



KURULUŞ: OCAK - 1975, YIL : 22, SIRA SAYI: 86

YARÇIN DAY DERGİSİ



CİLT : 22

OCAK - NİSAN 1996

SAYI : 1-2

Sahibi : Yargıtay Adına Birinci Başkan **Müfit UTKU**
Yayın Müdürü : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü **Ali Rıza GENİŞ**

YAYIN KURULU

Başkan : Gönen **ERİŞ** (11. Hukuk Dairesi Başkanı)
Üyeler : Ahmet Cemal **GÖĞÜŞ** (5. Hukuk Dairesi Üyesi)
Şener **GÜNGÖR** (10. Ceza Dairesi Üyesi)
Hakkı **DİNÇ** (2. Hukuk Dairesi Üyesi)
Dr. Ş. Ekrem **SERİM** (9. Hukuk Dairesi Üyesi)

- Dergide yayınlanan yazılar, yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Müdürlüğü-müzü bağlamaz.
 - Gönderilen yazının hiç bir yerde yayınlanmamış olması gerekir. Aksi durumda yazar (telif) hakkı ödenmez.
 - Yayınlanan yazılar için yönetmelikte belirlenen ücret ödenir.
 - Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanma-yan yazılar istendiğinde geri verilir. Posta ile göndermelerde PTT. giderleri yazı sahibine aittir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
 - Dergide yayınlanan yazılar kaynak gösterilerek aktarılabilir.
 - Gerek görüldüğünde, yazının özüne değinmeyen yazım ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
-

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce **üç ayda bir yayınlanır.**
 - **Yönetim ve yazışma adresi:** Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (Yargıtay Ek Bina-sı, Vekâletler Caddesi No: 3) 06658 Ankara.
 - **Telefon:** (0-312) 425 16 32 - 425 16 49
 - **Faks :** (0-312) 419 41 11
 - **Abone Servisi :** 417 44 60 / 3505, 3506
 - **Santral (ek bina) :** (0-312) 417 44 60 (20 hat); 417 51 10 (5 hat)
 - % 1 oranındaki katma değer vergisi içinde, **1996 yılı Yargıtay Dergisi abone be-deli 404.000.- liradır.**
 - Dergi bedeli, Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 304230/110-4 sayılı veya **Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932** numaralı hesaplarımızdan birine aktarılarak yada **PTT. kanalıyla** gönderilerek veya **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılarak abone olunur.
 - Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
 - Yıllık abone olmaları koşuluyla, **Hâkim ve C. Savcıları ile Hukuk Fakültesi Öğ-rencilerine % 20 indirim uygulanır.**
 - **Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.**
 - Dış kapak düzeni : Ertekin KAYA
 - İç kapak düzeni : Faruk AFŞAR
-

ISSN 1300 - 0195

İ Ç İ N D E K İ L E R

1- GENEL KONULAR

- | | | <u>Sayfa</u> |
|-----------------|--|--------------|
| a) Altan SAYSEL | : Adli Yargının İşleyişinde Adli Tıp Kurumu'nun Rolü | 5-17 |

2- CEZA HUKUKU

- | | | |
|-----------------|---|-------|
| a) Coşkun ERBAŞ | : Tarihi Gelişim İçinde Gözetimle Erteleme (Denetimli Serbestlik-Sursis Avec Mise À L'épreuve) Ve Fransa'daki Uygulaması İle Konuya İlişkin Türk Ceza Kanunu Öntasarı Metinleri I | 18-51 |
|-----------------|---|-------|

3- BORÇLAR HUKUKU

- | | | |
|------------------------|--|---------|
| a) Nihat YAVUZ | : Kira Hukukunun Nedensiz Zenginleşme ve Vekaletsiz İşgörme Davaları İle İlgili Kimi Sorunları | 52-67 |
| b) Levent YAVUZ | : Tüketici Kredileri | 68-75 |
| c) Dr. Mehmet BAHTİYAR | : Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması | 76-98 |
| ç) Yeşim M. ATAMER | : Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini | 99-132 |
| d) Mustafa ATEŞ | : Factoring Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler | 133-144 |

4- TİCARET HUKUKU

- | | | |
|-----------------|--|---------|
| a) Fevzi YARBAŞ | : Türk Ticaret Kanunu ve Vergi Usul Kanununda Defter ve Belgelerin Saklanması ve Ziyat | 145-156 |
|-----------------|--|---------|

5- ÖZEL HUKUK

- a) **Serdar ARIKAN** : 3116 ve 6831 Sayılı Yasalara Göre Orman Kadastroına İtiraz Davaları **157-178**
- b) **Zafer ERGÜN** : Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizi ve Tanınması Arasındaki Ortak ve Farklı Yönler **179-189**

6- AYRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRKİYE

- a) **Doç. Dr. Şeref ÜNAL** : Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın Loizidou-Türkiye Olayına İlişkin 23 Mart 1995 Tarihli Kararı **190-193**

7- FEDERAL MAHKEME İÇTİHATLARI

- a) **Doç. Dr. Kemal DAYINLARLI** : Havaleden Rücu Etme **194-202**

8- BİBLİYOGRAFYA

- a) **Ali Rıza GENİŞ** : 1995 Yılı Yargıtay Dergisi Bibliyografyası **203-207**

ADLİ YARGININ İŞLEYİŞİNDE ADLİ TIP KURUMUNUN ROLÜ (*)

Altan SAYSEL (**)

● **ANLATIM DÜZENİ** : 1- *Adli Tıbbın Tarihçesi ve Hukuk İlmiyle Olan İlişkisi.* 2- *Yeni Yasanın İşığı Altında Adli Tıp Kurumunun Fonksiyonu ve Adli Yargıdaki Rolü.*

1- ADLİ TIBBIN TARİHÇESİ VE HUKUK İLMİYLE OLAN İLİŞKİSİ

Adalet, tarihin ilk devirlerinden beri pozitif bilmin vasıta ve sonuçlarından faydalanmıştır. İnsanların ruhi ve bedeni olarak zarar gördüğü cürüm ve vakalarda gerek mağdur, gerekse suçlular açısından suç delillerinin çoğu kez bu kişiler üzerinde bulunması çözümde insan vücudunu ilmen tanıyan hekimlerden yararlanma gereksinimini hasıl etmiş ve Adli Tıp da bu gereksinimden doğmuştur. Özellikle Adli Tıp ve Adli Ekspertiz yargının ayrılmaz bir bölümü olarak gelişmiş, yargı tıp dallarına ihtiyaç duymuş ve tekniğin diğer dallarından da istifade edilmek suretiyle adaletin en iyi şekilde sonuçlanması hedeflenmiştir. Bu bakımdan tıp, adalet için çok lüzumlu ve gereklidir. Hatta tıp'sız tam bir adaletten bahsetmenin bile olanaksız olduğunu söylemek mümkündür.

Bu zaruretin gereği olarak memleketimizde de Adli Tıp özellikle Ceza Hukukunun ve tıp biliminin gelişmesine paralel olarak meydana gelmiştir.

Osmanlı idaresi döneminde Adli Tıp'ın özel bir tıp dalı olarak belirlenmesi çok geç olmuş, ancak ilk tıp öğrenimine başlanılan 14 Mart 1827 tarihinden itibaren Tıphane-i Amirede Adli Tıp dersleri müfredat programına alınmış, 1839 yılında ise Mektebi Tıbbiye-i Şahane'de tedris programları içerisine dahil edilmiştir.

(*) "Sekizinci Ulusal Adli Tıp Günleri" Adlı Panelde Sunulan Tebliğ.

(**) **Yargıtay 5. CD. Üyesi.**

Ülkemizde yazılı ilk Ceza Kanunu olarak kabul edilen ve 1840 yılında padişah fermanıyla yürürlüğe konulan "Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda" adam öldürme, intihar ve kaza olaylarında tıp bilgisine ihtiyaç gösteren ve tıptan yararlanılmasını gerektiren kayıtlar mevcuttur. 1841 yılında Ferman-ı Âli ile cesetler üzerinde otopsi yapılmasına izin verilmiş ve Türkiye'de ilk otopsi aynı yıl *Doktor Barnard* nezaretinde talebelere de gösterilmek suretiyle yapılmıştır.

1879 yılında kabul edilen Usulü Muhakematı Cezaiyye Kanununda hekimlerin adli olaylarda bilirkişi olarak görevlendirileceği belirtilmiş ve şüpheli ölüm olaylarında mutlaka otopsi yapılması gerektiği ve ölüm sebebinin buna göre bulunması hususu gerekli görülmüştür. Aynı tarihte İstanbul'da zabıta nezaretine bağlı olarak bir "Zabıta Tababet-i Adliye" şubesi kurulmuş, bu şubeye tayin edilen hekimler adli olaylarda rapor ve mütalâa vermekle görevlendirilmişlerdir. İstanbul dışındaki adli vakalarda ise bilirkişi sıfatıyla hükümet hekimleri ile askeri hekimlerden yararlanılmıştır.

Türkiye'mizde 29 Ekim 1923'te Cumhuriyetin ilanından sonra sosyal, ekonomi ve hukuk alanlarında reform hazırlıklarına başlanmış, dini hukuk sistemi tamamen terkedilerek lâik kurallara dayalı kanunlar kabul edilmeye başlanmıştır.

Bu meyanda 1926 tarihli ve 765 sayılı Ceza Kanunu İtalyan Ceza Kanunundan, 743 sayılı Medeni Kanun da İsviçre Medeni Kanunundan iktibas edilerek yürürlüğe konulmuştur. Bu kanunlarda öngörülen cezai ve hukuki yaptırımlarda resmî bilirkişilik görevinin gelişen koşullar içerisinde yerine getirilmesi gerekeceği nedeniyle 813 sayılı Tıbbî Adli Müessesesi Kanunu yeni hukuk sistemindeki ihtiyaçları karşılamak üzere hazırlanmış ve bu kanunla kurulan müessese genel müdürlük haline getirilmiştir. 1953 yılına kadar mevcut kadro imkanlarıyla çalışan bu kuruluş günün ihtiyaçlarını karşılayamaz hale gelince yerini 6119 sayılı Yasaya bırakmıştır. Adli Tıp Müessesesi Kanunu ile teşkilatlanan Kurum, Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak 1953 yılından 14.4.1982 tarihine kadar 29 yıl fasilasız yargıya hizmet götürmüştür. Bu süreç içerisinde kurumun morg, müşahadehane ve kimyevi tahliller şubesine ilaveten fizik, tahliller, biyoloji ve trafik şubeleri ile takviye edilerek bilimsel ve teknik konularda kendisini yenileme gayreti içerisinde olduğunu görmekteyiz. Bu yıllar içerisinde tıp ve hukuk fakülteleri öğrencilerine meslek yaşamlarında gerekecek adli muayene, otopsi ve rapor yazma teknikleri üzerinde pratikler yaptırılmış, adli yargının işleyişinde Adli Tıp'ba ne denli

ihtiyaç duyulacağı hususları ciddi ve kararlı eğitimlerle uygulanmıştır.

Ancak; 50'li yıllardan 80'li yıllara uzanan süreç içerisinde her alanda olduğu gibi, tıp alanında da ilerleme ve gelişmeler olmuş, toplumda meydana gelen kriminolojik değişimler adli bilirkişilik alanında da bir takım yeniliklerin oluşmasını zorunlu kılmıştır.

Büyük kentlerdeki sağlıksız yapılaşma, ardi arkası alınamayan göçler, kozmopolit yaşama şekilleri, ekonomik bunalımların kişiler üzerindeki etkileri gibi nedenlerle klasik suç ve suçlu tipleri dışında yeni ve değişik suçlu ve suç tipleri ortaya çıkmıştır. Bu nedenle adliyelerdeki artan iş hacmine paralel olarak adli tıp müessesesinin de işleri çoğalmış, mevcut imkan, kadro ve teşkilatı ile yeniden yapılanma gereksinimi ortaya çıkmıştır. Böylece günün koşullarına uygun, modern, geniş kapsamlı ve yargıya vereceği hizmetlerde daha bilimsel ve teknik yöntemleri içeren yeni bir yasanın yaşama geçirilmesi gerekli görülmüştür.

Adalet Bakanlığı'nca hazırlanıp bakanlar kuruluna sunulan Adli Tıp Kurumu Kanun Tasarısı konseyce kabul edilerek 14.4.1982 tarihinde, 2659 sayı ile kanunlaşmıştır. Bugün Kurum çalışmaları bu kanun ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan uygulama yönetmeliğine göre yürütülmektedir.

Bu yasa ile Adli Tıp'ın ismi Adli Tıp Kurumu olmuş, Kurum'a bağlı birimler oluşturularak Adli Tıp Meclisi beş adet İhtisas Kurulu haline getirilmiş, ayrıca bir Genel Kurul oluşturulmuştur. Mevcut morg, gözlem, fizik ve kimya şubeleri ihtisas daireleri haline dönüştürülmüş, bunlara ilaveten ayrıca biyoloji ve trafik daireleri kurulmuştur. Taşrada adli vakalarda adliyelere anında yardımcı olmak üzere İstanbul dışındaki daireler Kurum Başkanlığına bağlı olarak grup başkanlığı, adli tabiblikler de şube müdürlükleri haline getirilerek yaygınlaştırılmıştır. Tespitlerime göre, 23 yerde şubesi ve 6 yerde de grup başkanlıkları bulunan Adli Tıp Kuruluşları bölge bazında yargıya oldukça önemli hizmetler vermektedir.

2- YENİ YASANIN İŞİĞİ ALTINDA ADLİ TIP KURUMU'NUN FONKSİYONU VE ADLİ YARGI'DAKİ ROLÜ

Suçun ortaya çıkarılmasında, suç araçlarının araştırılmasında ve teşhisinde, suçlunun kimliğinin belirtilmesinde, yaş ve cinsiyetin saptanmasında, kişinin cezai sorumluluğunda, medeni ehliyetinin mevcut olup olmadığı yönünde Adli Tıp Kurumu yargıya büyük ve yararlı hizmetler vermektedir.

Bugün Adli Tıp Kurumu'nun, adli yargıya verdiği hizmetlerin sınırını ve fonksiyonunu Kurum'un kuruluş kanunu belirlemektedir. Bu itibarla, bahse konu kuruluş kanununun ilgili hükümlerinin gözden geçirilmesini faydalı görmekteyim. Buna göre, Adli Tıp Kurumu adalet işlerinde birliktelik görevi yapmak üzere Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak kurulmuştur (madde-1). Kurum mahkemeler ile hâkimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle yükümlüdür (madde-2). Adli Tıp Genel Kurul kararları nihaî olmakla beraber mahkemelerin delilleri serbestçe takdiri hususundaki yetkilerini kısıtlamaz (madde-23). Bununla birlikte adli yargının;

Müessir fiiller, adabı umumiye ve aile nizamı aleyhine işlenen cürümler, ırkın tümlüğü ve sağlığı aleyhine işlenen cürümler, meslekte kaza ve işgücü kaybı, maluliyetler, meslek hastalıkları ve mesleki kusurlar, cezai ehliyet ve bunu kaldıran veya hafifleten sebepler ile hukuki ehliyetin tespiti, Türk Ceza Kanununun 403 ve 404. maddelerinde yazılı uyuşturucu maddeleri kullanan kimselerin alışkanlığı ile ilgili iptila derecesinin tayini, hacir altına alınma, fiile mukavemet edilip edilemeyeceği hususlarının tespiti, zehirlenmelerle ilgili işler, nesep tayinine ilişkin işler, umumun sıhhatine, yenecek ve içilecek şeylere ilişkin cürümler, gıda ve ilaca ilişkin işler, ceset ve ceset organlarıyla canlılara ait dokular ve kıllar üzerinde her türlü incelemeler, gözleme tabi tutulmasına karar verilenleri gözleme tabi tutmak ve gözlem sonucunun bir raporla tesbit edilmesi, toksikolojik, gıda, sınai, narkotik, ilaç ve diğer maddeler ile alkolometrik analizlerin yapılması, kanlı eşya, sperm lekesi, lekeli eşya, kan grupları ve faktörleri, babalığın tayini, kan sayımı, kan ve omurilik suyundan bakteriyolojik ve serolojik incelemeler, silah, mermi, yazı (grafolojik-daktilo skopik), fotoğraf, resim, imza, imza niteliğini taşıyan parmak izleri ile radyolojik, radyo-izotop, klimatolojik olaylarla ilgili incelemeler, trafik olayları ile ilgili konularda gerekli muayene ve incelemeler yapılması konusundaki talepleri hakkında Adli Tıp Kurumu'nun ilgili ihtisas daireleri her türlü muayene ve incelemeleri yaparak bilimsel ve teknik görüşlerini bir raporla ilgili mahkeme ile hâkimlikler ve savcılıklara bildirmektedir. Böylece gelişen Adli Tıp, hukukun pekçok meselelerinde etkili olmaktadır.

Mensubu olmaktan her zaman onur duyduğumuz ve görev yaptığımız Yüksek Yargıtay'ın Beşinci Ceza Dairesi, muhtelif uygulama ve kararlarında mahkemelerden nihaî olarak Adli Tıp Kurumu'ndan rapor ve görüş alınmasını önererek, adaletin oluşumunda Adli Tıp Kurumu'nun fonksiyonunu ortaya koymaktadır.

Bu cümleden olarak, Dairemiz 12.10.1992 günlü bir kararında; mağdurun yaşı ırza geçme suçunun unsurlarından olduğu için gerekirse Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan mağdurun suç tarihindeki yaşı hakkında görüş alınması gerektiğini; 24.1.1990 günlü bir kararında; anüste çepeçevre ekimoz, anüs sfinkterinin genişlemesi, anüsün açık kalması, rektum içinde sperm bulunması gibi kesin bulgulardan bahsedilmemesi, sadece fissur, kızartı, yırtıktan sözedilmesi halinde ise mevcut bulguların ırza geçmenin kesin kanıtı olup olmadığı, teşebbüs veya tasaddi sırasında meydana gelip gelmeyeceği konusunda Adli Tıp Kurumu'ndan görüş alınması gerektiğini; 10.12.1993 günlü bir kararında; mağdurun çok küçük yaşta olması sekonder seks karakterinin gelişmemesi durumunda fiziki imkansızlığın bulunduğunu, kuşku duyulması halinde mağdurun ve failin cinsel organlarının ölçüleri alınılarak mağdurun ırzına geçilmesinin mümkün olup olmadığı, fiziki olanaksızlığın bulunup bulunmadığı hususunda Adli Tıp Kurumu'ndan görüş alınması gerektiğini, 3.4.1990 günlü bir kararında; mağdurenin kaçırıldığı sırada kendisini minibüsten atması sonucu sağlık ocağı tabibliğinin raporunda diz kapağı ve bilekte tarif edilen ekimozların yara vafında olup olmadığı konusunda Adli Tıp'tan görüş alındıktan sonra sonucuna göre sanıklar hakkında TCK.nun 439. maddesinin uygulama yeri bulunup bulunmadığının düşünülmemesi gerekçeleri ile yerel mahkemelerin kararlarını bozmuştur.

Yine; ırzına geçilen mağdurenin akıl hastalığı, zeka geriliği veya beden hastalığının mukavemete muktedir olmayı engelleyecek nitelikte olup olmadığı konularında alınan doktor raporunun yetersiz olması halinde, Adli Tıp Kurumu'ndan görüş alınması uygun olacaktır.

Keza, Adli Tıp Genel Kurulu 18.3.1993 gün, 45/19 sayılı mütalâasında; yedi yaşını bitirmeyen küçüklerin müdrük ve muktedir olmadıkları doğrultusundaki önceki mütalâalarını, küçüklerin onbir yaşını bitirmesinden ve oniki yaşından gün almalarından sonra mağduru buldukları olayın ahlâki kötülüğünü müdrük ve olaya ruhsal yönden mukavemete muktedir olmalarına imkan verecek psikoseksüel olgunluğa erişebilecekleri şeklinde değiştirmiş, Dairemiz de bu görüş paralelinde onbir yaşını bitirmeyenler aleyhine işlenen ırza geçme suçlarının TCK.nun 414/2. maddesine, tasaddi suçlarının da 415/2. maddesine mümas bulunduğunu benimsemiştir. Genel Kurulun bu kararını ceza hukukumuz ve tıp öğretisine uygun bir karar olarak görüyor ve ceza hukukunun sistematiğindeki mağdur hukuku ile onbir yaşını bitirmeyen

sanıklar hakkında takibat yapılmasına cevaz vermeyen sanık hukuku ara-sında olması gereken bir eşitlik olarak yorumluyoruz.

Irza geçme suçlarında sanığın tespiti açısından doğan çocukla failin kan grup ve faktörleri ile genetik tahlilleri, keza dört yaşından gün alan çocukla sanığın benzerlik muayenesi Adli Tıp Kurumu'nca yapılabilmektedir. Alınacak raporlar kesin kanıt olmamakla beraber dava dosyasındaki diğer delillerle birlikte değerlendirildiğinde bir sonuca ulaşmak mümkün olabilmektedir. Ayrıca, babalık saptanmasında DNA testinin % 99,97'ye varan sonuçlar vermesi ile suç kanıtlarının daha iyi değerlendirilmesi de mümkün bulunmaktadır.

Irza tecavüz suçlarında mağdurun mukavemete muktedir olup olmadığı, ifadelerine itibar ediliip edilmeyeceği, akıl hastalığının hekim olmayanlarca bilinip bilinmeyeceği hususlarında Adli Tıp Kurumu'ndan mütalâa alınarak delilleri değerlendirip tatbik edilecek yasa maddesini belirlemek uygun olacaktır.

Irza geçme veya tasaddi suçları sonucunda mağdurenin sağlığında meydana gelecek zarar kanun koyucu tarafından ağırlatıcı bir neden olarak kabul edilmiştir. Böyle bir durumun meydana gelip gelmediği tabip raporu ile saptanmalı, bunun yetersiz kalması halinde Adli Tıp Kurumu'ndan görüş alınmalıdır.

TCK.nun 418. maddesinde öngörülen arttırıcı nedenin uygulanabilmesi için, ırza geçme fiili sonucu kızlık zarının bozulmuş olması gerekmektedir. Kısmi yırtık halinde ayıplı bırakmanın gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda Adli Tıp Kurumu'ndan görüş alınması uygun olacaktır.

Bu bilgi ve düşünceler ışığında Adli Tıp Kurumu'nun çok değişik metod, teknik ve vasıtalarla ceza, medeni ve sosyal kanunların tatbikatında çok etkili fonksiyonları bulunan bir kuruluş olduğunu söylemek mümkündür.

Güncelliği itibariyle geçen aylarda İstanbul'da işlenen bir cinayette, iki kız çocuğunu öldürdükten sonra büyüğünün ırzına geçip vücuduna "anana ibret olsun" ibaresini yazarak hiçbir iz ve delil bırakmadan kaçan katilin, Adli Tıp Kurumu'nun cesette saptanan spermeler üzerindeki testleri ve grafolojik çalışmalar sonucunda yakalanmış olması, adli yargının işleyişinde bu Kurum'un ne denli önemli rol oynadığını gösteren küçük bir örnektir.

Bu vesile ile yargıda son derece önemli hizmetleri üstlenmiş ve resmî bilirkişilik görevini bilimsel ve teknik metodlarla yürüten Adli Tıp Kurumu'nun, daha özerk bir ortam içerisinde bağımsız ve yeterli bütçe ve personel imkanlarıyla çalışmasını, dünyadaki gelişmelere paralel olarak inceleme ve araştırma şartlarını daha da modernize ederek tekniğin her türlü imkanlarından yararlanmasını diliyorum. Böylece Adli Tıp rapor ve mütalâalarında insan faktöründen kaynaklanan bazı farklılıkların en aza ineneğine inanıyorum.

Bu güzel Kurum'un bu günlere gelmesinde özverili çalışmalarıyla katkıları bulunan bilim adamları değerli hocalarımızı, Adalet Bakanlığı'nın sayın yetkililerini şükranla, ebediyete intikal edenleri de rahmetle anıyorum. Kurum'un yargıya verdiği hizmetlerde her gün daha mükemmeli yakalamayı hedefleyen ve samimi çalışmalarına tanık olduğum Kurum'un bu günkü idareci, uzman ve değerli hocalarını da saygıyla selamlıyorum.

—oOo—

KAYNAKÇA

- | | |
|----------------------------|--|
| Ord. Prof. Dr. Tahir TANER | : Ceza Hukuku Umumi Kısmı. |
| Prof. Dr. Cahit ÖZEN | : Adli Tıp, İstanbul-1995. |
| Prof. Dr. Şemsi GÖK | : Adli Tıp Dün-Bugün-Yarın. |
| C. Savcısı Enver ÖZDEMİR | : Keşif ve Bilirkişilik, İstanbul-1985. |
| Hâkim Bahri DEMİREL | : Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi İçtihatları. |

**TARİHİ GELİŞİM İÇİNDE GÖZETİMLE ERTELEME
(DENETİMLİ SERBESTLİK – SURSIS AVEC MISE À L'ÉPREUVE) VE
FRANSA'DAKİ UYGULAMASI İLE KONUYA İLİŞKİN TÜRK CEZA
KANUNU VE ÖNTASARI METİNLERİ (*)**

(I)

Coşkun ERBAŞ (**)

● **ANLATIM DÜZENİ** : BİRİNCİ BÖLÜM. §1- Gözetimle Ertelenenin Tarih İçindeki Evrimi. I- Giriş. a- Tarif. b- Anglo-Amerikan Sistemi. aa- Hükümün Ertelenmesi. bb- Gözetim İşlemi. II- Tarihi Gelişim. A- Gözetimle İlgili Fikirlerin Başlangıç Noktası. B- Gözetim Önlemlerinin Tecile Uygulanması Aşamaları. a- İngiltere'deki Durum. b- Amerika'daki Durum. c- Kara Avrupası'ndaki Durum. d- Fransa'daki Durum. e- Türkiye'deki Durum. İKİNCİ BÖLÜM. §2- Gözetim Görevinin İçeriği. I- Gözetim Görevi Nasıl ve Kimler Tarafından Yapılacaktır. A- Karar Mercii. B- Suçlunun Seçimi. C- Gözetim ve Denetim Görevini Kimler Yapmalıdır? a- Kolluk Kuvvetlerinden Yararlanılması. b- Gönüllü ve Yardımsever Kişiler Aracılığından İstifade. c- Kamu Yararına Hizmet Veren Kuruluşlar ve Halk Örgütleri. d- İhtisas Sahibi Devlet Organları. e- Karma Sistem. II- Fransa'da Gözetimle İlgili Organlar. a- Cezaları Uygulama Hâkimi. b- Gözetim Memurları. c- Gözetim Komitesi. d- Özel Dernekler. III- Gözetim Müessesesinin Doğası Üzerine Etken Ceza-İnfaz Politikaları ve Müessesenin Organlarına Yansıma Biçimi. a- Gözetim Memurunun Formasyonu ve Görevin İçeriği. b- Gözetimde Görevli Diğer Kuruluşların İşlevleri. IV- Gözetime Alınan Kişilere Yapılan Yardımların Amaç ve İçerikleri. a- Uslandırma Ögesi. aa- Eğitim. bb- Maddi Yardım-Manevi Destek Verilmesi. b- Denetleme. c- Sosyal Korunma. V- Mahkemenin Gözetim Kurum ve Memurları İle Olan İlişkileri. A- Hükümden Önceki Döneme Ait İşlevler. a- İhzarî anketin Hazırlanması. aa- İngiltere'deki Uygulamalar. bb- Fransa'daki Durum. cc- Kara Avrupası'ndaki Sistem. B- Hükümden Sonraki Safahat. a- Gözetimin Başlaması. b- Gözetimin Kapsamı. aa- Gözetimdeki Kişinin Suça Yol Açan Çevre ve Etkenlerden Uzaklaştırılması. bb- Ev ve

(*) Devamı gelecek sayıda.

(**) Yargıtay 8. CD. Tetkik Hâkimi.

İşyerinde Ziyaret. cc- İş Formasyonu Kazandırılması. dd- İkametgâh temini. ee- Gözetimdeki Kişinin, Gözetim Memurunu Bürosunda Periyodik Olarak Ziyaret Etmesi. ff- Gözetim Memurunun Mahkemeye Belirli Aralıklarla Rapor Vermesi ve Önerilerde Bulunması.

