearly that, the courts of appeals should fill the deficiencies where the courts of first instance have not gathered or rendered some of the evidences. With this respect, in this study we will examine the de lege feranda and de lege lata characteristics of this disposition.

Key Words: Law of civil procedure, appellate remedies, intermediate appeal, appeal, judicial economy

¹ Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta:akilcenk@hotmail.com. ORCID ID: 0000-0003-3662-0124

GİRİŞ

Hukuken yürürlüğe girmekle beraber uygulamaya sokulması defalarca ertelenen istinaf kanun yolu 20.07.2016'den itibaren Türk hukuk uygulamasında yerini almaya başlamış ve böylece yargılama sistemimiz üç kademeli hale gelmiştir. Leh ve aleyhinde pek çok görüş ileri sürülen istinaf kanun yolunun ne ölçüde başarılı olacağı ve yargılama sistemimize olan katkısı bölge adliye mahkemeleri tarafından verilen kararlarla gün yüzüne çıkmaya başlamıştır. Ne var ki, istinaf başvurularının başlamasıyla birlikte istinafa ilişkin bazı hükümler de tartışma konusu yapılmıştır. Bunlardan biri de inceleme konumuzu teşkil eden HMK m. 353/1-a-6'dır. Anılan hüküm uyarınca tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması durumunda bölge adliye mahkemesi tarafından, istinaf başvurusuna konu edilen karar kaldırılarak dosya tekrar ilk derece mahkemesine gönderilir. Söz konusu hükümde geçen *"delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden"* ibaresinin bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay (daiireleri) tarafından farklı şekilde yorumlandığı gözlemlenmektedir. Bölge adliye mahkemeleri söz konusu ibareyi genellikle çok geniş yorumlarken, Yargıtay ise genellikle Kanun'un lafzına bağlı kalmayı tercih etmektedir.

Aşağıda söz konusu hükmün önce yargı mercileri (bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay) ve öğreti tarafından nasıl yorumlandığı üzerinde durulacak; daha sonra da kişisel görüşümüze yer verilecektir.

A. HÜKMÜN ÜST MAHKEMELER TARAFINDAN YORUMLANMA BİÇİMİ

I. BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ TARAFINDAN

Aşağıda yer verilen kararlardan da anlaşılacağı üzere uygulamada bölge adliye mahkemeleri HMK m. 353/1-a-6'yı kural olarak geniş yorumlamaktadır. Bölge adliye mahkemelerinin HMK m. 353/1-a-6 hükmüne istinaden dava dosyasını ilk derece mahkemesine geri gönderdikleri haller kanımızca aşağıdaki gibi sınıflandırılabilir:

1. Gerekli Delillerin Toplanmadığı Gerekçesiyle Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi bir kararında *"davanın esasını etkileyecek"* delillerin toplanmamasını dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi için yeterli addetmiştir: *"...(D)avalı vekilinin delil olarak ileri sürdüğü Kavaklı Belediye Meclisi'nin geçici işçi çalıştırılmasına... delillerin toplanmadığı, bu delillerin de davanın esasını etkileyecek nitelikte olduğu anlaşılmıştır. HMK'nın 353/1-a/6 maddesine göre davanın esas ile ilgili delillerin toplanıp değerlendirilmesi gerekir. Sayılan bu deliller davanın esas ile ilgili olduğundan"*

toplanıp mahkemece değerlendirilmesi gerekir...”²

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi başka bir kararında ise gerekli olduğu halde bilirkişiden ek rapor alınmamış olmasını kararın HMK m. 353/1-a-6 uyarınca kaldırılıp ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi bakımından yeterli görmüştür:

*“...(D)avacının... hizmet cetveli ve hizmet cetvelinde yer alan işyeri dosya örneklerinin celbi ile gerektiğinde celp edilen hizmet cetveli de değerlendirilmek suretiyle **bilirkişiden ek rapor alınması bakımından HMK 353/1-a-6 maddesi gereğince karar kaldırılarak dosyanın geri çevrilmesine karar verilmesi gerekmiş** aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur...”³*

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında benzer bir sonuca vararak ilk derece mahkemesi tarafından gerekli delillerin (belgelerin) toplanmamış olması nedeniyle dava dosyasının HMK m. 353/1-a-6 uyarınca geri gönderilmesi gerektiğini belirtmiştir. Karar özetle şu şekildedir:

*“... Dosya kapsamı, **mevcut delil durumu** ve ileri sürülen istinaf sebepleri dikkate alındığında; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun sistematığı ve üç dereceli yargılamanın gereği olarak, öncelikle ilk derece fonksiyonunun yerine getirilmesi, ardından istinaf değerlendirmesinin yapılması için, mahkemece gereken belgeler toplanmak suretiyle işçilik alacakları değerlendirilmeli, dava konusu alacaklar hesaplatılmalı, bu hesaba karşı tarafların itirazları değerlendirilmeli, davacı tarafa islah imkânı tanınmalı, usulüne uygun gerekçe ile hüküm kurulmalıdır... **dosyanın kararı veren Mahkemeye gönderilmesine karar vermek gerekmiştir...**”⁴*

² İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 9. HD, 22.03.2017, 103/125 (KİBB). İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin taraflarca gösterilen delillerin “birinin” dahi toplanmamış olmasını dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi bakımından yeterli gördüğü başka bir kararı da özetle şu şekildedir: *“...(M)ahkemece tanık beyanları **eksik** alınmış ve doğal olarak uyumsuzluğun çözüm noktasında tam olarak değerlendirilmemiş, yukarıda HMK. 353/1-a.6 madde metninde açıklanmaya çalışılan, kararın kaldırılıp iade edilmesi sonucuna götüren koşullar bu şekilde oluşmuştur. Çünkü davanın esasıyla ilgili **gösterilen delillerden birinin bile toplanmaması** HMK. 353/1-a.6 maddesi bağlamında gösterilen delillerin değerlendirilmemesi anlamını taşır. **Davanın esasını, çözümünü ve sonuçta verilecek kararı doğrudan etkileyecek nitelikteki delillerle ilgili hiç araştırma yapılmaması ya da delillerin sonuç elde edemeyecek derecede eksik toplanması arasında hiç bir fark bulunmamakta, uyumsuzluğun esasına ilişkin eksik delil, ihtilafı ve delil durumunu hiçlik noktasına getirmektedir. Bu durumun yönteminde giderilmesi, gereğinin yerine getirilmesi işlemi ilk derece mahkemesince yapılmalıdır.** Yapılan açıklamalar çerçevesinde; 6100 sayılı HMK'nun 356/1-a.6 maddesi hükmü gereğince yerel mahkeme hükmünün esas incelenmeden kaldırılması ile ...”* İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 31. HD, 24.01.2017, 83/45 (KİBB).

³ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 30. HD, 16.03.2017, 2013/370 (KİBB).

⁴ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9. HD, 28.02.2017, 349/367 (KİBB).

2. Toplanan Delillerin Nitelik Olarak Yetersizliği Gereğiyle Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi

Delillerin nitelik olarak yetersizliği nedeniyle dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine Samsun Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen bir karar örnek gösterilebilir. Bahsi geçen kararda şu ifadeler yer verilmiştir: “... 6100 sayılı HMK'nın 353/1-a-6 hükmüne göre **“Mahkemece tarafların davanın esasını ile ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirini toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması halinde”** esasını incelemeyen kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi zorunludur. Yargılama sırasında kural olarak tarafların göstermiş olduğu tüm delillerin ilk derece mahkemesince toplanıp ortaya konulmasından sonra değerlendirilerek uyuşmazlık konusu vakianın ispat edilen ve edilemeyen kısımların ortaya konulması ve sonuca gidilmesi gerekmektedir. Bunun için de her bir dava ile ilgili esasa etki eden delillerin toplanmasının zorunlu olduğu, her ne kadar yukarıda belirtilen maddenin tarafların davanın esasını ile ilgili gösterdikleri delillerin hiçbirini denmesine veya gösterilen delillerin hiç değerlendirilmemesinin kapsamının geniş tutulması gerektiği buradaki yasanın amacının olayın çözümüne katkı yapacak delillerin toplanmamasının anlaşılması gerektiği, **delillerin toplanmasından amacın delillerin usule uygun olarak toplanmasının kastedildiğinin anlaşılması ve bu düzenlemenin bu şekilde değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır...**Bu haliyle hükme esas alınan bilirkişi raporu denetime elverişli değildir. Bilirkişiden alınan hususları içeren gerekçeli ve ayrıntılı rapor alınmalıdır”⁵

3. Toplanan Delillerin Değerlendirilmediği Gereğiyle Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Geri Gönderilmesi

Bölge adliye mahkemeleri bazı hallerde ise deliller toplanmış olmakla birlikte değerlendirilmediği sonucuna vararak dosyayı ilk derece mahkemesine geri göndermektedir. Örneğin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında “...HMK'nun 353/1.a.6 maddesi uyarınca, ilk derece

⁵ Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 7. HD, 10.10.2016, 11/11 (KİBB). Benzer şekilde, Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi de ilk derece mahkemesi tarafından alınan bilirkişi raporunun hükme yeterli olmaması nedeniyle dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilerek denetime elverişli bilirkişi raporu alınması gerektiğini ifade etmiştir: “...**(H)ükme esas alınan bilirkişi raporunun dosya kapsamı, tarafların iddia ve itirazları ile ilgili yönetmeliğin olaya tatbiki yönünden değerlendirildiğinde, hükme esas alınabilecek nitelikte ve yeterlilikte olmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece... denetimine elverişli bilirkişi raporu alınmak suretiyle hüküm tesisi yoluna gidilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporu hükme esas alınarak karar verildiği kanaatine varılarak, mahkemenin kararının kaldırılıp dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar verilmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur...**”. Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 4. HD, 07.12.2016, 6/6 (KİBB).

mahkemesince tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması halinde, bölge adliye mahkemesince işin esası incelenmeden, mahkeme kararının kaldırılarak davanın yeniden görülmesi için, dosyanın kararı veren mahkemeye veya yargı çevresi içindeki başka bir mahkemeye gönderilmesine duruşma yapılmaksızın kesin olarak karar verilir. İlk derece mahkemesi, yargılamanın geldiği aşama ve diğer yargılama dosyalarını nazara alarak davacının tedbir talebinin reddine karar vermiş ise de ilk derece mahkemesinin dosyadaki delilleri değerlendirmedeği ve tartışmadığı, red kararına gerekçeleri göstermediği...anlaşılmaktadır...”⁶.

4. Kararın Gerekçesizliği Nedeniyle Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Geri Gönderilmesi

Bölge adliye mahkemeleri bazı kararlarında ise ilk derece mahkemesi kararlarının gerekçesiz olması nedeniyle HMK m. 353/1-a-6’ya istinaden dosyanın geri gönderilmesi gerektiği sonucuna varmışlardır. Örneğin: “... Gerekçe, kararın denetiminin yapılabilmesi ve tarafların kararın doğruluğu veya yanlışlığı konusunda fikir sahibi olmasını sağlayarak kanun yollarına başvurma konusundaki tutumlarının belirlenmesi açısından önemli bir işlev görür. İlk derece mahkemesi kararında davanın kabulüne dair gerekçelerin gösterilmediği, sadece bilirkişi raporuna atıf yapıldığı, davanın hangi gerekçe ile kabul edildiği açıklanmadığı bu haliyle istinaf denetimine elverişli bir karar bulunmadığı anlaşılmaktadır. Açıklanan bu gerekçelerle, HMK 353/1.a.6 maddesi uyarınca, esasa dair istinaf sebepleri incelenmeksizin, İlk Derece Mahkemesi’nin istinafa konu kararının kaldırılmasına...”⁷.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, bazı bölge adliye mahkemeleri ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararların gerekçesiz olmasını dava şartı kapsamında değerlendirerek HMK m. 353/1-a-4 ile HMK m. 353/1-a-4 bentlerini birlikte değerlendirerek dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine karar verdikleri de görülmektedir. Nitekim İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında bu hususa şu sözlerle işaret etmiştir: “... **Özetle, ilk derece mahkemesi, emredici yasal düzenlemelere rağmen dava şartları (kesin hüküm ve derdestlik), zamamaşımı defi ve husumet itirazı hakkında hiç bir değerlendirme yapmadan, bu konudaki beyan ve delilleri hiç değerlendirmeden ve bu konuları karara bağlamadan hüküm vermiştir. Bu konularda deliller hiç değerlendirilmemiştir. Bu durumda, istinaf incelemesine elverişli bir ilk derece mahkemesi kararının varlığından söz edilemez. HMK.m. 353/1.a.6 uyarınca, ilk derece mahkemesince tarafların davanın esasıyla ilgili olarak**

⁶ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. HD, 16.07.2018, 2017/760 (KİBB).

⁷ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 14. HD, 21.06.2018, 45/650 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>).

gösterdikleri deliller hiç toplanmadan veya değerlendirilmeden karar verilmiş olması halinde, bölge adliye mahkemesince işin esası incelenmeden, mahkeme kararının kaldırılarak davanın yeniden görülmesi için, dosyanın kararı veren mahkemeye veya yargı çevresi içindeki başka bir mahkemeye gönderilmesine duruşma yapılmaksızın kesin olarak karar verilir. Aynı maddenin 4. bendi uyarınca, ilk derece mahkemesinin dava şartlarına aykırı karar vermesi de kaldırma sebebidir. Bu hususlar kamu düzenine dair olup resen dikkate alınır. Açıklanan bu gerekçelerle, HMK. m. 355/1.a. 4 ve 6.bentleri uyarınca, işin esasına dair istinaf sebepleri incelenmeksizin, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine karar vermesi için kararın kaldırılmasına dair aşağıdaki karar verilmiştir”⁸

Kanaatimizce ilk derece mahkemesinin taraflarca gösterilen delilleri hiç toplamadan veya değerlendirmeden karar vermesi durumunda bu hususu doğrudan düzenleyen HMK m. 353/1-a-6 hükmüne dayanılarak dosyanın geri gönderilmesi yeterli olacaktır.

II. YARGITAY TARAFINDAN

Aşağıda yer verilecek örnek kararlardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay inceleme konumuzu teşkil eden HMK m. 353/1-a-6 hükmünün lafzını esas alarak, söz konusu hükmü bölge adliye mahkemelerine nazaran daha dar yorumlamakta ve delillerin az da olsa toplanmış olması durumunda dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmeyerek noksanlığın bizzat bölge adliye mahkemeleri tarafından tamamlanmasını istemektedir.

Örneğin 2. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda özetle şu sözlere yer verilmiştir: “... İşbu dosyada, ilk derece mahkemesince tarafların gösterdikleri deliller toplanmış, tanıkların beyanları alınmış, tarafların boşanmalarına ilişkin.... 7. Aile Mahkemesinin..sayılı kesinleşmiş ilamı getirtilerek incelenmiştir. Bu durumda ilk derece mahkemesince, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirinin toplanmamış veya gösterilen delillerin hiç değerlendirilmemiş olmasından söz edilemez. **Hukuk Muhakemeleri Kanununun 353. maddesinde, bölge adliye mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderme sebepleri tadadi olarak değil, tahdidi olarak sayılmıştır. Kanun’da sayılan geri gönderme sebepleri arasında “delillerin eksik toplanması” bulunmamaktadır. “Delillerin hiç birinin toplanmaması ve gösterilen delillerin hiç değerlendirilmemesi” vardır. O halde kanundaki düzenleme karşısında bölge adliye mahkemesince delillerin eksik toplanması sebebiyle dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi**

⁸ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. HD 5.7.2018, 838/698 (KİBB).

usul ve yasaya aykırı olduğundan...”⁹

Benzer şekilde 9. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu bir kararında delillerin toplanmasında yahut değerlendirilmesinde eksiklik varsa bölge adliye mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeyerek eksikliği bizzat gidermesi gerektiği ifade edilmiştir: “6100 sayılı HMK.un 353/a.6 maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesinin, yerel mahkeme kararının esasını incelemeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmadan kesin olarak karar verebilmesi için, “Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması” gerekir. İstinafın amacı ilk derece yargılamasını ve mahkemenin nihai kararlarını denetleyerek tespit edilen hataları ve eksiklikleri maddi vakia ve hukuki açıdan denetleyerek gidermektir. **İstinaf mahkemesi** bir hata veya eksiklik olmadığı müddetçe, ilk derece mahkemesinin vakia tespitleri ve dava dayanakları ile bağlıdır. **Eksik delil toplama veya eksik değerlendirme var ise maddi vakia denetimi kapsamında bunları gidermeli, toplamalı ve karar vermelidir...**(D)osyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi kararı verilmiş ise de, **mahkemece tanıkların dinlendiği, Bölge Adliye Mahkemesi’nce bir kısım eksiklikler görülmüş ise Bölge Adliye Mahkemesi’nce bu hususun tamamlanabilecek nitelikte olduğu, yine Bölge Adliye Mahkemesi’nce gerekli görülen görev tanımının da istinaf aşamasında getirtilebileceği anlaşıldığından**

⁹ 2. HD 04.12.2017, 5594/13799 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>).Yargıtay 8. Hukuk Dairesi de, 2. Hukuk Dairesi gibi, HMK m. 353/1-a-6 hükmünün dar yorumlanması gerektiğini, zira geri gönderme sebeplerinin tahdidi olarak sayıldığını ve bunların arasında “delillerin eksik toplanmasının” bulunmadığını vurgulamıştır: “... HMK m. 353/1-a-6 maddesine ise, ilk derece mahkemesince, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması halinde, esasa ilişkin inceleme yapılmadan kararın kaldırılmasına kesin olarak karar verileceği düzenlenmiştir. İşbu dosyada, ilk derece mahkemesince tarafların gösterdikleri deliller toplanmış, takibe dayanak icra dosyası ve kira sözleşmesi dosya kapsamına alınmış, taraflar arasında daha önce görülen tahliye davasına ilişkin 10. Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 2013/15 esas 2013/282 karar sayılı dosyası kesinleşme ilamı ile birlikte getirilerek incelenmiştir. Bu durumda ilk derece mahkemesince, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirinin toplanmamış veya gösterilen delillerin hiç değerlendirilmemiş olmasından söz edilemez. **Hukuk Muhakemeleri Kanununun 353. maddesinde, bölge adliye mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderme sebepleri tahdidi olarak sayılmıştır. Kanun’da sayılan geri gönderme sebepleri arasında “delillerin eksik toplanması” bulunmamakta olup, “delillerin hiç birinin toplanmaması ve gösterilen delillerin hiç değerlendirilmemesi” vardır. O halde kanundaki düzenleme karşısında bölge adliye mahkemesince delillerin eksik toplanması sebebiyle dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”** 8. HD 04.07.2018, 2017/10808, 2018/14928 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>).

bu eksiklikler 6100 sayılı HMK'nun 353/1-a-6'de belirtilen delillerin hiç toplanmaması veya değerlendirilmemesi anlamında değerlendirilemez".¹⁰

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu bir kararında somut olayda istinaf başvurusunun kabul edildiğini, bu itibarla bölge adliye mahkemesi tarafından işin esasına girilip yargılama yapılarak davanın karara bağlanması gerektiğini belirtmiş ve bölge adliye mahkemesinin kararını şu sözlerle bozmuştur: *"Bölge adliye mahkemesince; mahkemece, yargılama aşamasında davalının zamaşımı def'i hususunda olumlu veya olumsuz bir karar verilmeden davanın kısmen kabulüne karar verilmiş olmasının doğru olmadığı gerekçesiyle 6100 sayılı HMK'nın 353/1-a-6 maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, davanın yeniden görülmesi için dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir. HMK m. 353/1-a-6. maddesi ile, ilk derece mahkemesince, davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması halinde, esasa ilişkin inceleme yapılmadan kararın kaldırılmasına kesin olarak karar verileceği düzenlenmiştir. Ancak, somut olayda istinaf başvurusu kabul edilmiş olmakla 353/1.b.2 maddesi uyarınca işin esasının bölge adliye mahkemesince incelenip karara bağlanması gerekirken, Kanun'da bulunmayan bir gerekçe ile dosyanın ilk derece mahkemesi geri gönderilmiş olması usul ve yasaya uygun değildir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir..."*¹¹

Yargıtay'ın HMK m. 353/1-a-6 hükmünün dar yorumlanması gerektiğine ilişkin içtihatlarına 22. Hukuk Dairesi tarafından 26.06.2018 tarihinde verilen karar son bir örnek olarak zikredilebilir. Kararda özetle şu sözlere yer verilmiştir: *"...HMK 353/1-a/6 maddesinde, "Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması" halinde Bölge Adliye Mahkemesince esası incelenmeden kararın kaldırılmasına ve davanın*

¹⁰ 9. HD 14.06.2017, 21587/10486 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>). Aynı daire başka bir kararında da bu görüşünü yinelemiştir: *"...İstinafın amacı ilk derece yargılamasını ve mahkemenin nihai kararlarını denetleyerek tespit edilen hataları ve eksiklikleri maddi vakia ve hukuki açıdan denetleyerek gidermektir...Somut uyumsuzlukta yerel mahkeme tazminat ve alacaklara esas ücreti belirlemiş ve hesaplayıp hüküm altına almıştır. Hesabın unsuru olan tazminat ve alacaklara esas ücret hatalı ve/veya eksik belirlenmiş ise Bölge Adliye Mahkemesi bu eksiliği kendisi gidermeli, tamamlamalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Bu usul ekonomisinin gereği olduğu gibi ikinci derece yargılama yapmanın da sonucudur. Madde yerel mahkemenin kararının kaldırılmasını ve yeniden görülmesi için dosyanın gönderilmesini, delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller değerlendirilmeden karar verilmesine bağlamıştır. İlk Derece Mahkemesince, emsal ücretin araştırılmamasında delillerin hiç toplanmadığından veya değerlendirilmediğinden söz edilemez".* 9. HD, 31.10.2017, 21222/17021 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>).

¹¹ 4. HD, 31.05.2018, 791/4655 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>).

yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine karar verileceği düzenlenmiştir. Somut olayda, ilgili düzenlemede belirtildiği şekilde, yerel mahkemece davanın esasına ilişkin delillerin hiçbiri toplanmadan yahut deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmesi durumu söz konusu değildir...”Yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte ise bunların tamamlanmasından sonra yeniden esas hakkında, duruşma yapılmadan karar verilir” düzenlemesi yer almaktadır. Bu sebeple ilgili düzenlemeler göz önünde bulundurularak Bölge Adliye Mahkemesince, davacı tarafından açılan davalılar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğunun tespitine ilişkin... 4. İş Mahkemesinin 2015/653 E., 2016/251 K. sayılı kararının kesinleşmesinin beklenerek sonucuna göre verilmelidir. Yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...”¹²

B. DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Uygulamada ilk derece mahkemelerinin delilleri hiç toplamamasıyla veya delilleri hiç değerlendirmemesiyle ancak çok istisnai durumlarda karşılaşılabileceğinden¹³ öğretilerdeki tartışma daha ziyade ilk derece mahkemelerinin delillerin bir kısmını toplamış olması yahut bir kısmını değerlendirmesi durumunda eksikliğin bizzat bölge adliye mahkemeleri tarafından mı, yoksa ilk derece mahkemeleri tarafından mı giderilmesi gerektiğine odaklanmıştır. Bu konuda ileri sürülen görüşleri dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerektiğini savunanlar ile buna karşı çıkanlar olmak üzere iki ana gruba ayırmak mümkündür.

Birinci gruba dâhil yazarlardan birine göre HMK m. 353/1-a-6'nın lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınırsa ilk derece mahkemesinin delillerin bir kısmının değerlendirmemiş olması durumunda bölge adliye mahkemesinin bizzat karar vermesi gerektiği söylenebilir. Ne var ki, bu düşüncenin kabulü halinde bölge adliye mahkemesinin denetim işlevini yerine getirmesi çok güçleşecektir. Çünkü bölge adliye mahkemesinin denetim işlevini yerine getirebilmesi ilk derece mahkemesinin kendi üstüne düşen bütün yükümlülükleri tam olarak ifa etmiş ve bu meyanda tüm delilleri toplayıp değerlendirmiş olmasına bağlıdır. İlk derece mahkemesinin toplamadığı delillerin bölge adliye mahkemesi tarafından toplanması bölge adliye mahkemesinin denetim işlevini sekteye uğratabilir. İstinaf mahkemelerinin yurdun belli bölgelerinde kurulduğu nazara alındığında delillerin toplanması için bölge adliye mahkemelerinin

¹² 22. HD, 26.06.2018, 9303/15948 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>).

¹³ Böyle bir ihtimalde öğretilerde hukuki dinlenilme hakkının (HMK m. 27) ihlâlinde bahisle söz konusu ihlâlin bizzat ilk derece mahkemesi tarafından giderilmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir. Bkz. dn. 12 ve 13'te zikredilen eserler.

sık sık istinabe (HMK m. 197) yoluna başvurması gerekecektir. Bu itibarla, HMK m. 353/1-a-6 hükmünün geniş bir biçimde yorumlanması ve ilk derece mahkemesinin sadece delilleri hiç değerlendirmemesi yahut toplamaması halinde değil, bir kısmını değerlendirmesi ve toplamaması durumunda da dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi doğru olacaktır. Aksine bir yorum ilk derece mahkemesinin kendi işini bölge adliye mahkemesine bırakması gibi bir sonuç doğurabilecektir.¹⁴ Benzer yöndeki bir diğer görüşe göre ise, her ne kadar Kanunda “delillerin hiçbirinin toplanmaması” ve “gösterilen delillerin hiç değerlendirilmemesinden” bahsedilmekte ise de, normun amacı göz önünde bulundurulduğunda ilk derece yargılamasında tahkikatın çok yetersiz şekilde yapılmış olması halinde de dosya ilk derece mahkemesine gönderilmelidir. Zira “delillerin hiçbirinin toplanmadığı” veya “gösterilen delillerin hiç değerlendirilmediği” bir örneğe rastlamak güçtür. Öte yandan, çok yetersiz bir tahkikat ile tahkikatın hiç yapılmamış olması arasında sonuçları bakımından herhangi bir fark da bulunmamaktadır. Zira her iki halde de gerçek anlamda tahkikat ilk defa bölge adliye mahkemesince yapılacak ve taraflar iki dereceli yargılama hakkından mahrum kalacaklardır.¹⁵

İkinci gruba dâhil yazarlara göre ise deliller çok sınırlı da olsa toplanmışsa ya da deliller yetersiz biçimde değerlendirilmişse, bölge adliye mahkemesi dava dosyasını ilk derece mahkemesine geri göndermemeli, tahkikatı tamamlayarak davayı karara bağlamalıdır.¹⁶

¹⁴ Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. III, 3. B., Ankara 2017, s. 3271. Aynı yönde: Kurtoğlu, Tülin: Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması, Ankara 2017, s. 153.

¹⁵ Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol: Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2018, s. 368-369. Aynı yönde: Gözütok, Zeki: Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz, 2. B., Ankara 2017, s. 118; Özbek, Selçuk: “Tartışmalar”, (MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği), 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 183; Boztaş, Nevzat: “Tartışmalar”, (MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği), 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 188.

¹⁶ Akkaya, İstinaf, s. 328; Akkaya, Tolga: “İstinaf İncelemesi Sonunda İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi”, (MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği), 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 115-181), s. 162-163; Çiftçi, s. 441; Özekes, Pekcanitez Usûl, C. 3, s. 2259; Özekes, Muhammet: “İstinaf İncelemesi Sonunda Verilecek Kararlar”, (MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği), 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 85-112), s. 100-101; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin: Medeni Usul Hukuku, 1. B., Ankara 2018, s. 623; Arslan, Ramazan: “Tartışmalar”, (MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği), 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 193; Namli, Mert: “İş Uyuşmazlıkları ve İstinaf”, (SİCİL, S. 36, Y. 2016, s. 119-147), s. 142. Karş. Karaaslan, Varol: “HMK m. 353/1-a-6 Üzerine Bir İnceleme”, (DÜHFD, C. 22, S. 37, Y. 2017, s. 219-239), s. 235. Anılan son yazara göre, hukukumuzda sınırlı istinaf modeli benimsenmiş olduğundan kural olarak yargılamaya ilişkin işlemlerin ilk derece mahkemesi tarafından yapılması gerekir. Ülkemizde şu anda sadece dokuz ilde bölge adliye mahkemelerinin kurulmuş olduğu ve birçok usul işleminin istinabe yoluyla yerine getirildiği dikkate alındığında delillerin

C. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUM

Bu başlık altındaki incelememizde sırasıyla Alman, İsviçre ve Avusturya hukuklarındaki düzenlemeler hakkında kısaca bilgi verilecektir.

İstinaf mahkemelerinin dava dosyasını ilk derece mahkemelerine geri gönderebileceği haller Alman Medeni Usul Kanunu'nun 538. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddenin ikinci fıkrasının birinci bendine göre, ilk derece mahkemesi önünde gerçekleşen yargılama önemli bir hata ile malûl ise ve bu hata nedeniyle kapsamlı ve masraflı bir delil ikamesi gerekiyorsa "*tarafardan birinin talebi üzerine*" dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilecektir. Görüldüğü üzere söz konusu düzenlemede HMK m. 353/1-a-6'da olduğu gibi mutlak bir ifadeye yer verilmemiştir. Gerçekten de bir hatanın ne zaman önemli/ağır olduğu ve bu hata nedeniyle yapılacak delil ikamesinin hangi hallerde kapsamlı ve masraflı sayılacağı yoruma muhtaçtır. Öte yandan, dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi noktasında bölge adliye mahkemesi tek başına yetkili olmayıp bu konuda taraflardan birinin talebinin bulunması da şarttır.¹⁷

İsviçre hukukunda ise bölge adliye mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderebileceği haller Medeni Usul Kanunu'nun 318. maddesinde düzenlenmiştir. Bahsi geçen maddenin (c) fıkrasına göre talep sonucunun önemli bir bölümü hakkında hüküm verilmemişse ya da maddi meselenin tespitinde önemli eksiklikler varsa bölge adliye mahkemesi dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderebilir. Şu halde, İsviçre hukukunda da dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilebileceği haller kesin çizgilerle belirlenmemiş; bu konuda bölge adliye mahkemelerine takdir yetkisi tanınmıştır.¹⁸

Avusturya hukukunda da bölge adliye mahkemesinin davayı ilk derece mahkemesine geri gönderebileceği haller kabul edilmiştir. AvMUK m. 496/1

toplanması ve değerlendirilmesinde görev ilk derece mahkemelerine düşmektedir. Bu söylenenler dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesini belli ölçüde haklı kılabilir. Bununla birlikte, HMK m. 353/1-a-6'da bölge adliye mahkemesine hiç takdir yetkisinin tanınmamış olması eleştiriye açıktır. Bu itibarla, ilk derece mahkemesinin delil ikame faaliyetini önemli ölçüde gerçekleştirdiği ve bölge adliye mahkemesinin hukuki kanaatine göre az sayıdaki delile başvurulmasının yeterli olacağı hallerde, bu delillerin doğrudan bölge adliye mahkemesine ikame edilmesine imkân tanınması daha isabetli olurdu.

¹⁷ Daha geniş bilgi için bkz. Rosenberg, Leo/Schwab, Karl-Heinz/Gottwald, Peter: Zivilprozessrecht, 17. B., München 2010, § 139 kn. 19 vd.; BeckOK ZPO/Wulf, 27. B., 2017, ZPO § 538 kn. 7 vd.; Saenger, Ingo: Zivilprozessordnung: ZPO, 7. B., 2017, kn. 3 vd.; Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang/Ball, Wolfgang: ZPO Kommentar, 14. B., 2017, ZPO § 538 kn. 7 vd.; Rimmelspacher, Bruno: Münchener Kommentar zur ZPO, C. 2, 5. B., 2016, § 538 kn. 23 vd.

¹⁸ Bu konuda bkz. Gehri, Myriam/Jent-Sørensen, Ingrid/Sarbach, Martin: ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. B., 2015, Art. 318 kn. 5 vd.

uyarınca ilk derece mahkemesi tarafların esasa ilişkin taleplerinin tamamı hakkında karar vermemişse veya ilk derece yargılaması önemli bir hata ile malûl ve bu hata dava konusunun tüketici bir biçimde ele alınmasını ve hükme bağlanmasını engellemişse ya da usul işlemlerinin içeriğine göre bölge adliye mahkemesince önemli addedilen vakıalar ilk derece mahkemesinde hiç tartışılmamışsa bölge adliye mahkemesi davayı ilk derece mahkemesine geri gönderebilecektir. Bununla birlikte, bölge adliye mahkemesi, dosyayı ilk derece mahkemesine göndermek yerine eksikliği giderip dava hakkında bizzat karar da verebilir. Ancak bunun için bölge adliye mahkemesince, bizzat karar vermek yerine dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinin davanın karara bağlanmasını geciktireceğine ve/veya önemli ölçüde masrafa yol açacağına kanaat getirilmelidir.

Türk hukukundaki düzenlemeye en yakın olanı kanımızca AvMUK m. 496/1-3'tür. Ancak iki düzenleme arasında önemli bir fark vardır. Şöyle ki; HMK m. 353/1-a-6 doğrudan doğruya "delillere", Avusturya hukukundaki düzenleme ise "vakialara" ilişkindir.¹⁹ Diğer yandan, Türk hukukunda ilk derece mahkemesinin delillerin hiçbirini toplamadan yahut değerlendirmeden karar vermesi durumunda bölge adliye mahkemesi dosyayı ilk derece mahkemesine göndermek zorundadır. Buna karşılık, Avusturya hukukunda, bölge adliye mahkemesine, dava dosyasının ilk derece mahkemesine gönderilip gönderilmemesi noktasında usul ekonomisi bakımından değerlendirme yetkisi tanınmıştır.

D. GÖRÜŞÜMÜZ

Yukarıda uygulamaya ilişkin örnek kararlarda da anlaşıldığı üzere HMK m. 353/1-a-6 hükmünün nasıl anlaşılması gerektiği hususunda bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay arasında görüş ayrılığı vardır. Bölge adliye mahkemeleri söz konusu hükmü geniş yorumlarken Yargıtay ise hükmün lafzını esas alarak dar yorumlamaktadır.

Belirtmek gerekir ki, "*delillerin hiç toplanmaması*" ile toplanan "*delillerin hiç değerlendirilmemesi*" ayrı ayrı değerlendirilmelidir. İlk ihtimalin gerçekleşmiş sayılması için sadece taraflardan birinin delillerinin hiç toplanmamış olması yeterlidir.²⁰ Başka bir deyişle, bölge adliye mahkemesi, taraflardan sadece birinin göstermiş olduğu delillerden hiçbirinin toplanmamış olduğunu tespit ederse, ilk derece mahkemesi kararını kaldırıp dosyayı ona geri göndermelidir. Delillerin toplanmış olup olmadığı ise dava dosyasının

¹⁹ Söz konusu vakıaların kapsamına nelerin girdiği hakkında bkz. Hans W. Fasching/*Herbert Wimmer: Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, 4. C., 2. B., Wien 2005, s. 189 vd.

²⁰ Boztaş, Nevzat: "İlk Derece Mahkemesi Kararlarının Eksik Tahkikat veya Gereksizlik Nedeniyle İstinaf Mahkemesince Kaldırılması Meselesi", (MİHDER, 2017/2, S. 423-456), s. 442.

içeriğinden anlaşılacaktır.²¹ Bu husus bölge adliye mahkemesi tarafından re'sen araştırılacaktır. Çünkü delillerin toplanması tarafların adil yargılanma (AY m. 36) ve hukuki dinlenilme hakkı (HMK m. 27) ile ilgili olup kamu düzenindedir.²²

İkinci ihtimal ise, ilk derece mahkemesinin delilleri tam yahut eksik olarak toplamış olmakla birlikte hiç değerlendirmemiş olmasıdır.²³ Bu halde de taraflardan sadece birinin göstermiş olduğu delillerin değerlendirilmemiş olması, kararın kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi için yeterlidir. Buna karşılık, ilk derece mahkemesi toplamış olduğu delillerden bir kısmını değerlendirmişse, dava dosyası geri gönderilmez. Bölge adliye mahkemesi delillerin değerlendirilip değerlendirilmediğini ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararın gerekçesinden hareketle tespit edecektir.²⁴ Tıpkı delillerin toplanmış olup olmadığının belirlenmesinde olduğu gibi, ilk derece mahkemesinin delilleri değerlendirip değerlendirmedeği de bölge adliye mahkemesi tarafından re'sen denetlenecektir. Zira bu husus da kamu düzenine ilişkin olup adil yargılanma (AY m. 36) ve hukuki dinlenilme hakkının (HMK m. 27) bir gereğidir.

Kanuni düzenleme çerçevesinde ilk derece mahkemesinin delilleri hiç toplamaması yahut değerlendirmemesi halinde bölge adliye mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine geri göndermesi denetim yönü ağır basan ve Türk hukukunda da benimsenmiş olan sınırlı (dar anlamda) istinaf modelinin²⁵ bir gereğidir.²⁶ Bununla birlikte, uygulamada böyle bir durumla karşılaşılması ihtimali oldukça düşüktür²⁷. Daha önce doktrinde bu konuda ileri sürülen görüşlerin iki gruba ayrılabilirliğini ve birinci gruba giren yazarların hükmü (HMK m. 353/1-a-6) geniş yorumlamaya taraftar olduğunu belirtmiştik. Kanımızca mevcut hükmün açıklığı karşısında bu görüşe katılmak mümkün değildir.

²¹ Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 66.

²² Aktepe Artık, Sezin: "İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı", [TBB 2018 (134)], s. 257-292], s. 278.

²³ Buna karşılık, delillerin "yanlış" değerlendirilmiş olması bu bent kapsamına girmemektedir (Kuru, Baki: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, s. 497, dn. 65).

²⁴ İstinaf El Kitabı, s. 66.

²⁵ Sınırlı (dar anlamda) istinaf modeli hakkında bkz. Yıldırım, Kâmil: Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000, s. 45 vd.; Yılmaz, Ejder: İstinaf, 2. B., Ankara 2005, s. 57; Akkaya, İstinaf, s. 105; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 509; Deren-Yıldırım, Nevhis: "İstinafa Başvuru Şartları", (MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 17-37), s. 19; Akil, Cenk: İstinaf Kavramı, Ankara 2010, s. 52 vd.; Boztaş, Makale, s. 428-429.

²⁶ Karş. Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. B., Ankara 2014, s. 1022.

²⁷ Bununla birlikte istisnaen özellikle dava şartlarının mevcut olmadığının daha davanın başında anlaşıldığı bazı hallerde böyle bir durumla karşılaşılabilir. Fakat bu gibi hallerde dahi tarafların delillerinin hiç toplanmadığından yahut hiç değerlendirilmediğinden bahsetmek güçtür.

Yukarıda örneklerine yer verilen bölge adliye mahkemesi ile Yargıtay kararları olan hukuk (*de lege lata*) bakımından karşılaştırıldığında kanımızca Yargıtay'ın kararları isabetli olup, delillerin toplanması yahut değerlendirilmesindeki eksikliklerin bölge adliye mahkemeleri tarafından tamamlanması gerekmektedir. Ancak böyle bir uygulamanın da bölge adliye mahkemelerinin iş yükünü artırarak denetim (kontrol) görevlerini sekteye uğratabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle olması gereken hukuk (*de lege feranda*) bakımından -karşılaştırmalı hukuktaki örneklerinde görüldüğü üzere- her somut olayda dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilip gönderilmeyeceği tayin edilirken bölge adliye mahkemesine takdir yetkisi tanınması faydalı olacaktır²⁸. Kanaatimizce bunun için “delillerin hiç toplanmaması” veya “delillerin hiç değerlendirilmemesi” halinde değil, Alman hukukunda olduğu gibi, delillerin bölge adliye mahkemesi tarafından toplanmasının kapsamlı, zaman alıcı ve masraflı olması durumunda dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinin²⁹ kabul edilmesi daha doğru olur. Bu sayede bölge adliye mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine geri göndermesinin mi, yoksa bizzat ele almasının mı daha uygun olacağı konusunda usul ekonomisi ilkesi (HMK m. 30) çerçevesinde bir değerlendirme yapacak ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilip gönderilmeyeceğine karar verecektir.

SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde “olan hukuk” bakımından HMK m. 353/1-a-6 hükmünün Yargıtay tarafından yorumlanmış biçiminin daha isabetli olduğu, yani delillerin az da olsa toplanmış yahut bir kısmının değerlendirilmiş olması durumunda eksikliğin bizzat bölge adliye mahkemesi tarafından giderilmesi gerektiği söylenebilir. Buna karşılık, “olması gereken hukuk” bakımından kanuni değişikliğe gidilerek delillerin bir kısmının toplanması durumunda dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinin gerekip gerekmediğinin tayininde bölge adliye mahkemesine takdir yetkisi verilmesi uygun olacaktır.

²⁸ Aynı yönde: Karaaslan, s. 235. Karş. Akkaya, Tolga: Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara 2017, s. 534. Yazara göre vakıa tespitlerinin önemli bir bölümünde eksiklik olması, başka bir deyişle karara esas alınabilecek vakıaların ve delillerin toplanmasına ilişkin tahkikatın büyük ölçüde eksik olması halinde tarafların ilk derece yargı hakkından mahrum kalmaması için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekir.

²⁹ Boztaş, Makale, s. 438.

KISALTMALAR CETVELİ

AvMUK	: Avusturya Medeni Usul Kanunu
AY	: Anayasa
B.	: Bası
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Karş.	: Karşılaştırınız
kn.	: kenar notu
m.	: madde
MİHBİR	: Türk Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Birliği
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi
s.	: sayfa
ZPO	: Zivilprozessordnung

KAYNAKÇA

Akil, Cenk: İstinaf Kavramı, Ankara 2010.

Akkaya, Tolga: Medeni Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, (Akkaya, İstinaf).

Akkaya, Tolga: “İstinaf İncelemesi Sonunda İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi”, (MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği,15. TOPLANTI (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 115-181).

Akkaya, Tolga: Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara 2017.

Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, . B., İstanbul 2009?

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema: Medeni Usûl Hukuku, 2. B., Ankara 2016.

Arslan, Ramazan: “Tartışmalar”, (MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği,15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 193-194.

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin: Medeni Usul Hukuku, 1. B., Ankara 2018.

BeckOK ZPO/Wulf: Zivilprozessordnung: ZPO, 27. B., 2017.

Boztaş, Nevzat: “İlk Derece Mahkemesi Kararlarının Eksik Tahkikat veya Gereksizlik Nedeniyle İstinaf Mahkemesince Kaldırılması Meselesi”, (MİHDER, 2017/2, s. 423-456), (Boztaş, Makale).

Boztaş, Nevzat: “Tartışmalar”, (MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği,15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 188-189.

Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol: Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2018.

Çiftçi, Murat Özgür: Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, 3. B., Ankara 2016.

Deren-Yıldırım, Nevhis: “İstinafa Başvuru Şartları”, (MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği,15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 17-37).

Gehri, Myriam/Jent-Sorensen, Ingrid/Sarbach,Martin: ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. B., 2015.

Görgün, Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet: Medeni Usul Hukuku, 6. B., Ankara 2017.

Gözütok, Zeki: Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz, 2. B., Ankara 2017.

Hans W. Fasching/HerbertWimmer, Kommentarzu den Zivilprozessgesetzen, 4. C.,2. B., Wien 2005.

Karaaslan, Varol: “HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme”, (DÜHFD, C. 22, S. 37, Y. 2017, s. 219-239).

Karslı, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 3. B., İstanbul 2012.

Kurtoğlu, Tülin: Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması, Ankara 2017.

Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usûl Hukuku, 2. B., İstanbul 2016.

Meraklı Yayla, Deniz: İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, 1. B., Ankara 2014.

Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang/Ball, Wolfgang: Zivilprozessordnung, Kommentar, 14. B.,München 2017.

Namlı, Mert: “İş Uyuşmazlıkları ve İstinaf”, (SİCİL, S. 36, Y. 2016, s. 119-147).

Rimmelspacher, Bruno: MünchenerKommentarzur ZPO: 5. B.,C. 2, München 2016.

Özekes, Muhammet: PekcanitezUsûl Medeni Usûl Hukuku, C. 3, 15. B., İstanbul 2017.

Özekes, Muhammet: “İstinaf İncelemesi Sonunda Verilecek Kararlar”, (MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği,15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/ Antalya), Ankara 2018, s. 85-112).

Öztek, Selçuk: “Tartışmalar”, (MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği,15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Ankara 2018, s. 183.

Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter: Zivilprozessrecht, 17. B.,München 2010.

Saenger, Ingo: Zivilprozessordnung: ZPO, 7. B., 2017.

Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Şerhi, 2. B., Ankara 2014.

Yıldırım, Kamil: Hukuk Devleti Gereği: İstinaf, İstanbul 2000.

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Şerhi, 3. B., Ankara 2017.

Yılmaz, Ejder: İstinaf, 2. B., Ankara 2005.

HEM HAKSIZ HEM DE TAŞKIN YAPI NİTELİĞİNDEKİ YAPILAR

Constructions Having Both Unjust and Excessive Characteristics

Dr. Öğr. Üyesi Hatice Kübra ERÇOŞKUN ŞENOL¹

Geliş Tarihi: 26.03.2018

Kabul Tarihi: 21.01.2019

ÖZET

Aralarında geçerli bir hukuki ilişki söz konusu olmaksızın bir kişi, başkasının malzemesiyle kendi arazisinde veya kendi malzemesiyle başkasının arazisinde ya da başkasının malzemesi ile başkasının arazisinde bir yapı inşa etmiş olabilir. Haksız yapı olarak adlandırılan bu durumdan doğacak hukuki sonuçlar Türk Medeni Kanunu'nun 722-724. maddelerinde (ZGB Art. 671-673) düzenlenmiştir. Taşkın yapı ise Türk Medeni Kanunu'nun 725. maddesinde (ZGB Art. 674) düzenlenmiş olmakla birlikte, bir arazi üzerinde yapılan bir yapının, bu arazinin sınırlarını aşarak komşu araziye taşması şeklinde tanımlanmaktadır. Ülkemizde gerek haksız gerekse taşkın yapılara sıklıkla rastlanmakta ve bu tür yapılardan doğan hukuki ihtilaflar uygulamayı ve öğretiyi yoğun bir biçimde meşgul etmektedir. Öğretide haksız yapı ve taşkın yapı ile ilgili birçok çalışma mevcut olmasına rağmen, hem haksız hem de taşkın nitelikteki yapılara çok az değinilmiştir. Bu çalışmanın amacı da konuya dikkat çekmek ve sorunun ne şekilde çözülmesi gerektiğini incelemektir.

ABSTRACT

You may have built construction on your own land with someone else's material, or on someone else's land with your own material, or on someone else's land with someone else's material, without having a valid legal relationship with each other. The legal consequences that will arise in this situation, which is called unjust construction, are regulated in Articles 722 to 724 of the Turkish Civil Code (ZGB Art. 671-673). Excessive construction, regulated in Article 725 of the Turkish Civil Code (ZGB Art. 674), is defined as a construction built on a land that exceeds the boundaries of this land and overflows into the neighbouring land. In our country, both unjust and excessive constructions are often encountered, and legal disputes arising from such constructions intensively occupy the practice and doctrine. Although there have been many studies on unjust construction and excessive construction in the doctrine, constructions having both unjust and excessive characteristics have been hardly addressed. The purpose of this study is to draw attention to the problem and to investigate how the problem should be solved.

Anahtar kelimeler: Yapı, Taşınır Yapı, Taşınmaz Yapı, Haksız Yapı, Taşkın Yapı

Keywords: Construction, Movable Construction, Immovable Construction, Unjust Construction, Excessive Construction

GİRİŞ

Ülkemizde gerek haksız gerekse taşkın yapılara sıklıkla rastlanmakta ve bu tür yapılardan doğan hukuki ihtilaflar mahkemeleri yoğun bir biçimde meşgul etmektedir. Öğretide de haksız ve taşkın yapılarla ilgili birçok hususta yoğun tartışmalar bulunmaktadır.

¹ Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e-posta:kubra.ercoskun@atauni.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-3164-678X

Bir yapı başlı başına haksız yapı veya taşkın yapı niteliği taşıdığı halde bile büyük hukuki ihtilaflar ortaya çıkarken, hem haksız hem de taşkın yapı niteliği taşıyorsa çok daha karmaşık bir sorunun gündeme geldiği ortadadır. Bu çalışmanın amacı da bir yapı hem haksız hem de taşkın yapı niteliği taşıyorsa sorunun ne şekilde çözülmesi gerektiğini incelemektir. Bu incelemeye geçmeden önce kısaca yapı, haksız yapı ve taşkın yapı kavramları ele alınacak ardından da haksız yapının ve taşkın yapının eşya hukukunun yapı ile ilgili temel ilkeleri karşısındaki durumlarına değinilecektir.

Hem haksız yapı hem de taşkın yapı başlı başına monografik düzeyde çalışmalara konu olan genişlikte olgulardır. Bu nedenle çalışma kapsamında bu olgularla ilgili temel yasal düzenlemelere, öğretici görüşlerine ve yargı kararlarına sadece kısaca değinilecek, daha çok bir yapı hem haksız hem de taşkın yapı niteliği taşıyorsa bu sorun karşısında hukuki açıdan ne şekilde hareket edilmesi gerektiği üzerinde durulacaktır.

I. KAVRAMLAR

A. Yapı

Türk Medeni Kanunu'nun "*Taşınmaz mülkiyetinin içeriği*" başlıklı 718. maddesine (ZGB Art. 667) göre, arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar (f. 1). Arazi üzerindeki mülkiyetin kapsamına -yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere- yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer (f. 2). Buna göre bir arazinin mülkiyeti, o arazide bulunan yapıları da kapsar. Bu hükmün ele aldığı prensip, "*üst toprağa tabidir*" şeklinde de ifade edilmektedir².

TMK m. 718/2'de yapılarla ilgili temel prensip ifade edilmekle birlikte, yapıdan ne anlaşılması gerektiği bildirilmemiştir. Öğretide TMK m. 718/2'de geçen yapı kavramının neyi ifade ettiğini belirlemek için TMK m. 728 (ZGB Art. 677) hükmünün nazara alınması gerektiği belirtilmektedir³. "*Taşınır yapılar*" başlıklı bu hüküm: "*Başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir. Bu tür yapılar, taşınır mal hükümlerine tâbi olur ve tapu kütüğünde gösterilmez.*" şeklindedir⁴. Anlaşılabileceği üzere,

² TEKİNAY Selâhattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Halûk/ALTOP Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, C. 1: Zilyetlik - Tapu Sicili - Mülkiyet, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 796; OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2017, s. 482; SİRMEN A. Lâle, Eşya Hukuku, 3. Bası, Ankara 2015, s. 363; AKMAN Galip Sermet, Taşkın İnşaat, İstanbul 1982, s. 1.

³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 480; SİRMEN, s. 362.

⁴ Hükümde sadece başkasının arazisinin üzerine bulunan taşınır yapıların, arazi malikine değil, bunların malikine ait olduğu bildirilmektedir. Ancak bir kişinin kendi arazisinde bulunan ve maliki olduğu taşınır yapının da onun arazideki mülkiyetinin kapsamına girmediği, yani bu

taşınır yapılar TMK m. 718/2'nin kapsamına girmezler ve bir yapının taşınır yapı olarak değerlendirilmesindeki ölçüt, hafif olması ve kalıcı olmasının amaçlanmamasıdır.

Öğretide bir yapının kalıcı olmak amacıyla yapılıp yapılmadığının tespitinde öncelikle onu yapanın iradesinin nazara alınması gerektiği ileri sürülmektedir⁵. Yapının arazi ile olan bağlılığının ölçüsünün, kullanılan malzemenin ve yapının özgülendiği amacın bu arzuyu belirlemeye yarayan olgular olduğu da belirtilmektedir⁶. Yapının taşınır mı yoksa taşınmaz mı olduğunun tespitinde, yapanın iradesi şeklindeki bu subjektif unsurun yanı sıra, objektif durumun da nazara alınması gerektiği, yani yapıya taşınmaz yapı diyebilmek için yapı ile arazi arasında dıştan görülen bağın sıkı olması gerektiği de ileri sürülmektedir⁷. Bu bağın kuvvetli olmadığı hallerde yapıyı yapanın iradesinin önem kazanacağı⁸, yapının araziye sıkı bir şekilde bağlanmış olduğu hallerde ise, yapıyı yapanın kalıcılığı arzu etmemiş olduğu iddiasının dinlenmeyeceği, zira bu durumda yapının TMK m. 684 anlamında bütünleyici parça niteliği almış olduğu da savunulmaktadır⁹.

Bu açıklamalara göre, TMK m. 718/2'de arazi mülkiyetinin kapsamına dâhil olduğu belirtilen yapı, TMK m. 728'de belirtilen taşınır yapı dışında kalan ve kalıcı olması amacıyla yapılan taşınmaz yapıdır¹⁰. Taşınmaz yapının arazinin mülkiyetine tabi olması TMK m. 718/2'de açıkça hükme bağlandığından, bütünleyici parça niteliğini kazanmak için TMK m. 684/2'de¹¹ (ZGB Art. 642

yapının taşınır mal olarak ayrı bir mülkiyet konusu oluşturduğu açıktır. AYAN Mehmet, Eşya Hukuku, C. 2: Mülkiyet, 9. Baskı, Seçkin, Ankara 2016, s. 332; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 480; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 797; SİRMEN, s. 361-362.

⁵ AKİPEK G. Jale/AKINTÜRK Turgut, Eşya Hukuku, Beta, İstanbul 2009, s. 520; KARAHASAN Mustafa Reşit, Yeni Türk Medeni Kanunu: Eşya Hukuku, C. 1, İstanbul 2002, s. 747 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 481.

⁶ ATAAY M. Aytekin, Kendi Malzemesi İle Başkasının Gayrimenkulünde Haksız İnşaat, İstanbul 1959, s. 48; ESENER Turhan/GÜVEN Kudret, Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 251; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 481; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 520; SİRMEN, s. 362; KARAHASAN, s. 747.

⁷ GÜRSOY T. Kemal/EREN Fikret/CANSEL Erol, Türk Eşya Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 619; EREN Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011, s. 346; BELGE Ayşe Merve, Arazi Mülkiyetinin Maddi Kapsamı, Ankara 2016, s. 168; AKMAN, s. 31-32; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 798; AYAN, s. 304; ESENER/GÜVEN, s. 251.

⁸ İNAL Emrehan, "Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması", İÜHFİM, C. 70, S. 1, 2012, s. 251 dn. 19; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 798.

⁹ AKMAN, s. 32; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 798-799; SİRMEN, s. 362; İNAL, s. 250 dn. 19.

¹⁰ GÖKSU, Tarkan, Handkommentar zum Schweizerisches Privatrecht: Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, (Hrsg. Peter BREİTSCHMİD/Alexandra JUNG), 3. Auflage, 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, ZGB Art. 674, N. 3 s. 195; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 482; SİRMEN, s. 363.

¹¹ TMK m. 684'e göre: "Bir şeye malik olan kimse, o şeyin bütünleyici parçalarına da malik olur.

Abs. 2) aranan şartların ayrıca gerçekleşmesi de aranmaz¹².

Öğretide TMK m. 718/2 anlamındaki yapıdan kastın, inşaat teknikleri kullanılarak suni bir şekilde arazinin altına veya üstüne bağlanan şeyler olduğu belirtilmektedir¹³. Bu halde başta binalar olmak üzere köprülerin, elektrik direklerinin, demir yollarının ve sığınakların TMK m. 718/2 anlamında yapı oldukları söylenebilir¹⁴. Ayrıca öğretilerde yapının mutlaka arazi üzerinde yapılmasının gerekmediği, yani yeni bir kat veya eklenti olarak mevcut yapı üzerine yapılan yapının veya henüz bitirilmemiş bir yapının tamamlanmasının da yapı kavramına girdiği belirtilmektedir¹⁵.

B. Haksız Yapı

Bir arazi üzerinde taşınmaz bir yapı inşa edildiği hallerde genellikle arazi maliki, malzeme sahibi ve yapıyı inşa eden taraflar arasında çeşitli hukuki ilişkiler bulunur. Bu halde TMK m. 718/2 gereği arazi malikinin mülkiyetine dâhil olacak taşınmaz yapının inşası sürecinde veya sonradan ortaya çıkacak hukuki ihtilaflara taraflar arasındaki hukuki ilişkiye ait hükümler uygulanır¹⁶.

Bütünleyici parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır.”

¹² ERTAŞ Şeref, Eşya Hukuku, 13. Baskı, İzmir 2017, s. 356. GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 606; EREN, s. 330; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 519, 520; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 480, 482; SİRMEN, s. 361; KARAHASAN, s. 740.

¹³ ERKAN Vehbi Umut, Türk Medeni Kanunu’nda Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi (TMK m. 722-723-724), Ankara 2013, s. 52; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 606; EREN, s. 330; AYAN, s. 304; ERTAŞ, s. 356. Diğer benzeri tanımlar için bkz.: BELGE, s. 81; GÖKSU, ZGB Art. 674, N. 3 s. 195; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 797; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 482-483; SİRMEN, s. 363; AYAN, s. 304; İNAL, s. 248. 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 5. maddesinde yapılan yapı tanımı ise şu şekildedir: “Yapı; karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir.”

¹⁴ Bu örnekler için bkz.: SİRMEN, s. 363. Diğer örnekler için bkz.; WIELAND C., Kanunu Medenide Aynı Haklar, Çev. İ. Hakkı KARAFAKI, 2. Basım, Ankara 1947, s. 179; GÖKSU, ZGB Art. 674, N. 3 s. 195; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 606; EREN, s. 330; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 521; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 797; ERTAŞ, s. 356; AYAN, s. 304; İNAL, s. 248-249; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 52.

¹⁵ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 607; EREN, s. 331; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 484 dn. 879; AYAN, s. 306; İNAL, s. 247-248; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 53-54.

¹⁶ BERGER-STEINER Isabelle/SCHMID Dominik, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz u.a.), 3. Auflage, Zürich 2016, ZGB Art. 671, N. 3 s. 1309; ZELGER Ulrich, Haftpflichtkommentar zu den schweizerisches Haftpflichtbestimmungen, (Hrsg. Willi Fischer/Thierry Luterbacher), Zürich 2016, Art. 672 ZGB, N. 7, 8 s. 1263, N. 11 s. 1264; GÖKSU, ZGB Art. 671, N. 4 s. 189, ZGB Art. 672, N. 2 s. 191; KÜLEY M. Muin/ULUKUT Bülent, Medeni Kanunda ve Tatbikatında Arsa Üzerinde İnşaat Hükümleri (M. K. 648-655), İstanbul 1955, s. 22-23; ERKAN, TMK m. 722-724, s.

Buna karşın, herhangi bir hakka dayanmaksızın bir kişinin malzemesinin başkasına ait arazideki taşınmaz yapıda kullanılması da söz konusu olabilir. Diğer bir deyişle, aralarında geçerli bir hukuki ilişki söz konusu olmaksızın bir kişi, başkasının malzemesiyle kendi arazisinde veya kendi malzemesiyle başkasının arazisinde ya da başkasının malzemesi ile başkasının arazisinde taşınmaz bir yapı¹⁷ inşa etmiş olabilir. Öğretide “*haksız yapı (inşaat)*”¹⁸ olarak adlandırılan bu durumda doğacak hukuki sonuçlar TMK m. 722-724’de¹⁹ (ZGB

55-56; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 483; SİRMEN, s. 363; İNAL, s. 253-254; BGE 99 II 131 E. 4.a, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F99-II-131%3Ade&lang=de&type=show_document, (Erişim Tarihi: 22.02.2018); BGE 105 II 92 E. 3.a, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F105-II-92%3Ait&lang=it&type=show_document, (Erişim Tarihi: 23.02.2018); Yargıtay HGK. 25.10.1985 E.: 14/429 K.: 850 (Karar için bkz.; TURAN Ahmet Uğur, Tapulu Taşınmazlara Elatmanın Önlenmesi Davaları, Ankara 2009, s. 689-690).

¹⁷ Taşınır yapılara haksız yapı ile ilgili TMK m. 722-724 hükümleri uygulanamaz. BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 671, N. 1 s. 1308; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 59, 163; KARAHASAN, s. 746; KÜLEY/ULUKUT, s. 98.

¹⁸ HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPAÇI Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 621; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 484; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 521; SİRMEN, s. 363; ATAAY, s. 17-18; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 607; EREN, s. 331; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 800; ERTAŞ, s. 357; ESENER/GÜVEN, s. 251; KARAHASAN, s. 743; AYAN, s. 305; İNAL, s. 245-24; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 54. Öğretide bu kavramı ifade etmek üzere “*hukuka aykırı yapı*” (AYAN, s. 305) ve “*gasben inşaat*” (SAYMEN H. Ferit/ELBİR K. Halid, Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), İstanbul 1954, s. 344; KÜLEY/ULUKUT, s. 13) kavramları da kullanılmaktadır. Bu kavramların yanlıtlılığı hususunda bkz.; ATAAY, s. 17-18; KARAHASAN, s. 744; İNAL, s. 246 dn. 3; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 57-58.

¹⁹ Haksız yapının varlığı durumunda 775 sayılı Gecekondu Kanunu’nun 21. maddesindeki, 6188 sayılı Bina Yapımını Teşvik ve İzinsiz Yapılan Binalar Hakkında Kanun’un 18 ve 26. maddelerindeki ve 2981 sayılı Kanun’un 9/c maddesindeki de özel düzenlemelere de dikkat edilmesi gerektiği görüşünde; ERTAŞ, s. 357. Ancak 6188 sayılı Kanun 775 sayılı Gecekondu Kanunu (m. 42) ile yürürlükten kaldırmıştır. 2981 sayılı Kanun ise, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun’a (m. 23, 24/1-a) göre 31 Mayıs 2018’de yürürlükten kalkacaktır. Bunun dışında gerçekten de Gecekondu Kanunu’nun 41. maddesi: “*Bu kanunun uygulanması gereken yerlerde, diğer kanunların bu kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz.*” şeklindedir.

Art. 671-673) düzenlenmiştir^{20,21}. Ancak TMK m. 722/1 hariç olmak üzere, diğer hükümlerin yedek hukuk kuralları olduğu, bu nedenle ihtilafın tarafların anlaşması ile başka şekilde çözülebileceği de unutulmamalıdır²².

C. Taşkın Yapı

“Taşkın yapılar” başlıklı TMK m. 725 hükmü²³: “Bir yapının başkasına ait araziye taşırılan kısmı, eğer yapıyı yapan malik taşırılan arazi üzerinde bir irtifak hakkına sahip bulunuyorsa, ona ait taşınmazın bütünleyici parçası olur. Böyle bir irtifak hakkı yoksa zarar gören malik taşmayı öğrendiği tarihten başlayarak onbeş gün içinde itiraz etmediği, aynı zamanda durum ve koşullar da haklı gösterdiği takdirde, taşkın yapıyı iyiniyetle yapan kimse, uygun bir bedel karşılığında taşınmazın kısmı için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir.” şeklindedir (ZGB Art. 674)^{24,25}.

²⁰ Haksız yapı ile ilgili TMK m. 722-724 hükümleri kamu mülkiyetine tabi araziler üzerinde yapılan yapılar hakkında uygulanamaz. Yani bu düzenlemeler sadece özel mülkiyet konusu araziler üzerinde inşa edilen haksız yapılar hakkında uygulanabilir. YÜCEL Özge, “Yargıtay Kararı Işığında Geçersiz veya Feshedilmiş Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İlişkisinde Haksız Yapı Hükümlerinin Uygulanabilirliği”, AÜHFD, C. 62, S. 2, 2013, s. 544; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 68; AYAN, s. 305. TMK m. 723-724 hükümlerinin kamu mülkiyetine tabi araziler üzerinde yapılan yapılar hakkında uygulanamayacağı görüşünde; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 607; EREN, s. 331. TMK m. 724’ün özel mülkiyet konusu olmayan yerler hakkında uygulanamayacağı görüşünde; ATAAY, s. 111; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 501 dn. 967; ERTAŞ, s. 359, 367; KARAHASAN, s. 829. TMK m. 724’ün vakıf malı niteliğindeki taşınmazlar hakkında uygulanamayacağı görüşünde; KARAHASAN, s. 829.

²¹ Paylı maliklerden veya elbirliğiyle mülkiyete sahip maliklerden birinin diğerlerinin rızası olmaksızın ortak arazi üzerinde kendi malzemeleriyle yaptıkları yapılar da haksız yapı niteliğindedir. Zira bunların kural olarak, ortak arazi üzerinde tek başlarına yapı inşa etme hakları bulunmamaktadır. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 813; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 484 dn. 880; AYAN, s. 307; SİRMEN, s. 369; İNAL, s. 255; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 63-64; Yargıtay 1. HD. 11.9.200 E.: 9332 K.: 10055 (Karar için bkz.; TURAN s. 643-644).

²² AKİPEK/AKINTÜRK, s. 522; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 108. TMK m. 722/2’nin emredici bir hüküm olmadığı görüşünde; ESENER/GÜVEN, s. 252. TMK m. 724’ün emredici bir nitelik taşımadığı görüşünde; SİRMEN, s. 368.

²³ Bu hüküm, TMK m. 738/2’de (ZGB Art. 685 Abs. 2) kendisine yapılan atf nedeniyle komşuluk hukuku kurallarına aykırı yapılar hakkında da uygulanır.

²⁴ Taşkın yapı ile ilgili TMK m. 725 de, sadece özel mülkiyet konusu olan bir araziye taşırılan yapılar için uygulanabilir bir hükümdür. Yani kamu arazisine taşırılan yapılar hakkında TMK m. 725 uygulanamaz. BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 8 s. 1316; AKMAN, s. 46; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 859-860; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 512 dn. 1021; AYAN, s. 339; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 79; KARAHASAN, s. 841; KÜLEY/ULUKUT, s. 50-51; Yargıtay 1. HD. 22.12.2004 E.:10829 K.: 14211 (Karar için bkz.; TURAN, s. 791-792).

²⁵ Taşkın yapı Alman Hukukunda BGB § § 912 - 916’da düzenlenmiştir. BGB § 912’ye göre, arazi maliki arazisinde yapı inşa ederken, kastı veya ağır ihmali olmaksızın komşu araziye

Taşkın yapı (inşaat)²⁶ öğretilde, bir arazi üzerinde yapılan bir yapının, bu arazinin sınırlarını aşarak komşu araziye taşması şeklinde tanımlanmaktadır²⁷. Bu taşma komşu taşınmazın yüzeyinde gerçekleşmiş olabileceği gibi, altındaki toprak ya da üstündeki hava katmanına da yapılmış olabilir²⁸. Zira TMK m. 718/1'e göre arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını da kapsar.

TMK'da taşmanın oranı hakkında bir düzenleme yapılmamış olduğundan yapının çok az bir kısmının taşırılması kadar çok büyük bir kısmının taşırılması halinde de taşkın yapı söz konusu olur²⁹. Ancak yapının tamamı başkasına ait komşu arazi üzerinde yapılırsa artık bir taşkın yapının değil, haksız yapının söz konusu olduğu açıktır³⁰.

bir taşkınlıkta bulunursa yapının inşa edilmesinden önce veya yapı inşa edildikten hemen sonra komşu arazi maliki itiraz etmezse, bu taşkınlığa katlanmakla yükümlü olur (Abs. 1). Ancak taşkınlık yapan arazi maliki, taşkınlığa katlanmak zorunda olan komşu arazi malikine tazminat ödemek zorunda kalır (Abs. 2). Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.; BASSENGE Peter, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Auflage, München 2015, BGB § § 912 - 916 s. 1542-1545.

²⁶ SAYMEN/ELBİR, s. 356; AKMAN, s. 1; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 508; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 536; SİRMEN, s. 376; EREN, s. 348; ERTAŞ, s. 372; AYAN, s. 338; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 621; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 857; ESENER/GÜVEN, s. 260; ERTAŞ, s. 372; AYAN, s. 338; KARAHASAN, s. 839. Diğer kavramlar; Tecavüz eden inşaat - KÜLEY/ULUKUT, s. 50; ERTAŞ, s. 372; Başkasının arsasına tecavüz eden inşaat - WIELAND, s. 207; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 621; ESENER/GÜVEN, s. 260; Başkasının arazisine taşırılan yapı - OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 508; Başkasına ait araziye taşan yapı - EREN, s. 348.

²⁷ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 621; EREN, s. 348; SİRMEN, s. 377; AYAN, s. 338-339. Diğer tanımlar için bkz.; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 536.

²⁸ KOLLER Alfred, "Das Rechtliche Schicksal von Überbauten", AJP/PJA, 7/2011, <https://www.alexandria.unisg.ch/207788/1/Das%20rechtliche%20Schicksal%20von%20%C3%9Cberbauten.pdf>, (Erişim Tarihi: 27.02.2018), s. 939; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 4 s. 1316; AKMAN, s. 34; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 857; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 621; EREN, s. 348; ATAAY, s. 40; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 536; SİRMEN, s. 377; ERTAŞ, s. 375; AYAN, s. 340; KÜLEY/ULUKUT, s. 52.

²⁹ WIELAND, s. 210; AKMAN, s. 34; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 522; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 858; ERTAŞ, s. 372; AYAN, s. 340; KARAHASAN, s. 843; KÜLEY/ULUKUT, s. 50. Taşkınlık komşu arazinin tamamına yaygın olsa dahi taşkın yapı ile ilgili hükümlerin uygulanması gerektiği görüşünde; KÜLEY/ULUKUT, s. 50. Buna karşın, yapının önemli ve büyük bir bölümü taşmış, daha az önemli bölümü yapıyı yapan malikin hak sahibi olduğu taşınmazda kalmışsa ve taşılan arazi üzerinde taşkın yapı irtifakı veya taşkın yapı üst hakkı yoksa kural olarak, haksız yapıya ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği de ileri sürülmektedir. HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 638-639. Benzer görüşte; ATAAY, s. 40-41.

³⁰ WIELAND, s. 209; KOLLER, s. 939; AKMAN, s. 34; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 858; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 621; EREN, s. 348; AYAN, s. 339; KÜLEY/ULUKUT, s. 50. Öğretilde tamamen komşu arazi üzerinde yapılan yapının, yapıyı yapana ait olan arazideki diğer bir yapı ile hiçbir maddi bağlantısı olmasa bile, onunla ekonomik bir bütün oluşturması halinde de taşkın yapı ile ilgili TMK m. 725'in uygulanabileceği ileri sürülmektedir. WIELAND,

Kanaatimizce TMK m. 725'de geçen yapı kavramı da, TMK m. 718/2 anlamında taşınmaz yapıyı ifade etmektedir. Yani taşınır yapılar hakkında TMK m. 725 hükmü uygulanamaz³¹. Gerçi taşınır bir yapının başkasına ait bir araziye taşırılması hususunda da tarafların anlaşabilmeleri mümkündür³². Ancak taşınır bir yapı için TMK m. 725/2'nin uygulanması asla söz konusu olamaz³³.

II. HAKSIZ YAPI İLE TAŞKIN YAPININ TMK M. 718/2'DEKİ PRENSİP KARŞISINDAKİ DURUMLARI

Bir yapının haksız olması durumunda dahi, TMK m. 718/2'deki esas geçerlidir. Yani haksız yapı TMK m. 718/2'ye bir istisna teşkil etmez; arazi maliki haksız yapının mülkiyetine sahiptir³⁴. Yapıyı yapan ister arazinin maliki ister malzemenin sahibi isterse bir üçüncü kişi olsun ve yine ister iyiniyetli isterse kötünüyetli olsun bu sonuç değişmez³⁵. Bu doğrultuda malzeme sahibi de haksız yapıda kullanılan malzemeleri üzerindeki mülkiyet hakkını yitirir³⁶. Nitekim TMK m. 722/1'de belirtildiği üzere: *“Bir kimse kendi arazisindeki yapıda başkasının malzemesini ya da başkasının arazisindeki yapıda kendisinin veya bir başkasının malzemesini kullanırsa, bu malzeme arazinin bütünleyici parçası olur.”*

s. 210; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 859; ATAAY, s. 41. Buna karşın, bu durumda haksız yapı ile ilgili TMK m. 722-724'ün uygulanması gerektiği de savunulmaktadır. AKMAN, s. 43-44; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 522; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 75-76.

³¹ GÖKSU, ZGB Art. 674, N. 3 s. 195; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 3 s. 1315; ATLI Banu, *“Taşkın Yapıya Katlanma Yükümlülüğünün Oluşma Koşulları”*, DEÜHFD, C. 19, S. Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan Özel Sayısı, 2017, s. 986; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 622; EREN, s. 348, 349; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 857; AYAN, s. 339; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 78; KARAHASAN, s. 843.

³² WIELAND, s. 210; AKMAN, s. 32-34.

³³ AKMAN, s. 33-34.

³⁴ WIELAND, s. 179, 192; GÖKSU, ZGB BASSENGE Peter, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Auflage, München 2015 Art. 671, N. 5 s. 189; ZELGER, Art. 672 ZGB, N. 4 s. 1262. AYBAY Rona/HATEMİ Hüseyin, Eşya Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2014, s. 203; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 619; ATAAY, s. 41, 66-67; AKMAN, s. 1; SAYMEN/ELBİR, s. 344; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 608; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 521; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 800-801, 881; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 483; SİRMEN, s. 363; EREN, s. 332; ERTAŞ, s. 357; AYAN, s. 306; KARAHASAN, s. 743; İNAL, s. 252-253; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 76-77, 96; BELGE, s. 85; KÜLEY/ULUKUT, s. 55.

³⁵ WIELAND, s. 192; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 671, N. 2 s. 1308; GÖKSU, ZGB Art. 671, N. 5 s. 189; ATAAY, s. 67; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 513; SİRMEN, s. 363; AYAN, s. 304; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 110.

³⁶ WIELAND, s. 179, 192; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 671, N. 3 s. 1309; GÖKSU, ZGB Art. 671, N. 5 s. 189; ATAAY, s. 67; SAYMEN/ELBİR, s. 347-348; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 608; EREN, s. 332, 335; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 801; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 483; SİRMEN, s. 363; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 522, 526-527; ERTAŞ, s. 357; AYAN, s. 308; KARAHASAN, s. 743; İNAL, s. 253; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 96.

Kural olarak hiçbir arazi maliki, komşu taşınmazda yapılan bir yapının kendi arazisine taşırılmasına katlanmakla yükümlü değildir. TMK m. 683/2'ye (ZGB Art. 641 Abs. 2) göre bu haksız el atmanın önlenmesini dava edebilir³⁷. Yine TMK m. 718/2 gereği bir yapının başkasına ait araziye taşırılan kısmı, taşılan arazinin malikinin mülkiyetine dâhil olması gerekirdi³⁸. Ancak TMK m. 725/1'e göre yapıyı yapan malik, yapıyı komşu araziye taşırmasına imkân veren bir irtifak hakkına sahip bulunuyorsa, arazi maliki komşu taşınmazda yapılan yapının kendi arazisine taşırılmasına katlanmakla yükümlü olur³⁹. Bu durumda yapının taşırılan kısmının mülkiyeti, taşılan arazinin malikine değil, asıl yapının bütünleyici bir parçası olarak taşkın yapının malikine⁴⁰ ait olur. Yapının taşırıldığı arazi parçası ise, taşılan arazinin malikinin mülkiyetinde kalmaya devam eder⁴¹. TMK m. 725/2'de ise taşkın yapı malikinin böyle bir irtifak hakkına sahip olmamasına rağmen, belirli koşulların gerçekleşmesi halinde uygun bir bedel karşılığında taşınan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını (veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini) isteyebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden açıkça anlaşılmaktadır ki; TMK m. 725 hükmü TMK m. 718/2'ye bir istisna getirmektedir⁴².

³⁷ BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 1 s. 1315; KOLLER, s. 940; SEROZAN Rona, "Komşunun Arsasına Taşınan Yapı", İÜHF, C. 42, S. 1-4, 1976, s. 359-360; AKMAN, s. 79; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 860; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 279 vd., 509; EREN, s. 350; ERTAŞ, s. 373; AYAN, s. 342; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 74.

³⁸ GÖKSU, ZGB Art. 674, N. 1 s. 195; KOLLER, s. 939-940; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 622; EREN, s. 349; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 512; ESENER/GÜVEN, s. 260; AYAN, s. 340; SEROZAN, s. 360-361.

³⁹ WIELAND, s. 208-209, 211; GÖKSU, ZGB Art. 674, N. 1 s. 195; KOLLER, s. 940; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 10 s. 1317; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 622; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 513; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 537; EREN, s. 349.

⁴⁰ Taşkın yapının maliki, sadece yapının maliki olabileceği gibi, asıl yapının üzerinde bulunduğu arazinin de maliki olabilir. İlk durumda yapının mülkiyeti TMK m. 718/2'de yer alan prensibin bir diğer istisnası olan üst hakkı dolayısıyla arazi malikinden başka bir kişiye aittir. BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 6 s. 1316; GÜRZUMAR, s. 80 ve dn. 267a; AKMAN, s. 67 dn. 6; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 869. Ancak öğretilerde TMK m. 725'in uygulanması bakımından taşkın yapıyı yapanın mutlaka arazi maliki veya üst hakkı sahibi olmasının gerekmediği de ileri sürülmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre, hükmün esas amacı iktisadi değerlerin korunması olduğundan, taşkın yapıyı her kim inşa etmiş olursa olsun TMK m. 725 uygulanmalıdır. KÜLEY/ULUKUT, s. 52. Kanaatimizce kanunun lafzına uymayan bu görüş, isabetli değildir. Arazi üzerinde mülkiyet veya üst hakkına sahip olmaksızın kendi malzemeleriyle yapı inşa eden ve bunu da komşu araziye taşıyan kişinin durumu için bkz.; III. C. Başlığı altındaki açıklamalar.

⁴¹ WIELAND, s. 209; AKMAN, s. 67; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 537; AYAN, s. 342; SEROZAN, s. 370; KARAHASAN, s. 844.

⁴² WIELAND, s. 179; SAYMEN/ELBİR, s. 355, 356; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 622; EREN, s. 349; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 856-857, 869; SİRMEN, s. 373, 377; ESENER/GÜVEN, s. 260; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 519; ERTAŞ, s. 356, 371; AYAN, s. 302, 332, 340; AKMAN, s. 1-2; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 503, 517; SEROZAN, s. 361, 371;

III. BİR YAPININ HEM HAKSIZ HEM DE TAŞKIN YAPI NİTELİĞİNDE OLDUĞU HALLER

A. Genel Olarak

Bir kişi başkasının malzemesi ile kendi arazisinde inşa ettiği haksız yapıyı bir de komşu araziye taşırırsa haksız yapının yanı sıra taşkın yapı da gündeme gelmiş olur⁴³. Yani bu durumda yapı hem haksız hem de taşkın yapı niteliğini taşır. Yapının aynı zamanda taşkın yapı niteliğinde olması malzeme sahibinin yapıyı yapan arazi malikine karşı haksız yapıdan doğan talepleri ileri sürmesini engellemez. Bu taleplerin arazisine taşılan komşu malik bakımından yaratacağı bazı sonuçlar da mevcuttur. Bu kapsamda öncelikle malzeme sahibinin haksız yapı nedeniyle arazi malikine karşı ileri sürebileceği talepler ve bu taleplerin arazisine taşılan komşu maliki ne şekilde etkileyeceği ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Ancak malzeme sahibi arazi malikine karşı haksız yapı ile ilgili hiçbir talepte bulunmamış ve bulunmayacak olsa bile arazisine taşılan komşu malik ile yapıyı yapan arazi maliki hakkında taşkın yapı ile ilgili hükümlerin uygulanabileceği de unutulmamalıdır.

Haksız yapıyı inşa eden ve bunu komşu araziye de taşıran arazi malikinin bu yapıda kullandığı malzemelerin arazisine taşılan malike ait olması ihtimali de gündeme gelebilir. Bu durumda hem haksız yapıdan hem de taşkın yapıdan doğan talepleri ileri sürebilecek kişi aynı kişi olsa da, bu durumun yaratacağı özel sonuçlar da ayrıca incelenecektir.

Haksız yapının uygulamada en sık rastlanılan görünüm şekli⁴⁴, bir kişinin kendi malzemesi ile başkasının arazisi üzerinde yapı inşa etmesidir. Haksız yapının bu görünüm şeklinin taşkın yapı ile büyük bir benzerlik gösterdiği açıktır⁴⁵. Bu nedenle taşkın yapı öğretide kısmi haksız yapı olarak da nitelendirilmektedir⁴⁶. Ancak sırf bu nitelendirmeden yola çıkarak taşkın yapılara bu tür haksız yapılara ilişkin hükümlerin de uygulanabileceği sonucu çıkarılmamalıdır⁴⁷. Zira taşkın yapı TMK'da haksız yapıdan ayrı olarak ele alınmış ve özel bir düzenlemeye tabi tutulmuştur.

KARAHASAN, s. 740, 840; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 74, 77; BELGE, s. 165-166, 170; KÜLEY/ULUKUT. S. 55. Ancak taşmanın bir balkon veya saçak taşması şeklinde olduğu hallerde, taşılan arazi ile bir bağılılığı olmayan bu kısımların arazi mülkiyetine tabi olmamasının TMK m. 718/2'ye bir istisna teşkil etmediği, sadece TMK m. 718/1'deki esasa bir sınırlama getirdiği görüşünde; ARAL Vecdi, İnşaat (Üst) Hakkı, İstanbul 1962, s. 16-17; GÜRZUMAR Osman Berat, Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, 2. Baskı, İstanbul 2001, s. 82. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 517.

⁴³ BELGE, s. 172.

⁴⁴ ATAAY, s. 26, 28; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 813; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 492; SİRMEN, s. 368; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 526; AYAN, s. 307; KÜLEY/ULUKUT, s. 22; KARAHASAN, s. 747; İNAL, s. 247.

⁴⁵ WIELAND, s. 193.

⁴⁶ AYBAY/HATEMİ, s. 205.

⁴⁷ Bu hususta bkz.; dn. 108.

Bir kişinin kendi malzemesi ile başkasına ait bir arazi üzerinde yapı inşa etmesi halinde sorunun haksız yapı ile ilgili hükümlere göre çözülmesi mümkündür. Ancak böyle bir yapı, farklı kişilere ait birden çok komşu arazi üzerinde de inşa edilmiş olabilir. Bu durumun çok karmaşık bir sorunu gündeme getirdiği açıktır. Bu sorunun çözümü de ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

Ne arazinin ne de malzemenin sahibi olmayan üçüncü bir kişinin yaptığı haksız yapılar, Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) aksine, TMK'da "*Bir kimse...başkasının arazisindeki yapıda...bir başkasının malzemesini kullanılırsa...*" ifadeleriyle açıkça ele alınmış olsa da⁴⁸, burada tarafların karşılıklı hak ve borçlarının ne olacağına değinilmemiş, sadece bu durumun sonucuna, yani malzemenin arazinin bütünleyici parçası olacağına değinilmekle yetinilmiştir (TMK m. 722/1). ZGB'nin gerekçesine göre, ne arazinin ne de malzemenin sahibi olmayan üçüncü bir kişinin yaptığı haksız yapıların kanuna alınması gerekli değildir ve bu durumda sadece genel hükümlerin uygulanması yeterlidir⁴⁹. Bu gerekçede yer alan esas Federal Mahkeme⁵⁰ ve İsviçre öğretisi⁵¹ tarafından da kabul görmektedir. Ancak Türk öğretisinde arazi malikinin malzeme sahibinin ve yapıyı inşa eden üçüncü kişinin birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri hakların belirlenmesinde haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve vekâletsiz iş görmeye ilişkin genel hükümlerin yanı sıra TMK m. 722-724'den de kıyasen yararlanılabileceği kabul edilmektedir⁵². Gerçekten de bir kişinin, başkasının malzemesi ile bir başkasının arazisi üzerinde bir yapı inşa etmesi halinde genel hükümlerden ve haksız yapıya ilişkin hükümlerden kıyasen faydalanarak sorunun çözülmesi mümkündür.

Bir kişinin başkalarının malzemesi ile başkalarına ait araziler üzerinde bir yapı inşa etmesinin çok karmaşık bir sorun yarattığı açıktır. Bu sorun da genel hükümlerin, haksız yapıya ilişkin hükümlerin ve duruma göre taşkın yapıya ilişkin hükmün kıyasen uygulanması ile çözülebilir. Bu nedenle bu sorun çalışma kapsamında ayrıca ele alınmayacaktır.

⁴⁸ Eski Medeni Kanun'da bu ihtimale hiç değinilmemişti.

⁴⁹ PİOTET Paul, "*İsviçre Medenî Kanununun (İMK) 671-673. Maddeleri Anlamında Başkasının Arsası üzerindeki Haksız İnşaatın Kullanılan Malzemelerin Sahibi Kimdir?*", Çev. Mehmet ÜNAL, AÜHFD, C. 34, S. 1, 1977, s. 236; WIELAND, s. 202.

⁵⁰ BGE 99 II 131 E. 4.b.

⁵¹ WIELAND, s. 202-203; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 671, N. 5 s. 1309; GÖKSU, ZGB Art. 671, N. 3 s. 188-189; ZELGER, Art. 672 ZGB, N. 3 s. 1262, N. 10 s. 1264. Aksi görüşte; PİOTET, s. 236.

⁵² ATAAY, s. 23-24; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 844-845; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 616; EREN, s. 341; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 502; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 529; SİRMEN, s. 372; ERTAŞ, s. 367-368, İNAL, s. 246 dn. 4; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 104; KÜLEY/ULUKUT, s. 45.

B. Arazi Malikinin Başkasının Malzemesi İle Kendi Arazisinde İnşa Ettiği Haksız Yapıyı Komşu Araziye Taşırıldığı Haller

1. Üçüncü Kişinin Malzemesi İle Yapılan Haksız Yapının Komşu Araziye Taşırıldığı Haller

Bir kişi başkasının malzemesi ile kendi arazisinde bir yapı inşa ederse, malzeme sahibi, arazi malikinden malzemenin sökülerek kendisine iade edilmesini (TBK m. 722/2) veya malzemeye karşılık tazminat verilmesini (TBK m. 723/1-2) ya da arazinin mülkiyetinin kendisine geçirilmesini (TBK m. 724) talep edebilir⁵³.

a. Malzeme Sahibinin Malzemenin Sökülerek Kendisine Geri Verilmesi Talebi ve Bu Talebin Komşu Arazi Malikine Etkisi

aa. Malzemenin Sökülerek Geri Verilmesi Talebi

TMK m. 722/2'ye göre, yapıda malzeme sahibinin rızası olmaksızın malzemeleri kullanılmışsa ve bu malzemelerin sökülmesi aşırı zarara yol açmayacaksa, malzeme sahibi, gideri yapıyı yaptırana ait olmak üzere⁵⁴ bunların sökülüp kendisine verilmesini isteyebilir⁵⁵.

Yapıda kullanılan malzemeler artık yapının bütünleyici parçası haline geldikleri için (TMK m. 722/2), malzeme sahibinin bunlar üzerindeki mülkiyet hakkı sona ermiş durumdadır. Bu nedenle öğretide de isabetle belirtildiği gibi, bu talep, kişisel bir talep niteliğindedir⁵⁶. Yine bu talebin sadece yapıyı yapan veya yaptıran arazi malikine ve onun külli haleflerine karşı ileri sürülebileceği, yapının yapılmasından sonra arazinin ve dolayısıyla yapının mülkiyetini kazanan cüzi haleflere karşı kullanılamayacağı da kanaatimizce haklı olarak belirtilmektedir⁵⁷. Ancak öğretide, burada taşınmaz maliki olmaktan

⁵³ Malzeme maliki bu haklarını terditli olarak da ileri sürebilir. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 485; AYAN, s. 319; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 98.

⁵⁴ Arazi maliki iyiniyetli olsa bile malzemenin sökülüp geri verilmesi masraflarının ona ait olduğu görüşünde; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 614; EREN, s. 336.

⁵⁵ Malzeme sahibi bu talepte bulunmadan önce, malzemenin herhangi bir şekilde sökülmüş olması halinde, sökülen malzeme üzerindeki mülkiyet kendiliğinden malzeme sahibine dönmaz. Bu durumda malzeme sahibi mülkiyetin kendisine devredilmesi talebinde bulunması gerekir. WIELAND, s. 196; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 671, N. 3 s. 1309; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 523; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 614; EREN, s. 336; KÜLEY/ULUKUT, s. 19; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 101.

⁵⁶ WIELAND, s. 197; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 671, N. 8 s. 1310; GÖKSU, ZGB Art. 671, N. 9 s. 190; ZELGER, Art. 672 ZGB, N. 4 s. 1263; ATAAY, s. 22; SAYMEN/ELBİR, s. 344-345; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 613; EREN, s. 335, 336; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 804, 805; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 522, 524; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 485 dn. 883; SİRMEN, s. 364; AYBAY/HATEMİ, s. 204; KÜLEY/ULUKUT, s. 16; AYAN, s. 320; KARAHASAN, s. 798; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 99.

⁵⁷ GÖKSU, ZGB Art. 671, N. 9 s. 190; ZELGER, Art. 672 ZGB, N. 4 s. 1263; SAYMEN/ELBİR, s. 345;

kaynaklanan eşyaya bağlı bir borcun söz konusu olduğu, bu nedenle talebin cüzi haleflere karşı ileri sürülebileceğini savunan bir görüş de mevcuttur⁵⁸.

TMK m. 722/2'de belirtilen şartlardan biri yoksa malzemenin sökülüp geri verilmesi talep edilemez. Yani arazi maliki, malzemeyi sahibinin açık veya zımni rızası ile kullanmışsa malzeme sahibi malzemenin sökülüp kendisine verilmesini isteyemez⁵⁹. Keza malzemenin sökülmesi aşırı zarara yol açacaksa malzeme sahibi söz konusu talep hakkına sahip değildir. Malzemenin sökülmesinin aşırı zarara yol açmasından ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır⁶⁰. Bu husustaki bir görüşe⁶¹ göre: *“Malzemenin sökülmesi ile malzeme sahibinin elde edeceği menfaate göre, bu yüzden arazide ve malzemedeki meydana gelecek değer noksanı daha fazla ise, malzemenin sökülmesinin aşırı zarara yol açtığı kabul edilmelidir. Diğer bir ifade ile yapının yerinde kalması halinde arazi malikine ve topluma sağladığı fayda ile bunun kaldırılmasının malzeme sahibine sağlayacağı menfaatin karşılaştırılması inşaatın kaldırılmamasını gerektiriyorsa ‘malzemenin sökülmesi’ zarara yol açar.”*

Öğretide bu talebin, arazi malikinin kusurlu olup olmamasına göre haksız fiil (TBK m. 72) veya sebepsiz zenginleşme (TBK m. 82) zamaşımına tabi olduğu ileri sürülmektedir⁶².

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 805; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 481; SİRMEN, s. 365; AYBAY/HATEMİ, s. 204; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 100. Söz konusu talebin *“iyiniyetli”* cüzi haleflere karşı ileri sürülemeyeceği görüşünde; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 614; EREN, s. 336-337; AYAN, s. 320-321. Taşınmaz alan kişinin iyiniyetli olmadığı hallerde haksız yapıdan doğan hakların kendisine karşı ileri sürülebileceği yönünde; Yargıtay 14. HD. 26.9.2006 E.: 8235 K.: 9885, LEXPERA (Erişim Tarihi: 12.03.2018).

⁵⁸ ERTAŞ, s. 358.

⁵⁹ WIELAND, s. 196; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 671, N. 8 s. 1310; GÖKSU, ZGB Art. 671, N. 6-7 s. 189; ZELGER, Art. 672 ZGB, N. 4 s. 1262-1263; ATAAY, s. 22-23; SAYMEN/ELBİR, s. 345; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 614; EREN, s. 336; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 802; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 524; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 485; SİRMEN, s. 364; AYBAY/HATEMİ, s. 203; KÜLEY/ULUKUT, s. 17; ESENER/GÜVEN, s. 252; ERTAŞ, s. 358; AYAN, s. 320; KARAHASAN, s. 799; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 99. Yapı yapıldıktan sonra verilen rızanın da geçerli bir rıza olduğu görüşünde; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 802.

⁶⁰ Tartışmalar için bkz.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 803-804.

⁶¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 486. Benzer görüşte; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 614; EREN, s. 336; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 524-525; ERTAŞ, s. 358; AYAN, s. 320. Toplumun menfaatini de nazara alan yargı kararları; Yargıtay HGK. 20.3.1996 E.: 1/40 K.: 77 (Karar için bkz.: TURAN, s. 664-665. Benzer kararlar için ayrıca bkz.; TURAN, s. 667 vd.). Malzemenin sökülmesi sonucu sadece arazi malikinin uğrayacağı zarar ile malzeme sahibinin elde edeceği menfaat karşılaştıran yazarlar için bkz.; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 671, N. 9 s. 1310; GÖKSU, ZGB Art. 671, N. 8 s. 189; SİRMEN, s. 364; ESENER/GÜVEN, s. 252. Bu yöndeki yargı kararı; BGE 81 II 267 E. 5, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F81-II-267%3Ade&lang=de&type=show_document (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁶² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 806; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 485;

Malzeme sahibi bu talebi ileri sürmezse⁶³ veya şartlar gereği talebinin gerçekleştirilmesi mümkün değilse TMK m. 723-724'e de başvurabilir⁶⁴.

bb. Talebin Komşu Arazi Malikine Etkisi

Malzeme sahibi, arazi malikine karşı malzemenin sökülerek kendisine geri verilmesi talebinde bulunmuş ve bu talebin gereği yerine getirilmişse, yani haksız yapı tamamen ortadan kaldırılmışsa, taşkınlık durumu da sona ermiş olduğu için, komşu arazi malikinin mülkiyeti de bu yolla korunmuş olur.

b. Malzeme Sahibinin Tazminat Talebi ve Bu Talebin Komşu Arazi Malikine Etkisi

aa. Tazminat Talebi

TMK m. 723/1'e göre, malzeme sökülüp alınmazsa arazi maliki, malzeme sahibine uygun bir tazminat ödemekle yükümlüdür. TMK m. 723/2'ye göre ise, yapıyı yaptıran arazi maliki iyiniyetli değilse hâkim, malzeme sahibinin uğradığı zararın tamamının tazmin edilmesine karar verebilir. Öğretide bu tazminatın miktarı belirlenirken malzeme sahibinin iyiniyetli olup olmadığının da nazara alınması gerektiği belirtilmektedir⁶⁵.

Arazi malikinin iyiniyetli olmamasından kasıt, malzemenin başkasına ait olduğunu bilmesi veya en azından bilmesinin gerekmesi ve aynı zamanda da malzeme sahibinin malzemesinin kullanılmasına rızası olmadığını bilmesi veya bilmesinin gerekmesidir⁶⁶.

Malzeme sahibinin, bu tazminatı da sadece yapının yapıldığı dönemdeki arazi maliki veya külli haleflerinden isteyebileceği, yapı yapıldıktan sonra taşınmazı kazanan cüzi haleflerden tazminat talep edilemeyeceği de belirtilmektedir⁶⁷.

GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 614; EREN, s. 337; SİRMEN, s. 364; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 101. Malzemenin arazi ile bağlantısı devam ettiği müddetçe sökülmesinin talep edilebileceği görüşünde; WIELAND, s. 196.

⁶³ Malzeme sahibinin bu talebi ileri sürmediği hallerde bile, değerinde hiçbir azalma olmayacaksa arazi malikinin malzemeyi sökerek aynen iade edebileceği görüşünde; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 487 dn. 891.

⁶⁴ GÖKSU, ZGB Art. 671, N. 7 s. 189; STEINER/SCHMID ZGB Art. 671, N. 10 s. 1310; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 487.

⁶⁵ WIELAND, s. 201; GÖKSU, ZGB Art. 672, N. 7 s. 191; ZELGER, Art. 672 ZGB, N. 16 s. 1265; ATAAY, s. 23; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 807, 809-812; SAYMEN/ELBİR, s. 345-346; ESENER/GÜVEN, s. 252, 253; KARAHASAN, s. 802. Hâkimin tazminatın miktarını belirlerken, malzeme sahibinin ortak kusurunu da göz önünde tutmak zorunda olduğu görüşünde; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 615; EREN, s. 337; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 488.

⁶⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 807-808; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 487; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 615; SİRMEN, s. 365; EREN, s. 337.

⁶⁷ GÖKSU, ZGB Art. 672, N. 8 s. 191; ZELGER, Art. 672 ZGB, N. 14 s. 1265; GÜRSOY/EREN/

Öğretide bu tazminat davasının tabi olacağı zamanaşımı süresinin arazi malikinin iyiniyetli olup olmamasına göre sebepsiz zenginleşme (TBK m. 82) veya haksız fiil (TBK m. 72) zamanaşımı süreleri olduğu ileri sürülmektedir⁶⁸. Buna karşın, burada TBK m. 146'da düzenlenen 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği de savunulmaktadır⁶⁹.

bb. Talebin Komşu Arazi Malikine Etkisi

Arazi malikinin malzeme sahibine tazminat ödemesi halinde artık haksız yapıya dokunulmayacak olsa da, bu durum komşu arazi malikinin de taşkınlığa katlanması zorunluluğunu doğurmaz. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi, kural olarak hiçbir arazi maliki, komşu taşınmazda yapılan bir yapının kendi arazisine taşırılmasına katlanmakla yükümlü değildir ve TMK m. 683/2'ye göre bu el atmanın önlenmesini dava edebilir. Ayrıca bu el atma nedeniyle uğramış olduğu zararların tazminini de talep edebilir⁷⁰.

Ancak TMK m. 725/1'e göre yapıyı yapan malik, yapıyı komşu araziye taşırmasına imkân veren bir irtifak hakkına⁷¹ sahip olabilir. Bu irtifak, komşu

CANSEL, s. 615; EREN, s. 337; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 812; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 488; SİRMEN, s. 366; AYBAY/HATEMİ, s. 204; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 103. Bu talebin "iyiniyetli" cüzi haleflere karşı ileri sürülemeyeceği görüşünde; AYAN, s. 322. Talebin cüzi haleflere karşı da ileri sürebileceği görüşünde; ERTAŞ, s. 358.

⁶⁸ ZELGER, Art. 672 ZGB, N. 20 s. 1266; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 488; SİRMEN, s. 365, 366; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 615; EREN, s. 337; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 523; AYAN, s. 322; ERTAŞ, s. 359; ESENER/GÜVEN, s. 253; KARAHASAN, s. 801, 802; BGE 99 II 131 E. 4. C, 6.a.

⁶⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 812. Karşılaştırınız; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 840.

⁷⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 506; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 77; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 283; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 392; EREN, s. 46; AYAN, s. 146.

⁷¹ Eski Medeni Kanunda irtifak hakkı yerine aynı hak kavramı kullanılmıştı (m. 651). Öğretide hükmün eski şeklinin daha isabetli olduğu, zira daha dar kapsamlı bir hak olan irtifak hakkı için kabul edilen bu sonucun daha geniş bir hak olan mülkiyet hakkı için evleviyetle geçerli olduğu ileri sürülmektedir. ERTAŞ, s. 372-373. Kanaatimizce bir kişinin kendisine ait olan birden çok komşu arazi üzerinde bir yapı yapması halinde bu yapının taşkın yapı olarak nitelendirilmesi pek isabetli değildir. Aslında bu durumda bir uyumsuzluğun doğmasına sebep olacak ve TMK m. 718/2'ye istisna olabilecek bir durum da söz konusu değildir. Zira tüm arazilerin ve dolayısıyla üzerlerindeki yapının maliki de aynı kişidir. Ayrıca bu durumda malikin, arazilerden sadece birinin mülkiyetini bir başkasına devretmek istemesi halinde, devralacak kişinin, yapının devredilecek arazide bulunan kısmına katlanmakla yükümlü olacağı bir irtifak hakkı tesis etmesi koşuluyla işlem yapması da mümkündür. Öğretide bu tür bir irtifak tesis edilmeksizin arazilerin mülkiyeti başka kişilere geçerse, bu kişiler arasında TMK m. 725/2'ye benzer bir ilişkinin kurulmuş olduğu ve hükmün kıyasen bunlara da uygulanabileceği savunulmaktadır. BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 5 s. 1316; KOLLER, s. 944; AKMAN, s. 49-50; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 867; SEROZAN, s. 373; BGE 78 II 131 E. 4, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2078131.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.02.2018).

araziye taşma imkânı veren taşınmaz lehine bir irtifak olabileceği gibi, bir üst hakkı da olabilir⁷². Bu durumda komşu arazi maliki yapının kendi arazisine taşırılmasına katlanmakla yükümlü olur ve yapının taşırılan kısmının mülkiyeti, taşılan arazinin malikine değil, yapıyı yapan malike ait olur. Yapının taşırıldığı arazi parçası ise, taşılan arazinin malikinin mülkiyetinde kalmaya devam eder.

Yapıyı yapan malikin, yapıyı komşu araziye taşıma imkânı kişisel nitelikteki bir haktan da doğabilir. Bu durumda komşu arazi maliki, yapıyı yapan malik ile yaptıkları sözleşme uyarınca yapının arazisine taşırılmasına katlanma yükümlülüğü altına girer ve artık TMK m. 683/2'ye dayanarak el atmanın önlenmesini dava edemez⁷³. Ancak bu tür bir sözleşmenin sadece tarafları ve külli halefleri bağlayacağı açıktır⁷⁴, cüzi haleflerin de bu katlanma borcu

⁷² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 861; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 622,623; EREN, s. 349; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 513, 517; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 537; SİRMEN, s. 377; ESENER/GÜVEN, s. 260; AYAN, s. 341; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 637; KARAHASAN, s. 844. Karşılaştırınız; GÖKSU, ZGB Art. 674, N. 5 s. 196; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 9 s. 1316; GÜRZUMAR, s. 82-88; AKMAN, s. 68, 196. Araziye temas eden bir taşma varsa üst hakkının (ARAL, İnşaat Hakkı, s. 17. Karşılaştırınız; GÜRZUMAR, s. 82-88), doğrudan arazi yüzeyine temas etmeyen bir taşma söz konusu ise, yapının taşmasına katlanma irtifakının söz konusu olduğu görüşünde; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 517; SİRMEN, s. 377; ATLI, s. 992; KARAHASAN, s. 844-845. Her hâlükârda irtifakın kişiye bağlı irtifak değil, eşyaya bağlı irtifak biçiminde kurulması gerektiği görüşünde; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 9 s. 1316; WIELAND, s. 211; AKMAN, s. 68-69; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 861 dn. 10; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 623; EREN, s. 349-350; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 517; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 637; SİRMEN, s. 377-378; SEROZAN, s. 371; ARAL, İnşaat Hakkı, s. 17; GÜRZUMAR, s. 83. Taşkın yapı irtifakının, asıl taşınmazda, taşınmaz niteliğindeki bir üst hakkı yararına kurulabileceği gibi, komşu taşınmazda kurulu böyle bir hakkı yüküm altına sokar şekilde de tesis edilebileceği görüşünde; AKMAN, s. 68, 196; SİRMEN, s. 378.

⁷³ AKMAN, s. 75; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 623; EREN, s. 350; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 860; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 509; AYAN, s. 341; Bu durumda bütünleyici parça ilkesinin de etkili olacağı görüşünde; AKMAN, s. 75; AYAN, s. 341. ERTAŞ'a göre, taşkın yapı, malikine taşılan arazi parçasının mülkiyetini talep yetkisi verdiği için, taşılan arazinin malikinin taşkın yapıya muvafakatini resmi şekilde açıklaması gerekir. Bu şekilde uyulmaksızın yapılan bir taahhüdün varlığına rağmen taşkın inşaatın men'i talep edilebilmelidir. ERTAŞ, s. 374. AKMAN ise, kanaatimizde de daha isabetli olarak, bu sözleşmenin geçerliliğinin belirli şekilde yapılmasına bağlı olmadığını ileri sürmektedir. AKMAN, s. 75.

⁷⁴ GÖKSU, ZGB Art. 674, N. 5 s. 196; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 11 s. 1317; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 623; EREN, s. 350; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 513; AYAN, s. 341; ATLI, s. 994; KARAHASAN, s. 844. Taşkın yapıya katlanma yükümlülüğü sadece borçlandırıcı bir işleme dayanıyorsa bu taahhüdün cüzi halefleri bağlamayacağı, ancak cüzi haleflerin yapıyı gördükleri halde on beş gün içerisinde itiraz etmemiş olmaları halinde onların da taşmaya katlanma borçlarının doğacağı görüşünde; ERTAŞ, s. 376. Öğretide bir irtifak kurulmaksızın taşkın yapıya katlanma taahhüdünde bulunduğu hallerde bu taahhüdün cüzi halefler bakımından bağlayıcılığını yapının inşa edilip edilmemesine bağlayan bir görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre, bir irtifak söz konusu olmaksızın taşkın

altına girmesi için bu yolda bir irtifak hakkının kurulması gerekir. Aşağıda inceleneceği üzere yapıyı komşu araziye taşırma imkânı kişisel nitelikteki bir haktan da doğsa da yapının mukadderatı TMK m. 725/2'ye tabi olur⁷⁵.

Taşkın yapının söz konusu olduğu hallerin büyük bir kısmında yapıyı yapan malik, komşu arazi malikinin bu taşmaya katlanma yükümlülüğünü doğuracak bir hakka sahip değildir. Bu durumda komşu arazi maliki bu el atmanın önlenmesini talep edebilir (TMK m. 683/2). Ancak kanun koyucu TMK m. 725/2'de öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde taşkın yapı malikine yine de bazı haklar tanımaktadır⁷⁶. Buna göre arazi maliki taşmayı öğrendiği tarihten başlayarak onbeş gün içinde itiraz etmediği, aynı zamanda durum ve koşullar da haklı gösterdiği takdirde, taşkın yapıyı iyiniyetle yapan kimse, uygun bir bedel karşılığında taşınan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir.

Hükümde bahsi geçen itiraz, özel bir şekle tabi değildir⁷⁷; açıkça yapılabileceği gibi, örtülü bir biçimde de yapılabilir⁷⁸. Hükümde itirazın arazi maliki tarafından yapılması gerektiği belirtilse de, öğretide, itirazın taşmadan zarar gören ve arazi üzerinde sınırlı aynı hakka sahip kişiler⁷⁹ ve hatta kiracılar⁸⁰

yapı yapılmasına katlanma yükümlülüğü altına giren arazi malikinin cüzi halefleri, henüz taşkın yapı inşa edilmemişse bu taahhülle bağlı değildirler. Ancak muvafakat üzerine yapı yapılır veya zaten yapılmış taşkın bir yapıya muvafakat edilirse katlanma yükümlülüğü arazi malikinin cüzi haleflerine de geçer. Bu sonucun, yaratılan değerlerin korunması ilkesine daha uygun olduğu da belirtilmektedir. AKMAN, s. 76; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 860, 875-877.

⁷⁵ AKMAN, s. 76; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 871, 879; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 518; ATLI, s. 993 dn. 39. Aksi görüşte; WIELAND, s. 213.

⁷⁶ Kanun koyucunun tamamlanmış bir yapının yıktırılmasını ekonomik bakımından kamunun menfaatine uygun bulmayarak TMK m. 725 hükmünü getirdiği ve bu hükümde kamunun menfaati ile arazisine taşınan malikin menfaatini bağdaştırmaya çalıştığı görüşünde; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 537. TMK m. 725/2 ile kamunun menfaatinin yanı sıra taşkın yapı malikinin çıkarlarının da korunduğu görüşünde; SEROZAN, s. 362.

⁷⁷ GÖKSU, ZGB Art. 674, N. 8 s. 197; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 14 s. 1317; WIELAND, s. 214; AKMAN, s. 87; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 623-624; EREN, s. 351; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 861; SAYMEN/ELBİR, s. 358; AYAN, s. 343; KARAHASAN, s. 847.

⁷⁸ AKMAN, s. 87; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 623-624; EREN, s. 351; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 861; KÜLEY/ULUKUT, s. 61-62. İtirazın doğrudan doğruya bir haksız el atmanın önlenmesi davası yoluyla da ileri sürülebileceği görüşünde; AKMAN, s. 85; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 862.

⁷⁹ BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 15 s. 1317; WIELAND, s. 215-215; AKMAN, s. 113; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 624; EREN, s. 351; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 862; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 514; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 538; SİRMEN, s. 378; KÜLEY/ULUKUT, s. 61.

⁸⁰ AKMAN, s. 118-119; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 624; EREN, s. 351; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 862; ATLI, s. 1002. Taşınan arazi üzerinde sadece kişisel hakka sahip olanların itiraza yetkili olmadıkları görüşünde; WIELAND, s. 215.

tarafından da yapılabileceği ileri sürülmektedir. Aslında bu itiraz kim tarafından yapılırsa yapılsın en azından yapıyı yapan malikin iyiniyetini ortadan kaldırdığı ölçüde önemlidir⁸¹. Yine itirazın taşkın yapının malikine⁸² veya yapıyı yapan yükleniciye⁸³ ve hatta mimara ya da inşaat şefine⁸⁴ yöneltilebileceği de savunulmaktadır. Aslında genel olarak itirazın yapıyı yapan malike veya onun temsilcisine yapılması gerektiği söylenebilir⁸⁵.

Öğretide itiraz süresinin başlangıcının, itiraz yetkilisinin taşmayı öğrendiği an olarak belirlenmesinin yersiz olduğu belirtilmektedir. Zira buna göre yapı önemli ölçüde tamamlandıktan sonra durumu yeni öğrenen yetkilinin itirazı, yapının yıkıtılmasına yol açabilir. Bu nedenle hükmün amacına uygun olarak itiraz süresinin başlangıcının İsviçre hukukunda olduğu gibi, bizim hukukumuzda da yapının yapılmakta olduğunun herkes tarafından fark edilebilir hale geldiği an, yani taşkın yapının dıştan belli olacak hale geldiği an olarak benimsenmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁸⁶. Gerçekten de Mehaş Kanunda taşkın yapıdan zarar gören kişinin, taşkın yapının “*kendisi için anlaşılabilir olduğu andan itibaren*” uygun bir süre içinde⁸⁷ itiraz etmesi gerektiği hükmü yer almaktadır (ZGB Art. 674 Abs. 3). İsviçre öğretisi⁸⁸ ve uygulamasında da⁸⁹, itirazın başlangıç anı ile ilgili bu ifadenin subjektif anlamda değil, objektif anlamda değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Kanaatimizce de bu görüş,

⁸¹ BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 15 s. 1317; AKMAN, s. 119; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 862-863; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 514; SİRMEN, s. 378; ATLI, s. 1002.

⁸² Elbette itirazı, taşkın yapı arazi malikine aitse arazi malikine, ancak taşkın yapı üst hakkı sahibine aitse üst hakkı sahibine karşı yapmak gerekir. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 514; AYAN, s. 343.

⁸³ AKMAN, s. 125; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 624; EREN, s. 351; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 861; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 514; SİRMEN, s. 378.

⁸⁴ AKMAN, s. 125; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 624; EREN, s. 351; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 861.

⁸⁵ WIELAND, s. 201; AKMAN, s. 124; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 514; SİRMEN, s. 378; ESENER/GÜVEN, s. 260; KÜLEY/ULUKUT, s. 61.

⁸⁶ EDEGE Cevat, “*Tecavüz Edilen İnşaat Doktrininde Temas Edilmeyen Meseleler, Farklı Görüşler, Bizim Kanun ve Tatbikattaki Durum*”, İBD, C. 41, S. 11-12, 1967, s. 580-581; AKMAN, s. 97-99, 101, 108-109, 111; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 863-864 ve dn. 11e, 12; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 538; ATLI, s. 998-999; SEROZAN, s. 365-366; KARAHASAN, s. 849-851; KÜLEY/ULUKUT, s. 62.

⁸⁷ Bizim hukukumuzda itirazın 15 günlük bir süreye bağlanmasının isabetsiz olduğu, sürenin uzunluğunun hal ve koşullara ve somut olayın özelliklerine göre belirlenmesinin daha uygun olacağı görüşünde; AKMAN, s. 109; SEROZAN, s. 364-365; KÜLEY/ULUKUT, s. 62.

⁸⁸ WIELAND, s. 213-214; GÖKSU, ZGB Art. 674, N. 8 s. 197; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 16 s. 1318. Aksi görüşte; KOLLER, s. 942.

⁸⁹ BGE 95 II 7 E. 4.b, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F95-II-7%3Ade&lang=de&type=show_document&zoom=IN, (Erişim Tarihi: 26.02.2018).

her ne kadar TMK m. 725/2'nin lafzına göre itiraz hakkını önemli ölçüde sınırlandıracak olsa da, hükmün amacı nazara alınarak benimsenmelidir.

Yapıyı yapan malikin iyiniyetli olmasından kasıt, yapıyı yaparken başkasının arazisine taşıdığı bilmemesi ve bilecek durumda olmaması ya da başkasının arazisine taşıdığı bilmekle birlikte bunda haklı olduğunu farz etmekte mazur görülebilir olmasıdır^{90,91}. İyiniyetin arandığı an ise, taşkınlığın yapıldığı an olarak benimsenmektedir⁹².

Yapının hem haksız hem de taşkın yapı niteliğinde olduğu hallerde yapıyı yapan malikin iyiniyeti noktasında üzerinde durulması gereken husus, TMK m. 725/2'nin uygulanabilmesi için, arazi malikinin sadece taşkınlık bakımından iyiniyetli olmasının yeterli olduğudur. Diğer bir deyişle, başkasının malzemelerini bilerek kendi arazisindeki yapıda kullanan kişi de, bu yapıyı iyiniyetle komşu araziye taşıdığı hallerde diğer koşulların da gerçekleşmesi

⁹⁰ WIELAND, s. 216; GÖKSU, ZGB Art. 674, N. 9 s. 197; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 17 s. 1318; KOLLER, s. 941; AKMAN, s. 135-137; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 515; SİRMEN, s. 378-379; SEROZAN, s. 637; BGE 103 II 326 E. 5, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F103-II-326%3Ade&lang=de&type=show_document, (Erişim Tarihi: 26.02.2018). Burada iyiniyet koşulunun aranmasıyla, yapıyı bilerek komşu araziye taşıyan malikin, komşu arazi malikinin bu durum karşısında hareketsiz kalmasını istismar etmesinin önlenmesinin amaçlandığı görüşünde; AKMAN, s. 130-131; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 623; EREN, s. 350-351; ATLI, s. 1006. Gerçekten de yapıyı yapan malik kötünietli ise, komşu arazi maliki süresi içinde itiraz etmemiş olsa bile her zaman el atmanın önlenmesi talebinde bulunabilir. BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 17 s. 1318; KOLLER, s. 942; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 623; EREN, s. 351; ESENER/GÜVEN, s. 261; AYAN, s. 350; KARAHASAN, s. 871; Yargıtay HGK. 28.9.1983 E.: 1/2266 K.: 854 (Karar için bkz.); TURAN, s. 822-823). Bazı yazarlar, taşkın yapıyı yapanın iyiniyetli olmadığı hallerde bile, yapının taşan kısımlarının sökülüp kaldırılabilmesi için bunun aşırı bir zarara yol açmaması gerektiğini ileri sürmektedirler. AKİPEK/AKINTÜRK, s. 538. Benzer görüşte; KÜLEY/ULUKUT, s. 63. Buna karşın, kötünietin varlığı halinde yapının taşan kısımlarının sökülüp kaldırılmasının aşırı bir zarara sebep olmasının bir önem taşımadığını savunan yazarlar ve bu yönde yargı kararları da mevcuttur. AYAN, s. 349-350. ERTAŞ, s. 374, 377; Yargıtay 1. HD. 12.9.1989 E.: 5221 K.: 9570 (Karar için bkz.; TURAN, s. 834-835). Son olarak belirtilmelidir ki; sadece komşu arazi malikinin süresi içinde itiraz etmemiş olması, yapıyı yapan malikin iyiniyetli sayılmasını gerektirmez. ERTAŞ, s. 374; SEROZAN, s. 368; Yargıtay HGK. 17.12.1997 E.: 1/821 K.: 1063 (Karar için bkz.; TURAN, s. 814-816).

⁹¹ Arazinin çaplı kadastro planın bulunduğu hallerde iyiniyet iddiasında bulunulamayacağı, zira bu halde yapıyı yapan malikin kendi sınırını kolaylıkla tespit edebileceği görüşünde; ERTAŞ, s. 374; KARAHASAN, s. 853. Esasen bu görüşte olan AYAN, yapıyı yapan malikin çaplı kadastro planının varlığına rağmen, kendisinden beklenen tüm dikkat ve özeni gösterdiği halde yine de taşmaya sebep olmuşsa iyiniyetli sayılması gerektiğini de ileri sürmektedir. AYAN, s. 345-346; Yargıtay 1. HD. 11.9.1985 E.: 9428 K.: 9065 (Karar için bkz.; TURAN, s. 889). Yargıtay'ın çaplı yere el atmada iyiniyet olmaz düşüncesinin doğru olmadığı yönündeki kararı; 1. HD. 24.11.1986 E.: 11981 K.: 12295 (Karar için bkz.; TURAN, s. 846-847).

⁹² AKMAN, s. 150-151; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 515 dn. 1034; ATLI, s. 1006.

kaydıyla TMK m. 725/2'den faydalanabilir.

Durum ve koşulların yapının kalmasını haklı gösterip göstermediğini tespitite ise, yapının taşan kısmının yıktırılmasının yapıya ve topluma vereceği zararlar, yıktırılmamasının arazi malikine veya zarar gören sınırlı aynı hak sahiplerine vereceği zararın karşılaştırılmasının bir ölçü olarak kullanılabilmesi belirtilmektedir⁹³. Yine taşan kısım için bir irtifak hakkı kurulması veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin yapıyı yapan malike devredilebilmesi için imar durumu da müsait olmak zorundadır⁹⁴.

Öğretide komşu arazi malikinin yapıyı yapan malik lehine bir irtifak hakkı tesis etmeksizin, yapının arazisine taşırılmasına katlanma yükümlülüğü altına girdiği hallerde de komşu arazi malikinin artık taşmaya itiraz edemeyeceği, etse bile bu itiraz haksız olacağı için bu durumda da TMK m. 725/2 hükmünün uygulanacağı belirtilmektedir⁹⁵. Kanaatimizce de bu taahhüt itirazı engelleyeceği, yapıyı yapan maliki de iyiniyetli⁹⁶ ve haklı kılacağı için yapıyı yapan malik, TMK m. 725/2'ye göre, uygun bir bedel karşılığında taşan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilmelidir.

TMK m. 725/2'de belirtilen tüm koşullar gerçekleşmişse, taşkın yapı sahibi ya uygun bir bedel⁹⁷ karşılığında taşan kısım için bir irtifak hakkı kurulması⁹⁸

⁹³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 516; AYAN, s. 346; KAZANCI Mehmet Necmettin, Zorunlu İrtifaklar, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014, s. 81-82. Yapının taşan kısmının yıktırılmasının yapıyı yapan malike vereceği zararlar, yıktırılmamasının arazi malikine veya zarar gören hak sahiplerine vereceği zararın karşılaştırılmasının bir ölçü olarak kabul edilebileceği görüşünde; GÖKSU, ZGB Art. 674, N. 10 s. 197; AKMAN, s. 157-158; SİRMEN, s. 379; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 866; ATLI, s. 1013-1041; KARAHASAN, s. 855. Taşkın yapının muhafazası halinde taşılan arazinin malikinin arta kalan kısımdan yararlanma imkânı önemli ölçüde güçleşiyor veya ortadan kalkıyorsa taşkın yapının yıktırılması gerektiği, ancak asma balkon veya saçak gibi taşkınlıklarda halin icabının taşkın yapının muhafazasını gerektirdiği görüşünde; ERTAŞ, s. 347.

⁹⁴ AKMAN, s. 159-160; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 866; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 516; AYAN, s. 346-347; ATLI, s. 1014; KAZANCI, s. 84-86; KARAHASAN, s. 856; Yargıtay 1. HD. 11.12.1997 E.: 59 K.: 1461; Yargıtay 1. HD. 8.7.1996 E.: 8450 K.: 8803 (Kararlar için bkz.; TURAN, s. 842-845. Benzer Yargıtay kararları için ayrıca bkz.; TURAN, s. 848-857).

⁹⁵ ATLI, s. 993 dn. 39. Aksi görüşte; WIELAND, s. 213.

⁹⁶ AKMAN, s. 140-141; ATLI, s. 993 dn. 39.

⁹⁷ Bu bedelin fedakârlığın denkleştirilmesi çerçevesinde ödenmesi gereken bir bedel olduğu görüşünde; ULUSAN İlhan, Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi ilkesi ve Uygulama Alanı, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 143, 339-340; AKMAN, s. 261-263; SİRMEN, s. 380 dn. 520; SEROZAN, s. 372; ATLI, s. 1016. Karşılaştırınız; KAZANCI, s. 136.

⁹⁸ TMK m. 725/2'de düzenlenen bu zorunlu irtifakın kanundan doğan dolaylı mülkiyet kısıtlaması niteliğinde olduğu görüşünde; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 12 s. 1317; ARAL Vecdi "Kanuni İrtifaklar", İÜHF, C. 29, S. 4, 1963, s. 1041 vd.; KIRCA Çiğdem, "Zorunlu İrtifakların Hukuku Niteliği", AÜHF, C. 54, S. 4, 2005, s. 69; AKMAN, s. 175-176; SEROZAN, s. 369; KAZANCI, s. 29. Karşılaştırınız; EREL N. Şafak, Eşyaya Bağlı Borç, Ankara

veya yine uygun bir bedel karşılığında taşan kısmın bulunduğu arazi parçasının⁹⁹ mülkiyetinin kendisine devredilmesi¹⁰⁰ şeklinde seçimlik bir hakka¹⁰¹ sahip olur. Taşkın yapı sahibi yenilik doğurucu nitelikteki¹⁰² bu hakkı kullanılınca, arazi malikinin de kanundan doğan eşyaya bağlı borcunu¹⁰³ ifa etmesi gerektiği belirtilmektedir.

Arazi maliki borcunu ifa etmezse, taşkın yapı malikinin açacağı dava ile hâkim takdir edeceği uygun bir bedel karşılığında ya taşan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasına ya da taşan kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin taşkın yapı malikinin mülkiyetine geçirilmesine hükmedecektir¹⁰⁴. Hâkimin

1982, s. 44-45.

⁹⁹ Üzerine taşılan arazinin ne ölçüdeki ve genişlikteki kısmının mülkiyetinin devredilebileceği hususunda bkz.; AKMAN, s. 249-250.

¹⁰⁰ Taşkın yapı maliki, asıl yapının bulunduğu arazinin maliki değil de, sadece bu arazi üzerinde üst hakkına sahipse, taşan kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesinin olanaksız olduğu görüşünde; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 6 s. 1316. Mülkiyet devrinin araziye temas eden bir taşmanın olduğu, orta vadede yapının kaldırılmasının mümkün gözükmediği ve ipotek yükünün izin verdiği hallerde gündeme gelebileceği görüşünde; GÖKSU, ZGB Art. 674, N. 11 s. 197.

¹⁰¹ ATAAY, s. 42; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 624; EREN, s. 352; AYBAY/HATEMİ, s. 205; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 638; SAYMEN/ELBİR, s. 358; ESENER/GÜVEN, s. 261; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 518; AYAN, s. 344; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 78. Mülkiyetin mi yoksa irtifak hakkının mı verileceğini halin icabı tayin edeceğinden, burada teknik anlamda bir seçimlik haktan söz edilemeyeceği görüşünde; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 872; ULUSAN, s. 142.

¹⁰² GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 624; EREN, s. 352; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 872, 878; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 518; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 638; ERTAŞ, s. 375; AYAN, s. 344, 347; EREL, s. 44; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 78. HATEMİ'ye göre de burada komşuluk hukuku çerçevesinde eşyaya bağlı yenilik doğuran bir hak söz konusudur. AYBAY/HATEMİ, s. 206. Hakkın yenilik doğuran bir hak olmadığı görüşünde; KIRCA, s. 74 vd; AKMAN, s. 181-182; KAZANCI, s. 34 vd.

¹⁰³ GÖKSU, ZGB Art. 674, N. 7 s. 196-197; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 21 s. 1318; AKMAN, s. 183 vd.; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 624; EREN, s. 352; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 521; ERTAŞ, s. 376; AYAN, s. 349; EREL, s. 44. SİRMEN, s. 380; SEROZAN, s. 369.

¹⁰⁴ Hâkimin bu iki seçenek dışında başka bir formül üretemeyeceği örneğin, tarafların taşkın yapıda ve üzerine taşılan arazide müştereken malik olmalarına veya arazisine taşılan malikin, aynı bir hak tescil edilmeksizin taşkın yapıya katlanmasına hükmedemeyeceği görüşünde; AKMAN, s. 155. Aksi görüşte; WIELAND, s. 217. Kanaatimizce tarafların TMK m. 725/2'de öngörülenden farklı bir formül, örneğin müşterek mülkiyet üzerinde anlaşabilmeleri ise mümkündür.

takdir yetkisine dayanarak¹⁰⁵ vereceği hüküm de yenilik doğurucu niteliktedir¹⁰⁶.

TMK m. 725/2'de öngörülen koşullar gerçekleşmezse, komşu arazi maliki taşmaya katlanmaya mecbur olmadığı için taşan kısmın kaldırılmasını talep edebilir (TMK m. 683/2)^{107, 108}. Ancak öğretilerde¹⁰⁹ ve uygulamada¹¹⁰ yapının taşıdığı arazi malikinin de, bedel karşılığı, taşkın yapı maliki yararına olmak üzere¹¹¹ taşılan yerin mülkiyetinin devri ya da bu kısımda bir irtifak hakkı kurulmasını talep edebileceği ileri sürülmektedir¹¹². Yapının taşıdığı arazi malikinin 15 günlük

¹⁰⁵ Yapıyı yapan malik terditli bir talepte bulunmuşsa, hangisinin seçileceğine takdir yetkisi çerçevesinde hâkimin bizzat karar vereceği görüşünde; AYAN, s. 348. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Zira öğretilerde de isabetle belirtildiği gibi, hâkim davacının istemiyle bağlı olmaksızın, takdir yetkisine dayanarak durum ve koşullara en uygun düşen seçeneği tercih edebilir. BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 19 s. 1318; AKMAN, s. 247; SAYMEN/ELBİR, s. 358; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 539; SEROZAN, s. 370; KAZANCI, s. 83; KARAHASAN, s. 867; KÜLEY/ULUKUT, s. 67.

¹⁰⁶ GÖKSU, ZGB Art. 674, N. 11 s. 197; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 12 s. 1317; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 624; EREN, s. 352; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 872; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 520; SİRMEN, s. 380; ERTAŞ, s. 376; AYAN, s. 348; SEROZAN, s. 370; Yargıtay HGK. 15.12.1965 E.: 1/413 K.: 455 (Karar için bkz.; TURAN, s. 788-790).

¹⁰⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 521; ATLI, s. 1015; KARAHASAN, s. 844; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 77. Taşılan arazi üzerinde bir sınırlı aynı hakka sahip olup da taşma yüzünden zarara uğrayanların da taşkınlığın kaldırılmasını isteyebilecekleri görüşünde; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 514; SİRMEN, s. 378.

¹⁰⁸ Taşkın yapıya katlanma yükümlülüğünün olmadığı durumlarda yapının taşan kısmına haksız yapıya ilişkin hükümlerin uygulanabileceği görüşünde; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 79-80; KÜLEY/ULUKUT, s. 70. Buna karşın, kanaatimizce de haklı olarak, haksız yapının kaldırılması aşırı zarara yol açacağı için bu talebin TMK m. 722'ye göre ileri sürülemediği hallerde, arazisine taşılan malik bu taşkınlıktan hiçbir şekilde faydalanamayacak olmasına rağmen taşkınlığı gerçekleştirene karşı bir de üstüne TMK m. 723'e göre tazminat ödemek zorunda kalmasının hiç de uygun olmayacağı da ileri sürülmektedir. AKMAN, s. 81; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 513 dn. 1023; KARAHASAN, s. 848-849, 871-872. Bu durumda arazisine taşılan malikin, yapının taşkın kısmından bağımsız olarak yararlanması mümkünse haksız yapı ile ilgili hükümlerin tam olarak uygulanabileceği de belirtilmektedir. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 880-881. Ancak bu ihtimale rastlamanın oldukça güç olduğu da açıktır.

¹⁰⁹ WIELAND, s. 218; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 21 s. 1318; KOLLER, s. 940-941; AKMAN, s. 191-193; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 874; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 521; SEROZAN, s. 372-373. İrtifak kurulması bakımından bu görüşte; KAZANCI, s. 99. 15 günlük itiraz süresi geçirilmiş ise, TMK m. 725/2'den doğan seçimlik hakların taşılan arazinin malikine de tanınması gerektiği görüşünde; AYBAY/HATEMİ, s. 206. Taşılan arazi malikine de taşılan arazi parçasının mülkiyetini yapıyı yapan malike bir tazminat karşılığında devretmeyi talep etme hakkının tanınmasının menfaatlerin denkleştirilmesi açısından daha adil olacağı görüşünde; ERTAŞ, s. 375.

¹¹⁰ Yargıtay HGK. 3.2.1982 E.: 4/2458 K.: 65 (Karar için bkz.; TURAN, s. 875-878).

¹¹¹ AKMAN, s. 191-192; KAZANCI, s. 99.

¹¹² Ancak bu görüşteki bazı yazarlar, taşkın yapıyı yapan malikin kendi yararına olsa da irtifak kurulmasına veya mülkiyeti devralmaya zorlanamayacağını da belirtmektedir. Bu durumda

süre içerisinde itiraz ederek taşkın yapının kaldırılmasını ya da itiraz etmeyerek temlik veya irtifak karşılığında kendisine tazminat verilmesini isteme hakkına sahip olduğu için onun bakımından tam anlamıyla bir seçimlik hakkın söz konusu olduğu da belirtilmektedir¹¹³.

c. Malzeme Malikinin Arazinin Mülkiyetinin Kendisine Geçirilmesi Talebi ve Bu Talebin Komşu Arazi Malikine Etkisi

aa. Arazi Mülkiyetinin Geçirilmesi Talebi

TMK m. 724 hükmü: *“Yapının değeri açıkça arazinin değerinden fazlaysa, iyiniyetli taraf uygun bir bedel karşılığında yapının ve arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesini isteyebilir.”* şeklindedir¹¹⁴. Eski Medeni Kanunumuzda (m. 650) ise bu hak sadece malzeme sahibine tanınmıştı¹¹⁵. Öğretide TMK m. 724’ün bu hakkı malzeme sahibinin yanı sıra arazi malikine de tanınmasının isabetli olduğunu ileri sürenler mevcuttur¹¹⁶. Buna karşın, her ne kadar iyiniyetli olsa da arazi malikinin, malzeme sahibini arazinin mülkiyetini devralmaya mecbur edebilmesini haklı gösterebilecek bir sebebin olmadığı, bu nedenle arazi malikinin bu hususta sadece malzeme sahibine teklifte bulunma hakkının söz konusu olabileceğini savunanlar da mevcuttur¹¹⁷. TMK m. 724’ün lafzına rağmen, gerekçesinde de, *“...İsviçre Medeni Kanununun 673 üncü maddesine uygun olarak, arazi malikine arazinin mülkiyetini malzeme sahibine devrini teklif etme hakkı tanınmıştır.”* ifadesi bulunmaktadır. Ancak bizim de katıldığımız bu görüşe karşı, iyiniyetli arazi malikinin, teklifi kabul edilmezse duruma göre hiç yararlanamayacağı bir yapı için kötüniyetli malzeme sahibine tazminat ödemek zorunda kalacağı ve bu durumun hiç de adil olmadığı eleştirisi yapılmaktadır¹¹⁸. Kanaatimizce bu

arazisine taşılan malikin, taşkın yapı malikine yönelttiği irtifak veya mülkiyetin devri hususundaki teklifi reddedilirse o, sadece taşkınlığın kaldırılmasını talep edebilir. WIELAND, s. 193, 218; AKMAN, s. 193-194.

¹¹³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 874. SİRMEN’e göre de TMK m. 725/2’den doğan talepler, haksız el atmanın önlenmesini talep etmek yerine ileri sürülebilir. SİRMEN, s. 381.

¹¹⁴ Hükmün sadece yeni yapılan yapılar hakkında uygulanabileceği, zaten mevcut olan bir yapıda yapılan değişiklikler sonucunda yapının son hali, değişiklikten önceki halinden daha değerli olsa bile arazinin mülkiyetinin malzeme sahibine geçirilmesinin talep edilemeyeceği görüşünde; ERTAŞ, s. 359.

¹¹⁵ Bu hüküm, *“Binanın kıymeti açıkça arsanın kıymetinden ziyade ise hüsnü niyetle hareket eden levazım sahibi muhik bir tazminat mukabilinde mecmuunun mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilir.”* şeklindeydi. Bu hükmün mantığa uygun olduğu görüşünde; KÜLEY/ULUKUT, s. 21.

¹¹⁶ SİRMEN, s. 366; EREN, s. 338, 340; AYBAY/HATEMİ, s. 204; AYAN, s. 323. Karşılaştırınız; ERTAŞ, s. 361.

¹¹⁷ WIELAND, s. 204; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 489; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 103. Gerekçesini bildirmemekle birlikte bu haktan ancak iyiniyetli malzeme malikinin yararlanabileceği görüşünde; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 529.

¹¹⁸ SİRMEN, s. 366 dn. 465.

eleştiri pek de isabetli değildir. Zira arazi malikinin bizzat inşa ettiği bir yapıdan hiç yararlanamaması ihtimalinin burada ele alınması gereksizdir. Kaldı ki; arazi maliki yapıdan yararlanamayacak olsa bile, başkasının malzemeleriyle yaptığı taşınmaz yapı malvarlığına ekonomik bir değer olarak dâhil olmuştur ve iyiniyetli arazi maliki, kötüniyetli malzeme sahibine sadece uygun bir tazminat vermekle yükümlüdür (TMK m. 723/1).

Malzeme sahibinin TMK m. 724'den doğan yenilik doğuran hakkı¹¹⁹ kullanabilmesi için öncelikle malzemenin sökülüp kaldırılmasını talep etmemiş veya bu talebi reddedilmiş olmalı, ayrıca TMK m. 723'e göre tazminat talep etmemiş olmalıdır¹²⁰.

Yine malzeme sahibi ancak iyiniyetli olması koşuluyla bu talepte bulunabilir. Malzeme sahibinin iyiniyetli olması demek, malzemesinin haksız olarak arazi maliki tarafından kullanıldığını bilmemesi ve bilmesinin de gerekmemesi ve şayet öğrenmişse bunu engellemeye çalışmış olmasıdır¹²¹.

İyiniyetli malzeme sahibinin bu talepte bulunabilmesi için gerekli olan bir diğer koşul da, yapının değerinin arazinin değerinden fazla olduğunun açıkça anlaşılabilir olmasıdır¹²². Öğretide de isabetle belirtildiği gibi, şayet arazinin tamamının mülkiyeti talep ediliyorsa değer farkının belirlenmesinde arazinin tamamının değeri esas alınmalıdır¹²³. Ancak yapı arazinin tamamını değil de, belirli bir kısmını işgal ediyorsa, arazinin sadece bu kısmının mülkiyetinin geçirilmesi de talep edilebilir. Bunun için elbette arazinin imar mevzuatına göre bölünebilir olması¹²⁴ ve bu bölünmenin geri kalan kısma zarar vermemesi¹²⁵

¹¹⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 491; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 620; AYBAY/HATEMİ, s. 204; ERTAŞ, s. 360. Bizim de katıldığımız bu görüşe karşın, öğretide burada şartların gerçekleşmesiyle kanundan doğan bir borcun söz konusu olduğu da ileri sürülmektedir. SİRMEN, s. 368.

¹²⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 491; SİRMEN, s. 366; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 162-163.

¹²¹ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 525; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 490; SİRMEN, s. 367; ERTAŞ, s. 359-360; AYAN, s. 322; KARAHASAN, s. 805. İyiniyet, mülkiyeti devir talebinin bir şartı olduğundan, taraflarca ispatlanmaya muhtaç olmaksızın, hâkim tarafından re'sen araştırılıp nazara alınması gerektiği görüşünde; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 611-612; EREN, s. 338.

¹²² GÖKSU, ZGB Art. 673, N. 3 s. 193; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 490; SİRMEN, s. 367; AYAN, s. 323; KARAHASAN, s. 816; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 172-173. İsviçre Federal Mahkemesine göre, arazinin değeri 600 İsviçre Frangı iken, yapının değeri 14 500 İsviçre Frangı ise, yapının değeri arazinin değerinden açıkça fazladır. BGE 81 II 267 E. 7.

¹²³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 490; SİRMEN, s. 367; ERTAŞ, s. 360; KARAHASAN, s. 820; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 174. Karşılaştırınız; GÖKSU, ZGB Art. 673, N. 3 s. 193.

¹²⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 490; SİRMEN, s. 367; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 525; ERTAŞ, s. 360; KARAHASAN, s. 818-819, 820; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 174.

¹²⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 490; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 525; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 174.

gerekir. Koşulları gerçekleştiği için arazinin sadece belirli bir kısmının mülkiyetinin geçirilmesi talep ediliyorsa, değer farkının belirlenmesinde de yalnızca bu kısmın değeri esas alınmalıdır¹²⁶.

Haksız yapı ile taşkın yapının bir arada olduğu hallerde yapı ile arazinin değer farkının belirlenmesinde yapının taşan kısmının ve üzerine taşılan arazinin hesaba katılıp katılmayacağı da çözülmesi gereken bir sorundur. Kanaatimizce yapıyı yapan malik, yapıyı komşu araziye taşımasına imkân veren bir irtifak hakkına sahipse taşan kısım dâhil yapının tamamının değeri nazara alınmalıdır. Bu değer, asıl arazinin ve irtifakın değerinin toplamı ile kıyaslanmalıdır. Yapıyı yapan arazi maliki, yapıyı komşu araziye taşımasına imkân veren bir irtifak hakkına sahip olmamakla birlikte TMK m. 725/2'den yararlanabilecek durumda ise, yine yapının tamamının değeri ile asıl arazinin ve irtifak hakkının toplam değeri ya da yapının tamamının değeri ile asıl arazinin ve taşan kısmın bulunduğu arazi parçasının toplam değeri karşılaştırılmalıdır. Yapıyı yapan arazi maliki, yapıyı komşu araziye taşımasına imkân veren bir irtifak hakkına sahip olmamakla birlikte TMK m. 725/2'den de yararlanabilecek durumda değilse, yapı ile arazinin değer farkının hesabında yapının taşan kısmının ve üzerine taşılan arazinin hesaba katılmaması gerekir¹²⁷.

Bu talebin de sadece yapıyı yapan arazi malikine veya külli haleflerine karşı ileri sürülebileceği, cüzi haleflerin bu taleple muhatap edilmelerinin uygun olmadığı belirtilmektedir¹²⁸.

Malzeme sahibi, arazi malikine yönelteceği bir beyanla hakkı kullanınca taraflar arasında arazi mülkiyetinin devri hususunda bir borç ilişkisi doğar. Ancak arazi malikinin mülkiyeti devir borcuna karşılık kendisine uygun miktarda bir bedelin ödenmesi de gerekir¹²⁹. Mülkiyeti devir borcu, malzeme sahibinin tek taraflı beyanı ile doğsa da, tarafların bu devire karşılık ödenecek bedeli belirlemeleri bu borcu somutlaştırdığından, öğretide bu husustaki anlaşmanın

¹²⁶ SİRMEN, s. 367; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 174-175.

¹²⁷ Öğretide bu hesabın yapılabilmesi için önce taşkın yapı sorununun çözülmesi gerektiği de ileri sürülmektedir. Buna göre taşkın yapı yıkılırsa sorunun da ortadan kalkmış olduğu, ancak TMK m. 725/2'ye göre hareket edilirse bizim yaptığımız benzer bir hesaplamanın yapılması gerektiği kabul edilmektedir. BELGE, s. 172-173. Ancak ne yapıyı yapan arazi maliki ne de arazisine taşılan malik TMK m. 725/2 ve TMK m. 683/2'den doğan haklarını kullanmaya zorlanamayacakları için, onlar hareketsiz kaldıkları sürece, mevcut meselenin çözümü de sürüncemede kalacaktır. Bu nedenle sorunun fiilen değil, taşkınlık durumu dosyadan anlaşılabilirdiği sürece soyut olarak kâğıt üzerinde çözülmesi de yeterli görülmelidir.

¹²⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 489; SİRMEN, s. 366; AYBAY/HATEMİ, s. 204; EREN, s. 339-340; ESENER/GÜVEN, s. 253; AYAN, s. 323-324; KARAHASAN, s. 808. Karşılaştırınız; ERTAŞ, s. 358, 360.

¹²⁹ Bu bedelin fedakârlığın denkleştirilmesi çerçevesinde ödenmesi gereken bir bedel olduğu görüşünde; ULUSAN, s. 148-149, 341; SİRMEN, s. 368 dn. 472; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 172.

resmi şekilde yapılması gerektiği de ileri sürülmektedir¹³⁰.

TMK m. 724 hükmü emredici bir nitelik taşımadığından, öğretide arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin malzeme sahibine geçirilmesi yerine, tarafların yapı üzerinde malzeme sahibi lehine bir üst hakkı kurulması¹³¹ veya arazi üzerinde paylı mülkiyet tesis edilmesi¹³² hususunda anlaşmalarının mümkün olduğu da kanaatimizce haklı olarak ileri sürülmektedir¹³³.

Şayet taraflar anlaşamazlarsa malzeme sahibi mülkiyetin kendisine devri hususunda bir dava açmalıdır¹³⁴. Hâkimin bu davada öncelikle arazi malikine ödenmesi gereken bedeli belirlemesi ve bunun ödenmesinden sonra mülkiyetin malzeme sahibine geçmesine yönelik yenilik doğurucu hükmünü¹³⁵ vermesi gerektiği savunulmaktadır¹³⁶. Yine hâkimin bedeli tayin ederken arazinin hüküm tarihindeki rayiç bedelini¹³⁷ ve arazi malikinin iyiniyetli olup olmadığını¹³⁸ nazara alması gerektiği belirtilmektedir.

TMK m. 724'den doğan hakkın hangi süre içerisinde kullanılması gerektiği de oldukça tartışmalı bir husustur. Öğretide bedel talebi için geçerli olan sürelerin (TBK m. 72, 82) bu hak için de hak düşürücü süre olarak nazara

¹³⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 491; SİRMEN, s. 368; AYAN, s. 324; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 183.

¹³¹ ERKAN Vehbi Umut, "Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi Durumunda Malzeme Sahibinin Arazinin Mülkiyetinin Kendisine Verilmesi Talebi (TMK m. 724)", AÜHFD, C. 63, S. 3, 2014, s. 458; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 162; GÖKSU, ZGB Art. 673 N. 4 s. 194; SİRMEN, s. 368; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 522; İNAL, s. 260.

¹³² SİRMEN, s. 368; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 522; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 162; ERKAN, "TMK m. 724", s. 458.

¹³³ Mahkemenin bu yönde bir hüküm verip veremeyeceği ise tartışmalıdır. Bu hususta bkz.; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 673, N. 4 s. 1314.

¹³⁴ Elbette malzeme sahibi mülkiyetin kendisine geçirilmesini karşı dava şeklinde de ileri sürebilir. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 491-492; SİRMEN, s. 368.

¹³⁵ GÖKSU, ZGB Art. 673 N. 4 s. 194; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 673, N. 4 s. 1314; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 492; SİRMEN, s. 368; AYAN, s. 324; KARAHASAN, s. 830; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 182. Yenilik doğurucu niteliği nedeniyle mülkiyet, mahkeme kararının kesinleşmesi ile geçer ve sonradan yapılacak tescil sadece açıklayıcı bir rol oynar. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 492; SİRMEN, s. 368; AYAN, s. 324; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 182-183.

¹³⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 492; SİRMEN, s. 368.

¹³⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 492; SİRMEN, s. 368. Arazinin dava tarihindeki rayiç bedelinin nazara alınması gerektiği görüşünde; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 180; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 526; AYAN, s. 323.

¹³⁸ GÖKSU, ZGB Art. 673 N. 5 s. 194; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 673, N. 3 s. 1314; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 492; SİRMEN, s. 368; EREN, s. 340; KARAHASAN, s. 828; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 181. Arazi malikinin iyiniyetli olup olmamasına göre hangi tarihteki (dava tarihi, hüküm tarihi, hatta yapının yapılmasına izin verilen tarih) rayiç bedelin esas alınacağı hususunda hâkimin takdir yetkisi olduğu görüşünde; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 831.

alınabileceğini savunanlar bulursa da¹³⁹, tazminata ilişkin süre (TBK m. 72) içinde bu hakkın kullanılabilmesini ileri sürenler de mevcuttur¹⁴⁰. Yine yapının tamamlandığı günden başlamak üzere TBK m. 146 uyarınca 10 yıllık bir sürenin nazara alınması gerektiği de belirtilmektedir¹⁴¹. Nihayet belirli bir süreyi zikretmeksizin malzeme sahibinin bu hakkını, malzemesinin kullanıldığını öğrendiği tarihten itibaren belli bir süre içerisinde ileri sürmesi gerektiğini, bu hakkı uzunca bir süre geçtikten sonra kullanmasının dürüstlük kuralına aykırı düşeceğini belirtenler de mevcuttur¹⁴².

bb. Talebin Komşu Arazi Malikine Etkisi

TMK m. 724 gereği arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının ve dolayısıyla da yapının mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesi, tek başına komşu arazi malikinin de taşkınlığa katlanması zorunluluğunu doğurmaz. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi, kural olarak hiçbir arazi maliki, komşu taşınmazda yapılan bir yapının kendi arazisine taşırılmasına katlanmakla yükümlü değildir ve TMK m. 683/2'ye göre bu el atmanın önlenmesini dava edebilir. Ayrıca bu el atma nedeniyle uğramış olduğu zararların tazminini de talep edebilir. El atmanın önlenmesi davasında davacı, yapının yeni maliki olan malzeme sahibi olduğu halde, tazminat talebi yapıyı yapan eski arazi malikine karşı yöneltilmelidir.

Ancak yapıyı yapan eski arazi maliki, yapıyı komşu araziye taşırmasına imkân veren bir irtifak hakkına sahipse, arazinin ve dolayısıyla yapının yeni malike (malzeme sahibine) devriyle birlikte bu irtifaktan, yeni malik de yararlanacağı için, artık ona karşı el atmanın önlenmesi dava edilemez. Zira TMK m. 725/1'de söz edilen irtifak, eşyaya bağlı irtifak biçiminde kurulur¹⁴³.

Yapıyı yapan eski arazi maliki kişisel nitelikteki bir hak dolayısıyla yapıyı komşu araziye taşımışsa, yeni malikin (malzeme sahibinin) bu hakka dayanamayacağı açıktır. Bu halde de taşkın yapının mukadderatı TMK m. 725/2'ye tabi olmalıdır.

Taşkın yapının söz konusu olduğu hallerin büyük bir kısmında yapıyı yapan malik, komşu arazi malikinin bu taşmaya katlanma yükümlülüğünü doğuracak bir hakka sahip değildir. Bu durumda komşu arazi maliki bu el atmanın önlenmesini talep edebilir (TMK m. 683/2). Yapıyı yapan malikin, arazi ve

¹³⁹ AYBAY/HATEMİ, s. 204.

¹⁴⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 491 dn. 913. ERTAŞ'a göre de arazi malikinin fiili bir haksız fiil niteliğinde olduğundan malzeme sahibi bu hakkını TBK m. 72'de öngörülen zamanaşımı süresi içinde kullanmalıdır. ERTAŞ, s. 361.

¹⁴¹ ATAAY, s. 108; KARAHASAN, s. 807; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 186.

¹⁴² AKİPEK/AKINTÜRK, s. 526 ve dn. 40.

¹⁴³ BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 9 s. 1316; WIELAND, s. 211; AKMAN, s. 68-69; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 861 dn. 10; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 623; EREN, s. 349-350; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 513; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 637; SİRMEN, s. 377-378; SEROZAN, s. 371; ARAL, İnşaat Hakkı, s. 17; GÜRZUMAR, s. 83.

dolayısıyla yapı üzerindeki mülkiyeti bir başkasına ve bu arada TMK m. 724'e göre malzeme sahibine devretmesi bu sonucu değiştirmez. Ancak daha önce de değindiğimiz gibi, kanun koyucu TMK m. 725/2'de öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde taşkın yapı malikine yine de bazı haklar tanımaktadır. Buna göre arazi maliki taşmayı öğrendiği tarihten başlayarak onbeş gün içinde itiraz etmediği, aynı zamanda durum ve koşullar da haklı gösterdiği takdirde, taşkın yapıyı iyiniyetle yapan kimse, uygun bir bedel karşılığında taşın kısmı için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir. İncelediğimiz sorun bakımından, TMK m. 724 sayesinde malik durumuna gelen malzeme sahibi de TMK m. 725/2'den doğan bu hakları ileri sürebilir. Zira öğretide de isabetle belirtildiği gibi, yapıyı yapan malikin ölmesi ya da taşınmazın mülkiyetini bir başkasına devretmesi halinde külli ya da cüzi halef durumundaki yeni malik de TMK m. 725/2'den doğan hakları kullanabilir.¹⁴⁴

İncelediğimiz sorun bakımından üzerinde durmamız gereken bir diğer husus, taşkın yapı malikinin iyiniyetli olmamasının bu taşınmazı sonradan kazanan külli ve cüzi haleflerin iyiniyet savunmasını ileri sürmelerini engelleyeceği hususudur. Diğer bir deyişle iyiniyetin aranacağı kişi, daima taşkın yapıyı yapan maliktir, şayet bu kişi kötünietli ise sonraki malikler iyiniyet iddiasında bulunamazlar¹⁴⁵. Bu durumda haksız yapıyı yapan eski arazi maliki, yapıyı kötünietle komşu araziye taşırılmışsa, taşkın yapının yeni maliki (malzeme sahibi), artık iyiniyet iddiasında bulunamaz. Ancak öğretide de isabetle belirtildiği gibi, taşkın yapının yapılmasından uzun bir süre sonra bu yapının taşıdığı arazi malikinin iyiniyetli haleflere karşı taşın kısmın sökülüp kaldırılmasını istemesinin çoğu zaman hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağı da unutulmamalıdır¹⁴⁶.

2. Komşu Arazi Malikinın Malzemesi İle Yapılan Haksız Yapının Komşu Araziye Taşırıldığı Haller

Haksız yapıyı inşa eden ve bunu komşu araziye de taşırarak arazi malikinın bu yapıda kullandığı malzemelerin arazisine taşınan komşuya ait olması ihtimali de gündeme gelebilir. Bu durumda hem haksız yapıdan hem de taşkın yapıdan doğan talepleri ileri sürebilecek kişi, aynı kişidir.

¹⁴⁴ GÖKSU, ZGB Art. 674, N. 7 s. 197; BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 674, N. 21 s. 1318; AKMAN, s. 184, 191; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 877; SİRMEN, s. 379; ERTAŞ, s. 376; SEROZAN, s. 369.

¹⁴⁵ AKMAN, s. 149; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 877; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 515; SİRMEN, s. 379.

¹⁴⁶ AKMAN, s. 149-150; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 877; SİRMEN, s. 379; ATLI, s. 1012-1013.

Malzeme sahibi komşu arazi maliki, TMK m. 722/2'ye göre, rızası olmaksızın yapıda malzemelerin sökülmesi aşırı zarara yol açmayacaksa, gideri yapıyı yaptırana ait olmak üzere bunların sökülüp kendisine verilmesini isteyebilir. Bu durumda haksızlıkla birlikte taşkınlık durumu da ortadan kalkmış olur. Yine malzeme sahibi komşu arazi maliki TMK m. 724 uyarınca yapıyı yapan arazi malikine ait arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının ve dolayısıyla yapının mülkiyetini elde etmişse, bu durumda da taşkınlık ortadan kalkmış olur.

Haksızlıkla birlikte taşkınlık durumuna da son veren bu seçeneklerin tercihinin malzeme sahibi komşu arazi maliki bakımından oldukça faydalı olduğu açıktır. Ancak koşulları gerçekleşmediği için, bu talepleri ileri süremeyen komşu arazi malikine karşı, yapıyı yapan arazi maliki koşulları gerçekleşmişse TMK m. 725/2'den doğan haklarını ileri sürebilir¹⁴⁷. TMK m. 725/2'ye göre irtifak kurulması veya mülkiyetin geçirilmesi söz konusu olsa bile, malzeme sahibi komşu arazi malikinin TMK m. 723/1-2'ye göre tazminat isteyebilmesi de mümkündür.

Haksız yapıdan doğan diğer talepleri ileri sürebileceği halde sadece tazminat ile yetinen malzeme sahibi komşu arazi malikine karşı da yapıyı yapan arazi maliki, koşulları gerçekleşmişse TMK m. 725/2'den doğan haklarını ileri sürebilir. Ancak bu durumda yapıyı yapan arazi maliki, TMK m. 725/2'de yer alan "*durum ve koşulların da haklı göstermesi*" şartının gerçekleştiği daha kolay ispat edilebilir. Zira bu durumda malzeme sahibi komşu arazi maliki tarafından, yapının tamamen kaldırılması mümkün olduğu halde kalması veya mülkiyeti elde edilebileceği halde bunun yapıyı yapan arazi malikinde kalmaya devam etmesi tercih edilmiştir.

C. Kişinin Kendi Malzemesi ile Başkalarına Ait Birden Çok Komşu Arazi Üzerinde İnşa Ettiği Haksız Yapı

Bir kişi kendi malzemeleriyle başkalarına ait birden çok komşu arazi üzerinde bir yapı inşa etmiş olabilir. Bu durumda arazi maliklerinin malzeme sahibine karşı haksız yapıdan doğan talepleri ileri sürebilecekleri söylenebilir de bu, maliklerin aynı talebi ileri sürebilecekleri ve sürmek istedikleri zaman sorunu etkili bir biçimde çözebilir. Gerçekten bir malik malzemenin sökülüp kaldırılmasını talep ederken, diğeri arazi mülkiyetinin kısmen veya tamamen malzeme sahibine geçirilmesini talep edebilir. Özellikle her iki malik de iyiniyetli ise bu taleplerden hangisine üstünlük tanınması gerektiği sorunu ortaya çıkar ki; buna adil bir cevap verebilmek oldukça zordur.

Kanaatimizce bu durumda hangi talebe üstünlük tanınması gerektiği hususunda uzun uzun değerlendirmelerde bulunmaya gerek olmaksızın sorun,

¹⁴⁷ Gerçi bu durumda yapıyı yapan arazi malikinin iyiniyetli olduğu bir ihtimale rastlamak oldukça güçtür.

haksız yapı ve taşkın yapı ile ilgili hükümlerden duruma göre doğrudan veya kıyasen yararlanarak basitçe çözülebilir. Buna göre yapının ekonomik ve tahsis edildiği amaç bakımından büyük bir kısmının üzerinde bulunduğu arazinin, asıl (ana) taşınmaz olduğu kabul edilerek¹⁴⁸, bu arazinin maliki ile malzeme sahibi arasındaki sorun haksız yapı hükümlerinden faydalanılarak çözülebilir. Diğer araziler bakımından da taşkın yapı hükümlerinden faydalanılabilir¹⁴⁹. Bu kapsamda asıl arazi malikinin ve malzeme sahibinin haksız yapı dolayısıyla birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri talepler ve bu taleplerin yapının diğer kısmının bulunduğu arazinin malikini ne şekilde etkileyeceği aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

İstisnai olarak, yapı ekonomik ve tahsis edildiği amaç bakımından birden çok taşınmaz üzerinde de yaygın olabilir. Bu durumda yapının her bir arazi maliki bakımından haksız yapı teşkil ettiği açıktır. Öğretideki bir fikre göre, bu durumda TMK m. 721'e kıyasen, arazi maliklerinin yapı üzerinde paylı mülkiyete sahip oldukları kabul edilebilir. Bu çözüm, taşkın yapı hükümlerini tamamen devre dışı bırakarak, paydaş arazi malikleri ile malzeme sahibi arasındaki ilişkiye doğrudan doğruya haksız yapı hükümlerinin uygulanmasını sağlar¹⁵⁰.

1. Arazi Malikinin Malzemenin Sökülerek Kaldırılmasını Talebi ve Bu Talebin Diğer Arazi Malikine Etkisi

a. Malzemenin Sökülerek Kaldırılması Talebi

TMK m. 722/3'de TMK m. 722/2'de belirtilen koşullar altında arazi malikinin¹⁵¹ de, rızası olmaksızın yapılan yapıda kullanılan malzemenin, gideri yapıyı yapıtrana ait olmak üzere sökülüp kaldırılmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. Buna göre malzeme sahibi yapıyı arazi malikinin açık veya zımni rızası¹⁵² ile

¹⁴⁸ Asıl (ana) taşınmazın tayini hususunda, yapının ekonomik ve tahsis edildiği amaç bakımından taşıdığı öneme ağırlık vermenin, yapı kısımlarının maddi ve hacimsel büyüklüklerini nazara almaktan daha uygun olduğu görüşünde; AKMAN, s. 51.

¹⁴⁹ BELGE'ye göre ise, yapının esas itibarıyla üzerinde bulunduğu arazi bakımından haksız yapı, sadece taşınmış olduğu arazi bakımından da taşkın yapı niteliğinde olduğu söylenebilir. BELGE, s. 172.

¹⁵⁰ BELGE, s. 172.

¹⁵¹ Arazi üzerinde sınırlı bir ayni hakka sahip olup da, haksız yapı nedeniyle menfaatleri zarara uğrayan kişilerin de bu haktan yararlanabilecekleri görüşünde; WIELAND, s. 199-200; ZELGER, Art. 672 ZGB, N. 4 s. 1263; ATAAY, s. 70; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 527. ESENER/GÜVEN, s. 254; KARAHASAN, s. 759-760; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 126; KÜLEY/ULUKUT, s. 25.

¹⁵² Arazi malikinin rızasının külli haleflerini de bağlayacağı görüşünde; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 816. GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 609; EREN, s. 333; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 118. Bu rıza verildikten sonra taşınmazın üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde, eski malikin rızasının yeni malikin malzemenin sökülüp kaldırılmasını talep hakkını bertaraf etmeyeceği görüşünde; ATAAY, s. 69 dn. 20; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 118-119. KÜLEY/ULUKUT, s. 26. Yapı yapılmakla arsanın bütünleyici parçası olacağı için, malikin ve dolayısıyla yeni malikin de bu yapı üzerinde tasarruf etme hakkının her zaman bulunduğu, fakat bu

yapmış veya yaptırmışsa arazi maliki malzemenin sökülüp kaldırılmasını talep edemez¹⁵³. Burada bir araziyi haricen satın alan kişinin bu arazi üzerinde yapı inşa etmesi veya ağaç dikmesi halinde bunları arazi malikinin zımnı rızası ile yapmış sayıldığı yönündeki Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na¹⁵⁴ özellikle dikkat edilmelidir.

Yine malzemenin sökülmesinin aşırı zarara yol açtığı hallerde arazi maliki, bu talebi ileri süremez¹⁵⁵. Malzemenin sökülmesinin aşırı zarara yol açmasından ne anlaşılması gerektiği tartışmalı olmakla birlikte¹⁵⁶, bu husustaki bir görüşe¹⁵⁷ göre: *“Malzemenin sökülüp kaldırılması ile arazi malikinin elde edeceği menfaate nazaran bu yüzden malzemede ve arazide meydana gelecek değer*

hususla malzeme sahibine başvuramayacağı görüşünde; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 494 dn. 927; İNAL, s. 262 dn. 53. Yapının mülkiyetin devri anına kadar yapılan kısmı için eski malik tarafından verilen rızanın yeni malik için de geçerli olduğu, ancak yeni malikin sırf bu rızaya dayanarak yapıyı inşa etmeye devam etme hakkının olmadığı görüşünde; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 816.

¹⁵³ WIELAND, s. 199; STEINER/SCHMID, ZGB Art. 671, N. 11 s. 1310; GÖKSU, ZGB Art. 971, N. 10 s. 190; ZELGER, Art. 672 ZGB, N. 4 s. 1263; BÜYÜKAY Yusuf, *“Kendi Malzemesi İle Başkasının Arazisi Üzerine Yapılan Haksız İnşaata İlişkin Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 17.09.2004 Tarih ve 8282 E./8506 K. No/lu Kararı Üzerine”*, EÜHFD, C. 10, S. 3-4, 2006, s. 426; ATAAY, s. 68-69; SAYMEN/ELBİR, s. 348; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 609; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 815-816; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 527; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 494; SİRMEN, s. 369; EREN, s. 333; AYBAY/HATEMİ, s. 203; ESENER/GÜVEN, s. 254; ERTAŞ, s. 361; AYAN, s. 310; KARAHASAN, s. 762; İNAL, s. 261; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 115; KÜLEY/ULUKUT, s. 25.

¹⁵⁴ 5.7.1944 tarih ve 12/26 sayılı İBK (Karar için bkz.; HELVACI İlhan, Türk Medeni Kanunu, C. 4: Eşya Hukuku, İstanbul 2013, s. 171-172).

¹⁵⁵ WIELAND, s. 199; STEINER/SCHMID, ZGB Art. 671, N. 11 s. 1310; GÖKSU, ZGB Art. 971, N. 10 s. 190; ZELGER, Art. 672 ZGB, N. 4 s. 1263; ATAAY, s. 73; SAYMEN/ELBİR, s. 348; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 609; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 817; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 527; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 494; SİRMEN, s. 370; EREN, s. 333; AYBAY/HATEMİ, s. 203; ERTAŞ, s. 361; KÜLEY/ULUKUT, s. 26. Malzemenin sökülerek kaldırılması aşırı bir zarara sebep olacaksa, arazi malikinin bu talebinin reddedilmesi gerektiği, ancak arazi maliki, kötüniyetli malzeme sahibine malzemenin en az değerini tazmin ederse, arazi malikinin sökülme talebinin kabul edilmesi gerektiği görüşünde; ERTAŞ, s. 361. Aşırı zarara yol açsa bile, arazi malikinin TMK m. 683'e dayanarak yapıyı kaldırmayacağı, ancak bu durumda masrafları bizzat ödemek zorunda kalacağı, yine arazi malikinin TMK m. 683'e dayanmasının TMK m. 723-724'ün malzeme sahibine tanıdığı hakları etkisiz bırakamayacağı görüşünde; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 818.

¹⁵⁶ Tartışmalar için bkz.; İNAL, s. 264-274; ATAAY, s. 73-77. Bu husustaki farklı Yargıtay içtihatları için bkz.: KARAHASAN, s. 767-772.

¹⁵⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 494-495. Benzer görüşte; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 609; EREN, s. 333; AYAN, s. 309; İNAL, s. 267-268; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 120-121, 124-124. Karşılaştırınız; SİRMEN, s. 370. ATAAY'a göre ise, yapının kaldırılmasının aşırı zarara sebep olup olmayacağı yapıyı yapan malzeme sahibi veya arazi maliki bakımından subjektif olarak değil, genel iktisadi menfaat bakımından, yani objektif olarak nazara alınmalıdır. ATAAY, s. 76-77.

noksanı daha fazla ise, malzemenin sökülüp kaldırılmasının aşırı zarara yol açtığı kabul edilecektir. Diğer bir ifade ile, malzemenin sökülüp kaldırılmasının malzeme malikine ve topluma vereceği zararlar, malzemenin sökülüp kaldırılmasından arazi malikinin elde edeceği menfaatin karşılaştırılması, yapının kalmasını gerektiriyorsa malzemenin sökülüp kaldırılması aşırı zarara yol açıyor demektir .”

Malzemenin sökülüp kaldırılmasına rağmen arazi malikinin bir zararı varsa, bu zararın haksız fiil¹⁵⁸ veya vekâletsiz iş görme¹⁵⁹ hükümlerine tazmini de gerekir. Yine arazi üzerinde kötünietli zilyetliğini sürdüren malzeme maliki elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünler karşılığında tazminat ödemek (TMK m. 995/1)¹⁶⁰ ve bir yararlanma varsa ecrimisil vermek¹⁶¹ zorunda da kalabilir.

Öğretide TMK m. 722/3’de düzenlenen hakkın kişisel bir hak niteliği taşıdığı¹⁶² ve bu hakkın arazi malikinin mülkiyet hakkına dayanarak malzemeyi bizzat araziden söküp atma hakkından ayırt edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁶³. Buna karşın, TMK m. 722/3’de arazi malikine tanınan hakkın mülkiyete haksız yapı dolayısıyla yöneltilen özel türde bir müdahaleye son verilmesini hedef tuttuğu, bu nedenle kişisel bir hak olarak nitelendirilmesinin uygun olmadığı da ileri sürülmektedir¹⁶⁴. Gerçekten arazi maliki, arazinin ve dolayısıyla yapının mülkiyetine sahip olduğu için aslında bunu her zaman söküp kaldırabilir, dolayısıyla öğretide de isabetle belirtildiği gibi, TMK m. 722/3’de asıl düzenlenmek istenen husus, söküp kaldırma masraflarını talep etme hakkıdır¹⁶⁵. Öğretide bu talebin zamanaşımına uğrayıp uğramayacağı

¹⁵⁸ ATAAY, s. 78; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 819; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 609; EREN, s. 334; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 528; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 493-494; SİRMEN, s. 369; ERTAŞ, s. 361; AYAN, s. 311; KARAHASAN, s. 774; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 130-131; KÜLEY/ULUKUT, s. 25, 28.

¹⁵⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 489-490; SİRMEN, s. 369; AYAN, s. 311.

¹⁶⁰ ATAAY, s. 78; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 493-494; EREN, s. 334.

¹⁶¹ ATAAY, s. 78; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 819; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 493-494; SİRMEN, s. 369; KARAHASAN, s. 774; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 130-131 dn. 92; KÜLEY/ULUKUT, s. 25, 28.

¹⁶² BERGER-STEINER/SCHMID, ZGB Art. 671, N. 12 s. 1310; ZELGER, Art. 672 ZGB, N. 4 s. 1263. GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 608; EREN, s. 333; AYAN, s. 310.