**GÖZETİMLE ERTELEME
(DENETİMLİ SERBESTLİK)
(SURSIS AVEC MISE À ÉPREUVE)**

BİRİNCİ BÖLÜM

1- Ş GÖZETİMLE ERTELEMENİN TARİH İÇİNDEKİ EVRİMİ

I- GİRİŞ

Genel Olarak

a- Tarif

1- İşlediği suçtan dolayı mahkum edilen suçluya ait cezanın infazının belli bir süre ile geri bırakılması ve suçlu bu deneme süresi içerisinde yenden bir suç işlemediği takdirde, suçun ya işlenmemiş veya hükümlülüğün gerçekleşmemiş yada cezanın çekilmiş sayılması halini içeren **Basit Erteleme** (Sursis Simple) sisteminde sözü edilen deneme süresi boyunca suçlu tamamı ile serbest kalır ve her türlü denetlemeden uzak olarak yaşar (1).

Halbuki gözetilme erteleme veya denetimli serbestlik rejimi: Haklarında hüküm olunan cezanın teciline karar verilerek serbest (açık), hürriyet ortamı içine bırakılan mahkumların tecilin deneme süresi boyunca kendi hallerine terk edilmeyerek onların uslanıp, ıslahı nefis etmeleri, kişilik bozukluklarını düzeltmelerini böylece yeniden topluma adapte olmaları ve sosyal çevre içerisindeki eski yerlerini alabilmeleri için ihtiyaç duyacakları her türlü müddi ve manevi yardım, destek, koruma ve gözetimin kendilerine temin edilmesi, bu amacın gerçekleşmesi için lüzumlu görülen önlemlerin alınması, bu cümleden olarak mahkuma rızası ile bazı vecibeler empoze edilmesi ve empoze edilen bu öneri ve önlemlere uyulup uyulmadığının ayrıca bu vecibelerin yerine getirilip getirilmediğinin kontrolüne dair esasları da içeren bir kurum olarak tarif edilebilir. Gözetimle ertelemeye karar verilebilmesi, mahkumun cezai ehliyetine, yani bir anlamda suçun işlenmesi ile ilgili tüm kişisel bilgilerin toplanıp her türlü verilerin saptanması ile birlikte, onun rızasının alınmasına da bağlı tutulmaktadır.

(1) **Dönmezer-Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt-3, 1985, Sayfa: 9, Paragraf 1653.

Diğer bir anlatımla, tecilin deneme süresi boyunca serbest ortam içine bırakılanların, kollanıp gözetilerek onlara yardımda bulunulmasına ilişkin esasları ihtiva eden, bir rejim altına yerleştirilmiş olan mahkum ve bazı suçluların haklarında böyle bir karar verilebilmesi, ancak ilgili mahkumun cezai ehliyeti yanında onun rızasının alınmış olmasına da bağlı tutulmak sureti ile hakime bu yönde bir yargıya varma müsadresi veren bir kurum olan "GÖZETİMLE ERTELEME" diğer bir deyişle "DENETİMLİ SERBESTLİK" (Sursis avec mise à l'épreuve) menşeiini Anglo – Amerikan (PROBATION) müessesesinde bulur.

b- Anglo – Amerikan Sistemi

2- Anglo – Amerikan sistemine özet olarak değinmek gerekirse: Sistemin esas unsurlarının başında, kararın verilmesinden önce hazırlanmış (İhsari mahiyette) bir anket yer alır. Bu anketin hazırlanmasında, suçun mahiyeti, suçlunun kişiliği ve kamu yararının korunması ön planda tutulur. Polisçe yapılan tahkikattan faydalı bilgiler elde edebilirse de bu malûmat yeterli kabul edilemez. Bu nedenle probation idaresi nezdinde yer alan deneme amir ve memurları ile diğer gönüllü kurum ve kuruluşlarca yapılması uygun görülmektedir (2).

Bu sistem esas itibariyle suçlu tarafından kendi ihtiyarı ile kabul edilmiş bir "vait"e yani söz vermeye dayanır. Bu vait gereğince, hükümlü hal ve hareketlerini düzeltmeyi ve hakkındaki kontrol tedbirlerine ve yüklenen vecibelere uymayı tekeffül etmiştir (3).

Çünkü, sistem bir "İcbar" ile değil, kendisinin ıslahı için suçlunun yine kendisinin gönül rızası ile muvafakat göstereceği ihtiyarı bir işbirliği ile mümkün olmaktadır.

Mahkeme karar vermeden önce suçluya sade bir lisanla kararda yer alan hususları, bu karardan doğan mecburiyetleri ve vaidini tutması veya tutmaması hallerinde husule gelecek neticeleri açıklar. Mahkeme suçluyu gözetim altında bulundurmakla yetinmeyerek, kararına belirli bazı koşullar da ilave edebilir. Mağdurun zararlarının tazmini, ikametgahını değiştirme, bir mesleği icra etmeme vs. gibi (4). Esasen anket özel bir şata gerek olup olmadığı ve

(2) Bkz. ileriden, n – 8 vd.

(3) Bkz. geride, n – 1, Erem, age., sayfa 341.

(4) Bkz. ileriden, n – 79 vd., 184, 186.

varsa bu koşulun mahiyeti hakkında yargıca her zaman fikir verebilecektir. Yeni bir koşula gereksinim duyulduğu taktirde deneme amiri mahkemeye teklifte bulunacak, mahkeme de bu konuda kendi taktirine göre yeni düzenlemeler yapabilecektir.

Deneme amiri, gözetim altındaki suçluyu, kararda tayin edilen veya kendisinin takdir ettiği uygun aralıklarla ziyaret eder veya onun ziyaretlerini kabul eder. "Recognizance" da uymayı taahhüt ettiği riayet şartları olarak gösterilen koşullara riayet edip etmediğini inceler ve suçlunun hareketlerinden mahkemeyi bilgilendirdiği gibi ona nasihat eder, yardım ve müzaharete bulunur. Gerekliğinde ona uygun bir iş bulunmasına da yardım eder.

Yukardaki açıklamaları kısaca özetlemek gerekirse esas itibari ile sistemi iki ana başlık altında toplayabiliriz.

aa- Hükmün ertelenmesi

Yargıç mahkumiyet hükmünü vermez ve bu hükmün verilmesini tecil eder, (geriye bırakır) erteler.

bb- Gözetim işlemi

Deneme müddeti esnasında suçlu kendi başına bırakılmayarak bir gözetim memurunun siyanet ve denetimine terk edilmiştir (5).

Böylece yapılan yargılama sonucunda suçlu bulunan sanık hakkında verilecek olan hükmün ertelenmesi ile tecilin deneme süresi boyunca kendi haline terk edilmeyerek gözetime tabi tutulan faile anılan süre içerisinde bir gözetim memurunun yardım etmesi "Probation"un başarılı olmasında önemli bir etken olduğunda kuşku yoktur.

II- TARİHİ GELİŞİM (6)

Genel olarak

3- Probation'a (Denetimli Serbestlik Rejimine) tabi tutulan suçlunun deneme periyodu içinde yalnız bırakılmaması, bir gözetim memurunun kontrol,

(5) **Erem**, Türk Ceza Hukuku, Cilt-I, Genel Hükümler, 1966. Sayfa: 340 vd.

(6) Daha geniş bilgi için Bkz. La Probation (Régime de la mise à l'épreuve) et les mesures analogues, Imprimerie administrative melun (FRANCE) 3285-D 1953, s-15 vd.

- Probation Systeme R.P.D.P. 1948 s. 6 vd.

yardım ve güvencesine tevdi edilmesi, onun bu deneme süresini iyi halle ve başarı ile sürdürmesi için önemli bir etken olduğuna işaret ettik. Ancak, suç failinin uslanmasında, devletin ve toplumun üzerine düşeni yaparak, onu suça iten olumsuz faktörlerden ve suç çevresinden kurtarıp, kötü huylarından arınması, ruhsal ve fiziksel bozukluklarını düzeltmesi, bir anlamda ıslahı nefis etmesine yardımcı olmakta ihtiyacını duyduğu hertürlü muavenet ve müzaharetin esirgenmediği, gerekli görülen bakım ve gözetimin gerçekleştirildiği, bugünkü modern sisteme gelinceye kadar tarih içinde oldukça zor aşamalardan geçilmiştir. Görüyoruz ki, bu alanda XVIII. yüzyıla gelinceye kadar henüz hiç bir ciddi hareket yoktur. İlk defa İNGİLTERE ve AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'nde uygulama yeri bulan bu sistem kara avrurasındaki devletlerce ancak uzun senelerden sonra kabul görüp, benimsenebilmiştir.

Deneme Periyodu boyunca suçlunun bir gözetim memurunca izlenmesi, kollanması suretiyle bu memurun muavenet ve müzahareti altında bulunulması olayı, ceza hukuku alanında sistematik bir müessesese haline gelebilmesinde öncülük İngiltere ve Amerika'dan gelmekle birlikte, altını çizerek diyebilirizki, bu müessesenin, ceza hukukundaki "ıslahla ilgili düşünceler" ve "cezanın özel önleme vasfının" bulunduğu yolundaki fikirlerle çok yakından ve geniş bir ilişkisi vardır. Şimdi burada cezanın özel önleme vasfı ve ıslahla ilgili fikirlere gelinceye kadar geçen zamana göz atmak istiyoruz.

A- GÖZETİMLE İLGİLİ FİKİRLERİN BAŞLANGIÇ NOKTASI

4- Kürek cezasının uygulandığı dönemlerde, cezası infaz edilen suçlular, cemiyetin korunması amacı ile, cezalarını çekmiş olmalarına rağmen toplum içine serbestçe bırakılmayarak bu aşamadan sonra serbest hayat ortamı içindeki yaşamları boyunca da kontrole tabi tutulmuşlardı. Bunun ya-

- L'institution de la mise à l'épreuve, Rev. Int. de dr. Compare, 1950, s-405 vd.

- Le Sursis et la probation R.S.C. 1951 s-629 vd.

- Taft 1956, s-448 vd.

- Henriette Poupet, s-4 vd.

- Fransız Hukuku için özellikle bkz. Y. Marx, Le Système de la mise a l'épreuve, Rev. Int. dr. pén Yıl 1950, No. 3, s- 429.

- Merle - Vitu s-609 vd.

- Dönmezer-Erman Cilt-3, s-1 vd.

- A. Önder, Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, 1963, s-244 vd.

Yüksel Yurdakurban, İngiltere'de Çocuk Mahkemelerinin İşleyişi, Mart 1988, Adalet Bakanlığı Araştırma Raporu, s. 10 vd.

anında ceza evlerinde yeni düzenlemeler yapılması suretiyle bu kurumların yeniden düzenlenerek ıslahî fikirleri, tümüyle bu müessesenin gelişmesinin ilk hareket noktasını teşkil etmektedirler.

XVIII. yüzyılın ikinci yarısından sonra Amerika Birleşik Devletleri'nin Philadelphia şehrinde oluşturulan bir dernek, ceza evinden ayrılmış olan mahkûmların serbest hayatta uğrayacakları güçlüklerin bir ölçüde önüne geçmek amacıyla sosyal çevre içinde, sağlıklı bir biçimde yeniden yerlerini alabilmelerine olanak sağlanması açısından, onları kendi hallerine bırakmayarak yardım elini uzatmış, ilk önce onların yetenekleri ile uygun düşecek cinsten işler temini cihetine giderek, muavenet ve müzaheretle bulunmuştur.

Yine, aynı dönemlerde İngiltere'de de benzeri düşünceler güncellik kazanmış ve hümanist bir yaklaşımla, ceza evinde bulunan mahkûmların sorunlarıyla ilgilenilerek, bu gibilerin halk tarafından ceza evlerinde ziyaret edilebilmeleri sağlanmıştır. Böylece onların sosyal çevre ve toplumdaki dışlanmalarının önüne geçilmiş ve ayrıca ceza evinden salıverilenlerin yardımlarına koşılması hızlı bir şekilde gelişme göstermeye başlamıştır. Bu cümleden olarak onlara iş temini suretiyle, sağlam bir kazanç ve kuvvetli bir ekonomik yapıya kavuşturulmaları, böylece hayat standartlarının yükseltilmesi amaçlanarak, bu sayede yeniden suça itilmelerinin önlenebileceği yolundaki fikirler toplum içerisinde beğeni kazanmıştır. Sonradan bu görüşler resmi makamlarca da benimsenip, anılan toplumsal hareketler devletçe organize edilerek "probation" sisteminin uygulanmasına geçilmiş, buradan da Dünya'ya yayılmıştır.

Ceza hukukundaki bu faydacı görüşler kaynağını özellikle hürriyeti bağlayıcı cezalar uygulamasının doğurduğu hayal kırıklığından almaktadır. Bunun yanında ceza hukukunun insancillaştırılması da başlıca etkenlerden biri olmuştur. Hürriyeti bağlayıcı cezanın büyük yer kapladığı 19. yüzyıl ikinci yarısından beri bu cezaların, uygulamada iyi sonuçlar vermediği, suçluyu uslandırmak bakımından yeterli etkiyi yapmadıkları anlaşılmış ve infaz rejiminde suçlunun uslandırılması (ıslahı)nın ve topluma yeniden kazandırılmasının zorunlu kıldığı değişiklikler yapılmıştır. Bu etki ve olaylar aşağıdaki esasları içeren bazı kurumların çağdaş ceza hukukunda kabul edilip uygulanması sonucunu doğurmuş bulunmaktadır (7).

(7) **A. Normandeau**—le Mythe de la rehabilitation (RDPC Avril 1979 s. 401. **Dönmezer—Erman** a.g.e. s—2, dipnot 2, 3, 4; **Fahri Çalkın**, Ertelemenin Muhtelif Şekilleri, Ad. Der., Yıl 1946, Sayı 4, s—487.

a. Mümkün olduğu ve sosyal savunma gerekli kıldığı taktirde suçluyu serbest bırakmak, ancak hakkında serbestlikle bağdaşabilen ıslah tedbirlerini uygulamak,

b. Hürriyeti bağlayıcı cezaların infazından beklenen yararların gerçekleşmesi halinde, uygulanmalarına son verip, suçlunun artık serbest hayata iadesine olanak veren kurumları benimsemek.

5- Tecil ve serbestliğe olanak veren benzeri katagorideki bu kurumlar kısaca;

Denetimli Serbestlik (Probation), cezanın infazının ertelenmesi (şartlı mahkumiyet – La condamnation conditionnelle), şartla salıverilme (Meşruten tahliye–La Libération conditionnelle), denetimli şartla salıverilme (Parole), tahhüt altında hükmün ertelenmesi (Recognizance), adli af (Pardon Judiciaire), adli tevbih (Reprimande Judiciaire) olarak sıralanabilirler.

Söylenebilirki yukarıda anılan kurumlar suçluya karşı merhamet duygularından esinlenen atıfetler niteliğinde değildir (8). "Ceza sistemi af ve müsamaha tedbirlerini de ihtiva etmemiş olsaydı noksan sayılırdı. Katı ve sert bir anlamda salabed ve metanetle cezalandırması iktiza eden ceza kanunu, vurmak için kaldırdığı elini icabında durdurmaya, cezaya nihayet vermeye de bilmelidir; çünkü suçluya mahkumiyetten sonra bile uslanmak imkanlarını gösteren rahim ve şefkat, serkeş ve haşin kimseler üzerinde bazen şiddet ve sertlik kadar ıslahkar bir tesir yapar" (9).

Yukarıda anılan kurumlar suçluluğu azaltma, suçluyu uslandırma (ıslah)'da etkili tecrübelerin getirdiği ceza hukuku tedbirlerinden olup, ceza hukukunun faydacı karakterine uygun müesseseler olarak kabul edilmelidir.

6- Türk Ceza Kanunu bu kurumlardan sadece "cezaların ertelenmesini ve şartla salıverilme" ile ilgili müesseseleri kabul etmiş diğer kurumlara yer vermemiştir. Ancak 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 38 ve 39. maddelerinde "şartlı erteleme" ile "şartla salıvermede gözetim" müesseselerine kısıtlı da olsa yer vermiştir.

(8) Dönmezer–Erman, age. Sayfa 3.

(9) M. Tahir Taner, Ceza Hukuku Üçüncü Basım 1953 S. 456, nt. 2; J.A. Roux P. 148, s. 493, Cours de droit criminel Français, İkinci Baskı.

B- GÖZETİM ÖNLEMLERİNİN TECİLE UYGULANMASI AŞAMASI

7- İleriki bölümlerde ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, denetimli serbestlik ve gözetim önlemleri, başlangıçta haklarında mahkumiyet hükmü kurulmadan salıverilen küçük suçluların, yeniden suç işlemelerinin önüne geçilmesi ve yeniden topluma adapte olmalarını temin ile ıslah amacına yönelik eğitimi ve esas itibariyle onlara yardım edilmesini öngörüyordu. Bu müessesenin faydalarının görülmesi üzerine, aynı sistemin şartla tahliye edilenlere de uygulanması aşamasına geçilmiş, zaman içinde kapsamı genişletilerek yetişkin suçlular için de uygulamaya girilmiştir. En nihayet cezaları tecil edilerek (cezaevinin kapalı ortamına konulmayarak serbest bırakılan yani) açık ve hür ortama salıverilen mahkumlara, tecilin deneme süresi içerisinde de yardım edilip gözetilmelerine ilişkin fikirler gittikçe taraftar bulmuş ve bu günkü **gözetimle erteleme** uygulamasına kadar gelinmiştir.

"Gözetimle erteleme", diğer bir ifade tarzı ile "Denetimli Serbestlik": Özel şekilde seçilmiş suçlular hakkında kamu davasının açılmasının veya duruşma yapılmasının yada cezanın hükmedilmesinin şartlı olarak geri bırakılmasını ve serbest bırakılan suçlu hakkında, onun kişiliğini hedef tutan bir kontrol, yöneltme ve idare sisteminin uygulanmasını belirleyen tedbir olarak ifade edilebilir. Erteleme ile farkına gelince, gerçekten ertelemeye suçlu hakkında mahkumiyet hükmü verilir ve fakat cezanın infazı şartlı olarak geriye bırakılır.

Oysa denetimli serbestliğin çeşitli uygulama şekillerinde suçlu, belirlenen konularda uygun tarzda hareket etmediği takdirde, ya hakkında kamu davası açılır, yahut mahkeme huzuruna celp olunup gerekli karar verilir. Denetimli serbestliğin bütün bu uygulama şekillerinde mahkemenin seçtiği özel bir denetçinin gözetimi altında konulur (10). "Ancak açıklamak gerekir ki bu sonuç fark uygulamada değişik biçimde yer almaktadır. Zira bazı kanunlar ertelemeye geçirilmesi gereken bekleme (deneme) süresi bakımından da bir kontrol ve gözetim kabul etmişlerdir" (11).

Denetimli serbestliğin uygulanması kamu davasının açılmasından önce de mümkündür. Gerçektende bazı ülkelerde görüldüğü üzere kurumun bu uygulama şeklinde, yerine göre savcı ve bazen de zabıta suç işleyen kişiyi

(10) Dönmezer-Erman, age., s. 3 vd.; Bkz. Charles Germain, le sursis et la Probation (RSCDPC. 1954, No. 4 629 vd.

(11) Dönmezer-Erman, age., s. 3, nt. 2.

belirli bir süre denetimli serbestliğe tabi tutar ve bu süre içinde suçlunun kötü hali görülmez, yeniden bir suç işlendiği de tespit edilemez ise, artık kamu davası açılmaz. Bu uygulama biçimi Norveç, Danimarka, Hollanda, Finlandiya ve Belçika'da "küçük suçlular" bakımından görülmektedir (12).

Kamu davası açıldıktan sonra da suçluda görülen özel nitelikler ve diğer bazı şartların bulunması halinde, suçlunun denetimli serbestliğe tabi tutulması ve deneme dönemi uygun şekilde geçirildiği takdirde artık bir daha aynı suçtan dolayı kovuşturmaya girilmemesi tarzında birtakım uygulamalara da rastlanmaktadır. Müessese bu şekli ile Norveç, Macaristan, ABD.'nin birçok eyaletlerinde uygulanmaktadır (13).

Denetimli serbestlikte, davanın duruşmasıyada cezaya hükmedilmesi, şartlı olarak geri bırakılmakta ise de, ancak bu kurumun uygulanmasına karar verilmesi, işlenen fiilden dolayı, failin suçluluğunun ve kusurluluğunun tespit edilmesine bağlı olması özellik arz eder. İşaret edelim ki bu durum, hakkında uygulanacağı suçluların uygun bir tarzda seçilmiş olmalarını zorunlu kılmaktadır. Gerçektende denetimli serbestliğin uygulanması ceza hukukunda bireyselleştirmenin zorunluluğuna dayanır. Böylece bu tedbirin faydalı olabileceği kişiler bulunduğu gibi, hiçbir surette uygulanmaması gereken kişilerin olabileceği de yadsınmamalıdır. Bu kısa açıklamalardan sonra gözetim sürecinin doğup geliştiği İngiltere, ABD. ile Kara Avrupası'ndaki ve nihayet Fransa'daki tarihi gelişimine göz atacağız.

a- İngiltere'deki Durum

8- Gözetim altına konulma olayının ilk belirtilerine İngiltere'de uygulanan "kolonilere sevk edilme" ile ilgili cezalarda rastlamak mümkün olmaktadır. 17. asrın ikinci yarısından itibaren bu ülkede idare siyasal bir yaklaşımla ceza infaz politikası gereği suçluların ölüm cezalarını infaz etmeyerek bu gibileri, önceleri Avusturya'ya daha sonraları da ABD.ye sürgün etmeyi tercih etmiştir. İngiltere'de ölüm cezalarının, yerine getirilmeyerek, mahkumların kolonilere sevk edilmeleri sistemi, başlangıçta uygulama alanında görülmekte ise de, zaman içerisinde hakimler kararlarında ölüm cezası yerine bir daha İngiltere'ye dönmek koşulu ile sürgün cezasına hükmetmeyi benimsemişler ve bu halde sürgün cezalarına uymayarak İngiltere'ye geri dö-

(12) Dönmezer-Erman, age., s. 4, nt. 3.

(13) Dönmezer-Erman, age., s. 4, nt. 4.

nenlerin ise cezalarının infaz edileceğini de kararlarında göstermişlerdir. Zaman içerisinde, uygulanan bu sistemin çok katı ve ağır olduğu sonucuna varılarak, bu gibi mahkumların belli bir süre için, yani geçici olarak ülkelerine dönmelerine izin verilmiş, bu çerçevede gelenlere ise, birer izin belgesi tanzim edilerek polis gözetimi altında bulunmak kaydı ile İngiltere'ye kabul edilmişlerdir (14). İşte, polis gözetimi altında İngiltere'de geçirilen bu süre, ceza hukukunun gözetim müessesesinin ilk çekirdeğini ve özünü oluşturmuştur. Hal böyle iken, bir süre sonra sürgün cezasının kapsamı daha da genişletilerek, ağır cezalı mahkumlardan cezalarının önemli bir bölümü İngiltere'de infaz edilenlerin geri kalan cezalarının şartla salıverilme sureti ile kolonilerde tamamlamalarına da olanak tanınmıştır. Buna paralel olarak, daha evvel uygulanmış olan, izin sisteminin olumlu sonuçlar doğurmasından esinlenerek, bu defa bu gibi mahkumların da izinli olarak İngiltere'ye dönmeleri konusunda aynı yöntemden yararlandırılmaları cihetine gidilmiştir. Pratikte uygulamaya konulmuş olan sistem, yasa kapsamına da alınarak, 1869 tarihli "Habitual Criminal Act" isimli kanunla, bu gibilerin İngiltere'ye izinli gelmeleri halinde, en kısa sürede polise başvurarak, ikamet yerlerini ve vuku bulacak ikametgah değişikliklerini, bu cümleden olarak yeni adreslerini polise bildirmek mecburiyeti yasal düzenlemeye bağlanmıştır. Bu yolla kendisine başvuruda bulunanlar hakkında polis, bazı hayır kurumlarıyla işbirliği yapmak sureti ile, bu gibilerin gözetlenmesini temin ve ayrıca, eğer mahkum anılan süre içinde herhangi bir iş yerinde çalışıyor idiyse, o iş yerinden de mahkumun davranışları hakkında bilgi toplanması cihetine gidilmiştir ki, bu sonuç daha sonra gözetim altına konulanlarla meşgul olunması, onların sorunlarına çareler aranıp yardımcı olunması konusunda, gönüllü olarak çalışmak isteyen hayırseverlerin görev almasına kadar uzanır.

Gerçekten de 19. yüzyılın sonlarında gerçekleşen gözetimle serbestlik rejimi altına konulma (probation) fikrinin yerleşmesi, çocuk suçlulardan başlayarak daha sonraları yetişkinleri de kapsamı içerisine almıştır. Hakim Matthew Davenport Hill 1852'de "suçlu ve yoksul çocuklar komisyonu" ile ilgili olarak yaptığı bir açıklamada, suç işleyen çocukları cezaevine koymak yerine, belli koşulları taşımak ve belli yükümlülükleri üstlenmek kaydıyla, ana-babaları eğer bu suçlu çocukları almayı arzu ederlerse, bunları ana-baba veya almayı arzu eden yakınlarına verilmesi ile ilgili yöntemin hakimlerce bir süredir benimsenmekte olduğunu, kendisinin de 1841'den beri bu yolu izlediğini belirtmiştir.

(14) La Probation et les mesures analogues s. 16 vd; **Berger**, Le Systeme de probation anglais et le sursis continental, Genève, 1953; **Önder**, age., s. 245 vd.

Bu girişim sonucu 1887'de ilk defa suç işleyenlerin gözetim altına konulması ile ilgili (probation of first offenders act 1887) kanunla, kendilerine hükmün ertelenmesi (suspend) yetkisi verilmeye kadar mahkemeler, ya beraat, yada bir çeşit ikamete rapten "bakım veya gözetim" kararı vermek arasında bir seçim yapmak durumunda kalmışlardır.

Anılan tarihlerde İngiltere Kilisesi'nin "içki aleyhtarlığı cemiyeti" misyonerlerini Londra'daki Sulh Mahkemelerine göndermeye başlamıştır. Başlangıçta, şahısları alkolün olumsuz etkilerinden korumak konusu ile ilgilenen bu misyonerler, çok kısa zamanda genel amaçlı "sosyal hizmet uzmanı" hüviyetine bürünmüşlerdir. 1907 tarihinde suçluların denemeye alınıp gözetilmesi (probation of offenders act 1907) kanununun gözetim rejimi (probation) kavramını getirmesiyle de bu defa misyonerler gözetleyici sıfatıyla, mahkumiyetlerin ertelenmesi, mahkemelerin verdiği gözetim kararlarının uygulanması cümlesinden olarak mahkumların sorunlarıyla ilgilenmişler ve onların izlenmesi aşamasında önemli görevler üstlenmişlerdir. Tarihi akış içindeki tüm bu olaylardan edinilen deneyimler sonucu, İngiltere'de "Probation" yani denetimli serbestlik rejimi doğmuş ve bir kurum olarak, mukayeseli ceza hukukunda yerini almış oldu (15).

b- Amerika'daki Durum

9- Gözetim altına konulma olayının çıkış yeri İngiltere ise de, insancıl, medeni ve çağdaş bir müessese olarak evrimi ve ceza kanunlarında yer alması ABD.'nin Boston kentinde 19. asır ortalarında yaşayan Jhon Agustus isimli bir kunduracının girişimleriyle doğmuştur denilebilir. İlk probation memuru sayılacak bu insancıl ve hayırsever zat suçlularla ilgileniyor, özellikle de dikkate değer sanıkların geçici olarak saliverilmelerini elde etmek için mahkemelere güvence veriyordu. Böylece bu gibilerin mahkeme önüne çıkmalarından önceki süre boyunca serbest kalmalarını sağlıyor, suçluların yeniden sosyal hayata intibak etmeleri için de onlara yardım ediyor ve eğer bu girişimleri suçluların sosyal hayata adaptasyonlarında başarılı olursa, hâkim tarafından bu gibi suçlular için sadece ve cent gibi basit ve sembolik bir mahkumiyete karar vermekle yetiniliyordu (16).

İngiltere'deki uygulamalarında etkisi ile Boston-Massachusetts eyalet-

(15) Önder, age., s. 245 vd; Yurdakurban, age., s. 10 vd.

(16) Merle-Vitu, age., s. 997; La Probation et les mesures analogues s. 30 vd.

lerinde "Proles System" (17) adı altında denetimli şartla salıverilenler için de gözetim müessesesinin uygulanmasına geçilmiştir. Bu arada mahkumların cezasının belirli bir kısmının infazından sonra, şartla salıverilmelerine başlangıçta idarecilerce (Guvernörlerce) karar verilirken, zamanla bu yetki ceza infazı ile uğraşan makamlara intikal etmiş ve bu makamlar da salıverilen şahsın anılan deneme süresi içerisinde gözetim altında bulundurulmasını prensip haline getirmişlerdir (18).

Bütün bu aşamalar ardından sistemin gelişme süreci devam etmiş ve tarih içerisinde sadece meşruten tahliye edilenlere değil, aynı zamanda haklarında mahkumiyet kararı verilmeyerek açık ortam içine serbestce salıverilen küçük "suçlular" hakkında da uygulamaya konulmak suretiyle çağdaş gözetim sisteminin prensipleri ortaya çıkmaya başlamıştır. Boston'da 16 yaşından küçük suçlular hakkında bir cezai yaptırım uygulanması yerine onların güvenilir (itimada şayan) kişilerin gözetimi altına konulmalarına olanak veren bir uygulama yapılmasına geçilmiştir. Bu uygulamalar sırasında, son derece olumlu sonuçlar elde edilmesi üzerine kurum bilahare yasal çerçeve içerisine alınarak, kuralları belirlenmiş ve kanun metinlerine girmiştir (19).

İlkönceleri gözetim altına alınanlarla meşgul olma görevi fahri olarak çalışan gönüllü ve yardımsever kişilerce gerçekleştirilirken 19. yüzyıl sonlarına gelindiğinde, önce Boston'da, birkaç sene sonra da Massachusetts eyaletlerinde, bu görevin devlet memurlarınca yapılması uygun görülmüştür. Ancak bu aşamada da yine resmi organizasyonun yanında, özel kişilerin de gözetim hizmetlerinde görev almalarına izin verilmeye devam edilmiştir. Yararlarının anlaşılması üzerine sistem daha sonra yetişkinler için de uygulamaya konularak, bu gibilerin de tecil edilen cezalarının deneme süresi boyunca yalnız bırakılmaması ve gözetime alınması sureti ile takip edilerek, sosyal hayata yeniden uyum sağlamalarında, onlara da yardımda bulunması cihetine gidilmiştir. Bu cümleden olarak, anılan süre zarfında maddi ve manevi yardımlarla desteklenmesi, özellikle de yeniden suç işlenmesinin önüne geçilmesine yönelik olarak, tecilli mahkumun bir işe yerleştirilmesi ikamet sorunlarının halledilerek kendilerine barınacak yer temini, ruhsal ve bedeni hastalıklarının tedavisi ve benzeri her türlü korumayı içeren gittikçe

(17) **Dönmezer-Erman**, age., s. 2, nt. 3.

(18) **Önder**, age., s. 246.

(19) Massachusetts Acts, 1878, bölüm 198 ve 1880, bölüm 129; La Probation et les mesures analogues, s. 32 vd; **Önder**, 246.

de gelişip kapsamı genişletilen bir gözetimle erteleme (denetimli serbestlik) sisteminin kurum olarak ceza hukukunda yerleşmesi sağlanmıştır.

c- Kara Avrupası'ndaki Durum

10- İngiltere ve Amerika'dan sonra nihayet gözetim müessesesi peyderpey Kara Avrupası'ndaki ülkelere de yayılmıştır. Ancak bu ülkeler müessesenin sistemine geçişte, başlangıçta oldukça temkinli davranmaya özen göstermişlerdir. Uygulamaya ilk önce sadece küçük suçluların meşruten tahliyeleri sırasında, gözetim altına alınmalarıyla başlanmış, daha sonra ise sistem yetişkin suçlular hakkında da uygulanmaya konulmuştur. Yinede bu konuda sadece şartla tahliye ile sınırlı bir uygulama cihetine gidilmiştir. Bu aşamada sistemin faydalarının görülmesi ile birlikte sınırları da genişletilerek tecil sistemine de teşmil edilmiştir. Kara Avrupası'ndaki bu düşünce ve uygulamalar Amerika ve İngiltere'deki gibi hızlı bir gelişme gösterememiş, bu nedenle de ancak 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren başlayan ve tedrici bir biçimde gittikçe genişleyip, değişikliğe uğrayan bir yaklaşımla ancak bugünkü durumuna erişebilmiştir (20). Kara Avrupası'na etken olan sistemin menşei büyük ölçüde Anglo-Amerikan gözetim sistemine dayanmakta ise de, İngiliz sisteminden esinlenilerek Fransa'da Bérenger'in kanun tasarısı 1885'de Roma Ceza İnfaz Kongresi'nde tartışmaya sunulmuş, büyük ölçüde beğeni alarak sistem kurum olarak 1888'de Belçika'da, arkasından da 1891'de Fransa'da kanunlaşmıştır. Böylece Avrupa sisteminin oluşması sürecinde sırası ile Lüksemburg 1892, Portekiz 1893-39, Norveç 1894, Bulgaristan 1904, İtalya 1904, Danimarka 1905, İsveç 1906, İspanya 1908, Macaristan 1908, Avusturya 1920, Finlandiya 1928, Yugoslavya 1929, Polonya 1932, devletleri tarafından da kabul edilmiştir (21). Ancak herbir ülke sistemi benimseyip kendi bünyesine alırken yine kendi sosyal ve hukuksal yapısı içinde birtakım özümleme ve değişikliğe uğratmıştır. Bu değişikliklere rağmen kurum ve sistem temelde muhafaza edilmiştir. Ertelemenin Avrupa ülkelerindeki tarihçesine bakıldığında bunlarında denetimli serbestlik (Probation) sistemine yöneldikleri görülmektedir. Ancak gözetimsiz basit ertelemeden yana olanlar bulunduğu gibi hem basit, aynı zamanda hem de gözetimli ertelemeden yana olanlar da vardır (22). Bu sistemin Kara Avrupa-

(20) Vouin, probation et mise à l'épreuve en Belgique et en France RPS. 1957, s. 249; La probation et les mesures analogues s. 70 vd.

(21) Erem, age., s. 342.

(22) Merle-Vitu, age., s. 611 vd.

sı'ndaki gelişmesine ileride Fransız sistemi incelenirken de ayrıca değinilecektir.

d- Fransa'daki Durum

11- Denemeye konulma süreci Fransa'da uzun ve karmaşık yollardan geçtikten, pekçok direnişle karşılaştıktan sonra ancak kabul edilebilmiştir. 19. asrın sonlarına gelindiğinde, Anglo Amerikan örneği prensip olarak parlamentoda benimsenmiş ise de, ancak bu yalnızca bir fikirden ibaret kalmıştır. O yıllarda benimsenen ise, sadece cezaların basit bir tecilinden oluşmakta idi. Burada sözkonusu olan kurum ise Fransa'da 1884 yılında senatör Bérenger'in "cezaların hafifletilmesi ve ağırlaştırılması hakkında"ki kanun önerisinde yer alan fikirlere dayanmaktadır. Bu önerinin içeriği ise çeşitli milletlerarası kongrelerde tartışma konusu olmuş, bu cümleden olarak 1885'de Roma'da "Üçüncü Ceza İnfaz Kongresinde", 1890'da Saint Petersburg, 1895'de "Beşinci Paris Kogrelerinde" tartışılmış ve bu tasarının esasları arasında yer alan "cezaların infazının geri bırakılması" hususu ilk defa Belçika'da 1888'de, Fransa'da ise ancak 26 Mart 1891'de kanunlaşabilmiştir. Ertelemenin bu ilk şeklinin denetimli serbestlik rejimine benzer bir biçimde meydana getirildiği açıklanmıştır. Nitekim Bérenger erteleme hakkındaki önerisini yaparken Anglo Sakson geleneklerinden faydalandığını açıkça belirtmiştir (24). Fakat denetimli serbestlikte suçlu hakkında verilmiş bir mahkumiyet hükmü bulunmamasına karşın, ertelemeye böyle bir hüküm vardır. Denetimli serbestlik suçlunun özgürlük içinde uslandırılması için gerekli tedavi ve tedbirlerin uygulanmasını öngören, daha yapıcı bir kurum olduğu halde erteleme, pişman olmuş suçlu hakkında esasen ceza uygulamasına yer olmadığı düşüncesine dayanır ki, erteleme bu bakımdan "Adli Af"a daha yakındır (25). Oysa, denetimli serbestlik kurumunun kendiliğinden olgunlaşıp Fransız Ceza Hukukunda yer alması için 20. yüzyılın ortalarına kadar beklemek gerekmiştir. Belirtelim ki denetimli serbestlik (PROBATION) konusunda suçlu küçüklerin durumuna ilişkin olan fikirler ise oldukça hızlı bir şekilde gelişme gösterdiği gözlenmektedir. Hem mahkumiyetin tefhiminden önceki dönemde, hemde sonraki dönemde gözetimle salıverme biçimindeki

(23) **Marx**, Le systeme de la mise à l'épreuve, RIDP, 1950 n. 3, s. 426; **Poupet**, La probation des délinquants adultes en France, Ed. Cujas, 1955; L'institution de la mise a l'épreuve, RIDC, 1950, s. 405; La probation en France, II. cıc, Paris 191.

(24) **Dönmezer-Erman**, s. 10 vd. n. 6 (JO 1891, Documents Parlementaire, 67, Ann. 27.

(25) **Erem**, age., s. 342 vd; **Dönmezer-Erman**, age., s. 10 vd.

sistem 2 Şubat 1945 tarihli kanun hükmünde kararname ile kabul edilmiştir (26).

Erişkinler hakkında ise aynı sistem çok karmaşık ve pekçok engellerden geçtikten sonra kanunlaşabilmiştir. 1950'li yıllara doğru gelindiğinde Fransız Hükümeti tedrici bir şekilde Toulouse, Lille, Mülhouse ve Strasbourg yargı çevrelerinde, sınırlı olarak sistemin denenmesine teşebbüs etmiştir. Adalet Bakanlığı'nın o tarihlerde yürürlükte olan bir protokolü uyarınca gözetim periyodu içerisinde iyi halli oldukları gözlenirse, cezanın karşılıksız olarak indirilmesi vaadine dayanan bir koşul ile gözetimle saliverilme rejimi altına iki sene süre ile yerleştirilmeyi kabul eden bazı mahkumların, hapis cezalarının ertelenmesi için Cumhuriyet Savcısının ve ceza infaz şefinin yetkilerinden yararlanılmıştır (27).

1952 senesine gelindiğinde de bu denemelerin resmileştirilip, genelleştirilmesi amacı ile hükümet tarafından parlamentoya bir kanun teklifi sunulmuş, fakat IV. Cumhuriyet meclisince bu teklif geri çevrilmiştir (28).

Nihayet Fransız Ceza Usul Kanununun 738 ve devamındaki maddelerinde yerini bulan gözetimle erteleme (Sursis Avec Mise à L'épreuve) ceza usul kanununun yayınlanmasından yararlanılarak ve bu kanun için verilen özel yetkiye atfen düzenlenen kanun hükmündeki kararnameye dayanılarak V. Cumhuriyetin birinci hükümeti tarafından kanunlaştırılabilmiştir. Bu gün Fransa'da halen uygulanmakta olan 17 Temmuz 1970 tarihli, 70-643 sayılı kanun da, bu tarihten sonra yapılan bazı rötuş ve değişikliklerle, ana metin muhafaza edilmektedir.

Halihazır yürürlükte bulunan bu kanunun metin yazarları, zecri tedbirler içeren ve yargılanabilir durumda olanları baskı altında tutmayı yeğleyen geleneksel Fransız ceza infaz kurumlarını, cezaya karşı çıkan ve daha ziyade suçluluğu bir hastalık olarak görerek tedavi edici yöntemler uygulayan Anglo-Amerikan gözetim müessesesini uygulama kararı almışlardır (29). Zira, gerçektende Fransız sisteminin orijinalliği, cezaların infazına ilişkin olarak tecilden yararlanmada, bazı mahkûmlara hakim tarafından zorla em-

(26) **Merle-Vitu**, age., s. 997.

(27) **Reboul**, Grander et miseres de l'expérience toulousaine de la probation, RSC. 1954 s. 497; **Caleb**, l'expérience lilloise de la peine differée RSC. 1956 s. 453.

(28) **Germain**, Le projet de loi sur la probation devant le Parlement RSC 1957 s. 333.

(29) **Martine**, La mise à l'épreuve des délinquants et les principes traditionnels du droit pénal, RSC, 1961, s. 239.

poze edilen bir gözetimle erteleme sistemine dayanıyordu. Oysa Anglo–Amerikan sistemi (30) bunun tam tersine bir mahkûmiyetin tefhiminden önce suçlunun muvafakatını sağlama ve suçluluğun niteliğini araştırarak ceza'i ehliyetin basit bir hukuki açıklaması temeli üzerinde yükselmektedir Hernekadar gözetim yani Probation sistemi Fransa'da mahkûmiyet kararının tefhiminden önce, suçlu çocuklarla ilgili bazı alanlarda, şartla salıverme ve ceza evi idaresi ile ilgili diğer bazı müesseselerin yapısında mevcut bulunmakta idi ise de, sadece bu çerçevede ile sınırlı kalmakta idi (31).

Halbuki İngiliz sisteminde, failin suçluluğunun saptanması ardından en uygun cezanın seçilebilmesi ve bunun yanında uygulanacak tedbirlerin en iyi bir biçimde tesbiti için Mahkemece hükümden önce failin geçmişi ile ilgili olarak gerek zabita ve gerekse gözetim müessesesinin yardımı ile bilgiler toplanarak bu gibilerin yardıma ihtiyaç duyduğu sahaların belirlendiği, böylece eksikliği duyulan noktalarda destek verilmesi, onlara müzaharette bulunulması yoluna gidilmek suretiyle failin ıslahına yardımcı olunulması ana ilke olarak kabul edilmektedir.

Buna karşın Fransız sistemi baskıcı, zorlayıcı basit bir tecili içerirken bu hususlara yer vermediği gibi, tecile karar verilirken failin rızasına da başvurulmuyordu. İşte, Fransız ceza hukukunda, cezasının teciline karar verilen mahkûm hakkında, tecilin deneme süresi içinde denetim ve gözetim altına konulmasına karar verilmesi, geleneksel olarak zorlayıcı bir hüviyet arzeden yasa metnindeki basit (Gözetimsiz) tecilin yanında, "gözetimle erteleme" yepyeni bir görüş açısı getirmiştir. Bu arada, bazanda nazik ve aşılması oldukça zor problemleride ortaya koymuştur.

12– Fransızların oldukça aksi bir yargısal pratiğe (Uygulamaya) sahip olmaları nedeniyle başlangıçta ortaya çıkan bir takım aksaklıklar ve tereddütler çabucak atlatılmış, bu yeni sisteme "Gözetimle ertelemeye" akılcı bir yaklaşım ve uygulama ile kısa bir sürede intibak edilmiştir. Mahkemeler özellikle basit (Gözetimsiz) tecil ile yetinmeye uygun düşen durumlarda, bazı özellikler arzeden suçluluk halleri karşısında, suçlulara empoze edilen gözetimle erteleme yoluna başvurmayı fevkalade iyi ayırt edebilir duruma geldikleri vurgulanmaktadır (32).

(30) **Paulhan**, Sursis à L'exécution de la peine et sursis à la condamnation, R, P, D, P, 1953, s. 551; **Cornil**, Sursis et probation, la loi belge du 29 juin 1964 RSC, 1965, 51; **Poupet**, la Probation des délinquants adultes, s. 137.

(31) **Merle–Vitu**, age., s. 618 vd., 997 vd.

(32) **Merle**, Rapport de Synthèse aux IX e Journées de défense sociale Edition Dalloz 1961, s. 116.

İşte, Fransa'da kanun koyucu, böylece sonuçta sistemin faydalı olduğunu deneyerek gördüğü için etkilerinin ve uygulama sahalarının genişletilmesini uygun bularak, müessesenin değerini kabul etmiş ve bu cümleden olarak 17 Temmuz 1970 tarihli yasayı 1975, 1981, 1983 ve 1989 senelerinde çeşitli rötüşlerle bazı maddelerini değiştirmek suretiyle, kapsam olarak genişletip yaygınlaştırarak müesseseye berraklık ve açıklık getirmiştir. Böylece zaman içinde faydalı görülmeyen kısımlar çıkarılmış ve günün şartlarına uygun düzenlemeler yapılmıştır. Bu arada şunada işaret edelimki Fransız Ceza Kanunu 1978 tarihli ön tasarısı, gözetimle erteleme sistemini terk ederek, onun yerine temel hapis cezasına dayanmaksızın bağımsız bir başlıkta, hükümlenen gözetim ve yardım önlemlerinin birlikte yürütülmesini benimseyen özgün bir deneme süreci sistemi düzenlemiştir. 1983 tarihli ön (proje) tasarısı ise gözetimle erteleme sistemini aynen muhafaza etmiştir (33).

Bunun yanında Fransız Ceza Kanunu denetimli serbestlik ile birlikte 734 ila 737. maddelerinde hiçbir kontrole tabi tutulmadan suçlunun cezasının denetimsiz olarak ertelenmesine imkan veren, basit erteleme (Sursis Simple) olarak adlandırılan erteleme biçimine de yer vermiştir. Bu basit ertelemenin tesadüfen suç işleyenler hakkında daha faydalı olacağı kabul edilmekte ve her iki kurumun ayrı ayrı uygulanması gereken, birbirlerinden bağımsız haller olduğu da açıklanmaktadır (34).

e- Türkiye'deki Durum

13- TCK.nun 89-95 ve cezaların infazı hakkındaki 647 sayılı Kanunun 3.5.1973 tarih ve 1712 sayılı Kanunla değişik 6. maddesi ve geçici 1. maddesi ile 1712 sayılı Kanunla eklenen geçici 9. maddesi mevzuatımız bakımından cezanın ertelenmesine ilişkin hükümleri taşımaktadır. Askeri Ceza Kanununun 47. maddesinde de askeri suçlar yönünden ertelemeye ait hükümler yer almıştır. Bazı istisnai hükümler ayrık tutulursa (35) anılan bu yasa maddelerinden sadece denetimsiz (Basit) ertelemeye yer verilmekte olup, böylece cezaların ertelenmesi kurumu kanunumuzun yürürlüğe girdiği 1926 yılından beri mevzuatımızda yerini almış bulunmaktadır. 95. madde de açıklandığı üzere aranan koşullarda yeniden bir suç işlememiş bulunan mahkumun "cezası ertelenmiş bulunan mahkumiyeti esasen vaki olmamış

(33) Merle-Vitu, age., s. 999 vd.

(34) Merle-Vitu, age., s. 611 vd.

(35) Dönmezer-Erman, age., s. 19 vd.

sayılır". Buna göre kanunumuzun sistemi "cezanın infazının şartlı olarak geri bırakılması" kararından ibaret bulunmaktadır.

14- Ancak, 7.11.1979 tarih ve 2253 sayılı "Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri" hakkındaki kanunun 38. maddesinde 15 yaşını doldurmamayan küçükler hakkında şartlı erteleme adı altında ayrı bir erteleme rejimi kabul edilmiş ve 15 yaşını doldurmamayan küçükler bakımından 647 sayılı Kanunun 6.maddesini değiştirmiştir (36).

15- Cezaların ertelenmesine ilişkin bu genel hükümlerden başka ceza kanunumuz, bazı suçlar için belirli hallerde kovuşturmanın veya davanın ertelenmesini de kabul etmiş bulunduğu gibi, Askerlik Kanunu, Askeri Ceza ve Yargılama Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzda ve 647 sayılı Kanunun ek 1. maddesinde yer almış olan ve gerek nitelikleri gerekse davanın veya cezanın infazının geri bırakılmasını ifade eden bazı haller de bulunmaktadır.

16- Türk Ceza Kanununa ilişkin 1987 ve 1989 tarihli öntasarılarda ise "Denetimli Serbestlik" kurumunada yer verildiği görülmektedir (37).

(36) Daha geniş bilgi için bkz. **Dönmezer-Erman**, age., s. 77 p. 1715 bis vd.

(37) Bkz. ilerde n. 192 vd. ve 204 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

2- § GÖZETİM GÖREVİNİN İÇERİĞİ

I- GÖZETİM GÖREVİ NASIL VE KİMLER TARAFINDAN YAPILACAKTIR

GENEL OLARAK

17- Öncelikle ertelemeye karar verecek merci ve cezası ertelenecek suçlu kişinin tefrik ve seçimi ile gözetim altına alınması kararlaştırıldıktan sonra, bu görevi en iyi bir şekilde yapabilecek organların teşkilinde izlenecek yöntemle ilişkin alternatifler üzerinde de durmak gerekmektedir. Bunların kolluk kuvvetlerinden yararlanmak sureti ile yapılması taraftarı olanlar bulunduğu gibi, gönüllü kişiler, kamu yararına çalışan dernekler, ihtisas sahibi devlet kuruluşları ve karma yani hem kamusal kuruluşlar ve hemde gönüllü kişilerin yardımlarından faydalanılarak ifa edilmesinin faydalı olacağını belirten görüş ve sistemler olarak sıralayabiliriz. Aşağıdaki bölümlerde bu düşünceler ışığında bu hizmetleri yerine getirebilecek olan kuruluş ve organizasyonlar ile gözetimde yer alacak olan personelin nitelikleri ve mesleki formasyonuna göz atmaya çalışılacaktır.

A- KARAR MERCİİ

18- Bu konuda mukayeseli mevzuatta cezaların infazının ertelenmesine hangi merciin karar vermesi gerektiği konusunda iki ayrı görüş belirmiştir.

Birinci fikre göre: birçok ülkelerde, kişi hürriyetinin sınırlandırılmasına ait kanunlarda tek yetkili merci olarak yargı organı kabul edilmiş olmasına göre, erteleme yetkisinin de mahkeme ve hakime ait bulunması tabii sayılmalıdır. Zira erteleme yetkisinin idari mercilere bırakılmasının keyfiliğe yol açacağı ileri sürülmektedir. İkinci fikre göre ise: Bu yetki idari mercilerde olmalıdır. Örneğin Almanya'da olduğu gibi; ancak idari merciler bu yetkiyi yargı organları tarafından mahkumiyet kararı verildikten sonra kullanabilirler. Tarafların açıklamalarına göre, hükmettikleri mahkumiyeti aynı anda sifıra dönüştürmesi imkanını hakimlere vermemesi bakımından, idari sistem yerinde sayıldığı gibi, idari mercilerin suçlunun kimlik ve kişiliği, ertelemeye liyakati konusunda daha etraflı bilgi sahibi olabilecekleri fikirlerine dayanır (1). Kaldı ki davaya bakan ha-

(1) JCP Art 40-43, 6 1957 No. 23. BOUZAT, 512; Dönmezer-Erman, age., s. 15, P. 1659 dipnot 21.

kimin değişebileceği, böylece bakmakta olduğu davada suçlunun kişiliğine inmek imkanının azalacağı, esasen infaz işinin bir yargı fonksiyonu olmadığı, neticede cezayı erteleyebilmek için hâkimin cezayı azaltacak sebepler icat etmeye çabalayarak tarafsızlıktan ayrılabilmesi ileri sürülmüştür (2).

B- SUÇLUNUN SEÇİMİ

19- Cezası ertelenecek kişinin uygun tarzda seçimine olanak sağlayan fırsatların nelerden ibaret bulunduğu ve lehine uygulama yapılacak kişinin deneme süresi içinde gözetim altında tutulmasına gerek olup olmadığının nasıl saptanacağı konusu üzerinde durma gereksinimi de vardır. Ertelemeye yer veren kanunlar, lehine erteleme kararı verilecek suçlunun seçimini yani şahsileştirme işini belirlerken bazı objektif koşullara uyulması kaydıyla, asli olarak yetkiyi hakimnin takdirine bırakmışlardır. Ancak bu takdirin dayanağını oluşturan ve suçluda bulunması gereken asgari özelliklerin aranmasında bazı esasları da benimsemişlerdir. Bu esaslar kanunlarca suçlunun kişiliği bakımından konulmuş "Liyakat şartı" veya "ertelemenin subjektif koşulları" olarak belirlenmiştir. Bunun yanında bir ölçü getirmeksizin işi tamamen hakimnin takdirine bırakan kanunlarda vardır.

Mukayeseli hukukun, ertelemenin objektif şartları tamamı ile gerçekleşmiş bulunsa bile subjektif şartların bulunup bulunmadığının belirtilmesini hakimnin takdirine bıraktığı görülmektedir (3). Ancak bu yöntemin ertelemenin en olumsuz yanlarından biri olarak kurumun uygulanmasında "gereksiz hareket edilmesi ve layık olmayanlar hakkında da uygulanması" sureti ile ceza yaptırımının "korkutucu ve önleyici" etkisini zayıflattığı söylenebilir. Öyle ise hâkimin bu konuda takdir hakkını kullanırken son derecede dikkatli davranması ve hatta suçlunun seçiminde bilimsel metodlardan geniş ölçüde yararlanması öğütlenmektedir.

Bununla birlikte, çağdaş ceza hukukunda hükmedilen cezanın ertelenmesi ile ilgili sistemde de deneme süresinin gözetim altında geçirilmesi ve yerine göre denetimin cezası ertelenen her suçlu için zorunlu olması veya bu tedbiri uygulamak bakımından hakimnin takdir yetkisinin bulunmasına da özellikle yer verilmektedir (4).

(2) **Dönmezer-Erman**, age., S. 16, dipnot 22.

(3) Bu konuda bkz. **François Clerc**, Du Pouvoir d'appréciation du juge en Matière de Sursis a" l'exécution de la Peine Journal des Tribunaux, No. 5 du 15 Mars 1941 Krd bkz. **Clerc** 3; **Dönmezer-Erman**, age., S. 17, dipnot 26.

(4) **Dönmezer-Erman**, age., S. 18 dipnot 28; bkz. **J.C. Proc. Pén. II Art 738-747 6.1959; Merle-Vitu**, age., 990 vd. (Fransız Sistemi için).

Erteleme konusundaki bu gözetim ve kontrole karar verilebilmesi; suçluya yardım edilmesi, onun hayatını sürdürmesi sırasında karşılaşacağı engelleri kaldırıp yaşamını kolaylaştırıcı biçimde etkilemeye, böylece uyum güçlüklerinin en aza indirgenmesine yönelik bulunmalıdır. Amaç bu şekilde ele alınınca, kontrol tedbirinin sadece buna gereksinim duyanlar açısından uygulanması, yani hakim için takdiri ve ihtiyari olması kaçınılmaz hale gelmiştir. Gereksiz olduğu halde suçlu hakkında zorunlu bir gözetim uygulanması, onu gerek şahsı gerek çevresi bakımından olumsuz bir baskı altına sokmaktan, sosyal itibarını kazanmasında ve topluma uyum sağlamasında yeni problemlerle yüzyüze getirmekten başka bir sonuca hizmet etmeyeceği yolunda düşünceler vardır (5).

C- GÖZETİM VE DENETİM GÖREVİNİ KİMLER YAPMALIDIR?

a- Kolluk Kuvvetlerinden Yararlanılması

20- Gözetim görevini yapabilecek organlardan ilk başta akla gelen devletin kolluk güçlerinden yararlanması yönünde ise de, bu görevin ifasında kolluktan yararlanmak kurumun amacına hizmet etmekten uzak olduğunda birleşen fikirler çoğunluktadır. Çünkü sistemin işleyişinde asıl amaç suçlunun ıslahı olduğuna göre, bu sonuca ulaşmak için eğitici, koruyucu, suçluya maddi ve manevi destek verilmesi gereği karşısında, polisin gözetimi altına konulan kişi üzerinde bu gayelerin gerçekleşmesi oldukça zor görülmektedir. Zira böyle bir gözetim sırasında, bir uzmanlık işi olan eğitiminin amaçlarına ulaşılmaktan uzak kalınacağı gibi, kişinin eski bir suçlu olduğunun çevreden hemen farkedilecek olması, bu gibilerin sosyal çevresi ile iletişim kurmasında problemlere yol açacaktır. Sadece bu sebep bile bu gibilerin toplumdan dışlanacağına işaret olup, suçlunun ıslahı ile topluma yeniden uyum sağlamanın güçleşeceğini apaçık ortaya koymaktadır. Denilebilirki, bu görevde kolluk kuvvetlerinden yararlanması kurumun gayesine hiçte hizmet etmeyecektir (6).

b- Gönüllü ve Yardımsever Kişiler Aracılığından İstifade

21- Uygulamada bazı ülkeler, gözetim işini gönüllü olarak üstlenen ve bunu sosyal bir görev olarak yüklenen, yardımsever kişiler aracılığı ile yürütmektedirler. Bir örnek olarak, ABD., İsviçre, Avusturya ve Polonya gibi

(5) Dönmezer-Erman, age., 18 P. 1661.