¹⁶³ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 608-609; EREN, s. 333; AYAN, s. 310.

¹⁶⁴ GÖKSU, ZGB Art. 671, N. 11 s. 190; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 814; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 111-114.

¹⁶⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 814; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 493 dn. 924; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 112; İNAL, s. 261, 263. TMK m. 722/3’de belirtilen şartlar gerçekleşmeden, sadece mülkiyet hakkına dayanarak malzemeleri kendiliğinden söküp kaldıran arazi malikinin, malzeme sahibine TMK m. 723’e göre tazminat ödemek zorunda kalacağı görüşünde; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 814; İNAL, s. 261; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 113.

tartışmalı olmakla birlikte, kabul ettiğimiz görüş uyarınca, mülkiyet hakkına yapılan tecavüz devam ettiği, yani haksız yapı ayakta kaldığı sürece bu talep ileri sürülebilir¹⁶⁶.

Öğretide bir görüş¹⁶⁷, iyiniyetli olması ve arazi malikinin zararlarını tazmin etmesi koşuluyla malzeme sahibinin de bu durumda malzemenin sökülüp kendisine verilmesi hususunda bir talep hakkına sahip olduğunu ileri sürerken; bir diğer görüşe¹⁶⁸ göre, yapıda kullanılan malzemeler, artık arazinin bütünleyici parçası haline gelerek bağımsız mal vasıflarını yitirdiklerinden, malzeme sahibinin bu talebi ileri sürmesi mümkün değildir. Bu son görüş kanaatimizce de isabetlidir. Zira malzeme sahibi, bütünleyici parçalara ilişkin genel prensibin bir istisnası olarak bu hakka sadece malzemesinin rızası olmaksızın arazi maliki tarafından kullanılması halinde sahiptir (TMK m. 722/2). İstisnaların açıkça kanun tarafından düzenlenmesi ve yorum yoluyla genişletilememesi prensipleri karşısında burada da malzeme sahibinin bu hakka sahip olduğundan bahsetmek uygun değildir¹⁶⁹.

b. Talebin Diğer Arazi Malikine Etkisi

Bir kişinin kendi malzemeleriyle başkalarına ait birden çok komşu arazi üzerinde bir yapı inşa ettiği hallerde, tüm arazi maliklerinin bir araya gelerek malzeme malikinden, malzemenin sökülerek kaldırılması talebinde bulunmaları mümkündür.

Ancak sadece yapının ekonomik ve tahsis edildiği amaç bakımından en önemli kısmının üzerinde bulunduğu arazinin malikinin yapının sökülüp kaldırılması talebinde bulunduğu ve bu talebin gereği yerine getirildiği hallerde de diğer arazi maliklerinin mülkiyeti bu yolla korunmuş olur. Zira yapının sadece ekonomik ve tahsis amacı bakımından en önemli kısmının sökülerek diğer kısımlarının muhafaza edilmesi mümkün olmadığından veya mümkün olsa da bir anlam taşımayaçağından genellikle tüm yapı sökülerek kaldırılır.

¹⁶⁶ ATAAY, s. 71; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 815; AYAN, s. 310.

¹⁶⁷ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 527; KARAHASAN, s. 776-777; ATAAY, s. 72-73, 121 (Yazar bu sonuca sebepsiz zenginleşme hükümlerine kıyasen başvurmak suretiyle varmaktadır); ESENER/GÜVEN, s. 254 (Yazarlar arazi malikinin zararlarının tazmininden bahsetmeksizin, iyiniyetli olması koşuluyla malzeme sahibinin de bu hakka sahip olduğu görüşündedirler.)

¹⁶⁸ WIELAND, s. 193, 198; SEROZAN Rona, "Başkasına Ait Arsaya İnşaat Yapan ve "Asla Bağlılık" Kuralı Uyarınca Bu İnşaatın Mülkiyetini Arsa Sahibine Kapıran İnşaat Sahibi, Bu Sayede Arsa Sahibinin Sağladığı Değerin Karşılanmasını İsterken, Bu İstemin Tutarı Yönünden Herhangi Bir Sınırlamaya Tabi Midir? (Yargıtay'ın 22.02.1991 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı Üstüne Düşünceleri)", İBD, C. 65, S. 10-11-12, 1991, s. 797; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 842; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 495; AYAN, s. 319; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 188-189; ERKAN, "TMK m. 724", s. 457 dn. 21; KÜLEY/ULUKUT, s. 29.

¹⁶⁹ Kanunda bu yetki açıkça malzeme sahibine tanınamış olmasına rağmen, malzeme sahibinin de bu yetkiye sahip olduğunu söylemenin kanunun lafzına uymayacağı görüşünde; KÜLEY/ULUKUT, s. 29; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 188; ERKAN, "TMK m. 724", s. 457 dn. 21.

İstisnai olarak, yapı ekonomik ve tahsis edildiği amaç bakımından birden çok taşınmaz üzerinde yaygınsa malzemenin sökülüp kaldırılması talebinde bulunabilmek için tüm arazi maliklerinin oybirliğiyle bu hususta bir karar almaları gerekir. Zira bu talep, TMK m. 692'ye göre paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemi niteliğindedir.

2. Malzeme Sahibinin Tazminat Talebi ve Bu Talebin Diğer Arazi Malikine Etkisi

a. Tazminat Talebi

Arazi malikinin malzemenin sökülüp kaldırılmasını talep etmediği veya talep etme hakkına sahip olmadığı hallerde malzeme sahibi arazi malikinden tazminat talep edebilir. Zira TMK m. 723/1'e göre, malzeme sökülüp alınmazsa arazi maliki, malzeme sahibine uygun bir tazminat ödemekle yükümlüdür. TMK m. 722/3'de ise yapıyı yaptıran malzeme sahibi iyiniyetli değilse, hâkimin hükmedeceği miktarın, bu malzemenin arazi maliki için taşıdığı en az değeri geçmeyebileceği belirtilmiştir. Bu durumda malzeme sahibi iyiniyetli¹⁷⁰ ise, TMK m. 722/3'de belirtilenden daha yüksek miktarda bir tazminata da hükmedebilir¹⁷¹. Ancak bu tazminatın miktarı belirlenirken de sadece malzeme sahibinin değil, arazi malikinin de iyiniyetli olup olmadığına bakılması gerekir¹⁷².

Malzeme sahibinin iyiniyetli olmaması demek, yapıyı inşa ettiği arazinin başkasına ait olduğunu veya arazi malikinin yapı inşa edilmesine rızasının olmadığını, yani kendisinin yapı inşa etme yetkisinin olmadığını bilmesi veya en azından bilmesinin gerekmesi demektir¹⁷³.

Öğretide malzeme sahibinin, bu tazminatı da sadece yapının yapıldığı dönemdeki arazi maliki veya külli haleflerinden isteyebileceği, yapı yapıldıktan sonra taşınmazı kazanan cüzi haleflerden tazminat talep edilemeyeceği ileri sürülmektedir¹⁷⁴.

¹⁷⁰ İyiniyetin inşaatın devamı boyunca mevcut olması gerektiği görüşünde; ATAAY, s. 97; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 496 dn. 940; ERTAŞ, s. 362.

¹⁷¹ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 610; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 497; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 523; SİRMEN, s. 370; AYAN, s. 312-313.

¹⁷² WIELAND, s. 202; GÖKSU, ZGB Art. 672, N. 7 s. 191; ZELGER, Art. 672 ZGB, N. 16 s. 1265; ATAAY, s. 81, 101; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 497, 498; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 833-838; SAYMEN/ELBİR, s. 350-351; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 610-611; ESENER/GÜVEN, s. 254-255; ERTAŞ, s. 362; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 155 vd.

¹⁷³ ERKAN, TMK m. 722-724, s. 151; ATAAY, s. 88-90 GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 610; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 496; SİRMEN, s. 370; KARAHASAN, s. 788.

¹⁷⁴ GÖKSU, ZGB Art. 672, N. 8 s. 191; ZELGER, Art. 672 ZGB, N. 14 s. 1265; SUNGURBEY İsmet, "Başkasının Nesnesine Gider Yapan Elmenin ve Başkasının Arsasına Yapı Yapan Kimsenin Haklarının Niteliği; Özellikle Nesnel Borç Görüşünün Eleştirisi", İÜHF'nin 50. Yıl Armağanı, İstanbul 1973, s. 309 vd.; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 615; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 838; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 496 dn. 936; SİRMEN, s. 366;

Öğretide bu tazminat davasının tabi olacağı zamanaşımı süresinin arazi malikinin iyiniyetli olup olmamasına göre sebepsiz zenginleşme (TBK m. 82) veya haksız fiil (TBK m. 72) zamanaşımı süreleri olduğu belirtilmektedir¹⁷⁵. Buna karşın, burada TBK m. 147/1 b. 6'da düzenlenen 5 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği de ileri sürülmektedir¹⁷⁶.

b. Talebin Diğer Arazi Malikine Etkisi

Bir kişinin kendi malzemeleriyle başkalarına ait birden çok komşu arazi üzerinde bir yapı inşa ettiği hallerde, tüm arazi malikleri ve malzeme sahibi, malzeme sahibine tazminat ödenmesi hususunda anlaşabilirler.

Ancak bu tür bir mutabakatın sağlanamadığı hallerde sadece yapının ekonomik ve tahsisi amacı bakımından en önemli kısmının bulunduğu arazinin malikinin yapıyı yapan malzeme sahibine tazminat ödemesi, diğer arazi malikini mülkiyetine yapılan haksız el atmaya katlanma yükümlülüğü altına sokmaz. Ancak bu durumda yapının ekonomik ve tahsisi amacı bakımından en önemli kısmının bulunduğu arazinin maliki koşulları gerçekleşmişse TMK m. 725/2'den kıyasen yararlanabilmelidir. Yani asıl yapının maliki uygun bir bedel karşılığında taşan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilmelidir.

3. Arazi Malikinin ve Malzeme Sahibinin Arazinin Mülkiyetinin Malzeme Sahibine Geçirilmesi Talebi ve Bu Talebin Diğer Arazi Malikine Etkisi

a. Mülkiyetin Geçirilmesi Talebi

TMK m. 724 hükmü: *“Yapının değeri açıkça arazinin değerinden fazlaysa, iyiniyetli taraf uygun bir bedel karşılığında yapının ve arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesini isteyebilir.”* şeklindedir. Buna göre yapının malzeme sahibi tarafından yapıldığı hallerde, yapının değeri açıkça arazinin değerinden fazlaysa hem arazi maliki hem de malzeme sahibi iyiniyetli olmak koşuluyla uygun bir bedel karşılığında arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin malzeme sahibine

EREN, s. 337; AYBAY/HATEMİ, s. 204. Bu talebin sadece iyiniyetli cüzi haleflere karşı ileri sürülemeyeceği görüşünde; AYAN, s. 322. Talebin cüzi haleflere karşı da ileri sürebileceği görüşünde; ERTAŞ, s. 358, 362.

¹⁷⁵ SİRMEN, s. 371; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 611; ERTAŞ, s. 359. Malzeme sahibi ister iyiniyetli ister kötünietli olsun sebepsiz zenginleşme zamanaşımının uygulanacağı görüşünde; GÖKSU, ZGB Art. 672, N. 8 s. 191; ATAAY, s. 82-84; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 158; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 528, AYAN, s. 314. Bu yöndeki yargı kararı; BGE 81 II 431 E. 3, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F81-II-431%3Ade&lang=de&type=show_document, (Erişim Tarihi: 23.02.2018).

¹⁷⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 840. Karşılaştırınız; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 812.

geçirilmesini talep edebilirler¹⁷⁷.

Daha önce değinildiği gibi, yapının arazi maliki tarafından yapıldığı hallerde, iyiniyetli olsa da arazi malikinin malzeme sahibini arazinin mülkiyetini devralmaya mecbur edebilmesini haklı gösterebilecek bir sebep olmadığından, arazi malikinin bu hususta sadece malzeme sahibine teklifte bulunma hakkının bulunduğunu yönündeki görüşe katılıyoruz. Ancak yapının malzeme sahibi tarafından yapıldığı hallerde iyiniyetli olması koşuluyla bu hakkı arazi malikine de tanımak gerekir. Zira öğretilerde de isabetle belirtildiği gibi, bu durumda bizzat malzeme sahibi iyiniyetli arazi malikinin arazisinde yapı inşa ederek malzemelerin, yapının ve dolayısıyla arazinin bütünleyici parçası haline gelmesine sebep olmaktadır. Bu hak iyiniyetli arazi malikine tanınmazsa ve malzeme sahibi de bu hakkı kullanamazsa, iyiniyetli arazi maliki ödemek istemediği veya istese de ödeyemeyeceği bir tazminat borcu altında kalır¹⁷⁸.

Hak sahibinin bu yenilik doğuran hakkı¹⁷⁹ kullanabilmesi için malzemenin sökülüp kaldırılmamış olması ve TMK m. 723 uyarınca tazminat talep edilmemiş olması gerekir¹⁸⁰. Hak, karşı tarafa yöneltilecek bir beyanla hakkı kullanınca taraflar arasında arazi mülkiyetinin devri hususunda bir borç ilişkisi doğar. Şayet talebin gereği yerine getirilmezse talebin sahibi, arazinin mülkiyetinin malzeme sahibine devri hususunda bir dava açmalıdır¹⁸¹.

b. Talebin Diğer Arazi Malikine Etkisi

Bir kişinin kendi malzemeleriyle başkalarına ait birden çok komşu arazi üzerinde bir yapı inşa ettiği hallerde, koşulları gerçekleşmişse malzeme sahibi tüm arazi maliklerinden arazilerinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilir. Bu arada tüm arazi malikleri de

¹⁷⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 499; SİRMEN, s. 371; AYAN, s. 311, 314 vd.

¹⁷⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 499; EREN, s. 340; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 133. Eski Medeni Kanun'da (m. 650) bu hak sadece malzeme sahibine tanınmıştı. Ancak o dönemde de Mevaz Kanuna (ZGB Art. 673) uygun olarak bu hakkın iyiniyetli arazi malikine de tanınması gerektiği ileri sürülmekteydi. ACEMOĞLU Kevork, Eşya Hukuku Meseleleri, İstanbul 1970, s. 155; ATAAY, s. 121-122; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 820; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 611.

¹⁷⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 500-501; AYBAY/HATEMİ, s. 204; AYAN, s. 311, 317; BÜYÜKAY, s. 430. Burada yenilik doğuran bir haktan bahsedilemeyeceği, kişisel nitelikli bir talep hakkının söz konusu olduğu görüşünde; GÖKSU, ZGB Art. 673, N. 4 s. 193; ATAAY, s. 107; SUNGURBEY, s. 312 vd.; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 613; EREN, s. 339; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 169-170; ERKAN, "TMK m. 724", s. 460-463.

¹⁸⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 501; SİRMEN, s. 371; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 162-163.

¹⁸¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 501; SİRMEN, s. 371-372; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 612; EREN, s. 339; AYAN, s. 317; ERKAN, TMK m. 722-724, s. 170, 182-183; ERKAN, "TMK m. 724", s. 470.

bir araya gelerek koşulları gerçekleşmişse, arazilerinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesini isteyebilirler.

Ancak arazi maliklerinin bu hususta anlayamamaları halinde, TMK m. 724 gereği yapının ekonomik ve tahsis amacı bakımından önemli bir kısmının üzerinde bulunduğu arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesi, diğer arazi maliklerini de bu haksız el atmaya katlanma mecburiyeti altında bırakmaz. Ancak bu ihtimalde yapıyı yapan malzeme sahibi koşulları gerçekleşmişse doğrudan TMK m. 725/2'den faydalanabilir. Zira malzeme sahibi, yapının ekonomik ve tahsis amacı bakımından önemli bir kısmının üzerinde bulunduğu arazinin mülkiyetini elde edince, yapının diğer arazi üzerinde bulunan kısmı da doğrudan taşkın yapı statüsüne girmektedir.

Bu arada, sırf haksız bir yapı inşa etmiş olmasının, TMK m. 725/2'nin uygulanması bakımından malzeme sahibini her halükarda kötüniyetli hale getirmeyeceği de belirtilmelidir.

Yapı ekonomik ve tahsis edildiği amaç bakımdan birden çok taşınmaz üzerinde yaygınsa, yapının paylı malikleri TMK m. 724 gereği arazilerinin yeterli bir kısmının veya tamamının ve dolayısıyla yapının mülkiyetinin malzeme sahibine geçmesini ancak oybirliği ile alacakları bir karar doğrultusunda talep edebilirler. Zira bu talep, TMK m. 692'ye göre paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemi niteliğindedir.

SONUÇ

Aralarında geçerli bir hukuki ilişki söz konusu olmaksızın bir kişi, başkasının malzemesiyle kendi arazisinde veya kendi malzemesiyle başkasının arazisinde ya da başkasının malzemesi ile başkasının arazisinde taşınmaz bir yapı inşa etmiş olabilir. Öğretide "*haksız yapı (inşaat)*" olarak adlandırılan bu durumda doğacak hukuki sonuçlar TMK m. 722-724'de (ZGB Art. 671-673) düzenlenmiştir. Bir arazi üzerinde yapılan bir yapının, bu arazinin sınırlarını aşarak komşu araziye taşması şeklinde tanımlanan "*Taşkın yapı (inşaat)*" ise, TMK m. 725'de (ZGB Art. 674) hükme bağlanmıştır.

Bir yapının haksız olması durumunda dahi, TMK m. 718/2'deki esas geçerlidir. Yani haksız yapı TMK m. 718/ye bir istisna teşkil etmez; arazi maliki haksız yapının mülkiyetine sahiptir. Bu doğrultuda malzeme sahibi de haksız yapıda kullanılan malzemeleri üzerindeki mülkiyet hakkını yitirir. Taşkın yapı ise duruma göre TMK m. 718/1'e bir sınırlama ve 718/2'ye bir istisna getirmektedir.

Bir kişi başkasının malzemesi ile kendi arazisinde inşa ettiği haksız yapıyı bir de komşu araziye taşırırsa haksız yapının yanı sıra taşkın yapı da gündeme gelmiş olur. Yani bu durumda yapı hem haksız hem de taşkın yapı niteliğini taşır. Yapının aynı zamanda taşkın yapı niteliğinde olması malzeme sahibinin

yapıyı yapan arazi malikine karşı haksız yapıdan doğan talepleri ileri sürmesini engellemez. Bu taleplerin arazisine taşılan komşu malik bakımından yaratacağı bazı sonuçlar da mevcuttur.

Şöyle ki; malzeme sahibi, arazi malikine karşı TMK m. 722/2'ye göre karşı malzemenin sökülerek kendisine geri verilmesi talebinde bulunmuş ve bu talebin gereği yerine getirilmişse, yani haksız yapı tamamen ortadan kaldırılmışsa, taşkınlık durumu da sona ermiş olduğu için, komşu arazi malikinin mülkiyeti de bu yolla korunmuş olur.

Arazi malikinin malzeme sahibine TMK m. 723/1-2 kapsamında tazminat ödemesi halinde artık haksız yapıya dokunulmayacak olsa da, bu durum komşu arazi malikinin de taşkınlığa katlanması zorunluluğunu doğurmaz. Zira kural olarak, hiçbir arazi maliki, komşu taşınmazda yapılan bir yapının kendi arazisine taşırılmasına katlanmakla yükümlü değildir ve TMK m. 683/2'ye göre bu el atmanın önlenmesini dava edebilir. Ancak TMK m. 725/1'e göre yapıyı yapan malik, yapıyı komşu araziye taşımasına imkân veren bir irtifak hakkına sahipse komşu arazi maliki yapının kendi arazisine taşırılmasına katlanmakla yükümlü olur ve yapının taşırılan kısmının mülkiyeti, taşılan arazinin malikine değil, yapıyı yapan malike ait olur. Yapının taşırıldığı arazi parçası ise, taşılan arazinin malikinin mülkiyetinde kalmaya devam eder.

Taşkın yapının söz konusu olduğu hallerin büyük bir kısmında yapıyı yapan malik, komşu arazi malikinin bu taşmaya katlanma yükümlülüğünü doğuracak bir hakka sahip değildir. Bu durumda komşu arazi maliki bu el atmanın önlenmesini talep edebilirse de, kanun koyucu TMK m. 725/2'de öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde taşkın yapı malikine yine de bazı haklar tanımaktadır. Buna göre arazi maliki taşmayı öğrendiği tarihten başlayarak onbeş gün içinde itiraz etmediği, aynı zamanda durum ve koşullar da haklı gösterdiği takdirde, taşkın yapıyı iyiniyetle yapan kimse, uygun bir bedel karşılığında taşınan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir. Burada yapıyı yapan malikin iyiniyeti noktasında üzerinde durulması gereken husus, arazi malikinin sadece taşkınlık bakımından iyiniyetli olmasının yeterli olduğudur. Diğer bir deyişle, başkasının malzemelerini bilerek kendi arazisindeki yapıda kullanan kişi de, bu yapıyı iyiniyetle komşu araziye taşıdığı hallerde diğer koşulların da gerçekleşmesi kaydıyla TMK m. 725/2'den faydalanabilir.

TMK m. 724 gereği arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının ve dolayısıyla da yapının mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesi, tek başına komşu arazi malikinin de taşkınlığa katlanması zorunluluğunu doğurmaz. Ancak yapıyı yapan eski arazi maliki, yapıyı komşu araziye taşımasına imkân veren bir irtifak hakkına sahipse, arazinin ve dolayısıyla yapının yeni malike (malzeme sahibine) devriyle birlikte bu irtifaktan, yeni malik de yararlanacağı

için, artık ona karşı el atmanın önlenmesi dava edilemez. Zira TMK m. 725/1'de söz edilen irtifak, eşyaya bağlı irtifak biçiminde kurulur.

Ancak taşkın yapının söz konusu olduğu hallerin büyük bir kısmında yapıyı yapan malik, komşu arazi malikinin bu taşmaya katlanma yükümlülüğünü doğuracak bir hakka sahip olmadığından, komşu arazi maliki bu el atmanın önlenmesini talep edebilir (TMK m. 683/2). Yapıyı yapan malikin, arazi ve dolayısıyla yapı üzerindeki mülkiyeti bir başkasına ve bu arada TMK m. 724'e göre malzeme sahibine devretmesi bu sonucu değiştirmez. Ancak daha önce de değindiğimiz gibi, kanun koyucu TMK m. 725/2'de öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde taşkın yapı malikine yine de bazı haklar tanımaktadır. TMK m. 724 sayesinde malik durumuna gelen malzeme sahibi de TMK m. 725/2'den doğan bu hakları ileri sürebilir. Zira öğretide de isabetle belirtildiği gibi, yapıyı yapan malikin ölmesi ya da taşınmazın mülkiyetini bir başkasına devretmesi halinde külli ya da cüzi halef durumundaki yeni malik de TMK m. 725/2'den doğan hakları kullanabilir. İncelediğimiz sorun bakımından üzerinde durmamız gereken bir diğer husus, taşkın yapı malikinin iyiniyetli olmamasının bu taşınmazı sonradan kazanan külli ve cüzi haleflerin iyiniyet savunmasını ileri sürmelerini engelleyeceği hususudur. Yani iyiniyetin aranacağı kişi, daima taşkın yapıyı yapan maliktir, şayet bu kişi kötüniyetli ise sonraki malikler iyiniyet iddiasında bulunamazlar. Bu durumda haksız yapıyı yapan eski arazi maliki, yapıyı kötüniyetle komşu araziye taşımışsa, taşkın yapının yeni maliki (malzeme sahibi), artık iyiniyet iddiasında bulunamaz.

Malzeme sahibi arazi malikine karşı haksız yapı ile ilgili hiçbir talepte bulunmamış ve bulunmayacak olsa bile arazisine taşılan komşu malik ile yapıyı yapan arazi maliki hakkında taşkın yapı ile ilgili hükümlerin uygulanabileceği de unutulmamalıdır.

Haksız yapıyı inşa eden ve bunu komşu araziye de taşıran arazi malikinin bu yapıda kullandığı malzemelerin arazisine taşılan malike ait olması ihtimali de gündeme gelebilir. Bu durumda hem haksız yapıdan hem de taşkın yapıdan doğan talepleri ileri sürebilecek kişi aynı kişi olsa da, bu durumun yaratacağı özel sonuçlar da mevcuttur.

Şöyle ki; malzeme sahibi komşu arazi maliki, TMK m. 722/2'ye göre, rızası olmaksızın yapıda malzemelerin sökülmesi aşırı zarara yol açmayacaksa, gideri yapıyı yaptırana ait olmak üzere bunların sökülüp kendisine verilmesini isteyebilir. Bu durumda haksızlıkla birlikte taşkınlık durumu da ortadan kalkmış olacaktır. Yine malzeme sahibi komşu arazi maliki TMK m. 724 uyarınca yapıyı yapan arazi malikine ait arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının ve dolayısıyla yapının mülkiyetini elde etmişse, bu durumda da taşkınlık ortadan kalkmış olur.

Haksızlıkla birlikte taşkınlık durumuna da son veren bu seçeneklerin tercihinin malzeme sahibi komşu arazi maliki bakımından oldukça faydalı olduğu açıktır. Ancak koşulları gerçekleşmediği için, bu talepleri ileri süremeyen komşu arazi malikine karşı, yapıyı yapan arazi maliki koşulları gerçekleşmişse TMK m. 725/2'den doğan haklarını ileri sürebilir. TMK m. 725/2'ye göre irtifak kurulması veya mülkiyetin geçirilmesi söz konusu olsa bile, malzeme sahibi komşu arazi malikinin TMK m. 723/1-2'ye göre tazminat isteyebilmesi de mümkündür.

Haksız yapıdan doğan diğer talepleri ileri sürebileceği halde sadece tazminat ile yetinen malzeme sahibi komşu arazi malikine karşı da yapıyı yapan arazi maliki, koşulları gerçekleşmişse TMK m. 725/2'den doğan haklarını ileri sürebilir. Ancak bu durumda yapıyı yapan arazi maliki, TMK m. 725/2'de yer alan *“durum ve koşulların da haklı göstermesi”* şartının gerçekleştiği daha kolay ispat edilebilir. Zira bu durumda malzeme sahibi komşu arazi maliki tarafından, yapının tamamen kaldırılması mümkün olduğu halde kalması veya mülkiyeti elde edilebileceği halde bunun yapıyı yapan arazi malikinde kalmaya devam etmesi tercih edilmiştir.

Haksız yapının uygulamada en sık rastlanılan görünüm şekli, bir kişinin kendi malzemesi ile başkasının arazisi üzerinde yapı inşa etmesidir. Haksız yapının bu görünüm şeklinin taşkın yapı ile büyük bir benzerlik gösterdiği açıktır. Bu nedenle taşkın yapı öğretide kısmi haksız yapı olarak da nitelendirilmektedir. Ancak sırf bu nitelendirmeden yola çıkarak taşkın yapılara bu tür haksız yapılara ilişkin hükümlerin de uygulanabileceği sonucu çıkarılmamalıdır. Zira taşkın yapı TMK'da haksız yapıdan ayrı olarak ele alınmış ve özel bir düzenlemeye tabi tutulmuştur.

Bir kişinin kendi malzemeleriyle başkalarına ait birden çok komşu arazi üzerinde bir yapı inşa ettiği hallerde, arazi maliklerinin malzeme sahibine karşı haksız yapıdan doğan talepleri ileri sürebilecekleri söylenebilirse de bu, maliklerin aynı talebi ileri sürebilecekleri ve sürmek istedikleri zaman sorunu etkili bir biçimde çözebilir. Gerçekten bir malik malzemenin sökülüp kaldırılmasını talep ederken (TMK m. 722/3), diğeri arazi mülkiyetinin kısmen veya tamamen malzeme sahibine geçirilmesini talep edebilir (TMK m. 724). Özellikle her iki malik de iyiniyetli ise bu taleplerden hangisine üstünlük tanınması gerektiği sorunu ortaya çıkar ki; buna adil bir cevap verebilmek oldukça zordur.

Kanaatimizce bu durumda hangi talebe üstünlük tanınması gerektiği hususunda uzun uzun değerlendirmelerde bulunmaya gerek olmaksızın, sorun haksız yapı ve taşkın yapı ile ilgili hükümlerden duruma göre doğrudan veya kıyasen yararlanarak basitçe çözülebilir. Buna göre yapının ekonomik ve tahsis edildiği amaç bakımından büyük bir kısmının üzerinde bulunduğu arazinin, asıl (ana) taşınmaz olduğu kabul edilerek, bu arazinin maliki ile malzeme sahibi

arasındaki sorun haksız yapı hükümlerinden faydalanılarak çözülebilir. Diğer araziler bakımından da taşkın yapı hükümlerinden faydalanılabilir. İstisnai olarak, yapı ekonomik ve tahsis edildiği amaç bakımından birden çok taşınmaz üzerinde de yaygın olabilir. Bu durumda yapının her bir arazi maliki bakımından haksız yapı teşkil ettiği açıktır.

KAYNAKÇA

- ACEMOĞLU Kevork: Eşya Hukuku Meseleleri, İstanbul 1970.
- ARAL Vecdi, İnşaat (Üst) Hakkı, İstanbul 1962. (Aral, İnşaat Hakkı)
- ARAL Vecdi “*Kanuni İrtifaklar*”, İÜHFM, C. 29, S. 4, 1963, (1038-1045).
- AYAN Mehmet, Eşya Hukuku, C. 2: Mülkiyet, 9. Baskı, Ankara 2016.
- AKİPEK G. Jale/AKINTÜRK Turgut, Eşya Hukuku, Beta, İstanbul 2009.
- AKMAN Galip Sermet, Taşkın İnşaat, İstanbul 1982.
- ATAAY M. Aytekin, Kendi Malzemesi İle Başkasının Gayrimenkulünde Haksız İnşaat, İstanbul 1959.
- ATLI Banu, “*Taşkın Yapıya Katlanma Yükümlülüğünün Oluşma Koşulları*”, DEÜHFD, C. 19, S. Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan Özel Sayısı, 2017, (981-1023).
- AYBAY Rona/HATEMİ Hüseyin, Eşya Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2014.
- BASSENGE Peter, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Auflage, München 2015.
- BELGE Ayşe Merve, Arazi Mülkiyetinin Maddi Kapsamı, Ankara 2016.
- BERGER-STEINER Isabelle/SCHMID Dominik, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz u.a.), 3. Auflage, **Zürich** 2016.
- BÜYÜKAY Yusuf, “*Kendi Malzemesi İle Başkasının Arazisi Üzerine Yapılan Haksız İnşaatla İlişkin Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 17.09.2004 Tarih ve 8282 E./8506 K. No’lu Kararı Üzerine*”, EÜHFD, C. 10, S. 3-4, 2006, (419-432).
- EDEGE Cevat, “*Tecavüz Edilen İnşaat Doktrininde Temas Edilmeyen Meseleler, Farklı Görüşler, Bizim Kanun ve Tatbikattaki Durum*”, İBD, C. 41, S. 11-12, 1967, (575-583).
- EREN Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011, s. 346.
- ERKAN Vehbi Umut, Türk Medeni Kanunu’nda Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi (TMK m. 722-723-724), Ankara 2013. (Erkan, TMK m. 722-724)

ERKAN Vehbi Umut, “*Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi Durumunda Malzeme Sahibinin Arazinin Mülkiyetinin Kendisine Verilmesi Talebi (TMK m. 724)*”, AÜHFD, C. 63, S. 3, 2014, (449-478). (Erkan, “*TMK m. 724*”)

ERTAŞ Şeref, Eşya Hukuku, 13. Baskı, İzmir 2017.

ESENER Turhan/GÜVEN Kudret, Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015.

GÖKSU Tarkan, Handkommentar zum Schweizerisches Privatrecht: Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, (Hrsg. Peter BREITSCHMID/Alexandra JUNGO), 3. Auflage, 2016, Zürich/Basel/Genf 2016.

GÜRSOY T. Kemal/EREN Fikret/CANSEL Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s. 605.

GÜRZUMAR Osman Berat, Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, 2. Baskı, İstanbul 2001.

HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991.

HELVACI İlhan, Türk Medeni Kanunu, C. 4: Eşya Hukuku, İstanbul 2013.

İNAL Emrehan, “*Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması*”, İÜHF, C. 70, S. 1, 2012, (254-275).

KARAHASAN Mustafa Reşit, Yeni Türk Medeni Kanunu: Eşya Hukuku, C. 1, İstanbul 2002.

KAZANCI Mehmet Necmettin, Zorunlu İrtifaklar, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014.

KIRCA Çiğdem, “*Zorunlu İrtifakların Hukuku Niteliği*”, AÜHFD, C. 54, S. 4, 2005, (65-76).

KOLLER Alfred, “*Das Rechtliche Schicksal von Überbauten*” AJP/PJA, 7/2011, <https://www.alexandria.unisg.ch/207788/1/Das%20rechtliche%20Schicksal%20von%20%C3%9Cberbauten.pdf>, (Erişim Tarihi: 27.02.2018), (939-945).

KÜLEY M. Muin/ULUKUT Bülent, Medeni Kanunda ve Tatbikatında Arsa Üzerinde İnşaat Hükümleri (M. K. 648-655), İstanbul 1955.

OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2017.

PİOTET Paul, “*İsviçre Medenî Kanununun (İMK) 671-673. Maddeleri Anlamında Başkasının Arsası üzerindeki Haksız İnşaatla Kullanılan Malzemelerin Sahibi Kimdir?*”, Çev. Mehmet ÜNAL, AÜHFD, C. 34, S. 1, 1977, (233-252).

SAYMEN H. Ferit/ELBİR K. Halid, *Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar)*, İstanbul 1954.

SEROZAN Rona, *“Komşunun Arsasına Taşan Yapı”*, İÜHF, C. 42, S. 1-4, 1976, (359-375).

SEROZAN Rona, *“Başkasına Ait Arsaya İnşaat Yapan ve “Asla Bağlılık” Kuralı Uyarınca Bu İnşaatın Mülkiyetini Arsa Sahibine Kaptıran İnşaat Sahibi, Bu Sayede Arsa Sahibinin Sağladığı Değerin Karşılmasını İsterken, Bu İstemin Tutarı Yönünden Herhangi Bir Sınırlamaya Tabi Midir? (Yargıtay’ın 22.02.1991 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı Üstüne Düşünceler)”*, İBD, C. 65, S. 10-11-12, 1991, (797-808).

SİRMEN A. Lâle, *Eşya Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2015.

SUNGURBEY İsmet, *“Başkasının Nesnesine Gider Yapan Elmenin ve Başkasının Arsasına Yapı Yapan Kimsenin Haklarının Niteliği; Özellikle Nesnel Borç Görüşünün Eleştirisi”*, İÜHF’nin 50. Yıl Armağanı, İstanbul 1973.

TEKİNAY Selâhattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Halûk/ALTOP Atillâ, *Tekinay Eşya Hukuku*, C. 1: Zilyetlik - Tapu Sicili - Mülkiyet, 5. Bası, İstanbul 1989.

TURAN Ahmet Uğur, *Tapulu Taşınmazlara Elatmanın Önlenmesi Davaları*, Ankara 2009.

ULUSAN İlhan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi ilkesi ve Uygulama Alanı*, 2. Bası, İstanbul 2012.

WIELAND C., *Kanunu Medenide Aynî Haklar*, 1. Kısım: Mülkiyet, Çev. İ. Hakkı KARAFKI, 2. Basım, Ankara 1947.

YÜCEL Özge, *“Yargıtay Kararı Işığında Geçersiz veya Feshedilmiş Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İlişkisinde Haksız Yapı Hükümlerinin Uygulanabilirliği”*, AÜHFD, C. 62, S. 2, 2013, (539-563).

ZELGER Ulrich, *Haftpflichtkommentarzu den schweizerisches Haftpflichtbestimmungen*, (Hrsg. Willi Fischer/Thierry Luterbacher), Zürich 2016.

ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLETLERİN TANINMASININ HUKUKİ BOYUTU VE TANINMA İLE İLGİLİ BAŞLICA NORMLAR¹

Legal Dimension of Recognition of States in International Law and Basic Principles About Recognition

Dr. Öğr. Üyesi Mesut ŞÖHRET²

Geliş Tarihi: 25.06.2018 Kabul Tarihi: 22.01.2019

ÖZET

Dünya sahnesine yeni bir devlet olarak çıkma arzusunda olan devletlerin tanınması, gerek mevcut devletler gerekse yeni devletler açısından bir takım hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Esas itibarıyla yeni bir devletin tanınma işlemi bir bakıma bu devletin fiziki varlığının uluslararası toplum tarafından kabul edilmesinin yanında uluslararası hukuk perspektifinden bakıldığında ilgili siyasi oluşumun bir tür kişilik kazanarak statü değişikliğine neden olan bir durumu ifade etmektedir. Ancak tanıma konusu temelde yeni ortaya çıkan siyasal oluşumu devlet olarak tanıma iradesinde bulunan mevcut devletin vereceği bir karardır. Bu yönüyle yeni devletlerin tanınması konusu büyük ölçüde politik bir doğaya sahiptir ve bağımsız bir devletin kullandığı imtiyazlardan biri durumundadır. İki bölümden oluşan bu çalışmanın ilk bölümünde yeni kurulan devletlerin tanınmasının hukuki boyutunu ifade ederek yeni doğan bir devleti tanımanın tanıyan devlet açısından ve tanınan devlet açısından hukuki etkilerini ortaya koymaktadır. Diğer taraftan yeni devlet olma iddiasında olan devletlerle bu devletleri tanımayan devletlerin uluslararası hukuk açısından aralarındaki ilişkileri incelenerek Stimson doktrini olarak adlandırılan bilinçli tanımama yaklaşımı analiz edilmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde tanıma ile ilgili uluslararası hukukta yer alan başlıca normlar ortaya konularak Montevideo Sözleşmesi ile gündeme gelen objektif tanıma unsurları incelenmiştir. Bunun yanında tanıma konusunda uluslararası sisteme etki eden İngiltere ve ABD gibi ülkelerle Avrupa Birliği'nin standartları ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Tanınma, Devletlerin Tanınması, Tanınmanın Hukuki Boyutu, Tanınma Normları, Stimson Doktrini, Montevideo Sözleşmesi

ABSTRACT

Recognition of the states which are in the desire to emerge as a new state on the world stage has a number of legal consequences in terms of the existing states and the new states. In fact, the process of recognition of a new state is not only an acceptance of the physical existence of the state by the international community but also a situation that causes the status to change by acquiring a kind of personality from the perspective of international law. However, recognition is basically a decision made by the current state in the will to recognize the emerging political formation as the state. In this respect, the issue of recognition of new states has a largely political nature and is one of the privileges that an independent state uses. This study is consisting in two paragraphs, in the first part of this study; it reveals the legal aspects of the recognition of the newly established states and the legal effects in terms of the state recognizing the definition of a newborn state and the recognized state. On the other hand, the relations between the states which claim to be a new state and the states which do not recognize these states in terms of international law are examined and the approach to conscious definition called Stimson doctrine is analyzed. In the second part of the study, the main norms in international law related to recognition were put forward and the objective recognition elements coming into the agenda with the Montevideo Convention were examined. Besides, the recognition standards of the influential countries have been put forwarded such as United Kingdom and USA and also European Union.

Keywords: Recognition, Recognition of States, Legal Dimension of Recognition, Norms of Recognition, Stimson Doctrine, Montevideo Convention

¹ Bu çalışma yazarın Aralık 2014 tarihinde Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından kabul edilen Doktora Tezinin 3. bölümünden türetilmiştir.

² Dr. Öğr. Üyesi. Gaziantep Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Küresel Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Bölümü, e-posta:sohretmesut@yahoo.com. ORCID ID: 0000-0003-4052-9286

Giriş

Uluslararası hukukta devletlerin tanınması konusu hem geçmişte hem de günümüzde yeni ortaya çıkan veya bağımsızlığını kazanan siyasi oluşumların uluslararası sisteme kabul edilmesi noktasında oldukça önemli bir konudur. Öyle ki devlet olma iddiası ile ortaya çıkan yeni bir siyasi oluşumun tanınması veya tanınmaması öncelikle bu siyasi oluşum içinde yaşayan birçok insanın hayatını olumlu veya olumsuz olarak etkileyebilmekte hatta o bölgenin siyasi açıdan geleceğini ve uluslararası sistemdeki yerini belirlemektedir.

Bununla birlikte tanınma metaforu özünde hukuki veya siyasi açıdan mevcut bir devletin yeni ortaya çıkan bir devlete karşı göstermiş olduğu olumlu bir davranışa (manner) karşılık gelen bir olgudur. Çünkü bir siyasi otoriteyi devlet olarak tanıma öncelikle mevcut bir devletin söz konusu yapıyı kendisine eş değer görme veya muhatap kabul etmesini ifade eden bir durumdur. Bu açıdan mevcut devletlerin yeni bir siyasi otoriteyi tanımaları esasında devletlerin tek taraflı işlemleri içinde yer alan konu olup mevcut devletlerin bir hukuk kişinin hukuken önem taşıyan bir konuda o durumun varlığının saptandığına ve meşruiyetinin kabul edilmesine yönelik tek taraflı irade beyan etmeleri durumu şeklinde ifade etmek mümkündür. Bir başka deyişle tanıma, bir veya birden çok devletin bir siyasi otoritenin tüm hukukî sonuçlarıyla bir devlet oluşturduğunu onayladıkları tek taraflı hukuki bir işleme karşılık gelmektedir.

Fakat günümüz dünyasında bu hukuki işlemi uygulama noktasında mevcut devletlerin bir standartı olmadığı ve devletlerin yeni bir siyasi otoriteyi devlet olarak tanıma konusunda ortak hareket etmedikleri görülmektedir. Ayrıca bu konuda belirli kriterleri yerine getiren siyasal bir otoriteyi devlet olarak tanımak için uluslararası hukukta belirli bir otomatik mekanizma olmadığından devletler tarafından bir dış politika malzemesi olarak kullanılabilir. Bir başka deyişle tanıma bazı durumlarda mevcut bir devletin içişlerine müdahale anlamı taşıdığı gibi o devletin cezalandırılması ve bölünmesine de neden olabilmektedir. Diğer taraftan bu durum yeni bir siyasal otoritenin de mevcut devletlerin tavırları doğrultusunda ödüllendirilmesi ve kendi aralarına katılarak eş değer görülmesine neden olmaktadır.

Bu açıdan devletlerin tanınması konusunun politik bir doğaya sahip olduğunu ve bağımsız bir devletin kullandığı imtiyazlardan biri olduğunu söylemek mümkündür. Bu yönüyle her devlet yeni bir siyasal otoritenin devlet olup olmadığını kendisi takdir etmek bir tür yetkisini kullanmaktadır. İşte bu noktada uluslararası sistemdeki her devlet kendi ulusal çıkarları doğrultusunda yeni bir siyasal oluşumu tanıma veya tanımama noktasında siyasi tercihte bulunarak bir grup insanın kaderlerine etki etmektedirler. Zira devlet olma iddiasında bulunan bir siyasal birim tanınmadığı zaman adeta belirli bir ülke üzerinde oluşan kara deliklere benzemektedir. Bir başka deyişle varlıkları somut bir şekilde görüldüğü halde diğer devletlerce (ignore) görmezden gelinmekte

veya yok sayılmaktadır. Aksi durumda yani yeni bir siyasal otoritenin devlet olarak tanınması durumu ise yeni bir siyasal otorite mevcut bir devletin içinden çıktığından o devletin toprak bütünlüğünün (territorial integrity) bozulmasına neden olmaktadır. Bu durum söz konusu devletin ayrıca alan olarak küçülmesine ve nüfus olarak azalmasına neden olmaktadır.

Hukuki açıdan bu durum değerlendirildiğinde karşımıza yine iki taraflı bir sorun çıkmaktadır. Çünkü yeni bir devletin ortaya çıkması günümüz dünyasında mevcut bir devletin bölünmesi suretiyle gerçekleştiğinden öncelikli olarak yeni bir devletin ortaya çıkması ve uluslararası toplum tarafından tanınması mevcut devletin belirli bir bölgesinde egemenlik kaybı yaşanmasına neden olurken bu toprak ve nüfus üzerindeki kontrolünü ve hakimiyetini kaybetmesine neden olmaktadır. Diğer taraftan uluslararası hukuk penceresinden bakıldığında yeni tanınan devlet açısından ise statüsünün değişmesine ve uluslararası sistemde varlığının tescil edilerek hak ehliyetine (yükümlülük altına girebilmesi, borç – alacak ilişkisi) sahip bir birim haline gelmesine neden olmaktadır.

Bir başka deyişle yeni bir oluşumun devlet olarak tescil edilmesinden sonra da mevcut devletler, devlet statüsüne ulaşmış yeni bir oluşuma ait tüm hukuki sonuçları da kabullendikleri anlamına gelmektedir. Yani bu oluşuma devlet statüsü sistemdeki mevcut devletlerin sahip oldukları her türlü haktan yararlanma ve sorumluluk üstlenme yetkisi vermiş olmaktadır. Bu sayede yeni tanınan devlet ile bu devleti tanıyan devlet arasında diplomatik ilişki geliştirmenin yanında uluslararası hukuk bakımından tüm devletlerin teoride uyması gereken egemen eşitlik, içişlerine karışmama, toprak bütünlüğüne saygı gibi birçok ilkenin de kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Bununla birlikte tanıma işlemi ile beraber tanıyan devlet ile tanınan devlet arasında uluslararası hukukta yer alan bir takım ve borçlar ve yükümlülükler doğmasına yol açarken üçüncü taraflar olarak diğer devletler ve uluslararası örgütler için yasal veya siyasal sonuç doğurmamaktadır.

1. Yeni Devletlerin Tanınmasının Hukuki Boyutu

Uluslararası hukukta devletlerin tanınması hususu incelendiğinde, dikkati çeken ilk ve en önemli tanımayla ilgili tanımın, Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından, 17–24 Nisan 1936 tarihleri arasında gerçekleşen Brüksel toplantısında yapılmış olduğu görülmektedir. Uluslararası Hukuk Enstitüsü bu toplantıda, devletlerin tanınmasını şu şekilde ifade etmiştir. *“Yeni bir devletin tanınması, belirli bir ülke üzerinde, siyasî bakımdan teşkilatlanmış, var olan diğer herhangi bir devletten bağımsız ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri yerine getirmeye muktedir bir insan topluluğunun varlığının bir veya birçok devlet tarafından kabul edilmesi ve bu devletlerin yeni devleti uluslararası camianın bir üyesi olarak sayma niyetlerini açıklayan serbest bir*

tasarruftur.”³

Yeni kurulan bir devletin tanınma işlemi ile fiili varlığının kabul edilmesi, uluslararası hukuk açısından hak ve borçlar edinebilmesi yolunda bir statü değişikliğine yol açan bir durumdur. Zira, yeni bir siyasi oluşumun uluslararası hukuk açısından meydana gelebilmesi için mevcut devletler tarafından tanınması olması zorunlu mudur?, değil midir? Başka bir deyişle, bir devletin, kurucu öğelere (insan topluluğu, ülke ve bağımsız bir kamu otoritesi) sahip olsa bile, uluslararası hukuk bakımından dikkate alınabilmesi için tanınması olmazsa olmaz dördüncü bir şart mıdır? Yoksa maddi kurucu öğelere sahip olan bir birim, öteki devletlerce tanınmasa da uluslararası hukukta devlet olmanın koşullarını yerine getirmiş sayılmakta mıdır?⁴

Esas itibariyle tanınma konusunda bu sorulara verilecek cevaplar bu konudaki teorik tartışmaların da ana gündemini oluşturmaktadır. Zira kurucu (constitutive) teoriye göre bir devletin tanınması onun uluslararası hukuk kişiliğinin kurucu öğelerinden birini oluşturmaktadır. Bu görüşü savunanlar için bir devlet uluslararası hukukta ancak tanıma ile varlığını kazanabilmektedir. Diğer taraftan açıklayıcı (declaratory) teoriye göre ise bir devletin tanınması ortaya çıkan fiili durumun açıklanmasından başka bir şey olmayıp, devletin uluslararası hukuk açısından varlığının gerekli bir koşulu değildir.⁵

Tanınma konusunda burada altı çizilmesi gereken önemli bir nokta, **Yeni tanınan devletin uluslararası sistemdeki diğer egemen devletler ile eşit statüde olabileme hakkını ancak tanınmasıyla elde edebilecek olmasıdır.** Bu gerekçeden hareketle, yeni kurulan devlet, kendisini tanıyan devletler ile uluslararası antlaşmalar yaparak, borçlar ve haklar edinmek imkanına sahip olabilecektir. Bu çerçevede, yeni kurulacak ilişkiler çerçevesinde, diplomatik temsil hakkını elde edilecektir. İkinci önemli sonuç olarak, **egemen devletlerle aynı eşit statüye hak kazanan tanınan devlet, fiil ve eylemlerinden dolayı, uluslararası hukukun öngördüğü sorumluluk haklarını mütekabiliyete bağlı olarak yerine getirme yükümlülüğünü üstlenecektir.** Tanınan devlet, tanıyan devlet ile olan ikili ilişkilerinde mütekabiliyete bağlı olarak, **kendi iç hukuk düzenlerine saygı duyulması ve vatandaşlarının yargı kararları ile pasaport ve şahsi haklarının korunması hak ve yetkisini talep edebilir.** Böylelikle, tanıyan devlet, yeni tanınan devletin vatandaşlarının kamusal özgürlüklerden eşitlik ilkesi çerçevesinde istifade edebilmesi, yasaların koyduğu dokunulmazlık

³ Erdal, Selcen, “Uluslararası Hukukta Tanınma Kurumu ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Örneği”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 1, 2005: s.159, ss.157–196

⁴ Pazarcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri Cilt–3, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s.3

⁵ Şöhret, Mesut (2012), “Uluslararası Hukukta Diplomatik Tanınma: Güney Osetya ve Abhazya’nın Mevcut Statüsü”, Uluslararası Kafkasya Kongresi Bildiriler Kitabı, Kocaeli Üniversitesi, 2012, s.476, ss. 467–497

ve ayrıcalıklardan yararlanma hakkını kazanması söz konusu olabilecektir.⁶ Aksi takdirde yeni doğan devlet ile bu devleti tanıyan devlet arasında resmi kanallardan ve hukuki ilişkilerin geliştirilmesi veya en azından eşit iki birim arasında ilişki kurulması mümkün olmayacaktır.

Yeni doğan devletleri tanımanın bir diğer hukuki özelliği, bu işlemin bir tek-tarafli hukuksal işlem olmasıdır. Başka bir deyişle, bir devletin başka bir devleti tanıyıp tanımayacağı ve bunun zamanı tümüyle onun takdirine (discretion) bağlı bulunmaktadır. Yine, bu niteliğe bağlı olarak, tanıma işlemi göreceli etkili bir hukuksal işlemdir. Çünkü tanıma işlemi ile yalnızca tanıyan devlet bir hukuksal yükümlülük altına girmekte olup, öteki devletler bu işlem ile bağlanmamaktadır.⁷ Yani tanıma sadece yeni doğan devleti tanıma iradesinde bulunan mevcut devletin vereceği bir karardır. **Tanınma arzusunda olan devletin bu karara elbette dışarıdan etkisi olabilir ancak tanımak ya da tanımak kararı tamamen mevcut devletin yetkisinde olan bir durumdur.** Bu niteliği ile tanıma işleminin varlığı ve hukuksal değerinin yalnızca sahibinin varlığı ile doğduğu belirtilmiş olmaktadır. **Bunun doğal sonucu da tanımanın takdir yetkisi yalnızca sahibine ait olan bir işlemi oluşturmasıdır. Başka bir deyişle, bir devletin başka bir devleti tanıyıp tanımayacağı ve bunun zamanı tümüyle onun takdirine bağlı bulunmaktadır.**⁸Yine, bu niteliğe bağlı olarak, tanıma işlemi göreceli etkili bir hukuksal işlemdir. Çünkü tanıma işlemi ile yalnızca tanıyan devlet bir hukuksal yükümlülük altına girmekte olup, öteki devletler bu işlem ile bağlanmamaktadır. Hatta tanımanın bu göreceli hukuksal etkisi tanınan devlet için bile söz konusu olabilmektedir.

Uygulamada, eğer tanınan devletin tanımanın kapsamı ya da koşulları konusunda isteğine aykırı bir durumla karşılaşmışsa bu tanımayı hesaba katmama yoluna gittiği görülmektedir. Örneğin, 1968 yılında Belçika'nın Çin Halk Cumhuriyeti'ni tanıırken Milliyetçi Çin'in de varlığını kabul etmesi nedeniyle Belçika'nın tanıma işleminin Çin Halk Cumhuriyeti'nce hesaba katılmadığı bildirilmektedir. Tanımanın etkisinin tanınan devletin kabulüne de bağlı olması nedeniyle Fransız Profesör Charles Chaumont'un tanımayı özel bir antlaşma olarak değerlendirmesine rağmen bir tek-tarafli hukuksal işlemin hukuksal etkisinin de muhatabınca kabulü sonucu doğacağı için burada özel nitelikli bir antlaşma bulunduğunu düşünmek aşırı bir değerlendirme olarak görünmektedir.⁹

⁶ Çaşın, Mesut Hakkı, Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları Cilt 1, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.422-423

⁷ Cavadov, Nurlan, "Azerbaycan ve Birleşmiş Milletler", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Ankara, 2008, s.20

⁸ Cavadov, s.20

⁹ Pazarıcı, s.5

Yeni devletlerin tanınması konusunda ortaya çıkan bir diğer hukuki durum ise mevcut bir devletin yeni doğan bir devleti hukuki olarak (de jure) tanıdıktan sonra bu işlemi geri alamayacağı yönündedir. Yani mevcut bir devlet siyasi hesaplamalar sonucu tanıdığı yeni bir devleti bir süre sonra ben tanımiyorum demesi pek olası değildir. Örneğin günümüzde tartışmalı bir konumda olan Kosova'yı tanıyan Türkiye önümüzdeki yıllarda Kosova ile yaşayabileceği siyasi veya ekonomik bir kriz sonrasında hayır ben Kosova diye bir devleti tanımiyorum demesi pek olası değildir. Benzer şekilde Mavi Marmara olayı sonrasında Türkiye ile İsrail arasında kopma noktasına gelen ilişkilerde Türkiye diplomatik ilişki seviyesini maslahatgüzarlık seviyesine indirmiş olsa da sonuçta ben İsrail diye bir devleti tanımiyorum dememiştir.

Ancak, tanımanın tek-tarafli hukuksal bir işlem olması nedeniyle, öğretinin bir kısmı tanımayı geri almanın hukuksal açıdan olanaklı olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bununla birlikte, bu son görüşü benimseyen yazarlar bile, gerek meydana getireceği siyasal sorunlar gerekse tanımanın göreceli etkisinin geri alınmasında da geçerli olması ve öteki devletleri bağlamaması nedeniyle, geri alınma olasılığının etkisinin çok sınırlı olacağını bildirmektedir. Buna karşılık, öğretide tanımanın geri alınmamasının uluslararası hukukun kimi genel ilkelerine dayandırıldığı görülmektedir. Örneğin, Belçikalı Profesör J.J. A. Salmon, bu iyi niyet ilkesinin ya da **estoppel ilkesinin**¹⁰ uygulanmasına bağlamaktadır. Ancak Ağırlıklı eğilim bir devleti *de jure* tanımanın geri alınamayacağı yönündedir. Nitekim 1933 tarihli Devletlerin Hakları ve Ödevleri Sözleşmesi ve Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün 1936 yılı kararı tanımanın geri alınamayacağını öngörmektedir. Uygulamada tanımanın geri alınmasının bir devletin bağımsızlığını kaybettiği zaman olanaklı olduğu görülmektedir. Bu durum özellikle bir devletin başka devletlerce ilhaki karşısında söz konusu olup birçok örneğe rastlanmaktadır. Ancak, tanımanın geri alınmasının açık-seçik olması gerekmekte olup, diplomatik ilişkilerin kesilmesi de bu anlama gelmektedir.¹¹

1.1. Devlet Olma İddiasında Bulunan Yeni Siyasi Birimleri Tanımanın Hukuki Etkileri

Yeni doğan bir devleti tanımanın tanıyan devlet açısından ve tanınan devlet açısından birçok hukuki, siyasi, ekonomik, diplomatik ve sosyo-kültürel etkileri bulunmaktadır. Tanıma işlemi gerçekleşikten sonra bu işlemin ortaya çıkardığı hukuki etkiler genel itibariyle 4 şekilde olmaktadır. Bunlar;¹²

¹⁰ Estoppel İlkesi: Hukukta daha önce yapılan bir işin veya verilen ifadenin sonradan ileri sürülen bir iddiayı savunmaya engel olması durumu

¹¹ Pazarıcı, s.6

¹² Kocaman, Selcen "Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Örneği" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2004, s.35–36

1. **Tanınan devlet ile Tanıyan devlet arasında tüm yönleriyle uluslararası ilişkinin kurulması imkanının hukuki olarak ortaya çıkması** (Böylece, tanıyan devlet ile tanınan devlet arasında özellikle siyasi, ekonomik ve ticari antlaşmalar yapılması ve diplomatik ilişkileri kurulması olanaklı olmaktadır.)
2. **Tanınan devletin kamu işlemlerine tanıyan devlet iç hukuk düzeninde de saygı gösterilmesi** (Böylece, tanınan devletin verdiği pasaport, vize ve öteki kamu belgeleri tanıyan devlette de, ilke olarak, geçerli belgeleri oluşturmaktadır. Yine, tanınan devletin yargı kararları, ilke olarak, öteki devletlerde de kimi koşullara bağlı olarak uygulanma olanağı kazanmaktadır. Örneğin Kosova'yı tanıyan Türkiye'nin Kosova devletinin vermiş olduğu pasaportları tanınması bu kapsamda değerlendirilebilir. Buna karşılık Kosova'yı tanımayan Yunanistan devleti için Kosova'nın verdiği pasaportların bir geçerliliği yoktur denilebilir.)
3. **Tanınan devletin tanıyan devlet nezdinde dokunulmazlık ve yargı bağımsızlığından yararlanması** (Böylece, tanınan devlet organlarının kamusal işlemleri ve kamu gücünü kullandığı faaliyetlerine ilişkin olarak tanıyan devlette, ilke olarak, ve diplomatik dokunulmazlık (diplomatic immunity) uygulanmaktadır.)
4. **Tanınan devlet ile tanıyan devletin birbirlerinin uluslararası sorumluluklarını ileri sürme haklarının doğması** (Böylece, tanıyan devlet ile tanınan devlet arasında bir anlaşmazlık durumunda her 2 devlet herhangi bir konuda anlaşmazlığa düştüklerinde ya da bir taraf diğer tarafın uluslararası hukuktan doğan haklarını ihlal ettiğinde eşit statüde haklarını arayabilecektir. Örneğin KKTC devleti uluslararası toplum tarafından tanınmadığı için Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (GKRY) uluslararası arenada Kıbrıs'ın resmi temsilcisi olarak muhatap alınmakta buna karşılık KKTC yok sayılmaktadır. Bu nedenle diğer devletler ile bir anlaşmazlık durumunda Kıbrıs Cumhuriyeti devletini GKRY temsil etmektedir.)

Tanınmanın de jure ya da de facto yapılmış olması, de facto tanıma geri alınmadığı sürece, ilke olarak herhangi bir değişiklik getirmemektedir. Ancak, bazı ulusal yargı organları de facto tanınan devletin kamusal işlemlerini hukuksal açıdan tanıırken bu işlemlerin geçerliliğini yalnızca tanınan devletin otoritesini fiilen kurduğu ülke ile sınırlı tutmakta ve bunun dışındaki alanlar için hukuksal etki tanımayı reddetmektedir. Diğer taraftan, en azından ABD ve İngiliz mahkeme kararlarına göre, ister de jure isterse de facto tanıma konusu oluştursun, ***bir devlet tanındıktan sonra bu tanımının geriye yürüdüğü kabul edilmektedir. Bunun sonucunda ise ilgili devletin kamusal işlemlerinin geçerliliği tanıma tarihinden bu yana değil de, o devletin fiilen kurulduğu tarihten (critical date) bu yana kabul edilmektedir.***¹³

¹³ Pazarıcı, s.13

1.2. Devlet Olma İddiasında Bulunan Yeni Siyasi Birimleri Tanımayan Devletlerin Hukuki Durumu

Uluslararası platformlarda belirli bir bölge üzerinde etkin kontrole sahip olan ancak diğer devletler tarafından tanınmayan bölgeler (tanınmamış devletler) fiilen var oldukları sürece uluslararası düzeyde hesaba katılmak zorunda bulunmaktadır. Bu durum en çok tanınmayan devletin fiili otoritesinin bulunduğu ülke üzerinde öteki devletlerin ya da yurttaşlarının faaliyetleri bulunduğu söz konusu olmaktadır. Böylece, uygulamada genel olarak tanınmayan bir devletin denetimindeki hava sahasından uçuşların bu devletin izni ile yapılması ve karasularından geçiş sırasında zararsız geçiş kuralına uyulması gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin Rusya Federasyonu hariç uluslararası sistemde yer alan diğer büyük devletlerce tanınmayan Abhazya ve Güney Osetya devletlerinin kara veya hava sahasını kullanmak durumunda kalan ve bu ülkeleri tanımayan bir devlet usulen de olsa tanımadığı bu bölgelerden zararsız geçiş yapmak için izin almak durumundadır. Fakat bu bölgeleri tanımayan mevcut bir devletin bu bölgelerden izin alması Abhazya ve Güney Osetya'yı fiilen tanıdığı anlamına da gelmemektedir.

Aynı şekilde bir devlette geçerli olan uluslararası özel hukukun yasalar çatışması kurallarına göre mahkemeleri tanınmayan ancak fiilen var olan bir devletin yasalarını uygulayıp uygulamayacağı sorusuna, sorun tartışmalı olmakla birlikte, öğretide ve uygulamada birtakım koşullarla olumlu cevap verildiği gözlenmektedir. Yine, kimi devletlerin tanımadıkları devletlerin ülkesinde yurttaşları bulunması durumunda, tanımaya gitmeden bu yeni devletlerle konsolosluk ilişkileri kurdukları gözlenmektedir.¹⁴ Örneğin günümüzde Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 47 devlet Tayvan'ı resmi olarak tanımasalar da bu devlet ile ekonomik ve kültürel ilişkiler kurmaya devam etmektedirler. Bu ülkelerin neredeyse tamamı resmi olmasa da Tayvan'da büyükelçilik benzeri, ekonomik ve kültürel ilişkilerin gerçekleştirildiği ofislerle faaliyet göstermektedirler.

Diğer taraftan, tanınmayan kimi devletlerin fiilen yerleşmiş durumları nedeniyle, uluslararası hukukun kimi kurumlarından yararlanmalarının kabul edildiği görülmektedir. Böylece, tanınmayan bir devlete karşı uluslararası yargı organları önünde dava açılması olanağı bulunmaktadır. Örneğin, Korfu Boğazı Davası Uluslararası Adalet Divanı (UAD) önünde İngiltere ile bu devletin tanımadığı Arnavutluk arasında bir dava olup Divan bunda bir sakınca görmemiştir.¹⁵ Yine, 1949 Cenevre Sözleşme'lerinin 2. ve 3. maddelerine dayanarak taraflarından biri tanınmayan bir devlet de olsa silahlı çatışmalar

¹⁴ Pazarıcı, s.14

¹⁵ Bal, Ali "Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması" Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2006, s.14

durumunda insancıl hukuk kurallarının uygulanması üstü kapalı olarak görülmektedir. Daha önce de bildirdiğimiz gibi kimi yazarlar savaş tutsakları değişimi gibi sınırlı konularda tanınmayan devletlerle antlaşma yapılabileceğini öngörmekte olup, uygulamada da bu yolda örneklere rastlanmaktadır.¹⁶

1.3. Bilinçli Tanımama (Non-Recognition) Yaklaşımı ve Stimson Doktrini

Uluslararası hukuka aykırı bir biçimde kuvvet kullanarak işgal, iltihak yoluyla kurulan bir devletin tanınması da uygulanan uluslararası hukukun yasakladığı bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumda devletlerin genel tepkisi söz konusu siyasi oluşumu devlet olarak tanımama yönünde olmaktadır. Ancak buradaki ince detay tanımama (non-recognition) bir ***hükümetin veya devletin değil, kanunsuz yollardan oluştuğu düşünülen bir durumu tanımama*** manasında kullanılmasıdır.¹⁷ Burada tanınmayan durum çoğu zaman bir siyasal olay karşısında üçüncü devletin uluslararası hukuka aykırı müdahalesi şeklinde görülen bir işgal veya ilhak ya da self-determination hakkı olmayan bir topluluğun ayrılıkçı hareketi sonucunda kurulan devletlerin tanınmasına ilişkin olarak söz konusu olmaktadır.

Bilinçli tanımama yaklaşımı kökenini, *Latince ex injuria jus non oritur, (law does not arise from injustice) yasadışı durumlardan yasal sonuçlar ortaya çıkamaz prensibinden alan bu düşüncede yasadışı yollardan elde edilen hiçbir kazanım kanuni olarak tanınmaz.* Bu anlayışın bir yansıması olarak 1928 yılında imzalanan Kellogg-Briand Paketi ile bu tarz durumların yasadışı ilan edileceği kabul edilmiştir.

1932 yıllarının sonlarında Mançuryada “Manchukuo Devleti” bağımsızlığını ilan etti. Bu ilan MC Misakinin söz konusu hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalarını da beraberinde getirdi. Çünkü 1931 yılında bir Çin eyaleti olan Mançurya, Japonya tarafında işgal edilmişti. İşgalden sonra da Manchukuo devleti ilan edildi.¹⁸ Japonya halkın talepleri doğrultusunda Manchukuo devletinin ilan edildiğini savundu. Japonya’ya göre Çin’in bütünlüğüne saygı gösterme zorunluluğuna karşın, bu durumun Çin halkının self-determinasyon hakkının elinden alınacağı şeklinde yorumlanamayacağını ileri sürüyordu. 1932 yılı Eylül ayında Japonya Manchukuo devletini tanıdı. İlk olarak, ABD Mançurya’da bu yeni durumu tanımama niyetini açıkladı. Aslında Mançurya sorunu ortaya çıkmadan önce Çin ve Japonya’ya gönderilen benzer notlarda, ABD Sekreteri Henry Lewis Stimson ülkesinin 27 Ağustos 1928 tarihindeki Paris Paktinin sözleşme maddelerine ters düşecek hiçbir durumu,

¹⁶ Pazarıcı, s.14

¹⁷ Çaşın, s.421

¹⁸ Azarkan, Ezeli, Uluslararası Hukukta Devletlerin Tanınması: Slovenya–Hırvatistan–Bosna Hersek, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s.81

anlaşmayı ya da sözleşmeyi tanımayaya niyeti olmadığını açıklamıştı.¹⁹

ABD, Milletler Cemiyeti (MC) üyesi değildi ve bu nedenle Misakin 10 maddesinin tartışmasına girmek istemiyordu. Zira MC Misakinin 10. maddesinde: “Topluluk üyeleri, tüm topluluk üyelerinin mevcut siyasi özgürlüğünü ve bölgesel entegrasyonu harici saldırganlara karşı korumak ve saygı göstermekle yükümlüdür” hükmü bulunmaktadır. Bu nedenle, Stimson düşüncesini antlaşmaya taraf devletlerin karşılıklı ilişkilerinde meşru bir araç olarak savaşı reddeden ve taraf devletler arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların barışçıl yöntemlerle çözümünü amaçlayan Kellogg-Briand Paktına dayandırdı. MC Misakinin 10. maddesine bir ilave yaptı MC bu eklemeye Stimson’un düşüncesini geliştirerek tüm üyelerinin izlemesi “gerekli” bir tanımama politikası oluşturdu. MC bu politikasının sağduyudan çok bir zorunluluk konusu olduğunu tekrar belirterek cemiyet bu politikanın tüm üye devletlerin izlenmesi gerekli bir politika olduğu yönünde karar aldı. MC oluşturduğu özel bir komisyon aracılığıyla Çin’e yapılan Japon saldırısı ve sonrasında meydana gelen gelişmeleri soruşturduktan sonra, 1933 yılında Çin’in Mançurya üzerindeki egemenliğini kabul etti. Bu karar aynı zamanda Japonya’nın Mançukoku’yu tanımamasının hukuki olmadığını da teyit ediyordu.²⁰ Bu durumda, bilinçli tanımama yaklaşımının hukuki olmayan bir durumu hukukileştirmesini engellemesi bakımından makul bir strateji olduğunu ifade etmek mümkündür.

Japonya MC’nin bu kararına tepki olarak Çin’den çekilmektense, MC’den çekilerek karşılık verdi. Japonya’nın MC çevresinden Mancurya’daki durumunu hukukileştirme yönünde bir çaba içine de girmedi. Ancak daha sonraki yıllarda meydana gelen benzer gelişmelerde MC’nin ve ABD’nin aynı tepkiyi veremediğini görmek mümkündür. Öyle ki MC 1935 yılında İtalya’nın Etiyopya’yı işgal etmesi ve 1938 yılında Avusturya’nın Almanya tarafından ilhak edilmesine yeterli ve etkin bir şekilde karşı çıkamamış kendi üyesi 2 devletin işgalini sadece kınamakla yetinmişti. Bu olaylar MC’nin üyelerinin toprak bütünlüğünü korumada başarısızlığının bir göstergesiydi. MC’nin bu işgalleri engellemedeki başarısızlığı ve işgalci devletleri cezalandırma yönündeki yetersizliği cemiyetin inandırıcılığını büyük ölçüde gölgeledi. Bir eleştirmenin ustaca benzettiği gibi, “at kaçtıktan sonra ahırın kapısını kapatmak” gibiydi.²¹

Uluslararası hukukun çevresinde dayanaklar aranmasına rağmen 1930’lu yıllarda gerek Mançurya’nın işgalini getirdiği geçici düzensizlik ve gerekse diğer işgaller uluslararası ilişkilerde düzeni sağlayamamıştır. Aslında, daha

¹⁹ Turns, David “The Stimson Doctrine of Non-Recognition: Its Historical Genesis and Influence on Contemporary International Law”, Chinese Journal of International Law, Cilt 2, Sayı 1, 2003, s.118–119

²⁰ Azarkan, s.82

²¹ Azarkan, s.82

önce bir kısım MC üyesinin yaptığı gibi İngiltere ve Fransa sonunda tanımama politikalarından vazgeçtiler, istisnai bir önlem olarak her biri 1938 yılında İtalya'nın Etiyopya üzerindeki egemenliğini kabul ettiler onların amacı tanımama politikası ve ekonomik yaptırımlardan sonra genel barışı korumaktı; ama bu hareketin farklı bir etkisi oldu. Bu hareket uzaklaştırıcı olmaktan çok ilerde yapılacak işgallere başlama cesareti vermiştir. Bunun sonucu olarak 1939 yılında Arnavutluk işgal edildi. Bunun ardından İngiltere ve Fransa tanımama politikalarına dönüş yaptılar.

Söz konusu bilinçli tanımama (non-recognition) yaklaşımı BM döneminde meydana gelen birçok olayda uluslararası hukuk ilkesi olarak benimsenmiştir. Güç kullanma, işgal, ilhak, fetih ve hatta ırk ayrımcılığı gibi ortaya çıkan siyasi oluşumların tanınmaması yönünde bir mazaret (excuse) olarak kullanılmıştır. Örneğin Rodezya'daki yönetim hükümet kurma ve toprakları üzerindeki kontrolü elinde bulundurmasına rağmen, BM Güvenlik Konseyi 1965 yılında aldığı 216 sayılı karar ile üye devletlerden Rodezya'nın tek taraflı bağımsızlık ilanını tanımamalarını istemiştir.²² BM'nin yaptığı çağrının gerekçesi Rodezya'da iktidarda beyaz azınlık bulunması ve bu iktidarın ırk ayrımcılığı politikasını izlemesine dayanmaktaydı. Bu durum, BM Genel Kurulunun almış olduğu 1514 karar kapsamına girmekteydi. Söz konusu kararda vesayet altındaki ülkelerde ırk, renk vb. ayrımcılığın yapılmaması istenmekteydi.²³

Diğer taraftan 15 Kasım 1983'te KKTC'nin ilanından hemen sonra Güvenlik Konseyi, uluslararası hukuka aykırı kuvvet kullanma yoluyla kurulduğu varsayımı çerçevesinde 18 Kasım 1983 tarihli ve 541 sayılı kararı ile KKTC'nin ayrılmasını hukuksal açıdan geçersiz ilan edip Kıbrıs Cumhuriyeti'nden başka bir devletin tanınmaması çağrısında bulunmuştur.²⁴ Ayrıca 11 Mayıs 1984 tarihli 550 sayılı kararı ile de açıkça KKTC'nin tanınmaması çağrısını yapmıştır. Güvenlik Konseyi'nin TC'nin Kıbrıs'a karışmasının Garanti Antlaşmasına dayalı olması durumunu ve Kıbrıs Türk toplumunun self-determinasyon hakkını hesaba katmayan bu kararları KKTC'nin Türkiye dışında başka devletlerce tanınmamasının başlıca nedeni olmuştur.²⁵

Self-determination hakkına sahip olmayan toplulukların devlet ilan etmesi durumunda da bu devletlerin tanınmaması gerektiği B.M. Güvenlik Konseyi'nin çeşitli kararlarında yer almıştır. Bilindiği gibi self-determination

²² UN Security Council Resolutions, S/RES/216, Southern Rhodesia, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/216\(1965\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/216(1965)) Erişim Tarihi: 18.06.2018

²³ UN General Assembly Resolution, (1960). A/RES/1514/XV, Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, <http://www.un.org/en/decolonization/declaration.shtml>, Erişim Tarihi: 19.06.2018

²⁴ UN Security Council Resolutions, S/RES/541, Cyprus, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/541\(1983\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/541(1983)) Erişim Tarihi: 18.06.2018

²⁵ Pazarıcı, s.8

hakkı uygulanan uluslararası hukukta açıkça yalnızca sömürgelelikten kurtulma durumunda kabul edilmemekte olup, öteki ayrılıkçı hareketler bakımından, ülkesel bütünlük ilkesine aykırı düştüğü için, genellikle reddedilmektedir.

Esasında 1. Dünya Savaşı öncesi uluslararası hukuk uygulaması tanımama politikasına karşı argümanlar içermektedir. Güce dayalı sınır genişletme klasik uluslararası hukukçular arasında destek bulabilmektedir; Grotius ve Vattel'de fetihlerin haklılığının kabulü yönünde temel bir inanç vardı. Onlar devletlerarası savaşların uluslararası toplumsal düzenin sağlanmasında fayda sağlayacağını ileri sürmekteydiler. Eğer bir ülke başka bir devlet tarafından askeri bir buyruk altına alınırsa ve üçüncü bir devlet bu durumdan etkilenmediyse o zaman, işgal haklı bir eyleme döner galip gelen devlet açısından düşmanlık sona erer. Bunu yanında işgal edilmiş bölge galip devletin topraklarına katılıp hukuki bir niteliğe kavuşur. Bu durumda da, uluslararası alanda düzenin sağlanmasına katkıda bulunur.²⁶

Bilinçli Tanımama (non-recognition) kendi başına etkili güvenlik sistemi oluşturamazken, yine de Stimson Doktrin'inin uluslararası hukuk kurallarının gelişmesine katkı olduğunu söylemek mümkündür. Uluslararası politikadaki ani gelişmeler ve değişimler hukuk ve gerçek durumlar arasında bir uyum sağlayabilmektedir. Bu gerçek durumlar, o zamanki koşullarda, bazen hukuki olamasa bile devletler bunu isteksiz bir şekilde kabullenmek zorunda kalırlar. Ancak, uluslararası hukuk tüm olgular kabullenmişse, hatta bunlar hukuki olmayan hareketler olsalar da, bir hukuk sisteminin tohumlarını içinde barındırabilmektedir.

Genel bir değerlendirme yapıldığında BM üyesi devletlerin günümüzde güç kullanarak ülke edinme yaklaşımına soğuk baktıkları görülmekle birlikte bazı durumlarda destekledikleri de görülmektedir. Örneğin Sudan ve Güney Sudan arasında uzun yıllardır yaşanan çatışmalar sonunda Güney Sudan'ın Sudan'dan ayrılması ve Doğu Timor'da yürütülen bağımsızlık mücadelesine uluslararası toplumun verdiği destek bilinçli tanımama yaklaşımı ile çelişmektedir. Diğer taraftan Güney Osetya ve Abhazya gibi bölgelerde yaşanan çatışmalar sonucunda bu bölgelerin bağımsızlık ilanlarına uluslararası toplumun nerdeyse bir bütün olarak gösterdiği tavır Stimson doktrininin varlığını bir kez daha göstermektedir. Bu yönüyle bilinçli tanımama yaklaşımının günümüzde mevcut devletler için siyasi bir araç haline geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

2. Tanınma ile İlgili Uluslararası Hukukta Yer Alan Başlıca Normlar

Bir siyasal oluşumun devlet olarak nitelendirilebilmesi için hangi kriterlere sahip olması gerektiği ve devlet olarak tanınması konusunda ilk olarak

²⁶ Korman, Sharon, "The Right of Conquest, The Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice", Clarendon Press, Oxford, 1996, s.25– 26

Uruguay'ın başkenti Montevideo'da düzenlenen 7. Amerikan Devletleri Uluslararası Konferansında ortaya konulmuştur. Buna göre bir oluşumun devlet olabilmesi için asgari 4 özelliğinin olması gerektiği ifade edilmiştir. Montevideo'da belirlenen bu kriterler bugüne kadar devletlerin tanınması konusunda en sık başvurulan referans kaynak olmuştur. Ancak bu kriterlerin dışında sonraki yıllarda belirlenen ve ortaya konulan başka kriterler de belirlenmiştir.

2.1. Montevideo Sözleşmesi ve Objektif Tanıma Unsurlarının Ortaya Çıkışı

1933 yılında imzalanmış olan Devletlerin Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Montevideo Sözleşmesinin devlet olma koşullarını ve devletlerin tanınma şartlarını içeren temel bir uluslararası hukuk belgesi niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü Montevideo Sözleşmesi imzalanıncaya kadar geçen süre zarfında uluslararası hukuka ilişkin gelişmeler incelendiğinde yeni bir siyasal oluşumun devlet olarak nitelendirilebilmesi için hangi niteliklere sahip olması gerektiği konusunda hukuki bir belge bulmak oldukça zordur. Uluslararası sistemin 1933'ten günümüze kadar geçen yaklaşık 85 yıllık süre içinde geçirdiği değişikliklere rağmen, Montevideo Sözleşmesinde yer alan, yeni bir oluşumun devlet sayılabilmesi için gereken objektif koşullarda bir değişikliğe gidilmediğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Ancak devletleri tanıma konusu ile ilgili olarak modern devletin kuruluşundan hemen sonra değil de neden 1930'lu yıllara kadar bir kodifikasyon çalışmasının olmadığını ya da neden bu tarihe kadar beklenildiğini düşünmek gerekmektedir. Aslında bu soruyu şu şekilde sormak daha sağlıklı olacaktır. Dünyadaki mevcut devletler ne oldu da yeni devletlerin tanınması ile ilgili olarak neden objektif tanıma unsurları belirlemek durumunda kaldılar? Esasında tanıma konusunda meydana gelen gelişmelerin 1800'lü yıllarda Latin Amerika devletlerinin bağımsızlık kazanma süreçlerinde ortaya çıktığını söylemek mümkündür.

Bu konuda ilk çalışmaların İngiliz devlet adamları tarafından geliştirildiğini söylememiz mümkündür. İngiliz devlet adamları yeni kurulan bir devletin tanınma koşullarını belirleyerek bu dönemde bir standart oluşturdular. Söz konusu dönemde Tanınma koşullarının belirlenmesi, büyük ölçüde, Latin Amerika'da kurulan yeni devletlerin bağımsız devletler olarak tanınması gereğinden ortaya çıkmıştır. Orta ve Doğu Avrupa'nın güçlü devletlerinin girişimleriyle yasal hükümet temelinde oluşturulan Avrupa Uluslararası Hukuku yeni devletlerin ve oluşumların hukuki olarak varlıkları tam kanıtlandıktan sonra tanınmaları gerektiğinin belirtmekteydi.²⁷ Bu hukuka göre devletler hukuki olarak kurulmalı veya yeni devletler başka bir devletin topraklarından

²⁷ Azarkan, s.27

ayrılmak suretiyle kurulmuş ise kendisinden ayrılan devletin bu yeni devlete izin vermesi halinde diğer devletler yeni devleti tanımalıdır. Aksi takdirde, bu şartları yerine getirmeyen yeni oluşum devlet olarak tanınmamalıdır.²⁸

ABD ve İngiltere uluslararası topluma yeni oluşumların katılabilmesi ve bu oluşumların devlet olarak tanınması için 19. yüzyılda bazı bildirimler yayınladılar. Çünkü bu dönemde Latin Amerika'da İspanyol kolonilerinin isyanı tanınma konusunda bir hukuksal düzlenme yapma gereği ortaya çıkardı. Güney Amerika'daki bağımsızlık hareketlerini başlatan gelişme Fransa'nın İspanya'yı 1808 yılında istila etmesi oldu. Fransa'ya karşı İspanya'nın yanında savaşa giren ABD kolonileri askerleri sonradan bağımsızlık hareketlerini başlattılar. Güney Amerika Devletlerinin bağımsızlıklarını kazanmaları 19. yüzyılın en önemli gelişmelerindendir. ABD Rio de la Plata Vilayetler Birliğini, Kolombiya, Şili ve Meksika'yı 1822 yılında tanıyarak, bu devletlere elçi atadı. İki yıl aradan sonra İngiltere'de bu devletleri de tanıdı. Bu gelişmeler İspanya tarafından kınanmıştır. İspanya bu ülkelerdeki egemenliğin kendisinde olduğu, bu nedenle bu oluşumların tanınmasının hukuka aykırı olduğunu savundu.²⁹

Güney Amerika'da bağımsız devletlerin kurulması tanımaya ilişkin iki önemli ilkenin formüle edilmesi sonucunu doğurdu. Bunlar;

- 1. Şartlı Tanıma:** İngiltere, Brezilya ve Meksika'yı tanımak için köle ticaretlerini yasaklamalarını istedi. Böylece tanıma devletlerin yerleşik uluslararası kurallara uymasını sağlama yönünde bir araç olarak kullanıldı.
- 2. Toprak Bütünlüğüne Saygı:** Kolonilerin bağımsızlığa kavuşması koloniler arası sınır uyumsuzlukların ortaya çıkma olasılığını ortaya çıkardı. Bu nedenle, yeni devletlerin uti possidetis ilkesine uymalarını sağlama ve onları devlet haline getirme amacı güdülmüştü. Bu açıdan koloni döneminde eyaletler arasında geçerli olan sınırlar kabul edilmiştir. Uti possidetis juris (Daha önce neye sahipsen ona sahio ol) ilkesi olarak adlandırılan bu ilkeye göre koloni altında buldukları dönemdeki ülke sınırları o devletlerin bağımsızlıklarını kazandıklarında kendi ulusal sınırları olarak kabul edilmiştir.

Latin Amerika'da ortaya çıkan yeni devletlerin tanınmaları için ek şartlar da dayatılmıştı. İngiltere'nin Güney Amerika ile görüşmelerini yürüten Lord Canning bu devletlerin tanınması için insan haklarına ilişkin dört maddelik öneri sunmuştu. Bunlar;

²⁸ Grewe, Wilhelm Georg, The Epochs of International Law, Translated by Micheal Byers, Goettingen, Walter de. Gruyter, 2000, s.497-498
<http://books.google.com.tr/books?id=b6LkdpfRNZgC&dq=wilhelm+g+grewe+internationa+l+law&pg=PP1&ots=gkBW-qHlt> Erişim Tarihi: 18.06.2018

²⁹ Azarkan, s.27

- 1. Yeni kurulan devletleri kendi halkalarının onayını alma**
- 2. Bütün ülkeye sahip olma**
- 3. Ülkede otoritelerini kurma**
- 4. Köle ticaretini yasaklayacağını belirtme**

Bu dönemde Tanıma için uluslararası ilkelerin yokluğu, güçlü devletlerin her birinin tanıma için farklı şartlar belirlenmesi zorunlu kılmıştı. Ayrıca, İngiltere'nin belirlediği şartlar yoruma açık şartlardı. Örneğin; bir devletin ülkesinde kamu düzenini sağlama şartı tanıma için zorunlu şartlardan birisiydi. Ancak, bu şart göreceli ve yoruma açık bir şarttı. Bundan dolayı, bu şarta dayanarak güç devletler, tanıma zamanını kendilerince belirleyebilme olanağını elde etmişlerdi. Ayrıca Avrupalı devletler Latin Amerika'da ortaya çıkan yeni bir devleti Hıristiyan Avrupa Devletleri ailesine almak için sadece bu şartları yeterli görmeyerek böylesi bir oluşumun (yeni devletin) belli bir uygarlık düzeyine ulaşmasını gerekli görüyorlardı.³⁰ Bir başka deyişle bu dönemde devlet olmanın bir başka koşulu da uygar dünyanın yani o dönemde Avrupa'nın değerlerini benimsemesi olduğunu söylemek mümkündür.

Latin Amerika'daki devletlerin devlet olma süreçlerini ve sonrasında tanınmalarını sağlayan gelişme o dönemde büyük bir güç olarak ortaya çıkan ABD'nin Amerika kıtası üzerinde soyunduğu liderlik olarak ön plana çıkmasıdır. Zira Avrupa'da kendilerini barışın koruyucuları olarak gören büyük güçlere benzer şekilde, ABD'de kendinin Güney Amerika'da barışı sağlayıcı ve birleştirici bir güç olarak gördüğünü söylemek mümkündür. Diğer yandan Latin Amerika devletlerinde var olan benzer kültürel ve politik değerlerin yanında İspanya'nın tekrar eski kolonileri ele geçirebileceği yönündeki korku işbirliği ve ortak hareket etme düşüncesini arttırdı. Bu durum ABD'nin liderlik rolü ile pekişince 1800'lerin son çeyreğinden itibaren hem yabancı devletlerin işgallerine karşı hem de siyasal sorunların barışçıl çözümü için bir dizi konferanslar düzenlenerek uluslararası hukuka ilişkin sorunlar ile ticari ve siyasal sorunlar tartışılmıştır.

Amerikan Devletleri Uluslararası Konferansı ismiyle düzenlenen bu konferanslar dizisi Amerika kıtasında yer alan mevcut devletlerin sorunlarının barışçıl yollarla çözümünde önemli katkılar sağlamıştır. Örneğin 1923 yılında "Amerikan Devletleri Arasında Çatışmalardan Kaçınılmasına İlişkin" bir sözleşme imzalandı. Bu sözleşme uyuşmazlıkların temel nedenini araştırmak amacıyla bir komisyonu kurması bakımından önem taşımaktadır. Ancak söz konusu bu konferanslar dizisi içinde devletlerin tanınması veya tanıma konusunu o tarihe kadar belki de en kapsamlı şekilde inceleyen ve bu konuda objektif unsurlar ortaya koyan konferans 3–26 Aralık 1933 tarihleri arasında Uruguay'ın başkenti Montevideo'da düzenlenen 7. Amerikan Devletleri Uluslararası Konferansı olduğunu söylemek mümkündür.

³⁰ Azarkan, s.28

Konferansta devletlerin yükümlülükleri ve hakları, suçluların iadesi, siyasi mülteci ve uyrukluk konularını içeren 6 antlaşma imzalanmıştır. Ancak söz konusu bu antlaşmalar içinde en önemlisi Devletlerin Hakları ve Yükümlülükleri başlıklı toplam 16 maddeden ve çekincelerin yer aldığı kısımdan oluşan antlaşmadır. Söz konusu bu antlaşmanın ilk 10 maddesi devletlerle ve tanınma ile ilgili unsurlara yer verirken diğer maddeler antlaşmanın uygulanması ile ilgilidir. Bu bakımdan aşağıda ilk 10 madde yer almaktadır.³¹

1. Bir devletin uluslararası hukukun kişisi olabilmesi için yani bir devletin devlet olarak uluslararası hukukta kabul edilebilmesi için şu yeterliliklere sahip olmalıdır.
- **Kalıcı Nüfus:** Kalıcı nüfusun var olması en önemli kriterlerden biridir. Bu anlamda nüfusun çokluğu veya azlığı önemli bir unsur olmayıp en önemli unsur nüfusun kalıcı olmasıdır. Burada “kalıcılık” kelimesiyle anlatılmaya çalışılan, nüfusun hareket etmediği veya göç olgusunun hiç olmadığı değil, daha çok nüfus arasında bir sosyal bütünlük olması ve nüfusun makul bir sabitlik göstermesidir.
- **Tanımlanmış bir ülke:** Ülkenin belirli bir bölgede bulunması kriterinin karşılanmasında, ülkenin üstünde hak ettiği topraklarının bir bölümünün işgal altında olması veya sınırlarının tam olarak belirlenmemiş olması önemli değildir. Devletin ülkesi kavramı, ülke topraklarını onun üzerindeki hava sahasını ve yeraltındaki bütün topraklarını kapsar. Burada önemli olan, ülke toprakları içerisinde bir siyasi topluluğun etkili olarak yerleşmiş olmasıdır
- **Hükümet:** Etkili bir yönetimin var olması, bu yönetimin demokratik bir yönetim olması veya meşru bir yönetim olmasından ziyade, devletin ülkede yaşayan insanların günlük hayatını idare edebilme kabiliyetini ve bölgeyi yönetebilme kapasitesini ilgilendirir. Hükümetin etkin icra kontrolüne sahip olması ve bir başka devletin denetimine tabi olmaması gerekir. Bu aslında bir derece meselesidir ve bir kez devlet ihdas edildikten sonra, hükümet otoritesinin geçici yoksunluğu veya etkisini yitirmesi devlet olmak niteliğini ortadan kaldırmaz. Hatta devlet, hükümeti diğer devletlerin gücüne bağlı olsa bile, varlığını sürdürür.
- **Diğer devletlerle ilişki kurabilme yeteneği:** Burada bir devletin uluslararası kuruluşlarda ve diğer ülkelerde temsili önemlidir.³² Bir varlığın diğer devletler ile ilişkilere girebilmesi kapasitesi, onun etkin

³¹ Montevideo Convention on the Rights and Duties of States (1933). <https://www.ilsa.org/jessup/jessup15/Montevideo%20Convention.pdf> Erişim Tarihi: 18.06.2018

³² Köstem, Burç “Filistin’in BM’de Devlet Düzeyinde Temsilinin Hukuksal Sonuçları”, 2011, <http://www.usak.org.tr/print.php?id=293&z=2> Erişim Tarihi: 19.06.2018

icra kontrolünü sadece iç meselelerde değil, ama dış ilişkilerinde de uygulanabilmesini gösterir ve devletin 'egemenliği' veya 'bağımsızlığı' olarak da ifade edilir. Devlet olabilmek için, diğer bir devletin otoritesinden hukuken bağımsız olmalıdır. Eğer bir varlık uluslararası ilişkilerinde bir başka devletin talimatı altındaysa, devlet olarak tanınmak hakkını kazanamaz.

2. Federal devletler uluslararası hukuk açısından tek bir devlet olarak kabul edilecektir.
3. Devletlerin siyasal varlığı diğer devletlerin tanınmasına bağlı değildir. Bir devlet tanınmadan önce de varlığını ve bağımsızlığını koruma, kendi yargısını yapılandırma, yönetim örgütlenmesini oluşturma ve ulusal çıkarlarını koruma hakkına sahiptir. Uluslararası hukuka göre devletin yukarıda belirtilen haklarını kullanması diğer devletlerin onayına bağlı değildir.
4. Devletler hukuksal olarak eşit ve aynı haklara sahip olup yapacakları etkinliklerde eşit kapasiteye sahiptirler.
5. Devletlerin temel hakları hassas konular olup hiçbir şekilde müdahale yapılamaz
6. Bir devletin tanınması ile tanıyan devlet tanınan devleti uluslararası hukuk çerçevesinde bütün hak ve yükümlülükleriyle kabul ettiğini belirtir. Tanıma şartsız ve geri alınmaz bir işlemdir.
7. Bir devletin tanınması açık veya zımni (örtülü) olabilir. Örtülü tanıma ima şeklinde olabilir.
8. Hiçbir devletin başka bir devletin iç işlerine ve dış işlerine müdahale etme hakkı yoktur.
9. Devletlerin yargı sistemleri o ülkenin toprakları içinde yaşayan tüm sakinleri (yurttaşlar) için geçerlidir. Vatandaşlar ve yabancılar yargının ve ulusal otoritelerin aynı şekilde koruması altındadır. Bir ülkedeki yabancılar o ülkenin vatandaşlarından daha fazla hak ve ayrıcalık talep etme hakkına sahip değildir.
10. Devletlerin öncelikli (primary) amacı barışın korunmasıdır. Herhangi bir şekilde devletler arasında anlaşmazlık çıktığında bu anlaşmazlık Pasifik anlaşmasında yer alan barışçıl yollarla çözülmelidir.

İki Dünya Savaşı arası dönemdeki siyasal atmosferin Montevideo Konferansının gündeminin belirlenmesine etkin olduğunu söylemek mümkündür. Ancak Montevideo Konferansından sonra bir oluşumun devlet olarak nitelendirilebilmesi için gereken koşulların neler olması gerektiği konusunda dünya üzerinde o dönemde var olan devletler arasında kesin bir uzlaşma sağlanamamıştır. Devletlerin bu kavramın belirsizliği ya da bu

kavramın tanımlamadaki isteksizlikleri bu temel sorunun çözümündeki en önemli engeldir. Şüphesiz bu durumun oluşmasına sebep olan en önemli gelişmelerden biri yukarıda ilk 10 maddesini açıkladığımız Devletlerin Hakları ve Görevlerine İlişkin Antlaşmaya ABD'nin ilk 10 maddesine çekinceler koymasıdır.³³

Montevideo'nun devlet tanımına sınırlı katkılarına rağmen, konferans bir devlete müdahalenin hukuk dışı sayılması ve devletler arasında ekonomik ve siyasi işbirliği konusunda kriterleri belirlemek açısından önemli bir başarı sağlamıştır. Montevideo'da devlet kavramına ilişkin kodifikasyon çalışmalarında devletlerin eşitliği ve devletlere dışarıdan müdahale edilmesinin hukuk dışı olduğuna ilişkin konuları kodifike edilmiştir. Montevideo, uluslararası hukuk mekanizmalarının kurulmasında ve ülkelerin davranışlarının hesabını vermelerini sağlamada kritik bir rol oynadığını söylemek mümkündür. Ancak genel olarak Montevideo Sözleşmesinin, devlet ve devletlerin tanınma sorunundan daha çok dış müdahale ile ilgili bir sözleşme niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür.

Montevideo'nun amacı daha yakın ekonomik ve siyasi bağlar geliştirmek, ABD ile Latin Amerika arasında dış müdahalenin yapılmaması ile ilgili karşılıklı güven sağlamaktır. Bu yönüyle Montevideo, uluslararası güvenlikte yeni bir açılım sağladığını söylemek mümkündür.³⁴ Amerika Kıtası Devletleri sürtüşmeli, müdahaleci ve çelişkili geçen yıllardan sonra üzerinde uzlaştıkları tek konu uluslararası güvenlik olarak ön plana çıkmaktadır. Montevideo ve ondan sonraki konferansların hepsi öncelikle güvenlik sağlama amacına yöneldiğini ifade etmek mümkündür. Sonuç olarak Montevideo, uluslararası toplumun devleti tanımlaması ve devletlerin tanınması konularını kesin olarak çözme de bu konuda günümüze kadar en çok referans alınan bir uluslararası kaynak olarak günümüzde de yer almaya devam etmektedir.

2.2. Montevideo Konferansı Sonrasında Tanınma Konusunda Yapılan Diğer Kodifikasyon Çalışmaları

Devletlerin tanınması sorunu 2. Dünya Savaşından sonra kurulan uluslararası sistem içinde de tartışılmaya devam ettiğini söylemek mümkündür. Örneğin 12 Nisan ve 9 Haziran 1949 tarihlerindeki Uluslararası Hukuk Komisyonu toplantısında tanıma sorunu ele alınarak devletlerin bireysel oluşumlardan toplu tanımaya geçişinin uluslararası hukukun gelişiminde bir aşama olduğunun önemine işaret edilmiştir. Ayrıca, tanıma sorununun hukuki bir problem olarak ele alınmasından çok siyasi bir problem olarak ele alındığını söylememiz mümkündür. Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK), tanıma sorununun

³³ Montevideo Convention on the Rights and Duties of States (1933). <https://www.ilsa.org/jessup/jessup15/Montevideo%20Convention.pdf> Erişim Tarihi: 18.06.2018

³⁴ Azarkan, s.45

Devletlerin Hakları ve Görevleri Tasarı Bildirgesinde kısa bir paragrafta ele alınamayacak kadar çok hassas ve içinde oldukça siyasi anlamlar barındıran bir konu olduğu ve konunun komisyon tarafından arzu edilen ve gerekli olduğu görülüp incelenmesi gereken 14 başlıktan biri olduğu sonucuna varmıştır.³⁵

Devletlerin ve hükümetlerin tanınma konusu Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda 1949–1973 tarihleri arasında oldukça tartışılan bir konu olmaya devam etmiştir. 1973 yılındaki oturumda, gelecek çalışma programı görüşmeleri boyunca, çıkan ortak görüş; “hukuki sonucu olmamasına rağmen, devletlerin ve hükümetlerin tanınması hukuki düzenlemeye varmayan birçok siyasi problem meydana getirdiğinden, bir süre kenara bırakılması gerektiği şeklinde olmuştur.

Diğer taraftan Devlet olma niteliğinin neler olması gerektiği konusunda birçok çalışma yapılmasına karşılık bugüne kadar üzerinde anlaşılmiş ortak bir metin veya objektif standartlar belirlenememiştir. Buna karşılık BM Genel Kurulu 1974 yılında 3314 sayılı kararında saldırgan savaşa ilişkin bir tanım kabul etmiştir. Bu tanım içinde devleti tanıma soruları göz ardı edilerek, devlet kavramı kullanılmıştır.³⁶ Bununla birlikte Uluslararası Hukuk Komisyonu aynı yıl kodifikasyon çalışmaları için içlerinde devletlerin ve hükümetlerin tanınmasının da bulunduğu 14 başlık seçmiştir. Devlet kelimesinin tamamı ayrı bir resmi belge olarak ileri sürülmesi de, Uluslararası Hukuk Komisyonu genel bildiri ve kongrelerde önerilen tanımların temel özelliklerini dikkatle incelemiştir.³⁷

1949 yılında Devletlerin Hakları ve Görevleri Bildirgesi ile Devlet kelimesinin ilk kodifikasyon girişimi yapılmıştır. BM Özel raportörü Ricardo J. Alfaro devletin tanımının Devletlerin Hakları ve Görevleri Tasarı Bildirgesinde yeri olmadığını düşündüğü için tasarısında devletlere ilgili herhangi bir tanıma yer vermemiştir.³⁸ Çünkü Alfaro'ya göre “eğer bir devlet varlığını sürdürecektir koşulları sağlayamıyorsa devlet değildir, diğer yandan eğer bir devlet varlığı için gereken şartları yerine getiriyorsa o devlet vardır. Uluslararası Hukuk Komisyonu devletin anlamı konusunda bir fikir birliğine varılmasına gerek görmedi bu nedenle devletin tanımının Tasarı Bildirgesi'nde bulunmamasına karar vermiştir. Devlet teriminin uluslararası geçerliliği bulunan anlamda kullanılacağı kararlaştırıldı. Komisyon devlet teriminin daha önceden tanımı yapılmadan kullanıldığı, tanımının açıklanmasının yararlı bir amacı olmadığını belirtti. Devlet teriminin uluslararası geçerliliği bulunan anlamda kullanılacağı kararlaştırıldı. Bundan dolayı devlet kavramı tanımsız ve muğlak bırakılmıştır.³⁹

³⁵ Azarkan, s.41

³⁶ UN General Assembly Resolution, A/RES/3314/XXIX, Question of Defining Aggression, <http://www.un-documents.net/a29r3314.htm> Erişim Tarihi: 19.06.2018

³⁷ Azarkan, s.41

³⁸ Draft Declaration on Rights and Duties of States with commentaries, 1949

³⁹ Azarkan, s.41 – 42

2.3. Uluslararası Sisteme Etki Eden Devletlerin Tanınma Konusunda Belirledikleri Standartlar

Uluslararası sistem geçirdiği değişikliklere rağmen, Montevideo Sözleşmesinde yer alan, yeni bir oluşumun devlet sayılabilmesi için gereken koşullarda genel hatlarıyla bir değişikliğe gidilmediğini söylemek mümkündür. Ancak zaman içinde uluslararası sisteme etki eden bazı devletlerin yeni devletleri tanıma konusunda Montevideo'yu temel alan ancak ondan biraz kapsamlı standartlar ortaya koydukları görülmektedir. Tanıma konusunda kapsamlı standartlar belirleyen güçlü devletler içinde İngiltere, AB ve ABD'nin standartları oldukça önemlidir.

2.3.1. İngiltere'nin Yeni Devletleri Tanıma Standartları

İngiltere, tanıma konusundaki temel kriterlerini, yeni kurulan devletin **"...ülke topraklarının çoğunluğunu etkin olarak kontrol etmesi nüfusun çoğunluğunun makul bir gerekçe dahilinde yeni hükümete sürekli olarak mutlak itaat etmesini."** öngörmüştür. İngiltere, tanıma talebinde bulunan yeni bir devletin normal olarak tanınması için gerekli şartları şu şekilde belirlemiştir.⁴⁰

1. Sınırları açıkça belirlenmiş bir ülke ve nüfusun mevcudiyeti
2. Hükümetin ülke topraklarını kontrole muktedir olması
3. Dış ilişkilerinde bağımsız olması
4. BM Sözleşmesi ve ilgili diğer koşulları yerine getirmesi olarak özetlemiştir.

Esasında İngiltere'nin belirlediği bu standartlar yeni bir devletin sahip olması gereken ülke, nüfus ve egemenlik gibi asgari unsurların yanında diğer ülkelerle dış ilişki kurabilme kabiliyetini de içeren bir kıstas getirmektedir.

2.3.2. Avrupa Birliği'nin Yeni Devletleri Tanıma Standartları

AB'nin devlet ve hükümetlerin tanınması ve kendileriyle diplomatik ilişki kurulabilmesi için kabul ettiği 16 Aralık 1991 tarihinde *Doğu Avrupa ve Sovyetler Birliği'ndeki Yeni Devletlerin Tanınmasına İlişkin Rehber İlkeler* başlıklı deklarasyon ile Sovyetler Birliği'nde ve Doğu Avrupa'da ortaya çıkan yeni devletlerin tanınmasına ilişkin genel hatları belirlemiştir:⁴¹

⁴⁰ Shaw, Malcolm N. (2008). *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, s. 444-462

⁴¹ AB yayınladığı bu deklarasyonla bir devlete veya hükümete demokratik bir rejim niteliği atfederek tanınmasının kabullenilmesini şartlara tabi kılma yoluna gitmiştir. Aynı gün Avrupa Topluluğu Yugoslavya Beyanını da yayınlayarak, Topluluk ve onun üye devletleri, belirli şartları yerine getiren Yugoslav cumhuriyetlerini tanıyacaklarını kabul etmişlerdi.

1. BM Sözleşmesi, Helsinki Nihai Senedi ve Paris Şartı kurallarına, özellikle hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan hakları açısından saygı göstermek,
2. Etnik gruplar ve milli azınlıklara, AGİT çerçevesinde tanınan güvenceleri kabul etmek,
3. Sınırlara saygı göstermek ve ancak barışçı yollar ve ortak antlaşmalarla değiştirilebileceğini kabul etmek,
4. Silahsızlandırma ve nükleer silahların yayılmasını önlemek ve bölgesel güvenliğini sağlamak konusundaki bütün kurallara uymak,
5. Devletlerin halefiyeti ve bölgesel sorunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların antlaşma ve gereken hallerde tahkim yoluyla çözümlenmesini kabul etmek

Esasında AB tarafından belirlenen bu Tanıma işlemi, Avrupa İşbirliği ve Güvenliği Konferansı'nca benimsenmiş olan hukuk devleti, demokrasi ve insan hakları normlarının Avrupa Birliği üyesi bu devletler tarafından kabul edilmesine bağlı kılınmıştı. Böyle bir tutum, hukuksal olarak yeni bir düzenin oluşmasına kadar tanıma işleminin takdirî bir işlem olma niteliğini koruduğu için, sorun meydana getirmemiştir.⁴²

2.1.1. ABD'nin Yeni Devletleri Tanıma Standartları

ABD, 1976 tarihinde yaptığı açıklama ile ülkesinin tanıma konusundaki kriterlerini şu şekilde sıralamıştır.⁴³

1. ABD, uluslararası hukukun öngördüğü üzere, her devleti tanımak mükellefiyetinin bulunmadığı ve tanıma hakkının yeni devlete karşı kullanılmasının bu devleti mükafatlandırmak olduğu ilkesinden hareketle,
2. ABD makamlarının tanıma kararına varmaları için, geleneksel olarak kabul gören koşulların gerçekleşmesinin gerekli olduğunu saklı tutarak,
3. Söz konusu gerçekler arasında, belli bir ülkenin topraklarını ve halkını etkin olarak kontrol etmesi,
4. Örgütlenmiş bir hükümet yönetiminin ülkeyi idare edebilme iktidar yetkisi ile donatılması, uluslararası yükümlüklerini ifa edebilecek dış temsil yeteneğine sahip olması ve
5. ABD'nin, uluslararası toplum üyesi diğer devletlerin de tutum ve davranışlarını dikkate alarak yeni tanınacak kimlik hakkında karar vermesi olarak belirlemiştir.

⁴² Atay, Ender Ethem "Hukukta Meşruiyet Kavramı", Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, 1997, s. 158

⁴³ Shaw, 447-452

Görüldüğü gibi ABD'ye göre, uluslararası hukuk bir devletin diğer bir birimi devlet olarak tanınmasını zorunlu kılmaz; bu, o birimin bir devlet olarak tanınmayı hak edip etmediğine dair her devletin kendi görüşüne kalmıştır. Bu görüşe ulaşırken, Birleşik Devletler geleneksel olarak belirli durumların oluşmasına bakmıştır. Bu durumlar şunları ihtiva eder: açıkça belirlenmiş (sınırları çizilmiş) bir alanda ve nüfus üzerinde etkin kontrol, o alanın yönetiminde organize olmuş bir hükümet, dış ilişkileri yürütebilmek ve uluslararası yükümlülükleri yerine getirmek için etkili davranma gibi faktörler yer almaktadır. Birleşik Devletler ayrıca, o birimin uluslararası toplumu oluşturan devletlerin tanınmasını cezbedip cezbetmediğini de dikkate aldığıni söylemek mümkündür.

Sonuç

Uluslararası sistemde yeni devletlerin tanınması konusunda meydana gelen başlıca sorun uluslararası sistemin işleyiş şekli ve bu işleyişin sürekli değişim halinde olmasıdır. Ancak bu işleyiş şeklinde mevcut devletlerin uygulamaları arasında bir tutarlılık olmadığından bu alanda tam anlamıyla bir uzlaşma sağlanamadığı görülmektedir. Aslında uluslararası sistemin değişim sürecinde devletlerin politikalarında görülen bu tutarsızlık gerek uluslararası hukukta gerekse uluslararası ilişkilerde geçmişte ve günümüzde yaşanmakta olan ve büyük olasılıkla yakın gelecekte meydana gelebilecek birçok durumda sorunların kaynağını teşkil etmektedir. Çünkü günümüzde yeni bir devlet ortaya çıkarken mevcut bir devletin sınırları içinden çıktığından bu durum her ne kadar yeni devletin yapısında bir değişikliğe neden olurken (egemenlik, sınır ve nüfus açısından azalma) yeni devlet olma iddiasında bulunan devlet içinde bir statü değişikliğine (bağımsızlık, eşit ve muadil olarak görülmeye) neden olmaktadır.

Tanımaya konusunda yapılan birçok bilimsel çalışmada dikkat çekilen tutarsızlık ve uzlaşma eksikliği esas itibariyle devletlerin siyasi çıkarları ve dış politika tercihleri doğrultusunda yeni bir siyasal otoriteyi tanıma veya tanımamalarından kaynaklanmaktadır. Bir başka deyişle uluslararası sistemde yer alan mevcut devletler arasında belirli bir standart veya teamül olmadığından yeni ortaya çıkan siyasi oluşum bazı devletlerce devlet vasfıyla ödüllendirilirken bazı devletlerce yasa dışı ve illegal ayrılıkçı bir hareket olarak görülmektedirler. Bunun sonucunda yeni bir siyasal birim mevcut bazı devletler tarafından tanınırken bazıları tarafından da tanınmama sorunuyla yüz yüze kalmakta ve günümüz dünyasında anormal olarak görülen veya dünya siyasi haritasında yer alan kara delikler (black holes) olarak ifade edilmektedirler. Bu yerler esasında uluslararası ilişkilerde varlıkları kabul edilmeyen (places that do not exist) yerler olup, devlet benzeri birimler (state-like entities) şeklinde egemen devletlerin oluşturduğu uluslararası sistemde yerleri olmayan oluşumlar olarak görülmektedir.

Bununla birlikte bu oluşumlar normal bir devlette olması gereken asli unsurlara sahip olsalar da normal bir devlet gibi değildir. Çünkü bu birimler fiili olarak belirli bir toprak ve nüfus üzerinde etkin bir otorite kurmuş olmalarına rağmen uluslararası tanıma elde edememiş veya en fazla birkaç devlet tarafından tanınan oluşumlar olarak göze çarpmaktadırlar. Bu birimler varlıklarını meşrulaştırmak ve uluslararası toplum tarafından yeni bir devlet olarak kabul görmelerini sağlamak için çoğunlukla kendi kaderini tayin hakkı (right to self-determination) üzerinde ısrar ederlerken diğer taraftan uluslararası hukukta geçerli güçlü ilkelerden biri olan devletlerin toprak bütünlüğü (territoryal integrity) ilkesiyle yüz yüze kalmaktadırlar

Yeni bir siyasi otoritenin devlet olarak tanınması veya tanınmaması noktasında geçmişte olduğu gibi günümüzde de çoğunlukla uluslararası sistemi oluşturan büyük aktörlerin (devletlerin) tavırları ile o dönemin konjonktürel durumları belirleyici olmaktadır. Mevcut devletlerin toprak bütünlüğünü koruma ilkesi gereği uluslararası sisteme etki eden büyük devletler genel olarak diplomatik açıdan iyi ilişki içinde oldukları diğer devletlerde oluşan yeni devlet olma arzusundaki siyasi birimleri yeni devlet olarak tanıma konusunda sert direnç göstermektedirler. Hatta bazı durumlarda bağımsızlığını ilan eden yeni devletler çoğunlukla büyük devletlerin tabiri caizse “süngüleri” ile karşılaşmaktadırlar. Ancak diplomatik ilişkileri kötü olan mevcut devletler içinde oluşan yeni devlet olma arzusundaki siyasi birimleri tanıma konusunda ise büyük destek vermektedirler. Hatta bu tür oluşumları en başından beri kendileri destekleme eğiliminde oldukları görülmektedir. Bu nedenle söz konusu yeni siyasi oluşumlar bağımsızlıklarını ilan eder etmez büyük devletler tarafından kolaylıkla tanınmaktadırlar. Böylece hem mevcut devlete diplomatik bir mesaj verilmekte hem de onu uluslararası sistem içinde kendi sınırlarını dahi koruyamayan başarısız bir devlet imajı verilerek zor durumda bırakılmaktadırlar.

Bu açıdan, tanıma işlemi uluslararası hukukun egemen devletin tasarrufunda olan bir seçimlik hak olarak nitelendirilebilir. Buna göre, egemen devlet, uluslararası toplumdan ayrı ve bağımsız olarak bir devleti tanıyıp tanımamak konusunda kendi hür iradesi ile takdir yetkisini kullanır. Zira devlet bağımsızlığını ilan eden yeni kurulan devleti tanımak zorunda olmadığı gibi, tanımamak yolundaki tercihi ile uluslararası hukuku ihlal ettiği de söylenemez.

KAYNAKÇA

Atay, Ender Ethem “Hukukta Meşruiyet Kavramı”, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, 1997, ss. 121–166

Azarkan, Ezeli Uluslararası Hukukta Devletlerin Tanınması: Slovenya–Hırvatistan–Bosna Hersek, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

Bal, Ali “Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması” Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2006

Çaşın, Mesut Hakkı, Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları Cilt 1, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Cavadov, Nurlan (2008). “Azerbaycan ve Birleşmiş Milletler”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Ankara.

Draft Declaration on Rights and Duties of States with commentaries (1949). http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/2_1_1949.pdf (16.06.2018)

Erdal, Selcen, “Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Örneği”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 1, 2005, s.159, ss.157–196

Grewe, Wilhelm Georg, The Epochs of International Law, Translated by Micheal Byers, Goettingen, Walter de. Gruyter, 2000.

<http://books.google.com.tr/books?id=b6LkdpfRNZgC&dq=wilhelm+g+grewe+international+law&pg=PP1&ots=gkBw-qHlt>- Erişim Tarihi: 18.06.2018

Kocaman, Selcen “Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Örneği” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2004.

Korman, Sharon, “The Right of Conquest, The Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice “, Clarendon Press, Oxford, 1996.

Köstem, Burç “Filistin’in BM’de Devlet Düzeyinde Temsilinin Hukuksal Sonuçları”, 2011, <http://www.usak.org.tr/print.php?id=293&z=2> Erişim Tarihi: 19.06.2018

Montevideo Convention on the Rights and Duties of States (1933). <https://www.ilsa.org/jessup/jessup15/Montevideo%20Convention.pdf> Erişim Tarihi: 18.06.2018

Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri Cilt-3*, Turhan Kitabevi, 2004, Ankara.

Shaw, Malcolm N. (2008). *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press

Şöhret, Mesut (2012), “Uluslararası Hukukta Diplomatik Tanınma: Güney Osetya ve Abhazya’nın Mevcut Statüsü”, *Uluslararası Kafkasya Kongresi Bildiriler Kitabı*, Kocaeli Üniversitesi, 2012, ss. 467–497

Turns, David “The Stimson Doctrine of Non-Recognition: Its Historical Genesis and Influence on Contemporary International Law”, *Chinese Journal of International Law*, Cilt 2, Sayı 1, 2003, ss. 105–143

UN Security Council Resolutions, S/RES/216, Southern Rhodesia, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/216\(1965\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/216(1965)) Erişim Tarihi: 18.06.2018

General Assembly Resolution, A/RES/3314/XXIX, Question of Defining Aggression, <http://www.un-documents.net/a29r3314.htm> Erişim Tarihi: 19.06.2018

UN General Assembly Resolution, (1960). A/RES/1514/XV, Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples,

<http://www.un.org/en/decolonization/declaration.shtml>, Erişim Tarihi: 19.06.2018

UN Security Council Resolutions, S/RES/541, Cyprus, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/541\(1983\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/541(1983)), Erişim Tarihi:18.06.2018

SUÇ ÖRGÜTÜ LİDERİNİN CEZAİ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN HUKUKİ ANALİZ VE ÖNERİLER (TCK m. 220/5)¹

*Strafrechtliche Würdigung und Vorschläge Zur Strafbarkeit Des Anführers
Einer Kriminellen Vereinigung (Art. 220 tStGB)*

Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Emre TULAY²

Geliş Tarihi: 17.09.2018 Kabul Tarihi: 28.01.2019

ÖZET

TCK m. 220/5, örgüt liderinin örgüt faaliyetleri çerçevesinde işlenen tüm suçlardan fail olarak sorumlu tutulmasını öngörür. Kanunkoyucu bu hükümlerle birlikte ilk olarak Roxin tarafından ortaya atılan, akabinde Alman Hukuku doktrini ve uygulamasında benimsenen ve uluslararası içtihatlarda takip edilen organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramını örgüt yöneticileri bakımından yasalaştırmıştır (TCK m. 220/5). Mevcut düzenleme, Kanunilik ilkesi açısından ileri bir adım olmakla birlikte, içeriğinde önemli eksiklikler barındırmaktadır. Somut olayın özelliklerinden bağımsız ve iştirakin diğer görünüm şekillerinin önüne geçen bu hükmün yeniden ele alınması hukuken isabetli olacaktır. Kanunkoyucu tarafından yapılması beklenen değişiklikte sadece içerikle sınırlı kalınmamalı, metnin düzenleniş yeri de ayrıca değerlendirilmelidir.

Anahtar kelimeler: Suç örgütü, örgüt lideri, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik, ikame edilebilirlik, TCK m. 220/5

ZUSAMMENFASSUNG

Nach Art. 220 Abs. 5 tStGB wird der Anführer einer kriminellen Vereinigung für alle Straftaten, die im Rahmen der Tätigkeiten solcher Vereinigung begangen werden, als Täter bestraft. Die Rezeption der Roxins Theorie, der im Verlauf der Zeit in der deutschen Literatur überwiegend zugestimmt sowie von der deutschen und internationalen Rechtsprechung gefolgt wird, entspricht zwar einer wichtigen Facette des Gesetzlichkeitsprinzips, allerdings setzt die Vorschrift selbst keine Kriterien voraus. Die aktuelle Regelung erfordert die Überprüfung des Einzelfalls nicht und damit dehnt sich auf die anderen Beteiligungsformen auf. Daher bedarf es einer Neufassung des Art. 220 Abs. 5 tStGB, in der die erforderlichen Merkmale und ebenso die gesetzgeberische Kategorisierung der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate in Betracht gezogen werden sollen.

Schlüsselwörter: kriminelle Vereinigung, Anführer einer kriminellen Vereinigung, mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate, Fungibilität, Art. 220 Abs. 5 tStGB

I. GİRİŞ

Suç örgütü, temel olarak TCK m. 220'de düzenlenmiştir. Kanunkoyucu, bu madde kapsamında suç örgütünün tanımını yapmış (TCK m. 220/1) ve seçimlik hareketlere yer vermiştir. Örgütü kuran, yöneten (TCK m. 220/1), örgüte üye

¹ Bu eser, esasen Almanya Bochum Ruhr Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tamamlanan "Kriminelle Vereinigungen im deutschen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligungsdogmatik" adlı doktora tezinin hazırlanması sürecinde elde edilen bilimsel verilere dayanmaktadır.

² Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, e-posta: emre_tulay@hotmail.com. ORCID ID: 0000-0002-7828-8302

olan (TCK m. 220/2), üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen (TCK m. 220/6), örgüte yardım eden (TCK m. 220/7) ve örgüt propagandası yapan (TCK m. 220/8) kişiye ilişkin ceza sınırları ilgili fıkralarda öngörülmüştür. Belirtmek gerekir ki; TCK m. 220'de düzenlenen seçimlik hareketler ve ceza sınırları, sadece "suç örgütü" veya bu yapıya sunulan katkı ile ilişkilidir. Başka deyişle; örgüt kapsamında bir suç işlenmesi halinde, somut suçun doğurduğu cezai sorumlulukta ilgili kanun maddeleri devreye girer.

Örgüt tarafından işlenen suçlar bakımından; hukuka aykırı fiilde rol oynayan her fail, somut olaydaki etki ve rolü nispetinde Ceza Kanununun ilgili hükümlerine göre sorumludur. Bu durumda failler, TCK m. 220/4 gereğince hem TCK m. 220 kapsamında bir yaptırımla, hem de somut suçun gerektirdiği cezayla karşı karşıya kalacaklardır. Bu hususta Kanunkoyucu, TCK m. 220/5'te örgüt yöneticisi hakkında özel bir düzenleme gereği duymuş ve lider kişinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılacağını öngörmüştür.

TCK m. 220/5'te yasalaşan durum; teorik olarak Alman Hukuku'na, saygın hukukçu Roxin'in *hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik (mittelbare Täterschaft Kraft organisatorischer Machtapparate)* kuramına dayanır.³ Alman Hukukunda ağırlıklı olarak kabul edilen⁴, hatta uluslararası hukukta

³ ROXIN, Claus, "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", GA 1963, s. 193 vd.; aynı yazar *Strafrecht Allgemeiner Teil*, B. II, München 2003, § 25 Rn. 105 vd.; "Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26.7.1994 – 5 StR 98/94 (BGHSt 40, 218)", JZ 1995, s. 49 vd.; "Organisationssteuerung als Erscheinungsform mittelbarer Täterschaft", Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag, Stuttgart 2010 (FS-Krey), s. 450 vd.; "Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft", GA 2012, s. 395 vd.

⁴ Roxin'in öne sürdüğü teori, Alman Hukuku içtihadında ilk olarak Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH)'nin anılı kararıyla tanınmıştır, bkz. BGHSt 40, 218. Yüksek Mahkeme'nin tutumu istikrarlı şekilde devam etmiştir, bkz. BGHSt 42, 65; 45, 270; 47, 100; 48, 77. Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramını doktrinde benimseyen yazarlar için bkz. AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht*, 4. Aufl., München 2014, § 7 Rn. 25 vd.; aynı yazar "Täterschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate", GA 1998, s. 233 vd.; BOTTKE, Wilfried, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, Heidelberg 1992, s. 71 vd.; CONDE, Muñoz, "Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen ‚nichtrechtsgelöster‘ Organisationen?", Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag (FS-Roxin), Berlin 2001, s. 618; FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 64. Aufl., München 2017, § 25 Rn. 11 vd.; FREUND, Georg, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlin 2009, § 10 Rn. 90 vd.; GRECO, Luís, "Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip", ZIS 1/2011, s. 9 vd.; HERZBERG, Rolf Dietrich, "Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme", JuS 1974, 375; aynı yazar, "Abergläubische Gefährdung und mittelbare Täterschaft", Jura 1990, s. 23 vd.; HOFFMANN-HOLLAND, Klaus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Tübingen 2015, Rn. 503; HÜNERFELD, Peter, "Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland", ZStW 1987, s. 242 vd.; ISFEN, Osman, "Yeni TCK'da Organize Hâkimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Faillik Kuramı (TCK Md. 220/5)",

benimsendiği görülen bu görüşün⁵ ülkemizde kanunlaştırılması şüphesiz dikkat çekici ve dahi takdir edilecek bir gelişmedir. Ne var ki, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramı ile TCK m. 220/5'in ne derece örtüştüğü hukuken ele alınması gereken bir sorundur.

Aşağıda öncelikle organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramı incelenmiş ve ihtiva etmesi gereken kıstaslar üzerinden mevcut yasal düzenleme irdelenmiştir. Tespit edilen eksikliklerin giderilmesi ve doğacak sorunların çözümü için Kanunkoyucu'ya somut öneriler sunulmuştur.

HPD 7/2006,s. 55 vd.; **JÄGER**, Christian, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., Heidelberg 2015, § 6 Rn. 249; **KASISKE**, Peter, *Strafrecht I: Grundlagen und Allgemeiner Teil*, München 2011, Rn. 190; **KÜHL**, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., München 2017, § 20 Rn. 73 vd.; **LACKNER**, Karl / **KÜHL**, Kristian/**HEGER**, Martin, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Aufl., München 2014, § 25 Rn. 2; **MAURACH**, Reinhart/**GÖSSEL**, Karl Heinz/**ZIPF**, Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, B. II, 5. Aufl., Karlsruhe 1978, s. 210 vd.; **STRATENWERTH**, Günter/**KUHLEN**, Lothar, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12 Rn. 59 vd.; **WESSELS**, Johannes/**BEULKE**, Werner/**SATZGER**, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 46. Aufl., Heidelberg 2016, § 16 Rn. 782. Ayrıca bkz. vgl. **HEINRICH**, Bernd, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Stuttgart 2014, Rn. 1255; **RADTKE**, Henning, "Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft im nationalen und internationalen Strafrecht", GA 2006, s. 350 vd.; **SEELMANN**, Kurt: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Basel 2005, s. 139; **TULAY**, M. Emre, *Kriminelle Vereinigungen im deutschen Strafrecht im Vergleich zum türkischen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligungsdogmatik*, Holzkirchen/Obb. 2018, s. 115 vd.; **URBAN**, Carolin, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft Eine Studie zu Konzeption und Anwendbarkeit, insbesondere im Hinblick auf Wirtschaftsunternehmen*, Göttingen 2004, s. 55 vd.; **ZIESCHANG**, Frank, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Stuttgart 2014, Rn. 690 vd.

⁵ Türk Ceza Hukuku öğretisinde *Roxin*'in teorisini destekler nitelikteki görüşler için bkz. **ERDEM**, Mustafa Ruhan: "Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m. 220/5", CHKD 2/2014, s. 30 vd.; **ISFEN**, HPD 7/2006, s. 59 vd.; **KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2017, s. 458 vd.; **ÜZÜLMEZ**, İlhan, "Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)", EÜHFĐ 2006, B. I, Nr. II, s. 89 vd.

Cezaî sorumluluğu tam olan fail arkasındaki fail hakkında dolaylı faillik kuramı, 17 Haziran 1998 tarihi itibarıyla Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü 25/3-a maddesine eklenmiştir. Bu hüküm ışığında verilen ilk kararlar için bkz. *Milosevic* (Prosecutor v. Slobodan Milosevic et al., IT-02–54-T, Second Amended Indictment, Bosnia, amended on 21 April 2004) and *Stakic* (Prosecutor v. Milonir Stakic, IT–92–24-T, Judgement of 31 July 2003, Nr. 439). Benzer yönde sonraki tarihli kararlar için bkz. *Katanga and Chui* (ICC-01/04-01/07 176/226), *Al Bashir* (ICC, 4.3.2009, 214). Anılı kararlar için ayrıca bkz. **KRESS**, Claus, "Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht", GA 2006, s. 306 vd.; **ROXIN**, Claus, "Bemerkung zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru", ZIS 11/2009, s. 567 vd.

II. ORGANİZE HAKİMİYET MEKANİZMALARINA DAYALI DOLAYLI FAİLLİK KURAMI

A. Genel Olarak

Kendi içinde disiplinli, emir-komuta zincirine oturan güçlü yapılanmalarda, emri veren organ ile icra aşamasında rol oynayan failler farklılık gösterebilir. Özellikle, yapıları gereği amacı suç işlemek olan ve hiyerarşik biçimde ve elverişli araç-gereçlerle donatılmış suç örgütlerinde bunun örneklerini görmek mümkündür. Kanunun suç saydığı bir fiili planlayan lider kişi veya kişiler ile planı gerçekleştirecek olanlar, başka deyişle masa başındakiler ile sahada görünenler farklı kişilerdir. Böylelikle masa başı fail (*Schreibtischtäter*) olarak nitelendirilen kişinin (*fail arkasındaki fail*) elleri temiz kalırken, ön planda yer alıp aktif rol oynayan kişiler emri uygulamaktadırlar.⁶ Burada dikkat çeken iki önemli husus vardır: Birincisi, *fail arkasındaki failin* sahip olduğu konum ve gücü kullanarak öndeki faillerin iradelerine yön vermesidir.⁷ İkinci husus, önde yer alan icracı faillerin cezai sorumluluğunun tam olmasıdır.⁸

Alman Ceza Hukukunun önemli isimlerinden *Roxin*, olayın icrası sırasında dahili olmamakla birlikte masa başında bulunan, arkadaki fail olarak eylemi planlayan ve diğer faillerin iradesi üzerinde hakimiyet kuran lider kişinin cezai sorumluluğu hakkında belli şartlara bağlı kıldığı *organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramını* ortaya atmıştır.⁹ *Roxin*, masa başı failin cezai sorumluluğu tam olan icracı failer üzerinde mutlak bir irade hakimiyeti tesis ettiği ve bu nedenle verilen emrin uygulanması noktasında kendisini güvende hissettiği durumlarda lider kişinin cezai sorumluluğunun, mevcut iştirak türleriyle açıklanamayacağını belirtmiştir.¹⁰ Teori zaman içinde

⁶ **ROXIN**, FS-Krey, s. 454

⁷ **ROXIN**, Claus, “*Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*”, ZIS 7/2006, s. 296; **aynı yazar**, FS-Krey, s. 459; ZIS 7/2006, 296.

⁸ İcracı faillerin cezai sorumluluğunun tam olmasına rağmen, masa başı failin dolaylı faillik kapsamında sorumlu tutulması, doktrinde Roxin’e yöneltilen eleştirilerin ağırlık noktasını oluşturur. Bu noktada en net ifadeler *Krey/Esser* tarafından dile getirilmişti, bkz. **KREY**, Volker/**ESSER**, Robert, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Stuttgart 2016, § 27 Rn. 880 (935 vd.); ayrıca bkz. **KREY**, Volker/**NUYS**, Marcel, “*Der Täter hinter dem Täter – oder die Liebe der Strafrechtler zum Glasperlenspiel*”, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, s. 203–223

⁹ **ROXIN**, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9. Aufl., Berlin 2015, s. 242 vd; **aynı yazar** GA 1963, s. 193 vd.

¹⁰ **ROXIN**, GA 1963, s. 193 vd.; **aynı yazar** *Täterschaft und Tatherrschaft*, s. 242 vd.

öğretide ağırlıklı olarak benimsenmiş¹¹, mahkeme içtihatlarında kabullenilmiş¹², uluslararası hukukta paylaşılan bir görüş halini almıştır.¹³ *Roxin*'in teorisi, ülkemizde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile birlikte 220. maddesinin 5. fıkrasında yasal bir görünüme kavuşmuştur.

Roxin, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı failliğin ancak belirli şartlar dahilinde kabul edilebileceğini ifade etmektedir.¹⁴ Bu nedenle, yazarın ortaya koyduğu şartların bilinmesi ve her somut olay bakımından ayrıca incelenmesi gerekir.

B. Failler

1. Fail arkasındaki fail

Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının dikkate alınacağı olayın iki önemli aktöründen ilki, *fail arkasındaki fail*dir. Bu kişi, *masa başı fail* olarak da adlandırılan lider kişidir. Lider, bulunduğu konum ve gücü kullanmak suretiyle eylemi planlar ve fiile icracılar üzerindeki iradi hakimiyetiyle yön verir.¹⁵

Planlanan olayda lider (*Anführer*) ve liderin emirlerini yerine getirecek kişiler (*Vordermänner*) yer almaktadır.¹⁶ Burada dikkat çeken husus, failer arasında bir eşitliğin değil, emir-komuta zincirinin varlığı¹⁷ ve eylemi gerçekleştiren kişilerin cezai yönden sorumlu olmalarıdır.¹⁸

2. İcracı Fail

Masa başı failin emir ve komutlarıyla hareket eden, amacın gerçekleşmesi uğruna bizzat faaliyet gösteren kişi icracı faildir. Organize hakimiyet mekanizmasının kullanıldığı hallerde bu kişi belli özellikler gösterir. Öncelikle fail, lider kişinin emir ve amacı doğrultusunda kullanılan bir araçtan ibarettir.

¹¹ **AMBOS**, § 7 Rn. 25 vd.; **aynı yazar** GA 1998, s. 233 vd.; **BOTTKE**, s. 71 vd.; **CONDE**, s. 618; **FISCHER**, StGB, § 25 Rn. 11 vd.; **FREUND**, § 10 Rn. 90 vd.; **GRECO**, s. 9 vd.; **HERZBERG**, JuS 1974, s. 375; **HOFFMANN-HOLLAND**, Rn. 503; **HÜNERFELD**, ZStW 1987, s. 242 vd.; **ISFEN**, s. 55 vd.; **JÄGER**, § 6 Rn. 249; **KASISKE**, Rn. 190; **KÜHL**, § 20 Rn. 73 vd.; **KÜPER**, s. 941 vd.; **LACKNER/KÜHL/HEGER**, § 25 Rn. 2; **MAURACH/GÖSSEL/ZIPF**, s. 211; **STRATENWERTH/KUHLEN**, § 12 Rn. 59 vd.; **WESSELS/BEULKE /SATZGER**, § 16 Rn. 782; vgl. **HEINRICH**, Rn. 1255; **RADTKE**, s. 350 vd.; **SEELMANN**, s. 139; **URBAN**, s. 55 vd. (s. 263); **VEST**, s. 492 vd.; **ZIESCHANG**, Rn. 690 vd.

¹² BGHSt 40, 218; ayrıca bkz. 42, 65; 45, 270; 47, 100; 48, 77.

¹³ Bkz. I, Dipnot Nr. 3.

¹⁴ **ROXIN**, GA 1963, s. 200; Täterschaft und Tatherrschaft, s. 245; ayrıca bkz. **AMBOS**, § 7 Rn. 26; **MAURACH/GÖSSEL/ZIPF**, s. 210 vd.

¹⁵ **ROXIN**, ZIS 7/2006, s. 296; **TULAY**, s. 119 vd.

¹⁶ **ROXIN**, Claus, "Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität", Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden 1999, s. 556.

¹⁷ **ROXIN**, FS-Grünwald, s. 556; **aynı yazar** GA 2012, s. 413; **TULAY**, s. 120.

¹⁸ **ROXIN**, GA 2012, s. 413; **TULAY**, s. 120.

Bu yönüyle icracı failler, adeta makinenin dişlileri gibi tasvir edilmişlerdir. Yani her fail, yerine bir başkasının ikame edilebileceği pozisyondadır.¹⁹

İcracı fail bakımından diğer kayda değer nokta, failin cezai sorumluluğunun tam olmasıdır. Gerçekten, emri yerine getiren failin kusur yeteneğinde hata, hile veya cebir yoluyla sınırlama söz konusu değildir.²⁰ Bu husus, aşağıda ayrıntılı inceleneceği üzere, teoriyi diğer iştirak türlerinden farklılaştırır.

C. Teorinin iştirakin diğer görünüm şekillerinden farkı

1. Dolaylı Faillik altında ayrıca incelenmesi

Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı failliği diğer iştirak türlerinden ayıran ve bu noktada *Roxin*'i yeni bir arayışa sevk eden temel neden, icracı failin özelliğidir. Öncelikle bu kişinin cezai bakımdan tam sorumlu olması dikkat çekicidir. Cebir, tehdit, hata veya hile ile elde edilmiş dolaylı faillikte icracı kişinin cezai sorumluluğu sınırlıdır. Oysa burada failin cezai sorumluluğu tamdır. O halde dolaylı failliğin diğer görünüm şekilleri ile lider kişinin cezai sorumluluğu açıklamak, ancak münferit olaylarda mümkün olabilir.

2. Azmettirmeden farkı

Ön planda yer alan failin diğer bir özelliği, ikame edilebilir şekilde ve araç olarak kullanılmasıdır. “*makinenin dişlileri*” benzetmesi, “*o olmazsa bir başkası*” düşüncesinin hakim olduğu örnekler için kullanılmıştır. Öyle ki failin kimliği, emri veren açısından bir önem taşımaz. Çünkü lider kişi, icracı kimsenin kimliğinden bağımsız olarak amacına ulaşacağından emindir. Bu özellik, azmettirme kurumunun bu tür olaylarda masa başı failin cezai sorumluluğunu açıklamakta yetersiz kalması demektir. Azmettiren kişi için azmettirdiği failin kimliği önemlidir ve nihayetinde olayın gerçekleşip gerçekleşmemesi azmettirenin değil, (doğrudan) failin elindedir.²¹

3. Müşterek failden farkı

Masa başı fail için kullanılan diğer bir benzetme “*ellerinin temiz kalması*”dır. Fail arkasındaki fail, planlayıp emri veren kişidir; ancak olay yerinde bizzat yer almaz. Oysa müşterek failliğin en önemli esası, birlikte hareket hakimiyeti üzerine gelişmesidir. Fakat organize hakimiyetin kullanıldığı durumlarda öne çıkan hareket değil, irade hakimiyetidir.²² Bu nedenle, lider kişi somut olay mahallinde bilfiil yer almış veya diğer faillerle birlikte eş zamanlı hareket imkanı tanıyacak şekilde iletişim ağı kurulmuşsa artık müşterek faillik ilişkisin

¹⁹ ROXIN, FS-Grünwald, s. 556; aynı yazar GA 2012, s. 413.

²⁰ ROXIN, FS-Krey, s. 457; TULAY, s. 121.

²¹ AMBOS, GA 1998, s. 233; HEINRICH, Rn. 1257; ROXIN, JZ 1995, s. 49 vd.

²² ROXIN, FS-Krey, s. 454. Ayrıca bkz. ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 16. Baskı, s. 400 vd.

varlığı kabul edilecektir.²³

Diğer bir fark; müşterek faillikte failer arasında eşit çizgide bir ilişki bulunurken, organize hakimiyet mekanizmalarında lider ve uygulayıcılar arasında dikey ilişki görünmesidir.²⁴

D. Teorinin Kabulü İçin Aranan Şartlar

1. İrade Hakimiyeti

Dolaylı failliği belirleyen esas, doğrudan failin iradesi üzerinde hakimiyet tesis edebilmektir (*Willensherrschaft*).²⁵ Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kurumu da, masa başı failin, eylemi icra eden failerin iradelerini yönlendirebilen bir güce sahip olmasını ifade eder.²⁶ Belirtmek gerekir ki; bu hakimiyet, dolaylı failliğin tipik görünümüleri olan “cebir” veya “tehdit” yöntemlerinin sonucu değildir.²⁷ Elbette münferit olaylarda icracı failer üzerinde bu yöntemlerin kullanılması söz konusu olabilir. Ancak bu örneklerde dahi ağır basan hakimiyet *organize hakimiyet mekanizmalarına* dayanan irade hakimiyetidir.²⁸

2. İkame Edilebilirlik

Roxin'in teorisinin en önemli şartlarından biri, olayın icrasında doğrudan rol oynayan failerin ikame edilebilir olmasıdır (*Fungibilität*).²⁹ Örgüt faaliyeti kapsamında amaçlanan eylemin ifasında doğrudan rol oynayan failer, adeta bir makinenin dişlileri gibidirler.³⁰ Bu bağlamda, icracı failin kimliği örgüt lideri için bir önem taşımaz. Çünkü X şahsının emri reddetmesi ihtimalinde dahi Y şahsının verilen direktifi yerine getirileceği öngörülmektedir.³¹

İkame edilebilirlik esasında ilk akla gelen, icracı failerin sayıca çok olması halidir. Somut olay bakımından, eylemin gerçekleşmesinde çok sayıda failin oynaması elbette failerin birbiri yerine geçebilmesini temin eder. Ancak niceliği tek başına bir kriter olarak yeterli görmek yanlış olur. Mesela

²³ ROXIN, JZ 1995, s. 50

²⁴ ROXIN, FS-Krey, s. 453; aynı yazar FS-Grünwald, s. 554; AT II, § 25 Rn. 122 vd.; ZIS 7/2006, s. 295; ZIS 11/2009, s. 566.

²⁵ ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, s. 126; aynı yazar GA 2012, s. 395; ÖZGENÇ, İzzet, *Suçta İştirakin Hukukî Esası ve Faillik*, İstanbul 1996, s. 103 vd.

²⁶ ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, s.242 vd.

²⁷ ROXIN, FS-Grünwald, s. 549.

²⁸ Bkz. AMBOS, § 7 Rn. 26; ROXIN, JZ 1995, s. 50.

²⁹ ROXIN, GA 1963, s. 200; aynı yazar Täterschaft und Tatherrschaft, s.242 vd.; JZ 1995, s. 50. Ayrıca bkz. JÄGER, § 6 Rn. 249; WESSELS/BEULKE/SATZGER, § 16 Rn. 782.

³⁰ ROXIN, GA 1963, s. 201; AT II, § 25 Rn. 107. Ayrıca bkz. AMBOS, § 7 Rn. 26; HERZBERG, Jura 1990, s. 23 vd.; HOFFMANN-HOLLAND, AT, Rn. 498 vd.; SCHMIDT, Rolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 17. Aufl., Gresberg bei Bremen 2017, Rn. 977; STRATENWERTH/KUHLEN, § 12 Rn. 67; WESSELS/BEULKE/SATZGER, § 16 Rn. 782.

³¹ Bkz. AMBOS, § 7 Rn. 26; ROXIN, FS-Krey, s. 457.

planlanan ve yüzlerce kişinin aktif rol oynayabileceği bir eylemde bomba düzeneği gerekiyor ve bunu gerçekleştirebilecek kişi sayısı bir-iki kişi olarak ifade ediliyorsa, burada ikame edilebilirlikten bahsetmek mümkün değildir. O halde; somut olayın özellikleri, icracı faillerin nicelik ve niteliği birlikte değerlendirilerek “ikame edilebilirlik” kriterinin sağlanıp sağlanmadığı tespit edilmelidir.³² Neticede faillerin hedeflenen eylemi gerçekleştirmeye önemli/yüksek seviyede hazır halde bulunmaları gerekir.³³

Sonuç olarak; organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının dayandığı bu iki esas – irade hakimiyeti ve ikame edilebilirlik –, örgüt liderini vermiş olduğu emrin gerçekleşeceğinden emin bir pozisyona taşır.³⁴

3. Teorinin Uygulanma Alanı

Roxin, teorisinin ancak hukuk alanından sıyrılmış oluşumlar hakkında uygulanabileceğini ifade eder (*Rechtsgelöstheit*).³⁵ Bu bağlamda; devlet mekanizmasının illegal şekilde kullanılmasında – Hitler veya Doğu Almanya rejimlerinde olduğu gibi – veya görünüm şekli ne olursa olsun suç örgütü teşkil eden yapılarda organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillikten

³² **ROXIN**, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s. 251; benzer yönde **ISFEN**, HPD 7/2006, s. 59. Alman doktrininde özellikle *Hezberg* ve *Rotsch*, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının, failin eylemin neticesinden dolayı kendini emin hissetmesinin neredeyse her olay açısından genel bir kriter gibi sunulmasının hukuken yanlış neticelere sebebiyet vereceği kanaatindedir, **HERZBERG**, *Rolf Dietrich: “Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparats”*, ZIS 11/2009, s. 577; **ROTSCH**, *Thomas: “Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft”*, ZStW 112/2000, s. 530 vd. Doktrinde getirilen bu eleştiriler karşısında *Roxin* teorisini “Neticeye hakim olma- *Erfolgsherrschaft*” kriteri ile güçlendirmiştir, **ROXIN**, ZIS 7/2006, s. 299. Oysa ikame edilebilirlik kriteri, her somut olay bakımından hakim değerlendirmeye yapmasını ve failin neticeden emin pozisyonda olup olmadığının değerlendirilmesini şart koşar, bkz. **TULAY**, s. 127.

³³ *Roxin*’in vurguladığı ikame edilebilirlik kriteri Alman Yüksek Mahkemesi tarafından verilen kararlarda paylaşılmıştır, bkz. BGHSt 40, 218; 48, 331. Ne var ki Yüksek Mahkeme’nin benimsemiş olduğu ikame edilebilirlik şartının esasında organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının örgüt yapısı teşkil etmeyen oluşumlar hakkında da uygulanmasının kapısını açtığı bizzat *Roxin* tarafından dile getirilmiş ve eleştirilmiştir, **ROXIN**, JZ 1995, s. 50; ayrıca bkz. **MURMANN**, Uwe, *Grundkurs Strafrecht*, 3. Aufl., München 2015, s. 328. Alman doktrinde *Zieschang* ise, Federal Mahkeme’nin ikame edilebilirlik kriterisini somut olayda çok sığ yorumladığı ve bu yüzden dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki sınırın kalktığı görüşündedir, **ZIESCHANG**, Frank, “*Gibt es den Täter hinter dem Täter?*”, *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag*, Berlin 2007, s. 509.

³⁴ **ROXIN**, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s. 251; ZIS 7/2006, s. 299. Benzer yönde **ISFEN**, HPD 7/2006, s. 59.

³⁵ **ROXIN**, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s. 249; FS-Krey, s. 459; ZIS 7/2006, s. 297 vd.; GA 2012, s. 410.

bahsedilebilir.³⁶ Alman Hukuku öğretisinde bu görüş bir kesim tarafından kabul edilirken³⁷, bir kesim tarafından eleştirilmiştir.³⁸ Alman Federal Yüksek Mahkemesi de, organize hakimiyet mekanizmasına dayalı dolaylı faillğin, şayet teorisinin varlığı için zorunlu şartlar tamamlanmışsa ticari şirketlerde de uygulanabileceğini kabul etmiştir.³⁹

Yukarıdaki açıklamalarımızda değinildiği üzere; organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının esası, fail üzerindeki iradi hakimiyet ve doğrudan failerin ikame edilebilirliğiyle birlikte ortaya çıkan “*sonuçtan emin olma*”ya dayanır. Bu durum devlet mekanizmasının illegal şekilde kullanılması veya suç işleme amacıyla kurulmuş örgütlerdeki genel işleyişle ortaya çıkabilir. Fakat organize hakimiyet mekanizmasını bu oluşumlarla sınırlamamak gerekir. Çünkü özellikle günümüzdeki imkanlarla birlikte son derece disiplinli çalışan ticari şirketlerde, planlanan işin yapılmasında tereddüt yaşanmamaktadır. Elbette ticari şirketlerin kuruluş amacı suç işlemek değildir. Ama amacın değişmesi veya daha fazla kar elde gayesiyle şirket lehine suç işlenebilir. Son zamanlarda Avrupa gündemini meşgul eden “Volkswagen Skandalı” bu konuya örnektir.⁴⁰ Üretilen araçların değerlerinin farklı gösterilerek şirket lehine kar elde edilme çabası, şirket adına suç işlenerek menfaat elde edilmeye çalışıldığının göstergesidir. Burada şirketi yöneten grubun planları doğrultusunda hareket eden failer (mühendis, teknisyen vs.), suç teşkil eden eylemlerinde doğrudan fail olarak sorumludurlar. Fakat bu kişilerin iradesini yönlendirebilir konumda olan, elindeki imkanlarla failerin ikame edilebilirliği konusunda tereddüt yaşamayan ve neticesinde meydana gelecek sonuçtan emin konumda olan yönetici grubunu dolaylı fail olarak sorumlu tutmak gerekir. Ticari şirketlerin esasen hukuk kurallarına uygun olarak kurulmuş

³⁶ ROXIN, FS-Krey, s. 459.

³⁷ HOFFMANN-HOLLAND, Rn. 506; ISFEN, HPD 7/2006, s. 55; URBAN, s. 183.

³⁸ Alman doktrininde *Ambos*'a göre; lider kişinin sahip olduğu organize hakimiyet, hukuk alanından tamamen sıyrılmış veya belli yönleriyle hukuk dairesinden çıkmış yapılar arasında farklılık göstermez. Bu yönüyle, söz konusu şart önemli olmakla birlikte kaçınılmaz olarak değerlendirilemez, AMBOS, GA 1998, 243 vd. Benzer yönde bkz. Ayrıca bkz. MARLIE, Marcus, *Unrecht und Beteiligung; Zur Kritik des Tatherrschaftsbegriffs*, Baden-Baden 2009, s. 147; LANGNEFF, Katja, *Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug*, Aachen 2000 *Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern*, Aachen 2000, s. 157; TULAY, s. 126. Doktrinde *Rotsch*, *Roxin*'in teorisinin merkez noktasında yer alan ikame edilebilirlik kistasının söz konusu şart ile birbirine bağımlı şekilde ele alınamayacağı görüşündedir, ROTSCHE, ZStW 2000, s. 533. *Herberg* ise, hukuka aykırı emrin yerine getirildiği her durumda hukuk dairesinin dışına çıkıldığını ve bu halin ayrı bir koşul olarak belirlenmesinin tutarsız olduğunu ifade eder, HERZBERG, ZIS 11/2009, s. 577.

³⁹ BGHSt 40, 218; 43, 219; 48, 331; BGH NStZ 2008, 89 vd.

⁴⁰ ISFEN, Osman, “*Mehr Schein als Sein – die VW-Abgasaffäre aus strafrechtlicher Sicht*”, JA 1/2016, s. 5

olması veya yönetici-çalışan arasında bir suç örgütünde olduğu gibi emir-komuta zincirinin olmaması, teorinin reddi için yeterli sebepler değildir. Çünkü hukuk kurallarının dışına çıkmış ve işlenen eylemde teorinin şartları sağlanmıştır.

Sonuç olarak; eylemin gerçekleşmesinde doğrudan rol oynamamasına rağmen, icracı kişiler üzerinde irade hakimiyeti tesis eden, etkin rol oynayan kişilerin ikame edilebilirliği nedeniyle hedefinin gerçekleşeceğinden emin olan faili organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramına göre sorumlu tutmak gerekir.

III. KANUNİ DÜZENLEME (TCK m. 220/5)

A. Cezai Sorumluluğun Esası

Suç örgütü liderinin örgüt faaliyetlerinden dolayı cezai sorumluluğunu düzenleyen TCK m. 220/5 şu şekildedir: “*Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı fail olarak cezalandırılır*”.

İlgili düzenlemeyle birlikte Kanunkoyucu, *Roxin*'in ortaya attığı organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramını yasalaştırmıştır.⁴¹ Çünkü liderin “fail” olarak sorumlu olacağı belirtilerek, şerikliğe ait ihtimaller (Azmettirme ve Yardım etme) devre dışı bırakılmıştır. Örgüt liderinin bizzat ve aktif şekilde eylemin gerçekleşmesinde rol oynadığı hallerde zaten fail olarak sorumlu tutulacağı açıktır. Ancak diğer hallerde, TCK m. 220/5 gereğince dolaylı faillik kapsamında değerlendirme yapılacaktır. Burada dolaylı failliğin öteki görünüm şekillerine göre bir sorumluluk getirilmiş olsaydı; cebir, tehdit veya hata ile oluşturulacak irade hakimiyetine ilgili metinde ayrıca yer verilmesi gerekirdi. Nitekim Gerekeç’de “... *Örgüt yapısı içinde, kendisine suç işlemek gibi örgütün amacına uygun bir görev verilen kişi bu görevini yerine getirmese, hemen yerine bir diğeri rahatlıkla ikame edilebilmektedir. Bu nedenle, örgütün yöneticisi konumunda olan kişiler, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak sorumlu tutulmalıdırlar*” ifadesiyle, *Roxin*'in teorisinin benimsendiği açıkça belirtilmiştir.

B. TCK m. 220/5'in içerik yönüyle incelenmesi

Kanunkoyucu, örgüt liderinin örgüt faaliyetleri kapsamında işlenen suçlardan cezai sorumluluğunu TCK m. 220/5'te tanımlamıştır. Burada kanuni bir tanımlamaya gidilmesi; Ceza Hukukunun en temel ilkesi olan Kanunilik ilkesi bakımından son derece isabetlidir. Karşılaştırmalı Hukuk bakımından, teorinin kaynağı olan Alman Hukukundan daha ileri bir adım atıldığını da ifade etmek gerekir. Çünkü Alman Ceza Kanunu (StGB), ne suç örgütünü düzenleyen § 129 StGB'de, ne de iştirak kurumuna ilişkin genel hüküm olan § 25 StGB

⁴¹ TULAY, s. 145.

vd. maddelerinde organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramına yer vermiştir.

TCK m. 220/5 düzenlemesi, kanunilik ilkesi bakımından ileri ve kuramı kabul eden diğer ülkeler nezdinde örnek bir adım olmakla birlikte, yasa metninde dikkat çeken husus, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının hiçbir şart belirtilmeksizin kabul edilmiş olmasıdır. Oysa *Roxin* tarafından ortaya atılan, Alman doktrini ve içtihatlarıyla kabul edilmiş ve uluslararası hukuku etkileyecek seviyeye ulaşmış bu teorinin, somut olay bakımından ancak belli şartlar dahilinde kabul edilebileceği bizzat *Roxin* tarafından dile getirilmiştir.⁴² Böyle olmasına rağmen Kanunkoyucu, madde metninde hiçbir koşul zikretmemiştir.⁴³

Madde gerekçesinde yer alan “... *Örgüt yapısı içinde, kendisine suç işlemek gibi örgütün amacına uygun bir görev verilen kişi bu görevini yerine getirmese, hemen yerine bir diğeri rahatlıkla ikame edilebilmektedir*” ibaresi, uygulayıcı bakımından bağlayıcı değil, ancak yol göstericidir. Diğer yandan, Gerekçede yer alan ibare, “*Örgüt varsa ikame edilebilirlik de vardır*” varsayımına dayanmaktadır. Oysa bu kıstas her somut olayda, verilen emre ve emri uygulayacak kişilerin nicelik/niteliğine göre başlı başına değerlendirilmesi gereken bir husustur. Nihayet ikame edilebilirlik kriteri tek başına yeterli değildir. İcracı faillerin emri yerine getirmeye yüksek seviyede hazır bulunmaları, bunun varlığıyla beraber örgüt liderinin failler üzerinde irade hakimiyeti tesis etmesi ve emrin yerine getirileceği noktasında emin bir pozisyonu haiz olması gerekir. Oysa TCK m. 220/5, sayılan hususların hiçbirisine yer vermemiş ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen eylemlerde örgüt liderini somut olayın özelliklerinden bağımsız şekilde fail olarak kabul etmiştir.⁴⁴

C. Kanuni düzenlemenin ortaya çıkardığı sorunlar

1. Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının iştirakin diğer görünüm şekillerinin önüne geçmesi

Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının varlığı, masa başı failin icracı failler üzerinde bir irade hakimiyeti tesis etmesine bağlıdır. İrade hakimiyeti; faillerin ikame edilebilirliği, emri yerine getirme konusunda yüksek seviyede hazır olmaları ve böylelikle emri veren kişinin neticeye yönelik kendini emin hissetmesinin sonucunda oluşur.⁴⁵

⁴² Bkz. II D vd.

⁴³ Ayrıca bkz. **ÖZGENÇ**, İzzet, *Suç Örgütleri*, 9. Bası, Ankara 2017, s. 26 vd.; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 395; **ÜZÜLMEZ**, EÜHFD 2006, s. 90

⁴⁴ Doktrinde *İsfen*, Kanunkoyucunun TCK m. 220/5'teki düzenlemeyle adeta tek fail prensibini benimsemiş görüldüğü düşüncesindedir, **İSFEN**, HPD 7/2006, s. 61.

⁴⁵ Bkz. II D vd.

Kanunkoyucunun TCK m. 220/5'te anılan kıstasların hiçbirine yer vermemesi, teorinin diğer iştirak şekillerinin önüne geçmesine yol açmıştır.⁴⁶ Esasen somut olay bakımından; masa başı failin kendi emin konumda hissedecek bir pozisyonu ve buna dayalı irade hakimiyeti söz konusu değilse, cezai sorumluluğun "Azmettirme" çerçevesinde çözümlenmesi gerekecektir. Eylemin icrası sırasında lider kişi failer ile birlikte iş bölümü çerçevesinde hareket etmişse artık irade hakimiyetten ziyade hareket üzerinde fonksiyonel hakimiyet değerlendirilecek ve fail için "Müşterek Faillik" esasına göre sorumluluk doğacaktır. Yine münferit olaylarda örgüt lideri vasfını taşıyan kişinin olaya katkısının sadece araç-gereç tayini gibi daha sınırlı alanlarda gerçekleşmesi halinde "Yardım Etme" gündeme gelecektir. Diğer yandan; sadece örgüt yapısından yola çıkarak, örgüt faaliyetlerinde lider kişinin irade hakimiyetini örgüt mekanizmasına bağlı kılmak her zaman geçerli olacak bir varsayım değildir. Somut olayda icracı failer ikame edilebilir olmayabilir. Ancak örgüt lideri cebir, tehdit veya yanıltma yöntemiyle failerin iradesi üzerinde hakimiyet kurmuş olabilir. Bu halde örgüt lideri, işlenecek suç bakımından yine dolaylı fail olarak sorumludur; ama bu sorumluluğun esası organize hakimiyet mekanizmalarından doğmaz.

Görüldüğü üzere örgüt liderinin cezai sorumluluğunun esası, somut olayın özelliklerine göre farklılık göstermektedir. Neticede kararın hakime bırakılması gerekirken Kanunkoyucunun adeta diğer tüm ihtimalleri kapatıp yalnızca organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramını esas alması hukuken isabetli olmamıştır.⁴⁷

2. Objektif Sorumluluk tehlikesi

TCK m. 220/5'te yer alan "*Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı fail olarak cezalandırılır*" ifadesi, yukarıda yer verdiğimiz organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının uygulama alanını genişletmesinin yanısıra başka bir sorun daha barındırır.

Kanunkoyucu, örgüt liderinin fail olarak sorumluluğunun örgüt faaliyet kapsamında işlenen bütün suçlarda söz konusu olacağını belirtmiştir. Burada kullanılan "bütün suçlar" ibaresi, hukuken problemlidir. Çünkü örgüt liderinin olaydaki irade veya hareket hakimiyetini sorgulamadan fail olarak cezalandırılacağını öngörmek, objektif sorumluluğun kabulüdür.⁴⁸ Suç örgütü;

⁴⁶ Bkz. ERDEM, CHKD 2/2014, s. 30; ISFEN, HPD 7/2006, s. 59 vd.; ÖZGENÇ, *Suç Örgütleri*, s. 26.

⁴⁷ ERDEM, CHKD 2/2014, s. 30; ISFEN, HPD 7/2006, s. 59 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 467. TBMM Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında ilgili fıkra metnine ilişkin "...duruma göre fail veya şerik olarak cezalandırılır" şeklinde öneri ve takip edilen süreç hakkında bkz. ÖZGENÇ, *Suç Örgütleri*, s. 27.

⁴⁸ ÜZÜLMEZ, EÜHFD 2006, s. 90; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 467. Karşı görüş için bkz. ÖZGENÇ, *Suç*

suç işlemeyi amaçlayan, hiyerarşik ilişkiyi esas alan, güçlü ve disiplinli bir yapıdır. Ancak bu özellik, örgüt üyelerinin işlediği her suçta örgüt liderinin emirlerini yerine getirdiği anlamına gelmez. Örgüt üyeleri, örgüt faaliyeti kapsamında görünmekle birlikte, örgütün plan veya amacı dışında, özünde kendi nam ve faydalarına eylemler gerçekleştirebilirler. Böylelikle örgüt liderinin emri ve hatta bilgisi dışında vakalarla da karşılaşılabilir. Bu olasılıkta örgüt liderini gerçekleştiren somut olayda “fail” olarak sorumlu tutmak, objektif sorumluluğun kabulü anlamına gelir, hukuken büyük bir sorun teşkil eder. Özenle belirtelim ki; çekincemiz, failin cezasız kalması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Çünkü örgüt lideri, elbette “yönetici” vasfı gereğince TCK m. 220/1’ye göre sorumludur. Ancak bu suç, anılan olasılıkta “örgüt lideri” olunmasından kaynaklanır ve bununla sınırlı kalması gerekir.

IV. KANUNKOYUCUYA ÖNERİLER

TCK m. 220/5 ile ilgili dile getirilen çekincelerin hukuki olarak ortadan kaldırılması için kanun metninde yapılması gereken değişiklikler düşünülmelidir.

TCK m. 220/5’in doğurduğu hukuki problemler, ilgili fıkranın yürürlükten kaldırılması ve bu alanın uygulamaya bırakılmasıyla giderilebilir mi?⁴⁹ Nitekim Alman Ceza Kanunu’nda organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramı kabul görmüş olmasına rağmen kanunen açık şekilde düzenlenmiş değildir. Failliği düzenleyen 25. madde (§ 25/1 StGB) bir failin bizzat veya başkası aracılığıyla işlenmesi şeklinde doğrudan ve dolaylı failliği tanımlarken, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramı da bu ibare altında konumlandırılmıştır. Oysa doktrin ve uygulamada üzerinde tam konsensüs oluşan durum, dolaylı failliğin cebir, tehdit veya hile ile elde edilmiş olmasıdır. Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramı ise, her ne kadar büyük oranda kabul görmüşse de, Ceza Hukukunda Kanunilik ve onun gerektirdiği Belirlilik ilkeleri gereğince cezai sorumluluğun esası şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya konulmalıdır. Bu sebeple Alman Ceza Hukukundaki mevcut durum açık şekilde Kanunilik ilkesi ile çelişmektedir.⁵⁰ Bu yönüyle; Türk Ceza Hukukunda *Roxin*’in teorisinin kanuni dayanağının bulunması son derece isabetli ve ileri bir adımdır. İlgili fıkranın yürürlükten kaldırılması, anılan sıkıntıların çözümü olmayacağı gibi, atılan olumlu adımlardan geri dönmek anlamına gelecektir.

Türk Hukuk doktrininde TCK m. 220/5 ile ilgili çekinceler dile getirilmekle birlikte hukuken tatmin edici nitelikte somut bir öneriye rastlanılmamaktadır.⁵¹

Örgütleri, s. 27.

⁴⁹ İlgili fıkranın yürürlükten kaldırılması yönünde bkz. **ERDEM**, CHKD 2/2014, s. 30; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 404.

⁵⁰ **TULAY**, s. 143 vd.

⁵¹ *İsfen*, örgüt liderinin “yönetici”lik vasfının, diğer seçimlik hareketlere göre daha ağır şekilde

Oysa *Roxin*'in Alman ve Türk Hukuk doktrinindeki görüşler ve Alman Hukuku içtihatları başta olmak üzere mahkeme kararlarıyla benimsenen teorisinin olmazsa olmaz şartlarını açık şekilde içerecek bir düzenlemenin yapılması zaruri görünmektedir.

Yapılması gereken değişikliğin içeriği kadar kanundaki yeri de önem taşımaktadır. Değişikliğin TCK m. 220/5 içinde yapılması, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının suç örgütleriyle sınırlı kalması sonucunu doğuracaktır. Oysa bu teori, günümüzde sadece suç örgütlerinde değil, suç örgütü olarak nitelendirilemeyecek yapıların kamu gücü kullanarak işledikleri fiillerde ve hatta ticari şirketler bünyesinde işlenen suçlarda dahi kabul edilmiştir. Mühim olan, suç işleyen yapının niteliğinden ziyade teoriye münhasır şartların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Böylelikle *Roxin*'in teorisi üzerinde yapılacak kanuni değişiklikte birlikte, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının suç örgütü dışındaki yapılarda da uygulanmasının mümkün kılınması isabetli olacaktır. Bu nedenle dolaylı failliğin diğer bir görünüm şekli olan organize hakimiyet kuramı, failliği düzenleyen temel madde olan TCK m. 37'de açık ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde düzenlenmelidir. Yapılacak değişikliğin TCK m. 37 hükmü içinde ele alınması halinde, TCK m. 220/5'in yürürlükten kaldırılması gerekir. Çünkü hakim somut olayda failliğin tespitini TCK m. 37'ye göre yapacaktır.

TCK m. 37, faillik kurumunu düzenleyen madde olup, ilk fıkrasında doğrudan ve müşterek fail, ikinci fıkrada ise dolaylı faillik düzenlenmiştir. İkinci fıkradaki dolaylı faillik, doktrinde de benimsendiği üzere cebir, tehdit veya hileye dayanan irade hakimiyetini yansıtır. Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı failliğin ise ayrıca ve açık şekilde düzenlenmesi gerekir. Bu bağlamda Kanunkoyucu'ya önerimiz, TCK m. 37'ye yeni bir fıkranın eklenmesidir. İçerik olarak şöyle bir metin düşünülmeli isabetli olacaktır: *"Kendi yokluğunda; ikame edilebilir şekilde eylemi gerçekleştirmeye hazır bulunan ve sınırlı olmayan şekilde cezai sorumluluk taşıyan başka kişileri, irade hakimiyeti tesis ederek ve verilecek emrin yerine getirileceğinden emin şekilde kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur"*.

Önerilen tanımın yasalaşması halinde, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramı ancak belli şartların oluşması halinde gündeme gelecek ve böylelikle somut olayın özelliklerine göre iştirakin diğer görünüm

cezalandırılmasa gerektiği görüşündedir. Nitekim Alman Hukukunda suç örgütü suçunun düzenlendiği temel madde olan 129. madde (§ 129/5 StGB) örgüt yöneticisi için daha ağır ceza öngörmektedir. **ISFEN**, HPD 7/2006, s. 60. Örgüt liderinin, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardaki etkisi, irade hakimiyet ve gücü dikkate alındığında yazarın bu görüşüne katılmamak mümkün değildir. Ancak bu yönde bir değişiklik, sadece "suç örgütü"nden dolayı verilecek cezaları etkileyecek, somut olay bakımından hukuken tespit edilen sorunlar devam edecektir.

şekilleri de uygulanabilecektir. Diğer yandan, eylemin icrasında kullanılan araç kişinin cezai sorumluluk sahibi kişi olduğu vurgulanarak, münhasır cebir, tehdit, hile veya hataya dayanan dolaylı faillik ile farklılık belirginleşecektir. Kuramın özel hükümde değil, Genel Hükümlerde düzenlenmesi ile birlikte, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik esasının yalnızca suç örgütü teşkil eden yapılarda uygulanması ortadan kalkacak ve şartların tekemmül ettiği başka oluşumlarda da masa başı faili “dolaylı fail” olarak sorumlu tutmak mümkün hale gelecektir.

V. SONUÇ

Örgüt liderinin, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlarda fail olarak sorumlu tutulacağı hususu, TCK m. 220/5’te düzenlenmiştir. Bu fıkra hükmü, esasen doktrinde ilk kez Alman Ceza Hukukçusu *Roxin* tarafından savunulan organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramına dayanır.

Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramı temel olarak icracı faillerin ikame edilebilirliği ve lider kişinin bu kişiler üzerindeki irade hakimiyetiyle birlikte neticeden emin pozisyonda olması durumunda geçerlidir. Bu kuram, diğer iştirak şekillerinden ayrıldığı gibi, icracı faillerin cezai sorumluluklarının tam olmasıyla diğer dolaylı faillik türlerinden de ayrılır. *Roxin*’in teorisi Alman Ceza Hukuku’nda açık bir kanuni düzenleme olmamasına rağmen doktrinin büyük çoğunluğu ve istikrar kazanmış şekilde içtihatlarda destek görmüştür. Türk Kanunkoyucu bu kuramı TCK m. 220/5’te yasalaştırmıştır.

Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının hukukumuzda yasal dayanağının bulunması kanunilik ilkesi bakımından örnek ve ileri bir adımdır. Ne var ki mevcut düzenleme, teoriye ait şartların belirtilmemesi dolayısıyla sorunlu görünmektedir. Güncel düzenleme karşısında, somut olayda diğer iştirak türlerinin tartışılması mümkün değildir. Bu sebeple, konuyla ilgili TCK’da somut bir değişiklik yapılmalıdır. Önerimiz doğrultusunda “*Kendi yokluğunda; ikame edilebilir şekilde eylemi gerçekleştirmeye hazır bulunan ve sınırlı olmayan şekilde cezai sorumluluk taşıyan başka kişileri, irade hakimiyeti tesis ederek ve verilecek emrin yerine getirileceğinden emin şekilde kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur*” şeklinde bir düzenleme, teorinin uygulanırlılığına ilişkin çekinceleri giderecektir. Bu değişikliğe TCK Genel Hükümler kitabında, 37. maddede yer verilmesi ise, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı failliğin örgüt dışı yapılarda da tartışılmasını mümkün kılacaktır.

KAYNAKÇA

- Ambos, Kai*: Internationales Strafrecht, 4. Aufl., München 2014
- Ambos, Kai*: "Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate", GA 1998, S. 226–245
- Bottke, Wilfried*: Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, Heidelberg 1992
- Conde, Muñoz*: "Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen ‚nichtrechtsgelöster‘ Organisationen?", Festschrift für Claus Roxin zum 70.Geburtstag, Berlin 2001, S. 609–624
- Erdem, Mustafa Ruhan*: "Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m. 220/5", CHKD 2/2014, S. 11–30
- Fischer, Thomas*: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 64. Aufl., München 2017
- Freund, Georg*: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 2009
- Greco, Luis*: "Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip", ZIS 1/2011, S. 9–13
- Heinrich, Bernd*: Strafrecht – Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Stuttgart 2014
- Herzberg, Rolf Dietrich*: "Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparats", ZIS 11/2009, S. 576–580
- Herzberg, Rolf Dietrich*: "Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme", JuS 1974, S. 374–379
- Herzberg, Rolf Dietrich*: "Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft", Jura 1990, S. 16–26
- Hoffmann-Holland, Klaus*: Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Tübingen 2015
- Hünerfeld, Peter*: "Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland", ZStW 1987, S. 228–250
- Isfen, Osman*: "Yeni TCK'da Organize Hâkimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Faillik Kuramı (TCK Md. 220/5)", HPD 7/2006, S. 53–61
- Isfen, Osman*: "Mehr Schein als Sein – die VW-Abgasaffäre aus strafrechtlicher Sicht", JA 1/2016, S. 1–6
- Jäger, Christian*: Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Heidelberg 2015
- Kasiske, Peter*: Strafrecht I: Grundlagen und Allgemeiner Teil, München 2011
- Kühl, Kristian*: Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München 2017

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2018

Kreß, Claus: "Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht", GA 2006, S. 304–310

Krey, Volker/Esser, Robert: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Stuttgart 2016

Krey, Volker/Nuys, Marcel: "Der Täter hinter dem Täter – oder die Liebe der Strafrechtler zum Glasperlenspiel", Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, S. 203–223

Lackner, Karl/Kühl, Kristian/Heger, Martin: Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., München 2014

Langneff, Katja: Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug, Aachen 2000

Marlie, Marcus: Unrecht und Beteiligung; Zur Kritik des Tatherrschaftsbegriffs, Baden-Baden 2009

Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz: Strafrecht Allgemeiner Teil, B. II, 5. Aufl., Karlsruhe 1978

Murmann, Uwe: Grundkurs Strafrecht, 3. Aufl., München 2015

Özgenç, İzzet: Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996

Özgenç, İzzet: Suç Örgütleri, 9. Bası, Ankara 2017

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2016

Radtke, Henning: "Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft im nationalen und internationalen Strafrecht", GA 2006, S. 350–356

Rotsch, Thomas: "Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft", ZStW 112/2000, S. 518–562

Roxin, Claus: Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., Berlin 2015

Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, B. II, München 2003

Roxin, Claus: "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", GA 1963, S. 193-207

Roxin, Claus: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26.7.1994 – 5 StR 98/94 (BGHSt 40, 218), JZ 1995, S. 49–52

Roxin, Claus: “Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität“, Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden 1999, S. 549–561

Roxin, Claus: “Organisationssteuerung als Erscheinungsform mittelbarer Täterschaft“, Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag, Stuttgart 2010, S. 449–464

Roxin, Claus: “Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft“, GA 2012, S. 395–415

Roxin, Claus: “Bemerkung zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru“, ZIS 11/2009, S. 565–568

Roxin, Claus: “Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit“, ZIS 7/2006, S. 293–300

Schmidt, Rolf: Strafrecht Allgemeiner Teil, 17. Aufl., Gresberg bei Bremen 2017

Seelmann, Kurt: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Basel 2005

Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar: Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 2011

Tulay, M. Emre: Kriminelle Vereinigungen im deutschen Strafrecht im Vergleich zum türkischen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligungsdogmatik, Holzkirchen/Obb. 2018

Urban, Carolin: Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft Eine Studie zu Konzeption und Anwendbarkeit, insbesondere im Hinblick auf Wirtschaftsunternehmen, Göttingen 2004

Üzülmez, İlhan: “Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)“, EÜHFD 2006, B. I, Nr. II, S. 79–95

Wessels, Johannes/Beulke, Werner / Satzger, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, 46. Aufl., Heidelberg 2016

Zieschang, Frank: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Stuttgart 2014

Zieschang, Frank: “Gibt es den Täter hinter dem Täter?“, Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, Berlin 2007, S. 505–524

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAKKIN ŞERHİ

Annotation of the Construction Contract in Return for Land Share

Arş. Gör. Derya G. BÜTÜN YILMAZ¹

Geliş Tarihi: 30.04.2018 Kabul Tarihi: 04.02.2019

ÖZET

İsimsiz (atipik) sözleşmelerden biri olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, günümüzde çok sık karşılaşılan sözleşmelerdendir. Bu sözleşmenin tarafları yüklenici ve arsa sahibidir. Sözleşme gereğince yüklenicinin, arsa sahibinden sözleşmede kararlaştırılan arsa paylarının mülkiyetinin kendine geçirilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Yüklenicinin sahip olduğu bu hak, tapu kütüğüne şerh edilebilen kişisel haklar arasında yer alır. Gerçekten de, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile şerhlere ilişkin getirilen yenilikler çerçevesinde bu hakkın şerhi mümkün kılınmıştır. Çalışmada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici lehine doğan arsa payının mülkiyetinin kendisine geçirilmesine ilişkin olan hakkın tapu kütüğüne şerh edilmesi ele alınmaktadır. Konunun incelenmesi bakımından öncelikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin genel bilgilere yer verilecektir. Genel bilgiler içinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımına, unsurlarına, görünüm biçimlerine ve bu sözleşmeden doğan haklara değinilecektir. Sözleşmeye ilişkin genel bilgilerden sonra, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hangi hakkın şerh edilebileceği incelenecektir. Bu sözleşmeden doğan hakkın şerhi halinde şerh anlaşmasının aranıp aranmayacağı netleştirilecektir. Sözleşmeden yüklenici lehine doğan hakkın ne kadar süreyle tapu kütüğüne şerh edileceği ve hakkın şerh edilmesinin etkisi üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Kişisel Hakların Şerhi, Şerh Anlaşması, Şerh Süresi, Şerhin Etkisi.

ABSTRACT

One of the atypical contracts is the contract of construction of the land share, which is one of the most frequently encountered examples of contracts today. The parties to this contract are contractors and landowners. According to the contract, the contractor has the right to request the ownership of the land shares agreed upon by the landowner. This right that the contractor has is included in the personal rights that can be annotated the title deed. So much so that it is possible to annotation this right within the framework of the innovations brought about the Turkish Civil Code numbered 4721. In the article, the right to transfer the ownership of the land share to the contractor in the construction contract is annotated in the title deed. For the examination of the matter, first of all, general information about the construction agreement for land share will be given. Within the general information, the definition of the construction contract in return for land share, its elements, appearance forms and the rights arising from this contract will be referred to. After the general information on the contract, it will be examined which right arising from the construction contract in return for land share can be annotated. It will be clarified that the right of arising from this agreement will be searched for in the annotation agreement. It will focus on the extent to which the right to the contractor's right to be annotated on the title deed and the effect of the annotated of the right will be discussed.

Keywords: Construction Contract in Return for Land Share, Annotation of the Personal Rights, Contract of Annotation, Time of Annotation, Effects of Annotation.

¹ Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. e-posta: derya_4511@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-5748-7986

GİRİŞ

Hızla artan konut ihtiyacının hukuki alana yansımalarından biri olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, elinde arsası olmasına karşılık üzerine inşaat yapma imkânı olmayan arsa sahibinin, yükleniciye belli arsa payını vermesi karşılığında yüklenici tarafından inşaatın yapılmasını içeren sözleşmeyi ifade etmektedir².

Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 1009, tapu kütüğüne şerh edilebilecek sınırlı sayıda sayılan kişisel hakların içinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkı da düzenlemektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel (nisbi) hakkın tapu kütüğüne şerh edilmesi ile birlikte söz konusu hak, taşınmazı devralan üçüncü kişilere de yöneltilebilen kuvvetli bir nisbi hak haline gelecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hangi hakkın şerh edileceği ise önem arz etmekte olup, bu hakkı belirlemek üzere çalışmada öncelikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hakkında bilgilere yer verilmiştir. Ardından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilmesi incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken tapu kütüğüne yapılan şerhlerden, kişisel hakların şerhine değinilmiş ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinin yapılması, şerh süresi gibi daha spesifik konular ele alınmıştır.

I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

1. Tanımı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi³, kanunlarda belli maddelerde (TMK m.1009, Tapu Kanunu(TK) m.26/7) adı zikredilmesine rağmen; tanımı, unsurları veya uygulanacak hükümlere ilişkin düzenlemelerin bulunmadığı bir sözleşmedir. Bu durumda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi isimsiz bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır.

² Karahasan, Mustafa Reşit: İnşaat İmar İhale Hukuku, C. 1, Beta, İstanbul 1997, s. 623; Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta, 10. Bası, İstanbul 2014, s. 1064-1065.

³ Aynı sözleşmeye ilişkin farklı isimlendirmeler de kullanılmaktadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi ifadesi için bkz. Ertaş, Şeref: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel’e Armağan, İzmir 2001, s. 79 vd.; arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi ifadesi için bkz. Karahasan, s. 623 vd. ; Durak, Yasemin: “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi”, İnÜHFD, Özel Sayı, C. 1, 2015, s. 207 vd.; arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapımı sözleşmesi için bkz. Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Vedat Kitapçılık, 5. Basım, İstanbul 2010, s. 29 vd. ; Arsa payı karşılığı yapı sözleşmesi ifadesi için bkz. Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 113. Çalışmamızda TMK m. 1009’da yer alan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ifadesi kullanılacaktır.

Kanunlarda tanımı bulunmayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hakkında doktrinde farklı tanımlar verilmektedir. Kartal'a göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; *"Yüklenicinin, iş sahibinin arsası üzerinde ve arsada belli veya belirlenebilir payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümlerin bir bütünlük taşıy biçimde inşa edilmesini üstlendiği bir sözleşmedir"*⁴.

Erman bu sözleşmeyi; *"Arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında, müteahhide devretmeyi taahhüt etmesidir"*⁵ şeklinde tanımlamaktadır.

Yavuz, *"bir tarafın (yüklenici), diğer tarafın (arsa sahibinin) arsası üzerinde ve arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümler inşa etmek suretiyle bütünlük arz eden bina yapma borcu altına girmekte ve bunlar arasında bu hususları konu edinen bir anlaşma yapılmaktadır"*⁶ ifadelerini kullanarak, bu sözleşmeyi tanımlamaktadır.

Gümüş'ün tanımı ise *"Yüklenicinin arsa sahibine karşı arsa üzerinde "bağımsız bölümlerden oluşan bir ana yapı" ve/veya "bütünlük taşıyan bağımsız bölümler" inşaat etme borcu; arsa (iş) sahibinin ise karşılık olarak arsadaki mülkiyetinin belirli bir payını veya meydana getirilecek ana yapıdaki bağımsız bölümlerden bir kısmının mülkiyetini yükleniciye devir borcu altına girdiği sözleşmedir"*⁷ şeklindedir⁸.

Söz konusu sözleşmeye ilişkin verilen tanımlardan genel olarak şunlar çıkarılabilir; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları arsa sahibi ve yüklenici (müteahhit)dir. Arsa sahibi, arsanın üzerinde bağımsız bölümlere sahip bir binanın (yapının) inşa edilmesi için yüklenici ile anlaşmaktadır. Kararlaştırılan binanın yapılması karşılığında arsa sahibi yükleniciye, bağımsız bölümlere karşılık gelen arsa paylarını devretme borcu altına girmektedir. Yüklenici ise bağımsız bölümlere sahip bir binayarak, teslim etme borcunu üstlenmektedir.

⁴ Kartal, Bilal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi (Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi), Matsa Basımevi, Ankara 1993, s. 15.

⁵ Erman, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul 2010, s. 1.

⁶ Yavuz, s. 1066.

⁷ Gümüş-Borçlar, s. 113.

⁸ Bu sözleşmeye dair verilen başka tanımlar için bkz. Kırca, Çiğdem: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu-Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 2007, s. 81; Kaya, Özgür Katip: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Kazancı Hukuk Yayınları No:124, İstanbul 1993, s. 5.

2. Unsurları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi üç unsura sahiptir⁹. Bu unsurlar; arsa sahibinin arsa paylarını devir borcu altına girmesi, yüklenicinin bağımsız bölümlere sahip bina yapma ve teslim etme borcu altına girmesi ve arsa sahibi ile yüklenici arasında anlaşmanın bulunması olarak sıralanabilir. Unsurlara kısaca değinecek olursak; ilk olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi nedeniyle arsa sahibinin, sözleşmede belirlenen arsa paylarına karşılık gelen bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devretme borcu bulunmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi eser sözleşmesine ilişkin özellikler barındırmasına rağmen, eser sözleşmesinden farklıdır. Zira arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye, eser sözleşmesinde olduğu gibi bir ücret ödenmemekte; onun yerine inşa edilen binadan bazı bağımsız bölümler verilmektedir¹⁰.

Arsa sahibinin, belirlenen arsa paylarını devir borcu, yüklenicinin sözleşme gereğince yapmak ve teslim etmek borcu altına girdiği edimin karşılığını ve sebebini oluşturmaktadır¹¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ikinci unsuru ise yüklenicinin arsa üzerinde bağımsız bölümlere sahip bir bina inşa etmesi ve bunu arsa sahibine teslim etmesidir. Yüklenicinin bu edimi, eser sözleşmesinde yer alan eser yapma borcuna ilişkindir¹². Yüklenici sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümlerin kendisine geçirilmesini istemek için, bağımsız bölümleri ve ana taşınmazı tamamlamak zorundadır¹³.

Son unsur, arsa sahibi ile yüklenicinin, sözleşmenin esaslı noktalarında karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile anlaşmış olmalıdır (TBK m. 2 vd.)¹⁴. Yapılan anlaşmanın hukuki niteliğine ve şekline daha sonra değinilecektir¹⁵.

B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Sözleşme serbestisi içinde yer alan tip serbestisinin görünümü olarak, taraflarca kanunda düzenlenmeyen bir sözleşmenin yapılması veya kanunda düzenlenen sözleşmelerin birbirlerine bağlanarak yeni bir sözleşme meydana getirilmesi mümkündür. Sözleşme serbestisinin bir görünümü de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, unsurları

⁹ Yavuz, s. 1066-1069; Erman, s. 2-4; Kartal-Kat Karşılığı, s. 15-21; Kartal, Bilal: "Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi", Yargıtay Dergisi, C. 9, S. 1-2, Ocak-Nisan 1983, s. 98-103; Kaya, s. 6-10.

¹⁰ Yavuz, s. 1068.

¹¹ Erman, s. 2.

¹² Yavuz, s. 1068.

¹³ Erman, s. 2-3.

¹⁴ Yavuz, s. 1069; Erman, s. 3.

¹⁵ Bkz. I-B ve I-D.

kanunda yer almayan isimsiz¹⁶ bir sözleşmedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin isimsiz sözleşme tiplerinden hangisine girdiği, başka bir deyişle hukuki niteliğinin ne olduğu önem teşkil eder. Taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıklara uygulanacak hükümler sözleşmenin hukuki niteliğine göre belirlenecektir.

İsimsiz sözleşmeler, içerdikleri esaslı unsurlar bakımından karma sözleşmeler, bileşik sözleşmeler ve kendine özgü (sui generis) yapısı olan sözleşmeler olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Karma sözleşmeler, kanunda düzenlenen isimli sözleşmelerden iki veya daha fazlasının unsurlarının kısmen veya tamamen bir araya getirilmesiyle oluşan sözleşmelerdir. Karma sözleşmeler kendi içerisinde çifte tipli karma sözleşme, bileşik tipli (kombine) karma sözleşme ve eklemli karma sözleşme olarak üç başlıkta incelenmektedir. Karma sözleşmelerden olan çifte tipli karma sözleşme, kanunda düzenlenen iki tipik sözleşmeye ait asli edimlerin kanunda öngörülmeyen bir şekilde bir araya getirilmesiyle oluşan sözleşmeyi ifade etmektedir. Bu sözleşmede taraflar karşılıklı olarak kanunda düzenlenen sözleşmelerdeki asli edimleri yüklenmektedir¹⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarında değinildiği gibi, yüklenici bağımsız bölümler içeren bir bina yapma ve teslim etme; arsa sahibi ise belli arsa paylarını yüklenicinin mülkiyetine geçirme borcu altındadır. Bu durumda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin borcu açısından taşınmaz satım sözleşmesine; yüklenicinin bina yapma ve teslim etme borcu açısından da eser sözleşmesine ait özellikleri barındırmaktadır. Böylece arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibi ve yüklenicinin birbirlerine karşı edimleri açısından kanunda düzenlenen iki sözleşmenin (taşınmaz satımı ve eser) hükümlerinin kanunda öngörülmeyen şekilde birleştirildiği çifte tipli karma bir sözleşme niteliğindedir¹⁸. Yargıtay'da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini çifte tipli karma sözleşme olarak kabul etmektedir¹⁹.

¹⁶ Bu sözleşmelerin isimsiz sözleşme olarak adlandırılmaları kanunda özel bir şekilde, az ya da çok düzenlenmemiş olmalarından kaynaklanmaktadır. Bu sözleşmelerin de isimleri olup, bazıları kanunlarda ismen geçmektedir. Bu tür isimsiz sözleşmelere kanunda adı zikredilmiş isimsiz sözleşmeler denilmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de kanunda adı anılan isimsiz sözleşmelerdendir. İsimsiz sözleşmelerden bazıları da günlük hayatta çok sık kullanılmalarından ötürü tipikleşmiş isimsiz sözleşmeler olarak adlandırılmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ise ismi kanunda anılan ve tipikleşmiş isimsiz sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır. Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 933-935.

¹⁷ Eren, s. 938-940.

¹⁸ Erman, s. 4-5; Eren, s. 941; Gümüş-Borçlar, s. 113; Sarı, s. 276; Karahasan, s. 628; Yavuz, s. 1071; Durak, s. 211; Erdal, s. 847; Kartal-Kat Karşılığı, s. 26; Kartal-Arsa Payı, s. 112; Kırca, s. 81; Kaya, s. 16-17.

¹⁹ "6098 sayılı TBK'nın 470. vd maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan "arsa

C. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Farklı Görünüm Biçimleri

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sıkça karşılan çeşitlerini dörde ayırarak ele almak mümkündür²⁰.

Bunlardan ilki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin belli arsa paylarının yükleniciye devredilmesi suretiyle yapılmasıdır. Arsa sahibi, belli arsa paylarını tapuda yükleniciye devretmektedir. Arsa sahibinin devrettiği arsa payları üzerindeki haklarının korunması için arsa sahibi lehine ipotek tesis edilmektedir. İnşaatın ilerlemesine göre de ipotek kısım kısım kaldırılmaktadır. Arsa sahibinin yükleniciye yaptığı devir, satım işlemigibi görünmesine rağmen, devrin hukuki sebebi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir²¹.

İkinci çeşit arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tipi, arsanın tamamen yükleniciye devri suretiyle gerçekleştirilmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bu tipinde, arsa tamamıyla yükleniciye geçirilmekte ve taraflar arasında inşaatın yapımına ilişkin bir sözleşme bulunmaktadır²². Arsa sahibinin haklarını korumak amacıyla birinci tipteki gibi yine arsa sahibi lehine ipotek tesis edilmektedir²³.

Üçüncü tip ise arsa sahibinin arsa paylarını elinde tuttuğu ancak inşaatın ilerlemesine göre yükleniciye payları kısım kısım devrettiği veya yükleniciyi payların üçüncü kişilere satılmasına ilişkin olarak yetkilendirdiği²⁴ arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini ifade etmektedir²⁵.

Dördüncüsü ise taşınmaz satış vaadi ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bir arada bulunduğu bir çeşit arsa payı karşılığı inşaat

payı karşılığı inşaat sözleşmesi”, iş sahibinin bir arsanın muayyen bir payının bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, yüklenicinin bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ettiği, tam olarak iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir”
23. HD, 03.05.2016, E.2016/3493, K. 2016/2846; aynı yönde kararlar 14. HD, 04.07.2017, E.2016/11967, K. 2017/5639; 14. HD, 25.04.2017, E.2016/9083, K. 2017/3378; 23. HD, 27.05.2016, E. 2015/1825, K.2016/3295 www.legalbank.net.

²⁰ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin çeşitleri doktrinde farklı ayrımlarla incelenmektedir. Bu sözleşmenin görünüm biçimleri Erman tarafından üçe ayrılarak ele alınmaktadır (Erman, s. 11-15). Yavuz ise sözleşmenin çeşitlerine dört başlıkta değinmektedir (Yavuz, s. 1075-1077). Gümüş, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin beş ayrı tipine yer vermektedir (Gümüş-Borçlar, s. 114-115).

²¹ Erman, s. 11-13; Gümüş-Borçlar, s. 115; Yavuz, s. 1074; Kaya, s. 24-25.

²² Kartal-Kat Karşılığı, s. 30; Kartal-Arsa Payı, s. 104; Erman, s. 11-13; Gümüş-Borçlar, s. 114; Kaya, s. 25-26.

²³ Erman, s. 12; Gümüş-Borçlar, s. 114; Yavuz, birinci tip olarak ele aldığımız belli arsa paylarının yükleniciye devredildiği durumda arsa üzerinde kat irtifakı olduğunu ifade etmektedir. Ancak arsa paylarının tamamının devredildiği ikinci durumda arsa üzerinde kat irtifakı kurulmasının gerekli olmadığını belirtmektedir (Yavuz, s. 1074-1075).

²⁴ Yükleniciye temsil yetkisi verilmesine rağmen satış bedelinin arsa sahibinde değil, yüklenicide kaldığı bu tip arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli kabul edilmesinin isabetsiz olduğuna dair bkz. Gümüş-Borçlar, s. 115.

²⁵ Erman, s. 14-15; Kartal-Kat Karşılığı, s. 29-30; Kartal-Arsa Payı, s. 105; Yavuz, s. 1075-1076; Kaya, s. 26.

sözleşmesidir. Burada hem taşınmaz satış vaadi hem de inşaat yapımına ilişkin olan sözleşme bir aradadır. Arsa sahibinin satış vaadinde bulunduğu şey, yükleniciye ait olduğu kararlaştırılan bağımsız bölümlere karşılık gelen arsa paylarıdır. Yüklenici ise arsa üzerinde inşaat yaparak, bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi taahhüt etmektedir²⁶.

D. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satım sözleşmesi ile eser sözleşmesine ilişkin edimlerin karşılıklı olarak taraflara yüklendiği sözleşmedir. Arsa sahibinin edimi taşınmaz satım sözleşmesine ilişkin olup, taşınmaz satım sözleşmesi resmi şekle tâbidir (TMK m. 706). Ancak yüklenicinin edimi, eser sözleşmesinin şekle tâbi olmaması nedeniyle, herhangi bir şekil gerektirmemektedir. Karşılıklı edimlerden birinin şekle tâbi olması, diğerinin olmaması sonucunda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekil sorunu gündeme gelmektedir²⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerliliğinin resmi şekle bağlı olduğu kabul edilmektedir (TMK m.706)²⁸. Ancak resmi şeklin nasıl verileceği, sözleşmenin tapu memuru önünde mi yoksa noterde mi yapılacağı hususunda farklı değerlendirmeler bulunmaktadır. Arsa sahibinin ediminin taşınmaza ilişkin olması nedeniyle TK m. 26 uyarınca sözleşmenin tapu memurunca yapılması gerektiği ifade edilmektedir²⁹. Ancak uygulama bu durumdan farklı bir şekilde biçimlenerek, noterde yapılan sözleşmeleri geçerli saymaktadır³⁰. Uygulamada gelişen bu eğilim sonucunda günümüzde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri noterde akdedilmektedir.

Resmi şekle uymama halinde sözleşmenin geçersiz olduğu, yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğu belirtilmektedir. Ancak şekil eksikliği nedeniyle sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanımı teşkil ediyorsa, bu durumda şekle aykırılığın ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir³¹.

²⁶ Erman, s. 15; Gümüş-Borçlar, s. 114; Kartal-Kat Karşılığı, s. 31; Yavuz, s. 1076-1077; Kaya, s. 27-28; kurulan bu sözleşmenin birleşik sözleşme niteliğinde olduğuna dair bkz. Sarı, s. 282; Gümüş, Mustafa Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 119.

²⁷ Yavuz, s. 1066; Erman, s. 17.

²⁸ Ertaş-Kat Karşılığı, s. 80; Yavuz, s. 1066; Erman, s. 17; Durak, s. 216; Gümüş-Borçlar, s. 116; Sarı, s. 279; Kırca, s. 81; Yener, Mehmet Deniz: "Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları", İÜHFİM, C. LXV, S. 2, 2007, s. 372.

²⁹ Gümüş-Borçlar, s. 116; Sarı, s. 279; Kırca, s. 81; Durak, s. 216.

³⁰ Yargıtay İBK, 24.04.1978, E.3, K.4; 15. HD, 15.11.2001, E. 2001/3091, K.2001/5233, www.legalbank.net; sözleşmenin en azından noterlerce düzenlenmiş olmasının geçerlilik koşulu olduğu hakkında bkz. Ertaş-Kat Karşılığı, s. 80.

³¹ Yavuz, s. 1083-1084.

E. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklar

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin asli borcu, bağımsız bölümlere sahip yapının yapılarak teslim edilmesi iken; arsa sahibinin sözleşmede belirtilen arsa paylarına karşılık gelen bağımsız bölümleri yükleniciye devretmesidir³².

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen sözleşme olması³³ nedeniyle taraflardan birinin borcu diğerinin hakkına karşılık gelmektedir. Yüklenici, yapının yapılarak teslim edilmesi ediminin borçlusu iken, arsa sahibi bu edimin alacaklısıdır. Yapının teslim edilmesi ile arsa sahibinin bağımsız bölümleri yükleniciye devretme borcu doğar ve arsa sahibi bu borcun borçlusu olurken, yüklenici bağımsız bölümlerin devrini isteyebilecek alacaklı konumunda olur. Bu durumda yüklenicinin arsa sahibine yöneltebileceği, bağımsız bölümleri kendisine devretmesine ilişkin bir hakkı bulunmakta olup; buna dayanarak devri ve tapu kütüğünde tescili talep etme imkânına sahiptir.

Sözleşmede belirlenen koşulların yerine getirilmesiyle yüklenici lehine kişisel hak doğmaktadır. İnşaatı tamamlayarak kazandığı kişisel hak gereğince yüklenici, belirlenen bağımsız bölümlerin kendisine devredilmesini ve tapu kütüğünde kendi adına tescil edilmesini talep edebilmektedir³⁴.

Arsa sahibi ise, sözleşme çerçevesinde inşaatın yapılmasını ve teslim edilmesini talep etme hakkına sahiptir. Tarafların belirttiğimiz asli borçları dışında, yüklenicinin özen ve sadakat; arsa sahibinin ise inşaatın yapılması için kendi üzerine düşen yükümlülükleri yapma borçları da bulunmaktadır³⁵. Ancak bunlar yan borçlardır. Tarafların sahip olduğu bu haklar, arsa payından doğan hangi kişisel hakkın şerh edileceği konusunda önem arz etmektedir³⁶.

II. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAKKIN TAPU KÜTÜĞÜNE ŞERH EDİLMESİ

A. Şerh Hakkında Genel Bilgiler

Tapu kütüğüne tescil yoluyla kaydedilebilen haklar; aynı haklardır. Ancak aynı hak dışındaki bazı hakların, tapu kütüğünde belli bir yere kaydedilebilme imkânı bulunmaktadır. Kanun koyucu, sınırlı sayıdaki³⁷ bazı hakların veya

³² Erman, s. 33-52; Sarı, s. 276.

³³ Erman, s. 4; Yavuz, s. 1073; Kaya, s. 18-19.

³⁴ Yener, s. 373-374.

³⁵ Erman, s. 36-59.

³⁶ Bkz. II-B-2-a.

³⁷ Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, Savaş Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2017, s. 355; Ayan, Mehmet: Eşya Hukuku I, Seçkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara 2016, s. 402; Tekinay, Selâhattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla: Tekinay Eşya Hukuku, C. I, Filiz Kitabevi, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 378.

durumların tapu kütüğünde yer alan “Şerhler” kısmına kaydedilebilmesini düzenlemektedir (TMK m. 1009-1011). Buna göre şerhler sütununa bazı kişisel (şahsi) haklar³⁸, tasarruf yetkisinin kısıtlamaları ve geçici tesciller kaydedilebilecektir. Şerh ise aynı haklar dışında sınırlı sayıda öngörülen bu hak veya durumların tapu kütüğünde şerhler için ayrılan sütuna yazılmasını ifade eder³⁹.

Şerh edilebilecek kişisel haklar TMK m. 1009/1’de sıralanmaktadır. Bu hüküm uyarınca; “*Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan hakların*” tapu kütüğüne şerh edilmesi mümkündür. Ancak sayılan bu haklar dışında, kanunlarda açıkça şerh edilebileceği öngörülen diğer haklar da tapu kütüğüne şerh edilebilir⁴⁰. Şerh edilebilecek kişisel hakların kanunlarla öngörülmesi, sınırlı sayıda olma ilkesinin bir gereğidir⁴¹. Bir yönetmelik veya tüzük gibi düzenleyici işlemlerle şerh edilebilecek bir kişisel hakka yer verilse bile bu hakkın şerhe ilişkin hükümlerden yararlanması mümkün değildir⁴².

Kişisel hakların şerhi için, tescilde olduğu gibi, bir hukuki sebebin varlığı ve talepte bulunulması gerekmektedir. Şerhin hukuki sebebinin şerhe ilişkin olarak yapılacak anlaşma oluşturur. Bu anlaşmaya ise şerh anlaşması adı verilmektedir. Şerh anlaşması, kişisel hakkı doğuran (esas) sözleşmenin içinde yer alabileceği gibi, ayrı olarak da yapılabilir. Ayrı olarak düzenlenen şerh anlaşmasının, esas sözleşmenin tâbi olduğu şekle uygun yapılması gerekmektedir⁴³.

Şerhin yapılması için gerekli diğer şart; şerhin kütüğe işlenmesine dair talepte bulunulmasıdır. Talepte bulunması gereken kişi, kural olarak taşınmazın

³⁸ Kişisel hak terimi yerine “*nisbi nitelikte hak*” ifadesinin kullanılmasının uygun olduğu yönünde bkz. Aybay, Aydın / Hatemi, Hüseyin: Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul 2014, s. 92; nispi hakların şerhi kullanımı için bkz. Nomer, Haluk Nami / Ergüne, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku (Zilyetlik ve Tapu Sicili), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 121 vd.

³⁹ Ünal/Başpınar, s. 354.

⁴⁰ TMK m. 1009 dışında şerh edilebilecek kişisel haklara örnek olarak; rehinli alacaklının boş dereceye ilerleme hakkı (TMK m. 871/3), yasal ön alım hakkından feragat sözleşmesi (TMK m. 733/2) verilebilir.

⁴¹ Ünal/Başpınar, s. 355; Ayan, s. 402; Aybay/Hatemi, s. 92.

⁴² Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın tapu kütüğüne şerhinin önceden Tapu Sicil Tüzüğünde düzenlendiği, kanunla düzenlenmeyen bir hususun tüzükle öngörülmesi sebebiyle Anayasa m. 35 ve TMK m. 706’ya aykırılık oluşturduğu hakkında bkz. Ertaş, Şeref: Eşya Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2017, s.170.

⁴³ Ayan, s. 411; Ünal/Başpınar, s. 356; Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 20. Baskı, İstanbul 2017, s. 215; Ertaş-Eşya Hukuku, s. 171. ancak şekil şartına bağlı olmasa bile şerh anlaşmasının en azından yazılı şekilde yapılması gerektiğine dair bkz. Ayan, s. 411; Sirmen, A. Lale: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 209; Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut: Eşya Hukuku, Beta, İstanbul 2009, s. 316.

malikidir. Ancak istisnaen taşınmaz satış vaadinden doğan hakkın şerhi için sözleşme taraflarından herhangi birinin talepte bulunması kabul edilmektedir (TK m.26/7)⁴⁴.

Kişisel hakların şerhinde değinilmesi gereken bir diğer husus ise şerhin ne kadar süreyle geçerli olacağıdır. Kanunlarda öngörölmüş bir süre mevcut değilse, şerhin süresi alacağın süresinden fazla olamaz. Diğer bir deyişle kişisel hakkın süresi kadar şerh yapılabilir. Ancak bazı durumlarda şerhin yapılabileceği azami süre belirlenmiştir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde bu süre 5 yıl olarak verilmişken (TK m. 26/8), ön alım, alım ve geri alım sözleşmelerine ilişkin şerh en fazla 10 yıl için yapılabilir (TMK m. 735/2, 736/2)⁴⁵.

Kişisel hakların şerhi açısından verdiğimiz bu genel bilgilerin sonrasında esas konumuz olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi ayrıntılı şekilde ele alınacaktır.

B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi

1. Kanuni Dayanak

TMK m. 1009 ile şerhler açısından getirilen bir yenilik, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerh edilebilen kişisel haklara eklenmesidir. TMK m. 1009 gereğince şerh edilecek olan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi değildir. Şerh ile etkisi kuvvetlendirilmek istenen, bu sözleşmeden doğan hak⁴⁶. Söz konusu madde ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi yasal dayanağa kavuşmuş bulunmaktadır.

TMK m. 1009 düzenlemesinden önce arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilebileceği, herhangi bir kanunda yer almamıştır. Ancak 7.6.1994 tarihli ve 21953 sayılı RG’de yayınlanan Eski Tapu Sicil Tüzüğü (ETST) 55/1-c, kişisel hakların şerhi için aranacak belgeler arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini “*kat karşılığı inşaat hakkı için noterde düzenlenen sözleşme*” ifadesini kullanarak zikretmektedir. Görölmektedir ki, ETST m. 55 kişisel hakkın şerhi için aranan belgeler arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini sayarak, bu sözleşmeden doğan hakkın şerh edilebileceğini öngörmektedir. Oysa şerh sınırlı sayıda belirtilen hak veya durumların tapuya kaydedilmesini ifade etmektedir. Kişisel hakların şerhinin ilk koşulu ise, hakkın şerh edilmesine imkân sağlayan kanuni bir düzenlemenin varlığıdır. TMK m. 1009 düzenlemesinden önce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilebileceğine dair herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle ETST m. 55’te kişisel hakkın şerhi

⁴⁴ Ayan, s. 412; Ertaş-Eşya Hukuku, s. 171; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 215; Akipek/Akintürk, s. 316.

⁴⁵ Sirmen, s. 210; Akipek/Akintürk, s. 320; Ünal/Başpınar, s. 357-358; Ertaş-Eşya Hukuku, s. 172.

⁴⁶ Sarı, s. 275.

için aranan belgeler arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sayılmış olması, sınırlı sayıda olma ilkesine aykırı görülmekte ve belirtilen sebeple de doktrinde eleştirilmektedir⁴⁷.

TMK m. 1009'da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilebileceğine yer verilmesiyle, bu konuda kanuni dayanak sağlanmıştır. Böylece şerhler açısından geçerli olan sınırlı sayıda olma ilkesine aykırılık ortadan kalkmıştır. Madde gerekçesinde de, uygulamada sıkça karşılaşılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhinin ETST m. 55'te yer almasına rağmen kanuni dayanağı bulunmadığı ifade edilmiş ve kanuni dayanağı sağlamak üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın TMK m. 1009'a eklendiği belirtilmiştir⁴⁸.

2. Şerhin Yapılması

Kişisel hakların şerhi için öncelikle kanuni bir dayanak olması gerektiğini belirtmiştik. Şerh edilmesine ilişkin kanuni dayanağı bulunan hakkın, tapu kütüğündeki şerh sütununa şerhinin yapılması içinse, şerhin hukuki sebebini teşkil edecek şerh anlaşması ile şerhe ilişkin talebin yapılması gerekmektedir. Bu durumda kişisel hakkın şerhi için gerekli olan şerh anlaşması ve şerhe ilişkin talep konularına değinmek gerekir. Ayrıca şerhin ne kadar süreyle verildiği de değinilmesi gereken diğer bir konudur. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinin yapılması hakkındaki bu konulara geçmeden önce, bu sözleşmeden doğan hangi hakkın şerh edileceği incelenmelidir.

a. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan ve Şerhi Mümkün Olan Hak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklar yukarıda ele alınmıştır. Tarafların asli borçlarının; yüklenici bakımından bina yapma yani eser meydana getirme borcuna karşılık, arsa sahibinin sözleşmede kararlaştırılan arsa paylarını yüklenici üzerine geçirmesi borcunun olduğu ifade edilmişti. Asli borçların yanı sıra yan borçların da bulunduğu, arsa sahibinin arsayı, üzerinde inşaat yapmaya uygun olarak teslim etmesinin buna örnek olduğu belirtilmişti⁴⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bu hakların hangisinin şerh edileceği ya da hangi hakkın kuvvetleneceği, ortaya çıkacak sorunların çözülmesi bakımından önem arz etmektedir.

⁴⁷ Sarı, s. 274, dn.3; Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 8. Bası, İstanbul 2001, s. 178, dn.424a.

⁴⁸ Helvacı, İlhan: Türk Medeni Kanunu, C. IV, Eşya Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 743.

⁴⁹ Bkz. I-E.

Şerhi mümkün olan kişisel hakların, taşınmazın kullanılması veya taşınmazda aynı hak değişikliğine yol açması ile ilgili olduğu ifade edilmektedir⁵⁰. Başka bir ifadeyle, kanunlarda şerhi mümkün kılınan haklar taşınmazla ilgili olması sebebiyle, tapu kütüğünde ayrı bir sütuna kaydedilme imkânını elde etmişlerdir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ise yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan arsa payının kendisine devrini isteme hakkı karşısında arsa sahibinin binanın yapılmasına dair bir alacak hakkı bulunmaktadır. Bu açıdan yüklenicinin hakkı taşınmazda aynı hak değişikliğine yol açabilecek niteliktedir. Yüklenicinin arsa sahibine karşı hakkını ileri sürmesi ile belli arsa payları yükleniciye geçirilecek ve bu durumda taşınmazda aynı hak değişikliği meydana gelecektir. Belirtilen sebeple, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan, yüklenicinin sözleşmede belirlenen arsa payının kendisine geçirilmesini isteme hakkının tapu kütüğüne şerh edilebilen bir hak olduğu kabul edilmektedir. Arsa sahibinin inşaatın yapılmasına dair hakkı, taşınmazda aynı hak değişikliğine yol açmaması nedeniyle, şerhle etkisi kuvvetlendirilen bir hak olarak görülmemektedir⁵¹. Ayrıca yüklenicinin yapıyı yapıp, teslim etmesine kadar ki süre içinde arsa sahibinin arsa üzerinde tasarruf yetkisine dayanarak, arsayı üçüncü kişilere devretme imkânı vardır. Şerh imkânının esas olarak yükleniciyi bu duruma karşı korumak amacıyla getirildiği ifade edilmektedir⁵². Görülmektedir ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilmesinden, bu sözleşme dolayısıyla yüklenici lehine ortaya çıkan ve belli arsa paylarının kendine geçirilmesini içeren hakkın şerhi anlaşılmalıdır. Aksi takdirde, bu sözleşmeden doğan tüm hakların şerh edilebileceğinin kabulü, sınırlı sayıda olma ilkesinin geçerli olduğu şerhler açısından kapsamı oldukça genişletecek ve sınırlı sayıda olma ilkesine ters düşecektir.

Şimdiye kadar bahsettiğimiz durum, yüklenicinin yapıyı yapıp teslim etmesi ile arsa sahibinden sözleşmede belirlenen bağımsız bölümlerin devrini talep edebileceği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkindir. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, sözleşme serbestisi gereğince farklı çeşitlerde yapılabilmektedir⁵³. Sözleşmenin türüne göre yüklenicinin korunma ihtiyacı değişmekte, dolayısıyla yüklenicinin hakkını şerh ettirmesi veya gereği de ortadan kalkabilmektedir.

Arsa payının tamamının işin başında yükleniciye devredildiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, artık arsa sahibinin arsa paylarını üçüncü

⁵⁰ Sungurbey, İsmet: Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, Sermet Matbaası, İstanbul 1963, s. 41-42; Akipek/Akıntürk, s. 314; Sarı, s. 277.

⁵¹ Sarı, s. 278; Gümüşsoy Karakurt, Güler: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şerhi", Prof. Dr. iur. Merih Kemal Omağ'a Armağan, C. I, İKÜHFD, C. 16, S. 2, Temmuz 2017 (Özel sayı), Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 773.

⁵² Gümüşsoy Karakurt, s. 773.

⁵³ Bkz. I-C.

kişilere satma imkânı yoktur. Bu nedenle yüklenicinin korunması için hakkını şerh ettirmeye ihtiyacı kalmadığından şerh de gerekli olmamaktadır⁵⁴. Ancak bu çeşit sözleşmenin yüklenici açısından bir menfaat sağlamayacağını belirten ve yapılan şerhin arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullandığı durumlarda önem arz edeceğini ifade eden bir görüş bulunmaktadır. Buna göre yüklenicinin üçüncü kişilere payları devrettiği ve arsa sahibinin de sözleşmeden dönme hakkını kullandığı durumda, şerhin varlığı ile tescillerin yolsuz hale geleceği belirtilmektedir. Bu durumda yolsuz tescile dayanarak devralan üçüncü kişilerin (TMK m. 1023) şerh nedeniyle iyi niyet iddialarının dinlenmeyeceği savunulmaktadır⁵⁵.

Buna karşılık Aybay/Hatemi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhi ile amaçlananın, arsa sahibinin dönme hakkının yeni maliklere karşı güçlendirilmesi olmadığını ifade etmektedir. Yazar, şerhin esas amacının yeni paydaşların sözleşme hükümleri ile bağlılığını sağlamak olduğunu belirterek; bu sözleşmeden doğan şerhin bağlayıcılık şerhi olduğunu savunmaktadır⁵⁶. Sarı ise arsanın yükleniciye geçirildiği durumlarda, yüklenicinin payları üçüncü kişilere devretmesine rağmen, şerh ile arsa sahibinin hakkının güçlenmeyeceğini belirtmektedir⁵⁷. Kanımızca, arsa payı sahibinin sözleşmeden doğan alacak hakkı taşınmazda aynı hak değişikliğine ilişkin değildir. Bu nedenle arsa sahibinin hakkının, şerhten etkilenmesi isabetli olmayacaktır. Ayrıca arsanın yükleniciye sözleşme başında veya inşaat ilerledikçe arsa payını devretmesi gibi sözleşmenin çeşitli hallerinde, arsa sahibi lehine ipotek tesis edilmektedir. Bu durumda arsa sahibinin tamamen korumasız olmasından da bahsedilemez.

Sözleşmede yükleniciye verileceği kararlaştırılan arsa paylarının, yükleniciye işin başında devredildiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin korunma ihtiyacı olmadığından şerhten bahsedilememektedir. Çünkü yüklenici, hakkına en baştan kavuşmuş olmaktadır⁵⁸.

İnşaatın geldiği aşamaya göre kısım kısım devrin yapıldığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise arsa sahibinin, payları üçüncü kişilere satma ihtimali gündeme geleceği için yüklenicinin şerh ile korunma imkânı kabul edilmektedir⁵⁹. Sözleşmenin ve yükleniciye verilen temsil yetkisinin resmi şekilde yapıldığı durumda ise yüklenicinin aynen ifa talebinin varlığı nedeniyle şerhin mümkün olduğu belirtilmektedir⁶⁰.

⁵⁴ Sarı, s. 285; Gümüşsoy Karakurt, s. 773; Gümüş-Şerh, s. 117.

⁵⁵ Gümüşsoy Karakurt, s. 774; Erman, s. 10-11.

⁵⁶ Aybay/Hatemi, s. 95-96.

⁵⁷ Sarı, s. 278.

⁵⁸ Gümüş-Şerh, s. 118.

⁵⁹ Gümüşsoy Karakurt, s. 776.

⁶⁰ Temsil yetkisi tanınmanın ifa uğruna edim sayıldığına dair bkz. Gümüş-Şerh, s. 119.

Şerh imkânının olup olmadığı düşünülürken şu tarzda bir genellemeye başvurulabilir; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tiplerinden, mülkiyet payı devrinin ileriki bir tarihe bırakılması durumunda yüklenicinin korunma ihtiyacı doğacağından bu koşulu sağlayan sözleşmelerde, hakkın şerhi mümkündür. Ancak mülkiyet payına ilişkin ifa, süre geçmeden gerçekleştirildiyse şerhin herhangi bir işlevi olmayacağından, şerhten bahsedilemez⁶¹.

Son olarak yan borçların şerhinin mümkün olup olmadığından bahsetmek gerekir. Sarı, yüklenicinin alacak hakkı yanında alacak hakkının ifasına yardım eden ve bağımsız olarak talep ve dava imkânı olmayan yan borçların taşınmaza ilişkin olması durumunda şerh etkisinden yararlanılacağını ifade etmektedir. Şerhin etkisinden yararlanabilecek yan borca örnek olarak; arsa sahibinin yükleniciye arsayı, üzerine yapı yapmaya elverişli olarak teslim etmeye ilişkin borcu verilebilir. Bu yan borçtan doğan yükleniciye ait alacak hakkı bu etkiden yararlanabilecektir⁶².

b. Şerh Anlaşması

Kişisel hakların şerh edilebilmesi için alacağı meydana getiren sözleşmenin yanı sıra şerhe ilişkin ayrı bir anlaşmanın yapılması gerekir. Şerh anlaşması, şerhin yapılmasını amaçlayan sözleşmeye verilen isimdir⁶³. Bu sözleşme, kişisel hakkı doğuran sözleşmenin içinde yer alabileceği gibi, esas sözleşmeden ayrı da yapılabilir. Ancak taşınmaz satış vaadinden doğan hakkın şerhi açısından bir istisna bulunmaktadır. Buna göre taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın şerhi için şerh anlaşması yapılması aranmamaktadır⁶⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerh edilebilmesi için şerh anlaşmasının aranıp aranmayacağı hakkında Erdal, iki görüş bulunduğunu ifade etmektedir⁶⁵. Buna göre birinci görüş, genel kural gereğince şerh anlaşmasının yapılması gerektiğini ifade etmektedir⁶⁶. Ayrıca Sarı, taşınmaz vaadi sözleşmesiyle bağlantılı olarak yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin

⁶¹ Sarı, s. 285.

⁶² Sarı, s. 278.

⁶³ Ünal/Başpınar, s. 356.

⁶⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 379-380; Ayan, s. 411-412; Sirmen, s. 210; Ünal/Başpınar, s. 357; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 215; Aybay/Hatemi, s. 105; Ertaş-Eşya Hukuku, s. 171; Akipek/Akintürk, s. 316; Sungurbey, s. 47.

⁶⁵ Erdal, s. 855.

⁶⁶ Gümüş-Şerh, s. 120; Sarı, s. 288-289. Bazı yazarlar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi için şerh anlaşmasının aranıp aranmayacağına dair ifadeye yer vermemektedir. Ancak bu yazarlar şerh anlaşmasının aranmadığı kişisel hak olarak, taşınmaz satış vaadinden doğan hakkı göstermektedir. Dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhini istisna içinde değerlendirmediklerinden, bu yazarların da bu sözleşmeden doğan hakkın şerhi için şerh anlaşmasının varlığını aradığı sonucu çıkarılabilir. bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 215-216; Ünal/Başpınar, s. 357.

şerh edilmesinde dahi şerh anlaşmasının yapılması gerektiğini; bu sözleşmenin taşınmaz vaadi sözleşmesi ile bağlantılı olmasının istisnai duruma yani şerh anlaşmasının aranmamasına yol açmadığını belirtmektedir⁶⁷.

İkinci görüş,TK m. 26/7’de bulunan ifadeye dayanarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi için şerh anlaşmasının aranmadığını savunmaktadır⁶⁸. TK m. 26/7; “*Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi*⁶⁹*mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir*” ifadelerine yer vermektedir. Buna göre, geçerli bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerh için yeterli olduğu, ayrıca bir şerh anlaşmasına gerek olmadığı belirtilmektedir⁷⁰. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinde, şerh anlaşmasının aranmadığına ilişkin olarak gösterilen diğer dayanak ise TST’nin 47. maddesidir. TST m. 47/1-c kişisel hakların şerhi için aranan belgeler arasında; “*Alım, taşınmaz satış vaadi, başıslama vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat hakkı için noterce düzenlenen sözleşmeyi*” saymakta ve bu düzenlemenin de şerh anlaşmasına gerek olmadığını teyit edici nitelikte olduğu ifade edilmektedir⁷¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinde şerh anlaşmasının gerekli olup olmadığının anlaşılması için TK 26/7’nin incelenmesi gerekir. TK’nın 26/7. maddesine karşılık gelen, eski 26/5. maddesi “*Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir*” şeklindeydi. Bu madde çerçevesinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın şerhi açısından şerh anlaşmasının aranmadığı ifade edilmekteydi⁷². Ancak 15.1.2009 tarihli 5831 sayılı Tapu Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un birinci maddesi, bu hükmü “*ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri*” ifadesini eklemiştir. Böylece TK m. 26/7; “*Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Görülmektedir ki, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi için şerh anlaşmasının aranmadığı yönünde yorumlanan hükmün anlamı değiştirilmemiş, sadece hükme arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ifadesi eklenmiştir. Buradan da arsa payı

⁶⁷ Sarı, s. 290-291.

⁶⁸ Ayan, s. 412; Erdal, s. 855; Sirmen, s. 210; Gümüşsoy Karakurt, s. 779; Nomer/Ergüne, s. 122.

⁶⁹ Şimdiki 1512 sayılı Noterlik Kanunu 60. madde.

⁷⁰ Sirmen, s. 210.

⁷¹ Erdal, s. 856.

⁷² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 380.

karşılığı inşaat sözleşmesinin, hükmün kapsamına dâhil olması nedeniyle; bu sözleşmeden doğan hakkın şerhi için şerh anlaşmasının aranmadığı sonucuna ulaşılabilecektir.

Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi için genel kurallar gereğince şerh anlaşmasının gerekli olduğu yönündeki savunma, bahsettiğimiz TK'nın 2009 değişikliğinden önceki 26/5. maddesinin bulunduğu düzenlemeye ilişkindir. TK'nın eski 26/5. maddesi bakımından birinci görüşün savunulması isabetlidir. Ancak 2009 değişikliği ile bu maddeye yapılan ekleme sonucunda birinci görüşün herhangi bir hükmünün kalmadığı söylenebilir.

Son olarak belirtilmelidir ki, hâlihazırda yürürlükte olan TK m.26/7 karşısında ikinci görüş geçerli ve isabetlidir.

c. Şerh Talebi

Tapu kütüğüne yapılan kayıtlar bakımından aranan ve şerh için de olması gereken diğer bir şart, yetkili kişi tarafından talepte bulunulmasıdır (TST m. 16). Şerhin yapılması için talepte bulunacak kişi, tapu sicilinde hak sahibi olan taşınmaz malikidir(TST m. 17)⁷³. Ancak istisnai olarak taşınmaz satış vaadi sözleşmesi açısından sözleşmenin her iki tarafının da talepte bulunma imkânı vardır (TK m. 26/7)⁷⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhini kimin talep edebileceği ise cevaplanması gereken bir sorudur. Bu sözleşmeden doğan hakkın şerhini talep edebilecek kişi sadece taşınmaz maliki midir yoksa taraflardan herhangi biri şerhin yapılmasını isteyebilecek midir? Doktrinde bazı yazarlar⁷⁵ taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yanı sıra arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarından her birinin şerhi isteyebileceğini belirtmektedir.

Kanımızca, bahsettiğimiz soruya cevap verebilmek için taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde taraflardan herhangi birinin talepte bulunmasını öngören TK m. 26/7'yi incelemek gerekir. Söz konusu madde, noterlerce düzenlenen taşınmaz satış vaadi ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taraflardan birinin istemi üzerine tapu siciline şerh verilebileceğini düzenlemektedir. TK'daki bu düzenlemeye, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ifadesi, 15.1.2009 tarihli 5831 sayılı Tapu Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un birinci maddesi ile eklenmiştir.

Görülmektedir ki, Tapu Kanununda, 2009'da yapılan değişiklik öncesinde taraflardan herhangi birinin talepte bulunacağı istisna hal olarak sadece taşınmaz satış vaadi öngörülmektedir. Ancak 2009'da yapılan ekleme ile

⁷³ Ünal/Başpınar, s. 356; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 215; Ayan, s. 412; Akipek/Akıntürk, s. 316; Nomer/Ergüne, s. 122.

⁷⁴ Ayan, s. 412; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 215; Ünal/Başpınar, s. 356-357.

⁷⁵ Sirmen, s. 210; Ayan, s. 412; Nomer/Ergüne, s. 122; Gümüşsoy Karakurt, s. 780.

arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hak açısından da istisna kabul edilerek, bu hakkın şerhine ilişkin talebi taraflardan herhangi birinin yapabileceği düzenlenmiştir. Bu durumda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilmesini taşınmazın maliki isteyebileceği gibi, yüklenici de şerhe ilişkin talepte bulunabilecektir.

d. Şerhin Süresi

Kişisel hakların tapu kütüğüne şerh verilmesinde önemli diğer bir husus şerhin ne kadar süreyle yapılacağıdır. Bazı hakların ne kadar süreyle şerh edilebileceği kanuni bir düzenleme ile belirtilmiştir. Alım, geri alım ve ön alım hakkına ilişkin getirilen azami şerh süresi şerh tarihinden itibaren 10 yıldır (TMK m. 735/2, 736/2). Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi açısından bu süre şerh tarihinden itibaren 5 yıl olarak belirlenmiştir (TK m. 26/8). Bunların dışındaki diğer şerhi mümkün olan kişisel hakların şerh süresi, taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Bu haklar açısından kanuni azami süre öngörülmemesine rağmen, şerh ancak kişisel hakkın var olduğu sürede geçerli olacak, kişisel hakkın ya da bunu sağlayan sözleşmenin süresinin sona ermesi ile şerh de sona erecektir⁷⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi için herhangi bir süre olup olmadığına değinmek gerekir. Bu konuda, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi için 5 yıllık süreyi öngören TK m. 26/8 incelenmelidir. İlgili hüküm “Şerhten itibaren beş yıl içinde satış yapılmaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmezse işbu şerh tapu *sicilmüdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından re’sen terkin olunur*” şeklindedir. Bu düzenlemeden taşınmaz satış vaadinden doğan hakkın şerhinin en fazla 5 yıl için yapılabileceği sonucu çıkarılmaktadır. Şerh anlaşması ve şerh talebi konularında bahsettiğimiz gibi 2009 yılında TK eski m. 26/5’e arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi eklenmiştir. Bu ekleme ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından da şerh anlaşmasının aranmayacağı sonucu ortaya çıkmıştır. TK’nın eski 26/5. maddesine arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin bir ifade eklenmesine rağmen, eski 26/6. maddesine (şimdiki TK m. 26/8) bu sözleşmeye ilişkin bir ibare eklenmemiştir. Şerhlerin sınırlı sayıda olması nedeniyle şerhe ilişkin yapılacak istisnaların kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Bu durumda TK m. 26/8’de belirlenen 5 yıllık sürenin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin şerh açısından geçerli olup olmayacağı ortaya konulmalıdır.

Doktrinde bir görüş⁷⁷ taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şerhinde olduğu gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından da azami 5 yıllık olan şerh süresini kabul etmektedir.

⁷⁶ Sirmen, s. 211; Ertaş-Eşya Hukuku, s. 172; Akipek/Akıntürk, s. 320; Ünal/Başpınar, s. 357-358.

⁷⁷ Sirmen, s. 210; Gümüşsoy Karakurt, s. 780.

2009 değişikliği öncesinde belirtilen bir diğer görüş ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için herhangi bir süre öngörülmediği, bu nedenle de hakkın sona ermesine kadar şerhin geçerli olduğunu kabul etmektedir⁷⁸. Bu görüş değişiklik öncesi durum açısından isabetli olup, şerh anlaşması açısından da ifade ettiğimiz gibi şu anki düzenleme karşısında hükümsüzdür.

Aybay/Hatemi ise bu şerhin dar anlamda nisbi hak şerhi değil bağlayıcılık şerhi olduğunu ifade ederek; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, kat mülkiyetine geçiş tamamlanıncaya kadar şerh süresinden yararlanabileceğini ifade etmektedir⁷⁹.

Özmen/Karaman ise amaçsal yoruma dayanarak inşaatın farklı esaslı noktalara dayandığı gerekçesiyle beş yıllık sürenin bitmesi ile şerhin resen terkin edilmemesi gerektiğini savunmaktadır⁸⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhi için 5 yıllık azami süreyi kabul etmesine rağmen, şerhlerin sınırlı sayıda olmasından ötürü TK m. 26/8'in daha açık olarak düzenlenmesi gerektiğini ifade eden bir görüş de yer almaktadır⁸¹. TK 26/8'in daha açık bir düzenlemede bulunması elbette yerinde olacaktır; ancak kanımızca bu haliyle de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanması açısından herhangi bir sakınca olmadığı benimsenmelidir. Nitekim TK m. 26/7 ile 26/8 bağlantılı fıkralar olup, 26/7'ye eklenen ifade TK 26/8 açısından da geçerli olacaktır. Ayrıca Tapu Kadastro Müdürlüklerine gönderilen 2009/6 sayılı Genelge de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından 5 yıllık sürenin uygulanacağını belirtmektedir⁸². Kanımızca, mevcut düzenleme arsa payı

⁷⁸ Bu konuda istisnai düzenleme olmadığı ve şerhe dair genel kuralların uygulanacağı hakkında bkz. Sarı, s. 291.

⁷⁹ Aybay/Hatemi, s. 105.

⁸⁰ Özmen, Etem Saba/Karaman, Tuba Akçura: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları", İBD, C. 87, S. 1, Ocak-Şubat 2013, s. 72.

⁸¹ Erdal, s. 857-858.

⁸² "B - SATIŞ VAADİ VE ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN ŞERHİ VE TERKİNİ: 5831 Sayılı Kanunun 1 nci maddesi ile değişik 2644 sayılı Kanunun 26 ncı maddesinin 7 nci fıkrası " Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir." Ve ayrıca 8 nci fıkrası " Şerhten itibaren beş yıl içinde satış yapılmaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmezse işbu şerh tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından re'sen terkin olunur." Hükümündedir. Buna göre; Satış Vaadi veya Arsa Payı Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin mevzuat çerçevesince Noterlerce düzenlenmiş ve sözleşmenin şerh edilemeyeceğine dair aksine bir hüküm yok ise şerh taraflardan birinin talebi ile şerh edilebilir. Tapu siciline şerh edilmesinden itibaren 5 yıl sonra sözleşme şartları yerine getirilmez ise tapu maliki talep etmesi ve terkin harcının yatırılması halinde terkin edilmesini isteyebilir. Şerh terkin edilmesi halinde Türk Medeni Kanununun 1019 maddesi uyarınca lehtarla bilgi verilmesi gerekmektedir. Ayrıca, Satış Vaadi veya Arsa Payı Kat Karşılığı Sözleşmeleri şerh edildikten sonra; şerhin süresi dolmadan, terkin harcı tahsil edilmek kaydı ile şerh lehtarı tarafından talep etmesi halinde şerh terkin edilebilir".

karşılığı inşaat sözleşmesine 5 yıllık süreyi uygulamak için yeterli olup, açık bir düzenlemenin yapılması elzem değildir.

3. Şerhin Etkisi

Kişisel hakkın şerh edilmesi ile bir takım sonuçlar meydana gelecektir. Şerhin yapılması ile meydana gelen sonuçlar, şerhin etkisi ya da şerhin hükmü olarak ifade edilmektedir. TMK m. 1009/2; “*Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir*” şeklindeki düzenleme ile şerhin etkisini belirtmektedir. Ancak şerhin bu etkiyi nasıl sağladığı doktrinde tartışmalı olup, bu konu hakkında değişik görüşler mevcuttur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hak açısından şerhin etkisini incelemek için önce bu görüşlere değinmek gerekir⁸³.

Şerhin iki etkisi olduğunu savunan hâkim görüşe göre⁸⁴; kişisel hakkı doğuran ilişkiden meydana gelen yükümlülüğün, taşınmaz mülkiyetine bağlandığı ve böylece eşyaya bağlı borç ilişkisinin oluştuğu belirtilmektedir. Bu durumda şerhten sonra arsayı devralan yeni malikin borçtan sorumluluğu ortaya çıkar. Şerhin “*eşyaya bağlı borç etkisi*” olarak adlandırılan etkinin, şerhi mümkün olan hak için ilgili hükümlerde ayrı ayrı belirtildiği ifade edilmektedir (TMK m. 695/2, m.735, m.736, m. 871/3, TK m. 26/6). Şerhin diğer etkisi ise, şerh edilen hak ile bağdaşmayan ve şerhten sonra kazanılansınırlı aynı hakların veya bir başka kişisel hakkın şerhi yoluyla kazanılan hakların⁸⁵ bertaraf edilmesini sağlayan “*munzam (ayni)*” etkidir. Munzam etkinin, şerh edilen kişisel hakların hepsi açısından TMK m. 1009/2 ile kabul edildiği ifade edilmektedir.

Şerhin eşyaya bağlı borç etkisine ilişkin olarak ise taşınmazın borç doğduktan sonra yeni malike devri ile borç doğmadan önce devri arasında farklı görüşler mevcuttur. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, eşyaya bağlı borç etkisinin borcun doğumuna kadar olabileceğini ifade etmekte, borcun doğumu ile munzam etkinin başladığını savunmaktadır⁸⁶. Sirmen de taşınmazın her malikin kendi döneminde doğacak borçlardan sorumlu olduğunu ifade etmektedir⁸⁷. Buna

⁸³ Ünal/Başpınar, şerhin etkisini incelerken klasik ve modern olmak üzere iki görüşe yer vermektedir. Klasik görüşe göre şerh ile hak, aynı etki kazanarak taşınmaz üzerinde şerhten sonra hak kazananlara ileri sürülebilmektedir. Taşınmaz devredildiğinde yeni malik şerh edilen hakkın kullanılmasına katlanacaktır. Modern görüş ise şerhin eşyaya bağlı hak niteliği kazandırmasına yöneliktir. Ünal/Başpınar, s. 409-410; Klasik ve modern görüş şeklindeki ayrım için ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 384-385.

⁸⁴ Erel, Şafak N.: Eşyaya Bağlı Borçlar, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1982, s. 205-206; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 385-387; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 249-251; Sirmen, s. 211; Ertaş-Eşya Hukuku, s. 170-171; Ayan, s. 416-417; bu görüşten farklı olarak aynı etki görüşü hakkında bkz. Sungurbey, s. 102 vd.; Aybay/Hatemi, s. 103-104; şerhin iki etkisine ilişkin görüşün eleştirisi hakkında bkz. Aybay/Hatemi, s. 104.

⁸⁵ Sirmen, s. 211.

⁸⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 249-250.

⁸⁷ Sirmen, s. 211.

karşılık, Erel, borç eski malikin döneminde doğmuş olsa bile yeni malikin bu borçtan sorumlu olduğunu kabul etmektedir⁸⁸.

Gümüş, şerhin etkisini hakkın niteliğine göre iki farklı biçimde açıklamaktadır. Bunlardan ilki şerhten sonra taşınmaz üzerindeki üçüncü kişiler tarafından kazanılan sınırlı aynı haklar veya şerh edilen kişisel hakların, şerh edilen hakla uyumadığı ölçüde bertaraf edilmesine ilişkindir. İkincisi ise, taşınmaz mülkiyetinin devredildiği hallerde, her kişisel hakkın etkisinin kendi içerisinde değerlendirilmesiyle ayrı ayrı ele alınması şeklindedir⁸⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi ile yüklenicinin mülkiyet devrine ilişkin hakkı kuvvetlenmiş olur. Böylece hakkın, sözleşmenin tarafı olmayan ancak sonradan arsaya ilişkin hak kazanan üçüncü kişilere karşı dahi ileri sürülmesi imkânı doğar. Şerh edilen hak, aynı hakka dönüşmez; sadece etkisi kuvvetlendirilmiş nisbi hak haline gelir. Hakkın şerh edilmesi ile ortaya çıkan bu etkinin nasıl sağlandığı ise doktrinde tartışmalıdır.

Gümüş, şerhin etkisini yasal sözleşme devrine dayalı olarak açıklamaktadır. Buna göre şerh edilen hakka ilişkin olarak arsa sahibi üçüncü kişiye (yeni malik) devir işlemini gerçekleştirdiğinde, yeni malik yasa gereği sözleşmeyi aynı şartlarda devralmış sayılacaktır. Şerhin yasal sözleşme devri etkisi ile yüklenici munzam etki kapsamında hakkını engelleyen sınırlı aynı hakların bertaraf edilmesini isteyebilecektir⁹⁰.

Diğer bir görüş ise şerhin, eşyaya bağlı borç etkisi ile devralan yeni maliki bağlayacağını belirtmekte ve yüklenicinin haklarını bertaraf edecek nitelikteki hak sahipleri açısından ise, munzam etkinin ortaya çıkacağından bahsetmektedir⁹¹. Ancak Gümüş, burada eşyaya bağlı borç ilişkisinin kurulmasının olanaksız olduğunu savunmakta, bunun nedenini ise sözleşmenin yapıldığı anda devir borcunun doğması olarak göstermektedir⁹². Sarı ise sözleşmenin kurulması ile borç doğduğundan eşyaya bağlı borç ilişkisinden bahsedilemeyeceğini ve sadece şerhin munzam etkisinin işlerlik kazanacağını ifade etmektedir⁹³.

Sonuç olarak, yüklenicinin hakkı ile bağdaşmayan diğer hak sahipleri açısından munzam etkisinin varlığı kabul edilmektedir. Ancak eşyaya bağlı borç etkisinin var olup olmadığı net değildir. Eğer eşyaya bağlı borç etkisinin borcun doğumuna kadar olduğu görüşü kabul edilirse, yüklenici şerh edilmiş

⁸⁸ Erel, s. 206.

⁸⁹ Gümüş-Şerh, s. 103-104.

⁹⁰ Gümüş-Şerh, s. 121; bu görüşe uygun olarak yeni malikin, eski malikin yaptığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı haline geleceğine dair bkz. Erman, s. 10.

⁹¹ Avcı, Ali: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Kişisel Hakkın Tapuya Şerhi ve Hukuki Sonuçları", SHD, C. 3, S. 1, Temmuz 2015, s. 61; Özmen/Karaman, s. 69.

⁹² Gümüş-Şerh, s. 121.

⁹³ Sarı, s. 294.

hakkını yeni malike karşı ileri süremeyecektir. Aksi olarak borcun eski ya da yeni malik zamanında doğmasının bir fark yaratmayacağı kabul edilirse, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi eşyaya bağlı borç etkisi çerçevesinde ele alınabilecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığında yükleniciye ait ifa ileriye bırakılmaktadır. Ancak ifa ileriye atılsa da bu sözleşmeden borç doğmuş kabul edilmektedir⁹⁴. Bu nedenle eşyaya bağlı borç etkisinin borcun doğumuyla ilgili verilen görüşlerin kabulüne göre durum farklılaşacaktır.

Kanımızca, Gümüş'ün ileri sürdüğü yasal sözleşme devri görüşü, bu sözleşmenin isimsiz bir sözleşme olması ve şerh açısından yasal devre ilişkin de herhangi bir düzenlemenin bulunmaması yönüyle, kabul edilmesi güç bir görüştür. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinin eşyaya bağlı borç etkisince değerlendirilmesi konusunda ise bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Ayrıca bu etkinin borcun doğumuna kadar mı mevcut olacağı ya da borç doğsa bile nasıl etkinin bulunacağı net değildir. Ama şu an mevcut olan şerhin iki etkisine dair hâkim görüş karşısında, bu sözleşmenin eşyaya bağlı borç etkisinin bulunmadığı savunulabilir.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, adı TMK m. 1009'da şerh edilebilecek kişisel haklar içinde yer alan isimsiz bir sözleşmedir. Sözleşme serbestisinin sonucu olarak karşılaştığımız bu sözleşme, uygulamada sıkça kullanılmaktadır. Söz konusu sözleşme uygulamada yer bulduğu ölçüde belli sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu sözleşmeye ilişkin olarak netleştirilmesi gereken bir konu ise hangi hakkın, nasıl ve hangi süre için şerh edilebileceği, ayrıca şerh ile nasıl bir etkinin ortaya çıkacağıdır.

Tapu siciline şerh edilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi değil, bu sözleşmeden doğan haktır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, bir tarafın borcu diğerinin alacak hakkına denk gelmektedir. Tapudaki şerh sütununa şerh edilecek hak ise, yüklenicinin taşınmazda aynı değişikliğe yol açabilecek hakkıdır. Bu hak, arsa sahibinin sözleşmede belirlenen arsa paylarına karşılık gelen bağımsız bölümlerin mülkiyetinin devrine ilişkindir. Arsa sahibinin hakkı ise bağımsız bölümlere sahip yapının yapılmasına yönelir. Arsa sahibinin hakkı taşınmazda aynı hak değişikliğine mahal verecek bir hak olmayıp, şerhi de mümkün değildir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin şerh imkânının varlığı, yüklenicinin sahip olduğu hakkın, şerh ile korunma ihtiyacına göre değişmektedir. Uygulamada bu sözleşmenin farklı görünüm biçimleri bulunmakla birlikte, yüklenicinin işin başında arsa paylarına kavuştuğu biçimler açısından korunma ihtiyacı bulunmamaktadır.

⁹⁴ Sarı, s. 294.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi için şerh anlaşmasının gerekli olup olmadığı hakkında iki görüş varmış gibi görünmesine karşılık, şerh anlaşmasını gerekli gören birinci görüşün, Tapu Kanunu'na 2009 yılında getirilen değişiklikten önceki düzenlemeye ilişkin olması nedeniyle; şu an için geçerli tek bir görüşün olduğu savunulabilir. Bu görüşe göre, TK m. 26/7 gereğince bu sözleşmeden doğan hakkın şerhi için herhangi bir şerh anlaşması aranmamaktadır.

Kanun koyucu bazı şerh edilebilecek haklar açısından azami şerh süresi öngörmektedir. Azami şerh süresi öngörülen hallerde bu sürenin sona ermesi ile şerh de sona erer. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için TK'ya 2009 yılında getirilen değişiklik öncesinde azami süre öngören bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak TK m. 26/8'e yapılan ekleme ile bu maddenin ilişkili olduğu TK m. 26/8 bu sözleşmeden doğan hakkın şerhi için uygulanarak, bu sözleşmeye dair şerh azami olarak 5 yıl süreyle yapılacaktır.

Şerhin yapılması için şerh anlaşması dışında bulunması gereken bir diğer şart ise şerhe ilişkin talepte bulunmaktır. Kural olarak şerhi talep edebilecek kişi taşınmaz maliki olup, TK m. 26/7'ye yapılan ekleme sonucunda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan şerhin talebi her iki tarafça dayanabilir. Bu durumda şerhi arsa sahibinin yanı sıra yüklenicinin de talep etme imkânı mevcuttur.

Kişisel hakların şerh edilmesi halinde, kişisel hak kuvvetlenerek sözleşmenin tarafı olmayan ve şerh sonrasında taşınmaz üzerinde hak kazanan üçüncü kişilere ileri sürülebilir. Şerhin bu etkisi doktrinde değişik şekillerde açıklanmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinin etkisi de, bu sözleşmenin isimsiz sözleşme olması ve ayrıntılı düzenlemelere sahip olmamasından ötürü tartışmaya açıktır. TMK m. 1009/2 gereği bu sözleşmedeki şerhin munzam etkisinin olduğu tartışmasızdır. Ancak, eşyaya bağlı borç etkisinin bulunup bulunmadığı konusunda bir netlik olmasa da, borcun sözleşme ile doğması ve ifanın ileriye atılmasının bu durumu değiştirmemesi nedeniyle bu etkinin bulunmadığı görüşüne katılmak mümkündür.

KAYNAKÇA

- Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut: Eşya Hukuku, Beta, İstanbul 2009.
- Avcı, Ali: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Kişisel Hakkın Tapuya Şerhi ve Hukuki Sonuçları", SHD, C.3, S.1, Temmuz 2015, s.41-66.
- Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin: Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, 4.Bası, İstanbul 2014.
- Ayan, Mehmet: Eşya Hukuku I, Seçkin Yayınları, 13.Baskı, Ankara 2016.
- Durak, Yasemin: "Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi", İnÜHFD, Özel Sayı, C.1, 2015, s.207-252.
- Erel, Şafak N.: Eşyaya Bağlı Borçlar, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1982.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2018.
- Erman, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul 2010.
- Ertaş, Şeref: "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri", Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan, İzmir 2001, s. 79-92 (Ertaş-Kat Karşılığı).
- Ertaş, Şeref: Eşya Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2017 (Ertaş-Eşya Hukuku).
- Gümüş, Mustafa Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Vedat Kitapçılık, 2.Bası, İstanbul 2007 (Gümüş-Şerh).
- Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, Vedat Kitapçılık,3. Bası, İstanbul 2014 (Gümüş-Borçlar).
- Gümüşsoy Karakurt, Güler: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şerhi", Prof. Dr. iur. Merih Kemal Omağ'a Armağan, C.I, İKÜHFD, C.16, S.2, Temmuz 2017 (Özel sayı), Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s.769-785.
- Helvacı, İlhan: Türk Medeni Kanunu, C. IV, Eşya Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Karahasan, Mustafa Reşit: İnşaat İmar İhale Hukuku, C.1, Beta, İstanbul 1997.
- Kartal, Bilal: "Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi", Yargıtay Dergisi, C.9, S.1-2, Ocak-Nisan 1983, s.96-113 (Kartal-Arsa Payı).
- Kartal, Bilal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi (Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi), Matsa Basımevi, Ankara 1993 (Kartal-Kat Karşılığı).

Kaya, Özgür Katip: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Kazancı Hukuk Yayınları No:124, İstanbul 1993.

Kırca, Çiğdem: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu-Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 2007, s.77-98.

Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku (Zilyetlik ve Tapu Sicili), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 8.Bası, İstanbul 2001.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 20.Baskı, İstanbul 2017.

Özmen, Etem Saba/Karaman, Tuba Akçura: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları", İBD, C.87, S.1, Ocak-Şubat 2013, s.47-74.

Sirmen, A. Lale: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2018.

Sungurbey, İsmet: Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, Sermet Matbaası, İstanbul 1963.

Tandoğan, Haluk: Borçlar hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Vedat Kitapçılık, 5.Basım, İstanbul 2010.

Tekinay, Selâhattin Sulhi/ Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla: Tekinay Eşya Hukuku, C.I, Filiz Kitabevi, 5.Bası, İstanbul 1989.

Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, Savaş Yayınevi, 9.Baskı, Ankara 2017.

Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta, 10.Bası, İstanbul 2014.

Yener, Mehmet Deniz: "Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları", İÜHFİM, C.LXV, S.2, 2007, s.371-382.

www.legalbank.net

TÜRK BORÇLAR KANUNUNUN 202. MADDESİ İŞİĞİNDA TİCARİ İŞLETME DEVRİNDE PASİFLERİN DEVİR KAPSAMI DIŞINDA BIRAKILMASININ GEÇERLİLİĞİ

On The Validity of Eclusion of Liabilities From Assignment of Business Under Article 202 of Turkish Code of Obligations

Arş. Gör. Işık Aslı HAN¹

Geliş Tarihi: 14.09.2018

Kabul Tarihi: 21.01.2019

ÖZET

Tüzel kişilik tanınmamış ve hukuk süjesi sayılmamış olan ticari işletmeyi ilgilendiren malvarlığının (fond de commerce) hukuki işlemlere konu olması ve özellikle devri bakımından özel bir hukuki rejim öngörölmüştür. Bu kapsamda tacirin ticari işletmeye özülediğı malvarlığının aktifini oluşturan unsurların tamamının veya bir kısmının devri TTK m. 11/3'te, ticari işletmenin organizasyon ve idaresini ilgilendiren borçların devri TBK m. 202'de düzenlenmiştir. Bu çalışmada ticari işletmenin devrini konu alan sözleşmenin tarafları arasında alacaklılar nezdinde süreyle sınırlı bir müteselsil sorumluluk öngören TBK m. 202 hükmünün emredici hüküm niteliğinde olup olmadığı ve buna bağılı olarak tarafların açıkça veya zımnî olarak ticari işletmeyi ilgilendiren borçları devir sözleşmesi kapsamının dışında bırakıp bırakamayacağı değerlendirilmektedir.

Anahtar sözcükler: ticari işletme devri, ticari işletmenin aktifi ve pasifi ile devri, borçların kapsam dışı bırakılması, teminat teorisi, tasarrufun iptali.

ABSTRACT

A special legal regime has been foreseen for assets of business (fond de commerce), which is not recognised as a legal entity, to be subject to transactions, particularly to assignment. In this regard, the Article 11(3) of the Turkish Commercial Law has prescribed assignment of assets and/or rights of the enterprise in whole or in part, whereas the Article 202 of the Turkish Obligations Law stipulated transfer of its debts. In this work, it will be evaluated whether the Article 202, which provides a joint several liability regime for a limited time period, is imperative and whether parties to the assignment of business are thereby prohibited from excluding debts related to the business out of the scope of the assignment.

Keywords: transfer of enterprise, transfer of enterprise with its assets and liabilities, excluding liabilities outside the scope of transfer of enterprise, annulment of act of disposal.

I. GİRİŞ

Türk – İsviçre ticaret hukukunda ticari işletme; normatif düzenlemelerin ruhu, Türk Ticaret Kanunumuzun sistematığı ve uygulama alanının belirlenmesinde esas alınan kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.²

¹ Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı. E-posta: han.isikasl@gmail.com. ORCID ID: 0000-0002-8381-0361

² Ünal Tekinalp, "Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek", *Batder*, Y. 1962, C.1, Sa. 3, s.5.

Esasen ekonomik bir anlam ve görünümü olan ve iktisadi bir birimi ifade eden ticari işletmenin kendisi, hak ve borçlara ehil olan bir hukuk süjesi değildir; tacirin malvarlığı kapsamında bulunmaktadır.³

Ticari işletmenin malvarlığı cephesi (*fond de commerce*), tacirin ticari işletmeye özgülediği mal varlığı unsurlarını ifade etmektedir ve tacirin malvarlığı dâhilinde yer almaktadır. Ekonomik ve ticari anlamı temel alınarak, Türk hukukunda ticari işletme ve ona özgülenmiş malvarlığı unsurlarının hukuki işlemlere – özellikle uygulamada en sık rastlandığı haliyle ticari işletme devrine – konu olması bakımından özel hükümler sevk edilmiştir. Bu kapsamda Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 11/3'te ticari işletmeye özgülenmiş aktiflerin tamamı veya bir kısmının; Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 202'de ise ticari işletmenin organizasyonu ve yönetimine hasredilmiş borçların devri için genel hükümlerden ayrılan rejimler öngörülmüştür.

Sondönemde, kanundan doğan *ex lege* bir müteselsil sorumluluk hali ve borç nakli öngördüğü uzun yıllardır ihtilafsız olarak kabul edilen TBK m. 202 hükmünün emredici bir hüküm niteliğinde olup olmadığı ve devir sözleşmesi taraflarının ticari işletmenin sadece aktiflerinin devrini kararlaştırmalarının geçerli olup olmadığı tekrar tartışmaya açılmıştır. Taraftar kazanmaya başlayan bu muhalif görüşün temel dayanağı, TBK m. 202'nin emredici hüküm karakterinde olmadığı görüşüdür. Bu kapsamda tarafların sözleşme içeriğini belirleme serbestisine sınırlama getirilmediği; çünkü TBK m. 202'nin emredici hüküm olduğunun kabul edilmesi halinde bunun ticari hayatın esnekliğine ve niteliğine uymadığı ve alacaklının menfaatinin, devralanı oldukça güç bir konuma sokmak pahasına korunmasının hükmün ruhuna uymadığı gerekçeleridir.

Borçların devir kapsamından çıkarılmasının geçerliliğine yönelik tartışmaya ilişkin farklı bir perspektif kazanmak adına karşılaştırmalı hukuka yönelmek ve Kıta Avrupası'ndaki belli başlı hukuk sistemlerinin meseleye nasıl bir çözüm tarzı getirdiğini incelemek yararlı olacaktır. Fransız hukukunun esasen borcun nakli konseptine yabancı olması nedeniyle ticari işletmenin satımı halinde, alacaklıya menfaatinin tehlikeye düştüğü haller için farklı imkânları tanımıştır, Alman hukukunda ise borçların intikali ticari işletmenin devrinden ziyade ticaret unvanının devrine ilişkin bir mesele olarak düzenlenmiştir ve borçlardan sorumluluğun taraflarca sınırlanabileceği açık hüküm altına alınmıştır.⁴ Son olarak mehaz hukuk olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 181. maddesi, TBK m.

³ **Abuzer Kendigelen**, Ticari İşletme Hukuku, Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı / Abuzer Kendigelen / Arslan Kaya / Füsün Nomer Ertan, 5. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 179, p. 338.

⁴ **Keçork Acemoğlu**, Borçlar Kanunu'nun 179. Maddesine Göre Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, İstanbul Fakülteler Matbaası, 1971, s. 5-6; **Mehmet Fatih Arıcı**, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 139-140.

202 ile büyük ölçüde benzer olmakla beraber 1991 yılındaki reform ile hükmün uygulama alanı oldukça daraltılmıştır.⁵

Bu çalışmada, ilgili hüküm kapsamında yeniden alevlenen bu tartışmalar ışığında, özellikle TBK m. 202 hükmünün lafzı, kanun sistematigi içindeki yeri ve ticari işletmenin hukuki işlemlere konu olması bakımından esas alınan ticari işletmenin bütünlüğü ilkesi dâhilinde devralanın borçtan sorumluluğunun kaldırılması veya sınırlandırılmasının geçerliliği mehzaz hukuk sistemindeki güncel gelişmelerle karşılaştırılarak değerlendirilmektedir.

II. MALVARLIĞINA DÂHİL BİR DEĞER OLARAK TİCARİ İŞLETME

A. Ticari İşletmenin Tacirin Malvarlığının Bir Parçası Olması

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 11. maddesinin ticari işletme kavramı *“esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme”* olarak tanımlanmıştır. Ticari işletme, kanunun genel sistematiginde tacir kavramıyla beraber kanunun uygulama alanı ve kapsamını belirleyen temel kavramlardan biri olarak birçok hükümde yer bulmuştur.⁶ Bu kavramın ticaret hukukumuz açısından anlamını en iyi açıklayan ifadeler, **Hırş**'in 6762 s. mülga Ticaret Kanunu'nun tasarı döneminde kaleme aldığı *“Ticaret hukuku denilen bilim dalını, kanun tekniği ile ilgili bir yetki normu veya tarihten gelen bir meslek grubu kavramının çerçevesinde konuşlandırmanın değil, toplumsal gerçekliğin, uğruna çok sayıda özel norm oluşmuş bulunduğu kurumunu, merkezi referans noktası yapmanın zamanı gelmiştir. Ticaret hukukunun merkezi kavramı ticari işletmedir”* cümleleridir.⁷

Türk hukukunda ticari işletme kavramı hak ve borçları haiz bir hukuk süjesi olarak değil, bir obje olarak kurgulanmıştır ve hukuki ilişkilerin doğrudan veya dolaylı olarak konusunu teşkil eden iktisadi bir organizasyonu ifade etmektedir.⁸ Bu kapsamda, tüzel kişiliği olmayan ticari işletmenin malvarlığı yoktur. Esasen ticari işletmenin kendisi, iktisadi organizasyonu yöneten ve yönlendiren gerçek kişi veya tüzel kişi tacirin malvarlığının bir parçasıdır.⁹ Ticari işletme, paraya çevrilebilir (nakden değerlendirilebilir) niteliktedir ve işletmenin devamlılığı için ticari işletmeye tahsis edilmiş nakit ve/veya nakit dışı değerler ile çeşitli

⁵ Bkz. a.şğ. Mehaz İsviçre Hukukundaki Düzenleme başlığı, s. 18.

⁶ **Sabih Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 18. Bs., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013, s. 31; 6762 s. mülga Ticaret Kanunu döneminde kalem alınmış olmakla beraber aynı görüşte **Tekinalp**, s.5.

⁷ Aktaran **Tekinalp**, s. 8.

⁸ **Koray Demir**, *“Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar”*, İÜHFİM, C. 71, Sa. 2, Y. 2013, s. 108.

⁹ **Arkan**, s. 33-34; **Acemoğlu**, s. 19.

malvarlığı unsurlarından oluşan ekonomik bir bütündür.¹⁰Bu bağlamda ticari işletmenin, tahsis edildikleri amaç doğrultusunda yönetilen “*hukuki birlik (universitas juris)*” halinde bir “*eşya ve hak topluluğu*” olmakla beraber niteliği gereği bazı “*imkân ve münasebetleri*”de içine aldığı ifade edilmektedir.¹¹ Sonuç itibarıyla ticari işletme, kendisini teşkil eden her bir malvarlığı unsurunun tacirin yönetimi altında bir araya getirilmesiyle teşekkül etmekte; fakat toplamda her bir münferit unsurun değerinin toplamından daha fazla bir ekonomik değer ve anlam ifade etmektedir.¹²

Bu noktada belirtmek gerekir ki; bazı yazarlar ticari işletmenin tacirin kişisel malvarlığından ayrı özel bir malvarlığı teşkil ettiğini savunmaktadır.¹³ Ancak öz malvarlığı kavramı hukukumuzda olduğu gibi karşılaştırmalı hukukta da nadir rastlanan bir kavram olup ticari işletmenin de bu kapsamda yer aldığını söylemek için pozitif hukukumuzda yeterli dayanak bulunmamaktadır.¹⁴ Bu nedenle ticari işletmenin özel bir malvarlığı olmamakla birlikte tacirin malvarlığı dâhilinde başlı başına ve müstakil bir birim olup bağımsızlığı ve niteliği gereği özel olarak korunduğu kabul edilmelidir.¹⁵

TTK m. 11/3’ün ilk cümlesinde ticari işletmenin, “*içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebileceği ve diğer hukuki işlemlere konu olabileceği*” düzenlenmiştir. Ticari işletme kavramının hukuki boyutları da bulunmakla beraber, aslen iktisadi ve ticari hayatı ilgilendiren bir kurumdur. Bu nedenle ticari işletmeyi konu alan hukuki işlemler açısından kanunkoyucu bir imkân öngörmüş ve ticari işletmenin malvarlığı cephesini oluşturan münferit unsurların, tabii oldukları hukuki rejimin öngördüğü tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek görmeden, bir bütün olarak hukuki işleme konu olabileceğini kabul etmiştir. Doktrinde bu hüküm, “bütünlük ilkesi” şeklindeki madde başlığıyla beraber incelenmekte ve ticari işletmeye hâkim ilkelerden ticari işletmenin bütünlüğü ilkesini düzenlediğini belirtilmektedir.¹⁶ Aynı

¹⁰ Kendigelen, s. 179, p. 338.

¹¹ Demir, s. 107; Acemoğlu, s. 19, 21.

¹² Acemoğlu, s. 21.

¹³ Acemoğlu, s. 19; Arıcı, s. 33-34 vd.

¹⁴ Aynı görüşte Nuşin Ayiter, Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968, s. 16. Özel malvarlığı kavramı ve detaylı incelemesi için: Ayiter, s. 29 vd. Arkan da özel malvarlığına örnek olarak SPK m. 52’de düzenlenen yatırım fonu vermektedir. Anılan hükme göre yatırım fonunu oluşturan malvarlığı değerleri, fonu inanca müllkiyet esaslarına göre işleten portföy yönetim şirketinin kendi malvarlığından ayrıdır ve hukuki niteliği itibarıyla özel malvarlığı niteliğindedir, bkz. Arkan, s. 33, dn. 6; inanca işlemlerde inancının elindeki malların da özel malvarlığı oluşturduğu görüşü için bkz. Ayiter, s. 29-30, 33.

¹⁵ Ayiter, s. 16; Arkan, s. 33; Kendigelen, s. 180, p. 339.

¹⁶ Ercüment Erdem, “Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Y. 2014, C.1, Sa. 28, s.1008.

maddede kanunkoyucu, bu hukuki işlemler kapsamında uygulamadaki sıklığı nedeniyle ticari işletmenin devrini özellikle zikretmiştir.

Ticari işletmenin aktiflerinin tamamının ve ya bir kısmının devrini düzenleyen TTK m. 11/3 hükmünün yanında TBK m. 202 hükmü de pasiflerinin devrine ilişkin düzenleme getirmektedir.¹⁷Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanununun kabulünden sonra iki hüküm ile TTK m. 194/1 arasında devir kapsamı, tescil ve ilan prosedürü açısından malvarlığı unsurlarının intikal anı hususlarında bazı uyumsuzlukları ve uygulamada oluşabilecek soru işaretlerine isabetli olarak bu hususlara dikkat çekilmiştir.¹⁸

B. Ticari İşletmenin Malvarlığı Cephесinin Kapsamı

Bütünlük ilkesi madde başlığını taşıyan TTK m. 11'in üçüncü fıkrasında bir karine öngörölmüş ve devir sözleşmesinin kural olarak duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği düzenlenmiştir. Maddemetni incelendiğinde "(...) *ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurları*" ifadesinde kanun koyucunun sınırlayıcı yerine örnekleyici bir sayım yapma yolunu tercih ettiği görölmektedir.¹⁹ Şüphesiz hızla gelişen teknoloji ve değişen ticari yaklaşımlar dikkate alındığında ticari işletmeler de teknik yenilikleri takip edeceğinden sınırlayıcı sayımın tercih edilmemesi doğru bir yaklaşım olmuştur. Öte yandan, madde metninde asıl vurgulanan bölüm, hangi malvarlığı değerlerinin ticari işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarınadâhil olduğu noktasında bir ölçüt getirmesidir. Buna göre (i) ekonomik değer taşıma/paraya çevrilebilir olma ve (ii) ticari işletmenin faaliyetinin devamına sürekli surette özgülenme esas kıstas olarak her bir malvarlığı unsuru için incelenmelidir.²⁰Bu doğrultuda tacirin ticari işletmeye özülediği tüm haklar ve bu kapsamda alacak hakları, bunları teminat altına alan ipotek ve rehin hakları hatta işletmenin nakit parası, ticari işletmenin malvarlığı cephesi kapsamındadır. Yine işletmenin bilançosundaki tüm ekonomik değerlerin kural olarak bu kapsamda olacağı belirtilmektedir.²¹

Ticari işletmenin malvarlığı cephesinin kapsamı değerlendirilirken ticari işletmeye ve faaliyetine özülenmiş aktiflerin yanında tacirin ticari işletmenin organizasyonu ve faaliyetinin devamına ilişkin olan borç ve yükümlölüklerinin de tacirin malvarlığının pasifinde ve ticari işletmenin malvarlığı cephesinin

¹⁷ **Turgut Öz**, "*Ticari İşletme Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi*", Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul, Vedat kitapçılık, 2013, s. 98.

¹⁸ Bu uyumsuzluklarla ilgili saptamalar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Demir**, s. 115-116.

¹⁹ **Kendigelen**, s. 181, p. 341-342.

²⁰ **Kendigelen**, s. 182, p. 341-343; **Arkan**, s. 43-44.

²¹ **Kendigelen**, s. 181, p. 342.

kapsamında kaldığı belirtilmelidir.²²

Ticari işletmeye özgülenmiş bu malvarlığını ifade edebilmek için bazı yazarlar ticari işletmenin malvarlığı cephesi ya da ticari işletme fonu (*'fond de commerce'*) terimlerini kullanmaktadır.²³ Bir tüzel kişilik teşkil etmeyen ticari işletmenin *"aktifleri ve pasifleri"* ifadesini kullanmanın yarattığı problematik nedeniyle çalışmamızda bu ifade kullanılacaktır. Yine terimsel olarak, aktif ve pasif terimleri, TTK'nın muhasebeye ilişkin hükümlerinde kullanılan anlamlarından ziyade malvarlığının aktiflerini oluşturan şeyler ve haklar ile pasiflerini oluşturan borçları ifade etmesi için kullanılacaktır.²⁴

Öte yandan, doktrinde bazı yazarlar ticari işletmenin malvarlığı cephesi kavramının mahiyeti belirlenirken, ticari işletmenin faaliyetinin asıl odak noktası müşterileriyle olan sözleşmesel ilişkiler olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle, en azından müşterileri bir arada tutan asli unsurun bu sözleşmelerin kapsamına dâhil olmasının aranması ve ticari işletmenin malvarlığı cephesi kapsamını belirlerken asli ve tali unsur ayırımının yapılması gerektiğini savunmaktadır.²⁵ Asli – tali unsur ayırımına dayanan kriterini savunan görüş azınlıkta kalmakta ve doktrinde malvarlığını oluşturan unsurlar açısından maddi unsur – gayri maddi unsur ayırımı esas alınmaktadır.

Malvarlığının tekliği kapsamında ticari işletmenin tacirin malvarlığı içinde yer aldığını savunan hâkim görüşe göre gerçek kişi tacirin gerek adi borçlarının gerek ticari borçlarının alacaklıları, alacaklarını elde edebilmek için ticari işletmenin kapsamındaki malvarlığı unsurlarının birine veya birden fazlasına başvurabilir. Gerçek kişi tacirin hukuki işlemleri ve eylemleri bakımından hem adi alanı hem de ticari alanı olduğu için bu ayırım esasen sadece gerçek kişi tacir açısından bir sonuç ifade eder. Tüzel kişi tacirin ise sadece ticari alanı ve bu kapsama giren eylem ve işlemleriyle kendisine uygulanan kanunlardan doğan borç ve yükümlülükleri olur.²⁶

1. Maddi unsurlar

Ticari işletmeye dâhil maddi unsurlar açısından ilgili malvarlığı değerinin ticari işletmenin faaliyetiyle ilişkisi dikkate alınarak duran malvarlığı ve dönen malvarlığı ayırımı yapılmaktadır.

²² **Kendigelen**, s. 183, p. 345; Fransız hukukunun aksine hukukumuzda maddi-gayrimaddi unsur şeklinde bir ayırım yapılabilmesi gerekli dayanak bulunmadığı hakkında bkz. **Acemoğlu**, s. 23 vd.

²³ **Reha Poroy / Hamdi Yasaman**, Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 15. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 40; **Acemoğlu**, s. 16.

²⁴ Terminoloji karmaşasına özellikle dikkat çeken **Arıcı**, s. 4-5.

²⁵ **Acemoğlu**, s. 23, 31; **Kendigelen**, s. 182, p. 344 ve dn. 137.

²⁶ **Poroy / Yasaman**, s. 76; **Kendigelen**, s. 381, p. 340.

Ticari işletmenin envanterine ilişkin düzenleme getiren TTK m. 66/3'te anılan duran malvarlığı (yatırım) kavramına, taşınmazlar ve bütünüyle parçaları ile eklentileri, tüm makine, alet, motorlu nakil aracı, mobilya gibi taşınır malların girer.²⁷

TK m. 11'de zikredilmeyen ve teknik olarak malvarlığı kapsamında olmayan dönen malvarlığı kavramı ise bilançoda zorunlu unsur olarak TTK'nin muhtelif hükümlerinde geçmektedir (m. 73/1, m. 79). İşletmenin nakit parası, hammadde, yarı mamul ya da mamul mallar, dönen malvarlığı kapsamında sayılmaktadır. Bu unsurların asıl işlevi, ticari işletmenin faaliyet konusuyla yakından ilişkili olup faaliyeti yakından ilgilendirmeleridir. Örneğin; bir bisküvi fabrikası açısından yarı mamul mal olan un, dönen malvarlığı içinde yer alır ve işletmenin bisküvi üretimi ve satışı yapması şeklindeki ticari faaliyetini doğrudan ilgilendirmektedir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki; ticari işletmeye özgülenmiş olan ve bir banka hesabında yer alan para aslen bankaya karşı bir alacak hakkı niteliğindedir ve maddi unsur olarak değerlendirilmez.²⁸

2. Gayri Maddi Unsurlar

Tacirin ticaret unvanı, ticari işletme, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri bakımından ayırt edici ad ve işaretler, alan adları, know-how, senede bağlı olan olmayan tüm alacaklar ile bunları teminat altına alan rehin ve ipotek hakları, kiracılık hakkı ve müşteri çevresi ve işletme değeri ticari işletmenin malvarlığı cephesinin kapsamını oluşturan gayri maddi unsurlar arasında sayılmaktadır.²⁹

3. Ticari İşletmenin Malvarlığı Cephesinin Korunması

Ticari işletmeye ve faaliyetine dâhil bulunan mal varlığı unsurları münferiden tabi oldukları hukuki rejime göre korunurlar. Bu noktada bir eşya ve hak topluluğu³⁰ olduğu ifade edilen ticari işletmenin bütünü itibarıyla TK m.11/3'te yasal dayanağıyla ifade edilen bütünlük ilkesi ışığında korunup korunamayacağı sorusu akla gelebilir. Bu kapsamda genel hükümler bağlamında TK m. 54 vd. düzenlenen haksız rekabet hükümlerine göre ticari işletmenin ve mal/hizmetleri, üretim prosesleri, itibarı, müşteri çevresi ve benzeri unsurlarının korunması talep edilebilir.³¹

²⁷ Kendigelen, s. 183, p. 346.

²⁸ Kendigelen, s. 183, p. 347.

²⁹ Kendigelen, s. 184-187, p. 349 vd.

³⁰ "Eşya birliği" kavramına ilişkin genel bilgi için bkz. Kemal Oğuzman/ Özer Selici / Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 19. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s.11 p. 49-50.

³¹ Kendigelen, s. 187-188, p. 355-356.

III. TİCARİ İŞLETME DEVRİNİN KAPSAMI

A. Uygulanacak Hükümler

Ticari işletmenin bir hukuki işleme konu olması bağlamında aktiflerin intikali TTK m. 11’de, pasiflerin devri ise TBK m. 202’dedüzenlenmiştir.³² Ticari işletmenin devri kurumu ticari işletme hukukunun yanında şirketler hukuku, iş hukuku (iş yeri devri kurumu bakımından İş Kanunu m. 6, Deniz İş Kanununun atfıyla TTK hükümleri), rekabet hukuku, vergi hukuku ve icra iflas hukuku (icra ve iflas Kanunu m. 44 ve 280/3) gibi diğer hukuk dallarını da ilgilendiren ve bunlar bağlamında da hukuki sonuç doğuran bir kavram olduğu için muhtelif mevzuatlarda da bazı düzenlemeler yer almaktadır.

Bu çalışmada ticari işletmenin devri kurumu incelenirken,TK m. 11’de yasal dayanağını bulan ticari işletmenin bütünlüğü ilkesi ışığında “*Malvarlığının veya işletmenin devri*” madde başlıklı TBK m. 202’de ve öngördüğü rejim ele alınmıştır. Aynı şekilde Ticaret Sicili Yönetmeliği’nde (“*TSY*”) de ticari işletmenin devri ilişkisine ve prosedürüne ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

B. Devir Sözleşmesi

1. Hukuki niteliği

Ticari işletmenin devrine ilişkin yapılacak olan devir sözleşmesi, ticari işletmeyi oluşturan unsurların devri açısından borçlandırıcı işlem teşkil etmektedir.³³ TTK m. 11/3 uyarınca devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gereklidir. Kanunun ifadesi itibarıyla devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması, bir ispat şartı değil geçerlilik şartıdır.³⁴ Öte yandan, yazılı olarak yapılan devir sözleşmesinin ayrıca ticari işletmenin olduğu yer ticaret siciline tescil edilmesi ve devrin ilan edilmesi gerekmektedir. Doktrinde bazı yazarlar devir sözleşmesinin tasarruf işlemi olduğunu ve malvarlığı unsurlarının tabi oldukları hukuki rejimin öngördüğü devir prosedürüne uyulmasına gerek kalmaksızın devir sözleşmesinin akdedilmesiyle devralana intikal ettiği görüşünü benimserken;³⁵ hâkim görüş, devir sözleşmesinin bir borçlandırıcı işlem niteliğinde olup devir sözleşmesinin tescil talebi ile tasarruf işleminin oluşacağı³⁶ yönündedir. Bu çalışmada dabenimsenen hâkim görüş uyarınca devralanın tescil talebinde bulunması gerekmektedir (TSY m. 22). Devralanın tescil talebinde bulunmasıyla kurucu yenilik doğuran işlem niteliğindeki tasarruf işlemi doğar. TSY m. 133/3 de “*Ticari işletmenin devri, devir*

³² Kendigelen, s. 193, p. 367.

³³ Fikret Eren, Borçlar Hukuku, 21. Bs., İstanbul, Yetkin Yayınları, 2017, s. 1277; Acemoğlu, 25; Arıcı, s. 67, 69 vd.

³⁴ Kendigelen, s. 199, p. 381.

³⁵ Arkan, s. 42; Poroy / Yasaman, s. 46.

³⁶ Kendigelen, s. 209, p. 395; Arıcı, s. 215; Erdem, s. 1006, Ernst Hirş, Ticaret Hukuku Dersleri, 2. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1946, s. 176.

sözleşmesinin tümünün tescili ile hüküm ifade eder” hükmü ile bu çıkarımı teyit etmektedir.³⁷Böylece özel sicili bulunan taşınmaz, motorlu taşıt, gemi, hava aracı, fikri mülkiyet hakları;kendi özel sicillerinde devre ilişkin tescil işlemi yapılmasına gerek kalmaksızın, devir sözleşmesinin tescili üzerinden devredilir. Bu da bir tescilsiz iktisap hali teşkil eder.³⁸

Buna paralel olarak TSY m. 135/5’te ticaret sicil müdürü bakımından devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili üzerine ticari işletmenin devrinin tescili ile eş zamanlı olarak ilgili sicillere derhal bildirim yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu tescil, ticaret siciline yapılacak tescilin aksine kurucu değil açıklayıcı nitelikte olacaktır. Ancak ticaret sicil müdürünün diğer sicillere yapacağı bildirim bakımından uygulamada iki soruna dikkat çekilmektedir. Öncelikle TSY m. 133/2-b’nin devre dâhil aktifleri değil, devir kapsamı dışında bırakılacak aktiflerin sayılması gerektiği hükmü karşısında ticaret sicil müdürü hangi sicillere bildirimde bulunulması gerektiği nasıl bilecektir? İkinci olarak, MERSİS sistemine geçilmemiş olan ticaret sicil müdürlüklerinde, diğer sicillere eş zamanlı bildirim nasıl yapılacağı sorusu akla gelmektedir. Bu kapsamda özellikle tapu sicili bakımından ticaret siciline tescil ile tapu sicil müdürlüğüne bildirim arasındaki sürede, Türk Medeni Kanununun 1023. maddesi uyarınca iyiniyetli üçüncü kişinin taşınmaz mülkiyetini iktisabı meselesi de gündeme gelebilir.³⁹

Son olarak işaret edilmelidir ki; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 7/2 maddesi uyarınca Rekabet Kurulu tarafından çıkarılacak tebliğ ile belirlenmiş birleşme ve devralmalar bakımından ticari işletmeyi konu alan devir sözleşmesinin geçerliliği, Rekabet Kurulu’ndan izin alınmasına bağlıdır. ⁴⁰

2. Sözleşmenin Tarafları

Borçlandırıcı işlem niteliğinde olan ve ticari işletmeyi konu alan devir sözleşmesi, devreden ile devralan ya da bunların usulüne uygun yetkilendirilmiş temsilcileri arasında akdedilecek iki taraflı bir hukuki işlemidir.

Ticari işletmenin aktif ve pasifleri ile devrine ilişkin sorumluluk rejimini düzenleyen TBK m. 202, Borçlar Kanununun 196. maddesinde borcun nakline ilişkin alacaklının rızasını zorunlu gören sisteminden ayrılması ve alacaklıların

³⁷ Şener, Oruç Hami:, Ticari İşletme Hukuku, 1. Bs., Ankara, Seçkin, 2016, s. 21.

³⁸ Kendigelen, s. 210 p. 397 ve s. 215, p. 400; Arkan, s.42. TTK’da adi yazılı şekle uyarak devir sözleşmesinin akdedilmesini özel geçerlilik şekline tabi olan taşınmazların satışı açısından da geçerli sayılmasını Bahtiyar haklı olarak eleştirmekte ve İsviçre Hukukuna paralel şekilde, tapu sicilinin aleniyet gereği ilkesi gereği, taşınmazları konu alan devir sözleşmesi için resmi şeklin gerekliliğine dair özel bir hüküm içermesi gerektiğini belirtmektedir. Mehmet Bahtiyar, “Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri”, Legal Hukuk Dergisi, Y. 2011, s. 3095.

³⁹ Erdem, s. 1004.

⁴⁰ Rekabet Kurulu’ndan alınacak izine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Erdem, s. 1006-1007.

rızası gerekmeksizin ve alacaklılaradevirden sonra yapılacak bildirim veya Ticaret Sicili Gazete'sinde devrin ilanı üzerineticari işletmeyi ilgilendiren borçların devralana geçeceği düzenlenmiştir.⁴¹ Hükümde öngörülen devrin alacaklılara bildiri veya Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmesi, borçların intikal anı ile devreden ve devralanın tabi olacakları sorumluluk rejimini ilgilendiren bir husustur. Bu nedenle devir sözleşmesi yönünden alacaklının izin veya icazeti de aranmayacaktır.⁴²

Ticari işletmenin devrine ilişkin devir sözleşmesinin ve işlemlerin tarafları devreden tacir ile devralan kişi olur. Ticari temsilcinin ise taciri temsilen onun adına ve hesabına ticari işletmeyi devredebilmesi için kendisine özel yetki verilmesi gerekmektedir. Zira ticari temsilci, en geniş kapsamda yetkiye sahip tacir yardımcısı olmasına rağmen ticari işletmenin devri TBK m. 547'de ticari temsilcinin ticari işletmeyi temsil etmesi ve yönetmesi bağlamında yetkili olduğu bir konu değildir.⁴³

3. Sözleşmenin kapsamı

a. Aktifler

Ticari işletmeye sürekli surette tahsis edilmiş malvarlığı unsurları genel itibariyle devrin kapsamını oluşturmaktadır.⁴⁴TTK m.11/3'ün ikinci cümlesi, kural olarak devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiraçılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını kapsadığını belirtmekle beraber bu unsurlar biri veya birkaçının devir kapsamından çıkarılabileceğini açıkça hüküm altına almaktadır. Aksi kararlaştırılmadıkça devir kapsamında olduğu kabul edilenticaret unvanı bakımından TTK m. 49'daki ticaret unvanının ticari işletmeden ayrı olarak devredilemeyeceği ve *açıkça* aksi kararlaştırılmamışsa ticari işletmenin devrinin ticaret unvanının da devri sonucunu doğuracağı hükmü de TTK m. 11 ile paralellik göstermektedir. Belirtilmelidir ki; mehz İsviçre hukukunun aksine bizim hukukumuzda devir sözleşmesinin kapsamının açıkça ve tam olarak belirlenebilmesi ve muhtemel uyumsuzlukların engellenebilmesi için devir sözleşmesine ek olarak devir kapsamındaki mallara ilişkin bir envanter hazırlanması zorunluluğu öngörülmemiştir.⁴⁵

Bir görüşe göre ticari işletmenin devrinde maddi olmayan unsurların devri şart iken gayri maddi unsurları biri veya birkaçı devir kapsamı dışında bırakılabilir. Bu görüşün gerekçesi maddi unsurların maddi olmayan unsurlara tabi ve onların tamamlayıcı eki (mütemmim cüzü) olması ve ticari işletmenin

⁴¹ Öz, s. 117; **Oruç Hami Şener**, Ticari İşletme Hukuku, 1. Bs., Ankara, Seçkin, 2016, s. 22. .

⁴² **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 283; **Oğuzman / Öz**, s. 624-625 p. 1893.

⁴³ **Kendigelen**, s. 196-197 p. 376.

⁴⁴ **Kendigelen**,s. 201, p. 385.

⁴⁵ **Kendigelen**,s. 202, p. 386; Bu yönde düzenlemenin sakıncalarına ve uygulamada karşılaşılabilecek sorunlar için: Öz, s. 110.

aktiflerinin asli kısmını maddi olmayan unsurların oluşturmasıdır.⁴⁶Geçmişte ticaret ünvanı, işletme adı, müşteri portföyü gibi maddi olmayan unsurların; özellikle küçük ve orta büyüklükteki ticari işletmelerin fiziki ve iktisadi yapısıyla bir bütün olduğu görülmekteydi.Bu nedenle bir ticari işletme devrinden söz edebilmek için bunların da devredilmesi gerektiği görüşü savunulabilirdi. Ancak günümüzde fikri çabaların ve teknolojinin ilerlemesiyle bazı işletmelerin görünür yüzünün adeta gayri maddi unsurlardan oluştuğu ve her bir münferit gayri maddi unsurun ticari işletme için aynı önemde olmayacağı dikkate alınırsa bu görüşe katılamıyoruz.

Bu durumdabir ticari işletme devrinden söz edebilmek için aktiflerin hangilerinin ticari devir kapsamında kaldığının belirlenmesi açısından yukarıda belirtilen sürekli surette ticari işletmenin organizasyonu ve faaliyetine özgülenme kriteri göz önüne alınmalıdır. Aksi belirtilmedikçe ticari işletmenin aktiflerinin *bir küle olarak* devredildiği sonucuna varılır.⁴⁷ Ticari işletmeye özgülenmiş aktiflerin bir kısmı devir kapsamı dışında bırakılmış olmasına rağmen ticari faaliyet için asli unsur niteliğinde olan aktifler devir kapsamında tutulmuşsa burada bir ticari işletme devri olduğundan bahisle TBK m. 202 uygulanacaktır.⁴⁸ Buna paralel olarak, somut olayda bir ticari işletme devrinin söz konusu olduğu sonucuna varabilmek için ticari işletmenin devamlılığı ve bütünlüğünü bozmayacak ölçüde aktifin devir kapsamı dışında bırakılması gerekir.⁴⁹ Taraflar hangi aktiflerin devir kapsamı dışında bırakılacağını açıkça belirtmişse veya devir kapsamındaki aktifleri sınırlayıcı olarak saymamışlarsa, devir kapsamında kalan aktifler bu kriter gereği tespit edilecektir. Bu anlamda devir kapsamındaki aktifleri tespit edebilmek için yine ticari işletmenin bilançosuna, envanterine ve diğer ticari kayıtlarına bakılması önerilmektedir.

b. Pasifler

Tacirin malvarlığında yer alan ve anılan kriter uyarınca ticari işletmenin organizasyon ve faaliyetine tahsis edilmiş borç ve yükümlülükler de kural olarak aktifler ile birlikte devir kapsamında sayılır.⁵⁰ Ticari işletmenin faaliyetiyle ilgili olarak işlem ve eylemler dolayısıyla ya da kanundan doğan borçlar ile ticari işletme organizasyonun kuvvetlendirilmesi ve yeniliklere uyum sağlanması yapılan yatırımlar nedeniyle alınan krediler, ticari işletmeyi ilgilendiren borçlar arasında sayılabilir.⁵¹Ticari işletme organizasyonunu ilgilendiren pasiflerin de

⁴⁶ **Oğuz** İmregün, Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler – Ortaklıkları – Kıymetli Evrak), 12. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 200,1 s.12; **Erdem**, s.1010.

⁴⁷ İmregün, s. 11.

⁴⁸ **Acemoğlu**, s. 40-41 ve 101; **Bahtiyar**,s. 3892.

⁴⁹ **Öz**, s. 115.

⁵⁰ **Kendigelien**, s. 202, p. 387; **Arıcı**, s. 157; **Halil Arslanlı**,Kara Ticareti Hukuku, 3, bs, İstanbul, İstanbul Fakülteler Matbaası, 1960, s. 116.

⁵¹ Bu bağlamda ticari işletmenin kurulması aşamasında veya kurulduktan sonra ticari işletme faaliyetine özgülenmiş olma kriteri için bkz.**Arıcı**, s.38 ve özel hukuk ilişkilerinden doğan

devir kapsamında devralana geçmesi, TTK m. 11/3'te dayanağını bulan ticari işletmenin bütünlüğü ilkesi kapsamında kabul edilmelidir. Yine Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 133. maddesinin birinci fıkrasında "*ticari işletmenin, Kanunun 11 inci maddesi uyarınca bir bütün halinde ve devamlılığı sağlanmak suretiyle devredilebileceği*" belirtilerek bütünlük ilkesine atıf yapılmıştır.

Borçlar, fer'ileri⁵², aynı hükümler altında (ifa yeri, zamanı vb.) ve devreden alacaklıya karşı ileri sürebileceği itiraz ve def'ileriyle beraber devralana geçer.⁵³ Öte yandan, ilk borçlu olan devreden tacirin kişiliğine sıkı surette bağlı olup şahsen ifayı gerektiren borçlar ve özellikle rekabet etmeme borcu bakımından bunların niteliği gereği devralana intikal etmeleri söz konusu olmaz.⁵⁴

Pasiflerin devir kapsamında olması ve devralana kanun gereği intikal etmesi meselesi özellikle devralanın devir anında bilmediği borçlar (sürpriz borçlar ya da şaşırtıcı borçlar) ve bunlara karşı savunma yapma imkanı olup olmadığı açısından önem teşkil etmektedir.

Bu noktada,TTK m.11/3'te yer alan, taraflarının iradelerine bağlı aktiflerin bir kısmının devir kapsamı dışında bırakılabileceğine ilişkin hükmün aksine, TBK m. 202'de pasiflerin tamamının veya bir kısmının devir kapsamı dışında bırakılması imkânına ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Kanunda açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber, yakın zamana kadar ticari işletmenin devrinde devir kapsamındaki borçlara ilişkin hukuki rejimi düzenleyen TBK m. 202'nin TTK 11 uyarınca bütünlük ilkesi işığında yorumlanacağı kabul edilmekteydi.Bu kapsamdapasiflerin teminatı olan aktiflerin devri halinde pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılamayacağı ("*Teminat Teorisi*")⁵⁵, pasiflerin aktiflerle beraber *bir kül olarak ve kanun hükmü gereği geçtiği*⁵⁶ genel olarak belirtilmekteydi. Borçlardan sorumluluğun sınırlandırılabilceğini belirten yazarlara karşı⁵⁷hâkim görüş;devralanın sorumluluğunu sınırlandıran anlaşmaların dış ilişkide alacaklılara karşı geçerli olmayacağını savunmaktadır.⁵⁸

borçlar, vergi borçları, sigorta borçları açısından örnekler ile inceleme için bkz.**Arıcı**,s. 196-200.

⁵² Bu kapsamda işlemiş veya işleyecek faiz alacağı, muaccel sözleşme cezası, sözleşme cezası isteyebilme, muacceliyet ihbarında bulunabilme gibi alacağa bağlı yenilik doğuran haklar ve devreden tesis etmiş olduğu rehin hakları sayılabilir.

⁵³ **Thobas Probst**, Commentaire Romand: Code des Obligations I Art. 1 – 529 CO, éd. par Thévenoz, Luc, Werro, Franz, 2. éd., Helbing Lichtenhahn, 2012, s. 1273; **Arıcı**, s. 20.3

⁵⁴ **Arıcı**, s.160, 195-197.

⁵⁵ Türk hukukunda teminat teorisinin tarihçesi ve teori kapsamında savunulan görüşler için bkz.**Arıcı**, s. 144 vd.

⁵⁶ **Arkan**, s.45.

⁵⁷ Devir sözleşmesindeki sınırlamanın alacaklılara bildirim veya ilan ile duyurulması şartıyla dış ilişkide de geçerli olacağı yönünde: **Arslanlı**, s. 116ve **Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s.281.

⁵⁸ **Arkan**, s.45.

Bununla beraber, son dönemde TBK ve TTK'daki ilgili hükümlerin lafzı ve ruhu itibarıyla yeniden yorumlanması ve uygulamada devreden – devralan – alacaklı(lar) arasındaki menfaatler dengesinin sağlanması gayesiyle, TBK m.202 hükmünün pasiflerin ticari işletme devri kapsamı dışına çıkarılması imkânını öngörüp öngörmediği meselesi yeniden tartışmaya açılmıştır.⁵⁹ Çalışmamızda bu görüşler ve tartışma detaylı olarak incelenmektedir.

c. Sözleşmeler

Türk hukukunda iş yeri devri kurumu kapsamında iş sözleşmelerinin iş yerini devralana intikalini düzenleyen İş Kanunu m. 6 ve TTK m. 11/3'te belirtilen kiracılık hakkının devri bakımından özel hükümler sevk edilmiştir. Marvarlığı veya işletmenin devri kapsamında, sözleşmelerin ve buna bağlı olarak sözleşmenin tarafı olma sıfatına bağlı hak ve borçların intikali açısından ise ayrıca bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu mesele bakımından mehz İsviçre hukukunda ticari işletmenin devrinde sözleşmelerin devri bakımından da külli halefiyet ilkesinin geçerli olacağı ve alacaklıların rızası aranmaksızın sözleşmelerin devralana intikal edeceği belirtilmektedir. Bununla beraber otomatik devrin sakıncalarına karşı devre yabancı üçüncü tarafın sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınması gerektiği vurgulanmaktadır. Doktrinde de konunun sürekli borç ilişkileri bakımından arz ettiği öneme dikkat çekilerek aynı çözüm tarzı benimsenmektedir.⁶⁰

Ticari işletme devri kapsamında sözleşmelerin devri de aktifler ve pasifler için getirilen kriter dikkate alınarak saptanmalı ve ticari işletmenin iktisadi bütünlüğünün korunmasına ve ticari işletmenin faaliyetinin devamına hizmet eden sözleşmelerin devir kapsamında olduğu kabul edilmelidir.⁶¹ Zira dolaylı olarak işletme konusuna giren borçlar ve sözleşmelerin devralana intikali, ticari hayata hâkim tecrübe ve teamüller ışığında olağan ve beklenebilir değildir.⁶²

IV. BORÇLARIN DEVİR KAPSAMI DIŞINDA BIRAKILMASININ GEÇERLİLİĞİ

A. Ticari İşletmenin Borçlarından Sorumluluk Rejimi

Türk Borçlar Kanununun 202. maddesi uyarınca ticari işletmenin devrinde borçların devralana intikali iki kurucu şart üzerine kurgulanmıştır: **(i)** ticari işletmenin aktifi ve pasifi ile devrine ilişkin geçerli bir devir sözleşmesinin akdedilmesi ve **(ii)** devrin alacaklılara bildirilmesi ya da Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmesi.⁶³

⁵⁹ Arıcı, s. 28.

⁶⁰ Kendigelen, s. 208, p. 393.

⁶¹ Arıcı, s. 158.

⁶² Arıcı, s. 159.

⁶³ M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2, Gözden Geçirilmiş

Devir konusu ticari işletmenin borçlarından sorumluluk için öngörülen rejim uyarınca devralanın ticari işletmenin devrini alacaklılara bildirmesi veya Ticaret Sicili Gazete'sinde ilanı ile işletmeye ait borçlardan sorumlu olacağını; devreden ise muaccel borçlar için bildirim veya ilan tarihinden ve müccel borçlar için ise muacceliyet tarihinden itibaren iki yıl süreyle müteselsil olarak sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu kapsamda devralan tarafından bildirim veya ilanın yapılmasının borçların nakli açısından bir şart olduğu belirtilmiş, yine dördüncü fıkrada da bildirim ve ilan yapılmadıkça devralanın borçlardan sorumluluğunun tamamen sona ermesinden önceki iki senelik zamanın başlamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Öngörülen sorumluluk rejiminin hukuki nitelendirilmesi bakımından, TBK m. 202 hükmü, ticari işletmenin borçları bakımından ilk olarak borca katılma, sonra da borcun devralana kanun gereği naklinin sonuçlarını doğurmaktadır.⁶⁴ Kanunda belirtilen iki yıllık müteselsil sorumluluk süresi boyunca borca katılma kurumu hüküm ifade ederken bu sürenin sonunda artık borca katılma kanuni borç nakline dönüşmektedir.⁶⁵

Kanun bildirimde bulunma ve ilan yoluyla duyurma yükümlülüğünü devralana yüklemiştir. Bununla beraber, doktrinde devralanın bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde devreden, kendisini bildirimde bulunmaya zorlayabileceği veya bu yükümlülüğe uymaması halinde, TBK 112 uyarınca aralarındaki devir sözleşmesine aykırılıktan dolayı talepte bulunabileceği kabul edilmektedir.⁶⁶

Yukarıda devir sözleşmesinin kapsamına ilişkin açıklamalar yapılırken belirtildiği gibi açıkça kararlaştırılmamışsa da ticari işletmeye ilişkin borçlar da ticari işletmenin devri ile birlikte devralana intikal eder. Pasifler başlığında açıklandığı üzere, devir konusu borçlar ticari işletmenin malvarlığı cephesindedâhil ve ticari işletmenin aktifleri ve ilişkileri ilgilendirmeli, ilk borçlu olan devreden tacir açısından şahsen ifa zorunluluğu bulunmamalı ve devredilebilir nitelikte bir borç olmalıdır.⁶⁷

Güncelleştirilmiş 12. Bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016 s.624 p. 1892; **Probst**, s. 1270, p. 20.

⁶⁴ **Arıcı**, s. 138; **Oğuzman / Öz**, s. 623; **Ayiter**, s. 51; **Pierre Tercier**, Le Droit des Obligations, 2. éd., Zurich, Schulthess, 1999, s. 223, p. 1378.

⁶⁵ **Arıcı**, s. 138.

⁶⁶ **Kendigelen**, s. 218, p. 409; **Acemoğlu**, s.111; **Arıcı**, s. 193. Ayrıca devir sözleşmesinin alacaklılar bakımından "üçüncü kişi yararına tam sözleşme" sayılıp alacaklıların da ilanı mahkemeden talep edebileceklerine ilişkin bkz. **Oğuzman / Öz**, s. 625, p. 1894.

⁶⁷ **Arıcı**, s. 195.

B. Türk Hukukunda Borçların Kapsam Dışı Bırakılıp Bırakılmayacağına İlişkin Görüşler

Bu noktada son dönemde tartışmaya açılan ve bu çalışmanın konusunu oluşturan hukuki sorun, tacirin malvarlığının pasifinde yer alan kalemlerde ticari işletmeyi ilgilendiren borç ve yükümlülüklerin ticari işletmenin devri kapsamında bırakılmasına –bu kapsamda devir sözleşmesinde ve üçüncü kişilere karşı borcun nakli bakımından kurucu etkisi kabul edilen bildirim ve ya ilanda borçlarının tamamının ya da bir kısmının devreden sorumluluğu kapsamında olmayacağına ilişkin anlaşma–, yani ticari işletmenin sadece aktiflerinin devredilmesine yönelik tarafların iradelerine etki tanınıp tanınmayacağı veya ne ölçüde etki tanınacağı meselesi olmaktadır. Diğer bir ifadeyle, tartışılmak istenen asıl mesele; TBK m. 202'nin emredici bir hüküm olarak borçların kanun gereği intikali sonucu mu doğurduğu, yoksa özel hukukumuzda hâkim olan sözleşme serbestisi ilkesi gereği tarafların sadece aktiflerin devri hususunda anlaşmaya yetkili olup olmadıklarıdır.

Yukarıda pasifler başlığında da kısaca değinildiği üzere, Türk hukukunda uzun yıllardır ağırlıklı olarak savunulan görüş; TBK m. 202'in ticari işletmeye ilişkin pasiflerin kül halinde ve kanuni borç nakli tarzında kendiliğinden intikalini düzenlediği, bu nedenle devir sözleşmesinde sadece aktiflerin devri kapsamında olmasının kararlaştırılmasının TBK m. 202'deki emredici hükümle bağdaşmayacağı gerekçesiyle kesin hükümsüz olduğu yönündedir.⁶⁸Fakat TBK m. 202'nin emredici hüküm olduğunu savunan yazarlar arasında da hükümsüzlük yaptırımının pasiflerin devrini dışlayan devir sözleşmesi hükmüyle mi sınırlı olduğu yoksa devir sözleşmesinin tamamına mı sirayet edeceği konusunda fikir birliği bulunmamaktadır.⁶⁹

Son dönemde ise açıkça ve kesin olarak öngörülmüş olmak şartıyla pasiflerin devir kapsamında bırakılmasının kararlaştırılmasının geçerli olduğunu savunan bir görüş konuyu tekrar tartışmaya açmıştır ve şu an hukukumuzda azınlık görüşü olarak kalmasına rağmen bu görüş taraftar bulmaktadır.⁷⁰

1. Mehaz İsviçre Hukukundaki Düzenleme

Türk Borçlar Kanununun 202. maddesinin kaynağını İsviçre Borçlar Kanunu'nun 181. maddesinden ("*CO 181*") almaktadır ve büyük oranda mehaz hükmün Türkçeye tercümesi halinde kaleme alınmıştır. Ancak mehaz hüküm, TBK m. 202'ye ek olarak bir fıkra daha içermektedir. Bizim kanunumuzda yer

⁶⁸ Oğuzman / Öz, s. 624-625, p. 1893; Eren, s. 1277-1278; Acemoğlu, s. 39; Öz, s. 114.

⁶⁹ Konuya ilişkin Türk Hukukundaki görüşler ve tartışmalar için bkz. Kendigelen, s. 203, p.388; Erdem, s. 1012.

⁷⁰ Bu görüş için bkz. Arıcı, s. 28 vd. ile s. 77, s. 144-156; Kendigelen, s. 204, p. 389 vd.;Görüşün değerlendirilmesi için bkz. "*Borçların Devrinin Kapsamı Dışında Bırakılmasının Geçerliliği Hakkındaki Görüşlerin Değerlendirilmesi*" başlığı.

almayan bu fıkra uyarınca ticaret şirketlerine, kooperatiflere, derneklere, şahıs kuruluşlarına veya işletmelerine ait ticaret şirketlerinin devri halinde birleşmeye ilişkin 3 Ekim 2003 tarihli Kanun uygulanacaktır. Bu fıkra ışığında Malvarlığının Birleşmesi, Bölünmesi, Tür Değiştirmesi ve Devri Hakkında Kanununun (“*Lfus*”) 4 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe girmesi ile mehz hükmün uygulama alanının oldukça sınırlandırıldığı ve ticari işletme devri anlamında sadece ticaret siciline kayıtlı olmayan şirketler açısından uygulanabilir olduğu belirtilmektedir.⁷¹

İsviçre hukukunda CO 181 kapsamında malvarlığının aktiflerinin tamamı veya bir kısmı devredilebilirken borçların *aktiflerle beraber* devralana intikal edeceği kabul edilmekte ve hüküm, borçların devir kapsamı dışında bırakılmayacağı, aksi halde bir ticari işletme devri değil münferiden bir aktifin devrinin söz konusu olacağı ve alacaklıların çoğu kez bu durumdan zarar göreceğiyönünde yorumlanmaktadır.⁷²Bu nedenle İsviçre hukukunda CO 181’in uygulanması bakımından ticari işletmenin devrinde borçların kanun gereği (*ex lege*) intikal edeceği kabul edilmektedir.⁷³Devralanın sorumluluğunun sınırlanması bakımından Türk hukukundageçerli olan ve İsviçre hukukunda genel kabul gören görüş uyarınca, devrin tescil ve ilanından önce ya da bunu takip eden iki yıllık müteselsil sorumluluk süresi boyunca alacaklının muvafakatiyle devralanın borçtan sorumluluğu kaldırılabilir.⁷⁴ LFus’da yeni ihdas edilen malvarlığı devri kurumu kapsamında, kanunun uygulama alanına giren süjeler bakımından CO181’in aksine borçların kanun gereği naklisöz konusu olmaz.⁷⁵

İsviçre Hukuku’na 2004 yılında giren bu değişiklik ile hükümleri saklı tutulan LFus’un 72. maddesi (“*Lfus 7*”) uyarınca kanunun uygulama alanına giren ticari işletme devirleri bakımından devir sözleşmesine ek olacak envanter listesinde açıkça yer almayan aktif ve pasif unsurlar devreden malvarlığında kalmaya devam eder.⁷⁶ Buna karşılık LFus, alacaklıların korunması amacıyla

⁷¹ **Probst**, s. 1261, p.1.

⁷² **Probst**, s. 1271-1272.

⁷³ **Probst**, s.1275.

⁷⁴ Alacaklının muvafakati ile borcun nakli hükümlerine göre sorumluluğun ortadan kaldırılacağına ilişkin bkz. İmregün, s. 12.

⁷⁵ **Rashid Bahar**, “Chapitre 5: Transfert de Patrimoine”, Commentaire de la Loi Fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine ainsi que des dispositions des lois fédérales modifiées par la LFus (LDFR, CO, LFors, LDIP, CP, LT, LIFD, LIA, LPP, LB, LSA), ed. Henry Peter, Rita Trigo Trindade, Genève, Schulthess, 2005, s. 788;**Alexander Vogel / Christoph Heiz / Urs R. Behnisch / Andrea Sieber / Andrea Opel**, FusG Kommentar Fusionsgesetz mit weiteren Erlassen OFK – Orell Füssli Kommentar, Zurich, 2017, s. 551; **Hüseyin Ülgen / Mehmet Fatih Arıcı**, İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010 s. 1769; **Probst**, s. 1275.

⁷⁶ Bu kapsamda LFus 71 uyarınca devir sözleşmesinin eki olarak düzenlenen envantere yer

devreden ve devralanın müteselsil sorumluluklarının süresini iki yıldan üç yıla çıkarmış ve devralanın korunması açısından da teminat talep etme imkânını düzenlemiştir.⁷⁷ Diğer yandan, LFUS 71'in 2. fıkrasında yer alan ve devre cevaz verilmesini, aktiflerin pasifleri geçmesi şartına bağlı tutan düzenleme de, üçüncü kişiler açısından koruyucu niteliktedir.⁷⁸

Yasama çalışmaları açısından bu değişikliğin kaynağı incelendiğinde, "CO181'in özellikle yüksek ölçekli devirler bakımından tatmin edicilikten uzak olduğu"⁷⁹ gerekçesiyle hareket edildiği görülmektedir.⁸⁰

2. Borçların Devrin Kapsamı Dışında Bırakılmasının Geçerliliği Hakkındaki Görüşlerin Değerlendirilmesi

Somut olayın şartlarında ticari işletmenin aktiflerinin tamamının devredildiği veya ticari işletmenin organizasyonu, iktisadi yapısı ve özellikle ticari faaliyetlerinin karakteri göz önüne alınarak ticari işletmenin genel karakterini ve bütünlüğünü koruyacak sayıda ve nitelikte aktifin devredildiği ya da devir kapsamından çıkarılacak hiçbir aktifin kararlaştırılmadığı durumlarda borçların devri TBK m. 202 kapsamında incelenir. Doktrinde uzun yıllardır hâkim görüş olarak savunulan ve temelini teminat teorisinden alan görüş uyarınca ticari işletmenin borçlarının devir kapsamından çıkarılması yönünde tarafların yapacakları anlaşma geçerli değildir. Ancak hâkim görüşe göre geçersizliğin sadece borçlardan tamamen veya kısmen sorumlu olunmayacağına ilişkin anlaşma kapsamındadır. Ticari işletme devri ise geçerlidir ve bu kapsamda borçların kanun gereği devralana geçer.⁸¹

Öte yandan, doktrinde 50'li yıllarda değinilen, bugün ise azınlık görüşü olmakla beraber taraftar kazanmaya başlayan karşı görüşe göre, TBK m. 202 ticari işletmenin aktiflerinin ile pasifleri ile devri zorunluluğu getiren emredici bir hüküm değildir, yani pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılması yönündeki anlaşmanın geçerli olacağını belirtmektedir.⁸²

almayan bir malvarlığı unsuru, LFUS 72 gereği devreden yedinde kalacaktır, **Bahar**, s. 779; **Vogel / Heiz / Behnisch / Sieber / Opel**, s. 560; **Probst**, s.1; **Ülgen / Arıcı**, s. 1774-1777.

⁷⁷ **Mathieu Piguet**, "Loi sur la Fusion: Principales Nouveautés", Yüksek Lisans Tezi (Memoire de diplome 2001-2003), s. 20. <http://www.unige.ch/droit/mbl/upload/pdf/MEMOIREMathieuPiguet.pdf>

⁷⁸ **Bahar**, s. 786.

⁷⁹ "la réglementation peu satisfaisante de l'art. 181 CO, notamment pour les transactions importantes"

⁸⁰ **Piguet**, s. 17, dn. 76.

⁸¹ **Acemoğlu**, s.38; **Kendigelen**, s. 203, p. 388.

⁸² Bu kapsamda TBK m. 202'nin iradi devirlere uygulanan ve tarafların sözleşme serbesti içinde devir sözleşmesinin kapsamını belirleyebileceğini savunan görüş için bkz. **Arıcı**, s. 28; **Demir**, s. 109-110; Buna karşılık, teminat önerildiği takdirde borçlardan sorumluluğun sınırlanabileceği/kaldırılabilirliğini savunan görüş için bkz. **Sema Aydın / Hasan Ali Kaplan / Arzu Şen Kalyon**, "Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları", Gazi Üniversitesi Hukuk

Belirtmek gerekir ki, TBK m. 202'nin emredici hüküm niteliğinde olup borçların kanun gereği devralana intikal edeceğini savunan görüşe göre de, devir sözleşmesinde, pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılmasına yönelik bir kayıt bulunabilir. Ancak bu yönde bir kayıt, devreden ile devralan arasındaki iç ilişkide borçların paylaşılmasını düzenlemektedir.⁸³

Aşağıda bu iki görüşe dayanak sağlayan argümanlar temel başlıklar halinde incelenmekte ve Türk pozitif hukuku açısından TBK m. 202'in emredici karakterde olduğu ve borçların devir kapsamından çıkarılamayacağı ortaya konmaktadır. Bu kapsamda uygulamada büyük ölçekli ticari işletme devirleri açısından tatmin edici sonuçlar alınamıyor ve adalete aykırı şekilde menfaat dengesi bozuluyorsa İsviçre'de olduğu gibi kanunda değişikliğe gidilmelidir. Aksi takdirde pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılacağı veya sadece aktiflerin devir konusunu oluşturacağı yönündeki anlaşmaları geçerli saymak açıkça *contra legem* yorum teşkil edecektir. Ekonomik ve sosyal konjonktürü ve kanunun uygulanmasının sonuçlarını belirlemek hukuk politikasını ilgilendirmektedir ve hukuk politikasını belirlememek de kanun koyucunun yetkisi dâhilinde bir meseledir. Bu durumda devralan, mevcut düzenlemenin somut olay bakımından kendisi aleyhine sonuçlar doğurması ihtimaline karşı *basiretli bir tacir* gibi hareket ederek kendisini korumak için devir müzakeresi döneminde gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

3. TBK m. 202'nin Lafzı ve Kanun Sistematiği İçindeki Yeri

Azınlık görüşü, TBK m. 202'de yer alan "*ticari işletmenin aktifi ve pasifi ile devri*" ifadesinin mefhum-u muhalifi itibariyle ticari işletmenin pasifleri olmadan da devredilebileceği, ticari işletmenin pasiflerinin devir kapsamı dışında bırakılabileceği şeklinde yorumlanmaktadır.⁸⁴Buna göre TBK m. 202, taraf iradelerinin pasiflerin de aktiflerle beraber devrine yöneldiği hallerde ilişkin bir imkân sağlamakta ve sözleşme serbestisi ilkesini esas almakta; ancak emredici hüküm niteliğinde olmayıp ticari işletmenin devrinde pasiflerin mutlaka devir kapsamında olması zorunluluğunu düzenlememektedir.

Türk hukukunda azınlık görüşün ilk savunucularından **Ayiter** ise ticari işletmenin sadece aktiflerinin devredilebilmesine yönelik anlaşmanın, TBK m. 202'nin uygulama alanına girmeyen fakat geçerli bir hukuki işlem olduğunu belirtmektedir. Bu noktada TBK m. 202 ile borçların geçişinde alacaklıyı koruma gayesi bulunduğunu belirten yazar, sadece aktiflerin intikalini düzenleyen bir anlaşma bakımından alacaklının iki yolla korunabileceğini savunmaktadır. Yazara göre eğer ivazlı bir hukuki işlem sonucu aktifler devredilmişse zaten aktiflerin değeri devreden malvarlığında bulunacak ve alacaklılar tatmin

Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s 232.

⁸³ Bu takdirde bir borç naklinden ziyade sorumluluk naklinin söz konusu olduğu yönünde bkz. **Acemoğlu**, s. 101-102; **Arkan**, s. 45.

⁸⁴ **Arıcı**, s. 144

edilebilecektir. İvazsız bir devir ihtimalinde de alacaklıların iptal davası açma hakkı doğacaktır.⁸⁵

Buna karşın hâkim görüşün kurucusu olarak nitelendirilebilecek olan **Acemoğlu**, karışıklığa sebep olanın TBK m. 202'nin "*ticari işletmenin aktifi ve pasifi ile devri*" tarzındakibaşarısız ifadesi olduğunu belirtmekte ticari işletmenin borçlarından sorumlu olmama ya da sadece aktiflerinin devri yönündeki anlaşmaların emredici hükme aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu belirtmektedir.⁸⁶Bu kapsamda "aktif ve pasifiyle" ifadesinin sadece ticari işletmenin malvarlığı cephesini belirtmek için kullanıldığı savunulmaktadır.⁸⁷Gerçekten de kanunun ifade tarzını ters çevirerek mefhum-u muhalifine ulaşmak, bu kapsamda "*ticari işletme aktifi ve pasifi ile devredilmiyorsa TBK m. 202'deki sorumluluk rejimi doğmaz*" demek, yorum kurallarını fazlasıyla esnetmek anlamına gelecektir. Zira "*mefhumu muhalif hiçbir bir kural diye kabul edilemez; tam terine söz konusu mefhumu muhalife cevaz veren inhisari karakteri ispatlanmak gerekir.*"⁸⁸

Diğer yandan,TBK m. 202 hükmünün kendisi Borçlar Kanunumuzun sistematığı içinde *Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri* başlıklı beşinci bölümün *Borcun Üstlenilmesi* başlıklı ikinci bölümü altında yer almaktadır ve istisnai bir düzenleme getirmektedir.⁸⁹ BK m. 202 hükmü ilgili ayırmadaki diğer müesseseler ve özellikle borcun dış üstlenilmesi ile karşılaştırarak incelenmelidir. Buna göre üçüncü fıkrada malvarlığı veya işletmenin devralınması yoluyla borçların üstlenilmesi halinde bunun sonuçları için borcun dış üstlenilmesi kurumuna ilişkin hükümlere atf yapılmaktadır. Öte yandan borcun nakli kurumunu düzenleyen borcun dış üstlenilmesi sözleşmesine ilişkinTBK m. 196'nın üçüncü fıkrasında kanun koyucu, borcun devri için *alacaklının açık veya örtülü rızasının* alınmasını devrin geçerliliği için şart koşturmuştur.⁹⁰ Kanun koyucu, açık veya örtülü rızasını arayarak alacaklıya alacağını tahsil edebilmesi bakımından daha kötü bir duruma düşmemesi için koruyan bir sistem öngörmüştür. TBK m. 202 bağlamında alacaklının rızasını arayan bu sistemden sapılabilmesi için ticari işletmenin devri bağlamında alacaklıya başka türlü bir koruma imkânı getirilmiş olmalıdır.⁹¹Bu kapsamda devrin özellikle ticaret şirketinin amacıyla

⁸⁵ **Ayiter**, s. 4; Aynı yönde bkz.**Yaşar Karayalçın**, Ticaret Hukuku: C. I Giriş – Ticari İşletme, 3. bs., C. 1, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968, s. 185; **Arıcı**, s. 145 vd.

⁸⁶ **Acemoğlu**, s.38.

⁸⁷ **Acemoğlu**, s. 24.

⁸⁸ Ordinaryus Profesör Dr. Karl LARENZ'in Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Hukuk Biliminin Yöntem Öğretisi) (Heidelberg, 1960, s. 295) adlı eserinden aktaranİsmet **Sungurbey**, Medeni Hukuk Sorunları C. 6,İstanbul, İstanbul Üniversitesi Basımevi ve Film Merkezi, 1994, s. 694.

⁸⁹ **Arıcı**, s. 147; **Demir**, s.109.

⁹⁰ TBK m. 202'nin muadili olan mülga 818 sayılıBK m. 179'un kanunun dogmatik yapısını kırdığı yönünde bkz.**Tekinalp**, s. 11.

⁹¹ Bu kapsamda TBK m. 202 ile kanunen gerçekleşen bir borca katılmanın söz konusu olduğu

bağdaşmayan ya da amacının fiilen değiştirilmesini amaçlar şekilde tasfiyesini sağlamak amacıyla yapıldığı bir durumda alacaklının korunması gayesinin belirginleştiği kabul edilmelidir.⁹²

4. TBK m. 202 Hükümünün Emredici Karakteri

Türk Borçlar Kanununun 202. maddesinin hükmünün lafzı itibariyle emredici olmadığını savunan görüş, borcun nakli için rızası alınmamış alacaklının menfaatinin korunabilmesi amacıyla ticari işletmeye ait pasiflerin aktiflere mutlak surette bağlanmasının emredici karakterde olmadığını belirtmektedir.⁹³

Bir hükmün emredici hukuk kuralı olup olmadığı hükmün lafzı ve koruduğu menfaatin hukuk düzeni içindeki yeri dikkate alınarak belirlenir.⁹⁴ Özellikle üçüncü kişiler açısından onların söz hakkı aranmaksızın sonuç doğurucu bir etkisi olduğu gerekçesiyle emredici karakterde olduğu sonucuna varılmalıdır.⁹⁵ TBK m. 202'nin emredici hükmü itibariyle alacaklının devre açık veya örtülü rızasını bildirmesi ya da devreden ile devralanın borçların devri hususunda anlaşmış olup olmadığına bakılmaksızın borçlar *kanun gereğince* devralana geçer.⁹⁶

Eski Borçlar Kanunumuz zamanından beri savunulan hâkim görüş uyarınca ticari işletmenin devrine ilişkin TBK m. 202 ve ticari işletmenin bütünlüğü ilkesini düzenleyen TTK m. 11 ışığında ticari işletmeye ilişkin borçların tamamen veya kısmen devir kapsamı dışından bırakılabilmesi mümkün değildir. Zira TTK m.11 uyarınca ticari işletme esasen ekonomik bir bütündür ve borçlar da ticari işletmenin faaliyetinin devamı ve organizasyonu içindeki aktiflerin artırılması/ iyileştirilmesine yönelik işlem ve eylemlerden doğmuştur. Bu haliyle düzenleme bir emredici hüküm teşkil etmektedir.⁹⁷ Nitekim eski tarihli olmakla beraber ortaya koyduğu ilkeler uygulamada hala esas alınan bir Yargıtay kararında⁹⁸

ve alacaklı açısından borçlunun değişmesinde söz imkânı tanınmaması bakımından böyle bir koruma imkânı getirildiği yönünde bkz. **Oğuzman / Öz**, s. 623, p. 1890.

⁹² **Piguet**, s. 19.

⁹³ **Demir**, s. 109-110; **Arıcı**, s. 144-156.

⁹⁴ **M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas**, Medeni Hukuk: Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 19. Bası, İstanbul, Vedat Kitabevi, 2013, s. 85-86.

⁹⁵ **Acemoğlu**, s. 40.

⁹⁶ **Acemoğlu**, s. 124, 132; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 283; **Oğuzman / Öz**, s. 624-625 p. 1893.

⁹⁷ **Poroy / Yasaman**, s. 43; **Arkan**, s. 42.

⁹⁸ Yargıtay 4. HD. 3.4.1961, 3748/2899. Aynı yönde: “Gerçekten, bir mamelekin ve işletmenin devralınmasını düzenleyen Borçlar Kanunu’nun 179. maddesine göre devir alan şirket, devir eden şirketin borçlarından ötürü sorumlu olduğu gibi iki yıl müddetle evvelki borçlu (devreden) dahi, yenisi (devralan) ile birlikte müteselsilen sorumlu olur. Borçlar Kanunu’nun müteselsil borçlara ilişkin 141. maddesine göre teselsülün yasa hükmünden doğduğu hallerde kamu düzeni söz konusu olacağından tarafların iradeleriyle teselsülün ortadan kaldırılması hükümsüzdür. Bu nedenle söz konusu müteselsil borç yasa hükmünden (Borçlar Kanunu md.

da “teselsülün bir kanun hükmünden doğduğu takdirde amme intizamın söz konusu olduğu” belirtilerek devredenın ticari işletmenin borçlarından sorumlu olmayacağı kaydı geçerli saymamıştır. Bu görüş uyarınca, tarafların borçların devir kapsamı dışında bırakılmasına ilişkin anlaşmalarının geçersiz olacak, devir sözleşmesi ile bu anlaşmaya rağmen borçlar da intikal edecek ve devredenın devralanı bildirim/ılana zorlayabilecektir. Bazı yazarlar ise bu anlaşmanın geçersizliğinin devir sözleşmesinin tamamına sirayet ederek ticari işletme devrinin geçersizliğine yol açacağını belirtmektedir.⁹⁹

Bu noktada **Demir** emredici karakteri savunan görüşü “tacirin ticari işletmeyi oluşturan münferit unsurları devir yönünden tasarruf yetkisine sahip olup bunun sınırlanmasının devrin tarafları arasındaki arz ve talep dengesini etkileyerek fiyatın düşmesine sebep olacağı, bunun da ticari hayatın esnekliğine zarar vereceğini” belirterek eleştirmektedir.¹⁰⁰ Ancak yukarıda da belirtildiği gibi esasen münferit unsurların devri ticari işletmenin özgülendiği ticari amaç ve organizasyon bakımından asli bir nitelikte değilse zaten ticari işletme devri anlamında gelmez. Kanun koyucunun TBK m. 202 ile amaçlamak istediği ticari işletmenin başka bir tacirin malvarlığına geçmiş olmakla beraber bütün görünümü ve organizasyonu tamamen veya büyük ölçüde bütünlüğünü koruduğu hallerde alacaklıları koruyucu bir hüküm sevk etmektedir.

179’den) doğduğundan, teselsülden kaynaklanan sorumluluğun dışlanması geçersizdir ve hukuki sonuç doğurmaz. Burada belirtilen sorumluluğun zamanı “devir anıdır.” Devrin fiilen gerçekleştiği tarihte doğmuş ve nedeni vücut bulmuş borçlar bu sorumluluğun kapsamında kalmaktadır. İşletmenin devirden önceki borcunun naklinin kural olarak alacaklıya karşı hüküm ifade etmesi Borçlar Kanunu’nun 173. ve 174. maddeleri gereğince alacaklının onamına bağlı ise de, Borçlar Kanunu’nun 179. maddesi bu kurala bir istisna getirmiş, alacaklının rızasına gerek görülmezsizin borcun devir alana intikal ettiği kabul edilmiştir.” Yargıtay HGK.17.10.2007 21664/745; Aynı yönde: “Gerçekten, BK. 179 ncu madde içinde “müteselsil bir borç” vardır. Devir alan şirket devir eden şirketin borçlarından ötürü sorumlu olduğu gibi iki yıl müddetle evvelki borçlu (devreden) dahi, yenisi (devralan) ile birlikte müteselsilen sorumlu olur. Borçlar Kanununun müteselsil borçlara ilişkin 1. maddesine göre teselsülün kanun hükmünden doğduğu hallerde kamu düzeni sözkonusu olacağından tarafların iradeleriyle teselsülün ortadan kaldırılması hükümsüzdür. (Dr. H. Öser/W. Schöenenberger Borçlar Hukuku Ankara 1950 sh.905-906) O nedenle bu müteselsil borç kanun hükmünden (BK. 179 dan) doğduğundan; teselsülden kaynaklanan sorumluluğun dışlanması geçersizdir ve hukuki sonuç doğurmaz. Burada belirtilen sorumluluğun zamanı «Devir anıdır». Devrin fiilen gerçekleştiği tarihte doğmuş ve nedeni vücut bulmuş borçlar bu sorumluluğun kapsamında kalmaktadır. İşletmenin devirden önceki borcunun nakli kural olarak alacaklıya karşı hüküm ifade etmesi BK. 173 ve 174 maddeleri gereğince alacaklının onamına bağlı ise de 179. madde bu kurala bir istisna getirmiş alacaklının rızasına gerek görülmezsizin borcun «devir alana intikal ettiği kabul edilmiştir.” Yargıtay HGK.28.11.2003 21-1030/1077.

⁹⁹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 281, dn. 2 ile s. 283

¹⁰⁰ Demir, s. 110.

5. Ticari İşletmenin Bütünlüğü İlkesi Yönünden Değerlendirme

Doktrinde ticari işletme devri kapsamında pasiflerin hukuki kaderinin aktiflere bağlanmış olması, ticari işletmenin bir tüzel kişiliği bulunmadığı ve ayrı bir malvarlığı teşkil etmediği yönünden eleştirilmektedir.¹⁰¹

Ancak ticari işletme, ticaret hayatında teşkil ettiği öneme atfen bir ekonomik bütün olarak kabul edilmiştir ve gerek ticari işletmeye ilişkin aktifler gerekse pasifler ticari faaliyetin devamına tahsis edilmiş malvarlığı unsurlarıdır. Bu anlamda pasifler esasen ticari işletmenin aktiflerinin değerini arttırmaya –bu kapsamda en temelde ticari işletmenin kar birikimi de nakit para/alacak hakkı olarak aktifte yer almaktadır– yönelik işlem ve eylemlerden doğmakta, öte yandan aktiflerin üretim proseslerine doğrudan ve dolaylı olarak sokulmasıyla pasiflerin azaltılması ya da artmasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu anlamda “*pasifler aktiflerin yükü değil, mütemmim cüz’üdür.*”¹⁰²Ticari işletme, tacirden bağımsız bir hukuk süjesi değil, tacirin yönetimi altındaki bir ticari organizasyondur. Tacirin ticari işlem ve eylemlerini ticari işletmeye özgülediği düşünüldüğünde, ticari işletmenin devri kurumunun da ticari işletme hukukuna egemen olan ilkelerden için ticari işletmenin bütünlüğü ilkesi bağlamında yorumlanması gerekmektedir.¹⁰³

6. Menfaatler Dengesi Yönünden Değerlendirme ve Teminat Teorisi

Pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılabileceğini savunan görüş uyarınca, ticari işletmenin aktiflerini pasifleri açısından alacaklılar nezdinde teminat olarak gören ve genel olarak teminat teorisi olarak adlandırılan görüş; devir işleminin taraflarının iradeleri ve menfaatleri ile alacaklının menfaati arasındaki karşılaştırmada, alacaklılar için gereğinden fazla bir koruma öngörmektedir ve devralanı esasen devir kapsamındaki malvarlığının değeri ile sınırlı olmayan bir sorumluluk altına sokmaktadır.¹⁰⁴ Bu görüş, menfaatler dengesini alacaklı lehine bozan bir yorum karşısında TBK m. 202’nin ticari işletmeyi pasifleriyle beraber devretme yönünde bir zorunluluk değil, *imkân* getirdiği sonucuna varmaktadır.¹⁰⁵Zira ticari işletmenin devrine karşılık devralan devredene devrin karşılığı olarak belli miktar para verecek, yani devreden malvarlığına aktifinden çıkan unsurlar yerine bu miktar girecektir. Bu miktar hâlihazırda alacaklılar için yeterli bir teminat sağlar; alacaklıların devralana da başvurabilmesi yönünde bir imkân sağlanması gerekmez. “*Sağlıklı*” olarak gerçekleşen ticari işletme devirleri açısından bu senaryo adil sonuçlar doğurmaktadır.¹⁰⁶

¹⁰¹ Arıcı, s. 153.

¹⁰² Acemoğlu, s. 39.

¹⁰³ Erdem, s. 1014.

¹⁰⁴ Kendigelen, s. 204, p. 389 vd.

¹⁰⁵ Arıcı, s. 147.

¹⁰⁶ Arıcı, s. 151; Demir, s.110; Aydın / Kaplan / Kalyon, s. 232: Yazarlar benzer bir mantıkla

Öte yandan, ticari işletme devrinde alacaklıların icra veya iflas yoluyla takipte bulunarak bu aktiflere başvurabilmesini engellemek yoluyla onları zarara uğratmak için yapılan devirlere karşı alacaklıyı korumak maddi hukukun değil, icra ve iflas hukukunun amacı ve işlevi dâhilindedir. Nitekim İcra ve İflas Kanunu'nun ("İİK") gerek tacirin ticareti terkine ilişkin 44. maddesi gerekse tasarrufun iptali davaları açısından özel olarak ticari işletme devrinin alacaklılara zarar verme kastıyla hareket ettiğine ilişkin karineyi düzenleyen 280. maddesinin üçüncü fıkrası; alacaklıların başvurabileceği imkânları düzenlenmektedir. Bu hüküm kapsamında dahi ticari işletme devri geçersiz sayılmamakta, devir bedeli ile gerçek bedel arasındaki fark, devralandan tahsis edilmektedir.¹⁰⁷

Bu noktada devralanın borçlardan sorumluluğunun ticari işletmenin aktiflerinin değeri ile sınırlı olmayıp devralanın bütün malvarlığıyla sorumlu tutulması, esasen pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılamayacağını savunan görüş tarafından da eleştirilmektedir. Ancak Türk hukukunda bu görüşün ilk temsilcilerinden olan **Acemoğlu**, meseleye hukuk tekniği açısından yaklaşmakta; belirli bir malvarlığı unsuru/unsurlarının değeri ile sorumluluğun istisnai bir sorumluluk tipi olduğunun altını çizmekte ve diğer yandan alışıl gelmiş olan aktiflerin borçları karşılayacak miktarda olduğu dikkate alındığında bu sonucun menfaatler dengesini alacaklı lehine bozmadığını belirtmektedir.¹⁰⁸

Bu açıdan İsviçre hukukunda bazı borçların devir kapsamı dışına çıkarılmasının ancak alacaklının önceden bilgilendirilmesi ve rızasının alınması suretiyle geçerli olabileceği, bu kapsamda envanter listesinin ispat vasıtası olarak yeterli olmayıp ispat yükünün devralan üzerinde olacağı ve tereddüt halinde devralan aleyhine borçların kendisine intikal etmiş olduğu yönünde sonuca varılacağı belirtilmektedir.¹⁰⁹ Bu yorum tarzı, kanun hükmünün emredici karakterinin arkasında yatan gayeyle uyumlu olduğundan Türk hukuku bakımından da geçerli kabul edilmelidir. Zira alacaklıyı kendisine rağmen korumak gereksiz hatta kimi zaman alacaklının zararına olabilecektir.

başkaca bir teminat önerildiği takdirde pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılabileceğini düşünmektedir.

¹⁰⁷ **Kendigelen**, s. 205, p. 389.

Arıcı, s. 153.

¹⁰⁸ **Acemoğlu**, s. 126; İlanda açıklanmamış borçların naklini düzenleyen bir anlaşmanın, alacaklılar nezdinde sonuç doğurmayıp sadece iç ilişkide etkili olacağı; öte yandan dn.2'de Acemoğlu'nun görüşüne katıldıklarını belirtmekle beraber alacaklıların haklarını ağır şekilde ihlal edilmesi şartıyla sadece aktiflerin devrini öngören anlaşmayı geçersiz sayan görüş için bkz. **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 281, dn. 2 ile s. 283.

¹⁰⁹ **Probst**, s. 1272.

Yine İsviçre hukukunda devreden, devralan ve alacaklıların menfaatleri temsil edilerek bir devir bedeli kararlaştırıldığı durumlarda “sağlıklı bir devrin söz konusu olması” sağlanacağından ancak bu şartla taraflar iradelerine etki tanınabileceği ve aktifler gibi borçlar açısından da devirde sınırlama getirilebileceği belirtilmektedir.¹¹⁰ Bu çözüm tarzı da Türk hukuku açısından kabul edilebilir.¹¹¹

Alacaklının menfaatinin korunması açısından ise, alacaklının korunması her zaman sadece icra ve iflas hukuku kapsamında olmamaktadır. Nitekim yukarıda da belirtildiği gibi borcun dış üstlenilmesi müessesesine ilişkin olarak maddi hukuk da alacaklıyı koruyucu hükümler öngörmüştür. Üstelik burada amaç *alacaklıyı bulunduğu durumdan daha kötü duruma düşürmemek* olarak değerlendirilmelidir. Bir tacir arasındaki sözleşmesel sorumluluk veya haksız fiil sorumluluğuna dayalı olarak alacağı bulunan kişi, bu alacağın doğduğu andaki durumunun kötüleşmesine izin verilmemelidir. Nasıl borcun dış üstlenilmesinde şahsen ifa borcu söz konusu olmamasına rağmen alacaklıya muhatap olduğu ve borçlu olarak şahsi sorumluluğunun sınırlarını bildiği kişinin değişmesi senaryosunda söz hakkı tanınmışsa ticari işletmenin devri bağlamında da ticari işletmenin aktiflerinin değerlendirilerek ticari faaliyete devam edileceği ve bu yolla alacaklıların tatmin edileceğine güvenen alacaklıya da bu teminat tanınmalıdır. Bu nedenlerle maddi hukuk anlamında önleyici bir çözüm imkânı varken alacaklının tasarrufun iptali müessesesiyle uğraşmasını beklemek durumunu ağırlaştırmak anlamına gelecektir. Gerçekten de İİK m. 277 vd. uyarınca tasarrufun iptali davası açılabilmesi için alacaklının borçluya karşı bir aciz belgesi elde etmesi gerekmektedir. Bu noktada her ne kadar İİK m. 280/3 ticari işletme bakımından borçlunun ızrar kastını bildiği veya bilmesi gerektiği yönünde karine getiriyorsa da bu karine de tasarrufun iptali prosedüre başvurma külfetini kayda değer ölçüde hafifletmemektedir.¹¹²

C. Devir Anında Bilinmeyen Borçlardan (Sürpriz Borç) Sorumluluk

Yukarıda da belirtildiği üzere İsviçre Hukukunun aksine Türk hukukunda ticari işletmenin devrine yönelik sözleşme kapsamında sunulacak bilgi ve belgeler arasında ticari işletmenin envanteri ya da finansal bilgileri sayılmamıştır. TSY m. 133/2 hükmü devir sözleşmesinde yer alması zorunlu asgari unsurlar arasında yer almamaktadır. Bu nedenle özellikle ticari işletmeye ilişkin borçlar bağlamında devreden devir anında varlığından haberdar olmadığı bir borcun alacaklısı tarafından kendisine başvurulması ihtimali söz konusu

¹¹⁰ Pierre Engel, *Traité des Obligations en Droit Suisse*, 2. Éd, Berne, Staempfli Editions SA, 1997, s. 905, p. 282.

¹¹¹ Hatta uygulamada müzakereler sırasında alacaklıların tespit edilmesine ve dolaylı olarak devir müzakerelerine katılmaları sık rastlanılmaktadır.

¹¹² Aynı yönde: Acemoğlu, s. 36-38.

olabilir. Devralan tarafından devir anında bilinmeyen bu borçlar doktrinde genel olarak *sürprizborçlar* ya da *şaşırtıcı borçlar* olarak ifade edilmektedir.¹¹³

Doktrinde ağırlıklı olarak savunulan görüşe göre, TBK m. 202'de ticari işletmeye ilişkin borçların devralana intikali bir *kanuni borç nakli* hükmündedir.¹¹⁴ Başka bir deyişle, taraflar arasında borçların devrine ilişkin hiçbir anlaşma olmaması veya devir kapsamında olacak borçların münferiden sayılmasını senaryoları açısından sonuç değiştirmeyecek ve ticari işletmeye ait borçlar kanunun emredici hükmü nedeniyle tarafların iradesine bakılmaksızın devralana geçecektir. Bu noktada alacaklılar sürpriz borçlardan dolayı devralana karşı talepte bulunmuşsa ve devralan ödeme yapmak zorunda kalmışsa devreden ile aralarındaki devir sözleşmesi kapsamında aralarındaki iç ilişkiye göre, iç ilişkide hiçbir husus kararlaştırılmamışsa ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanarak¹¹⁵ ya da şartları sağlanıyorsa irade sakatlığına ilişkin TBK hükümlerine başvurarak devredenin sorumluluğuna gidebilir. Özellikle devredenin mevzu bahis borçlar hakkında bilgisinin olmaması, devredenin aktif veya bir açıklamada bulunması gerekirken sessiz kalmasına bağlı olarak pasif bir hareketle devralanı aldatması halinde devralanın irade sakatlığı hükümlerine dayanarak devir sözleşmesini iptal etmeye yetkili olur. Bu halde de genel hükümler bağlamında borcun dış üstlenme sözleşmesi iç üstlenme sözleşmesinden bağımsız olmasına karşın ticari işletmenin devri bakımından borcun geçmesini sağlayan tek sözleşme devreden ile devralan arasında olduğundan, devir sözleşmesinin geçersizliği veya iptal edilebilirliği alacaklıya karşı da bir savunma olarak ileri sürülebilir.¹¹⁶

D. Devir Sözleşmesi ile Borçların Kanun Hükmü Gereği Geçmesine Karşı Devralanın Başvurabileceği İmkânlar

Devir sözleşmesi ile ticari işletmeyi tamamen veya kısmen devralan kişi, devir sözleşmesine ilişkin müzakereler esnasında ileride herhangi bir zarara uğramamak için bazı müzakere yöntemlerine veya teminatlara başvurabilir.

¹¹³ **Kendigelen**, s. 204-205, p. 389.

¹¹⁴ **Oğuzman / Öz**, s. 624-625, p. 1893; **Eren**, s. 1277-1278; **Acemoğlu**, s. 39; **Öz**, s. 114.

¹¹⁵ **Arkan**, s. 44; ayıba karşı tekeffül hükümlerinin ticari işletme devri bakımından uygulamasına ilişkin detaylı analiz için bkz. **Arıcı**, s.87 vd.

¹¹⁶ **Oğuzman / Öz**, s. 624, p. 1891; İsviçre hukukunda devir sözleşmesinin geçersizliği nedeniyle borçların esasen devralana geçmemiş olduğu gerekçesiyle kesin hükümsüzlük savunmasının alacaklılara karşı da ileri sürülebileceği yönünde bkz. **Acemoğlu**, s. 136. **Acemoğlu**, Türk hukukunda aktiflerin devri açısından sebebe bağlılık ilkesi gereği aktiflerin büyük kısmının devredende kalacağı ve artık borçların aktiflerle beraber TBK m. 202 gereği geçmesinin anlamlı olmayacağını belirterek aynı sonuca farklı bir gerekçeyle varmaktadır. Alacaklı tarafından aksinin ileri sürülmesinin ise hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu ve korunmaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Acemoğlu**, s. 139.

Bu kapsamda ilk akla gelen husus devir sözleşmesine varlığı veya meblağı bilinmeyen borçlar açısından hüküm eklenmesi olabilir. Ancak bu hükmün alacaklılarla olan dış ilişkiye değil, devreden ile devralan arasındaki iç ilişkide etkili olacağı açıkça belirtilmektedir. Aksi halde, TSY m. 133/4 uyarınca ticari işletme devrinin vadeye ve şarta bağlanması anlamına gelebilecek herhangi bir ifade ticaret siciline tescil edilmez. Ticaret siciline tescil ve Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan şartının devir için tasarruf işlemi ve aktif ile borçların geçişi bakımından kurucu olduğu yönündeki çoğunluk görüşüne katıldığımız için bu kapsamda esasen borçların da devralana intikal etmemiş olacağını düşünmekteyiz. Bu kapsamda devir kapsamındaki aktif ve pasiflerin bir listesi hazırlansa ve devir sözleşmesine eklense ve hatta bu liste sözleşme içinde tescil edilse dahi pasifler devralana intikaline engel olamayacaktır.

Devralan öncelikle müzakereler sırasında devir bedelinin belirlenmesi bakımından ticari işletmeye ilişkin borçların neler olduğunu, alacaklıları, borçların tabi olduğu hükümleri devreden ile özel olarak görüşmelidir. Bu görüşmeler kapsamında devreden aktif veya pasif bir hareketle devralanı yanıltması halinde irade sakatlığı ya da ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurarak aralarındaki devir sözleşmesi kapsamında devredene rücu edebilecektir.