(6) Önder, age., S. 248 vd.

lkeler zikredilebilir. İşaret edelim ki anılan uygulama biçimininde tam anlamıyla gayeye hizmet eden uygun bir yöntem olduğundan söz edilemez. Bu işi gönüllü olarak kabul eden kişilerin suçlunun ıslahı için gerek duyulan sosyal – eğitimci bir uzmanlıkları olmadığı gibi, yeterli bilgi ve deneyime de sahip bulunmamaları nedeni ile deneme süresi boyunca suçluya refakatten öte bir etkilerinin olmayacağı, eğitim ve ıslaha yönelik etkin ve faydalı hizmet verebilecekleri de kuşkuludur (7).

c– Kamu Yararına Hizmet Veren Kuruluşlar ve Halk Örgütleri

22– Gözetim görevinde kamu yararına hizmet veren derneklerden ve gönüllü kuruluşlar ile bu yolda örgütlenen hayır cemiyetlerinden yararlanılması ve onların bu konuya ilgilerinin çekilmesi sureti ile gözetim görevinin yerine getirilmesinde bu kuruluşlardan yararlanılması bazı ülkelerce benimsenmiş özellikle bu düşünceler Kara Avrupası lkeleri arasında itibar bulmuştur. Bu ülkelerde daha ziyade dini hüviyetli hayır dernekleri ve kiliseler konuya el atmış ve bu derneklerin hayır işlemek amacıyla fahri olarak çalışan üyeleri aracılığı ile hizmet verdikleri görülmüştür. Bu yöntemi uygulayan ülkelerde, devlet gözetime tabi tutma işini mevzuat olarak kabul etmekle birlikte, görevin nasıl yerine getirileceği hususunda kaideler koymamıştır. Bu sahada çalışmaların başarılı olması ile hizmeti gönüllü olarak ifa edecek olan elemanların yetenekleri ile sınırlı kaldığı gözlenmektedir (8).

d– İhtisas Sahibi Devlet Organları

23– Gözetimin sahasında uzmanlaşmış devlet kuruluşları aracılığı ile gerçekleştirilmesi de olanaklı görülmektedir. Ancak bu konuda devletin özel bir organizasyon oluşturması, bu iş için yeterli sayıda eleman yetiştirilmesi bir hayli masrafa baliğ olması yanında, memurların suçlu ile münasebetlerindeki davranış biçimleri, sistemin başarısını etkileyecek önemli hususlar arasında bulunduğu da vurgulanmaktadır (9).

e– Karma Sistem

24– Nihayet gözetim görevi asli olarak devlet tarafından üstlenilmekle birlikte birtakım yardım ve hayır derneklerinin bu işin ifasında kamu görevli-

(7) Probation et les mesures analogues s. 288 vd.

(8) Önder, age., s. 249; Probation et les mesures analogues s. 184 vd. 305 p. 70.

(9) Önder, age., s. 251; Probation et les mesures analogues s. 307 p. 73 vd.

lerine yardımcı olması da bazı ülkelerce benimsenen bir sistem oluşturmaktadır. Bu yöntem Hollanda'da olduğu gibi Fransa'da da güncel olarak uygulanmaktadır. Yine bu yöntem İsviçre'nin bazı kantonlarınca da benimsenmiştir. Bu sistemde gözetim komiteleri devletçe organize edilmekte, buna paralel olarak da bu görevi yapabilecekleri konusunda güven duyulan kamu yararına hizmet veren yardım ve hayır dernekleri ile halk arasında özel olarak örgütlenmiş bulunan benzeri cemiyetlerin bu alanda hizmet yapmalarına izin verilmektedir. Burada devlet gözetim, organizasyonunu yönetme ve yönlendirmede bir kontrol görevi üstlenmektedir. Sistem içinde görev alan dernekler ise gerek devletin gerekse yerel kuruluşların yardımlarını sağlamak suretiyle ve ayrıca kendi bünyelerinden de yaptıkları yardım ve desteklerle görevin yerine getirilmesinde katkıda bulunmaktadırlar. Böylece her iki sistemin avantajlı tarafları benimsenerek daha etkin bir gözetim olanağı sağlanmış bulunmaktadır (10).

Özellikle Fransa'da yasa koyucu, bu gibi derneklerin maddi yardımları ile tahliye edilen ve gözetimle ertelemeye tabi tutulan suçlulara barınacakları ocağın merkezleri kurarak bunların işletilmesini ve bu gibilerin sorunlarına çözüm bulabilecek kabul ve danışma büroları, ikamet sorunları ile meşgul olacak müessese ve merkezler teşkili gibi vazifeleri üstlenmeyi, anılan özel dernek ve kuruluşlara bırakmıştır (11).

II- FRANSA'DA GÖZETİMLE İLGİLİ ORGANLAR (12)

Genel Olarak

25- Yukarıda kısaca değinildiği gibi, bu görevin yerine getirilmesi asıl olarak devletin görevleri arasında olduğu düzenlenmiş ise de, bunun yanında yardımcı ve tamamlayıcı olarak gönüllü kuruluşlara ve derneklere de yer verilmiştir. Şimdi bu görevi üstlenen organları ve sistem içindeki (işlevlerine) fonksiyonlarına göz atmak müessesenin anlaşılmasında yardımcı olacağı mülâhaza edilmektedir.

(10) La probation et les mesures analogues s. 189 p. 30 vd.

(11) Rapport general sul l'exercice 1988 (Ministere de La Justice, Direction de l'Administration Pénitentiaire-France) s. 227 vd; Merle-Vitu, age., s. 1000; Bkz. Fransız Ceza Usul Kanunu md. D. 567.

(12) Rapport sur le Fonctionnement du Milieu Ouvert Mai-1983 Melun 2534/83 s. 64 vd; Merle-Vitu, age., s. 999 vd; Rapport General sur l'exercice 1988 s. 235 vd.

a- Cezaları Uygulama Hâkimi (Le Juge de l'application des peines)

26- Cezaları infaz hâkimi, tam anlamıyla gözetim görevinin ustabaşısıdır denilebilir. 17 Temmuz 1970 tarihli kanunla gözetimle erteleme alanındaki yetkileri daha da ileri götürülmüş ve artırılmıştır. Fransız Ceza Usul Kanununa ilişkin Tüzüğün 53. maddesinde öngörüldüğü üzere gözetimle erteleme rejimine ilişkin nisbi önlemlerin alınmasından ve vecibelerin infazının kontrolünden, mahkûmun ikamet ettiği yerin yargı çevresinde bulunan bu hakim sorumludur. Tüm önlemler ve vecibelerin infazı bu hakim tarafından kontrol edilir. Bu kontrolde Adalet Bakanlığınca atanan gözetim memurları (Agents Probation) görevinde, bu hâkime yardım ederler. Ayrıca bu hakim gözetim komitesine (Comité de Probation) de başkanlık eder. Salıverilenlere (tahliye edilen mahkûmlara) gözetim ve yardım komiteleri (Comite de Probation et l'Assistance aux libérés) ile özel yardım dernekleri (Association privée) de bu hakime ve gözetim görevinde yardım ve destekte bulunurlar.

b- Gözetim Memurları (Agents de Probation)

27- Bu memurlar ceza evi idaresinin eğitimcileri arasından seçilerek Adalet Bakanlığı'nca beş yıllık bir süre için bu göreve atanırlar. Görevleri meşruten tahliye edilenlerin kontrolünde görev yapan delegasyona mensup delegelerinkine benzeyen bir gözetim ve kontrolü andırır bir nitelik arzeder. Ancak bunlar daha ziyade mahkûmların gözlenip denetlenmelerinden çok, yardım görevini üstlenirler. Mahkûma bir dost, bir arkadaş gibi, gerektiğinde refakat ederek, onun karşılaştığı güçlükleri aşmasında destek olurlar. Onların sosyal çevreye daha kolay adapte olmaları ve ıslahlarında gözetim memurları çok etkindirler. Denebilirki sistemin başarısı bu memurların başarısı ile orantılıdır.

c- Gözetim Komitesi (Comité de Probation) (13).

28- Gözetim komitesi de Ceza Usul Kanununun 545/D maddesi hükmüne göre, gözetimle ertelemeye mahkûmların gözetimi ve onlara vaki yardımların kontrolünü sağlayan vasıtalar arasında sayılmıştır. Bu komite bir dernekçilik ruhu ile mahkûmların ihtiyaçlarını tesbit ve sağlanan yardımların

(13) **Batbie**, Le fonctionnement d'un comité de probation..., Travaux des XI e Journées de défense sociale, Ed. Dalloz, 1961, s. 59; Bkz. Rapport sur le Fonctionnement du Milieu Ouvert 1983 s. 64 vd.

kontrolünü üstlenir. Bunların bünyeleri eşraftan, yardımsever kişiler veya şeref üyelerinden, komitenin eylemlerinde faydalı katkıları olabilecek, seçkin ve nitelikli, hatırı sayılır şahıslar arasından, cezaların infazı hâkimi tarafından seçilen, faal üyelerden, Adalet Bakanlığınca kabul edilen ve fahri olarak görev yapan (mürahhas üyelerden) delegelerden ve ayrıca ceza evi idaresinin dış ünitelerinde görev almak üzere atanan bir veya daha çok sosyal yardımcılarından oluşur. Burada sırası gelmişken vurgulamak gerekirken, bu komite elemanları gözetim memurlarının dışında kalırlar (14).

Bu komitenin elemanları,

1. Yardımsever kişiler ve şeref üyeleri,
2. Delegeler (mürahhas üyeler),
3. Sosyal yardımcılarından oluşurlar.

Bu komite tamamen derneksel bir yaklaşımla ceza evinden tahliye edilen mahkumların ihtiyaç duyduğu konularda onlara yardım ederek, iş formasyonu kazanmalarına, sağlam ve kalıcı bir işe yerleştirilmelerine ve benzeri sorunlarına yardım ederek, onları kuvvetli bir ekonomik bünyede tutmak suretiyle yeniden suç işleyip, ceza evine geri dönmelerine engel olmaya yönelik insani bir görevi üstlenirler (15).

d- Özel Dernekler (Association Privée)

29- Fransız Ceza Usul Kanununun 567/D maddesinde yukarıda sayılan gözetim ve salıverilenlere yardım komiteleri yanında özel hayır derneklerinede yer verilmektedir. Anılan yasa hükümleri tahliye edilenlere ve tecilde deneme süresi boyunca mahkumlara yönelik olarak, maddi yardımları karşılamaya, bu gibilerin barınacakları ocaklar kurulması ve işletilmesinin üstlenilmesine, sorunlarına çözüm bulabilecekleri danışma büroları ile ikamet konuları ile meşgul olacak merkezler teşkilinin gerçekleştirilmesi ve benzer sosyal ve insancıl yardımların yerine getirilmesi işlevlerinin bu dernekler aracılığı ile yapılmasını öngörmektedir (16).

(14) Cluzon, La réalité quotidienne d'un service social de probation "Le fonctionnement du sursis avec mise a l'épreuve" Travaux des XI e Journées de défense sociale, Ed, Dalloz, 1961, s. 65.

(15) Rapport...du Milieu Ouvert 1983 s. 76 vd; Rapport...sur l'exercice, s. 235 vd.

(16) Merle-Vitu, age., s. 1000 vd.

III- GÖZETİM MÜESSESESİNİN DOĞASI ÜZERİNE ETKEN CEZA İNFAZ POLİTİKALARI VE MÜESSESENİN ORGANLARINA YANSIMA BİÇİMLERİ

GENEL OLARAK

30- Gözetim görevini yerine getirecek kuruluşları inceledikten sonra, şimdi "gözetimin özellikleri ve politik yapısı" üzerinde durulması gerekli hususlardan bulunduğu kanısıyla konunun insicamı açısından gözetim görevinin içeriğine de gözatmakta fayda görülmüştür. Burada üzerinde durulması gereken ana esprisi, devletin ceza uygulama politikası gereği olarak, cezaevi dışına yani serbest ortama bırakılan mahkumların geleceklerine yönelik yardım, müzaharet ve kontrol manzumesini teşkil eden düzenlemelerin oluşumuyla yakından ilgilidir. Konu devletin ceza politikasını oluşturan bir yapı içerisinde değerlendirilecek bir önlem veya sosyal içerikli önlemler dizisi olarak düşünüldüğü gibi, ıslah ve eğitim yada bir güvenlik önlemi olduğu ileri sürülen fikirler arasında yer almaktadır. Bu düşünceler ülkelerin sosyal yapılarına ve uygulanan olaylara göre farklılıklar oluşturduğu için gözetim müessesesinin nasıl bir yapıda olması gerektiği konusunda tam bir tarifte birleşmek oldukça güçlükler arz etmektedir. Meseleye sosyal hukuk devleti anlayışıyla yaklaşırsak göreceğimiz ki, devletin görevleri arasında toplumu suç ve suçlulara karşı korumanın yanında, suçluluğun bir hastalık olarak kabulü ile suça etken olan arazların ortadan kaldırılması ve suçluların tedavisi de bulunmaktadır. Toplum içinde her zaman kanayan bir yara halinde bulunan, bu gibilere yardım elinin uzatılarak onların sorunlarına olumlu bir şekilde yaklaşılması gerektiği yadsınamaz. Hal böyle olunca, onların suça ita iten çevre ve etkenlerden uzaklaştırılmaları hususunda maddi ve manevi her türlü yardımda bulunulması, ıslah ve eğitim önlemlerine ağırlık verilerek, bir program dahilinde rehabilitasyona tabi tutulmaları gereği her türlü kuşkudan uzaktır. İşte suç işlemek suretiyle toplum içindeki yerlerini kaybeden, toplumdaki dışlanan bu kişilerin yeniden topluma kazandırılması ve tekrar suç işlemelerinin (mükerrerliğin) önüne geçilmesi suretiyle toplumun suç ve suçlulara karşı korunmasında izlenecek yolun sosyal hukuk devleti ilkeleri içerisinde yer aldığına fikir birliği vardır.

Öyle ise burada müessesenin üzerinde durulması gerekenen önemli karakteristik vasfı; Devletin suçlu kişiye belli bir süre (tecilin deneme süresi boyunca) yardım elini uzatmasıdır. Bu bağlamda, failin suça itilmesindeki olumsuz şartları ortadan kaldırarak, mükerrerliğin önüne geçme ve onun ye-

niden cemiyete kazandırılması için, en iyi ve en doğru yolu bulmasına yardım etmek, esasen devletin asli vazifelerinden biridir. Bu ise toplumu suçta ve suçlulara karşı koruma siyasetine dayanan anafikir etrafında toplanmaktadır. Ancak, müessesenin ceza emniyet tedbirlerini tamamlayıcı olarak, ceza infazının yerine geçen yahutta, bu infazı tamamlayan bir hüviyet içinde kaldığı da mütalaa edilmektedir (17).

Böylece müessesenin birinci karakteristiği suçlu kişilere belli bir süre devletin yardım elini uzatması suretiyle onu suçta iten olumsuz koşulların ortadan kaldırılması yanında, ikinci temel karakteristik olarak da deneme süresi içinde onların kişiliklerini kazanmaları suretiyle toplum içine dönebilmelerine yönelik uyum önlemlerine riayet edilip edilmediğinin kontrolü üzerinde toplandığı görülmektedir.

Anılan görüşler çerçevesinde, burada suçluya yükletilen ve ifa ile zorunlu tutulduğu vecibelerin, bir ceza vasfı niteliğinde olmayıp, suçluyu ıslaha yönelik yapıcı, olumlu ve uygulanabilirliği bulunan, onun kişisel ve sosyal kapasitesi ile mütenasip olmasına dikkat edilmelidir. Bu bağlamda mahkumun yapamayacağı şeyleri ifaya zorlanması, öte yandan da genel ahlaka ve adaba, anayasa ve yasaların öngördüğü temel hak ve hürriyetlere aykırı vecibeleri yüklemekten mümkün olduğunca kaçınılması gerektiği kanaatinde birleşilmektedir. Aksi halde mahkumun hükmolunan cezadan daha ağır bir önlem ve vecibeye uymak yerine, kendisine hükmedilmiş olan cezayı çekmeyi tercih edebileceği vurgulanmaktadır. Burada işaret etmek gerekirse Fransız Ceza Usulü Kanununa ilişkin Tüzüğün 52. maddesine göre yüklenen vecibelerin onun düşünce hürriyetine dini ve politik inaçlarına dokunur biçimde düzenlenemeyeceği açıkça belirtilmiştir (18).

a- Gözetim Memurunun Formasyonu ve Görevin İçeriği

31- Devletin ceza uygulama siyasetinin gözetim memurunun formasyon ve fonksiyonları üzerinde olduğu gibi, ondan beklenen hizmetlerin nitelik ve içeriğine de etkili olacağından kuşku yoktur. Sosyal devlet anlayışı içinde verilecek hizmetlere uygun düşecek bir gözetim formasyonu ile mücehhez olarak gözetimle erteleme başarısının büyük bölümünün gözetim memurları üzerinde toplandığı açıkça söylenebilir.

(17) La probation et le mesures analogues s. 265 vd; Önder, age., s. 256 vd.

(18) Bkz. ilerde n. 180.

Gözetim memuru mahkuma manen destek olacak ve ıslah gayesiyle onun davranışlarını iyiye yönelten telkinlerde bulunacaktır. Diğer bir anlamıyla, ona yardım elini uzatan sıcak bir dost, bir arkadaş gibi davranarak, onun tecilin deneme süresini iyi hal ile geçirmesine müzaharet edecektir. Gözetim memurunun bu alanda ortaya çıkacak olan sorunların çözümünü üstlenerek mahkuma empoze edilen tedbirlerin uygulanması ile ilgili kontrol görevini de gerçekleştirdiği, aksayan hususlarda hakime öneriler götürüp, bir nevi bilirkişilik görevi üstlenmek gibi bir misyonada sahip bulunduğu gözlenmektedir. Başlangıçta bu amaçların gerçekleştirilmesinde özellikle ABD.'de ve İngiltere'de görev alan ilk gözetim memurları daha ziyade dini hareketler önderliğinde ve misyonerlik çalışmalarının kanıtı olarak bu işi üstlenmiş idiler de, günümüzde bu görev sosyal devlet anlayışı içinde ve kurumun özelliklerine uygun olarak, gözetim memurunun fonksiyonlarını layığıyla yerne getirebilmesi açısından ciddi bir sosyal ve pedagojik uzmanlık eğitime tabi tutulması gerektiği düşüncesi ağır basmaktadır (19).

b- Gözetimde Görevli Diğer Kuruluşların İşlevleri

32- Şunu açıkça belirtelim ki burada daha ziyade fahri olarak hizmet veren ve gönüllülük esasını üzerine kurulmuş dernekler bir fonksiyonla konuya yaklaşan bu kurumlara, ceza uygulamasında ne kadar pay ayrılacağı ve bunun kapsamının hangi hususları içereceği sorunlarının cevabını devletlerin infaz politikalarına göre değişkenlik göstereceği doğal olmakla birlikte, bu soruların cevabını yine sosyal hukuk devleti kavramı ve uygulaması içerisinde bulunabilecektir (20).

Bu konuda asıl yaklaşım mahkumun ıslahına yönelik olarak ona yardım ve bu amacın gerçekleşmesi için empoze edilen önlem ve vecibelerin kontrolüdür. Gözetim memurunun yardımı telkin ve manevi olduğu halde, buradaki yardım maddi niteliklidir. Belirtmek gerekir ki, gözetim komisyonları ile özel hayır kurumları ve derneklerin yardımları, devlet organizasyonu yanında, devletin görev ve işlevlerini tamamlayıcı insancıl bir hizmet olarak kabul edilmektedir. Bu olgu ise, müessesenin hususiyetlerinin sosyal ve Hürmanist yansımasının bir görüntüsünü oluşturur.

(19) La probation et les mesures analogues s. 286 vd; Önder, age., s. 254.

(20) Rapport... du Milieu Ouvert, 1983 s. 64 vd.

IV- GÖZETİME ALINAN KİŞİLERE YAPILAN YARDIMLARIN AMAÇ VE İÇERİKLERİ

a- Uslandırma Ögesi

33- tecilin deneme süresinin gözetim altında gerçekleştirilmesine ilişkin sürecin ana hedefi suçu işlemiş olmakla birlikte ıslahı mümkün görülenlerin, cezaevinin kapalı ortamının olumsuz etkilerinden uzaklaştırılarak alınan önlemler ve yapılacak maddi ve manevi yardım ve destek ile onların uslanıp toplum yaşamındaki eski yerlerini yeniden almalarını temine yönelik bir çeşit rehabilitasyondan ibarettir. Denilebilir ki denetimli serbestliğin suçlunun özgürlük içinde uslandırılması için gerekli tedavi ve tedbirlerin uygulanmasını öngören yapıcı bir kurum olduğunda fikir birliği vardır (21).

aa- Eğitim

34- Demene süresi içerisindeki ıslah çalışmalarında gözetim önlemlerinin eğitim amaçlı bir hüviyeti olduğu yadsınamaz. Ancak bu açıdan bakıldığında gözetim memurunun eğitimci (Edücatif) vasfı ağırlık kazanmaktadır. Bu görevin başarıya ulaşmasında ana unsur gözetim memurunun tutum ve davranışları ile mahkuma yaklaşım biçiminde toplanır. Gözetimin eğitim tedbiri olarak görülmesi, mahkumun deneme süresi içinde eğitilerek topluma faydalı bir unsur olarak katılmasını sağlamaktır. Bu yapılırken, gözetim memuru davranışlarına özen göstermeli, deneme altına konuların karşısına katı bir kontrol görevlisi olarak değil, mümkün merteye bir dost, onun problemlerini paylaşan, dertlerini dinleyen bir arkadaş gibi yaklaşabildiği takdirde istenilen eğitimin pozitif bir etkisi olabilecektir.

Bu sayede memur tarafından kendisine verilen eğitim mahkum tarafından istekli olarak kabul edilebilecek ve kalıcı olabilecektir. Aksine baskıcı ve zorlayıcı bir yöntemin ise, başarılı olamayacağı gözlenmiştir.

Belirtelimki, verilecek eğitim yaş ile orantılıdır. Küçüklere verilecek eğitim çok daha kolay ve çabuk sonuçlar vermekte ise de, büyükler için de her zaman aksi sonuçlar doğurduğu da söylenemez. Ancak biraz daha uğraşmak ve uygun ortamda uygun şekilde yaklaşımda bulunmak, meselenin çözümünde yetişkin (Adulte) suçluların da eğitilebileceği ve öğrenimin yaşının

(21) La probation et les mesures analogues s. 265 vd.; Önder, age., s. 261. Erem, age., s. 331. Dönmezer-Erman, age., s. 11 vd.

olmadığı gözardı edilmemelidir. Fakat bu arada belirtmek gerekirken küçükler için verilen eğitim devamlı surette olumlu yani pozitif olduğu halde, yetişkinler için uygulanacak olan eğitim onu fena ve olumsuz huylarından negatif davranışlardan vazgeçirmeye matuf bir amaca yöneliktir (22).

bb- Maddi Yardım – Manevi Destek Verilmesi

35- Deneme süresi içerisinde gözetim altına konulmasına karar verilen mahkuma yapılan yardım, maddi olarak ve eylemler biçiminde desteklenmesi yanında, sözlü telkinlerde de bulunarak onun bu süreyi iyi hal içerisinde geçirmesine ve onun topluma yeniden kazandırılmasına yönelik manevi destek şeklinde gerçekleştirilir.

Mahkumun zaman içinde kendisine empoze edilen önlemlere uygun davranmadığı ve üzerine yüklenen vecibeleri yerine getirmediği, tabir caiz ise ihmale yöneldiği uygulamada sık sık görülen bir durum olması nedeni ile, gözetim memuru, işbu gözetim önlem ve vecibelerini ona hatırlatması, mahkumiyetten sonraki bu deneme dönemi içinde aksayan konularda çözümler önermek, alkolizm ve uyuşturucu sorunu ile karşılaştığında ona psikolog ve psikiyatristlerin yardımını sağlamada, gerekirse bir hastaneye yatırılarak kontrole tabi tutulmasında kapsayacak biçimde bakılıp gözetilmesi ve her türlü desteğin sağlanmasına çalışacaktır.

Ayrıca maddi yardımlar çerçevesi içerisinde gözetim kurumları arasında yer alan komisyon ve hayır derneklerinin desteği de dahildir. Bu kurumlar, mahkumun iş formasyonu edinmesinde yani bir meslek sahibi olmasında veya yeteneklerine uygun, kalıcı bir işe yerleştirilmesinde, barınacak yer, lojman temininde ve ihtiyaç duyduğu tüm konularda ona destek sağlayarak onun ıslahına yardımcı olurlar (23).

Böylece gözetim memuru, mahkûmu suçta iten çevre ve etkenlerden uzaklaştırarak, onun yeniden suç işlemesine engel olunması amacını gerçekleştirme yolunda destek sağlar. Bu suretle anılan süre içinde failin yeniden suçta itilmesini kolaylaştıran usurların bertaraf edilmesi ile ilgili gayretlerinde, olumsuz etkileri ortadan kaldırmak suretiyle ona yardımcı olur. Böylece husule gelen tablonun mahkum lehine yönlendirilmesi hususlarında et-

(22) **Dönmezer-Erman**, age.,s. 11 vd.; La probation et les mesures analogues s. 276 vd.; **Erem**, 331; Rapport...du milieu Duvert 1983 s. 34 vd.

(23) **Erem**, age., s. 341.

kinlik göstermeleri, gözetim altındaki mahkuma yapılacak yardımın içeriklerinden en önemlisidir denebilir.

b- Denetleme

36- Denetimli serbestlikten yararlandırılmaya ilişkin olarak yapılan muavenet ve müzaharet, daha önceki araştırmalar sonucu hakim tarafından kararda öngörülmüş olan bir takım yaptırımlara bağlanarak mahkumun ancak, belli bir plan içinde bu önlemlere uyması sureti ile olumlu davranışlara yönltilebileceği onun uslanmasına hizmet edeceği peşinen kabul edilmiş olmasına göre, mahkûmun uslanması ve dürüst davranmaya yönelmesinin bir anlamda ıslahının bir an evvel gerçekleşmesinde anılan riayet önlemlerine uyup uymadığının kontrolü ile mümkün olabilecektir (24). Bazı müelliflerce gözetim ve kontrolün sadece suçluya yardım etmek, uyum güçlüklerini ortadan kaldırmak bakımından sözkonusu olmalı ve kontrole karar vermek sadece buna ihtiyacı olanlar bakımından sınırlı tutulmalı, yani hâkime bu konuda takdir hakkı bırakılması gerektiği, lüzum hissedilmediği hallerde suçlu hakkında zorunlu bir gözetim uygulanmasının ise onu gerek şahsı gerekse çevresi bakımından olumsuz etkileyeceği ve sosyal itibarını kazanmasında sorunlar çıkarmaktan başka bir işe yaramayacağı görüşünde olanlar da vardır (25).

Her halükarda, sözü edilen önlemlere uyumda bir aksama meydana gelmezden önce, araya girip müdahale etmekten mümkün merteye kaçınmak gerekirse de, mahkumun denetimsiz bırakılması da üzerindeki baskıyı kaldıracağından onu uyumsuzluğa yöneltecek ve sözü edilen önlemlerle yüklenen vecibelere aykırı davranışlarını sürdürmesine yol açacaktır. Bu durum ise kurumun amacına aykırıdır. Kontrolün katı bir disiplin altında uygulanması ise mahkumun hakkında belirlenen cezayı çekmeyi göze alacağı ve bu sebeple olumsuz davranışlarını sürdürmeye devam edebileceği de vurgulanmaktadır.

Öyle ise denetim bu sistemin karakteristik bir vasfı olmakla birlikte sadece mahkumun ıslahına yardımcı olacak biçimde, onun hayatını kolaylaştırıcı ve sistemin aksayan kısımlarını tespit amacına yönelik olmalıdır.

(24) La probation et les mesures analogues s. 269 vd.; **Önder**, age., s. 259.

(25) **Merle-Vitu**, age., s. 1001; **Dönmezer-Erman**, age., s. 18 vd.

c- Sosyal Korunma

37- Probation rejimi altına yerleştirilmiş bulunan mahkum hakkında alınan önlemlerin kontrolünün gerekli olduğunda fikir birliğine varılmakta, en azından bu kontrollerin yapılmaması halinde onun ıslahtan uzaklaşacağı kuşkusu ile kurumun amacına ulaşamayacağına değinilmektedir. Bu bağlamda karşımıza çıkacak en önemli sorunun ise kontrolsüz kalan suçlunun topluma zarar vereceği noktasında düğümlendiği görülmektedir. Problem böylece ortaya konulunca toplumun suç ve suçlulardan korunması da ön plana çıkmakta, ana esprinin toplum güvenliği açısından bir emniyet tedbiri olarak bu aşamada, mahkumun hareketlerinin kısıtlanması ve topluma zararlı olabilecek davranışlardan kaçınmasının empoze edilmesi, sistemin özelliklerinin bir başka yönünü oluşturmaktadır. Konuya bu açıdan bakılınca da gözetim müessesesinin içeriğinde kontrol ögesinin bulunduğu ve bu kontrolün asıl amacının da sosyal korunmaya yönelik bir emniyet tedbiri oluşturduğu gözlenmektedir. Bu düşünce ise kurumun güncel olarak mukayeseli hukukta yer almasında etken olmuştur (26).