Şüphesiz devredene rücu edilmesi imkânı bulunmakla beraber bu yola başvurmak, devralan açısından fazladan emek ve zaman gerektirecektir. Üstelik devreden mali durumunun kötü olması nedeniyle şahsi sorumluluğuna başvurması, alacağını tam olarak tahsil edememesine neden olabilir. Bu durumda devralan devredenden özellikle bir bankadan alınmış bir banka teminat mektubu, doğabilecek rücu borcuna ilişkin bir taşınmaz üzerinde ipotek hakkı tanınarak bir aynı teminat sağlanması veya bankada bulunan bir miktar para üzerine rehin konulması gibi imkânlara başvurabilir. Zira unutulmamalıdır ki, ticari işletmenin borçları bütünlük ilkesi ışığında aktifleri ile beraber kanunun emredici hükümleri uyarınca devralana otomatik olarak intikal etmekle beraber devralan da zaten bir ticari işletmeyi yönetmiş/ yönetecek basiretli bir tacir gibi hareket etmekle yükümlüdür ve kendi mali geleceğini düşünmek bu kapsamda onun sorumluluğundadır.

V. SONUÇ

Çalışma sonucunda varılan sonuç aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

Ticari işletme, Türk-İsviçre hukukunda bir hukuk süjesi değil, bir obje olarak kurgulanmıştır. Ancak ticari ve sosyal hatta ifade ettiği anlam itibariyle ticari hayattaki bütün görünümü hukuki düzenlemelere de yansımış; kanun koyucu özellikle hukuki işlemlere konu olması bakımından ticari işletmenin bütünlük ilkesine vurgu yapmıştır. Bu kapsamda tacirin ticari işletmenin organizasyon, yönetimi ve faaliyetine özgülediği malvarlığı unsurları bu ekonomik birim içinde değerlendirilmiş; aktifler için TTK m. 11/3 ve pasifler için TBK m. 202 ile münferiden kendilerine uygulanan hukuki rejimlerden ayrılan bir sistem getirilmiştir.

Tacirin malvarlığına dâhil olan ve ticari işletmenin malvarlığı cephesi kapsamında ticari işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını tespit edebilmek için (i) ekonomik değer taşıma/paraya çevrilebilir olma ve (ii) ticari işletmenin faaliyetinin devamına sürekli surette özgülenme kriterleri somut olayda dikkate alınır. Bu kriterlerin uygulanmasıyla ticari işletmenin malvarlığı cephesine dâhil aktif ve pasifler belirlenecek; bu kapsamda tespit edilen aktiflerin tamamı veya bir kısmı ile pasiflerin tamamı devir sözleşmesinin kapsamını oluşturacaktır.

Aktiflerin devrini düzenleyen TTK m. 11/3 devredilecek aktiflerin belirlenmesi bakımından taraf iradelerine söz tanımış ve aktiflerin bir kısmının da devredilebileceğini düzenlemiştir. Tarafların sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisini dikkate alan TTK hükmü karşısında TBK m. 202 ise pasiflerin devri bakımından taraf iradelerinin açıkça ve zımni olarak bazı pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılmasını düzenleyebileceklerini öngörmüştür.

TBK m. 202 özünde devreden ile devralanın pasifler bakımından iki yıllık müteselsil sorumluluğu ve bunun ertesinde borcun naklini öngören bir hükümdür. Kanununborcun nakline ilişkin bir geçerlilik şartı olarak düzenlediği alacaklının rızasını arayan sistemden sapmıştır.

Ticari işletmenin organizasyonu ve faaliyetinin sağlanmasıyla ilişkili olan borçlar da aktifler gibi malvarlığı cephesinin kapsamındadır. Keza ticari işletmenin bütünlüğü ilkesi, ticari hayatta arz edilen iktisadi bütünlük görünümü ve hayatın olağan akışında aktifler kullanılarak ticari işletmenin faaliyetini sürdürerek kâr elde etme amacına ulaşacağı ve borçlarını ifa edeceği beklentisine dayanmaktadır. Bu durumda devir işlemi bakımından kendisine söz hakkı tanınmayan alacaklı açısından alacağını elde edebilmesi için TBK m. 202’de müteselsil sorumluluk ve borcun nakli kurumlarına başvurulması tarafların bertaraf edemeyecekleri bir sonuçtur ve esasında borcun naklinde alacaklının rızası şartının yerine geçmektedir.

Yine asıl olarak icra ve iflas hukukunun alacaklıyı korumak için tedbirler içerdiği gerekçesine dayanılarak alacaklıya İİK m. 277 vd. uyarınca tasarrufun iptali yoluna başvurma imkânı tanınması, kanımızca alacaklı nezdinde yeterli koruma sağlamamaktadır. Zira alacaklıyı koruyan tek hukuk dalı icra ve iflas hukuku değildir, maddi hukuk da alacaklıyı koruyucu hükümler sevketmiştir. Bunların başında da dar anlamda borcun ya da sözleşmenin devrinde alacaklıya söz hakkı tanınması gelmektedir. Diğer yandan devir bakımından borcun nakli için kendisinin rızası aranmamış ve tanıyıp bildiği, ödeme gücüne güvendiği borçlusu değişmiş alacaklı bir de tasarrufun iptali prosedürüne başvurmak zorunda bırakılmamalıdır.

Keza TBK m. 202'nin uygulama alanının "ticari işletmenin aktifi ve pasifiyle devri" olarak değerlendirilip "aktif ve pasifin beraber devredilmediği hallerde TBK m. 202'nin uygulanmayacağı" sonucuna varmak, bir yorum metodu olarak hükmün mefhum-u muhalifi üzerinden yorumlanmasının aşırı bir örneğidir. Mefhum-u muhalif üzerinden hükmün yorumlanması istisnai bir yorum metodudur ve her durumda itibar edilemez.

Bu nedenlerle kanımızca TBK m. 202 hükmünün emredici hüküm niteliğinde olduğu, devir sözleşmesinin alacaklılara bildirilmesi veya Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmesiyle borçların kanun gereği devralana geçtiği kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle, tarafların devir sözleşmesinde sadece aktiflerin devredileceği veya pasiflerin devredilmeyeceğini kararlaştırmaları geçerli değildir. Pasifler bu halde kanun gereği devralana geçer.

Uygulamada TBK m. 202 hükmünün ticari hayatın günümüzdeki gereksinimlerine uymadığı ya da özellikle büyük ölçekli ticari işletmeler bakımından devralanın mahvına sebep olacak kadar ağır sonuçlar doğurabileceği düşünülüyorsa mehz hukuktaki çözüm benimsenmeli; "*tatmin edicilikten uzak*" hüküm değiştirilmeli/kapsamı daraltılmalıdır. Aksi takdirde pasifleri devir kapsamı dışında bırakan bir yorum kanun hükmünün açık lafzıyla çelişen, contra legem bir yorumdur. Ekonomik ve sosyal konjonktürü ve kanunun uygulanmasının sonuçlarını belirlemek hukuk politikasını ilgilendirmektedir ve hukuk politikasını belirlememek de kanun koyucunun yetkisi dâhilinde bir meseledir.

Kanun gereği devir nedeniyle borçların intikal etmediğini sanan devralan bu durumda borçları ödedikten sonra devredene aralarındaki iç ilişki uyarınca rücu edebilir. Varlığını bilmediği sürpriz borçlar nedeniyle kendisine başvuru devralan ise somut olayın şartlarına göre irade sakatlığı ve ekseriyetle bir satım sözleşmesi söz konusu olacağından satımda ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanabilir. Her halde, kötü bir sürprizle karşılaşmak istemeyen borçlu devir sözleşmesi müzakerelerinde aynı teminat, özellikle bankadan alınacak bir teminat mektubu ya da banka hesabındaki bir miktar para üzerinde rehin kurulması gibi teminatlar talep etmelidir. Zira bir ticari işletmeyi devralacak

kişi bir tacir olarak basiretli davranmak ve kendi ekonomik geleceği için tedbir almakla yükümlüdür.

KAYNAKÇA

Acemoğlu, Kevork: Borçlar Kanunu'nun 179. Maddesine Göre Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, İstanbul Fakülteler Matbaası, 1971.

Arıcı, Mehmet Fatih: Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 18. Bs, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.

Arslanlı, Halil: Kara Ticareti Hukuku, 3, bs, İstanbul, İstanbul Fakülteler Matbaası, 1960.

Aydın, Sema / Kaplan, Hasan Ali / Şen Kalyon, Arzu: "Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s. 229-260. http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_1-2_8.pdf

Ayiter, Nuşin: Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968.

Bahar, Rashid: "Chapitre 5: Transfert de Patrimoine", Commentaire de la Loi Fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine ainsi que des dispositions des lois fédérales modifiées par la LFus (LDFR, CO, LFors, LDIP, CP, LT, LIFD, LIA, LPP, LB, LSA), ed. Henry Peter, Rita Trigo Trindade, Genève, Schulthess, 2005.

Bahtiyar, Mehmet: "Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri", Legal Hukuk Dergisi, Y. 2011, S. 3889 – 3910.

Demir, Koray: "Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar", İÜHFM C. LXXI, Y. 2013 Sa. 2, s. 103 – 120.

Erdem, Ercüment: "Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Y. 2014, C.1, Sa.28, s. 987-1017. <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/28-Erc%C3%BCment-ERDEM.pdf>

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, 21. Bs, İstanbul, Yetkin Yayınları, 2017.

Engel, Pierre: Traité des Obligations en Droit Suisse, 2. Éd, Berne, Staempfli Editions SA, 1997.

Hırş, Ernst: Ticaret Hukuku Dersleri, 2. Bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1946.

İmregün, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler – Ortaklıkları – Kıymetli Evrak), 12. Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001.

Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku: C. I Giriş – Ticari İşletme, 3. Bs., C. 1, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968.

Kendigelen, Abuzer: Ticari İşletme Hukuku, Abuzer, Kendigelen / Arslan Kaya, Füsün Nomer / Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı, Güncellenmiş 4. Bs.dan 5. Tıpkı bs., İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015.

Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami: Medeni Hukuk: Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 19. Bası, İstanbul, Vedat Kitabevi, 2013.

Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 12. Bs, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.

Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Özdemir-Oktay, Saibe: Eşya Hukuku, 19. Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.

Öz, Turgut: “Ticari İşletme Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi”, Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul, Vedat kitapçılık, 2013, s. 95 – 120.

Piguet, Mathieu: “Loi sur la Fusion: Principales Nouveautés”, Yüksek Lisans Tezi (Memoire de diplom 2001-2003).<http://www.unige.ch/droit/mbi/upload/pdf/MEMOIREMathieuPiguet.pdf>

Probst, Thobas: Commentaire Romand: Code des Obligations I Art. 1 – 529 CO, éd. par Thévenoz, Luc, Werro, Franz, 2. éd., Helbing Lichtenhahn, 2012, pp. 1262 – 1277.

Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 15. Bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.

Sungurbey, İsmet: Medeni Hukuk Sorunları C. 6, İstanbul, C. 6, İstanbul Üniversitesi Basımevi ve Film Merkezi, 1994.

Şener, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, 1. Bs., Ankara, Seçkin, 2016.

Tercier, Pierre: Le Droit des Obligations, 2. Éd., Zurich, Schulthess, 1999.

Tekinlp, Ünal: “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”, Batıder, Y. 1962, C.1, Sa. 3, s. 5 – 16.

Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Ülgen, Hüseyin / Arıcı, Mehmet Fatih: “İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 1767 – 1804.

Vogel, Alexander / Heiz, Christoph / Behnisch, Urs R. / Sieber, Andrea / Opel, Andrea: FusG Kommentar Fusionsgesetz mit weiteren Erlassen OFK – Orell Füssli Kommentar, Zurich, 2017.

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNİN (CISG) İFA ENGELLERİ SİSTEMİ VE BU SİSTEMDE ALICININ SAHİP OLDUĞU HAKLAR

The Performance Barriers Regulations of The Vienna Convention on International Sale of Goods (CISG) and The Rights of The Buyer

İlhan GÜLEL¹

Geliş Tarihi: 13.09.2018

Kabul Tarihi: 06.02.2019

ÖZET

Viyana Satım Sözleşmesi 2011 yılından itibaren Türk Hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Ancak Türkiye Cumhuriyeti Sözleşmeye taraf olmadan önce de milletlerarası özel hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf bir devlet hukukuna gönderme yapması halinde uygulanabilmekteydi. Aynı şekilde satım sözleşmesinin taraflarının o devletin hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçmeleri halinde de Viyana Satım Sözleşmesi taşınır mallara ilişkin satım sözleşmeleri hakkında dolaylı şekilde Türk Hukukunda uygulama alanı bulabilmekteydi. Artık Türkiye Sözleşmenin bir tarafı haline geldiği için Viyana Satım Sözleşmesi doğrudan uygulama imkanına kavuşmuştur. Bu ise Sözleşmenin hükümlerinin anlaşılmasını ve yorumlanmasını Türk öğreti ve uygulaması açısından daha önemli hale getirmiştir. Henüz bu Sözleşmeye ilişkin Türk Yargıtayının kararlarına rastlanmamaktadır. Ancak halihazırda Sözleşme yürürlükte ve pek çok satım sözleşmesi için birincil hukuk kaynağı niteliğindedir. Yakın bir gelecekte, milletlerarası karakter taşıyan satım sözleşmelerinde hâkimlerin, avukatların ve hakemlerin Türk Borçlar Kanunu veya başka ülkelerin milli kanunlarından ziyade Viyana Satım Sözleşmesinin hükümlerini araştırmaları ve yorumlamaları özel bir ilginin ötesine geçerek artan bir gereklilik olacaktır. Bu yöndeki akademik yayın sayısı da her geçen gün artmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda Viyana Satım Sözleşmesinin sistematik mantığı içerisinde ifa engellerine genel yaklaşımı ve ifa engellerinin ortaya çıkması halinde alıcının satıcıya karşı sahip olduğu çeşitli haklar ve hukuki imkanlar açıklanmaya çalışılmıştır.

ABSTRACT

The Vienna Convention on International Sale of Goods has become a part of Turkish Law since 2011. But was able to find even before the Republic of Turkey is party to the Convention, it could be applied in the event to submit to Convention on private international law the law of a state party to the Convention of the conflict of law rules. In the same way, in the case of the election of the parties to the law of the contract of sale, The Vienna Convention could indirectly find a place of application in the Turkish Law about the sale contracts concerning the movable commodities. From now on, Turkey is a party to the Convention, The Vienna Convention on International Sale of Goods has the opportunity to be applied directly in Turkey. This has made the interpretation of the provisions of the Convention more important in terms of Turkish teaching and practice. No decisions of the Turkish Court of Appeals are yet to be found for this Convention. However, the Convention is already in force and is the primary legal source for many sale contracts. In the foreseeable future, judges, lawyers and arbitrators in international sales contracts will have to investigate and interpret the provisions of The Vienna Convention on International Sale of Goods rather than Turkish Debt Act or the national law of other countries, as will be an increasing requirement beyond a special interest. The number of academic publications in this area is also increasing day by day. For this reason, we tried to explain the general approach to inability perform in the systematic rationale of The Vienna Convention on Contracts for The International Sale of Goods and the various rights and legal possibilities that the buyer has against the vendor in case of the occurrence of non-performance.

Anahtar Kelimeler: Alıcının Hakları, CISG, Eksik İfa, İfa Engelleri, Satıcının Sorumluluğu, Viyana Satım Sözleşmesi.

Keywords: The Rights of The Buyer, CISG, Non-Performance, Performance Barriers, The Responsibility of The Seller, The Vienna Convention on Contracts for The International Sale of Goods.

¹ Ankara Batı Hâkimi, Ankara Üniversitesi Özel (Medeni) Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora Programı, e-posta: ilhangulel@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-0214-3350

GİRİŞ

Milletlerarası taşınır mal satımı hukuku kurallarının yeknesaklaştırılması yönündeki çabaların en önemli ürünü niteliğinde olan ve kısaca “Viyana Satım Sözleşmesi” veya “CISG” olarak anılması uygulama ve öğretilerde yaygın bir kullanım halini alan, tam ismiyle “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması” (*The United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods*), 11.4.1980 tarihinde Viyana’da kabul edilmiştir. Bundan otuz yıl sonra Türkiye Cumhuriyeti Devletinin de Sözleşmeye katılmasıyla birlikte 1.8.2011 tarihinden itibaren Sözleşme, Türk Hukukunun doğrudan uygulanır bir parçası haline gelmiştir.

Sözleşme, özellikle Kıta Avrupası (*Civil Law*) ve İngiliz İçtihat Hukuku (*Common Law*) ekollerine mensup farklı hukukçular tarafından birlikte hazırlanmış olup, her iki temel hukuk sistemini yalın bir ifa engelleri ve yaptırım sistemi içerisinde bağdaştırmayı amaçlamaktadır. Sözleşmenin uygulanması esnasında taraflar arasında ortaya çıkabilecek sorunlar daha ziyade *Common Law* hukuk sisteminin etkisiyle satıcının ve alıcının sözleşmeyi ihlali bağlamında düzenlenmiş olup, sözleşmeden sapma veya sözleşmeye aykırılık niteliğindeki bu ihlallerin yaptırımları da yine sözleşme kapsamında otonom bir biçimde düzenlenmiştir.

Viyana Satım Sözleşmesinin (CISG) iç hukukumuzun doğrudan uygulanır bir parçası olması, Sözleşmedeki kimi hukuki kavram ve kurumların hukuk sistemimize benzer olmasına karşın bazılarının da yabancı olması nedenleriyle Sözleşme hükümlerinin çeşitli açılardan irdelenmesi, Türk öğretisi ve uygulaması açısından giderek önem kazanmaktadır. Çalışmamızda CISG’deki düzenlemeler ışığında özellikle alıcıya karşı satıcının sorumluluğunun ele alınış şekli ve sözleşmenin ihlali durumunda alıcının satıcıya karşı sahip olduğu hukuki imkânlar ve talep edebileceği haklar incelenmiştir.

I. Viyana Satım Sözleşmesinin Kişi ve Yer Bakımından Uygulanması

A. Sözleşmenin Doğrudan Uygulanması

Milletlerarası taşınır mal satımı hukuku kurallarının yeknesaklaştırılmasını, böylelikle taşınır malların milletlerarasında serbest dolaşımını hukuki güvenlik içerisinde arttırmayı amaçlayan² Viyana Satım Sözleşmesi (aşağıda “CISG”

² Şebnem Akipek Öcal, “Türk Hukuku Açısından Viyana Satım Sözleşmesi”, Viyana Satım Sözleşmesi Hukuku ve Tüketici Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuku Araştırma Merkezinin Katkılarıyla Gerçekleşen Türk-Alman Hukuk Sempozyumu Sempozyum Kitabı, Editör: Erhan Temel, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 93-102. “Yıllardan beri özellikle satım alanında hukukun uluslararası alanda birleştirilmesi için büyük çaba gösterilmektedir. Yeknesak satım hukuku hakkında 1 Temmuz 1964 tarihli sözleşmelerin başarılı olamadığı görülmektedir. Bunun üzerine yine UNCITRAL, 11 Nisan 1980 yılında Viyana’da yapılan genel kurul toplantısında geniş ölçüde kabul gören bir tasarı hazırlamıştır. On ülkenin imzalaması

veya “Sözleşme” olarak da anılacaktır), Türkiye Cumhuriyeti Devletinin de Sözleşmeye katılmasıyla birlikte 1.8.2011 tarihinden itibaren Türk Hukukunun doğrudan uygulanır bir normu olmuştur³. Buna göre ifa yerine veya tarafların tabiiyetlerine bakılmaksızın, CISG’in konu bakımından kapsamında olan⁴ taşınır mallara ilişkin satış sözleşmesinin taraflarından birinin Türkiye’de işyerinin bulunması, diğer tarafın da işyerinin Sözleşmenin tarafı olan bir başka devlette bulunması⁵ halinde CISG hükümleri doğrudan doğruya uygulama alanı bulur⁶.

üzerine bu tasarı, 1 Ocak 1988 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca, sözleşme taraflarından birinin ülke hukukuna atfı yapması durumunda da uygulanır. Bu nitelikleriyle, Viyana Satım Sözleşmesi’nin de *lex mercatoria*’nın bir parçası olduğu kabul edilmelidir.” Arzu Oğuz, “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (*Lex Mercatoria*) -Unidroit İlkeleri’nin *Lex Mercatoria* Niteliği”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2001, C: 50, S: 3, s. 26.

³ 14.4.2009 tarihli ve 27200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Milletlerarası Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Türkiye Cumhuriyeti’nin Katılımının Uygun Bulduğuna Dair 2.4.2009 tarihli 5870 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir. Bakanlar Kurulu’nun katılmaya ilişkin kararnameininin 7.4.2010 tarihli ve 27545 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmasından sonra katılım belgesi Birleşmiş Milletler’e 7.7.2010 tarihinde teslim edilmiştir. Bunun neticesinde Sözleşmenin 99/II. maddesi uyarınca teslim belgesinin tevdi makamına tevdiinden itibaren 12 ay geçtikten sonraki ilk ay başı olan 1.8.2011 tarihi itibarıyla Sözleşme, Türk Hukuku bakımından yürürlüğe girmiştir. Kutluhan Erkan, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2012, s. 1, dn: 1; Bu tarihten itibaren taraflar açıkça aksini kararlaştırmadığı sürece Sözleşme hükümleri doğrudan uygulama alanı bulmuştur. Akipek Öcal, s. 97.

⁴ Viyana Satım Sözleşmesi Madde-2 “Bu Antlaşma aşağıdaki satımlara uygulanmaz:(a) Kişisel veya ailevi ihtiyaç veya ev ihtiyacı için mal alınması; meğerki satıcı, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde, malların böyle bir kullanım için alındıklarını bilmesin ve bilmesi gerekmesin; (b) Açık artırma yoluyla yapılan satımlar; (c) Cebri icra veya diğer kanun gereği yapılan satımlar; (d) Menkul kıymet, kambiyo senedi ve para; (e) Gemi, tekne, hava yastıklı taşıt (yazarın notu: hava yastıklı taşıt ile kastedilen hava yastığı içeren araç değil “hovercraft” denilen su ve kara üstünde belli bir yükseklikte gidebilen araçlardır) veya hava taşıtı satımı; (f) Elektrik satımı.”

Viyana Satım Sözleşmesi Madde-3 “(1) İmal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmeler satım sözleşmesi sayılır; meğerki, bunları sipariş eden taraf imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin esaslı bir bölümünün teminini taahhüt etmiş olsun. (2) Bu Antlaşma, mal temin eden tarafın ediminin, ağırlıklı olarak, iş gücü veya diğer bir hizmetin sağlanmasından oluştuğu sözleşmelere uygulanmaz.” Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Hüseyin Murat Develioğlu, “CISG’nin Sözleşmelerin Konusu ve Niteliği Bakımından Uygulama Alanı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2013, S: 1, İstanbul, s. 53 – 72; Zeynep Yıldırım, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Satım Sözleşmesi) Uygulama Alanı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2013, C: XVII, S: 1-2, s. 1076 vd.

⁵ İşyerlerinin farklı akit ülkelerde bulunması uygulamanın temel şartıdır. H. Ercümet Erdem, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, *BATİDER*, Y:1992, C:XVI, S: 3, s. 42; Yıldırım, s. 1068 – 1074.

⁶ Yavuz Dayıoğlu, CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle

Bu ihtimalde 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁷ (MÖHÜK) hükümlerine veya diğer taraf devletin kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmak gerekmez.

B. Sözleşmenin Dolaylı Uygulanması: Tarafların Anlaşması veya Kanunlar İhtilafı Kuralları Uyarınca Uygulanma

Satım sözleşmesinin diğer tarafının işyerinin bulunduğu devletin CISG'e taraf olmaması ihtimalinde dahi tarafların kararlaştırmaları, Türk Hukukunun uygulanacağı hususunda anlaşmaları, MÖHÜK ya da kanunlar ihtilafı kurallarının Türk Hukukunu yetkili kılması halinde taşınır mal satım sözleşmesine ilişkin meselelerin çözümünde Türk Hukukunun bir parçası olduğu için CISG hükümlerine başvurulur⁸.

CISG hükümleri emredici nitelikte olmayıp, tarafların irade serbestisi doğrultusunda CISG'in uygulanmayacağını açıkça kararlaştırmaları ya da bir devletin borçlar hukukunu düzenleyen kanunlarının uygulanacağına dair açık bir atıfta bulunmaları (Örneğin "Türk Borçlar Kanunu uygulanacaktır" demeleri) halinde CISG uygulama alanı bulmaz (CISG. m. 6). Diğer taraftan CISG'in 6. maddesine göre sözleşmenin tarafları CISG'e tabi olma iradesi göstermekle beraber sadece CISG'in sınırlı bir şekilde uygulanmasını veya hüküm ve sonuçlarının değiştirilmesini de serbestçe kararlaştırabilirler⁹.

CISG'in uygulanmamasına karar verilmesi durumunda taraflar arasında irade serbestisi ile oluşturulan satım sözleşmesinin taraflarca kararlaştırılan özel hükümleri geçerli olur, uygulanması kabil böyle bir özel hükmün veya genel işlem şartının mevcut olmaması halinde ise MÖHÜK ya da milletlerarası özel hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği milli hukukun hükümlerine göre ihtilaf çözüme kavuşturulur¹⁰.

Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010, s. 12, 13.

⁷ 21.12.2007 tarihli ve 26728 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁸ Zafer Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku – CISG, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 46, 47, 50; Dayıoğlu, s. 13, 14; Bu durum her iki tarafın da işyerinin bulunduğu Devletlerin CISG'e taraf olması ihtimali için kullanılan "doğrudan uygulanma ilkesi"nden farkını ortaya koyabilmek açısından öğretide "dolaylı uygulanma" olarak nitelenmiştir. Doğrudan uygulanma ilkesi için bkz. Ergin Nomer / Cemal Şanlı, Devletler Hususi Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, 2008, s. 40 vd.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Yeşim Müride Atamer, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005, s. 57 – 64; ayrıca bkz. Hüseyin Murat Develioğlu, "CISG'nin Sözleşmelerin Konusu ve Niteliği Bakımından Uygulama Alanı", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2013, S: 1, İstanbul, s. 53 – 72; Yıldırım, s. 1087 - 1089.

¹⁰ Dayıoğlu, s. 15; Nomer / Şanlı, s. 308, 309.

II. Viyana Satım Sözleşmesine Egemen Olan Temel Yaklaşım: Sözleşmenin Ayakta Tutulması İlkesi

Mesafelerin uzun olduğu, gümrük işlemleri ve akreditif gibi çeşitli para transferleri şekilleri nedeniyle daha fazla prosedürü gerektiren milletlerarası mal satım hukukunda malların sınır aşar şekilde taşınmasının ve dolaşımının zorluğu dikkate alındığında, taraflar arasında kurulan satım sözleşmesinin varlığını olabildiğince koruması ve sözleşmeyle bağlılık (*pacta sunt servanda*) ilkesinin daha kuvvetli bir şekilde uygulanması büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle sözleşmeye aykırılık hallerinde dahi sözleşmeyi ayakta tutmak CISG'in en önemli amaçlarından birisidir. CISG hükümleri düzenlenirken sözleşmenin ayakta tutulmasına imkan verecek şekilde şartlar getirilmiştir. Anılan genel mantık, Sözleşmenin ifa engelleri sisteminde de kendisini açıkça göstermektedir. Satım sözleşmesini sona erdirmek ve tarafları ekonomik olarak yıpratmak diğer hukuki imkanlar olabildiğince son çare (*ultima ratio*) olarak öngörülmüştür¹¹. Zira sözleşmeyi mevcut şartları içerisinde, olabildiğince eksikliklerini tamamlayarak devam ettirmek, hem CISG'in amaçlarına hem de taraflar arasındaki menfaatler dengesine uygun düşmektedir. Bu nedenle CISG'in hazırlayıcıları, örneğin alıcının sözleşmeyi sona erdirmeye ve ikame mal teslimini isteme haklarını ancak sözleşmenin esaslı olarak ihlal edilmesi şartına bağlamışlardır. Bunun yerine, sözleşmenin eksik ifaya rağmen, mevcut haliyle sürdürülebilmesine imkan veren ve böylelikle satıcıyı daha az külfet altında bırakan, alıcının satıcıdan malın onarımını, semenin indirmesini talep etme veya tazminat talebinde bulunabilme gibi tamamlayıcı nitelikteki hukuki imkanları daha elverişli biçimde kullanmalarını öngörüp, bunları teşvik etmeye çalışmışlardır. Milletlerarası mal satımının kendi özel şartları ve genel mantığı çerçevesinde düşünüldüğünde bu tercih bizce de yerinde bir tercih olmuştur.

III. CISG'teki Düzenlemelerde Common Law Hukuk Sistemlerinin Etkisi

Anglo - Amerikan veya İngiliz kaynaklı (*Common Law*) hukuk sistemlerinde genel olarak satıcının tüm sözleşme yükümlülükleri, bir garanti taahhüdü olan ve *warranty* olarak ifade edilen hukuki kavram ile ele alınmaktadır. İmkansızlık, ifa etmeme, geç ifa etme, ayıplı ifa veya üçüncü kişinin hak ve taleplerinden kaynaklanan zapt tehlikesi gibi ifa engelleri açısından Common Law sisteminde herhangi bir ayırım yapılmamış olup, bunların hepsi tek bir "sözleşmenin ihlali" kavramı içerisinde değerlendirilmektedir¹². Anılan sistemlerde sözleşme ile

¹¹ Rona Serozan, "CISG'A ve TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LXX, S: 2, İstanbul, 2012, s. 208 vd.; Atamer, s. 293; Dayioğlu, s. 51; Kutluhan Erkan, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2012, s. 55, 131.

¹² Hayrunnisa Özdemir, Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayrıptan Doğan Sorumluluğun Şartları, Ankara, 2013, s. 76; Serozan, s. 207-209; Dayioğlu, s.

tafflara yüklenen asli veya tali yükümlülüklerin ihlal edilmesinin de bir önemi olmayıp her biri ayrı ayrı tek başına, satıcının yeknesak bir sözleşmeye aykırılık sorumluluğunu doğuran, garanti taahhütleri niteliğinde bulunmaktadır¹³. Garanti taahhüdünün ihlali durumunda ise her bir ihlal için ayrı bir hukuki sonuç belirlemek yerine yeknesak bir yaptırım sistemi öngörülmektedir. Bu bakımdan satıcının kusurlu olup olmaması da bir önem taşımayıp, satıcının aykırılık ya da ihlallerden kusursuz olarak sorumlu olduğu kabul edilmektedir¹⁴.

Viyana Satım Sözleşmesindeki düzenlemelerin de önemli ölçüde Common Law sistemi çerçevesinde kaleme alındığı açık bir biçimde görülmektedir. İngiliz Hukukunun satıcının garanti taahhüdü çerçevesinde kabul ettiği sözleşmenin ihlaline bağladığı sonuçlar ile Türk Borçlar Hukuku'nun her bir ifa engelini ayrı ayrı¹⁵ düzenleyen ifa engelleri sistemi birbirinden farklılaşmaktadır¹⁶. Çalışmamızda CISG'in bu konudaki yaklaşımı ile her iki temel hukuk sisteminden de iktibas ettiği hukuki imkanlar ayrıntıları ile incelenmiştir.

26; "sözleşmeye aykırılık halleri; objektif imkânsızlık/sübjektif imkânsızlık, önceki imkânsızlık sonraki imkânsızlık, temerrüt, ayıplı ifa (kötü ifa), *aliud* ifa veya eksik ifa gibi ayırımlara tabi tutulmamıştır. Antlaşmada bunların hepsi, sözleşmenin ihlali (*breach of contract*) çatısı altında toplanmıştır. CISG ifa engelleri sisteminin bu şekilde formüle edilmesinde *common law* hukuk sistemi etkili olmuştur. Zira *common law* hukuk sisteminde borçlunun (satıcının), sözleşme ile üstlendiği borcu, ifa unsurlarına uygun olarak yerine getireceğini garanti ettiği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, borçlunun sözleşme ile üstlenmiş olduğu bütün yükümlülükler, birer garanti taahhüdüdür.", Tuba Birinci Uzun, "CISG Uygulamasında Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2014, C: 16, S: 1, s. 155, 156.

¹³ Atamer, s. 314; Erhan, s. 27; Dayıoğlu, s. 26; Özdemir, s. 77. "Satıcının yükümlülükleri arasında asli/tali şeklindeki ayrımı terk etmiş olan CISG'ta malın ayıptan arı bir biçimde teslimi yükümlülüğü ile salt malın teslimi yükümlülüğü, bu yükümlülüklerin ehemmiyetine istinat eden bir hiyerarşi içinde değildir. Haliyle hukuki sonuçlar aşamasında da zamansal bir ötelemenin dışında -ki bu zamansal öteleme "sonraki" sözcüğünde ifadesini bulmaktadır- bir talilik-aslilik ilişkisi söz konusu değildir. CISG bağlamında yapılacak asli yükümlülük- tali yükümlülük şeklindeki bir ayırımda dahi, malı ayıptan arı bir biçimde teslim yükümlülüğü asli bir yükümlülük olacağı için alıcının bu borcun ifasına yönelmiş talebinin asli ifa talebi olması icap ederdi. Son olarak gerek Alman hukukunda, gerekse CISG'ta bu hakkı ifade etmek üzere kullanılan terminolojinin (Nacherfüllungsanspruch) Türkçe karşılığı "sonraki ifa talebi" şeklindedir.", Sinan Okur, "Türk Borçlar Kanunu'nda Alıcının Genel ve Sonraki İfa Talebi Üzerine CISG Işığında Eleştirel Bir Değerlendirme", e-Akademi, S: 131, Mart 2013, s. 6.

¹⁴ Selin Sert, Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul, 2013, s. 82; Serozan, s. 210; Dayıoğlu, s. 28, 29; Atamer, s. 454; Birinci Uzun, s.158.

¹⁵ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Bası, İstanbul, 1988, s. 149.

¹⁶ Pelin Baysal, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri, Ed.: Şükran Şıpka, Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul, 2012, s. 222; Atamer, s. 181, 182, 281 - 283; Erkan, s. 26, 27; Birinci Uzun, s. 155 vd.

IV. CISG'in İfa Engelleri Sistemi

Sözleşmenin, taraflardan herhangi birine yüklediği bir yükümlülüğün bir sebepten dolayı yerine getirilmemesi halinde “sözleşmenin ihlali” kavramı ile karşılaşılmaktadır. Bu ihlalin, sözleşmenin taraflarından kaynaklanması mümkün olduğu gibi, üçüncü bir kişiden veya sebepten kaynaklanması da olasıdır. Ancak ister sözleşme tarafının şahsından, ister araya giren üçüncü bir kişi ya da olgudan kaynaklansın, sözleşmenin tarafının (alıcı ya da satıcı) borcu CISG'e göre bir garanti taahhüdü¹⁷ niteliğinde olduğu için kusuru olmasa dahi sözleşme onun tarafından “ihlal edilmiş” sayılmaktadır. Zira sözleşmenin ihlali durumu yüzünden karşı taraf akdedilen satım sözleşmesi ile beklediği menfaate ya hiç kavuşamamakta ya da umduğu menfaatte bir azalma meydana gelmektedir.

Sözleşmenin ihlali yüzünden beklenen menfaatten önemli ölçüde yoksun kalınması nedeniyle artık sözleşmenin varlığı önemsiz veya anlamsız bir hal alıyorsa sözleşmenin “esaslı ihlali” (*fundamental breach*) söz konusu olmaktadır¹⁸. Cins olarak belirlenen malların ise yerine aynı miktar ve evsafıta bir diğerinin verilmesi suretiyle ihlalin sonuçlarının kolaylıkla ortadan kaldırılması halinde ihlalin esaslı olmayabileceği ifade olunmaktadır¹⁹. Ancak başka mal teslim etmeye ilişkin bu hususun özellikle alıcı açısından makul olmayacak bir gecikmeye, zahmete veya masrafa yol açmaması gerekmektedir²⁰.

Özellikle Civil Law ve Common Law sistemlerini bağdaştırma çabasında olan CISG'de yer verilen kavramlar ve kurumlar olabildiğince milli hukuk sistemlerinden bağımsız bir şekilde düzenlenmeye çalışılırken, yeknesak ve kolay uygulanabilir bir yaptırım sisteminin de getirilmesi amaçlanmıştır. Tarafların aralarındaki satım sözleşmesini ifa ederken sözleşmeye aykırı davranışları halinde muhatap olabilecekleri yaptırımlar ve sözleşmenin diğer

¹⁷ “Taraflar arasında akdedilen sözleşmeyi bir tür “garanti sorumluluğu” olarak gören Anglo - Amerikan hukukunda satıcı bir edimi yerine getirmek hususunda bir vaatte bulunmuş, ifaya ilişkin ortaya çıkabilecek muhtemel engelleri de göze almıştır. Satıcının yükümlülüğünü “niçin” yerine getiremediği sorusuna bir önem atfedilmeksizin, satıcı bir garanti sorumluluğu altında olup, yükümlülüğünü yerine getir(e)mediği her halde alıcının zararını tazmine mecburdur.”, Okur, s. 3.

¹⁸ Dayioğlu, s. 31 vd.; “İhlalin öneminin ölçütü, ihlal yüzünden alacaklının (alıcının) sözleşmeye izlediği amacın, sözleşmeden beklentisinin bosa çıkmasıdır; baska bir anlatımla, onun sözleşme gereğince beklemekte haklı olduğu menfaatten önemli ölçüde yoksun kalmasıdır.”, Serozan, s. 211.

¹⁹ Murat Sarıkaya, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali, İstanbul, 2017, s. 272, 273; aynı yönde; Serozan, s. 212.

²⁰ CISG. m. 48/1'de bu yönde bir düzenleme mevcut olup ayrıntılı açıklama için aşağıda “VIII. Satıcının Sorumluluğunun Ortadan Kalkması” başlığı altındaki “D. Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Gidermesi (CISG. m. 48)” bölümüne bakınız.

tarafının sahip olduğu hukuki imkanlar, daha ziyade *Common Law* sisteminin etkisiyle satıcının ve alıcının sözleşmeyi ihlali bağlamında düzenlenmiş olup²¹, sözleşmeden sapma niteliğindeki bu yükümlülük ihlallerin yaptırımları da yine sözleşme kapsamında herhangi bir milli hukuk sistemindeki hukuki kavram veya kurallara bağlı kalınmadan özgün bir biçimde öngörülmüştür²². Bu nedenle CISG’te yer verilen hukuki kavramlar, milli hukuklarda ifade ettiklerinden başka bir anlam taşıyabilmektedir.

CISG’de ayrı ayrı ifa engelleri belirlenmek yerine tek tip bir ifa engeli sistemi öngörülüp, buna çeşitli hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Bu nedenle hiç ifa etmeme, eksik ifa etme, temerrüt, ayıplı mal teslimi, imkansızlık halleri, hukuki ayıp veya zapta karşı tekeffül durumlarının hukuki sonucu itibariyle birbirlerinden herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Satıcının kusurunun bulunup bulunmaması da bir farklılık oluşturmaz. Satıcının sorumluluğu bir çeşit kusursuz sorumluluk hali olarak öngörülmüştür²³; ayrıca satıcının kusursuzluğunu veya her türlü tedbiri almış olsaydı bile yine de olumsuz sonucun kaçınılmaz olarak gerçekleşeceğini ispatlayarak (kurtuluş kanıtı getirerek) sorumluluğundan kurtulması da mümkün değildir²⁴.

²¹ Özdemir, s. 97; Atamer, s. 221; Okur, s. 2-4.

²² Aziz Erman Bayram, *Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişi*, Ankara, 2017, s. 208 vd.

²³ Dayıoğlu, s. 67, 68; Okur, s. 2, 3; Sarıkaya, s. 12-14, 178.

²⁴ Tandoğan, s. 148; Sarıkaya, s. 12, 13; “Antlaşmada sözleşmenin geçersizlik sebeplerine ilişkin düzenleme yoktur. TBK’nda (m. 27 ve diğer) belirtilen kesin hükümsüzlük halleri ve sonuçları, ancak CISG m. 7/2 hükmüne göre, Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere dayandırılabilmesi halinde, şayet bu mümkün değilse, milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuk Türk Hukuku ise veya uygulanması gereken başka hukukta bu geçersizlik aynı şekilde düzenlenmişse, söz konusu olacaktır. Şu kadar ki, özellikle Antlaşmanın 68. Maddesinin ikinci cümlesi, “..satım sözleşmesinin kurulma anında malın zayı olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya ve hasar rizikosunu satıcı taşır” hükmünü getirdiğinden; Antlaşmada TBK’dan farklı olarak, “başlangıçtaki objektif imkânsızlık” hallerinde sözleşmenin hükümsüz olmayacağı, gene de geçerli sayılıp, satıcının bu imkânsızlıktan sözleşme çerçevesinde sorumlu olacağı, kabul edilmektedir. Diğer hükümsüzlük halleri bakımından ise Antlaşmanın 7/2 hükmü çerçevesinde hemen daima TBK ile aynı sonuçlara varılacaktır.”, Turgut Öz, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y: 2013, S:1, İstanbul, s. 9, 22; aynı yönde: Atamer, s. 457; Belin Köroğlu, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: XVII, Y:2013, S: 1-2, s. 785, 786; CISG’e göre önceki objektif imkansızlık durumunda bile sözleşme geçerli olarak kurulurken Türk Hukukunda CISG’tekinden farklı şekilde önceki objektif imkansızlık nedeniyle sözleşme geçerli olarak kurulmuş olmamaktadır (TBK m. 27). Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Ankara, 2018, s. 147 – 149.

V. “Münhasıran” Sözleşmenin Esaslı İhlaline Bağlanan Sonuçlar

Alicı veya satıcının kusuru bulunup bulunmadığına bakılmadan; ayrıca sözleşme yükümlülüklerini hiç yerine getirmemeleri, gereği gibi yerine getirmemeleri ya da geç yerine getirmeleri şeklinde bir ayrıma da gidilmeksizin²⁵ sözleşmeye aykırı davranışları veya sözleşmenin amacının gerçekleşmesini engelleyen durumlar sözleşmenin ihlali olarak, daha ciddi görülen aykırılıklar ise CISG. m. 25 uyarınca “esaslı ihlal” olarak kabul edilmiştir. Ancak bu ihlallerin ne olduğu tek tek sayılmış olmayıp, verilen genel ölçütlere göre sözleşme ihlalinin esaslı nitelikte kabul edilip edilmeyeceği hususunun her bir somut olayın özellikleri de dikkate alınarak belirlenmesi anlayışı benimsenmiştir²⁶. Buna göre taraflardan birinin sözleşmeyi ihlali, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa neden oluyorsa, sözleşmeyi ihlal eden tarafın böyle bir olumsuz sonucu öngörmesi ve aynı konum ve koşullardaki makul bir kimsenin de öngörebilecek olması şartıyla, esaslıdır (CISG. m. 25). Bu maddede sözleşmenin esaslı ihlali halinin sadece tanımına ve unsurlarına yer verilmiş olup, hukuki sonuçları düzenlenmemiştir. Sözleşmenin yaptırımları düzenleyen diğer maddelerinde esaslı ihlale bağlanan çeşitli hukuki sonuçlar gösterilmiştir. Bunlar iki tane olup, sözleşmeden dönme hakkını düzenleyen CISG. m. 49/I ile ikame mal teslimini talep hakkını düzenleyen CISG. m. 46/II sadece sözleşmenin esaslı ihlali sonucunda ileri sürülebilecek talep haklarıdır.

Aynen ifa (CISG. m. 46/I), malların onarımı (CISG. m. 46/III) ve semenin indirilmesini talep hakları (CISG. m. 50) esaslı olsun veya olmasın sözleşmenin bütün ihlali hallerinde başvurulabilecek haklardır. Diğer taraftan sözleşmenin esaslı olsun ya da olmasın ihlali halinde başvurulabilecek bağımsız ve tamamlayıcı bir hukuki imkan olarak tazminat talep hakkı da düzenlenmiş olup (CISG. m. 74), tazminat talep edilmesi diğer hukuki imkanların kullanılmasına engel teşkil etmez (CISG. m. 45/II). CISG. m. 46 - 52'deki tazminat dışında kalan hakların birbiriyle yarışması söz konusu olup bunların birlikte talep edilmeleri mümkün değildir²⁷.

²⁵ Öz, s. 10 vd.; “CISG Anglo-Amerikan modeline uygun olarak bütün ifa engellerini tek bir şemsiye altında toplamakta ve kural olarak alıcıya kusurdan bağımsız bir tazminat hakkı öngörmekte, ihlalin nevi ile değil ağırlığı ile ilgilenmektedir” Okur, s. 4; Zeytin, s. 201; Sarıkaya, s. 9 - 14.

²⁶ ““Tahdidi” değil de “tadadi” olarak sıralamak gerekirse, ister bastan, ister sonradan, ister objektif ister sübjektif, her çeşit temelli imkansızlık, ciddi ve kesin ifa etmeme beyanı (anticipatory breach), kesin vadeli işlemde (Fixgeschäft'de) gecikme, özel nitelik vaadine aykırılık, ortadan kaldırılamaz hukuki ayıp, onarılamaz maddi ayıp, olmazsa olmaz belgelerin eksikliği, alıcının çıkarını sarsıcı ciddi “eksik ifa” ve “aliud ifası” hep “esaslı ihlal” sayılır.” Serozan, s.211.

²⁷ Atamer, s. 228; Zeytin, s. 203; Sarıkaya, s. 5.

VI. Sözleşme İhlalinin “Esaslı” Olup Olmamasına Göre Alıcının Sahip Olduğu Haklar

A. Aynen İfayı Talep Hakkı (CISG. m. 46/1)

Aynen ifayı talep hakkı Kıta Avrupası Hukuk Sistemleri esas alınarak CISG’ e konulmuş bir düzenlemedir. Zira farklı hukuk sistemlerini bağdaştırma çabasında olan CISG “aynen ifayı” önceleyen Kıta Avrupası hukuk sistemleri ile “tazminat talebini” önceleyen Common Law sistemlerinin bir sentezi niteliğindedir. CISG. m. 46/1’de düzenlenen aynen ifayı talep hakkının kullanılabilmesi için sözleşmenin ihlalinin esaslı olması şart değildir. Edimin ifasının hiç gerçekleştirilmediği, eksik gerçekleştirildiği, gereği gibi gerçekleştirilmediği (söz gelimi malın ifa yeri haricinde bir yerde teslim edildiği²⁸) veya sözleşmede kararlaştırılandan farklı bir malın (aluid) teslim²⁹ edildiği ihtimallerde kullanılabilir bir haktır³⁰. Keza Türk Hukuku bakımından alacaklının kısmi ifayı kabul etmesi durumunda ayıplı ifa hükümlerine başvurulamamasına rağmen CISG m. 38’e göre kısmi ifa malların sözleşmeye aykırılığından (ayıptan) kaynaklanan bir sözleşme ihlali olarak kabul edilmektedir³¹.

Ferden belirlenen veya eş bulunmayan bir malın satımının kararlaştırılması halinde malın elden çıkması veya yok olması sebebiyle aynen ifa artık talep edilemeyeceği için bu hakkın kullanılması da söz konusu olamaz. Bu durumda semen indirimi (veya iadesi), sözleşmeden dönme ve/veya tazminat haklarının kullanılması gündeme gelmektedir. Malın üçüncü kişi tarafından zaptı halinde ise öğretilerdeki bir görüşe göre³² üçüncü kişinin mal üzerindeki hakkının izale edilmesi CISG. m. 46/1 çerçevesinde talep edilebilmelidir³³. Bu görüşün kabulü halinde ise aynen ifayı talep hakkının kullanılması kapsamında alıcı satıcıdan zaptın kaldırılması için girişimde bulunmasını talep edecek, satıcı da bunu sağlarsa sözleşmeye aykırılığı gidermiş olacaktır. Satıcı üçüncü kişiyle anlaşarak

²⁸ Zeytin, s. 204, 205.

²⁹ Sarıkaya, s. 266; K.g. Dayıoğlu, s. 43.

³⁰ Öz, s. 6; “Alıcının genel ifa hakkına ilişkin ilk sınır “aynen ifa talebini” istisnai durumlara hasreden Anglo-Amerikan hukukunu gözeten CISG m. 28’den doğmaktadır. Buna göre mahkemenin aynen ifaya hükmetmesi ancak anlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmelerinde, kendi iç hukukuna göre (aynen) ifaya hükmedecek olması halinde mümkündür. Diğer bir sınırlama ise alıcının ifa talebi ile bağdaşmayan başka bir hukuki imkânı kullanması halinde söz konusu olacaktır. Alıcının sözleşmeden dönme, bedelde indirim ve sözleşmenin ifa edilmemesinden ötürü tazminat talep ettiği hallerde alacaklı aynen ifa talebinde bulunamayacaktır.” Okur, s. 8.

³¹ Baysal, s. 224 – 226; Atamer, s. 187.

³² Zeytin, s. 205, 206.

³³ Satıcının satılan malın mülkiyetini alıcıya geçirme borcu kapsamında, alıcı satıcıdan talepte bulunabilir. Buna göre; alıcının, üçüncü kişinin mal üzerindeki hakkını izale etmesini “malın mülkiyetini alıcıya geçirme borcu” çerçevesinde satıcıdan isteyebileceği kabul edilmektedir. Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara, 2015, s. 105; Zeytin, s. 205, 206.

zaptı kaldırıp malı sözleşmeye uygun hale getirebileceği gibi, üçüncü kişiye karşı hukuki yollara başvurarak da bunu sağlayabilir.

B. İkame Mal Teslimini Talep Hakkı (CISG. m. 46/II)

Sözleşmenin esaslı ihlali halinde alıcının satıcıya karşı kullanabileceği bir hukuki imkan; ikame mal teslimini veya malın yenisi ile değiştirilmesini taleptir. Bu hakkın talep edilmesi, CISG. m. 46/I'de düzenlenen ve sözleşmenin esaslı ihlalini gerektirmeyen "aynen ifadan" farklı olup; ancak sözleşmenin esaslı ihlaline bağlı olarak "yerine ifa" talebi söz konusu olabilecektir. Alıcı ikame mal teslimini talep hakkını kullanarak satıcıdan sözleşmeye uygun olmayan malın yerine tıpa tıpa bir yenisini teslim etmesini ister. Satıcının sözleşmede belirlenen özelliklere uygun, maddi veya hukuki ayıbı olmayan, kısacası sorunsuz yeni bir mal teslim etmesi gerekmektedir.

Ferden belirlenen malın (örneğin bir sanat eserinin) yok olması halinde ikame edilmesi de mümkün değildir. Bu bakımdan ikame mal teslimini talep hakkının ancak cins borcunda veya ikame edilebilir nitelikteki mallar için ileri sürülebilmesi mümkündür.

İkame mal teslimini talep hakkının zapt halinde ileri sürülüp sürülemediği hususuna değinecek olursak kanaatimize göre malın zaptı halinde artık CISG. m. 46/I'e göre aynen ifayı talep mümkün olmayacağından CISG. m. 46/II uyarınca yerine ifa talebinde bulunularak ikame mal teslim edilmesi istenebilmelidir.

C. Malın Onarımını Talep Hakkı (CISG. m. 46/III)

Malın onarımını talep hakkı CISG. m. 46/III'de düzenlenmiş olup esas olarak CISG. m. 35'teki maddi ayıbı bulunan mallar düşünülerek kaleme alınmış ve CISG içerisinde konulmuş bir hukuki imkandır. Onarım talebinin CISG. m. 39'a atıf yapılarak burada düzenlenen maddi ayıplı malların satıcıya ihbarla ve ihbardan itibaren makul bir süre içerisinde kullanılabilirliği öngörülmüştür. Zapt ihbarını düzenleyen CISG. m. 43'e ise herhangi bir atıf yapılmamıştır. Malın onarımını talep hakkı lafzi anlamıyla yorumlanırsa sadece ayıplı mal teslimi halinde ileri sürülebilecek bir hak olup zapt durumunda işin niteliğine uygun düşmediği için talep edilmesi de anlamlı olmayacaktır. Maldaki maddi ayıbı satıcı bizzat malı onararak ya da onartarak gidermelidir. Tarafların anlaşması halinde alıcı onarımı yapıp satıcıdan onarım bedelini alabilecektir³⁴.

D. Semen in İndirilmesini Talep Hakkı (CISG. m. 50)

Satıcının temerrüdü nedeniyle ifanın zamanında gerçekleşmemesi, malın kısmen elden çıkması ya da yok olması veya ayıplı olması halinde alıcı satıcıya karşı semen in indirilmesini talep hakkını kullanabilecektir. Bu hakkın

³⁴ Yücer Aktürk, s. 228, 229.

kullanılabilmesi için sözleşmenin esaslı ihlali şart değildir³⁵. Semenden indirim hakkının talep edilmesinde semenin önceden ödenip ödenmemesinin de bir önemi bulunmamaktadır³⁶.

Semenin indirilmesinde CISG. m. 50'de kabul edilmiş yöntemle göre malın teslim alındığı andaki sözleşmeye uygun özellikleri taşıması halinde sahip olacağı değer³⁷ ile fiilen teslim olunan ve sözleşmeye uygun olmadığı için daha az bir değere sahip bulunan malın değeri arasındaki orana göre semenden indirim gerçekleştirilmelidir. Bu, hem maldaki ayıptan kaynaklanan değer azalmalarını, hem de malın sözleşmede belirlenen kaliteden düşük kalitede olması durumlarını karşılayan bir hesap yöntemidir³⁸. Örneğin, taraflar arasındaki sözleşmede 1000 adet yüzde yüz yün kumaş ile yapılmış takım elbisenin tanesi 1000 TL'den satımı hususu kararlaştırılmasına rağmen, teslim edilen takım elbiselerin tanesi 800 TL değerinde olan yüzde seksen yün, yüzde yirmi polyester kumaştan yapılmış takım elbise olması halinde takım elbise başına 200 TL oranında semenden indirim yapılması gerekmektedir. Aynı takım elbise örneği üzerinden gidecek olursak, elbiselerin sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde yüzde yüz yün kumaştan olmasına karşın, değerinde yüzde elli azalmaya yol açan ve sadece defolu olarak satımına imkân veren dikiş hatalarının bulunması halinde maddi ayıptan dolayı da takım elbise başına 500 TL tutarında semenin indirilmesi gerekmektedir. Nispi hesap yöntemi özellikle malın tamamen elden çıkmadığı; ancak maldaki ayıp nedeniyle değerinin azaldığı hallerde uygulanır. Malın değerinde bir azalmaya yol açan ayıplı teslim halinde malın sözleşmeye uygun teslim edilmiş olması faraziyesi ile teslim anındaki değeri esas alınmalıdır.

Semenin önceden satıcıya ödenmiş olması halinde belirlenen miktar nispetinde iadesi, henüz ödenmemiş olması halinde ise oranlama suretiyle indirilerek satıcıya ödenmesi söz konusu olur. Semen indirilmesini talep hakkı alıcının bu yolla giderilemeyen zararları için ayrıca tazminat talep etmesine engel olmaz (CISG. m. 45/II). Örneğin alıcı satıcıya karşı yoksun kaldığı kâr için tazminat davası açabilir³⁹.

³⁵ Semen indirilmesinin istenebilmesi için sözleşmenin esaslı ihlali gerekli değilse de mutlaka sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Sarıkaya, s. 10; ancak eksik mal teslimi, alud ifa veya malın kısmen yok olması ya da kullanılmaz hale gelmesi hallerinde de semen indirimi istenebileceğinden biz bu şekilde bir sınırlama yapılmasını yerinde bulmuyoruz.

³⁶ Zeytin, s. 224.

³⁷ Teslim anındaki değer esas alınacağı sözleşmede açıkça düzenlendiği halde, malların neredeki piyasaya göre değerinin tespit edileceğine dair bir açıklık yoktur. Bu durumda malın değerinin alıcının iş yerinin bulunduğu yere göre, gönderilecek mallarda ise gönderildiği yerdeki değere göre belirlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Zeytin, s. 224.

³⁸ "Antlaşmada bedel indirimi seçeneğinde uygulanacak hesaplama metodunun (m. 50) TBK uyarınca yapılacak bedel indiriminde kabul gören "nispî metot"la çakıştığı görülmektedir.", Öz, s. 7.

³⁹ Zeytin, s. 224.

E. Sözleşmeden Dönme Hakkı (CISG. m. 49/1)

1. Ek Sürenin Aşılması veya Sözleşmenin Esaslı İhlalinin Gerekmesi

Sözleşmeden dönme hakkı ya CISG. m. 47/1 uyarınca satıcıya verilen ek süre içerisinde esaslı olsun ya da olmasın sözleşme ihlalinin satıcı tarafından giderilmemesi sonucunda; ya da böyle bir ek süre verilmesi gerekmeksizin ihlalın esaslı olması durumunda doğrudan doğruya kullanılabilir⁴⁰. CISG. m. 25 çerçevesinde sözleşmenin esaslı ihlalini oluşturduğu kabul edilebilen alıcının sözleşmeden beklediği menfaatin önemli ölçüde azalmakta ve sözleşmenin varlığının artık alıcı bakımından önemsiz hale geldiği hallerde başvurulabilir. Ancak buna ilave şartlar da söz konusu olup; esaslı ihlale yol açan durumun satıcı tarafından veya aynı konumdaki makul bir kişi tarafından sözleşmenin kurulması veya malın teslimi sırasında bilinebilecek durumda olması gerekmektedir⁴¹. Buna esaslı ihlal için aranan objektif ve subjektif öngörülebilirlik unsuru da denilmektedir.

İhlalin esaslı olup olmadığı ihlalın türünden ziyade yol açtığı sonuçlara göre değerlendirilir⁴². Serozan'a göre ister baştan, ister sonradan, ister objektif ister sübjektif, her çeşit temelli imkansızlık, ciddi ve kesin ifa etmeme beyanı (*anticipatory breach*), kesin vadeli işlemde (*Fixgeschäft'de*) temerrüt, özel nitelik vaadine aykırılık, ortadan kaldırılamaz hukuki ayıp, onarılamaz maddi

⁴⁰ Erkan, s. 59 – 73; Serozan dönme hakkının kullanılabilme şartlarını hakkın doğumundan önceki ve sonraki sınırlamalar olarak şu şekilde bir kronolojik ayrıma tabi tutmuştur: Hakkın doğumundan öncekiler: “1) Borçlu satıcının alıcıya karşı sözleşmeden kaynaklanan özel savunmalarının bulunmaması. (CISG 6, 58, 71) 2) Alıcının ifa engelini kendisinin yol açmış olmaması. (CISG 80: Nemo auditor ilkesi!) 3) Sözleşme ihlalinin esaslı (fundamental) sayılması. (CISG 25; 49, 1; 51, 2) 4) Alıcının sözleşme ihlalini kabullenmiş sayılmaması. (CISG 35, 3; 41; 42, 2a: Venire contra factum proprium ilkesi!) 5) Alıcının mali muayene ve nitelikçe amaca aykırılığını ihbar etmiş olması. (CISG 38, 39) 6) Satıcının ihlali telafi (ikinci servis) sansını kullan(a)maması. (CISG 48) 7) Satıcıya ihlali telafi için ek süre (son sans) verilmesi. (CISG 47, 1; 49, 1b)” Sonrakiler: “Dönme hakkını kullanmanın *dönme hakkı dogduktan sonraki* “kümülatif” sınırlarına (kosullarına) gelince: Bunlar da söyle sıralanabilir: 1) Dönme hakkının makul (reasonable) sürede kullanılması. (CISG 49, 2) 2) Dönme hakkının açıkça veya örtülü olarak gözden çıkarılmamış olması. *Döme hakkının varlığını bile bile dönme yerine iade edilecek nesnede tasarruf etme böyle bir feragate örnek gösterilebilir. (CISG 82, 2 c kuralından e contrario çıkarsanabilir! öğreti ve uygulama!)* 3) Dönme üzerine iade edilmesi gerekli malın iadesi olanağının varlığı. (CISG 82) 4) Dönme hakkının varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılması. (CISG 26) 5) Dönme işleminin kosula veya vadeye bağlanmaması. (*Öğreti ve uygulama!*)” Serozan, s. 209, 210; ayrıca bkz. Atamer, s. 397 – 401.

⁴¹ Tuğçe Oral, “Vişana Satım Antlaşması'nda Sözleşmenin Kurulması, Ankara, 2014, s.77 vd; Sert,s.71; Peter Schlechtriem, Uniform Sales Law-The UN - Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html> (E.T.:9.8.2018), s. 58-60; Serozan, s. 211.

⁴² Franco Ferrari, “Fundamental Breach of Contract Under The UN Sales Convention-25 Years of Article 25 CISG”, Journal of Law and Commerce, Spring, 2006, s. 493-495; Atamer, s. 233-234.

ayıp, olmazsa olmaz belgelerin eksikliği, alıcının çıkarını sarsıcı ciddi “eksik ifa” ve “aliud ifa” gibi durumlar “esaslı ihlal” olarak kabul edilmelidir⁴³.

Malın üçüncü kişilerin talepleri yüzünden elden çıkması veya tasarruf imkanının önemli ölçüde ortadan kalkması durumunda artık alıcıdan sözleşmeye katlanması genellikle beklenemez. Özellikle ihlale yol açan olay veya durum nedeniyle alıcının malı hemen teslim etmesi veya maldan yararlanmaktan derhal kaçınması gerekiyorsa esaslı ihlal söz konusudur⁴⁴. Örneğin alıcı malı teslim aldıktan sonra kamu makamları tarafından mala el konulduysa, malın tesliminden önceye dayalı bir talep veya sebepten ötürü mal üzerinde tasarruf yetkisini sınırlayan bir şerh, sınırlı aynı hak veya haciz işlemi ihdas edildiyse, yahut alıcıya belli süre içerisinde malın bir yere veya bir kişiye teslimi zorunluluğu getirildiyse durum böyledir. Diğer taraftan ihlal böyle bir duruma yol açmıyorsa veya ihlalin kolay bir şekilde ve makul olmayan bir gecikmeye yol açmadan izalesi mümkün olacaksa var olan sözleşmenin ihlali artık esaslı sayılmayacağından alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz⁴⁵. Örneğin elden çıkan veya maddi ayıbı olan malın yerine hemen yenisi verilebilecekse ve bu alıcı için bir zarar tehlikesine yol açmayacaksa sözleşme ihlali esaslı sayılmaz. Ancak izaleye ilişkin bu hususun özellikle alıcı açısından makul olmayacak bir gecikmeye, zahmete veya masrafa yol açmaması, satıcıya tazminat veya semenin indirilmesi yoluyla rücu edilmesinin mümkün veya kendisinden beklenebilecek nitelikte olması, bunun gerçekleşmeyeceği yönünde bir tereddüdün bulunmaması gereklidir (CISG. m. 48/1). Alıcının maddi ayıbı bulunan mal nedeniyle varsa uğradığı zarar ile bu mala ilişkin sarf ettiği muayene, muhafaza ve ulaştırma giderleri ve üçüncü kişilerin satım konusu mal üzerindeki haklarının kaldırılması veya taleplerinin izale edilmesi için alıcı tarafından yapılacak masraflar ile makul düzeydeki yargılama giderleri de bu kapsamdadır⁴⁶. Sözleşme ihlalinin esaslı olup olmadığı hususunda yorum yapılırken alıcı ve satıcının konumları ve içinde buldukları şartlar, hukuki ilişkinin niteliği ve sürekliliği, aralarında veya aynı konuda ticari hayatta var olan ticari alışkanlıklar ve teamüller de belirleyici olmaktadır⁴⁷.

⁴³ Serozan, s. 211.

⁴⁴ Zeytin, s. 189; Erkan, s. 96; Serozan, s. 211.

⁴⁵ Erkan, s. 96; Zeytin, s. 190; Aynı yön. Sarıkaya, s. 272, 273; Serozan, s. 212.

⁴⁶ Cüneyt Pekmez, “Satış Sözleşmesinde Zaptın Hukuki Sonuçları”, TAAD, Y: 6, S: 20, Ankara, Ocak 2015, s. 546; Zeytin, s. 190.

⁴⁷ Süleyman Yılmaz, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları, Ankara, 2013, s. 82 vd; Ferrari, s. 493-494.

2. Sözleşmeden Dönme Hakkının Niteliği ve Kullanılması

Sözleşme ihlalinin esaslı olması halinde⁴⁸ alıcının kullanabileceği sözleşmeden dönmeye ilişkin hak, etkileri ve sonuçları itibarıyla en önemli hukuki imkan olarak kabul edilebilir. Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin sona ermesine yol açtığı için bozucu yenilik doğurucu bir niteliğe sahiptir. Bu bakımdan herhangi bir şarta bağlanması mümkün değildir⁴⁹. Bu hak alıcı tarafından muhataba (satıcıya) yöneltilen tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır. İrade beyanının satıcıya ulaşması gerekli ve yeterlidir⁵⁰. Ancak dönme beyanının satıcıya ulaşmaması ihtimalinde de sözleşme sona ermiş olur⁵¹ (CISG. m. 27). Sözleşmenin sona erme anı beyanın satıcıya ulaştığı an değil, alıcının beyanda bulunduğu andır⁵².

Sözleşmeden açık veya zımnî olarak dönülebilir. Ancak sözleşmenin ortadan kaldırılması iradesinin ortaya konulması şarttır. Bu konuda yeterli açıklığı içermeyen beyan veya davranışlar sözleşmeden dönme beyanı olarak nitelenemez⁵³. Örneğin malın hiç bir açıklama yapılmadan sadece geri gönderilmesi halinde sözleşmeden dönme hakkının kullanıldığından

⁴⁸ Sözleşme ihlali esaslı olmasa bile CISG'in 47/1 ve 49/1-b maddeleri uyarınca alıcı tarafından verilen ek süre içerisinde satıcı tarafından ihlalin ortadan kaldırılmaması halinde de sözleşmeden dönme mümkündür. Dolayısıyla süre aşımının esaslı olmayan ihlali bile bir bakıma esaslı ihlal düzeyine yükselttiği söylenebilir. Aynı yönde: Serozan, s. 212, 213. Ayrıca bkz. Atamer, s. 401; Bununla beraber ek süre tanıma imkanı vadesi geldiği halde yerine getirilmeyen tüm yükümlülükler bakımından mevcut olmakla birlikte ayıplı mal teslimi halinde mümkün değildir. Bkz. Sarıkaya, s. 183; "Antlaşmaya göre satıcının borcunu ihlalinde alıcın makul uzunlukta ek bir süre tanınması, "tanıyabilir" ifadesiyle takdirine bırakılmıştır (m. 47). Bunun sebebi, CISG'da "ifa imkânsızlığı - borçlu temerrüdü" ayırımı yapılmaksızın, yaptırımların düzenlenmesidir. İfa imkânsızlığında ek süre vermek elbette anlamsız olacağından, hemen daima esaslı ihlal sayılacak bu durumda alıcı -işin niteliği gereği bedel indirimi, onarım, ikame mal isteyemeyip- sözleşmeyi sona erdirerek tazminat isteyebilecektir (m. 49/1,a)", Öz, s. 12, 13.

⁴⁹ Serozan, s. 210, 219; Zeytin, s. 220.

⁵⁰ Serozan, s. 210; Atamer, s. 402, 403; Dönme beyanı bir hukuki sonuç doğurmaya yöneliktir. Tek taraflı irade açıklamasıdır. Hüküm ve sonuç doğurabilmesi için sözleşmenin diğer tarafı olan satıcıya yöneltilmesi gerekir. İrade açıklamalarının hüküm ve sonuçlarını doğurma anı için iradenin açıklanma anı, gönderilme anı, ulaşma anı ve öğrenilme anı şeklinde dörtlü bir ayırım mevcuttu. Bkz. Kılıçoğlu, s. 70, 71. CISG'de (m.27) dönme beyanının hüküm ve sonuçlarını doğurması için ulaşması değil açıklanması yeterli görülmüştür. Öz, s. 11; Dayıoğlu, s. 53.

⁵¹ Dayıoğlu, s. 53.

⁵² Sözleşmede en geniş yer tutan ve CISG. m. 25 - 88 arasında düzenlenen "malların satımı" kenar başlıklı III. Kısımına ilişkin her türlü beyanların, uygun şekilde yapılması şartıyla, iletimdeki gecikme, hata veya ulaşamamaya rağmen, hukuki sonuç doğuracakları düzenlenmiştir (m. 27). Öz, s. 11; Ancak gönderme teorisine sıkı sıkıya bağlı kalınmaması gerektiği, alıcının satıcıya sonradan satıcıya ulaşmadan önce bu beyanından dönebilme imkanının olması gerektiğine dair görüş için bkz. Erkan, s. 125, 126.

⁵³ Dayıoğlu, s. 53.

bahsedilemez⁵⁴. Zira malın sözleşmeden dönüldüğü için mi; yoksa onarım veya yenisi ile değiştirilmesi için mi geri gönderildiği açıkça belli değildir.

Sözleşmeden dönme beyanı geriye etkili olarak sonuç doğurur⁵⁵. Sözleşme kurulduğu andan itibaren ortadan kalkmış sayılacağı için taraflar sözleşme kapsamında birbirlerinden elde ettikleri menfaatleri karşılıklı olarak geri verme yükümlülüğü altına girerler.

Dönme beyanı bir şekle tabi değildir. Yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. Ayrıca bir merasime veya dava açma zorunluluğuna tabi kılınmamıştır. Ancak dava açılması yoluyla beyan edilmesinin de önünde bir engel yoktur. Özellikle sözleşmenin ihlali nedeniyle açılacak tazminat davalarında, dava dilekçesinde sözleşmenin sona erdiği veya sözleşmeden dönme hakkının kullanıldığı yönündeki beyan ile birlikte tazminat talep edilmesi halinde, dava dilekçesinin mahkemeye sunulduğu anda sözleşme sona ermiş olur. Çünkü dönme beyanının muhataba ulaşması anında değil irade açıklamasının yapılması anında sözleşme sona ermektedir. Bu itibarla sözleşmenin sona ermesi için dönme beyanını içeren dava dilekçesinin davalı olan satıcıya tebliğ edilmesi gerekli değildir. Taraflarca aksi önceden kararlaştırılmadığı sürece mahkemenin sözleşmenin sona ermesine dair bir karar vermesi, diğer bir ifade ile sözleşmenin mahkeme hükmü ile sona erdirilmesi de gerekli değildir.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, şartları ve sonuçları itibariyle emredici nitelikte olmayıp, taraflar aralarındaki sözleşmede, sözleşmeden dönme hakkını CISG'de yer alan kurallar hilafına serbestçe tayin edebilirler (CISG. m. 6, m. 8 ve m. 29). Bu halde sözleşmeden dönmeye ilişkin taraflarca belirlenen merasim ve kurallar geçerli olur. Zira CISG. m. 49/1 emredici değil tamamlayıcı bir nitelik taşımaktadır. Örneğin taraflar sözleşmeden dönme beyanının sadece yazılı olarak veya noter kanalıyla yapılabileceğini kararlaştırabilirler; veya sözleşmeden dönme yerine fesih konusunda anlaşabilirler. Böylelikle geriye etkili sözleşmeden dönme değil ileriye etkili bir fesih durumundan söz edilmesi gerekecektir.

CISG satım sözleşmesinin (*ipso iure bir biçimde*) kendiliğinden sona ermesi sistemini kabul etmemiş, bu konudaki seçimlik hakkın kullanılması yönündeki tercihi alıcının takdirine bırakmıştır⁵⁶. Bu durumda sözleşmenin esaslı ihlali halinde alıcı dönme hakkını kullanıp kullanmama konusunda serbesttir. Ancak tarafların aralarında yapacakları sözleşme ile bunun aksini kararlaştırmaları, sözleşmenin ihlali kabul edilen durum ortaya çıktığında sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini veya tam aksine sona ermenin hakem veya mahkeme hükmüne bağlanacağı noktasında anlaşmaları da mümkün ve geçerlidir.

⁵⁴ Zeytin, s. 220.

⁵⁵ Kılıçoğlu, s. 138.

⁵⁶ Serozan, s. 219; Zeytin, s. 217; Erkan, s. 58.

3. Sözleşmeden Dönme Beyanında Bulunma Süresi

Sözleşmeden dönme beyanının yapılabilmesi CISG. m. 49/II'de makul süre ile sınırlandırılmıştır. Alıcının gecikmiş teslim halinde, teslimin yapıldığı öğrendiği andan itibaren makul bir süre içinde sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmesi gerekir⁵⁷. Gecikmiş teslimden farklı bir sözleşmeye aykırılık halinde, alıcı, bu aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren; alıcı tarafından CISG. m. 47/I uyarınca verilmiş herhangi bir ek süre mevcutsa bu sürenin geçmesinden sonra veya satıcının bu ek süre içinde yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini açıklaması halinde bu açıklama anından itibaren makul bir süre içinde sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmelidir. Öte yandan satıcı tarafından, CISG. m. 48/II uyarınca belirlenmiş sürenin tamamlanmasından veya alıcının ifayı kabul etmeyeceğini açıklamasından sonra; alıcının makul bir süre içinde sözleşmeden dönme beyanında bulunması şarttır. Makul sürenin ne kadar olacağına yönelik kesin bir belirleme yoktur. Taraflarca önceden kararlaştırılmış bir süre yoksa, süre somut olayın özelliklerine, tarafların konumuna ve içinde buldukları şartlara göre belirlenir.

Kanaatimizce günümüzün iletişim teknolojisi göz önüne alındığında yedi gün veya iki haftalık sürelerin makul süre olarak kabul edilmesi gerekir. Somut olayın özelliklerine, durumun şartlarına göre dört hafta veya iki ay gibi daha uzun bir sürenin de makul süre olarak kabul edilebilmesi mümkündür. Sürenin belirlenmesinde işin niteliği ve olayın bütün hal ve şartları göz önünde bulundurulmalıdır. Makul süre, alıcının sözleşmeyi sona erdirmek için yeterli düşünme süresi ile sözleşmeyi sona erdirmeye iradesini ortaya koymadan önce sözleşmeyi ayakta tutabilmek için başvurabileceği diğer yollara veya girişimlere imkan verecek ölçüde uzun, Sözleşme ile taraflara verilen hakların ve sağlanan hukuki imkanların suistimaline yol açmayacak ölçüde kısa olmalıdır. Hak düşürücü süre mahiyetinde olan makul sürenin geçmesinden sonra alıcının sözleşmeden dönebilmesi mümkün değildir⁵⁸.

4. Sözleşmeden Dönülmesinin Hukuki Sonuçları ve Kalan Mal ile Semenın Karşılıklı Olarak Geri Verilmesi Yükümlülüğü

CISG'in düzenlemesine göre alıcı, satım konusu malın elinde kalan kısmını, maldan elde ettiği yarar karşılığı ile birlikte teslim aldığı andaki duruma esaslı surette yakın bir şekilde iade yükümlülüğü altındadır (CISG. m. 81/II delaletiyle m. 82/I; 84/II). Buna karşın satıcı da semeni kendisine ödendiği tarihten itibaren işleyecek faizi ile birlikte iade eder (CISG. m. 81/II, m. 84/I). Bu yükümlülükler aynı anda yerine getirilmelidir (CISG. m. 81/II-son).

⁵⁷ Schlechtriem, s. 78.

⁵⁸ Atamer, s. 404; Zeytin, s. 222; Yılmaz, s. 90; Serozan, s. 215.

Semen henüz satıcıya ödenmediyse semeni ödeme borcu kendiliğinden sona ermiş olur⁵⁹.

Tarafların her birinin karşılıklı olarak sözleşme kapsamında elde ettikleri menfaatleri geri vermeleri sözleşmeden dönmenin geriye etkili olmasının bir sonucudur. Ancak bu kurala alıcı lehine bir istisna getirilmiştir. CISG. m. 82/ II-(a) uyarınca malların iade edilmesinin veya teslim alındığı andaki duruma esaslı surette yakın bir durumda iade edilmesinin imkansızlaşması alıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmıyorsa alıcının iade yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır⁶⁰. Bu halde dahi satıcının faizi ile birlikte semeni alıcıya iade borcu devam eder. Bu şekilde CISG, sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal ederek alıcının sözleşmeden dönmesine neden olan satıcıyı korumak yerine; haksız satıcıya karşı haklı konumdaki alıcıyı koruma yönünde bir düzenleme yapmayı tercih etmiştir. Bunun nedeni gayet açıktır. Gerçekten de menfaatler dengesi gözetildiğinde CISG'in satıcının esaslı ihlali karşısında haklı olarak sözleşmeden dönen alıcıyı korumaya dönük bu düzenlemesi son derece isabetlidir⁶¹.

F. Tazminat Talep Hakkı (CISG. m. 74)

1. Tazminat Talep Hakkının Niteliği

CISG'e göre satıcının hukuki sorumluluğuna giden alıcının kullanabileceği bir diğer imkan satıcıdan tazminat talep edebilmesidir. Sözleşme ihlaline yol açan durum nedeniyle satıcının bir kusurunun bulunup bulunmaması önemli değildir. Zira satıcının kusursuz sorumluluğuna dayanan bir çeşit garanti sorumluluğu söz konusudur⁶². Hukukumuzda kusursuz sorumluluk halleri için

⁵⁹ Pekmez, s. 534.

⁶⁰ Sert, s. 63.

⁶¹ Ancak bize göre yerinde olan bu tercihe öğretilerde ciddi eleştiriler de getirilmiştir. Serozan, CISG'in karşılıklı iade yükümlülüğüne ilişkin alıcı yönünden istisna getiren ve kendi ifadesi ile "alıcıyı kayıran" bu düzenlemesine şiddetli bir biçimde karşı çıkmaktadır. "...iade imkansızlığının satıcının sözleşmeye aykırılığı (örneğin ayıp yüzünden) ortaya çıkması halinde dönme hakkının etkisizleşmeyip alıcı tarafından kullanılabilmesine diyecek yoktur. Ama satıcının yol açmadığı bir iade imkansızlığının riskini de satıcıya yüklemek doğrusu kolay anlaşılacak gibi değildir. Alıcı yanlış, satıcı düşmanı bir hasar düzenidir bu; yergiyi hak eder. Gerçekten de aslında malı teslim aldıktan sonra alıcıya ait olması gereken "kaza riskini" ve alışveriş yaşamına uygun "tasarruf riskini" gerisin geriye satıcıya sıçratmak (Zurückspringen der Gefahr auf den Verkäufer) satıcıyı sözleşmeye aykırılığından ötürü ölçüsü kaçmış bir ceza ile cezalandırmaktan başka bir anlam taşımaz. Kinayeli (ironik) bir saptama: CISG 82'nin satıcı aleyhtarı haksız hasar düzeni ile CISG 48'in satıcının ikinci servis şansını adeta kağıt üstünde bırakan düzenlemesi ve CISG 49'un alıcının dönme hakkına kural olarak bir zamansal sınır çekmeyen ucu açık düzenlemesi yan yana getirildiğinde, ister istemez, CISG düzenleyicilerinin alıcıyla satıcı arasındaki menfaat çatışmasında alıcıyı kayırmış oldukları izlenimi uyanır..." Serozan, s. 216.

⁶² Dayıoğlu, s. 112; CISG'de tam tazminat ilkesi kabul edilmiş olup kusur azlığı veya hakkaniyet ilkesi gereği tazminattan indirim yapılması benimsenmemiştir. Bu konuda her hangi bir hüküm bulunmaması Sözleşmede düzenleme boşluğu olduğu anlamına gelmez. "...hâkim Antlaşmanın boşluğunu dolduruyorum diye, TBK uyarınca (m. 114/2 yollamasıyla m. 52/2)

öngörülen kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma CISG'in sözleşme sorumluluğu bakımından söz konusu değildir. Ayrıca zarar ile uygun illiyet bağının kurulması da gerekli olmayıp illiyetin şart teorisi uyarınca varlığı yeterlidir⁶³. Çünkü CISG'in sorumluluk esasında zarara yol açan olayın, satıcının bir fiilinden kaynaklanması şart olmayıp, satıcının ifa yardımcısı olmayan bir üçüncü kişinin fiilinden ya da bir mücbir sebepten kaynaklanması halinde de sözleşme satıcı tarafından ihlal edilmiş sayılmaktadır. Dolayısıyla mücbir sebepler veya üçüncü kişinin ağır kusuru satıcının sorumluluğuna kural olarak etki etmemektedir⁶⁴. Halbuki Türk Hukukunda kusursuz sorumluluk halinde dahi, mücbir sebep veya üçüncü kişinin kastı ya da ağır kusurunun varlığı uygun illiyet bağını kestiği takdirde zarardan sorumluluk doğmamaktadır⁶⁵.

hafif kusurlu olanın ekonomik durumunu dikkate alarak tazminatı indirememelidir. Zira tazminatın çerçevesini belirleyen CISG hükümlerinin (m. 74 - 77) bu indirimde yer vermemesi, böyle bir indirimi kabul etmediği anlamına gelir.", Öz, s. 16.

⁶³ Zeytin, s. 300; Dayıoğlu, s. 75, 76; "CISG kapsamında satıcının tazminat sorumluluğunun varlığı için satıcının sözleşmeye aykırı davranışının alıcının uğradığı zararın şartı olması yani *conditio sine qua non* niteliğinde olması gerekmektedir...Dolayısıyla CISG tazminat sistemi uyarınca tazminat sorumluluğu için şart kuramı uyarınca nedensellik bağının varlığı bir ön koşul olarak karşımıza çıkmaktadır. Antlaşma kapsamında tazminat sorumluluğunu sınırlandıran uygun nedensellik bağı kuramı gibi kuramlara yer verilmemiştir. Satıcının tazminat sorumluluğu öngörülebilirlik kriteri ile sınırlandırılmıştır." Dayıoğlu, s. 75, 76; aynı yönde: Öz, s. 14.

⁶⁴ Örneğin çalışanın kusurlu davranışı, hastalık ya da iflas gibi durumların satıcının sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı ifade edilmektedir. Dayıoğlu, s. 141, 142; Sarıkaya, s. 12. Ancak ayıp ve zapt gibi satıcıdan kaynaklanan ifa engelleri dışında sel, deprem, fırtına gibi doğal felaketler, salgın hastalık, savaş, terörist saldırılar, darbe, öngörülemeyen genel grev gibi insan kaynaklı felaketler veya ambargo, müsadere, yabancı sermaye girişinin yasaklanması, ithalat ihracat rejimindeki engelleyici düzenlemeler, kamu makamlarının yasaklamaları gibi satıcının etki ve hakimiyet alanı dışında kalan, kaçınılmayan ve öngörülemeyen engellerden kaynaklı olarak borcu yerine getirememenin bazı istisnai durumlarda CISG m. 79 bağlamında satıcıyı sorumluluktan kurtarabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Ahu Ayanoğlu Morali, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2013, S: 1, s. 297. Ayrıca bkz. Belin Köroğlu, "Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: XVII, Y: 2013, S: 1-2, s. 775 – 804.

⁶⁵ Bu kuralın, tüm riski ve zararı satıcının üstünde bırakıyor olmasını Serozan eleştirmekte ve haksız görmektedir: "...Gerçekten de satıcının borca aykırılık etti diye (hatta kusursuz bile olsa) dönme yaptırımına hedef olması hangi ölçüde adaletli gözüktüyorsa, satıcının sırf borca aykırılık etti diye ayrıca kazadan da sorumlu tutulması (kazanın riskini taşıması) satıcıya verilmiş o ölçüde haksız ve ilgisiz bir ceza görünümündedir. Nitekim kusursuz sorumluluğa yol açan borçlu temerrüdünde de borçlu edimin başına gelen kazanın alacaklıda da gerçekleşeceğini, yani nedenselliğin kesildiğini kanıtlayarak kazadan ötürü sorumluluktan sıyrılabilmektedir. (Bkz. örneğin TBK 119 II) Hele CISG 82'ye göre, alıcının satılan malı kendi iradesiyle başkalarına devretmesine ve kullanmasına bağlı iade imkansızlığında bile onun dönme hakkını kullanabilmesi ve dolayısıyla satıcının malına gerisin geriye kavuşmadığı halde malın parasını alıcıda bırakmak zorunda kalması hiç mi hiç anlaşılabilir." Serozan, s. 217, 218.

Böyle bir düzenlemeye CISG’de yer verilmemiştir.

CISG. m. 74’te istenebilecek tazminat miktarına ilişkin iki ölçüte yer verilmiştir:

Birincisi; CISG’de maddi zararın ötesinde cezalandırıcı tazminatın kural olarak kabul edilmemesidir⁶⁶. Dolayısıyla alıcı sadece sözleşmenin ihlalinden doğan mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere toplam zararı tazminat olarak talep edebilir (CISG m. 74/1. cümle). Bu nedenle alıcı tarafından sözleşmenin ihlalinden kaynaklanan toplam zararı aşan bir miktarın tazminat olarak istenilmesi mümkün olmadığı⁶⁷ gibi ceza mahiyetinde olmak üzere zararı aşan bir meblağın ödenmesi de istenemez; meğer ki taraflar aralarında aksi yönde bir anlaşma yapmış olsun.

İkinci husus ise CISG’de aynen şu şekilde ifade edilmiştir: “...Söz konusu tazminat, ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz.” (CISG m. 74/2.cümle). Bu durumda CISG’e göre istenebilecek tazminatın üst sınırı, sözleşmenin kurulması sırasında satıcının sözleşme ihlali olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği ya da bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği muhtemel zarar miktarıdır⁶⁸. Anglo - Amerikan hukukunda var olan ve kusursuz sorumluluğun ağır neticelerini borçlu açısından sınırlandırmayı amaçlayan *foreseeability* (öngörülebilirlik) ilkesine ilişkin bu düzenleme ile satıcı, objektif olarak öngörülemez önemli derecedeki risklere ve fahiş zarar tehlikelerine karşı korunmak istenilmiştir. Bu öngörme ve zarar miktarı, satıcının somut olarak bildiği verilere göre subjektif olarak değil, satıcı ile aynı konum ve şartlardaki makul bir kişinin bilmesi şeklinde düşünülerek objektif olarak belirlenmelidir⁶⁹.

⁶⁶ Atamer, s. 424, Dayıoğlu, s. 63, 65.

⁶⁷ Dayıoğlu, s. 67, 68.

⁶⁸ Serozan, s. 208, 211, 219; Tazminat talep etme hakkının sınırını common law sisteminden esinlenilerek benimsenen öngörülebilirlik (*foreseeability*) ilkesi oluşturmaktadır. Bkz. Dayıoğlu, s. 112-116, 169; Birinci Uzun, s. 163-170; CISG’egöre satım sözleşmesinin kurulması ve kurulma anına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Tuğçe Oral, Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmenin Kurulması, Ankara, 2014; ayrıca bkz. Mehtap İpek İşleten, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Kurulması”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2013, S:1, İstanbul, s. 111- 136; Türk hukukunda sözleşmenin kurulma anı hazırlar arasında kabulcünün kabul iradesini açıkladığı anda, hazır olmayanlar arasında ise kabul beyanının ulaştığı anda kurulmuş olmaktadır. Kılıçoğlu, s. 108 – 111. Sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurma anı ise hazır olanlar bakımından sözleşmenin kurulma anı iken; hazır olmayanlar arasında açık bir kabule ihtiyaç olan durumlarda kabul beyanını gönderme anında, açık kabule ihtiyaç bulunmayan durumlarda önerinin ulaşma anından itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Kılıçoğlu, s. 112, 113.

⁶⁹ Dayıoğlu, s. 33.

2. Tazminat Talep Hakkının Diğer Haklarla İlişkisi

Tazminat talep hakkı diğer haklarla seçimlik değil ayrı ve bağımsız bir hak niteliğindedir. Diğer haklarla birlikte veya onlardan ayrı, bağımsız olarak ileri sürülebilir. Ancak diğer hakların kullanılması suretiyle zarar tamamen giderildiyse, zararın tam giderimi ilkesi çerçevesinde, artık ayrıca tazminat istenmesi alıcı açısından sebepsiz zenginleşmeye yol açacağından bu yola başvurulamaz. Diğer bir ifade ile tazminat istemeye hakkı olan alıcı bunun yerine önce diğer (ikame mal teslimi, onarım isteme veya semenin indirilmesi gibi) hukuki yollardan birine başvurmayı tercih eder ve bu yollar sayesinde zararı ortadan kaldırılarak tamamen tatmin edilmesi mümkün olursa artık satıcıya karşı ayrıca tazminat isteminde bulunamaz⁷⁰. Sözleşme ihlalinin dolaylı zararlara veya takip eden zararlara yol açması halinde bu zararlar için ayrıca tazminat istenebilir. Bu itibarla tazminat hakkı bağımsız ve tek başına da ileri sürülebilmekle birlikte birincil değil tamamlayıcı bir nitelik de göstermektedir.

3. Giderilmesi Talep Edilebilecek Zararlar

Tazminat talep hakkı kapsamında giderilmesi istenebilecek zararlar sadece mal varlığına ilişkin olan maddi zararlardır⁷¹. Manevi zarar CISG’de düzenlenmemiştir. Keza ölüm ve yaralanma nedeniyle ortaya çıkan cismani zararlar da CISG kapsamı dışında bırakılmıştır⁷². Hem doğrudan zararlar hem de dolaylı zararlar⁷³ istenebilir. Ancak doğrudan zarar – dolaylı zarar ayrımı yerine ifa etmeme zararları ve bunu takip eden zararlar şeklinde bir ayrım CISG bakımından daha uygun kabul edilmektedir⁷⁴. Ayrıca CISG’de menfi zarar ve müspet zarar ayrımı yapılmadığı için her iki zarar kalemi de birlikte talep edilebilir⁷⁵. Sözleşme ihlal edilmeseydi alıcının mal varlığının içinde

⁷⁰ Zeytin, s. 297.

⁷¹ Schlechtriem, s. 98 - 100.

⁷² “Bu Antlaşma satıcının, malların bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olmasından kaynaklanan sorumluluğuna uygulanmaz (CISG m. 5).”

⁷³ TBK. m. 217/I-(b)-4 uyarınca kısmi zapt halinde de dolaylı zararların bazı şartların gerçekleşmesi halinde istenmesi mümkün olup “dolaylı zarar” kavramına müspet zararın mı, kaçırılan fırsatlara bağlı yoksun kalınan kârın mı, illiyet bağına bağlı olarak daha uzak olan refakat veya sonuç zararlarının mı olduğu öğretilmektedir ve tartışmalı olup bu tartışmalar ve Yargıtay’ın kabulü hakkında detaylı bilgi için bkz. Pekmez, s. 547, 549. CISG’e göre ise böyle bir ayrıma gidilmeksizin duruma göre bunların hepsinin istenilmesi mümkündür.

⁷⁴ Birinci Uzun, s. 171, 172; Doğrudan zarar, sözleşmenin ihlali halinde araya başka bir sebep girmeksizin meydana gelen zarardır. Doğrudan zarar, sözleşmenin ihlali ile meydana gelen zarar arasındaki yakın ve yoğun bir illiyet bağına işaret eder. Dolaylı zarar ise sözleşmenin ihlali halinde doğrudan zarara bağlı olarak ilave bir sebeple meydana gelen zarardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Serkan Ergüne, Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008, s. 66-67

⁷⁵ K.g.: Birinci Uzun, s. 170, 171; menfi zararın ancak sözleşmeden dönme halinde talep edilebileceği yönünde görüşler de mevcuttur. Bu görüşlere göre menfi zararın, güven menfaatinin (*Negatives Interesse*) tazmin edilebilmesi için sözleşmenin ortadan kaldırılması şartının aranması gerekmektedir. Zeytin, s. 298; her iki zararın da birlikte talep edilebileceğine

bulunacağı durum ile ihlal sonucu mal varlığının durumu arasındaki fark tazminat olarak istenebilir. Bu açıdan alıcının mal varlığındaki eksilme olarak malın uğradığı değer kaybı, ihlal nedeniyle alıcının yaptığı masraflar, ihlal edilen sözleşme yerine yapılan yeni sözleşme sonucu ortaya çıkan fiyat farkı⁷⁶, zararın azaltılmasını amaçlayan masraflar, takip ve yargılama giderleri, malın satın alınması, taşınması veya muhafazası için yapılan ve boşa giden nakliye masrafı, depo tutmak, kira vermek, kredi çekmek, faiz ödemek gibi masraflar hep bu kapsamdadır⁷⁷.

Malın zaptı nedeniyle üçüncü kişilere karşı doğan tazmin yükümlülükleri öngörülebilir miktarda olması şartıyla istenebilir. Satılan bir aracın çalıntı çıkması halinde aracın malikine teslim edilmesi için alıcının yaptığı bakım, onarım, trafiğe tescil gibi masrafların istenmesi mümkündür⁷⁸.

Sözleşmenin ihlali ve malın gerektiği gibi teslim edilememesi alıcının işletmesinin itibar ve müşteri kaybına (*good will*) uğramasına yol açıyorsa bundan kaynaklanan zararlar da talep edilebilecek tazminat kalemleri arasındadır⁷⁹. CISG m. 74/1 (1. cümle) uyarınca sözleşmenin ihlali nedeniyle yoksun kalınan kârın talep edilmesi de mümkündür.

4. Tarafların Sözleşme Şartlarında Değişiklik Yapmaları

CISG. m. 74 emredici nitelikte bir düzenleme olmadığı için taraflar tazminata ilişkin şartları CISG. m. 6 uyarınca kısmen veya tamamen değiştirebilir ve yeni şartlar öngörebilirler. Dolayısıyla taraflar tazminata ilişkin kusur sorumluluğu, sebep sorumluluğu, objektif özen sorumluluğu, tehlike sorumluluğu, kusursuz sorumlulukta kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma kuralı gibi değişik sorumluluk türleri ve kuralları kabul edebilirler. Tazminatın zarar

dair görüşler için bkz.: Öz, s. 13; Sözleşmeden dönen alıcı, satıcısından yalnız malın parasını kurtarmakla kalmaz, ondan ayrıca *restitution* ve *reparation* olarak adlandırılan kalemleri birlikte içeren eksiksiz bir sözleşmeye aykırılık tazminatını da isteyebilir. Serozan, s. 219; Olumsuz zarar geniş anlamı itibarıyla herhangi bir zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaattir; dar anlamı bakımından ise sözleşme öncesi bir yükümlülüğün ihlalden doğan zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaattir. Olumsuz zararın tazmini ile alacaklının önceki içinde bulunacağı durumunun tekrar sağlanması, böylelikle malvarlığındaki azalmaların giderilmesi amaçlanmaktadır. Ergüne, s. 38.

⁷⁶ Akipek Öcal, s. 97.

⁷⁷ Serozan, s. 219; Fark teorisinden hareketle müspet zarar alacaklının malvarlığının, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi yüzünden içinde bulunduğu fiili durum ile borcun gereği gibi ifası halinde içinde bulunacağı farazi durum arasındaki fark olarak tanımlanmaktadır. Zarar kavramını açıklayan diğer bir teori olan somut (tabii) zarar teorisine göre ise borcun ifa edilmemesi nedeniyle bundan etkilenen münferit malvarlığı değerinin içinde bulunduğu fiili durum ile borç gereği gibi ifa edilmiş olsaydı o malvarlığı değerinin içinde bulunacağı farazi durum arasındaki farkı olumlu zarar olarak tanımlamaktadır. Ergüne, s. 56.

⁷⁸ Zeytin, s. 304.

⁷⁹ Zeytin, s. 305, 306.

miktarını aşamayacağına ilişkin kuralı değiştirebilirler, yahut cezai şartlar öngörebilirler.

5. Tazminatın Ödenmesi

CISG m. 74'teki "*a sum equal to the loss*" ibaresi ile sadece para ile tazmin ilkesi benimsenmiş, aynen tazmin ise kabul edilmemiştir⁸⁰. Tazminatın hangi para cinsi ile ödeneceğine dair CISG'de bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak alacaklının zararı giderileceği için onun iş yerinin bulunduğu devlet parası ile ödeneceği hususu öğretide ileri sürülmüştür⁸¹. Kanaatimizce semeninin hangi para ile ödenmesi kararlaştırılmış ise tazminatın da o para birimi üzerinden ödenmesi gerekmektedir⁸². Zira taraflar tazminat hususunda ayrı bir para birimi belirlemediyse ve bu konuda bir boşluk söz konusuysa, semen için sözleşmede tarafların ortak iradesi ile belirlenmiş olan bir para biriminin tazminata da esas alınması uyumsuzluğu ortadan kaldırmaktadır.

6. Zamanaşımı

CISG'de tazminat hakkının talep edilebilmesi bakımından bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Ancak Sözleşmenin uygulandığı hallerde kural olarak Birleşmiş Milletler'in Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinde Zamanaşımına Dair 14.6.1974 tarihli Sözleşmesi hükümlerine göre zamanaşımı süresi belirlenir⁸³. Türkiye Cumhuriyeti bu Sözleşmeye henüz taraf olmamıştır. Dolayısıyla taraflar satım sözleşmesinde ayrı bir zamanaşımı kuralı belirlemediyse Milletlerarası Özel Hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının atf yaptığı milli hukuka göre karar verilir. Bu hukukun Türk Hukuku olarak belirlenmesi halinde zamanaşımı, tazminatın niteliğine göre TBK 146 - 161 ile 231 maddeleri uyarınca⁸⁴; sözleşmenin diğer tarafının ülke hukukunu işaret etmesi halinde ise o ülkenin kanunlarına göre belirlenir.

VII. Alıcının Talep Haklarını Kullanabilmesinin Koşulu

A. İhbar Külfetinin Yerine Getirilmesi

1. İhbar Külfetinin Doğması

Alıcının, maldaki maddi ve hukuki ayıplar ile malın üçüncü kişilerce zaptı nedeniyle satıcının sorumluluğuna gidebilmesinin ön koşulu, CISG. m. 39 ve m.

⁸⁰ Dayıoğlu, s. 69.

⁸¹ Dayıoğlu, s. 88; Zeytin, s. 307, 308.

⁸² Tazminatın her zaman semen ile aynı para birimi üzerinden ödenmesi gerektiğine ilişkin yargı kararları da mevcuttur. Dayıoğlu, s. 88; Örneğin Berlin Federal Mahkemesi de bir kararında semenin ödenmesi gereken para birimi ile tazminatın ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir. LG Berlin, 30.9.1992, CISG – Online N. 70.

⁸³ İpek Yücer Aktürk, "Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu", Ankara Barosu Dergisi, Y: 2015, S: 1, Ankara, s. 236; Atamer, s. 234.

⁸⁴ Öz, s. 16.

43 uyarınca gerekli ihbarda bulunmasıdır. Bu ihbar öğrenmeden itibaren makul bir süre içinde satıcıya usulüne uygun olarak yapılmalıdır. İhbar, alıcı açısından bir yükümlülük değil bir külfettir. O nedenle ihbar külfetine uymamak alıcı açısından bir sorumluluk doğurmaz; yalnızca satıcıya karşı ileri sürebileceği talep haklarını kaybetmesi sonucuna yol açar⁸⁵. Henüz mal teslim edilmeden önce satıcının ifa yükümlülüğü görünüşte bile olsa sona ermiş olmayacağından, alıcının ihbar yükümlülüğü en erken malın teslim edildiği anda doğabilir⁸⁶. Alıcı malı teslim aldığı anda veya sonrasında, maldaki maddi veya hukuki ayıbı ya da üçüncü kişinin mal üzerindeki talebinin veya hakkının varlığını öğrendiği ilk anda zaman geçirmeksizin durumu satıcıya bildirmelidir. Alıcının, ayıp muayenesini geciktirmesi, tespit ettiği ayıbı bildirmemesi ya da zapt halinde üçüncü kişinin talebinin haklı olup olmadığını anlamaya çalışması veya dava sürecinin sonucunu beklemesi, makul sürenin aşılması nedeniyle satıcının sorumluluğuna gidememesine yol açabilir. Bu nedenle alıcı, ayıp muayenesini şartların izin verdiği kısa bir süre içerisinde yaparak ya da yaptırarak tespit ettiği ayıbı, ayıbın türünü ve gerekli bilgileri ihtiva edecek şekilde bildirmelidir (CISG. m. 38-39). Keza zapt halinde üçüncü kişi tarafından kendisine mal üzerinde bir hakkının veya talebinin olduğu bildirildiğinde veya alıcıya bu hususta bir resmi makam tarafından tebligat yapıldığında (örneğin icra ya da mahkeme celbi geldiğinde); resmi bir makamca mala el konulduğunda ya da başka bir şekilde üçüncü kişinin hak ya da talebinin varlığına muttali olduğunda (örneğin araç üzerine trafik sicilinde üçüncü kişilerin haklarına dayanan bir şerh konulduğunu haber aldığı anda) durumu satıcıya bildirmelidir (CISG. m. 43).

2. İhbarın Şekli

İhbarın ne şekilde yapılacağına dair bir şekil şartı CISG’de öngörülmemiştir (CISG. m.26, m.27). Bu nedenle taraflardan birinin işyerinin bulunduğu Sözleşme tarafı devlet CISG. m. 97 uyarınca Sözleşmeye bir çekince koymadıysa, kural olarak şekil serbestisi ilkesi geçerli olup ihbar yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. Ancak taraflar ihbar için başka bir yöntemi de aralarında yaptıkları sözleşme ile kararlaştırabilirler (örneğin ihbarın çabuk ulaşması açısından faksla, elektronik postayla yazılı olarak yapılacağı; ayrıca telefonla da derhal haber verileceği şartı koyabilirler). Bu durumda ihbarın geçerliliği tarafların bu husustaki anlaşmasına göre belirlenir. İhbar sadece sözlü olarak yapılabilecekse de, uyuşmazlık halinde ihbarın yapıldığını ispat yükü alıcıya ait olduğundan⁸⁷ yazılı yapılması alıcı açısından daha yerinde olur.

⁸⁵ Tandoğan, s. 155; Özdemir, s. 260; Satıcıyı sorumlu kılan alacaklının iradesini içeren ihbarın hukuki işlem benzeri bir irade beyanı olduğunun kabul edildiği ifade edilmektedir. Özdemir, s. 260.

⁸⁶ Zeytin, s. 196.

⁸⁷ Zeytin, s. 197.

Tarafların herhangi bir ön kabulü veya anlaşması yoksa kural ihbar konusunda şekil serbestisinin bulunduğudur. Ancak alıcı tarafından ihbarın yapılacağı yöntem seçilirken, bunun makul süre içerisinde satıcıya ulaşması hususu öngörülmelidir. Örneğin ihbarın hal ve zamanın iletişim imkanlarına göre ve mevcut imkânlar çerçevesinde fazla bir külfete yol açmayacak daha seri bir yöntem varken (telefon, elektronik posta, faks, mesaj vs.), ancak iki - üç hafta sonra yerine ulaşabilecek adi posta ile gönderilmesi, duruma göre makul sürenin aşılmasına sebep olabilir. Bu nedenle alıcının ihbar külfetini yerine getirirken dürüstlük kuralına ve ticari teamüllere uygun davranması kendisinden beklenmelidir. Alıcının ihbarı satıcıya ulaşmakla sonuç doğurur. Bu bakımdan alıcı sadece ihbarı göndermekle külfetinden kurtulmuş sayılamaz. Alıcının gönderdiği ihbarın satıcıya ulaşıp ulaşmadığını da teyit etme hususunda makul bir davranış içerisinde bulunması gerekir⁸⁸.

3. İhbarın Süresi

İhbar süresi, alıcı açısından bir hak düşürücü süredir⁸⁹. CISG. m. 39 ve m. 43'de "makul süre" olarak öngörülmüştür. Makul süreden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin kesin bir belirleme mevcut olmayıp, bu süre somut olayın özel şartlarına göre tayin edilir. Ancak ihbar ile amaçlanan, satıcıyı durumdan bir an önce haberdar ederek zararı azaltmak veya ortadan kaldırmak, diğer bir ifade ile satıcının sözleşmeye aykırılığı gidermesine imkân tanımak olduğu için bu süre, hal ve şartlara göre mümkün olan en kısa süre değildir. Bu bakımdan CISG. m. 41 ve m. 42'den kaynaklanan zapt nedeniyle ihbar için gereken makul sürenin, CISG. m. 34 - 38 uyarınca muayene şartlarına ve malın miktar ve özelliklerine göre genellikle daha uzun olması muhtemel "ayıp" ihbar süresinden ve "sözleşmeden dönme" beyanının yapılması için öngörülen makul süreden daha kısa olması gerektiği söylenebilir. İhbar için makul süre, alıcının hukuki durumunu anlayabilmek için araştırma yapmak ve gerekiyorsa bu konuda profesyonel bir yardım almak (örneğin: hukuki mütalaa almak veya avukata müracaat etmek) için geçebilecek süre de dikkate alınarak belirlenmelidir⁹⁰. Maldaki maddi ayıplarda ise ayrı ve daha uzun bir garanti süresi belirlenmedikçe ihbar için gereken makul sürenin üst sınırı iki yıldır (CISG. m. 39/II).

⁸⁸ Bu konuda varma teorisi ve gönderme teorisi şeklinde iki teori mevcut olup, ihbarın geçerli olması için göndermeyi yeterli gören teori alıcıyı korurken, göndermenin yanında varmayı da arayan teori satıcıyı korumaktadır. Özdemir'e göre korunmayı daha çok hak eden alıcı olduğu için gönderme teorisini kabul etmek daha adildir. Özdemir, s. 312, 313.

⁸⁹ Zeytin, s. 196.

⁹⁰ Zeytin, s. 196.

4. İhbarın İçeriği

İhbarın içermesi gereken hususlar CISG. m. 39/I'de "sözleşmeye aykırılığın türü"; CISG. m. 43/I'de "üçüncü kişinin hakkı ya da talebi" ile "bu hak veya talebin mahiyeti" olarak belirlenmiştir. Buna göre ihbar ile amaçlanan, satıcıyı durumdan haberdar ederek maldaki ayıbı ya da üçüncü kişinin hak veya talebinin izalesini sağlaması suretiyle zararı azaltmak, mümkünse ortadan kaldırmak ve bu şekilde satıcının sözleşmeye aykırılığı gidermesine imkân tanımak olduğu için ihbar buna hizmet edecek bilgileri içermelidir. Satım konusu maldaki maddi veya hukuki ayıbın türü ve mahiyeti ile mal üzerinde hak veya talebi bulunan üçüncü kişinin ismi veya ticaret unvanı, adresi, ileri sürülen hakkın ne olduğu ile varsa üçüncü kişi ve alıcı arasındaki talep yazışmaları veya resmi makamlarca alıcıya verilen ya da tebliğ edilen, yahut elde edilen belgeler satıcıya bildirilmelidir. Bunun haricinde alıcının özel bir araştırma yapma ve kendisinin üçüncü kişiye karşı başvurmayı düşündüğü hukuki yolları satıcıya bildirme gibi bir mecburiyeti bulunmamaktadır⁹¹.

5. İhbar Külfetinin İstisnası: Satıcının Ayıbı veya Zaptı Bilmesi (CISG. m. 43/II)

Ayıbı veya zaptı ihbar külfetine uygun davranmayan alıcı kural olarak satıcının sorumluluğuna gidemez (CISG. m. 39/I ve m. 43/I). Ancak bu hükümlerin istisnalarını düzenleyen CISG. m. 40 ile m. 43/II'ye göre, maldaki ayıp nedeniyle ortaya çıkan sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa; ya da zapt durumunda satıcı, üçüncü kişinin hakkını ya da talebini ve bunun mahiyetini biliyor idiyse, ihbar yapmayan alıcı, satıcıya karşı talep haklarını yine de kullanabilir. Satıcının üçüncü kişiye ait hak ve talebi biliyor olmasının yanı sıra "hakkın ve talebin mahiyetini" de biliyor oluşu birlikte aranması gereken bir zorunlu unsurdur⁹². Satıcının bilmesi gereken hususlar sadece kendisinin değil ifa yardımcılarının bildiği hususları da kapsamaktadır⁹³. Satıcının bilme anı CISG. m. 40'ta "bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı" şeklinde olduğundan maddi ayıplarda malın teslim anıdır. Zapt durumunda ise CISG. m. 43/II'de "biliyor idiyse" (*if he knew*) şeklinde geçmiş zaman kipiyle ifade edilmiş olup bu konuda açık bir zaman belirlemesi yapılmamıştır. Satıcının bilmesinin; sözleşmenin kuruluşu anında mı, malların teslim edildiği anda mı, yoksa alıcının zaptı öğrendiği anda mı mevcut olacağına dair bir açık hüküm bulunmadığı için, alıcının en lehine olan, zaptı satıcıya bildirmesi için öngörülen makul sürenin sona ermesinden önce olması, diğer bir ifade ile en geç ihbar için gerekli makul sürenin sona ermesine kadar satıcının üçüncü kişinin hak veya talebi ile bunun mahiyetini bilmesi gerektiği kabul edilebilir⁹⁴.

⁹¹ Zeytin, s. 195; Magnus, Art. 43, pnr. 13; Zeytin, s. 195'den naklen.

⁹² Zeytin, s. 196.

⁹³ Magnus, Art. 43, pnr. 32, Zeytin, s. 197'den naklen.

⁹⁴ Aynı yön.; Zeytin, s. 197; Magnus, Art. 43, pnr. 32, Zeytin, s. 197'den naklen.

B. İhbarda Bulunmama Halinde Alıcının Makul Özrünün Varlığı ve Sonuçları (CISG. m. 44)

CISG. m. 39/I-II ile m. 43/II'ye göre satıcının biliyor olması hali dışında, ihbar külfetini yerine getirmeyen alıcı, hukuki imkanlarını kaybeder (CISG. m. 39/I ile m. 43/I). Ancak ihbarda bulunmayan alıcının makul bir özrünün varlığı halinde bazı hukuki imkanları kullanabilmesi CISG. m. 44'e göre mümkündür.

Alıcının gerekli ihbarı yapmama konusunda makul bir özü varsa talep haklarından kısmen yararlanılabileceğini düzenleyen CISG. m. 44, CISG. m. 39/I ile m. 43/I'deki ihbar külfetine istisna getiren bir madde olmayıp, sadece ihbarda bulunmama makul özü varlığı halinde sonuçları itibariyle satıcının sorumluluktan kurtulmasını sınırlandıran bir mahiyet taşımaktadır. CISG. m. 44. hem CISG'in 43. maddesindeki zapta ilişkin ihbarı, hem de ayıplı mal teslimindeki ihbar külfetine ilişkin CISG. m. 39'u içine alacak şekilde gerekli ihbarı süresinde yapmayan alıcının, makul bir özrünün bulunması halinde satıcıya karşı sahip olduğu talep haklarını düzenlemektedir⁹⁵. Buna göre alıcının zapt veya ayıp hallerinde CISG. m. 39 ve m. 44'deki ihbar külfetine uygun olarak satıcıya durumu bildirmedeği takdirde, ihbarda bulunmama makul bir özrünün olduğunu ispatlamak kaydıyla hukuki imkanlarından sadece semenin indirilmesini ve sınırlı olarak da (yoksun kalınan kâr hariç) tazminat talep hakkını ileri sürebilir. Buna karşın makul özü nedeniyle satıcıya ayıp veya zapt ihbarında bulunmayan alıcının sözleşmeden dönme, ikame mal teslimini talep etme, malın onarılmasını talep etme ve yoksun kalınan kârı içeren tazminat talep etme imkanı bulunmamaktadır.

Makul özü düzenlemesi ile CISG'de amaçlanan, ihbar külfetini yerine getirmemenin sonuçlarını alıcı açısından hafifletmektir. Bu düzenlemenin (özellikle gelişmekte olan ülkelerdeki) alıcıların uluslararası ticaretteki tecrübesizliği nedeniyle ihbar külfetine uymamaktan dolayı karşılaşılabilecekleri ağır sonuçların önüne geçmek için getirildiği ifade edilmektedir⁹⁶.

Makul özü kavramına hangi olay veya durumların girdiğini belirlerken hükmün konuluş amacına uygun bir yaklaşım sergilenmesi gerekir. Bu nedenle özellikle ayıp ve zapt gibi alıcıdan kaynaklanmayan bir konuda sınırlayıcı yönde değil, genişletici yönde bir yorum yapılmalıdır. Makul şekilde hareket eden ortalama bir alıcının dürüst ticaret hayatında karşılaşılabileceği her türlü sebebin makul özü sayılması mümkündür⁹⁷. Bu durumda ilk akla gelen ihbar yapmanın önünde fiili bir engelin bulunmasıdır. Örneğin mücbir sebepler

⁹⁵ Schlechtriem, s. 70, 71.

⁹⁶ Schlechtriem, s. 70, 71; Magnus, Art.44, pnr. 3, Zeytin, s. 199'dan naklen; Aynı yön. Özdemir, s. 257, 302; Bir kararında Münih Yüksek Mahkemesi de alıcının büyük bir şirket olması nedeniyle CISG m. 44 hükmünden yararlanamayacağını kabul etmiştir. 8.02.1995, 7 U 3758/94 (*Plastic granulate case*), II 3 (b) (cc), (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g2.html>)

⁹⁷ Magnus, Art 44, pnr. 10, Zeytin, s.199'dan naklen.

ve doğal afetlerin yanı sıra, terör, savaş, yaygın hastalık, şiddetli toplumsal olaylar ya da genel grev gibi ihbarda bulunma olanağını önemli ölçüde azaltan durumlar kolaylıkla “makul özür” olarak nitelenebilir. Hatta bu durumların ihbar imkanını tamamen ortadan kaldırdığı durumlarda makul ihbar süresinin henüz işlemeye başlamadığı veya kesildiği de duruma göre savunulabilir. Bunun gibi genel nitelikteki olaylardan başka alıcının özel durumları da makul özür kavramı içerisinde görülebilir. Alıcının hastalığı, iş ortaklarından birinin ölümü, şirketin iflası, alıcının işletmesinde ya da iş organizasyonunda gerçekleşen beklenmedik aksaklıklar (ihbarı yapmakla görevli personelin istifası nedeniyle ihbarın yapılmaması gibi) makul özür olarak kabul edilebilir. Alıcının tacir olmadığı ya da şahıs veya aile işletmesi olduğu durumlarda makul özür, uluslararası ticaretteki veya hukuki konulardaki bilgisizliği de içine alacak şekilde daha geniş yorumlanır. Özellikle alıcının, ülkesindeki milli hukukta ihbar külfeti uygulamasının hiç olmaması nedeniyle yetersiz hukuki bilgiye sahip olması yüzünden ihbarda bulunmamasının makul özür olarak kabul edilebileceği ifade olunmaktadır⁹⁸.

VIII. Satıcının Sorumluluğunun Ortadan Kalkması

A. Alıcının Ayıba veya Zapta Konu Malı Bilerek Almayı Kabul Etmesi

Alıcının maldaki maddi ayıbı bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı hallerde satıcı ayıptan sorumlu değildir. Bu durum CISG. m. 35/III’te “*Alıcının sözleşmenin kurulması anında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan satıcı, fıkra 2’nin (a) ilâ (d) bentleri çerçevesinde sorumlu değildir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Benzer yönde düzenleme zapta karşı tekeffül sorumluluğu açısından da söz konusudur. CISG. m. 41 satıcının zapttan sorumluluğunu belirlerken “*meğer ki, alıcı bu hak ve taleplere konu malları almayı kabul etmiş olsun*” şeklinde istisnai bir hüküm öngörerek satıcının zapttan sorumluluğunu alıcının durumu bilmesi halinde ortadan kaldırmıştır⁹⁹. Üçüncü kişilerin mal üzerindeki fikri veya sinai hak ve taleplerine ilişkin satıcının zapt sorumluluğunu özel olarak düzenleyen CISG. m. 42/II-(a) da “*sözleşmenin kurulduğu anda alıcının hakkı ya da talebi bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı haller*” istisna tutularak bu durumda alıcının, zapttan sorumluluğa dayanamayacağı kuralına yer verilmiştir. CISG. m. 41’e göre satıcının sorumluluğunu daha da sınırlayan CISG. m. 42/II-(a), alıcı yönünden bilme unsurunun yanında ayrıca “*veya bilmemesinin mümkün olmadığı haller*” şeklinde subjektif bir unsur da getirerek istisna kapsamını daha da genişletmiştir. Alıcının maldaki ayıbı ya da üçüncü kişinin hak ve taleplerinin varlığını bilerek malı alması halinde bunun sonuçlarına katlanması isabetlidir. Zira maldaki ayıbı bilen ya da bilmesi gereken alıcı ile üçüncü kişinin

⁹⁸ Magnus, Art. 44, pnr. 14; Zeytin, s. 199’dan naklen.

⁹⁹ Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, 2014, s. 117.

hak ve taleplerinden haberdar olan alıcı, satıcı ile akdettiği sözleşmede şartları da ona göre belirleyecektir. Söz gelimi aynı nitelikteki malların rayiç değerine göre daha düşük bir semenin belirlenmesi veya başka şartlar getirilmesi olasıdır. Benzer yönde düzenlemeler Türk Hukukunda da mevcuttur¹⁰⁰. Şu farkla ki; TBK'daki düzenlemelerde sadece alıcının "bilmesi" şartı getirilmiş "bilmesinin gerekmesi" unsuruna yer verilmemiştir¹⁰¹. Örneğin TBK m. 222'ye göre satıcı, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu değildir. Bunun gibi; alıcı, sözleşmenin kurulması anında zapt tehlikesini biliyorsa, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece, satıcının zapttan sorumlu tutulması mümkün olmaz (TBK. m. 214/II). Bu durum TBK. m. 214/II'de "*Alıcı, elinden alınma tehlikesini sözleşmenin kurulduğu sırada biliyor idiyse satıcı, ayrıca üstlenmiş olmadıkça bundan dolayı sorumlu olmaz.*" şeklindeki düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Anılan hükümlerle kanunkoyucu tarafından, alıcının sözleşmenin kurulma anında üçüncü kişinin hakkını biliyor olması halinde zaptın sonuçlarına, satıcı tarafından sorumluluğun üstlenilmesine dair açık bir sorumluluk anlaşması yapılmaması halinde, alıcının katlanması yönünde bir tercih ortaya konulmuştur. CISG. m. 41 - 42 hükümleri de emredici nitelikte olmadığından, tıpkı TBK. m. 214/II'deki gibi alıcının üçüncü kişinin hak ve talebini bilmesine rağmen zapt gerçekleşirse satıcının sorumluluğunun devam edeceği hususunda tarafların anlaşmaları mümkündür.

B. Alıcının İhbarda Bulunmaması

Satıcının maldaki ayıbı veya zaptı bilmesi, diğer bir ifade ile üçüncü kişinin hak ve talebi ile bunun mahiyetini en geç ihbar için öngörülen makul sürenin sona ermesinden önce biliyor olması hali dışında CISG. m. 39/I ve CISG. m. 43/I uyarınca ihbar külfetine uygun davranmayan alıcı artık CISG. m. 35 – 38 ile m. 41 ve m. 42 hükümlerine dayanamayacağı için satıcının sorumluluğuna

¹⁰⁰ Tandoğan, s. 149; Yavuz, s. 117; Öz, s. 15.

¹⁰¹ "Buradaki "bilmemesinin mümkün olmaması" (..could not have been unaware) ifadesi, bizim mevzuatımızın benzer bazı durumlarda kullandığı "bilmesi gerekme" kavramından farklıdır. Bilmesi gerekme, dürüstlük kuralına göre içinde bulunduğu durum bakımından kendisinden beklenebilen dikkat ve özeni gösterse fark edebileceği bir hususu fark etmeyen kişinin durumudur. Bu kişinin gerçeği bilmemesi pekâlâ mümkündür. Fakat yasa koyucu onu bu özen eksikliğinin yaptırımı olarak "gerçeği bilen" biri gibi kabul etmektedir. Oysa ki Antlaşmanın "bilmemesi mümkün olamayan" kişinin durumu böyle değildir. İfadenin kesinliğine göre, o her türlü özensizlik ve dikkatsizlikle davranmış olsa bile Antlaşmanın sonuç bağladığı olguyu bilecek durumda (bilmemesi imkânsız) demektir. Bize yabancı bu ifadenin tek anlamı, karşı taraf, bu kişinin gerçeği o zamandan bildiğini doğrudan onun kendi beyanları ve filleri ile ispatlayamasa da, onun içinde bulunduğu durum ve şartlarda gerçeği fark etmemesinin düşünülemediğini ispatlamasının da yeterli olduğudur.", Öz, s. 15.

gidemez¹⁰². Alıcının ihbarını hak düşürücü süre olan “makul süre” içerisinde gerçekleştirmesi gerekir. Ancak alıcının ihbar yapma imkanını tamamen ortadan kaldıran bir mücbir sebebin gerçekleşmesi halinde ihbar için aranan makul sürenin durduğu veya kesildiği kabul edilebilir. İhbar yapma imkanını tamamen ortadan kaldıran bir fiili engelin; örneğin alıcının ülkesinde yaşanan deprem, kasırga, sel, nükleer kaza gibi felaketlerin veya savaş, isyan, büyük terör olayları, ülkede sıkıyönetim ilan edilmesi, sokağa çıkma yasağı konulması, iletişimin tamamen kesilmesi gibi siyasal veya toplumsal olayların gerçekleşmesi halinde bu durum alıcının elinde olmayan bir sebepten ihbar yapamamasına yol açtığı için hak düşürücü süre olan makul sürenin işlemeye hiç başlamaması, başladıysa da durması veya kesilmesi söz konusu olmalıdır. Benzer nitelikteki doğal, siyasal veya toplumsal olaylar gerçekleşmekle beraber bunların ihbar imkanını tamamen ortadan kaldıracak nitelikte ve ağırlıkta olmaması, sadece ihbar imkanını güçleştirmesi halinde ise ihbarda bulunmamanın CISG. m. 44’e göre makul özür kabul edilerek satıcının sorumluluğunun tamamen ortadan kaldırılması yerine sınırlandırılması da mümkündür.

C. Mal Üzerindeki Ayıp veya Zaptın Malın Tesliminde Mevcut Olmayan Bir Sebebe Dayanması

Satıcının sorumluluğu malı teslim etmeden öncesine dayanan olaylar ve hukuki durumlar sebebiyledir. Malın alıcıya tesliminden önce var olması koşuluyla maldaki ayıbın ya da üçüncü kişilerin hak ve taleplerinin teslimden sonra ortaya çıkması veya talep edilmesi satıcının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz¹⁰³. Ancak başlangıçta malda mevcut olan ayıp ve üçüncü kişinin hak veya talebi mal alıcıya teslim edilmeden önce (ve hatta aşağıda açıklanacağı üzere teslim edildikten sonra CISG. m. 48 uyarınca) izale edilmiş olursa satıcının sorumluluğu söz konusu olmaz. Satım konusu mal alıcıya teslim edildikten sonra öncesinde var olmayan üçüncü kişilere ait yeni haklar veya talepler ortaya çıkarsa satıcı kendisi ile ilgili olmayan bu durumdan sorumlu değildir. Örneğin alıcının, ülkesindeki gümrük veya vergi mevzuatına göre ithal ettiği bir maldan dolayı vergi vermesi gerekiyorsa ve bu vergiyi ödemediği için o ülkenin gümrük veya vergi idaresi satım konusu mala haciz veya ihtiyaten el koyarsa artık burada üçüncü kişinin hak ve talebi olduğundan bahisle satıcının zapt sorumluluğundan bahsedilemez. Bunun gibi alıcının üçüncü kişiye olan mevcut bir borcu nedeniyle, satın aldığı mala ihtiyati tedbir konulur veya haciz işlemi gerçekleştirilirse satıcının zapttan sorumluluğu gündeme gelmez. Keza mal teslim edildikten sonra muhafaza şartlarındaki eksiklik veya kullanım hatasından kaynaklanan bozulma, çürüme, yıpranmadan da satıcı sorumlu değildir.

¹⁰² Yavuz, s. 116.

¹⁰³ Tandoğan, s. 148, 149; Yavuz, s. 116, 117.

D. Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Gidermesi (CISG. m. 48)

1. CISG. m. 48 Hükümünün Niteliği ve Şartları

CISG. m. 48 sözleşmenin ayakta tutulması ilkesini gerçekleştirmeyi amaçlayan düzenlemelerden birisidir. CISG. m. 48/1 aynen şu şekildedir: *“49. madde saklı kalmak üzere satıcı, yükümlülüklerinin ifasına ilişkin her türlü eksikliği, masrafları kendisine ait olmak üzere teslim tarihinden sonra da giderebilir; yeter ki bu, makul olmayan bir gecikmeye yol açmasın ve alıcı için, makul olmayan zahmete veya onun tarafından yapılan masrafların satıcı tarafından karşılanmayacağı konusunda bir tereddüde sebep olmasın. Ancak, alıcının bu Antlaşma uyarınca tazminat talep etmeye ilişkin her türlü hakkı saklıdır.”* Görüldüğü üzere mal teslim edildikten sonra bile satıcıya, bazı şartlar dahilinde sözleşmeye aykırılığı giderme imkânı tanınmıştır. Bu çerçevede sözleşmeye aykırılık giderildiğinde, alıcı halen varlığını sürdürebilecek olan zararları nedeniyle tazminat talep hakkı dışındaki diğer hukuki imkanlarını artık kullanamaz¹⁰⁴. Ancak sözleşmenin esaslı ihlali halinde alıcı CISG. m. 49/1 çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkını kullanmayı tercih ettiyse artık satıcı sonradan aykırılığı giderme imkanını kaybeder¹⁰⁵. Satıcının mal teslim ettikten sonra sözleşmeye aykırılığı ortadan kaldırılabilecek imkanını ne şekilde kullanılabileceği ve satıcının bu hususta yapacağı ihbar aynı maddenin 2. ve 3. maddelerinde açıklanmış olup, satıcının bu hususta yapacağı talep ve ihbarların alıcıya ulaşmış olmadıkça hüküm doğurmayacağı da 4. fıkrada düzenlenmiştir.

2. CISG. m. 48’in Satıcının Sorumluluğunu Sınırlaması

Ayıplı ya da üçüncü kişilerin hak ve taleplerine konu bir malı satıcı alıcıya satmışsa yukarıda da belirtildiği üzere kural olarak malı alıcıya teslim edene kadar ayıbı tamir veya yeni bir mal teslimi yoluyla giderdiği veya üçüncü kişinin hak veya talebini anlaşma, dava veya başka bir yolla izale ettiği takdirde ayıptan veya zapttan sorumluluğu doğmaz. Nitekim ayıba ilişkin olarak CISG. m. 37 *“Malların teslim tarihinden önce teslim edilmesi halinde satıcı, teslim tarihine kadar, eksik bölümleri veya eksik kalan miktarı teslim edebilir veya sözleşmeye uygun olmayan malları ikame eden yeni mallar teslim edebilir*

¹⁰⁴ Atamer, s. 354 vd.; Sarıkaya, s. 242 vd.

¹⁰⁵ Satıcının sözleşmeye aykırılığını giderme yönündeki makul teklifine rağmen önemli ölçüde zararına yol açabilecek sözleşmeden dönme hakkını kullanabilme imkanını mutlak şekilde alıcıya veren bu istisna hükmü Serozan tarafından eleştirilmektedir. “Satıcının alıcısının dönme hakkını bloke etme olanaklarını “süre”, “icra” ve “masraf” yönlerinden sınırlayan üç boyutlu “yüklenebilirlik (Zumutbarkeit) kosulu” dışında zayıflatılan bir olgu da bu olanağı öngören 48, 1 kuralının başında 49. maddenin esaslı ihlalinde alıcıya sağladığı dönme hakkının her halde saklı tutulmasıdır; açıkçası, bir elle satıcıya sunulan ikinci servis şansının adeta öteki elle geri alınmasıdır. CISG’in alıcının dönme hakkına satıcının ihlali telafi şansı karşısında böylesine öncelik vermesi çok eleştirilen ve bitmez tükenmez çekismelere yol açan alıcı yanlısı bir hukuk politikası tercihidir.” Serozan, s. 212.

veya malların diğer sözleşmeye aykırılıklarını giderebilir; yeter ki, bu hakkın kullanımı alıcı için makul olmayan zahmet veya masrafa yol açmasın. Bununla birlikte alıcının bu Antlaşmaya uygun olarak tazminat talep etme hakkı saklıdır.” şeklindeki düzenleme ile bunu özel olarak kurala bağlamıştır. Ancak malı teslim edene kadar bunu başaramayan satıcı, masrafları kendisine ait olmak üzere teslim tarihinden sonra da bu hususu CISG. m. 48 ile verilen imkan sayesinde gerçekleştirerek sorumluluktan kurtulabilir¹⁰⁶. Ancak bunun makul olmayan bir gecikmeye yol açmaması; alıcı için makul olmayan zahmete sebep olmaması veya alıcı tarafından yapılan masrafların satıcı tarafından karşılanmayacağı konusunda bir tereddüde mahal vermemesi gerekmektedir. Bu üç olumsuz şartın bulunmaması halinde malı teslim eden satıcı, maldaki ayıbı giderdiğinde; üçüncü kişinin hak ve taleplerini izale ederek zaptı ortadan kaldırdığında alıcının bu durumdan kaynaklanan herhangi bir zararı da meydana gelmemişse sorumluluktan da tamamen kurtulmuş olacaktır. Ancak teslimden sonra ayıbı ya da zaptı kaldırmasına rağmen alıcının bir miktar zararı ortaya çıktıysa (örneğin gecikme nedeniyle yaşanan maliyet artışı veya kâr kaybı gibi) satıcı sorumluluğundan bütünüyle kurtulmuş olmayıp alıcıya karşı sadece tazminat sorumluluğu devam eder. Alıcının tazminat talep hakkı dışında diğer hukuki imkanlarını kullanması ise artık mümkün olmaz.

E. Satıcı Lehine Sorumsuzluk Anlaşması Yapılması

CISG’in satım konusu mal üzerinde ayıp ya da zapttan kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin maddeleri emredici nitelikte hukuki düzenlemeler olmadığından, bu hükümlerin CISG. m. 6 uyarınca¹⁰⁷ uygulanmasına istisna getirilmesi veya hüküm ve sonuçlarının değiştirilmesi tarafların açık veya zımnî şekilde anlaşması ile mümkündür. Ayıp ve zapttan satıcının sorumsuzluğuna ilişkin bu anlaşma, başlangıçta satım sözleşmesine bu yönde konulacak bir şart ile yapılabileceği gibi sonradan yapılacak ayrı bir sözleşme ile veya sözleşmenin eki niteliğindeki bir belge ile de kurulabilir. Bu sorumsuzluk anlaşması yazılı veya sözlü olabilir. Alıcının davranışları ile satıcıyı zimnen sorumluluktan kurtarması da mümkündür.

¹⁰⁶ Schlechtriem, s. 77, 78.

¹⁰⁷ CISG. m. 6 şu şekildedir: “Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler.” CISG’in 12. maddesinde belirtilen istisna ise 96. madde uyarınca mevzuatı satım sözleşmelerinin yazılı olarak kurulmasını veya ispat edilmesini şart kılan bir taraf Devletin CISG’in satım sözleşmesinin kurulması, değiştirilmesi veya bir ihbarın yapılmasında şekil serbestisine ilişkin hükümlerine çekince koyabileceğine ilişkin olup, mevzuatında bu yönde bir düzenleme olmayan ve herhangi bir çekince koymayan Türkiye Cumhuriyeti bakımından 12. maddede düzenlenen bu istisnanın bir önemi bulunmamaktadır.

Satıcı lehine sorumsuzluk anlaşması yapılabilmesi Türk Hukukunda da kabul edilmiştir. Ayıptan ya da zapttan satıcının sorumluluğuna ilişkin hükümler Türk Borçlar Hukukunda emredici nitelikte olmayıp sorumsuzluğa ilişkin yapılacak bir sözleşme veya satım sözleşmesine bu yönde konulacak bir şart ile kısmen veya tamamen ortadan kaldırılabilir¹⁰⁸. Ancak satıcı, maldaki ayıbı veya üçüncü kişinin hakkını alıcıdan gizlemişse, satıcının sorumluluğunu kaldırma veya sınırlama konusunda yapılmış olan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (TBK. m. 214/III). Buna benzer açık bir düzenleme CISG’te yer almamakla birlikte Sözleşmenin yorumunda milletlerarası ticarete dürüstlüğün korunması ilkesinin gözetileceğini kurala bağlayan CISG. m. 7/1 ve tarafların iradeleri hususunda tıpkı TBK. m. 19’da tanımlandığı gibi¹⁰⁹ “güven teorisini” esas alan¹¹⁰ CISG. m. 8 uyarınca, satıcının aldatması veya gizlemesi sonucunda alıcı, ayıbı veya zaptı öğrenme imkanından yoksun kalmış ve böyle bir durumun olmadığı inancıyla satıcı lehine sorumsuzluk anlaşmasını kabul etmişse, bu sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz sayılarak alıcının sorumluluk hükümlerine dayanmasına imkan tanınması kanaatimizce isabetli olur.

SONUÇ

Viyana Satım Sözleşmesi’nde (CISG’de) ifa engelleri daha ziyade Common Law Sisteminin etkisi ile genel olarak tek çatı altında düzenlenmiş; imkansızlık, ayıp, zapt, temerrüt, aluid, eksik ifa veya hiç ifa etmeme gibi tüm durumlar bir garanti taahhüdü çerçevesinde sözleşmenin ihlali kavramı içerisinde kabul edilmiştir. Tarafların sözleşmeyi sona erdirmesi, aynen ifayı, ikame mal teslimini, malın onarılmasını, semenin indirilmesini talep etmesi, tazminat talep edebilmesi ile beraber sözleşmeyi ihlal sebebine dayanan hukuki sonuçlar olarak öngörülmüştür. Bunlardan, sözleşmeden dönme ve ikame mal teslimini talep edebilme yalnızca sözleşmenin esaslı ihlali hallerinde kullanılacak haklar iken, diğerleri esaslı sayılsın ya da sayılmasın tüm sözleşmenin ihlali hallerinde başvurulabilecek hukuki imkanlardır.

Viyana Satım Sözleşmesinde malların ve onları temsil eden belgelerin alıcıya teslim edilmesi ile malların mülkiyetinin alıcıya geçirilmesi satıcının borçları olarak belirlenmiştir¹¹¹. Malların sözleşmeye uygunluğu ve üçüncü kişilerin hak ve talepleri başlığı altında satıcının ayıptan ve üçüncü kişilerin hak ve taleplerinden ari mal teslim etme yükümlülüğü, satıcının genel “sözleşmeye uygun mal teslim etme borcunun” içerisinde akdi bir borcu olarak düzenlenmiştir. CISG’in satıcının yükümlülüklerini düzenleyen II. Bölüm’ü

¹⁰⁸ Tandoğan, s. 149.

¹⁰⁹ 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.”

¹¹⁰ Akipek Öcal, s. 95, 96; Öz, s. 6.

¹¹¹ Schlechtriem, s. 63 - 66; Akipek Öcal, s. 96.

içerisindeki “Malların Sözleşmeye Uygunluğu ve Üçüncü Kişilerin Hak veya Talepleri” başlığını taşıyan II. Ayrımında düzenlenen satıcının ayıptan veya zapttan sorumluluğu, asli veya tali edim yükümlülüğü ayrımı yapılmaksızın¹¹² sözleşmenin ihlali sistemi içerisinde yer almaktadır. Satıcının sorumluluğu, bir sözleşmeye aykırılık hali olarak, kusur veya uygun illiyet bağından bağımsız bir çeşit garanti sorumluluğu niteliğindedir.

Malın sözleşmeye uygun özellikleri barındırmaması, ayıplı olması, üçüncü kişinin satım konusu mal üzerinde hak iddia etmesi veya talepte bulunması halinde sözleşmeye aykırılık durumu ortaya çıkmaktadır. Zira maldaki ayıp ve üçüncü kişinin mal üzerindeki hak veya talebi yüzünden alıcı maldan gereği gibi istifade edemeyeceği için satıcı mal teslimine ilişkin önemli bir borcuna aykırı davranmış olmaktadır. Bu aykırılığın “sözleşmenin esaslı ihlali” sayılması halinde alıcının sözleşmeyi sona erdirebilme ve ikame mal talep edebilme dahil tüm talep haklarını kullanması mümkün olduğu gibi, sadece sözleşme ihlali sayılması halinde de bazı talep haklarını kullanması mümkün olmaktadır. Bu kapsamda aynen ifayı talep etme, malın onarımını isteme ve tazminat talebinde bulunabilme alıcının sahip olduğu diğer haklar olarak ortaya çıkmaktadır. Bu hakların kullanılabilmesi için alıcı açısından muayene ve ihbar külfetinin de makul süre içerisinde usulüne uygun olarak yerine getirilmesi gerekmektedir.

Viyana Satım Sözleşmesi tarafların irade serbestisine büyük ölçüde önem vermiş olup, pek çok konuda olduğu gibi satıcının sorumluluğuna ilişkin CISG’deki hükümler de emredici değil tamamlayıcı niteliktedir. Bu nedenle tarafların ayıp ya da zapttan sorumsuzluk anlaşması yapmaları mümkün olduğu gibi, satıcıyı tamamen sorumsuz kılmak yerine bunların hükümlerini ve sonuçlarını da aralarında kararlaştırarak serbestçe değiştirebilmeleri imkan dahilindedir.

Dünyada kabul edilişi ve uygulanışı 40. yılına yaklaşan ve Dünya ekonomik ticaret hacminin yüzde sekseninden fazlasını üreten Devletlerle birlikte Ülkemizin de tarafı olması nedeniyle Viyana Satım Sözleşmenin önemi Türkiye açısından her geçen gün artmaktadır. Milletlerarası karakter taşıyan taşınır mal satım sözleşmelerini düzenlerken uygulayıcıların CISG’in hükümlerini bilmesi ve göz önünde bulundurması bu nedenle büyük önem arz etmektedir. Zira CISG’e tabi bir yabancı devlette iş yeri bulunan bir gerçek veya tüzel kişi ile akdedilen milletlerarası mal satım sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, mahkemeler ve hakemlerce Türk Borçlar Kanunu hükümleri veya diğer devletin milli borçlar hukuku değil Viyana Satım Sözleşmesi’nin hükümleri doğrudan uygulama alanı bulmaktadır. Bu nedenle bu konudaki akademik çalışmaların çeşitlenmesi ve derinleşmesi uygulama ve öğretiyeye büyük katkı sağlamaktadır.

¹¹² Atamer, s. 314; Erhan, s. 27; Dayıoğlu, s. 26; Özdemir, s. 77; Okur, s. 6; Sarıkaya, s. 9 vd.

KISALTMALAR LİSTESİ

Art.	: Article (madde)
Aynı yön.	: Aynı yönde
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz. (bkz.)	: Bakınız
C.	: Cilt
CISG	: Convention on International Sale of Goods – Viyana Satım Sözleşmesi
dn.	: dipnot
e-	: elektronik
Ed.	: Editör
E.T.	: Erişim Tarihi
K.g.	: Karşı görüş
m.	: madde
MÖHÜK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
UN	: United Nations (Birleşmiş Milletler)
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law – Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl

KAYNAKÇA

Akipek Öcal, Şebnem, “Türk Hukuku Açısından Viyana Satım Sözleşmesi”, Viyana Satım Sözleşmesi Hukuku ve Tüketici Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuku Araştırma Merkezinin Katkılarıyla Gerçekleşen Türk - Alman Hukuk Sempozyumu Kitabı, Ed.:Erhan Temel, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 93 - 102.

Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11.Baskı, Ankara, 2015.

Atamer, Yeşim Müride, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005.

Ayanoğlu Morali, Ahu, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2013, S:1, s. 289 - 310.

Bayram, Aziz Erman, Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçışı, Ankara, 2017.

Baysal, Pelin, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri, Ed.: Şükran Şıpka, Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul, 2012, s. 221 – 268.

Birinci Uzun, Tuba, “CISG Uygulamasında Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2014, C: 16, S: 1, s. 151-192.

Dayıoğlu, Yavuz, CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010.

Develioğlu, H. Murat, “CISG’nin Sözleşmelerin Konusu ve Niteliği Bakımından Uygulama Alanı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2013, S:1, İstanbul, s. 53– 72.

Erdem, H. Ercümet, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, *BATİDER*, Y: 1992, C: XVI, S: 3, s. 35 - 105.

Ergüne, Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008.

Erkan, Kutluhan, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2012.

Ferrari, Franco, “Fundamental Breach of Contract Under The UN Sales Convention-25 Years of Article 25 CISG”, *Journal of Law and Commerce*, Spring, 2006, s. 489 - 508.

İşleten, Mehtap İpek, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Kurulması”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2013, S: 1, İstanbul, s. 111 - 136.

Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, 2018.

Köroğlu, Belin, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 Ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: XVII, Y: 2013, S: 1-2, s. 775 – 804.

Magnus, Ulrich, in J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN- Kaufrecht, Neubearbeitung, 2013.

Nomer, E. / Şanlı, C., Devletler Hususi Hukuku, 16.Baskı, İstanbul, 2008.

Oğuz, Arzu, “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (*Lex Mercatoria*) -Unidroit İlkeleri’nin *Lex Mercatoria* Niteliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y: 2001, C: 50, S: 3, s. 11 - 54.

Okur, Sinan, “Türk Borçlar Kanunu’nda Alıcının Genel ve Sonraki İfa Talebi Üzerine CISG Işığında Eleştirel Bir Değerlendirme”, e- Akademi, S: 131, Mart 2013, s. 1 - 22.

Oral, Tuğçe, Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmenin Kurulması, Ankara, 2014.

Öz, Turgut, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y: 2013, S: 1, İstanbul, s. 3 – 18.

Özdemir, Hayrunnisa, Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları, Ankara, 2013.

Pekmez, Cüneyt, “Satış Sözleşmesinde Zaptın Hukuki Sonuçları”, *TAAD*, Y: 6, S: 20, Ankara, Ocak 2015, s. 523 - 565.

Sarıkaya, Murat, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali, İstanbul, 2017.

Schlechtriem, Peter, Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, (E.T.: 9.8.2018), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html>

Serozan, Rona, “CISG’a ve TBK’na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C: LXX, S:2, İstanbul, 2012, s. 207 - 220.

Sert, Selin, Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul, 2013.

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, İstanbul, 1988.

Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, 2014.

Yıldırım, Zeynep, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Satım Sözleşmesi) Uygulama Alanı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2013, C: XVII, S: 1-2, s. 1061 – 1094.

Yılmaz, Süleyman, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları, Ankara, 2013.

Yücer Aktürk, İpek, “Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu”, Ankara Barosu Dergisi, Y: 2015, S: 1, Ankara, s. 209 - 238.

Zeytin, Zafer, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku – CISG, 2. Baskı, Ankara, 2015.

6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA FAİZ HÜKÜMLERİ ve SINIRLARI Tüketici İşlemlerinde Faiz

*Provisions and Limits of Interest In Consumer Protection Law No: 6502
Interest In Consumer Transactions*

Mustafa Serhat ŞEN¹, Mustafa Kamil ŞEN²

Geliş Tarihi: 21.06.2018 Kabul Tarihi: 10.01.2019

ÖZET

6502 sayılı TKHK hükümlerinde tüketiciyi koruyan genel bir faiz düzenlemesi yapılmamıştır. Sadece bileşik faiz yasaklanarak tüketici kredisi sözleşmeleri, konut finansmanı ve ön ödemeli konut satış sözleşmelerine ait hukuki ilişkilerde faizle ilgili tüketiciyi koruyucu hükümlere yer verilmiştir. Bunun nedeni 6098 sayılı TBK m. 88/2, m. 120/2 ve m. 253/3-(10) ile yapılan düzenlemeler gereğince genel olarak tüm faizlere eş bir anlatımla hem anapara ve hem de temerrüt faizleri ile taksitli satışlarda alıcının temerrüde düşmesi hâlinde temerrüt faizine sınırlandırma getirilmesidir.

Bu çalışmamızda 6502 sayılı TKHK hükümlerine göre tüketici işlemlerinde faiz hükümleri ve faiz üst sınırları, 6098 sayılı TBK düzenlemelerinin etkileşimi ile birlikte incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tüketici işlemi, faiz, kanuni faiz, akdi faiz, anapara faizi ve temerrüt faizi.

ABSTRACT

Any general interest regulation that protects the consumer was not made in the provisions of Consumer Protection Law 6502. Consumer loans contracts, housing finance and consumer protection provisions related to legal relationships with prepaid housing sales contracts are included by prohibiting only the compound interest. Its reason is to limit default interest in case of default of creditor in instalment sales both with principal and default interests with an expression corresponding to all the interests pursuant to the regulations made by the Articles 88/2, 120/2 and 253/3-(10) of Turkish Code of Obligations No 6098.

In present study, we examined the provisions of interest and upper limit of interest in consumer transactions according to the provisions of the Consumer Protection Law No. 6502 together with interactions with the regulations of Turkish Code of Obligations No 6098.

Key Words: Consumer Transaction, interest, legal interest, conventional interest, interest in principal and default interest.

GİRİŞ

Mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da tüketiciyi koruyan genel bir faiz düzenlemesi yer almamakla birlikte 06.03.2003 tarih 4822 sayılı ve 21.02.2007 tarih 5582 sayılı Kanunlarla yapılan değişiklik ve ilaveler

¹ Konya Hâkimi, e-posta:mustafa.serhat.sen@adalet.gov.tr, ORCID ID: 0000-0003-1883-6861

² Düzce Hâkimi, e-posta:mkamilsen@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-7633-2680

neticesinde: taksitle satışlarda, tüketici kredilerinde ve konut finansmanı sözleşmelerinde tüketiciyi koruyan somut ve belirli faiz sınırlandırılmalarına yer verilmiştir³. Somut sınırlamalar sadece temerrüt (gecikme) faizlerine ilişkindir⁴.

6502 sayılı TKHK hükümlerinde de tüketiciyi koruyan genel nitelikte bir faiz düzenlemesi yer almamakla beraber sadece bazı özel hukuki ilişkilerde faizle ilgili tüketiciyi koruyucu hükümlere yer verilmiştir⁵. Bunun nedeni 6098 sayılı TBK'nın m. 88/2, m. 120/2 ve m. 253/3-(10)'da yapılan düzenlemeler ile genel olarak tüm faizlere sınırlandırma getirilmiş olmasıdır diyebiliriz. Gerçekten çerçeve kanun özelliğinde olan 6098 sayılı TBK'nın açık ve emredici hükümleri ile diğer tüm kanunlara genel bir sınır çizildiğinden; 6502 sayılı TKHK'da faiz hususunda tekrardan kaçınarak tüketici hukukunun ilkeleri, özellikleri gözetilerek bazı özel hukuki ilişkilerde tüketici lehine özel faiz düzenlemeleri yer almıştır. TBK'daki sınırlar Türk Ticaret Kanunu bakımından da geçerlidir diyebiliriz.⁶

6502 sayılı TKHK hükümlerinde faizlere ilişkin tüketiciyi koruyan genel bir faiz düzenlemesi yapılmaması, buna karşılık 6098 sayılı TBK'da anapara ve temerrüt faizleri hakkında yer alan genel emredici sınırlamaların getirilmiş olması, öğreti ve özellikle yargı kararlarında, TBK'da yer alan limitlerin "tüketici işleminde" uygulanması gerekip gerekmediği sorununun gündeme getirmiştir. Tüketici hukukunun ayrı bir hukuk alanı olarak ortaya çıkması, "Önceki tarihli genel yasa/norm" 01.07.2012 tarihli TBK, sonraki günlü daha dar kapsamlı olan genel yasa/norm 28.05.2014 günlü 6502 sayılı TKHK'dan önce uygulanması gerekmesi, TKHK m. 3 ve 83/1'e göre, taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşme ve hukuki işlemin, TKHK kapsamında ticari iş değil "tüketici işlemi" olması karşısında TBK'da yer alan limitlerin "tüketici işleminde" uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmaktayız. Ancak önemle yine belirtelim ki özel düzenlemeler genel sınırları aşamaz ve onlara aykırı olamaz. Nitekim bu sınırlamaların aşılmadığı hatta birbirlerini doğruladıkları görülmüştür. Örneğin, TBK m. 388/3 ile bileşik faiz yasaklanırken TKHK'nın temel ilkeler başlıklı m. 4/7 ile daha açık bir vurgulama ile "*Temerrüt hâli de dâhil olmak*

³ Aydoğdu, Murat: "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz İle İlgili Düzenlemeler", *DEÜHFD*, C.12, S. 1, 2010, (Basım Yılı: 2011), s. 96-123; Göktürk, Kürşat: "Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi ", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, Y. 2015/2, s. 39.

⁴ Aydoğdu, (Faiz İle İlgili Düzenlemeler) s. 96-123.

⁵ Alaf, Mevlüdiye: "Tüketici Kredileri Bakımından Türk Borçlar Kanunu İle Getirilen Faize İlişkin Üst Sınır Hükümlerinin Uygulanabilirliği", *TFM*, 2017; 3(1), s. 10; Aydoğdu, Murat/ Ayan, Serkan: *Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku'nda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemeler*, Ankara 2013. s.237; Göktürk, s. 39.

⁶ Şen, Mustafa Serhat/Şen, Mustafa Kamil: "Faizlerin Sınırlandırılması Sorunu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ocak 2018, Sayı: 33, s. 785-826.

üzere tüketici işlemlerine bileşik faiz uygulanmaz” denerek bu husus hüküm altına alınmıştır.

Sürdürülebilir sağlıklı ekonomiler için önemli bir yere sahip olan bankalar, kâr amacı güden ticari kuruluşlardır. Bankalar, genel olarak faiz veya benzeri verdikleri rant karşılığı halktan topladıkları mevduatı, ihtiyacı olan kişilere kredi olarak kullandıran ve bu faaliyetlerinden kazanç sağlayan kuruluşlardır⁷. Dolayısıyla kullandırdıkları krediler için faiz, kâr payı ve benzeri bedel almaları olağandır⁸. Kredi kartları, kart çıkaran kuruluşların en önemli ürünlerinden biridir. Günümüzde tüketici ihtiyaçlarını karşılamak için çıkarılan kredi kartı kullanımının en önemli olumsuz etkisi, ödenemeyen yüksek kart borçları ve faiz yüküdür⁹. Siyasi otorite, 6098 sayılı TBK düzenlemesiyle faiz sınırları hususunda bir hukuk politikası çizmiştir. Bu politika, bankalar ve finans kurumları ile tüketiciler arasındaki ilişkilerde uygulanacak faizlerin üst sınırlarını belirlemiştir¹⁰.

I. TBK M. 88/2, M. 120/2 ve M. 253/3-(10) ile GETİRİLEN SINIRLAMALARIN 6502 SAYILI TKHK KAPSAMINDAKİ TÜKETİCİ İŞLEMLERİ ANAPARA ve TEMERRÜT FAİZLERİNİ SINIRLAYIP SINIRLAMADIĞI

TBK m. 88/2, m. 120/2 ve 253/3. maddesinin (10). bendi ile getirilen sınırlamaların taksitle satış, ön ödemeli taksitle satış, tüketici (ihtiyaç, taşıt...) kredisi, kredi kartı, konut finansmanı ve ön ödemeli konut satışı anapara ve temerrüt faizlerini sınırlayıp sınırlamadığı tartışmalara konu olmuştur. İleri sürülen görüşler, özellikle kredi kartları ve tüketici kredilerinin “ticari iş” sayılıp sayılmayacağı hususunda yoğunlaşmaktadır¹¹.

⁷ Çeker, Mustafa: Tüketici Hukuku Açısından Bankacılıkta Faiz Uygulamaları, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Ve Uygulamaları 2014-2015, Editörler, Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık, Bilge Yayınevi, Ankara 2015, s. 69; Kara, İlhan: “Bireysel Bankacılık İşlemleri Alanında Tüketici Hakları Kanuna Aykırı Uygulamalar ve Çözüm Yolları”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 88, Yıl 2014, Özel Sayı 1, s. 81; Reisoğlu, Seza: “Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi”, *Bankacılar Dergisi*, Sayı 77, 2011 s. 112; Reisoğlu Seza, “Tüketici Kredilerinde ve Kredi Kartı İşlemlerinde Uygulanan Akdi ve Temerrüt Faizleri Oranları”, *Bankacılar Dergisi*, S. 90, 2014, s. 112 vd.

⁸ Çeker, s. 69.

⁹ Ceylan, Ebru: “Kredi Kartlarıyla İlgili 6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Yenilikler”, *TBB Dergisi*, 2015 (117), s. 233-234.

¹⁰ Kara, (Bireysel Bankacılık İşlemleri) s. 81.

¹¹ Alaf, s. 11-12; Demir, s. 228; İnal, s. 966; Şen/Şen, s. 786-802.

A. TBK ile GETİRİLEN SINIRLAMALARIN 6502 SAYILI TKHK KAPSAMINDAKİ TÜKETİCİ İŞLEMLERİ ANAPARA ve TEMERRÜT FAİZLERİNİ SINIRLAMADIĞI GÖRÜŞÜ

1. Tüketici Kredileri

- Reisoğlu, Seza; tüketici kredisi sözleşmesinin ve kredi kartı sözleşmesinin ticari iş sayılmasını engelleyen bir maddenin kanunlarda yer almadığından hareketle bankaların TBK ile faize getirilen sınırlamalara tâbi olmadığını, TTK m. 8/2 uyarınca ticari işlerde faizin serbestçe belirlenebileceğini, bankaların birer ticari işletme olması nedeniyle, bütün işlem ve fiillerinin de ticari nitelikte olduğunu, ayrıca TTK m. 19/2 hükmü karşısında bankalar tarafından kullanılan tüm konut, otomobil ve tüketici kredilerinin ve kredi kartı sözleşmesinin ticari iş olduğunu savunmuştur¹².

- Atamer/Sanlı; 5411 sayılı BK'nın özel düzenlemesi 144. maddesi uyarınca bankaların yaptığı kredi sözleşmelerinde anapara faiz oranlarını serbestçe tespit edebileceğini, 5464 sayılı BKKK'nın özel düzenlemesi 26. maddesi gereğince kredili mevduat hesapları ile kredi kartı sözleşmelerinde anapara faiz oranlarının Merkez Bankası tarafından belirlenen sınırlara tâbi olduğunu savunmaktadırlar. Temerrüt faizi tespitinde ise, TBK m. 88 kadar m. 120 de devre dışı kalacağını, fakat onun yerine bankacılık mevzuatının ve TKHK'nın ve bağlı yönetmeliklerdeki sınırlamalarının uygulanması gerektiğini belirtmektedirler¹³.

- Aynı yöndeki diğer bir görüşte; banka sisteminde faizlerin birçok faktöre bağlı olarak paranın maliyetine göre oluştuğu, faizlere kanunla sınırlama getirilmesi hâlinde bankaların faaliyetlerini sürdürmesinin imkânsız hale geleceği ileri sürülmektedir¹⁴.

- Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğu görülmektedir¹⁵.

2. Kredi Kartları

Bankalar kendilerini 5464 sayılı BKKK'nın 26/3. maddesinde kredi kartı borçları ile ilgili özel bir faiz düzenlemesi bulunduğundan bahisle kredi kartlarına uygulanacak en yüksek faiz oranı yönünden Merkez Bankası'nın belirlediği faiz oranları ile bağlı kabul etmektedirler¹⁶. Yargıtay uygulaması da bu yönde oluşmuştur¹⁷.

¹² Alaf, s. 12; Ceylan, (Kredi Kartları) s. 261-262; Çeker, s. 75; Demir, s. 228; Reisoğlu, Seza (Faizleri Oranları) s. 112 vd; Yener, s. 424-425.

¹³ Atamer/Sanlı, s. 446-447-451.

¹⁴ Çeker, s. 75; Demir, s. 228.

¹⁵ 13. HD 25.01.2016 Gün, 2016/728 Karar, 2015/14775 Esas; 19. HD 25.01.2016 Gün, 2016/728 Karar, 2015/14775 Esas (Uyap); Şen/Şen, s. 810.

¹⁶ Atamer/Sanlı, s. 438 vd.; Çeker, s. 73; Önal, s. 33; Yener, s. 424-425.

¹⁷ 19. HD 22.09.2016 Gün, 2016/12593 Karar, 2016/2875 Esas (Uyap); Şen/Şen, s. 810.

B. TBK ile GETİRİLEN SINIRLAMALARIN 6502 SAYILI TKHK KAPSAMINDAKİ TÜKETİCİ İŞLEMLERİ ANAPARA ve TEMERRÜT FAİZLERİNİ SINIRLADIĞI GÖRÜŞÜ

1. Tüketici Kredileri

TTK m. 19/2'de geçen "*Kanunda aksine hüküm olmadıkça*" ifadesine işaret edilerek, TKHK'nın aksine hüküm içeren kanun olduğu ve TKHK'nın, tacir ile tüketici arasındaki ilişkinin tüketici açısından da "*ticari iş*" sayılmasını engellediği ifade edilmiştir¹⁸. TTK m. 9'da faiz hakkında yapılan atfın içinde TBK'nın yanı sıra TKHK'da bulunmaktadır. O halde TBK m. 88/2 ve m. 120/2 hükmüyle getirilen sınırlandırma tüketici işlemleri için de geçerlidir¹⁹. TTK m. 8'de "*tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır*" hükmüyle faiz oranlarındaki serbestliğin tüketici işlemleri bakımından geçerli olmayacağı kabul edilmiştir²⁰. Gerçekten de TKHK m. 3'e göre, taraflarından birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşme ve hukuki işlem, TKHK kapsamında ticari iş değil tüketici işlemidir. Dolayısıyla ticari işlerde benimsenen faiz belirleme serbestisi, kredi kartı ve tüketici kredisi sözleşmelerine uygulanamaz. Bu husus TTK m. 8/2-3-4'te açıkça vurgulanmıştır²¹. Tüm tüketici kredileri ve kredi kartı akdi ve temerrüt faiz oranları tespit edilirken başvurulacak olan 3095 sayılı Kanun m. 4'te "*Diğer kanunların, bu Kanunda öngörülen orandan fazla temerrüt faizi ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır.*" hükmü yer alsa da, BKKKK'da ve TKHK'da "*özel düzenleme*" niteliğinde bir anapara ve temerrüt faiz düzenlemesi yapılmamıştır²². TBK'da bu kanun hükümlerinin kredi kartları ve tüketici kredilerine uygulanmayacağına ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır²³.

2. Kredi Kartları

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na, BKKKK m. 26/3 ile verilen kredi kartı akdi ve gecikme (temerrüt) faizlerini üç aylık dönemlerde belirleme yetkisi, herhangi bir objektif kritere bağlanmamış, faiz oranlarının belirlenmesinde TBK ve TTK'da benimsendiği gibi 3095 sayılı Kanun'a gönderme yapılmamıştır. Buna göre TCMB, kredi kartı azami akdi faiz oranını ve azami gecikme faiz oranını belirlerken, TBK m. 88/2 ve TBK m. 120/2 ile bağlıdır²⁴. TBK'da bu

¹⁸ Alaf, s. 16 vd.; Demir, s. 229; Şen/Şen, s. 806; Yener, s. 425.

¹⁹ Aydoğdu, (Faiz İle İlgili Düzenlemeler) s. 95; Çeker, s. 75; Şen/Şen, s. 807.

²⁰ Aydoğdu, (Faiz İle İlgili Düzenlemeler) s. 96; Çeker, s. 75; Haznedar, s. 14; İnceoğlu, Murat M: Faize ve Yürürlük Kanunu'nun 7. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararları. Yeni Kanunlara İlişkin İlk Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi (Ed. U. Yeniocak) Ankara 2014, s. 26; Şen/Şen, s. 807.

²¹ Demir, s. 229; Şen/Şen, s. 807.

²² Demir, s. 229; Şen/Şen, s. 808.

²³ Demir, s. 229; Şen/Şen, s. 808.

²⁴ Alaf, s. 17; Demir, s. 229; Şen/Şen, s. 808; Yener, s. 424-425.

kanun hükümlerinin kredi kartları ve tüketici kredilerine uygulanmayacağına ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır²⁵. Kanun koyucunun, 6502 sayılı TKHK'nın yürürlüğe girdiği 28.05.2014 tarihinden sonra oluşacak banka kredi kartı uyuşmazlıklarında görevli mahkemenin, tüketici mahkemesi olduğunu yasalastırması bu hususu teyit etmektedir.

C. KANAATİMİZCE, TBK ile GETİRİLEN SINIRLAMALAR 6502 SAYILI TKHK KAPSAMINDAKİ TÜKETİCİ İŞLEMLERİ ANAPARA ve TEMERRÜT FAİZLERİNİ SINIRLAMAKTADIR

Kanun koyucu, borçluların korunmaları ve olağanüstü faiz oranlarına bir üst sınır çizilmesi amacıyla bir "hukuk politikası" tercihinde bulunarak "çerçeve kanun" özelliği taşıyan 6098 sayılı TBK ile temel ilke olarak, gerek anapara faizi gerekse temerrüt faizi oranlarına üst sınır belirlemektedir. TBK'nın m. 88 ve 120 gerekçelerine göre faiz sınırlamasına ilişkin düzenlemeler genel niteliktedir. Bu düzenleme ile yargının yükünün hafifletilmesi de amaçlanmıştır. Diğer taraftan karşılaştırmalı hukukta yabancı ülke yasalarında da faize sınır getirildiği bilinmektedir²⁶.

Taksitli satışta alıcının temerrüdünü özel olarak düzenleyen 6098 sayılı TBK'nın 253/3. maddesinin (10). bendi ve 259. ile 260. maddeleri hükümleri; temerrüde düşen alıcıya çok açık bir şekilde "yasal ayrıcalık" tanınması gayesini taşımaktadır. Taksitle satış sözleşmesinde, alıcının ulaşmak istediği amaç ve özellikle bu sözleşmenin kredilendirme fonksiyonu da nazara alınarak, temerrüt faizinin kapsamı TBK'nın 253/3. maddesinin (10) bendi ile belirlenmiş ve sınırlı hale getirilmiştir²⁷.

Tüketici hukukunun adi iş ve ticari işten farklı olarak ayrı bir hukuk alanı olarak ortaya çıkması ile sözleşmeler hukukumuzda, adi sözleşmeler ve ticari sözleşmeler yanına tüketici sözleşmeleri de eklenmiştir. TKHK m. 3 ve m. 83/1 hükmüne göre, taraflarından birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşme ve hukuki işlem tüketici işlemi sayılır. Tüketici işlemi ve sözleşmelerinde, faiz hususunda; tüketici lehine yorum - tüketiciyi daha fazla koruma sağlayan norm uygulanır ilkeleri gözetilmesi gereklidir. Çerçeve kanun niteliğindeki 6098 sayılı TBK'da yer alan genel sınırlamalar gerek özel düzenleme bulunan tüketici sözleşmelerine gerekse özel düzenleme bulunmayan diğer tüm tüketici sözleşmelerinde de uygulanmak zorundadır. Diğer taraftan önceki tarihli genel yasa/norm 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK, sonraki tarihli daha dar kapsamlı olan genel yasa/norm 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı TKHK'dan önce uygulanması gerekmektedir. Yine sonraki tarihli emredici genel yasalar/normlar; 28/05/2014 tarihli 6502 sayılı TKHK, 01/07/2012 tarihli

²⁵ Demir, s. 229; Şen/Şen, s. 808.

²⁶ Şen/Şen, s. 790.

²⁷ Şen/Şen, s. 792.

TBK önceki tarihli özel yasalar/normlar 19/10/2005 tarihli 5411 sayılı BK ve 01/03/2006 tarihli 5464 sayılı BKKKK'dan önce uygulanmalıdır²⁸.

II. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA TÜKETİCİ İŞLEMLERİNDE FAİZ SINIRLARI

Aslında tüketici kredisi üst kavram olup 6502 sayılı TKHK'nın 17. ila 21. maddelerinde taksitle satış, 22. ila 31. maddelerinde tüketici kredileri, 32. ila 39. maddelerinde konut finansmanı, 40. ila 46. maddelerinde ön ödemeli konut satışı birbirine paralel hükümlerle düzenlenmiştir²⁹. Tüketicinin korunmasından hareketle benzer ve paralel düzenlemelerin yapılmış olmasının nedeni her dört sözleşmede iktisadi açıdan tüketiciye kredi kullanırılmış olmasıdır³⁰. Hakkında özel faiz sınırlaması olmayan diğer tüketici sözleşmeleri; iş yeri dışında kurulan sözleşmeler, mesafeli sözleşmeler, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler, devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri, paket tur sözleşmeleri, abonelik sözleşmeleri, süreli yayın kuruluşlarınca düzenlenen promosyon uygulamaları 6502 sayılı TKHK'da m. 47 ila m. 53 arasında düzenlenmiştir. Anılan tüketici sözleşmelerinde 6502 sayılı TKHK m. 83/1 düzenlemesi gereğince TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde, genel hükümlere göre uyumsuzluğun çözümü gerekli olduğundan, TBK hükümleri uygulanacaktır.

A. TÜKETİCİ KREDİLERİNDE FAİZ

Tüketici kredisi sözleşmesi, 6502 sayılı TKHK'nın m. 22. ila 31. hükümleri arasında Avrupa Birliği Hukuku'ndaki son Direktif'e uyumlu şekilde düzenlenmiştir. 6502 sayılı TKHK m. 22/1'de tüketici kredisi sözleşmesinin tanımı yapılmıştır³¹. Buna göre tüketici kredisi sözleşmesi, "*Kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşmeyi ifade eder.*" TKHK m. 22/2 hükmü gereğince kredi kartı sözleşmeleri, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sağlanması hâlinde tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilir. Ancak bu durumda uygulanacak faiz oranının kredi kartı sözleşmesi uyarınca

²⁸ Demir, s. 221-229-230; Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I. İstanbul 2012, s. 313-496-497-499-500; Önal, s. 33-46; Şen/Şen, s. 802-809.

²⁹ Kara, (Kitap) s. 1254; Serdar, s. 501-502.

³⁰ Serdar, s. 502.

³¹ Aydoğdu, Murat: Tüketici Klavuzu - Hukuk Rehberi, 1. Baskı, İstanbul 2014, s. 75; Ceylan, Ebru: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun'daki Tüketici Kredileri İle İlgili Yeni Düzenlemeler", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 88, Yıl 2014, Özel Sayı 1, s. 62; İnal, H Tamer: Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 69-261-960 vd.

belirlenen orandan fazla olamayacağı düzenlenmiştir³².

5411 sayılı BK'nın 144. maddesinde, faiz oranları ve diğer menfaatlerin nitelik ve oranlarını belirleme yetkisi Bakanlar Kurulu'na verilmiş, Bakanlar Kurulu'nun bu yetkiyi Merkez Bankası'na devredebileceği düzenlenmiştir. Bakanlar Kurulu 22.11.2006 tarih 26354 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 16.10.2006 tarihli ve 2006/11188 sayılı kararıyla yetkisini Merkez Bankası'na devretmiş, Merkez Bankası da 09.12.2006 tarih 26371 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 2006/1 sayılı kararı ile faiz oranı ve diğer menfaatlerin sınırlarını serbestçe belirleme yetkisini bankalara bırakmıştır.

TCMB tebliğinin 4/1. maddesine göre, *“Bankalarca, reeskont kaynaklı krediler dışındaki kredilere uygulanacak faiz oranları ile faiz dışında sağlanacak diğer menfaatlerin ve tahsil olunacak masrafların nitelikleri ve sınırları serbestçe belirlenir.”* Bankalar, Merkez Bankası Tebliğleri gereğince, uygulayacakları azami faiz oranlarını serbestçe tespit ederek, Merkez Bankası'na bildirmek zorundadırlar. Bu düzenlemeleri esas alan bankalar, tüm tüketici kredilerine uygulayacakları faiz oranlarını serbestçe belirlemektedirler³³.

Tüketici kredisi sözleşmesi, 6502 sayılı TKHK m. 4/1 gereğince geçerlilik şartı olan yazılı şekilde kurulmamışsa veya sözleşme kanunun âmir hükümlerine aykırı ise, geçersiz kabul edilecek kredi faizsiz şekilde iade olacaktır³⁴.

1. Tüketici Kredisi Anapara (Sermaye) Faizi

a. Akdi Anapara (Sermaye) Faizi; Taraflar Anapara Faizi Belirlemişse

TKHK m. 3 ve 83/1 hükümleri tacir ile tüketici arasındaki ilişkinin tüketici açısından *“ticari iş”* sayılmasını engeller. Tüketici kredisi sözleşmelerinde TBK m. 88/2 gereğince kararlaştırılabilecek yıllık azami akdi anapara faizi (**% 9 + % 4,5 = % 13,5**)'i geçemez³⁵.

b. Kanuni Anapara (Sermaye) Faizi; Taraflar Anapara Faizi Belirlememişse

Faiz ödenmesi gereken hallerde miktarı ya da oranı sözleşme ile belirlenmemişse tüketici işlemlerinden (tüketici kredisine) uygulanacak kanuni faiz oranı TBK m. 88/1 düzenlemesi gereğince; TBK'nın gönderme yaptığı mevzuat 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'a

³² Aydoğdu, (Kitap) s. 75; Ceylan, (Tüketici Kredileri) s. 261; İnal, s. 69-261; Önal, Ali: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Kredi Kartlarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 88, Sayı 4, Yıl 2014, s. 33.

³³ Atamer/Sanlı, s. 438 vd.; Çeker, s. 73; İnal, s. 726-727; Kara, (Bireysel Bankacılık İşlemleri) s. 84-85-86; Yener, Mehmet Deniz: “6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un Tüketici Kredileri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, Cilt 7, Sayı 13, Temmuz 2015, s. 424-425.

³⁴ Atamer/Sanlı, s. 437 vd.; İnal, s. 738-747-748.

³⁵ Alaf, s. 18; Demir, s. 229.

göre tespit edilmelidir. Bakanlar Kurulu, 3095 sayılı Kanun m. 1/2'den aldığı yetkiye dayanarak 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere tüketici işlemlerinde (adi - ticari işlerde) kanuni faiz oranını (% 9)'a indirmiştir. Halen tüketici işlemlerinde (tüketici kredisi) kanuni faiz oranı (% 9)'dur.

2. Tüketici Kredisi Temerrüt Faizi

a. Akdi Temerrüt Faizi; Taraflar Anapara Faizi Belirlemişse

Tüketici ve satıcı aralarında düzenleyecekleri tüketici işlemi kapsamına giren tüketici kredisi sözleşmesi ile yasal sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla temerrüt faiz oranını serbestçe kararlaştırabilirler.

I. TBK m. 120 Hükümü

TKHK m. 3 ve 83/1 hükümleri tacir ile tüketici arasındaki ilişkinin tüketici açısından “*ticari iş*” sayılmasını engellediğinden, TBK m. 120/2 ile getirilen sınırlama tüketici (ihtiyaç, taşıt...) kredisi temerrüt faizlerini de kapsadığına göre tüketici kredisi sözleşmelerinde kararlaştırılabilecek yıllık azami akdi temerrüt faizi oranı (% 9 + % 9 = % 18,00)'i geçmemelidir³⁶.

II. 4077 sayılı TKHK Uygulama Zamanı

Tüketici kredisi sözleşmelerinde (m. 10) TBK hükümlerinden farklı olarak temerrüt faizinin, sözleşmede belirtilen akdi faiz oranının % 30 fazlasını aşamayacağına dair özel nitelikli bir düzenleme getirilmiştir³⁷. Ancak unutulmamalıdır ki BKKKK m. 26/6 uyarınca, “*4077 sayılı TKHK'nın 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendi kredi kartları için uygulanmaz*”. Dolayısıyla kredi kartı temerrüt faizleri açısından TKHK m. 10'da düzenlendiği şekilde özel bir üst sınır bulunmamaktadır³⁸.

III. 6502 sayılı TKHK Uygulama Zamanı

Tüketici kredilerinde akdi temerrüt faiz oranı bakımından az önce bahsedilen 4077 sayılı Kanun'un 10. maddesindeki temerrüt faizinin % 30 fazlasını aşamayacağına ilişkin kural 6502 sayılı yeni TKHK'da yer almamıştır. Buradan hareketle tüketici kredilerinde artık akdi temerrüt faizi oranlarının çerçeve kanunla (TBK) sınırlandırıldığı oranlara kadar serbest bırakıldığı akla gelebilir.

Ancak 22.05.2015 tarih 29363 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak 22.11.2015 tarihinde yürürlüğe giren Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 18/2. maddesinde “*Temerrüt veya geç ödeme durumunda tüketiciden sözleşmede yer alan akdi faiz oranının % 30 fazlasından daha yüksek*

³⁶ Alaf, s. 18-19; Demir, s. 229.

³⁷ Alaf, s. 19; Demir, s. 221-230; Oğuzman/Öz, s. 313-496-497-499-500.

³⁸ Demir, s. 230.

bir oranda gecikme faizi tahsil edilemez. Aksi halde, kredi veren, fazla tahsil ettiği tutar ile fazla tahsil edilen tutarın tahsil edildiği tarih ile fiilen tüketiciye geri ödendiği tarih arasındaki süre için sözleşmede yer alan akdi faiz oranının % 30 fazlası üzerinden hesaplanacak faizi tüketiciye ödemekle yükümlüdür.” hükmünün yer aldığı görülmektedir. Kanunda yer almayan bu sınırlamanın yönetmelik hükmüyle getirilmesi kurallar hiyerarşisi bakımından eleştiri konusu yapılabileceği gibi, eski kanun hükmünü yeni kanuna almayarak bir irade sergileyen kanun koyucunun bu iradesinin idare tarafından çiğnenmesi durumunu da ortaya çıkartacağı, üstelik bu durumun, TBK m. 120 hükmü ile temerrüt faiz oranına getirilen sınırlamanın tüketici kredilerinde uygulanıp uygulanmayacağı tartışmasını da beraberinde getireceği düşünülebilir.

Gerçekten TBK m. 120/2 hükmü ile akdi temerrüt faiz oranına bir sınırlama getirilmiştir. Bu yüzden tüketici kredileri bakımından ayrıca bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığı ve TBK m. 120/2 gereğince tüketici kredi sözleşmelerinde en fazla yasal faizin iki katı oranında temerrüt faiz oranı belirlenebileceği kabul edilebilir³⁹.

Çeker, 6502 sayılı TKHK'nın bir çerçeve kanun özelliği taşıdığını ve temel ilkeleri belirledikten sonra ikincil düzenlemelerle bakanlığa yetki verildiği dikkate alınarak tüketici kredilerine uygulanacak akdi temerrüt faizinin üst sınırı bakımından yönetmeliğin esas alınması gerektiğini savunmaktadır⁴⁰.

TBK m. 120/2 hükmü uygulanacak olursa, tüketici kredi sözleşmelerinde akdi temerrüt faiz oranı (% 9 + % 9 = % 18,00) bulunurken, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin m. 18/2 hükmü uygulanacak olursa, tüketici kredi sözleşmelerinde en fazla gecikme (temerrüt) faizi oranı (% 9 +% 4,5 = % 13,5 oranının % 30 fazlası olan yıllık %17,55)'i geçemeyecektir. Tüketici işlemi ve sözleşmelerinde kural olarak tüketici, sözleşmenin karşı tarafına göre daha zayıf konumda bulunduğundan tüketici lehine yorum ilkesi gereğince, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin m. 18/2 hükmü uygulanmalı ve tüketici kredilerinde temerrüt faiz oranı yıllık (% 9 + % 4,5 = % 13,5 oranının % 30 fazlası olan yıllık % 17,55)'i geçmemelidir.

IV. Ara Dönemler

1. Ara Dönem: 01.07.2012 Tarihi ile 28.05.2014 Tarihi Arasındaki Süre

TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden sonra tüketici kredilerinde akdi temerrüt faiz oranı TBK m. 88 gereğince en çok % 13,5 olacağı için 4077 sayılı TKHK'nın 10-2-(f) uyarınca akdi temerrüt faizinin, akdi faizin % 30 fazlasını aşamayacağına ilişkin kural doğrultusunda temerrüt faiz oranı yıllık (% 13,5 oranının % 30 fazlası olan yıllık % 17,55)'i geçemeyecektir⁴¹.

³⁹ Çeker, s. 75-76.

⁴⁰ Çeker, s. 76.

⁴¹ Alaf, s. 18-19.

2. Ara Dönem: 28.05.2014 Tarihi ile 22.11.2015 Tarihi Arasındaki Süre

6502 sayılı TKHK'da tüketici kredilerinde akdi temerrüt faiz oranı bakımından bir düzenleme yer almamakla; 28.05.2014 tarihinden itibaren tüketici kredilerinde artık akdi temerrüt faizi oranlarının çerçeve kanunla (TBK) sınırlandırıldığı oranlara kadar serbest bırakıldığından, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin yürürlüğe girdiği 22.11.2015 tarihine kadar yıllık azami akdi temerrüt faizi (**% 9 + % 9 = % 18,00**)'i geçmeyecek şekilde uygulanmalıdır.

b. Kanuni Temerrüt Faizi; Taraflar Temerrüt Faizi Belirlememişse

TBK m. 120/1, adi işlerdeki kanuni temerrüt faizini düzenlemektedir. TBK m. 120/1'de düzenlenen, adi işlerde uygulanacak azami kanuni faiz oranı tüm tüketici kredileri için de geçerlidir. Buna göre uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan, 3095 sayılı Kanun m. 1 uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak kararnameye göre belirlenir. 19.12.2005 tarih 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu kararına göre bu oran şu anda (**% 9**)'dur.

B. KREDİ KARTLARINDA FAİZ

5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 3/e'de kredi kartının tanımı yapılmıştır. Buna göre "*Kredi kartı: Nakit kullanımı gerekmeksizin mal veya hizmet alımı veya nakit çekme olanağını sağlayan basılı kartı veya fiziki varlığı bulunmayan kart numarasını ifade eder.*"⁴²

5464 sayılı BKKKK'nın 26/3. maddesinde "*T.C. Merkez Bankası, azami akdi ve gecikme faizi oranlarını tespit etmeye yetkilidir ve belirlediği bu oranları 3 ayda bir açıklar.*" denilmektedir. Anılan yasanın 26. maddesinde kredi kartı borçları ile ilgili özel bir faiz düzenlemesi bulunduğundan uygulamada bankaların kredi kartlarına uygulanacak en yüksek faiz oranı yönünden T.C. Merkez Bankası'nın belirlediği faizi oranlarını benimsedikleri görülmektedir.

Tüketici kredisi sayılmayan kredi kartı sözleşmelerinde, uygulanacak azami akdi ve gecikme faiz oranları, BKKKK m. 26/3 hükmüne dayanılarak T.C. Merkez Bankası tarafından çıkarılan Kredi Kartı İşlemlerinde Uygulanacak Azami Faiz Oranları Hakkındaki Tebliğ'e göre belirlenmektedir⁴³. TCMB, kredi kartı işlemlerinde her yılın Ocak-Mart, Nisan-Haziran, Temmuz-Eylül ve Ekim-Aralık dönemlerinde uygulanacak olan aylık azami akdi ve gecikme faiz oranlarını 12.11.2016 tarihli ve 29886 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "*Kredi Kartı İşlemlerinde Uygulanacak Azami Faiz Oranları Hakkında Tebliğ (Sayı: 2016/8)*"e göre 3 aylık dönemlerle ilan edilmektedir. Söz konusu oranlar azami oranlar olup, bankalarca kredi kartı işlemlerinde bu oranların üzerinde bir faiz oranı

⁴² Ceylan, (Kredi Kartları) s. 240; İnal, s. 70-840-960 vd .

⁴³ Ceylan, (Kredi Kartları) s. 263-264; İnal, s. 861-862-960; Önal, s. 33-45-46; Yener, s. 424-425.

uygulanması mümkün bulunmamaktadır. Bankalar bu oranları geçmemek üzere faiz oranlarını serbestçe belirleyebilmektedirler.

1. Kredi Kartı Anapara (Sermaye) Faizi

a. Akdi Anapara (Sermaye) Faizi; Taraflar Anapara Faizi Belirlemişse

Merkez Bankası'na, BKKKK'nın 26/3 maddesi ile verilen kredi kartı akdi ve gecikme (temerrüt) faizlerini 3 aylık dönemlerde belirleme yetkisi herhangi bir objektif kritere bağlanmamış, faiz oranlarının belirlenmesinde TBK ve TTK'da benimsendiği gibi 3095 sayılı Kanuna gönderme yapılmamıştır. Kredi kartı alan hamil tüketici ise, tüketici ile banka arasındaki sözleşme ticari iş değildir, tüketici işlemi kabul edilmelidir. O halde TCMB, kredi kartı azami akdi anapara faiz oranını belirlerken, TBK m. 88/2 ile bağlıdır. TCMB'nın, BKKKK m. 26/3 ile verilen yetkiye dayanarak, üç aylık dönemlerde belirleyebileceği faiz oranları, günümüzde yürürlükte bulunan 3095 sayılı Kanun hükümleri uyarınca, kredi kartı akdi faizi için yıllık azami (**% 9 + % 4,5 = % 13,5**)'i geçemez⁴⁴.

Kanun koyucu, TKHK m. 22/2 hükmünde faiz veya faiz benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sağlanması hâlinde kredi kartı sözleşmesinin tüketici kredisi sözleşmesi olacağını belirlemiştir. Tüketicinin ödemelerinin üç ayı aşmayacak şekilde ertelendiği kredi kartlarına ilişkin sözleşmeler ise, tüketici kredisi sayılmamaktadır⁴⁵. TKHK m. 22/2 hükmünde, tüketici kredisi sayılan kredi kartı sözleşmesine uygulanacak faiz oranının, kredi kartı sözleşmesi uyarınca belirlenen orandan daha fazla olamayacağını belirtmektedir⁴⁶.

b. Kanuni Anapara (Sermaye) Faizi; Taraflar Anapara Faizi Belirlememişse

Kredi kartı alan hamil tüketici ise, tüketici ile banka arasındaki sözleşme tüketici işlemi kabul edilmelidir. Faiz ödenmesi gereken hallerde miktarı ya da oranı sözleşme ile belirlenmemişse tüketici işlemlerinde (kredi kartlarına) uygulanacak kanuni faiz oranı TBK m. 88/1 hükmü gereğince; 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanun'a göre belirlenmelidir. Bakanlar Kurulu, 3095 sayılı Kanun m.1/2'den aldığı yetkiye dayanarak 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere tüketici işlemlerinde kanuni faiz oranını (**% 9**)'a indirdiğinden faiz ödenmesi gereken hallerde miktarı ya da oranı sözleşme ile belirlenmemişse halen kredi kartına uygulanacak kanuni faiz oranı (**% 9**)'dur.

⁴⁴ Demir, s. 229; Şen/Şen, s. 808.

⁴⁵ Ceylan, (Kredi Kartları) s. 256.

⁴⁶ Ceylan, (Kredi Kartları) s. 261.

2. Kredi Kartı Temerrüt Faizi

a. Akdi Temerrüt Faizi; Taraflar Anapara Faizi Belirlemişse

06.03.2003 tarih ve 4822 sayılı yasa ile 4077 sayılı TKHK'a eklenen 10/A maddesi yollamasıyla aynı yasanın 10/f maddesi uyarınca kredi kartı borçlarında uygulanacak temerrüt faizi oranına sınırlama getirilmiş, bu madde ile dönemsel hesap özetinde yer alan asgari ödeme tutarının vadesinde ödenmemesi hâlinde tüketiciye sadece, sözleşme faizinin % 30'unu geçmeyen gecikme faiz oranının uygulanacağı düzenlenmiştir⁴⁷.

Daha sonra yürürlüğe giren 01.03.2006 tarihli 5464 sayılı BKKKK'nın 26. maddesinde de kredi kartı borçlarına uygulanacak akdi ve temerrüt faiz oranları hakkında yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir. TCMB'ye, BKKKK m. 26/3 ile verilen kredi kartı akdi ve gecikme (temerrüt) faizlerini üç aylık dönemlerde belirleme yetkisi, herhangi bir objektif kritere bağlanmamış, faiz oranlarının belirlenmesinde TBK ve TTK'nın benimsendiği gibi 3095 sayılı Kanun'a gönderme yapılmamıştır. Buna göre TCMB, kredi kartı azami gecikme faiz oranını belirlerken TBK m. 120/2 ile bağlıdır.

TCMB'nin, BKKKK m. 26/3 ile verilen yetkiye dayanarak, üç aylık dönemlerde belirleyebileceği faiz oranları, günümüzde yürürlükte bulunan 3095 sayılı Kanun hükümleri uyarınca, kredi kartı gecikme (temerrüt) faizi için yıllık azami **(9 + % 9 = % 18,00)**'i geçemez⁴⁸.

Kredi kartları 6502 sayılı TKHK'da ayrı bir hükümlerle düzenlenmemiş, tüketici kredisi başlığı altında düzenlenmiştir⁴⁹. Tüketici kredisi sayılmayan kredi kartlarına 6502 sayılı TKHK'nın genel hükümleri ve 5464 sayılı BKKKK'nın hükümleri uygulanacaktır⁵⁰. Kredi kartlarında, sözleşmenin taraflarınca kredi miktarı tam olarak bilinmemektedir, bu nedenle de geri ödeme süresi tam olarak hesaplanamaz. Kredi miktarı ve geri ödeme süresinin belirli olmaması nedeniyle "belirsiz süreli kredi sözleşmesi" olduğundan 6502 sayılı TKHK m. 28 hükmü kredi kartlarına uygulanamaz⁵¹.

b. Kanuni Temerrüt Faizi; Taraflar Temerrüt Faizi Belirlememişse

TBK m. 120/1'de düzenlenen, adi işlerde uygulanacak azami kanuni faiz oranı tüm tüketici kredileri yanı sıra kredi kartları için de geçerlidir. Buna göre uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan, 3095 sayılı Kanun m. 1 uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak kararnameye göre belirlenir. 19.12.2005

⁴⁷ Ceylan, (Kredi Kartları) s. 270.

⁴⁸ Demir, s. 229; Önal, s. 33.

⁴⁹ Ceylan, (Kredi Kartları) s. 280.

⁵⁰ Ceylan, (Kredi Kartları) s. 238.

⁵¹ Ceylan, (Kredi Kartları) s. 270-271.

tarihli 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına göre bu oran şu anda (% 9)'dur.

C. TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİ ve FAİZ

Taksitle satış sözleşmesi, 6502 sayılı TKHK m. 17/1 uyarınca satıcı veya sağlayıcının, malın teslimi veya hizmetin ifasını üstlendiği, tüketicinin de bedelini kısım kısım ödediği sözleşmelerdir⁵². TKHK'da taksitlerin sayısı ve sözleşmenin süresi bakımından bir hüküm mevcut değildir. TBK'nın 256/1. maddesinde; alıcının, satış bedelinin peşinattan geri kalan kısmını sözleşmenin kurulmasını izleyen üç yıl içinde ödemekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. TKHK m. 83 yoluyla sözleşmenin süresine ilişkin TBK m. 256/1 hükmü, TKHK kapsamındaki taksitle satış sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulacağından; TKHK kapsamındaki taksitle satış sözleşmelerinde de taksitlerin sözleşmenin kurulmasını izleyen üç yıl içinde ödenmesi gerekir⁵³. Tüketicinin, kira süresi sonunda bir malın mülkiyetini edinme zorunluluğunun bulunduğu finansal kiralama sözleşmeleri hakkında taksitle satış hükümleri uygulanır (TKHK m. 17/2)⁵⁴.

1. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

6098 sayılı TBK hükümlerinden farklı olarak 4077 sayılı TKHK'da taksitle satışlarda (m. 6/A) temerrüt faizinin, sözleşmede belirtilen akdi faiz oranının % 30 fazlasını aşamayacağına dair özel nitelikli bir düzenleme mevcut idis.

2. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

a. Tüketicinin/Alıcının Peşinatı Ödemede Temerrüde Düşmesi

6502 sayılı TKHK'da tüketicinin peşinat ödemesi ve buna ilişkin borcunda temerrüde düşmesi hakkında 6098 sayılı TBK gibi ayrı bir düzenleme mevcut değildir⁵⁶. Peşinat ödemesinde tüketicinin temerrüde düşmesi hâlinde, taksit ödemede temerrüde ilişkin hükümlere göre sonuca ulaşılır⁵⁷. Peşinat ödemesinde tüketicinin temerrüde düşmesi hâlinde; bileşik faize meydan

⁵² Aydoğdu, (Kitap) s. 65; İnal, s. 872; Kara, (Kitap) s. 852; Ünlütepe, Mustafa: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/2, s. 298.

⁵³ Atamer/Sanlı, s. 446-451; Aydoğdu, (Kitap) s. 65; İnal, s. 874; Kara, (Kitap) s. 842; Ünlütepe, (Taksitle Satış Sözleşmesi) s. 309; Yılmaz, Canan: "6098 Sayılı TBK Çerçevesinde Taksitle Satış Sözleşmesi (TBK m. 253-262)" *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 - 4 Haziran 2011) 2012/10, 2. Baskı, s. 450.

⁵⁴ Atamer/Sanlı, s. 445-448-451; Aydoğdu, (Kitap) s. 65-66; İnal, s. 876.

⁵⁵ Demir, s. 221-230; Oğuzman/Öz, s. 313-496-497-499-500.

⁵⁶ Ünlütepe, (Taksitle Satış Sözleşmesi) s. 308-313-341-342.

⁵⁷ Ünlütepe, (Taksitle Satış Sözleşmesi) s. 341-342.

vermeyecek şekilde “ayrıştırma”⁵⁸ neticesinde asıl peşinat üzerinden temerrüt faizi yürütülmelidir. Temerrüt faiz oranı yıllık (**yasal faiz % 9 oranının % 30 fazlası olan: yıllık = % 11,70**)’i geçmemelidir.

b. Tüketicinin/Alıcının Taksitleri Ödemede Temerrüde Düşmesi

6502 sayılı TKHK’nın 19. maddesinde, tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi durumunda sadece taksitle satış sözleşmesinde yer verilmiş bulunan muacceliyet kaydı dolayısıyla kalan borcun tamamının ifasının talep edilmesine ilişkin şartlar düzenleme altına alınmış; bunun dışında tüketicinin temerrüdüne ilişkin başka bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁵⁹. 6502 sayılı TKHK m. 19 ve TBK m. 259/2 birlikte değerlendirildiğinde, tüketicinin/alıcının taksitleri ödemede temerrüde düşmesi hâlinde satıcının üç seçimli hakkı vardır⁶⁰.

I. Satıcı Muaccel Olmuş Taksitleri Talep Ederse

Alıcının/tüketicinin taksit ödemede temerrüde düşmesi hâlinde, satıcının/sağlayıcının muaccel olmuş taksitleri talep hakkını kullanması 6502 sayılı TKHK’da düzenlenmediğinden, 6502 sayılı TKHK m. 83 uyarınca, TBK m. 259/2’de belirlenen muaccel olmuş taksitleri talebe ilişkin şartlar 6502 sayılı TKHK kapsamındaki taksitle satış sözleşmeleri bakımından da uygulanır⁶¹. Satıcı, sadece muaccel olmuş taksitleri istiyorsa, yani aynen ifayı seçmişse, ki bu seçenekte sözleşme ayaktadır, borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümler doğrultusunda, TBK 253/3. maddesinin (10). bendi gözetilerek ayrıca temerrüt faizi ve aşkın zararını da talep edebilir⁶². 6502 sayılı TKHK’da m. 17 ila 21 arasında düzenlenen taksitle satış sözleşmelerinde anapara temerrüt faiz oranına ilişkin bir kural bulunmadığından tüketici sözleşmelerinde artık akdi temerrüt faizi oranlarının TBK’nın (çerçeve kanunla) sınırlandırıldığı oranlara kadar serbest bırakıldığı aklı gelebilir.

Sözleşme konusu taşınır ise; TBK 253/3. maddesinin (10). bendine göre⁶³, TKHK kapsamında kalan taksitle satış/hizmet sözleşmelerinde malın/hizmetin satıcının ticari faaliyeti kapsamında satılması nedeniyle temerrüt faizi yasal faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmeyeceğinden anapara temerrüt faiz oranı yıllık (**yasal faiz % 9 oranının % 30 fazlası olan yıllık = % 11,70**)’i geçemeyecektir.

⁵⁸ Atamer/Sanlı, s. 448; İnal, s. 201-888-889.

⁵⁹ Aydoğdu, (Kitap) s. 69-70; Ünlütepe, (Taksitle Satış Sözleşmesi) s. 342.

⁶⁰ İnal, s. 882-883; Ünlütepe, (Taksitle Satış Sözleşmesi) s. 342.

⁶¹ İnal, s. 883-884-885; Ünlütepe, (Taksitle Satış Sözleşmesi) s. 342.

⁶² İnal, s. 887-888; Ünlütepe, (Taksitle Satış Sözleşmesi) s. 342.

⁶³ Kara, (Kitap) s. 843 Yılmaz, s. 455-456.

Ancak, 6502 sayılı TKHK m. 21 hükmüne göre çıkarılan Taksitli Satışlar Hakkında Yönetmeliği'nin sözleşmenin zorunlu içeriği başlıklı m. 6/1 – (I)⁶⁴ uyarınca taksitle satış sözleşmelerinde gecikme (temerrüt) faizi oranı, akdi faiz oranının % 30 fazlasını geçmemek üzere belirlenebileceğinden, akdi temerrüt faiz oranı yıllık (**% 9 + % 4,5 = % 13,5 oranının % 30 fazlası olan yıllık % 17,55**)'i geçemeyecektir.

Görüldüğü gibi TBK m. 253/3 ile Taksitli Satışlar Hakkında Yönetmeliği'nin 6/1. maddesinin (I) bendi hükümleri farklı temerrüt faiz oranlarına çıkmakta ve çelişmektedir. Tüketici lehine yapılan bir düzenlemenin tüketici aleyhine yorumlanması mümkün değildir⁶⁵. Yönetmelik hükmü yasa hükmü ile çatışamaz ve ona uygun olmak zorundadır. Diğer taraftan TBK m. 253. ila 263. hükümlerine damgasını vuran ana ilke alıcının korunması ilkesidir⁶⁶. O halde lehe hüküm TBK m. 253/3 uygulanmalıdır. Muaccel olan taksitlerin hesaplanmasında; "ayrıştırma" işlemi uygulanmalıdır. "Ayrıştırma" malın peşin fiyatı ile taksitli satış fiyatı arasındaki farktır. O halde muaccel taksitlerin hesaplanmasında yapılacak iş; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 253/3. maddenin 3. ve 4. bentleri uyarınca, "ayrıştırma" neticesinde peşin satış bedeline göre muaccel taksitler bedelini belirlemek olmalıdır. Faiz ilavesi dışındaki asıl taksit miktarına yürütülecek temerrüt faizi oranı (**yasal faiz % 9 oranının % 30 fazlası olan: yıllık = % 11,70**) olmalıdır.

II. Satıcı Muaccel Kılınan Taksitleri (Semenin Tamamını) Talep Ederse (Muacceliyet)

6502 sayılı TKHK m. 19 gereğince tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi durumunda, satıcı veya sağlayıcı, şartları oluştuğunda kalan borcun tümünün ifası ile temerrüt faizi ve aşkın zararını da (TBK m. 122) talep etmek imkânına sahiptir⁶⁷.

6502 sayılı TKHK m. 21 hükmüne göre çıkarılan Taksitli Satışlar Hakkında Yönetmeliği'nin sözleşmenin zorunlu içeriği başlıklı 6/1 maddesinin (e) ve (f) bentlerine göre, taksitle satış sözleşmeleri; malın veya hizmetin tüm vergiler dâhil Türk Lirası olarak peşin fiyatı, malın veya hizmetin tüm vergiler dâhil Türk Lirası olarak taksitle satış fiyatı bilgilerini içermesi zorunludur. Muaccel kılınan taksitlerin hesaplanmasında yapılacak iş; "ayrıştırma" işlemi uygulanarak muacceliyet tarihindeki asıl alacağı yani peşin satış bedeline göre muaccel kılınan taksitler bedelini bulmak ve muacceliyet tarihinden sonrası için bileşik faize meydan vermeyecek şekilde asıl alacak üzerinden temerrüt faizi (**yasal faiz % 9 oranının % 30 fazlası olan: yıllık = %11,70**) yürütmek olmalıdır.

⁶⁴ Kara, (Kitap) s. 856.

⁶⁵ Atamer/Sanlı, s. 448; Kara, (Kitap) s. 857.

⁶⁶ Yılmaz, s. 449.

⁶⁷ Aydoğdu, (Kitap) s. 69-70; Ünlütepe, (Taksitle Satış Sözleşmesi) s. 343-344-346.

III. Satıcı Sözleşmeden Dönerse

Tüketicinin temerrüdü hâlinde satıcının/sağlayıcının dönme hakkını kullanması 6502 sayılı TKHK’de düzenlenmediğinden, 6502 sayılı TKHK m. 83 delaletiyle, TBK m. 259/2’de belirlenen dönmeye ilişkin şartlar 6502 sayılı TKHK kapsamındaki taksitle satış sözleşmeleri bakımından da uygulanır⁶⁸. Satıcının dönme hakkını kullanmasıyla birlikte, taksitle satış sözleşmesi geçmişe etkili olarak sona erecek ve taraflar, sözleşme dolayısıyla birbirlerinden almış olduklarını iade etmek durumunda olacaklardır. Sözleşmeden dönme hâlinde, satıcı ödenmiş taksitleri alıcıya iade etmelidir. Alıcının ödediği taksit bedellerinin satıcıda kalacağına ilişkin sözleşme hükümleri geçerli değildir. Alıcının uygun bir kullanım bedeli ödediği göz önünde tutulursa ödemiş olduğu taksitler için de yasal faiz (**yasal faiz % 9 oranında**) isteyebilir⁶⁹.

D. ÖN ÖDEMELİ TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMELERİ ve FAİZ

TKHK’nin 21/1. maddesi gereğince, konusunu taşınır malların oluşturduğu, satış bedelinin önceden kısmı kısmı ödenmesinin, satılanın ise, bedelin tamamen ödenmesinden sonra tüketiciye tesliminin üstlenildiği ve ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmeler hakkında TBK’nın ön ödemeli taksitle satış sözleşmesine ilişkin hükümleri (m. 264. ila 273) uygulanacaktır⁷⁰. TKHK m. 21/1 kapsamı dışındaki kısmı kısmı ödemeli sözleşmeler, TKHK’nın taksitle satış sözleşmesine ilişkin hükümleri çerçevesinde değerlendirilir⁷¹. TKHK’nın 40. ila 46. maddeleri arasında da ön ödemeli konut satış sözleşmesi düzenleme altına alınmış olduğundan, ön ödemeli konut satışlarında, söz konusu hükümler uygulanır⁷². TBK m. 271’de ön ödemeli taksitle satışlarda, alıcının temerrüdünün sonuçları bakımından genel hükümlerden ayrılarak özel bir düzenleme öngörülmüştür.

1. Satıcının Vadesi Gelmiş Ödemeleri Talep Hakkı ve Satıcının Geri Kalan Satış Bedelinin Tamamının Bir Defada Ödenmesini - (Bütün Taksitleri) - Talep Hakkı (Muacceliyet)

Süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde, alıcının bir veya daha çok ön ödemede temerrüde düşmesi durumunda; satıcının ancak vadesi gelmiş taksitlerle birlikte temerrüt faizini TBK m. 120 çerçevesinde isteyebileceği⁷³ düşünülebilir ise de; genellikle bu

⁶⁸ İnal, s. 883; Ünlütepe, (Taksitle Satış Sözleşmesi) s. 347.

⁶⁹ İnal, s. 883; Ünlütepe, (Taksitle Satış Sözleşmesi) s. 347-351; Yılmaz, s. 473-474.

⁷⁰ Aydoğdu, (Kitap) s. 71-72; Kara, (Kitap) s. 871-872; Ünlütepe, (Taksitle Satış Sözleşmesi) s. 312-313.

⁷¹ Kara, (Kitap) s. 879; Ünlütepe, (Taksitle Satış Sözleşmesi) s. 313.

⁷² Ünlütepe, (Taksitle Satış Sözleşmesi) s. 312-313; Kara, s. 881.

⁷³ Akçaal, Mehmet: “Borçlar Kanuna Göre Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesi”, *TBB Dergisi*, 2014 (110), s. 89; Aydoğdu, (Kitap) s. 74; Kara, (Kitap) s. 877-880.

tür satışlarda bedel kısım kısım ifa edildiği için, satıcılar, peşin satışlardan daha yüksek bedeller talep etme eğilimi gösterdiklerinden⁷⁴, TBK m. 271/3 hükmü delaletiyle, yasal ana para faizi isteyebilir. Yasal ana para faizi, TBK. 88/1 yoluyla 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunu'nun 1/1 maddesi uyarınca halen **(%9)**'dur⁷⁵.

Satıcı, koşulları oluşturduğunda satış bedelinin tamamını da muaccel kılabilir. Satış bedelinin tamamı için genel hükümler uygulanacağı ve satıcının, aynı şekilde TBK m. 120 gereğince temerrüt faizi isteyebileceği⁷⁶düşünülebilir ise de; burada da aynı şekilde satıcı TBK m. 271/3 hükmü delaletiyle, yasal ana para faizi **(halen %9)** isteyebilir.

2. Satıcının Sözleşmeden Dönme Hakkı

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde alıcının temerrüdü hâlinde satıcıya tanınan diğer bir hak ise, sözleşmeden dönmedir. Satıcının dönme hakkının kullanılmasının sonuçları, TBK'nın 271. maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında düzenlenmiştir⁷⁷.

a. Ödeme Süresi Bir Yıldan Uzun veya Belirsiz Olan Sözleşmelerde Satıcı, Ancak Kanunun 269. Maddesinin İkinci Fıkrasında Öngörülen Cayma Parasını ve Alıcıya Ödenmesi Gereken Ortalama Banka Mevduat Faizini Aşan Zararlarının Karşılanmasını İsteyebilir

TBK 271. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi gereğince; süresi bir yılı aşan ön ödemeli taksitle satış sözleşmelerinde alıcının temerrüdünde satıcı, sözleşmeden dönerse ancak 269. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen cayma parasını ve alıcıya ödenmesi gereken ortalama banka mevduat faizini aşan zararlarının karşılanmasını isteyebilir. Bu hükme göre mahkemece, kamu - özel ayrımı yapılmaksızın tüm bankaların verdiği mevduat faiz oranları istenerek, bunların aritmetik ortalaması alınacaktır⁷⁸.

b. Ödeme Süresi Bir Yıldan Daha Uzun Süreli Sözleşmelerde Temerrüde Düşmüş Olan Alıcının Malın Devrini İstemesi Hâlinde

TBK m. 271/3 hükmünde bir yıldan daha uzun süreli sözleşmelerde temerrüde düşmüş olan alıcının malın devrini istemesi hâlinde satıcı, yasal ana para faizi isteyebilir. TBK m. 271/3 hükmünde belirtilen yasal ana para

⁷⁴ Akçaal, s. 59.

⁷⁵ Akçaal, s. 93; Aydoğdu, (Faiz İle İlgili Düzenlemeler) s. 119; Kara, (Kitap) s. 880.

⁷⁶ Akçaal, s. 91; Kara, (Kitap) s. 877-880.

⁷⁷ Akçaal, s. 92; Kara, (Kitap) s. 877-878.

⁷⁸ Akçaal, s. 93; Aslanova, Kemale: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Taksitle Satım Sözleşmelerine İlişkin Getirdiği Değişiklik Ve Yenilikleri", *Beykent Üniversitesi/ Beykent University Sosyal Bilimler Dergisi / Journal of Social Sciences* (5), 2, 2012, s. 99; Aydoğdu, (Faiz İle İlgili Düzenlemeler) s. 97-120; Kara, (Kitap) s. 874- 877.

faizi; TBK m. 88/1 delaletiyle 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunu'nun 1/1 maddesi uyarınca halen (**%9**)'dur⁷⁹.

c. Satılanın Devredilmiş Olduğu Hâllerde, Dönme

TBK m. 271/4 gereğince sözleşmenin süresi bakımından herhangi bir farklılık gözetilmeksizin satılanın devredilmiş olduğu hâllerde, dönme konusunda TBK'nın 260. maddesinin ilk fıkrası uygulanacaktır⁸⁰. TBK m. 260/1 hükmünce alıcının uygun bir kullanım bedeli ödediği göz önünde tutulursa ödemiş olduğu taksitler için de faiz (**yasal faiz % 9 oranında**) isteyebilir⁸¹. Yasa koyucu bir nevi kanuni ceza koşulu gibi açıkça temerrüde düşen alıcıyı uygun bir kullanım bedeli ödemesi yoluyla cezalandırmaktadır.

E. KONUT FİNANSMANI ve FAİZ

6502 sayılı TKHK'nın m. 32/1'deki tanımına göre; konut finansmanı sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen ve karşılıklı edimleri ihtiva eden tüketici kredi sözleşmesinin özel bir türü olarak tespit edilmektedir⁸².

Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin m. 14/1 hükmünce kredilerde geri ödeme tutarlarının, finansal kiralama işlemlerinde ise, kira bedellerinin anaparayı aşan kısmı yönetmelik kapsamında faiz olarak kabul edilir. Sözleşmede belirlenecek olan ana para faiz oranı 6502 sayılı TKHK m. 36/2 uyarınca sabit veya değişken olarak ya da her iki yöntem esas alınmak (karma) suretiyle belirlenebilir. Taraflar arasında yapılan sözleşmede faiz oranının sabit olarak belirlenmesi hâlinde sabit faizli konut finansmanından bahsedilir ve bu faiz oranı tarafların rızası dışında değiştirilemez. Sözleşmede kararlaştırılan faiz oranının değişken olarak belirlenmesi hâlinde ise, değişken faizli konut kredisinden söz edilir ve kredinin başlangıç faiz oranı sözleşmede belirtilir, başlangıçta sözleşmede belirlenen oran, dönemsel geri ödeme tutarı başlangıçta sözleşmede belirlenen azami dönemsel geri ödeme tutarını aşmamak koşuluyla ve sözleşmede belirlenecek yurt içinde veya yurt dışında genel kabul görmüş ve yaygın olarak kullanılan endekslerden en düşük olanı baz alınarak değiştirilebilir. Bu durumda TCMB tarafından belirlenen referans faizler ve endeksler kullanılır⁸³. Değişken faizli konut finansmanı ve finansal kiralama işlemlerinde aşırı faizlerden kaçınmak için uygulanacak (anapara) ve temerrüt faiz oranı; TCMB tarafından tespit edilecek referans faizler ve endeksler esas alınarak belirlenecektir.

⁷⁹ Akçaal, s. 93; Aydoğdu, (Faiz İle İlgili Düzenlemeler) s. 119; Kara, (Kitap) s. 875.

⁸⁰ Akçaal, s. 93-94; Aslanova, s. 99; Kara, (Kitap) s. 880.

⁸¹ Akçaal, s. 93-94; Kara, (Kitap) s. 880; Yılmaz, s. 473-474.

⁸² Aydoğdu, (Kitap) s. 98-99; İnal, s. 159-521; Kara, (Kitap) s. 1254-1256-1259.

⁸³ Aydoğdu, (Kitap) s. 108-109; İnal, s. 527-1195; Kara, (Kitap) s. 1288.

Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin temerrüt ve geç ödeme başlıklı m. 13/3 gereğince temerrüt veya geç ödeme durumunda tüketiciden sabit faizi içeren konut finansmanı sözleşmeleri için akdi faiz oranının, değişken faizi içeren sözleşmelerde ise cari faiz oranının yüzde otuz fazlasından daha yüksek bir oranda gecikme faizi tahsil edilemeyeceğini ön gören sınırlama getirilmiştir⁸⁴.

Konut finansmanı sözleşmeleri ile konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması sözleşmesinde, TBK m. 88/2 gereğince akdi ana para faizi üst sınırı **%13,50**'dir. TBK m. 120/2' de yer alan sınırlama gereğince akdi temerrüt faizi ($\% 9 + \%100\text{'ü} = \% 18$) olmaktadır. Tüketici lehine hangi hüküm elverişli ise o uygulanmalıdır, kural budur⁸⁵. Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği tüketici lehine sonuç vermektedir. Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 13/3 gereğince akdi temerrüt faizi **%17,55** limitlerine tabidir. Aynı şekilde döviz veya dövize endeksli sabit faizli veya değişken faizli konut kredilerinde sözleşmede yer alan döviz kredi faiz oranının ($4/a + \% 50\text{'sinin}$) $\% 30$ fazlası ile akdi temerrüt faizine üst sınırı çizilir.

Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 14/4 düzenlemesi uyarınca her türlü tüketici işlemlerinde temerrüt hâli de dâhil olmak üzere birleşik faiz uygulanmaz⁸⁶. Konut finansmanı sözleşmelerinde yasaya uygun şekilde bir faiz oranı belirtilmez ise; TKHK'nın 25/2 maddesinde yer alan genel kural gereğince tüketici, kredi tutarını (**faizsiz**) olarak sözleşme süresinin sonuna kadar kullanabilir⁸⁷. Zira, konut finansmanı tüketici kredisinin özel bir çeşididir.

F. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI ve FAİZ

Maketten satış ya da sat - yap olarak da bilinen ön ödemeli konut satışı, uygulamada görülen tüketicinin ortada bir konut yokken para ödemesi nedeniyle yaşadığı mağduriyetlerin önüne geçilmesi ve piyasanın denetime alınması amacıyla 6502 sayılı TKHK'nın 40. ila 46. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁸⁸.

27.11.2014 tarih 29188 sayılı resmi gazetede yayınlanan *Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmeliği'nin sözleşmenin zorunlu içeriği başlıklı 7. maddesi gereğince*, sözleşmede "konutun tüm vergiler dâhil Türk Lirası olarak satış fiyatı, varsa teslim ve diğer masraflara ilişkin bilgi" ile "konutun tüm vergiler dâhil Türk Lirası olarak toplam taksitli satış fiyatı; varsa teslim ve

⁸⁴ Atamer/Sanlı, s. 447; Haznedar, s. 13-14-15; Kara, (Kitap) s. 1288-1289; Yener, s. 424-425.

⁸⁵ Serdar, s. 502; Yener, s. 424-425.

⁸⁶ Aydoğdu, (Kitap) s. 103.

⁸⁷ Haznedar, s. 13; Yener, s. 424 (Karşı görüş: Konut finansmanı Kanun'da ayrı bir bölümde düzenlendiğinden, konut finansmanı sözleşmelerinde yasaya uygun şekilde bir faiz oranı belirtilmez ise, bunun müeyyidesi genel kural gereğince yasal faiz uygulanması olmalıdır.).

⁸⁸ Aydoğdu, (Kitap) s. 115; İnal, s. 163; Kara, (Kitap) s. 881-882.

diğer masraflara ilişkin bilgi” ve yine “faiz miktarı ve faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirlenen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faiz oranı” yer almalıdır⁸⁹.

Tüm tüketici sözleşmeleri için kabul edilen tüketici lehine olan temel ilkeler ve tüketici işleminin temel özellikleri, ön ödemeli konut satış sözleşmeleri yönünden aynen geçerli olduğundan⁹⁰ TBK m. 88, 120 ve 253/3-(10)’da ön görülen faiz sınırlamaları 6502 sayılı TKHK’da düzenlenen ön ödemeli konut satışları için de aynen geçerlidir⁹¹. Bu durumda muaccel taksitlerin hesaplanmasında yapılacak iş; 6098 sayılı TBK 253/3. maddenin (3). ve (4). bentleri ile Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmeliği’nin 7/1. maddesinin (d) ve (e) bentlerinde yer alan ilkeler çerçevesinde, “ayrıştırma” neticesinde peşin satış bedeline göre taksit bedelini belirlemek ve faiz ilavesi dışındaki asıl taksit miktarına temerrüt faizi yürütmek olmalıdır. Aksinin kabulü yani sözleşmede belirtilen taksit bedelinin tamamına temerrüt faizi yürütülmesi hâlinde faize faiz yürütülmüş olacaktır. Bilindiği gibi istisnaları dışında bileşik faiz yasaklanmıştır. Ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde gecikme faiz oranı (**yasal faiz = % 9 oranının % 30 fazlası: yıllık = % 11,70**) olmalıdır. Yabancı para alacaklarında ise, yıllık temerrüt faiz oranı (4/a + %30 fazlası)’nı aşmamalıdır. Ön ödemeli konut finansmanı bağlı kredilerde de anılan sınırlamalar geçerli olmalıdır⁹². Ön ödemeli konut finansmanı sözleşmelerinde yasaya uygun şekilde bir faiz oranı belirtilmez ise; TKHK’nın 25/2 maddesinde yer alan genel kural gereğince tüketici, kredi tutarını (faizsiz) olarak sözleşme süresinin sonuna kadar kullanabilir⁹³. Zira, ön ödemeli konut finansmanı tüketici kredisinin özel bir çeşididir.

G. KREDİLİ MEVDUAT HESABI SÖZLEŞMELERİ

Bankalar tarafından çeşitli isimlerle adlandırılan kredili mevduat hesabı (KMH), müşterilerin kısa dönem nakit ihtiyaçlarını gidermektedir. KMH günlük faiz ilkesiyle ücretlendirilen bir kredi türüdür. Kullanılmaya başladığı anda faiz işlemeye başlar ve kapandığında ise faiz durur.

5411 sayılı BK’nın Faiz Oranları ve Diğer Menfaatler başlıklı 144. maddesinde faiz oranları ve diğer menfaatlerin nitelik ve oranlarını belirleme yetkisi Bakanlar Kurulu’na verilmiş, Bakanlar Kurulu’nun bu yetkiyi Merkez Bankası’na devredebileceği düzenlenmiş, Bakanlar Kurulu 22.11.2006 tarih

⁸⁹ Kara, (Kitap) s. 890.

⁹⁰ Kara, (Kitap) s. 803.

⁹¹ Kara, (Kitap) s. 904.

⁹² Haznedar, s. 19-20-21-22-23-24-25; İnal, s. 165-166.

⁹³ Haznedar, s. 13; Yener, s. 424 (Karşı görüş: Konut finansmanı Kanun’da ayrı bir bölümde düzenlendiğinden, konut finansmanı sözleşmelerinde yasaya uygun şekilde bir faiz oranı belirtilmez ise, bunun müeyyidesi genel kural gereğince yasal faiz uygulanması olmalıdır.).

26354 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 16.10.2006 tarihli ve 2006/11188 sayılı kararıyla yetkisini Merkez Bankası'na devretmiş, Merkez Bankası da almış olduğu bu yetkiye istinaden 09.12.2006 tarih 26371 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 2006/1 sayılı "Mevduat ve Kredi Faiz Oranları ve Katılma Hesapları Kâr ve Zarara Katılma Oranları İle Kredi İşlemlerinde Faiz Dışında Sağlanacak Diğer Menfaatler Hakkında Tebliğ" m. 4 düzenlemesi ile kredi işlemlerinde uygulayacakları faiz oranlarını ve diğer menfaatlerin sınırlarını serbestçe belirleme yetkisini bankalara bırakmıştır⁹⁴. 15.11.2014 tarih 29176 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Tebliğ ile Kredili mevduat hesaplarında uygulanacak azami akdi ve gecikme faiz oranları, 5464 sayılı BKKKK'nın 26. maddesi uyarınca TCMB tarafından belirlenen azami oranlarını geçemeyeceği kararlaştırılmıştır⁹⁵.

6502 sayılı TKHK kapsamına giren KMH sözleşmelerine ait hukuki ilişkilerde uygulanacak anapara ve temerrüt faizi üst sınırları bakımından TBK m. 88/2, m. 120/2 hükümlerine tâbidir. Ancak Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği tüketici lehine sonuç vermektedir. KMH sözleşmelerinde; sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık anapara faiz oranı, 3095 sayılı Kanun m. 1 hükmünce belirlenen yıllık faiz oranının % 50 fazlası: (**% 9 + % 4,5 = % 13,5**); yıllık temerrüt faiz oranı, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin m.18/2 hükmü gereğince (**% 9 + % 4,5 = % 13,5 oranının % 30 fazlası olan yıllık % 17,55**) olmalıdır.

H. TÜKETİCİ KREDİSİ ve KONUT FİNANSMANI SÖZLEŞMESİNDE BAĞLI KREDİ

Bağlı tüketici kredileri, TKHK m. 30'da düzenlenmiştir. Bağlı kredi sözleşmesi, tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve tüketici kredisi sözleşmesiyle objektif açıdan ekonomik birlik oluşturduğu sözleşmedir. Kredi veren ile satıcı veya sağlayıcı arasında belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşme olmaksızın, tüketicinin kendisi tarafından belirlenen malın veya hizmetin bedelinin kredi veren tarafından ödenmesi suretiyle kullanılan krediler ise, bağlı kredi sayılmamaktadır.

⁹⁴ Haznedar, İbrahim Murat: "6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un Bankacılık Uygulamaları Bakımından Getirdiği Yenilikler", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 88, sayı 4, yıl 2014, s. 14; İnal, s. 831-834; Yağcı, s. 428; Yener, s. 424-425.

⁹⁵ Alaf, s. 17; Atamer/Sanlı, s. 438-447. (5464 sayılı BKKKK'nın özel düzenlemesi 26. maddesi uyarınca bankaların yaptığı kredili mevduat hesapları sözleşmelerinde anapara ve temerrüt faiz oranlarının, TCMB tarafından belirlenen sınırlara tâbi olduğunu belirterek anapara ve temerrüt faizi tespitinde TBK m. 88 kadar m. 120'nin de devre dışı kalacağını savunmaktadırlar).

TKHK m. 35 hükmünce konut finansmanı sözleşmesinde bağlı kredi ise, konut finansmanı kredisinin münhasıran belirli bir konutun satın alınması durumunda bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturduğu sözleşmedir.

Bankalar, özel finans kuruluşları ve finansman şirketleri tüketici kredisi ve konut finansmanı sözleşmesinde bağlı kredilerde uygulayacakları faiz oranlarını serbestçe belirlemektedirler⁹⁶. 6502 sayılı TKHK kapsamına giren tüketici kredisi ve konut finansmanı sözleşmesinde bağlı kredi sözleşmelerine ait hukuki ilişkilerde uygulanacak anapara ve temerrüt faizi; TBK m. 88/2, m. 120/2 limitlerine tâbidir. Ancak Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği tüketici lehine sonuç vermektedir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık anapara faiz oranı, 3095 sayılı Kanun m. 1 hükmünce belirlenen yıllık faiz oranının % 50 fazlası: (**% 9 + % 4,5 = % 13,5**); sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faiz oranı Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin m.18/2 ve Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin m. 13/3 hükümleri gereğince bağlı kredilerde temerrüt faiz oranı yıllık (**% 9 + % 4,5 = % 13,5 oranının % 30 fazlası olan yıllık %17,55**) olmalıdır⁹⁷.

I. DİĞER TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİ

Hakkında özel faiz sınırlaması olmayan diğer tüketici sözleşmelerinde de (iş yeri dışında kurulan sözleşmeler, mesafeli sözleşmeler, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler, devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri, paket tur sözleşmeleri, abonelik sözleşmeleri...), TBK'da faiz konusunda yer alan sınırlandırmalar uygulanacaktır. Zira 6502 sayılı TKHK m. 83/1 düzenlemesi gereğince genel hükümlere göre uyumsuzluğun çözümü gereklidir. Örneğin peşin tüketici satımlarında, tüketicinin temerrüdü hâlinde temerrüt faizi bakımından TBK m. 120 uygulanmalıdır⁹⁸.

III. TÜKETİCİ İŞLEMLERİNDE FAİZE İLİŞKİN DİĞER DURUMLAR

A. TÜKETİCİ İŞLEMLERİNDE BİLEŞİK FAİZ

İşlemiş faizin dönemler hâlinde anaparaya eklenmesi suretiyle bulunan tutara yeniden faize faiz yürütülmesi şeklindeki işletilen faize bileşik (mürekkep) faiz denir. 5464 sayılı BKKK m. 26/2, 6502 sayılı TKHK m. 4/7 ve TBK m. 121/3 ve m. 388/3 ile açık bir şekilde bileşik faize yasak getirmektedir. Bileşik faiz uygulaması TTK'da sadece üç istisnai hâl dışında açıkça yasaklanmıştır⁹⁹. TTK

⁹⁶ Aydoğdu, (Kitap) s. 90-91; Ceylan, (Tüketici Kredileri) s. 72-78; Çeker, s. 73; İnal, s. 152 vd.; Kara, (Bireysel Bankacılık İşlemleri) s. 84-85-86; Yener, s. 424-425.

⁹⁷ Aydoğdu, (Kitap) s. 105; Haznedar, s. 19-20-21-22-23-24-25.

⁹⁸ Aydoğdu, (Faiz İle İlgili Düzenlemeler) s. 107; Yener, s. 424-425.

⁹⁹ Orbay Ortaç, s. 127; Ceylan, (Tüketici Kredileri) s. 70; Ceylan, (Kredi Kartları) s. 262; Haznedar, s. 15; Yener, s. 426.

m. 8/3, tüketicinin korunmasına ilişkin hükümleri saklı tutmuş; TTK 8/4 ise, cari hesap sözleşmesine ve ticari ödünce dayanmayan bileşik faiz ile tüketici aleyhine işletilen bileşik faizin yok hükmünde olduğunu düzenlemiştir¹⁰⁰. İkincil düzenleme 22.11.2015 tarihinde yürürlüğe giren Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 22/4. maddesinde “*Temerrüt hâli de dâhil olmak üzere, tüketici işlemlerinde bileşik faiz uygulanmaz.*” hükmünün yer aldığı görülmektedir. 3095 sayılı Kanun'un Mürekkep faiz başlıklı m. 3/1 hükmü ile bileşik faiz yasağı kapsamına kanuni faiz ve temerrüt faizinin girdiği açıkça vurgulanmıştır. TBK m. 121/3'te “temerrüt faizine” ayrıca temerrüt faizi yürütülemeceğini düzenlemiştir.

3095 sayılı Kanun'un m. 3/1 ve TBK m. 121/3'ten hareketle bileşik faiz yasağının sadece “*kanuni faiz*” ve “*temerrüt faizini*” kapsadığı, anapara (sermaye) faizini kapsamadığı, vade gününe kadar işleyen ana para faizinin borcu muaccel olduğu tarihten itibaren ana paraya ilave edilerek “*asıl alacak*” adı ile anılarak; temerrüt faizinin, bulunan bu asıl alacak üzerinden hesaplanacağı hususu doktrinde Çeker ve İnal¹⁰¹ tarafından savunulmakta ve HGK'nın 10.04.1996 Gün ve 19-56 Esas 248 Karar sayılı ilamı ile uygulamanın da bu görüşte olduğu görülmektedir.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK m. 388/3 hükmü ile herhangi bir ayırım gözetilmeksizin faizin ana paraya eklenerek birlikte yeniden faiz yürütülmesi kararlaştırılmasının men edildiği görüldüğünden gerek kanuni ve temerrüt, gerekse akdi anapara faizi de bu yasağa tâbidir. 5464 sayılı BKKKK m. 26/2, 6502 sayılı TKHK m. 4/7, TBK m. 121/3 ve m. 388/3, TTK m. 8 ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 22/4. uyarınca taraflar gerek yasal gerekse sözleşmede belirledikleri akdi anapara ve temerrüt faizine faiz yürütülmesini kararlaştıramazlar. Aksine yapılan sözleşmeler geçersizdir¹⁰².

Tüketiciden fazla tahsil edilen faiz tutarlarının iadesinde; 818 sayılı BK'nın yürürlükte olduğu dönem için, sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olup olmaması ayırımı yapılmadan, haksız iktisap kuralı gereğince; kesinti tarihinden itibaren temerrüt faizi istenebilir. Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 18/2. maddesi hükmü ile sebepsiz zenginleşmede “*akdi faiz değil doğrudan temerrüt faizi uygulanır*” düzenlemesi bulunmaktadır. 6098 sayılı TBK'nın

¹⁰⁰ Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. B. Ankara 2012, s. 984-985; Kılıçoğlu, Ahmet M: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. B. Ankara 2012, s. 624; Demir, s. 229; Haznedar, s. 15; Yener, s. 426.

¹⁰¹ Çeker, Sayfa 71-72: İnal, s. 780-966-969.

¹⁰² Eren, s. 983-984; Reisoğlu, Sefa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. B. İstanbul 2012, s. 319-375-376; Kılıçoğlu, s. 624; Demir, s. 221-222; Çeker, s. 71-72; (19. HD 22.03.2017 Gün, Karar: 2017/2354, Esas: 2016/5391, Hesap kat tarihinden temerrüt tarihine kadar olan döneme ilişkin akdi faiz hesaplanarak bu miktarın asıl alacağa kapitalize edilmesi gerekirken asıl alacağa dâhil edilmemesi doğru görülmemiştir.).

117/2. maddesi hükmünce, kredi veren banka, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 18/2. maddesince iyiniyetli sayılmayacağından haksız iktisap tarihinden itibaren temerrüt faizi ile sorumludur. Banka, fazla tahsil ettiği faiz tutarını, tahsil edildiği tarih ile fiilen tüketiciye geri ödendiği tarih arasındaki süre için sözleşmede yer alan (**akdi faiz oranının %30 fazlası**) üzerinden hesaplanacak faizi tüketiciye ödemekle yükümlüdür. Temerrüt faizi limiti, akdi anapara faiz oranı azami % 13.50 olacağından bunun % 30 fazlası (**% 17.55**)'e tekabül etmektedir.

B. EFEKTİF FAİZ - NOMİNAL FAİZ

6502 sayılı TKHK'nın 25/2. maddesindeki düzenleme ile; "*nominal faiz*", kredi için alacaklının tahsil edeceği diğer ücretler dışında bırakarak sadece krediye uygulanan faizi (akdi faizi) ifade ederken "*efektif faiz*" kullanılan kredinin toplam maliyetini belirten faiz oranını göstermektedir¹⁰³.

Tüketicinin kullanacağı kredilerde özellikle kredi kullandıranların kredilerini karşılaştırması bakımından kredi faizinin yanında KKDF, BSMV, masraf ve komisyon gibi diğer kalemlerin toplamından oluşan tutarın oransal olarak gösterilmesi, büyük önem taşır. Kredi müşterisi çoğu kez nominal faiz oranına bakarak kredi kullanacağı bankayı seçer. Aslında doğru tercih için esas alınması gereken efektif faiz oranıdır¹⁰⁴. Tüketici kredilerinde uygulanacak kredi faiz oranının şeffaflık ve saydamlık kuralı gereğince sözleşmede açık bir şekilde gösterilmesi şarttır. Bu nedenle kanunda sözleşme metninde sadece kredi faizinin gösterilmesi yeterli görülmemiş "*akdi faiz, efektif yıllık faiz veya kredinin toplam maliyetinin gösterilmesi*" şart koşulmuştur. Tüketici kredi sözleşmesinde kredi faiz oranının (akdi faiz), efektif yıllık faiz veya kredinin toplam maliyetinin sözleşmede yer almaması yani gösterilmemesi durumunda sözleşme geçersiz olmaz, yasal düzenleme ile tüketici sözleşme sonuna kadar krediyi (**faizsiz**) olarak kullanır (TKHK'nın 25/2)¹⁰⁵. Bu suretle anılan yasa hükmü ile genel kuraldan ayrılmış, sözleşmedeki boşluğun yasal faiz ile doldurulması yerine tüketici korunarak, kredi verenin bir nevi cezalandırılması yoluna gidilmiştir¹⁰⁶. Efektif faiz oranı, olduğundan düşük gösterilmişse, kredinin toplam maliyetinin hesaplanmasında esas alınacak akdi faiz oranı, düşük gösterilen efektif faiz oranına uyacak şekilde yeniden belirlenir. Bu hâllerde ödeme planı, yapılan değişikliklere göre yeniden düzenlenir (TKHK'nın 25/2).

¹⁰³ Alaf, s. 10-11; Aydoğdu, (Kitap) s. 84-85; Çeker, s. 72; Ceylan, (Tüketici Kredileri) s. 70-74.

¹⁰⁴ Aydoğdu, (Kitap) s. 84-85; Çeker, s. 72; Ceylan, (Tüketici Kredileri) s. 70-74.

¹⁰⁵ Alaf, s. 10-11; Aydoğdu, (Kitap) s. 84-85; Çeker, s. 72-73; Ceylan, (Tüketici Kredileri) s. 70-74; Yener, s. 423-424.

¹⁰⁶ Çeker, s. 73-74; Ceylan, (Tüketici Kredileri) s. 70-74; Yener, s. 423.

C. TÜKETİCİ KREDİ SÖZLEŞMESİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI

6502 sayılı TKHK'nın 26/1. maddesine göre belirli süreli kredi sözleşmelerinde faiz oranı sabit olup, tüketici aleyhine değiştirilmez ise de tüketici lehine değiştirilebilir¹⁰⁷.

Belirsiz süreli kredi sözleşmelerinde, kredi veren TKHK'nın m. 26/2'deki belirli koşulları yerine getirerek faiz oranını değiştirebilir. Değiştirilen yeni faiz oranı önceki orandan fazla ise, bu oran geriye dönük olarak uygulanamaz, tüketiciye bildirim yapılmasından sonra ileriye yönelik olarak hüküm ve sonuç doğurur. Değiştirilen yeni faiz oranına ilişkin bildirim hiç yapılmamış veya TKHK'nın m. 26/2'de belirtilen şekle uygun yapılmamışsa, tüketici değiştirilmiş olan yeni faiz oranından etkilenmez. Ancak, belirsiz süreli kredi sözleşmesinde faiz oranının azaltılması hâlinde hiç bildirim yapılmamış ya da şekle uyulmamış olsa bile geçmişe dönük olarak tüketici, daha az olan faiz oranından yararlanmalıdır. Değiştirilen yeni faiz oranı daha fazla ise tüketici, bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde değişiklikten önceki faiz oranına göre borcun tamamını öder ve kredi kullanımına son verirse faiz artışından etkilenmez¹⁰⁸.

D. TÜKETİCİ İŞLEMİ – TİCARİ İŞ SAHASININ SINIRLARI ve ÇATIŞMASI

TTK'da ticari işler ve bu işler hakkında özel düzenlemelerin bulunması, TKHK'da anapara ve temerrüt faizlerine ilişkin genel bir koruma hükmünün yer almaması, öğreti ve uygulamada yüksek mahkeme kararlarında ticari iş – tüketici işlemi ayrımı ile hangi hükümlerin hangi durumlarda kimlere uygulanması gerektiği hususlarında tereddütlere yol açmıştır¹⁰⁹.

1. Tüketici Hukuku Ticaret Hukukundan Ayrı ve Bağımsız Bir Hukuk Alanıdır

Özel hukuk alanında yeni bir sözleşme türü olan tüketici sözleşmelerinin ortaya çıkması ile Türk sözleşmeler hukukumuzda, adi sözleşmeler ve ticari sözleşmeler yanına tüketici sözleşmeleri de eklenerek sözleşmeler üçlü bir ayırıma dönüşmüş bulunmaktadır. Tüketici sözleşmelerine, ticari işlere veya adi bir sözleşmeye uygulanacak hükümlerin uygulanması tüketici sıfatıyla hareket edenler bakımından hakkaniyete aykırı sonuçları beraberinde getirecek ve sorun yaracaktır¹¹⁰. Hukuki ve ekonomik açıdan güçsüz ve zayıf konumdaki tüketicinin korunması için ticari sahanın daraltılması yönünde öğretideki gelişmeler neticesinde, kanun koyucu tarafından 6502 sayılı TKHK vazedilmiştir¹¹¹.

¹⁰⁷ Aydoğdu, (Kitap) s. 84-86-87; Ceylan, (Tüketici Kredileri) s. 70; İnal, s. 246; Önal, s. 40-41.

¹⁰⁸ Aydoğdu, (Kitap) s. 87; İnal, s. 246-711; Önal, s. 40-41-42; Yener, s. 423.

¹⁰⁹ Göktürk, s. 39.

¹¹⁰ Göktürk, s. 42; Oral, s. 546; Şen/Şen, s. 802.

¹¹¹ Göktürk, s. 42.

2. Çatışma ve Çakışma Hâlinde Tüketici İşleminin Kapsamı ve Mahiyeti Ticari İşe Engeldir

TKHK m. 3'e göre, taraflarından birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşme ve hukuki işlem, TKHK kapsamında ticari iş değil "tüketici işlemidir"¹¹². Bu nedenle bir kısım Yargıtay kararları¹¹³ ve öğretilerdeki görüşlerin aksine, bir kişinin tüketici sıfatıyla imzaladığı sözleşmenin, taraflardan biri tacir/banka olsa bile TTK m. 19/2 kapsamında "ticari iş" sayılması mümkün değildir.

6502 sayılı TKHK'nın 83/2 maddesi hükmü taraflardan birinin tüketici olduğu işlemlerin, diğer kanunlarla düzenlenmiş olmasının (TTK m.19/2), bu işlemin "tüketici işlemi" olmasını engellemeyeceğini öngörmektedir¹¹⁴. Bir işin aynı anda hem tüketici işlemi hem ticari iş olması, birbiriyle telif edilebilecek bir durum değildir¹¹⁵. Kanun koyucu, TKHK'nın m. 83/2 düzenlemesi ile işin ticari niteliğinin ortadan kalkacağını öngörmektedir. Zira tüketici işleminin bünyesi, ticari işe yabancıdır, bu iki tür iş, birbiriyle telif edilebilecek işlerden değildir; bu iki tür işe bağlanan sonuçlar, özellikle faiz hükümleri birbiriyle çelişmektedir¹¹⁶. Diğer taraftan TKHK m. 83/1 hükmünde bahsi geçen genel hükümlerden maksadın, TBK olduğunda şüphe yoktur. Faiz bakımından TBK'nın faiz limitlerine dair m. 88/2, 120/2 ve 253/3-(10)'da yer alan düzenlemeler tüketiciyi koruma amacını da taşıdığından, taraflardan birini tüketicilerin oluşturduğu hukuki işlemlerde de geçerli sayılır¹¹⁷. Aksine yaklaşım, koruma amaçlı tüketici hukuku ve tüketici işlemi ile bağdaşan bir sonuç değildir¹¹⁸.

3. Taraflardan Birini Tüketicinin Oluşturduğu Hukuki İşlemler ve Sözleşmeler Her İki Taraf İçin Tüketici İşlemi Sayılır

Geniş ticari iş sahası ve ticari işlerde bazı seçkin hükümlerle tacirlerin koruma altına alınması, çok geniş bir tüketici kitlesinin, ticari işlerde faize ilişkin hükümlere tabi olması tüketici sıfatıyla hareket edenler bakımından hakkaniyete aykırı sonuçları beraberinde getirmekte olduğu görülmektedir. Kanun koyucu tarafından hukuk politikasına ilişkin bir tercihle ticari - tüketici saha ilişkisinde ikincisi lehine tercihle 6502 sayılı TKHK vazedilmiştir¹¹⁹. Ticari saha sınırının, tüketici ile karşılaşılan yerde sona erdiğinin kabulü gereklidir.

¹¹² Göktürk, s. 40; Şen/Şen, s. 807.

¹¹³ 13. HD 21.03.2017 Gün, Karar: 2017/3445, Esas: 2017/3499 (Uyap).

¹¹⁴ Göktürk, s. 40; Şen/Şen, s. 809.

¹¹⁵ Göktürk, s. 44.

¹¹⁶ Göktürk, s. 40.

¹¹⁷ Ayan, Serkan: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 12, Özel Sayı, 2010, (Basım Yılı: 2012) s. 780; Aydoğdu, (Faiz İle İlgili Düzenlemeler) s. 96-97; Çeker, s. 75; Göktürk, s. 41; Haznedar, s. 14; Yağcı, s. 431.

¹¹⁸ Göktürk, s. 44.

¹¹⁹ Göktürk, s. 42.

icari iş - tüketici işlemi çatışmasında, “ticari iş”in geniş tatbik sahası, bu ikincisi tarafından artık tahdit edilmiş ve tüketici hukuku yönünden ortadan kaldırılmıştır¹²⁰. Sadece faiz sınırlandırılmaları bakımından değil, tüketici ve ticari işlerde faizi düzenleyen diğer hükümler bakımından da ticari iş - tüketici işlemi ayrımının dikkate alınması artık ticari işlere dair hükümlerin uygulanamayacağı kabulü gerekir¹²¹. Kanun koyucunun cesur ve yürekli yaklaşımı sonucu anapara ve temerrüt faizleri yönünden tüketici koruma altına alınarak tacirin avantajlı hâline izin verilmemiştir. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu hukuki işlemler ve sözleşmeler tacir için de tüketici işlemi sayıldığından borçlu tacir için ticari işlere dair hükümler uygulanamaz¹²².

4. TTK m. 8/3 Hükümü ile Adi İş, Ticari İş, Tüketici İşlemi Ayrımının Kanun Koyucu Tarafından Benimsendiği

6102 sayılı TTK'nın 8. maddesinin 3. fıkrası ile tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilerek bu üçlü adi iş, ticari iş, tüketici işlemi ayrımının kanun koyucu tarafından benimsendiği görülmektedir¹²³.

5. TTK m. 19/2'de Belirtilen “Kanunda Aksine Hüküm Olmadıkça” Hükümü Gereğince 6502 Sayılı TKHK'nın Aksine Hüküm Olduğu

TTK m. 19/2 “Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri içinde ticari iş sayılır.” hükmü gereğince TKHK'nın aksine hüküm içeren kanun olduğundan tacir ile tüketici arasındaki ilişkinin özellikle tüketici açısından “*ticari iş*” sayılmasını engeller. TBK'nın 88 ve 120. maddesindeki faiz sınırlamalarının geniş anlamda tüketicinin korunması için uygulanabilir bir hüküm olduğu kabul edilirse, hakkaniyete daha uygun bir sonuca ulaşılmış olur¹²⁴.

E. TBK m. 88 ve 120 HÜKÜMLERİNİN TÜKETİCİ İŞLEMLERİNDE 01.07.2012 TARİHİNDEN ÖNCESİNE GEÇMİŞE ETKİLİ UYGULANMASI SORUNU

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK ile anapara faizi ve temerrüt faizi ile ilgili olarak getirilen genel nitelikli temel sınırlamalara ilişkin emredici kanun hükümlerinin zaman bakımından uygulaması, hem doktrinde hem de yargı kararlarında tartışmalıdır.

¹²⁰ Göktürk, s. 41.

¹²¹ Göktürk, s. 41.

¹²² Göktürk, s. 41-42.

¹²³ Ayan, 780; Aydoğdu, (Faiz ile İlgili Düzenlemeler) 96-97; Çeker, 75; Haznedar, 14; Oral, 546; Yağcı, 431.

¹²⁴ Ayan, 780-781; Demir, Ş, 229; Şen/Şen, s. 806.

1. TBK m. 88 ve 120 Hükümleri 01.07.2012 Tarihinden Öncesine Uygulanamaz

a. Doktrinde Özellikle Seza Reisoğlu Tarafından Savunulan Görüş

TBK'nın emredici olmayan hükümlerine aykırı sözleşmeler geçerlidir. 6101 sayılı Kanun'un m. 1, 2 ve 7 hükümleri ile 6102 sayılı TTK'nın m. 8 ve 9 hükümleri ile bu maddelerin gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde; TBK'nın anapara faizi ve temerrüt faizi ile ilgili m. 88 ve 120 hükümleri 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden öncesine uygulanamayacaktır¹²⁵.

b. Uygulama

Yargıtay HGK 06.05.2015 Gün, Esas: 2013/23-2212, Karar: 2015/1309 sayılı kararlarında faize ilişkin sınırlamaların, 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden öncesine uygulanamayacağına hükmetmiştir. Yargıtay 11. HD, 12. HD ve 19. HD kararlarında açıkça TBK m. 88 ve m. 120 hükümlerinin 01.07.2012 tarihinden öncesine uygulanamayacağını söylemektedir¹²⁶. Anılan yüksek yargı kararlarında; TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihine kadar sözleşmeyle belirlenen faiz oranlarının, bu tarihten sonra ise TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerince belirlenecek sınırlandırılmış faiz oranlarının uygulanması görüşü ileri sürülmüştür. Diğer bir anlatımla faiz oranları yönünden kademeli hüküm kurulması gerektiği sonucuna ulaşıldığı tespit edilmektedir.

2. TBK m. 88 ve 120 Hükümleri 01.07.2012 Tarihinden Öncesine Uygulanır

Yargıtay HGK 06.05.2015 Gün, Esas: 2013/23-2212, Karar: 2015/1309 sayılı kararlarına kadar ve Yargıtay 11. HD bir kararında¹²⁷, TBK m. 88 ve m. 120 hükümlerinin geçmişe etkili olarak (01.07.2012 tarihinden öncesine uygulanacağını) kabul etmiştir. Yargıtay 3. HD, (Kapatılan) 6. HD, 13. HD, 18. HD, 20. HD ve 23. HD istikrarlı bir şekilde faize ilişkin sınırlamaların, 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden öncesine uygulanacağına hükmetmiştir¹²⁸. Anılan yüksek yargı kararları ile; TBK'nın 88. ve 120.

¹²⁵ Alaf, s. 14-15; Reisoğlu, Seza: "Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Bankacılık İşlemleri Açısından Değerlendirilmesi", *Bankacılar Dergisi*, Sayı 82, 2012, s.107-118.

¹²⁶ 11. HD 31.03.2015 Gün, Esas: 2014/7236, Karar: 2015/4469; 12. HD 17.04.2017 Gün, Esas: 2016/14212, Karar: 2017/5880; 19. HD 22.10.2015 Gün, Esas: 2015/1177, Karar: 2015/13436 (Uyap); Şen/Şen, s. 821.

¹²⁷ 11. HD 04.02.2014 Gün, Esas: 2013/10514, Karar: 2014/1860 (Uyap); Şen/Şen, s. 817.

¹²⁸ 3. HD 27.02.2017 Gün, Esas: 2017/2722, Karar: 2017/2010; 6. HD 24.10.2013 Gün, Esas: 2013/12480, Karar: 2013/14260; 13. HD 13.04.2015 Gün, Esas: 2014/28587, Karar: 2015/11887; 18. HD 20.10.2016 Gün, Esas: 2016/9896, Karar: 2016/11521; 20. HD 05.07.2017 Gün, Esas: 2017/1895, Karar: 2017/6248; 23. HD 12.07.2017 Gün, Esas: 2015/6498, Karar: 2017/2053 (Uyap); Şen/Şen, s. 817.

maddelerinin düzenleniş amacı ve niteliği gözetildiğinde emredici nitelik taşıdığı ve taraflar ileri sürmese de re'sen gözetileceğinin kabulü gerektiği ileri sürülmüştür. Yine anılan görüşte 6101 sayılı Kanunu'nun 7. maddesi düzenlemesi gereğince, 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. maddesindeki sınırlandırmaların 01.07.2012 tarihinden öncesine de uygulanması istenmektedir.

c. Kanaatimizce; TBK m. 88 ve 120 Hükümleri Tüketici İşlemlerinde Geçmişe Etkili (01.07.2012 Tarihinden Öncesine) Uygulanabilir

6101 sayılı Yürürlük Kanunu'nun 1. maddesinde genel bir ibare kullanılmış olmakla özellikle temerrüt ve buna bağlı olarak temerrüt faizi hakkında emredici nitelikteki TBK'nın 120. madde hükmü 01.07.2012 tarihinden öncesine de uygulanmalıdır.

Yürürlük Kanunu'nun 2. maddesine göre tüketici/borçlu lehine düzenlemeler içeren TBK'nın 88. ve 120. maddesi hükümleri geçmişe etkili (01.07.2012 tarihinden öncesine) uygulanabilir. Borç, borçlu ve faiz arasındaki ilişki gözetilerek, borçlu tüketicinin iktisadi açıdan mahvına sebep olmayacak çözümlere gidilmelidir. Kamu düzeni, "muhafazasında ve uyulmasında toplumun kesin yararı olan kuralları ifade eder" denilebilir¹²⁹. Yüksek faiz oranlarını içeren sözleşme hükmünün somut olayda tatbiki ile ortaya çıkaracağı sonuç, hukuk sisteminin toplumsal kalkınmayı hedefleyen ve kişisel hak ve özgürlükleri koruyan temel prensipleri, anayasanın temel ilkeleri ve toplumda cari olan örf - âdet ve ahlak telakkileri, karşısında da borçlu tüketici için tahammül edilmez bir durum yaratabilir. Bu durumda sözleşme hükmü kamu düzenini açıkça ihlal ettiğinden bahisle uygulanmaz. Burada, sözleşme hükmünün tatbikini engelleyen kamu düzeninin "menfi etkisi"nden bahsedilir¹³⁰. Yukarıda değinilen TBK hükümleri ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre, TBK m. 88 ve m. 120 hükümleri değerlendirildiğinde "faiz oranlarının serbestisi" kuralının, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğu ve Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkündür. 6101 sayılı Yürürlük Kanunu'nun 7. maddesinin açık hükmü gereğince, TBK'nın anapara faizi ve temerrüt faizi ile ilgili m. 88 ve 120 hükümleri geçmişe etkili 01.07.2012 tarihinden öncesine ait tüketici işlemlerine de uygulanmalıdır.

¹²⁹ Çelikel, Aysel/Erdem, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Bası, İstanbul, s. 149; Reisoğlu, Safa, s. 132.

¹³⁰ Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Figanmeşe, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, İstanbul, s. 72-73-78; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı; 10.02.2012 Gün, 2010/1 Esas, 2012/1 Karar (Uyap).

4. Fazla Tahsil Edilen Faiz Tutarlarının Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerine Göre İadesi Gerekir.

TKHK hükümlerine tâbi tüketici işleminde; taraflar arasındaki ilişki, TKHK'dan kaynaklanan ve TKHK hükümlerine bağlı çerçeve içinde ya bir sözleşme, ya bir haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmedir.

a. Borçlu İhtar Tarihinden İtibaren Temerrüde Düşer Görüşü

Yargıtay ve İstinaf uygulaması; banka ve finans kurumlarının düzenleme belirsizliği ya da belirli oranda serbestiye sahip olduğu inancıyla belirlenen ve tahsil edilen faizler açısından kötü niyetli olduğu düşünülemeyeceğinden, sebepsiz zenginleşilen tutarlar için kendilerine gönderilecek ihtar tarihinden itibaren temerrüde düşecekleri yönündedir (TBKm. 117/2)¹³¹.

b. Kanaatimize, Borçlunun Temerrüdü İçin İhtara Gerek Yoktur; Sebepsiz Zenginleşilen Tutarlar İçin Kesinti Tarihinden İtibaren Temerrüde Düşülür.

TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden itibaren yukarıda tespit edilen oranları aşan kredi kartı ve tüketici kredisi faiz oranları geçersizdir ve bu oranlara göre fazla tahsil edilen faiz tutarlarının sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi gerekir. Tüketiciden yasalara aykırı ve haksız olarak fazladan faiz tahsil edildiği, tahsil edilen bu faizlerin haksız şart kapsamında kaldığı, gerek 4077 sayılı yasa, gerekse 6502 sayılı yasa ve hatta 6098 sayılı yasa uyarınca banka tarafından faize konu bedellerin dayanağının sözleşme olduğunu söylemeye yasal imkân yoktur. Banka tarafından yasalara aykırı fazladan tahsil edilen bu faizlerin, 6098 sayılı yasanın 117. maddesi gereğince sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olması gerekir. Sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olduğu için TBK'nın 117/1. maddesi gereğince temerrüt için ihtara gerek yoktur. TBK'nın 117/2. fıkrasının 2. cümlesinde belirtilen iyiniyet durumunun da olayımızda uygulama yeri yoktur. Zira haksız şartı sözleşmeye dâhil eden ve zayıf konumda bulunan tüketiciden fazladan tahsil edilen bu faiz bedellerinde bankayı iyiniyetli kabul etmek imkânsızdır. Diğer taraftan banka TTK'da tanımlanan tacir hükmünde olup kesilen bedellerden dolayı tacir olması nedeniyle iyiniyet savunmasında bulunamayacağı gibi işi gereği kesilen haksız bedellerden "en az faiz miktarı" kadar yararlandığı tartışmasızdır. Sözleşmenin zayıf halkası olan tüketicinin de anılan haksız fazladan tahsil edilen bu faiz bedelinden "en az faiz geliri" kadar yoksun kaldığı söylenebilir. O halde banka ve finans kurumları TBK m. 117/2 gereğince sebepsiz zenginleşilen tutarlar için kesinti tarihinden itibaren temerrüde düşerler. Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin m. 18/2 hükmü de bu hususu doğrulamaktadır.

¹³¹ 13. HD 07.11.2016 Gün, 2016/20434 Karar, 2016/23699 Esas; 19. HD 25.06.2015 Gün, 2015/9491 Karar, 2015/839 Esas (Uyap);Demir, s. 230-231.

SONUÇ

6502 sayılı TKHK m. 2, m. 3 ve m. 83/2 kapsamındaki tüm tüketici sözleşmeleri, tüketici kredisi sözleşmeleri, kredi kartları, kredili mevduat hesabı sözleşmeleri, konut finansmanı, ön ödemeli konut satış sözleşmeleri ve ön ödemeli konut satış sözleşmelerine ait hukuki ilişkilerde uygulanacak anapara ve temerrüt faizi üst sınırları bakımından TBK m. 88/2, m. 120/2, taksitli satışlara ait hukuki ilişkilerde uygulanacak anapara ve temerrüt faizi üst sınırları bakımından ise, m. 253/3-(10) hükümlerine tâbidir.

TBK m. 88/2 ve m. 120/2 hükümlerine göre tespit edilecek anapara ve temerrüt faiz oranları, TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden itibaren 6502 sayılı TKHK kapsamında imzalanan tüketici sözleşmeleri, tüketici kredisi sözleşmeleri, kredili mevduat hesabı sözleşmeleri, konut finansmanı ve ön ödemeli konut satış sözleşmelerine ait hukuki ilişkilerde; sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık anapara faiz oranı, 3095 sayılı Kanun m. 1 hükmüne belirlenen yıllık faiz oranının % 50 fazlası: (**% 9 + % 4,5 = % 13,5**); sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faiz oranı 3095 sayılı Kanun m. 1 hükmüne belirlenen yıllık faiz oranının % 100 fazlası: (**% 9 + % 9 = % 18**) uygulanacak en yüksek anapara ve temerrüt faizinin belirlenmesinde yeni bir kanuni, emredici ve genel üst sınır olarak uygulanmalıdır. Ancak Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin m.18/2 hükmü gereğince tüketici kredilerinde temerrüt faiz oranı yıllık (**% 9 + % 4,5 = % 13,5 oranının % 30 fazlası olan yıllık %17,55**) olmalıdır.

TCMB, BKKKK m. 26/3 gereğince verilen yetkiye dayanarak, üç aylık dönemlerde faiz oranlarının tespitine ait kararında, TBK m. 88/2 ve m. 120/2 hükümleri ile bağlıdır. Buna göre, yıllık anapara faiz oranı: (**% 9 + % 4,5 = % 13,5**); yıllık temerrüt faiz oranı: (**% 9 + % 9 = % 18**) olmalıdır. TCMB'nın aksi yöndeki TBK m. 88/2 ve m. 120/2 ile düzenlenen sınırları aşan oranda kredi kartı anapara faizi ve temerrüt faizi kararı ve belirlemesi, yetki sınırlarını aşan işlem yapması anlamına geleceğinden, herhangi bir hükmü olmamalıdır.

Taksitli satışlara ait hukuki ilişkilerde; peşinat ödemesinde tüketicinin temerrüde düşmesi hâlinde; bileşik faize meydan vermeyecek şekilde "ayrıştırma" neticesinde asıl peşinat üzerinden temerrüt faizi yürütülmelidir. Temerrüt faiz oranı yıllık (**yasal faiz % 9 oranının % 30 fazlası olan: yıllık = % 11,70**)'i geçmemelidir. Muaccel olmuş taksitlerin ve muaccel kılınan taksitleri (semenin tamamını) anapara temerrüt faiz oranı yıllık (**yasal faiz % 9 oranının % 30 fazlası olan yıllık = % 11,70**)'i geçemeyecektir. Tüketicinin temerrüdü hâlinde satıcının/sağlayıcının dönme hakkını kullanması durumunda alıcının uygun bir kullanım bedeli ödediği göz önünde tutulursa ödemiş olduğu taksitler için de yasal faiz (**yasal faiz % 9 oranında**) isteyebilir.

Diğer yandan 6101 sayılı Yürürlük Kanunu'nun 1. ve 2. maddesi ile özellikle 7. maddesine göre, kural olarak anapara faizine ilişkin 88. ve temerrüt faizine ilişkin 120. maddenin görölmekte olan davalarda da uygulanacağı düzenlendiğinden bu açık hüküm gereğince, geçmişe etkili olarak 01.07.2012 tarihinden öncesine ait tüketici işlemlerine de uygulanmalıdır. Tespit edilen bu oranları aşan tüketici işlemleri faiz oranları geçersizdir. Bu oranlara göre fazla tahsil edilen faiz tutarlarının sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre kesinti tarihinden itibaren temerrüd faizi ile iadesi gerekir.

**6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'A GÖRE
TÜKETİCİ İŞLEMLERİNDE FAİZ TABLOSU**

	ANAPARA FAİZİ		TEMERRÜT FAİZİ	
	Kanuni Anapara Faizi	Akdi Anapara Faizi	Kanuni Temerrüt Faizi	Akdi Temerrüt Faizi
Tüketici işlemi Tüketici kredisi Ülke parası	% 9	% 13.5 (Üst Sınır)	% 9	% 17.55 (Üst Sınır)
Kredi kartı Ülke parası	% 9	% 13.5 (Üst Sınır)	% 9	% 18.00 (Üst Sınır)
Tüketici işlemi Tüketici kredisi Yabancı para	4/a	4/a + %50'si (Üst Sınır)	4/a	4/a + % 50'si x % 30 (Üst Sınır)
Kredi kartı Yabancı para	4/a	4/a + %50'si (Üst Sınır)	4/a	4/a + %100'ü (Üst Sınır)
Tüketici işlemi Taksitli satış (Taşınır) Ülke parası (Ayrıştırılmalı:Peşinat/Taksitler)				% 11.70 (% 17.55)
Tüketici işlemi Taksitli satış (Taşınır) Yabancı para (Ayrıştırılmalı:Peşinat/Taksitler)				4/a + %30'u (Üst Sınır)
Tüketici işlemi Konut finansı (Sabit/Değişken) Ülke parası	% 9	% 13.5 (Üst Sınır)	% 9	% 17.55 (Üst Sınır)
Yabancı para	4/a	4/a + %50'si (Üst Sınır)	4/a	4/a + %50'si x %30 (Üst Sınır)

KAYNAKÇA

Akçaal, Mehmet: “Borçlar Kanuna Göre Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesi”, *TBB Dergisi*, 2014 (110), s. 57-108.

Alaf, Mevlüdiye: “Tüketici Kredileri Bakımından Türk Borçlar Kanunu İle Getirilen Faize İlişkin Üst Sınır Hükümlerinin Uygulanabilirliği”, *TFM*, 2017; 3(1), s. 9-22.

Atamer, Yeşim M/Sanlı, Kerem Cem: “Borçlar Kanunu’ndaki Faiz Serbestisini Sınırlayan Hükümlerin Uygulama Alanı: Hukuk Ekonomi Ve Davranışsal Ekonomi Perspektifinden Bir İnceleme”, *Yargıtay Dergisi*, Temmuz 2016, Cilt:42, Sayı:3, s. 395-460.

Aslanova, Kemale: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Taksitle Satım Sözleşmelerine İlişkin Getirdiği Değişiklik Ve Yenilikleri”, *Beykent Üniversitesi/ Beykent University Sosyal Bilimler Dergisi/Journal of Social Sciences* (5), 2, 2012, s. 88-102.

Ayan, Serkan: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 12, Özel Sayı, 2010, (Basım Yılı: 2012).

Aydoğdu, Murat: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz İle İlgili Düzenlemeler”, *DEÜHFD*, C. 12, S. 1, 2010, (Basım Yılı: 2011), s. 85-136 (Faiz İle İlgili Düzenlemeler).

Aydoğdu, Murat: Tüketici Klavuzu - Hukuk Rehberi, 1. Baskı, İstanbul 2014 (Kitap).

Aydoğdu, Murat/Ayan, Serkan: Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku’nda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemeler, Ankara 2013.

Ceylan, Ebru: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun’daki Tüketici Kredileri İle İlgili Yeni Düzenlemeler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 88, Yıl 2014, Özel Sayı 1, s. 61-80 (Tüketici Kredileri).

Ceylan, Ebru: “Kredi Kartlarıyla İlgili 6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Yenilikler”, *TBB Dergisi*, 2015 (117), s. 233-284 (Kredi Kartları).

Çeker, Mustafa: Tüketici Hukuku Açısından Bankacılıkta Faiz Uygulamaları, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Ve Uygulamaları 2014-2015, Editörler, Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık, Bilge Yayınevi, Ankara 2015, s. 69-81.

Çelikel, Aysel/Erdem, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Bası, İstanbul.

Demir, Şamil: "Türk Borçlar Kanunu'nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/4, s. 207-234.

Edis, Seyfullah: *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara 1987.

Eren, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. B. Ankara 2012.

Göktürk, Kürşat: "Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi ", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, Y. 2015/2, s. 3-44.

Haznedar, İbrahim Murat: "6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un Bankacılık Uygulamaları Bakımından Getirdiği Yenilikler", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 88, sayı 4, yıl 2014, s. 5-33.

İnal, H Tamer: *Tüketici Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2014.

İnceoğlu, Murat M: Faize ve Yürürlük Kanunu'nun 7. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararları. *Yeni Kanunlara İlişkin İlk Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi* (Ed. U. Yeniocak) Ankara 2014.

Kara, İlhan: *Tüketici Hukuku*, Engin Yayınevi, Ankara 2015 (Kitap).

Kara, İlhan: "Bireysel Bankacılık İşlemleri Alanında Tüketici Hakları Kanuna Aykırı Uygulamalar ve Çözüm Yolları", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 88, Yıl 2014, Özel Sayı 1, s. 81-101 (Bireysel Bankacılık İşlemleri).

Kılıçoğlu, Ahmet M: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. B. Ankara 2012.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I. İstanbul 2012.

Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami: *Medeni Hukuk*, İstanbul 2008.

Oral, Tuğçe: "Tüketici Sözleşmelerinin Uygulama Alanı ve Ticari ve Adi Sözleşmelerden Ayrılması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Nisan 2013, Sayı 13, s. 545-573.

Orbay Ortaç, Nurdan: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/ 2, s. 117-133.

Önal, Ali: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Kredi Kartlarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 88, Sayı 4, Yıl 2014, s. 32-54.

Reisoğlu, Sefa: *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. B. İstanbul 2012.

Reisoğlu, Seza: "Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi", *Bankacılar Dergisi*, Sayı 77, 2011 s. 108-117 (Genel İşlem Koşulları).

Reisoğlu, Seza: “Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Bankacılık İşlemleri Açısından Değerlendirilmesi”, *Bankacılar Dergisi*, Sayı 82, 2012, s.107-118 (Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü).

Reisoğlu Seza, “Tüketici Kredilerinde ve Kredi Kartı İşlemlerinde Uygulanan Akdi ve Temerrüt Faizleri Oranları”, *Bankacılar Dergisi*, S. 90, 2014, s.112-120 (Faizleri Oranları).

Serdar, İlknur: “Taksitle Satış Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı”, *Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 - 4 Haziran 2011) 2012/10, 2. Baskı, s. 479-504.

Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Fıganmeşe, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Baskı, İstanbul.

Ünlütepe, Mustafa: *Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Taksitle Satış Sözleşmesi*, İstanbul 2011 (Kitap).

Şen, Mustafa Serhat/Şen, Mustafa Kamil: “Faizlerin Sınırlandırılması Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ocak 2018, Sayı: 33, s. 785-826.

Ünlütepe, Mustafa: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/2, s. 291-358 (Taksitle Satış Sözleşmesi).

Yağcı, Kürşad: “Anapara Faizi Ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK M. 88 Ve M. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK M. 8 Ve M. 9) Bakımından Uygulanabilirliği”, *İÜHFM C. LXXI*, S. 2, 2013.

Yener, Mehmet Deniz: “6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Tüketici Kredileri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, Cilt 7, Sayı 13, Temmuz 2015, s. 409-436.

Yılmaz, Canan: “6098 Sayılı TBK Çerçevesinde Taksitle Satış Sözleşmesi (TBK m. 253-262)” *Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) 2012/10, 2. Baskı, s. 449-477.

Zevkliiler, Aydın/Acabey, Beşir/Gökyayla, Emre: *Medeni Hukuk*, Ankara 2000.

Zevkliiler, Aydın/ Gökyayla, Emre: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, İstanbul 2010.

EVLAT EDİNMEDE ANA VE BABANIN RIZASININ ARANIP ARANMAMASI SORUNUNUN, ÖZELLİKLE YETKİLİ KURUM ARACILIĞI İLE EVLAT EDİNME AÇISINDAN İNCELENMESİ

*Examination of the Issue Concerning Whether Parental Consent is To Be
Required in Case Of Adoption, Especially in Case Of Adoption Via Competent
Authority*

Av. Dr. Safa KOÇOĞLU¹

Geliş Tarihi: 31.10.2018

Kabul Tarihi: 21.02.2019

ÖZET

Çocuklar çeşitli nedenlerle bazen biyolojik ailelerinin yanında büyüme imkânına sahip olamamaktadır. Çocukların yüksek yararını korumak adına kanun koyucu ailenin güçlendirilmesi ve her bireyin aile birliği içerisinde desteklenerek korunması için çeşitli koruyucu ve önleyici hizmetler geliştirmiştir.

Bu bağlamda, biyolojik ailesiyle yaşama imkânı olmayan ya da biyolojik ailesiyle yaşaması uygun görülmeyen çocuklar için uzun süreli bakım modeli olan evlat edinme hizmeti sağlanmakta, evlat edinmede aracılık hizmeti kamu hizmeti olarak ele alınıp devletin gözetim ve denetiminde yapılmaktadır. Bu hizmet sayesinde çocuklar kalıcı aile ortamına kavuşmaktadır. Diğer bir deyişle, evlat edinme yoluyla biyolojik kökene bağlı çocuk-ebeveyn ilişkisi haricinde de çocuk-ebeveyn ilişkisi tesis edilmektedir. Bu makalede, evlat edinmenin hukuki yönü ile devletin aracı olduğu evlat edinme hizmeti sırasında bir başka deyişle, kamu hizmeti olarak yürütülen evlat edinmede aracılık hizmetleri sırasında yaşanan ana-babanın rızasının aranmaması sorunu ile bu sorunun evlat edinme sürecine yansımaları tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: evlat edinme, evlat edinmede aracılık hizmetleri, ana-babanın rızası, koruyucu ve önleyici hizmetler, korunmaya ihtiyacı olan çocuk

ABSTRACT

Children do not have the opportunity to grow alongside their biological families for various reasons. In order to protect the best interests of the children, law-maker has developed various protective and preventive services to strengthen the family and to support and protect each individual within the family unity.

In this context, adoption service is provided as a long-term care model for children who do not have the chance to live with their biological family or who are not fit to live with their biological family. The brokerage service at child adoption is handled as civil service and works under the supervision and inspection of the state. Thanks to this service, children have a permanent family atmosphere. In other words, a child-parent relationship is also established through the adoption, except of the child-parent relationship based on biological origin. In this article, the legal aspect of adoption, the problem of revoking the consent of the biological parents during the adoption of children looked after which is carried out as a public service, and the reflections of this problem on the adoption process will be discussed.

Key Words: adoption, adoption through state agencies, consent of parents, protective and preventive services, the child in need of protection.

¹ Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Bakan Danışmanı-Avukat, e-posta: safakocoglu@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-2203-8424

GİRİŞ

Her çocuğun sağlıklı, güvenli ve bilinçli gelişebilmesi için kendilerini koruyacak, sevecek, sosyal ve ekonomik gereksinimlerini karşılayacak sıcak bir aile ortamına ihtiyacı vardır. Çocukların her bakımdan gelişimi için en uygun ortam kendi ailesinin yanındır. Ancak yaşam her zaman düşünüldüğü gibi olmayabilir. Bazı aileler zihinsel, bedensel ya da psikolojik sorunları veya ekonomik yetersizlikleri veya boşanma, ölüm gibi nedenlerle aile bütünlüklerini devam ettiremeyip bütünlüklerini devam ettiremeyip çocuklarının gereksinimlerini karşılayamaz hale gelebilmektedir. Böyle durumlarda, çocuklar biyolojik ailelerinin yanında büyüme imkânına sahip olamamaktadırlar.

Bu nedenle, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de çocukların yüksek yararını korumak adına kanun koyucu ailenin güçlendirilmesi ve her bireyin aile birliği içerisinde desteklenerek korunması için çeşitli koruyucu ve önleyici hizmetler geliştirmektedir. Ülkemizde çocukların yararına birçok koruyucu ve önleyici hizmetler hayata geçirilmiştir. Bunlardan biri "*Aile Yanında Bakım ve Aileye Dönüş Hizmeti*" dir. Bu başlık altında, sosyal ve ekonomik yönden yardıma muhtaç kişi ve ailelerin çocuklarının kurum bakımına alınmadan ailesi ya da yakınları tarafından bakılıp eğitimlerinin sağlanmasına yönelik olarak sosyal ve ekonomik destek hizmetleri verilmektedir².

Bunun yanında, ülkemizin de imzalamış olduğu 02 Eylül 1990 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede de çocuğun öncelikle ailesi yanında, bu mümkün olmadığı takdirde uygun bir aile ortamı içinde yaşamını sürdürmesi ve gelişmesi hakkına özel yer verilmektedir. (ÇHDS, Önsöz) Bu Sözleşme uyarınca çocukların yüksek yararını gözetebilmek adına geliştirilen hizmet modelleri "*Koruyucu Aile ve Evlat Edinme Hizmetleri*" dir.

Koruyucu aile; muhtelif sebeplerden ötürü biyolojik ailesi tarafından bakım ve gözetimi sağlanamayan çocukların kısa ya da uzun süreli olmak üzere, çocuğun bakım, gözetim, eğitim ve gelişimini bilabedel veya belirli ücret karşılığı devlet denetiminde paylaşan aile veya kişilerdir³. Tarihi ve hukuki gelişimine bakıldığında, 17.2.1926 tarihli ve 743 sayılı Mülga Türk Kanunu Medenisinin 272 ve 273'üncü maddeleriyle hukuksal bir kurum olarak hukuk sistemimize giren koruyucu aile kurumunun, bu tarihten önce de besleme,

² Sosyal Ekonomik Destek Hizmeti (SED) <https://cocukhizmetleri.aile.gov.tr/sosyal-ve-ekonomik-destek-hizmeti>.

³ Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı & Unicef, Koruyucu Aile Eğitim Modülleri, Modül 1, s.12, Cengiz Özbesler, **Koruyucu Aile Hizmetlerinde Değerlendirme Süreci, Aile ve Toplum Eğitim-Kültür ve Araştırma Dergisi**, Yıl: 11 Cilt: 4 Sayı: 16 Ocak-Şubat-Mart 2009, s. 87, Kasım Karataş, **Türkiye'de Çocuk Koruma Sistemi ve Koruyucu Aile Uygulamaları Üzerine Bir Değerlendirme**, Toplum ve Sosyal Hizmet, Cilt 18, Sayı 2, Ekim 2007, s. 11, Cengiz Kaya, **Türk Hukukunda Evlat Edinme**, Beta, 2009, s.17.

süt evlatlık, manevi evlatlık gibi hukuksal olmayan bazı sosyal kurumlar ve gelenekler yolu ile varlığını sürdürdüğü bilinmektedir. 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi'nin 272'nci ve 273'üncü maddelerinin ardından sırasıyla, 23.5.1949 tarihli ve 5387 sayılı mülga Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkında Kanun, 15.5.1957 tarih ve 6972 sayılı mülga Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkında Kanun, 7.11.1979 tarihli ve 2253 sayılı mülga Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 24.5.1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu, 9.1.2003 tarihli ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, 3.7.2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, 3.6.2011 tarihli ve 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de değişik biçimlerde yer almıştır. Bununla beraber, 1.10.1984 tarihli ve 18532 sayılı Resmî Gazete' de (mülga), 14.10.1993 tarihli ve 21728 sayılı Resmî Gazete' de (mülga) ve nihayetinde 14.12.2012 tarihli ve 28497 sayılı Resmî Gazete' de yayımlanan ve halen yürürlükte olan yönetmelik olmak üzere üç ayrı "Koruyucu Aile Yönetmeliği" çıkarılmıştır.

Koruyucu ve önleyici bir hizmet modeli olarak geliştirilen ve bu makalede adım adım incelenecek olan diğer bir hizmet modeli ise evlat edinmedir. Bu modelde çocukla, durumu evlat edinmeye uygun olan aile veya kişi arasında hukuki bağlar sağlanarak çocuk-ebeveyn ilişkisi kurulmaktadır. Genel olarak kendi ailesi ile yaşama şansı kalmamış olan çocuklar için evlat edinme hizmeti en uygun bakım olarak değerlendirilmektedir. Biyolojik ailesiyle yaşama imkânı olmayan çocukların uzun süreli bakım modeli olan evlat edinme hizmetiyle kalıcı aile ortamına kavuşması sağlanmaktadır.

Bu makale kapsamında sırasıyla, evlat edinmenin tanımı ve hukuki dayanağı, evlat edinmenin koşulları, yetkili kurum aracılığıyla evlat edinme süreci ve bu süreçte yaşanan ana-babanın rızasının aranmaması sorunu ve bunun sürece yansımaları ele alınıp tartışılacaktır.

1. EVLAT EDİNMENİN TANIMI VE HUKUKİ DAYANAĞI

Evlat edinme, küçük ile evlat edinme şartlarına haiz kişi veya karı-koca arasında kurulan hukuki bağıdır⁴. Evlat edinme yoluyla evlat edinilen ve evlat edinen arasında hısımlık bağı kurulur. Hısımlık bağı ancak gerçek kişiler arasında kurulabildiğinden sadece gerçek kişiler evlat edinebilirler. Tüzel

⁴ Muhsen Abdulkader Saleh, **Türk Hukukunda Küçüklerin Evlat Edinilmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 9, Mahmut Kizir, **Türk Hukukunda Evlat Edinme**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2004, s.154, Rona Serozan, **Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık**, İstanbul, 2017, s.219, Cem Baygın, **Evlat Edinmenin Koşulları**, AÜEHFD, 7.Cilt, S.3-4, Cumhuriyetin 80. Kurtuluş Yılına Armağan, Erzincan 2003, s. 591, Kemal Oğuzman, Mustafa Dural, **Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998, s. 244, Kaya, s. 3.

kişiler evlat edinmede bulunamazlar⁵. Evlat edinme işlemleri TMK'nın 305 ila 320'nci maddeleri hükmüne, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununun 9/b bendine, ÇHDS'nin 20 ve 21'nci maddelerine, 5049 sayılı Çocukların Korunması ve Ülkeler Arası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşmenin (Lahey Sözleşmesi) Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun'a ve Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzüğe göre yürütülmektedir.

2.7.2018 tarihli ve 700 sayılı KHK'nin 139'uncu maddesiyle değişik TMK'nın 320'nci maddesi uyarınca küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin aracılık faaliyetleri, ancak Cumhurbaşkanı'nca yetki verilen kurum ve kuruluşlarca yapılmaktadır. Yine aracılık faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin hususlar Cumhurbaşkanı'nca çıkarılan yönetmelikle düzenlenecektir. Ancak söz konusu hususa ilişkin olarak Cumhurbaşkanlığınca yeni düzenlemeler yapıncaya kadar küçüklerin evlat edinilmesinde aracılık faaliyeti, 700 sayılı KHK'den önce 25.2.2009 tarih ve 2009/14729 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konan, Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük hükümlerine uygun olarak yürütülmeye devam edilecektir⁶. Bu bağlamda, evlat edinmede aracılık faaliyeti devlet tekelinde olup 633 sayılı KHK ile Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü'nün kapatılması ile birlikte⁷, tek resmi aracı kurum olan Aile,

⁵ Ali İhsan Özüğür, **Kişî Hukuku-Velayet-Vesayet-Soybağı-Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler**, Seçkin Hukuk, Ankara, 2016, s. 431, Saleh, s. 55, Yalnızca gerçek kişiler evlat edinilebileceğinden cenin evlat edinilmesi mümkün değildir. Oğuz Sadık Aydos, **Yeni Medenî Kanuna Göre Evlat Edinme**, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4_7.pdf, s. 3, Süleyman Yalman, **Evlat Edinme ve Evlatlığın Miras Hakkı**, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/261882>, s.214.

⁶ 15/3/2009 tarih ve 27170 sayılı Resmî Gazete.

⁷ 3.6.2011 tarihli ve 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin, Geçici 1' inci maddesiyle Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü (SHÇEK) kapatılmıştır. SHÇEK'in çocuklara ilişkin görevleri aynı KHK'nin 8'inci maddesinin (i) bendiyle yeni kurulan Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne verilmiştir. Ardından 633 sayılı KHK' nin adı, 9.7.2018 tarihli ve 30473 sayılı ResmîGazete'de yayımlanan, 703 sayılı"Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" nin 3'üncü maddesinin (a) bendi ile "Sosyal Hizmetler Alanında Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" olarak değiştirilmiştir. 703 sayılı KHK'nin 3/b ve Geçici 1'inci maddesiyle, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı kapatılarak, Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı kurulmuştur. 10.7.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 65' inci ve 67/b maddesi gereğince, SHÇEK Genel Müdürlüğü'nün çocuklara ilişkin görevleri bu bakanlığın Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne verilmiştir. 4 Ağustos 2018 tarih ve 30499 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında 15 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" ile de, "**Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı**" nin adı "Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı" olarak değiştirilmiştir. Dolayısıyla

Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından yürütülmektedir. Çocukların yüksek yararını gözetmek, onları her türlü istismar ve kötü muameleden korumak, evlat edinme işlemlerinin ülke genelinde belirlenen standartlar doğrultusunda yürütülmesini sağlamak adına hem ulusal evlat edinme hem de Lahey Sözleşmesi uyarınca yapılacak ülkelerarası evlat edinme işlemlerinde Merkezi Makam olarak Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı yetkilendirilmiştir⁸.

2. EVLAT EDİNMENİN KOŞULLARI

Çocuğun yüksek yararını gözetebilmek için evlat edinme birtakım özel ve genel koşullara bağlanmıştır. Evlat edinme hizmeti, kimi zaman farklı nedenlerden dolayı çocuk sahibi olamayan eşlerin evlilik birliğinin devamının sağlanmasına, kimi zaman da evlilik dışı doğan bir çocuğun soybağına sahip olmasına aracı olmaktadır⁹. Ancak evlat edinme hizmeti yararları olduğu kadar birtakım sakıncaları da bünyesinde taşımaktadır ki; evlat edinme hizmeti kullanılarak kişilerin kanuna karşı hile yoluna başvurduğu uygulamada sıkça görülmektedir. Kimileri yasal mirasçılarını mirastan mahrum bırakmak amacıyla kimileriye çocuklarını adeta bir ticari malmişçesine çeşitli nedenlerle (organ ticareti, çocuk ticareti vb.) bu hukuki yolla satış aracı haline getirmektedir. Bazen de gayri meşru ilişkilere kılıf uydurmak adına bu hukuki işlem yapılmaktadır. Örneğin; aynı cinsten iki kişinin hukukumuzda evlenmesi mümkün değildir. Fakat bu birliktelik dolayısıyla tarafların birbirlerini maddi açıdan koruma altına almak istemeleri karşısında birinin yekdiğerini evlat edinmesi veya aralarında çok yaş farkı bulunan iki kişinin toplum baskısı dolayısıyla evlenememesi lakin aynı çatı altında yaşayabilmek için bu yolu tercih ettiklerine uygulamada ne yazık ki rastlanmaktadır¹⁰. Bu nevi olumsuz tabloların önüne geçebilmek adına kanun koyucu birtakım süreler, yaş sınırları ve kapsamlı araştırma şartları getirmiştir¹¹.

mevzuatta çocuklar bakımından, SHÇEK'e yapılan atflar artık Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne yapılmış kabul edilecektir.

⁸ Özüğür, s. 457-458, Şükran Şıpka, **4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Evlat Edinmeye" İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi**, İÜHFMD C. LVIL S. 1-2, İstanbul, 1999, s. 318.

⁹ Recep Doğan, **Wishful Thinking Or Solution? The Concept Of Open Adoption AndIts Future**, Ankara LawReview, Vol. 8 No. 2 (Winter 2011), s. 249, Şıpka, s. 304, Demet Özdamar, C. Gamze Sucu, **Türk Medeni Kanunu'nun 313 maddesinde, 15.07.2005 Tarihinde Yapılan Değişiklik ve Uluslararası Sözleşmeler Karşısında, Evlat Edinme Konusunun Farklı Bir Bakış Açısı ile Ele Alınması**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.I, S.2, Kayseri, 2006, s. 181, Murtaza Köse, **Mukayeseli Hukukta Evlat Edinme Problemi**, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S.15, Erzurum, 2001, s. 268.

¹⁰ Şıpka, s. 305, Aydos, s. 13, Köse, s. 280, Selahattin Sulhi Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 446, Kaya, s. 7.

¹¹ Serozan, s.222, Saleh, s. 16, Zeynep Derya Tarman, Işık Önay, **Milletlerarası Evlat Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli**, AÜHFMD, C.60, S.2, 2011, s. 342.

Evlat edinme kurumu, evli olan kişilerin evlat edinmesi, evli olmayan kişilerin evlat edinmesi, evli olup eşin tek başına evlat edinmesi ya da eşlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmek istemesi ihtimalleri göz önüne alınarak farklı özel koşullara tabi tutulmuştur.

İlkihtimali incelediğimizde, evli olan kişiler evlat edinmek istedikleri takdirde ya beş yıldır evli olmalı ya da eşlerin her ikisi de otuz yaşını doldurmalıdır¹². Örneğin; 2012 yılında evlenen Merve (23) ile Hasan (24) 2018 yılında evlilik birliği beş yılı doldurduğu için yaşları otuz olmasa dahi evlat edinebileceklerdir. Bir başka örneğe 2017 yılında evlenen Ayşegül (32) ile Emrah (31) 2018 yılında otuz yaş kıstasını yerine getirdikleri için evlilik birliği süreleri dikkate alınmayacaktır. Evlat edinme başvurusu anındaki şartlar süre koşulunu yerine getirip getirmediğinin belirlenmesinde dikkate alınmamaktadır. Hâkimin evlat edinmeye yönelik kararını vereceği aşamada ana ve babanın otuz yaşını doldurmuş veya evlilik birliğinin beş yıldır devam ediyor olması yeterlidir¹³. Evlat edinme hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar arasında düzenlense de kişiler evli oldukları takdirde bu hakkı kullanırken eşlerinin olurlarını almalıdır. Ancak birlikte evlat edinme hizmetinden sadece eşler yararlanabilir¹⁴. Kardeşler, akrabalar veya arkadaşlar küçüğü birlikte evlat edinmeleri mümkün değildir¹⁵.

İkinci ihtimal, evli olup otuz yaşını dolduran eşin tek başına evlat edinmesidir. Bu halde eşin tek başına evlat edinebilmesi için diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli yoksun olması veya iki yıla aşkın süredir nerede yaşadığının bilinmemesi ya da evlat edinmek isteyen kişinin mahkeme kararıyla iki yıla aşkın süredir eşinden ayrı yaşadığını ispatlaması gerekmektedir¹⁶. Ayırt etme gücünden yoksunluğun ispatı tıbbi raporla mümkündür. Eşin iki yıla aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi halinde ise ölüm karinesinin koşulları aranmamaktadır. Eşlerin iki yıla aşkın süreden beri ayrı yaşamasının ispatında bu ayrılığın fiili bir ayrılık olması yeterli görülmemektedir. Bu hususun mahkeme kararıyla desteklenmesi ve ispatı gerekmektedir¹⁷.

¹² Serozan, s.224, Özüğür, s. 432, Y2.HD, T.09.02.2011, E.21848, K.2011 sayılı kararı “...Mevcut nüfus kayıt örneklerinden, davacı N.’nin dava tarihinde otuz yaşından küçük olduğu, ayrıca diğer davacı M.S. ile 26.06.2007 tarihinde evlendikleri, evlilik sürelerinin beş yıldan az olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece, yasal şartların oluşmaması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir.” Nihat İnal, **Aile Mahkemeleri Davaları**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016, s.1405, Saleh, s. 19, Kizir, s. 158, Şıpka, s. 309, Özdamar, Sucu, s. 182, Hüseyin Hatemi, **Aile Hukuku**, Onikilevha, 6.Bası, İstanbul, 2018, s.176.

¹³ Saleh, s. 51, Mustafa Dural, Tufan Öğüz, Mustafa Alper Gümüş, **Türk Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 318.

¹⁴ Serozan, s.225, İnal, s.1365, Kizir, s. 157.

¹⁵ Özdamar, Sucu, s. 198, Baygın, s. 607, Aydos, s. 6.

¹⁶ Serozan, s. 226-227, Özüğür, s.433, Saleh, s. 20-21, Kizir, s. 159, Özdamar, Sucu, s. 182.

¹⁷ Saleh, s. 63-64, Aydos, s. 6.

Üçüncü ihtimal, evli olan eşlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesidir. Bu ihtimalde evlat edinmek isteyen eş otuz yaşını doldurmalı veya evlilik birliği en az iki yılı aşkın bir süredir devam etmelidir¹⁸. Eşlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesi özü bakımından bir çelişkiyi barındırmaktadır. Şöyle ki, eşlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesiyle birlikte biyolojik ana ve babaya ait olan tüm hak ve yükümlülükler evlat edinene geçmektedir. Bu durumda evlat edinenle evli olan eşle (biyolojik ana/baba) çocuk arasındaki hukuki bağ kopmaktadır. Bir yandan da başta evlilik birliğini belki de sağlamlaştırmak için gerçekleştirilen evlat edinme işlemi evlilik birliğinin sona ermesi halinde evlatlık bağının da sona erdirilmek istenmesi ihtimalini bünyesinde barındırmaktadır¹⁹. Son ihtimal ise evli olmayan kişinin evlat edinmesidir ki; kişi tek başına evlat edinmek istiyorsa bu hususta tek şart otuz yaşın doldurulmuş olmasıdır²⁰.

Bununla beraber, yukarıda bahsi geçen her bir ihtimal için zorunlu ortak koşullar da bulunmaktadır. Çocuk, evlat edinenler tarafından en az bir yıl süreyle bakılmalı ve eğitilmiş olmalıdır²¹. Evlat edinen ailenin veya kişinin varsa diğer çocuklarının yararları gözetilmeli ve evlat edinilecek çocuğun evlat edinilmesinde yararı bulunmalıdır²².

Evlat edinilen küçük ayırt etme gücüne sahipse bizzat kendisinin rızası alınmalıdır. Lahey Sözleşmesi'nde de evlat edinme işlemlerinde çocuğun rızasının önemine ayrıca vurgu yapılmıştır. Sözleşmenin 4'üncü maddesine göre "...Çocuğun evlât edinmenin sonuçları ve gerekli ise buna rızası hakkında yeterince bilgilendirilmiş ve kendisiyle istişarede bulunmuş olması, çocuğun arzu ve görüşlerinin nazara alınmış olması; çocuğun evlât edinmeye muvafakati gerekli ise bunun serbestçe ve aranan yasal şekillere uygun olarak verilmiş bulunduğu ve muvafakatin açıkça veya yazılı olarak verildiği hususunun tespit edilmiş olması; ve bu muvafakatin para ya da herhangi bedel mukabili elde edilmemiş olması" gerekmektedir. Küçükün rızası alınabileceken alınmadıysa evlat edinme işlemi ortadan kaldırılabilir, sakat bir işlemdir. Küçükün rızası hâkim önünde, belirli bir ilişkiye yönelik olarak alınır. Küçük evlat edinme işlemiyle ilgili ayrıntılı olarak bilgilendirilir. Ayırt etme gücüne sahip küçükün kendi rızası yerine yasal veya iradi temsilci rıza açıklamasında bulunamaz²³.

¹⁸ Serozan, s. 226-227, Özüğür, s.433, Saleh, s. 20-21, Kizir, s. 159, Şıpka, s. 310, Özdamar, Sucu, s. 182.

¹⁹ Şıpka, s. 310.

²⁰ Serozan, s. 226-227, Özüğür, s.433, Saleh, s. 20-21, Kizir, s. 160, Şıpka, s. 311.

²¹ İnal, s. 1364, Özüğür, s. 443, Saleh, s. 11, Kizir, s. 155, Şıpka, s. 307, Özdamar, Sucu, s. 187, Aydos, s. 3, Tarman, Işık, s.339, Ömer Uğur Gençcan, **Aile Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 1261, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, **Medeni Hukuk**, Beta, 2018, s. 294.

²² Özüğür, s. 431, Saleh, s. 11, Kizir, s. 155, Şıpka, s. 308, Özdamar, Sucu, s. 188, Hatemi, s. 175, Akıntürk, Ateş, s. 294-295.

²³ Süleyman Yalman, **Evlat Edinmede Rıza**, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/8_5.pdf, s.2, Gençcan, s.1274, Tekinay, s.26.

Evlat edinilecek küçük velayet altındaysa TMK'nın 311 ve 312'nci maddelerindeki saklı haller haricinde TMK'nın 309'uncu maddesinin 1'nci fıkrası uyarınca biyolojik ana-babasının da rızası alınmalıdır. Rıza alınması gerekliliğinin velayet hakkı ile ilintili olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Birinci görüşe göre; velayet hakkı biyolojik ana veya babadan yalnızca birinde olsa bile rızanın her iki ebeveyninden de alınması gerekli olacağı yönündedir. Çünkü ana ya da babanın rızasının alınması velayet hakkından bağımsız ve ayrı bir yetki olup soybağı ile ilişkilidir²⁴. Bu görüşe göre çocuk ile arasında hukuken soybağı tesis edilmemiş kişilerin evlat edinmeye rıza konusunda irade beyanında bulunmaları mümkün değildir. Örneğin, evlilik dışı doğan bir çocukla hukuken soybağı kurulmadığı takdirde evlat edinmede babanın rızası alınması gerekli değildir²⁵. İkinci görüşe; rızanın aranıp aranmaması velayet hakkı ile bağlantılıdır. Başka bir anlatımla, yalnızca çocuğun velayet hakkına sahip olan eşten rıza alınması yeterli olacaktır²⁶. Kanaatimce evlat edinme işlemi çocuğun hayatını etkilediği kadar ebeveynlerinin hayatını da aynı derecede etkilemektedir. Bu derece önemli bir karar velayet hakkı ile ilintilendirilmemelidir. Biyolojik ana ve baba her durum ve şartta mahkeme tarafından bizzat dinlenmelidir. Biyolojik ana ve baba çocuğun yararına aykırı davranacak tavır ve tutum sergiledikleri takdirde hâkim re'sen çocuğun hakkını gözeterek onun yararına en doğru olan kararı verebilir hatta velayetin

²⁴ Şipka, s. 310, Serozan, s.228, Hatemi, s.178, Gençcan, s. 1277, Kaya, s. 27-28.

²⁵ Y18.HD., T. 16.01.2014, E. 2013/19647, K. 2014/433 sayılı kararı "...Samsun ilinde hakkında bakım tedbiri uygulanan Ü..'nun annesi Ç..tarafından Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğüne sunulan 10.09.2012 tarihli dilekçesi ile, çocuğu Ü..in evlatlık verilmesini istediğinden bahisle, anne Ç..'nun rızasının var olduğunun, annenin beyanıyla nüfusta baba olarak kaydettirilen E.. isimli şahsın rızasının aranmayarak Ü..nun evlat edinmeye rıza verilmesini talep ve dava etmiştir. Tüm dosya kapsamı hep birlikte incelenip değerlendirildiğinde; davalılardan Ç..'nun Sinop Ticaret Meslek Lisesi son sınıf öğrencisi iken bir üst komşusu olan üniversite öğrencisi E.. isimli bir şahısla girmiş olduğu ilişki sonucu 27.07.2012 tarihinde Ü..nu dünyaya getirdiği, bunun üzerine Ç..'in okulla ilişkisinin kesildiği, babasının taş ocağında çalıştığı, ancak akli dengesindeki bozukluklar sebebiyle ailesiyle yeterince ilgilenmediği, mahkememizin 2012/768 Esas ve 2012/644 Karar ile Ü.. hakkında bakım tedbiri uygulandığı, Çi..'in oğlu Ü..e bakamayacağından küçük Ü..in evlatlık olarak verilmesine ilişkin 10.09.2012 tarihli dilekçesi rıza gösterdiği, yine davalı Ç..'im beyanıyla baba hanesine kaydettirilen E..'nin açık kimlik bilgilerinin ve açık adresinin tespit edilmediği anlaşılmalı, aşağıdaki şekilde hüküm tesis edilmiştir. HÜKÜM: Gerekçesi yukarıda izah edildiği üzere; 1- Anne Ç..'nun 10.09.2012 tarihli dilekçesi uyarınca M.K 309 uncu Maddesi uyarınca rızası ile, yine anne Ç..'nun beyanıyla nüfusa kaydettirilen ve sadece ismi olduğu herhangi bir kimlik bilgisi ve açık adresi bulunmayan baba E..'nin M.K. 311 ve 312 nci maddeleri uyarınca "rızası aranmaksızın" Sinop İli Erfelek İ..d.lu, Ü..'nun evlat edindirme hizmetinden yararlandırılmasına, 2-Davanın niteliği gereği harc alınmasına yer olmadığına, Dair, dosya üzerinde yapılan inceleme sonunda itiraz yolu açık olmak üzere karar verildi."

²⁶ Necmettin Feyzioğlu, **Aile Hukuku**, İstanbul, 1986, s. 476, Egger, s.46, Bülent Köprülü, Selim Kaneti, **Aile Hukuku**, İstanbul, 1989, s.231, Oğuzman, Dural, s.250.

kaldırılmasına neden olacak derecede özensiz bulunduğu takdirde çocuğa vasi atama yoluna gidebilir. Çocuğun menfaatine aykırı davranarak evlat edinmeye izin vermediği takdirde ebeveynler hakkın kötüye kullanılması yasağı ile de karşı karşıya kalacaklardır. Bu halde rıza aranmadan çocuğun evlat edindirilmesi söz konusu olabilecektir. Ek olarak, TMK'nın 309'uncu maddesinde ana ve babanın rızası denilmektedir. "Ve" bağlacı kullanılmıştır. Kanunun lafzı da ana-babanın birlikte rızasının alınmasının gerekli olduğunun bir diğer göstergesidir.

Evlat edinilen velayet altında olmayıp vesayet altındaysa ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası tek başına yeterli olmayıp vasi ve vesayet dairelerinin iznine başvurulmaktadır²⁷. Bu izni küçüğün yerleşim yerindeki vesayet daireleri verir. Vasinin rızasının yanı sıra Sulh Hukuk Mahkemesinin izni ve Asliye Hukuk Mahkemesinin onayı sonucunda vesayet altında bulunan kişinin rıza koşulu yerine getirilmiş olacaktır²⁸.

TMK'nın 312'nci maddesi uyarınca küçük evlat edinilmek üzere bir kuruma yerleştirildiğinde bu aşamada da ana-babadan birinin veya her ikisinin rızası eksik olursa, aracı kurum olan Bakanlık İl Müdürlüğü veya evlat edinmek isteyen kişinin talebi üzerine ve **kural olarak küçüğün yerleştirilmesinden önce**, küçüğün oturduğu yer mahkemesi ana-babanın rızasının aranıp aranmayacağına karar verir. Diğer durumlarda, ana-babanın rıza meselesi evlat edinme işlemleri sırasında dikkate alınacaktır. Bu husus evlat edinmede aracılık hizmetleri sırasında yaşanan en önemli sorun olup aşağıda ayrıntıları ile tartışılacaktır.

Ebeveynlerin küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yerine getirmediği için rızalarının aranmayacağı kararı kendilerine yazılı olarak tebliğ edilir. Bir defa dahi olsa ana-baba özen yükümlülüğünü ihlal ettiyse bu yaptırımla karşı karşıya kalabilirler. Kanun sürekli bir ihlal hali aramamaktadır. Özen yükümlülüğüne aykırılığın ana-babanın kusurundan kaynaklanması da gerekli değildir. Hâkim, deneyimsizliği, dikkatsizliği, engellinin bulunması, ağır hastalığı sebebiyle ana-babanın bu yükümlülüğe aykırı davrandığını tespit ederse geniş takdir yetkisini kullanarak rızalarının aranmayacağına yönelik hüküm kurabilir²⁹.

²⁷ Serozan, s.228, Özüğür, s. 433, Saleh, s. 29, Y2.HD, T.03.10.2011, E.3648, K.14805 sayılı kararı "...Babanın küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmediği, buna bağlı olarak rızasının aranmasının gerekip gerekmediği incelenip sonuca bağlanmadan, hüküm verilmesi doğru bulunmamıştır." İnal, s. 1406, Y2.HD, T.13.05.1985, E.4403, K.4609 sayılı kararı "...Evlat edinilmesine onay istenilen çocuk, boşanmadan sonra doğmuştur...Müşterek çocuğun evlat edinilmesinde ana ve babanın ikisinin de onayının alınması zorunludur."İnal, s. 1372, Kızır, s. 161, Şıpka, s. 311-312, Özdamar, Sucu, s. 195, Aydos, s. 7, Gençcan, s. 1297, A. Egger, Çeviren, Tahir Çağa, **Medeni Kanun Şerhi, Aile Hukuku**, Yenicezaevi Basımevi, Ankara 1949, s. 47.

²⁸ Baygın, s. 614, Yalman, **Evlat Edinmede Rıza**, s.3.

²⁹ Yalman, **Evlat Edinmede Rıza**, s.12, Baygın, s. 619, Hatemi, s. 178.

Evlat edinen kişininde ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir. Tam ehliyetsizler veya onlar adına yasal temsilcileri evlat edinemezler. TMK'nın 429'uncu maddesinde sayılan işlemler arasında evlat edinme işlemi sayılmadığından kendisine yasal danışman atanan kişi tek başına evlat edinebilir³⁰.

Evlad edinilen ile evlatlığın arasında en az on sekiz yaş bulunmalıdır. Yaş koşulu eşler yönünden ayrı ayrı dikkate alınacaktır. Kanun koyucu yaş sınırı belirlerken alt sınır belirlemede bulunmuş olup herhangi bir üst sınır belirleme yoluna gitmemiştir. Mülga Evlat Edinme Yönergesi'nin 13'üncü maddesinin (c) bedinde evlat edinilecek çocuk ile evlat edinecek kişi arasında en fazla kırk yaş olmasına ilişkin üst sınır düzenlemesi yürürlükten kaldırılmıştır³¹. Örneğin evlat edinilen ile evlat edinen arasında otuz yaş farkı bulunması yaş koşulunu gerçekleştirme bakımından hukuken herhangi bir engel teşkil etmeyecektir. Fakat bu derece yaş farkı çocuğun yüksek yararının gözetilmesi ilkesine takılacaktır³². Kanaatimce çocukların yüksek yararını gözetebilmek ve uygulamada yaşanan farklılıkları çocuk yararına yorumlamak amacıyla üst sınır düzenlemesi yıllarca çıkarılamayan ve fakat en kısa zamanda çıkarılması gerekli olan Evlat Edinme Yönetmeliği kapsamındaki düzenlemelere konu edilmelidir.

Kanun koyucu evlat edinme kararını veren ebeveynin sağlıklı ve bilinçli bir karar vermesi için evlat edinme hususunda verilecek rızanın zamanı konusunda sınırlandırmaya gitmeyi de ihmal etmemiştir. TMK'nın 310'uncu maddesi uyarınca çocuk ancak doğumundan altı hafta geçtiği takdirde evlat edinilmesine rıza gösterilebilir. Kanun koyucu ana ve babaya bu önemli kararı verebilmeleri için düşünme süresi tayin etmiştir. Bir başka deyişle, altı haftalık süre geçmeden evlat edinme işlemlerinin yapılması mümkün değildir. TMK'nın 309'uncu maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca ebeveynin verdiği sözlü veya yazılı rıza oturduğu yer mahkemesince tutanağa geçirilir. Tutanağa geçirildikten sonra beyanda bulunanlar tarafından imzalanır. Tutanağa geçirildiği tarihten başlayarak altı hafta içinde biyolojik ana ve baba aynı usulle rızasını serbestçe geri alabilir (TMK, m.310). Ancak geri almadan sonra

³⁰ Aydos, s. 6, Oğuzman, Dural, s.248-249.

³¹ 1.8.2002 tarihli ve 145 sayılı Bakanlık Oluru ile yürürlüğe konulan "Evlad Edinme Yönergesi" ile Türk Medeni Kanununda 2002 yılında yapılan değişiklik sonrası Tüzük yürürlüğe girene kadar Kurum bakımı altında bulunan çocukların evlat edinme iş ve işlemleri düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanununun 320'nci maddesine dayanılarak hazırlanan ve 25.2.2009 tarihinde Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren "Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük" ile koruma altında olsun olmasın daha erken ergin olma durumu hariç tüm küçüklerin ülke içi veya uluslararası evlat edindirilmesine ilişkin iş ve işlemler yeniden düzenlendiğinden uygulanma alanı kalmayan "Evlad Edinme Yönergesi" 19.01.2018 tarih ve 7742 sayılı Olur ile yürürlükten kaldırılmıştır.

³² Saleh, s. 60-61, Kızir, s. 160, Şıpka, s. 311, Özdamar, Sucu, s. 186.

verilen rıza kesin olacağından çocuğun tekrar istenmesi ve alınması mümkün olmayacaktır(TMK, m.310)³³.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan da görüleceği üzere evlat edinme sıkı kayıt ve koşullara bağlanmıştır. İlk bakışta evlat edinmenin sıkı kayıt ve koşullara bağlanması eleştiri konusu yapılabilir. Fakat evlat edinme kurumunun kendi içinde yararları ve sakıncaları da göz önünde bulundurulmalıdır. Biyolojik açıdan ana ve baba olamayan kişiler evlat edinme yoluyla bir çocuğa bakma, büyütme ve emek verme isteklerini karşılayabilmektedir. Hayata dair maddi ve manevi kazanımlarını aktarabileceği bir çocukla bu hukuki işlem sayesinde kişi/kişiler bağ kurabilmektedir. Diğer taraftan korunmaya muhtaç olan bir çocuk da aile ortamında sevgiyle büyüme fırsatına erişmektedir. Dolayısıyla bu tür hayati önemi haiz bir hususun sıkı kural ve kaidelere bağlanması olağan karşılanmalıdır.

3. YETKİLİ KURUM ARACILIĞIYLA EVLAT EDİNME SÜRECİ

Evlat edinme, kişiler arası anlaşma yoluyla olabileceği gibi devletin bakım ve gözetimi altında olan bir çocuğun evlat edinilmesi şeklinde de olabilmektedir. Gerek tarafların anlaşmasında gerekse yetkili kurum aracılığıyla devletin bakım ve gözetimi altında olan bir çocuğu evlat edinme sürecinde, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve bağlı kuruluşları oldukça önemli görevler üstlense, evlat edinme süreci mahkeme kararıyla birlikte hukuksal zemine kavuşmakta ve sonlanmaktadır. Yetkili kurum aracılığı ile evlat edinme süreci yukarıda izah olunduğu üzere 25.2.2009 tarih ve 2009/14729 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan, Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük³⁴ hükümlerine uygun olarak yürütülmektedir. Söz konusu Tüzük gereğince hem ulusal evlat edinme hem de Lahey Sözleşmesi uyarınca yapılacak ülkelerarası evlat edinme işlemlerinde Merkezi Makam olarak Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı yetkilendirilmiştir. Dolayısıyla söz konusu Tüzükte yetkili kurum aracılığıyla evlat edinmeye ilişkin olarak getirilen usul ve esaslar ile bunlara ilişkin süreç ulusal ve ülkelerarası evlat edinme ihtimalleri göz önüne alınarak aşağıda açıklanacaktır.

3.1. Başvuru Yeri

Devletin bakım ve gözetimi altında olan bir çocuğun evlat edinilmesinde başvuru yeri evlat edinmek isteyen kişi/kişilerin yerleşim yerine göre değişmektedir. Başvuruda bulunmak isteyen kişinin yerleşim yeri Türkiye’de olup aynı zamanda Türkiye Cumhuriyeti vatandaşıysa, yerleşim yerindeki Aile,

³³ Serozan, s. 229, İnal, s. 1364, Özüğür, s. 433-435, Saleh, s.30, Şıpka, s. 312, Özdamar, Sucu, s. 194,Kaya, s. 29.

³⁴ Bundan böyle Tüzük olarak anılacaktır.

Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına bağlı İl Müdürlüklerine veya E-Devlet üzerinden başvurması gerekmektedir. Yerleşim yeri yurt dışında olup Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan veya yabancı ülke vatandaşı olup da yetkili kurum olan Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı aracılığı ile evlat edinip, evlat edindiği çocuğu yerleşim yerinin bulunduğu diğer ülkeye (kabul eden devlet) götürmek isteyen Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları veya yabancılar Kabul Eden Devletin Merkezi Makamına başvurmak zorundadır. Türkiye’de bir yıldan fazla süreyle oturma izni almış yabancı ülke vatandaşları yerleşim yerlerinin bulunduğu yabancı ülkenin Merkezi Makamına gönderilmek üzere buldukları yerin Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüklerine yazılı olarak başvurabilirler(Tüzük, m.4).

Evlat edinen kişi yabancı tabiiyetli evlat edinilen ise Türk vatandaşıysa, evlat edinme işlemleri Türk Medeni Kanunu'ndaki şartlar dikkate alınarak ve Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinden alınan karar sonucu verilecektir. Türk vatandaşının yabancı uyruklu bir kişiyi evlat edinmesi durumunda evlat edinen bakımından Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenen temel şartları yerine getirmesi ve evlat edinme işleminin yapıldığı yer hukukunun koşullarını taşıması gereklidir.

3.2. Başvuru Sırasında Yapılacak İş ve İşlemler

Öncelikli olarak bakanlığa bağlı İl Müdürlüğünce evlat edinmek isteyen kişi ya da karı-koca çocuğun kişisel özellikleri ile evlat edinmenin hukuki ve sosyal sonuçları hakkında alanında uzman kişiler tarafından bilgilendirilir. Uzman kişinin gözetiminde ilk görüşme formu evlat edinmek isteyen kişi/kişilere doldurtulur. Formu doldurmakla birlikte evlat edinmek isteyenler süreçle ilgili tüm yükümlülükleri kabul ve taahhüt etmiş olur(Tüzük, m.5).

Başvuruda bulunan kişi veya karı-kocadan nüfus kayıt örneği; silinmiş kayıtlarda dâhil olmak üzere sabıka kayıtları; malvarlığı, gelir ve sosyal güvenlik durumunu gösterir belgeleri; yerleşim yeri belgesi; öğrenim durumunu gösterir belge; sağlık kurulu raporu³⁵ istenmektedir. Ayrıca Türkiye’de yaşayan yabancı ülke vatandaşlarından veya yurt dışında yaşayan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarından oturma izni belgesi ve çocuğu kabul eden ülkeye girmesine ve orada sürekli ikametine izin verildiğine ya da verileceğine dair belgeler talep edilmektedir(Tüzük, m.6).

Yukarıda bahsi geçen belgeler başvuru tarihinden itibaren en geç iki ay içinde Bakanlığa bağlı İl Müdürlüğüne teslim edilir. Bu süre içinde ilgili belgeler teslim edilmediği takdirde başvuru kurum tarafından değerlendirmeye

³⁵ Bu hususa ilişkin rapor, başvuru veya başvuru sahiplerinin fiziksel, zihinsel ve ruhsal bir engelini, sürekli bakımı gerektiren, bulaşıcı veya süregen bir hastalığının bulunmadığını, ayrıca alkol veya uyuşturucu madde bağımlısı olmadığını içeren sağlık raporudur.

alınmamaktadır. Başvuru sonrasında İl Müdürlüklerince en geç altı ay içinde başvuru sahipleri yerleşim yerlerinde ziyaret edilerek haklarında sosyal inceleme başlatılır. Bu süreyi bakanlık yetkilileri altı ay uzatma hakkına sahiptir. Ayrıca bakanlık personeli yapılan incelemede evlat edinmek isteyen kişilerden karar vermeye yardımcı olacak her türlü belge ve bilgi talep etme yetkisine sahiptir. Sosyal çalışmacı hazırlayacağı raporda yalnızca evlat edinmek isteyenleri değil varsa kendileriyle yaşayan diğer kişiler hakkında da raporlama faaliyeti yürütür. Kişilik özellikleri; eğitim durumları; kültürel yaşamları; mali koşulları; sağlık durumları; aile üyelerinin kendi içlerinde ve çevreleriyle olan ilişkileri; evlat edinilecek çocuktan beklentileri; evlat edinmedeki esas istekleri; bakım, gözetim, eğitim konularına bakış açıları ve evlat edinilecek çocuğun özellikleri raporun hazırlanmasında göz önünde bulundurulmaktadır. Uygulamada tüm bu raporlama çalışmaları için başvuruda bulunan kişilerle en az beş defa görüşme gerçekleştirilmektedir. Yapılan sosyal inceleme raporuna ilişkin sonuçlar başvuru sahipleriyle yazılı olarak paylaşılmaktadır (Tüzük, m.7).

Başvuru olumlu sonuçlandığı takdirde dosya Bakanlık tarafından sıraya alınır. Başvuru için yeterli şartları sağlamayan kişi/kişilerin sosyal inceleme raporlama aşamasına geçilmeksizin başvuruları reddedilir. Başvuruda bulunan kişi/kişilerin haklı mazeretleri olduğu takdirde mazeretin gerekli kıldığı süre boyunca başvuruları askıya alınabilir. Makul süre sonunda sosyal inceleme raporu oluşturularak dosya tekrar işleme konulur. Diğer bir ihtimal ise yasal süreler içinde evlat edinmek isteyenlerden kaynaklanan sebeplerden ötürü sosyal inceleme raporunun hazırlanamamasıdır. Bu halde dosya işlemde kaldırırlar. Fakat evlat edinmek isteyen karı-koca veya kişi tekrar başvurduğu takdirde kişiler açısından ilk kez başvuruda bulunulmuşçasına yasal hükümler uygulanır. Bir başka iptal sebebi, geçici bakım sözleşmesi uyarınca çocuk ile birlikte yaşayan kişilerin veya çocuğun, belgelendirilen önemli sağlık nedeni dışındaki herhangi bir nedenle çocuğu geri vermesi halidir. Bu durumda da evlat edinme talebinde bulunan kişi/kişilerin dosyaları iptal edilir (Tüzük, m.8).

Evlat edinmeye yönelik işleyen sürede evlat edinenin ayırt etme gücünü kaybetmesi veya ölmesi hallerinde hukuksal süreçte herhangi bir aksaklık meydana gelmez. Aslolan evlat edinenin iradesidir (Tüzük, m.21). Diğer bir ifadeyle, evlat edinenin iradesine saygı gösterilmesi gerekmektedir. Kişinin iradesi evlat edinme noktasında vuku bulduğundan hukuksal süreç mirasçılar tarafından tamamlanır ve evlat edinilen evlat edinenin yasal mirasçısı olur³⁶.

³⁶ Serozan, s. 231, Y2.HD., T.26.01.2012, E.16038, K.1473 sayılı kararı "...Evlat edinme başvurusunda bulunanın dava sırasında ölmüş olması, davayı konusuz hale getirmez. Böyle bir durumda ölümle, kişinin taraf ve dava ehliyeti sona erdiğinden mirasçılarının davaya dahil edilerek davanın görülmesi gerekir (HYUY.m.55)." İnal, s. 1406, Özüğür, s. 440, Aydos, s. 14.

Evlat edinmek isteyen taraf kendisine tebliğ edilen ret, askıya alınma, kaldırma işlemlerine karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Bakanlığa bağlı İl Müdürlüğüne yazılı itirazda bulunabilir. Yapılan itiraz Bakanlık tarafından oluşturulan komisyon³⁷ tarafından en geç bir ay içinde karara bağlanır ve karar yazılı olarak evlat edinene tebliğ edilir(Tüzük, m.9).

Uygun görülenlerin evlat edinme başvuruları sıraya alınır. Çocuğun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu, varsa kardeşi ile birlikte istenmesi gibi özellikler sıralamayı belirlemede kilit rol oynamaktadır. Özellikle evlat edinilecek çocuğun kardeşi ile birlikte evlat edinilmesinde çocukların yüksek yararını gözetebilmek için sıralamaya bağlı kalınmamaktadır. Çünkü aslanan kardeşlerin birlikte evlat edinilmelerinin sağlanmasıdır. Bu mümkün olmadığı hallerde kardeşleri götüştürecek kişi/kişilerin yanına çocukların yerleştirilmesine ve birbirlerine yakın yerleşimlerin seçilmesine özen gösterilmektedir(Tüzük, m.10).

3.3. Başvuru Sürecinin İzlenmesi ve Değerlendirilmesi

Çocuğun bakım ve eğitimi için uygun kişi veya eşlerin bulunması halinde İl Müdürlüğü "Evlat Edinme Öncesi Geçici Bakım Sözleşmesi"ni evlat edinmek isteyen tarafa imzalatılır. Çocuğu en az bir yıl süreyle bakım ve eğitimi için uygun görülen kişi veya karı-kocanın yanına yerleştirir(Tüzük, m.11).Tarafların birbirlerini tanımaları adına önemli olan deneme süresi hatalı karar alınmasının da önüne geçmektedir³⁸.

Çocuk ve evlat edinmek isteyen kişi/kişiler bir yıllık geçici bakım süreci içinde İl Müdürlüğünce görevlendirilen sosyal çalışmacılar tarafından izlenir. Bu izlemeler üçer aylık dönemlerle rapora dökülür. Raporda, evlat edinecek kişi/kişilerin çocukla olan bağı, çocuğun bakım ve eğitim şartları, ruhsal ve bedensel sağlık durumu, varsa çocuğun evdeki diğer çocuklarla ilişkileri, her iki tarafın yaşam koşullarındaki değişiklikler gözlemlenir. Sosyal çalışmacılar izleme değerlendirme süreci içinde aynı zamanda danışmanlık ve rehberlik hizmeti de vermektedir(Tüzük, m.12).

Bir yıllık süre alt süredir(Tüzük, m.11). Diğer bir deyişle, çocuğun menfaati gereği bakım süresi uzatılabilir fakat kısaltılamaz³⁹. Bir yıllık izleme süresinin

³⁷ Tüzüğün 2/1-f maddesi gereğince Komisyon: İl Müdürünün başkanlığında, sosyal inceleme raporunu hazırlayanın da katıldığı, vakanın özelliğine göre Kurumun konusunda uzman meslek elemanlarının iştirak edeceği en az üç kişiden oluşan değerlendirme grubunu ifade etmektedir.

³⁸ Gençcan, s. 1262.

³⁹ Saleh, s. 39, Y2HD, 06.12.2004, E.12771, K.14510 "...Dosyada mevcut nüfus kayıt örneğinden, evlat edinilmek istenilen küçüğün 29.9.2003 doğumlu olduğu, dava ve hüküm tarihine göre henüz bir yaşını doldurmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, Türk Medeni Kanununun 305/1. Maddesinde belirtilen bir yıl süreyle bakma ve eğitime şartı gerçekleşmediğinden davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." Gençcan, s. 1263.

tamamlanmasının ardından düzenlenen sosyal inceleme raporuyla birlikte evlat edinmeye yönelik hazırlanan dosya bir ay içinde ilgili mahkemeye evlat edinme davası açılmak üzere gönderilmek için hazırlıkları tamamlanır.

Evlat edinmiş olan kişi/ailenin ikinci bir evlat edinme işlemi yapması çocukların yüksek yararı zedelenmediği ve şartlar yerine getirildiği takdirde mümkündür. İkinci bir evlat edinme işleminin yapılmasına yönelik herhangi bir kısıtlama söz konusu değildir⁴⁰.

3.4. Mahkeme Süreci

Evlat edinme işlemlerinde görevli mahkeme Aile Mahkemesidir. Aile Mahkemesinin bulunmadığı yerlerde Asliye Hukuk Mahkemesine başvuruda bulunulur. TMK'nın 315' inci maddesi uyarınca yetkili mahkeme ise evlat edinenin oturma yeri mahkemesidir. Birlikte evlat edinmede ise eşlerden birinin oturma yeri mahkemesi yetkili mahkemedir⁴¹. Oturma yeri ile yerleşim yeri birbirinden farklı kavramlardır. Oturma yeri kişinin fiili olarak kaldığı yer olup yerleşim yeri hukuki bir terimdir⁴². Örneğin, kişinin yerleşim yeri Rize'deyken geçici bir proje koordinatörlüğü görevi için Diyarbakır'a altı aylığına gidebilir. Bu şartlarda kişinin oturma yeri Diyarbakır olup yerleşim yeri Rize olarak kalmaya devam edecektir.

Nihai süreçte, mahkeme kararı sonucu evlatlık ilişkisi kurulmuş olur. Hâkim evlat edinmeye yönelik kararını verirken TMK'nın 316'ncı maddesi uyarınca kanaatini oluşturmasında, her türlü durum ve koşulları kapsamlı bir biçimde araştırır⁴³. Bu araştırma görevi taraflar yurt içinde yaşıyorlarsa illerde Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına bağlı İl Müdürlüklerince yerine getirilir. Fakat taraflardan biri yurt dışında ise evlat edinecek ailenin öncelikle bulunduğu ülkenin yetkili Merkezi Makamı'na başvurması gerekmektedir. Yurt dışı bağlantılı işlemler Bakanlığın Merkez teşkilatı olan Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğüne yürütülmektedir. Hazırlanan rapor ve evlat edinen ile edinilenin dinlenmeleri sonrasında ayrıca gerekli görülüyorsa uzmanlardan da görüş alınarak hâkim nihai kararını verir.

TMK'nın 316'ncı maddesi uyarınca araştırmada evlat edinilen ile edinenin kişiliği ve sağlığı; karşılıklı ilişkileri; ekonomik durumları; evlat edinenin eğitime yeteneği; evlat edinmeye yönelten sebepler; aile ilişkileri ile bakım ilişkileri incelenmektedir.

⁴⁰ Y2.HD, T.03.11.2001, E.14296, K.15558 sayılı kararı "...Düzgün soybağlı altsoyu olmayan kişi önceki evlatlığı yanında başka evlatlıkta edinebilir." İnal, s. 1397.

⁴¹ İnal, s. 1364, Özüğür, s. 437, Saleh, s. 66, Gençcan, s. 1280-1281, Kaya, s. 53-54, Dural, Öğüz, Gümüş, s. 318.

⁴² Özdamar, Sucu, s. 184, Aydos, s. 8.

⁴³ Saleh, s. 42, Şıpka, s. 316, Özdamar, Sucu, s. 184, Dural, Öğüz, Gümüş, s. 320.

Uygulamada sık görülen diğer bir yanlış bir başkasının çocuğunun evlat edinilmesi amacıyla, mahkeme kararı olmaksızın doğrudan nüfus kayıtlarına evlilik birliği içinde doğmuş çocuk olarak kayıt edilmesi halidir. Bu hal çocuğun soybağına yasal olmayan yollardan müdahale edilmesi anlamına gelmekte olup Türk Ceza Kanunu'nun 231'inci maddesine göre suç teşkil etmektedir. Bir çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Yine özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olan kişinin, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Bakanlık personeline böyle bir vakia ile karşı karşıya kalındığında, öncelikle aile soybağının düzeltilmesine yönelik hukuksal sürecin başlatılması konusunda yönlendirilmektedir. Şayet hukuksal sürecin başlatılmadığı tespit edilirse Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulmaktadır.

Evlat edinme davası kural olarak hasımsız davadır. Evlat edinmek isteyen kişi tek başına bu davayı açabileceği gibi evlat edinilen, evlat edinen ile beraber bu davayı açabilir. Ancak uygulamada, evlat edinme davasında hasım gösterilmesi yaygın olan durumdur. Hasım olarak evlat edinilen küçük fiil ehliyetine sahipse kendisi, velisi veya vasisi davacı ya da davalı olarak gösterilmektedir⁴⁴. Özellikle birazdan ele alacağımız TMK'nın 312'nci maddesinin uygulanmasına ilişkin Yargıtay'ın 2 ve 18'inci Dairelerinin yorumlarından kaynaklanan hususlar nedeniyle ana ve babası belli olmayan veya nerede olduğu belli olmayan ve bu nedenle ihmal edilen küçük hakkındaki devletin gözetiminde yapılan her evlat edinme işlemi hasımlı dava haline gelmektedir. Çünkü TMK'nın 312'nci maddesinde yer alan

*“Küçük gelecekte evlât edinilmek amacıyla bir kuruma yerleştirilir ve ana ve babadan birinin rızası eksik olursa, evlât edinenin veya evlât edinmede aracılık yapan kurumun istemi üzerine **ve kural olarak küçüğün yerleştirilmesinden önce, onun oturduğu yer mahkemesi bu rızanın aranıp aranmamasına karar verir.***

Diğer hâllerde, bu konudaki karar evlât edinme işlemleri sırasında verilir.

*Ana ve babadan birinin küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmemesi sebebiyle rızasının aranmaması hâlinde, bu konudaki karar kendisine yazılı olarak bildirilir.”*TMK'nın 312'nci maddesinin 2'nci fıkrası Yargıtay Dairelerince **mutlak, istisnası olmayan bir kural olarak** uygulanmakta ve yorumlanmaktadır. Bu durumda, ana ve babası tarafından özen yükümlülüğüne aykırı davranılıp ihmal edilen, bu nedenle devlet koruması altına alınan ve ardından evlat edinme hizmetinden yararlandırılması uygun görülen çocuğun evlat edinilmesi için açılacak izin veya evlat edinme davaları (TMK, m.305, 306, 307) evlat edinmede ana-babanın rızasının aranmaması için açılacak

⁴⁴ Aydos, s. 11.

davalar ile (TMK,m.312) birleştirilmekte ve birleştirilen bu davalar hasımlı dava halini almaktadır. Uygulamada bu tür davalarda özen yükümlülüğüne ve velayet hakkına aykırı olarak üç hatta beş yıl süreyle çocuğuna bakmayan, arayıp sormayan, mahkeme celbi üzerine yargılamaya gelip çocuğuna bakmak istemediğini, devlet korumasında kalmasına rıza gösterdiğini ancak evlat edinilmesine rızasının olmadığını beyan eden ebeveynlere rastlanmakta olup mahkemelerin de bu ebeveynlerin beyanlarını dikkate alıp rıza yokluğunu gerekçe göstererek evlat edinmeye izin vermediği görülmektedir.

4. YETKİLİ KURUM ARACILIĞIYLA EVLAT EDİNMEDE ANA-BABANIN RIZASI SORUNU

Yukarıda izah olunduğu üzere velayet altında olup evlat edinilecek olan küçük ile ilgili olarak TMK'nın 311 ve 312'nci maddelerindeki saklı haller haricinde TMK'nın 309'uncu maddesi gereğince küçüğün biyolojik ana-babasının da rızası alınmalıdır.

TMK'nın "rızanın aranmaması" başlıklı 311'inci maddesine göre:

Aşağıdaki hâllerde ana ve babadan birinin rızası aranmaz:

1. Kim olduğu veya uzun süreden beri nerede oturduğu bilinmiyorsa veya ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bulunuyorsa,

2. Küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmiyorsa.

Yine TMK'nın 312'nci maddesine göre:

Küçük, gelecekte evlât edinilmek amacıyla bir kuruma yerleştirilir ve ana ve babadan birinin rızası eksik olursa, evlât edinenin veya evlât edinmede aracılık yapan kurumun istemi üzerine ve kural olarak küçüğün yerleştirilmesinden önce, onun oturduğu yer mahkemesi bu rızanın aranıp aranmamasına karar verir.

Diğer hâllerde, bu konudaki karar evlât edinme işlemleri sırasında verilir.

Ana ve babadan birinin küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmemesi sebebiyle rızasının aranmaması hâlinde, bu konudaki karar kendisine yazılı olarak bildirilir.

TMK'nın 312'nci maddesinin uygulanmasına ilişkin Yargıtay'ın 2 ve 18'inci Dairelerinin⁴⁵ yorumlarından kaynaklanan hususlar nedeniyle ana ve babası belli olmayan veya nerede olduğu belli olmayan ve bu nedenle ihmal edilen küçük hakkındaki devletin gözetiminde yapılan her evlat edinme işlemi hasımlı

⁴⁵ Y2.HD, T.03.10.2011, E.2011/10286, K.2011/14804; Y2.HD, T.13.01.2014, E.2013/25510, K.2014/52; Y18.HD, T.12.01.2015, E.2014/20480, K. 2015/31; Y18.HD, T.07.01.2014, E.2013/14572, K. 2014/18; Y18.HD, T.16.01.2014, E.2013/19647, K. 2014/433; Y18.HD, T.24.02.2016, E.2015/22726, K.2016/3180; Y18.HD, T.12.01.2016, E.2015/5980, K. 2016/240; Y2.HD, T.16.11.2017, E.2016/23522, K. 2017/12858.

dava haline gelmiştir. Ayrıca, bu hususa ilişkin verilen içtihatlar nedeniyle söz konusu maddenin yorumu bir muammaya dönüşmüştür. Yargıtay’a göre, evlat edinmede ana ve babanın rızasının aranmaması kararının küçüğün kuruma yerleştirilmesinden sonra evlat edinme kararından bağımsız olarak talep edilebilmesi mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle Yargıtay, TMK 312’nci maddesinin 1’inci fıkrasını mutlak, istisnası olmayan bir kural olarak uygulamaktadır. Oysa madde metninin lafzı istisnai durumlarda bu davaların ayrı açılmasına imkân vermektedir. Rızanın aranmaması kararının çocuğun evlat edindirilmek üzere bir aile yanına yerleştirilmesinden önce alınması ve hatta kesinleştirilmesi bazı hallerde zorunludur. Aksi durumda kendisine verilen çocuğu evlat edinebileceğini düşünen aile ilerde açtığı evlat edinmede ana-babanın rızasının aranmaması davasında hüsrana uğrayabilecek, çocuk kendisinden alınıp biyolojik ailesine veya devlet korumasına geri gönderilebilecektir. Bu durum da potansiyel evlat edinme ailesiyle güçlü bağlar kuran çocuğun örselenmesine ve menfaatlerinin ihlal edilmesine yol açacaktır. Bu nedenle, maddenin yorumuna ilişkin olarak ortaya çıkan çelişkili durumlar aşağıda madde metninde yer alan her bir husus tek tek ele alınıp açıklanacaktır.

4.1. Küçüğün Evlat Edindirilmek Amacıyla Bir Kuruma Yerleştirilmesi

TMK’nın 312’nci maddesinin lafzına bakıldığında, küçüklerin evlat edinilmesine yönelik bir kurumun olduğu ve küçüklerin evlat edindirilmek amacıyla bir kuruma yerleştirilmesinin hukuken mümkün olduğu karine olarak karşımıza çıkmaktadır. Daha doğrusu kanun koyucu bir küçüğün evlat edindirilmek amacıyla bir kuruma yerleştirilmesinin hukuki karşılığının mevcut olduğunu düşünmektedir. O halde öncelikli sorulması gereken soru çocuklar evlat edindirilmek amacıyla hangi kuruma yerleştirilir. Bu soruya, çocuklar evlat edindirilmek amacıyla Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına bağlı çocuk evleri veya çocuk yuvalarına yerleştirilir yanıtını vermek mümkün gözükabilir. Ancak gerek Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının kurulmasına ilişkin düzenlemeler gerekse bu Bakanlıktan önce evlat edinme ve koruyucu aile hizmetlerini yürüten mülga Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile mülga Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğünün teşkilatına görev ve yetkilerine ilişkin mevzuata bakıldığında⁴⁶, bu kurumların görevlerinin sadece evlat edinmeye aracılık etmek üzere kurulmadığı açıkça görülür. Söz konusu kurumlara çocuklar 2828 sayılı Kanun kapsamında korunma kararı

⁴⁶ 3/6/2011 tarihli ve 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, yeni adıyla, “Sosyal Hizmetler Alanında Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu ve önceki adıyla Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu ve nihayetinde 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu.

alınarak ya da 5395 sayılı Kanuna göre bakım veya barınma tedbiri kararı ile yerleştirilmektedir. Bu kararlar alınırken temel amaç korunmaya ihtiyacı olan ya da korunmaya muhtaç çocukların devlet tarafından bakılıp gözetilmesini sağlamaktır. Dolayısıyla hiçbir çocuk kuruma ilk yerleştirildiğinde veya devletin bakım ve gözetimi altına alındığında evlat edindirilmek amacıyla kuruma alınmamaktadır.

Bir başka anlatımla, çocuklar, bakılıp gözetilmek ve mümkün olan en kısa zamanda ailesine geri döndürülmek ya da aile ortamına en yakın ortama döndürülmek üzere bakım ve korunma altına alınmaktadır. Dahası, Kuruma yerleştirilen tüm çocuklar evlat edinme hizmet modelinden yararlandırılmazlar. Hangi çocuğun bu modele uygun olduğu ancak yapılan sosyal inceleme ile ortaya çıkmaktadır. Çocuğun yararlanacağı hizmet modelini belirlemek zaman almaktadır. Dolayısıyla pratikte önce çocuklar hakkında 2828 sayılı Kanuna göre korunma veya 5395 sayılı Kanuna göre bakım tedbiri kararı alınmakta, ardından evlat edinme modeline uygun olup olmadıkları araştırılmaktadır. Ayrıca hiçbir çocuk korunma veya bakım tedbiri kararı olmadan evlat edindirilememektedir. Çünkü devletin müdahalesi ancak bakım tedbiri kararı veya korunma kararı ile mümkün olmaktadır.

Maddenin lafzından ve Yargıtay'ın 2 ve 18'inci Hukuk Daireleri'nin yorumundan hareket edilecek olursa madde metni ancak ve ancak ailesi tarafından SİRF evlat edindirilmek üzere kurum bakımına yerleştirilen çocuklar için geçerli olabilir. Ancak mevcut durumda Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına bağlı olup KURUM olarak nitelendirilebilecek çocuk evleri veya çocuk yuvaları, bakım, koruma ve rehabilitasyon kurumu olarak teşkilatlanmış olup evlat edinme acentesi gibi faaliyet göstermemektedir. Dolayısıyla kanun koyucunun düşündüğünün aksine pratikte çocukların evlat edindirilmek amacıyla yerleştirilebileceği bir kurum bulunmamaktadır. Çünkü amaca doğrudan hizmet eden böyle bir kurum henüz kurulmamıştır. Mevzuat çocukların bakılması, korunması ve rehabilitasyonu amacıyla kurumlar kurulmasını ve bu kurumlarda kalan çocukların evlat edindirme hizmetlerinden yararlandırılmasını öngörmektedir. Yoksa ülkemizde çocukların evlat edindirilmesine yönelik yurt dışındaki gibi evlat edinme acentalarına (*agency*) benzer kurumlar henüz oluşturulmamıştır. Yukarıda izah olunan (bkz.6nolu dipnot) mevzuat ile devlete bırakılan evlat edinme hizmetlerini koordine etme görevi, devletin aynı zamanda sadece evlat edinme amacıyla faaliyet gösteren kurumlar kurduğu anlamına gelmez. Mevcut durumda devlet kendisine korunmak ve bakılmak üzere bırakılan çocuklar içerisinde evlat edinme hizmetine uygun olanları evlat edindirmekte diğer çocuklara çocuk evlerinde veya sitelerinde bakmaya devam etmektedir. Dolayısıyla biyolojik aileleri tarafından çeşitli nedenlerle istenmedikleri için SİRF evlat edindirilmek üzere devlet korumasına bırakılanlar dışında çocukların gelecekte evlat edindirilmek üzere bir kuruma yerleştirilmesinin uygulamada karşılığı yoktur.

İkinci hususa gelince çocuklar gelecekte evlat edindirilmek amacıyla bir kuruma hangi hukuk prosedürü izlenerek yerleştirilecektir? Küçüğün evlat edindirilmek amacıyla bir kuruma yerleştirilmesinin hukuki karşılığı nedir? TMK'nın 347'inci maddesine göre, "Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş hâlde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir." Bu madde hükmü çocuğun bir kuruma yerleştirilmesine hukuken olanak sağlasa da yerleştirmenin evlat edindirme amaçlı olabileceği hiçbir şekilde madde metninden anlaşılmamaktadır. Böyle bir niyet olsa idi madde, TMK'da Velayet başlığına ilişkin 335-351'inci maddeleri arasında düzenlenmez, evlat edinmeye ilişkin 305-320'inci maddeleri arasında düzenlenirdi. Nitekim bu maddenin gayesi, çocuğun dış tehlikelere karşı korunması amacıyla bir aile veya kuruma yerleştirilmesi olup Türk Medeni Kanunu içindeki sistematikte de 346 ve 347'inci maddeleri arasında korunma önlemiyle çocuğun kuruma yerleştirilmesi başlığı altında düzenlenmiştir.

Peki, çocukların kurum bakımı altına alınmasını sağlayan ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nun 22 ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5'inci maddesine göre verilen bakım tedbiri kararı çocukların gelecekte evlat edinmek amacıyla bir kuruma yerleştirilmesine hizmet eder mi? Ya da korunma kararı veya bakım tedbiri çocuğun evlat edindirilmek amacıyla kuruma yerleştirildiğine dair bir emir veya irade içerir mi? Gerek 2828 sayılı Kanunun 22 gerekse 5395 sayılı Kanunun 5'inci maddesi yine çocukların korunması amacına hizmet etmekte olup çocuğun gelecekte evlat edindirilmek amacıyla bu kuruma yerleştirildiğine dair herhangi bir ön kabul, şart veya irade ihdas etmez/edemez. Özetleyecek olursak çocuğun koruma amaçlı bir kuruma yerleştirilmesinin hukuki bir karşılığı ve buna yönelik bir prosedür bulunsa da çocuğun doğrudan verilecek bir mahkeme kararı ile gelecekte evlat edindirmek amacıyla bir kuruma yerleştirilmesine olanak sağlayan hukuki müessese bulunmamaktadır. TMK'nın 346 ve 347'inci maddelerinin bu amaçla kullanılmasını engelleyen herhangi bir hukuki engel yoksa da çocukların devlet koruması altına alınmasında ve kuruma koruma amacıyla yerleştirilmesinde TMK 346 ve 347'inci maddeleri yerine 2828 sayılı Kanunun 22, 5395 sayılı Kanunun 5'inci maddesinde belirtilen usul ve esaslar uygulanmaktadır.

Üçüncü husus yerleştirme kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkindir. Yerleştirme kavramından kastedilen, aile yanına yerleştirme mi yoksa çocuğun kuruma yerleştirilmesi midir? Yargıtay'a göre yerleştirme sözcüğüyle ifade edilen "aile yanına" yerleştirme olmayıp "kuruma" yerleştirmedir⁴⁷. Oysa madde lafzından hareketle yapılan bu yorum yerine yukarıda yaptığımız izahata bakıldığında kanun koyucunun aile yanına yerleştirmeyi kastetme ihtimalinin

⁴⁷ Y2.HD., T. 13.01.2014, E.2013/25510, K.2014/52.

daha yüksek olduğu ortaya çıkmaktadır. Aksi bir durum, yukarıda belirttiğimiz, korunma veya bakım tedbiri kararlarının çocuğun evlat edindirmek amacıyla bir kuruma yerleştirilmesine hizmet eden veya bu amaca matuf bir karar olduğu yorumunda bulunmamıza neden olur ki yukarıda özetlediğimiz mevzuat buna imkân vermemektedir.

4.2. Küçüğün evlat edindirilmek amacıyla bir kuruma yerleştirilmesine ilişkin dava hasımlı mı hasımsız mı görülür?

Yargıtay 2'nci Hukuk Dairesi'ne göre, yetkili kurum aracılığı ile evlat edinme yoluna gidilmesi halinde, küçük kuruma yerleştirilmeden önce ana-babadan birinin rızası eksik olursa, evlat edinmede ana ve babanın rızasının aranmaması kararının küçüğün kuruma yerleştirilmesinden sonra evlat edinme kararından bağımsız olarak talep edilebilmesi mümkün değildir. Bu durumda çocuk kuruma yerleştirilirken ana ve babanın rızası eksik ise rızanın aranmaması talebi yerleştirme kararı verilmeden önce alınmalıdır. Bir başka deyişle Yargıtay'a göre kuruma yerleştirmeyi sağlayan korunma kararı veya bakım tedbiri kararı sırasında Kurum bu çocuğun gelecekte evlat edinilebileceğini göz önünde bulundurarak, korunma kararı veya bakım tedbiri kararı ile birlikte rızanın aranmaması yönünde karar verilmesini istemelidir. Oysa 2828 sayılı Kanunun 22'nci maddesinin ve 5395 sayılı Kanunun 5 ve 13'üncü maddeleri gereğince kural olarak bu kararlar duruşma yapılmaksızın dosya üzerinde alınabilir. Ancak ana-babanın rızasının aranmaması davası ana-babanın kim olduğu biliniyorsa çekişmeli yargı işine dönüşmektedir. Bu nedenle rızanın aranmamasına yönelik dava ile korunma kararı veya bakım tedbiri kararları aynı dosyada her şartta birlikte yürütülecek dava türleri değıllerdir.