V- MAHKEMENİN GÖZETİM KURUM VE MEMURLARI İLE OLAN İLİŞKİLERİ

GENEL OLARAK

38- Mahkemenin gözetim kurumları ve gözetim memurları ile olan ilişkilerini, hükümden önce ve hükümden sonra olmak üzere iki bölüm halinde incelemek uygun olacaktır.

Hükümden önceki safhada, sanığa ait kişisel ve çevresel bilgilerin toplanması konularında, mahkemeler gözetim kurumlarından, ihzâri (ön) bir soruşturma yapılmasını istemekte ve sanığın suçluluğunun subuta ermesi halinde ise kararlarında bu raporlardaki bilgi ve önerilerden geniş ölçüde yararlanmaktadır (27). Hükümden sonra ise asli görev başlar ve mahkemeler ile gözetim kurumları arasındaki ilişkiler, ağırlıklı bir biçimde devam eder, bu cümleden olarak, denetimli serbestliğe tabi tutulan sanığın izlenmesi, onun alınan tedbirlere riayeti ve yüklenen vecibelere uyumunun denetlenmesi, bir anlamda sistemin başasının ölçülmesi, gereksiz kalan önlem ve vecibelerin

(26) Önder, age., 261.

(27) Erem, age., 331 vd; Rapport...du Milieu Duvert 1983 s. 74 vd; Dönmezer-Erman, age., s. 3; Bkz. age., s. 77, p. 1715 bis vd.

kaldırılması ile alınması gerekli yeni önlemler vs. konularında bilgi akışı ve ilişkiler kesintisiz olarak sürmektedir.

A- HÜKÜMDEN ÖNCEKİ DÖNEME AİT İŞLEVLER

a- İhzarî Anketin Hazırlanması

39- Gözetim kurumları, bu safhada konuya kamu yararı açısından eğilerek, suçlunun kişiliği, geçmişteki hali ve ahlâki eğilimleri ile bedeni ve ruhi gelişimi, tıbbi geçmişi, yaşadığı ortam, sosyal ve ekonomik durumu, iş ve aile ortamı içindeki davranışları ve ihtiyaç duyulan konulardaki tüm özel bilgilerin toplanmasıyla ilgili çalışmaların yürütülmesini üstlenirler.

Suçlunun küçük olması durumunda ise diğer genel bilgelere ilaveten küçüğün aile içindeki davranış ve hareket tarzı yanında, onun arkadaşları ile olan ilişkileri, ayrıca, okula uyumu, bilgi kapasitesi vesair yetenekleriyle hakkındaki diğer bilgileri de toplarlar.

Gözetim kurumları bu bilgileri toplarken kendi elemanları marifetiyle bilgilerin kaynağına bizzat inmekte iseler de, bazı konularda genelde kolluk kuvvetlerinin yardımlarına da gereksinim duyulmaktadır.

Burada değinilmesi gerekli bir başka nokta da, toplanacak veriler konusunda zabıtaya yüklenecek görevin, çoğunlukla suçlunun adliye ve zabıta ile olan geçmişteki ilişkilerine ait bilgilerin toplanmasına inhisar ettirilmesi ile ilgili olduğu halde, gözetim müessesesi elemanları ve gözetim memuruna verilecek görevin ise daha ziyade suçlunun geleceğine ve ıslahına yönelik en uygun düşecek önlemlerin alınmasına yardım edecek bilgilerin toplanması amacına matuf olduğu gözlenmiştir.

aa- İngiltere'deki Durum

40- Gözetim kurumlarına, ihzarî raporlar hazırlanması ihtiyaridir. Mahkemeler istemedikçe bu işle görevli olanlar kendiliklerinden böyle bir rapor hazırlamazlar. Ancak, çocuk suçlular yönünden yapılan yargılama sonunda, mahkeme eyleminden dolayı, sanığı suçlu bulunması halinde onun cezalandırılması yerine, "gözetim altına konulmasına" karar vermek yolunu (Supervision Order) tercih ederse, bu halde, ilgili Devlet Bakanlığının, mahkemece hüküm verilmesinden önce, sanığın menfaatlerinin neyi gerektirdiğinin tespiti açısından raporlar hazırlanması yolunda emredici hükümler getirme

yetkisi vardır. Ancak bu yetki şimdiye kadar hiç kullanılmamış ise de bu yönde eğilimlerin bulunduğundan da söz edilmektedir (28). Bazı durumlarda İngiliz hakimi, Criminal Justice Act 1948 Md. 17/2 gereği 21 yaşına kadar olan failler için gözetim kurumu aracılığı ile inceleme yani ihzârî bir anket yaptırmak zorundadır (29).

Bu safhada hazırlatılan raporların sanığın genel davranışlarını ev ve okul çevresine ait koşulları, okul kayıtları ve tıbbi geçmişi ile benzeri bilgileri içermesi elzem görülmektedir. Bu raporların hazırlanmasında genelde hakında rapor düzenlenenlerin ailesi ile yapılan söyleşiler temel alınmakta ise de raporlar bunun dışında aile doktoru ile okul yöneticileri vb. kaynaklardan da beslenmektedir. İngiltere'de bu amaçla okul müdürlerinin görevlilerce istenen bilgileri tevdi etme mecburiyetleri olduğuna dair yasa hükümleri getirildiği de görülmektedir (30). Mahkemeler yerel otoritenin ilgili sosyal servislerince yada eğitim birimlerince hazırlanan bu raporlardan, kararlarını oluştururken yararlanarak, burada yer alan önerilere de yer vermektedirler.

Yetişkinlerin yargılanmasında da cezaya ilişkin karar verilmeden önce yukarıda sözü edilen ve küçüklerinkine benzer araştırmalar yapılması ve buna ilişkin raporların karar aşamasında gözönünde tutulmasının teşvik edildiği; fakat genellikle mahkemece talep edilmedikçe gözetim görevlileri ve sosyal hizmet uzmanlarının kendiliklerinden rapor hazırlamadıkları görülmektedir. Ancak, sanık avukatının talebi üzerine, nasıl olsa ileride mahkemece de istenebileceğine ikna edilmeleri halinde, böyle bir raporun hazırlanması sağlanmakta ve bu yolla temin edilen raporlar da savunmayı destekleyici olarak mahkemelere sunulabilmektedir (31).

Belirtelim ki, bu safhada toplanan bilgiler mahkemece henüz suçluluğa karar verilmeden önce kullanılmamaktadır. Şahadet dışında bu bilgilerin fail aleyhine delil olarak kullanılması söz konusu olamayacağı gibi, kanıt niteliğinde de kabul edilemez. Bu düşünceden hareketle mahkemenin vereceği hüküme tesir etmemesi için, toplanan bu bilgiler bu aşamada sanığın yargılanması ile ilgili dosya dışında muhafaza edilerek, mahkemenin etkilenmesi önlenmektedir (32).

(28) **Yücel Yurdakurban**, İngiltere'de Çocuk Mahkemelerinin İşleyişi, Mart 1988, Adalet Bakanlığı Araştırma Raporu s. 78 vd.

(29) **Önder**, age., 266.

(30) **Önder**, age., 265 "Children and Young Persons Act 35".

(31) **Yurdakurban**, age., s. 78 vd.

(32) **Önder**, age., s. 264 vd.

Bu bilgiler ancak sanığın suçluluğuna karar verildikten sonra ve fakat henüz hükmün tefhimi yapılmadan önceki ara dönemde mahkemece inceleterek, kullanılan bilgilerin içeriğinden çıkartılan sonuçlar ve gözetim memorandumunun bir bilirkişi gibi mahkemeye sunmuş olduğu öneriler paketinin değerlendirilmesi ile sanığın kişiliğine ve statüsüne en uygun düşecek ceza tesbit edilir. Ayrıca bu bilgiler ve önerilerden yararlanılarak cezası tecil edilen mahkumun deneme süreci altına konulmasına karar verildiği takdirde de en uygun gözetim önlemlerinin alınmasına çalışılır.

bb- Fransa'daki Durum

41- Fransa'da savcılar veya hakimler yargılama öncesi önlerine gelen konu ile ilgili olarak, tutuklunun veya mahkumun yerleştirilmesi hususunda takip edilecek usulün yönlendirilmesi veya alınacak gözetim önlemlerinin tesbiti için, sanık veya suç kanıtları hakim önüne sevk edilmiş olan failin sosyal ve ekonomik durumu, ayrıca geçmişteki hali ile ahlaki eğilimleri üzerine bilgiler ihtiva edecek bir ihzari (ivedi) anket (Enquetes Rapides) yapılmasını Fransız Ceza Usul Kanununun D-491. maddesi gereğince gözetim müessesesinden isteyebilirler (33).

Anılan ivedi soruşturma işini "Tahliye Edilenlere Muavenet ve Gözetim Komiteleri" yapmaktadır. Bu komiteler, gerekli olan noktalara derhal el atılmasını temin etmek amacıyla eğitimci-sosyal bir plan üzerinde görüş bildirmek ve ilgili şahsın durumu hakkında ise doğru bilgileri toplayarak, ayrıca yetersiz ve eksik kalan verileri temin ederek mahkemeye iki yönlü bir katkıda bulunmak suretiyle irtibatı temin etmektedirler.

İvedi soruşturma, özellikle serbest ortamda (ceza evi dışında) takibi yapılan suçlular ve mahkumlara mesleki formasyon kazandırılması suretiyle, bir meslek sahibi olmalarının sağlanması, onlara iş temin edilmesi ve acil barınma ihtiyaçlarının karşılanması gibi konularda, gözetim kurumu elemanlarının, onları temsilen girişimlerde bulunarak, şahsiyet kazanmaları için desteklenmeleri suretile maddi ve moral olarak güç kazanmalarına yardımcı olunması, bu sayede ıslaha yönelik en uygun yöntemin saptanmasında son derece önemli bir işleve sahiptir (34).

(33) Rapport General sur L'Exercice 1988, Ministere de la Justice, Direction de L'Administration Pénitentiaire, s. 240 vd.

(34) Rapport General sur l'Exercice 1988 s. 240 vd.

Sonuç olarak şunu da ilave edelimki bu ivedi soruşturma anketi suçla ilgili çevre ve suçta sebebiyet veren etkenlerden uzaklaşmada en uygun yöntemin seçilmesine olanak vermekte olup, bu ise deneme süresini iyihal ile sonuçlandırmada büyük faydalar sağlamak suretiyle suçluların yeniden topluma kazandırılmaları konusundaki rehabilitasyonun yönlendirilmesinde büyük ölçüde yardımcı olmaktadır. Böylece tekraren suç işlemenin önüne geçilmesine yönelik olarak, yeniden hapishaneye dönme rizikosunu asgariye indirmeye matuf bir yöntem izlenmesine yardımcı olarak büyük faydalar sağladığı Fransız Adalet Bakanlığı'nın Ceza Evleri İdaresi'nin 1988 tarihli genel raporunda açıklıkla ortaya konulmaktadır.

cc- Kara Avrupası'ndaki Sistem

42- İngiltere dışında kalan ve Kara Avrupası'nı teşkil eden devletlerde de mahkemeler ile gözetim memuru arasındaki iletişim, sisteminin menşei'ni teşkil eden Anglo-Amerikan gözetim müessesesinininkine benzer yöntemlerle yürütülmektedir. Bu ülkelerde cezanın tecil edileceği düşünüldüğü hallerde gözetim memurlarından ve gözetim müessesesinin elemanlarından sanığın geçmişteki hali ve ahlaki temayülleri ile iş yerindeki tutum ve davranışları, bedeni ve ruhi gelişimi hakkında yaptırılan incelemelerle alınacak ıslah önlemlerine yön verecek veriler toplanmasına çalışılmaktadır.

B- HÜKÜMDEN SONRAKİ SAFAHAT

a- Gözetimin Başlaması

43- Yargılanmakta olan suç faileri hakkında ceza tayini ve denetimli serbestliğe (gözetimle ertelemeye) karar verilmesinden sonraki bu safhada, şayet denetimli serbestliğe karar verilmiş ise, bu durumda izlenen "probationnaire" için bir gözetim dosyası açılır, hakkında tesis edilen kararda yer alan, riayet kuralları ve yerine getirmekle yükümlü tutulduğu vecibeler, basit ve sade bir anlatımla yüz yüze görüşülerek izah ve ihtar edilir. Bu aşamada anılan kişiye bir de gözetim memuru tayin edilerek izlemeye alınır. Fransız mevzuatında gözetim sürecinin ne zaman başlayacağı hakkında bir açıklık yok ise de, uygulamada bu işlemlerin mümkün olan en kısa sürede gerçekleştirilmesi teamül halindedir. Burada işaret edelim ki, "Af ve Ceza İşleri İdaresi'nin" 9 Ağustos 1971 tarihli bir sirküleri doğrultusunda, hakkında denetimli serbestlik kararı verilen kişiye, Cumhuriyet Savcılığınca yapılan tebliğden itibaren 10 gün içinde veya hakkındaki kararın kesinleşmesini müteakip 2 ay zarfında, bunların dışında ve her halükarda, şayet sanık tutuklu ise

ceza evinden çıktığı gün gözetim altına alınması zorunlu görülmektedir. Zira, geçen zaman süresinde bu kişinin durumunda bir ağırlaşma meydana gelmiş olabileceği gibi ikametgahını da değiştirmiş olabilir. Bu durumda hakkındaki yaptırımların ifası ve infazında güçlüklerle karşılaşılacağı ve gözetim görevlilerinin üzerlerine düşeni (misyollarını) yerine getirmekte zor durumda kalacaklarında kuşku yoktur (35).

b- Gözetimin Kapsamı

44- Gözetim kurumlarının asıl misyonu, gözetim altına alma kararı ile birlikte başlamakta, bu safhada gözetim kurumları mahkemelerle gözetim rejimi altındaki kişi arasındaki ilişkileri bütün boyutlarıyla üstlenmektedirler. Zira bu ilişkiler deneme müddetinin iyi hal ile geçirilmesi, daha önce sanık ve mahkûmların uyması için saptanan önlemlerle yerine getirmeleri için yüklenen vecibelerin ilgilisi tarafından kolaylıkla gerçekleştirilmesi, aksayan kısımlarda muavenet böylece müdahale ile bu gibilerin ıslahı yolunda olumlu gelişmeler elde edilmesi böylece onların cemiyete yeniden uyumunun sağlanarak tekrardan suç işlemelerinin önlenmesi gibi işlevlerin bu ilişkilerin temelini oluşturduğu vurgulanmıştır. Bu aşamada konuyla ilgili yaklaşım ve görüşleri ele alacağız (36).

aa) Gözetimdeki Kişinin Suça Yol Açan Çevre ve Etkenlerden Uzaklaştırılması

45- Gözetim komiteleri ve gözetim memuru suçlunun ıslaha yönelmesini temin için ona yaptığı maddi ve manevi yardımların yanısıra onun mükerripliğine, yani yeniden suç işlemesine yol açabilecek ortam ve kişilerle iletişimde bulunmasına engel olacak, onu suçun uzantılarından uzak tutmaya gayret edecek, bu konuda gerekli gördükleri önlemlerin alınması için hakime öneriler götüreceklerdir (37).

bb) Ev ve İşyerinde Ziyaret

46- Gözetim ve denetim amacıyla ve yukarıdaki bentlerde anılan hususların gerçekleştirilebilmesi için gözetim emelanları tarafından suçlunun konutunda ve çalışma ortamında ziyaret edilmesi suretiyle işin içine yani suçlunun yaşadığı çevreye gidilerek sonuç almaya çalışılır (38).

(35) Rapport sur le Fonctionnement du Milieu Ouvert, Mai 1983, Melun 2434/83 s. 18 vd.

(36) Rapport...du Milieu Ouvert 1983, s. 24.

(37) La probation et les mesures analogues, s. 283; Önder, age., s. 268.

(38) La probation et les mesures analogues, s. 273, 283 vd.

Bu cümleden olarak konutta yapılan ziyaretlerde onun ev içindeki tutum ve davranışları ile aile bireyleri ile vaki münasebetleri ve bu meyanda problemleri olup olmadığının tesbiti için çaba harcanır. Çalışma ortamındaki vizitlerde ise evde iken saptanamayan veya eksikliği duyulan noktaların belirlenmesine gayret sarf edilir.

Fakat denilebilirki iş yeri ziyaretleri denemeye konulmuş olan kişinin çevresindeki kimseler ve tanıdıkları tarafından durumun kolayca öğrenilmesi, onun suç işlemiş bir kişi olduğu yolunda çevrede kötü bir imajın (görüntünün) doğması ve suçluluğunun duyulup yayılması sonucunu doğuracağından onun toplumdaki dışlanmasına sebep olabileceği gibi sosyal çevreye adaptasyonunu da güçleştireceğinden korkulmalıdır. Bu nedenlerle bu gibilerin iş yeri ziyaretlerinin yerine daha ziyade onların yaşamını etkilemeyecek ve kişiliğine sahip çıkabilecekleri bir yöntem bulunması gereklidir. Bu sebepledirki iş yeri ziyaretleri yerine aile ortamındaki ziyaretlere ağırlık verilmesi gerektiğine ilişkin düşüncelerin ağır bastığı görülmektedir (39).

cc- İş Formasyonu Kazandırılması ve İş Temini

47- Gözetim memuru ve özellikle komiteler ile gönüllü yardım derneklerinin işlevlerinden biride işsiz suçluya iş teminidir. Bu suretle onun yaşamı olumlu yönde etkilenecektir. Kazancını doğru ve yasal yollardan elde etmesinin ise onu yeniden suç işlemekten uzaklaştırıp mükerrer olmaktan alıkoacağında kuşku yoktur. Bunun yanında meslek sahibi olmayan mahkumlara iş formasyonu ve bir meslek kazandırılmakta da büyük faydalar vardır (40).

Konuyu bu yaklaşım içinde ele alan bazı ülkeler bu hususu suçluya yapılacak yardım kapsamından çıkartarak özel bir hüküm halinde yasalarında belirtmeyi uygun görmekteirler. Fransız Ceza Usul Kanununa ilişkin tüzüğün R-58. maddesi mesleki formasyon ve iş edinmeyi bir vecibe olarak getirmektedir.

dd- İkametgah Temini

48- Deneme altına konulmuş sanık veya mahkum barınma imkanlarından yoksun ise kendisine ikamet edeceği bir ocak veya lojman temini için devletin ve özellikle özel yardım derneklerinin olanaklarından yararlanma

(39) Önder, age., s. 268 vd.

(40) Bkz. ilerde, n. 186; Rapport...sur l'exercice 1988, s. 235 vd. La propation et les mesures analogues, s. 274 vd; Erem, age., s. 341.

cihetine gidilmektedir. Fransa'da bu husus yardım komitelerinin ve özel yardım kuruluşlarının faaliyetleri çerçevesinde vilayet makamlarından da destek sağlanması ve H.L.M (Habitation à loyer modéré). Yani düşük ücretli konutlar idaresinin imkanlarından ve yine yersiz yurtsuzlara düşük ücretle yer temin eden (Foyer) yani ocaklardan yararlanılma cihetine gidilmektedir (41).

Fransız Ceza Usul Kanununa İlişkin Tüzüğü'nün 57. maddesi yardım önlemlerinin mahkumun sosyal çevreye bağlanmasını temine matuf olup, gerekirse bunun bir sosyal yardım veya maddi bir yardım şeklinde deneme komitesince diğer bütün kamu ve özel kuruluşların katılmasını teminen gerçekleştirileceğini amir bulunmaktadır (42).

ee- Gözetimdeki Kişinin, Gözetim Memurunu Bürosunda Periyodik Olarak Ziyaret Etmesi

49- Bütün bu sayılan yardım ve ıslaha yönelik çalışmaların yanında denemeye konulmuş bulunan suçlu veya mahkumun uyması için zorunlu tutulduğu önlemler ve ayrıca onun yerine getirmesi istenen vecibelere uygun davranıp davranmadığını kontrol etmeye ve aksayan noktalardaki zorlukların aşılması için ve ihtiyaç duyulan konularda, ılımlı bir yaklaşımla, periyodik kontrollere ihtiyaç vardır (43). Uygulamada daha ziyade, suçlunun gözetim memurunun bürosunu belirli aralıklarla ziyaret etmesi istenmektedir. Belirtilim ki, bu yöntemin suçlunun morali üzerinde yapacağı olumsuz etki yanında, pratik faydaları da yadsınamaz. Moral yöndeki bu olumsuzluğun giderilmesi açısından katı bir kontrolden ziyade, gözetim görevlileri suçluya bir arkadaş bir dost gibi yaklaşması ve onun ihtiyaç duyduğu konularda bilgi ve deneyimlerini kullanarak, yardım ve katkıda bulunması amaca uygun düşer. Samimi bir ortam içinde, görevlinin daha yakından tanıdığı suçlu hakkında, edindiği bilgiler ve saptadığı hususlar doğrultusunda onun hakkında daha sağlıklı bilgiler elde etmesi ve bu bilgileri suçlunun ıslahına en uygun biçimde değerlendirmesi, müessesenin başarısını olumlu yönde etkileyecektir. Bu bağlamda gözetim altındaki kişinin tecilin deneme süresi boyunca, kendisini suçun etkilerinden uzak tutacak ve bu süreyi iyi hal ile geçirmesine yardımcı olacak bir dost ve hami bulmuş olması da onun kişiliğini olumlu yönde etkileyeceğinde kuşku yoktur.

(41) Rapport...sur l'exercice 1988, s. 242, 248.

(42) Bkz. ileride, n. 185.

(43) La probation et les mesures analogues, s. 272, 283 vd.

Periyodik kontrollerde suçluya bu görüş açısıyla yaklaşılması halinde, suçlunun ruhsal sorunlarından arındırılması, alkol vs. tutkusundan kurtarılması ve bedensel hastalıkların tedavisi için ikna edilmesi ve benzeri konularda, oldukça olumlu gelişmeler yakalanacaktır.

Suçlunun, gözetim memurunu belli aralıklarla ziyareti sonucu promlere daha kısa sürede ulaşılarak çözülmesi ve bir karara varılması, böylece bu periyodik ziyaretlere dayalı kontrol yöntemiyle de gözetim altındaki kişinin deneme süresini başarı ile tamamlayıp yeniden topluma katılmasında ona daha yakın ve etkin olunacağı düşünülmektedir (44).

ff- Gözetim Memurunun Mahkemeye Belirli Aralıklarla Rapor Vermesi ve Önerilerde Bulunması

50- Gözetim elemanları mahkeme ile ilişkilerindeki bu dönemde mahkum ile mahkeme arasındaki bilgi akışını temin ederken, mahkum ile kendi arasındaki ilişkiler sırasında tesbit ettikleri, önlem alınmasını zorunlu gördükleri konularda, mahkemeye öneride bulunurlar. Daha önceden mahkemeye saptanmış olan koşullarda acil değişiklik gerektiren durumlardan mahkemeye derhal rapor halinde bilgi verirler. Ayrıca mahkuma yüklenmiş olan vecibelerin yerine getirilip getirilmediği ve onun uyması için alınmış bulunan önlemlere uygun davranıp davranmadığını ve uygulamada husule gelen aksaklıkları da kapsayacak şekilde belirli periyotlarla sistemin işleyişi hakkında mahkemeye rapor sunarlar (45).

51- Denetim elemanları denetime konmuş olan kişiye empoze edilen önerileri bu kişinin benimsememesi, alınan önlem ve yüklenen vecibelere aykırı davranması veya olumsuz hareketler içinde bulunması, ayrıca iyi halli bir hayat düzeni gösterememiş olması sonucu, ertelemeye layık olmadığı kanısına varılırsa; bu durumda mahkemeye tecilin geri alınması (düşmesi) ve cezanın infazı için öneride bulunabilecekleri gibi, hayatın olağan akışı içinde artık ihtiyaca cevap vermeyen önlem ve vecibelerin ya kaldırılarak yerine yenilerinin konulmasını veya değiştirilmesini de mahkemelere önerebilmektedirler.

(SÜRECEK)

(44) La probation et les mesures analogues, s. 269, 272 vd.

(45) Önder, age., s. 269.

KİRA HUKUKUNUN NEDENSİZ ZENGİNLEŞME VE VEKALETSİZ İŞGÖRME DAVALARI İLE İLGİLİ KİMİ SORUNLARI

Nihat YAVUZ (*)

● **ANLATIM DÜZENİ** : *Kiralanda Kısmi Fesih ve Nedensiz Zenginleşme Davası. A- Sorun. B- Örnek Olay. 2- Kira Sözleşmesinde Kararlaştırılan Fazla Ödeme Halinde Nedensiz Zenginleşme Davası. 3- Evvelce Ödenmiş Bulunan Kira Parası Karşılığındaki Alacak (Örneğin, Kira Sözleşmesinin Son Bulması Gibi) Doğmazsa Yapılan Tediye Geri İstenebilir. 4- Vekaletsiz İşgörme İle İlgili Sorunlar. 5- Kiralayanın Nedensiz Zenginleşmesi. 6- Hâsılat Kirası İle Nedensiz Zenginleşme Arasındaki Etkileşmeler. 7- Kiracıya Ziraat Giderleri İçin Verilmesi Gereken Tazminat. 8- Saman ve Gübre Gibi Şeylerin Bırakılması.*

1) KİRALANANDA KISMİ FESİH VE NEDENSİZ ZENGİNLEŞME DAVASI

A) Sorun : Sözleşmenin kısmen yerine getirilmesi halinde, fazla edanın geri verilmesi nedensiz zenginleşme hükümlerine göre mi, yoksa sözleşmeye göre mi istenecektir?

B) Örnek Olay : "A ile B bir kira sözleşmesi yapmışlar, A üç aylık kira karşılığı 840 Frank ödemiştir. Ancak, B kira sözleşmesine göre, bir oda hariç tüm apartmanı teslim edecekken, anlaşmaya aykırı olarak kendisi apartmanda oturmaya devam etmiş, fakat bir tek odayı kiracıya terketmiştir. A, kira takdir komisyonuna giderek bir odanın kirasının 125 Frank edeceğine dair bir karar almıştır". Bu olayda, fazla olarak verilmiş olan kira bedelinin geri verilmesinin zamanaşımı bakımından önemi vardır. Nedensiz zenginleşme davası öğrenme tarihinden itibaren bir yıl, sözleşmeye dayanan dava ise 10 yıl sonra zamanaşımına uğramaktadır. Borçlar Kanunu madde 249'a göre, "kiralanan, akitten maksut olan kullanma mümkün olmayacak, yahut intifa ehemmiyetli bir surette azalacak bir halde teslim olunursa, kiracı akdi feshe yahut ücretten münasip bir miktar tenzilini istemeye selahiyettârdır". Acaba

(*) Yargıtay 3. HD. Başkanı.

bu maddeye göre ücret indirim i istemi, sözleşmenin kısmen feshedilmiş olmasına mı dayanmaktadır, yoksa sözleşmenin devam ettiği kabul edilerek geri verme sözleşmeye göre mi istenecektir? Eğer kısmi fesih kabul edilirse geri verme nedensiz zenginleşme davasıyla istenecektir. Hukukumuz a göre kısmi fesih olanaklıdır. Eğer borçlu edasını kısmen yerine getirirse, alacaklı bu kısmi edayı kabul etmeyip tüm sözleşmeyi feshedebileceği gibi, bu kısmi edayı kabul etmeyip tüm sözleşmeyi feshedebileceği gibi, bu kısmi edayı kabul ve Borçlar Kanunu madde 106 uyarınca vereceği uygun sürenin sonunda, geri kalan kısım için sözleşmeyi feshedebilir. Ancak kısmi fesih için aşağıdaki iki koşulun da gerçekleşmiş bulunması zorunludur. Önce alacaklının edasının bölünebilir olması gerekir. İkinci olarak, borçlunun geciktirdiği kısmi edaya tekabül eden alacaklının kısmi edası, tayin edilebilir bulunması zorunludur. Bu iki koşul gerçekleşmediği takdirde kısmi fesih olanaklı değildir (1). Yukarıdaki örnekte aranılan koşullar mevcut olduğu gibi, özel bir madde ile de kiracının bu hakları belirtilmiştir (BK. mad. 249). Kiracı tek odayı kabul ettiğine göre sözleşmenin diğer odalarla ilgili olan kısmını feshetmektedir. Verdiği fazla kirayı nedensiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilecektir. Nitekim Federal Mahkeme de nedensiz zenginleşme davasını kabul etmiştir. "Ancak kanaatımızca, yüksek mahkemenin gerekçesi hatalıdır. Federal Mahkeme A'nın 840 Frank edasına mukabil karşı eda, apartman yerine bir oda olmuştur. Demek ki, A bir taraftan nedensiz olarak ödemede bulunmuş, diğer taraftan, bu ödeme hataen kendisini borçlu sandığı için olmuştur. Fazla ödenen meblağ iadeye mevzu teşkil edecektir; demektir. A'nın başlangıçtaki edası sebepsiz değildir. Zira kiracının borcunun sebebi, karşı tarafın edası değil, fakat kendi taahhüdüdür. A kirayı öderken, borç olmayan şeyi tediye etmiş değildir. Ancak akit kısmen feshedildikten sonradır ki o kısım için edanın sebebi ortadan kalkmıştır. Fazla ödenen kira Borçlar Kanunu 62'ye göre değil, fakat sona eren sebebe istinat edilerek Borçlar Kanunu 61/II'ye göre istenilecek ve hatanın isbatına lüzum da olmayacaktır" (2).

C) Kiralayan aldığı kiralaların tamamını alıkoyamaz; ancak şeyin kullanıldığı süre için, ayıp dolayısıyla indirilmiş kiraya karşılık olan miktarı alıkoyabilir. Yargıtay'a göre "kiralananın bir bölümü, ondan yararlanmaya elverişli biçimde ve sözleşmenin gereğine uygun olarak teslim edilmediğinde kira parasının indirilmesi gerekir" (3). Fakat bu gibi olaylarda Borçlar Kanunu madde 20/II. fıkrası gözönünde tutulmak gerekir.

(1) Tuhr, von Andreas: Borçlar Hukununun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege, Yargıtay Yayını No: 15, Ank. 1983, sh. 630 vd.

(2) Reisoğlu, Seza: Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ank. 1961, sh. 37 vd.

2) KİRA SÖZLEŞMESİNDE KARARLAŞTIRILANDAN FAZLA ÖDEME HALİNDE NEDENSİZ ZENGİNLEŞME DAVASI

A) Taraflardan birisinin hata ile sözleşmede kararlaştırılandan fazla edada bulunduğunu kabul edelim. Bir süre sonra fazla tediyeye bulunduğunu anlayan kiracı, verdiği fazla parayı nasıl geri isteyebilecektir?

Bir çiftçi, bir süre kira ile tuttuğu bir çiftliği işlettikten sonra, sözleşmede kararlaştırılandan fazla ücret ödemekte olduğunu fark ederek nedensiz zenginleşme davası açar. Bu olay, borç olmayan şeyin tediyesinin tipik bir örneğidir. Ne var ki kiracının davası reddedilmiştir. Federal Mahkemeye göre, çiftçi borçlu olmadan tediye ettiği parayı geri istiyorsa, hata nedeniyle sözleşme ile bağlı kalmak istemediğini beyan etmeliydi. *Dr. Reisoğlu*'na göre kira sözleşmesi bozulmadan (feshedilmeden) bu nevi bir zenginleşmenin iadesinin istenemeyeceği hakkındaki iddia hatalıdır. Bu iddia, eğer bir irade fesadı ile malûl olan bir sözleşme nedeni ile ödemede bulunulsaydı, doğru olabilirdi. Halbuki burada, kira sözleşmesi tamamen geçerlidir. Nedensiz zenginleşme, kiracının borcunu aşan bir ödemede bulunmuş olmasından ileri gelmektedir. Bu nevi bir ödemenin sözleşme ile bir ilgisi yoktur. Davacı hataen kendisini borçlu farzederek bir edada bulunmuştur. Nedensiz zenginleşme davası ile verdiği geri isteyebilecektir. Eğer ödemede bulunan bilerek fazla bir meblağ ödemişse, o takdirde geri verme olanaklı olmayacaktır (4).

Yargıtay Uygulamasından Örnekler

a) "Sebepsiz mal edinmenin kabulü için, yapılan ödemenin sadece kanuna dayanan bir ödeme olacağı ve bir akde dayanılarak yapılan ödemenin, akit uyarınca yapılması gerekenden fazla olması halinde, bu fazlalığın sebepsiz mal edinme esaslarına göre değil, sadece akit esaslarına göre istenebileceği yollu düşünce, kural olarak doğru sayılamaz. Zira Borçlar Kanununun ne 61. maddesinde, ne de 62. maddesinde, hukuki sebebin sadece kanun olduğu yazılı değildir ve akit dahi borç doğuran sebeplerden bulunduğundan dolayı, akit uyarınca ödenmesi gerekli olandan daha çok bir para ödemiş olması halinde, yine hukuki sebep bulunmaksızın yapılmış bir ödeme söz konusu olur ve sebepsiz mal edinme hükümlerince bunun geri alınması istenebilir" (5).

b) "Taraflar arasında yapılan sözleşme gününde geçerli olarak beliren fiyat tesbiti işleminden sonra fiyatların iradeleri dışında değiştirilmiş olması tarafları bağlamaz. Bu itibarla sözleşme dışı ödenen bir para sebepsiz mal edinme olarak kabul edilir" (6).

(3) 13. HD., 2.10.1978; 2965/3887.

(4) Reisoğlu, sh. 39 vd.

(5) HGK., 17.10.1962; 14/35.

c) "Bir akit gereğince ödenmesi gerekmeyen bir paranın âkitlerden biri tarafından öbürüne ödenmesi halinde doğan geri alma alacağı, yerine göre Borçlar Kanununun 61 ve 62. maddelerine uygun sebepsiz mal edinmeye dayanan bir alacak niteliğindedir" (7).

d) "Bir akid ile kararlaştırılan bir borcun yanlışlıkla hakiki miktarından fazla ödenmiş olmasında veya kanuni bir borcun hakiki miktarından yanlışlıkla fazla ödenmiş bulunması da sebepsiz mal edinme durumunu meydana getirir" (8).

e) "Davanın konusu fazla ödenen kira parasının geri verilmesine ilişkindir. Borçlar Kanununun 62. maddesi uyarınca yanılma sonucu verilen paranın geri istenmesi mümkündür" (9).

f) Kira sözleşmesinde kiracının yapacağı inşaatın mal sahibine ait olacağı yazılı ise buna göre hüküm kurulmalıdır. Örnek: "Taraflar arasında yapılan kira sözleşmesinin 11. maddesi ile "kiracının kiralanan şeyin içinde ve dışında yaptıracağı tezyinat masarifi kaffeten kendisine ait olacağı ve mukavele müddeti bittiğinde hiç bir guna bedel ve masraf ve tazminat istemeye hakkı olmamak üzere gayrimenkul inşaatın cümlesi mal sahibinin olacaktır" şartı konulmuştur.

Sözleşmenin bu şartı uyarınca davacının talebi incelenmek gerekirken davacı tarafından inşa edilen binaya ilişkin giderlerin tahsiline karar verilmesi doğru değildir" (9a).

C) Borçlu olmadığı şeyi ifa eden taraf, verdiği geri alabilmek için, kendi hatasını isbat etmek zorundadır. Örneğin, Federal Mahkemeye göre kiralayana, yasal sınırın üstünde bir kira bedeli ödeyen kiracı, fazla ödediği kısmı geri alabilmek için, ödediği meblağın yasal kira haddi içinde kaldığına inanmış olduğunu isbat etmelidir (10). Fakat yine Federal Mahkemeye göre resmi otoriteler tarafından saptanan fiyatın üstünde kira ödeyen kiracı, kiralayandan bu fazla tediye isteyemez. Zira kiracının, saptanan fiyattan haberdar bulunduğunu ve bu nedenle de hataya düşmediğini kabul etmek gerekir (11).

3) EVVELCE ÖDENMİŞ BULUNAN KİRA PARASI KARŞILIĞINDAKİ ALACAK (ÖRNEĞİN, KİRA SÖZLEŞMESİNİN SON BULMASI GİBİ) DOĞMAZSA YAPILAN TEDİYE GERİ İSTENEBİLİR

Normal olarak, borçlu (kiracı) edayı ancak alacak doğmuş ve muaccel

(6) 4.HD., 23.3.1965; 738/1622.

(7) HGK., 15.1.1964; 219/46.

(8) TD., 3.12.1953; 6612/6787.

(9) 4. HD., 10.10.1959; 10522/7260.

(9a) 3. HD., 4.7.1984; 3698/3726.

(10) BGE 85 ile 105.

(11) 85 IV 105.

olmuş ise, yani alacaklı (kiralayan) kirayı isteyebileceği zamanda yerine getirir. Bununla beraber kiracı genel kural olarak vadeden evvel dahi kirayı ödemek suretiyle borçtan kurtulabilir. Evvelden yapılan ödemenin sonucu, gelecekteki alacağın doğumu anında zaten ifa edilmiş olmasıdır. Fakat kiracının, kiralayana –borcu ile takas edilmek kaydıyla– verdiği ödünç süresinden önce bir ödeme sayılmamalıdır.

Eğer evvelden ödenmiş olan kira parasının karşılığı doğmazsa; örneğin kira sözleşmesi, ödenmiş bulunan kira bedelinin bağlı olduğu sürenin dolmasından önce son bulursa, önceden yapılan tediye nedensiz kalır ve Borçlar Kanunu 61. madde gereğince geri istenebilir (12).

Yargıtay Uygulamasından Örnekler

A) Kira parasını iyi niyetle kiralayana ödeyen kiracı yeni malike karşı kira parasından sorumlu tutulamaz: "Davada 15.1.1982 ile 1.11.1984 tarihleri arasındaki dönem için ecrimisil istenilmiş, mahkemece 1.5.1984'ten dava tarihi olan 9.11.1984 gününe kadar ki süre için dava kabul edilmiştir.

Davacı idarenin 29.4.1982 tarihinde satın almak suretiyle iktisap ettiği taşınmazın eski maliki ile davalı arasında yapılmış olan kira sözleşmesi 2912 sayılı Yasa uyarınca 30.4.1984 tarihinde sona ermiş bulunmasına ve taşınmazın idareye geçtiği tarih ile kira sözleşmesinin son bulunduğu tarih arasındaki süre için davacının kira parasını kiracı veya onu iyi niyetle ödemiş bulunması halinde kiralayandan isteyebileceğine göre kurulan hükümde bir isabetsizlik bulunmamaktadır" (12a).

B) Kiracının malik ile yaptığı kira sözleşmesi nedeniyle daha önce malik olmayan kiralayana ödemiş bulunduğu kira parasını kendisinden isteyebilir. Önce şu husus belirtilmelidir: Kira sözleşmesi yapmak için kiralayanın malik olması şart değildir. Fakat sonradan bu yerin maliki olduğunu ileri süren bir kişi ile davacının yeni bir kira sözleşmesi yapması sonucu davacının uğradığı zararı kendisine ait olmayan yeri kiralayan davalıdan isteyebilir. "Dava konusu kiralananın gerçekten üçüncü bir kişiye ait olması ve davalı belediyenin bu yerde hiç bir hakkı olmadığı saptandığı takdirde davacı ancak maliki olan üçüncü bir kişiyle sonradan yaptığı kira sözleşmesi gereği davalı ile yaptığı kira sözleşmesinin bitim tarihine kadar olan süre için ikinci defa ödemek zorunda kaldığı kira paralarını isteyebilir" (12b).

(12) Tuhr, sh. 467.

(12a) 3. HD., 4.7.1985; 4614/5018.

(12b) 3.HD., 16.11.1984; 5542/5541.

4) VEKÂLETSİZ İŞGÖRME İLE İLGİLİ SORUNLAR

A) Kiracının Sözleşmeye Aykırı Olarak Alt Kiraya Verdiği Kiralanan Yerden Aldığı Kira Parasını Kiralayanın İstemeye Hakkı Yoktur

Federal Mahkemenin hükme bağladığı davalardan birisinde, bir bakkal dükkânı olarak kiraya verilen yeri, kiracı sözleşmeye aykırı olarak bir sine-maya alt kiraya vermişti; malik, kiracının kendisine ait bir işi vekâletsiz olara gördüğünü iddia ederek, onun alt kiracıdan aldığı kira bedellerinin kendisine verilmesini istiyordu. Federal Mahkeme, kiracının, alt kira sözleşmesini kurmuş bulunmakla, malikin haklarına müdahale ve onlarda tasarruf etmediği düşüncesi ile bu iddiayı reddetti; yalnız kiralanda yapılan değişiklikler nedeniyle, malike tazminat isteme hakkını tanıdı. Şeyi kiraya vermekle, bizzat malik, kira süresince onun üzerinde yeniden kiralamak suretiyle tasarruf edemeyeceğinden, Federal Mahkemenin gerekçeleri haklı görünmektedir. Fakat *Friedrich* burada, kiralanda değişiklikler yapılması nedeniyle malikin yararları şahsına tesir icra edildiğini, bundan dolayı da ona ait bir işin görüldüğünü belirterek Federal Mahkemeyi eleştirmeye çalışmıştır (13).

B) Kamu Otoritelerinin El Koyması Nedeniyle Sona Eren Kira Sözleşmesinden Sonra Malike Verilen Daha Yüksek Kira Bedeli İle Kendisinin Daha Önce Ödediği Kira Parası Arasındaki Farkı Kiracı Kiralayanından (Malikinden) İsteyebilir mi?

Bir olayda, hasılat kirasına verilmiş olan bir çayıra komün tarafından el konulması sonucunda kira sözleşmesi sona ermiş ve komün malike eskisinden daha yüksek bir kira bedeli ödemeye başlamıştı. Eski kiracı, kendi ödediği kira parası ile yeni bedel arasındaki farkın, vekâletsiz işgörme hükümlerine göre kendisine verilmesini istiyordu. Federal Mahkeme, yeni kira sözleşmesinin eski kiracının haklarına bir müdahale olmaksızın yapılamayacağı ve bu sözleşmenin onun haklarında bir tasarrufu gerektirdiği düşüncesi ile eski kiracının istemini kabul etti. Oysa sayın *Tandoğan*'ın da haklı olarak belirttiği üzere burada, çayıra elkonulmasıyla eski kira sözleşmesi ortadan kalkmış olduğundan ve bu elkoymada malikin bir ilişkisi bulunmadığından, eski kiracıya ait bir işin görülmesinden sözedilmemesi gerekir (14).

(13) Tandoğan, Halûk: Vekâletsiz İş Görme, İst. 1957, sh. 119.

(14) RO 47 195, Tandoğan, sh. 120.

C) Bir Paydaşın Ortak Taşınmazı Üçüncü Kişiye Kiralaması ve Kira Parasını Alması Vekâletsiz İşgörme Niteliğinde Olup Taşınmaz Mal Henüz Bölüşülmediğine Göre Tahsil Edilen Kira Parasından Diğer Paydaşın Payına Düşen Bölümünü Ödemekle Yükümlüdür (14a).

D) Kiralama ya da Kirayı Devir Etme Yetkisi Bulunmayan Bir Kişinin Yaptığı İşlemler Geçersiz Olup Kiracının Verdiği Parayı Kendisinden Almaya Hakkı Vardır.

Davacı, davalının kendisini malik gibi tanıtip dükkanı kiraladığını, kira parası ile bono aldığını ne varki esas malikin 5917 sayılı Yasaya göre aleyhine kiralanandan men kararı aldığını ileri sürerek, verilen kira parasının tahsili ile bonoların iptalini ister.

Bozma Kararı Gerekçeleri

a- Davacının kira sözleşmesi yaptığı davalı MÖ. ile mal sahibi arasında kira sözleşmesi yoktur. Tam tersine mal sahibi kira sözleşmesini dava dışı ŞY. ile yapmıştır.

b- İlk kiracı MB. başkasına kiraya verme ya da kirayı devre yetkisi olmadığı halde burasını davalıya devir etmesi davalının kiracılık sıfatını kazanmasını sağlamaz. O halde davalının sahip olmadığı bir hakkı davacıya devir etmesi de hukuksal bir sonuç doğurmaz.

c- Bu durumda davacı sözkonusu kira sözleşmesine binaen davalıya kira parası olarak ödediği tutarın geri alınmasını ve verdiği bonoların iptalini isteyebilir (14b).

5) KİRALAYANIN NEDENSİZ ZENGİNLEŞMESİ

Kiracı, kira sözleşmesinin uzun süreceğini düşünerek kiralananda yaptığı bazı giderleri, sözleşmenin sona ermesini müteakip nedensiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilir. Eğer kiracı sözleşmenin erken sona ermesine kendisi neden olmuşsa bu yüzden nedensiz zenginleşme hükümlerine

(14a) 13. HD., 15.11.1984; 6112/7198. Not: Dava, paydaşın diğer paydaştan ortak taşınmazı kiralayarak üçüncü kişiden aldığı kira parasından kendi payına düşen bölümün ödetilmesi isteğine ilişkindir.

(14b) 13. HD., 14.11.1985; 5694/6934.

rine dayanması iyiniyet kurallarına aykırı sayılmalı ve reddolunmalıdır (15).
Bu konudaki

Yargıtay Uygulamasından Örnekler

A) "BK.nun 258. maddesi gereğince kiralananın tamiri kiralayana ait olduğu gibi sözleşmede bütün tamir masraflarının kiralayana ait olacağı tasrih kılınmıştır. Kiralayana ait olan tamiri, kiracı yaptığı iddia ettiğine göre, kiracının kanunen vaziyeti ve kaleti olmaksızın başkası adına tasarruftan ibarettir. Bu durumda BK.nun 14. babı hükümleri dairesinde yaptığı zaruri ve faydalı masrafları almaya hakkı vardır. Bu kanuni hükümler nazara alınmaksızın davanın reddedilmesi yolsuzdur" (16).

B) "Davacı, kiralananın zaruri tamirat yaptığını beyanla bunun tahsilini talep etmiştir. İntifaya başladıktan sonra banyo kazanında meydana gelen ayıbın giderilmesi, kiracı tarafından uygun mehil ile kiralayana ihtar edilmiş, buna rağmen kiralayan bu tamirata yapmamıştır. Kiracının davalı adına yaptığı bu giderleri talep etmeye hakkı vardır. Aksi görüş BK.nun 251. maddesine aykırıdır. Bundan zuhûl ile davanın reddi yolsuz olmakla hükmün bozulmasına...." (17).

C) "Davacı, Hazineден kiraladığı taşınmaza yaptığı yararlı giderin tahsilini istemiştir. Davacı, Hazineye ait olup kiralamış olduğu araziye ağaç dikmek ve ağırlı yapmak suretiyle faydalı giderler yapmıştır. Mahkemece muhtesatın, sökülmesinin fahiş zararı gerektireceği ve davacının da kötü niyetli bulunduğu kabul edilmiştir. Bu durumda uyuşmazlığın MK.nun 649, 655. maddeleri uyarınca çözümlenmesi gerekirken Hazine-nin muhtesatı temellük etmek istemediği düşüncesi esas tutularak davanın tamamen reddi yanlıştır. Yapılacak iş MK.nun 649. maddesinin 2. fıkrası uyarınca tazminata hükmetmekten ibarettir" (18).

D) "Dava konusu arazinin işlenmemiş bir şekilde davacıya kiraya verildiği ve davacının çalışarak ve masraf yaparak araziye bahçe haline getirdiği ev, ahır gibi tesisatta yaptığı anlaşılmalıdır. Kiracı olan davacı, BK.nun 293. maddesinin son fıkrasında gösterildiği gibi masraflarından ve çalışmalarından meydana gelen ziyade kıymet için tazminat isteyebilir" (19).

E) "Kiracının kendiliğinden, malikin rızası olmadan yaptığı faydalı olmayan giderlere katlanması gerekir. Bunun tutarını malikten istemeye hakkı yoktur" (20).

F) KIRACININ YAPTIĞI ZORUNLU VE FAYDALI GİDERLERİ İSTEYEBİLME HAKKI KIRACININ YERİ BOŞALTTIĞI TAKDİRDE DOĞAR (21). "Kiracı tarafından kiralananın yapılan ve kiraya verenin bilgisi ve muvafakatı olduğu isbat edilmeyen faydalı

(15) BGE 105 II 92; BGE 104 II 203. Anan, Tandoğan, sh. 188.

(16) HGK., 20.9.1967; 1213/365.

(17) 4. HD., 21.1.1967; 11211/387.

(18) 4. HD., 16.2.1967; 49/1278.

(19) 6. HD., 16.4.1968; 105/2017.

KİRA HUKUKUNUN NEDENSİZ ZENGİNLEŞME VE VEKALETSİZ İŞGÖRME DAVALARI İLE İLGİLİ KİMİ SORUNLARI

asraf ve lüks giderlerin ödetilmesi konusunda uyuşmazlık bulunduğuna göre uyuşmazlığın herşeyden önce taraflar arasındaki sözleşmenin özel şartları uyarınca çözülmesi gerekir. Şayet bu konuda açık ve zımni bir şart bulunmazsa ancak bu takdirde bunların yapılmasından sonra davalı kiraya veren tarafından benimsenip benimsenmediği incelenir. Bu giderlerin benimsendiği açıkça anlaşılırsa bu sonuç kira sözleşmesinin yapılması sırasında özel bir şart uyarınca tarafların karar vermiş olduğunun kabulü anlamını doğurur. Kiracı izin alınması gerekli olupta almadan bu giderlere katlanmış ise, bu takdirde MK.nun 649. maddesinin uygulanması ve ayrıca açık bir yasak etme bulunup bulunmadığı üzerinde durulması, olayda BK.nun 413 ve 414. maddelerinin uygulanabilip uygulanamayacağına incelenmesi gerekir" (22).

G) "Davacı kiralanda yaptığı faydalı işleri boşaltma sonucu kiralanda bırakmak zorunda kaldığından ve alıp götürmesinin olanaksızlığından sözederek yaptığı giderlerin ödetilmesini istemiştir. Bu işlere başlangıçta davalı kiralayanın muvafakatı olduğu kanıtlanmamıştır. Bilirkişi raporunda belirtilen, davacının kendi mesleğinin gereği olarak işlerindeki mazlemenin korunması ve cephe görüntüsü için yapmış olduğu bu işlerin sökülüp götürülmesi olanağı da bulunduğuna göre bedeli davalı kiralayandan istenemez" (23).

H) Kiracının Kiralananda Yaptığı Faydalı Giderler Karşılığı Sözleşme Hükümlerine Göre Belirlenir

Örneğin sözleşmede, lokanta olarak kiralanan yere yapılacak ekler ve onarımlarla kiralayanın (mal sahibinin) bir ilgisi olmayacaktır ya da "kiracının bu tadilat için herhangi bir masraf yapsa dahi, kiralananı boşaltsın boşaltmasın herhangi bir masraf talebinde bulunmayacağı" şeklinde bir hüküm bulunması halinde kiracının, kiralanda yaptığı faydalı giderler için tazminat isteyemeyeceğine karar verilmiştir (23a).

6) HÂSILAT KİRASI İLE NEDENSİZ ZENGİNLEŞME ARASINDAKİ ETKİLEŞMELER

Kiracı malın telef olmasında ya da değerinin eksilmesinde kusuru olmadığını isbat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Zira o, umulmayan halden dahi sorumludur. Ne var ki BK. 293/II'ye göre "kiracı noksan eşyanın kirala-

(20) 4. HD., 19.12.1969; 10806/10506.

(21) 4. HD., 25.4.1966; 5285/4909.

(22) HGK., 17.12.1958; 66/57.

(23) 13. HD., 14.2.1983; 8405/841.

(23a) HGK., 14.11.1990; 374/575.

yanın kusuru ile yahut mücbir bir kuvvetin tesiri ile telef olduğunu isbat ederse tazminborcu, sâkit olur". Bu durum karşısında kiracının kaza ve kendi kusuru nedeniyle kaybolan eşyanın yerine yenisini koymaya zorunludur sonucuna varılabilir. Fakat mücbir sebep ile mücbir kuvvet arasındaki farka dikkat edilmelidir. Kiracı kaybolan eşyanın nedeninin mücbir kuvvet olduğunu iddia ve isbat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Mücbir kuvvetten amaç, en dikkatli ve özenli bir kimsenin bile ona karşı hiç bir önlem alamayacağı beklenmeyen bir olaydır. Şimdi kiranın sonunda kiracı tarafından teslimalınan değerleri saptanmış olan eşya nevi ve değerinde şeyler geri vermeye zorunludur. Bu hüküm harfiyen tatbik etmemek gerekir. Bir şeyin fiyatı, kiranın başlangıcı ile sonu arasındaki fasılda düşmüş ise kiracı bundan sorumlu olamaz. Öyle ise bir şey on milyon değerinde iken artık beş milyondan fazla etmiyorsa kiracı değer noksanını tazmin ile yükümlü tutulamaz. Kiracı aynı nevi ve nitelikte eşya geri vermekle sorumluluktan kurtulur (24). Öte yandan geri verme zamanında, vaktiyle tutulan deftere göre bir değer artışı meydana gelmişse, kiracı, ancak bu fazla değer kendi masrafları ve emeği sonucunda ortaya çıkmışsa onun tazminini isteyebilir: "Kiracı kendi masraflarından ve sâyinden husule gelen ziyade kıymet için tazminat talep edebilir" (BK. mad. 293/F.3). Yoksa para değerinin düşmesi ve fiyatların genel olarak artması sonucunda meydana gelen değer fazlasının tazminini istemeye hakkı yoktur. Zira o, ancak mecburiyeti olmadığı halde yaptığı masraflardan ve gösterdiği gayretlerden meydana gelen fazla değer için tazminat isteyebilir (25). Aksi takdirde yani kirala-yan (mal sahibi) kiracı zararına zenginleşmiş olur. Örneğin, kiracı bir çayır-lığın sularını mecra açarak akıtmış ve yapılması zorunlu olan esaslı bir onarım yapmış ise durum merkezdedir.

Uygulamadan örnekler

A) "Kiracı kendi masraflarından ve çalışmasından meydana gelen, çoğalan değer için, tazminat istemeye hakkı vardır. Kiracının yirmi yıldan fazla zamandan beri kirası altında bulunan kiralanan üzerinde yaptırdığı dükkân ve han için yaptığı masrafları kiralayandan isteyebilir (26).

B) "Yapılan tahkikattan ve toplanan delillerden dava konusu arazinin işlenmemiş bir şekilde davacıya kiraya verildiği ve davacının çalışarak ve masraf yaparak araziyi bahçe haline getirdiği ve boru döşeme, ev, ahır gibi tesisat yaptığı anlaşılmaktadır. Kiracı olan davacı, Borçlar Kanununun 293. maddesinin son fıkrasında gösterildiği gibi,

(24) Martin, sh. 128.

(25) Bilge, sh. 160; Tandoğan, sh. 190; Martin, sh. 127.

(26) HGK., 15.5.1957; 58/51.

KİRA HUKUKUNUN NEDENSİZ ZENGİNLEŞME VE VEKALETSİZ İŞGÖRME DAVALARI İLE İLGİLİ KİMİ SORUNLARI

masraflardan ve çalışmalarından meydana gelen ziyade kıymet için tazminat isteyebilir. Tesisat yapılmış olduğuna göre, davacı talebinde haklıdır" (27).

C) "Davacılar büyük ölçüde çıplak, taşlık ve çalılık olan kiralananı, kendi harcamaları ve emekleri ile tarla, fındıklık ve meyvalık haline getirmek, buraya evler yapmak ve dikenli tel çekmek suretiyle imar ve ihya etmelerinden meydana gelen değer artması nedeni ile talepte bulunmaktadır.

Davacıların istemlerine uygun düşen BK.nun 293. maddesinin 3. fıkrası ürün kira süresinin bitiminde, kiralayana geri verilen kiralanda "kiracı kendi masraflarından (harcamalarından) ve sâyinden (emeğinden) husule gelen ziyade kıymet (artık değer) için tazminat talep edebilir" hükmünü içermektedir.

Bu hükme göre kiracı, kiralananı zorunlu olduğu özenle işletmesinden doğmuş değer fazlasının ödetilmesini değil, fakat yükümlü olmadığı halde kendi giderlerinin, hizmeti ve çalışmasının sonucu sayılan kiralananın artmış değerinin karşılığını isteyebilir. Tazminat için öngörülen eksilen nesnelere yerine konulandan, bunların onarımından, genel bir fiyat artışından dolayı olanlar olmayıp, kiracının belirtilenlerin sınırını aşan kendi harcaması ve çalışması ile kiralananı yaptıkları eklemeler neticesinde oluşan artık değerdir. Ürün kirasının sona erdiği tarihte geçerli olan fiyatlara göre tayin ve tesbit olunması gereken bu fazlalığın karşılığı parayı kiralayanın kiracıya ödemesi gerekir. Aksi takdirde kiralayanın malvarlığı kiracı zararına zenginleşmiş olur.