Şayet rızanın aranmaması evlat edinme davası ile birlikte açılırsa, o zaman da kurum aracılığıyla evlat edinmek isteyen aile ile çocuğun biyolojik ana ve babası karşı karşıya gelecek demektir. Bu durum da yetkili kurum aracılığı ile yapılacak evlat edinme hizmetlerini sekteye uğratacaktır. Çünkü evlat edinecek aileler genel olarak biyolojik aile ile tanışmak ve karşı karşıya gelmek istememekte kimliklerinin gizli kalmasını tercih etmektedir.

Tüm saydığımız usuli eksiklikler ve süreçteki olumsuzluklara rağmen Yargıtay'ın yerleşik kararlarında korunma kararı davası ile evlat edinmede ana-babanın rızasının aranmaması davası birlikte açılması, küçüklerin yasal temsilcisi olan biyolojik ana-babaya husumet yönelttilerek dava görülmesi gerektiği noktasındadır⁴⁸.

⁴⁸ Y2.HD., T.16.11.2017, E.2016/23522, K.2017/12858 sayılı kararı "...Dava, koruma kararı ve evlat edinmede ana-baba rızasının aranmamasına ilişkin olup, mahkemece talebin kabulüne karar verilmiştir. Korunmaya muhtaç çocuklar hakkında, Kanunda öngörülen tedbirlerin alınması ve evlat edinme işlemi, küçüğün haklarına etkili olduğu gibi, yasal temsilcilerinin haklarına da etkilidir. Bu bakımdan davanın küçüklerin yasal temsilcisine

Küçüğün evlat edindirilmek amacıyla bir kuruma yerleştirilmesine ilişkin dava ile ana-babanın rızasının aranmaması davası görev noktasında aynı mahkemede görülebilir mi?

Küçüğün evlat edinme amacıyla bir kuruma yerleştirilmesi sırasında ana-babadan birinin rızası eksik ise Yargıtay'a göre, bu hususta ana-babanın rızasının aranmaması yönünde bir karar alınmalı bu karar yerleştirme kararı ile birlikte alınmalıdır. Yukarıda izah ettiğimiz üzere yerleştirme kararının hukuki niteliğinden kasıt eğer korunma veya bakım tedbiri kararı ise, bu iki karar görev noktasında aynı mahkemelerden alınamaz. Çünkü korunma kararına ilişkin olarak 2828 sayılı Kanunun 22'nci maddesi 6.2.2014 tarih ve 6518 sayılı Kanunun 17'inci maddesiyle değiştirilerek, korunma kararı alınmasında yetkili ve görevli mahkemenin 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda yetkili ve görevli olarak belirlenen Çocuk Mahkemesi olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla korunma kararları artık Çocuk Mahkemesinden alınacak olup Aile Mahkemesi görevli bulunmamaktadır. Yine 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 5 ve 7'inci maddeleri gereğince bakım tedbiri kararı almaya yetkili ve görevli mahkeme Çocuk Mahkemesidir. Çocuk Koruma Kanunun 7'inci maddesinin 7'inci bendi, Çocuk Mahkemesi hâkimini bakım tedbiri kararı verme yanında, velayet, vesayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında da karar vermeye yetkili kılmışsa da evlat edinmeye ilişkin işlemler konusunda karar vermeye yetkili kılmamıştır. O halde Yargıtay'ın öngörüsünün aksine eğer yerleştirme kararının hukuki karşılığı bakım tedbiri veya korunma kararı ise ve bu davalarda çocuk mahkemesinde görülecek ise, evlat edinmede ana-babanın rızasının aranmaması davası da Aile Mahkemesinin görev alanına giriyorsa, bu davaların görev noktasında aynı anda aynı mahkemede açılması mümkün değildir.

Yok eğer çocuğun evlat edindirmek amacıyla bir kuruma yerleştirilmesinin hukuki karşılığının TMK'nın 346 ve 347'inci maddeleri olduğu iddia ediliyorsa bu durumda iki davanın görev noktasında aynı mahkemede açılması mümkün olmakla birlikte yukarıda izah ettiğimiz üzere, çocukların devlet koruması altına alınmasında veya kuruma yerleştirilmesinde TMK'nın 346 ve 347'inci maddeleri yerine 2828 sayılı Kanunun 22, 5395 sayılı Kanunun 5'inci

husumet yöneltilerek görülmesi, gösterilmesi halinde onların da delillerinin toplanması gerekir. Mahkemece küçüğün yasal temsilcisine hukuki dinlenilme hakkı (HMK m.27) çerçevesinde delillerinin sorulması ve gösterdiği takdirde usulünce toplanılıp, gerektiğinde uzman bilirkişilerden görüş alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken duruşma açılmadan ve ilgililere tebliğ yapılmadan evrak üzerinde, yasal temsilcisinin savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracak şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir."

maddesinde belirtilen usul ve esaslar uygulandığından, uygulamada yine bu davaların görev noktasında aynı mahkemede açılması mümkün değildir.

Küçüğün evlat edindirilmesine yönelik açılacak dava ile ana-babanın rızasının aranmaması davasının birlikte açılması çocuğun menfaatlerine uygun düşer mi?

Ana-babanın rızasının aranmaması davası ile evlat edinme davasının birlikte açılması gerektiği kabul edilirse, bu durum ana-babanın rızasının aranmaması davasının açılmasının en az bir yıl süreyle ertelenmesi anlamına gelir. Çünkü TMK'nın 305'inci maddesine göre, *“Bir küçüğün evlât edinilmesi, evlât edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması koşuluna bağlıdır.”*

Bu davaların açılmasının en az bir yıl ertelenmesi ne çocuğun ne de evlat edinecek kişilerin menfaatine hizmet etmektedir. Ülkemizde imzalanıp iç hukuk kuralı haline dönüşen ÇHDS'nin 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına 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.

Dolayısıyla evlat edinmede rızanın aranmaması davasını bir an önce açıp davayı sonuçlandırmak imkânı var iken bu davaları en az bir yıl öteleyerek çocuğun menfaatinin korunması ve gözetilmesi sağlanamayacaktır. Çünkü çocuk ile evlat edinecek aile arasında bir yıllık geçici bakım süresinde bir bağ oluşur ve daha sonra rızanın aranmamasına ilişkin davanın reddi halinde çocuğun aileden alınması çocuğun örselenmesine ve travmaya uğramasına yol açacaktır. Nitekim Yargıtay 18'inci Hukuk Dairesi'nce verilen 12.01.2015 tarih ve E. 2014/20480, K.2015/31 sayılı karara konu olayda çocuk açısından bu çelişkili sonuç açıkça yaşanmıştır⁴⁹.

Oysa rızanın aranıp aranmayacağına yönelik dava evlat edinmeye ilişkin davadan önce açılırsa, henüz ana-baba kavramlarını algılamayacak kadar küçük

⁴⁹ Y18.HD, T.12.01.2015, E.2014/20480, K.2015/31 sayılı kararı“...Dosyadaki bilgi ve belgelerden; Nahideyle Hasan'ın evlilik dışı beraberliklerinden 27.06.2008 tarihinde Umud isimli çocuğun dünyaya geldiği, Hasan'ın çocuğu 07.07.2008 tarihinde tanıdığı, ana babanın çocukla yeterince ilgilenmedikleri için Umud'un 18.03.2009 tarihinde yuvaya yerleştirildiği, 17.06.2009 tarihinde ise hakkında koruma kararı alındığı, davacıların 11.05.2010 tarihinde Afyonkarahisar Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğünden Umud'u evlat edinmek amacıyla aldıkları, dava tarihi itibarıyla iki yıldan fazla süre çocuğa baktıkları, onu evlat edinmek için Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı İl Müdürlüğü davalı gösterilerek dava açtıkları, çocuğun ana ve babasına davanın yöneltilmediği, mahkemece davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmaktadır. Ne var ki dava sonucunda verilecek hüküm, çocuğun haklarına etkili olacağı gibi, doğuracağı sonuçlar bakımından onun ana ve babasının haklarına da **etkili olacaktır**. Bu bakımdan davada küçük Umud'un ana ve babasına husumetin yöneltilmesi, göstermeleri halinde onların delillerinin de toplanması ve tüm delillerin birlikte değerlendirilerek hasil olacak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve hasımla hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”

olan çocuk, rızanın aranmaması davasında ret kararı çıksa bile bu travmayı atlatabilecek ve bu uygulama çocuğun menfaatlerinin korunmasına daha uygun düşecektir. Bu nedenle çocuğun biyolojik ana ve babasının rızasının aranıp aranmayacağına yönelik dava çocuk evlat edinilmek üzere aile yanına yerleştirilmesinden önce açılabilmesi ve sonuçlandırılmalıdır.

SONUÇ

Yoksulluk, yoksunluk başta olmak üzere aile içi şiddet, erken yaşta/zorla evlilik, eğitim düzeyinin düşüklüğü, sosyal dışlanma gibi nedenlerden dolayı muhtaç çocuk sayısı ve trajik aile vakiaları artmaktadır. Çocuklar muhtaç ve risk grubu içinde yer almaktadır. Çocukların yüksek yararını korumak için ülke düzeyinde ve küresel ölçekte çok aktörlü ve çok sektörlü çabalar içinde yer alınması gerekmektedir. Korunmaya muhtaç çocukların diğer çocuklar gibi bakımı, eğitimi, yetiştirilmesi ailelerin ve devletin birincil sorumluluğundadır. Bu çerçevede aile ve devlet arasındaki sorumluluğun dağılımında öncelik sonralık sıralaması yapılmamalıdır.

Devlet koruma tedbirlerini uygularken ulusal ve uluslararası düzenlemelerinde yüklediği sorumlulukla çocuğu yine aile ortamında korumakla yükümlüdür. Bu bakımdan, tüm koruma ve önleme tedbirlerine rağmen çocuğun biyolojik ailesine dönme ihtimali bulunmuyorsa çocuk kalıcı hizmet modeli olan evlat edinme hizmetinden yararlandırılmalıdır.

Çocuğun yüksek yararını gözetebilmek adına geliştirilen, koruyucu ve önleyici bir hizmet modeli olan, evlat edinme işlemlerinin hayata geçirilmesinde kanundaki düzenlemeler ile Yargıtay uygulamaları zaman zaman birbiriyle çelişmektedir. Bu çelişki özellikle kamu hizmeti olarak yürütülen evlat edinmede aracılık hizmetleri sırasında yaşanan ana-babanın rızasının aranmaması sorunu ile bu sorunun evlat edinme sürecine yansımada kendini göstermektedir.

TMK'nın 312'nci maddesi uyarınca küçük, evlat edinilmek üzere kuruma yerleştirildiğinde bu aşamada ana-babadan birinin veya her ikisinin rızası eksik olursa, aracı kurum olan Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına bağlı İl Müdürlüğü veya evlat edinmek isteyen kişinin talebi üzerine ve *kural olarak küçüğün yerleştirilmesinden önce*, küçüğün oturduğu yer mahkemesinin ana-babanın rızasının aranıp aranmayacağına yönelik karar vermesi gerekmektedir. Diğer durumlarda ise ana-babanın rızası meselesi evlat edinme işlemleri sırasında dikkate alınmaktadır.

Kanun maddesi ana-babanın rızasının aranmamasına yönelik kararın alınmasının gerekli olduğu dönemi küçüğün yerleştirilmesinden önceki dönem olarak belirlemiştir. TMK 312'nci maddesindeki küçüğün yerleştirilmesinden kast edilen yerin kurum mu aile yanımı olduğu konusunda belirsizlik söz konusudur. Yargıtay yerleştirmeyi kuruma yerleştirme olarak yorumlamaktadır. Bu nedenle ana-babanın rızasının aranıp aranmaması

kararının küçüğün kuruma yerleştirilmesinden sonra, evlat edinme kararından bağımsız olarak talep edilemeyeceğine yönelik hüküm kurmaktadır. Ancak ilgili mevzuatlara bakıldığında ve pratikte çocukların evlat edindirilmek amacıyla yerleştirilebileceği bir kurum bulunmadığından, kanun koyucunun aile yanına yerleştirmeyi kast etme ihtimalinin daha yüksek olduğu açıktır.

Sorunun çözümünü yine yargıda bulmak mümkündür. Nitekim, Yargıtay 18'inci Hukuk Dairesi'nin T.24.02.2016, E.2015/22726, K.2016/3180 sayılı kararındaki karşı oy yazısında belirtilen hususlar sorunun çözümüne katkı sunacak niteliktedir. Bu karşı oy yazısına göre; *"...Türk Medeni Kanunu'nun 312'nci maddesinin (1.) fıkrasının son cümlesinde yer alan **"küçüğün yerleştirilmesinden önce" ifadesiyle kast edilen, koruma tedbiri nedeniyle yurda alınmış olma değil, gelecekte evlat edinilmek amacıyla yerleştirmedir.** Küçük, davacı kurum tarafından gelecekte evlat edinme amacıyla "Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük" (R.G. 15.03.2009 gün ve 27170 sayı) hükümleri çerçevesinde "evlat edinme amaçlı" bir yerleştirme işlemine tabi tutulmadığı [süreçe], küçüklerin evlat edinilmesinde aracılık faaliyetlerini yürütmekle görevli olan davacı kurum, evlat edinmede rızanın aranmaması kararı isteyebilir."*

Kanun maddesindeki düzenleme bu bağlamda değiştirilirse korunmaya muhtaç olup evlat edindirilmek üzere sırada bekleyen çocukların evlat edinme sürecini uzatan yargısal uygulamaların önüne geçilebilecek, daha fazla aile veya birey daha kısa sürede evlat edinme hizmetinden yararlanabilecek, aynı zamanda korunmaya muhtaç çocukların evlat edinilmek üzere aile yanında veya kurumda geçirmesi gereken süre azalacaktır.

Korunma kararı sonucunda kuruma yerleştirilen çocuk için öncelikle onun yüksek yararını gözetebilmek adına hangi hizmet modelinin uygulanacağına karar verilmelidir. Uygulanacak hizmet modeli evlat edinmeye, evlat edinmeye yönelik iş ve işlemler yürütülmeden önce ana-babadan birinin rızası eksikse bu rıza sorunu giderilmelidir. Ana- babanın rızasının aranmayacağına yönelik dava neticelendirilip kesinleştirildikten sonra evlat edinmeye yönelik dava süreci işletilmelidir. Çocuğun yüksek yararına daha uygun düşen bu yaklaşımla, çocuk ile evlat edinecek aile arasında bir yıllık geçici bakım süresinde oluşan duygusal bağın, daha sonra rızanın aranmamasına ilişkin davanın reddi ve çocuğun aileden alınması nedeniyle zedelenmesinin ve çocuğun travmaya uğramasının önüne geçilecektir. Aksi uygulamalar çocuğun örselenmesine ve travma yaşamasına neden olmaktadır.

KAYNAKÇA

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı&Unicef, Koruyucu Aile Eğitim Modülleri, Modül 1.

Ali İhsan Özüğür, **Kişi Hukuku-Velayet-Vesayet-Soybağı-Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler**, Seçkin Hukuk, Ankara, 2016.

August Egger, **Medeni Hukuk Şerhi, Aile Hukuku**, çev. Tahir Çağa, İstanbul, 1949.

Bülent Köprülü, Selim Kaneti, **Aile Hukuku**, İstanbul, 1989.

Cem Baygın, **Evlat Edinmenin Koşulları**, AÜEHFD, 7.Cilt, S.3-4, Cumhuriyetin 80. Kurtuluş Yılına Armağan, Erzincan 2003.

Cengiz Kaya, **Türk Hukukunda Evlat Edinme**, Beta, 2009.

Cengiz Özbesler, **Koruyucu Aile Hizmetlerinde Değerlendirme Süreci, Aile ve Toplum Eğitim-Kültür ve Araştırma Dergisi**, Yıl: 11 Cilt: 4 Sayı: 16 Ocak-Şubat-Mart 2009.

Demet Özdamar, C. Gamze Sucu, **Türk Medeni Kanunu'nun 313. Maddesinde, 15.07.2005 Tarihinde Yapılan Değişiklik ve Uluslararası Sözleşmeler Karşısında, Evlat Edinme Konusunun Farklı Bir Bakış Açısı ile Ele Alınması**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.I, S.2, Kayseri, 2006.

Hüseyin Hatemi, **Aile Hukuku**, Onikilevha, 6.Bası, İstanbul, 2018.

Kasım Karataş, **Türkiye'de Çocuk Koruma Sistemi ve Koruyucu Aile Uygulamaları Üzerine Bir Değerlendirme**, Toplum ve Sosyal Hizmet, Cilt 18, Sayı 2, Ekim 2007.

Kemal Oğuzman, Mustafa Dural, **Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998.

Mahmut Kizir, **Türk Hukukunda Evlat Edinme**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2004.

Muhsen Abdulkader Saleh, **Türk Hukukunda Küçüklerin Evlat Edinilmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Murtaza Köse, **Mukayeseli Hukukta Evlat Edinme Problemi**, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S.15, Erzurum, 2001.

Mustafa Dural, Tufan Öğüz, Mustafa Alper Gümüş, **Türk Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

Necmettin Feyzioğlu, **Aile Hukuku**, İstanbul, 1986.

Nihat İnal, **Aile Mahkemeleri Davaları**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016.

Oğuz Sadık Aydos, **Yeni Medenî Kanuna Göre Evlât Edinme**, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4_7.pdf.

Ömer Uğur Gençcan, **Aile Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Recep Doğan, **Wishful Thinking Or Solution? The Concept Of Open Adoption And Its Future**, Ankara LawReview, Vol. 8 No. 2, Winter 2011.

Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Selahattin Sulhi Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.

Sosyal Ekonomik Destek Hizmeti (SED) <https://cocukhizmetleri.aile.gov.tr/sosyal-veekonomik-destek-hizmeti>.

Süleyman Yalman, **Evlât Edinme ve Evlatlığın Miras Hakkı**, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/261882>.

Süleyman Yalman, **Evlât Edinmede Rıza**, <http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/85.pdf>.

Şükran Şıpka, **4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Evlât Edinmeye" İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi**, İÜHFM C. LVIL S. 1-2, İstanbul, 1999.

Turgut Akıntürk, Derya Ateş, **Medeni Hukuk**, Beta, 2018.

Zeynep Derya Tarman, Işık Önay, **Milletlerarası Evlât Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli**, AÜHFD, C.60, S.2, 2011, s.331-365.

TÜRK HUKUKU'NDA ÜRETİCİNİN VE İTHALATÇININ SATIM SÖZLEŞMESİNDE AYIPTAN SORUMLULUĞU

The Responsibility of Manufacturer and of Importer For The Defect On Sale Agreement in Accordance With Turkish Law Of Obligations and Consumer Protection Law

Av. Burak Hamza ER¹

Geliş Tarihi: 08.01.2018 Kabul Tarihi: 28.09.2018

ÖZET

Satış sözleşmesinde ayıptan sorumluluğa ilişkin olarak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan farklı bazı ilkeler öngörmüştür. Farklılık arz eden bu ilkelerden birine de, ayıplı satım halinde tüketicinin sahip olduğu seçimlik hakların yöneltilebileceği kişiler bakımından yer verilmiştir. Buna göre; ayıplı satım halinde tüketici hala dört adet seçimlik hakka (Ayıpsız benzeri ile değiştirme, bedel iadesi, bedel indirimi, ücretsiz onarım) sahiptir. Fakat bedel indirimi ve bedel iadesi seçimlik hakları 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile artık yalnızca "satıcıya" yöneltilebilmektedir, zira satım bedelini tahsil eden kişi satıcıdır. Bu kanunun ilgili maddesi, parasal taleplerin üreticiye ve/veya ithalatçıya yöneltilemeyecek olması nedeniyle kanun koyucu tarafından bilinçli olarak getirilmiştir. Bununla birlikte, kanun koyucu aynı kanunun 56'ncı maddesi ile bu ilkeye bir istisna getirmiş görünmektedir.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, seçimlik haklar, satıcı, ithalatçı, garanti sorumluluğu

ABSTRACT

The goods in the sales contract that are in the possibility of being defective, the law number 6502 which is about the protection of consumer has brought some principles that are different from the abolished law number 4077 which is about the protection of consumer. One of them, in case the defective selling buyers (consumers) will have the optional rights that can be directed to the between people, it is distinguished according to the optional right. According to this, when the purchased product is defective, the consumer will still have four optional rights (change with the multiple, price refund, price reduction, free repair). But price refund and price reduction can be asserted to the "seller" because the seller collected the price of the product. The reason for the related article of the law is that "monetary claims can not be directed to the importer and / or producer" and this distinction is made consciously. However, Article 56 of the same law seems to have brought an exception to this principle in the context of the warranty obligation.

Key Words: Consumer, optional rights, seller, importer, warranty liability

¹ İstanbul Barosu'nda avukat ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi doktora öğrencisi. e:posta: burakhamzaer@gmail.com. ORCID ID: 0000-0003-2033-8239

GİRİŞ

Günümüz piyasa koşulları, ürün çeşitliliğinin ve ürünlerin ulaştırılabilir olduğu coğrafyanın genişliği, ekonominin global düzene entegrasyonunu sağlamıştır ve sağlamaya devam etmektedir. Çok uzak bir ülkede üretimi yapılan bir ürün çeşitli araçlarla iç piyasaya aktarılabilen ve bu ürünlerin nihai tüketicilerle buluşmasına kadar geçen süreçte birçok piyasa aktörü doğrudan veya dolaylı olarak üretim-tüketim zincirinde rol almaktadır. Çok aktörlü ve sıklıkla geniş coğrafyalara yayılan bu zincirin son halkası olarak ifade edebileceğimiz tüketici, satın aldığı ürünün objektif ve/veya sübjektif birtakım niteliklerden yoksun olması halinde hemen her hukuk düzeni tarafından özel hukuk kuralları ile korunmaya çalışılmaktadır. Fakat tüketiciler, karşılarında birden fazla muhatap bulunduğu (satıcı, bayi, üretici, ithalatçı vs.) bu hakları kime karşı kullanacakları konusunda sıkıntı yaşayabilmektedirler. Bu nedenle, iç hukukumuzda gerek 4077 sayılı Kanun, gerekse 6502 sayılı Kanun tüketicilerin hangi hak için kime başvurabilecekleri konusunda belirlemeler yapmıştır.

Bu sorumlu kişilerden biri de “ithalatçı ve/veya üreticidir”. Zira günümüzde birçok yurtdışı menşeli ürün yurtiçine ithalatçı gerçek ve/veya tüzel kişilerce aktarılmaktadır. Bu nedenle, iç piyasaya sokmuş olduğu üründen dolayı ithalatçı sıfatını sahip kişinin de, ürünü üretmekle bir nevi o ürün nedeniyle tüketici karşısında doğal sorumlu haline gelen üretici yanında, bazı sorumluluklarının bulunması olağandır². Bu sorumluluklardan biri de, ayıplı satımdan doğan seçimlik haklardan sorumluluktur. Söz konusu sorumluluk, aşağıda açıklanacağı üzere, 6502 sayılı Kanun'da 4077 sayılı Kanun'dan farklı olarak ve kanımızca olması gerekene daha uygun şekilde düzenlenmiştir³.

23.02.1995 tarihinde kabul edilen ve 23.08.1995 tarihinde yürürlüğe giren 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (çalışmanın devamında “eski Kanun” veya “4077 sayılı Kanun” olarak anılacaktır); 07.11.2013 tarihinde kabul edilen ve 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (çalışmanın devamında “yeni Kanun” veya “6502 sayılı Kanun” olarak anılacaktır) ile yürürlükten kaldırılmıştır.

² Türk Hukuku'nda AB'nin genel yaklaşımından farklı olarak, üretici ve ithalatçılara 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 56/1 maddesi ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Garanti Belgesi Yönetmeliği'nin 5/1 maddesi uyarınca garanti belgesi düzenleme ve tüketiciye verme zorunluluğu getirilmiştir. Garanti sorumluluğu, gerek AB topluluk hukukunda gerekse de Alman, İsviçre, Avusturya iç hukuklarında ihtiyari bir sorumluluk olarak düzenlenmişken; Türk Hukuku'nda ise ürün bazlı olarak zorunlu bir sorumluluktur. Bu nedenle, ithalatçının ve üreticinin ayıptan doğan sorumluluğu bu yaklaşımın da hem nedeni hem sonucu olarak yorumlanabilir.

³ Sorumlu kişiler çevresinin bu şekilde daraltılmasının isabetli olmadığı görüşü için Bkz. **AYDOĞDU**, Murat, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım Ve Bu Konudaki Önerilerimiz, (Yenilikler), DEÜHFD, Cilt 15, Sayı 2, İzmir, 2013, s. 1-62, s.10.

6502 sayılı Kanun'un geçiş için öngördüğü sisteme göre; Eski Kanun döneminde açılmış davalar açıldıkları mahkemelerde görülmeye devam edecek, yine Eski Kanun döneminde gerçekleşmiş bulunan tüketici işlemlerine eski Kanun hükümleri uygulanacaktır (Geçici Madde 1/I-II). Bir başka deyişle, 28.05.2014 tarihinden önce vücut bulan tüketici işlemlerine, kural olarak, 4077 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaya devam edecek; fakat bu tarihten sonra gerçekleşen tüketici işlemleri 6502 sayılı Kanun'a tabi olacaktır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un, "köklü" olduğunu rahatlıkla söyleyebileceğimiz bir şekilde değişmesi, tüketici hukukunu bilhassa uygulayıcılar nezdinde bir geçiş dönemi ile karşı karşıya bırakmıştır. Bu geçiş dönemi, öncelikle Kanun'un değişen, eklenen veya çıkarılan hükümleri ile ilgili olarak birtakım sıkıntıları beraberinde getirmiştir ve getirmeye devam etmektedir.

Yeni Kanun yer yer ufak, yer yer ise oldukça kapsamlı ilkesel değişiklikler içermektedir⁴. Çalışmamızın esas konusunu, Kanun'da yapılan bu değişikliklerden uygulamada henüz tam olarak yerleşmeyen hususlardan biri olan "üreticinin/ithalatçının ayıplı mal nedeniyle tüketiciye karşı sorumluluğu" oluşturmaktadır. Bu sorumluluk, seçimlik haklardan sorumluluk ve tazminat sorumluluğu olmak üzere ikiye ayrılarak incelenecektir.

Söz konusu sorumluluk, Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülmediğinden, bir başka deyişle ayıptan sorumluluk hükümlerinde alıcı karşısında yalnızca "satıcı" sorumlu kılındığından çalışmamızın merkezi daha ziyade tüketici hukuku ağırlıklı olarak inşa edilecektir. Bununla birlikte, bilhassa garanti sorumluluğu kapsamında ayıp nedeniyle üreticinin/ithalatçının Türk Borçlar Kanunu uyarınca da sorumlu olabildiği durumlar irdelenecektir.

I. SEÇİMLİK HAKLARDAN SORUMLULUK

1. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDAKİ DURUM

Satım sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenen sözleşme türlerinden biri olup, ayıptan doğan sorumlulukla ilgili olarak temel düzenleme Türk Borçlar Kanunu'nun 219-231 maddeleri arasında yer almaktadır. Bu nedenle; alıcı ile satıcı arasındaki ilişki ister tüketici ilişkisi olsun, ister ticari ilişki olsun, ister adi bir satım ilişkisi olsun, bir satım sözleşmesinde ayıptan doğan sorumlulukta genel hüküm olarak Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun satım sözleşmesinde ayıp halinde alıcının seçimlik haklarının ne olacağını düzenleyen 227'inci maddesinde, satıcı haricinde kalan kişilere ayıptan doğan haklar bakımından bir sorumluluk yüklenmemiştir. Dolayısıyla, satım sözleşmesinde ayıptan doğan seçimlik hakların doğrudan

⁴ Bu değişikliklerle ilgili detaylı bilgi için bkz. **AYDOĞDU**, (Yenilikler), s.6 vd.

yöneltilebileceği tek kişi satıcıdır⁵.

Bununla birlikte, bu noktada garantili/garanti belgeli satışlardan bahsetmek gerekir. Hangi ürünlerin satılması halinde garanti belgesinin verilmesinin zorunlu olduğu hususu Garanti Belgesi Yönetmeliği'nde ve bu yönetmeliğe ekli listede düzenlenmiştir. Buna göre, garanti belgesi düzenleme zorunluluğu ürün bazlı olarak belirlenmiştir. Söz konusu yönetmelik 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a dayanılarak çıkarılmış olduğundan, her ne kadar düzenleme ürün bazlı olsa da, yalnızca tüketicilere yönelik satışlarda garanti belgesi düzenleme zorunluluğunun bulunduğunu söylemek mümkündür.

Fakat bununla birlikte, uygulamada satışın kime yapıldığına bakılmaksızın, satış sözleşmesi Tüketici Hukuku bakımından bir tüketici ilişkisi doğurmasa ve dolayısıyla garanti belgesi düzenleme zorunluluğu ortaya çıkmaya bile garanti belgesinin satıcı tarafından alıcıya, alıcının tüketici vasfının bulunup bulunmadığına bakılmaksızın verildiği görülmektedir. Gerçekten de çoğu üründe garanti belgesi ürünün kutusu içinde gelmekte ve çoğunlukla üretici ve ithalatçı tarafından imzalanmış bulunmaktadır. Bu durumda garanti belgesi satıcı tarafından imzalanmasa bile⁶, üretici veya ithalatçı açısından bağlayıcı olacaktır⁷.

İşte böyle ayrıca verilmiş bir garanti taahhüdü mevcutsa⁸, garanti belgesinde taahhüt edilen hususlardan ithalatçı veya üretici sorumlu olacaktır. Buradaki sorumluluk artık bir kanuni sorumluluk değil, sözleşmesel sorumluluktur.

⁵ Üretici ve/veya ithalatçının garanti taahhüdünde bulunduğu durumlarda ise bu taahhüde ilişkin sorumluluğunun bulunacağından şüphe yoktur. Bu durumda söz konusu sorumluluk, Kanun tarafından yüklenen bir sorumluluk değil, ihtiyari bir garanti sorumluluğu olacaktır. Tüketicilere yönelik üretilen veya ithal edilen ürünlerde ise garanti belgesi düzenlemek Kanun'dan (6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.56) doğan bir zorunluluktur.

⁶ Tüketicilere verilen garanti belgesinde bulunması zorunlu unsurlardan birisi de satıcının imzası ve kaşesidir (Garanti Belgesi Yönetmeliği md.7). Fakat bu zorunluluğun yerine getirilmemesi garanti sorumluluğunu ortadan kaldırmaz, yalnızca idari yaptırıma neden olur (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.77/6). Tüketici olmayan alıcıya teslim edilen garanti belgesinde satıcının imza ve kaşesinin bulunmaması ise idari yaptırıma neden olmaz, zira bu zorunlu unsurlar tüketici satışları için getirilmiştir. Burada garanti belgesini kim imzalayıp alıcıya teslim edilmek üzere satıcıya teslim etmişse, o kişi açısından bağlayıcı bir garanti taahhüdü söz konusu olur.

⁷ Üreticinin veya ithalatçının verdiği garanti taahhütlerinin geçerliliğinin satış sözleşmesinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiğine dair görüş için bkz. **KAPANCI**, Kadir Berk, Satış Hukukunda Ayrıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesen Garanti Taahhütleri, İstanbul, 2012, s.141.

⁸ Üreticinin veya ithalatçının satış sözleşmesinin yanında verdiği garanti taahhüdü her durumda ayrı ve bağımsız bir garanti sözleşmesi teşkil etmektedir. Burada üretici veya ithalatçı, satış sözleşmesinin tarafı olmadığından, bağımsız garanti taahhüdü/bağımsız olmayan garanti taahhüdü ayırımı yapılması da söz konusu olmayacaktır. Daha detaylı bilgi için bkz. Bkz. **KAHVECİ**, Kahveci, Taşınır Satımında Ayrıptan Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Ankara, 2014, s.151 vd, **Kapancı**, s.139 vd.

Oysaki tüketici satışlarında, bir garanti belgesi verilmese bile garanti ilişkisi kanundan kaynaklı olarak doğmaktadır⁹. Garanti belgeleri de genellikle Garanti Belgesi Yönetmeliği'nin öngördüğü asgari şartlara uygun olarak ve hatta çoğunlukla Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından yayınlanan örnek garanti belgesine uygun olarak hazırlandığından, bu garanti belgelerinde ayıplı satım halinde, seçimlik haklardan sorumlu olduğuna dair ibareye yer verilmektedir. Dolayısıyla, her ne kadar tüketicilere yönelik hazırlanmışlarsa da, bu garanti belgelerinin tüketici olmayan alıcılara da üretici veya ithalatçının imzası ile teslim edilmesi halinde, belge içeriğinde yer alan taahhütlerden nitelikleri uygun olanlarla üretici veya ithalatçı bağlı olacaktır¹⁰. Her ne kadar, garanti belgesinde verilen taahhütler bağımsız bir sözleşme niteliğinde olması nedeniyle kanundaki seçimlik haklardan farklı bir niteliğe sahipse de¹¹, doğacak sonuçlar bakımından garanti belgelerinde yer alan ve seçimlik haklardan sorumluluğa ilişkin bulunan hükümlerin de nitelikleri gereği geçerli kabul edilmemesi için kanaatimizce bir neden yoktur¹².

2. 4077 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DAKİ DURUM

2.1. Genel Olarak

Hâlihazırda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlükte olsa da, bu Kanun'un Geçici 1'inci maddesi hükmü uyarınca; 28.05.2014 tarihinden önce vücut bulan tüketici işlemlerine, kural olarak, 4077 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaya devam edecektir. Dolayısıyla, her geçen gün azalsa da, halen 4077 sayılı Kanun kapsamında çözülmesi gereken ihtilaflar mevcuttur ve 4077 sayılı Kanun düzenlemesine kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır. Ayrıca eski düzenlemeyle karşılaştırmalı bir yöntem izlenmesi, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un çalışmamızda incelenen yeni düzenlemesinin daha iyi anlaşılabilmesine yardımcı olacaktır.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, ayıplı mala ilişkin hukuki durumu tek madde altında toplamıştır. Kanun'un "Ayıplı Mal" başlıklı bu maddesinde 06.03.2003 ve 21.02.2007 tarihlerine değişiklikler yapılmış ve madde son halini almıştır. Öncelikle birinci fıkrasında ayıplı malın tarifini yapan bu madde, ikinci fıkrasında ise kendisine ayıplı mal satışı yapılmış olan tüketicinin seçimlik haklarını saymıştır¹³. Buna göre, satım konusu malın ayıplı

⁹ Kahveci, s.150.

¹⁰ Örneğin, çıkacak uyuşmazlıklarda Tüketici Hakem Heyetleri'nin ve Tüketici Mahkemeleri'nin yetkili olduğuna dair garanti belgesi hükmü niteliği gereği tüketici olmayan alıcı ile satıcı arasında uygulanamayacaktır.

¹¹ Kahveci, s.153,154.

¹² Aynı görüşte bkz. AYDOĞDU, Murat – KAHVECİ, Nalan Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir, 2017, s.205-206.

¹³ İkinci fıkranın son kısmında ise, ayıplı ürünün verdiği zararlardan (ayıbı takip eden zararlar)

çıkması ve diğer koşulların (ayıp ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmesi, zaman aşımı süresi geçmeden talepte bulunulması, ürünün ayıplı haliyle kabul edilmemiş olması vs.) varlığı halinde tüketici şu 4 seçimlik haktan birini kullanabilir:

- Sözleşmeden dönme ve bedel iadesi¹⁴
- Malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi
- Ayıp oranında bedelden indirim
- Ücretsiz onarım

Bu seçimlik haklardan bedel iadesi ve ayıp oranında bedelden indirim seçimlik hakları *parasal talepler*, ayıpsız misli ile değişim ve ücretsiz onarım hakları ise *parasal olmayan talepler* olarak isimlendirilebilir. Zira parasal talepleri içeren bedel iadesi ve bedel indirimi seçimlik haklarının kullanılması halinde tüketici, satın almış ve karşılığında bedel ödemiş ve/veya ödeyecek olduğu ürün ayıplı çıktığı için, kararlaştırılan bedelin tamamını ya da bir kısmını iade almakta veya ödemekten kaçınmaktadır.

2.2. Seçimlik Hakların Yerine Getirilmesinden Sorumlu Olan Kişiler

4077 sayılı Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 21.02.2007 tarihinde değiştirilmiş 3'üncü fıkrası ise, bu maddede sayılmış ve kullanılma koşulları ifade edilmiş seçimlik hakların, tüketici tarafından hangi muhataplara yöneltilebileceği; bir başka deyişle bu seçimlik hakların yerine getirilmesinden tüketiciye karşı kimin/kimlerin sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Madde lafzı oldukça açık olup, imalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente ve ithalatçı herhangi bir ayırım yapılmaksızın seçimlik haklardan dolayı tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu kılınmıştır¹⁵.

Görüldüğü üzere 4077 sayılı Kanun'a göre, üretici ve ithalatçı da tıpkı satıcı gibi ayıplı maldan dolayı tüketicinin sahip olduğu seçimlik hakların yerine getirilmesinden sorumlu olacaktır. Bu sorumluluk, parasal olsun veya olmasın

dolayı üreticinin sorumlu olacağı (ürün sorumluluğu) tek cümle ile ifade edilmiştir.

¹⁴ 4077 sayılı Kanun'un 2003 öncesindeki eski halinde sadece "bedelin iadesi" ifadesi kullanılmakta iken, bu tarihten sonra yapılan değişikliklerle "sözleşmeden dönme" ibaresi isabetli bir şekilde madde metnine eklenmiştir. Bkz. **Aydoğdu –Kahveci**, s.180. Dönme seçimlik hakkının hukuki niteliği ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **HATEMİ**, Hüseyin, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1999, s.67 vd, **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2017, s.128 vd.

¹⁵ Aynı madde uyarınca, md. 10/5 ve md. 10B/9'a göre kredi veren de ayıptan dolayı sorumlu kılınmıştır. Fakat kredi verenin sorumluluğu ile ilgili aynı fıkranın devamında "10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu teslim tarihinden itibaren 1 yıl süre ve kullandırdığı kredi miktarı ile sınırlıdır. Konut finansmanı kuruluşları tarafından 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre verilen kredilerin devrolması halinde dahi, kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu devam eder. Krediyi devralan kuruluş bu madde kapsamında sorumlu olmaz" şeklinde bir kısıtlama ve belirleme yapılmıştır.

tüm seçimlik haklar için geçerlidir. Ayrıca tüketicinin karşısında birden fazla sorumlu kişinin bulunduğu durumlarda bu kişiler, herhangi bir asillik-fer'ilik ilişkisi kurulmaksızın müteselsil olarak sorumludurlar. Bu husus md 4/3'ün hem ilk cümlesinde¹⁶, hem de 5'inci cümlesinde¹⁷ ayrı ayrı vurgulanmıştır.

2.3. Üreticinin ve İthalatçının Seçimlik Haklardan Sorumluluğu ve Bu Sorumluluğun Doğurduğu Sakıncalar

Bir ithalatçı tarafından yurtdışından ithal edilerek bu ithalatçıdan bağımsız satıcılar ve bu satıcıların bayileri aracılığı ile piyasaya sürülen ürünler ayıplı çıktığında, tüketicinin seçimlik haklarını ürünü aldığı bayinin yanı sıra bu ürünün yetkili satıcısı ve ayrıca bu ürünü yurtdışından ithal eden ithalatçıya ve ürünün yurtdışı üreticisine karşı ileri sürmesi de mümkündür¹⁸. Tüketici 4077 sayılı Kanun uyarınca bu konuda serbestliğe sahip olup, seçimlik haklardan istediği birini seçebilir ve bu hakkını bayi-satıcı-ithalatçı zincirinde istediği kişi veya kişilere karşı ileri sürebilir¹⁹.

Anlaşıldığı üzere burada gerek üreticinin gerekse de ithalatçının tüm seçimlik haklar bakımından sorumluluğu vardır ve bu hakların üreticiye ve/veya ithalatçıya karşı ileri sürülebilmesinde bir öncelik/sonralık, asillik/fer'ilik şartı gözetilmemiştir. Bir başka deyişle, tüketicinin seçimlik hakkı yerine getirmesi için ithalatçıya ve üreticiye başvurabilmesi, öncesinde zincirin ilk iki halkası olan bayi ve satıcıya başvurup netice alamaması ön koşuluna bağlı değildir. Tüketici, bayi ve/veya satıcıya başvurmadan doğrudan üreticiye ve/veya ithalatçıya başvurma hakkına sahiptir. Kaldı ki uygulamada 4077 sayılı Kanun döneminde genellikle üretici ve ithalatçı, satıcı ve bayiye oranla

¹⁶ “İmalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına veya 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kredi veren, ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı

¹⁷ “Ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde bunlar müteselsilen sorumludurlar”.

¹⁸ Bu hususu şu şekilde bir örnekle somutlaştırmak mümkündür: A şirketi, Almanya merkezli B şirketinin Türkiye distribütörü sıfatıyla bu şirketin ürettiği X marka otomobillerin Türkiye'ye ithalatını yapmaktadır. A şirketinin ithal ettiği otomobiller iç piyasada yetkili satıcılar C şirketi tarafından satışa sunulmaktadır. X marka otomobilin, tüketici tarafından satın alındıktan sonra ayıplı olduğu anlaşılırsa ve seçimlik haklarını kullanılabilmesi için gereken diğer koşullar da mevcutsa, tüketicinin bedel iadesi, ayıpsız misli ile değişim, bedel indirimi ve ücretsiz onarım haklarından birini kullanabilmesi mümkün hale gelir. Bu durumda örneğin sözleşmeden dönme ve bedel iadesi hakkını kullanan tüketici bu hakkını, A B C şirketlerinden herhangi birine veya hepsine karşı ileri sürebileceği gibi, istediği ikisine karşı da ileri sürebilir.

¹⁹ Tüketici bu hakka sahip olmakla birlikte, uygulamada bilhassa üreticinin yurtdışı merkezli olduğu ve ürünün iç piyasaya ithalatçı tarafından arz edildiği durumlarda, ayıptan doğan taleplerle ilgili olarak genellikle ithalatçı seçilmektedir. Bu olağan bir durumdur, zira ayıp ihbarı yapılmasında ve davaya dönüşen uyumsuzluklar bakımından dava dilekçesi ve sair evrakın tebliğ edilmesinde yurtdışı merkezli üretici muhatap alındığında hem zaman hem de para kaybı söz konusu olmaktadır.

ekonomik olarak daha güçlü bir konumda olduğundan ve üretici de yurtdışında bulunduğundan, hakkına daha çabuk kavuşmak isteyen tüketicinin sıklıkla ithalatçıya başvurma yolunu seçtiği görülmektedir.

4077 sayılı Kanun'un öngördüğü bu sistem, özellikle "parasal talepler" olarak ifade ettiğimiz bedel iadesi ve bedel indirimi seçimlik hakları ithalatçıya karşı ileri sürüldüğünde fiili duruma ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaktadır²⁰. Zira bu sistemde üretici ve ithalatçı, kendilerinin satmadıkları ve dolayısıyla parasını tahsil etmedikleri bir ürünün bedelinin tamamını veya bir kısmını iade etmek durumunda kalabilmektedirler. Tüketici ile satım sözleşmesi ilişkisi içinde bulunan, aracı satan ve karşılığında bedel tahsil eden satıcı (ki bu satıcı tamamen başka bir gerçek ya da tüzel kişidir) yerine, tüketici ile doğrudan satım sözleşmesi ilişkisi içinde bulunmayan²¹ üretici ve/veya ithalatçı sorumluluk altına girmektedir. Oysaki sözleşmeden dönme ve bedel iadesi seçimlik hakkı kullanıldığında, dönme iradesinin geçmişe doğru geçersiz kıldığı sözleşme satım sözleşmesi olduğundan²², bu tek taraflı hukuki işlemin neticelerine de sözleşmenin karşı tarafı katlanmalıdır. Bir başka deyişle, taraflar ifa edilmiş edimleri iade edecek; alıcı ayıplı ürünü iade ederken satıcı ise satım bedelini iade edecek ve sözleşmenin tasfiyesi bu şekilde gerçekleşecektir. Ancak üretici ve ithalatçı bedel iadesinden sorumlu tutulduğunda; ürünü satıcı satmakta, alıcı almakta, fakat sözleşmeden döndüğünde ayıplı ürün ithalatçıya iade edilmekte, bedelin iade edilmesi yükü de üreticiye ve/veya ithalatçıya yüklenmektedir.

Sözleşmeden döndüğünde alıcı ürünü iade ederken, satıcının ise bedelin iadesi hususunda herhangi bir yük altına girmemesi, bedel iadesinin sözleşmenin tarafı olmayan üretici ve/veya ithalatçıya yüklenmesi Borçlar Hukuku sistemimizle de çelişmektedir²³. Çünkü Borçlar Hukuku sistemimizle

²⁰ Halen 4077 sayılı Kanun'un uygulandığı iş ve işlemler bulunduğundan, bilinçli bir tercih olarak geçmiş zaman yerine şimdiki zaman kipi kullanılmıştır.

²¹ Nihai tüketici ile ithalatçı arasında sıklıkla Garanti Belgesi'nden kaynaklanan bir garanti ilişkisi söz konusu olmakta, satım ilişkisi bulunmamaktadır.

²² Örneğin, ücretsiz onarım seçimlik hakkı kullanıldığında, ithalatçı bu konuda garanti belgesi ile taahhüt altına girmiş bulunabilir. Bu durumda bu seçimlik hakkın yerine getirilmesinden ithalatçının da sorumlu kılınması olağandır, çünkü ürünü satın alan nihai tüketici ile ithalatçı arasında bir garanti ilişkisi söz konusudur ve ücretsiz onarım talebi bu ilişkiye dayanılarak talep edilmektedir. Fakat bedel iadesi seçimlik hakkı kullanıldığında bu hakkın yansımaları ve sonuçları satım sözleşmesi üzerinde doğmaktadır.

²³ Bu çelişkinin sonucu olarak çözülmesi zor birtakım yansıma problemler de ortaya çıkabilmektedir. Örneğin;

-A Şirketi tarafından ithal edilen X marka otomobil, C Şirketi tarafından satışa sunulmaktadır.

-C Şirketi, X marka otomobili sıfır kilometre olarak 50.000-TL karşılığında gerçek kişi T'ye satmaktadır. T ise aracı ikinci el olarak bir başka gerçek kişi olan Y'ye satmakta, Y ise bir süre sonra aynı aracı Z'ye satmaktadır.

-İlk olasılıkta, piyasa koşulları uyarınca, aracın ikinci el değeri, araç Y'ye satılırken 40.000-TL'ye, Z'ye satılırken 35.000-TL'ye düşmektedir. Araç nihai tüketici ve kullanıcı olan

hâkim olan ilkelerden birisi, “borçların nisbiliği” ilkesidir²⁴. Buna göre, borç, kural olarak, yalnızca borç ilişkisinin tarafları arasında hüküm doğurur; bir başka deyişle yalnızca borç ilişkisinin taraflarının şahıslarında bu ilişkiden doğan hak ve alacaklar zuhur eder ve sözleşme ancak onun tarafları tarafından ihlal edilebilir. Şüphesiz ki, ürün üretici haricindeki piyasa aktörleri tarafından satışa sunulduğu veya yurtdışından bir ithalatçı tarafından ithal edilen ürünün, ithalatçı haricindeki üçüncü kişiler tarafından satışa sunulduğu durumlarda ürünün üreticisi ve/veya ithalatçısı ile satıcısı arasında sözleşmesel bir ilişki bulunabilir. Fakat nasıl ki üretici ve/veya ithalatçı ile satıcı arasındaki sözleşme yalnızca bu borç ilişkisinin taraflarını bağlar ve onlar bakımından sonuç doğurur ise, satıcı ile tüketici arasında kurulmuş satım sözleşmesi de yalnızca bu sözleşmenin tarafı olan alıcı ile satıcıyı bağlar ve onlar için sonuç doğurur. Çünkü ürünü satıcıdan satın alan tüketici ile ithalatçı arasında satım ilişkisi²⁵ bulunmamaktadır²⁶.

Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun ayıplı satımlarda uygulanacak ve alıcının ayıp halinde sahip olduğu seçimlik hakları düzenleyen 227’nci maddesi, seçimlik hakların tümünün yerine getirilmesinden yalnızca satıcıyı sorumlu tutmaktadır. Kanun koyucunun bu iradeyi göstermesi anlaşılabilir bir durumdur, zira Türk Borçlar Kanunu’nun “*Dönmenin Sonuçları – Genel Olarak*” başlıklı 229’uncu maddesine göre, sözleşmeden dönüldüğünde

Z’nin uhdesinde iken aracın ayıplı olduğu ortaya çıkmakta ve bedel iadesi talebi ithalatçı A şirketine yöneltilmektedir. Bedel iadesine mahkûm edilen A Şirketi, araç ilk satımdan itibaren ayıplı (imalat hatalı) kabul edildiğinden dolayı, şayet aracın sıfır km olarak satıldığı ilk satışta kesilen sıfır araç satış faturası bedeli üzerinden iade gerçekleştirirse, nihai tüketici olan Z, 15.000-TL sebepsiz zenginleşmiş olacaktır.

-İkinci olasılıkta ise, aracın ikinci el değeri sıfır değerini geçmiş ve nihai tüketici olan Z’ye 60.000-TL’ye satılmıştır. Bu durumda araç Z’nin uhdesindeyken ayıplı çıktığında, ithalatçı bedel iadesi seçimlik hakkını yerine getirmeye mahkûm edilirse ve Z’nin aracı satın alırken ödemiş olduğu 60.000-TL’nin iade edilmesi gerektiği kabul edilirse, bu kez de ithalatçı aracın piyasada değer kazanmış olmasının ekonomik sonucuna da katlanmış olacaktır.

Netice itibarıyla, hem ilk satış bedelinin iadesi hem de son satış bedelinin iadesi ihtimallerinde, somut olayın koşullarına göre hakkaniyete uygun olmayan bazı neticeler doğabilecektir. Bunun sebebi de esasen, bedel iadesinden ithalatçının sorumlu tutulmasının sistemle çelişiyor olmasıdır.

Nitekim seçimlik hakkın bedel iadesi yönünde ve yalnızca satıcı Y’ye karşı kullanılması halinde X marka otomobili Z’ye satan Y, tahsil ettiği bedeli iade edecek ve bundan dolayı uğradığı zarar için ithalatçı ve/veya üreticiden tazminat isteyebilecektir. Ya da Z, ayıpsız misli ile değişim talep etmeyi tercih eder ve bu talebini ithalatçıya karşı ileri sürerse, ithalatçı da bu hakkın yerine getirilmesinden sorumlu olacaktır.

²⁴ Nitekim Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmeden önce Yargıtay, üretici ve ithalatçının sorumluluğunu haksız fiile dayandırmaktaydı. Bkz. **Aydoğdu – Kahveci**, s.212.

²⁵ Bkz. Dipnot 10.

²⁶ Birden fazla piyasa aktörünün devreye girdiği zincirleme satışlarda borcun nisbiliği ilkesinin zayıf kaldığı ve bu nedenle üretici ve ithalatçının da seçimlik haklardan ve dahi tazminat taleplerinden sorumlu olmasının isabetli olduğuna dair görüş için bkz. **Aydoğdu – Kahveci**, s.203,211.

bunun sonuçları, satım sözleşmesinin tarafları olarak, alıcı ve satıcı nezdinde doğmaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişiye, bu sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kaldırıldığında sözleşme ilişkisinin tasfiyesi hususunda yükümlülük yüklenmesi düşünülemez. Bu düzenleme Borçlar Hukuku sisteminin lafzına ve ruhuna uygun olan düzenlemedir.

Aynı sorun bedel indirimi içinde geçerlidir. Zira sözleşmedeki edimler ifa edildikten sonra, bedelin bir kısmının iade edilmesi gerektiğinde bundan sorumlu olacak kişinin bedeli tahsil eden kişi olması gerekir. Üretici ve/veya ithalatçı bedel indirimi seçimlik hakkını yerine getirmeye mahkûm edildiğinde, yine tahsil edilmemiş bir bedelin iade edilmesi gündeme gelecektir.

Şüphesiz satıcı, tüketici bedel iadesi veya bedel indirimi seçimlik haklarından birini kullandığında, iade etmiş olduğu bedelle ilgili olarak üreticiye ve/veya ithalatçıya rücu edecektir. Dolayısıyla kanun koyucu, lüzumsuz dava süreçlerini ortadan kaldırmak ve tüketicinin etkin ve hızlı biçimde hakkına kavuşmasını sağlama gibi bir amaç gütmüş ve doğrudan ithalatçıya başvurma imkânını tüketiciye tanımissa da²⁷, tüketici lehine bu denli koruyucu amaçlar güdülmesi genel hukuk sistematüğinden sapmalara neden olduğundan, kanımızca parasal taleplerle ilgili olarak sözleşmenin tarafı olan satıcıya başvurulup, hakkaniyete uygun nihai sonuca rücu yöntemiyle ulaşılması ilkesel olarak daha uygun bir çözümdür²⁸. Öte yandan, ithalatçı ve/veya üretici, kanunda böyle bir zorunluluk getirilmemiş olsaydı dahi, bağımsız bir garanti taahhüdü ile 4 seçimlik hakkın tümünden sorumlu olmayı üstlenebilirdi. Böyle bir durumda, artık sözleşmesel bir talep olarak bedel iadesi veya bedel indirimi seçimlik hakları üretici ve/veya ithalatçıya karşı da ileri sürülebilirdi.

Nitekim 6502 sayılı Kanun bu sakıncaları dikkate alarak aşağıda detaylıca izah edileceği üzere daha farklı bir rejim öngörmüştür.

3. 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DAKİ DURUM

3.1. Genel Olarak

Yukarıda 4077 sayılı Kanun döneminde ve 4077 sayılı Kanun'un uygulanacağı işlemlerde geçerli olan durum ifade edildi. Görüldüğü üzere 4077 sayılı Kanun'un seçimlik haklar-üretici/ithalatçı ilişkisi hususunda getirdiği sistem gerek Borçlar Hukuku sistematüğine, gerek fiili duruma gerekse de hakkaniyete aykırı sonuçlara sebebiyet verebilmekteydi. Nitekim 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un getirdiği yenilikler arasında

²⁷ **ATAMER**, Yeşim – İNCEOĞLU, Murat, Satım Sözleşmesinde Tüketicinin Seçimlik Hakları ve Avrupa Birliği Hukuku İle Uyum Sorunu, İstanbul, 2012, s.70.

²⁸ Kanun'un güttüğü bu amacın doğru kabul edilebileceği yönündeki görüş için bkz. **Atamer** – İnceoğlu, s.70.

üreticinin ve ithalatçının seçimlik haklardan sorumluluğunun kısıtlanması da eklenmiştir. Bu yeni durum düzenleyen 11'inci maddenin 22'inci Fıkrasında düzenlenmiş ve maddenin yeni halinde Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi hakları üretici veya ithalatçıya karşı da kullanılabilir ifadesi kullanılmak suretiyle, ayıplı mal satışında ithalatçıya yalnızca ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değişim taleplerinin, yani bir başka deyişle “parasal olmayan taleplerin” yöneltilebileceği düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde de Kanun Koyucu'nun iradesinin maddeye açıkça yansıdığı görülmektedir²⁹:

3.2. 6502 sayılı Kanun'a Göre Üreticinin ve İthalatçının Sorumlu Olmadığı Seçimlik Haklar

Kanun Koyucu, 6502 sayılı Kanun'da yaptığı değişiklikle 4077 sayılı Kanun döneminde “borçların nisbiliği” ilkesine getirdiği geniş istisnayı daraltmış ve kanımızca yukarıda da açıklandığı üzere olması gereken düzeye getirmiştir. Buna göre üretici ve/veya ithalatçı, ayıplı bir ürünün satışı halinde tüketici karşısında bedel iadesi ve bedel indirimi seçimlik haklarından sorumlu olmayacaktır. Bu iki seçimlik haktan birini kullanmak isteyen tüketici, karşısında muhatap olarak yalnızca satış bedelini tahsil etmiş olan satıcıyı bulacaktır.

Madde gerekçesinde de açıklandığı üzere, tüketici, üretici veya ithalatçıya herhangi bir ödeme yapmadığından ve satın aldığı ürünün bedelini satıcıya ödemiş olduğundan dolayı, bu bedeli üretici veya ithalatçıdan talep etmesinin hukukun genel ilkeleri ve olağan hayatın akışı ile bağdaşır bir yönü bulunmamaktadır.

“Tüketicinin korunması” yönündeki genel amaç, bu noktada hukukun genel ilkeleri ve hayatın olağan akışı ile çelişkiye neden olacak düzeyde genişlemiş olmaktadır. Yeni düzenleme, menfaatler dengesini daha etkin bir şekilde

²⁹ İkinci fıkrada yapılan düzenleme ile tüketicinin dört seçimlik hakkından dolayı öncelikli sorumluluk satıcıya verilmiş olmakla birlikte, “ücretsiz onarım” ve “malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi” taleplerini üretici veya ithalatçıya karşı da yöneltmesi imkânı tanınmıştır. Tüketicinin, “ücretsiz onarım” veya “malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi” taleplerinin yerine getirilmesi konusunda satıcı, üretici ve ithalatçıya müteselsil sorumluluk yüklenmiştir. Ancak, üreticinin veya ithalatçının malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın oluştuğunu ispat edebildiği hallerde sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. *Sözleşmeye aykırılıktan, sözleşme tarafı olarak öncelikle satıcının sorumlu olması esastır. Ancak, tüketici satıcının ortadan kaybolduğu durumlar da dâhil olmak üzere, ayıpsız misli ile değiştirme veya ücretsiz onarım haklarını üreticiye veya ithalatçıya karşı da kullanabilir. Üretici veya ithalatçı ile tüketici arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Tüketici, üreticiye veya ithalatçıya karşı bir ödeme yapmadığı için sözleşmeden dönme hakkını kullanarak, satıcıya ödemiş olduğu parayı üretici veya ithalatçıdan geri alması veya bedel indirimi hakkını kullanması mümkün değildir. Tüketici bu haklarını ancak satıcıya karşı kullanabilir. Buna karşılık ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değiştirmenin üreticiden veya ithalatçıdan istenmesi anlamlıdır. Zira elinde yeni mal bulunan veya o malı gereği gibi onaracak olan üretici veya ithalatçıdır. Dolayısıyla bu hallerde, borçların nisbiliği ilkesini aşarak tüketicinin doğrudan üreticiye veya ithalatçıya gidebilmesi kabul edilmiştir.*

sağlıyor olmasının yanı sıra, Borçlar Hukuku sistemimiz ile de daha geniş bir tabanda örtüşür niteliktedir.

3.3. 6502 sayılı Kanun'a Göre Üreticinin ve İthalatçının Sorumlu Olduğu Seçimlik Haklar

Üreticinin ve/veya ithalatçının parasal olmayan seçimlik haklardan, yani ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değişim taleplerinden sorumlu olmaya devam etmeleri de kanımızca isabetli olmuştur. Ayrıca 6502 sayılı Kanun, üretici ve ithalatçıya *malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat ettiği takdirde* sorumluluktan kurtulma imkânı da getirmiştir (md.11/2-c.3). İthalatçı ve üretici burada kusursuzluklarını değil, ayıbın sonradan doğduğunu ispatlayacaklardır³⁰. Zira seçimlik haklardan sorumluluk, bir kusur sorumluluğu değildir³¹.

Üretici ve ithalatçının sorumlu olduğu seçimlik hakları ikiye ayırarak incelemek faydalı olacaktır:

3.3.1. Ayıpsız misli ile değişim

Ülke içinde üretilmiş veya yurtdışından ithal edilmiş bir ürün ayıplı çıktığında, ayıpsız misli ile değişim hakkını kullanmak isteyen tüketicinin üreticiye ve/veya ithalatçıya başvurabiliyor olması Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un amacına ve ruhuna da uygun olarak tüketicilere etkin bir koruma sağlamaktadır. Zira satıcı, kendi üretmediği ve ithal etmediği bir ürünün mislini her zaman elinde bulunduramıyor olabilir. Üretici ve ithalatçı ise hayatın olağan akışına göre bu imkana genellikle sahiptir. Bu noktada üretici ve/veya ithalatçıya başvurmak, üretici ve/veya ithalatçının ayıplı ürünün mislini bulundurma ve/veya temin etme konusunda avantajlı olduğu düşünüldüğünde, şüphesiz daha yararlı olacaktır.

3.3.2. Ücretsiz Onarım

Nasıl ki üretici, ürettiği ürünün satış sonrası hizmetlerinden ve takibinden sorumlu ise; bir ürünü ithal etmek suretiyle yurtiçi piyasasına süren ithalatçı da bu anlamda sorumludur. Bu yükümlülük, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a dayanılarak çıkarılmış 13.06.2014 tarihli Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği'nin 14'üncü maddesinde düzenlenmiştir. "Üreticinin, İthalatçı ve Satıcının Sorumluluğu" başlıklı 14'üncü maddeye göre:

Üretici veya ithalatçılar, yetkili servis istasyonlarının ayrı bir tüzel kişiliği olsa dahi, satış sonrası hizmetlerin sağlanmasından ve yürütülmesinden yetkili servis istasyonları ile birlikte müteselsilen sorumludur.

³⁰ AYDOĞDU, Murat, Tüketiciler Hukuku Dersleri, Ankara, 2015, s.184.

³¹ YAVUZ, Nihat, Satış Sözleşmeleri, Ankara, 2016, s.191.

Ücretsiz onarıma ilişkin durumun bağlantılı olduğu diğer bir düzenleme de, yine Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği gibi, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a dayanılarak çıkarılmış 13.06.2014 tarihli Garanti Belgesi Yönetmeliği'nin 5'inci maddesidir. Bu maddenin³² ilk fıkrası şu şekildedir:

Üretici ve ithalatçılar, tüketicilere yönelik ürettikleri veya ithal ettikleri, bu Yönetmeliğe ekli listede yer alan kullanılmamış mallar için garanti belgesi düzenlemek zorundadırlar.

Bu maddeyle üretici ve ithalatçıya, Garanti Belgesi Yönetmeliği'nin öngördüğü ürünler için, garanti belgesi düzenleme zorunluluğu getirilmiştir. Garanti belgesinde, tüketicinin seçimlik haklarına ilişkin bilgilendirme yer almak zorundadır³³. Bu bağlamda üretici ve/veya ithalatçı, garanti verdiği ürünler için, garanti verdiği süre boyunca³⁴, bizzat veya yetkili servisleri aracılığı ile ücretsiz onarım hizmeti vermekle yükümlüdür³⁵.

Üreticinin ve ithalatçının satış sonrası hizmetlerden sorumlu tutulması ve tüketicieye garanti verme yükümlülüğü altında olması isabetlidir. Zira bu konuda tüm yükün satıcıya yüklenmesinin hem tüketicileri hem de satıcıları olumsuz etkileyeceği kuşkusuzdur.

3.4. Üreticinin ve İthalatçının 6502 sayılı Kanun'un 56'ncı Maddesine ve Garanti Belgesi Yönetmeliği'ne Göre Sorumluluğu

Tıpkı Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği gibi, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a dayanılarak çıkarılmış 13.06.2014 tarihli Garanti Belgesi Yönetmeliği'nin 9'uncu maddesi, ücretsiz onarım hakkı ile ilgili ayırık bir düzenleme³⁶ getirmiştir. Bu maddenin dayanak Kanun maddesi ise 6502 sayılı

³² Dayanak Kanun maddesi (6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 56) de aynı hükmü içermektedir:

Üretici ve ithalatçılar, tüketicieye yönelik üretilen veya ithal edilen mallar için içeriği yönetmelikle belirlenen bir garanti belgesi düzenlemek zorundadır.

³³ Bkz. Garanti Belgesi Yönetmeliği madde 7.

³⁴ Hangi ürün için ne kadar süre garanti verilmesinin zorunlu olduğu, Garanti Belgesi Yönetmeliği Ek'inde sayılmıştır.

³⁵ Bu yükümlülüğün istisnası aynı Garanti Belgesi Yönetmeliği'nin 11'inci maddesinde yer almıştır. Bu maddeye göre, *tüketicinin malı tanıtmaya ve kullanma kılavuzunda yer alan hususlara aykırı olarak kullanmasından kaynaklanan arızalar hakkında 8 inci ve 9 uncu madde hükümleri uygulanmaz.*

³⁶ *Tüketicinin, ücretsiz onarım hakkını kullanması halinde malın;*

a) Garanti süresi içinde tekrar arızalanması,

b) Tamiri için gereken azami sürenin aşılması,

c) Tamirinin mümkün olmadığı, yetkili servis istasyonu, satıcı, üretici veya ithalatçı tarafından bir raporla belirlenmesi,

durumlarında; tüketici malın bedel iadesini, ayıp oranında bedel indirimini veya imkan varsa malın ayıpsız misli ile değiştirilmesini satıcıdan talep edebilir. Satıcı, tüketicinin

Kanun'un 56'ncı maddesidir³⁷.

Üreticinin ve ithalatçının Kanun'un 56'ncı maddesine ve Garanti Belgesi Yönetmeliği'nin 9'uncu maddesine göre, ücretsiz onarım hakkının kullanılmasından sonra ortaya çıkacak bazı muhtemel durumlarda diğer seçimlik haklara ilişkin bir yükümlülüğü öngörülmüştür³⁸. Bu düzenlemeye göre, ayıplı bir malı satın alan tüketici, bu mal için ücretsiz onarım hakkını kullanmış fakat bu onarıma rağmen mal; garanti süresi içinde tekrar arızalanmışsa veya bu malın tamiri için öngörülen azami tamir süresi aşılmışsa veya bu malın tamirinin mümkün olmadığı tespit edilmişse, bu durumda diğer seçimlik haklarına başvurabilir. Burada madde metninden anlaşıldığı üzere tüketici, kural olarak, ücretsiz onarım hakkını kullandığında, artık diğer seçimlik haklara başvurma hakkını kaybeder. Zira ayıp nedeniyle tüketiciye tanınan seçimlik haklar, nitelikleri gereği yenilik doğuran haklardandır ve bir kez kullanılmakla tükenirler³⁹. Bu kuralın ücretsiz onarıma ilişkin istisnası bahsi

talebini reddedemez. Bu talebin yerine getirilmemesi durumunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur.

³⁷ Üretici ve ithalatçılar, tüketiciye yönelik üretilen veya ithal edilen mallar için içeriği yönetmelikle belirlenen bir garanti belgesi düzenlemek zorundadır. Bu belgenin tekemmül ettirilerek tüketiciye verilmesi sorumluluğu satıcıya aittir.

Garanti süresi malın teslim tarihinden itibaren başlamak üzere asgari iki yıldır. Ancak, özelliği nedeniyle bazı malların garanti şartları Bakanlıkça başka bir ölçü birimi ile belirlenebilir.

Tüketici bu Kanununun 11 inci maddesinde belirtilen seçimlik haklarından onarım hakkını kullanmışsa, malın garanti süresi içinde tekrar arızalanması veya tamiri için gereken azami sürenin aşılması veya tamirinin mümkün bulunmadığının anlaşılması hâllerinde 11 inci maddede yer alan diğer seçimlik haklarını kullanabilir. Satıcı tüketicinin talebini reddedemez. Bu talebin yerine getirilmemesi durumunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur.

Hangi malların garanti belgesi ile satılmak zorunda olduğu ile diğer uygulama usul ve esasları yönetmelikle belirlenir.

³⁸ 4077 sayılı Kanun döneminde bu hususu düzenleyen 13'üncü maddenin tüketicinin aleyhine olduğu yönündeki eleştiriler için bkz. **Aydoğdu – Kahveci**, s.189.

³⁹ Seçimlik hakların niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir tartışmanın birinci boyutu, seçimlik hakların hukuki niteliğine ilişkindir. Alman ve İsviçre doktrininde bu haklarla ilgili "özel yenilik doğuran hak", "yenilik doğuran dava" ve "değiştirilmiş sözleşme" görüşleri ortaya atılmış olup, bunlardan ilki olan "özel yenilik doğuran hak" görüşü doktrinindeki hâkim görüş olarak kabul görmüştür. Detaylı bilgi için bkz. **Eren**, s.128 vd. İkinci boyutu ise, birinciyle bağlantılı olarak seçimlik haklardan birinin bir kez kullanılmasından sonra bundan vazgeçilip diğer seçimlik hakların kullanılıp kullanılamayacağı ile ilgilidir. Bir görüşe göre, seçimlik haklar yenilik doğuran haklardır ve bir kez kullanılmakla tükenirler. Dolayısıyla seçimlik hakların biri kullanıldığında artık bundan sayılarak diğer bir seçimlik hakkın kullanılması mümkün olmaz. Bkz. **Eren**, s.158 vd, **ZEVKLİLER**, Aydın – **GÖKYAYLA**, K.Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2017, s.134, **YAVUZ**, Cevdet, Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul, 1989, s.135, **ŞENYÜZ**, Doğan, Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Bursa, 2012, s.284. Yargıtay da güncel tarihli şu kararlarında bu görüşü benimsemiş görünmektedir: *Hal böyle olunca; davacı onarım hakkını kullandığına ve seçimlik hakkını bu şekilde tükettiğine göre sonradan aracın ayıpsız misli ile değiştirilmesine yönelik bir diğer seçimlik hakkını kullanamaz.* (**Yargıtay 13. HD, 2015/22767 E. 2017/10057 K. 23.10.2017 T. – Kazancı İçtihat**

geçen 9'uncu maddede yer almaktadır. 9'uncu maddede yer alan şartlardan biri gerçekleştiğinde tüketici, yenilik doğuran hakkını bir kez kullanmış olmasına rağmen diğer seçimlik haklarına başvurma hakkını tekrar elde eder⁴⁰. Bu madde ile güdülen amacın, ücretsiz onarımdan beklenen faydayı sağlayamayan tüketicinin, mağdur olmasının ve seçimlik haklarından mahrum kalmasının önüne geçilmesi olduğu söylenebilir.

Madde bu yönüyle anlaşılabilir bir istisna getirmişse de, Kanun'un 56/3 maddesi ve Garanti Belgesi Yönetmeliği'nin 9/1 maddesinin son cümlesi 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un getirdiği sistem bakımından kanaatimizce bazı sakıncalar içermektedir.

Kanımızca gerek Yönetmelik madde 9/1 son cümlede, gerekse de Kanun madde 56/3 son cümlede gerekli hassasiyet gösterilmeksizin düzenleme yapılmıştır. Zira burada Kanun Koyucu, ücretsiz onarılan ürünün diğer seçimlik hakların kullanılmasını mümkün hale getiren durumlardan biri gerçekleştiği takdirde "... Bu talebin yerine getirilmemesi durumunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur" şeklinde bir yaptırım öngörmüştür. Söz konusu hüküm gerek Kanun'un 56/3 maddesinde, gerekse de Yönetmelik'in 9/1 maddesinde yer almıştır. Bu maddenin lafzından, ücretsiz onarım hakkını

Bilgi Bankası) Erişim Tarihi: 20.12.2017.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki kanunun tüketicinin seçimlik hakları başlıklı 11'inci maddesine göre tüketiciye tanınan haklar yenilik doğurucu yani tüketilen haklardan olup, tüketici bunlardan ancak birini seçebilir. Davacının terditli talebi de bulunmamaktadır. Mahkemece, davacıya satılan televizyonun davalıya iade edilerek ayıpsız misli ile değiştirilmesine, bunun mümkün olmaması halinde bedelinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine dair hüküm terditli karar mahiyetinde olup, mahkemece davacının, televizyonun ayıpsız misli ile değiştirilmesi talebi göz önüne alınarak karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde terditli şekilde hüküm usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir. **(Yargıtay 13. HD, 2015/14635 E. 2016/22900 K. 07.12.2016 T. – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)** Erişim Tarihi: 20.12.2017.

Diğer bir görüşe göre ise, seçimlik haklar arasında ayırım yapmak gerekir ve buna göre, sözleşmeden dönme ve bedel indirimi seçimlik haklarının kullanılması halinde bunların yenilik doğurucu hak niteliğinde olmaları nedeniyle artık diğer seçimlik haklara başvurulması mümkün değildir; fakat ücretsiz onarım hakkının veya ayıpsız misli ile değişim hakkının kullanılması halinde bu haklar "aynen ifa talebinin devamı" niteliğinde olduğundan, bunlardan cayılması ve diğer seçimlik haklara başvurulması mümkündür. Bkz. **ARAL**, Fahrettin, – **AYRANCI**, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2015, s.135 vd, **ATAMER**, Yeşim, Uluslararası Satım Sözleşmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005, s.331 vd, **Kahveci**, s.136 vd, **Kapancı**, s.45 vd, **BAŞOĞLU**, Başak, Aynen İfa Talebi, İstanbul, 2012, s.117. **Hatemi-Serozan-Arpacı**, değişim ve onarım seçimlik haklarını "kılık değiştirmiş aynen ifa istemi" olarak isimlendirmektedirler. Bkz. **HATEMİ**, Hüseyin – **SEROZAN**, Rona – **ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992, s.105.

⁴⁰ Kanun koyucunun seçimlik haklardan biri kullanıldıktan sonra diğer bir seçimlik hakkın kullanılabilmesi hususuna kanunda özel bir düzenleme ile yer vermesi, kanaatimizce seçimlik hakların yenilik doğuran haklar olduğunun ve kural olarak bunların bir kez kullanılmakla tükendiğinin kabul edildiği şeklinde yorumlanabilir.

kullanan fakat Kanun'un 56'ncı maddesi uyarınca ücretsiz onarım hakkını kullanmasına rağmen diğer seçimlik haklarına başvurma hakkına sahip hale gelen tüketicinin, diğer seçimlik haklarını satıcı, üretici ve ithalatçıdan birine veya hepsine karşı kullanabileceği anlaşılmaktadır. Oysaki Kanun, seçimlik haklardan sorumluluğu düzenlediği 11'inci maddede bu sorumluluğa ilişkin olarak satıcı-üretici/ithalatçı arasında bir ayırım yapmıştır. 56'ncı maddede ise bu ayırma ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Her ne kadar 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 56/3'te aynı kanunun 11'inci maddesine atıf varsa da, kanımızca, seçimlik haklardan kimlerin sorumlu olduğu hususunun açıkça ayırım yapılarak ifade edilmesi daha isabetli olurdu. Zira gerek Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 56'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası, gerekse de Garanti Belgesi Yönetmeliği'nin 9'uncu maddesinin 1'inci fıkrası tüm satıcı, ithalatçı ve üreticinin tüm seçimlik haklardan birlikte sorumlu olduğu anlamını yansıtmaktadır. Bir başka deyişle, Kanun'un getirdiği genel kurala (parasal taleplerden ithalatçı ve üreticinin sorumlu olmaması) bir istisnanın öngörüldüğü; ücretsiz onarım hakkı kullanıldıktan sonra maddede sayılan durumlardan biri gerçekleştiği takdirde bu kez tüm seçimlik haklardan üreticinin ve/veya ithalatçının da sorumlu olacağı anlamı madde lafzından çıkartılabilmektedir.

Öte yandan hem 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.11'e yapılan atıf, hem de kanun koyucunun amacı dikkate alınarak yorum yapıldığında böyle bir istisnanın öngörülmediği sonucuna da ulaşılabilir. Kaldı ki, kanaatimizce böyle bir istisnaya ihtiyaç da yoktur; zira tüketici ücretsiz onarım hakkını kullandıktan sonra diğer seçimlik haklara başvurma konusunda zaten bir hakka kavuşturulmuş, bu konudaki olası bir mağduriyet giderilmiştir. Parasal taleplerden normal şartlarda sorumlu olmayan üreticinin ve ithalatçının, ücretsiz onarım hakkının kullanılmasından sonraki süreçte sorumlu tutulması Kanun'un getirdiği "*tüketici-tüketicinin karşı tarafı*" dengesini anlamsız ve ölçüsüzce tüketici lehine bozacak, tüketiciler nezdinde Kanun'a karşı birtakım kötü niyetli yollar izlemesine ve üretici ve/veya ithalatçının da sorumlu tutulabilmesi yönünde yöntemler kullanılmasına da olanak sağlayabilecektir.

Ayrıca, tüketiciye sağlanan bu hakkın üretici veya ithalatçı tarafından sunulan garanti taahhüdüne dayandırılması⁴¹ da bu görüşümüzü değiştirecek nitelikte değildir. Zira üretici veya ithalatçı ile tüketici arasındaki garanti ilişkisi yukarıda da açıklandığı üzere ihtiyari olmayıp, kanundan doğmaktadır. Bir başka deyişle, üretici veya ithalatçının bu istisna ile karşı karşıya kalmasının nedeni irade serbestisi ile imzaladığı bir garanti sözleşmesi değil, bizatihi kanun hükmüdür.

⁴¹ Kahveci, s.163-165.

Dolayısıyla kanaatimizce Kanun'un 56'ncı maddesine "... seçimlik haklarını 11'inci maddede öngörülen şekil, usul ve sınırlar çerçevesinde kullanabilir" şeklinde bir ekleme yapılması isabetli olacaktır.

4. AB TOPLULUK HUKUKUNDAKİ DURUM

Yukarıda da belirtildiği üzere⁴², Türk Hukuku'nda üreticiye ve ithalatçıya garanti verme yükümlülüğü⁴³ Kanun'la yüklenmiştir. Tüketici Hukuku'ndaki bu yaklaşım, ayıplı maldan doğan seçimlik haklara da yansımıştır. Kanun koyucunun bu iki hususta da (ayıplı maldan sorumluluk ve garanti verme yükümlülüğü) üretici ve ithalatçı aleyhine düzenlemeler getirmesi birbiriyle bağlantılıdır.

Aynı şekilde AB Topluluk Hukuku'nda da, bu iki husus bakımından takınılan tavır birbirine paraleldir. Zira hem ayıplı maldan kural olarak üretici ve ithalatçı sorumlu değildir, hem de üreticinin ve ithalatçının ürün için garanti taahhüdünde bulunma zorunluluğu yoktur. Ayıptan doğan haklar, kural olarak, yalnızca satım ilişkisi içinde bulunan satıcıya karşı ileri sürülebilir⁴⁴. Üretici ürettiği, ithalatçı ise ithal ettiği ürünle ilgili olarak bağımsız bir garanti taahhüdünde bulunup bulunmama ve bulunacaksa bu garanti taahhüdünün içeriğini belirleme konusunda, satım ilişkisinin tarafı tüketici olsun veya olmasın, özgür bırakılmıştır.

AB Satım Hukuku Yönergesi ("Yönerge")'ne göre, tüketicinin satıcı dışında başka kişilere karşı talep ileri sürebilmesi ancak bu kişilerin bağımsız bir garanti taahhüdü vermiş olmalarına bağlıdır⁴⁵. Yönerge'nin 6'ncı Maddesine göre:

Garanti taahhüdünde bulunan, bu taahhülle ve ilgili reklamlarda yer alan ifadelerle bağlıdır.

⁴² Bkz. Dipnot 4.

⁴³ Söz konusu yükümlülük "tüketiciye yönelik olarak üretilen veya ithal edilen ürünler" için geçerlidir. Bkz. TKHK md.56.

⁴⁴ Bu yaklaşım, Ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin genel düzenlemeyi içeren Türk Borçlar Kanunu'nda da benimsenmiştir. TBK'ya göre, ayıptan doğan sorumluluk, kural olarak, yalnızca satıcıya aittir. İthalatçı ve/veya üretici, ayrıca bir garanti taahhüdünde bulunmuşlarsa, bu garanti taahhüdünün içeriğinden sorumlu olurlar. İç hukukumuzda, AB Hukuku'ndan farklı olarak, tüketicilerin korunması ilkesi gereği bir farklılaştırma ve ek koruma öngörülmüş bulunmaktadır. Bu husus, bir Yargıtay kararında şu şekilde ifade edilmektedir: Öte yandan, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 13.maddesinde; imalatçı veya ithalatçı tarafından düzenlenecek olan garanti belgesinin tekemmül ettirilerek tüketiciye verilmesi sorumluluğu satıcı, bayi veya acenteye yüklenmiş ve satıcı, bayi, acente, imalatçı-üretici ve ithalatçının *müteselsilen sorumlu oldukları kabul edilmiş ise de, genel hükümlerde (TTK ve BK) benzer böyle bir hükme yer verilmemiştir. Yargıtay HGK, E.2011/19-505, K.2011/636, T.19.10.2011.* Erişim Tarihi: 14.11.2017.

⁴⁵ **Atamer** – İnceoğlu, s. 21.

Görüldüğü üzere, şayet üretici ve/veya ithalatçı garanti taahhüdünde bulunmuşsa, bu taahhüdün içeriği ile bağlıdır. Örneğin; ürün ayıplı çıktığında bedel iadesi dahi yapacağına dair bir taahhütte bulunmuşsa, bu durumda bu taahhüdünden dolayı sorumlu olacak, ürün ayıplı çıktığında tüketicinin bu talebi yerine getirmek zorunda kalacaktır. Ancak bununla birlikte, yalnızca tek bir seçimlik haktan sorumlu olacağına dair bir garanti verebileceği gibi, hiçbir garanti vermeyerek seçimlik haklar bakımından tüketicinin karşısından tamamen de çekilebilir. Bir başka deyişle Yönerge'ye göre, şayet üretici ve/veya ithalatçı tarafından ekstra bir garanti verilmemişse, ayıplı satım halinde tüketicinin doğrudan talepte bulunabileceği tek piyasa aktörü satıcıdır. Üretici ve ithalatçı, Türk Hukuku'ndan farklı olarak, sorumlu olup olmayacaklarını ve sorumlu olacaklarsa ne ölçüde sorumlu olacaklarını verecekleri garanti taahhüdü ile kendileri belirlerler. Yönerge'de tanınan bu serbesti, üye ülkelerin iç hukuklarına da yansımıştır⁴⁶.

II. TAZMİNAT SORUMLULUĞU

Ayıplı bir ürünün satılarak piyasaya sürülmesi halinde, bu satım/piyasaya sürme işlemi ile nedensellik bağı içinde olmak üzere doğacak zararlardan kimlerin hangi durumlarda sorumlu olacağı hususu iki ana başlık altında incelenebilir. Bunlardan birincisi, ayıplı ürünün satın alan kişinin bu nedenle uğramış olduğu zararların tazmin edilmesidir. İkincisi ise, ayıplı ürün nedeniyle ürünü satın alan kişi dışında üçüncü kişilerin uğradıkları zararların tazmin edilmesidir.

1. Ayıp Nedeniyle Alıcının Uğradığı Zararlardan Sorumluluk

Öncelikle belirtmek gerekir ki, seçimlik haklardan sorumlulukta olduğu gibi, Türk Borçlar Kanunu'na tabi satışlarda alıcının ayıplı ifa nedeniyle uğradığı zararlar nedeniyle tazminat talebi yöneltebileceği tek kişi, md.227/2 ve onun atfı ile uygulanacak md.112 uyarınca, satıcıdır⁴⁷. Üretici ve ithalatçının TBK hükümleri uyarınca ayıp nedeniyle alıcının uğradığı zararlardan dolayı özel bir hükümle sorumlu kılınmamıştır. Genel hükümlere göre (ki alıcı ile aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı için ancak koşulları varsa haksız fiil hükümlerine göre) üretici ve/veya ithalatçıdan tazminat talep etme hakkı ise saklıdır⁴⁸.

⁴⁶ Esasen, Yönerge'de bu yaklaşımın benimsenmesinde, üye ülkeler içinde garanti taahhüdünde bulunmayı ihtiyari kabul eden ve ayıplı satımlarda satıcı dışında kalan ithalatçı ve üreticiye doğrudan başvurma hakkı tanımayan ülkelerin (Almanya, İsviçre, Avusturya gibi), garanti taahhüdünde bulunmayı zorunlu kabul eden ve ayıplı satımlarda üretici ve ithalatçıya da doğrudan başvurma hakkı tanıyan ülkelere (Fransa, Belçika gibi) fazla sayıda olması etkili olmuştur. Bkz. **Atamer-İnceoğlu**, s.20.

⁴⁷ **Aydoğdu – Kahveci**, s.203.

⁴⁸ Aynı yönde bkz. **Aydoğdu**, s.188.

Tüketici hukukunda ise, 4077 sayılı Kanun döneminde ayırım yapılmaksızın satıcı, bayi, acente, üretici, ithalatçı seçimlik haklar yanında, şayet şartları oluşmuşsa, tazminat talepleri bakımından da müteselsilen sorumluydular⁴⁹.

6502 sayılı Kanun'da ise, *Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir* denilerek genel hükümlere atıf yapılmıştır (md.11/6). Buna göre, tüketicinin öncelikle borca aykırılık nedeniyle satıcıdan tazminat istemesi mümkündür (TBK md.112 vd). Bununla ilgili açık hüküm olmasa da 6502 sayılı TKHK md.83'ün atfı uyarınca genel hükümlere göre tazminat talep edilebilmesi mümkün kabul edilmelidir⁵⁰. Ayrıca seçimlik hakların kullanılması halinde bunlar yanında, seçimlik hakkın yöneltildiği kişiden TBK genel hükümlerindeki koşullar gerçekleşmişse tazminat talep edilebilmesinin de mümkün olduğu savunulmaktadır⁵¹.

2. Ayıplı Nedeniyle Ayıplı Ürün Dışındaki Diğer Malvarlığı Değerlerinin ve Üçüncü Kişilerin Uğradığı Zararlardan Sorumluluk (Ürün Sorumluluğu)

Ayıplı bir ürün nedeniyle bu ürünü satın alan kişi yanında (veya ondan bağımsız olarak) bir üçüncü kişinin de maddi ve/veya manevi zarara uğraması mümkündür. Böyle bir durumda esasen sözleşmesel bir ayıba karşı tekeffül sorumluluğu söz konusu olmayıp, ürünün üretilmesi veya ithal edilmesi suretiyle piyasaya sürülmesi neticesinde ve salt bu nedenle o ürün bakımından kullanıcılarda oluşan güvenlik beklentisinin karşılanamaması nedeniyle oluşabilecek zararlardan üretici ve/veya ithalatçının sorumlu olması söz konusudur.

Burada bizzat ayıplı ürün üzerinde meydana gelen bir kayıp ve eksilme (ayıptan doğan zarar-*Mangelschaden*) mevcut değildir⁵². Ayıplı takip eden bir zarar (*Mangelfolgeschaden*) mevcuttur⁵³. Bu zarar⁵⁴, alıcının bizzat kendi

⁴⁹ Aydoğdu – Kahveci, s.202,203.

⁵⁰ Aydoğdu, (Yenilikler), s.176.

⁵¹ KARA, İlhan, *Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, Ankara, 2015, s.782 vd, Aydoğdu, s.178 vd.

⁵² Buna örnek olarak, ayıplı bir otomobilin bu ayıp nedeniyle kaza yapması ve hasara uğraması gösterilebilir. Bkz. Eren, s.143.

⁵³ Ayıplı takip eden zararların tümünün dolaylı zarar olduğuna dair bir görüşe karşın, ayıplı takip eden doğrudan zarar-ayıplı takip eden dolaylı zarar ayırımı yapan bir görüş de mevcuttur. Detaylı bilgi için bkz. Eren, s.144,145. Ayrıca söz konusu zarar türünü "ayıba refakat eden zarar" olarak tanımlayan görüş için bkz. PAKSOY, Meliha Sermin – DEMİR, Gizem Arslan, Üreticinin TBK 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması, İÜHF C. LXXI, İstanbul, 2013, S. 299-316, s.311 vd.

⁵⁴ 85/374 sayılı Üye Devletlerin Ayıplı Ürünlerden Doğan Sorumluluk ile ilgili Hukuki ve İdari Düzenlemelerin Uyumlaştırılmasına İlişkin Konsey Direktifi 9'uncu Maddesine göre:

1. madde anlamında zarar kavramı,

Ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlali sonucunda ortaya çıkan zararları,

Ayıplı ürünün kendisi dışında, 500 Euro'ya kadar zarar görenin katlanması koşuluyla, (i)

malvarlığında ayıplı ürün dışındaki bir malvarlığı değerinde ortaya çıkabileceği gibi, üçüncü bir kişinin malvarlığında veya şahsında da ortaya çıkabilir⁵⁵. Üretim sırasındaki hatadan dolayı kazan vanasının ayıplı olması ve bu ayıp nedeniyle kazanın patlayarak zarara sebebiyet vermesi durumunda bu patlamanın sebebiyet verdiği zararlar⁵⁶; kimya laboratuvarlarında kullanılmak üzere malzeme üreten bir işletmenin ürettiği malzemenin şıeye gereğinden fazla doldurulması dolayısıyla, laboratuvarında kullanım için açılırken şişenin patlaması ve laborantların yaralanması nedeniyle ortaya çıkan zararlar bu kapsamındaki zararlardan sayılabilir⁵⁷. Bu tür ayıplı takip eden zararlardan üreticinin ve ithalatçının sorumlu olduğu durumlarda da bu sorumluluk, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu değil, “ürün sorumluluğu” olarak adlandırılan farklı bir sorumluluk türünü oluşturur⁵⁸.

Bu şekilde, bir ürünün, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olması halinde tazminat talep edilebilmesi ile ilgili 4077 sayılı kanunda hüküm bulunmaktaydı. Buna göre, *tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir* (md.4/2-c. son). Bu düzenleme kanımızca, yalnızca söz konusu ayıplı ürün bakımından alıcı durumunda bulunan tüketiciyi koruması, üçüncü kişileri kapsam dışında bırakması nedeniyle eksiklik içermekteydi. Bu maddeye dayanılarak çıkarılan

olağan durumda kişisel kullanım veya tüketim amacına yönelik olan ve (ii) zarar gören taraftan fiili olarak da, kişisel kullanım veya tüketim amacıyla kullanılan başka bir eşyanın hasara uğramasından doğan zararları kapsar.

Aynı şekilde Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanun Taslağı'nın “ürün sorumluluğu” başlıklı 7'nci maddesinde de bu husus, *5 inci maddede belirtilen ürün güvenliği koşullarını veya uygulanabildiği durumlarda 6'ncı maddede atfı yapılan genel güvenlik gereklerini karşılayamadığı için bir ürünün, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olması halinde, bu ürünün imalatçısı veya ürün ithal ise ithalatçısı doğan zarardan kusuru aranmaksızın sorumlu tutulur ve bu Kanun uyarınca tazminat borcu doğar* şeklinde ifade edilmiştir.

⁵⁵ Örneğin, ayıplı bir ütü nedeniyle alıcıya ait giyişler yanarak zarar gördüğünde bizzat alıcıya ait fakat ayıplı ürün dışındaki bir malvarlığı değerinde eksilme söz konusu iken; aynı ayıplı ütünün alıcı dışındaki bir kişi tarafından kullanılırken su püskürterek ütü yapan kişinin yaralanmasına neden olması halinde ise üçüncü bir kişinin şahsında zarar meydana getirmesi söz konusu olur.

⁵⁶ HEIMBÜCHER, Bruno, Einführung in die Haftpflichtversicherung, Karlsruhe, 2003, s.165.

⁵⁷ ERMERT, Franz-Josef, Produkthaftpflicht, Haftung und Versicherungsschutz, Köln, 1990, s.11.

⁵⁸ GRIGOLEIT, Hans Christoph – RIEHM, Thomas, Schuldrecht IV Deliktsrecht und Schadensrecht, München, 2011, s.247, HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich, 2005, s.176, KULAKLI, Emrah, Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı, İstanbul, 2009, s.20, ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul, 2000, S.771-819, s.801.

Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik ise AB düzenlemeleri ile uyumlu olmakla birlikte, normlar hiyerarşisine aykırı hükümleri nedeniyle ihtiyacı karşılamamaktaydı. 6502 sayılı kanun ise, bu düzenlemeye (tasarı metninde bulunmasına rağmen) hiç yer vermemiştir. 6502 sayılı kanunda bu düzenlemenin tasarıda yer almasına rağmen kanunlaşma aşamasında metinden çıkarılması, ürün sorumluluğu (*Produkthaftung*) hususunun AB düzenlemeleri⁵⁹ ile uyumlu ayrı bir kanunla düzenlenmesinin öngörülmesi idi. Fakat 6502 sayılı TKHK yürürlüğe gireli yaklaşık 4 seneyi aşkın bir süre olmasına rağmen, ürün güvenliğini ve ürün sorumluluğunu düzenleyen Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Tasarısı halen yasalaşmış değildir⁶⁰.

Bu nedenle, ürün sorumluluğu açısından bir ara boşluk dönemi yaşandıği söylenebilir. Mevcut durumda, üretici ve/veya ithalatçı için özel bir kusursuz

⁵⁹ Topluluk hukukunda ürün sorumluluğu konusunda 85/374 sayılı Üye Devletlerin Ayıplı Ürünlerden Doğan Sorumluluk ile ilgili Hukuki ve İdari Düzenlemelerin Uyumlaştırılmasına İlişkin Konsey Direktifi yürürlüktedir.

⁶⁰ Bu noktada Bakanlar Kurulu tarafından yürürlüğe konulmuş olan ve halihazırda yürürlükte bulunan 22.02.2013 tarihli ve 28567 sayılı *Teknik Düzenlemeler Rejimi Kararı*'na da değinmek gerekir. Teknik Düzenlemeler Rejimi Kararı'nın 9'uncu maddesinde ithalatçının sorumluluğu ile ilgili şu düzenleme getirilmiştir: İthalatçı, ithal ettiği ürünlerin teknik düzenlemesine ve genel ürün güvenliği gereklerine uygun olmasından sorumludur. İthalatçının bu sorumluluğu, ürün piyasaya arz edildikten sonra da devam eder. Aynı Karar'ın 14'üncü maddesinde ise bu yükümlülüğe uyulmaması halinde uygulanacak yaptırım düzenlenmiştir. Buna göre:

Bu Karara, bu Karara dayalı yönetmeliklere, tebliğlere, yazılı bildirimlere, talimatlara veya taahhünelere aykırı hareket edenler, sahte belge kullananlar ve belgelerde tahrifat yapanlar hakkında, ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, fiilin ağırlığına göre ayrıca aşağıdaki müeyyidelerden biri veya birkaçı uygulanır:

a) *Firmanın yazılı uyarılması.*

b) *Firmanın bu Karara istinaden yayımlanan mevzuatla tanınan muafiyetlerden süreli veya süresiz men edilmesi.*

c) *Firmanın ithalatının veya ihracatının süreli veya süresiz durdurulması.*

ç) *Uluslararası gözetim şirketlerinin faaliyetten süreli veya süresiz men edilmesi veya statüsünün geri alınması.*

d) *Taahhütname alınan durumlarda, taahhüname belirtilen ürünün ihracat için FOB ve ithalat için CIF değerinin %60'ının, firmanın bağlı bulunduğu vergi dairesince ilgiliye tebliğ tarihindeki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz satış kuru üzerinden hesaplanacak TL karşılığının, 2/2/1984 tarihli ve 2976 sayılı Kanunun 3 üncü maddesi uyarınca, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde vergi dairesince tahsil edilerek bütçeye gelir kaydedilmesi.*

Görüldüğü üzere söz konusu Bakanlar Kurulu Kararı, ithalatçılar bakımından, iç piyasaya güvenli ürünler sokulmasını temin amacıyla getirilmiş idari nitelikte bir düzenlemedir. Dolayısıyla öngörülen yaptırımların da idare hukukuna ilişkin yaptırımlar olduğunu; tüketici veya tüketici olmayan gerçek kişilerin güvenli olmayan ürünler sebebiyle uğradıkları zararı ithalatçıdan talep edebilmelerine ilişkin bir özel hukuk rejimi öngörmediğini vurgulamak gerekir.

ürün sorumluluğu hali öngörülmüş değildir⁶¹. Bu nedenle üretici ve/veya ithalatçı, ancak kusuru varsa genel hükümlere göre sorumlu tutulabilecektir.

Öte yandan, üreticinin ve ithalatçının ürettikleri veya ithal ettikleri ürünlerin verdikleri zararlardan sorumluluğunun yalnızca genel hükümlere tabi tutulması gerek 4077 sayılı yasadan önceki dönemde, gerekse de 6502 sayılı yasadan sonraki dönemde, haksız fiil sorumluluğunun koşullarının ağır olması, ispat zorlukları ve satıcının hukuki ilişki kapsamında yer almadığı durumlarda zarara uğrayan kişinin muhatap bulmasında güçlük çekmesi nedeniyle, hakkaniyete aykırı bulunmuş ve bazı çözüm önerileri sunulmuştur. Bunlardan biri, üretici ve/veya ithalatçı ile alıcı arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisinin varlığının kabul edilmesi ve üretici ve/veya ithalatçının sorumluluğunun bir sözleşmesel tazminat sorumluluğuna benzetilerek buna ilişkin hükümlere tabi tutulması; ikinci bir öneri ise, haksız fiil hükümlerinin geliştirilmesi ve “minyatür bir tehlike sorumluluğunun” varlığının kabul edilmesidir⁶².

Türk Borçlar Kanunu'nda kabul edilen kusursuz sorumluluk hallerinin üretici veya ithalatçının ürün sorumluluğu açısından uygulanabilir olmaması nedeniyle Yargıtay da bazı kararlarında üreticinin (veya ithalatçının) ürün sorumluluğunun haksız fiile ilişkin genel hükümlere tabi olması gerektiğini ifade etmiştir⁶³. Burada 50'nci madde gereği ortaya çıkacak olan, genelde

⁶¹ *Aydoğdu*, 4703 sayılı Ürünlerle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun ile üreticinin sorumluluğunun düzenlendiğini ifade etmektedir. Bkz. **Aydoğdu**, s.187-188. Fakat bahsi geçen kanunda düzenlenen sorumluluk idari bir sorumluluk türü olup, kanaatimizce zarar gören kişilerin tazminat talepleri ile ilgili bağlayıcılığı yoktur. Aynı görüşte bkz. **HAVUTÇU**, Ayşe, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk, Üreticinin Sorumluluğu, Ankara, 2005, s.115 vd, **KIRCA**, Çiğdem, Ürün Sorumluluğu, Ankara, 2007, s.81.

⁶² **Hatemi – Serozan – Arpacı**, s.106. Ayrıca **Yavuz** bu konuda şu yorumu getirmektedir: *Yeni TTK'nun, yapımıcının tehlike sorumluluğu "öngörmediği" gerçeği karşısında, eskiden olduğu gibi, bugün de "yapımıcının" hakkaniyetin bir gereği olarak gözükken kusursuz sorumluluğu ancak yasa ötesinde (Praeter Legem) şu iki yoldan biri seçilerek gerçekleştirilebilir; Birinci yol şudur; Yapımcıyla tüketici arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisi, açıkçaş edim yükümlerinden bağımsız bir sözleşmesel davranış yükümleri ilişkisi varsayılır. İkinci yolsa şudur; kendi yararına bir tehlike kaynağı yaratıp onu denetleyebilen yapımcı akla gelebilecek tüm güvenlik önlemlerini alma yükümü atında sayılır. Böyle olunca da her çeşit organizasyon bozukluğundan "nesnel özen sorumluluğu" bağlamında (son tahlilde kusursuz olarak)sorumlu tutulabilir. Bkz. **YAVUZ**, Nihat, Ayıplı İfa, Ankara, 2012, s.48. Öte yandan, TBK md.71'de yer alan tehlike sorumluluğunun dar yorumlanması gerektiği, ürün sorumluluğunun tümüyle bu kapsama alınmasının hükmün amacını geçmek anlamına geleceği de ifade edilmektedir. Bkz. **PAKSOY-DEMİR**, s.313,314.*

⁶³ Yargıtay 2000 tarihli kararında, *Dosyadaki kanıtlara ve davacının iddiası gözetildiğinde davacı ile davalı arasında bir satış sözleşmesi bulunmamaktadır. Davacı davalının imal ettiği eşyanın imal edilmesi gereken nitelikleri taşımadığını bu yüzden zarara uğradığını ileri sürmektedir. Şu durumda davalının sorumluluğunun hukuki dayanağı imalatçının sorumluluğu esaslarına göre değerlendirilmesi gerekmektedir. İmalatçının ürettiği bir malın belirtilen vasıflara sahip olmaması durumunda bundan doğan zarardan sorumlu*

güçsüz tarafı oluşturan tüketicinin (veya mağdur olan diğer kişilerin) üretici veya ithalatçının kusurunu ispat etmesindeki zorluk, uygulamada Alman mahkemelerinin ürün sorumluluğuna ilişkin kanuni düzenlemenin henüz yapılmadığı dönemlerde başvurduğu ve ayrıca mülga Borçlar Kanunu döneminde bazı Yargıtay kararlarında da rastlanılan objektif özen yükümü, kusurun objektifleştirilmesi ve fiili karine⁶⁴ müesseseleri ile aşılabilmiştir⁶⁵.

tutulması genel hukuk ilkeleri gereğince kabul edilmek gerekir. Şu durumda imalatçının hatalı mal üretmesi hukuka aykırı bir eylem olduğu sonucuna varılmalıdır diyerek üreticinin sorumluluğunu genel hükümlere dayandırmaktadır. 4.HD, E.2000/517, 2000/3348, T.11.4.2000. (Kazanıcı İċtihat Bilgi Bankası) Erişim Tarihi: 14.11.2017.

1998 tarihli kararında ise *üreticinin sorumluluğu BK.nun 41 ve ardından gelen madde hükümlerine dayalı bir sorumluluk olarak kabul edilmektedir. Haksız bir fiilden mütevellit dava niteliğinde olan bu tip davalar o fiilin vuku bulduğu mahal mahkemesinde de ikame olunabilir* diyerek ürün sorumluluğu hususunda yine haksız fiil hükümlerini işaret etmiştir. 13.HD, E.1998/2040, K.1998/2557, T.19.3.1998. Erişim Tarihi: 14.11.2017.

⁶⁴ Direktif öncesi dönemde, henüz Kara Avrupası Hukuk Sistemleri'nde ürün sorumluluğuna ilişkin özel düzenlemeler yokken de kusur karinesi kurumu yer yer kullanılmıştır. Bkz. ÖZSUNAY, Ergun, Yapımcının Sorumluluğu (Sorunlar – Çözümler – Yönelimler), Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, Ankara, 1977, S.207-267, s.215-216.

⁶⁵ Davalı üreticinin kusurunun bulunmadığından hareketle reddedilen ve YHGK önüne gelen bir olayda kurul şu kararı vermiştir: *Dava, hukuki nedeni itibarıyla imalatçının sorumluluğu esas alınarak açılmıştır. İmalatçı, bir malı imal eden ve piyasaya süren kimsedir. İmalatçının sorumluluğu, BK.'nun genel ilkesi uyarınca, bir kusur sorumluluğudur. Ne var ki sorumluluğun dayanakları belirlenirken BK.'nun 41. maddesindeki genel ilkenin katı biçimde uygulanmaması gerekmektedir. Şöyle ki; imalatçı faaliyeti dolayısıyla hukukun gerekli kıldığı ve alınmasını imalatçıdan beklenebilir bulunduğu bütün özeni göstermekle yükümlüdür. Görüldüğü üzere BK.'nun 41. maddesini bu şekilde yorumlamak mümkün değildir. Bu da imalatçının yaptığı işin kapsamından kaynaklanmakta ve hukukun yazılı olmayan kurallarından biri olarak, tehlikeli bir durum yaratan veya onu sürdüren bir kimsenin önleyici tedbirleri almak zorunda olduğu ilkesinin bir sonucudur. Bu hususta hareketsiz kalmada hukuka aykırıdır. Hatta başkaları için tehlikeli durum yaratan, üçüncü kişileri zarardan korumak için gerekli önlemleri almaya zorlayan genel bir özen kuralının da sonucudur. İşte sorun bu özenin gösterilip gösterilmediğinde toplanmaktadır. Özen objektif olarak belirlenir. Diğer bir anlatımla kişinin belli bir standartta olması kabul edilir. Ne var ki bu ölçünün mutlaka tüm insanlar için aynı olması ve katı biçimde uygulanması zorunlu değildir. Her somut olayın özelliğine göre özenin bunun sonucunda da kusurun varlığı saptanmalıdır. Bundan dolayıdır ki imalatçının sorumluluğu saptanırken, ondan beklenen özenin, bir kazı yapan işçiden beklenen özenle aynı olmamalıdır. İmalatçının daha yüksek bir özen yükümlülüğü vardır. Bunun nedeni de, imalatçının yaptığı işin özelliğine göre, büyük tehlike yaratmasıdır. İşte imalatçıdan yüksek özen beklemenin nedeni "tehlikeyi uzaklaştırması" ilkesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle de, imalatçı, tehlikeyi uzaklaştırmak için gerekli ve akla gelen ve gelebilecek olan her türlü önlemi almalıdır. Böylece imalatçı gerekli güvenlik ve denetim önlemlerini almalıdır. Bunun sonucu olarak imalatçı bilim ve teknolojinin gerekli kıldığı son durumu gözetecektir. Üretilen malın özelliğine ve yarattığı tehlikeye göre önlemler daha da arttırılacaktır. O mamulü kullananın bilgisiz ve tecrübesiz olabileceği ihtimali varsa, imalatçının özen yükümlülüğü de buna göre artmış olacaktır. Açıklanan bu ilkeler gözetildiğinde, zarar görenin BK.'nun 41. maddesinde ifade edildiği üzere, zarar verenin kusurunu kanıtlamadaki yükümlülüğünün hafiflediği sonucuna varabiliriz. İmalat işinin çok komplike olması nedeniyle de, zaten zarar görenin bazı hususları kanıtlaması imkânsiz*

AB hukukunda üreticinin ve ithalatçının ürün sorumluluğu hususu özel düzenlemelerle bir tehlike sorumluluğu ölçüsünde kabul edilmiş ve üretici ve/veya ithalatçılar ürün sorumluluğunun koşullarının doğduğu durumlarda kusursuz sorumlu kabul edilmişlerdir⁶⁶.

Ayrıca burada ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ile üretici ve ithalatçının ürün sorumluluğu arasındaki farkın “ayıp” kavramı açısından da değerlendirilmesi gerekir. AB hukukunda, üretici veya ithalatçının ürün sorumluluğu bakımından “ayıp” kavramı, ayıba karşı tekeffül hükümleri bakımından kullanılan “ayıp” kavramından farklı şekilde tanımlanmış ve ifade edilmiştir⁶⁷. Bu farklılık hukukumuzda her iki durumda da aynı kavram ile ifade edildiği için net olarak ortaya konma konusunda zorluklara sebep olmaktadır. Oysaki özellikle yabancı doktrinde bu konu için *uygunluk ayıbı* ve *güvenlik ayıbı* ayrımı yapılmaktadır. Bu ayrımın temelinde ürünün *beklentilere uygun olmaması* ile *beklenen güvenlikte olmaması* arasındaki fark yatar⁶⁸. Bir başka deyişle, sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlarda, sözleşmenin taraflardan birinin haklı beklentisine uygun olmadığı durumlarda *uygunluk ayıbı*; ürünün kullanıcıların güvenliği, yani vücut bütünlüğü ve malları açısından tehlike arz etmesi durumunda ise *güvenlik ayıbı* söz konusudur. Bu ayrım penceresinden bakıldığında 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen ve sözleşme hukuku bakımından (özellikle ayıba karşı tekeffüle ilişkin TBK hükümlerinde) geçerli olan ayıp⁶⁹ *uygunluk ayıbına*, Direktif ve Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Tasarısı'nda düzenlenen ayıp ise *güvenlik*

olacaktır. Bundan dolayıdır ki, fiili karinenin ispat yerine geçmesi kabul edilmelidir. Zararın imal edilen şeyin kullanımından kaynaklanmadığını imalatçı kanıtlayacaktır. Bu husus Alman Mahkemelerince de kabul edilmiş bulunmaktadır. YHGK, E.1996/4-588, K.1996/831, T.27.11.1996. (Bkz. **UYGUR**, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, C. 2: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.2, Madde 41-50, Ankara 2003, s. 1450). Bu kararda Yargıtay üreticinin kusurunun varlığını fiili karine olarak değerlendirmekte, üreticinin sorumluluğunun genel haksız fiil hükümlerine dayandırıldığı bu dönem için ilkesel bir yorumda bulunmaktadır.

⁶⁶ Direktif tasarılarında 1976 ve 1979 yıllarında yer alan “üreticinin ayıplı bilmesi veya bilmesine gerekmesinden bağımsız olarak sorumludur” ifadesi gereksiz bulunarak çıkarılmış, kusurun açıkça aranmıyor olması kusursuz sorumluluğun kabulü için yeterli sayılmıştır. Bkz. **KULLMAN**, Hans Joseph, Produkthaftungsgesetz, Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ProdHaftG), Kommentar, Berlin, 1997, s.41. Ürün sorumluluğunun tehlike sorumluluğu (TBK md.71) çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **PAKSOY-DEMİR**, s.299 vd.

⁶⁷ Detaylı bilgi için bkz. **Kırca**, s.89 vd.

⁶⁸ **KARAMAN**, Tuba, Akçura, Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul, 2008, s.15, 189, 368.

⁶⁹ Türk hukukunda söz konusu ayrımın net olmamasının bir diğer nedeni de Almanca'dan yapılan tercüme ile ilgilidir. Almanca konuşulan ülkelerin hukuk sistemlerinde tüketicinin korunması hukuku ve sözleşme hukuku anlamındaki ayıp için *Mängel* kavramı kullanılmaktadır. Oysaki Direktif ve yönetmelikte ifade edilen ayıp kavramını Almanca'da *Fehler*, ayıplı kavramını ise *fehlerhaft* kavramları karşılamaktadır. Bkz. **Honsell**, s.181, **Kullmann**, s.81, **Havutçu**, s.114. Türk hukukunda ise her ikisi için *ayıp* kavramı kullanılmaktadır.

ayıbına karşılık gelmektedir⁷⁰.

Öte yandan, bu ayırım dikkate alındığında da, uygunluk ayıbının güvenlik ayıbını kapsadığını, güvenlik ayıbının bulunduğu her durumda evleviyetle uygunluk ayıbının da bulunduğu kabul edilmesi gerektiği, zira güvenli olmayan bir ürünün, alıcının sözleşmesel beklentilerine de uymayacağı doktrinde ifade edilmiştir⁷¹. Biz de bu görüşe iştirak etmekteyiz. Aynı görüşün mefhumu muhalifinden yola çıkıldığında ise, uygunluk ayıbının bulunduğu her durumda ise güvenlik ayıbının varlığı kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılabilecektir. Ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre ayıplı kabul edilen bir ürün, ancak haklı güvenlik beklentisini de karşılamıyor ise ve bu nedenle bir zarara sebebiyet vermiş ise aynı zamanda güvenlik ayıbına sahip kabul edilecek ve diğer koşulları da varsa üreticinin ve/veya ithalatçının ürün sorumluluğu nedeniyle bu kişilerin sorumluluğuna gidilebilecektir.

SONUÇ

Çalışmamızda genel hatlarıyla, üreticinin ve ayıptan sorumluluk açısından kanunun üretici ile aynı sorumluluk rejimine tabi tuttuğu ithalatçının, ayıplı bir ürünün varlığı nedeniyle hangi hallerde ve hangi şartlarda sorumlu olacağı incelenmiştir.

Buna göre, üretici ve/veya ithalatçının ayıp nedeniyle iki tür sorumluluğu doğabilmektedir. Bunlardan birincisi seçimlik hakların yerine getirilmesine ilişkin sorumluluk, ikincisi ise uğranılan zararların tazmin edilmesine ilişkin sorumluluktur.

Üretici ve ithalatçının seçimlik haklardan sorumluluğu, Türk Borçlar Kanunu'nun esasen yalnızca satıcıyı sorumlu tutması karşısında, ancak üretici ve/veya ithalatçının bağımsız bir garanti taahhüdünde bulunduğu durumlarda ve bu taahhüdün içeriği ile sınırlı olarak (sözleşmesel bir sorumluluk şeklinde) söz konusu olabilecektir.

Fakat Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bağlamında üretici ve/veya ithalatçının seçimlik haklardan "kanun gereği" sorumluluğu öngörülmüştür. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun döneminde tüm seçimlik haklardan satıcı (ve diğer muhataplarla) birlikte müteselsilen sorumluluğu öngörülen üretici ve/veya ithalatçı, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile birlikte yalnızca ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değişim seçimlik haklarından müteselsil sorumlu kabul edilmiştir.

6502 sayılı kanun genel kuralı bu şekilde belirlemiş olmakla birlikte, garantili ürünler bakımından bir istisna getirmiş ve bu tür ürünlerin ayıplı çıkması ve ücretsiz onarım seçimlik hakkının kullanılması durumunda, ücretsiz onarımın

⁷⁰ Kulaklı, s.35.

⁷¹ Karaman, s.16.

süresinde yapılamaması veya yararsız kalması gibi hallerde tüketicinin diğer seçimlik haklarına başvurabileceğini ve bu durumda artık tüm seçimlik haklardan üretici ve ithalatçının da satıcı gibi müteselsilen sorumlu olacağını düzenlemiştir. Bu düzenleme ile sorumluluk rejiminde sorumlu olan kişiler bakımından kanun bir istisna getirmiştir. Kanaatimizce bu istisna özensiz bir düzenleme neticesinde ortaya çıkmış olup, ücretsiz onarım hakkını kullanan tüketici bu aşamadan sonra diğer seçimlik haklarını kullanma imkânına sahip kılınsa bile, bu hakkını 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 11'inci maddedeki genel kural çerçevesinde kullanabilmeliydi. Zira normal koşullarda bedel iadesi talebini üretici ve/veya ithalatçıya yöneltmeyen tüketicinin, ücretsiz onarım hakkını kullandıktan sonra bu hakkını üretici ve/veya ithalatçıya yöneltme imkânına sahip olması kanunda gözetilen menfaat dengesini tüketici yararına fahiş şekilde bozmaktadır.

Üretici ve/veya ithalatçının seçimlik haklar yanında tazminat sorumluluğu da doğabilir. Bu husus da ikiye ayrılarak incelenmelidir. Birincisi ayıplı ürün nedeniyle alıcının uğradığı zararlar, ikincisi ise ayıplı ürünün aynı zamanda haklı güvenlik beklentisini karşılamadığı durumlarda üçüncü kişilerde veya bir malvarlığı değerinde meydana gelen zararlardır.

Birinci tür zararlardan sorumluluk, Türk Borçlar Kanunu bakımından yalnızca satıcıya yöneltilebilir. Tüketici Hukuku bakımından ise bu tür zararlardan nedeniyle ortaya çıkacak talepler sözleşmeye aykırılık gerekçesiyle satıcıya yöneltilebileceği gibi, seçimlik hakların yanında talep edilmek suretiyle bu seçimlik haklardan sorumlu olan üretici ve/veya ithalatçıya da yöneltilebilir.

İkinci tür zararlardan sorumluluk ise, sözleşmesel bir sorumluluk olmayıp, üretici ve/veya ithalatçının ürettikleri ve/veya iç piyasaya sürdükleri ürünlerin haklı güvenlik beklentisini karşılamaması nedeniyle verdikleri zararlardan dolayı sözleşme dışı bir sorumluluktur. AB Hukuku'nda kusursuz sorumluluk hali olarak öngörülen bu durum, iç hukukumuzda henüz yasalaşmayan Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Taslağı'nda da kusursuz sorumluluğa tabi tutulmuştur. Fakat hâlihazırda bu taslak yürürlüğe girmemiştir. 6502 sayılı kanunda bu hususta hüküm bulunmamakta ve 4077 sayılı kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelikte öngörülen kusursuz sorumluluk hali de yasal dayanağı ortadan kalktığı için mülga olmuştur. Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen kusursuz sorumluluk halleri ise burada uygulanabilir değildir. Bu nedenle, mevcut durumda üretici ve/veya ithalatçının ürün sorumluluğunun, kusur sorumluluğu esas alınarak çözüme kavuşturulması gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

ARAL, Fahrettin – **AYRANCI**, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2015.

ATAMER, Yeşim, Uluslararası Satım Sözleşmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005.

ATAMER, Yeşim – **İNCEOĞLU**, Murat, Satım Sözleşmesinde Tüketicinin Seçimlik Hakları ve Avrupa Birliği Hukuku İle Uyum Sorunu, İstanbul, 2012.

AYDOĞDU, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara, 2015.

AYDOĞDU, Murat, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım Ve Bu Konudaki Önerilerimiz, (Yenilikler), DEÜHFD, Cilt 15, Sayı 2, İzmir, 2013, s. 1-62.

AYDOĞDU, Murat – **KAHVECİ**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir, 2017.

BAŞOĞLU, Başak, Aynen İfa Talebi, İstanbul, 2012.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2017.

ERMERT, Franz-Josef, Produkthaftpflicht, Haftung und Versicherungsschutz, Köln, 1990.

HATEMİ, Hüseyin, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1999.

HATEMİ, Hüseyin – **SEROZAN**, Rona – **ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992.

HAVUTÇU, Ayşe, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk, Üreticinin Sorumluluğu, Ankara, 2005.

HEIMBÜCHER, Bruno, Einführung in die Haftpflichtversicherung, Karlsruhe, 2003.

HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich, 2005.

GRIGOLEIT, Hans Christoph – **RIEHM**, Thomas, Schuldrecht IV Deliktsrecht und Schadensrecht, München, 2011.

KAHVECİ, Nalan, Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Ankara, 2014.

KAPANCI, Kadir Berk, Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesen Garanti Taahhütleri, İstanbul, 2012.

KARA, İlhan, Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ankara, 2015.

KARAMAN, Tuba Akçura, Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul, 2008.

KIRCA, Çiğdem, Ürün Sorumluluğu, Ankara, 2007.

KULAKLI, Emrah, Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı, İstanbul, 2009.

KULLMAN, Hans Joseph, Produkthaftungsgesetz, Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ProdHaftG), Kommentar, Berlin, 1997.

ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul, 2000, S.771-819.

ÖZSUNAY, Ergun, Yapımcının Sorumluluğu (Sorunlar – Çözümler – Yönelimler), Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, Ankara, 1977, S.207-267.

PAKSOY, Meliha Sermin – **DEMİR**, Gizem Arslan, Üreticinin TBK 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması, İÜHFİM C. LXXI, İstanbul, 2013, S. 299-316.

ŞENYÜZ, Doğan, Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Bursa, 2012.

UYGUR, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, C. 2: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.2, Madde 41-50, Ankara 2003.

YAVUZ, Cevdet, Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul, 1989.

YAVUZ, Nihat, Satış Sözleşmeleri, Ankara, 2016.

YAVUZ, Nihat, Ayıplı İfa, Ankara, 2012

ZEVKLİLER, Aydın – **GÖKYAYLA**, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2017.

<http://www.kazanci.com> - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası -

YETKİSİZ HEKİMLİK SUÇU (1219 SAYILI KANUN m-25)

Unauthorized Practice of Medicine (Art. 25 of the Law No. 1219)

Emre DİZDAR¹

Geliş Tarihi: 08.06.2018

Kabul Tarihi: 20.02.2019

ÖZET

Tıbbî müdahaleler, niteliği itibarıyla insanın yaşamı ve vücut dokunulmazlığı üzerinde tehlike yaratmaya elverişli bir faaliyet alanıdır. Bu nedenle, tıbbî müdahale yalnızca hekimler tarafından uygulanabilir; istisnai ve küçük müdahaleler dışında, hekim olmayan kişilerin tıbbî müdahalede bulunması yasaklanmıştır. Hekim olmayan kişilerin tıbbî müdahalede bulunmalarına, hastanın rıza göstermesi hukuken mümkün değildir. Bu açıdan, anılan müdahaleler hukuka uygunluk nedeninden yoksundur.

Hekim olmayan kişilerin hasta tedavi etmesi veya tabip unvanını takınması, kamu sağlığı üzerinde tehlike yaratacağından, anılan fiiller, bağımsız bir ceza normu kapsamında düzenlenmiştir. 1219 sayılı Tababet Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu'nun 25. maddesine göre, diploması olmayan kişinin, menfaat temin etmek amacıyla yönelik olmasa bile, hasta tedavi etmesi veya tabip unvanını takınması cezalandırılmaktadır. Buna göre, yetkisiz kişilerin hasta tedavi etmesi veya tabip unvanını takınması, herhangi bir başka zarar neticesi oluşturmasa bile, anılan madde kapsamında yaptırım altına alınacaktır. Bu çalışmada, anılan suç sistematik olarak açıklanmış ve yargısal uygulamada karşılaşılabilecek olası sorunlara karşı çözüm önerileri ileri sürülmüştür.

Anahtar Kelimeler: Tıp Hukuku, Yetkisiz Hekimlik Suçu, 1219 Sayılı Kanuna Aykırılık, Hasta Tedavi Etme, Tabip Unvanını Takınma.

ABSTRACT

Medical interventions inherently have a potential to risk human life and body integrity. For this reason, they can only be performed by physicians. It is forbidden for non-physicians to perform medical interventions except for rare and minor interventions. It is not legal for the patient's to consent to medical interventions by non-physicians. In this respect, the such interventions do not have the justificatory defenses.

As a non-physician wearing the title "doctor" and treating patients creates a danger to the public health, the mentioned acts are regulated by an independent criminal norm. According to Article 25 of the Law No. 1219 on the Application of Medicine and Branches, a person without a diploma is punished for treating a patient or wearing a medical title, even if it is not aimed at providing benefits. Accordingly, treating patients or wearing the title "doctor" by unauthorized persons will be sanctioned under the mentioned article, even if it does not constitute any other harm. In this study, the referred offense was explained systematically and solutions to possible problems in judicial practice were suggested.

Keywords: Medical Law, Unauthorized Practice of Medicine, Violation of the Law No. 1219, Treatment of the Patient, Wearing of the Title of the Doctor,

¹ Serbest Avukat, Kocaeli Barosu, e-posta: av.emredizdar@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-0249-1056

GİRİŞ

Tıbbî müdahaleler, kişinin yaşam hakkını ve vücut bütünlüğünü yakından ilgilendiren riskli bir faaliyettir. Bu nedenle, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu belli koşullara bağlanmıştır. Müdahalenin yetkili hekim tarafından yapılması, hastanın aydınlatılarak rızasının alınması, bazı özel müdahale tiplerinde aranan ek koşullar (insan üzerinde deney için yetkili kurul onayı, kısırlaştırma için kişi evli ise eşin rızası gibi), tıbbî müdahalenin ceza sorumluluğu doğurmasını engellemektedir². Tıbbî müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, anılan koşulların yanı sıra, tıp biliminin gerektirdiği özene uygun icra edilmesi de gerekmektedir. Tıp biliminin yerleşik standartlarına aykırı hareket edilerek hastaya zarar verilmesi halinde taksirli sorumluluk söz konusu olabilmektedir³.

Tıp biliminin uygulanmasını düzenleyen kurallar yalnızca belirli bir müdahalenin hukuka uygunluk koşullarını göstermemektedir. Aynı zamanda, tıp bilimini uygulama yetkinliği olmayan kişinin bu alanda faaliyet göstermesini engelleyen, aksi davranışları idari ve cezaî yaptırımlarla karşılayan normlar da bulunmaktadır.

Bir kimsenin tıbbî müdahalelerde bulunabilmesi için hekim olması koşulu aranmaktadır. Hekimlik sıfatına sahip olmayan kişinin icra ettiği belirli bir müdahale, hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz. Aynı zamanda bu müdahalelerde bulunan kimseler, 1219 sayılı Tababet Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun'un 25. maddesine aykırı davranmak suretiyle suç işlemiş olurlar. Anılan maddeye göre; *“Diploması olmadığı hâlde, menfaat temin etmek amacıyla yönelik olmasa bile, hasta tedavi eden veya tabip unvanını takınan şahıs iki yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”*

İzleyen kısımda diplomasız *hasta tedavi etme veya tabip unvanını takınma* suçu (kısaca “yetkisiz hekimlik suçu” olarak anılacak) açıklanacaktır.

I. BENZER SUÇ TİPLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Türk hukukunda belirli mesleklerin yetkisiz kimseler eliyle icrası cezaî yaptırımlarla engellenmektedir. Düşüncemize göre, bu yöndeki suç politikasının iki önemli sebebi bulunmaktadır. Birincisi, mesleğin yetkisiz kişiler eliyle icra edilmesi, o mesleğin mensuplarının mesleklerini icraya yönelik

² Hakan HAKERİ, **Tıp Hukuku**, Ankara: Seçkin, Mart 2016, s.171 vd.; Özlem YENERER ÇAKMUT, **Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi**, İstanbul: Legal, 2002, s.26-41; Barış ERMAN, **Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Ankara: Seçkin, 2003, s.77.

³ Hekimin tıbbî müdahalesinin taksirli sorumluluk doğurduğu haller için bkz. Köksal BAYRAKTAR, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul: İÜ Yayınları, 1972, s.212-219.

subjektif haklarını zedelemektedir. İkincisi, yetkisiz kimseler eliyle icrasının cezaî yaptırım konusu edildiği meslek, faaliyet alanı itibariyle önemli kamusal menfaatleri ilgilendirmekte; yetkisiz kişilerin ilgili faaaliyette bulunması, kamu düzeni, kamu sağlığı veya temel haklar alanında birtakım onarılması güç sakıncalar yaratmaktadır. Özellikle sorunun kamusal yararları ilgilendiren boyutu nedeniyle, yetkisiz kişilerin mesleği icra filleri ceza hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Bu kapsamda yetkisiz hekimlik suçu ile benzer düzenlemelere mevzuatımızda rastlanmaktadır.

1219 sayılı Kanunu'nun 41. maddesi yetkisiz dış hekimliği icrasını cezalandırmaktadır. Buna göre *"Kişisel çıkar amacı olmasa bile diplomasız olarak dış hekimliği mesleğine ilişkin herhangi bir muayene veya müdahale yapan, dış hekimliği klinik hizmetleriyle ilgili işyeri açanların meslek icraları durdurulur. Bu kimseler hakkında üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur."* Yetkisiz dış hekimliği suçu, tıpkı yetkisiz hekimlik suçu gibi, mesleğin gerektirdiği yetkinliği haiz olmayan kimselerin insan sağlığı üzerinde faaliyet icra etmesinin yaratabileceği tehlikeleri önlemeye yöneliktir. Bu suçun, aynı kanunun 25. maddesinde tanımlanan yetkisiz hekimlik suçuna göre kapsam alanı daha geniştir. Yetkisiz hekimlik suçu bakımından, yalnızca tedavi etme veya tabip unvanı takınma filleri cezalandırılmakta iken; yetkisiz dış hekimliği suçu yönünden, herhangi bir muayene veya müdahale yapmak yahut klinik hizmetleriyle ilgili işyeri açmak da suçun maddî unsurunu oluşturmaktadır.

Yine 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 63. maddesinin 3. Fıkrasına göre *"Avukatlık yapma yetkisini taşımadıkları halde muvazaalı yoldan alacak devralarak ve kanunların tanıdığı başka hakları kötüye kullanarak avukatlara ait yetkileri kullananlar bir yıldan üç yıla kadar "hapis ve bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılırlar."* Buna göre avukat olmayan kimselerin avukatlık yetkilerini kullanması suç teşkil etmektedir⁴. Örneğin avukat

⁴ Tıp alanında yetkisiz kişilerin faaliyetlerine rastlanıldığı gibi, hukukî hizmetler alanında da karşılaşılmaktadır. Bunun son yıllarda en sık rastlanan yöntemi, "Hasar Danışmanlık" şirketleridir. Bu alanda sıklıkla avukatlara özgü yetkilerin avukat olmayan kimselerce kullanıldığına tanık olmaktadır. Bu hallerin özel hukuk açısından haksız rekabet, ceza hukuku açısından da yetkisiz avukatlık suçunu (1136 sayılı Kanun m.63/3) oluşturduğunu düşünmekteyiz:

"Mahkemece, Türk hukuk sisteminde hukuki konular itibariyle danışmanlık şirketlerinin kurulmasına olanak bulunmadığı, bu kapsamındaki işlerin avukatlara özgü olduğu.../... gerekeşi ile davanın kabulü ile www...com.tr sitesi üzerinden yaptığı yayın itibariyle davalı şirketin her türlü sigorta kapsamında kalan kazalarda vatandaşlara kaza nedeniyle doğan tazminatı tahsil etmeyi ve bu iş sonuçlanıncaya kadar hiçbir ücret almamayı taahhüt etmek suretiyle yürüttüğü faaliyet bakımından internet sitesinin "hizmetlerimiz" başlığı altındaki yayınlarının haksız rekabet niteliğinde olduğunun tespitine, davalı şirketin internet sitesinden bu ibareleri çıkartması, yayınlarını düzeltmesi suretiyle haksız rekabetin önlenmesine, hükmün ilanına karar verilmiştir. Kararı davalı vekili temyiz etmiştir."

olmayan bir kişi, kendi şahsî dava ve icra takipleri haricinde, başkalarının dava veya icra dosyalarının takibini yapamaz; aksi bir davranış 1136 sayılı Kanunu'nun 63/3. maddesinde uyarınca cezaî yaptırıma konu edilecektir. Yetkisiz hekimliğin icrası kamu sağlığı üzerinde tehlike yaratıcı niteliktedir; buna benzer şekilde yetkisiz avukatlık faaliyeti de kişilerin savunma haklarını gereği gibi kullanamamalarına yol açacaktır. Sağlıklı bir yargılama faaliyeti, savunma hakkının zedelenmemesine bağlıdır. İnsanların haklarının korunması, ihlallerin önlenmesi ve hakların toplum hayatı içerisinde tanınarak icra edilmesi; savunma mesleğinin gerektirdiği yetkinlikleri haiz olan kişilerin dava ve icra takibinde bulunmasına bağlıdır. Bu yetkinliğin somut göstergesi de – baroya yazılmak için zorunlu koşul olan hukuk fakültesi diplomasının yanısıra- avukatlık ruhsatnamesidir.

II. KORUNAN HUKUKÎ YARAR

İnceleme konusu suçla korunan hukukî yarar, kamu sağlığıdır⁵. Çünkü

.../. usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve davalının haksız rekabet oluşturan eyleminin bir hükme bağlanmasında davacının hukuki yararının bulunmasına göre, davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.” Yarg. 11. HD. 2015/219 E. 2015/4572 K. 1.4.2015 T. (http://kazanci.com.tr, 10/02/2019)

“1136 sayılı yasanın 63.maddesinde “Baro levhasında yazılı bulunmayanlar ve işten yasaklanmış olan avukatlar, şahıslarına ait olmayan dava evrakını düzenleyemez, icra işlemlerini takip edemez ve avukatlara ait diğer yetkileri kullanamazlar. Baro levhasında yazılı bulunmayanlar avukatlık ünvanını da taşıyamazlar” hükmü mevcut olup İzmir Barosu Başkanlığının 4.4.2001 tarihli yasasında sanığın baro levhasına 20.12.1999 tarihinde kaydını yapıldığını belirtmiş olup Ankara Barosu Başkanlığının 22.1.2001 tarihli cevabi yazısında da baro levhasının incelenmesinde H. Y. ismine rastlanmadığını belirttiği cihetle 1 1.6.2001 günlü sanığın da hazır bulunduğu celsede Ankara 9. İcra Müdürlüğünün 1999/7045 esas sayılı dosyasının incelenmesinde borçlu E. Konut Yapı Kooperatifinin Ankara 10. Noterliğinden sanık adına 6.10.1999 tarihli vekaletname ile vekil tayin edip, bu vekaletname uyarınca sanığın Ankara 9. İcra Müdürlüğüne verdiği 7.10.1999 tarihli dilekçe ile borca itirazda bulunduğu, yine Ankara 4. İcra Müdürlüğünün 1999/7443 sayılı takip dosyasının aynı duruşmada incelemesinde sanığın Ç. Konut Yapı Kooperatifince yine aynı Noterlikten aynı tarihli vekaletnamesi bulunup ve vekaletnameye istinaden kooperatifin alacağı için icra takibi yaptığı hususları gözönünde bulundurularak baro levhasına kayıtlı olmadığı zamanda avukatlara ait yetkileri kullandığı sabit olun sanığın atılı suçtan cezalandırılması yerine yazılı şekilde beraat kararı verilmesi,”Yarg. 7. CD. 2002/15791 E. 2002/15293 K. 4.11.2002 T. (http://kazanci.com.tr, 10/02/2019)

⁵ 1219 sayılı Kanunu'nun 41. maddesine göre yetkisiz dış hekimliği icra edilmesi halinde, suçla korunan hukukî yararın kamu sağlığını olduğunu Yargıtay açıkça ifade etmiştir:

“Açılan kamu davasının niteliğine göre, 1219 Sayılı Kanun'un 41. Maddesinde öngörülen suçla korunan hukuki yararın kamu sağlığı, suçun mağdurunun ise toplumu oluşturan bütün bireyler olduğu, dış tabibi olmadığını bildiği kişiye tedavi yaptırılan kişilerin ise suçun mağduru değil konusu oldukları cihetle gerçek kişi şikayetçilerin; suçun failinin diploması olmadığını bildiği veya bilebilecek durumda olduğu, bu sebeple katılan sıfatıyla açılan davaya katılma haklarının bulunmadığı,”Yarg. 19. CD. 2015/12910 E. 2017/7556 K. 2.10.2017 T. (http://kazanci.com.tr, 13/02/2019)

yetkisiz kimseler eliyle icra edilecek tıbbî müdahaleler, kamu sağlığını ciddi biçimde tehdit etmektedir. Bu nedenle, TCK'da hayata ve vücut bütünlüğüne karşı suçlar kısmında düzenlenen hiçbir suç tipine girmese bile, salt yetkisiz tedavi etme ve tabip unvanı takınma fiilleri suç olarak düzenlenmiştir.

Tıbbî müdahaleleri icra etme yetkisinin münhasıran hekimlere ait olması, kamu sağlığı bakımından önem taşımaktadır. Anılan suç, hekimlerin sahip olduğu tıbbî müdahale uygulama tekeline de korumak suretiyle kamu sağlığına yönelik tehlike arz eden fiilleri önlemektedir.

III. FAİL

Yetkisiz hekimlik suçunun işlenebilmesi için, kişinin hekim sıfatının bulunmaması gerekir. Hekim olmayan kişi, uyguladığı tedavi olumlu sonuçlansa bile, salt hekimlik sıfatı olmaksızın tedavide bulunduğundan dolayı sorumlu tutulur. Bu nedenle, Türk hukukunda hekimlik sıfatına sahip olma bakımından aranan koşulları açıklamak gerekir.

Tıp biliminin uygulanması için aranan koşulları içeren temel kanun, 1219 sayılı Tababet Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanundur. Anılan kanunun 1. maddesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti sınırları dâhilinde hekimlik yapabilmek için "...tıp fakültesinden diploma sahibi olmak" gerekmektedir. Aynı kanunun 2. maddesine göre, zorunlu hizmet ve Sağlık Bakanlığı onayı ve tescili de hekimlik faaliyetinde bulunabilmek için öngörülen koşullardandır.

Diploma, kamu hukukuna dayanan bir yetkiyi içermektedir. Tıp faaliyet alanında, hekimliğin icrasının diploma ve ruhsat gibi şartlara bağlanması, idarenin kamu düzenini sağlama araçlarından⁶. Yetkisiz bir kimsenin hekimlik icra etmesi, kamu düzeni ve genel sağlık bakımından sakınca yaratabileceğinden, kanun koyucu tarafından ayrıca cezaî yaptırımla karşılanmıştır. Tıp uygulaması, mahiyeti itibarıyla riskli bir faaliyettir. Bu nedenle ancak devletin tıbbî müdahalede bulunma yetkinliğini tanıdığı diploma sahibi kişiler, bu alanda faaliyet gösterebilirler.

Mevzuatın yetki tanıdığı istisnâ hallerde, yardımcı sağlık personeli kendi başına veya hekimin gözetiminde basit tıbbî müdahaleleri yapabilmektedir. Acil tıbbi yardım ve bakımla sınırlı olmak üzere acil tıp teknikerlerinin yaptığı müdahale (Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun m.3/2) bu hallerdendir. Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği ekinde yer alan bazı yöntemler (örneğin refleksoloji) de, sertifikalı sağlık personeli tarafından uygulanabilmektedir.

Aynı görüşün, anılan kanunun 25. maddesinde düzenlenen yetkisiz hekimlik suçu bakımından da geçerli olduğunu düşünmekteyiz.

⁶ İdarenin, kamu düzenini sağlama anlamına gelen kolluk faaliyeti çerçevesinde, bir kişiye diploma veya ruhsat verilmesi, "bireysel kolluk işlemleri" olarak mütalaa edilir. Bkz. Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku, C.II**, Bursa: EkinYayıncıları, 2003, s. 500.

Yetkisiz hekimlik suçu, her türlü yetkinlik dışı müdahaleyi cezalandırmamakta; yalnızca hekim olmayan kişilerce işlenen yetkinlik dışı müdahaleye yaptırım öngörmektedir. Buna göre, ilgili mevzuatta uzmanlık koşulu aranan veya tıp biliminin yerleşik standartlarına göre ancak uzman hekimlerce icra edilebilen müdahalelerin, uzman olmayan hekimlerce uygulanmasının yetkisiz hekimlik suçunu oluşturması mümkün değildir. Örneğin, Tababet Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun, küçük cerrahi müdahaleler ve erkek çocuklarının sünnet edilmesi dışındaki cerrahî müdahalelerin yapılabilmesi için diplomanın yanı sıra, ilgili tıp dalında uzmanlık belgesi⁷ de aramaktadır. Yine Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca, genel veya lokal anestezi ile yapılan büyük cerrahî müdahaleler de uzmanlık belgesi aranan hallerdendir. TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın "*Yetkinlik Dışı Faaliyet Yasağı*" başlıklı 18. maddesine göre; "*Hekim tıbbi görevlerini yerine getirirken, gecikmenin hasta yaşamını tehdit edebileceği zorunlu durumlar dışında özel bilgi, beceri gerektiren bir girişimde bulunamaz.*" TTB Disiplin Yönetmeliği 4/r hükmüne göre ise; "*Acil durumlar dışında özel bilgi ve beceri gerektiren girişimlerde bulunarak hastaya zarar vermek,*" disiplin yaptırımı uygulanması gereken bir fiildir. Dolayısıyla, hekimin yetkinliği dışında kalan ve özel bilgi, beceri gerektiren müdahalelerde –zorunluluk hali dışında– bulunmaması gerekir. Ancak bu gerekliliklere aykırı hareket edilmesi, yetkisiz hekimlik suçunu oluşturmayacaktır. Bu halde, bir zarara neden olunmuşsa taksirli sorumluluk hali ve disiplin sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Sonuç olarak, her türlü yetkinlik dışı faaliyet değil; diploması olmayan ve dolayısıyla hekimlik sıfatı bulunmayan kimselerin faaliyetleri yetkisiz hekimlik suçu kapsamında değerlendirilmektedir.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus, yabancı hekimin müdahalesinin Tababet Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu'nun 25. maddesini ihlal edip etmeyeceğidir. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu'nun 1. maddesi, Türk sınırları dâhilinde hekimlik yapabilmek için tıp fakültesinden diplomalı koşulunu içermekte; aynı kanunun 4. maddesi yabancı ülkeden diplomalı hekimlerin Türk Tıp Fakülteleri müfredatına uygun öğrenim görüp görmediklerinin yetkili tıp profesörleri jürisi tarafından saptanacağını belirtmektedir. Dolayısıyla Türkiye'de hekimlik icra edebilmek için Türk vatandaşlığı ve Türk Tıp Fakültelerden mezun olmak zorunlu değildir⁸. Ancak

⁷ "...fenni, cerrahi veya şuabatında ihtisas sahibi olduğuna dair işbu kanunun tarifleri dairesinde vesaiki lazimeyi..." (Tababet Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun m.3)

⁸ 02/11/2011 tarihli ve 28103 (mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'den önceki düzenlemede, Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu'nun 1. ve 4. maddeleri "*Türk Hekimleri*"nden söz etmekteydi. Anılan KHK'nın 58/8-a ve b hükmüne göre Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu'nun 1. maddesi; "*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve herhangi surette*

yabancı hekimin diplomasının, anılan kanunun 4. maddesi uyarınca denkliğinin tanınması gerekir. Denkliği tanınan diplomaya sahip yabancı hekim, tıpkı Türk tıp fakültelerinden mezun olan hekim gibi muamele görecektir⁹. İcra ettiği tedavi fiilleri de, yetkisiz hekimlik suçunu teşkil etmeyecektir.

Yabancı hekimin diplomasının Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca denkliği tanınmamış ise, icra ettiği tedavi fiillerinin yetkisiz hekimlik suçunu oluşturup oluşturmadığı sorununa da değinmek gerekir. Yargıtay, yetkisiz hekimlik suçunun işlenip işlenmediği konusunda sonuca varmak için, tıbbî faaliyette bulunan yabancı hekimin diplomasının Türkiye'de denkliğinin bulunup bulunmadığının Yüksek Öğretim Kurulu'na sorulması gerektiğini ifade etmektedir:

"Saniğin savunmasında, Suriye vatandaşı olduğunu, savaştan dolayı geldiği ülkesinde laboratuvar doktorluğu yaptığını, arkadaşı olan diğer sanık ...'nın Suriye'de iken dış hekimliği yaptığını, ...'nın Suriye vatandaşlarına hizmet vermek için dışyeri açacağını duyduğunu, kendisinin de bu yere bitişik olan bir ambarı tuttuğunu (...) amacının burada Suriye vatandaşlarına parasız hizmet vermek olduğunu (...) ayrıca dosya içeriğinde saniğin Suriye Arap Cumhuriyeti Halep Üniversitesi tıp bölümünden mezun olduğuna dair diplomasının bulunması karşısında, saniğe ait hekimlik diplomasının Türkiye'de denklik bakımından karşılığı bulunup bulunmadığı ve saniğin bu diploma ile Türkiye'de tabiplik yapma hakkına sahip olup olmadığı hususunda Yüksek Öğretim Kurulu'ndan görüş sorulması... bu hususların tespitinin ardından saniğin eyleminin 1219 sayılı Kanun'un 25. maddesinde düzenlenen suçu oluşturup oluşturmadığı

olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır." şeklinde, 4. maddesinin birinci cümlesindeki *"Türk hekimlerinin"* ibaresi *"hekimlerin"* şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklik, Türkiye'de hekimliğin icrası için Türk vatandaşlığı koşulu kaldırılmıştır.

⁹ Belirtilen kişilerle Türk hekimleri arasındaki en önemli fark, diploması tanınmış yabancı hekimin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesi uyarınca Türk vatandaşlığı koşulunu sağlamadıklarından ötürü, kamu görevlisi olarak hekimlik mesleğini icra edememesidir.

22.02.2012 tarihli 28212 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye'de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik, yabancı sağlık mensuplarının Türkiye'de mesleklerini icra etmeleri için gerekli koşulları düzenlemektedir. Anılan yönetmeliğin 5. maddesine göre Türkiye'de özel sağlık kuruluşlarında çalışabilecek yabancı sağlık mesleği mensubu kişiler, diploma ve/veya uzmanlık belgelerinin denkliği onaylanmış ve Bakanlıkça tescilli yapılmış bulunmak, mesleğini icra etmesine kanunen engel hali bulunmamak, Türkçe bilmek, ilgili mevzuata göre Türkiye'de çalışma ve ikamet izni almış olmak, hekimler için zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadırlar.

6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'na göre; serbestçalışan yabancı hekimlerin de Türkiye'de mesleklerinin icrası bakımından hekimlerin meslek kuruluşu olan TTB'ye üyelik yükümlülüklerini yerine getirmeleri gerekmektedir.

da tartışılarak sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, eksik kovuşturma ile yetinilerek yazılı şekilde hüküm kurulması,”¹⁰

Diploma koşulu, Türk sınırları içerisinde hekimlik faaliyetinde bulunma yetkisi içerdiğinden dolayı, diplomasının Türkiye’de denkliği bulunmayan yabancı hekimin işlediği tedavi fiilinin yetkisiz hekimlik suçunu oluşturacağı düşüncesindeyiz. Bu nedenle Yargıtay’ın yaklaşımına katılmaktayız.

IV. MAĞDUR

İnceleme konusu suçun mağduru, toplumdur. Suçun mağduru, suçun oluşumu için ihlali zorunlu olan yararın taşıyıcısıdır¹¹. Bu açıdan, anılan suç tipiyle korunması amaçlanan kamu sağlığının, fail tarafından ihlali, toplumun tamamının taşıyıcısı olduğu bir hukukî yararın ihlali olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle tek tek tedavi uygulanan bireylerin değil; tüm toplumun suçun mağduru olduğunu düşünmekteyiz.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi de, 1219 sayılı Kanunu’nun 41. maddesinde yer alan yetkisiz dış hekimliği suçu yönünden mağdurun, toplumu oluşturan bütün bireyler olduğunu ifade etmiştir¹².

V. MADDİ UNSUR

A. Genel Bilgiler

1219 sayılı Tababet Şuabatı San’atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun’un 25. maddesi, hekim olmayan kişinin hasta tedavi etme veya tabip unvanını takınma fiillerini yaptırım altına almaktadır. Suç seçimlik hareketlidir. Seçimlik hareketlerden birinin gerçekleşmesi; tek başına hasta tedavi etme veya tabip unvanı takınma hallerinde suç tamamlanmış olur. Aynı olayda seçimlik hareketlerin her ikisinin gerçekleşmesi halinde, yalnızca tek bir fiilden dolayı ceza verilir ve içtima hükümleri uygulanmaz¹³. Aşağıda her bir seçimlik hareketi ayrı ayrı inceleyeceğiz.

Suç, sırf hareket suçu olup, suçun tamamlanması için belirli bir neticenin gerçekleşmesi gerekmemektedir. Kanunî tanımda yer alan seçimlik hareketlerden birinin gerçekleşmesi ile suç tamamlanacaktır. Madde metninde

¹⁰ **Yarg. 19. CD. 2016/15292 E. 2017/11617 K. 25.12.2017 T.** (<http://emsal.yargitay.gov.tr,> 19/04/2018)

¹¹ Tuğrul KATOĞLU, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, **AÜHF**, C.LXI, Sy:2, 2012, s.661.

¹² “Açılan kamu davasının niteliğine göre; 1219 sayılı Kanun’un 41. maddesinde öngörülen suçla korunan hukuki yararın kamu sağlığı, suçun mağdurunun ise toplumu oluşturan bütün bireyler olduğu...” **Yarg. 19. CD. 2017/1909 E. 2017/8140 K. 16/10/2017 T.** (<http://emsal.yargitay.gov.tr,> 24/05/2018)

¹³ Sulhi DÖNMEZER / Sahir ERMAN, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, C.I, İstanbul: Beta, Ocak 1997, s.374.

hareketten ayrı olarak belirli bir neticenin gerçekleşmesi aranmadığından; herhangi bir zarar neticesi ile nedensellik bağının kurulması gerekmez, anılan hareketlerin icra edilmesi, tamamlanmış suç oluşturacaktır.

B. Fiil

1. Hasta Tedavi Etme

Tıbbî müdahale, kişinin, tıbben kabul edilen amaçlara yönelik olarak, tıp biliminin insan üzerinde uygulanmasına ilişkin her türden faaliyeti ifade etmektedir¹⁴. Hekimlik sıfatı kişiye genel olarak tıbbî müdahalede bulunma yetkisi vermektedir. Buna göre, her türden tıbbî müdahalenin anılan normun koruma alanına girmediğini ifade etmekte yarar görmekteyiz. Çünkü tıbbî müdahale, tedavi fiillerine göre daha geniş bir kavramdır. Bu nedenle hekim olmayan kişinin herhangi bir tıbbî müdahalesi değil; tedavi niteliği taşıyan müdahalesi cezalandırılacaktır.

Tedavi sözlük anlamı itibarıyla “çeşitli yöntemlerle hastalığı iyileştirme, iyileştirme, sağaltım, sağaltma, terapi”yi ifade etmektedir¹⁵. Bu nedenle, Tababet Şuabatı San’atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun’un 25. maddesinin uygulanabilmesi için hekim olmayan kişinin iyileştirici nitelikte müdahalelerinin söz konusu olması gerekir. Burada ifade edilmesi gereken husus, her türlü iyileştirici etkide bulunmanın, anılan kanunun aradığı anlamda “tedavi” niteliğini taşımayacağıdır. Yapılan iyileştirici müdahale, bir hekimin icra etmesi beklenen düzeyde ve yoğunlukta olmalı; diğer bir deyişle, tıp öğreniminin alınmış olmasını zorunlu kılan boyutta bir iyileştirici müdahale gerçekleştirilmelidir.

Ceza hukukunda dar yorum ilkesi geçerli olduğundan dolayı, tedavi dışındaki diğer fiiller bu seçimlik hareketi oluşturmaz. Bu nedenle salt muayene ve teşhis fiilleri, hasta tedavi etme kapsamında sayılmayacaktır. Aksi kabul, kıyasa yol açacak ölçüde geniş yoruma yol açar.

Bir fiilin tedavi mahiyeti taşıyıp taşımadığına ilişkin hukukî niteleme yapılırken, toplumun ona atfettiği anlam ve değerlendirmeye esas aldığı değer yargıları da dikkate alınmalıdır¹⁶. Çoğu kimsenin bildiği, halk arasında

¹⁴ Tıbbî müdahale tanımları için bkz. Selahattin KEYMAN, “Hekimin Cezaî Sorumluluğu”, AÜHFD, C.35, Sy:1-4, 1978, s.58. HAKERİ, *Tıp Hukuku, op.cit.*, s. 27; YENERER ÇAKMUT, *op.cit.*, s.24; Hasan Tahsin GÖKCAN, *Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî ve Cezaî Sorumluluk*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Şubat 2013, s.39.

¹⁵ (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5adb8fd246c127.63964438,21/04/2018).

¹⁶ “Saniğin mağdurun kırılan kolunun kangren olup kesileceğini bilerek ve isteyerek tedaviye giriştiğine dair dosyada hiç bir delil yoktur. Esasen tedavi kasti bir eylem de değildir. Öte yandan fenni ve bilimsel olmadığı halde sınıkçılık toplumumuzun benimseyip kabul ettiği bir kurumdur. Bu nedenle saniğin eylemi toplumun değer yargıları gözetilerek

yapılan basit tavsiyeler, tedavi mahiyeti taşımaz. Bu açıdan, bir aktarın soğuk algınlığı için zencefil veya uykusuzluk için melisa çayı tavsiye etmesi tedavi niteliğinde değildir. Kamuoyunda “alternatif tıp” olarak bilinen, geleneksel ve tamamlayıcı tıp ürünlerinin satışı, tek başına tedavi niteliğinde değildir. Satış veya bilgi verme boyutunun ötesine geçen, hekimlik sıfatını gerekli kılacak ölçü ve yoğunluktaki iyileştirici faaliyetler, hasta tedavi etme fiili teşkil eder ve cezalandırılır. Somut olayda bir fiilin tedavi mahiyetinde olup olmadığını tespit edebilmek için tıp bilimi konusunda yetkin resmî bilirkişilerden rapor alınmalıdır¹⁷. Örneğin, öğretide ifade edildiği üzere, ruhsatlı baharat ve bitkisel ürünler satmak bu suçu oluşturmaz¹⁸. Uyuşmazlığa konu olmuş eski bir olayda, sanıkların sokakta vasıta içinde romatizmadan tedavi olamayan binlerce vatandaşın bu bileziklerle iyi olacağını söyleyerek, bakır tel halkalarını satma fiilinin, suçun unsurlarını oluşturmadığı saptanmıştır¹⁹.

Şifalı bitkilerle tedavi uygulayan yetkisiz kimselerin, kırık-çıkıkçı vb. geleneksel yöntem uygulayanların tıbbî müdahalede bulunması genel hukuk

değerlendirilmelidir.

Bir diğerhustusta hiç bir dayanağı olmadan ayırım yaparak diplomalı kişinin eylemini taksirli, diplomasız kişinin eylemini kasti kabul etmek hukuken mümkün değildir.” Yarg. CGK 1994/7-370 E. 1995/12 K. 13.2.1995 T. (http://kazanci.com, 21/04/2018)

¹⁷ Resmî tıp bilirkişi konusunda Yargıtay’ın eski tarihli kararlarında Yüksek Sağlık Şurası, yeni tarihli kararlarda ise Adli Tıp Kurumu işaret edilmektedir.

“...saniğin bel fıstığı, romatizma, migran gibi hastalıkların tedavisini bioenerji yoluyla yaptığı, tedavide pomad ve krem kullandığı hususları kaydedilerek aile efradının beyanlarından da saniğin hasta tedavi ettiğinin öğrenildiği belirtilmiş olup, zabıt mümzilerinin beyanları etraflı bir şekilde alınıp olay açıklığa kavuşturulduktan ve kastedilen aile fertleri de tespit olunup dinlendikten sonra dosya Yüksek Sağlık Şurasına gönderilerek saniğin tedavi yönteminin 1219 sayılı Kanun’un 25 ve 1593 sayılı Kanun’un, 10. maddeleri kapsamına göre sahte tabiblik yapma niteliğinde olup olmadığına dair rapor temin edilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik soruşturma yazılı şekilde hüküm tesisi.” Yarg. 7. CD. 1999/2704 E. 1999/3290 K. 7.4.1999 T.(http://kazanci.com, 21/04/2018)

“Sanık doktorluk yapmadığını öne sürdüğüne göre, suç konusu eyleminin 1219 sayılı Kanunun 25 ve 1593 sayılı Kanunun 10. maddeleri kapsamına göre sahte tabiplik yapma niteliğinde bir eylem olup olmadığı Yüksek Sağlık Şurasından sorulup tespit edilmeden eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi,” Yarg. 7. CD. 1998/7454 E. 1998/8007 K. 14.10.1998 T. (http://kazanci.com, 21/04/2018)

“Tabip olmayan saniğin, şikayetçinin MMR hastası olan çocuğuna masaj yapma, evde ailesince uygulanacak fizik tedavi hareketleri yaptırma ve bazı kremlerin uygulanması yönündeki eylemlerinin, 1219 sayılı Kanunun 25. maddesinde yazılı “diplomasız olarak hasta tedavi etme” olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda Adli Tıp Kurumundan bilirkişi raporu alınmasından sonra saniğin hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiğinin gözetilmemesi,” Yarg. 19. CD. 2017/4527 E. 2017/9516 K. (http://emsal.yargitay.com.tr, 21/04/2018)

¹⁸ HAKERİ, **Tıp Hukuku**, op.cit., s.561.

¹⁹ **Ibid.**, s.562.

düzeninin çizdiği sınırlar dışında olup, hukuka aykırıdır²⁰. Anılan fiiller de, yetkisiz tedavi suçunu oluşturacaktır.

Tababet Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun'un 25. maddesinin yalnızca tedaviden söz etmesi nedeniyle, iyileştirme amacı bulunmayan tıbbî müdahaleler²¹, madde kapsamında yaptırım altına alınmamaktadır. Salt güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleler, nüfus planlaması amaçlı²² (isteğe bağlı) rahim tahliyesi ve sterilizasyon, üçüncü kişinin tıbbî yararını hedefleyen kan nakli ve organ veya doku nakli, toplumsal olarak kabul edilen erkek çocukların sünnet edilmesi gibi müdahaleler, iyileştirme amaçlı olmayan ancak tıbben kabul edilmiş amaçlarla icra edilen müdahalelerdendir. Bu müdahaleler tedavi niteliğinde bulunmadığından dolayı, Tababet Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun'un 25. maddesi kapsamında cezalandırılmayacaktır.

Yetkili olmayan kişi tarafından rahim tahliyesi, çocuk düşürtme suçu (TCK m.99²³) kapsamında cezalandırılmaktadır²⁴. Buna göre, rızaya dayalı olsa bile,

²⁰ Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU, **Tıbbî Müdahaleye Rıza**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s.16-17.

²¹ Hakan HAKERİ, "Tıp Hukukunun Temel Kavramları", in **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul, Deniz Ofset Matbaacılık, Temmuz 2007, s.86; Yener ÜNVER, "Türk Tıp Hukukunda Rıza", **YÜHFD**, C.III, Sy:2, 2006, s.249-250.

²² Dünya Tabipler Birliği'nin, 1996 Kasım'ında 48. Genel Kurulu'nda Aile Planlaması Hakkında kabul edilen bildiriye göre; "1-Dünya Tabipler Birliği istenmeyen hamileliklerin; kadınların ve çocuklarının sağlığı üzerinde zararlı etkileri olabileceğini kabul eder. Bu yüzden, Dünya Tabipler Birliği kısıtlamak üzere değil, insan hayatını zenginleştirmek üzere kullanıldığı sürece, aile planlamasını onaylar."

²³ "(1) Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(3) Birinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(5) Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi halinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur.

(6) Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir."

²⁴ Çocuk düşürtme suçu için bkz. Sulhi DÖNMEZER, "Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü ve

gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi yaptırım altına alınmaktadır (TCK m.99/4). Rıza olmaksızın çocuk düşürtülmesi ve tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde on haftadan fazla süreli gebe olan kadının –rızası olsa bile- çocuğunun düşürtülmesi fiillerinin yetkisiz kişi tarafından işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haldir. Bu hallerde, TCK'nın 99. maddesinin yetkisiz hekimlik suçuna göre özel norm niteliğinde bulunmasından ötürü, 1219 sayılı Kanunu'nun 25. maddesi uygulanmayacaktır.

Yetkili olmayan kişi tarafından kısırlaştırma yapılması halinde, kısırlaştırma suçu oluşacaktır²⁵. Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştırılması halinde, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimsenin suçu işlemesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haldir (TCK m.101/1). Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi de ayrıca yaptırım altına alınmıştır (TCK m.101/2). Yetkisiz kişilerce işlenen kısırlaştırma fiillerini yaptırım altına alan özel hükmün varlığı nedeniyle, işbu fiiller bakımından da 1219 sayılı Kanunu'nun 25. maddesi uygulanmayacaktır.

Organ ve doku nakli ise sıkı koşullarla düzenlenen bir müdahale türü olup, gerek Organ ve Doku Nakli Kanunu gerekse TCK belirtilen müdahale türüne ilişkin özel cezaî hükümler sevk etmiştir. Fiilin yetkisiz kişilerce icrası halinde de, özel hüküm niteliğinde olan TCK'nın 91. maddesi uygulanacaktır.

Hasta tedavi etme şeklindeki seçimlik hareket, estetik müdahaleleri kapsamamaktadır. Bu halde, yetkisiz kişilerin estetik nitelikli faaliyetlerde bulunmasının, vücut dokunulmazlığını ihlal niteliğinde olmasından dolayı, kasten yaralama suçu çerçevesinde cezalandırılması mümkündür. Fakat 1219 sayılı Kanunun 25. maddesinin mevcut hali kapsamında, salt güzellik amaçlı estetik müdahaleler, hasta tedavi etme fiilini teşkil etmeyecektir. Belirli bir şekil bozukluğunun çıkması üzerine, belirtilen bozukluğu düzeltmeye yönelik estetik müdahale ise, iyileştirme amaçlı olduğundan dolayı, hasta tedavi etme fiili içerisinde değerlendirilebilecektir. Dolayısıyla yetkisiz kimselerce bu tip estetik müdahalelerin icrası, yetkisiz tedavi suçunu oluşturacaktır.

Bugünü”, **İÜHFİM**, C.II, Sy:1-4, 1984, s.7-8 vd.; Cengiz OTACI, “Türk Ceza Hukukunda Cenin Düşürtme ve Cenin Düşürme Suçları”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C.III, Sy:8, Aralık 2008, (<http://jurix.com.tr/article/2907,24/04/2018>), s.5 vd.; Nihat KANBUR, “Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu”, **Tip Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, 1232-1233 vd.

²⁵ Kısırlaştırma suçu için bkz. Mahmut KOCA, “Kısırlaştırma Suçu (TCK m.101)”, **İÜHFİM**, C. LXVII, S.1-2, 2009, s.44 vd.; Cemil OZANSÜ, “Kısırlaştırma Suçu”, **Tip Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.1285 vd.

Failin, hasta tedavi etmeye elverişli araçlar bulundurması veya bir muayenehane ortamı yaratması; belirli bir hastayı veya hastaları tedavi ettiği somut olarak saptanmadan, tek başına yetkisiz hekimlik suçunun oluşmasının göstergesi değildir. Yargıtay 19. Ceza Dairesi, uyuşmazlık konusu olayda, failin hasta tedavi edip etmediğine ilişkin araştırma yapılmaksızın, salt işyerinde bulunan araçların varlığına dayanarak mahkûmiyet hükmü kurulmasını hukuka aykırı bulmuştur:

“Mahkemece, sanığın işyerinde yapılan işlemlerin camda yapışık olarak sıralandığı, içerideki bir odada bir adet muayene sedyesi ile raflarda kullanıma hazır çeşitli ilaç ve enjektörlerin tespit edildiği belirtilen “13.03.2013” tarihli tutanakta imzası bulunan tutanak mümzilerinin ifadelerinin alınması suretiyle, tespitin hangi somut delillere istinaden yapıldığının sorulmasıyla, işyerinin bulunduğu muhitte zabıta araştırması yapılarak, suç tarihlerinde veya daha öncesinde, sanık tarafından işyeri olarak kullanılan adreste “Baran Sağlık Kabini” adıyla faaliyet gösterdiği iddia olunan işletmenin suç tarihlerinde faal olup olmadığına ve bu işyerinde hasta tedavi edilip edilmediğine dair araştırma yapılması ile buna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, somut olarak bir hastayı tedavi ettiği tespit edilemeyen sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulması,”²⁶

2. Tabip Unvanını Takınma

Tabip kelimesinin kökeni *tabbe* olup, kelime anlamıyla *“işin ehli olma, bir işte usta olma, bir işin ilmini bilen kimse (âlim)”* anlamına gelmektedir²⁷. Terim anlamıyla tabip, tıp bilimini uygulama yetkinliği bulunan kimsedir. Takınmak, *“bir nitelik veya durum almak”*²⁸ anlamına gelmektedir. Tabip unvanı takınma şeklindeki seçimlik hareket, bir kimsenin, hekim olmadığı halde, üçüncü kişilere hekim olduğu yönünde kanaat verici davranışlarda bulunması ile gerçekleşir. Bu kapsamda, sahte diploma kullanılarak hekimlik faaliyetinde bulunulması halinde, kişi, yetkisi olmadığı halde tabip unvanını takınma şeklindeki seçimlik hareketi gerçekleştirmiş olacaktır²⁹. Bu ihtimalde yetkisiz hekimlik suçunun yanı sıra, resmî belgede sahtecilik suçunun da söz konusu olacağını belirtmekte yarar görmekteyiz.

²⁶ Yarg. 19. CD. 2015/33150 E. 2017/10872 K. 11/12/2017 T.(<http://emsal.yargitay.gov.tr,> 24/05/2018)

²⁷ Fransızca’daki *docteur*, İngilizce’deki *doctor* kelimeleri de bilgin (âlim) anlamına gelmekte olup; tabip kelimesi ile köken anlamının benzerliği dikkat çekicidir. Bkz. Ali Haydar BAYAT, **Genel Tıp Tarihi**, İstanbul: Zeytinburnu Bel. Kültür Yayınları, 2016, s.20.

²⁸ (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b06c63a240b37.10460388, 24/05/2018)

²⁹ İstanbul 60. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2014/851 E. 2016/905 K. Sayılı kesinleşmiş kararı, (https://www.istabip.org.tr/site_icerik_2016/haberler/agustos2017/sahte_doktor_altug_aslan_adanur_karar.pdf, 24/05/2019)

Bu seçimlik hareketin gerçekleştirilmesi için sahte diploma kullanılması şart değildir. Üçüncü kişilere hekim olduğu yönünde kanaat verici nitelik taşıyan, başkalarının failin hekim olduğunu düşünmesine objektif olarak elverişli her türlü davranış; kasten işlenmiş olmak koşuluyla, bu seçimlik hareketi oluşturabilir.

VI. MANEVÎ UNSUR

Suçun işlenmesinde belirli bir amaç veya saik aranmadığından, genel kast ile işlenebilir. Madde metninde açıkça “*menfaat temin etmek amacıyla yönelik olmasa bile*” ifadesi kullanılarak; kişinin menfaat sağlamaya yönelik özel kastının, suçun oluşumu için gerekli olmadığı ifade edilmiştir. Fail, suçun oluşumu bakımından, tedavi fiilinde bulunmaya veya tabip unvanını takınmaya yetkisiz olduğunu bilmelidir. Bu açıdan, failin kanunî tanımdaki unsurlara ilişkin bilgisi tam ve kesin nitelikte olmalıdır. Belirtilen nedenle, suçun olası kasıtlı işlenemeyeceği düşüncesindeyiz.

Diploma denkliği tanınmamış yabancı hekimin müdahalesi hususunda, Türk Ceza Kanunu’nun 30. maddesinin 4. fıkrasında yer alan, haksızlık yanılığı (hukukî hata) hükmünün, bazı olaylarda uygulanabileceği düşüncesindeyiz. TCK m.30/4’e göre, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmayacaktır. Yabancı hekim, somut olayda icra ettiği fiilin, maddî unsurlarına dair tam bir bilgiye sahip olmasına karşın, fiili yasaklayan veya izin veren normun varlığında veya yorumunda kaçınılmaz yanılığa düşmesi halinde, TCK m.30/4 hükmünden yararlanır³⁰. Buna göre, diploma denkliği bulunmayan yabancı hekimin, tehlikesi bulunmayan basit bir müdahaleyi, hukuka uygun olduğunu konusunda kaçınılmaz bir yanılığa düşerek gerçekleştirmesi halinde, kusurluluğu bulunmadığından kendisine ceza verilmeyecektir. Çünkü bu halde, kişi kendi fiilini hukuka uygun kılan bir izin normunun varlığına ilişkin yanılığı ile hareket etmektedir.