Mahkemece yapılacak iş; iddia ve savunma dairesinde soruşturma yapılmalı, önce yerinde yapılacak keşifte tarafların şahitleri dinlenmeli, bunların bilgileri ve kiralanda göstermeleri ile murislerin ve davacıların yeniden dikip yetiştirdikleri fındık ve meyve ağaçları, hamdan tarla haline getirdikleri bölüm, kendilerinin yaptıkları ev ve çektikleri tel örgü tesbit edilmelidir. Bu husus bitirildikten sonra bilirkişi kuruluna inceleme yaptırılıp kira sözleşmesinin sona erdiği tarih itibarıyla kiralananın evvelki murislerinin ve davacıların kendi harcamaları ve emekleri sonucu olan ilâveler de gözönünde bulundurularak şimdiki durumlarının değerini gösterir gerekçeli rapor alınarak, aradaki farka hükmedilmelidir" (28).

Defterde gösterilip de telef olan şeylerin yerine yenisinin konulması defterdeki değerden daha pahalıya mal oluyorsa, hasar kiracıya ait olduğu takdirde o, bu pahalı değeri tazmin etmelidir; ancak aşırı derecede fiyat artması halinde hâkim iyiniyet kurallarına göre bu tazminat miktarını indirebilir. Buna karşılık, malların fiyatı düşmüşse kiracının telef olan eski malın yerine ucaza aldığı yenisini koymak olanağı vardır.

(28) 13. HD., 3.11.1984; 6715/6902.

(27) 6. HD., 16.4.1968; 105/2017.

7) KİRACIYA ZİRAAT GİDERLERİ İÇİN VERİLMESİ GEREKEN TAZMİNAT

BK.nun 294. maddesi şu hükmü içermektedir: "Zirai bir gayrimenkulün kiracısı akdin feshi zamanında henüz devşirilmemiş semereler üzerinde bir hak iddia edemez.

Şu kadar ki kiracı ziraat masrafını hâkimin tayin ettiği miktarda alarak kiralayana tazmin ettirebilir ve bu tazminat işlemekte olan kiralara mahsup edilir".

Hâsılat kirasının konusu zirai bir işletme ise, sözleşmenin sonunda henüz toplanmış semereler üzerinde kiracının artık hakkı olamaz. Yalnız kiracı, hasılât toplamak amacıyla yaptığı ziraat masrafını kiralayana tazmin ettirebilir ve bu tazminat, işlemekte olan kira bedeli ile mahsup olunur. Buna karşılık kiracı düzenli bir işletmenin gerektirdiği oranda son yılın samanlarını, hayvan yataklarını, kuru ot ve gübrelerini kiralanda bırakmaya zorunludur.

Yukarıda sözü edilen hüküm hâsılat kirasının son bulunduğu bütün hallerde uygulanabilir (29). Örneğin, sözleşme kiracının temerrüdü veya iflası dolayısıyla sona ermişse durum yine değişmez. Hatta sona ermenin mutlaka temerrüd veya önemli nedenler dolayısıyla fesihte olduğu gibi sözleşmenin normal süresinin bitiminden önce olmasına da gerek yoktur. Sözleşmenin normal süresi sonunda henüz devşirilmemiş semereler varsa yine bu hüküm uygulanır.

Örnek: "Kira sözleşmesi süresinin sona ermesi dolayısıyla kiralanan yer, icraen tahliye edilmiş olmasına göre, kiracının BK.nun 294. maddesi gereğince, sözleşmenin feshi zamanında henüz devşirilememiş semereler üzerinde bir hakkı mevcut olmayıp ancak ziraat masraflarını isteyebilir" (30).

Toplanmış olan semereler kiracının mülkiyetine geçmiş olacağından dolayı bunlar hakkında BK. 294 uygulanamaz (31). Diğer taraftan, mal sahibinin bir alacaklısı kiranın devamı esnasında henüz toplanmamış ürüne haciz koydurduğu takdirde, kiracı toplanma zamanında sözleşme devam ediyorsa, bu hacze karşı istihkak iddiasında bulunabilir (32). Bir tarla kuru olarak âdi kiraya verilmiş ise BK.nun 294. maddesi uygulanamaz, aksi tak-

(29) Martin, sh. 128.

(30) 4. HD., 31.10.1949; 5872/5618.

(31) Tandoğan, sh. 192.

(32) HGK., 12.1.1966; 76/4.

dirde yani –kuru bir tarla da olsa eğer hâsılat kirasına verilmiş ise– sözü edilen maddenin uygulanmasında duraksamamak gerekir.

Örnek: "Borçlar Kanununun 294. maddesinde akdin feshi zamanında henüz devşirilmemiş semereler üzerinde kiracının bir hak iddia edemeyeceği yazılı olup bu madde-
deki tabii semereden kiralanan yerde mevcut meyve ağaçları ve çayır vesaire gibi doğru-
dan doğruya kiralanan şeyin mütemmim cüz'ünün hasılatı maksut olup kuru tarla ve ar-
saya kiracının kendi malından ekip yetiştirdiği sebze gibi mahsüllere bu maddenin şumülü
yoktur. Kiracının kira müddetinin sonunda bu sebzeleri alıp götürmeye hakkı vardır" (33).

Bu hak sadece mahsup yoluyla kullanılamaz. Zira kira bedeli peşin ödenmiş olabilir. O zaman mahsuba olanak kalmaz. Nitekim Federal Mahkeme de sebepsiz zenginleşme esaslarına dayanak semereler için yapılan masrafların karşılanması olanaklı olduğu sonucuna varmıştır. Bundan başka hâkim sözleşmenin sona ermesinde kiracının kusurlu olduğunu gözönünde tutarak bir indirim yapabilir. Kiracıya verilecek tazminat saptanırken, yalnız yaptığı masraflar değil aynı zamanda harcadığı emek de hesaba katılmalıdır (34).

Kiracı ürünün yetişmesine yarayan tarım masraflarından dolayı kirala-
yana karşı bir alacak hakkına malik olduğu cihetle, ürünün varlığı kiralananın
zamanında boşaltılmaması için kiracının lehine haklı bir sebep teşkil etmez.

Örnek: "Hâsılat kirası sözleşmesinin bitiminden itibaren kiralanda (mevcut ve fakat NY) devşirilmemiş ürünler üzerinde kiracı bir hak ileri süremez. Buna karşılık, mahsulün yetişmesine yarayan ziraat masraflarından dolayı kiralayana karşı bir alacak hakkına maliktir. Bu sebeple mahsulün varlığı, kiralananın zamanında boşaltılmaması için kiracı lehine muhik bir sebep teşkil etmez" (35).

Kiracının Tarım Giderleri Alacağına İlişkin İstemi Haksız İktisap İlkelerine Göre Çözümlemelidir. Buna İlişkin Yargıtay Kararı Aynen Aşağıya Alınmıştır.

Kararın özü: Kiracı; tarım giderleri için tazminat alacağını haksız iktisap ilkelerine dayanarak ancak işlemekte olan kira bedeline mahsup suretiyle isteyebileceği gibi, bu hakkı mahsup dışında bağımsız olarak da ileri sürebilir. Kira parası peşin alınmış ise mahsup olanağı kalmaz. Ürün giderlerinin

(33) 3. HD., 13.1.1945; 427/552.

(34) Tandoğan, sh. 192 vd.

(35) 3. HD., 20.6.1957; 4856/4173.

mahsubu yalnız ürün kira bedelinden olur. Bunun dışında hiç bir tazminat verilemez. Ürün kirası konusunun iyileştirilmesi (ıslahı) için talep hakları saklıdır. Burada kiracıya verilecek tazminat tesbit edilirken yalnız yaptığı masraflar değil harcadığı emek de hesaba katılır. Bundan başka hâkim, sözleşmenin sona ermesinde kiracının kusurlu olduğunu saptarsa bir indirme de yapabilir.

"Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda, ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün davalılar avukatınca duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine; temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı, taraflar arasındaki Eceabat Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1985/115 esas ve 1986/9 sayılı kararıyla kesinleşen muarazanın önlenmesi davasında hasılat kirasından doğan 11.920.037 TL. zirai ürün bedelinin davalıca tahsil edildiğini, bu miktar ürünün yetiştirilmesi için asgari 8.025.710.83 TL. zirai masraf yapmak zorunda kaldığını öne sürerek, BK.nun 294/2 hükmünce ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davacı kiracının devşirilmemiş ürünlerin kiralayan teslimine kadar bu ürünlerle ilgili yaptığı zirai masrafları ancak hasılat kirası akdinin sona erme tarihine kadar işlemekte olan kira miktarı oranı ile sınırlı olarak isteyebileceğini, fazlasını talebe hakkı bulunmadığını savunmuştur.

Mahkemece, hasılat kirasına konu taşınmazda devşirilmemiş semereler için davalı kiracının karşıladığı tarım giderlerinin tamamı 8.025.710.83 TL.'nin davalı kiralayandan alınmasına karar verilmiştir.

Hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1- Eceabat Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1985/115 esas ve 1986/9 karar sayılı kesinleşen hükmü ile; taraflar arasında Yenimahalle Noterliği'nce düzenlenen 16.5.1968 tarih ve 3859 yevmiye numaralı hasılat kirası sözleşmesindeki sürenin son bulmasına rağmen kiracı tarafından kiralananın teslim ve tahliye edilmemesi üzerine kiralayanlar (iş bu davada davalılar) tarafından kiracı aleyhine (bu davada davacı) açılan muarazanın önlenmesi davası sonunda aktin bitim tarihinde henüz devşirilmemiş ürünlerin kiralayanlara ait olacağı tesbit edilip ürün karşılığı 11.920.037 TL.'nin kiracıdan tahsiline karar verildiği anlaşılmaktadır.

Yargılamada taraflar arasında bu konuda uyumsuzluk bulunmadığı gibi mahkemenin kabulü de bu doğrultudadır. Uyuşmazlığın çözümlenmesi yasa koyucunun BK.nun 294/2. maddesinde güttüğü amacın yorum yoluyla tesbitinde toplanmaktadır. Öncelikle belirtilmelidir ki, kiracının tarım giderleri için tazminat alacağını haksız iktisap ilkelerine dayanarak ancak işlemekte olan kira bedeline mahsup suretiyle ileri sürebile-

KİRA HUKUKUNUN NEDENSİZ ZENGİNLEŞME VE VEKALETSİZ İŞGÖRME DAVALARI İLE İLGİLİ KİMİ SORUNLARI

ceği gibi, bu hakkı mahsup dışında bağımsız olarak da dermeyan edebilir. Gerçekten; örneğin, kira parası peşin ödenmiş bulunuyorsa mahsuba imkan kalmayacağı çok açıktır (Federal Mahkeme Kararı BGE 55 II 367 yahut sem. jud. 1930, sh. 458). O nedenle davada bu hakkın bağımsız olarak istenmesinde bir usulsüzlük görülmemiştir. BK.nun 294/2. maddesinde "şu kadar ki kiracı, tarım giderlerini hâkimin belirlediği miktarda olmak üzere, kiraya verenden tazmin ettirebilir. Bu tazminat işlemekte olan kiralara mahsup edilir" denilmektedir. İşte; yasa koyucu bu madde ile hasılat kirasının kendisine özgü niteliğini de gözönünde tutarak semerelerin üretimi için yapılmış giderlerin akdın bitim tarihine kadar olan kira bedelini aşmaması gerektiğini amaçladığı kabul edilmelidir. Diğer bir anlatımla, ürün giderlerinin mahsubu yalnız ürün kira bedelinden olur. Bunun dışında hiç bir tazminat verilemez. Hemen vurgulayalım ki, ürün kirası konusunun iyileştirilmesi (islahı) için talep hakları saklıdır. Burada kiracıya verilecek tazminat tesbit edilirken yalnız yaptığı masraflar değil harcadığı emek de hesaba katılacaktır. Bundan başka, hâkim aktin sona ermesinde kiracının kusurlu olduğunu tesbit ederse bir indirme de yapabilir (bk. Oser-Schönenberger art 30 Nr. 2; Prof. Dr. Halûk Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: 1/2, Kira ve Ödünç Verme Sözleşmeleri, Üçüncü Bası, Ankara-1985, Sh. 192-193; Dr. Herman Becker, İsviçre Borçlar Kanunu Şehri, Çeviren A. Suat Dura, 1993, Yargıtay Yayınları No: 24; Sh. 360.

Şu durum karşısında, az yukarıda açıklanan BK.nun 294/2. maddesinin özüne ve sözüne uygun amacı doğrultusunda inceleme yapılmalı, hâsıl olacak uygun sonuç çerçevesinde karar verilmelidir. Mahkemece, anılan yasa maddesinin yorumunda hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması usule ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir" (35a).

8- SAMAN VE GÜBRE GİBİ ŞEYLERİN BIRAKILMASI

BK.nun 295. maddesi: "Kiralananı iade ve teslim eden kiracı, muntazam bir işletmenin icabettiği nisbette son senenin samanlarını, hayvan yataklarını, kuru ot ve gübrelerini kiralanananda bırakmaya mecburdur.

Kiracı, aldığından fazla bırakıyorsa ziyadesi için tazminat istemeye hakkı vardır ve aldığından az bırakıyorsa eksikleri tamamlamak yahut kıymet noksanını tazmin etmekle mükelleftir".

Kiralanan şeyi geri veren ve teslim eden kiracı, düzenli bir işletmenin gerektirdiği oranda son yılın samanlarını, hayvan yataklarını, kuru ot ve gübrelerini, kiralanan yerde bırakmaya zorunludur. Kiracı, aldığından fazla bırakıyorsa fazlası için tazminat istemeye hakkı vardır. Ve aldığından az bırakıyorsa eksikleri tamamlamak yahut değer noksanını tazmin etmekle

yükümlüdür (36). Bu zorunluluk, bırakılacak şeylerin mahiyetinden de anlaşılacağı üzere, tarımsal taşınmazların hâsılat kirasında sözkonusu olabilir. Bırakılacak şeylerin mülkiyetinin kiracıya ait olmasına rağmen ona bırakma mükellefiyetinin yüklenmesi onun kiralananı hâsılat elverişli halde bulundurma mükellefiyetinin (BK. mad. 278/1) bir sonucudur (37).

Bırakılacak miktar tayin edilirken, sözleşmenin sona erdiği mevsimin ne olduğu, gübrelemenin henüz yapılıp yapılmadığı gibi hususlar gözönünde tutulmalıdır. Fakat kiracının yoğun tarım yapması dolayısıyla dışarıdan satın aldığı gübre hesaba katılmamalıdır. Bundan başka, kiracının iflâsı üzerine sözleşme sona ermişse, kiralayanın BK. mad. 295'te sözü geçen şeylerin bırakılmasına ilişkin nakkı sadece bir alacak hakkı olmakla birlikte bunların işletme ile olan amaç bağılılığı nedeniyle aynen bırakılması istenebilir; yani kiracının bırakma borcu İİK. mad. 198/1'e rağmen para borcuna çevrilmelidir (38).

—oOo—

(36) Martin, sh. 129.

(37) Tandoğan, sh. 193.

(38) Tandoğan, sh. 193. Bu konularda özlü bilgi için bkz. Dr. H. Becker, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Çev. Suat Dura, Yargıtay Yayını, Ank. 1993, sh. 360 vd.

TÜKETİCİ KREDİLERİ

Levent YAVUZ (*)

• **ANLATIM DÜZENİ** : 1- Giriş. 2- Açıklama. 3- 87/102 Sayılı Avrupa Birliği Konseyi Direktifi. A- Gerekçe. B- Maddeler Hakkında Açıklama. 4- 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Yasa. 5- 87/102 Sayılı Direktif İle 4077 Sayılı Yasanın Karşılaştırılması. A- Tüketici Kredisinin Banka Kredi Sözleşmeleri İçindeki Yeri. B- Tüketici Kredisi Koşullarının Değiştirilmesi. 6- **S o n u ç.**

1- GİRİŞ

Dünyadaki gelişmelere koşut olarak günümüz Türkiye'sinde de insan hakları, çevre ve tüketici hukuku alanlarında son derece hızlı ve olumlu ilerlemeler olmaktadır.

İnsan hakları, başta yargı, üniversitelerimiz ve duyarlı sivil örgütler olmak üzere, siyasal iktidarlar ve toplumun tüm katmanlarınca tartışılan, araştırılan ve uyulması konusunda titizlik gösterilen bir konudur. Son zamanlarda yoğun bir şekilde yaşanan hava kirliliği, su havzalarının azalması, sulak alanların kurutulması ve buna bağlı olarak doğal yaşamın zarar görmesi gibi saymakla bitmeyecek olumsuzluklar da çevrenin öneminin daha iyi anlaşılmasına neden olmuştur. Bu alanda da gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde yasal ve teknik düzenlemeler yoluna gidilmeye başlanmıştır. Aynı şekilde, hızla gelişen teknolojinin sağladığı sayısız olanakların yanında, karmaşık hale gelen ekonomik ilişkiler ve sınır ötesi ticaretin getirdiği bazı fayda/zararlar nedeniyle; ekonomik faaliyetlerin nihai hedefi olan tüketicilerin korunmasını amaçlayan "tüketici hukuku" ortaya çıkmıştır. Böylece yukarıda özetlenmeye çalışılan hukuk konuları, çağımız toplumları ve hukukçuları için önemli uğraş alanlarını oluşturmaktadır. Yazımızın konusu tüketici hukukunun bir bölümü olan "tüketici kredisi"dir. Tüketici haklarının temelinde insana ve çevreye saygı yatmaktadır. Bu nedenle, tüketici hukuku ile bu konuların birbiriyle olan bağlantısı vurgulanmak istenmiştir. İnsana saygının olmadığı yerde, insan hakları ve demokratik hukuk devletinden söz edilemez.

(*) Ankara Hâkimi.

2- AÇIKLAMA

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 10. maddesinde tüketici kredileri düzenlenmiştir. Maddenin özellikle son fıkrasındaki "banka ve finans kurumlarının krediyi belirli bir malın alınması ya da belli bir satıcı ile hukuki işlem yapılması koşuluyla vermesi halinde, satılan malın ayıbından dolayı tüketiciye karşı satıcı ile ortaklaşa ve zincirleme sorumludur" hükmüne bazı kredi kurumlarınca bu koşullar altında kredi verilemeyeceğine ilişkin eleştiriler getirilmektedir. Öncelikle Avrupa Birliği tarafından kabul edilen "22 Aralık 1986 tarihli Tüketici Kredilerine İlişkin Olarak Üye Ülkelerin Kanun, Tüzük ve İdari Düzenlemelerinin Uyumlaştırılması Hakkındaki 87/102 sayılı Konsey Direktifi"nin (1) incelemesi yapıldıktan sonra, Direktif ile 4077 sayılı Yasanın 10. maddesinin karşılaştırılması yapılmaya ve mali kurumlarca yöneltilen eleştiriler incelenmeye çalışılacaktır.

3- 87/102 SAYILI AVRUPA BİRLİĞİ KONSEYİ DİREKTİFİ (2)

A- Gerekçe : Avrupa Birliğine üye ülkeler tüketici kredilerine ilişkin olarak birbirinden çok farklı yasal düzenlemelere sahip bulunmaktadırlar. Bu da iç pazarda rekabet sapmalarına yolaçabilecektir.

Tüketicinin aldığı kredinin koşulları ile maliyeti ve yükümleri hakkında yeterli bilgilere sahip olması gerekir. Kredinin koşullarından önemli birisi kredinin maliyetidir. Bu nedenle, kredinin maliyetini içeren unsurların (faiz, komisyon vb.) ve hesaplama biçiminin bilinmesi gerekir.

Tüketici ile yapılacak kredi sözleşmesinin yazılı olması ve asgari bazı unsurları kapsaması tüketicinin daha iyi korunmasını sağlayacaktır. Ayrıca erken ödeme halinde tüketicinin bazı indirimlerden yararlanması da hakkaniyete uygun olacaktır (3).

Tüketicilerin mal ve hizmetleri, bunları arzedenden belli bir kişiden almalarını sağlamak üzere, kredi veren ile mal ve hizmet arzedenden arasında, kredinin özellikle o arzedenden kişinin müşterilerine açılmasını öngören bir ön-anlaş-

-
- (1) Council Directive of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit (87/102/EEC). OJ No L 42/48, 12.2.87, p. 259-263.
 - (2) Direktif metni ve geniş bilgi için bkz. Kumrulu A.G., Avrupa Topluluklarının Bankacılık Sektörünü ve Serbest Dolaşımını İlgilendiren Mevzuatı, Ankara 1988, s. 169-178.
 - (3) Karacan A. İ., Avrupa Topluluğunda Tüketici Kredisi Konusundaki Düzenlemeler, Dünya Dergisi 11.

manın yapılmış olması halinde; tüketicinin normal akdi hakları yanında, kredi veren karşısında ek koruyucu haklara da sahip olması gerekmektedir.

B- Maddeler Hakkında Açıklama : Direktifin kredi sözleşmelerine uygulanacağı 1. maddesinde açıklanmıştır. Yine maddede "tüketici", "kredi veren", "kredi sözleşmesi", "kredinin tüketiciye toplam maliyeti" ve "yıllık masraf ve komisyon oranı" tanımlanmıştır. Direktif'e göre kredi sözleşmesi; kredi verenin bir tüketiciye ertelenmiş ödeme, faiz amaçlı para (loan) veya benzeri başka mali ikraz şeklinde kredi verdiği veya vermeyi yükümlendiği sözleşmedir.

Direktif'in uygulanmayacağı sözleşmeler 2. maddede sayılmıştır. Buna göre; taşınmaz alımı, kira, faiz veya masraf ödemeksizin verilen kredi, tüketicinin tek taksitte geri ödemeyi kabul ettiği kredi, kredi kartı hesapları hariç olmak üzere cari hesap avansı şeklinde verilen kredi sözleşmelerine Direktif uygulanmayacaktır. 4. maddeye göre kredi sözleşmesinde; yıllık maliyet oranı, bu oranın değiştirilmesi koşulları, sözleşmeye ilişkin diğer asli unsurların bulunması gereklidir.

Direktif'in 2. maddesine göre, her ne kadar cari hesap avansı kredi sözleşmesi ayrık tutulmuş ise de, 6. maddede bu tür sözleşmelerde bulunması gerekli koşullar ve yıllık faiz oranı veya bağlantılı masraflarda oluşabilecek bir değişiklikten tüketicinin haberdar edilmesi gereği de hüküm altına alınmıştır. Malların geri alınması koşulları 7. maddede, erken ödeme halinde toplam kredi maliyetinde yapılacak indirim 8. maddede düzenlenmiştir. 9. maddede kredi verenin haklarını üçüncü kişiye temlik halinde, tüketicinin asıl kredi verene yapabileceği itirazları temlik alana karşı da öne sürebileceği belirtilmiştir.

Direktif'in 11. maddesinde, kredi veren ile mal ve hizmet arzedenin sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre kredi veren ile mal ve hizmet arzeden arasında özellikle o kişinin alıcılarına tüketici kredisi verilmesi konusunda bir ön-anlaşmanın bulunması halinde; anlaşmanın kapsadığı mal veya hizmetler hiç sağlanmaz veya kısmen sağlanır ya da sözleşmeye uygun çıkmazsa, tüketici satıcıya karşı tazminat isteminde bulunup da hakkını elde edemediği takdirde; kredi verenden tazminat isteme hakkına sahiptir. Üye ülkeler bu sorumluluğun sınırlarını ve hangi koşullar altında uygulanabileceğini bizzat kararlaştıracaklardır. Bu hüküm değeri 200 ECU (Avrupa Para Birimi)'dan az olan işlemlere uygulanamaz. 12. maddeye göre kredi kurumları

resmî izne bağlıdır. Üye ülkeler şikayet, kontrol ve tüketicilere bilgi verici organları kurmakla yükümlüdürler.

4- 4077 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDAKİ YASA

9 Eylül 1995 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 4077 sayılı Yasanın 10. maddesinde tüketici kredisi düzenlenmiştir. Buna göre, tüketicilerin bir mal veya hizmet satın almak üzere banka veya finans kurumu ile yaptıkları yazılı kredi sözleşmesi tüketici kredisi olarak tanımlanmıştır. Maddeye göre, yazılı olarak bağitlanan kredi sözleşmesi şartları kredi süresi boyunca tüketici aleyhine değiştirilemez. İkinci fıkrada, sözleşme şartları ve sözleşmede bulunması zorunlu unsurlar sayılmıştır.

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Yasanın 10. maddesinin üçüncü fıkrası, erken ödeme halinde faiz ve komisyondan indirim yapılmasına ilişkindir. Tartışmalı dördüncü fıkraya göre ise, belirli bir malın alınması ya da belirli bir satıcı ile yapılacak hukuki işlem nedeniyle tüketici kredisi verilmesi durumunda, satılan malın ayıbından dolayı satıcı ile banka veya finans kurumları tüketiciye karşı ortaklaşa ve zincirleme (müştereken ve müteselsilen) sorumludurlar.

5- 87/102 SAYILI DİREKTİF İLE 4077 SAYILI YASANIN KARŞILAŞTIRILMASI

Yukarıdaki açıklamaların ışığı altında, Direktif ile 4077 sayılı Yasanın tamamen uyum içinde olduğu belirtilebilir. Gerçekten, 4077 sayılı Yasada; tüketici kredisinin tanımı, sözleşmede bulunması gerekli koşullar ve erken ödemeye ilişkin hükümler ile Direktif arasında bir aykırılık bulunmamaktadır. Sadece Direktif; kredi sözleşmesi ile sözleşmenin unsurları, hesaplama yöntemlerini ve istisnalarını ayrı ayrı tanımladığı halde, 4077 sayılı Yasada bu hususlar mahkemeye bırakılmıştır.

Ancak, 4077 sayılı Yasanın 10/1. fıkrasının son cümlesindeki; "Taraflar arasında akdedilen sözleşmede öngörülen kredi şartları, sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değiştirilemez" hükmü ile, Yasanın son fıkrasındaki kredi verenin –ayıplı maldan dolayı– satıcıyla birlikte sorumluluğuna ilişkin hüküm bakımından; Direktif ile 4077 sayılı Yasanın karşılaştırılması gerekmektedir. Zaten yazımızın başlangıcında belirttiğimiz gibi Yasaya itirazlar da bu noktalarda bulunmaktadır.

A- Tüketici Kredisinin Banka Kredi Sözleşmeleri İçindeki Yeri : 4077 sayılı Yasanın 10/1. fıkrasında geçen tüketici kredisi önceden de belirtildiği üzere bir mal veya hizmetin satın alınması için tüketiciye verilen – ödünç benzeri– para sözleşmeleridir. Süreli sözleşmelerden olması nedeniyle süre bitiminde sözleşme de sona erer. Tüketici kredisi bu haliyle diğer kredilerden farklıdır. Belirli vadeli olan bu krediler için kullandırılan krediye, taksit vadelerine göre hesaplanan faizin alınan krediye ilavesi ile bulunan tutarın vade sonuna kadar taksitlerle ödenmesi öngörülmektedir (4). Bu nedenle vadesiz cari hesap kredi sözleşmelerinden ayrı özelliklere sahiptir.

B- Tüketici Kredisi Koşullarının Değiştirilmesi Yasağı : Uygulamada banka kredileri denildiğinde, süresiz ve cari hesap şeklinde kullanılan krediler akla gelmektedir. Tüketici kredilerinin bu sınıfa girmediği az önce açıklanmıştır.

Ancak, kredi sözleşmesindeki faiz oranlarının bankalarca tek yanlı olarak değiştirilip değiştirilemeyeceği konusuna kısaca değinmekte yarar bulunmaktadır. *İsmail Doğanay'a* göre müşteri ile banka arasında düzenlenen kredi sözleşmesinde yer alan ve bankanın faiz oranını tek yanlı artırabileceğine ilişkin olan genel işlem şartı; banka tarafından bizzat "matbu" olarak düzenlenmiştir. Bu şart, ticari hayatın gerektirdiği "itimat" prensibine aykırı olduğu gibi, BK. 308. maddeye de aykırı olduğundan geçersizdir (5). Öğretide *Prof. Dr. Halûk Tandoğan* ile *İsmet Sungurbey'de* aynı görüşü paylaşmaktadırlar (6, 7). *Cengiz Kostakoğlu*, kredi sözleşmesinde saptanan akdi faiz oranının, kredi kullanım dönemi içinde banka tarafından tek taraflı olarak artırabileceğine ilişkin hükmün iradeyi ifsat edici bir neden olmadıkça kural olarak geçerli olduğunu öne sürmektedir. Ancak, bir tarafın iradesine terkedilen yetkinin MK.nun 2. maddesine uygun kullanılması gerekmektedir. Bankanın haklı görülemeyecek fahiş bir oranla faiz haddini yükseltmesine karşı kredi müşterisinin, hâkimin müdahalesini istemeye hakkı olduğu dü-

(4) Kostakoğlu, C., Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar, Ankara 1995, s. 122.