VII. HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

Hekim olmayan kişi, tıbbî müdahalede bulunmaya yetkili değildir. Bu nedenle, hastanın rızası olsa dahi, hekim olmayan kişi hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz; yetkisiz kişinin müdahalesi kasıtlı yaralama niteliğini korur³¹.

³⁰ Haksızlık yanılığı için bkz. Mahmut KOCA / İbrahim ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayınları, Eylül 2018, s.272 vd.; Mehmet Emin ARTUK / Ahmet GÖKÇEN / Caner YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Adalet, 2015, s.560 vd.; İzzet ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin, Eylül 2018, s.475 vd.

³¹ Tıbbî müdahalelerin tipik fiil teşkil ettiği ve ancak hukuka uygunluk nedenine dayanarak icra edilebileceği yönünde görüş için bkz. ERMAN, **op.cit.**, s.45-47; BAYRAKTAR, **op.cit.**, s.105-107.

Yine diplomasının denkliği bulunmayan yabancı hekimin uyguladığı müdahale, Türkiye’de hekimlik faaliyetinde bulunmaya yetkili olmadığından dolayı, hukuka uygunluk nedeninden yoksun ve kasıtlı tipik fiil niteliğindedir³².

Diploması olmayan veya diplomasının Türkiye’de denkliği bulunmayan kişinin hekimlik icra etmesi, genel hukuk düzeninin tıbbî müdahaleye çizdiği sınırların dışında olduğu için, bu müdahaleye rıza hukuken geçerli değildir. Anılan müdahalelerde, ilgilinin rızası göstermesi ile hukuka uygun hale gelmez. Bu halde, kasten yaralama veya –ölüm neticesi halinde- kasten öldürme suçunun oluştuğunu da söylemek mümkündür³³.

1219 sayılı Kanunu’nun 25. maddesinin tanımladığı biçimiyle yetkisiz hekimlik suçunun oluşabilmesi, failin hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinden yararlanamayan bir kişi olmasına bağlıdır. Hekimlik sıfatı bulunan kişinin müdahaleleri, hakkın kullanılması kapsamındadır. Bu ihtimalde, ilgilinin rıza göstermesi ve müdahalenin tıp bilimine uygun olması şartıyla, herhangi bir suç oluşmayacaktır. Ancak kişinin hekimlik sıfatı bulunmuyorsa, mesleği icraya ilişkin hakkın kullanımı söz konusu olmayacak; ilgilinin rızası bulunsu bile, gerçekleştirilen tedavi fiili 1219 sayılı Kanunu’nun 25. maddesine aykırılık teşkil edecektir.

³² Yargıtay aksi görüştedir. Yargıtay’a göre, “Bir diğerhususta hiçbir dayanağı olmadan ayırım yaparak diplomalı kişinin eylemini taksirli, diplomasız kişinin eylemini kasti kabul etmek hukuken mümkün değildir.” **Yarg. CGK 994/7-370 E. 1995/12 K. 13.2.1995 T.**(<http://kazanci.com>, 24/08/2017). Biz tıbbî müdahalenin tipik fiil niteliğinde olduğunu, yetkili hekim tarafından müdahalede bulunulması ve hastanın rıza göstermesi (istisnaî hallerde kanun hükmünü icra ve zorunluluk hali) nedeniyle hukuka uygun hale geldiğini düşündüğümüzden, yetkili hekim koşulu bulunmadığı takdirde, tipik fiilin hukuka aykırılığının ortadan kalkmayacağını düşünmekteyiz. Bu görüşümüzle tutarlı olarak, yetkisiz yabancı hekimin fiilini kasıtlı tipik fiil olarak nitelemekteyiz.

³³ Yargıtay, hekim olmayan kimsenin müdahalesinin, kişinin sırf hekim olmaması nedeniyle kasıtlı sayılamayacağı görüşündedir:

“Maddi olayda sanığın diploması olmadığı halde tedavi amacıyla mağdurun kırılan kolunu sardığı ancak yanlış tedavi sonucu kangren olan kolun kesilmesine sebebiyet verdiği saptandığına göre ağır olan bu eylemden sorumlu olacağı açıktır.

İki ayrı suçtan sözdebilmek için ortada hukuki konuları ayrı iki eylem ve iki sonuç veya ihlal olması gerekir.

İncelenen somut olayda sanığın eylemi ve sonuç tek olduğuna göre suçta tekdir öyle ise itiraz bu yönüyle yerindedir.

Sanığın tek olan bu suçunun niteliğine ilişkin itiraz nedenlerine gelince,

Sanığın mağdurun kırılan kolunun kangren olup kesileceğini bilerek ve isteyerek tedaviye giriştiğine dair dosyada hiçbir delil yoktur. Esasen tedavi kasti bir eylem de değildir.

Öte yandan fenni ve bilimsel olmadığı halde sınıkcılık toplumumuzun benimseyip kabul ettiği bir kurumdur. Bu nedenle sanığın eylemi toplumun değer yargıları gözetilerek değerlendirilmelidir.

Bir diğerhususta hiçbir dayanağı olmadan ayırım yaparak diplomalı kişinin eylemini taksirli, diplomasız kişinin eylemini kasti kabul etmek hukuken mümkün değildir.” **Yarg. CGK 994/7-370 E. 1995/12 K. 13.2.1995 T.** (<http://kazanci.com>, 24/04/2018)

VIII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Suçun oluşması için belirli bir neticenin varlığı aranmamaktadır. Bu nedenle yetkisiz kişi tedaviye başladığı veya tabip unvanını takındığı anda tamamlanmış suç oluşacaktır. Suçun ancak icra hareketleri kısımlara bölünebildiği oranda teşebbüse elverişli olduğunu söylemek mümkündür. Tedavi ortamının hazırlanması ve muayenehane araç ve gereçlerinin sağlanması cezalandırılmayan hazırlık hareketleri olarak değerlendirilmelidir.

B. İştirak

İnceleme konusu suça iştirakin her şekli mümkün olup; anılan suç, iştirak bakımından bir özellik göstermemektedir.

C. İçtima

Belirli bir müdahalenin hem kasıtlı tipik fiil hem de yetkisiz hekimlik suçu oluşturması halinde, bu iki suç hakkında fikrî içtima hükümlerinin uygulanması gerekir. Örneğin yetkisiz kişinin uyguladığı müdahale, kanunda belirtilen yaralama neticesini meydana getirmiş ise, kasten yaralama suçu ile yetkisiz hekimlik suçu arasında fikrî içtima söz konusu olacaktır. Yine hekim olmayan bir kimsenin tıbbi müdahalede bulunması halinde, yapılan müdahale nedeniyle ölüm neticesi gerçekleşmiş ise kasten öldürme suçu ile 1219 sayılı Kanun'unun 25. maddesine aykırı fiil (yetkisiz hekimlik suçu) arasında farklı neviden fikrî içtima söz konusu olacaktır³⁴.

³⁴ “Sanık hakkında diplomasız olduğu halde iğne yaparak hasta tedavi etmekten dava açılmış ise de; 1219 sayılı yasanın 25.maddesinin son cümlesine göre ...Bu surette icrayı sanat neticesinde Türk Ceza Kanunu itibariyle daha ağır cezayı müstelzim bir fiil işlenmiş olduğu takdirde o fiile mahsus ceza verileceği ve enjeksiyon yaparak tedavi etmeye çalıştığı şahsın ölümünden dolayı sanık bakımından ayrıca TCK.nun 455/1.maddesi uyarınca dava açıldığı Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 13.2.1995 gün ve 7-370/12 sayılı kararında da açıklandığı üzere, sanığın öldürme kastı içermeyen öleni tedaviye yönelik eyleminin 1219 sayılı yasanın 25 /son maddesi delaletiyle TCK.nun 455/1 maddesine uyan nitelikte tek suçu oluşturacağı gözetilerek, davaların birleştirilmesi ile delillerin birlikte değerlendirilip hasil olacak sonuca nazaran sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ve soruşturmayla yazılı şekilde hüküm tesisi,” Yarg. 7. CD 2002/3679 E. 2002/3972 K. 28.3.2002 T. (<http://kazanci.com>, 07/05/2018)

Karar, 1219 sayılı Kanun'un 25. maddesinin değiştirilmesinden önce (5728 sayılı Kanun'un 22. Maddesi ile değiştirilmiş olup, Resmi Gazete [Sayı: 26781] ile yayın ve ilânı 8 Şubat 2008'tir) verilmiştir. 25. maddenin anılan değişiklik sonrası halinde içtima ilişkisi özel bir hüküm bulunmadığından dolayı, TCK m.44'teki genel hüküm uygulanmak suretiyle karardaki ile aynı sonuca varılacaktır.

IX. YAPTIRIM VE SORUŞTURMA USULÜ

Suç re'sen soruşturulmaktadır. Yaptırımı, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adlî para cezasıdır. Fail hakkında asgarî haddeden cezaya hükmedilmesi veya asgarî hadde yakın bir ceza verilip, TCK m.62 uyarınca takdirî indirim yapılması halinde, suçun sonuç hapis cezasının iki yıl veya daha az olması mümkündür. Bu nedenle diğer koşullar da bulunuyorsa, CMK'nın 231. maddesi uyarınca, hükmün açıklanması geri bırakılabilir. Yine diğer koşulların varlığı halinde, hükmedilen cezanın TCK m.51 uyarınca ertelenmesi mümkündür. Anılan suçun yargılmasında, asliye ceza mahkemeleri görevlidir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Tıbbî müdahalelerin hukuka uygun bir şekilde uygulanması için belirli koşullara uyulması gerekmektedir. Müdahalenin yetkili hekim tarafından icrası, bu koşullardan birisidir. Hekim olmayan kişi tarafından tıbbî müdahalede bulunulması nedeniyle kanunda belirtilen ölüm veya yaralama neticeleri gerçekleştiğinde, failin kasten veya taksirle öldürme veya yaralama hükümleri çerçevesinde cezaî sorumluluğu saptanacaktır. Ancak belirtilen zarar neticeleri gerçekleşmemiş olsa bile, yetkisiz kişinin tedavi filinde bulunması veya tabip unvanını takınması kamu sağlığı üzerinde tehlike yaratmaya elverişli niteliktedir. Bu nedenle, anılan fiillerin yaptırım altına alındığı bağımsız bir ceza normu, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu'nun 25. maddesinde öngörülmüştür.

Yetkisiz hekimlik suçunun oluşumu için, diploması bulunmayan kişinin, hasta tedavi etme veya tabip unvanını takınma şeklindeki seçimlik hareketlerden birisini gerçekleştirmesi gerekir. Fail, diploması bulunmayan veya yabancı ülkeden aldığı diplomasının Türkiye'de denkliği tanınmamış kişidir. Bu nedenle, yabancı ülkeden diploma alan kişinin icra ettiği tedavi fiili, işbu diplomanın Türk hukukuna göre denkliğinin tanınmadığı hallerde, inceleme konusu hükmün kapsamında cezalandırılacaktır.

1219 sayılı Kanunun 25. maddesi kapsamında cezalandırılan tedavi fiili, yalnızca iyileştirme amacı içeren müdahaleleri ifade etmektedir. Tedavi, çeşitli yöntemlerle hastalığı iyi etme, iyileştirme anlamına gelmektedir. Ancak her türlü iyileştirici etki, anılan kanunun aradığı anlamda "tedavi" niteliğini taşımayacaktır. Yapılan iyileştirici müdahale, bir hekimin icra etmesi beklenen düzeyde ve yoğunlukta olmalı; diğer bir deyişle, tıp öğreniminin alınmış olmasını zorunlu kılan boyutta bir iyileştirici müdahale gerçekleştirilmelidir. Gündelik hayatta bilinen basit tavsiyelerin verilmesi veya salt bitkisel ürünlerin satışı tedavi niteliğini taşımamaktadır. Yine tedavi dışındaki diğer fiiller işbu seçimlik hareketi oluşturmayacağından; salt muayene ve teşhis fiilleri, yetkisiz hasta tedavi etme kapsamında cezalandırılmayacaktır. Somut olayda, bir fiilin tedavi niteliğinde olup olmadığının saptanması özel ve teknik bilgi gerektirdiğinden dolayı, tıp bilirkişisinden rapor alınarak kanaate varılmalıdır.

Tabip unvanı takınmak şeklindeki seçimlik hareket, bir kimsenin, hekim olmadığı halde, üçüncü kişilere hekim olduğu yönünde kanaat verici davranışlarda bulunması ile gerçekleşecektir. Bu ihtimalde, fail tarafından gerçekleştirilen davranışın, üçüncü kişide yanlış kanaat oluşturmaya objektif olarak elverişli olması gerekir. Örneğin sahte diploma kullanılarak hekimlik faaliyetinde bulunulması halinde, kişi yetkisi olmadığı halde tabip unvanını takınmış sayılacaktır.

Yetkisiz kişinin hasta tedavi etmesi nedeniyle kanunda öngörülen zarar neticelerinin gerçekleşmesi halinde, ilgili suçlar ile yetkisiz hekimlik suçu arasında farklı neviden fikrî içtima hükümleri uygulanacaktır.

KAYNAKÇA

1. Kitap ve Makaleler

ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Adalet, 2015.

BAYAT, Ali Haydar, **Genel Tıp Tarihi**, İstanbul: Zeytinburnu Bel. Kültür Yayınları, 2016.

BAYRAKTAR, Köksal, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul: İÜ Yayınları, 1972.

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, **Tıbbî Müdahaleye Rıza**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.

DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, C.I, İstanbul: Beta, Ocak 1997.

DÖNMEZER, Sulhi, "Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü ve Bugünü", **İÜHF**, C.L, Sy:1-4, 1984, s.3-11.

ERMAN, Barış, **Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2003.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, **Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî ve Cezaî Sorumluluk**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Şubat 2013.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku, C.II**, Bursa: EkinYayınları, 2003.

HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Mart 2016.

HAKERİ, Hakan, "Tıp Hukukunun Temel Kavramları", in **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul, Deniz Ofset Matbaacılık, Temmuz 2007, s.65-95.

KANBUR, Nihat, “Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu** 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.1229-1258.

KATOĞLU, Tuğrul, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, **AÜHFD**, C.LXI, Sy:2, 2012, s.657-693.

KEYMAN, Selahattin, “Hekimin Cezaî Sorumluluğu”, **AÜHFD**, C.XXXV, Sy:1-4, 1978, s.57-89.

KOCA, Mahmut, “Kısırlaştırma Suçu (TCK m.101)”, **İÜHF**, C. LXVII, S.1-2, 2009, s.44.

KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayınları, Eylül 2018.

OTACI, Cengiz, “Türk Ceza Hukukunda Cenin Düşürtme ve Cenin Düşürme Suçları”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C.III, Sy:8, Aralık 2008, s.29-56.

OZANSÜ, Cemil, “Kısırlaştırma Suçu”**Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu** 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.1284-1294.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin, Eylül 2018.

ÜNVER, Yener, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, **YÜHFD**, C.III, Sy:2, 2006, s.227-288.

YENERER ÇAKMUT, Özlem, **Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, İstanbul: Legal Yayıncılık, Ocak 2003.

2. İnternet Kaynakları

<http://emsal.yargitay.gov.tr,>

https://www.istabip.org.tr/site_icerik_2016/haberler/agustos2017/sahte_doktor_altug_aslan_adanur_karar.pdf,

<http://kazanci.com,>

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5adb8fd246c127.63964438

ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NDA GÖRÜLEN DAVALARA DOSTANE KATILIM (*AMICUS CURIAE*) VE DOSTANE MÜTALAA (*AMICUS BRIEF*) USULÜ

Amicus Curiae and Amicus Brief Procedures On the Disputes Before International Court of Justice

Oğuz Kaan PEHLİVAN¹

Geliş Tarihi: 31.10.2018 Kabul Tarihi: 04.12.2018

ÖZET

Uluslararası Adalet Divanı çekişmeli yargılama ve danışma kararları olmak üzere ikili bir çözüm mekanizmasına sahiptir. Her iki durumda da devletlerin taraf ehliyeti vardır. BM organları ile 16 uzmanlık kuruluşa danışma görüşü almak için Divan'a başvurulabilir. Bunun yanı sıra, devletler kendilerini ilgilendiren davalara müdahale yoluyla katılarak taraf olabilirler.

Bu çalışmada, Uluslararası Adalet Divanı yargı süreçlerinde dostane katılım\mütalaa kurumu ele alınacak, üçüncü kişilerin davaya katılımı ile bilgi ve belge sunmaları tartışılacaktır. Divan Statüsü 38. madde uyarınca ilgili uluslararası antlaşmalar ve hükümleri, örf ve adet hukuku ile hukukun genel prensipleri ile Divan kararları, içtihatlar ve doktrin tartışmaları ışığında dostane müdahale kurumunun hukuki temelleri araştırılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Adalet Divanı, Dostane Katılım, Dostane Mütalaa.

ABSTRACT

International Court of Justice has two kinds of function; to settle international legal disputes brought by States (Contentious cases) and to give a legal opinion (advisory proceeding) on legal questions of States, authorized UN Bodies and specialized organs. Also States have the right to intervene the disputes (both contentious cases or advisory proceedings) at any time.

Within this article, amicus curiae and amicus brief procedures, in other words, participation of third parties whom non-parties to the dispute before International Court of Justice will be examined. Third-party participation to the proceedings before the Court will. Regarding the article 38 of the Statute of the International Court of Justice.

Keywords: International Court of Justice, Amicus Curiae, Amicus Brief.

Giriş

Uluslararası hukuktan kaynaklanan haklara ve yükümlülöklere sahip olma yeteneği ile bu hakları uluslararası düzeyde doğrudan koruyabilme yeteneğine uluslararası hukuk kişileri sahip olabilir.² Dar ve teknik anlamda değerlendirildiğinde, yalnızca devletler ve uluslararası örgütler uluslararası hukuk kişileridir denilse de uluslararası hukuk düzeyinde etkili faaliyetlerde

¹ Avukat, Ankara Üniversitesi Doktora Adayı, e-posta: pehlivan.oguzkaan@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-0136-5389

² Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, 2. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara, (2014), s.1.

bulunan pek çok birim söz konusudur.³ Dolayısıyla uluslararası hukukun sùjeleri arasında devletlerden başka uluslararası örgütler, çokuluslu şirketler ve bireyler de yer almaktadır. BM uzmanlık kuruluşları hariç, uluslararası örgütler ve kişiler doğrudan Adalet Divanı'na başvurma dolayısıyla bu açıdan taraf ehliyetleri bulunmamaktadır.

Peki, taraf olma ehliyeti bulunmayan diğer uluslararası hukuk sùjeleri bir şekilde Divan önündeki davalara katılabilir ya da katkı sunabilir mi? Divan önündeki davanın taraf devletlerin dışında diğer devletlerin çıkarlarını etkileyecek olması durumunda müdahale ile taraf olma imkânı söz konusu iken, diğer uluslararası hukuk kişileri için böylesi bir imkân var mıdır? Zira Divan önünde ele alınan konu, hukuki ve maddi boyutlarıyla, uluslararası kuruluşların⁴, ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeylerde ve akla gelebilecek hemen her alanda faaliyet gösteren hükümet dışı kuruluşların⁵ ya da bireylerin çıkarlarını doğrudan etkileyebilir. Bu sùjelerin kendi çıkarlarını doğrudan etkileyen böylesi hususlarda tamamen yok sayılması hukukun ve adaletin tesisine zarar verebilir.

Dostane katılım (*amicus curiae*) ve, dostane mütalaa (*amicus brief*) kurumları gerek davaya taraf olamayan sùjelerin çıkarlarının korunmasını gerek davanın tüm boyutlarıyla etraflıca görüşülüp sonuca bağlanmasını temin etmektedir. Öte yandan, dostane mütalaalar, davanın gereksiz yere uzamasına yol açabilir ve usul ekonomisine zarar vererek yargılamayı olumsuz olarak etkileyebilir.

Bu çalışmada, davaya taraf olmayan hatta taraf olma ehliyeti de bulunmayan üçüncü kişilerin, Adalet Divanı önünde görülmekte olan çekişmeli davalar ile danışma görüşü davalarına dostane katılım yapmaları ve dostane mütalaa sunmalarına ilişkin hukuk yol tartışılacaktır.

Metodolojik olarak, dostane katılım ve mütalaa süreci, Statü'nün 38(2) maddesinde yer verilen, uluslararası hukukun kaynaklarına dair epistemolojik model temel alınarak incelenmiştir. Uluslararası antlaşmalar, örf ve adet hukuku kuralları ve hukukun genel ilkeleri kapsamında, Adalet Divanı'na dostane katılım kurumu ele alınacaktır. Divan kararları ve doktrin tartışmaları yani yardımcı kaynaklar bakımında dostane katılım kurumu etraflıca tartışılmış ve Divan tarafından zaman içerisinde yerleşik bir uygulama kabul edilmiştir.

³ Pazarıcı, s.4.

⁴ Governmental Organizations (GO) ya da International Organizations (IO).

⁵ Non-Governmental Organizations (NGO).

I. DOSTANE KATILIM KAVRAMI (*AMICUS CURIAE*)

Amicus Curiae, latince terimi sözlük anlamı olarak İngilizce'ye "friends of the courts"⁶; Türkçe'ye ise "mahkemenin dostları" olarak çevrilmektedir.

Francis Bacon, *amicus curiae* ifadesini hukuki bir terim olarak ve bugünkü anlamıyla değil, sözlük anlamıyla ve bir sıfat olarak, birtakım davranışları nitelendirmek amacıyla kullanmıştı. *Of Judicature* başlıklı yazısında Bacon, kendi çıkarları için mahkemeyi yetkisi sınırları dışında hareket etmeye zorlayan avukatları mahkemenin dostları (*amici curiae*) olarak değil mahkemenin paraziti/asalağı (*parasiti curiae*) olarak niteliyordu.⁷ Bacon bu ifadesiyle, bir dostun iyi niyetlerinin aksine mahkemeyi yetki ve görev aşımı yapacak şekilde yanıltan kişileri anlatıyordu.⁸ O günden bugüne mahkemelerin dostları da parazitleri de eksik olmadı.

Bu çalışmada, *amicus curiae* "dostane katılım"; *amicus brief* ise "dostane mütalaa" olarak tanımlanmış ve kullanılmıştır. Hukuki anlamda dostane katılım, davanın tarafı olmayan ama mahkemenin karar vereceği hukuki sorunun çözülmesinde bir yararı bulunan kişileri; dostane mütalaa ise bu kişilerin mahkemeye sundukları raporları ve belgeleri ifade etmektedir.⁹ Dostane katılımcı davada bir savunma yapmaz ya da talepte bulunmaz, davanın açılmasında hukuki yararı da yoktur. Dostane mütalaa, davanın taraflarınca mahkemeye sunulmayan davaya ilişkin başkaca maddi gerçekleri ve hukuki argümanları içerir. Bu açıdan hâkimlerin verecekleri kararın ortaya çıkaracağı sonuçları ve potansiyel etkilerini daha iyi değerlendirmesine yardımcı olur. Davanın etraflıca anlaşılmasına ve çözülmesine katkı sunar. Özellikle belirtmek gerekir ki, dostane katılım, bilirkişilik ya da tanık kurumlarından farklıdır. Dostane katılımcı, mahkemenin ya da tarafların talebi üzerine harekete geçerek elindeki bilgi ve belgeleri sunmaz. Aksine tarafların ve mahkemenin bir talebi olmadan, dostane katılımcı bilgi ve belgeler sunar.

⁶ Oxford Dictionary, "An impartial adviser to a court of law in a particular case", Early 17th century: modern Latin, literally 'friend', (in full) 'friend of the court'. <https://en.oxforddictionaries.com/definition/amicus> (erişim tarihi: 29 Kasım 2018); bir başka tanım; "Amicus Curiae; if a judge is doubtful or mistaken in matter of law, a stander-by may inform the court, as amicus curiae", Jacob Giles, *The Law-Dictionary: Explaining The Rise, Progress, And Present State Of The English Law, In Theory And Practice; Defining And Interpreting The Terms Or Words Of Art; And Comprising Copious Information, Historical, Political, And Commercial, On The Subjects Of Our Law, Trade, And Government, Volume I.* (1797).

⁷ Francis Bacon, *The works of Francis Bacon, Baron of Verulam, Viscount St. Alban, and Lord High Chancellor of England, in five volumes, Vol. 1*, Reink Books, (2017), s. 521.

⁸ John S. Garrison, *Friendship and Queer Theory in the Renaissance: Gender and Sexuality in Early Modern England*, Routledge, (2014), s.16.

⁹ Severine Menetrey, *L'Amicus Curiae, vers un Principe de Droit International Procédural?*, Université Pantheon-Assas, Paris, (2009).

Roma hukukunda yerleşik bir kavram olan *amici*, mahkemeye yardımcı olmak ve tavsiyelerde bulunmak üzere atanan avukatları ifade etmekteydi.¹⁰ Günümüzde Anglo-sakson hukuk sisteminde kabul edilen ve çokça başvurulan bir kurum olan dostane katılım ve mütalaa, kıta Avrupası hukuk sisteminde kabul görmemiştir.

Dostane katılım, Anglo-sakson hukuk sisteminde özellikle ABD'de ve Dünya Ticaret Örgütü, İnsan Hakları Mahkemeleri, Uluslararası Ceza Mahkemeleri ile Tahkim yargılamalarında tanımları yapılmış ve ayrı ayrı usullere tabi kılınmıştır.

Uluslararası mahkemelerde, usul hukuku ve pratikler açısından, dostane katılımın kapsamı ve yöntemi değişiklik göstermektedir. Bazı durumlarda sadece yazılı katılım söz konusu olurken bazı durumlarda şifahen dinleme yoluna gidilmektedir. Dostane katılım yapılabilmesi için genellikle davanın görüldüğü mahkemenin izni aranmamaktadır. Bazı durumlarda ise ilgili mahkeme dostane katılım yapması için ilgililere çağrıda bulunmaktadır. En çok rastlanan durum ise bireyler ya da hükümet dışı kuruluşların doğrudan dava ile ilgili gördükleri maddi ve hukuki konuları mahkemenin dikkatine sunmak üzere dostane mütalaa yollamalarıdır. İnsan haklarının ya da çevrenin korunması alanında çalışan hükümet dışı kuruluşlar, çokuluslu şirketler, dini gruplar, ticaret birlikleri, akademisyenler dostane katılım talebinde bulmakta ya da doğrudan dostane mütalaa göndermektedir.¹¹

Adalet Divanı Statüsünde ya da İçtüzüğünde dostane katılıma ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Devletlerin bu konuda yaptıkları uluslararası bir antlaşma ya da üzerinde uzlaştıkları bir hüküm de bulunmamaktadır. Öte yandan Divan önüne gelen gerek çekişmeli davalarda gerek danışma kararı davalarında Devletlerden daha çok hükümet dışı kuruluşların dostane katılım için mahkemeye başvurduklarını görmek mümkün. Zira devletler, dostane katılım yerine doğrudan davaya katılarak taraf ehliyeti kazanabilir ya da davaya katılmadan ve dolayısıyla davanın tarafı olmadan, Divan'ın taraflar için vereceği bağlayıcı kararın bu bağlayıcılık etkisinden kurtulabilir.

¹⁰ Samuel Krislov. "The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy." Vol. 72 (1963) Yale Law Journal, s. 694; Michael J. Harris. "Amicus Curiae: Friend or Foe? Suffolk Journal of Trial and Appellate Advocacy, Vol. 5 (2000) s. 1; Michael K. Lowman. "The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave?" American University Law Review Vol. 41, No. 4, (1992) s. 1243. Allison Lucas. "Friends of the Court? The Ethics of Amicus Curiae Brief Writing in First Amendment Litigation." Fordham Law Journal, Vol. 26 (1999) s. 1605.

¹¹ Dostane katılım konusunda özellikle Uluslararası Ceza Mahkemesinde yerleşik bir uygulama mevcuttur. Mahkemenin Statüsü tarafından düzenlenen Dostane Katılım pek çok durumda uygulanmaktadır. Kişilerin şifahen dinlenmesi yoluna da gidilmektedir. Öte yandan, yatırım tahkimlerinde dostane mütalaa uygulaması bulunmaktadır. Bu uygulamalara başka bir makalenin konusu olduğu için burada yer verilmeyecektir.

II. ADALET DİVANI'NDA GÖRÜLEN DAVALARA DOSTANE KATILIM

A. Divan Önünde Taraf Ehliyeti

Uluslararası Adalet Divanı, kendileri tarafından sunulan devletler arasındaki hukuki ihtilaflar (ihtilaflı davalar) ile Birleşmiş Milletler (BM) organları ve ihtisas kurumları tarafından kendisine atıfta bulunan yasal sorularla ilgili danışma görüşleri talepleri (danışmanlık işlemleri) konularında karar verir.¹²

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü¹³ 34. madde uyarınca, Divan önündeki davalarda yalnızca devletler taraf olabilirler.

Danışma görüş talepleri devletlerden başka a) BM Antlaşmasına göre danışma görüşü talep edebilecek organlara -Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi- b) Genel Kurul tarafından yetkili kılınacak organlara (16 uzmanlık kuruluşu) da açıktır.¹⁴ BM Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi, "herhangi bir hukuki soru" ile ilgili tavsiye görüş isteyebilir. Ancak diğer BM organları ve uzmanlık kuruluşları sadece kendi faaliyetleriyle ilgili olarak Divana başvurabilirler. Statü'nün 65. maddesi uyarınca, Divan, Birleşmiş Milletler Antlaşması gereğince ya da bu Antlaşma hükümlerine uygun olarak görüş istemeye yetkili kılınmış her organ ya da kuruluşun isteği üzerine her türlü hukuksal sorun konusunda görüş verebilir. Divan'dan görüş istenen sorunlar, görüş verilmesi istenen sorunu açık ve kesin bir dille belirten yazılı bir dilekçe ile Divan'a sunulur. Bu dilekçeye sorunu aydınlatabilecek tüm belgeler eklenir. Dolayısıyla, devletlerden başka BM organları ve uzmanlık kuruluşları da Divan önündeki davalarda taraf ehliyetine sahiptir.

Her ne kadar 34. madde sadece devletlerin Divan önündeki davalara taraf olacağını açıkça belirtse de, hazırlık çalışmaları sırasında uluslararası örgütlerin de taraf ehliyetine sahip olarak Divan önünde dava açabilmesi gerektiği tartışılmış ama kabul edilmemiştir.¹⁵ Öyle ki, 34. maddenin günün şartlarına uymayan, uluslararası toplumu karakterize eden güncel gelişmelerden kopuk bir görümün arz ettiği belirtilmiştir.¹⁶ 1991-1994 yılları arasında Divan

¹² Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, 4. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara (2016), s.58-63.

¹³ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü (1945) bkz <https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf> (erişim tarihi: 29 Kasım 2018).

¹⁴ Ömer İlhan Akipek, Milletlerarası Adalet Divanı, Sevinç Matbaası, Ankara, (1974), s.72; ICJ, Organs and agencies authorized to request advisory opinions, <https://www.icj-cij.org/en/organs-agencies-authorized> (erişim tarihi: 29 Kasım 2018).

¹⁵ Documents of the United Nations Conference on International Organization, Cilt XIV, San Francisco, (1945), s. 110, 132-141 "The Chairman said that the principle involved in Article 3 was that States, but not private individuals or international organizations, might be parties to cases" <https://digitallibrary.un.org/record/1300969?ln=fr> (erişim tarihi: 29 Kasım 2018).

¹⁶ Christian Tomuschat, Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm (eds),

Başkanlığı görevinde bulunan Hâkim Robert Jennings, 34. madde bağlamında, Divan'ın kuruluşundan bu yana geçen 50 yıl içerisinde 34. maddenin kayda değer bir değişim geçirmediğini oysa günümüzde "uluslararası hukukun önemli bir bölümü bireyleri, şirketleri ve devletler dışındaki diğer tüzel kişilikleri doğrudan etkilediği" ifade etmektedir.¹⁷ Benzer şekilde, Jennings, Divan'ın özellikle 34. madde ile 1920'lerin uluslararası hukuk yapı içinde sıkışıp kaldığını belirtmektedir.¹⁸

Gerek Statü'de gerekse hazırlık çalışmalarında bireylerin ve uluslararası örgütlerin davada taraf olma ehliyetleri kabul edilmemiştir. Bu açıdan Divan'ın günümüz gelişmelerine ayak uydurabilmesi ve yeni süljelere Divan'ın kapısını açabilmesi Statü'nün usulüne uygun olarak değiştirilmesiyle mümkün olacaktır.

B. Davaya Katılma Prosedürü

Statü'nün 62. maddesi uyarınca bir devlet, bir uyuşmazlıkta kendisi bakımından hukuksal nitelikte bir çıkarın söz konusu olduğunu görürse, davaya katılmak amacıyla Divan'a başvurabilir. Bu istemi karara bağlamak Divan'a düşer.

Bu noktada Divan önündeki bir davada verilecek karardan etkileneceğini düşünen devletler kendi inisiyatifleriyle Divan'a başvuruda bulunarak taraf olma taleplerini iletirler. Bu açıdan Divan'ın davayı hukuki çıkarları etkileneceği muhtemel devletlere re'sen duyurma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Öte yandan Statü'nün 63. maddesi uyarınca, Divan önündeki uyuşmazlığın taraflardan başka devletlerin de katıldığı bir antlaşmanın yorumlanması söz konusu olduğu zaman, Yazı İşleri Müdür (Başkatip) bu devletlere hemen durumu bildirir. Bu duyuru sonrasında kendisine duyuruda bulunan her devlet yargı sürecine katılma hakkına sahiptir; ancak bu hakkı kullanırsa, yargının varacağı hüküm o devlet için de aynı ölçüde bağlayıcı olur.

Davaya taraf olmanın sonucu ise verilen kararın taraflar açısından bağlayıcı olmasıdır. 59. maddesi uyarınca ise Divan'ın kararı ancak uyuşmazlığın tarafları bakımından ve karar verilen dava için bağlayıcıdır.

Kıta Sahaneliği (Libya/Malta) İtalya'nın Katılım için Başvurusu kararında, Adalet Divanı, bir davada hukuki çıkarlarının etkileneceğini düşünen bir devletin seçimlik bir hakkı bulunduğunu belirtiyor: "katılmak ya da katılımdan çekinerek, 59. madde hükümlerine dayanmak."¹⁹ 59. maddeye dayanmak

The Statute of the International Court of Justice: A Commentary, Oxford University Press, (2012), s. 590.

¹⁷ Roberts Y. Jennings, "The International Court of Justice After Fifty Years", The American Journal of International Law, Vo. 89, No.3, (1995), s. 504.

¹⁸ Jennings, s. 504.

¹⁹ ICJ Reports, Case Concerning The Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta) Application by Italy for Permission to Intervene, (1984), s. 26, <https://www.icj-cij.org/files/>

Divan kararının o devlet için bağlayıcılığını ortadan kaldırırsa da davaya taraf olmayan devlet açısından yine de bazı sonuçlar ve etkiler doğurması söz konusu olmaktadır. Ortaya çıkan sonuç Divan kararının 3. devlet için bağlayıcı olacağı anlamına gelmemektedir. Zira Divan *Altın Para* davasında, Arnavutluk davaya katılmak için başvurmamıştır. Buna rağmen Divan'a göre "Önümüzdeki davada çıkacak kararla Arnavutluk'un hukuki çıkarları etkilenmekle kalmayacak, bu çıkarlar kararın ana konusunu da oluşturacaktır."²⁰ Devamında Divan, verilecek kararın sadece taraflar açısından bağlayıcı olacağını, taraf olmayan Arnavutluk'u bağlamayacağını altını çizmiştir.²¹ Benzer şekilde *Kamerun ile Nijerya arasındaki Kara Mayınları* davasında, Divan'ın ifadesiyle "yargılama tarafların rızası üzerine kurgulanmıştır. Bu açıdan Divan, yargılamaya taraf olmayan 3. Devletlerin hukuki hak ve yükümlülükleri konusunda karar veremez."²²

Bu bilgiler ışığında denilebilir ki, Divan, davaya taraf olmayan 3. Devletler bakımında bağlayıcı karar veremediği gibi onların hak ve yükümlülüklerine ilişkin bir karar da veremez. Ancak yine de *Altın Para* davasında ifade edildiği üzere, verilecek karar doğrudan ya da dolaylı olarak 3. Kişilerin hak ve yükümlülüklerini etkileyebilir. Örneğin, kıta sahanlığı paylaşımı, komşu ülkelerin de hak ve yükümlülüklerini etkileyecek sonuçlar doğurabilir. İki ülke arasındaki su paylaşımı anlaşması, 3. Devletin haklarını etkileyecek bir sonuç doğurabilir.

Birleşmiş Milletler Şartı'nın ayrılmaz bir parçası olan Statü'nün 34. maddesi ile Şartın 96. maddesi uyarınca devletler ile BM organları ve uzmanlık kuruluşları taraf ehliyetine sahiptir ve Divan önündeki davalara katılabilir, danışma görüşü isteyebilir. Bunlar dışındaki uluslararası kuruluşlar, hükümet

case-related/68/068-19850603-JUD-01-00-EN.pdf (erişim tarihi 3 Mayıs 2018).

²⁰ Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy/France, United Kingdom and United States of America), Judgment, (1954) ICJ Reports, s. 33 <https://www.icj-cij.org/files/case-related/19/019-19540615-JUD-01-00-EN.pdf> (erişim tarihi: 29 Kasım 2018) "Albania has not submitted a request to the Court to be permitted to intervene. In the present case, Albania's legal interests would not only be affected by a decision, but would form the very subject-matter of the decision. In such a case, the Statute cannot be regarded, by implication, as authorizing proceedings to be continued in the absence of Albania."

²¹ Monetary Gold, ICJ Reports, s. 33 "It is also contended that any decision of the Court on the questions submitted by Italy in her Application will be binding only upon Italy and the three respondent States, and not upon Albania. It is true that, under Article 59 of the Statute, the decision of the Court in a given case only binds the parties to it and in respect of that particular case. This rule, however, rests on the assumption that the Court is at least able to render a binding decision. Where, as in the present case, the vital issue to be settled concerns the international responsibility of a third State, the Court cannot, without the consent of that third State, give a decision on that issue binding upon any State, either the third State, or any of the parties before it."

²² ICJ, Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, ICJ Reports, (2002) s. 421, para. 238.

dışı kuruluşlar ve bireyler için taraf ehliyeti, BM Şartı'nda, Divan Statü'sünde ya da İçtüzüğünde açıkça belirtilmemiştir.

Devletler ile BM organları ve uzmanlık kuruluşları dışında, uluslararası kuruluşlar, hükümet dışı kuruluşlar ve bireyler mahkemede önündeki bir çekişmeli yargı ya da danışma görüşüyle doğrudan ya da dolaylı bir şekilde hukuki çıkarları etkilenebilir. Böylesi bir durumda bu sùjeler, yargılama sürecine katılabilirler ya da katkı sunabilir mi?

C. Divan Önündeki Davaya Dostane Katılım

Adalet Divanı Statüsünde ya da İçtüzüğünde dostane katılımın bir tanımı bulunmadığı gibi, tanımın yapıldığı bir karar da bulunmamaktadır. Ancak dostane katılım talebinde bulunan ya da dostane mütalaa yollayan 3. kişiler, bu taleplerini ve mütalaaları dostane olarak isimlendirmekte, mahkeme de bu kapsamda değerlendirmeye almaktadır.

Divan önünde davaya taraf olma ehliyetine ilişkin açıklamalar ışığında, Divan önünde görülen bir davaya uluslararası kuruluşların, hükümet dışı kuruluşların ve bireylerin taraf olması söz konusu değildir. Ancak uluslararası hukukun bu sùjeleri, Divan önünde görülen davanın çözülmesine önemli katkı sunacak, yararı dokunacak bilgi ve belgelere sahip olabilir. Bunun yanı sıra, Divan'ın kararı bu sùjelerin hukuki çıkarlarını, faaliyetlerinin kapsamını etkileyebilir, sınırlayabilir ya da yeni bir hukuki statü oluşturabilir. Zira her ne kadar Divan'ın kararı taraflar için bağlayıcı olup onlar hakkında hüküm ve sonuç doğursa da, kararın etkileri üçüncü kişilerin hak ve yükümlülüklerinde değişiklik yaratabilir. Bu açıdan Devletler, Divan Statü'sünde verilen yetkiyi kullanarak davaya taraf olabilir, katılabilirler. Ancak uluslararası kuruluşlar, hükümet dışı kuruluşlar ve bireyler dostane katılım yoluna gidebilirler mi?

Divan Statüsü'nün 34. maddesi, Divan önündeki yargılamaların 3. kişilerin müdahalesine açan bir hüküm barındırmaktadır. Buna göre;

1. Divan önündeki davalarda yalnız devletler taraf olabilirler.
2. *Divan, önüne getirilen işlere ilişkin olarak, uluslararası kamu kuruluşlarından, kendi içtüzüğü'nün öngördüğü koşullar içinde bilgi isteyebilecek, ayrıca bu kuruluşların kendi girişimleriyle sunacakları bu gibi bilgileri kabul edecektir.*
3. Bir uluslararası kamu kuruluşunun kurucu belgesinin ya da bu belge uyarınca kabul edilen bir uluslararası sözleşmenin yorumlanması, Divan'a sunulmuş bir davada söz konusu olursa, Yazı İşleri Müdür (Başkatip), bu uluslararası kamu kuruluşuna durumu bildirir ve tüm yazılı işlemleri ona iletir.

Statü'nün 34/2. maddesinde yer verilen "uluslararası kamu kuruluşları" (public international organizations) ifadesiyle ne anlama gelmektedir?

BM Şartının bir parçası olan Adalet Divanı Statüsü'nü yorumlarken Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde (Viyana AHS) yer alan yorum kurallarına başvurmak gerekmektedir.²³ Viyana AHS 31. madde uyarınca göre bir antlaşma hükmü, antlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığı altında verilecek olağan anlama uygun şekilde, iyi niyetle yorumlanmalıdır.

Sözlük anlamı itibariyle, uluslararası kamu kuruluşları, hükümetlerin kurdukları uluslararası kuruluşlar ile kamu yararına çalışan uluslararası kuruluşlar anlamlarına gelmektedir.²⁴ Statü'nün hazırlık çalışmalarına baktığımız zaman, uluslararası kamu kuruluşlarının devletler gibi Divan'da dava açma yetkisi ve ehliyetine sahip olup olmayacağı tartışılmıştır.²⁵

Amerikan delegeşi tarafından önerilen 34(2). maddesi üzerinde uzun tartışmalar yaşanmıştır. Meksikalı delege uluslararası kamu kuruluşları teriminin açık bir anlamının olmadığını ve Divan'ın bu kuruluşlardan gönderilecek belgeleri reddetmesinin mümkün olup olmadığı üzerine açıklamalarda bulunmuştur.²⁶ Aynı şekilde, Mısırlı delege, bu terimin akademiler ve benzeri kuruluşları kapsayıp kapsamadığını sormaktadır.²⁷

Komisyon değerlendirmesinde, bilimsel kuruluşlar ile (scientific organizations) uluslararası akademilerin bu terimin kapsamına girmeyeceğini

²³ Vienna Convention on the Law of Treaties (1969), UN, Treaty Series, C. 1155, 27 Ocak 1980'de yürürlüğe girmiştir. İnternet erişimi: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (erişim tarihi: 29 Kasım 2018).

²⁴ ABD'de yürürlükte olan *International Organizations Immunities Act of 1945* (http://avalon.law.yale.edu/20th_century/decad034.asp) ile *International Anti-Bribery And Fair Competition Act of 1998*, (<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-105publ366/html/PLAW-105publ366.htm>) "uluslararası kamu kuruluşları" açısından bazı haklar ve yükümlülükler getirmektedir. Bu açıdan bu kuruluşların ne/ler olduğunu tespit etmek büyük önem taşımaktadır. U.S. Agency for International Development tarafından verilen tanıma göre ABD'nin katıldığı ve hükümetler tarafından oluşturulan kuruluşlar, uluslararası kamu kuruluşlarıdır. Bknz: <https://definedterm.com/a/definition/145231> (erişim tarihi: 29 Kasım 2018).

²⁵ Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco, (1945), Vol. XIV s. 666, <https://digitallibrary.un.org/record/1300969/files/UNIO-Volume-14-E-F.pdf> (erişim tarihi: 29 Kasım 2018).

²⁶ Documents of the United Nations Conference on International Organization, s. 134 Ambassador Cordova (Mexico) agreed with the Australian representative that the provision raised some serious questions. In the first place, it was not clear what would be included in the term "public international organizations. In the second place, there was the possibility that the Court would receive and rely on information which a party, in a contentious case, would have no opportunity to refute. He wished the United States to explain how this problem was dealt with.

²⁷ Documents of the United Nations Conference on International Organization, s. 137, Dr. Moneim-Riad Bey (Egypt) raised a question as to the scope of the term "public international organizations, did it include learned academies and the like?"

belirtmektedir.²⁸

Venezuela delegesi, uluslararası kamu kuruluşlarının gerek çekişmeli gerekse danışma görüşü davalarında taraf olma yetkisine sahip olmaları gerektiğini ileri sürmektedir.²⁹ Çalışma, ulaşım, iletişim alanlarında faaliyet gösteren ve genel olarak BM ile özel ilişkisi olan tüm uluslararası kamu kuruluşlarının bu yetkiye sahip olması gerektiğini önermiştir.³⁰

Komisyon son değerlendirmesinde, her ne kadar 34. madde, "Divan'ın Yetkileri" kenar başlığı altında yer alsada 34. maddenin sadece Devlet için taraf olma yetkisini öngördüğünü, komisyonun bazı delegelerin aksine bu kuruluşlara Divan önünde dava açma yetkisi verilmesine karşı çıktığı, bu kuruluşların yetki olarak değil usul olarak Divan'a bilgi ve belge sunabileceklerini belirtmiştir.³¹

Statü'nün 34(2). maddesinin tarihi arka planına baktığımızda ise Milletlerarası Sürekli Adalet Divanı Statüsü'nün 26. maddesiyle karşılaşırız. 26. maddeye göre, iş davalarına ilişkin olarak Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), Divan'a ilgili bilgi ve belgeleri sunma özgürlüğüne sahiptir.³² ILO, kendiliğinden Divan'a kendi uzmanlık alanıyla ilgili bilgi ve belgeleri gönderebileceğinin kabul edildiği 26. madde, Adalet Divanı Statüsüne 34. madde olarak aktarılmıştır. Günün şartları göz önünü alınarak, sadece ILO değil diğer uluslararası kamu kuruluşlarının da Divan'a kendiliklerinden bilgi ve belge gönderebilmesi düşünülmüştür. Hatta 1944 yılında ILO, Milletler Cemiyeti üyelerine bir memorandum göndererek, Divan'ın uluslararası kuruluşlar arasındaki davaların çözümü için yetkilendirilmesini istemiştir.³³ Dupuy'un ifadesiyle, uluslararası

²⁸ Documents of the United Nations Conference on International Organization, s.666

²⁹ Documents of the United Nations Conference on International Organization, s.180, Dr. Gomez-Ruiz (Venezuela) indicated that the answer to this question would depend upon the relationship existing between the international organizations and The United Nations. He, however, was inclined to favor a procedure by which the various international organizations might request advisory opinions directly. In response to questions by the Chairman, Dr. Gómez-Ruiz stated that he was referring to public international organizations dealing with matters such as labor, transit, communication, and in general, to all public international organizations that would have special relations with the General Organization."

³⁰ Documents of the United Nations Conference on International Organization, s.180

³¹ Documents of the United Nations Conference on International Organization, s.603 "the Committee has not wished to go so far as to admit, certain delegations appear disposed to do, that public international organizations may become parties to a case before the Court. Admitting only that such organizations might, to the extent indicated, furnish information, it has laid down a rule which certain persona have considered as being one of procedure rather than of competence."

³² League of Nations, Statute of the Permanent Court of International Justice, 16 December 1920, <http://www.refworld.org/docid/40421d5e4.html> (erişim tarihi: 29 Kasım 2018).

³³ Pierre-Marie Dupuy "Article 34" içinde Christian Tomuschat, Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm (eds), The Statute of the International Court of

kuruluşların uluslararası kamu hukukundaki tüzel kişiliğinin tanınması ve bu kuruluşlar için Divan önünde gerçek bir *locus standi* (duruşmaya katılma hakkı) verilmesinin yolunu açmıştır.³⁴

Bu açıdan, uluslararası kamu kuruluşlarında anlaşılan ILO gibi Devletler tarafından kurulmuş ve örgütlenmiş kuruluşlardır. Daha sonra Divan önünde görülen Sığınma Hakkı Davası ile bu kavram açıklanmaya çalışılacak ve 1978 yılında Divan'ın içtüzüğünde yapılan değişiklikle "uluslararası kamu kuruluşları" bu çerçevede tanımlanacaktır.

1. Çekişmeli Davalara Dostane Katılım

Çekişmeli davalara dostane katılımı ilgili olarak, bir önceki başlıkta açıklama yaptığımız Statü'nün 34(2). maddesi bulunmaktadır. Divan, önüne getirilen işlere ilişkin olarak, uluslararası kamu kuruluşlarından, kendi içtüzüğünün öngördüğü koşullar içinde bilgi isteyebilecek, ayrıca bu kuruluşların kendi girişimleriyle sunacakları bu gibi bilgileri kabul edecektir.

a) Devletler açısından Dostane Katılım

Bazı durumlarda Devletler, davaya katılarak taraf olmak yerine kendi çıkarlarını korumak amacıyla davaya başka Devletlerden elde ettikleri belgeleri ya da hükümet dışı kuruluşların raporlarını sunabilmektedir.

İlk olarak 1949 yılında Arnavutluk ve Birleşik Krallık arasında görülen *Korfu Boğazı Davası*³⁵ dostane katılım girişimine rastlanmaktadır. Yugoslavya, dava sürecinde, Arnavutluk lehine olan boğaza mayınların döşenmesi ve savaş gemilerine ilişkin bazı resmi belgeleri Arnavutluk üzerinden Divan'a sunmuştur.³⁶ Divan bu belgeleri kabul ediyor ancak Yugoslavya'nın davada taraf olmadığını, maddi gerçeklere ulaşmak için bu belgeleri reddetmeyeceğini ama çekince ile delil olarak kabul ettiği ve belgelerin delil niteliği hakkında görüş bildirmeyeceğini ifade etmiştir.³⁷ Divan önündeki bir davada taraf olmayan ve olmak için başvurmamayan bir Devlet, yargılamada maddi gerçekliği açığa çıkarmak için bazı belgeler sunmuştur. Bu haliyle, bir Devlet tarafından dostane katılım ve mütalaadan söz edilebilir. Ancak Divan'ın Yugoslavya tarafından gönderilen belgelere ilişkin açıklamasında bu durumu dostane katılım olarak nitelemiyor, açıklama yapmaktan kaçınmıştır. Bu belgelerin Divan önündeki davaya her zaman katılabilecek Yugoslavya sunduğu için gerçek anlamda dostane bir mütalaadan söz edemeyiz.

Justice: A Commentary, Oxford University Press, (2012), s. 591.

³⁴ Dupuy, s.591.

³⁵ ICJ, Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949, ICJ Reports (1949), <http://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf> (erişim tarihi: 29 Kasım 2018).

³⁶ Corfu Channel case, ICJ Reports, s.17.

³⁷ Corfu Channel case, ICJ Reports, s.17.

Bazı durumlarda Devletler, yazılı başvurularına ve savunmalarına hükümet dışı kuruluşların raporlarını ekleyebilmektedir. Resmi olarak bu raporlar başvurunun bir parçası olarak kabul edildiği için Statü'nün 34(2). maddesi anlamında bir dostane katılımdan söz edilemez. 1997 tarihli *Gabcikovo-Nagymaros Projesi*³⁸ davasında, Macaristan yazılı başvurusuna 20 farklı bilimsel raporu da eklemiştir.³⁹

Doktrinde dostane katılım kurumu davaya katılım kurumuna kıyasla bazı durumlarda tercih edilmesinin isabetli olacağı görüşü tartışılmıştır. Öyle ki, davada tarafların özerkliğine müdahalede bulunan davaya katılım kurumu yerine, 3. taraf devletin karar sonucunda etkilenecek muhtemel çıkarlarını koruması dostane katılım kurumuyla davaya daha sınırlı bir katılım öngörmektedir.⁴⁰ Palchetti, Statü'nün 62. maddesinde öngörülen davaya katılım kurumunun kapsamı genişletilerek, dostane katılım kurumu kabul edilebilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.⁴¹ Çıkarları etkilenen 3- kişi devletler, davaya katılarak müdahil olmak istemediklerinde ama çıkarlarının Divan tarafından gözetilmesini talep ettiklerinde tek çare olarak dostane katılım kurumu kalmaktadır.

Bununla birlikte, Divan önünde görülen davanın *erga omnes* yükümlülüklerin ihlal edilmesiyle ilgili olması durumunda 3- kişi Devletlerin dostane katılımı en uygun çözüm olacağı ileri sürülmüştür.⁴²

b) Uluslararası Kuruluşların Kendiliğinden Dostane Katılımı

Statü'nün 34(2). maddesinin anlamı ve uygulanmasında en önemli çekişmeli dava 1950 tarihli *Siğınma Hakkı Davası*dır.⁴³ Bu davada, insan hakları konusunda çalışmalar yapan International League for the Rights of Man, dostane katılım için Divan'a başvuruyor ve dostane mütalaa dosyasına sunulmak üzere Divan'a yol. ABD kanunlarına tabi, Roger Nash Baldwin isimli gerçek kişi tarafından kurulan hükümet dışı kuruluş (NGO), insan haklarının tüm dünyada geliştirilmesi için çalışmalar yürütmektedir.⁴⁴ 1946 yılında,

³⁸ ICJ, *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary-Slovakia), Judgement of 25 September 1997, ICJ Reports, (1997).

³⁹ *Gabcikovo-Nagymaros Project*, ICJ Reports, s.515 <http://www.icj-cij.org/files/case-related/92/10921.pdf> (erişim tarihi: 29 Kasım 2018).

⁴⁰ Paolo Palchetti, "Opening the International Court of Justice to Third States: Intervention and Beyond", *Max Plank Yearbook of United Nations Law*, Volume 6, 2002, s. 181.

⁴¹ Palchetti, s. 144

⁴² Palchetti, s.177.

⁴³ ICJ, *Colombian-Peruvian asylum case*, Judgment of November 20th 1950, ICJ Reports, (1950) bkz: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/7/007-19501120-JUD-01-00-EN.pdf> (erişim tarihi: 29 Kasım 2018).

⁴⁴ International League for the Rights of Man, şimdiki adıyla The International League for Human Rights websitesine erişim için <https://web.archive.org/web/20100317131603/>

Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi, nezdinde danışman statüsü elde etmiştir.⁴⁵

International League for the Rights of Man Yönetim Kurulu Üyesi Robert Delson, 7 Mart 1950 tarihinde Divana yolladığı mektupta; Kuruluşun Divan Statüsünün 34(2). maddesinde belirtilen “uluslararası kamu kuruluşu” olduğu noktasında Divan’ın karar vermesini talep etmiştir.⁴⁶ International League for the Rights of Man tarafından gönderilen dostane mütalaa kabul edilmeyip reddedilmiştir. Yazı İşleri Müdürü (Başkatip) cevabi mektubunda, Statünün 34. maddesinin bu kuruluş için uygulanamayacağını, bu kuruluşun Statü’de öngörülen uluslararası kamu kuruluşu olarak karakterize edilemeyeceğini belirtmiştir.⁴⁷

<http://www.ilhr.org:80/index.html> (erişim tarihi: 29 Kasım 2018).

⁴⁵ International League for Human Rights, ECOSOC Special Consultative Status, 1946 yılında verilmiştir. Bknz: <http://esango.un.org/civilsociety/consultativeStatusSummary.do?profileCode=463> (erişim tarihi: 29 Kasım 2018)

⁴⁶ ICJ, Colombian-Peruvian asylum case, ICJ Reports, Correspondance Part IV s.227 <http://www.icj-cij.org/files/case-related/7/8909.pdf> (erişim tarihi: 29 Kasım 2018).

63.Mr. Robert Delson, Member of The Board of Directors of The International League For The Rights of Man, To The Registrar
March 7th, 1950

Re : Colombian-Peruvian Asylum Case

Dear Sir,

In my capacity as a member of the Board of Directors of the International League for the Rights of Man, and as its counsel with respect to the above-mentioned matter, I herewith advise you that the League desires to take advantage of the provisions of Article 34 of the Statute of the Court, providing that the Court shall receive information presented to it by public international organizations on their own initiative relevant to cases before the Court. In order to determine whether the League should present such information, I herewith request that the Court determine whether the League is a public international organization within the meaning of Article 34.

I am enclosing herewith a copy of the pamphlet entitled Presenting the International League for the Rights of Man¹ which describes the character of this organization. You will note that the League is the successor on American soil of an agency formed many years ago in Paris to coordinate the activities of the various Leagues for the Rights of Man in European and other countries. Its officers and advisors include many of the outstanding defenders of human rights. For many years, the League has been actively concerned with the propagation of human rights throughout the world. It is recognized as a consultative organization by the Economic and Social Council. In my opinion, it would further the purpose of the Court and also the movement for the preservation and extension of international human rights if the League were recognized as an international public organization entitled to present information to the Court relevant to the Columbian-Peruvian asylum case. I shall await the decision of the Court in this matter.

Respectfully yours,

(Signed) ROBERT DELSON

⁴⁷ Colombian-Peruvian asylum case, ICJ Reports, s.228.

66. The Registrar to Mr. Robert Delson, Member of the Board of Directors of the International

Divan tarafından kamu yararına çalışan hükümet dışı örgütler, Statü'nün 34(2) maddesinde yer alan uluslararası kamu kuruluşları olarak kabul edilmemektedir. 1978 yılında değiştirilen Divan İçtüzüğüyle, "uluslararası kamu kuruluşları" ifadesini açıklığa kavuşmuştur.⁴⁸ 69/4. maddesine göre uluslararası kamu kuruluşları devletlerin kurdukları uluslararası kuruluşlardır.⁴⁹

Siğınma Hakkı Davası ve 1978 yılı İçtüzük değişikliği ile çekişmeli davalarda, hükümet dışı kuruluşların, Statü'nün 34(2). maddesi uyarınca dostane katılım yapamayacağı kesinleşmiştir.

Divan'ın çekişmeli davalar söz konusu olduğunda sayıları giderek artan hükümet dışı kuruluşların, görülmekte olan davalara kendiliklerinden katılmasını istememektedir. Divan bu tercihinde bir bakıma haklıdır zira dostane katılım usul ekonomisine zarar verebilir, yargılamayı gereksiz yere

League for the Rights of Man
March 16th, 1950

Your letter March seventh Colombo-Peruvian case.

Court finds Article 34 of Statute not applicable since International League of Rights of Man cannot be characterized as public international organization as envisaged by Statute.

⁴⁸ ICJ Rules, Rules of Court (1978) Adopted On 14 April 1978 And Entered Into Force On 1 July 1978, <http://www.icj-cij.org/en/rules> (erişim tarihi: 29 Kasım 2018).

⁴⁹ ICJ Rules, Rules of Court, 69. madde;

1. The Court may, at any time prior to the closure of the oral proceedings, either *proprio motu* or at the request of one of the parties communicated as provided in Article 57 of these Rules, request a public international organization, pursuant to Article 34 of the Statute, to furnish information relevant to a case before it. The Court, after consulting the chief administrative officer of the organization concerned, shall decide whether such information shall be presented to it orally or in writing, and the time-limits for its presentation.
2. When a public international organization sees fit to furnish, on its own initiative, information relevant to a case before the Court, it shall do so in the form of a Memorial to be filed in the Registry before the closure of the written proceedings. The Court shall retain the right to require such information to be supplemented, either orally or in writing, in the form of answers to any questions which it may see fit to formulate, and also to authorize the parties to comment, either orally or in writing, on the information thus furnished.
3. In the circumstances contemplated by Article 34, paragraph 3, of the Statute, the Registrar, on the instructions of the Court, or of the President if the Court is not sitting, shall proceed as prescribed in that paragraph. The Court, or the President if the Court is not sitting, may, as from the date on which the Registrar has communicated copies of the written proceedings and after consulting the chief administrative officer of the public international organization concerned, fix a time-limit within which the organization may submit to the Court its observations in writing. These observations shall be communicated to the parties and may be discussed by them and by the representative of the said organization during the oral proceedings.
4. **In the foregoing paragraph, the term "public international organization" denotes an international organization of States.**

uzatılabilir, böylelikle *amicus curae* yerine *parasiti curae* durumuna düşülebilir.

c) Uluslararası Kuruluşların Çağrı Üzerine Dostane Katılım

Divan Statüsünün 34/3. maddesi uyarınca bir uluslararası kamu kuruluşunun kurucu belgesinin ya da bu belge uyarınca kabul edilen bir uluslararası sözleşmenin yorumlanması, Divan'a sunulmuş bir davada söz konusu olursa, Yazı İşleri Müdür (Başkatip), bu uluslararası kamu kuruluşuna durumu bildirir ve tüm yazılı işlemleri ona iletir. Bu durumda Divan, dava ile ilgili uluslararası kamu kuruluşuna çağrıda bulunarak dostane mütalaa hazırlamasını talep eder.

Bu uluslararası kamu kuruluşunun Divan'a sunacağı raporlar dostane mütalaa olarak kabul edilmemektedir. Bu hükmün birebir uygulandığı dava ise 1989'da başlatılan *3 Temmuz 1988 Hava Olayı Davası*⁵⁰dir. Basra Körfezinde tatbikat yapan Amerikan *USS Vincenne* savaş gemisi, İran havayollarına ait Airbus A-300B yolcu uçağını vurarak 290 kişinin ölümüne yol açmıştır.. İran, ABD'nin bu olaydan kaynaklanan zararı karşılamadığı ve Basra Körfezindeki faaliyetleriyle 1944 Chicago Sivil Havacılık Sözleşmesinin ilgili hükümlerini ihlal ettiği, Uluslararası Sivil Havacılık Kurumu Konseyinin bu olayla ilgili verdiği kararın hatalı olduğu gerekçeleriyle Divan'a başvuruda bulunmuştur.

Divan, Uluslararası Sivil Havacılık Kurumunun kurucu antlaşmasının (1944 Chicago Sivil Havacılık Sözleşmesinin) yorumlanmasına ilişkin tartışmada, Statü'nün 34/3. maddesi uyarınca Kurumdan davaya ilişkin bir dostane mütalaa vermesini istemiştir.⁵¹ Uluslararası Sivil Havacılık Kurumu, davaya ilişkin görüşlerini içeren dostane mütalaa'yı dava dosyasına eklemek üzere Divan'a yollamıştır.⁵²

1999 tarihinde Nikaragua ile Honduras arasında görülen Ülkesel ve Deniz Alanları Sorunları *Davasında*⁵³, Statü'nün 34(3). maddesi uyarınca Divan

⁵⁰ ICJ, Aerial Incident of 3 July 1988 (Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ Reports, Correspondence, (1996).

⁵¹ Aerial Incidents, ICJ Reports, s. 639 "In accordance with Article 34, paragraph 3. Of the Statute of the Court. ICAO was notified by the Deputy-Registrar letter of 22 May 1989 that the construction of the 1944 Chicago Convention on International Civil Aviation, as amended (the "Chicago Convention") and the 1971 Montreal Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation (the "Montreal Convention") is in question in the case." <http://www.icj-cij.org/files/case-related/79/9697.pdf> (erişim tarihi: 29 Kasım 2018).

⁵² ICJ, Aerial Incident of 3 July 1988 (Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ Reports, Observations of The International Civil Aviation Organization, (1996), <http://www.icj-cij.org/files/case-related/79/9699.pdf> (erişim tarihi: 29 Kasım 2018).

⁵³ ICJ, Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgement of 8 October 2007, ICJ Reports, (2007).

Amerikan Devletleri Örgütü'ne çağrı yaparak davayla ilgili bir dostane mütalaa hazırlamasını talep etmiş ancak Örgüt bu çağrıya bir cevap vermemiştir.⁵⁴

d) Değerlendirme

Divan önüne gelen çekişmeli davalarda taraflar dışında başka bir aktörün dava ile ilgili belge ve bilgi yollamasına sıcak bakmamaktadır. Öyle ki, dostane katılım bir yandan yargılamayı uzatacak, diğer yandan yargılamaları 3. kişilerin zamansız müdahalesine daima açık tutacaktır. Bununla birlikte hiç şüphesiz usul ekonomisi ve yargılamanın odak noktasının kaçırılmaması açısından dostane katılıma olumsuz bakılmaktadır. *Sığınma Hakkı Davasında* görüldüğü üzere, Divan hükümet dışı aktörleri, kamu yararına çalışıyor olsalar da Statü'nün 34(2). maddesi anlamında uluslararası kamu kuruluşu olarak değerlendirmemektedir. Bu istikrarlı tutum, 1978 yılında Divan İçtüzüğünde yapılan değişikliğe de yansımıştır. Değişiklik ile uluslararası kamu kuruluşlarından devletlerin kurdukları uluslararası kuruluşların anlaşılacağı açıkça belirtilmektedir.

Son olarak, devletler tarafından kurulan uluslararası örgütlerin doğrudan kendiliklerinden Statü'nün 34(2). maddesi anlamında dostane katılım yaptıkları bir çekişmeli dava bulunmamaktadır. Ancak Divan, Uluslararası Sivil Havacılık Kurumu ile Amerikan Devletleri Örgütüne dostane katılım çağrısı yaparak dostane mütalaa talep etmiştir.

2. Danışma Görüşü Davalarına Dostane Katılım

Çekişmeli davalarda dostane katılım için madde 34(2) ve 34(3) uygulanırken danışma görüşlerine ilişkin davalarda Statü'nün 66. maddesi gündeme gelmektedir. Madde 66 uyarınca,

Yazı İşleri Müdür (Başkatip), danışma görüş istemini, Divan önünde dava açma hakkına sahip olan bütün devletlere hemen bildirir.

Yazı İşleri Müdür (Başkatip) ayrıca, özel olarak ve doğrudan iletişimle, sorunla ilgili bilgi verebileceği, Divan tarafından ya da Divan toplantı halinde değilse Başkan tarafından düşünülen Divan önünde dava açma hakkına sahip

⁵⁴ Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea, Verbatim Record, 2007/1, s. 12 <http://www.icj-cij.org/files/case-related/120/120-20070305-ORA-01-00-BI.pdf> "In accordance with the provisions of Article 69, paragraph 3, of the Rules of Court, the Registrar also addressed to the Organization of American States the notification provided for in Article 34, paragraph 3, of the Statute. The Registrar subsequently transmitted to the Organization of American States copies of all of the written pleadings filed in the case and asked the Secretary-General of that Organization to inform him whether or not it intended to present observations in writing as provided for in Article 69, paragraph 3, of the Rules of Court. In response, the Registrar was informed that the Organization of American States did not intend to submit any such observations." (erişim tarihi: 29 Kasım 2018)

devletlere ya da uluslararası kuruluşlara yazılı açıklamaları, Başkan tarafından saptanacak bir süre içinde, almaya ya da bu amaçla düzenlenen açık oturumda soruna ilişkin sözlü açıklamaları dinlemeye hazır olduğunu bildirir.

Bu devletlerden biri, işbu Madde'nin 2. fıkrasında öngörülen özel bildirimini almamış olur ya da yazılı açıklama sunma ya da Divan tarafından dinletilmesi isteğini belirtirse, bu konuda Divan karar verir.

Yazılı ya da sözlü açıklamalarda bulunmuş olan devletlerin ya da örgütlerin, başka devletlerle örgütler tarafından yapılmış açıklamalar konusunda görüş bildirmelerine, ele alınan her soruna göre, Divan tarafından ya da Divan toplantı halinde değilse Başkan tarafından saptanacak biçim, ölçü ve süreler içinde izin verilir. Bu amaçla Yazı İşleri Müdür (Başkatip), yazılı açıklamaları, kendileri de böyle açıklamalarda bulunmuş olan devletlere ve örgütlere zamanında iletir.

Divan önünde gelen davalarda, BM'ye yolladığı mektup Statü'nün 66. maddesi uyarınca üye Devletleri dava ile ilgili görüşlerini bildirmeye davet etmektedir. Statü'nün 34/2. maddesinden farklı olarak 66(2). maddesi uluslararası kamu kuruluşları (public international organiations) yerine uluslararası kuruluşlar (international organizations) ifadesini kullanmaktadır. Bu sebeple, hükümet dışı kuruluşların, danışma görüşü davalarına dostane katılım yapabilmesi konusunda duraksama yaşanmaz. Ancak uygulamada bazı durumlarda, hükümet dışı aktörlerin dostane katılım talepleri kabul görmemektedir. Farklı olarak Divan önünde dava açma yetkisine sahip olmayan, Devlet olarak tanınmamış tüzel kişilikler kendileri ile ilgili davalara katılımları önemli olduğu için görüşlerini bildirmek üzere Divan tarafından 66. madde uyarınca çağrı ile davet edilmektedir.

a) Hükümet dışı Kuruluşların Katılımı

1950 tarihli *Güney Batı Afrika'nın Uluslararası Statüsü*⁵⁵, danışma görüşü davasında, International League of the Rights of Man Yönetim Kurulu Üyesi Robert Delson, Divan Yazı İşlerine yolladığı mektupta Statü'nün 66(2). maddesi uyarınca dostane katılım talebinde bulunmuştur.⁵⁶ Divan Yazı İşleri tarafında

⁵⁵ ICJ, International Status of South-West Africa, Advisory Opinion ICJ Reports (1950).

⁵⁶ International Status of South-West Africa, Correspondence, Part III, s. 324 <http://www.icj-cij.org/files/case-related/10/8937.pdf> (erişim tarihi: 29 Kasım 2018).

10. Mr. Robert Delson, League for The Rights of Man, To the Registrar March 7th, 1950

Re: request for advisory opinion concerning the international status of South-West Africa
Dear Sir,

In my capacity as a member of the Board of Directors of the International League for the Rights of Mali, and as its counsel with respect to the above-mentioned matter, I herewith advise you that the League desires to take advantage of the provisions of Article 66, paragraph 3, of the Statute of the Court, which provides that the Registrar shall notify any international organization considered by the Court or the President as likely to be able to

gönderilen cevabi mektupta, International League of the Rights of Man isimli kuruluş tarafından yapılan dostane katılım talebi kabul edilmiş ve davanın maddi boyutlarına değil hukuki boyutlarına ilişkin bir rapor hazırlanarak verilen kesin sürede gönderilmesi istenmiştir.⁵⁷ Ancak rapor kesin süre geçtikten sonra gönderilmiş ve Divan bu raporu kabul etmeyeceğini belirtmiştir.⁵⁸

Bu davada, Divan Yaz İşleri, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne

furnish information on the question, that the Court will be prepared to receive written statements or hear oral statements relating to the question which is the subject matter of ail advisory opinion to be rendered by the Court.

I am enclosing herewith a copy of a pamphlet entitled presenting the International League of the Rights of Man, which describes the character of this organization. You will note that the League is the successor on American soil of an agency formed many years ago in Paris to co-ordinate the activities of the various Leagues for the Rights of Man in European and other countries.

Its officers and advisers include many of the outstanding defenders of human rights. For many years the League has been actively concerned with the propagation of human rights throughout the world. It is recognized as a consultative organization by the Economic and Social Council.

The League is in a position to furnish information on this question since it has been actively interested in this matter for some time. The Kev. Michael Scott, who appeared before the Fourth Committee of the last General Assembly, came to the United States as the League's consultant before the Human Rights Commission. The League is in the possession of very extensive information and data concerning the matter and has made an extensive research into the legal issues concerned, so that it would further the purposes of the Court and the extension and preservation of human rights if the Court or the President determine that the League should be authorized to furnish a written or oral statement of this matter.

At this time the League specifically requests that it be granted the right to furnish a written statement herein.

Inasmuch as the expiry date for the deposit of such written statement has been fixed as 11March zo, 1950, it is respectfully urged that an immediate decision be made in this matter or that in the alternative the time to file such a statement by the League be extended for a further reasonable period.

If this request should be granted it is also requested that the Registrar forward to me copies of any written statements heretofore made.

Respectfully yours,

(Signed) ROBERT DELSON

⁵⁷ International Status of South-West Africa, Correspondence, Part III. s.327.

18. The Registrar to Mr. Robert Delson, League for The Rights of Man (telegram) March 16th, 1950.

Your letter March 7 re advisory opinion South-West Africa stop Am instructed to let you know that International Court Justice is prepared to receive from you before April 10 1950 written statement of the information likely to assist Court in its examination of Legal questions put to it in Assembly request concerning South-West Africa stop This information confined to legal questions must not include any statement of facts which Court has not been asked to appreciate stop Court does not contemplate resorting further to League for Rights of Man in present case.

⁵⁸ International Status of South-West Africa, Correspondence, Part III s.346.

mektup yollayarak, Devletlere çağrı yapılması ve dostane mütalaalarını sunmasını istemiştir.⁵⁹ Bunun üzerine Mısır, ABD, Hindistan ve Polonya yazılı mütalaa, Güney Afrika ile Filipinler ise sözlü mütalaa sunmak için başvuruda bulunmuştur. Dolayısıyla bu davada, 66. maddeye dayanarak, Devletler ve hükümet dışı kuruluşlar dostane katılım yapmışlardır.

1970 tarihli *Güney Batı Afrika hakkında 276 sayılı Güvenlik Kararına İlişkin Danışma Görüşü*⁶⁰ davasında Divan pek çok dostane katılım talebini farklı gerekçelerle reddetmiştir.

International League of the Rights of Man'ın Afrika kıtası temsilcisi American Committee on Africa, Divan Yazı İşlerine, madde 66(2)'ye dayanarak dostane katılım talebinde bulunmuştur.⁶¹ Ayrıca Michael Scott isimli bir rahip, madde 66(2) uyarınca American Committee on Africa isimli kuruluşu temsilen

⁵⁹ International Status of South-West Africa, Correspondence, Part III s.332.
THE REGISTRAR TO THE SECRETARY-GENERAL OF THE UNITED NATIONS 24th March, 1950.
Sir,
With reference to the request for an advisory opinion transmitted to the Court under the Resolution of the General Assembly of the United Nations of 6th December, 1949, I have the honor to send herewith,
for your information, five copies of a volume containing the printed text of the observations presented by the governments in regard to this question (international status of South-West Africa) I. These Governments are: Egypt, the Union of South Africa, the United States of America, India and Poland.
These observations have been communicated under Article 66, paragraph 4, of the Court's Statute, to States which have sent in such statements, and also, for their information, to the other States which had received the special and direct communication mentioned in paragraph 2 of the same article, that is to Say, to all the other States entitled to appear before the Court.
Following a request by the Board of Directors of the International League for the Rights of Man, the Court stated that it was prepared to receive from the League before 10th April, 1950, a written statement of the information which was likely to assist it in considering the legal questions which the General Assembly put to the Court, and that such information should confine itself to these legal questions, and should not include a statement of facts which the Court had not been asked to consider. I shall not fail to communicate to you in due course a copy of the written statement submitted by the League under these terms.
I further have the honor to inform you that beginning on Tuesday, 16th May, 1950, at 10.30 a.m., the Court will hold public meetings in order to hear the oral statements which will be presented on behalf of the Secretary-General of the United Nations and of such governments as may wish to do so: the Government of the Union of South Africa and the Government of the Philippine Republic have informed me that such is their intention.

⁶⁰ Legal Consequences for States of the Constituted Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ Reports, (1971).

⁶¹ Legal Consequences for States of the Constituted Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution s. 643.

sözlü mütalaa vermek üzere dostane katılım talebinde bulunmuştur.⁶²

Divan Yazı İşleri bu talepleri; American Committee on Africa, isimli kuruluş madde 66(2) kapsamında uluslararası bir kuruluş olmadığı, Michael Scott ise gerçek kişi olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.⁶³

Divan Yazı İşleri, BM Genel Sekreterliğine yolladığı mektupta, Statü'nün 66(2) maddesi uyarınca dostane katılımda bulunmak isteyen Devletlere bir çağrı yollamıştır. Bunun üzerine Hollanda, Polonya, Macaristan, Çekoslovakya, ABD, Pakistan, Fransa, Finlandiya, Nijerya, Güney Afrika, Hindistan ve Yugoslavya, Divan'a yazılı mütalaa sunmuştur.⁶⁴

Daha da önemlisi, Yale Üniversitesinden Profesör W. Michael Reisman, Yazı İşlerine yolladığı mektupta, danışma görüşü davasının hukuki boyutlarını ele alan bir dostane mütalaa yollamak istediğini, Statü'de ya da içtüzükte, bireylerin belge göndermesini ve Divan'ın da bu belgeleri kabul etmesini açıkça yasaklayan bir hüküm bulunmadığını, dostane katılımın Divan'ın problem çözme kapasitesini artıracığını belirtmiştir.⁶⁵ Bunlara ek olarak, Reisman, Yazı

⁶² Legal Consequences for States of the Constituted Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution, s.644-645.

⁶³ Legal Consequences for States of the Constituted Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution s.647.

⁶⁴ Legal Consequences for States of the Constituted Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution s.651.

⁶⁵ Legal Consequences for States of the Constituted Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution. s.637.

18. Professor Reisman to The Registrar
Yale University Law School, New Haven,
10 September 1970.

Because I am deeply concerned about the trend of events in Namibia and because I feel that critical legal issues are raised by the question posed to the Court by the Security Council, I should like to explore the possibility of submitting some form of amicus curiae brief to the International Court.

I appreciate that this has not been done before, though there appears to be some faint precedent in the Court's willingness to accept a document from the International League for the Rights of Man in 1950. On the other hand, there seems to be no explicit bar in the Statute or Rules to accepting a document from an interested group or individual, despite the fact that such group or individual could neither initiate a case nor plead orally.

In common law countries, the amicus curiae brief, has been an institution which has provided useful information to courts, permitted private parties who were not litigating to inform the court of their views and the probable effects the outcome might have on them and, overall, has served as a means for integrating and buttressing the authority and conflict-resolving capacities of domestic tribunals. May I pose the following questions to the Registry?

1. Would the Court accept and consider a document, in the form of a memorial, from an individual or group? If it would do so, what would be the appropriate form?

2. If the Court were reluctant to accept such a document, would it consider a document which, in addition to a discussion of the legal issues in the question posed for advisory

İşlerine iki soru sormuştur:

Mahkeme, bireylerden ya da gruplardan belge kabul eder mi? Ederse bu belgelere ilişkin en uygun form nedir?

Eğer Divan bu belgeleri kabul etme noktasında isteksiz ise, uluslararası dostane katılım ve mütalaaların hukuki boyutunu tartışabilir mi?

Divan Yazı İşleri, cevabi mektubunda, *expressio unius est exclusio alterius* ilkesi gereğince, *bir şeyin açıkça ifade edilmesi diğerlerinin dışlandığına işaret ettiğini*, bu sebeple Statü'nün 66(2) maddesinde yer alan Devletler ve uluslararası kuruluşlar dışında kalanların dostane katılım talebinde bulunamayacağını belirtmektedir. Aynı şekilde, Divan, bu tarz başvuruları kabul ederek sonu gelmez pek çok mütalaa gönderilmesine kapı açmak istemediğini ifade etmiştir.⁶⁶

1993 yılında Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) nükleer silahların kullanılması, devletlerin DSÖ'ye katılırken kabul ettikleri yükümlülüklerle çelişip çelişmediği konusundaki bir danışma görüşü yazması için Divan'a başvuruda bulunmuştur.⁶⁷

Divan hem DSÖ hem de BM üyelerine bu konudaki yazılı ya da sözlü görüşlerini Statü'nün 66 maddesi uyarınca bildirmeleri için bir süre belirlemiştir. Bu süre zarfında Devletler⁶⁸ ile pek çok uluslararası kuruluş ve 3 milyonu⁶⁹

opinion, also discussed the legality and advisability of international amicus curiae briefs? (Signed) W. Michael REISMAN, Associate Professor.

⁶⁶ Legal Consequences for States of the Constituted Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution, s.639.

⁶⁷ ICJ, Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, ICJ Reports (1996), <http://www.icj-cij.org/en/case/93> (erişim tarihi: 29 Kasım 2018).

⁶⁸ Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, s.6 Written statements were filed by the following States: Australia, Azerbaijan, Colombia, Costa Rica, Democratic People's Republic of Korea, Finland, France, Germany, India, Ireland, Islamic Republic of Iran, Italy, Japan, Kazakhstan, Lithuania, Malaysia, Mexico, Nauru, Netherlands, New Zealand, Norway, Papua New Guinea, Philippines, Republic of Moldova, Russian Federation, Rwanda, Samoa, Saudi Arabia, Solomon Islands, Sri Lanka, Sweden, Uganda, Ukraine, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and United States of America. In addition, written comments on those written statements were submitted by the following States: Costa Rica, France, India, Malaysia, Nauru, Russian Federation, Solomon Islands, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and United States of America.

⁶⁹ Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, s.438 Thirty-five States have filed written statements before the Court and 24 have made oral submissions. A multitude of organizations, including several NGOs, have also sent communications to the Court and submitted materials to it; and nearly two million signatures have been actually received by the Court from various organizations and individuals from around 25 countries. In addition, there have been other shipments of signatures so voluminous that the Court could not physically receive them and they have been lodged in various other depositories. If these are also taken into account, the total number of signatures has been estimated by the Court's archivist at over three million.

aşan sayıda birey dostane mütalaa yollamıştır. Dostane katılım talebinde bulunan pek çok kuruluş gibi "International Physicians for the Prevention of Nuclear War" adlı kuruluşun yaptığı başvuru da reddedilmiştir.⁷⁰ Yazı İşlerinin 28 Mart 1994 tarihli mektubunda, bu kuruluşun DSÖ ile olan yakın iş ilişkisi ve çalışmaları dikkate alınarak Divan'ın, bu başvuruyu dikkatle incelediği ama yazılı ve sözlü bir katılıma gerek olmadığı sonucuna vardığı açıklanmıştır.

1995 yılındaki *Nükleer Silah Kullanma ya da Tehdidinin Hukukiliği* kararında ise, Divan Devletler, uluslararası kuruluşlar ve dünyanın her yerinden bireylerin gönderdiği pek çok belge ve bilginin kütüphanede tarafından kataloglanıp kayıt altına alınmasına karar vermiştir.⁷¹

Bu iki danışma görüşü kararında Divanın önüne gelen çok sayıda belge, usul ekonomisi ve yargılamanın yürütülmesini aksatacak hatta durduracak boyutlarda olduğu için Divan, tüm dostane mütalaaların kayıt altına alınarak erişime açılmasına karar vermiştir.

Hükümet dışı aktörlerin, dostane katılımı ve mütalaaları ile ilgili olarak Divan, 12 numaralı Uygulama Yönetmeliğini yayımlamıştır.⁷² Bu Yönetmelik uyarınca, bir hükümet dışı kuruluş, Divan önünde görülmekte olan danışma görüşü davasına yazılı belge ya da açıklama yolladığında bu belgeler dosya içeriğine dâhil edilmeyecektir. Bu belgeler ve açıklamalar, Barış Sarayı'nda belirlenen bir yerde kayıt altına alınacaktır. 66 madde uyarınca yazılı ya da sözlü görüşlerini yollayan devletler ve hükümetler arası kuruluşlar; hükümet dışı kuruluşların gönderdikleri bu belgelerin konumu hakkında bilgilendirilecektir.

⁷⁰ Letter from the Registrar to Dr. Barry D. Levy (28 March 1994), atfın alındığı yer Dinah Shelton, 'The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings', *American Journal of International Law* 88 (1994) s.624.

⁷¹ 'Letter to the Editor', *International Herald Tribune*, 15 November 1995, atf alınan yer Luigi Crema, 'Testing Amici Curiae in International Law: Rules and Practice', *Italian Yearbook of International Law*, 22, (2012) s. 122.

⁷² ICJ, Practice Direction XII, bkz: <http://www.icj-cij.org/en/practice-directions> (erişim tarihi: 29 Kasım 2018).

1. Where an international non-governmental organization submits a written statement and/or document in an advisory opinion case on its own initiative, such statement and/or document is not to be considered as part of the case file.
2. Such statements and/or documents shall be treated as publications readily available and may accordingly be referred to by States and intergovernmental organizations presenting written and oral statements in the case in the same manner as publications in the public domain.
3. Written statements and/or documents submitted by international non-governmental organizations will be placed in a designated location in the Peace Palace. All States as well as intergovernmental organizations presenting written or oral statements under Article 66 of the Statute will be informed as to the location where statements and/or documents submitted by international non-governmental organizations may be consulted.

Yönetmelik, hükümet dışı kuruluşların danışma görüşü davalarına kendi inisiyatifleriyle yollayacakları dostane mütalaaları dava dosyası içeriğine dâhil etmemekte ama tarafların faydalanması için kayıt altına almaktadır. Dolayısıyla, hükümet dışı kuruluşların dostane katılımları ve mütalaaları, davanın taraflarınca uygun görüldüğü ölçüde kullanılacak ve dosya içerisine aktarılacaktır.

b) Devlet Benzeri Yapıların Dostane Katılımı

Filisin ve Kosova ile ilgili verilen danışma görüşü kararlarında Divan, her ne kadar taraf olma ehliyetleri olmasa da Statü'nün 66. maddesi uyarınca bu iki tüzel kişiliğe çağrıda bulunarak, yazılı ve sözlü görüşlerini bildirmelerini talep etmiştir.

2003 yılındaki görülen *İsrail'in İşgal Altındaki Filistin Topraklarında İnşa Etmekte Olduğu Duvar Konusunda Danışma Görüşü*⁷³ kararı davası sırasında Filistin BM nezdinde gözlemci kuruluş olarak tanınıyordu. 2012 yılına kadar BM nezdinde devlet olarak tanınmayan Filistin, haliyle Divan önündeki davalarda taraf olma ehliyetine sahip değildi. Ancak Duvar kararı doğrudan Filistin ile ilgiliydi ve Filistin'in görüşleri ve savunmalarının alınması davanın sağlıklı yürümesi için önemliydi. Bu açıdan Divan Statü'nün 66. maddesi uyarınca Filistin'in yazılı ve sözlü görüşlerini sunabileceğini kabul etti.⁷⁴ Divan Filistin haricinde, Arap Ligi ve İslam İşbirliği Teşkilatı'nı da yazılı görüşlerini sunması için davet etti.⁷⁵

2008 yılında görülen *Kosova'nın Tek Taraflı Bağımsızlık İlanı Konusunda Danışma Görüşü*⁷⁶ kararında henüz devlet olarak tanınmayan Kosova'da bağımsızlık ilan edenler, yazılı mütalaalarını göndermeye ve sözlü açıklamalarını yapmaya davet edilmiştir.

Divan, yargılamanın sözlü safhasının ilk gününde verdiği kararda, Kosova'da

⁷³ ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports (2004).

⁷⁴ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Verbatim Record, CR 2004/1, s. 16 "that, in light of General Assembly resolution A/RES/ES-10/14 and the report of the Secretary-General transmitted to the Court with the request, and taking into account the fact that the General Assembly has granted Palestine a special status of observer and that the latter is co-sponsor of the draft resolution requesting the advisory opinion, Palestine may also submit to the Court a written statement on the question within the above time-limit. It also invited the United Nations and its Member States, as well as Palestine, to inform the Court's Registry, by 13 February 2004 at the latest, if they intended to take part in the oral proceedings.

⁷⁵ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, s. 16.

⁷⁶ ICJ, Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ Reports (2010).

bağımsızlık ilan edenleri Statü'nün 66. maddesi uyarınca yazılı görüşlerini bildirmeye ve gelecek duruşmalara katılmaya davet etmiştir.⁷⁷ Kosova ve Filistin, hükümet dışı örgüt değildir ama devlet olarak da tanınmamaktadır, bu durumda 66. madde kapsamında nasıl davet edildikleri doktrinde tartışmalara sebep olmuştur.⁷⁸ Hatta yazılı savunmasında Sırbistan, Kosova'nın davet edilmesinin Statü'nün 34., 35. ve 66(2) maddeleri aykırı olduğunu ileri sürmüştür.⁷⁹

c) Değerlendirme

Hükümet dışı kuruluşlar, danışma görüşü davalarına her zaman dostane mütalaa kapsamında bilgi ve belge sunabilirler. 2005 yılında çıkarılan Yönetmelik uyarınca, bu belgeler tarafların kullanımına açık bir şekilde kayıt altına alınmaktadır, ancak dava dosyası içeriğine dâhil edilmemektedir. Eğer ki taraflardan birisi, bu belgeleri yazılı ya da sözlü açıklamalarının bir parçası olarak sunarsa, dava içeriğine girmektedir.

Bununla birlikte Divan, her zaman yapabileceği çağrı ile ilgili hükmet dışı örgütleri dava konusuyla ilgili hukuki analizini veya maddi gerçekle ilgili değerlendirmelerini sunmasını talep edebilir. Böylelikle Divan, dava konusu ile ilgili görüşlerini sunmak üzere hükümet dışı kuruluşlarına Statü'nün 66. maddesi ya da Bilirkişilik kurumunu düzenleyen 50. maddesi ile çağrı yapabilir. Bu haliyle iki madde birbirine yaklaşmaktadır.

Statü'nün 50. maddesi uyarınca Divan, her zaman seçeceği herhangi bir kişiyi, kurulu, büroyu, komisyonu ya da kuruluşu, bir soruşturmayı yürütmekle ya da bilirkişilik yapmakla görevlendirebilir. Gabcikovo-Nagymaros Projesi davasında, taraflar Divan'ın şantiye bölgesine keşif yaparak delil toplamasını Statü'nün 55. maddesi yerine 66. maddesine dayanarak talep etmişlerdir.⁸⁰

⁷⁷ Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Verbatim Record, CR 2009/24, s. 28-29 "taking account of the fact that the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo of 17 February 2008 is the subject of the question submitted to the Court for an advisory opinion, the authors of the above declaration are considered likely to be able to furnish information on the question". It therefore further decided "to invite them to make written contributions to the Court within the above time-limits".

⁷⁸ Gleider I. Hernandez, 'Non-State Actors from the Perspective of the International Court of Justice', içinde Participants in the International Legal System-Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law (d'Aspremont, J., ed., 2011), s. 151.

⁷⁹ ICJ, Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ Reports (2010) Written Statement of the Government of the Republic of Serbia, 15 April 2009, para. 18; "reserves its right in respect to any participation of the authors in a way which would be incompatible with the Statute of the Court".

⁸⁰ ICJ, Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary-Slovakia), Order, 5 February (1997), s.5 <http://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970205-ORD-01-00-EN.pdf> (erişim tarihi: 29

Divan da bu talebi kabul ederek, bölgeye bir ziyarette bulundu ve incelemeler yapmıştır.

Sonuç

Bu çalışmada, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü ile Divan önünde görülen davalara ve danışma görüşü taleplerine katılma yetkisi bulunmayan 3. kişilerin, başvurdukları dostane katılım kurumu incelenmiştir. Uluslararası Adalet Divanı önünde taraf olma yetki ve ehliyetine sahip olmayan hükümet dışı kuruluşlar ile bireyler, Divan önünde görülen gerek çekişmeli gerek danışma görüşü davalarına dostane katılım için pek çok kez başvuruda bulunmuşlardır.

Dostane katılım ve mütalaa sürecini, Statü'nün 38(2) maddesinde yer verilen, uluslararası hukukun kaynaklarına dair epistemolojik modeli temel alarak incelenmiştir.

Uluslararası hukukun asli kaynakları açısından değerlendirildiğinde, Hükümet dışı kuruluşların divan önüne dostane mütalaa yollayabilmesi, çekişmeli davalarda Statü'nün 34(2) maddesi, danışma görüşü davalarında ise 66. maddesi ile mümkün olmaktadır. Bunun dışında, Divan İçtüzüğü ile 12 numaralı Uygulama Yönetmeliği, dostane katılımı düzenleyen temel metinlerdir. Ayrıca dostane katılım/mütalaa uygulamasının bir örf ve adet olduğu söylenemez. Öyle ki, doktrinde buna ilişkin bir tartışma da bulunmamaktadır. Uluslararası hukukun yardımcı kaynakları açısından değerlendirildiğinde, pek çok divan kararı ile doktrin tartışmalarında dostane katılımın incelendiği görülebilir.

Dostane katılım, farklı bakış açılarının dosyaya yansıtılması ve duruşmanın aleniliği ilkesinin bir parçası olarak görülmektedir. Öte yandan Divan uygulamalarıyla, duruşmaları dışardan geleceğe etkilere olabildiğince kapalı tutmaya çalışmaktadır. Çekişmeli davalarda, Divan hükümet dışı kuruluşların kendi inisiyatifleriyle yolladığı dostane mütalaaları reddetmekte, ancak çağrı üzerine bu kuruluşları dostane katılıma davet etmektedir. Danışma görüşü davalarında ise hükümet dışı kuruluşların kendi inisiyatifleriyle yolladıkları dostane mütalaalar, dava dosyasının içeriğine dâhil edilmemekte ancak kayıt altına alınarak tarafların kullanımına sunulmaktadır. Sunulan bu belgelerin ve mütalaaların, Divan'ın kararlarında ne kadar etkili olduğu ise ayrı bir araştırma sorusu olup bu çalışmanın sınırlarını aşmaktadır.

Dostane katılım 3. kişilerin çıkarlarının gözetilmesi, Divan'ın önündeki davayı tüm boyutlarıyla görerek adaletin ve hakkaniyetin tam anlamıyla tesis edilmesi, farklı görüşleri dinleyerek Divan'ın problem çözme kapasitesinin artırılması gibi gerekçelerle olumlu olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, dostane katılım usul ekonomisine zarar veren, yargılamayı uzatan, davaları 3. kişilerin zamansız ve sonu gelmez müdahalesine açık hale getiren, manipülatif yönlendirmelere yol açabilecek bir uygulama olarak eleştirilmektedir. Bu eleştirilerin haklı olduğunu dostane katılım kurumunun Divan yargılamasını olumsuz etkileyeceğini ve yargılama usul ve erkanını bozacağını düşünmekteyiz.

Olumlu ya da olumsuz yönleriyle, Divan, kendi çağrısı dışında gönderilecek dostane mütalaaalara kapılarını tamamen kapatmamıştır. Orta yol bulan Divan, dostane mütalaaaları dava dosyasına dahil etmemiş ancak Divan kütüphanesinde kataloglanması ve araştırmacılara açılmasını tercih etmiştir.

BİBLİYOGRAFYA

Allison Lucas. "Friends of the Court? The Ethics of Amicus Curiae Brief Writing in First Amendment Litigation." *Fordham Law Journal*, Vol. 26 (1999).

Dinah Shelton, 'The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings', *American Journal of International Law* 88 (1994).

Christian Tomuschat, Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, (2012).

Francis Bacon, *The works of Francis Bacon, Baron of Verulam, Viscount St. Alban, and Lord High Chancellor of England, in five volumes, Vol. 1*, Reink Books, (2017).

Gleider I. Hernandez, 'Non-State Actors from the Perspective of the International Court of Justice', içinde *Participants in the International Legal System-Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law* (d'Aspremont, J., ed., 2011).

Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara, (2014).

Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 4. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara (2016).

Jacob Giles, *The Law-Dictionary: Explaining The Rise, Progress, And Present State Of The English Law, In Theory And Practice; Defining And Interpreting The Terms Or Words Of Art; And Comprising Copious Information*,

Historical, Political, And Commercial, On The Subjects Of Our Law, Trade, And Government, (1797).

John S. Garrison, *Friendship and Queer Theory in the Renaissance: Gender and Sexuality in Early Modern England*, Routledge, (2014)

Luigi Crema, 'Testing Amici Curiae in International Law: Rules and Practice', *Italian Yearbook of International Law*, 22, (2012).

Michael J. Harris. "Amicus Curiae: Friend or Foe? *Suffolk Journal of Trial and Appellate Advocacy*, Vol. 5 (2000).

Michael K. Lowman. "The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave?" *American University Law Review* Vol. 41, No. 4, (1992).

Ömer İlhan Akipek, *Milletlerarası Adalet Divanı, Sevinç Matbaası, Ankara, (1974).*

Paolo Palchetti, "Opening the International Court of Justice to Third States: Intervention and Beyond", *Max Plank Yearbook of United Nations Law*, Volume 6, 2002.

Pierre-Marie Dupuy "Article 34" içinde Christian Tomuschat, Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, (2012).

Roberts Y. Jennings, "The International Court of Justice After Fifty Years", *The American Journal of International Law*, Vo. 89, No.3, (1995).

Severine Menetrey, *L'Amicus Curiae, vers un Principe de Droit International Procédural?*, Université Pantheon-Assas, Paris, (2009).

Samuel Krislov. "The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy." *Yale Law Journal*, Vol. 72 (1963).

Yargı Kararları

ICJ, *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary-Slovakia)*, Order, 5 February, ICJ Reports,(1997).

ICJ, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, ICJ Reports (2010).

ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports (2004).

ICJ, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports (1996).

ICJ, International Status of South-West Africa, Advisory Opinion ICJ Reports (1950).

ICJ, Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgement of 8 October 2007, ICJ Reports, (2007).

ICJ, Aerial Incident of 3 July 1988 (Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ Reports, Correspondance, (1996).

ICJ, Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950, ICJ Reports, (1950).

ICJ, Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949, ICJ Reports, (1949).

ICJ, Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, ICJ Reports, (2002).

ICJ, Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy/France, United Kingdom and United States of America), Judgment, ICJ Reports, (1954).

ICJ, Case Concerning The Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta) Application by Italy for Permission to Intervene, ICJ Reports, (1984).

SUÇ ÖNLEME STRATEJİLERİ ve GÜVENLİK POLİTİKALARINA PSİKOLOJİK BİR BAKIŞ

A Psychological Study on Crime Prevention Strategies and Safety Policies

Psk. Alper KÜÇÜKAY¹

Geliş Tarihi: 20.07.2018 Kabul Tarihi: 13.12.2018

ÖZET

Güven ve güvenlik duygusu insan için temel psikolojik ihtiyaçlar arasında yer almaktadır. Suç ise güvenlik ihtiyacını olumsuz etkileyen bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Suç davranışını tetikleyen, etkileyen faktörler olduğu gibi caydırıcı ve önleyici faktörler de bulunmaktadır. Bu bağlamda suç kavramı, psikolojinin ilgi alanı olarak insan davranışı ile sosyal yönleri de kapsayan bir şekilde ele alınmaya çalışılmıştır. Asıl ulaşılmaya çalışılan hedef ise suçu önleyici ve azaltıcı amaçla yapılabilecek çalışmalara katkı sunmaktır.

Suçun çok yönlü bir temelde ele alınması gerekmektedir. Psikolojik yaklaşımların kanun koyucu ve uygulayıcı açısından yardımcı olabileceği ve hukuksal perspektif açısından suçun daha detaylı değerlendirilmesine katkı sağlayacağı düşünülmektedir. Bu açıdan makalenin hukuk literatüründe katkı sağlaması beklenmektedir. Psikolojik yaklaşım ve değerlendirmelere ek olarak, suç önlemeye yönelik sosyal ve çevresel bir takım boyutlardaki yaklaşım ve tedbirlere de değinilecektir. İnsan davranışındaki sapmalar, bunlara sebep olabilecek faktörler ve sonuçları hakkındaki bilgilerinde farkındalık artışı oluşturması beklenmektedir. Makalenin temel amacı ise suç önleme mekanizmaları konusunda bilimsel ve pratik yöntemleri ortaya çıkarmak ve ilgili kurumlara insan psikolojisi açısından bir bakış açısı sağlamaktır.

ABSTRACT

Safety and feeling of secure are essential psychological needs for people. However, crime is a notion that influences safety and security need negatively. There are some triggering and affecting crime behavior factors as well as deterrent and preventive ones. In this context, as a field of interest of psychology, crime notion is studied inclusively human behavior with social aspects. Main goal of this article is contribute to studies that aiming to reduce and prevent criminal behavior.

It is known that crime should be studied on a multifaceted basis. Psychological approaches are thought to utilize scrutinizing criminal behaviors in more detail, which help law makers and legislators in judgemental perspectives. Thus, in this respect, this article might contribute to law literature. In addition to psychological approaches and evaluations, crime prevention measures will be mentioned in social and environmental approaches in context. Informations about deviation of human behaviors, conducive factors and consequences of these behaviors will provide awareness. In short, this article aims to find out scientific and practical methods concerning all crime prevention mechanisms and to form a reference for associated institutions.

¹ Psikolog, Orta Doğu Teknik Üniversitesi (ODTÜ) Sağlık, Kültür ve Spor Daire Başkanlığı, e-posta:alperk@metu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-0040-8869

Sağlıklı birey ve toplumlar, güven ortamında gelişir. Suçların ortaya çıkması ve yayılması ise güvenliği tehdit eden bir durumdur. Bu durumda insan doğası gereği öncelikle güvenliğini sağlamaya yönelir. Suç ve güvenlik arasındaki bu karşılıklı etkileşimde, güvenliğin ağır basması açısından suç önleyici ve güvenlik sağlayıcı tüm mekanizmalara büyük sorumluluk düşmektedir. Bu noktada psikolojik değerlendirmelerin suç önlemeye büyük katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Suç Kavramı, Suç Önleme, Suç ve Çevre İlişkisi, Ceza ve Psikoloji, Psikolojik Yaklaşımlar

Healthy individuals and societies develop in a secure atmosphere. The rise and spread of crimes is a situation that threatens to safety. Then, the prime concern of people is safety. In this mutual interaction between crime and safety, there is a great responsibility of mechanisms that prevent crime and provide safety. In this respect, it is believed that psychological evaluations have great contributions to crime prevention.

Key Words: Crime, Crime Prevention, Safety and Security, The Relationship with Social and Environmental Factors, Psychological Approaches and Evaluations

GİRİŞ

Suç hukuk dışında, psikoloji, antropoloji, sosyoloji, iktisat, siyaset bilimi, etik gibi çeşitli sosyal bilimlerin kapsama alanına girmektedir. Suç kavramı psikoloji ile birlikte ele alınarak yapılacak çalışmalar sonucunda, daha etkin uygulama ve bilimsel yaklaşımlar sunulabileceği düşünülmektedir. Suçla mücadele esas olarak hukuka ait bir konu olsa da psikoloji de bu alana katkı sağlayabilecektir. Bu bağlamda psikolojinin hukukla kesiştiği noktalar ile genel olarak hukuka fayda sağlayabilecek konular ve çeşitli psikolojik kuramlar ile yaklaşımlar ışığında bilimselliğe ve uygulamaya yönelik katkılar üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

Suç araştırmaları ve çalışmaları konusunda psikoloji mikro seviyede devreye girmektedir. Diğer bir deyişle psikoloji açısından birey bazında değerlendirmeler yapılmaktadır. Bunun yanı sıra makalede makro seviyede, yani sosyal çevre ya da grup bazında yaklaşımlara yönelik çıkarımlara da konuyla alakalı olarak değinilecektir. Ayrıca mikro seviyede meydana gelen suçun makro seviyedeki etkisi de irdelenmiştir. Bu şekilde suçun psikolojik boyutu ile uygulayıcı ve araştırmacılara yönelik de bir farkındalık artışı sağlanacaktır.

Toplumca tasvip edilmeyen tutum ve davranışlar sonucunda oluşan eylem ve işlemlerin yasal zemindeki ifadesine “suç” denilmektedir.² Çalışmamızda ise suç kavramı; hukuksal bir kavram olarak değil, istenmeyen, zarar verici veya yıkıcı sonuçlar oluşturan birey davranışı olarak ele alınmıştır. Bu bağlamda suç kadar suça karşı davranışlar da aslında günlük hayatımızın bir parçası olarak

² Ersan Öz, Ayşe Armağan, “Yargı Organları Kararlarına Göre Vergi Kaçakçılığı Suçlarını Önlemede Adli Vergi Cezalarının Rolü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Ocak 2018, Yıl: 9, Sayı: 33, s. 1.

yer almaktadır. Çoğu anne baba çocuğunun kurallara, yasalara uymasını ve olumsuz tutum ile davranışlarda bulunmamasını ister. İnsanlar genel olarak suçtan uzak olmayı arzu ederler. Koruyucu ve önleyici tedbirler açısından baktığımızda suç önleme fonksiyonel ve sağlıklı bir toplumda zaten doğal olarak işlemekte olan bir süreç olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü temel bir psikolojik ihtiyaç gereği insanlar yaşanabilir bir çevrede bulunmak isterler. Hukuk düzeni adaletli işler ve bu amaca yönelik çalışırsa sağlıklı ve huzurlu toplumun devamı sağlanabilir. Bu şekilde güvenlik ihtiyacı giderildiği takdirde diğer psikolojik ihtiyaç ve arzuların sağlanması da kolaylaşacaktır.

Temel güvenlik ihtiyacı psikolojik açıdan çok önemlidir. Öyle ki, Maslow, insanda psikolojik ihtiyaçlar hiyerarşisinde güvenlik ihtiyacını ikinci basamağa yerleştirmiştir. İlk basamakta yemek yemek, su içmek, uyku vb. temel fizyolojik ihtiyaçlar yer almaktadır. Maslow'a göre bu fizyolojik ihtiyaçların ardından insanın güvenli ortamda bulunma ihtiyacı gelmektedir. Güvenlik basamağından sonra diğer basamaklara yani diğer ihtiyaçların giderilmesine geçilebilecektir.³⁻⁴ Suç ise bu güvenlik ihtiyacını sekteye uğratici bir etki göstermektedir. Bu bağlamda suç, temel psikolojik bir ihtiyacın giderilmesine engel oluşturabilecek bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Güven duygusunu sarsıcı bu kavram üzerinde çalışılması, suç önleyici ve güvenlik sağlayıcı mekanizmaların etkin bir şekilde çalıştırılması, insanın yaşadığı fiziksel ve zihinsel dünyada özgür ve güvenle hareket etmesine olanak tanıyacaktır.

Bir ülkedeki adalet sistemine olan inanç, o toplumun barış, huzur ve güvenliği için son derecede önemlidir. Ceza adalet sistemi toplumun olaylara bakışını göz ardı edemez. Çünkü hukuk kuralları toplum için vardır. Uygulandığı topluma ve değerlerine yabancı kalan bir hukuk sisteminin başarılı ve uzun ömürlü olması beklenemez. Toplum, şahit olduğu ve etkilendiği bir suçun failini bir şey olmamış gibi kendi içinde görmek istemez.⁵ Ayrıca adaletin hızı makul sürede verilen yargı kararlarına bağlıdır. Geç gelen adalet, adalet değildir deyişi herkesin malumudur. Bu bağlamda özellikle, adalet sisteminin geç kalmadan adaleti dağıtmasına olanak verecek imkânlarla sahip olması gereklidir.⁶ Suç ve adalet denkleminde yönetici ve politikacılara da büyük görev düşmektedir. Hukukun ve adaletin egemen olduğu yönetimlerin yürüttükleri uygulamalar, halka da bu şekilde aynen yansiyacaktır. Nitekim "Zulmün olduğu

³ Yadolla Saeedniaa, "Generating a Scale Measuring Hierarchy of Basic Needs", *Procedia Social and Behavioral Sciences*, 2011, Volume 15, s. 3084–3094.

⁴ Frederick Walborn, Abraham Maslow, *Religion in Personality Theory*, Academic Press is an imprint of Elsevier, UK, 2014, s. 262.

⁵ Ahmet Taşkın, "Tutuklamanın Psiko - Sosyolojik Boyutu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, Temmuz 2010, Yıl: 1, Sayı: 2, s. 295.

⁶ Musa Toprak, "Hukukun Üstünlüğü: Politikacılar İçin Kılavuz", *Türkiye Barolar Birliği Yayınları*: 299, Ankara, 2015, s. 31.

ülkede adalet, adaletin bulunduğu ülkede ise zulüm kendisine yer bulamaz.”⁷
Adalet, insanlarda güven duygusunu ortaya çıkarmalıdır.

İnsanlar arasındaki güven duygusu ile ilgili olarak diğer bir bakış açısına göre insanlar arasındaki dostluk temelli ilişkiler bireylerin birbirlerine güven duymasını sağlamaktadır. Bu şekilde dostluk ve güven ise ilişkilerin uzun süreli devam etmesini sağlamaktadır.⁸

Nitekim Birleşmiş Milletler yayınladığı Uluslararası Beyanname içerisinde de güvenliğe vurgu yapmıştır, güvenlik bir hak olarak belirtilmiştir:“Herkesin yaşama hakkı, özgürlüğü ile kişi güvenliği hakkı vardır.”⁹

I. SUÇ KAVRAMI VE SUÇA GENEL BAKIŞ

Suçun tanımında iki bileşen bulunmaktadır: Spesifik davranış (suça yönelik ya da suça özgü davranış) ve suç işlemeye niyet etmek ya da kasıt. İlk bileşen davranışsal boyutta iken ikinci bileşen kişinin zihinsel durumu ile ilgilidir.¹⁰

Suçun davranışsal ve zihinsel (bilişsel) açılardan boyutlarının bulunması, bireysel bazda psikolojik değerlendirilmesine imkân tanımaktadır. Suçlu düşünce ve davranışlarının psikolojik açıdan incelenmesi konuyla ilgili olarak katkı sağlayabilecektir. Peki, kişiyi suça iten, onu teşvik eden faktörler var mıdır? Suç işlemek her ne kadar istenmeyen bir durum olsa da insanlar neden suç işlemektedir? Tek bir cevabı olmayan bu soruları cevaplamak için daha önce yapılmış olan detaylı ve kapsamlı araştırmalara, analizlere ve değerlendirmelere değinilmesi gerekmektedir.

Durumsal eylem teorisine göre, suç davranışının anlaşılabilmesi, kişinin seçim – tercih esnasındaki karar verme ve sonrasında ortaya çıkan davranış süreçlerini etkili bir şekilde analiz etmekten geçmektedir. Kişinin karar vermesinde etkili olan ortamsal ve durumsal bazı faktörler de bulunmaktadır. Bu süreç aşağıdaki şekilde görselleştirilmiştir.¹¹

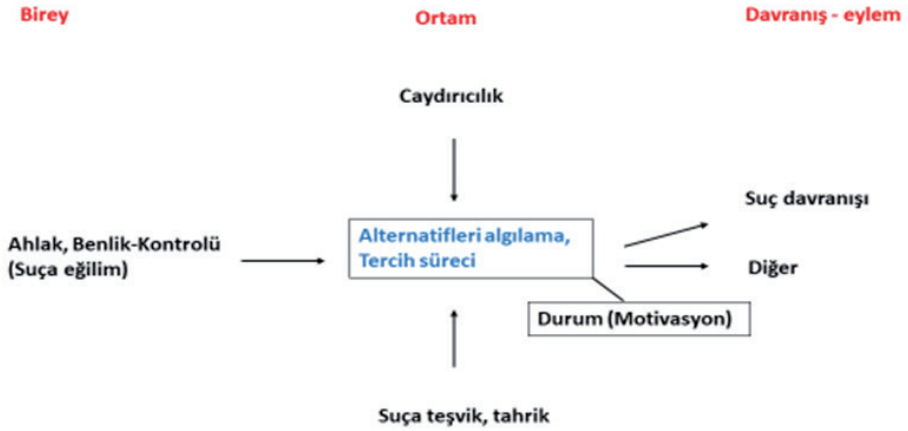
⁷ Halil İncalcık, Bülent Arı, Selim Sarıtaş, Adalet Kitabı, Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 10.

⁸ Richard Kraut, Aristotle the Human Good, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1991, s. 176.

⁹ The Universal Declaration of Human Rights, Article 3, <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>.

¹⁰ Gennaro F. Vito, Jeffrey R. Maahs, Ronald M. Holmes, Criminology Theory, Research, and Policy, Jones and Bartlett Publishers, Sudbury, Massachusetts, 2007, s. 4.

¹¹ Anneleen Rummens, Criteria for the Evaluation of Crime Prevention Practices, European Crime Prevention Network, Research Report, 2016, s. 9.



Şekil 1- Suç davranışını ortaya çıkaran nedensel süreçler (Wikström'den)

Eylem teorilerine göre suçun ortaya çıkmasına sebep olan, hem bireysel hem de çevresel ya da durumsal etkenler bulunmaktadır. Durumsal eylem teorisi de bu bakımdan kompleks bir yaklaşımdır. Buna göre kişinin algılamalarının sonuçları ile yapacağı eylemlere yönelik tercihleri ortamdan da etkilenmektedir. Ancak kişinin suç işlemeye yönelik eğilimlerinin mevcut olduğu iddia edilir. Kişinin eğilimleri, ahlaki kurallar ve benlik-kontrolü kabiliyetinin sonuçlarına göre oluşmaktadır. Ahlak ve kontrol kabiliyeti, kişinin suç davranışı içeren durumları cazip ya da kışkırtıcı olarak algılayıp algılamaması üzerinde etki göstermektedir.¹² Durumsal eylem teorisi suçlu davranışlarının nedenleri konusunda kesin açıklamalar getirememiş olsa da kriminoloji açısından kullanışlı bir takım bilgiler sunmaktadır.

Suç tanımlamak, nedenleri üzerinde durmak kadar suçun boyutlarıyla ilgilenmek ve suç istatistiklerini değerlendirmek de önem taşımaktadır. Sosyal bilimciler açısından suçu ölçümlemek zor bir iştir. Zaman ve mekân bakımından suçun boyut ve türlerinin değişimi de söz konusudur. Suç oranlarını değerlendirmek, doğru ölçümler yapmak kritik öneme sahiptir. Suçun doğası gereği, resmi kayıtlar ile suç oranları tam olarak uyuma göstermeyebilmektedir; keza yanlış aktarımlar, bildirimler ve ölçme hataları görülebilmektedir.¹³

¹² Lieven J. R. Pauwels, Robert Svensson, Helmut Hirtenlehner, "Testing Situational Action Theory: A Narrative Review of Studies Published Between 2006 and 2015", European Journal of Criminology, 2018, Volume 15, (1), s. 32-55.

¹³ Paolo Buonanno, Francesco Drago, Roberto Galbiati, Pietro Vertova, "How Much Should We Trust Crime Statistics? A Comparison Between EU and US", European Journal of Law and Economics, 2017, s. 1.

Suç tarihi ve saati, yeri, tipi, mağduru ve sayısı, suçlu sayısı, yaş, cinsiyet vb. bilgiler suçun ve suçlunun tahlili açısından önem taşımaktadır. Suçun sınıflandırılması ise farklı bir konudur ancak değerlendirilme aşamasında faydalı bir veri olarak sınıflandırma göz önüne alınmalıdır.¹⁴

Zamana, gelişmelere bağlı olarak suç ve suç işleme araçları da değişmektedir. Mesela teknolojik gelişmelerin faydalarının yanı sıra olumsuz amaçlarla kullanımı sonucu suça yönelik sonuçlar doğurması da söz konusudur. Bunun sonucu olarak günümüzde teknolojik/dijital suçlar giderek yaygın bir hale gelmeye başlamıştır. Zamanla daha da karmaşık bir hale gelen teknolojinin kötüye kullanımı ve bundan kaynaklanan suçlara karşı yeterli ve etkili suç önleme stratejilerine ihtiyaç bulunmaktadır. Teknolojik suçların daha iyi anlaşılması, analiz edilmesi ve bu şekilde güvenlik politikalarının ve hukuksal yaptırımların düzenlenmesi fayda sağlayacaktır. Teknolojik kabiliyetlerin bu yönde verimli bir şekilde kullanılması da suça zemin oluşturan dijital araç ve alanlarda suçla etkin bir mücadele için anahtar rol oynamaktadır.¹⁵ Sonuç olarak, sosyal davranışların bilimsel metotlar ile araştırılması, suç ve güvenlik problemlerini önleme çalışmalarının analitik süreç ve uygulamalar ile desteklenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda teoriler, varsayımlar ve datalar önemli rol oynamaktadır.¹⁶

II. SUÇ ÇEŞİTLERİ, BOYUTLARI VE SUÇUN ORTAYA ÇIKMASI

Diğer insan davranışlarında olduğu gibi suç davranışını da ölçümlemek zor bir husustur. Toplum içerisinde suça yönelik göstergelerin belirlenip ceza ve adalet sisteminde kayıtların tutulup değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Çünkü suça yönelik elde edilen istatistikler bir nevi sosyal sağlığın göstergesi olarak sayılabilmektedir. Yüksek suç oranları bir ikaz anlamında yorumlanırken düşük oranlar toplumsal güvenlik duygusunu gösterebilmektedir. Bu yüzden çeşitli istatistiki veriler önem taşımaktadır.

Rasyonel seçim teorisinin suç davranışını açıklama yaklaşımına göre, suçlu olarak nitelendirilecek kişinin, suç davranışı sonucu elde ettiği fayda ile ödeyeceği bedel arasında bir ilişki bulunmaktadır. Kişi bu bağlamda suça yönelik bir karar verme sürecinde içerisinde; suça hazırdır, nasıl, nerede ve ne zaman olacağına yönelik bir analiz ve seçim yapar. Bu arada suça yönelten ya da suçtan alıkoyan çeşitli faktörler de mevcut olabilmektedir. Mizaç, zekâ, bilişsel stil, parçalanmış aile, suç geçmişine sahip ebeveynler, eğitim, çevre gibi

¹⁴ Janet L. Lauritsen, Daniel L. Cork, "Expanding Our Understanding of Crime: The National Academies Report on the Future of Crime Statistics and Measurement", *Criminology & Public Policy*, 2017, Volume 16, Issue 4, s. 1075–1098.

¹⁵ David S. Wall, *Crime and Deviance in Cyberspace*, Routledge e-book, 2009.

¹⁶ Patricio Tudela Poblete, *Best Practices in Crime Analysis: News & Lessons From Latin America*, Santiago, Chile, 2013, s. 9.

faktörlerin yanı sıra daha önce suça bulaşmış ya da gözlemlenmiş olma, kolluk kuvvetleri ile karşılaşmış olma, vicdan ve ahlak kuralları, kendini algılama durumu gibi deneyimler de kişiyi legal ya da illegal davranışa yönelik bir karar verme sürecinde etkilemektedir.¹⁷ Kısacası, bu teoriye göre kişi kendi iradesiyle suç davranışını seçmektedir ancak bunu etkileyen faktörler de mevcuttur.

Davranışsal psikoloji ise konuya daha farklı bir açıdan yaklaşmaktadır. Bu yaklaşıma göre suç davranışı ödül ve cezaya bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Ortamdaki uyarıcılara yönelik tepkiler davranışları meydana getirmektedir. Bu yaklaşıma göre pekiştirilen davranış tekrarlanmaktadır; cezalandırılan davranış sönmeye uğramaktadır. Davranışlar bu yolla öğrenilmektedir. Burada anahtar noktalardan birisi, pekiştirme ya da cezalandırmanın davranışla tutarlı ya da bağdaşan bir şekilde yapılmasıdır. Suçlu davranışı açısından, ebeveynlerin çocuklarına yönelik tutarsız bir şekilde yaptıkları cezalandırmaların rolü büyüktür. Ailelerin çocuklarında gördükleri yalan söyleme, hırsızlık yapma ve başka anti sosyal davranışlardan uzak tutmaya yönelik hatalı disiplin tutumları, olumsuz etkiler meydana getirmektedir. Tersine bir şekilde çocuklarını yakından izleyen, davranışlardaki sapmaları iyi gözlemleyip uygun ve tutarlı bir ödül ile ceza tutumundaki ailelerin çocukları olumsuz davranışlar sergilemekten alıkonmuş olmaktadır.¹⁸ Özetle anne babanın çocuk yetiştirme sırasında kullandıkları yöntemler ve tarzlar çocuk davranışları üzerinde oldukça etkili olmaktadır.

Gözlem yaparak ve model alma yoluyla öğrenme yaklaşımı ise diğer bir öğrenme tipi olarak davranışların sergilenmesine açıklama getirmektedir. Çocuk anne ve babayı izleyerek, gözlemleyerek kendi davranış repertuarını oluşturur. Bundan başka çevreden de görerek davranış öğrenilmektedir. Çocuklarla yapılan bir araştırmada, iki gruptan birisine şiddet içeren görsel videolar izletilmekirken diğer gruba benzer ancak şiddet içermeyen bir video izletiliyor. Şiddet içerikli görüntüleri izleyen çocuklar daha sonra farklı bir ortamda gözlemlenirken, izledikleri şiddet davranışlarını aynı şekilde kendi davranışlarında da sergilemeye başlıyorlar.¹⁹ Özellikle de rol model olan kişilerin davranışları diğer kişiler tarafından da sergilenme eğilimi oluşturmaktadır. Bu durumla alakalı olarak çarpıcı bir örnek vermek gerekirse; Amerika'da çok sevilen ünlü oyuncu Robin Williams 2014 yılında intihar etmiş ve yaşamına son vermiştir. Yapılan bir araştırmaya göre bu ünlü komedyenin bu şekilde ölümü sonrasında intihar oranlarında belirgin bir artış gözlemlendiği ifade edilmektedir. Bu duruma sebep olarak da medya ve basın organlarının ünlü oyuncunun durumunu dramatik bir şekilde geniş kitlelere yayılmasını sağlamasıyla Amerikan nüfusundaki yüksek risk taşıyan kitlelerin aynı şekilde

¹⁷ Gennaro ve ark., s. 67.

¹⁸ Gennaro ve ark., s. 119-120.

¹⁹ Gennaro ve ark., s. 121.

intihar girişimlerine olan eğilimlerini artırması olduğu belirtilmiştir. Özellikle olay akabindeki birkaç yıl içerisinde 30-44 yaş arası grupta intihar oranlarının % 10'dan fazla artış gösterdiği görülmüştür. Ayrıca medya endüstrisinin de kitlelerin taklit davranışlar ortaya çıkarmasında olumlu ve olumsuz yönde büyük etkileri bulunduğu görülmektedir.²⁰ Bu araştırmaların sonuçlarından, toplumlarda sevilen ve rağbet edilen kişilerin olumlu rol modelleri olarak izlenilmesi ve örnek olmasının ne kadar önemli olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda toplumlarca sevilen, örnek alınan kişilerin medyadan izlenen olumsuz davranışlarının da kitleler üzerinde etkili olduğu gözlenebilmektedir. Bu durumunun tersi olarak yani ileri gelen, toplumca takip edilen insanların topluma örnek ve doğru davranışlarla zihinlerde yer alması da olumlu psikolojik bir etken olarak sayılabilir. Bu sebeple basın ve medya yayın kuruluşlarına ayrı ayrı önemli roller düşmektedir.

Sosyal öğrenme teorisine göre, davranışlar doğrudan olarak öğrenildiği gibi, dolaylı şekilde öğrenilerek de ortaya çıkabilir. Mesela, saldırganlık doğrudan gözlem yoluyla (ör: aileden maruz kalma, çevreden gözlemleme) ya da temsili olarak (ör: televizyon) öğrenilebilmektedir. Saldırganlık, model alma, ödüllendirilme / kazanım elde etme ve yönlendirilme gibi faktörler sayesinde tetiklenmektedir. Bu davranışın pekiştirilmesi (maddi kazanç / para sağlama, akran onayı, statü sağlama vb.) yoluyla da tekrarlanması mümkündür. Bilhassa grup olarak ya da çete oluşturarak işlenen suçlar ve saldırganlık davranışları açısından bu yaklaşımın getirdiği açıklama biçiminin önemli olduğu vurgulanmaktadır.²¹

Diğer bir psikolojik yaklaşıma göre benlik kontrolü düşük olan kişilerin davranışlarında sapma eğilimlerinin mümkün olabileceğidir. Çocukluk dönemlerinde ebeveynlerin bakım stratejileri, çocuklarının yanlış davranışlarını tespit edip buna olan müdahaleleri ve cezalandırmaları benlik kontrolünün oluşmasını sağlamaktadır. Erken çocukluk döneminde oluşmaya başlayan bu kontrol 8 yaş civarında kristalize hale gelip (yerleşip) sonrasında bu şekilde devam etmektedir. Benlik kontrolünün bu kristalleşme sürecinde oluşan sorunlar, kişideki kontrol duygusunun zayıf kalmasına sebep olabilmektedir. Araştırmalar göstermiştir ki kişideki düşük benlik kontrolü ile suç ve benzeri davranışlar arasında güçlü bir etki bulunmaktadır.²² Aşağıda yer olan tabloda suç davranışı ile kişideki düşük benlik kontrolü arasındaki bağlantı gösterilmeye çalışılmıştır.

²⁰ David S. Fink, Julian Santaella-Tenorio, Katherine M. Keyes, "Increase in Suicides the Months After the Death of Robin Williams in the US", PLOS ONE, 2018, 13 (2), s. 1-12.

²¹ Jane L. Wood, Emma Alleyne, "Street Gangs, Group Processes and Theoretical Explanations", Crime and Crime Reduction The Importance of Group Processes, Edited by Jane L. Wood and Theresa A. Gannon, Routledge Psychology Press, London, 2013, Chapter 2, s. 42.

²² Gennaro ve ark., s. 188-190.

Suçun Doğası - Suç Davranışı	Düşük Benlik kontrolünün Doğası - Suçlu
Riskli ve heyecan verici	Risk alan
Kolay ve basit	Fiziksel (düşük zihinsel / sözel yetenek)
Arzuların hemen tatmin etme	İmpulsif (dürtüsel)
Uzun vadeli fayda az ya da kıt	Öngörüsüz
Mağdura acı ya da rahatsızlık verme	Duygusuz

Tablo 1. Suç ve suçlu davranışı ile alakalı olarak düşük benlik kontrolü ilişkisine ait özellikler (Gennaro'dan uyarlanmıştır)

Suçta sebep teşkil eden bazı kişilik faktörleri de açıklanmaya çalışılmıştır. Dışa dönük bazı kişilerin çevresel uyarıcılara karşı daha açık, davranışlarının olumsuz sonuçlarından daha az etkilenmeye meyilli oldukları düşünülmüştür. Tutuklulara uygulanan kişilik testlerindeki psikotizm²³, nörotizm²⁴ ve dışadönüklük puanları nispeten yüksek çıkmaktadır. Dürtüsellik ise bazı tip suçlar için kısmen etkili olabilecek bir özellik olarak belirtilmiştir. Kişilik özellikleri bakımından erken dönem risk faktörleri ise şunlar olarak görülmüştür: Erken dönem anti sosyal davranışlar (fiziksel saldırganlık, acı verme, hayvanlara karşı gaddarlık vb.), yetersiz bilişsel gelişim, düşük zekâ, hiperaktivite. Tüm bu bilgilere rağmen kişilik ile suç arasındaki bağlantı yeterince belirgin değildir. Yukarıda bahsedildiği üzere, bazı kişilik özellikleri ile zarar verici, yıkıcı davranışlar arasında ilişkiler bulunsa dahi hangi kişilik özelliği hangi suçlarla birebir örtüşerek neden olmaktadır, bunu net bir şekilde söylemek güçtür.²⁵Buna karşın vicdanlı olma ve uyumlu olma kişilik özelliklerinin de suç işleme ile negatif yönde korelasyonu olduğu belirlenmiştir.²⁶Anti sosyal davranışların ise her ne kadar çevresel faktörlerden etkilendiği ifade edilse de genetik olarak aktarılma oranının yaklaşık % 50 olduğu saptanmıştır.²⁷

²³ Psikotizm (psikotiklik): Psikozla ilgili kişilik özelliği. Semptomları psikoza özgü olan veya psikoza benzeyen rahatsızlıklarda niteleyici bir sıfat olarak kullanılır. Kişinin gerçekle olan bağı ölçütür. Gerçekle olan bağ büyük ölçüde kopmuşsa, kişi kendi algılarını ve düşüncelerini yanlış değerlendirir ve tersine kanıtlara rağmen dış gerçeklik konusunda yanlış sonuçlara varır. Kaynak: Selçuk Budak, Psikoloji Sözlüğü, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 2005, s. 620.

²⁴ Nörotizm (nevrotiklik): Temelsiz kaygı, gerilim ve duygusal dengesizlikle tanımlanan bir kişilik özelliği. Kaynak: Selçuk Budak, Psikoloji Sözlüğü, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 2005, s. 530.

²⁵ Francis Pakes, Suzanne Pakes, Criminal Psychology, Willan Publishing, Portland, Oregon, 2009, s. 39-43.

²⁶ David P. Farrington, Darrick Jolliffe, "Personality and Crime", International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences (Second Edition), Elsevier Ltd., UK, 2015, s. 774-779.

²⁷ Kevin M. Beaver, Eric J. Connolly, Joseph L. Nedelec, and Joseph A. Schwartz, "On the Genetic and Genomic Basis of Aggression, Violence, and Antisocial Behavior", Oxford Handbook of Evolution, Biology, and Society, Oxford Handbooks Online, 2018, s. 1-20.

Ceza adaleti sisteminde her ne kadar akıl hastalıkları ile suçlular arasındaki ilişkinin yüksek seviyede bağlantılı olduğu düşünülse de psikiyatrik semptomlarla suçlu davranışları arasında zayıf bir ilişki bulunmaktadır. Bazı psikiyatrik bulgular göstermektedir ki suç ile psikoz²⁸ % 4, depresyon % 3, bipolar bozukluk²⁹ ise % 10 düzeyinde alakalı olduğu tespit edilmiştir. Suçla daha çok alakalı durumların anti sosyal kişilik özelliklerinin olabileceği de ifade edilmiştir.³⁰ Şizofreni ile suç işleme eğilimi arasındaki ilişki üzerine birçok çalışma yapılmıştır. Şizofreni hastalarında şiddet davranışını artıran en önemli etkenlerden birisi komut veren seslerdir. Hastalar kendilerini tehdit altında hissediyorlarsa veya kendi iç kontrollerinin azaldığını düşünüyorlarsa (düşünce sokulması ya da düşüncelerinin kontrol edilmesi sanrısı gibi) şiddet daha belirgin hale gelmektedir. Ancak, sanrılar ve varsanılar günlerce, aylarca devam etmesine rağmen çoğunlukla şiddet davranışı göstermemektedirler.³¹ Bununla birlikte, şizofreni tanısı almış tüm bireylerin şiddete eğilimli olmadıkları, ancak bazı özellikler taşıyan bir grubun ölümlerine sonuçlanabilecek kadar ciddi saldırganlık potansiyeli taşıdıkları bilinmelidir. Bu tespitlerin gereksiz yere ve abartılı olarak gündeme getirilmesi hastaların tümünün damgalanmasına neden olabilir.³² Bu yaklaşımlardan da anlaşılmaktadır ki suç davranışının sebeplerini psikiyatrik rahatsızlıklardan ziyade farklı konular arasında aramak daha anlamlı olacaktır.

Genetik faktörlerin suç davranışları üzerindeki etkisi üzerine yapılan çalışmalarda ise bazı genotipik³³ özelliklerin özellikle de şiddet içeren suçlarla

²⁸ Psikoz: Zihinsel fonksiyonlarda ciddi bozulmalarla birlikte giden gerçekliği değerlendirmede bozukluk. Hallüsinasyon ve delüzyonlar gerçeklik algısını ciddi şekilde bozmuştur. Organize olmayan düşünce ve kişiler arası ilişkiler mevcuttur. Kaynak: Michael T. Sorter, Daniel A. Vogel, "Psychotic Disorders", Adolescent Medicine, E Book, 1st Edition, Elsevier Inc., 2008, s. 291–296.

²⁹ Bipolar bozukluk: Manik – depresif hastalık olarak da bilinir. Kişinin duygudurumu, enerjik hali ve davranışlarında gözlenen döngüsel (inişli – çıkışlı) bozukluk. Mani dönemi ve depresif dönem birbirini izler. Kaynak: Scott C. Fears, Victor I. Reus, "Bipolar Disorder", Rosenberg's Molecular and Genetic Basis of Neurological and Psychiatric Disease (Fifth Edition), Academic Press is an imprint of Elsevier, UK, 2015, s. 1275–1291.

³⁰ Jillian K. Peterson, Jennifer Skeem, Patrick Kennealy, Beth Bray, Andrea Zvonkovic, "How Often and How Consistently do Symptoms Directly Precede Criminal Behavior Among Offenders With Mental Illness?", Law and Human Behavior, 2014, American Psychological Association, Volume 38, No. 5, s. 439–449.

³¹ Emre Çırakoğlu, "Şizofreni Hastalarında Dürtüsellik ve Suç İşlemeye Etkisi", 52. Ulusal Psikiyatri Kongresi Sunum Özetleri, Antalya, 2016, s. 63.

³² Duygu Kübra Göçmen Yiğit, Levent Tekin, Elvan Çifçi, Engin Emrem Beştepe, "Hezeyanları Doğrultusunda Evcil Hayvan Kesen ve Yiyen Bir Şizofreni Olgusu", Türk Psikiyatri Dergisi, Volume 28, Supplement 2, 53. Ulusal Psikiyatri Kongresi, Bildiri Özetleri, 2017, PB-044, s. 68.

³³ Genotip: Bir organizmanın genetik durumu, genlerinin toplamı. Kaynak: Richard C Lewontin, "Genotype and Phenotype", International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences

bağlantısı üzerine odaklanılmıştır. Finlandiya hapisanelerindeki 1000'den fazla mahkûm izlenmiş ve suç eğilimleri ile genetik bağları tespit edilmeye çalışılmıştır. Daha önce en az iki kez ciddi şiddet içerikli suç işlemiş kişilerin bir kısmında bazı genetik faktörlerin etkili olabileceği tespit edilmiştir. Bu arada, bu suçluların çoğunluğunun suç işlerken alkol ya da amfetamin etkisinde oldukları da bildirilmiştir. Bu maddeler, beyindeki dopamin³⁴ seviyesinde oynamalara yol açmaktadır; kişinin sahip olduğu genotipin de etkisiyle birlikte serotonin metabolizmasının değişimine ve akabinde dürtüsel saldırganlığın artışına neden olmaktadır.³⁵Bununla birlikte kriminal davranış kompleks bir olgudur; hem genetik hem de çevresel faktörlerin şekillendirmesiyle ortaya çıkmaktadır.³⁶ Finlandiya örneğinde yapılan araştırmalara göre, kriminal şiddet içeren davranışları ortaya çıkaran alkolizm, madde kullanımı, çocukluk dönemi problemleri gibi faktörler ile birlikte, kriminal davranışların ihtiyatlı bir oran olarak % 5-10 aralığında genetik zemine atfedebileceği tahmin edilmektedir.³⁷

Bazı bilişsel çarpıtmaların, suç davranışını meydana getiren yanlış fikirlere kaynak oluşturduğu düşünülmektedir. Örneğin: Düşmanca yükleme hatası; muğlak ya da şüpheli olay veya durumları yorumlarken karşıdaki kişiyi düşman olarak görme yanlılığıdır. Bu duruma bir nevi, başkalarına zarar verirken kendi davranışlarını haklı çıkarma, karşındakini düşmanca atfetme yanlılığı da denebilir. Diğer insanları aşırı derecede suçlamak da başka bir bilişsel çarpıtma örneğidir. Diğer bir bilişsel çarpıtma ise kendi davranışlarının sonuçlarını küçümseme / küçültme durumudur. Bu şekilde, yapılan suç davranışının “çok da kötü olmadığı” düşünülürken diğer yandan suçluluk ve pişmanlık hissiyatı da azalmaktadır. Bahsedilen bu tarz bilişsel çarpıtmaların ve yükleme hatalarının, suçlu davranışının ortaya çıkmasındaki eşik seviyeyi azaltıcı bir etki gösterdiği

(Second Edition), Elsevier Ltd., UK, 2015, s. 42–45.

³⁴ Dopamin: Beyinde merkezi sinir sisteminde, nöronlar arası iletişimde rol alan biyolojik kökenli madde. Dopamin, bilişsel, duygusal hatta endokrin fonksiyonlarında etkili olan, şizofreni ve madde bağımlılığı gibi çeşitli psikopatolojilerde de rolü olan bir nörotransmitterdir. Kaynak: Paul A. Garris, R. Mark Wightman, “Regional Differences in Dopamine Release, Uptake, and Diffusion Measured by Fast-Scan Cyclic Voltammetry”, *Neuromethods: Voltammetric Methods in Brain Systems*, Editörler: Alan A. Boulton, Glen B. Baker, Ralph N. Adams, Humana Press, Totowa, New Jersey, 1995, s. 179.

³⁵ J. Tiihonen, M-R. Rautiainen, H. M. Ollila, E. Repo-Tiihonen, M. Virkkunen, A. Palotie, O. Pietiläinen, K. Kristiansson, M. Joukamaa, H. Lauerma, J. Saarela, S. Tyni, H. Vartiainen, J. Paananen, D. Goldman, T. Paunio, “Genetic Background of Extreme Violent Behavior”, *Molecular Psychiatry*, 2015, 20, s. 786–792.

³⁶ C. Robert Cloninger, Karl O. Christiansen, Theodore Reich, Irving I. Gottesman, “Implications of Sex Differences in the Prevalences of Antisocial Personality, Alcoholism, and Criminality for Familial Transmission”, *Archives of General Psychiatry*, 1978, Volume 35, No 8, s. 941-951.

³⁷ Tiihonen ve ark., s. 791-792.

düşünülmektedir.³⁸

Peki, suç nasıl engellenebilir, önlenebilir? Bunun net olarak bir cevabını vermek kolay değildir. Bu konuda farklı ülkelerden çeşitli araştırmaları ve elde edilen istatistiksel verileri incelemek, fikir sahibi olup stratejiler geliştirmek açısından faydalı olacaktır.

Bazı spesifik bilgiler suç hakkında bazı bulgulara ulaşmaya imkan tanımaktadır. Cinsiyet, yaş, gelir seviyesi, medeni durum, bölge, yaşanan çevre, suçlu-mağdur ilişkisi, suç aleti hakkında veriler, bu spesifik bilgiler arasında yer alabilir.³⁹ ABD’de 2010 yılının verilerine göre ise hırsızlık suçu 2001’e göre % 2 artış göstermiş, hırsızlık mağdurlarının toplamda zararı 4,6 milyar doları bulduğu ifade edilmiştir. İstatistikler 2010 yılında Amerika’ da yaklaşık 15 milyon ciddi suçun işlendiğini de göstermektedir. Bununla birlikte resmi kanallara bildirilmeyen ve zararlarının net olarak tespit edilemediği suçların olduğu da belirtilmiştir.⁴⁰ ABD’de 2017 yılının ilk altı ayı için elde edilen verilere göre, 2016 yılına oranla, cinayet, tecavüz, soygun gibi şiddet suçlarında % 0,8, mülkiyetle ilgili ya da mala karşı işlenen suçlarda ise % 2,9 oranında bir düşüş mevcuttur.⁴¹ Bu istatistikler haricinde daha birçok verilere ulaşmak mümkündür. Genel anlamda bu sayısal veriler farklı suçları farklı yıllara göre değerlendirme şansı da sunabilmektedir.

Hollanda kaynaklı suç araştırmalarına göre ise en çok karşılaşılan suçlar arasında vandallık, mağaza hırsızlığı, ev soygunu, araba ile alakalı hırsızlıklar, gasp, sokakta şiddet ve aile içi şiddet bulunmaktadır. Buna rağmen Hollanda diğer ülkelerle kıyaslandığında ise düşük suç oranları ile göze çarpmaktadır. Yıllar içerisinde suça yönelik kayıtlarda bir düşüş gözlenirken, suçun sonuçlarında meydana çıkan zararın boyutu, hacimsel olarak artma eğilimi göstermektedir. Hollanda Adalet Bakanlığı, suç önleme ile ilgili çalışmaları yürütmek üzere Suç Önleme Bürosu’nu kurmuştur. Suç işlemeye kısmen sosyal problemlerin, işsizlik ve uyuşturucu bağımlılığının neden olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca suç hareketlerini azaltan üç büyük faktörden bahsedilmektedir:⁴²

³⁸ Pakes ve Pakes, s. 50-52.

³⁹ Gennaro ve ark., s. 39.

⁴⁰ Timothy D. Crowe, Crime Prevention Through Environmental Design, Third Edition, Elsevier Inc., USA, 2013, s. 107-109.

⁴¹ Preliminary Semiannual Uniform Crime Report, January – June, 2017, Federal Bureau of Investigation (FBI), Criminal Justice Information Services Division, <https://ucr.fbi.gov/crime-in-the-u.s/2017/preliminary-report>.

⁴² Jan J. M. Van Dijk, Jaap De Waard, “Forty Years of Crime Prevention in the Dutch Polder”, Crime Prevention Policies in Comparative Perspective, Edited by Adam Crawford, Willan Publishing, UK, 2009, Chapter 6, s. 130-133.

- 1- Eroin bağımlılarının sayısındaki azalmanın getirdiği uyuşturucu madde suçlarında düşme,
- 2- 1993'ten itibaren genel olarak toplumda ve iş yaşamında suç önleyici davranışların artması,
- 3- Ceza adaleti sisteminin suçlu ve kabahatli davranışına daha ciddi ve katı tutumlarla yanıt vermesi.

Hollanda'da suç ile alakalı olarak bazı bilgiler ise şu şekilde sıralanmıştır:⁴³

- 18 yaş altı kişiler en çok mağduriyete uğrayan gruptur
- 18 yaş altı kişiler suç bildirim oranları en az olan gruptur
- Varoşlarda (kenar mahallelerde) yaşayan gençlerin okul terk oranları kent merkezine oranla daha yüksektir
- Alkol ve madde kullanımı gençlerde giderek artmaktadır
- Erkek çocuklarda (18 yaş altı) en az 1 kez tutuklanma oranı % 35'tir.

İspanya'da son yıllarda araştırmacılar suç ile ilgili olarak bazı sosyal ve ekonomik bozulmaların meydana getirdiği etkileri araştırmaya başlamıştır. Özellikle ekonomik çöküntü ve borçlanmaların eğitim, adalet, polis hizmetleri gibi diğer alanlarda da sorunlara yol açtığı, insanlarda yasa dışı arayış davranışlarının artış gösterdiğini, istikrarsızlıkların devam etmesi ile birlikte cezaevi ve ceza sistemine ait süreçlerin bu durumlardan beslendiğini ifade etmişlerdir.⁴⁴ Özetle direkt bir sebep olarak görülmesi de ekonomik bozulma ve yozlaşma ile birlikte insanların bu tarz buhranlardan kurtulma çabası sırasında rastlanılan suç işleme eğilimleri arasında doğru orantılı bir ilişkinin mevcudiyetinden bahsedilmektedir. Aslında bu durum, insanların ekonomik koşullara olan bağlılığı arttıkça, yoksunluk evrelerindeki davranışlarının olumsuz yönde doğru kayması olarak da izah edilebilir. Zorluklara dayanma ve baş etme gücüne sahip olan insanların, bu tarz sorunlar karşısında nasıl davrandıkları ve suç işleme eğilimine olan etkisi araştırılmalıdır.

İngiltere'de 2007/2008 döneminde poliste kayıtlı 4,95 milyon suç dosyası bulunmaktadır. İngiliz suç araştırmalarına göre suçların yalnızca % 42'si polise bildirilmektedir. Suç oranı 18-20 yaş aralığındaki erkeklerde ise zirve yapmaktadır. Kadın suçlu oranı erkeklerin 5'te biri kadardır.⁴⁵

⁴³ Crowe, s. 113.

⁴⁴ Daniel Briggs, Jorge Ramiro Pérez Suárez, Raquel Rebeca Cordero Verdugo, "From Crime Science to the Crime of Science", Safer Communities, 2018, Volume 17, Issue: 1, s. 22-32.

⁴⁵ Lindsay D. G. Thomson, Louise Robinson, "The Relationship Between Crime and Psychiatry", Companion to Psychiatric Studies (Eighth Edition), Elsevier Ltd., UK, 2010, s. 731.

Avustralya İstatistik Bürosu kaynaklı verilere göre, 2008 itibari ile 2016 yılına kadar olan dönemde genel olarak suçlu sayısında azda olsa bir artış gözlenmektedir. Ancak bu artış nüfus artış oranından daha düşük seviyede kalmaktadır. 2015 – 2016 döneminde en yaygın görülen suç yasadışı uyuşturucu suçudur ve tüm suçların % 20'sini oluşturmaktadır. Bu suçun en yaygın görüldüğü yaş grubu 20-24 yaşlarıdır. Kasten yaralama, hırsızlık ve kamu düzenine yönelik suçlar da sık görülen suçlar arasında yer almaktadır.⁴⁶

Suç ile ilgili istatistiki araştırma ve veriler, suç çeşitleri ve boyutlarının ne düzeyde olduğuna dair bilgilenmeyi sağlamaktadır. Suçun boyutları bir nevi suçun etki kuvveti hakkında da bilgi sahibi olmamızı sağlar. Suçun meydana getirdiği olumsuz boyutları bertaraf etmek, suçun ortaya çıkmasını azaltmak ve engelleyebilmek adına ise “suç önleme” kavramının üzerinde durulmasında fayda olduğu düşünülmektedir. Bu kavramın ortaya konması ile suç önleyici mekanizma ve politikaların nasıl işlemesi gerektiğine dair bir bilinç de oluşmaya başlayacaktır.

III. SUÇ ÖNLEME KAVRAMI

Suç önleme kavramı genel olarak kamunun ya da halkın güvenliğinin sağlanması ve suçun azaltılmasını kapsamaktadır. Bununla birlikte işin özü, suçun önlenmesi ile güvenliğin artırılmasıdır.

Asırlardır insanlar güvenliği oluşturacak tedbirleri düşünmüş, kanunlar geliştirmiş ve suçla mücadele etmeye çaba sarf etmişlerdir. Günümüzden yaklaşık 3800 yıl önce Babil’de Hamurabi Kanunları devreye girmiş, hırsızlık, çocuk kaçırma, soygunculuk, alkol satışı, tarım sorunları, kadın ve çocuk hakları, tıbbi sorunlar, iş meseleleri ve ticaretle yaşanan sıkıntılar gibi suç ile ilişkili birçok konuda düzenlemeler yapılmıştır.⁴⁷ Gerek Mezopotamya’da gerekse Hitit medeniyetinde de insanın suça yatkınlığından bahsedilmiştir. Hititlerde suç olarak kabul edilen olguların, fail için edimsel sonuçlar doğurduğunu, bu gerçeklik karşısında asıl amacın, zarar görenin mağduriyetini gidererek suçlanan kişilerinde tekrar toplumsal yaşam içerisinde yer alabilmesini sağlamak olduğu belirtilmiştir.⁴⁸

Günümüzde kullanılan suç önleme kavramının ise ABD’de 1960’lardaki suç oranlarının dramatik bir şekilde yükselmesi ile birlikte ceza adaleti sistemine olan güvenin yitirilmesi ile yakından bağlantılı olarak ortaya çıktığı ifade

⁴⁶ Australian Bureau of Statistics, Recorded Crime - Offenders, 2015 - 16, <http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/Lookup/by%20Subject/4519.0~2015-16~Main%20Features~Key%20Findings~1>

⁴⁷ Mervyn E. J. Richardson, Hammurabi’s Laws: Text, Translation and Glossary, Published by T & T Clark International, London, 2004, s. 25-27.

⁴⁸ Erdal Doğan, Hitit Hukuku: Belleklerdeki Kayıp, Güncel Yayıncılık: 320, İstanbul, 2008, s. 98-99.

edilmektedir. Geleneksel suç kontrol mekanizmalarının işlevsiz kalması ve toplum güvenliğinin sağlanmasındaki yetersizlikler, suç korkusunun artması gibi faktörler adalete olan güveni sarsmıştır. Bu durum sadece ABD'ye özgü olmayıp benzer şekilde Kanada, İngiltere ve diğer batı ülkelerinde de gözlenmiştir. Sonrasında 1970, 1980'li yıllarda suçla mücadele stratejileri ortaya konmaya başlamış ve yakın zamanda suç önleme ve stratejileri, suç azaltıcı ve engelleyici çalışmalar kritik bir önem kazanmaya başlamıştır.⁴⁹

Suç önleme, suçun oluşma riski ile bireyler ve toplum üzerindeki potansiyel zararlarını azaltmaya yönelik strateji ve önlemlerden meydana gelmektedir. Ayrıca insanların mutlu yaşamalarına imkân tanımakta, sağlık, sosyal ve ekonomik bakımdan pro-sosyal tutumlar geliştirmesini sağlamakta, çocuk ve gençlere yönelik riskler üzerinde özellikle durup ve mağdura yönelik de koruyucu faktörleri kapsamaktadır.⁵⁰ Suç önleme, suç riskini tahmin, tanımlama, değerlendirme, azaltma veya ortadan kaldırma hareketidir ve suçu azaltıcı, önleyici tedbirler alan ve kamu farkındalığı sağlayan aktif bir yaklaşımdır. Suç teşebbüsünden önce ortaya konulan meşru bir savunma felsefesini yansıtmaktadır.⁵¹

Suçlunun motivasyonunu anlayıp kanıtlamak için, kurban seçimi, suçun dinamikleri ve suçlunun suç öncesi ile suç sonrası davranışları değerlendirilmelidir. Suçlu profili, hukuk uygulamasının çeşitli alanlarında başarıyla kullanılmaktadır ve soruşturmanın sınırlı olduğu durumlarda değerlidir. Profillendirme suçlunun spesifik kimliğini sağlamaz. Daha çok suç işlemesi en muhtemel kişi tipini belli davranış ve kişilik özelliklerine odaklanarak gösterir. Ayrıca suçlu profili çalışmalarının gelişmesi, şiddet suçlarını önleyip azaltmada, büyük katkı sağlayacaktır.⁵²

Engel'e göre şiddetin artış göstermesinde, grupların ya da çetelerin de rolü vardır. Basit anlamda çözüm ise suçlulara uygulanacak kanuni yaptırımların ve müeyyidelerin artırılmasından geçmektedir. Ancak suç önleme stratejilerine daha bilimsel, sistematik ve daha teknik açıdan odaklanılması gerekmektedir.⁵³ Braga ve çalışma arkadaşları, suç önleme stratejilerine odaklanmış ve bu temelde üç spesifik probleme yönelik stratejiden bahsetmiştir:⁵⁴

⁴⁹ Brandon C. Welsh, David P. Farrington, Crime Prevention and Public Policy, Oxford Handbooks Online, 2012, s. 3-5.

⁵⁰ "Action to Promote Effective Crime Prevention", Guidelines for the Prevention of Crime ECOSOC Resolution 2002/13, Annex, s. 3.

⁵¹ New York State Police: Crime Prevention, https://troopers.ny.gov/Crime_Prevention/.

⁵² Gürol Cantürk, Nergis Cantürk, "Suçlu Profili", Adli Tıp Dergisi, 2004; 18, 2, s. 27-37.

⁵³ Robin S. Engel, "Focused Deterrence Strategies Save Lives, Introduction and Discussion of an Updated Systematic Review and Meta-Analysis", Criminology & Public Policy, Volume 17, Issue 1, s. 199.

⁵⁴ Anthony A. Braga, David Weisburd, Brandon Turchan, "Focused Deterrence Strategies and Crime Control: An Updated Systematic Review and Meta-analysis of the Empirical

- 1- Grup ya da çetelere yönelik suç önleme,
- 2- Uyuşturucu madde satışlarına müdahale,
- 3- Suç riski yüksek kişilerin tekrar suça yönelmemesi.

Suç önleme konusunda yetkinlik ya da yeterlilik, suçun meydana gelme olasılığını azaltma kapsamındaki müdahaleleri ifade etmektedir. Sorumluluk ise suç üzerinde kontrol sağlayan, resmi ya da resmi olmayan organlara ait beklentileri işaret etmektedir. Genel olarak ceza adaleti sistemi suçun kontrol mekanizması olarak görülmektedir. Ancak yerel yönetimler, işverenler, çalışanlar, aileler gibi diğer başka mekanizmaların da üzerine düşen farklı görev ve sorumluluk noktaları olduğu da düşünülmektedir. Tüm yaklaşımların ve sorumluluk alanlarının suç önleme sürecine dâhil edilip işbirliği içerisinde katkı sunması hedeflenmelidir.⁵⁵

Suçun bireysel ya da kişi bazında önlenmesi ya da azaltılmasına yönelik yapılmış başka araştırmalar da mevcuttur. Bunlardan bir kısmı mekânsal temelde önlemler üzerine odaklanmıştır. Bu odaklanma neticesinde varılan uygulamaya yönelik boyutlar, suçlu davranışı açısından risk faktörlerini azaltması bakımından etkili ve başarılı olarak görülmektedir. Bu tarz yaklaşımların temeli sosyal kontrol teorisine dayanmaktadır. Sosyal kontrol teorisine göre, bir topluluğun üyeleri arasındaki güçlü bağlar suç ve kargaşayı azaltmaktadır. Topluluk bünyesinde güçlü bağlara sahip insanların bulunduğu, sosyal değer, norm ve davranışlara daha çok uyulan topluluklar, yasa dışı olmayan davranışların sergilenmesine yol açmaktadır.⁵⁶ Burada sosyal uyumun gücüne ve değerlere sahip çıkmanın olumlu etkisine dikkat çekilmektedir.

Suçla mücadelede finansal boyutlar da mevcuttur. Amerika'da 2001 mali yılı içerisinde, ceza yargılama sistemi ile bağlantılı olarak toplam 167 milyar dolarlık bir mali tutardan bahsedilmektedir. 2000 yılı itibariyle mahkûm sayısı ise 1 milyon 380 bin kişiden fazladır. Bu rakamların yıllar içerisinde artma eğiliminden de bahsedilmektedir. Genel nüfus ile hapse girme oranları açısından bakıldığında ise Birleşik Devletler nüfusunun yaklaşık % 7'sinin yaşamları boyunca hapse girme durumu olduğu tespit edilmiştir. Bu istatistiki bilgiler çerçevesinde suçun sosyal bir sorun olarak da hayatımızda yer aldığından bahsedilmektedir.⁵⁷ Politika yapımcıların suçun hem ekonomik hem de sosyal etkileri ve neticelerine dikkat ederek çalışmalarında fayda görülmektedir.

Evidence", *Criminology & Public Policy*, Volume 17, Issue 1, s. 205–250.

⁵⁵ Nick Tilley, *Crime Prevention*, Willan Publishing, Portland, Oregon, 2009, s. 139-140.

⁵⁶ Philip Birch, "Primary Person-Based Crime Prevention: An Australian Case Study", *Journal of Forensic Practice*, 2016, Volume 18, Issue 4, s. 301-305.

⁵⁷ Gennaro ve ark., s. 4.

İngiltere’de yapılan suç önleyici çalışmalar, özellikle 1970’lerden sonra, hükümetlerin de katkılarıyla ve çeşitli stratejilerle sürdürülmüştür. Suç ve suçlu davranışlarını kontrol ve müdahaleler ağırlıkla sosyal, kültürel ve ekonomik boyutlarıyla ele alınmıştır. Hem kamu hem de özel hayat açısından riskler ve tedbirler araştırılmıştır. Daha yoksul ve marjinalize gruplar risk faktörü olarak görülmüş, optimum refah sağlamanın suçu azaltıcı etki oluşturacağı, sosyal sağduyunun da bu konuda etkili olabileceği belirtilmiştir.⁵⁸ Fransa’da ele alınan modelde, suç kaynağı ve kökenleri olarak, yoksulluk, eğitim eksikliği, olumsuz/yetersiz iş ve ev şartları olarak sıralanmıştır. İnsanları suç davranışından uzak tutmak için bu sebepler üzerinde çalışmanın gerektiği vurgulanmıştır. Polis ve yargının suç önleme konusunda işbirliği içinde çalıştığı da ifade edilmiştir. Kentsel güvenlik politikaları oluşturulmuş, insanların güvenlik ekipleriyle işbirliğine girmesi ve onlara güvenerek geribildirimler yapmasına önem verilmiş, ortak kamusal alanların temiz, aydınlık, yeşillik alanlar haline getirilerek yönetilmesi sağlanmıştır.⁵⁹

Hollanda suç önleme konusunda çalışmalar yapan diğer bir ülkedir. Hem adalet hem de politik süreçlerini suç önleme konusu üzerinde çalıştırmaktadır ve bu konuya yönelik büyük bütçeler tahsis etmektedir. Hollanda’da özellikle de 1990’lardan sonra suç önleyici mekanizmaların işlevselliği artırılmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda Hollanda genelinde üzerinde çalışılan ve uygulanmaya çaba sarf edilen bazı suç önleyici tedbirler örnek olarak aşağıda sıralanmıştır:⁶⁰

- Ebeveyn eğitimleri
- Okul güvenlik görevlisi projesi
- Gençlerin istihdamı
- Okul bursları
- Psikolojik sağlık taramaları
- Mesleki eğitimler
- Bina güvenliği ve tasarımları
- Çevre temizliği ve peyzajı
- Kriminal davranış haritalandırması
- Suç farkındalığı oluşturma

⁵⁸ Tim Hope, “The Political Evolution of Situational Crime Prevention in England and Wales”, Crime Prevention Policies in Comparative Perspective, Edited by Adam Crawford, Willan Publishing, UK, 2009, Chapter 2, s. 38-61.

⁵⁹ Anne Wyvekens, “The Evolving Story of Crime Prevention in France”, Crime Prevention Policies in Comparative Perspective, Edited by Adam Crawford, Willan Publishing, UK, 2009, Chapter 5, s. 118-124.

⁶⁰ Van Dijk ve De Waard, s. 136-140.

- Halk yönelik eğitimler/bilgilendirmeler
- Medya kampanyaları
- Kişisel savunma yöntemleri geliştirme
- Kriz danışmanlığı
- Psikolojik danışmanlık/mağdur desteği
- Suç analizleri
- Güvenlik araştırmaları/anketleri
- Silah edinmenin azaltılması
- Polis güçlerinde iyileştirmeler
- Şiddet olaylarını mikro seviyede inceleme
- Kamu ve özel sektör işbirliği
- Alanların kamerayla gözlenmesi, video kontrol

Macaristan örneğinde ise suç önleme politikaları oluşturulurken ağırlıklı olarak sosyal temelde çalışmalar yürütülmüş, bu temelde güvenlik stratejileri planlanmıştır. Bu stratejiler kapsamında olmak üzere şu beş öncelikli madde ele alınmıştır: Çocuk suçlarının azaltılması, önlenmesi, kentsel güvenliği geliştirme, aile içi şiddetin önlenmesi, suçtan mağdur olmuş kişilere yardım, suç tekrarını önleme.⁶¹

Brezilya Sao Paulo şehri Diadema bölgesi suç önleme çalışmalarının yürütüldüğü diğer bir yerdir. Bu bölgedeki yaklaşımlar halk sağlığı, kentsel yenilenme, polis uygulamaları, sosyal müdahaleleri içeren bazı faaliyetleri kapsamaktadır. Bu faaliyet konularındaki çeşitli yerel uygulamalar sayesinde bazı suçlara yönelik önemli oranlarda düşüş eğilimi sağlanmıştır. Başlıca faaliyetler olarak ise şunlar sıralanmıştır:⁶²

- Belediye seviyesinde sosyal politika ve güvenlik biriminin oluşturulması; tüm kriminal hareketlerin haritalandırılması
- Bölgesel ve yerel polis ekiplerinin entegre faaliyet göstermesi
- Alkol kullanımına yönelik kontrol ve kısıtlama tedbirleri
- Yerel güvenlik ekiplerinin % 70 oranında kuvvetlendirilmesi

⁶¹ Klara Kerezi, "Crime Prevention in Hungary: Why is It So Hard to Argue for the Necessity of a Community Approach", Crime Prevention Policies in Comparative Perspective, Edited by Adam Crawford, Willan Publishing, UK, 2009, Chapter 10, s. 224-225.

⁶² Margaret Shaw, Kathryn Travers, "Strategies and Best Practices in Crime Prevention in particular in relation to Urban Areas and Youth at Risk", Proceedings of the Workshop held at the 11th UN Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, Bangkok, Thailand, 2005, s. 9293.

- Sosyal ve çevresel politikalar geliştirilmesi
- Gözlem kameraları kurulması
- Kanuni yaptırım ve teftişlerin yürürlüğü
- Silahsızlanma, çocuk oyuncaklarından silahların çıkarılması
- Alkol ve uyuşturucuya yönelik farkındalık oluşturma kampanyaları.

Kore’de suçların yıldan yıla artış göstermesiyle birlikte suç önleyici tedbirlere yönelik arayış ve araştırmaların da artmasını getirmiştir. Son yıllarda özellikle cinsel suçların da artış gösterdiği ifade edilmiş ve bu duruma yönelik önleyici ve azaltıcı çözümlere gidilmeye başlanmıştır. Teknolojik sistemler vasıtasıyla suçla karşılaşan kişilerin alarm oluşturmaları, alarmin GPS yardımıyla ilgili birimlere ulaştırılması ve bu şekilde suç tespitlerinin yapılması söz konusudur. Bir nevi akıllı sistem kurulması ile suça karşı mücadele yapılmaktadır. Bilgi teknolojilerini kullanarak güvenliğin sağlanmasına çalışılmaktadır.⁶³

İsveç’teki suç araştırmaları göstermiştir ki kentsel bölgelerin yanı sıra kırsal kesimlerde de tedbirler alınması gereklidir. 1996 – 2007 yılları arasında suç eğilimleri hem kentsel hem de kırsal kesimlerde artış göstermiştir. Bilhassa kentsel bölgelerden daha çabuk ulaşılabilen, nispeten yakın kırsal alanlar ise gasp ve soygun gibi suçlarda potansiyel artış gösteren bölgelerdir. İsveç’te boşanma oranları ve genç erkek nüfus, suç eğilimlerini artıran faktörler arasında açık ara önde yer almaktadır.⁶⁴ Coğrafik alanlar ve yerleşimle birlikte popülasyon dağılımının suç eğilimleri üzerine olan etkisi ayrı bir araştırma konusu olarak karşımıza çıkmaktadır.

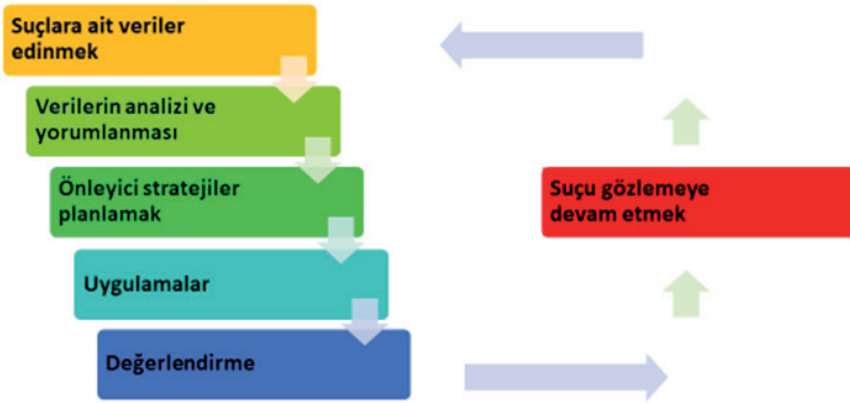
Sosyal gelişim modeli özellikle gençlerin suça yönelmesini önleyici nitelikte kapsamlı bir yaklaşımdır. Bu modelde sosyal kontrol teorisiyle benzer olarak sosyalizasyon (aile, akran, okul ve topluluklar) sürecinin önemi vurgulanmaktadır. Gençlerin yasalara uygun davranış becerilerini kazanması, olumlu davranışların pekiştirilmesi (ödüllendirilmesi), suça yönelik davranışlara ve akranlara sosyal bir duvar örülmesi teorinin ana hatlarını oluşturmaktadır. Bunlara ek olarak, bazı risk faktörlerinin problemlili ya da olumsuz davranışların sergilenmesine olanak sağladığı düşünülmektedir. Örnek olarak: Uyuşturucu maddeleri kolaylıkla elde etmek, ateşli silahlara ulaşabilmek, yasa ve normların suçu elverişli kılması, medyanın şiddeti ön planda tutması, aşırı ekonomik yoksunluklar, riskli davranışlar açısından ailevi yatkınlık, ailevi problemler ve çatışmalar, ebeveyn tutumları, ilköğretim başlangıcında akademik başarısızlık,

⁶³ Jin-ho Jeon, Seung-Ryul Jeong, “Designing a Crime-Prevention System by Converging Big Data and IoT”, Journal of Internet Computing and Services (JICS), 2016, Volume 17, Issue 3, s. 115-128.

⁶⁴ Vânia Ceccato, Lars Dolmen, “Crime in Rural Sweden”, Applied Geography, 2011, 31, s. 119-135.

ayrımcılık – yabancılaşma – asilik, problemlili arkadaş, problem davranışlarla çok erken yaşlarda karşılaşma, yapısal faktörler (heyecan arama davranışı, zarar vermeden kaçınmama, dürtü kontrolünde zayıflık) sayılabilmektedir.⁶⁵ Görüldüğü üzere özellikle de gençlerin suça yönelmesinde etkili olan birçok risk faktörü bulunmaktadır ve bu faktörlerin birçoğu hayati önem taşımaktadır. Bu yaklaşım ve bahsedilen risk faktörleri hakkında farkındalık oluşturmak, alınacak önlemler açısından oldukça katkı sağlayacaktır. Çocukluk ve gençlik dönemleri psikolojik, fiziksel ve sosyal olarak gelişimin hızlı bir şekilde ilerlediği dönemler olarak duygu, düşünce ve davranışların da ileriye yönelik şekillenmesinde çok büyük önem taşımaktadır.

Eklblom, suç önleme konusunda yaptığı çalışmalar neticesinde fayda sağlayacak çözümler getirebilmek adına suç önleme diyagramı oluşturarak konuyu ele almıştır. Bu diyagram suça ilişkin süreçlerde önleyici mekanizmaların çalışması açısından pratiklik sağlamaktadır. Bu beş aşamalı metodolojinin hayata geçirilmesinin suç önleme mekanizmalarına fayda sağlayacağı ifade edilmiştir.⁶⁶



Şekil 2. Eklblom'un önleyici süreç diyagramı.

Suç önleme stratejileri ve yöntemleri serinkanlılıkla düşünülmeli ve hazırlanmalıdır. Değerlendirme ve analiz etme hazırlık aşamasında çok önemlidir. Ancak geniş kapsamlı ve detaylıca hazırlık yapılan bir yaklaşım sonuçlar üzerinde başarıyı getirebilecektir. Suç önlemede etkinliği artırıcı, uygulama ve politikalara yönelik fayda sağlayıcı bazı öneriler ise şu şekilde sıralanmıştır:⁶⁷

⁶⁵ Gennaro ve ark., s. 446-447.

⁶⁶ Paul Eklblom, "Getting the Best out of Crime Analysis", Crime Prevention Unit: Paper 10, London: Home Office, 1988, s. 1-2

⁶⁷ Tilley, s. 183-186.

1. Başarılı bir suç önleme yeterince iyi, meseleye odaklanılarak seçilmiş bir teoriye dayanmalıdır.
2. Tüm suçlar detaylarına inildiğinde farklılık gösterir. Bu yüzden çözüme yönelik uygulamaların ne olacağı, konuyla ilgili farklılık ya da benzerliklerin saptanması ile mümkün olabilecektir.
3. Eski problemler yavaş yavaş değişmekte ve yenileri ortaya çıkmaktadır. Başarı sağlanması bu değişimin tanımlanması ve buna adapte olunmasına bağlıdır. Hatta ortaya çıkabilecek sorunları tahmin etmek ve etkisizleştirmeye ihtiyaç vardır.
4. Suçların beklenen hareketleri konusunda bilgilenmek, sürdürülebilir suç önleyici stratejiler açısından fayda sağlayacaktır.
5. Suçun ortaya çıkması için bazı koşulların oluşması gereklidir. Önleyici müdahalelerin bu koşullara odaklanması etkili olacaktır.
6. Her koşulda her zaman işleyen bir sistem yoktur. Teoriye dayalı ve suçla özgü çabalar spesifik suçların önlenmesinde "sihirli bir değnekten" daha etkilidir.
7. Suçlar çeşitli seviyelerde meydana çıkmaktadır; spesifik bir olay veya uluslararası tekrar eden durumlar olabilir. Önleyici çalışmalar her seviyede uygulanabilir olmalıdır.
8. Başarılı suç önleme, sorumluluk sahibi olan kişilerin bu işte yetkin olması, sorumlulukların geliştirilmesi ve akla yatkın, makul kararların verilmesiyle mümkündür.
9. Önlemlerin etkili ve başarılı olması için uygulamaların itinalı ve dikkatli bir şekilde seçilmesi gerekmektedir.
10. Tüm suç önlemleri etik konuları gündeme getirebilir. Suç önleme stratejileri ve taktikleri etik varsayımları gözetmelidir.
11. Suç önleyici yöntemlerin öğrenilmemiş olması önemli bir sorundur. Politika ve uygulamalara yönelik teorilerin test edilmesi, geliştirilmesi, ivme kaydetmesi için uygun araştırma ve programların oluşturulması gereklidir.

IV. FİZİKSEL MEKÂN VE ALANLARIN SUÇ DAVRANIŞI ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ – SUÇ VE ÇEVRE İLİŞKİSİ

Suç önleme açısından, çevre faktöründeki değişimler, suç davranışlarını azaltıcı bir etki göstermekte midir? Çevremizde yer alan binalar, yapılar, boşluklar, parklar vb. suç davranışlarını nasıl etkilemektedir? Fiziksel ve mekânsal değişimler davranışların değişimine de yol açabilir mi? Günlük hayatta alınacak bazı doğal tedbirlerin suç azaltıcı bazı sonuçlar ortaya koyacağı düşünülmüştür.

Marcus Felson, üniversite ve eğitim kurumlarının otopark alanlarında karşılaşılabilecek olası suçlara karşı önleyici tedbirler olarak: Gece çalışan personel ya da öğrenciler açısından araçlarını bina kapılarına yakın yerde park etmeleri, çok geniş alanlarda, ihtiyaçtan fazla olan park yerlerinin sınırlandırılması, otopark alanlarının net bir görüş açısına uygun olarak yapılması, otopark çevresindeki yeşilliklerin budanması, görüş engelleyici bitkiler dikilmemesi gibi bazı metotları sıralamıştır.⁶⁸

Sokakların aydınlatılması, yaya yollarının güvenli hale getirilmesi gibi çevresel ve fiziksel çevre koşullarında yapılan daha başka birçok düzenlemenin suça yönelik endişeleri azalttığı yönünde araştırma sonuçlarına da rastlanmaktadır. Özellikle ticari faaliyetlerin bulunduğu alanlardaki aydınlatma seviyelerinin artırılması soygunculuk gibi suçların azalmasına yönelik etkiler meydana getirmektedir.⁶⁹ Ayrıca çevrede başka insanların bulunması suç endişesi oluşmasına engel olan bir faktördür.⁷⁰ İyi tasarlanıp inşa edilmiş bina ve kamusal alanların insan sağlığı üzerindeki olumlu etkilerinin yanı sıra suç davranışını azaltıcı ve güven hissiyatını artırıcı etki gösterdiği ifade edilmektedir.⁷¹ Konut ve bina otoparklarının arka tarafta yer alması da araçlarla ilgili suçları artırıcı etki gösterdiği ifade edilmiştir ve bu yüzden otoparkların bina arkasına, aydınlatılmamış loş alanlara yapılmaması önerilmektedir.⁷² Bitki ve ağaçların yükseltmelerinin ayarlanması, beton duvar ve çitlerin düzenlenmesi ve yükseltmelerinin 2,5 metre civarında tutulması, çit ve duvarların iki tarafında da 3 metre kadar boşluklar bulunması gibi tedbirler de mekânsal suç önleyici faktörler açısından fayda sağlayacağı düşünülmektedir.⁷³

Çevresel ve mekânsal tasarımların suç davranışı üzerindeki etkileri üzerine farklı çalışmalar da bulunmaktadır. Bazı dizayn uygulamalarının suç ve suçlu davranışını azalttığı varsayılmaktadır. Bu bağlamda etkili uygulamalar yapabilmek için suç analizi, demografik veriler (şehir, semt nüfusu, planları vb.), alan kullanımı, gözlemler, şehir sakinleri ile görüşmeler gibi bilgilerin kullanılması gerekmektedir. Fiziksel mekânların / boşlukların kullanımı ve dizaynın bilinçli ve dikkatli bir şekilde insan düşünce ve davranışlarına uygun bir şekilde yapılması, verimlilik artışı ile birlikte problem davranışların azaltılması hedeflenmektedir.⁷⁴ Bazı çevresel düzenlemelerin de olumsuz ya da agresif

⁶⁸ Marcus Felson, *Crime and Everyday Life*, Thousand Oaks, CA, Sage, 1998.

⁶⁹ Gennaro ve ark., s. 73.

⁷⁰ Crowe, s. 248.

⁷¹ Rachel Armitage, *Crime Prevention Through Housing Design Policy and Practice*, Palgrave Macmillan, London, 2013, s. 68.

⁷² Armitage, s. 161-162.

⁷³ Lawrence J. Fennelly, Marianna A. Perry, "Crime and Crime Prevention Techniques", *Physical Security: 150 Things You Should Know (Second Edition) E-book, Part 3*, s. 97-113, Elsevier Inc., 2017.

⁷⁴ Timothy D. Crowe, *Crime Prevention Through Environmental Design*, Third Edition, Elsevier Inc., USA, 2013, s. 24-56.

davranışları önleyebilecek şekilde yapılabileceği düşünülmektedir. Mesela, küçük çocuklar ile yaşça büyük çocukların oyun ve spor alanlarının birbirine bitişik olmaması önerilmektedir. Bir basketbol sahası yanındaki çocuk oyun parkı arasına doğal bir bariyer, yükselti ya da park alanı gibi düzenlemeler iki bölge arasındaki mesafeyi ayarlayacak ve büyük çocukların olası diğer çocuklara olabilecek olumsuz müdahale ya da etkilerini en aza indirmeye yarayacaktır.⁷⁵

Çevrenin insan davranışı üzerindeki etkileri birçok faktör aracılığı ile meydana gelmektedir. Örneğin sıcaklık, ışık, basınç, ses, nem ve koku gibi faktörler ya da çevresel değişkenler insan davranışı üzerinde etki gösterebilmektedir. Dokunma, koklama, işitme, görme gibi duyumlarımız sürekli çevreden bir çeşit veri toplama sürecindedir. Güçlü ışıklandırmaların mağazalarda satışları artırdığı, bazı üretim tesislerinde verimlilik üzerinde olumlu etkiler gösterdiği bilinmektedir. Önemli olan bir nokta ise ışıklandırmanın insanı daha güvende hissettirmesidir. Aydınlatma hem psikolojik bakımdan hem de görüş alanı sağlama bakımından etkili olmaktadır. Bazı kapalı mekânlarda tavan yüksekliği dahi önem arz etmektedir. Alçak seviyedeki tavanlar davranışlar üzerinde baskılama etkisi gösterirken yüksek tavanlar dikkat ve hareketi uyarıcı bir eğilim oluşturmaktadır. Kule, minare ya da yüksek binalar insanların yolunu bulmalarına yardımcı olurken kaygılarını azaltmakta, mesafe algıları üzerinde etkili olmaktadır. Bazı alanların, mekânların saydam olmayan opak kaplamalar ile kaplanması o alandan geçmekte olan kişilerin görsel ilgisini çekmeyeceğinden, bu amaçla kullanılabilir; saydam, içgösterir malzemelerle kaplı alanlar ise görsel algılamalara açık olacaktır. Sanatsal ve kültürel değeri olan eserler ya da cadde-sokaklar, insanların kültürel özdeşleşme, sahiplik duygularını artırmakta, mekânlara olan bağlılığı ve kontrol algısı üzerinde olumlu etki göstermektedir.⁷⁶ Sokak aydınlatmalarının da suç önleme ve suç korkusunu azaltma konusuyla ilgili olarak hayati bir önemde olduğu ifade edilmiştir.⁷⁷ Nitekim fiziki güvenlik ve önleyici tedbirlerin alınması psikolojik güvenlik hissiyatına destek olmaktadır. Tabii ki bunlara ek olarak, kamera, güvenlik, kilit sistemleri, bariyer, kart okuyucu vb. ek tedbirler psikolojik olarak güvenlik algısının oluşmasında etkili olmaktadır.

Huzur ve güven oluşturulabilmesi için, iyi tasarlanacak ve yönetilecek fiziksel mekânların yanı sıra bireyleri sağlıklı bir toplumun bir üyesi olmaya yöneltecek yapıların ve suça karşı direnç gösterecek toplumların oluşmasına katkı sağlanması gerekmektedir. Bu şekilde sağlıklı bir mekânsal strateji ile birlikte sağlıklı ve güvenli bir psikolojik hissiyatın oluşumu mümkün görünmektedir.⁷⁸

⁷⁵ Crowe, s. 134-135.

⁷⁶ Crowe, s. 59-103.

⁷⁷ Crowe, s. 242.

⁷⁸ Shaw ve Travers, s. 158-159.

Olası risk faktörleri ile ilgili araştırmalar yoluyla sağlanan zengin bilgiler suç önleyici müdahaleleri geliştirmek için kullanışlı olacaktır. Sosyo - ekonomik bozulmalar, yetersiz ailevi bakım, okul problemleri, ailevi sorunlar, anti sosyal özellikler ve çocukluk döneminde olumsuz davranışlar gibi risk faktörleri, üzerinde çalışılması gereken önemli konulardır.^{79,80} Ayrıca ceza adaletine yönelik müdahalelerin akıl ve ruh sağlığı, iş performansı ve eğitim üzerinde kayda değer düzeyde etkisi olmaktadır. Bu etkiler sosyal boyutta meydana getirdiği sonuçlarıyla izlenmeli ve değerlendirilmelidir. İyi dizayn edilmiş ve test edilmiş bilgilere de dayanarak ceza adaletinin sosyal dünya üzerindeki etkileri üzerinde kapsamlı program ve çalışmaların yapılmasına ihtiyaç vardır. Aksi takdirde müdahalelerin istenmedik sonuçlarıyla karşılaşılabilir.⁸¹

V. CEZA VE PSİKOLOJİK BOYUTLARI

Günlük hayatta kurumlar, gruplar ve yöneticiler, bireyleri problemleri davranışlardan alıkoymak ve performansı motive etmek amacıyla birçok ödül ve ceza yöntemleri kullanmaktadırlar. Ceza genel olarak, cezalandırıcı veya cezalandırılanla direkt ilişkisi olsun ya da olmasın cezalandırmayı gözlemleyen kişileri de etkilemektedir. Suçlunun hak ettiği cezayı alması ise bu durumu gözlemleyen kişilerde güven duygusunu doğurmaktadır. Ancak suçlunun haddinden fazla ceza alması ise ters etki meydana getirmektedir. Kısacası, cezanın boyutu / derecesi insanların güven algısı ve duygusu üzerinde de etki göstermektedir. Bu bakımdan cezalandırıcı unsurun da güven duygusu üzerindeki etkisinden bahsedilebilir.⁸² Hukukun üstün olması ve icrası güven duygusunu etkilemektedir. İnsanların kanunlara uyulduğunu görmeleri de önemlidir. Kanunlara yaygın kitleler tarafından uyulmaması, hukuka karşı güvensizlik ve aldırma hissedilmesine yol açmaktadır.⁸³ Hukukun üstünlüğü ilkesi güven sağlayıcı bir ön şarttır ve hukuki keskinlik bu güvenin oluşmasına temel oluşturmaktadır. Ayrıca eşit muamele de hukuka ve adalete değer katmaktadır. Adaletli davranma, birbirine benzer olan vakalarda benzer muamelelerin olmasıdır ki bu da hukukun üstünlüğüne hizmet etmektedir.⁸⁴

Ceza, doğru uygulandığı takdirde istenmeyen davranış üzerinde kalıcı bir baskı oluşturabilir. Cezanın etkililiği ise cezanın aralıklı ya da bir gecikme ile

⁷⁹ Ronald Roesch, "Creating Change in the Legal System - Contributions from Community Psychology", Law and Human Behavior, 1995, Volume 19, No. 4, s. 325-343.

⁸⁰ Shaw ve Travers, s. 119-120.

⁸¹ Joan Mccord, "Cures That Harm: Unanticipated Outcomes of Crime Prevention Programs", The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, 2003, Volume 587, Issue 1, s. 16-30.

⁸² Long Wang, J. Keith Murnighan, "The Dynamics of Punishment and Trust", Journal of Applied Psychology, 2017, Volume 102, No. 10, s. 1385-1402.

⁸³ Toprak, s. 33.

⁸⁴ Toprak, s. 38-39.

verilmesi sebepleriyle önemli ölçüde azalır. Yani uygunsuz davranış ile ceza arasındaki süre çok önemlidir; vakit kaybı cezanın caydırıcılığı üzerinde olumsuz etki gösterir. Bir kişinin cezayı gerektiren bir davranışının, başlangıçta hafif düzeyde cezalandırılması, kişiyi daha sonraki cezaya karşı bağımsız hale getirir. Cezalandırılacak olan davranış bir kaçma tepkisi ise ceza, tepkide bulunmayı hızlandırır. Cezanın tutarlılığı, cezanın davranıştan hemen sonra gelmesi ve ilk cezanın şiddetli olması gibi faktörler cezanın etki düzeyini artırmasına yol açacaktır. İnsanlar cezayı ekseriyetle çok engellenmiş ve öfkeli olduklarında kullanma eğilimine girerler. Bu koşullar altında etkili cezalandırmaya ilişkin parametrelerin birçoğu ihlal edilmiş olduğu gibi davranışın üzerinde hiçbir yapıcı etki de ortaya çıkmayacaktır.⁸⁵ Bir anlamda olumsuz duygular cezanın işlevselliği üzerinde olumsuz yönde etki gösterebilmektedir. Verilecek cezanın hissedilen ya da içinde bulunan duygular nedeniyle değil gerçekten hak edilmiş suç davranışına yönelik tam bir eşleşmeyle verilmesi uygun olacaktır.

Caydırma etkisi, potansiyel suçlu kişi üzerinde korku duygusunu meydana getirmektedir. Bu etki, kişinin yaptırımdan korkması nedeniyle kendisini suç işlemesinden alıkoymada ortaya çıkmaktadır. Birçok suç araştırması, resmi yaptırımların doğurduğu göz korkutucu etki üzerine yapılmıştır. Bununla birlikte caydırıcı etki meydana getiren bazı resmi olmayan yaptırımlar da söz konusu olabilmektedir. Mesela, kurallara uyan diğer kişilerin tepki göstermeleri, disiplin tedbirleri, iş kaybı, izolasyona uğrama gibi informal faktörler özellikle de ergenler arasında kanunlara karşı gelme korkusundan daha güçlü bir etki meydana getirmektedir.⁸⁶ Caydırıcılık, ceza adaletinin temel noktasına hizmet eden bir suç önleme şeklidir.⁸⁷

Suç ile ceza arasındaki ilişkinin karmaşıklığı ve süreci etkileyen çok sayıda faktörün de olması nedeniyle ceza konusu titizlikle irdelenmelidir. Hangi suç davranışı hangi / ne tür ceza ile eşleştirilecektir, üzerinde dikkatle ve hassasiyetle durulması gereken bir husustur. Cezalandırma yöntemleri ve şiddeti her zaman tartışmaların da odak noktası olmuştur; bu çarpıcı eksenler daima göz önünde tutulmalıdır. Davranışlar ve sonuçlarının psikolojik boyutlarıyla ele alınması ise bu konuda etkili çözüm metotlarının geliştirilmesinde fayda sağlayacaktır.

Cezanın ne tamamen ortadan kaldırılması sağlanabilir ne de ceza ile tamamen sorunları çözebiliriz. Araştırmalar cezanın istenmeyen bir takım davranışları azaltmakta etkili olabildiğini göstermiştir. Fakat cezayı belirleme

⁸⁵ Michael Domjan, Koşullanma ve Öğrenmenin Temelleri, Türkçe'ye Çeviren Hakan Çetinkaya, Türk Psikologlar Derneği Yayınları No: 28, Ankara, 2004, s. 127-138.

⁸⁶ Maurice Cusson, "Situational Deterrence: Fear During The Criminal Event", Crime Prevention Studies, 1, s. 55-68.

⁸⁷ Steven P. Lab, Crime Prevention (Eighth Edition): Approaches, Practices, and Evaluations, Chapter 9 General Deterrence, Anderson Publishing is an imprint of Elsevier, Waltham, 2014, s. 173.

ve uygulama gerçekten mühim bir iştir. Ceza ile birlikte farklı psikolojik yaklaşımların ele alınması yerinde olacaktır.

VI. SUÇ ÖNLEMEDE FAYDA SAĞLAYACAK PSİKOLOJİK YAKLAŞIMLAR

Psikolojik iyilik hali, bireyin duygusal ve fiziksel gereksinimlerini anlaması ve yaşam biçimini bu gereksinimleri doyurmaya yönelik olarak düzenlemesini içeren bir kendine bakma sürecidir; en genel anlamıyla yaşamın birçok boyutunda iyi olma anlamına gelen ve bir dizi modelle açıklanan bir kavramdır.⁸⁸ İnsanın olumlu anılar geliştirmesi, özgüveninin yerinde olması, benlik değerinin olumlu olması uyum mekanizmalarını çalıştırmaktadır. Aristo sağlıklı psikolojik gelişim açısından bu kavramlar üzerinde durmuştur.⁸⁹ Aristo ve sonrasında birçok araştırmacı bilim insanı, insandaki psikolojik sağlık ve iyilik duygusunun hayatın anlamı açısından çok kıymetli değerler olduğundan bahsetmiştir.

Buna ek olarak, Aristo bazı problemlerden uzak kalmanın mutluluk ile mümkün olabileceğini ifade etmiştir. Mutluluğun bir erdem olduğunu ve diğer insanların da iyiliğini içeren bir kavram olduğunu belirtmiştir. Hatta insanın niyet ederek, yönelerek ve uzun süreli olarak hayatında uygulayarak bu “en iyi erdeme” ulaşabileceğini de vurgulamıştır. Aristo’ya göre mutluluk ve iyilik bir insan için çok değerli bir tercih meselesidir.⁹⁰ Aristo, iyilik halini mutluluğun bir parçası olarak görmüş ve “iyi insan olmanın” gerekliliği olarak, bu duyguların (mutluluk ve iyilik hali) da insanda bulunması gerektiğini savunmuştur.

Olumlu bir çocukluk döneminin görülmesi için şiddetten uzak ve tamamen güvenli bir ortamda, en azından bir aile büyüğü ya da otorite figürü gözetiminde bulunması gereklidir.⁹¹ Smith, genel olarak mutlu ailelerin suça yönelmeyeceğinden; yapıcı ve pozitif aile ilişkilerinin de bu konuda etkili olduğundan bahsetmektedir.⁹² Bu açıklama güvenli aile ilişkilerinin bir nevi suç davranışının ortaya çıkmasını engelleyen bir etki göstereceğinin işareti olarak yorumlanmaktadır. Toplumların adeta bir çekirdeği olan ailenin güvenli

⁸⁸ Fidan Korkut Owen, Dean W. Owen, “İyilik Hali Yıldızı Modeli, Uygulanması ve Değerlendirilmesi”, Uluslararası Avrasya Sosyal Bilimler Dergisi, 2012, Yıl: 3, Sayı: 9, s. 24-33.

⁸⁹ Hope May, Aristotle’s Ethics: Moral Development and Human Nature, Continuum International Publishing Group, London, 2010, s. 159-161.

⁹⁰ C. D. C. Reeve, Action, Contemplation, and Happiness: An Essay on Aristotle, Harvard University Press, Massachusetts, 2012, s. 225-236.

⁹¹ Cesar J. Rebellon, Murray Straus, “Corporal Punishment and Adult Antisocial Behavior: A Comparison of Dyadic Concordance Types and An Evaluation of Mediating Mechanisms in Asia, Europe, and North America”, International Journal of Behavioral Development, 2017, Volume 41(4), s. 503-513.

⁹² David J. Smith, “Changing Situations and Changing People”, Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention. Ed. / Andrew von Hirsch, David Garland, Alison Wakefield, Hart Publishing, Oxford, 2000, s. 147-174.

ortamı, bireyler için psikolojik anlamda güvenli ilişkilerin de ortaya çıktığı bir yer olarak önem taşımaktadır.

İyilik halini hayatına uygulayabilen kişiler bu şekilde üzüntü verici şeyler yerine neşeli ve keyifli meşguliyetlere yönelebilmektedir. Bunun sonucunda da bunalma ve yabancılaşma duygularının absorbe olmasıyla hem kendisi hem de toplum ile uyum haline geçmektedir. Bu uyum ise stres ve kaygı yerine rahatlamaya yol açmaktadır.⁹³

Sağlıklı toplumlarda bozukluklara, problemlili konulara tepki daha fazla gösterilmektedir. Toplumların sağlıklı ve sıhhatli bir yapı sahibi olması çok önemlidir. İnsanların münferit olumsuzluklara göstereceği duyarlılık ve tepki de öyle olsa gerek. Genel olarak suç mahiyetindeki davranışlar kabul görmemeli, toplum tarafından bunlar beslenmemeli bilakis suça karşı duyarlı ve dayanışma içinde hareket edilmesi gerekmektedir.

Araştırmalar göstermiştir ki övgü ve methetmek, davranış değişimi üzerinde kuvvetli etki gösteren bir etmendir; olumlu davranışların cesaretlendirilmesinde kullanılabilir. Olumlu pekiştirici ve cezaların davranışlar üzerinde etkisi vardır. Olumlu davranışların hızlı ve pozitif yönde ödüllendirilmesi, olumsuz ya da istenmeyen davranışların da azalması, suç ve ceza arasındaki ilişkinin anlaşılması ve hayata geçirilmesiyle mümkün olabilmektedir. Uzun dönemde davranış değişimi için de bu sistemin uygulanmasından istifade edilebilmektedir. Amerika'da psikologlar tehlikeli ve suçla ilgili davranışların azaltılması yönündeki çalışmalarda, davranış değişimi hedefleyen ödül ve ceza sistemini kullanmaktadırlar.⁹⁴

Çocukların gelişimi açısından, güzel bir çocukluk geçirmeleri ve kendi yetişkinlik dönemleri için iyi bir gelecek sağlamaları için olabilecek en iyi fırsatları onlara sunmak gerekmektedir.⁹⁵ Erken dönemlerde yaşanan olumsuz etkileşimler, çocuğun kötüye kullanımı ve ihmal gibi tutumlar kişinin sonraki dönemlerinde psikolojik olduğu kadar fizyolojik hastalıklara da yakalanma ihtimallerinin ciddi oranda artışına, biyolojik ömürlerinde ise kısalmalara sebep olmaktadır.⁹⁶ Bebeklik ve çocukluk döneminde bilhassa ilk 5 yılın psikolojik ve bedensel olarak gelişimde çok daha önemli olması nedeniyle, çocukların bu dönemlerini akıl ve ruh sağlığı açısından sağlıklı geçirmesi ve iyilik hallerinin

⁹³ Daniel M. Haybron, *The Pursuit of Unhappiness: The Elusive Psychology of Wellbeing*, Oxford University Press, 2008, s. 79-81.

⁹⁴ Jamie Chamberlin, "Crime and Punishment", *Monitor on Psychology*, 2009, Volume 40, No 9, Print version: page 52

⁹⁵ Gill Coverdale, "The Importance of Well-being in Children and Young People", *Journal of Public Mental Health*, 2017, Volume 16, Issue 3, s. 93-95.

⁹⁶ K. K. Ridout, M. Levandowski, S. J. Ridout, L. Gantz, K. Goonan, D. Palermo, L. H. Price, A. R. Tyrka "Early Life Adversity and Telomere Length: A Meta-analysis", *Molecular Psychiatry*, 2018, Volume 23, Issue 4, s. 858-871.

gözetilmesinin faydalı olacağı değerlendirilmiştir. Bu şekilde kısmen de olsa, yeni nesillerin olumsuz yaşam koşullarından ve suçtan etkilenmelerini minimum seviyelere indirmek, olumlu koşullar içerisinde daha sağlıklı bireyler olarak yetişmelerine zemin hazırlamak mümkün görülmektedir.

Ayrıca sosyo - ekonomik eşitsizlikler ve problemler çocuk ve ergenlerde psikolojik semptomlar ve bununla bağlantılı olarak benlik saygısının düşmesi, okul devamsızlıkları – okulu bırakma, kendine zarar verme, intihar girişimi gibi riskli ve sağlıksız bir takım duygu ile davranışların görülme sıklığını artırmaktadır. Bunlara ek olarak bu etkenler sigara, alkol, madde kullanımına yönelme, sağlıksız beslenme ve spordan uzaklaşma tarzında davranışlara da yol açabilmektedir. Bu tarz sağlıksız ve yıkıcı davranış eğilimleri, uzun vadede hem sosyal sıkıntıları hem de sağlık sorunlarını daha da artırmaktadır. Keza ailelerin çocuklarına yaklaşımı ve desteği açısından ihmalkârlık göstermesi de benzer nitelikte sorunların oluşmasına zemin hazırlayıp çocuk ve gençlerin riskli davranışlar açısından kırılganlığını artırmaktadır. Bu konu ile ilgili olarak ailelerin psikolojik sağlığına destek olmak ve sosyo – ekonomik boyutta katkılar sunmak, yapıcı politikalar olarak görülmektedir.⁹⁷ Ülkemizde yapılan bir araştırmanın sonuçlarına göre, özellikle aile fertlerinin çalışması sonucu denetimsiz kalan çocuklarda uyumsuzluk reaksiyonları olarak suç işleme eğilimi artış göstermektedir. Aynı şekilde sağlıksız ortamlarda yaşam mücadelesi içerisinde bulunan çocuklarda da suç işleme oranları yükselme eğilimi göstermektedir.⁹⁸

Durumsal bazı suç önleyici tekniklerin de suç ile ilgili fayda sağlayan uygulamaları içerdiği düşünülmektedir. Bu teknikler: ilgili komisyonların gayretlerini artırması, suç tespit edilme seviyesinin artırılması, suça yönelik ödül algısının azaltılması, provokasyonların azaltılması, mazeretlerin giderilmesi olarak sıralanmıştır. Bu yaklaşımların organize suçlar, kundaklama, sınır güvenliği, aile içi şiddet gibi suç ile ilgili konularda problemlerin azaltılmasına yönelik etkili olduğu değerlendirilmektedir. Bunlarla birlikte bazı suç önleyici tekniklerin başarılı olduğu da ifade edilmiştir. Bu tekniklerden bir kısmı; sokak aydınlatmalarının artırılması, sokak yazıları ve vandalizme ait izlerin hızlıca ortadan kaldırılması, banka ve ATM gibi para bulunan mekânların özel kamera ve görüntüleme ile izlenmesi, gece mekânları olan bölgelerde oluşabilecek problemlere yönelik güvenlik ekiplerine özel mesleki eğitim verilmesi, bazı önemli noktalarda daha fazla güvenlik elemanı bulundurulması

⁹⁷ Jillian Roberts, Angela Donkin, Michael Marmot, "Opportunities for Reducing Socioeconomic Inequalities in The Mental Health of Children and Young People – Reducing Adversity and Increasing Resilience", *Journal of Public Mental Health*, 2016, Volume 15, Issue 1, s. 4-18.

⁹⁸ Bilge Hapçıoğlu, M. Kenan Aysan, Övat Güray, "Çocuk Suçları ve Çevre", *Adli Tıp Dergisi*, 1995, 11 (1-4), s. 47-54.

olarak sayılabilir.⁹⁹ Suç önleme tekniklerinin etkili şekilde uygulanabilmesi için kültürel ve yerel manada değerlendirmelerin yapılmasında fayda görülmektedir. Yerel ya da mahallî bölgelere ait bilgiler, ihtiyaçlar, sorunlar net bir şekilde tespit edilip anlaşılmalıdır. Bu şekilde önlem ve tedbirler seçilmelidir. O bölge insanlarını suça yönelten, anti-sosyal davranışlara iten sebepler araştırılmalıdır. Suç azaltıcı stratejiler oluşturularak mücadele yolları aranmalıdır. Suçla mücadele edecek personelin de spesifik eğitimler alması sağlanmalıdır. Suç önlemeye yönelik inisiyatif ve stratejiler sürekli bir şekilde gözden geçirilerek tekrar tekrar değerlendirilmelidir.¹⁰⁰ Görüldüğü üzere psikolojik veya diğer birçok boyutta suçla mücadele emek ve zaman isteyen bir iştir. Ancak insanların bu konuda olabildiğince farkındalığının artırılması önleyici mekanizmaların işlerliğine katkı sağlayacaktır.

Okul temelli suç önleme programları oluşturmak, suç önlemede büyük fayda sağlamaktadır ve bu konuda büyük bir potansiyele sahiptir. Birçok suça yöneltici davranış, anti sosyal davranış ve kötüye kullanım durumları okul çağlarındaki çocuk ve gençlerde görülmektedir. Buna karşın öğrencileri eğitmek, öğretmenler için sınıf yönetim becerileri geliştirmek, cezalandırıcı disiplin stratejileri yerine olumlu davranışları pekiştirici stratejiler oluşturmak gibi metotlar suç üzerinde azaltıcı etki meydana getirmektedir.¹⁰¹

Evensel olarak insanın psikolojik ihtiyaçları yalın bir halde şu şekilde sıralanmaktadır: Sevilmek, dinlenilmek (dikkate alınmak), ait olmak, başarmak, umut, değer ve anlam sahibi olmak. Bu temel psikolojik ihtiyaçları içeren şartlar, hem sağlık üzerinde olumlu etki göstermekte hem de toplumların daha mutlu olmasına olanak sağlamaktadır.¹⁰² Böylelikle toplumsal güvenliğe, barışa ve refaha ulaşmak kolaylaşmaktadır.

Bilişsel davranışçı teknikleri içeren bireysel terapiler ve aile terapileri, hem gençler için hem de aileleri açısından fayda sağlamaktadır. Ayrıca ebeveynlik becerilerinin edinilmesi için ailelere verilen psikolojik destekler önemli olmaktadır. Bu şekilde aileler de çocuklarına daha çok ilgi ve dikkat gösterme yöntemlerini öğrenebilmektedirler. Ebeveynlerdeki madde kullanımı ve yetersiz ebeveynlik becerileri ise suç açısından önemli risk faktörleri olarak görüldüğünden bu konularda ailelere psikolojik desteklerin ulaştırılması da bir o kadar önem kazanmaktadır. Bunlar kadar akran davranışları da önemlidir.

⁹⁹ Adam Sutton, Adrian Cherney, Rob White, Crime Prevention, Cambridge University Press, Melbourne, 2008, s. 53-54.

¹⁰⁰ Sutton ve ark., s.121.

¹⁰¹ Lawrence W. Sherman, Denise Gottfredson, Doris MacKenzie, John Eck, Peter Reuter, Shawn Bushway, "Preventing Crime: What Works, What Doesn't, What's Promising", A Report to the United States Congress, s. 100-110, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.130.6206&rep=rep1&type=pdf>.

¹⁰² Martin Seager, "Towards a Public Health Psychology", Journal of Public Mental Health, 2012, Volume 11, Issue 3, s. 153-156.

Olumlu tutumların kazanılması çocuk ve gençlerde akranlarla olan ilişkilerle mümkün olabilmektedir. Bir suçtan korunma yöntemi olarak akran ilişkileri göz önüne alınması gereken konulardandır. Çeşitli risk faktörlerine karşı çocuk-genç, aileleri ve akran ilişkileri üzerindeki çalışmalar ve psikolojik müdahaleler etkili sonuçlar alınmasında kullanılabilir. Bu şekilde yürütülecek olan programlar, suç olmadan, daha sağlıklı bir yaşama ulaşmaya fırsat tanıyacaktır.¹⁰³ Çocuk ve gençlerin kültürel, sanatsal ve sosyal faaliyetlere yönelmeleri, katılmaları teşvik edilmelidir. Ayrıca sportif aktiviteler hem psikolojik hem de fiziksel gelişime katkı sağlamaktadır. Spor, sanat, kültürel etkinlik vb. konularla ilgilenen, vakit geçiren çocuk ve gençlerin suçtan uzak durdukları da bilinmektedir.

Robert Cloninger, geliştirmiş olduğu psikobiyolojik kökenli kişilik modelinde mizaç ile ilgili açıklamalarda bulunmuş, mizacın kalıtsal olmayan, algısal bellek izlerini içeren ve yaşamın erken yıllarında ortaya çıkan alışkanlık formları olduğunu ifade etmiştir. Cloninger mizacı: Yenilik arayışı, zarardan kaçınma, ödül bağımlılığı, ısrar etme olmak üzere dört boyutlu olarak ele almıştır. Cloninger'e göre karakter ise kişinin olgun bir insan olmaya doğru olan gelişim sürecindeki benlik anlayışını temsil etmektedir. Karakter boyutlarında da kendini idare etme, yardımseverlik ve kendini aşma yer almaktadır. Her bir karakter boyutu açısından, bireyler arasında daha çocukluk döneminde bazı farklılıklar gözlenebilmektedir ve bu gözlemler ergenlik ve yetişkinlik dönemlerine ait bazı özelliklerin kısmen de olsa tahmin edilmesine yardımcı olabilmektedir.¹⁰⁴ Diğer bir deyişle, insandaki mizaç ile karakter gelişimi çok önemli bir süreçtir ve yeterli irdelemeler yapıldığı takdirde birey gelişimi adına değerli ipuçlarını gösterecektir. Kişiliğin psikolojik sağlık ve iyilik hali üzerine olan etkisi de düşünüldüğünde mizaç ve karakter gelişimi daha da anlamlı hale gelmektedir. Çünkü yaşamın daha erken yıllarında olumlu duygularla iç içe ve olumsuz, yıpratıcı, zarar verici duygu ve davranış eğilimlerinden uzak bir şekilde büyüyecek olan çocuklar, sonraki yaşam dönemlerinde hayata daha bağlı, daha tatmin edici ve huzurlu koşullara yönelme ihtimalleri yüksek olacaktır.

Kohlberg bireysel ahlak gelişimi teorisi ile hem psikolojinin ahlaka bakışı açısından hem de psiko bilişsel açıdan geleceğe ışık tutmuştur. Psikolojik teorisine göre, kişi içsel ve doğal olarak bir anlam çıkarma ve anlam kazandırma açısı ile dünyaya bakmaktadır. Manevi – ahlaki düşünce merkezinde anlam kazanan bir benlik ve çevre ön plandadır. Kohlberg, adalet ve ahlakın bağlantılı

¹⁰³ Tori Deangelis, "Youth Programs Cut Crime, Costs", Monitor on Psychology, 2003, Volume 34, No. 7, Print version: page 48.

¹⁰⁴ C. Robert Cloninger, Dragan M. Svrakic, Thomas R. Przybeck, "A Psychobiological Model of Temperament and Character", Archives of General Psychiatry, 1993, Volume 50, No 12, s. 975-990.

olduğu, dünya hakkında felsefi bir adalet anlayışı ile birlikte kişinin sosyal muhakeme ve sorumluluğa da sahip olması gerektiğinden bahsetmektedir. Ahlaki gelişimin, ahlaki şartlar ve tercihler ile mümkün olabileceğini de vurgulamıştır. Kohlberg'e göre gelişim, ahlaki akıl yürütme ya da muhakeme etme ile beslenir ki bu durum bir ahlaki eğitim sürecidir; buna ek olarak ahlaki ortamlarda bulunmak da gelişimi beslemektedir. Altı aşamalı ahlaki gelişim teorisinde, kişi gelişimsel olarak sırayla tüm evreleri ilerlemektedir. Ayrıca farkındalık sadece zihinsel değil, aynı zamanda ahlaki, estetik, metafizik ve yaşamı yeniden anlamlandırma olarak düşünülmelidir.¹⁰⁵ Çocukluktan itibaren psikolojik ve ahlaki gelişimin önemi çok önemlidir. Bu bağlamda Kohlberg'in teorisinde yer alan gelişim basamakları daha anlamlı hale gelmektedir. Kişinin ahlaki değerleri edinmesi, doğru ve yanlış muhakeme edebilmesi, sosyal perspektif geliştirmesi gibi konularda bu teori ahlak ve hukuk bağlamında dikkate değer bir açıklama getirmektedir.¹⁰⁶ Bazı sınırlılıkları bulunsa da ahlaki gelişim teorisi, merkezinde insanı temel alması ve ekseninde ahlak, adalet ve psikolojinin bulunması bakımından günümüzde fevkalade önem taşımaktadır ve uygulanabilirliği üzerine düşünülmelidir. Kohlberg'in teorisi bireysel gelişimin yapı taşlarından bahsederken öte taraftan hukuki ve etik meselelere de temel bir bakış açısı kazandırmaktadır.

Düzyey 1: Gelenek Öncesi
Evre 1: Ceza – İtaat Yönelimi (cezadan kaçınma, sadece kendi iyiliği için)
Evre 2: Faydacı Yönelim (kendi ihtiyaçları açısından fayda sağlamak)
Düzyey 2: Geleneksel
Evre 3: Kişilerarası Uyum (diğer insanları hoşnut etmek için “iyi” olmak)
Evre 4: Kanun ve Düzen Yönelimi (sadece kendi faydası için değil toplumun iyiliği için de kurallara riayet etmek)
Düzyey 3: Gelenek Sonrası (Ötesi)
Evre 5: Sosyal Anlaşma Yönelimi (kanunlara saygı göstermek, sosyal uyum ve demokratik yaklaşım)
Evre 6: Evrensel Etik İlkeler (doğru düşünce ve davranışlar evrensel ve tutarlı etik ilkelerce tanımlanır; toplum içinde insanın saygınlığı, hak, adalet ve eşitlik önemlidir)

Tablo 2. Kohlberg'in 6 Evreli Ahlaki Gelişim Modeli (uyarlanmıştır)¹⁰⁷

¹⁰⁵ Ewa Nowak, Boris Zizek, Detlef Garz, Kohlberg Revisited, Sense Publishers, Rotterdam, 2015.

¹⁰⁶ John C. Gibbs, Karen S. Basinger, Rebecca L. Grime, John R. Snarey, “Moral Judgment Development Across Cultures: Revisiting Kohlberg's Universality Claims”, Developmental Review, 2007, Volume 27, Issue 4, s. 443–500.

¹⁰⁷ Judi Sture, “Moral Development and Ethical Decision Making”, On the Dual Uses of Science

Fairbairn'e göre, sağlıklı bir yetişkinlik için çocuk gelişim dönemlerinde çarpık bağımlılıklardan sıyrılmak gerekmektedir. Çocuk olgunlaşmak için, kendi adına kişi olarak sevildiğini hissetmeli ve kendi sevgisinin de kabul görüp değer verildiğine inanmalıdır.¹⁰⁸ Kernberg ise kuramında, kişilik gelişiminde temel vurguyu çocukluğun erken dönemlerinde, anne ve annelik işlevleri ile etkileşim içindeki hoşnutluk veren ya da vermeyen yaşantılara yapmaktadır. Bu yaşantıları saldırganlığın yapısal özelliğinin temel taşlarından birisi olarak görmektedir. Hoşnutluk vermeyen ve saldırganlık uyandıran yaşantıların çoğunluğu (ihmalkâr veya duygusal olarak soğuk anne, çocuğun bağımsızlığını tanımayan anne gibi), sağlıklı ve bütünleşmiş bir benliğin ve dolayısıyla ruhsal doyum veren yaşantı ve ilişkilerin geliştirilmesine engel olmaktadır.¹⁰⁹ Kişilik gelişiminin bebeklikten itibaren çocukluk ve sırasıyla ergenlik dönemlerinde hızlı bir şekilde ilerlediği bilinmektedir. Yetişkinlik çağında ise görece daha durağan bir kişilik gelişimi mümkün görülmektedir; kişiliğin gelişim hızı yaşa göre değişmektedir. Ayrıca kişilikteki değişimler bireye özgü gerçekleşmekte, kendi yaşam döngüsü ve olayları bu değişimin spesifik olarak meydana gelmesine yol açmaktadır.¹¹⁰ Bu bağlamda önemli olan nokta, kişiliğin erken yaşlarda çok daha hızlı ve kritik değişimlerle birlikte gelişim göstermeye başlaması ve bununla birlikte sonraki dönemlerde bu değişikliklere göre bir kişilik oluşumunun görülmesidir.

Sosyal açıdan ele aldığımızda duygular, sosyal etkileşim ile koordineli bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Kişi bir grup içerisinde bulunurken ya da grupla ilişkide iken duygularının yardımı ile kendi kimliğini ifade etme yoluna gitmekte ve kendi sınırlarını belirlemeye çalışmaktadır. Bazı duygular, sosyal ilişkiler esnasında birey davranışlarını etkilemektedir. Mesela utanma duygusu, hata yapmaktan kaçınma, bazı davranışlardan kaçınma ve sosyal açıdan uygun davranışlarda bulunma ile tanımlanabilir ve bu duygu bazı sosyal davranışları düzeltme / düzenleme açısından fayda sağlayabilir. Duyguların sosyal ilişkiler üzerindeki etkileri, insan ve çevre arasındaki etkileşimi meydana getirmektedir. Bilhassa olumlu ve yapıcı işlev gösteren duygular içsel motivasyon ile birlikte sağlıklı sosyal ilişkiler kurmamızı sağlarken, yıkıcı davranışlardan da uzak kalmamıza neden olacaktır.

and Ethics: Principles, Practices, and Prospects, ANU E-Press: Canberra, 2013, Chapter 7, s. 104.

¹⁰⁸ Aslı Day, "William Ronald Dodds Fairbairn (1889-1964)", *Psikanalitik Psikoterapiler: Temel Kavramlar, Kuramlar ve Yöntemler*, Editör Ali Algin Köşkdere, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayını, Ankara, 2011, s. 141-142.

¹⁰⁹ Ayten Dursun Sökücü, "Otto Kernberg (1923-) ve Nesne İlişkileri Kuramı", *Psikanalitik Psikoterapiler: Temel Kavramlar, Kuramlar ve Yöntemler*, Editör Ali Algin Köşkdere, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayını, Ankara, 2011, s. 167.

¹¹⁰ Brent W. Roberts, Daniel Mroczek, "Personality Trait Change in Adulthood", *Current Directions in Psychological Science*, 2008, Volume 17, Issue 1, s. 31-35.

Hem psikolojik hem de ahlaki gelişime katkı sunacak diğer bir faktör ise duygusal zekâ ve empatidir. Birçok yaklaşımda empati, sempati ve merhametin ahlaki düşünce ve davranışın anahtarı olduğu vurgulanmıştır.¹¹¹ David Hume (18. yy) - ünlü filozof, tarihçi ve yazar - çalışmalarında ahlaki muhakeme ve nedensel çıkarım kavramlarından bahsetmiştir. İnsanın sahip olduğu güdüler ve kişilik özellikleri, onu ahlaken iyi ya da kötü yapmaktadır. Ahlaklı davranmak için aynı zamanda rasyonel yani akla uygun davranmak gerekmektedir. Sevgi ve nefret “ahlaki duygusallık” tanımında temel duygulardır. Sempati ise diğer insanların duygularının ne olduğunu hissetmemizi ifade eden psikolojik bir mekanizmadır. Merhamet de güzellik duygusu ile alakalıdır. Hume, ahlaki çok önemli bir duygu olmasının yanı sıra bir erdem ve fazilet olarak tanımlamıştır.¹¹² Ahlak gelişiminde duyguların rolü büyüktür. Özellikle okul öncesi dönem çocuklarda bu gelişim başlamakta ve okul dönemince devam etmektedir. Bireyde kendi ahlak duygusu gelişirken öte yandan diğer insanların duygularını da fark etme ve değerlendirme yetisi de gelişebilmektedir. Bu gelişimde duygusal zeka etkili olmakta ve empati duygusu ile birlikte ahlaki gelişime de pozitif yönde katkı yapmaktadır.

Ahlaki gelişimin bilhassa empati duygusu ile bağlantısı yüksektir. Ahlaklı davranış, ahlaki muhakeme ile sosyal açıdan uygun davranışları getirmekteyken diğer yandan saldırganlık ve olumsuz dışavurumun azalmasına sebep olmaktadır. Bu noktada, kişide uyumlu ya da uyumsuz davranışın ortaya çıkmasında duygusal kendini düzenleme ve sempatik eğilimle birlikte otokontrol mekanizması etkili olmaktadır.¹¹³ Empati eksikliği ise psikopatlığın karakteristik bir göstergesi olarak bilinmektedir; ahlaki bir suç işlerken ya da kötü davranırken suçluluk duymama ve diğer insanların iyiliğine aldırılmama, önemsememe ile giden bir duygusal katılık ve duyarsızlıkla direkt bağlantılıdır. Empatinin sosyal bağlamda ahlaki bilişler ve bu şekilde de kişilerarası ilişkiler üzerinde etkili olduğu ifade edilmektedir.¹¹⁴ Sosyal olarak ahlak, insanların birbirlerine nasıl davranması gerektiği ile ilgilidir ki bu doğruluk, hak ve adalet kavramlarını da içermektedir. Ahlaki gelişimin çok küçük yaşlarda sosyal çevre ile temasın kurulmasıyla başladığı görülmektedir. Hatta bu gelişim süreci nöropsikolojik açıdan da araştırılmış, bu duyguların beyinde meydana gelen değişimlerle de izlenebilirliği sağlanmıştır. Ahlaki olgunluk için bazı bilişsel kabiliyetlerin de gelişmesi gerektiği vurgulanmıştır. Yaşamın

¹¹¹ Heidi L. Maibom, *Empathy and Morality*, Published to Oxford Scholarship Online, 2014.

¹¹² David Hume, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/hume/>.

¹¹³ Tracy L. Spinrad, Nancy Eisenberg, “A Developmental Psychology Perspective”, *Empathy and Morality*, by Heidi L. Maibom, Published to Oxford Scholarship Online, 2014.

¹¹⁴ Jean Decety, Jason M. Cowell, “Friends or Foes: Is Empathy Necessary for Moral Behavior?”, *Perspectives on Psychological Science*, 2014, Volume 9, Issue 5, s. 525-537.

erken yıllarından itibaren, davranışların ve bunların getirdiği sonuçların diğer insanlar üzerindeki etkilerin bu bilişsel kabiliyetler ve ahlaki muhakeme ile birlikte geliştiği belirtilmiştir.¹¹⁵ Bu nörobilimsel ve nörogelişimsel bakış açısı, ahlaki düşünce ve duyguların sosyal bağlar içerisinde nasıl değerlendirildiği ve geliştiğini göstermesi açısından fevkalade katkılar sunmaktadır.

Empati ve sempati, sosyal etkileşim ve sağlıklı olarak bir arada yaşamak için gerekli bileşenlerdir. Üst seviye psikolojik duygular olarak empati ve sempati, çocukluktan yetişkinliğe değin ahlak ve adalet duyguları için de anahtar rol oynamaktadırlar.¹¹⁶

Psikolojik yaklaşımlar, hem ana hatları hem de detayları ile suç önleme açısından çok kıymetli bilgiler sunmaktadır. Diğer bilimlerle birlikte psikolojinin etkin bir şekilde kullanılması, uygulamalara yansıtılması ve suç önleme stratejilerinin bu bilimsel temeller varlığında oluşturulması gerekmektedir. Ancak bu şekilde yapılacak olan uygulamaların efektif ve olumlu sonuçları gözlenebilir. Pratik alanda Türkiye’de ve dünyada birçok uygulamalar mevcuttur; bazı uygulama örneklerine göz atmak farklı bakış açıları edinmeyi sağlayacaktır.

VII. SUÇ ÖNLEMeye YÖNELİK ETKİN UYGULAMA ÖRNEKLERİ

Psikolojik ve diğer faktörlerin suç üzerindeki etki mekanizmaları anlaşıldığı takdirde suç önlemeye yönelik daha efektif uygulamalar da geliştirilebilmektedir. Makalenin bu kısmında çeşitli örneklemlerde hayata geçirilmiş bazı uygulamalardan bahsedilecektir. Bu şekilde, uygulanabilir formüller üzerinde çalışanlar için fikir oluşturmaya da olanak sağlayacağı düşünülmektedir.

Ergenliğin özellikle erken dönemleri suç ve yıkıcı davranışlar açısından çok önem taşımaktadır. Çocuk suçları ile ilgili yapılan araştırmalarda, çeşitli düzeylerde (bireysel, aile ya da okul temelli) yapılan suç önleyici müdahalelerin, problemleri davranışların azaltılmasında önemli oranda bir katkısı olduğu tespit edilmiştir. Ergenleri suça itici faktörler ile risk azaltıcı bazı unsurları tespit edilmeye çalışılmıştır. Sosyal ağlar bazında aile ve akranları ile zayıf ilişkiler kurma, bilişsel çarpıtmalar ve zayıf ebeveyn tutumları suça itici sebepler olarak sıralanmıştır. Uzman kişilerin ise bu sebepler üzerinde çalışarak iyileştirmeler yapması sağlanmaktadır. Motivasyonel Görüşme Teknikleri ve Bireysel Danışmanlık hizmetleri ile ergenlerin motivasyonu ve ilişkilerinin iyileştirilmesi için çaba sarf edilmektedir. Ayrıca uzmanlarca bilişsel

¹¹⁵ Jean Decety, Lauren H. Howard, “The Role of Affect in the Neurodevelopment of Morality”, *Child Development Perspectives*, 2013, Volume 7, Number 1, s. 49-54.

¹¹⁶ Jean Decety, Kalina J. Michalska, “Neurodevelopmental Changes in the Circuits Underlying Empathy and Sympathy from Childhood to Adulthood”, *Developmental Science*, 2010, Volume 13, Issue 6, s. 886–899.

çarpıtmaların giderilmesine yönelik uyguladıkları Bilişsel Yeniden Yapılandırma Metotları ve Etkili Öğrenme Stratejileri sayesinde problemleri davranışların azaltılması amaçlanmaktadır.¹¹⁷

Teknolojik kaynaklı suçlar gün geçtikçe hayatın içerisine daha çok girmektedir. Teknolojinin kullanımı arttıkça buna ilişkin suçların da giderek artış gösterdiği söylenebilir. Bu konuda teknolojiyle iç içe olan ve bir risk grubu oluşturan çocuk ve gençlerin bilhassa suçlar ve korunma yöntemleri hakkında bilgilendirilmeleri ve teknolojik araç gereçleri suça bulaşmadan kullanmaları hedeflenmelidir. Siber suçlara karşı yapılacak bilgilendirici eğitim ve seminerler suça karşı önleyici katkı sağlamaktadır. Örneğin 2018 Nisan ayında ODTÜ Koleji'nde "Bilişim Suçları ve Teknoloji Bağımlılığı" konulu bir panel düzenlenmiş ve çocuklar üzerinde farkındalık artışı sağlanmaya çalışılmıştır. Panelde bilgisayar eğitmeni akademisyen, bilişim hukuku uzmanı avukat, bilişim suçları uzmanı polis ve çocuklara yönelik siber suçlarla mücadele uzmanı bir psikolog konuşma yapmış ve farklı branşların ortak amaçla yaptıkları çalışmalar aktarılmıştır. Bu tür bilgilendirici eğitim ve seminerlerin özellikle de genç kuşak üzerinde, teknoloji kaynaklı suçların azaltılması konusunda faydalı olacağı ve bu tarz faaliyetlerin genele yayılması ile toplumsal bir farkındalık artışı meydana getireceği düşünülmektedir.

T. C. Adalet Bakanlığı, siber suçlarla mücadele kapsamında bazı faaliyetler yürütmektedir. Bunlardan birisi "Sanal Ortamda İşlenen Suçlar ve Siber Suçlarla Mücadele Avrupa Konseyi Projesi" dir. 2016 yılı itibarıyla Avrupa Birliği destekli olarak yürütülen bu projede, internet üzerinden işlenen suçlarla mücadele ve bölge ülkeleri arasındaki işbirliği ve kapasite artırılması hedeflenmiştir. Projede ele alınan bileşenler:

- Ulusal / uluslararası ölçekte siber dolandırıcılık ve siber suçlar alanında raporlama ve tespit mekanizmalarının işlerliğinin artırılması,
- Siber suçlar ve kara para aklama ile ilgili mevzuat son yıllarda önemli ölçüde güçlenmekle birlikte, mali soruşturma ve siber suç gelirlerinin müsadere usulünün geliştirilmesi,
- Bilişim suçlarına karşı alınan önlemler ve uzmanlaşmış siber suç birimlerinin, mali soruşturma / ekonomik suç birimleri ve mali istihbarat birimleri arasında işbirliğinin geliştirilmesi, kurumlar arası işbirliği protokolleri veya prosedürlerinin oluşturulması,

¹¹⁷ Sanne L. A. de Vries, Machteld Hoeve, Carlijn J. M. Wibbelink, Jessica J. Asscher, Geert Jan J. M. Stams, "A Randomized Controlled Trial of The Effectiveness of The Youth Crime Prevention Program 'New Perspectives' (NP): Post-treatment Changes and Moderator Effects", Children and Youth Services Review, 2017, 82, s. 413–426.

- Şüpheli işlemleri bildirmek zorunda olan mali sektör kuruluşlar riskleri değerlendirmek için kara para aklama ve ek kurallar ile ilgili göstergelerin güncellenmesi,
- Hâkim ve Cumhuriyet savcıları ile kolluk birimlerinin siber suçlar alanında bilgilerinin ve kapasitelerinin geliştirilmesi,
- Siber suçlar uluslararası işbirliğinin geliştirilmesi olarak belirlenmiştir.¹¹⁸

Bilişim teknolojisinin kullanımı ve bunlara olan bağımlılık toplumda daha da yaygınlaştığından, siber ortamda suçlular artık daha çok bilgisayar sistemlerini hedeflemektedirler. Fakat siber güvenlik unsurlarının ve çalışmalarının da aynı oranda gelişim göstermesi de suçla etkin mücadele için bir zorunluluktur. Bu çalışma bir anlamda bilgisayar sistemleri aracı kılınarak işlenen suçlarla mücadelede önemli bir adım teşkil edecektir. Proje kapsamında çeşitli ülkelerde belli konu başlıklarında çalıştaylar ve eğitim faaliyetleri icra edilmekte ve ilgili olduğu ölçüde Adalet Bakanlığı birimleri ve bilişim suç soruşturmalarında görevli Cumhuriyet savcıları tarafından bu faaliyetlere katılım sağlanmaktadır.¹¹⁹

Teknoloji bağımlılığının yanı sıra alkol ve madde bağımlılığı da özellikle gençlerde sıkça görülmeye başlanmıştır. Bağımlılıklarda tedavi ne kadar önemliyse bağımlılık oluşturan unsura ulaşmanın engellenmesi de o kadar önem arz etmektedir.

Uyuşturucu veya uyarıcı maddeler insanlar için tehlike oluşturduğundan, üretimden başlanarak, dağıtım ve satışına getirilen yasaklamalardaki amaç, toplum sağlığı nedeniyle bu maddelerin kullanımını önlemektir. Uyuşturucu maddeye ilişkin suçlarda hukuken korunmak istenen değer, fertlerin ve neticede toplumun sağlık ve huzurudur. Bu suçlarda cezalarının artırılmasının, suç işlenmesinin önlenmesinde caydırıcı etkisinin olduğu düşünülebilir. Bununla birlikte uyuşturucu veya uyarıcı madde ticaretine karışmayan, kullanıcı konumunda olan kişilerin cezalandırılması yerine, tedavi ve/veya denetimli serbestlik yöntemleri kullanılmak suretiyle topluma yeniden kazandırılmasının amaçlandığı görülmektedir.¹²⁰

2011 yılında Muş ilinde yapılan bir çalışmada çocuk ve ergenlerde adli psikiyatrik değerlendirmeler ve neticeleri ortaya konmuştur. Çalışmada adli psikiyatrik değerlendirme için doktora gönderilen çocuklar hakkında bazı bulgulara ulaşıp çocuklara yönelik çeşitli öneriler sunulmuştur. Bu

¹¹⁸ <http://www.cigm.adalet.gov.tr/adli-emanet-sisteminin-gelistirilmesi-01414>.

¹¹⁹ <http://www.cigm.adalet.gov.tr/adli-emanet-sisteminin-gelistirilmesi-01414>.

¹²⁰ İbrahim Keskin, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları", Adalet Dergisi, 2015, 52. Sayı, s. 1-16.

araştırmaya göre en sık suç olgusunun görüldüğü yaş 14'tür, en sık rastlanan suç ise hırsızlık olarak kaydedilmiştir. Çalışmada suça karışan çocukların eğitim düzeyleri ve suç türleri de incelmeye alınmıştır. Çocukların bu yaş döneminde kimlik oluşumunda rol modellerinin ve akran gruplarının etkisine dikkat çekilmiş, suça yönelme sebepleri açısından bölgedeki sosyo-ekonomik ve politik özelliklere vurgu yapılmıştır. Suç önleme açısından ise çocuklara iyi bir eğitim verilmesi, eğitimcilerle işbirliği yapılması, çocuklara ötekileştirilme hissiyatı yaşatılmaması, alternatif çocuk oyun ve yaşam alanlarının artırılması, spor müsabakalarının düzenlenmesi gibi uygulamaların fayda sağlayacağı ifade edilmiştir.¹²¹

Emniyet Genel Müdürlüğü, 2012 yılında, suça sürüklenmiş ya da risk altında olan çocuklara yönelik bir proje geliştirmiştir. İŞKUR ve TOBB ile işbirliği de yapılarak suça sürüklenmiş ya da risk altındaki çocukların tespit edilmesi, kayıtlarının tutulması, aileleri ile iletişim kurulması, bilgilendirme ve bilinçlendirme materyallerinin dağıtılması, TV ve radyo yayınlarının yapılması, iş ve meslek kurslarının düzenlenmesi, mesleki danışmanlık verilmesi, istihdam imkânları sağlanması gibi birçok hizmetin uygulanması amaçlanmıştır.¹²² Benzer bir başka projede ise 105 çocuğa mesleki kurs ve istihdam desteği verilmiştir. Proje ile suça sürüklenmiş çocukların belirlenen iş kollarından birine devamı sağlanarak kendi geleceklerini kazanmaları ve bu şekilde suçtan uzak kalabilmeleri amaçlanmıştır. Proje sonucunda çocukların bir iş sahibi olmaları açısından başarı oranı % 55 olarak ifade edilmiştir. İşe yerleştirilen çocukların çoğunluğunun ise sonraki dönemde suçtan uzak kalabildikleri de tespit edilmiştir.¹²³ Emniyet müdürlükleri bünyesinde yapılan bir başka çalışma ise madde bağımlılığına karşı Antalya'da 13-25 yaş gurubu çocuk ve gençlerine yönelik yürütülmüştür. Bu çalışmada yürütülen başlıca faaliyetlerden: Emniyet, Valilik, Milli Eğitim ve Belediye koordinatörlerine eğitim verilmesi, Psikolojik danışmanlara eğitim verilmesi, çalışma afişlerinin kent içerisinde ortak alanlarda asılması, öğretmen ve öğrencilere madde bağımlılığı hakkında eğitim verilmesi ve broşürler dağıtılması, madde bağımlısı olanların tespit edilerek ilgili sağlık kuruluşuna yönlendirilmesi, radyo programları ile halka yönelik bilgilendirme yapılması örnek olarak verilebilir.¹²⁴

¹²¹ Selma Tural Hesapçıoğlu, Habibe Yeşilova, "Muş'ta Çocuk-Ergenlerde Adli Psikiyatrik Değerlendirme", Suç Önleme Sempozyumu, Bursa Emniyet Müdürlüğü Yayınları No: 1, Bursa, 2011, s. 153-161.

¹²² Müslüm Sayli, "Emniyet Genel Müdürlüğü Projeli Çalışmaları Umut Yıldızı Proje Örneği", Suç Önleme Sempozyumu, Bursa Emniyet Müdürlüğü Yayınları No: 1, Bursa, 2011, s. 372-380.

¹²³ M. Burak Gönültaş, Ahmet Sağlam, "Çocuk Suçluluğunu Önleme Çalışmaları Adına Örnek Bir Proje: Yaşam Koçlarıyla Umut Yıldızı Projesi", Suç Önleme Sempozyumu, Bursa Emniyet Müdürlüğü Yayınları No: 1, Bursa, 2011, s. 398-407.

¹²⁴ Mehmet Erikoğlu, "Antalya Dost Eli Madde Bağımlılığını Önleme ve Sağlıklı Yaşam Bilinci",

Bilhassa çocuk suçları ile mücadele ve önleme çalışmaları çok önem taşımaktadır. Çocuk suçluluğunun önlenmesi suçun önlenmesinin kritik bir ögesidir. Gençler toplumda yasaya uygun ve yararlı etkinliklere kendilerini adayarak, bu tavra ve insancıl görünümlü bir yaşama uygun uğraş edinerek, suç üretmeye yönelik olmayan bir anlayış kazanabilirler. Çocuk suçluluğunun önlenmesi çabalarının ürünlerini vermesi için, tüm toplumca, ergenlik çağındakilerin kişilikleri göz önüne alınarak çocukluklarından itibaren coşkularını, yaşama sevinçlerini dışa vurmaları hoş görülerek ve desteklenerek uyum içinde gelişmelerinin sağlanması gerekir.¹²⁵

Adalet Bakanlığı bünyesinde çocuk adalet sistemi ile ilgili olarak 2009 yılında İrlanda'ya bir çalışma ziyareti gerçekleştirilmiştir. Ziyarete hâkim ve ilgili yöneticilerin yanı sıra psikolog ve diğer uzman personel de katılmıştır. Böylelikle çeşitli uygulamalar gözlenmiş, suç ve mağdur konusunda katkı sağlayacak bazı sonuçlara varılmıştır. Bu sonuçlardan bazıları:

- Ülke genelinde çalışan sivil toplum kuruluşları ve yardım kuruluşları belirlenmeli suçlu ve mağdurlarla ilgili çalışma yapmaları konusunda cesaretlendirilmeli,
- Suç alanında çalışan sivil toplum kuruluşları ile iletişime geçilmeli, desteklenmeli (bütçeden pay ayrılmalı) ve bu alanda çalışacak yeni kuruluşların kurulması özendirilmeli,
- Mağdurlarla suçluların aynı birimlerde karşılaşmalarını önlemek için fiziksel düzenlemeler yapılmalı, ayrı birimler kurulmalı ya da var olan birimlerin olanakları artırılmalı,
- Polis teşkilatı, sağlık kurumları... gibi ilgili kurumlar mağdur hizmetleri konusunda bilgilendirilmeli ve gerekli yasal düzenlemeler yapılmalı,
- Adliyelerde mağdur ve tanıklar için gerekli düzenlemeler yapılmalı... olarak sıralanmıştır.¹²⁶

Suç Önleme Sempozyumu, Bursa Emniyet Müdürlüğü Yayınları No: 1, Bursa, 2011, s. 414-415.

¹²⁵ Çocuk Suçluluğunun Önlenmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Yönlendirici İlkeleri (Riyad İlkeleri), Uluslararası Çocuk Mevzuatı, Ankara, 2013, I. Temel İlkeler Madde 1 ve 2, s. 25.

¹²⁶ Çocuk Adalet Sistemi ve Suç Mağdurlarına Yönelik Hizmetler, 11-15 Mayıs 2009 Kuzey İrlanda Alışma Ziyareti Raporu, T. C.

Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı, 2009, s. 1-39.

Bu şekilde ve benzeri çalışma ziyaretleri ile karşılıklı görüş alışverişlerinin suç önleme konusunda çok önemli katkılar sağlayacağı düşünülmektedir. Özellikle de yurt dışı farklı ülkelerde uygulanmakta olan hizmet ve yaklaşımların gözlenmesi, fayda sağlayacak uygulamalar geliştirilmesine ön ayak oluşturacaktır.

Farklı bir suç önleme uygulaması ise Berkeley University of California’da (ABD) görülmektedir. Üniversitenin kampus güvenliğini sağlamak ve öğrencilerinin çeşitli suçlara karşı farkındalığını artırmak amaçlı bilgilendirici bir web sitesi bulunmaktadır. Bu site içerisinde farklı suç tiplerine karşı alınabilecek tedbirler, suça karşı kişisel korunma yöntemleri, acil durumlarda ulaşılabilecek birimler, polise ait iletişim ve irtibat kanalları gibi birçok bilgi yer almaktadır.¹²⁷ Üniversite bu şekilde hem bireysel hem de kampus tabanlı güvenlik sağlayıcı hedefler üzerindeki stratejilerini ortaya koymaktadır.

Avustralya’nın Melbourne şehri Pakenham bölgesinde kamu güvenliğini artırıcı önlemler mahiyetinde, bir parka yeni ve yüksek çözünürlüklü kameralar (11 Adet) takılmıştır. Kameraların polis tarafından izlenirliği sağlanmıştır. Bu şekilde, özellikle suç açısından sıcak bölge olarak değerlendirilen park alanında anti-sosyal davranışların ve suçun azaltılması sağlanırken diğer yandan halkın güvenlik algısı artmıştır. Alandaki kriminal olaylarla bağlantılı kişilerin tespit edilme işlemi de kolaylaşmıştır. Güvenliğin artması zamanla bölgede popülerite artışını da beraberinde getirmiştir.¹²⁸

Birleşmiş Milletler desteği ile Dominik Cumhuriyeti’nde 2018 yılı içerisinde gençlerde madde kullanımı, şiddet ve suça karşı direnç oluşturma, beceri edinme ve sosyal gelişimi artırmaya yönelik çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmalar kapsamında spor koçları, beden eğitimi öğretmenleri ve diğer eğitimler görev almış; gençler, yaşam becerilerini artırma, problem çözme, sosyal baskıya karşı direnme, kaygı ile baş etme, etkili iletişim kurma gibi konularda oluşturulan eğitim setleri ile programlara dâhil edilmiştir. Suça karşı sportif faaliyetlere ve eğitimlere alınan gençlerin, aynı zamanda riskli ve anti-sosyal davranışlardan uzak kalmaları hedeflenmiştir.¹²⁹

Global olarak kentsel anlamda suç önlemeye yönelik çalışmalardan birisi bazı uluslararası kuruluşlar ve Birleşmiş Milletler desteğiyle oluşturulan “Güvenli Şehirler” projesidir. Farklı ülkelerin farklı şehirleri arasında benzer sorunlara çareler arama ve dünya çapında işbirliği ve güç sağlama hedefi ile

¹²⁷ UC Berkeley, Crime Prevention Strategies and Services, <https://ucpd.berkeley.edu/crime-prevention-strategies-and-services>.

¹²⁸ “New high-definition CCTV cameras are improving safety at Bourke Park in Pakenham”, <https://www.crimeprevention.vic.gov.au/news-and-events/new-cctv-cameras-boost-safety-in-pakenham>.

¹²⁹ “Crime Prevention Through Sports”, United Nations Office on Drugs and Crime, <http://www.unodc.org/dohadecaration/en/topics/crime-prevention-through-sports.html>.

ortak bir adım atılmış, çeşitli uygulamalar hayata geçirilmiştir. Suç önleyici ve güvenlik sağlayıcı 100 farklı uygulama örneği raporlandırılmış ve paylaşımına açılmıştır.¹³⁰ Güvenli şehirler için uygulamalar raporu, bu şekilde farklı uygulama örnekleri ile temel bir referans kaynağı olarak görülebilir.

Aynı şekilde global ölçekte Dünya Sağlık Örgütü (WHO) açıklamalarına göre, dünyada her yıl 1,4 milyon (günlük 3800'den fazla) insan şiddet nedeniyle hayatını kaybetmektedir. Birçok insan ise şiddet sonrası fiziksel, cinsel, ruhsal ve üreme sağlığı gibi çeşitli problemler nedeniyle zarar görmektedir. Bunun yanı sıra ekonomik zararlar da yüklü miktarlara ulaşmaktadır. Yoksul ülkelerde şiddet sebebi ile oluşan ölüm oranları diğer ülkelere göre yüksek görülmektedir. Şiddetin uzun dönemli sonuçları ise sadece bedensel sorunlar değil depresyon, psikolojik rahatsızlıklar, intihar teşebbüsleri, ağrı sendromları, istenmeyen gebelikler, aşırı alkol tüketimi, sigara bağımlılığı ve risk içeren cinsel davranışlar gibi sıkıntıları içerebilmektedir; şiddet çok daha uzun vadede ise kanser, kalp hastalıkları ve cinsel yolla bulaşan enfeksiyonlar gibi kronik hastalıklara da yol açmaktadır.¹³¹

Dünya Sağlık Örgütü şiddetle mücadele programları üzerinde çalışmaktadır. 133 ülke ile işbirliği yaparak, kişilerarası şiddet, çocuklara kötü muamele, cinsel şiddet ve yaşlıların istismarı gibi konularda mevzuat güçlendirme, yasaların uygulanması ve şiddet mağdurlarına yönelik hizmetlerin artırılmasına yönelik uygulamalarda çaba sarf edilmektedir. Bu bağlamda Dünya Sağlık Örgütü:

1. Çocuk ile ebeveynleri (bakım verenleri) arasındaki ilişkide güven oluşturma, bu güveni sürdürme ve beslemek,
2. Çocuk ve ergenlerin yaşam becerilerini geliştirmek,
3. Alkole ulaşma ve zarar verici kullanımının azaltılması,
4. Silah ve bıçak elde etmenin azaltılması,
5. Kadına karşı şiddeti önlemek için cinsiyet eşitliğini teşvik etmek,
6. Şiddeti destekleyen sosyal ve kültürel normları değiştirmek,
7. Mağdurların tespit edilmesi; bakım ve destek programları olmak üzere yedi temel stratejiye odaklanmıştır.¹³²

¹³⁰ 100 Promising Practices on Safer Cities: Collation of Urban Safety Practices, Produced by Naomi Williams, 2014, s. 1-218.

¹³¹ 10 facts about violence prevention, World Health Organization, updated 2017, <http://www.who.int/features/factfiles/violence/en/>.

¹³² Global Status Report on Violence Prevention 2014, WHO Library Cataloguing-in-Publication Data, World Health Organization, Printed in Luxembourg, 2014, s. vii-viii.

Dünya Sağlık Örgütü'nün suç ve şiddet önleme kapsamındaki çalışmalarından bir kısmı da spesifik şekilde:

- Uzmanlarca ev ziyaretleri de içeren ebeveyn eğitimleri
- Ebeveyn - çocuk programları düzenlemek
- Okul öncesi programları zenginleştirmek
- Çocuk ve ergenler için sosyal gelişim programları
- Alkol satışlarını düzenlemek
- Alkol fiyatlarını artırmak
- Alkol içilen ortamları düzenlemek / iyileştirmek
- Ateşli silah lisanslama ve edinimini kısıtlamak
- Halk arasında ateşli silah taşıma konusunda yasakları güçlendirmek
- Toksik maddeleri yasaklamak ya da kısıtlayıcı politikalar geliştirmek
- Cinsel norm ve tutumları anlatan okul temelli programlar oluşturmak
- Yaşam becerilerini artırıcı programlar düzenlemek
- Sosyal normları düzenleyici içerikte sosyal sunumlar yapmak
- Mağdurlara hukuki destek programları oluşturmak
- Psikososyal müdahaleler olarak sıralanabilir.¹³³

VIII. İLERİ TAVSİYELER

Suç önlemenin bireysel açıdan önemine dikkat çekilmişti ancak bu konu bilhassa çocuk ve ergenler bakımından çok daha fazla önem arz etmektedir. Psikolojik gelişim süreci insanın doğumundan hatta anne karnından itibaren başlamaktadır. Anne ve baba başta olmak üzere diğer bakım verenlere bu noktada büyük bir rol düşmektedir ki sağlıklı bireylerin gelişimi mümkün olsun. Bu şekilde sağlıklı topluma doğru da bir ilerleyiş sağlanabileceği düşünülmektedir. Bunun yanı sıra sosyal ortam ve kültürel yaşantı da önemli etkenlerdendir. Bu bağlamda sağlıklı, birey gelişimine uygun ve güvenli bir çevre otomatikman olumsuz ve suça yönelik davranış tetiklenmesine hazır bir zemin oluşturmayacaktır. Bir yandan kültürel yozlaşmanın önüne geçilmesi gerekli iken diğer yandan insanların kendilerini olumlu yönde ifade edebilecekleri, bireysel ve toplumsal gelişime katkı verebilecekleri alanların oluşturulması ve çoğaltılmasına ihtiyaç olduğu kaçınılmaz bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu şekilde insanların üretkenliği de ortaya çıkacaktır. Üretken kişi ise kendisini daha verimli ve değerli hissedecektir. Bireysel ve toplumsal değerlere sahip çıkılması ve korunması da bu konuda katkı sağlayacaktır. Ayrıca bireylerin kimlik oluşumu ve gelişimi çok önemlidir. Özellikle gençlerin kimlik gelişimi önemsenmeli, gençler değer görmeli; gençlerin topluma adapte olması ve sağlıklı bireyler olarak hayata atılmasına yönelik programlar

¹³³ Violence Prevention: The Evidence, World Health Organization, Malta, 2010, s. 4.

teşvik edilmelidir. İnsanlar arasındaki birlik beraberlik duygularını artırıcı söylem ve eylemler ise daha yaşanabilir, huzurlu ve güvenilir ortamların oluşmasına fırsat tanıyacaktır. Hoşgörü anlayışı ve uyum psikolojisinin toplum içerisinde yaygınlaştırılmasına yönelik çalışılmalıdır. Ayrıştırıcı değil birleştirici politikalar izlenmelidir. Her ne bağlamda olursa olsun ayrımcılığın önüne geçilmesi, insanlara adaletle davranılması, adalete ve genel olarak toplumsal güvene olan bakışı kuvvetlendirecektir. Tüm bu tavsiyeler, hem bireysel hem de toplumsal temelde, toplum ve insan psikolojisinin sağlıklı olmasına fayda sağlayacak yöndedir. Unutulmamalıdır ki güvenli toplumlar sağlıklı ve güvenilir insanlar tarafından meydana gelmektedir.

SONUÇ

Suç davranışını yalnızca bir ya da iki faktör ile açıklamaya çalışmak mümkün değildir. Çok daha kompleks bir konu olarak suç, basite indirgenerek açıklanmaya çalışılırsa bu doğru bir yaklaşım olmaz.¹³⁴ Suç önleme, çok sektörlü, birçok disiplini ilgilendiren, entegre çabaları içermektedir.¹³⁵

Çeşitli ve çok sayıda risk faktörü üzerinde durulsa da suç davranışı ile bu faktörler arasında direkt bir sebep – sonuç ilişkisinden bahsetmek de kolay değildir. Suç ve suçlu davranışı üzerinde daha çok bilimsel çalışmaya ihtiyaç duyulduğu açıktır. Bu çok boyutlu ve kompleks bileşenler içeren konuda psikolojik boyutta yapılan çalışmaların da bu alana katkı sağlaması beklenmektedir. Suç ve suçlu davranışlarını belki tamamen önlemek de mümkün olmayabilir ancak amaç, suçu en aza indirmenin yollarını aramak ve bu bağlamda fayda sağlamaktır. Bununla birlikte insanların psikolojik olarak güvenlik ihtiyacını karşılayabilecek faktörler açısından araştırma ve değerlendirmelerin de katkısı olacağı düşünülmektedir. Geliştirilecek çeşitli politikalar vasıtasıyla hem bireysel hem de toplumsal düzeyde, kırılganlık, bölünmüşlük ve güvensizliklerin azaltılması, güvenin tesis edilmesi, böylelikle de yaşam kalitesinin artırılması hedeflenmelidir. Nitekim yaşam kalitesi yüksek, sağlıklı ve güvenli toplumlarda birey gelişimi de sağlıklı olabilmektedir.

Suç davranışı üzerine odaklanmak, zarar ve kayıp önleyici müdahaleleri devreye sokmak gerekmektedir. Bu konuda etraflıca düşünmek, başarı getirecek projeler ve çalışmalarla kararlı ve planlı bir şekilde hareket etmek ile ancak yıkıcı davranışları engelleyebilecektir. Suç ile mücadele sadece polis ya da güvenlik görevlilerin yapacağı bir iş değildir.¹³⁶ Suç ile ilgili derinlemesine analiz, planlama ve stratejilerin geliştirilmesine, uzun dönemli çalışmaların yapılarak karar vericilere sunulmasına ihtiyaç olduğu düşünülmektedir. Bu

¹³⁴ Pakes ve Pakes, s. 7.

¹³⁵ Crime Prevention, United Nations Office on Drugs and Crime, <https://www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/CrimePrevention.html>.

¹³⁶ Crowe, s. 124-125.

konuda ailelerin, politikacıları, hukukçuların, eğitimcilerin, bilim insanlarının gayret göstermesine ihtiyaç vardır. Ayrıca ahlaki gelişimin önemi derinlemesine kavranarak insanları suça yönelik davranışlara iten faktörler konusunda farkındalık sağlanmalıdır ve bu şekilde toplumsal ve ailevi tutum ve tavırlarda beklenen yönde yansımalar gözlenebilir hale gelmelidir. Özetle, karar verici ve uygulayıcılar, hem birey hem de toplumu suçtan arındırıcı faaliyetlerini, onlarla birlikte ve işbirliği içinde yürüttükleri takdirde başarıya ulaşabilecektir.

“Önleme, adaletin en temel, en öncelikli zorunluluğudur.”¹³⁷

KAYNAKÇA

Kitaplar - Makaleler

Armitage Rachel, *Crime Prevention Through Housing Design Policy and Practice*, Palgrave Macmillan, London, 2013.

Beaver Kevin M., Connolly Eric J., Nedelec Joseph L., and Schwartz Joseph A., *On the Genetic and Genomic Basis of Aggression, Violence, and Antisocial Behavior*, Oxford Handbook of Evolution, Biology, and Society, Oxford Handbooks Online, 2018.

Birch Philip, “Primary Person-Based Crime Prevention: an Australian Case Study”, *Journal of Forensic Practice*, 2016, Volume 18, Issue 4, s. 301-305.

Boulton Alan A., Baker Glen B., Adams Ralph N., *Neuromethods: Voltammetric Methods in Brain Systems*, Humana Press, Totowa, New Jersey, 1995.

Braga Anthony A., Weisburd David, Turchan Brandon, “Focused Deterrence Strategies and Crime Control: An Updated Systematic Review and Meta-analysis of the Empirical Evidence”, *Criminology & Public Policy*, Volume 17, Issue 1, s. 205–250.

Briggs Daniel, Suárez Jorge Ramiro Pérez, Verdugo Raquel Rebeca Cordero, “From Crime Science to the Crime of Science”, *Safer Communities*, 2018, Volume 17, Issue: 1, s. 22-32.

Budak Selçuk, *Psikoloji Sözlüğü*, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 2005.

Buonanno Paolo, Drago Francesco, Galbiati Roberto, Vertova Pietro, “How Much Should We Trust Crime Statistics? A Comparison Between EU and US”, *European Journal of Law and Economics*, 2017, s. 1-15.

¹³⁷ “The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post Conflict Societies”, Report of the Secretary-General, United Nations, S/2004/616, s. 4

Cantürk Gürol, Nergis Cantürk, "Suçlu Profili", *Adli Tıp Dergisi*, 2004; 18, 2, s. 27-37.

Ceccato Vânia, Dolmen Lars, "Crime in Rural Sweden", *Applied Geography*, 2011, 31, s. 119-135.

Chamberlin Jamie, "Crime and Punishment", *Monitor on Psychology*, 2009, Volume 40, No. 9, Print version: page 52.

Cloninger C. Robert, Svrakic Dragan M., Przybeck Thomas R., "A Psychobiological Model of Temperament and Character", *Archives of General Psychiatry*, 1993, Volume 50, No 12, s. 975-990.

Cloninger C. Robert, Christiansen Karl O., Reich Theodore, Gottesman Irving I., "Implications of Sex Differences in the Prevalences of Antisocial Personality, Alcoholism, and Criminality for Familial Transmission", *Archives of General Psychiatry*, 1978, Volume 35, No 8, s. 941-951.

Crawford Adam, *Crime Prevention Policies in Comparative Perspective*, Willan Publishing, UK, 2009.

Crowe Timothy D., *Crime Prevention Through Environmental Design*, Third Edition, Elsevier Inc., USA, 2013.

Cusson Maurice, "Situational Deterrence: Fear During The Criminal Event", *Crime Prevention Studies*, 1, s. 55-68.

Çırakoğlu Emre, "Şizofreni Hastalarında Dürtüsellik ve Suç İşlemeye Etkisi", 52. Ulusal Psikiyatri Kongresi Sunum Özetleri, Antalya, 2016, s. 63.

Deangelis Tori, "Youth Programs Cut Crime, Costs", *Monitor on Psychology*, 2003, Volume 34, No. 7, Print version: page 48.

Decety Jean, Cowell Jason M., "Friends or Foes: Is Empathy Necessary for Moral Behavior?", *Perspectives on Psychological Science*, 2014, Volume 9, Issue 5, s. 525-537.

Decety Jean, Howard Lauren H., "The Role of Affect in the Neurodevelopment of Morality", *Child Development Perspectives*, 2013, Volume 7, Number 1, s. 49-54.

Decety Jean, Michalska Kalina J., "Neurodevelopmental Changes in the Circuits Underlying Empathy and Sympathy from Childhood to Adulthood", *Developmental Science*, 2010, Volume 13, Issue 6, s. 886-899.

Doğan Erdal, *Hitit Hukuku: Belleklerdeki Kayıp*, Güncel Yayıncılık: 320, İstanbul, 2008.

Domjan Michael, Koşullanma ve Öğrenmenin Temelleri, Türkçe' ye Çeviren Hakan Çetinkaya, Türk Psikologlar Derneği Yayınları No: 28, Ankara, 2004.

Engel Robin S., "Focused Deterrence Strategies Save Lives, Introduction and Discussion of an Updated Systematic Review and Meta-Analysis", *Criminology & Public Policy*, Volume 17, Issue 1, s. 199-203.

Farrington David P., Jolliffe Darrick, "Personality and Crime", *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences (Second Edition)*, Elsevier Ltd., UK, 2015.

Fears Scott C., Reus Victor I., "Bipolar Disorder", *Rosenberg's Molecular and Genetic Basis of Neurological and Psychiatric Disease (Fifth Edition)*, Academic Press is an imprint of Elsevier, UK, 2015.

Felson Marcus, *Crime and Everyday Life*, Thousand Oaks, CA, Sage, 1998.

Fennelly Lawrence J., Perry Marianna A., *Physical Security: 150 Things You Should Know (Second Edition)* E-book, Elsevier Inc., 2017.

Gibbs John C., Basinger Karen S., Grime Rebecca L., Snarey John R., "Moral Judgment Development Across Cultures: Revisiting Kohlberg's Universality Claims", *Developmental Review*, 2007, Volume 27, Issue 4, s. 443–500.

Hapçioğlu Bilge, Aysan M. Kenan, Güray Övat, "Çocuk Suçları ve Çevre", *Adli Tıp Dergisi*, 1995, 11 (1-4), s. 47-54.

Haybron Daniel M., *The Pursuit of Unhappiness: The Elusive Psychology of Wellbeing*, Oxford University Press, 2008.

Hirsch Andrew von, Garland David, Wakefield Alison, *Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention*, Hart Publishing, Oxford, 2000.

Hume David, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/hume/>.

İnalçık Halil, Arı Bülent, Sarıtaş Selim, *Adalet Kitabı*, Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2015.

Jeon Jin-ho, Jeong Seung-Ryul, "Designing a Crime-Prevention System by Converging Big Data and IoT", *Journal of Internet Computing and Services (JICS)*, 2016, Volume 17, Issue 3, s. 115-128.

Keltner Dacher, Haidt Jonathan, "Social Functions of Emotions at Four Levels of Analysis", *Cognition & Emotion*, 1999, Volume 13 (5), s. 505-521.

Keskin İbrahim, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları", *Adalet Dergisi*, 2015, 52. Sayı, s. 1-16.

Kraut Richard, Aristotle the Human Good, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1991.

Köşkdere Ali Algın, Psikanalitik Psikoterapiler: Temel Kavramlar, Kuramlar ve Yöntemler, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayını, Ankara, 2011.

Lab Steven P., Crime Prevention (Eighth Edition): Approaches, Practices, and Evaluations, Anderson Publishing is an imprint of Elsevier, Waltham, 2014.

Lauritsen Janet L., Cork Daniel L., "Expanding Our Understanding of Crime: The National Academies Report on the Future of Crime Statistics and Measurement", Criminology & Public Policy, 2017, Volume 16, Issue 4, s. 1075–1098.

Maibom Heidi L., Empathy and Morality, Published to Oxford Scholarship Online, 2014.

May Hope, Aristotle's Ethics: Moral Development and Human Nature, Continuum International Publishing Group, London, 2010.

Nowak Ewa, Zizek Boris, Garz Detlef, Kohlberg Revisited, Sense Publishers, Rotterdam, 2015.

Owen Fidan Korkut, Owen Dean W., "İyilik Hali Yıldızı Modeli, Uygulanması ve Değerlendirilmesi", Uluslararası Avrasya Sosyal Bilimler Dergisi, 2012, Yıl: 3, Sayı: 9, s. 24-33.

Öz Ersan, Armağan Ayşe, "Yargı Organları Kararlarına Göre Vergi Kaçakçılığı Suçlarını Önlemede Adli Vergi Cezalarının Rolü", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Ocak 2018, Yıl: 9, Sayı: 33, s. 1-38.

Mccord Joan, "Cures That Harm: Unanticipated Outcomes of Crime Prevention Programs", The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, 2003, Volume 587, Issue 1, s. 16-30.

Pakes Francis, Pakes Suzanne, Criminal Psychology, Willan Publishing, Portland, Oregon, 2009.

Pauwels Lieven J. R., Svensson Robert, Hirtenlehner Helmut, "Testing Situational Action Theory: A Narrative Review of Studies Published Between 2006 and 2015", European Journal of Criminology, 2018, Volume 15, (1), s. 32-55.

Peterson Jillian K., Skeem Jennifer, Kennealy Patrick, Bray Beth, Zvonkovic Andrea, "How Often and How Consistently do Symptoms Directly Precede Criminal Behavior Among Offenders With Mental Illness?", Law and Human Behavior, 2014, American Psychological Association, Volume 38, No. 5, s. 439–449.

Rebellion Cesar J., Straus Murray, "Corporal Punishment and Adult Antisocial Behavior: A Comparison of Dyadic Concordance Types and An Evaluation of Mediating Mechanisms in Asia, Europe, and North America", *International Journal of Behavioral Development*, 2017, Volume 41(4), s. 503–513.

Reeve C. D. C., *Action, Contemplation, and Happiness: An Essay on Aristotle*, Harvard University Press, Massachusetts, 2012.

Richardson Mervyn E. J., *Hammurabi's Laws: Text, Translation and Glossary*, Published by T & T Clark International, London, 2004.

Ridout K. K., Levandowski M., Ridout S. J., Gantz L., Goonan K., Palermo D., Price L. H., Tyrka A. R., "Early Life Adversity and Telomere Length: A Meta-analysis", *Molecular Psychiatry*, 2018, Volume 23, Issue 4, s. 858–871.

Roberts Brent W., Mroczek Daniel, "Personality Trait Change in Adulthood", *Current Directions in Psychological Science*, 2008, Volume 17, Issue 1, s. 31–35.

Roberts Jillian, Donkin Angela, Marmot Michael, "Opportunities for Reducing Socioeconomic Inequalities in The Mental Health of Children and Young People – Reducing Adversity and Increasing Resilience", *Journal of Public Mental Health*, 2016, Volume 15, Issue 1, s. 4-18.

Roesch Ronald, "Creating Change in the Legal System - Contributions from Community Psychology", *Law and Human Behavior*, 1995, Volume 19, No. 4, s. 325-343.

Saeedniaa Yadolla, "Generating a Scale Measuring Hierarchy of Basic Needs", *Procedia Social and Behavioral Sciences*, 2011, Volume 15, s. 3084–3094.

Seager Martin, "Towards a Public Health Psychology", *Journal of Public Mental Health*, 2012, Volume 11, Issue 3, s. 153-156.

Sorter Michael T., Vogel Daniel A., "Psychotic Disorders", *Adolescent Medicine*, E Book, 1st Edition, Elsevier Inc., 2008.

Sture Judi, "Moral Development and Ethical Decision Making", *On the Dual Uses of Science and Ethics: Principles, Practices, and Prospects*, ANU E-Press: Canberra, 2013, Chapter 7, s. 104.

Sutton Adam, Cherney Adrian, White Rob, *Crime Prevention*, Cambridge University Press, Melbourne, 2008.

Taşkın Ahmet, "Tutuklamanın Psiko - Sosyolojik Boyutu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, Temmuz 2010, Yıl: 1, Sayı: 2, s. 257-322.

Thomson Lindsay D. G., Robinson Louise, “The Relationship Between Crime and Psychiatry”, Companion to Psychiatric Studies (Eighth Edition), Elsevier Ltd., UK, 2010.

Tiihonen J., Rautiainen M-R., Ollila H. M., Repo-Tiihonen E., Virkkunen M., Palotie A., Pietiläinen O., Kristiansson K., Joukamaa M., Lauerma H., Saarela J., Tyni S., Vartiainen H., Paananen J., Goldman D., Paunio T., “Genetic Background of Extreme Violent Behavior”, Molecular Psychiatry, 2015, 20, s. 786–792.

Tilley Nick, Crime Prevention, Willan Publishing, Portland, Oregon, 2009.

Walborn Frederick Maslow, Abraham, Religion in Personality Theory, Academic Press is an imprint of Elsevier, UK, 2014.

Wall David S., Crime and Deviance in Cyberspace, Routledge e-book, 2009.

Wang Long, Murnighan J. Keith, “The Dynamics of Punishment and Trust”, Journal of Applied Psychology, 2017, Volume 102, No. 10, s. 1385–1402.

Welsh Brandon C., Farrington David P., Crime Prevention and Public Policy, Oxford Handbooks Online, 2012.

Wood Jane L., Gannon Theresa A., Crime and Crime Reduction The Importance of Group Processes, Routledge Psychology Press, London, 2013.

Vito Gennaro F., Maahs Jeffrey R., Holmes Ronald M., Criminology Theory, Research, and Policy, Jones and Bartlett Publishers, Sudbury, Massachusetts, 2007.

Vries Sanne L. A. de, Hoeve Machteld, Wibbelink Carlijn J. M., Asscher Jessica J., Stams Geert Jan J. M., “A Randomized Controlled Trial of The Effectiveness of The Youth Crime Prevention Program ‘New Perspectives’ (NP): Post-treatment Changes and Moderator Effects”, Children and Youth Services Review, 2017, 82, s. 413–426.

Yiğit Duygu Kübra Göçmen, Tekin Levent, Çifçi Elvan, Beştepe Engin Emrem, “Hezeyanları Doğrultusunda Evcil Hayvan Kesen ve Yiyen Bir Şizofreni Olgusu”, Türk Psikiyatri Dergisi, Volume 28, Supplement 2, 53. Ulusal Psikiyatri Kongresi, Bildiri Özetleri, 2017, s. 68.

Raporlar - Kılavuzlar

“Action to Promote Effective Crime Prevention”, Guidelines for the Prevention of Crime ECOSOC Resolution 2002/13, Annex.

Anneleen Rummens, Criteria for the Evaluation of Crime Prevention Practices, European Crime Prevention Network, Research Report, 2016.

Australian Bureau of Statistics, Recorded Crime - Offenders, 2015-16, <http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/Lookup/by%20Subject/4519.0~2015-16~Main%20Features~Key%20Findings~1>.

Crime Prevention, United Nations Office on Drugs and Crime, <https://www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/CrimePrevention.html>.

“Crime Prevention Through Sports”, United Nations Office on Drugs and Crime, <http://www.unodc.org/dohadeclaration/en/topics/crime-prevention-through-sports.html>.

Çocuk Adalet Sistemi ve Suç Mağdurlarına Yönelik Hizmetler, 11-15 Mayıs 2009 Kuzey İrlanda Alışma Ziyareti Raporu, T. C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı, 2009, s. 1-39.

Çocuk Suçluluğunun Önlenmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Yönlendirici İlkeleri (Riyad İlkeleri), Uluslararası Çocuk Mevzuatı, Ankara, 2013.

Global Status Report on Violence Prevention 2014, WHO Library Cataloguing-in-Publication Data, World Health Organization, Printed in Luxembourg, 2014.

Lawrence W. Sherman, Denise Gottfredson, Doris MacKenzie, John Eck, Peter Reuter, Shawn Bushway, “Preventing Crime: What Works, What Doesn’t, What’s Promising”, A Report to the United States Congress, s. 1-750, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.130.6206&rep=rep1&type=pdf>.

Margaret Shaw, Kathryn Travers, “Strategies and Best Practices in Crime Prevention in particular in relation to Urban Areas and Youth at Risk”, Proceedings of the Workshop held at the 11th UN Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, Bangkok, Thailand, 2005.

Musa Toprak, Hukukun Üstünlüğü: Politikacılar için Kılavuz, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 299, Ankara, 2015.

“New high-definition CCTV cameras are improving safety at Bourke Park in Pakenham”, <https://www.crimeprevention.vic.gov.au/news-and-events/new-cctv-cameras-boost-safety-in-pakenham>.

New York State Police: Crime Prevention, https://troopers.ny.gov/Crime_Prevention/.

Paul Ekblom, "Getting the Best out of Crime Analysis", Crime Prevention Unit Paper, London: Home Office, 1988.

Patricio Tudela Poblete, Best Practices in Crime Analysis: News & Lessons From Latin America, Santiago, Chile, 2013, s. 1-23.

Preliminary Semiannual Uniform Crime Report, January – June, 2017, Federal Bureau of Investigation (FBI), Criminal Justice Information Services Division, <https://ucr.fbi.gov/crime-in-the-u.s/2017/preliminary-report>.

Sanal Ortamda İşlenen Suçlar ve Siber Suçlarla Mücadele Avrupa Konseyi Projesi, <http://www.cigm.adalet.gov.tr/adli-emanet-sisteminin-gelistirilmesi-01414>.

Suç Önleme Sempozyumu, Bursa Emniyet Müdürlüğü Yayınları No: 1, Bursa, 2011.

"The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post Conflict Societies", Report of the Secretary-General, United Nations, S/2004/616.

The Universal Declaration of Human Rights, <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>.

UC Berkeley, Crime Prevention Strategies and Services, <https://ucpd.berkeley.edu/crime-prevention-strategies-and-services>.

Violence Prevention: The Evidence, World Health Organization, Malta, 2010.

10 facts about violence prevention, World Health Organization, updated 2017, <http://www.who.int/features/factfiles/violence/en/>.

100 Promising Practices on Safer Cities: Collation of Urban Safety Practices, Produced by Naomi Williams, 2014, s. 1-218.

İSTİSMARA MARUZ KALAN ÇOCUKLARLA ADLİ GÖRÜŞME: NICHD PROTOKOLÜ ÖNERİSİ

Forensic Interviews With Abused Children: The NICHD Protocol

Dr. Eda ERMAĞAN ÇAĞLAR¹ - Dr. Tuğba TÜRK²

Geliş Tarihi: 04.09.2018 Kabul Tarihi: 05.02.2019

ÖZET

Adalet sistemi içerisinde çocuklar sanık, tanık veya mağdur konularında yer alabilmektedir. Sistem içerisinde çocuklardan güvenilir ve geçerli bilgi edinmek suçlu kişilerin cezalandırılmasına katkıda bulunurken suçsuz kişilerin haksız yere ceza almamasını sağlayabilmektedir. Ancak adaletin sağlıklı bir şekilde işleyişini sağlamada çocukların ifadesini almak, yetişkin ifadesini almaktan farklılık göstermektedir. Çocuklarla yapılan adli görüşmelerde gerekli koşulların sağlanması, uygun görüşme tekniklerinin kullanılması önem arz etmektedir. Bunun için de birçok ülkede çocuklarla yapılan adli görüşmelerde bir standart sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu standartlar sağlanırken katı kurallar dizisi yerine esnek ilkeler uygulanmakta, yarı yapılandırılmış görüşme protokollerinin kullanımıyla çocuklardan alınan ifadelerin güvenilirliği artırılmaya çalışılmaktadır. Söz konusu protokollerden biri de yaygın olarak kullanılan NICHD protokolüdür. Ülkemizde de adalet sisteminde çocukların ifadelerini çocuğun yararı ilkesi çerçevesinde almak amacıyla Çocuk İzlem Merkezi ve Adli Görüşme Odaları kurulmuş ve burada görev alacak uzmanlar profesyonel açıdan desteklenmeye çalışılmaktadır.

ABSTRACT

Children can take part in the judicial system as defendants, witnesses or victims. In this system, acquiring reliable and valid information from children can help punish the criminals and avoid unfair punishment of innocent people. However, taking the testimony of children to secure the justice, is different from taking the testimony of adults. Provision of the suitable conditions and the use of appropriate interview techniques are important for judicial interviews with children. Therefore, many countries are trying to establish standards for the forensic interviews with children. When establishing these standards, flexible principles are applied instead of rigid rules and it is aimed to increase the reliability of testimonies of children by the use of semi-structured interview protocols. The widely used NICHD protocol is one of these protocols. Monitoring Centers and Judicial Interview Rooms for Children have been established in our country to take the testimonies of children in the judicial system for the best interests of the child and the specialists to work there have been supported in professional terms. Despite these developments, the lack of a forensic interview protocol uniting the specialists in a single common practice, causes differences in practice both for the relevant institutions and specialists.

¹ University of Northampton, Faculty of Health and Society, e-posta: eda.e.caglar@northampton.ac.uk, ORCID ID: 0000-0002-9690-2898

² Trakya Üniversitesi Eğitim Fakültesi Rehberlik ve Psikolojik Danışmanlık Anabilim Dalı, e-posta:tugbatürk@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-4361-3769

Mevcut gelişmelere karşılık uzmanları ortak bir uygulamada birleştiren bir adli görüşme protokolünün olmaması hem ilgili kurumlar hem de uzmanlar açısından uygulamalar esnasında farklılıkların yaşanmasına sebep olmaktadır. Uygulamalardaki farklılıklar ise, çocuklarla yapılan adli görüşme sürecinde uzmanların belirsizlik yaşamalarına; süreç içerisinde çocuğun yeniden travmatize olmasına ve bu temel dinamikler neticesinde edinilen bilgilerin güvenilirliğinin sorgulanmasına sebebiyet vermektedir. Bu bağlamda, söz konusu çalışmayla adli görüşme sürecinde kurumlar bazında ortak bir görüşme protokolünün uygulanmasının önemine değinilmiş ve örnek bir model olan NICHD protokolünün alanda çalışan uzmanların hizmetine sunulması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: NICHD protokolü, adli görüşme, çocuk istismarı, görüşme modeli

Differences in practice cause that specialists experience uncertainties during the judicial interviews with children, children get re-traumatized during the process and consequently, the reliability of the acquired information becomes questionable. In this context, this study discusses the importance of the implementation of a common forensic interview protocol to be followed by institutions and aims to provide the specialists of the field with NICHD protocol, which sets a good example.

Keywords: NICGD protocol, forensic interview, child abuse, interview protocol

GİRİŞ

Çocuk cinsel istismarı, doğası gereği fiziksel güç kullanımının nadir olması³, çocukların olayı hemen anlatmamaları⁴ veya anlatamamaları, adli muayene sırasında bulgulara rastlanmayışı⁵ gibi nedenlerle hem araştırması ve kanıtlanması karmaşık ve zor olan bir suç⁶ olduğunu hem de çocuğun tanık ifadesinin ne kadar önemli olduğunu ortaya koymaktadır. ⁷ Fiziksel istismar ise çocuğu disiplin etme yöntemi olarak görülmekte⁸, normalleştirilmekte ve bu nedenle istismarın gizli kalma olasılığı arttırılmaktadır. Bunun ötesinde fiziksel istismar da gizli bir şekilde gerçekleştirilebilmektedir. ^{9,10}

³ World Health Organization. (2003). Guidelines for medico-legal care of victims of sexual violence. Geneva.

⁴ DePure, D.P. & Sites, J. (2015). Child Abuse Investigation Field Guide. Massachusetts: Elsevier

⁵ Dağlı, T., İnanıcı, M.A. (2010). Üniversiteler için Hastane Temelli Çocuk Koruma Merkezleri El Kitabı. Ankara: Fersa Ofset Matbaacılık.

⁶ Peixoto, C.E., Ribeiro, C., & Lamb, M., (2011). Forensic interview protocol in child sexual abuse. Why and what for?. In T. Magalhaes (Ed), *Abuse & neglect series: To improve the management of child abuse and neglect* [Vol.1]. (pp.133-160). Porto: SPECAN.

⁷ Dağlı, T., İnanıcı, M.A. (2010). Üniversiteler için Hastane Temelli Çocuk Koruma Merkezleri El Kitabı. Ankara: Fersa Ofset Matbaacılık.

⁸ Şahin Dağlı, F. (2017). Fiziksel ceza ve çocuk üzerine etkileri. Türkiye Çocuk Hastalıkları Dergisi, 11(2), 11-12.

⁹ Glaser, D. (2005). Child maltreatment. *Psychiatry*, 4(7): 53-57.

¹⁰ Taylor, C.A., Hamvas, L., Rice, J., Newman, D.L., & DeJong, W. (2011). Perceived social norms,

Adli süreç içerisinde mağdurun ifadesini eksiksiz ve hatasız bir şekilde almak, sonuçları düşünüldüğünde hem mağdur hem de sanık için önemlidir¹¹. Başka bir ifadeyle adli görüşme uygulamasının kalitesi hem mağdur çocuğun hem de masum şüphelilerin haklarının korunması açısından son derece önemlidir.^{12,13} Çocuğun ifadesi alınırken hatalı pozitif ve hatalı negatif olmak üzere adli bağlamda iki tür hata ortaya çıkabilmektedir. Hatalı pozitif, istismar olmadığı halde var olduğuna dair bir sonuca ulaşmaktır. Hatalı negatif ise istismar olduğu halde olmadığına dair bir sonuç elde etmektir.¹⁴ Öte yandan hatalı negatif sonuca ulaşma oranı ise hatalı pozitif oranından daha yüksek görünmektedir.¹⁵

Adli görüşme tanık, mağdur ve sanık konumundaki çocukların dinlenerek, elde edilen bilgilerin kayda geçirilerek raporlaştırılmasıdır.¹⁶ Adli görüşmeler araştırmalarla desteklenen, çocuğun gelişimine uygun ve destekleyici bir şekilde objektif bir tutumla sürdürülmelidir.¹⁷

Çocuklarla yapılan adli görüşmelerde temel nokta görüşmenin çocuk merkezli bir yaklaşımla gerçekleştirilmesi ve olaya ilişkin iddialarla ilgili bir seri hipotez üretilebilir şekilde yürütülmesidir. Örneğin, görüşmeci olaya ilişkin bağlamı dikkate alarak kötü amaçlı dokunma ile tıbbi amaçlı dokunmayı ayırt edebilmelidir. Görüşme sürecinde görüşme akışı görüşmeci tarafından yönlendirilirken çocuğun ifadeleriyle, çocuğa özgü kelimelerle içerik

expectations, and attitudes toward corporal punishment among an urban community sample of parents. *Journal of Urban Health*, 88(2), 254-269.

¹¹ Malloy, L.C., Katz, C., Lamb, M.E., & Mugno, A.P. (2015). Children's requests for clarification in investigative interviews about suspected sexual abuse. *Applied Cognitive Psychology*, 29(3), 323-333. doi: 10.1002/acp.3101.

¹² Pipe, M.E., Orbach, Y., Lamb, M., Abbott, C.B., & Stewart, H. (2008). Do best practice interviews with child abuse victims influence case processing. Unpublished report, US Department of Justice. ISO 690.

¹³ Pipe, M.E., Orbach, Y., Lamb, M., Abbott, C.B., Stewart, H. (2013). Do case outcomes change when investigative interviewing practices change? *Psychology, Public Policy, and Law*, 19(2), 179-190.

¹⁴ Block, S.D., Foster, E.M., Pierce, M.W., Berkoff, M.C., Runyan, D.K. (2013). Multiple forensic interviews during investigations of child sexual abuse: A cost-effectiveness analysis. *App Dev Sci*, 17(4), 174-183.

¹⁵ Herman, J.L. (2005). Justice from the victim's perspective. *Violence Against Women*, 11(5), 571-602.

¹⁶ Atılğan, E.Ü. , Yağcıoğlu, S. ve Çavdar, Y. (2014a). Çocuklarla adli görüşme odaları ihtiyaçları, iyi uygulama örnekleri ve çocuklarla adli görüşme standartları özet rapor. Ankara: Adalet Bakanlığı, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Türkiye Adalet Akademisi, UNICEF Türkiye.

¹⁷ Steele, L.C. (2012). The Forensic Interview: A Challenging Conversation. In P. Goodyear-Brown (Ed.), *Handbook of child sexual abuse identification, assessment, and treatment*. In (99-120). New Jersey: John Wiley & Sons, Inc.

raporlaştırılmalı, görüşmeci kendi yorumlarını çocuğa yansıtılmamalıdır.¹⁸ Adli görüşme yarı yapılandırılmış, esnek, çocuğun dikkat ve motivasyonunu hesaba katan görüşmeler olmalıdır. Böylece, yapılandırılmış görüşmenin katılığını, yapılandırılmamış görüşmenin ise güvenilir olmayışını bertaraf edebilmelidir.¹⁹ Uzmanın, adli görüşmeyi, çocuğun olaya ilişkin ifadesini etkilemeyeceği, yönlendirmeyeceği; çocuğu psikolojik olarak incitmeyeceği, travmatize etmeyeceği bir şekilde gerçekleştirilmesi önemlidir.²⁰ Bu bağlamda, istismara maruz kalan çocukla görüşme yapan uzman genellikle psikolog, sosyal hizmet uzmanı, psikolojik danışman, kolluk kuvvetleri gibi farklı uzmanlar olsa da çocuk istismarı vakalarında çocukla nasıl görüşme yapılacağına ilişkin araştırmalara, güvenilirliği kanıtlanmış uygulama kılavuzlarına ve güncel, bilimsel fikirlere aşına olmalıdır.²¹ Söz konusu uzmanlar hem adalet sisteminin gereksinim duyduğu bilgilere hem de çocuğun psikolojik özelliklerine ve travmanın ondaki etkilerine duyarlı olmalıdır.²²

İddia edilen istismar olayında bilgi kaynağının anahtarı çocuk olduğu için görüşmenin yetkin bir şekilde yapılması önemlidir. Dolayısıyla istismar mağduru olduğundan şüphelenilen çocukla adli görüşme özel bir beceridir.²³

Garven ve arkadaşları²⁴ uygun olmayan görüşme tekniklerinin dört kategori altında toplanabileceğini belirtmişlerdir. Bunlar fikir vericilik, etki, pekiştirme ve doğrudan deneyime bağlı çıkarım yapma yani dolaylı görüşmeye çevirmedi. Uzmanlık dışı görüşmelerin olmaması için görüşmecinin sahip olması gereken

¹⁸ State Of Michigan Governor's Task Force On Child Abuse And Neglect And Department Of Human Services. (2011). Forensic interview protokol. (3rd edition). https://www.michigan.gov/documents/dhs/DHS-PUB-0779_211637_7.pdf . (3 Eylül 2016 tarihinde indirilmiştir.)

¹⁹ Wood, B., Orsak, C., Murphy, M. & Cross, H.J.(1996). Semistructured child sexual abuse interviews: interview and child characteristics related to credibility of disclosure. *Child Abuse & Neglect*, 20 (1), 81-92.

²⁰ Themeli, O., & Panagiotaki, M. (2014). Forensic interviews with children victims of sexual abuse: the role of the counselling psychologist. *The European Journal of Counselling Psychology*, 3(1), 1-19.

²¹ Faller, K. C. (2007a). Forensic and Clinical Interviewer Roles in Child Sexual Abuse. In K.C. Faller (Ed.), *Interviewing Children About Sexual Abuse: Contraversies and Best Practice*. (pp. 3-10). New York: Oxford University Press, Inc.

²² Atılgan, E. Ü. , Yağcıoğlu, S. ve Çavdar, Y. (2014b). Çocuklarla Adli Görüşme için Rehber. Ankara: Adalet Bakanlığı, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Türkiye Adalet Akademisi, UNICEF Türkiye.

²³ American Professional Society on the Abuse of Children. (2012). Practice guidelines: Forensic interviewing in cases of suspected child abuse. http://www.childfirstpa.com/wp-content/uploads/2014/07/APSAC_FI_Guidelines_2012.pdf. (25 Aralık 2016 tarihinde indirilmiştir)

²⁴ Garven, S., Wood, J. M., Malpass, R. S., & Shaw III, J. S. (1998). More than suggestion: The effect of interviewing techniques from the McMartin Preschool case. *Journal of Applied Psychology*, 83(3), 347-359.

birtakım beceriler bulunmaktadır.²⁵ Bu nedenle istismar mağduru olan çocuklarla yapılan adli görüşmelerin katı olmayan protokollerle yapılması ve alanda çalışan uzmanların bu konuda farkındalık kazanmaları önemli görülmektedir.

İstismar mağduru çocuklara yönelik hazırlanan bütün protokoller görüşmenin amaçlı ve planlı olmasına, görüşmecinin rolüne ve becerilerine, görüşme kural ve ilkelerine, görüşme teknik ve aşamalarına işaret etmektedir.²⁶ Bu protokoller katı kurallar dizisi olmayıp, gerekli bilgilerin alınması ve sonraki adli aşamalar için uyulması gereken ilkeler konusunda rehberlik etmektedir.²⁷

Görüşme protokollerinde ve kılavuzlarda genel olarak video aracılığı ile ilgili kişileri, saati ve yeri belgelemek, görüşme hakkında çocuğu bilgilendirmek, çocuğun yetkinliğini değerlendirmek (doğru ve yanlış ayrımını anlama durumu gibi), çocukla görüşmeyi yürütebilecek şekilde uygun ilişkiyi sağlamak, çocuğun gelişimini değerlendirmek, çocuğun davranış, duygulanım gibi genel işlevlerini değerlendirmek, görüşme kurallarını açıklamak, görüşmeyi uygulamak, ilgili konuya giriş yapmak, çocuğun serbest anlatısını dikkate almak, ek ayrıntılar elde etmek, bilişsel görüşmeyi uygun şekilde sonlandırmak şeklinde gerçekleştirilmektedir.²⁸

Cirlugea ve O'Donohue'ye göre²⁹ bir protokolü izleyerek görüşme yapmanın birçok faydası bulunmaktadır. Görüşme bazında elde edilen bilgilerin geçerliliğinin yanı sıra adli görüşme protokolleri doğrultusunda ele alınan vakalarda araştırmacılar arası güvenilirlik, yapıyı oluşturan bileşenlerin geçerliliği, yordayıcı geçerlilik, hassasiyet, gelişimsel uygunluk, kültürel duyarlılık, uygulama sahaları da değerlendirilebilmektedir.

Söz konusu nedenler doğrultusunda, bu çalışma ile ilk olarak uygun görüşme koşullarının sağlanabilmesi adına oluşturulan adli görüşme odalarından ve adli görüşme odalarına ilişkin yaşanan sorunlar ele alınacaktır. İkinci olarak da,

²⁵ Wood, J. M., & Garven, S. (2000). How sexual abuse interviews go astray: Implications for prosecutors, police, and child protection services. *Child Maltreatment*, 5(2), 109-118.

²⁶ Themeli, O., & Panagiotaki, M. (2014). Forensic interviews with children victims of sexual abuse: the role of the counselling psychologist. *The European Journal of Counselling Psychology*, 3(1), 1-19.

²⁷ Davies, D., Cole, J., Albertella, G., McCulloh, L., Allen, K. & Kekevan, H. (1996). Model for conduction forensic interviews with child victims of abuse. *Child Matreatment*. 1(3), 189-199.

²⁸ Faller, K.C. (2007b). Interviewing Children About Sexual Abuse. In K.C. Faller (Ed.), *Interviewing Children About Sexual Abuse: Contraversies and Best Practice*. (pp. 66-89). New York: Oxford University Press, Inc.

²⁹ Cirlugea, O., O'Donohue, W.T. (2016). Review of Psychometrics of Forensic Interview Protocols with Children. In W. T. O'Donohue & M. Fanetti. (Ed.), *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse: A Guide to Evidence-Based Practice* (pp. 237-257). Switzerland: Springfield.

özellikle cinsel istismar mağduru çocuklarla gerçekleştirilen adli görüşmelerde çocuklardan daha güvenilir bilgi alabilmek adına çok sayıda ampirik ve saha çalışması neticesinde örnek bir model olarak sunulan Ulusal Çocuk Sağlığı ve İnsan Gelişim Enstitüsü Protokolü'nden (The National Institute of Child Health and Human Development (NICHD) Protocol) faydalanılarak alanda yaşanan sınırlılıklara ilişkin çözüm önerileri sunulacaktır.

A. Görüşme Odalarının İşleyişine İlişkin Yaşanan Sorunlar

Adalet Bakanlığı, 2015-2019 Stratejik Planı kapsamında çocuğun adalet sistemi içerisinde etkin bir şekilde korunması amacıyla kurumlar arası işbirliğinin sağlanması ve artırılmasını, adli süreç kapsamında çocuklar için özel önlemlerin kullanılmasını ve aile içi şiddetle mücadelede koruma ve soruşturmanın etkinliğinin artırılmasını amaçlamıştır.³⁰ Ayrıca, belirtilen amaçlar doğrultusunda uygun fiziksel ortamlar ve işlevsel görüşme teknikleri sağlanarak adli gerçeklerin ortaya çıkarılması ve adli görüşmelerin devam ettirilmesi halinde ikincil örselenmelerin önlenmesi hedeflenmiştir.

Söz konusu hedefler bağlamında, 2015-2019 Stratejik Planı'nda fiziki koşulların sağlanması için adli görüşme odaları tanımlanmıştır. Bu noktada, adli görüşme odalarının;

1. Birbirine yakın olacak şekilde görüşme, bekleme ve gözlem odası olmak üzere en az üç bölümden oluşması;
2. İdeal ısı, ışık, yalıtım ve havalandırmaya sahip olmak üzere en az yirmi dört metrekare olması,
3. Odanın binanın sessiz bir yerinde olması ve ayrı bir giriş kapısının olması ve
4. Farklı yaş gruplarına hitap edecek şekilde düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir (TC Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Müdürlüğü Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, 2017)³¹.

Belirtilen özelliklere ek olarak, görüşme yapılan kişinin fark etmeyeceği şekilde biri yüzüne biri odanın geneline odaklanacak şekilde iki kameranın bulunması; görüşme ses kayıtlarının tutulabilmesi için mikrofon ve kulaklık bulunması; görüntü ve çekimlerin Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) ve Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) ile uyumlu olması; içeride görüşmenin

³⁰ TC Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Müdürlüğü Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, (2017). Adli görüşme odaları <http://www.magdur.adalet.gov.tr/hakkinda01253> adresinden 24 Haziran 2017 tarihinde alınmıştır.

³¹ TC Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Müdürlüğü Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, (2017). Adli görüşme odaları <http://www.magdur.adalet.gov.tr/hakkinda01253> adresinden 24 Haziran 2017 tarihinde alınmıştır.

olduğunu belirten bir uyarı yazısının bulunması; odada oyuncak, boyama kalemleri, kağıt vb. materyallerinin yer alması gerektiğine dikkat çekilmiştir.³² Böylelikle, gözlem, görüşme ve bekleme odalarından oluşan bu sistemle beraber, mağdurlar, suça sürüklenen çocuklar ve tanıklar ifade ve beyanlarını dinleyici, savcı, hâkim ve avukat olmadan adli görüşmeciler aracılığıyla bu odalarda verebilmektedir.³³ Mağdur, suça sürüklenen çocuk veya tanık adli görüşmecisiyle birlikte görüşme odasında sürece katılabilmekte ve aynı anda hâkim/savcı ve avukat süreci gözlem odasından veya duruşma salonundan kameralar aracılığıyla izleyebilmekte; ihtiyaç duyulan noktalarda adli görüşmeciyeye bağlanıp sürece müdahale edebilmektedir.³⁴

Belirtilen amaçlar ve hedeflenen fiziki koşullar doğrultusunda 3 Nisan 2017'de Adalet Bakanlığı'na bağlı Mağdur Hakları Daire Başkanlığınca Türkiye'de 30 adliyede adli görüşme odaları pilot uygulama olarak faaliyet göstermeye başlamıştır.³⁵ 26 Kasım 2018'de Adalet Bakanı Abdülhamit Gül'ün yapmış olduğu açıklama neticesinde ise, adli görüşme oda sayısının 49 ilde toplam 60 adet olduğu anlaşılmaktadır.³⁶ Adli görüşme odalarının uygulamada yönetmelikte belirtilen şekliyle gerçekleştirilip gerçekleştirilemediğine dair bilgi ise, alan yazında önemli bir sınırlılığa sahiptir. Bununla birlikte, adli görüşme odalarında yaşanan sıkıntıların ele alındığı çalışmada Şamar (2018), adli görüşme odalarında mağdurla yapılan görüşmeden sonra mağdurlara doldurulan formların Mağdur Hakları Daire Başkanlığından istenildiğini ancak olumsuz cevap alındığını belirtmiş; hizmetten yararlananların (mağdurların, tanıkların) gözünden adli görüşme odalarının değerlendirilememesini veya değerlendirme araçlarına ulaşamamasını çalışmanın önemli sorunları arasında olduğuna dikkat çekerek³⁷ konuya ilişkin ihtiyaç duyulan bilgilere ulaşamadığının altını çizmiştir.

³² TC Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Müdürlüğü Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, (2017). Adli görüşme odaları <http://www.magdur.adalet.gov.tr/hakinda01253> adresinden 24 Haziran 2017 tarihinde alınmıştır.

³³ Şamar, B. (2018). Mağduriyet bağlamında adli sosyal hizmet ve adli görüşme odaları: Eskişehir Adliyesi örneği. (Yüksek Lisans Tezi). Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Hizmet Anabilim Dalı.

³⁴ Şamar, B. (2018). Mağduriyet bağlamında adli sosyal hizmet ve adli görüşme odaları: Eskişehir Adliyesi örneği. (Yüksek Lisans Tezi). Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Hizmet Anabilim Dalı.

³⁵ Şamar, B. (2018). Mağduriyet bağlamında adli sosyal hizmet ve adli görüşme odaları: Eskişehir Adliyesi örneği. (Yüksek Lisans Tezi). Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Hizmet Anabilim Dalı.

³⁶ <https://www.haberler.com/bakan-gul-49-ilde-60-adet-adli-gorusme-odasi-11475397-haberi/> adresinden 13 Aralık 2018 tarihinde alınmıştır.

³⁷ Şamar, B. (2018). Mağduriyet bağlamında adli sosyal hizmet ve adli görüşme odaları: Eskişehir Adliyesi örneği. (Yüksek Lisans Tezi). Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Hizmet Anabilim Dalı.

Adli görüşme odalarının beraberinde gerçekleştirilen bir diğer çalışma ise, Adalet Bakanlığı Mağdur Hakları Daire Başkanlığı koordinatörlüğünde hazırlanan Mağdura Yaklaşım Kılavuzu'dur. Mağdura Yaklaşım Kılavuzu'nun amacı, mağdurlara yönelik temel yaklaşım standart ve ilkelerini tek bir belgede toplayarak suç mağdurları ile temas halinde olan uzmanlara uygulamalarında yol göstermek ve mağdurların haklarına saygılı ve duyarlı bir yaklaşım sergilemelerine destek vermek olarak belirtilmiştir (Mağdura Yaklaşım Kılavuzu, 2016)³⁸. Söz konusu kılavuzda adli süreç içerisinde mağdurla temas halinde olacak uzmanlar için yaklaşım önerileri ele alınmış ve mağdura yaklaşımda dikkat edilmesi gereken hususların altı çizilmiştir. Ayrıca ikincil mağduriyet kavramı ele alınarak suçtan mağdur olanların ikincil mağduriyet yaşamalarını engellemek adına uzmanların neler yapabileceğine, nelere dikkat etmeleri gerektiğine yer verilmiştir. Mağdurla sağlanacak iletişimde mağdurun temel gereksinimlerinin neler olabileceği belirtilerek kullanılması önerilen iletişim tekniklerinden ve kaçınılması gereken iletişim engellerinden bahsedilmiştir. Ancak, kapsamlı bir şekilde hazırlanan kılavuzda, görüşmeyi yürütecek uzmanlara asli desteği sağlayacak olan adli görüşme protokollerine ilişkin bilgilere yer verilmediği ve günün sonunda adli görüşme sürecinin yönetilmesi hususunda uzmanların cevapsız bırakıldığı dikkat çekmektedir.

Mağdur Hakları Daire Başkanlığı koordinatörlüğünde hazırlanan bir başka kılavuz ise Kırılğan Gruplar, Özellikli Durumlar ve Adli Görüşme Süreçleri³⁹ başlığı ile yayınlanmıştır. Bu kılavuz dört bölümden oluşmakta olup, üçüncü bölümde adli görüşmenin temel özelliklerinden bahsedilmiştir. Görüşme süreci, adli görüşme öncesinden adli görüşme sonlanana kadar adım adım anlatılmıştır. Kılavuzda, adli görüşme odalarında yapılan görüşmelerde, hakların anlatılması, temel kuralların açıklanması, gerçeği anlatmanın önemi, serbest anlatıyı destekleme ve sorgulama aşamalarının yer alması gerektiği belirtilmiştir. Temel haklara ait ilgili bölümde, sanık, tanık ve mağdur pozisyonunda olan çocuklar için ayrı ayrı açıklamaların yer aldığı ve bazı görüşme aşamalarına yönelik olarak örnek cümlelerin verilmiş olduğu dikkat çekmiştir. Kılavuzun ekler kısmında ise adli görüşme süreci ile ilgili kontrol listesi yer almaktadır. Bu kısımda görüşme sürecinin adımları daha detaylı ele alınmış olmasına rağmen herhangi bir örnek cümleye ve/veya yönergeye rastlanmamaktadır. Ayrıca, çocuklarla yapılan adli görüşmelerde sürecin önemli bir parçası olarak görülen çocuğun uzun süreli hafızasını ölçmeye yarayan geçmişe dair soruların veya çocuğa ait zaman kavramını anlamak için dün ve bugüne ait soruların sorulmasına yönelik

³⁸ TC Adalet Bakanlığı Mağdur Hakları Daire Başkanlığı Mağdura Yaklaşım Kılavuzu (2016). <http://magdur.adalet.gov.tr/magdura-yaklasim-kilavuzu-01193> adresinden 13 Aralık 2018 tarihinde alınmıştır.

³⁹ Kırılğan Gruplar, Özellikli Durumlar ve Adli Görüşme Süreçleri, <http://www.magdur.adalet.gov.tr/images/ago-uzman-modulu.pdf> adresinden 14 Aralık 2018 tarihinde alınmıştır.

herhangi bir maddenin bulunmadığı görülmektedir. Buna ek olarak, kılavuzda, çocuğun uzmana sorusu olup olmadığı, gerektiğinde uzmana ulaşabileceğine dair güven veren ve onunla tekrar nasıl irtibat kuracağını belirten görüşmeyi sonlandırma aşamasına ilişkin detaylar bulunmamaktadır.

UNICEF Türkiye desteği ile Ümit Atılgan, Yağcıoğlu ve Çavdar (2014)⁴⁰ tarafından hazırlanmış olan çocuklarla adli görüşme rehberinde ise, adli görüşmeye ilişkin kavramların ve adli süreçte yer alacak kişilerin rollerinin detaylı bir şekilde açıklandığı görülmüştür. Ayrıca, söz konusu rehberde diğer kılavuzlardan farklı olarak adli görüşme süreci basamaklandırılmış ve her basamağa ilişkin olarak görüşmeci tarafından ele alınması gereken hususlar (güven oluşturma, iletişimin sağlanması vb.) belirtilmiştir. Ancak, rehberin diğer kılavuzlarla benzer eksikliklere sahip olduğu ve görüşmeyi yürütecek uzmana tam bir yol haritası çizmediği gözlenmiştir.

Mevcut sorunun uygulamadaki yansımaları adli görüşme odasında görev yapan uzmanlar tarafından da dile getirilmiştir.⁴¹ Uzmanların, yapılan görüşmelerde, dosya paylaşımında yaşanan aksamalar sebebiyle, görüşme yapılacak kişiye ve adli olaya ilişkin ön bilgileri zaman zaman görüşme öncesinde alamadıklarını ve görüşmeye hazırlıksız bir biçimde girmek zorunda kaldıklarını; özellikle çocuğun da neden geldiğini bilmediği görüşmelerde görüşmeye neden olan olayın ayrıntılarının belirlenilmesinin daha da imkansız olduğu görüşme esnasında çocuğun görüşmede işbirliği kurmak istemediği anların olduğu ve bu anlarda çocuğu iletişime çekmekte ne yapabileceklerini bilemediklerini; görüşmenin diğer tarafında süreci takip eden hakim ve savcının edinmek istedikleri maddi gerçekliklere ilişkin bilgileri (olay olmuş mu olmamış mı, kaç kere olmuş vb.) ısrarla talep etmeleri neticesinde görüşmenin akışının sağlanamadığı yönünde temel sorunlardan bahsettikleri belirlenmiştir.⁴² Bu hususta, çalışmada detayları belirtilecek olan Ulusal Çocuk Sağlığı ve İnsan Gelişim Enstitüsü Protokolüne (NICHHD) ilişkin uygulamalar da göz önünde bulundurulduğunda, çocuklarla yapılan adli görüşmelere dair olası detayları görüşme aşamaları kapsamında adım adım ele alan bir protokolün kullanılmasının, uygulamada yaşanan söz konusu sıkıntıların giderilmesinde etkili olacağı görülmektedir.

⁴⁰ Ümit Atılgan, E., Yağcıoğlu, S., Çavdar, Y. (2014). Çocuklarla Adli Görüşme İçin Rehber. Ankara: Unicef Türkiye.

⁴¹ Şamar, B. (2018). Mağduriyet bağlamında adli sosyal hizmet ve adli görüşme odaları: Eskişehir Adliyesi örneği. (Yüksek Lisans Tezi). Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Hizmet Anabilim Dalı.

⁴² Şamar, B. (2018). Mağduriyet bağlamında adli sosyal hizmet ve adli görüşme odaları: Eskişehir Adliyesi örneği. (Yüksek Lisans Tezi). Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Hizmet Anabilim Dalı.

B. Ulusal Çocuk Sağlığı ve İnsan Gelişim Enstitüsü Protokolü (NICHD)

Adli süreç içerisinde, Kanada, Finlandiya, İskoçya, İsrail, Japonya, Kore, Norveç, Portekiz ve Amerika Birleşik Devletleri'nde etkin bir şekilde kullanılan⁴³ söz konusu protokol hafızadan geri çağırma ve iletişim teknikleri dizilerini içermektedir. Protokolün kullanımı çocukla yapılan adli görüşmede görüşmeciye adım rehberlik ederek görüşmenin detaylandırılmasını sağlamaktadır.⁴⁴

Öncelikli olarak, söz konusu protokolün en kuvvetli yönlerinden biri olarak görülen serbest anlatım sorularına görüşmenin bütün aşamalarında yer verildiği dikkat çekmektedir.

Protokolde yer alan ve aşağıda bazı örnekleri verilen serbest anlatım sorularının çocuklardan alınan bilgilerin işlevselliğini arttırdığı araştırmalar tarafından da desteklenmiştir.^{45, 46}

“Sana söylediğim gibi benim işim başına gelen olaylar hakkında çocuklarla konuşmak. Neden burada olduğunu (buraya geldiğini/benim burada olduğumu) bana anlatman çok önemli. Annenin (babanın, dedenin, büyük annenin vb.) seni neden bugün buraya getirdiği (veya neden bugün seninle konuşmak için buraya geldiğim) hakkında ne düşünüyorsun, bana anlatır mısın?”

“Birkaç gün (hafta) önce okulun ilk günüydü (tatildi, doğum günündü vb.). Bana o gün yaşanan herşeyi anlatır mısın?”

“O günü (etkinliği, partiyi vb.) iyi düşün ve sabah uyandığın zamandan (çocuğun bir önceki soruya verdiği cevapta bahsettiği an/ etkinliğin bir bölümü) ... zamana kadar neler olduğunu bana anlat.”⁴⁷

⁴³ La Rooy, D.J., Brubacher, S.P., Aromäki-Stratos, A., Cyr, M., Hershkowitz, I.I., Korkman, J., Myklebust, T., Naka, M., Peixoto, C.E.E., Roberts, K.P., Stewart, H., Michael E. Lamb, M.E., (2015). The NICHD protocol: A review of an internationally-used evidence-based tool for training child forensic interviewers. *Journal of Criminological Research, Policy and Practice*, 2(1), 76-89.

⁴⁴ Benia, L. R., Hauck-Filho, N., Dillenburg, M. & Stein, L. M. (2015). The NICHD investigative interview protocol: A meta-analytic review. *Journal of Child Sexual Abuse*, 24(3), 259-279. doi: 10.1080/10538712.2015.1006749

⁴⁵ Pipe, M.E., Orbach, Y., Lamb, M., Abbott, C.B., & Stewart, H. (2008). Do best practice interviews with child abuse victims influence case processing. Unpublished report, US Department of Justice. ISO 690.

⁴⁶ Sternberg, K.J., Lamb, M.Y., Orbach, E., Esplin, P.W., & Mitchell, S. (2001). Use of a structured investigative protocol enhances young children's responses to free-recall prompts in the course of forensic interviews. *Journal of Applied Psychology*, 86 (5), 997-1005.

⁴⁷ The National Institute of Child Health and Human Development (NICHD) Protocol

NICHD protokolü açık uçlu sorular kullanarak hem daha küçük yaşlardaki hem de daha büyük yaşlardaki çocukların bildirimlerini arttırmada etkilidir. Söz konusu protokol, örneklerle de belirtildiği üzere çoğunlukla açık uçlu soruların tercih edilmesi ve daha az yönlendirici, öneri ifadeli sorulara yer verilmesi sayesinde olaya dair daha fazla detayın ortaya çıkarılmasına imkan vermektedir.⁴⁸ Bu durum görüşmeci tarafından yapılan yönlendirmelerin neden olabileceği çocuk görgü tanığının olay belleğinden uzaklaşmasını da engellemekte⁴⁹ ve sadece çocuğun ifade ettiği bilgiler doğrultusunda olaya odaklanılmasını sağlamaktadır.

Çocuk istismarı mağduru çocuklarla yapılan protokole dayalı görüşmeler ve standart görüşmeler karşılaştırıldığında ise protokole dayalı görüşmelerde daha fazla açık uçlu soru ve daha az seçenekli soru kullanıldığı görülmüştür.⁵⁰ Öyle ki bu oran açık uçlu soru sorma açısından protokole dayalı görüşmelerde %89, standart görüşmelerde %36 olarak belirlenmiştir.⁵¹

Protokoldeki amaç serbest anlatı sorularından gelen bilgileri maksimize etmeye çalışmaktır. Bu durumun çocuktan alınan bilgilerin güvenilirlik oranını da arttırdığı görülmektedir. Yapılan bir çalışmada, söz konusu protokole dayalı görüşmelerde mağdur çocuklardan elde edilen güvenilir bilgilerin %60'ından fazlasının açık uçlu sorularla elde edildiği bulunmuştur⁵². Bununla birlikte görüşmecilerin neredeyse tamamının çocukla doğru-yanlış farkı hakkında konuştuğu, neredeyse yarısının çocuğun bilmiyorum demesine izin verdiği, yine görüşmecilerin büyük bir kısmının görüşmeyi bitirirken teşekkür ettiği, yarısından daha azının çocuğa sorusu olup olmadığını sorduğu ve davanın gelecek adımlarını anlattığı gözlemlenmiştir.⁵³

Özellikle küçük yaş grubu çocuklarla yapılan görüşmelere başlamadan önce doğru ve yanlış kavramlarının ele alınması, protokolün takip sürecinde önemli

⁴⁸ Pipe, M.E., Orbach, Y., Lamb, M., Abbott, C.B., & Stewart, H. (2008). Do best practice interviews with child abuse victims influence case processing. Unpublished report, US Department of Justice. ISO 690.

⁴⁹ Ermağan Çağlar, E., Kocabaşoğlu, N. (2018). Bellek boşluklarını doldurmaya zorlamanın çocuk görgü tanığı belleği üzerindeki olumsuz etkileri. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 9(34), 451-473.

⁵⁰ Sternberg, K.J., Lamb, M.Y., Orbach, E., Esplin, P.W., & Mitchell, S. (2001). Use of a structured investigative protocol enhances young children's responses to free-recall prompts in the course of forensic interviews. *Journal of Applied Psychology*, 86 (5), 997-1005.

⁵¹ Sternberg, K.J., Lamb, M.Y., Orbach, E., Esplin, P.W., & Mitchell, S. (2001). Use of a structured investigative protocol enhances young children's responses to free-recall prompts in the course of forensic interviews. *Journal of Applied Psychology*, 86 (5), 997-1005.

⁵² Sternberg, K.J., Lamb, M.E., Davies, G.M., & Westcott, H.L. (2001). The memorandum of good practice: Theory versus application. *Child Abuse & Neglect*, 25(5), 669-681.

⁵³ Sternberg, K.J., Lamb, M.E., Davies, G.M., & Westcott, H.L. (2001). The memorandum of good practice: Theory versus application. *Child Abuse & Neglect*, 25(5), 669-681.

bir yere sahiptir. Örnek olarak ele almak gerekirse görüşmeye neden olan adli olaya ilişkin sorulara başlamadan önce söz konusu protokolde aşağıda belirtilen bölüm uygulanmaktadır:

1. **“Benim ayakkabılarım kırmızı (ya da yeşil) dersem, bu doğru mudur değil midir?”**
(Bir cevap vermesi için bekleyin, sonra şöyle söyleyin:)
2. **“Bu doğru değil, çünkü benim ayakkabılarımın gerçek rengi (siyah/ mavi vb.). Eğer ben şu an oturduğumu söylersem, bu doğru mudur, doğru değil midir?”**
(Bir cevap vermesi için bekleyin.)
3. **“Bu doğrudu/yanlıştı, çünkü gördüğün üzere ben şu an oturuyorum.”**
“Doğruyu söylemenin ne demek olduğunu anladığımı görüyorum. Bugün bana sadece doğru olanları anlatman çok önemli. Bana, sadece başına gelen şeyleri (yaşadıklarını) anlatmalısın.”
4. **“Görüşme sürecinde, eğer sana sorduğum soruyu anlamazsan bana “Anlamadım” de. Tamam mı?”**
(Bekleyin.)
“Eğer söylediğin şeyi/anlattığını anlamazsam, senden yeniden açıklamanı isteyeceğim.”
(Bekleyin.)⁵⁴

Çocukla kurulan iletişimin önemini göz önünde bulunduran protokoldeki asli amaçlardan biri de çocuğun kendini baskı altında hissetmesine engel olmaktır. Özellikle görüşmenin başında çocuğun ‘bilmiyorum’ deme hakkının olduğunun belirtilmesi, çocuğun baskı altında olduğunu hissetmesine ve görüşmeci tarafından sorulan sorular karşısında gerçekçi olmayan cevaplar vermesine engel olmaktadır ki bu da görüşmenin güvenilirliğini arttıran etkenlerden biri olarak görülmektedir.⁵⁵

–“Eğer sana bir soru sorarsam ve sen cevabını bilmiyorsan bana “Bilmiyorum” de.”

–“Örneğin, sana köpeğimin adı nedir (veya oğlumun adı nedir?) diye sorarsam ne söylerdin?”

(Bir cevap vermesi için bekleyin.)

(Eğer çocuk “Bilmiyorum” derse, ona şöyle söyleyin:)

–“Doğru. Bilmiyorsun, değil mi?”

(Eğer çocuk bir tahminde bulunmaya çalışırsa, ona şöyle söyleyin:)

⁵⁴ The National Institute of Child Health and Human Development (NICHD) Protocol

⁵⁵ Ermağan, E. (2015). Çocuk görgü tanıklığının güvenilirliğinin incelenmesi. Doktora Tezi. İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı.

‐Hayır, bilmiyorsun çünkü beni tanımiyorsun. Cevabı bilmediğin zaman, tahmin etmeye çalışma, sadece bilmediğini söyle.‐⁵⁶

NICHD protokolü üzerine yapılan başka bir metaanaliz çalışmasında ise, protokolle yapılan görüşmelerde standart görüşmelere göre daha fazla davet ediciler kullanılırken daha az seçenekli sorular ve önericiler kullanıldığı gözlemlenmiştir. Örnek olarak;

‐(Çocuğun bahsettiği olaya ilişkin olarak) ‐Daha fazla anlatır mısın?‐

‐Bundan daha önce bahsetmiştin. Bana daha fazla şey anlatır mısın?‐

‐Bir doktorla (öğretmenle, sosyal çalışmacıyla veya herhangi bir uzmanla) konuştuğumu duydum. Ne hakkında konuştuğunuzu bana anlatır mısın?‐⁵⁷

ve benzeri şekilde kullanılan ifadeler doğrultusunda protokole dayalı görüşmelerde çocuktan daha fazla bilgi sağlandığı ve görüşmecilerin daha iyi bir performans gösterdiği dikkat çekmiştir.⁵⁸

NICHD protokol güdümlü görüşme ve Memorandum of Good Practice (MoGP) kullanılan adli görüşmelerin karşılaştırıldığı başka bir araştırmada ise, protokol güdümlü adli görüşme yapanların serbest hatırlama davetlerini daha çok kullandıklarını, daha az yönlendirici, seçenekli ve önerici sorular yönelterek adli olaya ilişkin daha fazla bilgi elde ettiklerini bulmuşlardır.⁵⁹

Ahern ve Lamb,⁶⁰ cinsel istismar mağduru 4-13 yaş grubundaki çocukların adli görüşmelerini yürüten görüşmecinin vermiş olduğu tepkileri inceledikleri çalışmalarında, görüşmelerin yarısı çocuğun istismara ilişkin ilk bildirimine odaklanan açıklama aşamasını içeren NICHD protokolü ile, diğer yarısı ise çocuğun ilk açılımının sorgulanmasını içermekle birlikte planlanan bir açılma aşamasının olmadığı MoGP protokolü ile yapılmıştır. Çalışma sonunda, cinsel istismar mağduru olan çocuklar görüşmeciye cevap verdikleri anlarda

⁵⁶ The National Institute of Child Health and Human Development (NICHD) Protocol

⁵⁷ The National Institute of Child Health and Human Development (NICHD) Protocol

⁵⁸ Benia, L. R., Hauck-Filho, N., Dillenburg, M. & Stein, L. M. (2015). The NICHD investigative interview protocol: A meta-analytic review. *Journal of Child Sexual Abuse*, 24(3), 259-279. doi: 10.1080/10538712.2015.1006749

⁵⁹ Lamb, M.E., Orbach, Y., Sternberg, K.J., Aldridge, J., Pearson, S., Stewart, H., Esplin, P.W., Bowler, L. (2009). Use of a structured investigative protocol enhances the quality of investigative interviews with alleged victims of child sexual abuse in Britain. *Applied Cognitive Psychology*, 23(4), 449-467.

⁶⁰ Ahern, E.C., Lamb, M.E. (2016). Children's reports of disclosure recipient reactions in forensic interviews: Comparing the NICHD and MoGP protocols. *Journal of Police and Criminal Psychology*, 32(2), 85-93. doi:10.1007/s11896-016-9205-x

destekleyici ve destekleyici olmayan çeşitli tepkiler bildirmişlerdir. Destekleyici olmayan tepkiler çocukların daha endişeli, suçlu veya öfkeli hissetmesine ve bilgi verirken daha huzursuz olmasına neden olmuştur. Ancak, NICHD protokolü ile yürütülen görüşmelerde çocukların görüşmeciden gelen destekleyici tepkiler karşısında olaya ilişkin bilgi verme ve görüşmeciye açılma hususlarında daha işbirlikçi oldukları görülmüştür. Bu doğrultuda, NICHD protokolünün kullanımının, görüşmecinin tepkileri karşısında istismara maruz kalan çocuğun görüşmeden vazgeçme olasılığını ortadan kaldıradığına söylemek mümkün olmaktadır.

Ayrıca, NICHD protokolünün takip edildiği görüşmelerde ilişki kurma aşamasında çocuk tarafından istismarla ilişkisi olmayan olayların serbestçe anlatıldığı nötr olaylar ve hobiler hakkında soruların da yer bulduğu görülmektedir. İlişki kurulması aşamasında yer alan bu diyalogun, özellikle daha büyük yaştaki çocuklarda çocuğun üretkenliğini ve olası rahatlığını arttırırken adli görüşmeye sebep olan durum harici diğer olaylar ve hobiler aracılığıyla hedef olaya ilişkin daha uzun cevaplar almayı sağladığı ifade edilmiştir.⁶¹

“Şimdi, seni daha iyi tanımak istiyorum.”

1. “Bana yapmaktan hoşlandığın şeyleri anlat.”

(Cevap vermesi için çocuğu bekleyin.)

(Eğer çocuk açıkça detaylı bir cevap verirse, 3. soruya geçin.)

(Eğer çocuk cevap vermezse, kısa bir cevap verirse veya ne yapacağını bilemezse, şöyle sorabilirsiniz:)

2. “Gerçekten, seni daha iyi tanımak istiyorum. Yapmaktan hoşlandığın şeyleri bana anlatmana ihtiyacım var.”

(Bir cevap vermesi için bekleyin.)

3. “Daha fazla bilgi verir misin?” *(Çocuğun bahsettiği etkinlik/ aktiviteye yönelik olarak sorulur. Ancak televizyon, video oyunları ya da hayali aktivitelere odaklanmaktan kaçınin.)*

*(Bir cevap vermesini bekleyin.)*⁶²

Bunun beraberinde, görüşmenin başında çocuğun neden görüşme ortamında olduğu ve görüşmenin yapılma amacı net bir şekilde ifade edildiği için (“Görevlerimden biri yaşadıkları olaylar hakkında çocuklarla (gençlerle) konuşmak. Birçok çocukla (gençle) görüşme yapıyorum, böylece yaşamış oldukları olayları bana anlatabiliyorlar. Bu nedenle, başlamadan önce, gerçekleri anlatmanın ne kadar önemli olduğunu anladığından emin olmak

⁶¹ Price, E.A., Ahern, E.C. & Lamb, M.E. (2016). Rapport-building in investigative Interviews of alleged child sexual abuse victims. *Applied Cognitive Psychology, 30*(5), 743-749. doi: 10.1002/acp.3249.

⁶² The National Institute of Child Health and Human Development (NICHD) Protocol

istiyorum.”)⁶³ hobiler ya da diğer yaşam olaylarına yönelik kurulan sohbetin çocuğun görüşmenin amacından uzaklaşmasına sebebiyet vermediği gözlenmektedir.

NICHD protokolünün baz alındığı başka bir çalışmada ise, NICHD protokolünün kullanıldığı 55 adet adli görüşme kaydı ile protokol güdümlü olmayan 50 adet adli görüşme kaydı karşılaştırılmıştır.⁶⁴ Söz konusu görüşmeler aynı deneyime sahip 6 farklı görüşmeci tarafından yürütülmüş ve kayda alınmıştır. Araştırma sonucunda NICHD protokolüne bağlı kalınarak yapılan görüşmelerde cinsel istismara ilişkin olarak çocuklardan alınan bilgilerin protokol güdümlü olmayan görüşmelere oranla daha ayrıntılı olduğu gözlenmiştir.⁶⁵

SONUÇ

Ülkemizde çocuklarla yapılan adli görüşmelerin daha sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için hastaneler bünyesinde çocuk izlem merkezleri; adliyeler içerisinde ise adli görüşme odaları kurulmuştur. Söz konusu merkez ve odalarda fiziki donanımlar sağlanırken aynı zamanda uzmanlar da ilgili bakanlıklar tarafından eğitimsel açıdan desteklenmektedir. Ancak uygulama açısından bakıldığında kurumlar arasında olduğu gibi uzmanlar arasında da farklı uygulamaların olduğu görülmektedir. Ortak bir yaklaşımın olmaması, adli görüşmelerin geçerliliğini azaltmasının yanı sıra yapılan görüşmelerden yeterli bilgi sağlanamadığı için çocukla birden fazla görüşme yapılmasına da zemin oluşturmaktadır. Tekrar görüşmelerinden doğan olay belleğindeki değişimler ise çocuk görgü tanığının ifadelerindeki güvenilirliği azaltmakta; tekrar görüşmeleriyle çocuğun yeniden travmatize olmasına neden olabilmektedir. Diğer bir bakış açısıyla belirtmek gerekirse, söz konusu sınırlılık, adli görüşme odalarının kurulum amaçlarından biri olan mağdurun ikincil travmatize oluşunun engellenmesi amacına ters düşüldüğünü açıkça göstermektedir.

Çocukla yapılan adli görüşmelerde bir standardın sağlanması; yarı yapılandırılmış bir protokolün oluşturulması ve görüşmelerin ortak bir yaklaşımla bu protokol vasıtasıyla yürütülmesi, alınan ifadelerin güvenilirliğini arttırırken çocuğun yararının da göz önünde bulundurulmasına imkan sağlayacak, uzmanlar için bir yol haritası olacaktır. Adli olaya ilişkin diğer

⁶³ The National Institute of Child Health and Human Development (NICHD) Protocol

⁶⁴ Orbach, Y., Hershkowitz, I., Lamb, M.E., Sternberg, K.J., Esplin, P.W., & Horowitz, D. (2000). Assessing the value of structured protocols for forensic interviews of alleged child abuse victims. *Child Abuse & Neglect*, 24(6), 733-752.

⁶⁵ Orbach, Y., Hershkowitz, I., Lamb, M.E., Sternberg, K.J., Esplin, P.W., & Horowitz, D. (2000). Assessing the value of structured protocols for forensic interviews of alleged child abuse victims. *Child Abuse & Neglect*, 24(6), 733-752.

birimlerle (polis, hastane vb.) yapılması gereken bilgi alış verişini daha sistemli hale getirecek ve sistemli bir olay kaydının ortaya çıkmasına imkan sağlayacaktır. Bu durum, aynı zamanda, adli görüşme odalarında görev yapan uzmanlar tarafından ifade edilen görüşmeye hazırlıksız girme problemini⁶⁶ de ortadan kaldıracaktır. Ayrıca, görüşmede aktif rol alan bütün uzmanlarca ortak bir protokolün takip edilmesi, hakim ve savcılar tarafından ihtiyaç duyulan maddi gerçekliklere ilişkin bilgilerin (olay olmuş mu olmamış mı, kaç kere olmuş gibi) gözden kaçırılabilceği kaygısını da ortadan kaldıracaktır. Protokolün uygun şekilde takip edilmesi neticesinde görüşmeyi yürüten uzmanlar tarafından bu bilgilerin de alınacağına emin olmalarını sağlayacak ve bu şekilde görüşmenin akışının bozulmasına dair belirtilen sorun⁶⁷ da ortadan kaldırılabilir.

Belirtilen diğer bir problem ise, görüşme esnasında çocuğun görüşmede işbirliği kurmaktan kaçınması ve iletişimin sağlıklı bir şekilde devam ettirilememesi durumlarında uzmanların tam olarak ne yapacaklarını belirleyemedikleri yönündeydi.⁶⁸ Bu noktada, NICHD protokolünün görüşme sürecini basamak basamak ele alması ve sunduğu örnek cümlelerle sorulan sorular karşısında çocuktan yanıt alınmadığında nasıl bir yol takip edilebileceğini görüşmeciye hatırlatması görüşme esnasında iletişim kopukluklarının yaşanmasının önüne geçebilecektir.

Söz konusu bağlamda, bu çalışmanın sadece Ulusal Çocuk Sağlığı ve İnsan Gelişim Enstitüsü Protokolü'nün kullanımda sağladığı yararlar ile sınırlı olduğunu göz önünde bulundurmakla birlikte, ülkemizde mevcut düzenlemeler ile mağdur ve tanık ifadelerinin güvenilirliğini artırma yönünde faaliyete geçen adli görüşme odalarında görüşme sürecine ilişkin yaşanan sıkıntılara ışık tutacağına inanılmaktadır. Ayrıca, uluslararası platformda kullanılan diğer ilgili protokoller ve Türkiye'deki adli görüşme teknikleri incelenerek Türk adalet sistemine uygun bir adli görüşme protokolünün geliştirilmesinin önemine de dikkat çekeceği düşünülmektedir.

⁶⁶ Şamar, B. (2018). Mağduriyet bağlamında adli sosyal hizmet ve adli görüşme odaları: Eskişehir Adliyesi örneği. (Yüksek Lisans Tezi). Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Hizmet Anabilim Dalı.

⁶⁷ Şamar, B. (2018). Mağduriyet bağlamında adli sosyal hizmet ve adli görüşme odaları: Eskişehir Adliyesi örneği. (Yüksek Lisans Tezi). Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Hizmet Anabilim Dalı.

⁶⁸ Şamar, B. (2018). Mağduriyet bağlamında adli sosyal hizmet ve adli görüşme odaları: Eskişehir Adliyesi örneği. (Yüksek Lisans Tezi). Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Hizmet Anabilim Dalı.

KAYNAKÇA

Ahern, E.C., Lamb, M.E. (2016). Children's reports of disclosure recipient reactions in Forensic interviews: Comparing the NICHD and MoGP protocols. *Journal of Police and Criminal Psychology*, 32(2), 85-93. doi:10.1007/s11896-016-9205-x

American Professional Society on the Abuse of Children. (2012). Practice guidelines: Forensic interviewing in cases of suspected child abuse. http://www.childfirstpa.com/wp-content/uploads/2014/07/APSAC_FI_Guidelines_2012.pdf. (25 Aralık 2016 tarihinde indirilmiştir)

American Psychological Association (2002). *A Reference for Professionals: Developing*. Washington: American Psychological Association.

Atılğan, E.Ü. , Yağcıoğlu, S. ve Çavdar, Y. (2014a). Çocuklarla adli görüşme odaları ihtiyaçlar, iyi uygulama örnekleri ve çocuklarla adli görüşme standartları özet rapor. Ankara: Adalet Bakanlığı, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Türkiye Adalet Akademisi, UNICEF Türkiye.

Atılğan, E.Ü. , Yağcıoğlu, S. ve Çavdar, Y. (2014b). Çocuklarla Adli Görüşme için Rehber. Ankara: Adalet Bakanlığı, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Türkiye Adalet Akademisi, UNICEF Türkiye.

Benia, L.R., Hauck-Filho, N., Dillenburg, M. & Stein, L.M. (2015). The NICHD investigative interview protocol: A meta-analytic review. *Journal of Child Sexual Abuse*, 24(3), 259-279. doi: 10.1080/10538712.2015.1006749

Block, S.D., Foster, E.M., Pierce, M.W., Berkoff, M.C., Runyan, D.K. (2013). Multiple forensic interviews during investigations of child sexual abuse: A cost-effectiveness analysis. *App Dev Sci*, 17(4), 174-183.

Cirlugea, O., O'Donohue, W.T. (2016). Review of Psychometrics of Forensic Interview Protocols with Children. In W. T. O'Donohue & M. Fanetti. (Ed.), *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse: A Guide to Evidence-Based Practice* (pp. 237-257). Switzerland: Springfield.

Dağlı, T., İnanıcı, M.A. (2010). Üniversiteler için Hastane Temelli Çocuk Koruma Merkezleri El Kitabı. Ankara: Fersa Ofset Matbaacılık.

Davies, D., Cole, J., Albertella, G., McCulloh, L., Allen, K. & Kekevia, H. (1996). Model for conduction forensic interviews with child victims of abuse. *Child Matreatment*. 1(3), 189-199.

DePure, D.P. & Sites, J. (2015). *Child Abuse Investigation Field Guide*. Massachusetts: Elsevier

DeVoe, E.R., Faller, K.C. (1999). The characteristics of disclosure among children who may have been sexually abused. *Child Maltreatment*, 4(3), 217-221.

Ermağan, E. (2015). Çocuk görgü tanıklığının güvenilirliğinin incelenmesi. Doktora Tezi. İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı.

Ermağan Çağlar, E., Kocabaşoğlu, N. (2018). Bellek boşluklarını doldurmaya zorlamanın çocuk görgü tanığı belleği üzerindeki olumsuz etkileri. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 9(34), 451-473.

Faller, K. C. (2007a). Forensic and Clinical Interviewer Roles in Child Sexual Abuse. In K.C. Faller (Ed.), *Interviewing Children About Sexual Abuse: Contraversies and Best Practice*. (pp. 3-10). New York: Oxford University Press, Inc.

Faller, K.C. (2007b). Interviewing Children About Sexual Abuse. In K.C. Faller (Ed.), *Interviewing Children About Sexual Abuse: Contraversies and Best Practice*. (pp. 66-89). New York: Oxford University Press, Inc.

Garven, S., Wood, J.M., Malpass, R.S., & Shaw III, J.S. (1998). More than suggestion: The effect of interviewing techniques from the McMartin Preschool case. *Journal of Applied Psychology*, 83(3), 347-359.

Glaser, D. (2005). Child maltreatment. *Psychiatry*, 4(7), 53-57.

Herman, J.L. (2005). Justice from the victim's perspective. *Violence Against Women*, 11(5), 571-602.

Lamb, M.E., Sternberg, K.J., Orbach, Y., Esplin, P.W., Stewart, H., & Mitchell, S. (2003). Age differences in young children's responses to open-ended invitations in the course of forensic interviews. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 71(5), 926-934.

Lamb, M.E., Orbach, Y., Sternberg, K.J., Aldridge, J., Pearson, S., Stewart, H., Esplin, P.W., Bowler, L. (2009). Use of a structured investigative protocol enhances the quality of investigative interviews with alleged victims of child sexual abuse in Britain. *Applied Cognitive Psychology*, 23(4), 449-467.

La Rooy, D. & Lamb, E.M. (2011). What happens when interviewers ask repeated questions in forensic interviews with children alleging abuse? *J Police Crim Psych*, 26:20–25. doi: 10.1007/s11896-010-9069-4.

La Rooy, D.J., Brubacher, S.P., Aromäki-Stratos, A., Cyr, M., Hershkowitz, I.I., Korkman, J., Myklebust, T., Naka, M., Peixoto, C.E.E., Roberts, K.P.,

Stewart, H., Michael E. Lamb, M.E. (2015). The NICHD protocol: a review of an internationally-used evidence-based tool for training child forensic interviewers. *Journal of Criminological Research, Policy and Practice*, 2(1), 76-89.

Malloy, L.C., Katz, C., Lamb, M.E., & Mugno, A.P. (2015). Children's requests for clarification in investigative interviews about suspected sexual abuse. *Applied Cognitive Psychology*, 29(3), 323-333. doi: 10.1002/acp.3101.

Orbach, Y., Hershkowitz, I., Lamb, M.E., Sternberg, K.J., Esplin, P.W., & Horowitz, D. (2000). Assessing the value of structured protocols for forensic interviews of alleged child abuse victims. *Child Abuse & Neglect*, 24(6), 733-752.

Pipe, M.E., Orbach, Y., Lamb, M., Abbott, C.B., & Stewart, H. (2008). Do best practice interviews with child abuse victims influence case processing. Unpublished report, US Department of Justice. ISO 690.

Pipe, M.E., Orbach, Y., Lamb, M., Abbott, C.B., Stewart, H. (2013). Do case outcomes change when investigative interviewing practices change? *Psychology, Public Policy, and Law*, 19(2), 179-190.

Peixoto, C.E., Ribeiro, C., & Lamb, M.E. (2011). Forensic interview protocol in child sexual abuse. Why and what for? In T. Magalhaes (Ed), *Abuse & neglect series: To improve the management of child abuse and neglect* [Vol.1]. (pp.133-160). Porto: SPECAN.

Price, E.A., Ahern, E.C. & Lamb, M.E. (2016). Rapport-building in investigative Interviews of alleged child sexual abuse victims. *Applied Cognitive Psychology*, 30(5), 743-749. doi: 10.1002/acp.3249.

State Of Michigan Governor's Task Force On Child Abuse And Neglect And Department Of Human Services. (2011). *Forensic Interview Protokol*. (3rd edition). https://www.michigan.gov/documents/dhs/DHS-PUB-0779_211637_7.pdf . (3 Eylül 2016 tarihinde indirilmiştir.)

Steele, L.C. (2012). *The Forensic Interview: A Challenging Conversation*. In P. Goodyear- Brown (Ed.), *Handbook of child sexual abuse identification, assessment, and treatment*. In (99-120). New Jersey: John Wiley & Sons, Inc.

Sternberg, K.J., Lamb, M.E., Davies, G.M., & Westcott, H.L. (2001). The memorandum of good practice: Theory versus application. *Child Abuse & Neglect*, 25(5), 669-681.

Sternberg, K.J., Lamb, M.Y., Orbach, E., Esplin, P.W., & Mitchell, S. (2001). Use of a structured investigative protocol enhances young children's responses to free-recall prompts in the course of forensic interviews. *Journal of Applied Psychology*, 86(5), 997-1005.

Şahin Dağlı, F. (2017). Fiziksel ceza ve çocuk üzerine etkileri. *Türkiye Çocuk Hastalıkları Dergisi*, 11(2), 11-12.

Şamar, B. (2018). Mağduriyet bağlamında adli sosyal hizmet ve adli görüşme odaları: Eskişehir Adliyesi örneği. (Yüksek Lisans Tezi). Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Hizmet Anabilim Dalı.

Taylor, C.A., Hamvas, L., Rice, J., Newman, D.L., & DeJong, W. (2011). Perceived social norms, expectations, and attitudes toward corporal punishment among an urban community sample of parents. *Journal of Urban Health*, 88(2), 254-269.

TC Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Müdürlüğü Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, (2017). Adli görüşme odaları <http://www.magdur.adalet.gov.tr/hakkinda> 01253 adresinden 24 Haziran 2017 tarihinde alınmıştır.

TC Adalet Bakanlığı Mağdur Hakları Daire Başkanlığı Mağdura Yaklaşım Kılavuzu, (2016) <http://magdur.adalet.gov.tr/magdura-yaklasim-kilavuzu-01193> adresinden 13 Aralık 2018 tarihinde alınmıştır.

The Institute for Human Services, (2010). 203: Investigative Interviewing in Child Sexual Abuse Cases Standard Curriculum. Pittsburgh: University of Pittsburgh, School of Social Work

Themeli, O., & Panagiotaki, M. (2014). Forensic interviews with children victims of sexual abuse: the role of the counselling psychologist. *The European Journal of Counselling Psychology*, 3(1), 1-19.

Ümit Atılğan, E., Yağcıoğlu, S., Çavdar, Y. (2014). Çocuklarla Adli Görüşme İçin Rehber. Ankara: Unicef Türkiye.

Wood, B., Orsak, C., Murphy, M. & Cross, H.J.(1996). Semistructured child sexual abuse interviews: interview and child characteristics related to credibility of disclosure. *Child Abuse & Neglect*, 20(1), 81-92.

Wood, J. M., & Garven, S. (2000). How sexual abuse interviews go astray: Implications for prosecutors, police, and child protection services. *Child Maltreatment*, 5(2), 109-118.

World Health Organization. (2003). Guidelines for medico-legal care of victims of sexual violence. Geneva.

1. **BİR İSTİNAF SEBEBİ OLARAK HMK m. 353/1-A-6 ÜZERİNE DEĞERLENDİRME**
The Thoughts on the Article 353/1-a-6 of Turkish Code of Civil Procedure As A Ground For Intermediate Appeal
Doç. Dr. Cenk AKİL
2. **HEM HAKSIZ HEM DE TAŞKIN YAPI NİTELİĞİNDEKİ YAPILAR**
Constructions Having Both Unjust and Excessive Characteristics
Dr. Öğr. Üyesi Hatice Kübra ERÇOŞKUN ŞENOL
3. **ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLETLERİN TANINMASININ HUKUKİ BOYUTU VE TANINMA İLE İLGİLİ BAŞLICA NORNMLAR**
Legal Dimension of Recognition of States in International Law and Basic Principles About Recognition
Dr. Öğr. Üyesi Mesut ŞÖHRET
4. **SUÇ ÖRGÜTÜ LİDERİNİN CEZAI SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN HUKUKİ ANALİZ VE ÖNERİLER (TCK m. 220/5)**
Strafrechtliche Würdigung und Vorschläge Zur Strafbarkeit Des Anführers Einer Kriminellen Vereinigung (Art. 220 tStGB)
Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Emre TULAY
5. **ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAKKIN ŞERHİ**
Annotation of the Construction Contract in Return for Land Share
Arş. Gör. Derya G. BÜTÜN YILMAZ
6. **TÜRK BORÇLAR KANUNUNUN 202. MADDESİ İŞİĞİNDA TİCARİ İŞLETME DEVRİNDE PASİFLERİN DEVİR KAPSAMI DIŞINDA BIRAKILMASININ GEÇERLİLİĞİ**
On The Validity of Eclusion of Liabilities From Assignment of Business Under Article 202 of Turkish Code of Obligations
Arş. Gör. Işık Aslı HAN
7. **VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNİN (CISG) İFA ENGELLERİ SİSTEMİ VE BU SİSTEMDE ALICININ SAHİP OLDUĞU HAKLAR**
The Performance Barriers Regulations of The Vienna Convention on International Sale of Goods (CISG) and The Rights of The Buyer
İlhan GÜLEL
8. **6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA FAİZ HÜKÜMLERİ VE SINIRLARI - TÜKETİCİ İŞLEMLERİNDE FAİZ**
Provisions and Limits of Interest In Consumer Protection Law No: 6502 Interest In Consumer Transactions
Mustafa Serhat ŞEN, Mustafa Kamil ŞEN
9. **EVLAT EDİNMEDE ANA VE BABANIN RIZASININ ARANIP ARANMAMASI SORUNUNUN, ÖZELLİKLE YETKİLİ KURUM ARACILIĞI İLE EVLAT EDİNME AÇISINDAN İNCELENMESİ**
Examination of the Issue Concerning Whether Parental Consent is To Be Required in Case Of Adoption, Especially in Case Of Adoption Via Competent Authority
Av. Dr. Safa KOÇOĞLU
10. **TÜRK HUKUKU'NDA ÜRETİCİNİN VE İTHALATÇININ SATIM SÖZLEŞMESİNDE AYIPTAN SORUMLULUĞU**
The Responsibility of Manufacturer and of Importer For The Defect On Sale Agreement in Accordance With Turkish Law Of Obligations and Consumer Protection Law
Av. Burak Hamza ER
11. **YETKİSİZ HEKİMLİK SUÇU (1219 SAYILI KANUN m.25)**
Unauthorized Practice of Medicine (Art. 25 of the Law No. 1219)
Emre DİZDAR
12. **ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NDA GÖRÜLEN DAVALARA DOSTANE KATILIM (AMICUS CURIAE) VE DOSTANE MÜTALAA (AMICUS BRIEF) USULÜ**
Amicus Curiae and Amicus Brief Procedures On the Disputes Before International Court of Justice
Oğuz Kaan PEHLİVAN
13. **SUÇ ÖNLEME STRATEJİLERİ VE GÜVENLİK POLİTİKALARINA PSİKOLOJİK BİR BAKIŞ**
A Psychological Study on Crime Prevention Strategies and Safety Policies
Psk. Alper KÜÇÜKAY
14. **İSTİSMARA MARUZ KALAN ÇOCUKLARLA ADLİ GÖRÜŞME: NICHD PROTOKOLÜ ÖNERİSİ**
Forensic Interviews With Abused Children: The NICHD Protocol
Dr. Eda ERMAĞAN ÇAĞLAR, Dr. Tuğba TÜRK



Ahlatlıbel Mah.
İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
06095 Çankaya / ANKARA - TÜRKİYE
T. +90 312 489 81 80 . F. +90 312 489 81 01
www.hsem.adalet.gov.tr