(5) Doğanay, İ., Bankalar ile Kredi Müşterileri Arasında Düzenlenen Kredi Sözleşmesi'ndeki Faiz Oranı Miktarını Bankalar Müşteriler Aleyhine Tek Taraflı Olarak Değiştirebilirler mi? Yaklaşım, Kasım 1994, s. 88-93.

(6) Tandoğan H., Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara 1977, s. 24-41.

(7) Kostakoğlu C., age., s. 62.

şüncesindedir (8). Yargıtay Ondokuzuncu Hukuk Dairesi de *Cengiz Kostakoğlu* ile aynı görüşü paylaşmaktadır (9). Direktif'te de cari hesap kredisi istisna edilmesine rağmen, 6. maddesinde bu tür kredilere uygulanacak yıllık faizin değiştirilebilme koşullarının sözleşmede açıkça belirtilmesini hüküm altına almıştır. Böylece, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde de vadesiz kredi sözleşmelerindeki faiz oranlarının değiştirilebileceği kabul edilmiş bulunmaktadır.

Tüketici kredisi sözleşmesinde ise; vade ile faiz, komisyon vb. unsurlarıda içeren toplam borç maliyetinin sözleşmenin kuruluş anında tüketiciye bildirilmesi yasal gerek olduğundan, artık burada hesaplanan faiz oranının sonradan banka tarafından tek yanlı olarak değiştirilmesi söz konusu olamaz. Buna ilişkin olarak sözleşmeye konulacak bir şart da geçersizdir. Bu bakımdan, 4077 sayılı Yasanın 10/1. fıkrasının son cümlesi yerinde ve Direktif ile de uyumlu bulunmaktadır.

C- Kredi Veren Sorumluluğu : Banka ve mali kurumlar tarafından en çok eleştirilen hüküm, 4077 sayılı Yasanın 10. maddesinin son fıkrasıdır. Bu fıkraya göre, daha önceden bankayla satıcı arasında belirli bir mal veya hizmetin satın alınması koşuluyla tüketici kredisi verilmesi hakkında bir ön-anlaşma bulunması halinde; satın alınan mal veya hizmet ayıplı çıktığı takdirde kredi veren de tüketiciye karşı satıcı ile birlikte ortaklaşa ve zincirleme sorumlu olacaktır.

Kredi veren kuruluşlar, böyle bir sorumluluk şartı altında tüketici kredisi vermenin mümkün olamayacağını ve hükmün hakkaniyete aykırı olduğunu öne sürmektedirler.

Karşılaştırma yaptığımız ve Avrupa Birliği'nce benimsenen 87/102 sayılı Direktif'in 11. maddesinde bu konu düzenlenmiştir. Direktif'in 11. maddesine göre, kredi veren ile satıcı arasında bir ön-anlaşmanın varlığı halinde; satılan malın ayıplı olması durumunda tüketici, eğer satıcıdan tazminat talebinde bulunup da hakkını elde edemediği takdirde; kredi verenden tazminat isteme hakkına sahip olacaktır. Görüldüğü gibi burada bir ortaklaşa ya da zincirleme sorumluluk söz konusu değildir. Yani, tüketiciye bir seçimlik hak tanınmamıştır. Tüketici önce satıcıdan zarar ve ziyanının giderimini isteyecek, bunun

(8) Kostakoğlu C., age., s. 62.

(9) Yargıtay 19. HD., 25.11.1994 T., E. 1994/6472, K. 1994/11467, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 21, Ocak-1995, Sayı: 1.

mümkün olmadığının anlaşılması halinde kredi vereni dava edebilecektir. Bankanın satıcı ile yaptığı ön-anlaşma Borçlar Hukuku bakımından adi kefalet (BK. m. 483) ile üçüncü şahsın fiilini taahhüd (BK. m. 110) benzeri bir sözleşmedir.

Ancak, ön-anlaşma her iki sözleşme tipine de tam olarak uymamakta olup bir karma sözleşme niteliğindedir. Direktif'in gerekçesinde, böyle bir sözleşme gereği mal ve hizmet satımı için kredi verilmesi halinde tüketicieye ek koruma getirildiği vurgulanmış adi kefalete benzer bir sorumluluk getirilmiştir.

Oysa, 4077 sayılı Yasanın 10/son maddesi, kredi veren kurumu tüketiciye karşı doğrudan sorumlu tutmuştur. Aynı Yasanın 4/2. maddesinin son cümlesine göre de satılan mal ayıplı çıktığı takdirde, tüketiciye karşı satıcı, bayi, acenta, imalatçı-üretici ve ithalatçı ortaklaşa ve zincirleme olarak sorumludurlar. Bu durumda koşulları olduğu takdirde, kredi veren de tıpkı satıcı, imalatçı vb. ile birlikte dava edilebilecektir.

Satıcıya karşı zayıf durumda olan tüketicinin korunması amaçlanırken, ekonomik düzenin bir parçası olan kredi kurumlarının da sistem içinde sürekliliğinin gözetilmesi gerekmektedir. Bir mal veya hizmetin üretimi veya dağıtımı işleminin hiçbir aşamasında yer almayan kredi kurumunu, kötü bir malın riski kendisi tarafından da paylaşılacağından, ön anlaşma sırasında kredi konusu mal ve hizmetin kalitesi konusunda titiz bir araştırma yapmaya zorlaması bakımından maddenin olumlu bir yenilik getirdiğinin kabulü zorunludur. Ancak, günümüzde artık mallar yığın (seri) halinde üretilmektedirler. Basiretli bir tüccar gibi davranan kredi kurumunun yığın üretimin bir aşamasında (hammadde, yedek parça veya ana malın üretimi gibi) oluşabilecek ayıbı kestirebilmesi de olanaksızdır.

Bu durumda, kredi verenin kusursuz sorumluluğu söz konusudur. Sözleşmenin niteliği gereği olan bu durum, sorumluluk hukuku ilkelerine uygundur. Fakat, tüketiciye karşı doğrudan sorumlu tutulması ise hakkaniyete uygun görülmez. Böyle bir risk ile karşılaşmak istemeyen kredi kurumu, satıcı ile ön-anlaşma yapmaktan kaçınacak ve bu da arz-talep dengesini etkileyerek sonuçta tüketicinin zarar görmesine yol açabilecektir.

6- SONUÇ

4077 sayılı Yasanın 10. maddesiyle düzenlenen tüketici kredisi sözleşmesi şartlarının, sözleşme süresi içerisinde değiştirilemeyeceğine ilişkin

hükmü ve belirli bir mal ve satıcı için kredi veren kurumların mal veya hizmetin ayıplı çıkması üzerine kusursuz sorumlu tutulması ilkesinin benimsenmesi, tüketiciyi koruyucu ve uluslararası tatbikata da uygundur.

Ancak, kredi verenin ayıbın ortaya çıkması halinde satıcı ile birlikte doğrudan ortaklaşa ve zincirleme kusursuz sorumluluğu yerine, 87/102 sayılı Direktif'te olduğu gibi, zararın satıcı tarafından giderilmesinin mümkün olmaması halinde sorumlu tutulması ekonomik hayatın gereklerine ve hakkaniyete daha uygun olurdu. Aynı zamanda, ayıptan kaynaklanan zarar nedeniyle satıcı, bayi, acenta, imalatçı-üretici ve ithalatçının ortaklaşa ve zincirleme sorumluluğu nedeniyle tüketiciye karşı doğrudan sorumlu olması gereken kimseler 4077 sayılı Yasanın 4/2. maddesinde belirtilmiş bulunmaktadır. Bu bakımdan kredi kurumlarının maddeye getirdikleri eleştiriler haklı gibi görülmektedir.

GENEL İŞLEM KOŞULLARINA KARŞI TÜKETİCİLERİN KORUNMASI

Dr. Mehmet BAHTİYAR (*)

• **ANLATIM DÜZENİ** : Giriş. I- Genel İşlem Koşulu Kavramı. A- Klasik (Bireysel) - Modern (Kitlese) Sözleşme Ayrımı. B- Genel İşlem Koşulunun Tanımı ve Özellikleri. 1- Tek Yanlı Belirlenmiş Olma. 2- Soyut Olma. 3- Genel Olma. II- Genel Koşulların Sözleşme Özgürlüğü İlkesi İle İlişkisi. A- Genel Olarak Sözleşme Özgürlüğü. B- Genel Koşulların Yararları. C- Genel Koşulların Sakıncaları ve Tüketicilerin Korunması Zorunluluğu. 1- Bazı Avrupa Ülkelerindeki Durum. 2- Türkiye'de Durum. III- Genel İşlem Koşullarının Hukuksal Niteliği. A- Objektif Normlar Görüşü. B- Sözleşme Görüşü. IV- Genel Koşulların İçeriklerinin Denetlenmesi ve Yorumu. A- Ahlaka Aykırılık Görüşü. B- Gabin Görüşü. C- Anayasal İlkeler ve Özellikle Sosyal Devlet İlkesine Dayanan Görüş. D- Objektif İyiniyete (Doğruluk ve Güven İlkesine) Dayanan Görüş ve Geliştirilen Başlıca Kurallar. 1- Açık Olmama Kuralı (Unklarheitsregel) ve Müteşebbis Aleyhine Yorum. 2- Alışılmış (Mutad) Olmama Kuralı (Ungewöhnlichkeitsregel). 3- Olayın Özelliklerinden Soyutlanmış (Bütünsel) Yorum Kuralı (Einheitliche Auslegung). S o n u ç.

GİRİŞ

Kişiler gereksinim duydukları mal ve hizmetleri sözleşmeler yoluyla başka kişi ve kuruluşlardan sağlarlar. Anayasa'nın 48. maddesi ile Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddelerinde ifade edilen sözleşme özgürlüğü ilkesi de, kişilerin hukuksal ilişkilerini diledikleri konu, kapsam ve şekilde ve diledikleri kişilerle yapabilme serbestilerini içermektedir.

Ancak bu özgürlük, güçlü firmalar ve dev şirketler karşısında ekonomik ve sosyal açıdan zayıf durumda bulunan tüketici açısından pek bir anlam taşımamaktadır. Kitlese üretim yapan kuruluşlar sözleşme koşullarını mal ve

(*) Diyarbakır Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

hizmet talep eden kişilerle birlikte saptamamakta, önceden ve tek yanlı olarak belirledikleri sözleşmeleri, tartışma ve pazarlık olanağı tanımsızın tüketicilere dayatmaktadır.

Çoğunlukla bilinçsiz, örgütsüz ve zayıf durumdaki tüketicilerin, kendilerine sunulan böyle peşin ve tek yanlı sözleşme koşulları karşısında korunması hukukun önemli uğraş konularından birini oluşturmaktadır.

Türkiye'de, kısa bir süre önce kabul edilen "Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun" ile tüketiciler yararına bazı hukuksal korunma olanakları getirilmiştir. Biz de, tüketicilerin genel işlem koşullarına karşı korunmasını genel çizgileriyle incelemeyi amaçladık. Çalışmada önce genel işlem koşulu kavramı ve sözleşme özgürlüğü ilkesiyle ilişkisi ele alınmış, özellikle TKHK. bu açıdan kısa bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Sonra da genel koşulların hukuksal niteliği, özellikle bağlayıcı ve örtülü kabul sorunları ile koşulların denetlenmesinde yararlanılan ölçütlere yer verilmiştir.

I- GENEL İŞLEM KOŞULU KAVRAMI

A- Klasik (Bireysel) – Modern (Kitlese) Sözleşme Ayrımı

Klasik (bireysel) sözleşme, felsefi bir görüş olan irade özgürlüğünün sözleşmeler hukukuna uygulanması ile doğmuştur. Başlıca iki ilkeye dayanır: Sözleşme özgürlüğü ve tarafların eşitliği (1).

İsviçre/Türk Borçlar Kanununa göre sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile oluşur (BK. mad. 1). Taraflar, iradeleri uyşuncaya kadar görüşme ve tartışma olanağına sahiptirler. İcaba davet, icap, karşı icap ve kabul gibi işlemler, bunun kanıtıdır.

Tarafların sözleşmenin her yönü üzerinde söz hakkına sahip olduğu bireysel sözleşme modeli, hep uygulanagelmıştır. Bu sözleşme çeşidinin adaleli olduğu, çünkü tarafların eşit biçimde karşı karşıya geldikleri düşüncesi, yakın dönemdeki gelişmeler karşısında etkisini yitirmeye başlamıştır.

19. yüzyıldaki sanayi devrimi sonucu oluşan nüfus artışı, şehirleşme ve göç olgusu gibi ekonomik ve sosyal gelişmeler, kitlelere yönelik üretim, hizmet ve değişimi zorunlu kılmıştır. Böyle olunca, önceleri bireysel olarak yapılan

(1) Geniş bilgi için bkz. SİRMEN, Lale, Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, sh. 446-447.

sözleşmelerin tipleştirilmesi (bir örnekleştirilmesi) ve rasyonelleştirilmesi gerekmiştir. Değişen koşullar ve gereksinimler, yeni sözleşme modellerinin (kitlesel sözleşmeler ve fiili sözleşme ilişkileri) doğumuna yolaçmış, modern sözleşme kavramına ulaşmıştır (2). Bireysel sözleşmenin dayandığı sözleşme özgürlüğü ve eşitlik ilkeleri, etkilerini önemli oranda kaybetmişlerdir (3).

Bunun sonucunda artık, sigorta şirketleri, bankalar ve seyahat acentaları gibi kitlesel hizmet ve üretim yapan kuruluşlar; önceden, soyut olarak formüller sözleşmeler hazırlamakta, gelecekte yapacakları aynı türden ve çok sayıda sözleşme için düzenledikleri metni de genel koşullarla donatmaktadırlar (4). Böylece genel işlem koşulları, formüller (standart, kitlesel) sözleşmenin içeriğini oluşturmaktadır. Önceden ve tek taraflı belirlenmiş bu çeşit sözleşmelere kitlesel (tip, standart) sözleşme denmektedir (5).

Kitlesel sözleşmelerde, hükümlerin karşılıklı saptanması, görüşme ve pazarlık sözkonusu değildir. Müteşebbis, önceden sözleşme metnini hazırlamıştır. Müşteri, kendisine sunulan bu metnin içeriğini değiştirme olanağına ve yetkisine genellikle sahip değildir. Onun yapabileceği şey, bu metni olduğu gibi kabul etmek veya sözleşme yapmaktan vazgeçmektir (6). Yani bir bakıma formüller sözleşme, iltihaki (katılınabilen) nitelikte karşımıza çıkmaktadır (7).

-
- (2) ESSER, Josef/SCHMIDT, Eike, Schuldrecht (Allgemeiner Teil), Heidelberg 1984, sh. 158-KILIÇOĞLU, Ahmet, Fiili Sözleşme İlişkileri, ABD., 1985, S. 5-6, sh. 739; AKMAN, Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması (Doktora Tezi), İstanbul 1976, sh. 86; TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul 1976, sh. 247 vd.
 - (3) AKÜNAL, Teoman, Allgemeine Geschaeftsbedingungen im Türkischen Recht, Avusturya ve Türkiye'de Tüketicilerin Korunması (I. Avusturya/Türk Hukuk Haftası), İstanbul 1985, sh. 9.
 - (4) Örneğin: Federal Almanya'da genel işlem koşullarının sigortacılık, bankacılık, turizm, uzaktan eğitim, kredicilik, otomobil ticareti ve ticari alımlar konusunda % 100 uygulamaya alanı bulduğu görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. REHBİNDER, Manfred, Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması (Çev. Teoman, Ö., İHFM., 1976, C. XLII, S. 1-4, sh. 642. Türkiye'de de özellikle bankacılık ve sigortacılık alanlarında genel koşullar çok yaygın olarak uygulanmaktadır.
 - (5) LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts (Allgemeiner Teil), München 1979, sh. 72; BÜHLER, Theodor, Standart Verträge Und Allgemeine Geschaeftsbedingungen unter Kaufleuten, insbesondere im internationale Handelsverkehr, SJZ. 1976, Heft 1, sh. 1; AKMAN, a.g.t., sh 86.
 - (6) REHBİNDER, agm., sh. 647.
 - (7) TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, sh. 155, dn. 5; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), C. I Ankara 1991, sh. 277. Ancak, genel işlem koşullarının büyük bir uygulama alanı bulduğu sigorta sözleşmelerinin iltihaki nitelikte olup olmadığı konusunda tartışmalar vardır. Bkz. BOZER, Ali; Sigorta

Sözleşmeler hukukunda bireysel sözleşme, irade özgürlüğü ve eşitlik ilkelerine dayanmakta iken, genel işlem koşulları, taraflardan birine üstünlük tanınmasıyla ortaya çıkmakta ve üstün tarafın sözleşme içeriğini önceden, dilediği gibi belirleme yetkisine dayanmaktadır.

B- Genel İşlem Koşulunun Tanımı ve Özellikleri

Genel işlem koşullarının tanımı, yasalarımızda yapılmamıştır. Ancak, mevzuatımızda bazı özel türler yönünden ve dolaylı bir biçimde bunlara değinen az sayıda hüküm vardır. Bu hükümlere örnek olarak: Ticaret Kanununun 1266. maddesi ile Sigorta Murakabe Kanununun 28 ve 49. maddeleri gösterebilir.

Yasalarımızda durum böyle olmasına karşın, Türk hukuk öğretisi konuyla ilgilenmiş ve genel koşulların hukuksal niteliği, bağlayıcılığı ve denetimi gibi sorunlara yönelik araştırmalar yapılmaya çalışılmıştır.

Öğretide yapılan tanıma göre genel işlem koşulları; bir tarafın (müteşebbisin) üçüncü kişilerle yapmayı tasarladığı aynı türden ve çok sayıda sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere önceden saptayıp, hazırladığı ve sözleşmenin kurulması sırasında diğer tarafa sunduğu, genellikle basılı (matbu) ve yazılı olan kayıtlardır (8). Bu kayıtlar, Borçlar Kanununun 149. maddesi anlamında koşul değildir.

Yazılı ve basılı olmasına karşın, kira sözleşmesinde yer alan kayıtlar, genel koşul niteliğinde değildir. Çünkü, tarafların gelecekte çok sayıda kira sözleşmesi yapma amaçları olmadığı gibi, bu kayıtlar taraflardan birisince önceden hazırlanmış değildir (9).

Genel işlem koşulları, hukukumuzda eski bir kavram değildir. Alman, İsviçre ve Avusturya hukuklarında ise çok önceden beri üzerinde durulmuş ve hakkında çok sayıda eser ortaya konmuştur. Nitekim Federal Almanya'da "Genel İşlem Koşulları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yasa" (Gesetz zur

Hukuku, Ankara 1981, sh. 29 vd.; ATABEK, Reşat, Sigorta Akdinin Yorumu, SHD., 1982, s. 2, sh. 138-140; OĞUZMAN, Kemal, Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, İstanbul 1987, sh. 17.

(8) TUNÇOMAĞ, age., sh. 247-248; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh. 155-156; EREN, age., sh. 278; POROY, Reha, Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, sh. 532.

(9) AKMAN, agt., sh. 87-88, karş. EREN, age., sh. 279'da ise matbu kira sözleşmelerinde bulunan hükümler, genel işlem koşullarına örnek olarak gösterilmektedir.

Regelung des Rechts der Allgemeine Geschaeftsbedingungen = AGBG) hazırlanarak 1 Nisan 1977 tarihinde yürürlüğe sokulmuştur.

AGBG.'nin birinci paragrafında yapılan tanıma göre genel işlem koşulları, "bir tarafın diğer tarafa sözleşmenin kuruluşu sırasında sunduğu, birçok sözleşmeler için önceden formüle edilmiş sözleşme koşullarıdır."

Genel işlem koşullarının ortak özellikleri; tek yanlı belirlenmiş olma, soyut ve genel olma biçiminde belirtilebilir (10).

1- *Tek Yanlı Belirlenmiş Olma* : Genel koşullar tek yanlı olarak belirlenmekte daha doğru bir deyişle sözleşme tartışma ve pazarlık olmaksızın yapılmaktadır. Taraflardan biri (müteşebbis), koşulları yalnızca kendi çıkarlarını gözeterek hazırlamaktadır. Ancak koşulları, mutlaka müteşebbisin belirlemiş olması zorunlu değildir. Onun bağlı olduğu mesleki birlik ya da üçüncü bir kişi (uzman, hukukçu) tarafından hazırlanmış olabilir (11).

Müşteriler, sözleşmenin içeriğini değiştirmeyi deneyemezler, genel koşulları olduğu gibi kabul edebilirler. Bu durumda genel koşullar, müteşebbisin gücüne güç katmakta, onun "sahip olduğu ekonomik gücü artıran bir araç" (12) olmaktadır. Müteşebbis, böylece bilgi yönünden avantajları ve ekonomik üstünlüğü sayesinde, yasanın tamamlayıcı hükümlerini bertaraf ederek, kendi yararına uygun düzenlemeler getirebilmektedir. Belki, büyük müşterilerle yapılan önemli sözleşmelerde, müteşebbis sözleşme içeriğinde değişikliğe yanaşabilir (13).

Bu yönden, hem sosyal devlet ilkesinin gereği olarak, hem tüketicilerin korunması açısından genel koşulların denetiminde titiz davranılması gereklidir.

(10) SOYER, M. Polat, Genel İş Koşulları, İstanbul 1987, sh. 30 vd.

(11) BROX, Hans Allgemeines Schuldrecht, München 1986, sh. 28-29; REHBENDER, agm., sh. 647. Fakat ülkemizde sigorta genel koşulları SMK. md. 28 gereğince Hazine müşteşarlığı onayına tabi olduğu için, nasıl olsa denetimde geçecek düşüncesiyle doğrudan denetim organınca hazırlanmaktadır.

(12) SOYER, age., sh. 33.

(13) LARENZ, age., sh. 72; Ancak, AGBG'nin birinci paragrafında belirtildiği gibi sözleşme koşulları taraflar arasında teker teker pazarlık konusu yapılmışsa, genel işlem koşullarından sözedilemez. Ama genel koşullar arasındaki bir hüküm taraflarca karşılıklı olarak ele alınmışsa bireysel anlaşma önceliğe sahiptir. (AGBG. pr. 4). Aynı yönde TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh. 157-158; SOYER, age., sh. 85. Sigorta sözleşmesi yönünden KENDER, Rayegan: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 1995, sh. 113; BOZER, age., sh. 136.

2- *Soyut Olma* : Genel koşulların soyutluk özelliği bunların düzenleme aşamasında zaman ve yer yönünden tamamen belirsiz bir sözleşmeye yönelik olmalarını ifade eder. Gelecekte yapılacak aynı tür sözleşmelerle ilgili ve öznel olmayan bir düzenleme sözkonusudur. Yasal niteliği olmamasına rağmen, sanki yasa gibi soyut hükümler içeren kayıtlar sözleşmede yer almaktadır (14).

3- *Genel Olma* : Sözleşmenin diğer tarafı belirli olmamalı, belirli bir kişi gözönüne alınmadan, koşullar önceden düzenlenmiş olmalıdır. Gelecekte yapılacak aynı tür sözleşmeler için, belirli bir sözleşme gözetilmeksizin fakat objektif olarak belirlenebilir bir topluluğa yönelik olarak hazırlanmış hükümler sözkonusudur (15). Yapılacak sözleşmelerin sayısı da belirsizdir. Bir kural ya da hüküm, düzenlenme aşamasında belirli, sayısı gelecekte azalıp, artmayacak bir kişiler topluluğuna yönelik ise genel değil, özel niteliktedir (16).

Soyut ve genel özellikleriyle genel işlem koşulları, kitlesel sözleşmeyi müşterinin kabulüne hazır bir biçime sokmaktadır.

II- GENEL KOŞULLARIN SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ İLE İLİŞKİSİ

A- Genel Olarak Sözleşme Özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğü, liberalizmin temel ilkesi olan irade özgürlüğüne dayanmakta ve kişilerin hukuksal ilişkilerini istedikleri gibi düzenleyebilmelelerini ifade etmektedir. Anayasa'nın 48. maddesinde "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir" denilmekte, 13. maddesinde de kamu yararı, kamu düzeni, genel ahlâk gibi birtakım genel sınırlama nedenlerinin tüm özgürlükler için geçerli olduğu ifade edilmektedir.

Borçlar Kanununun 19. maddesinde de "Bir akdin muhtevası, kanunun gösterdiği sınırlar dairesinde, serbestçe tayin olunabilir" hükmü yer almaktadır. Borçlar Kanununun 19 ve 20. maddelerinde sözleşme özgürlüğünün sınırları da gösterilmektedir. Buna göre taraflar, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ya da kişilik haklarına aykırı sözleşme yapamazlar.

(14) SOYER, age., sh. 32 vd.

(15) LARENZ, age., sh. 72; TUNÇOMAĞ, Kenan Karar İncelemeleri, BATİDER, 1964, C. II, sh. 447.

(16) SOYER, age., sh. 30 vd.

Sözleşme özgürlüğü, kişilere kendi hukukunu yaratma olanağı vermektedir. Bu ilke, çeşitli özgürlükleri ifade etmektedir: Kişinin sözleşme yapma özgürlüğü, diğer tarafı seçme özgürlüğü, sözleşmenin içeriğini (konusunu) düzenleme ve değiştirme özgürlüğü, şekil seçme özgürlüğü (17).

Genel işlem koşulları, sözleşme özgürlüğü ilkesinin kapsamını daraltmaktadır. Çünkü, taraflardan birinin ekonomik ve hukuksal avantajlardan yararlanarak, diğer tarafa kabul ettirdiği kayıtlar, bireysel anlaşmaları. arka plana itmektedir. Böylece müşterinin sözleşme özgürlüğü sınırlanmaktadır (18). Genel koşullar, özellikle sözleşmenin içeriğini belirleyebilme yönünden, kötü ve zayıf durumdaki tüketicinin sözleşme özgürlüğüne bir sınır oluşturmaktadır.

B- Genel Koşulların Yararları

Sözleşme taraflarının normal durumda karşı karşıya gelerek uzun sürede hazırlayacakları sözleşme metni ve koşulları, önceden saptanarak zaman kaybı önlenmiş olmaktadır. Böylece genel koşullar sayesinde, kitlelere yönelik sözleşmelerle ticarî yaşamın hızına uygunluk sağlanmaktadır. Sözleşmelerde standardizasyon ve rasyonalizasyon sağlanarak, içerik farklılıkları en aza indirilmiş olmaktadır (19).

Diğer yandan; yasal düzenleme boşluğu olan ya da tamamlayıcı hükümlerle düzenlenmiş bulunan konularda ortaya çıkabilecek sorunlar önlenmiş olmaktadır. Genel koşullar, tamamlayıcı yasa hükümlerini devre dışı bırakarak, Medeni Kanununun 1. maddesinin yasada hüküm bulunmayan hallerde örf ve âdet hukukuna yaptığı yollamayı kesmektedir. Böylece tamamlayıcı hükümlere, örf ve âdet kurallarına ve teamüllere duyulan güvensizlik ortadan kaldırılmaktadır. Bu güvensizlik söz konusu kuralların değişik yorumlara yolaçabilmesi ve önceden bilinmemesinden kaynaklanmaktadır.

Nitekim, taraflarca bilinen ve önceden belirli olan kuralların hukuksal ilişkiye egemen olması her iki sözleşme tarafının da yararındır. Genel ko-

(17) Geniş bilgi için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh. 362; EREN, sh. 369 vd.

(18) TUNÇOMAĞ, age., sh. 247; aynı yazar, Karar İncelemeleri, sh. 447; TANDOĞAN, Haluk, Yürürlüğe Girişinin Ellinci Yılında Türk Borçları Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, BATİDER, 1976, C. VIII., S. 4, sh. 4-5.

(19) BROX, age., sh. 31; HIRSCH, Ernst, Akitlerin Tefsiri, Ebul-ulâ Mardin'e Armağan, İstanbul 1944, sh. 156; AKMAN, agt., sh. 90.

şullar, yasalardaki eksiklik ve boşlukların giderilmesi ve doldurulması amacıyla hizmet etmektedir. Buna, genel işlem koşullarının "uzmanlaştırma işlevi" denmektedir (20). Genel koşullar, işlemlerin yürütülmesini hızlandırmakta, basitleştirmekte, ortaya çıkabilecek tehlikelerin hesaplanmasını mümkün kılmaktadır (21). Böylece hukuksal durumun, modern ekonomik ve sosyal ilişkilere uydurulması sağlanmış olmaktadır.

C- Genel Koşulların Sakıncaları ve Tüketicilerin Korunması Zorunluluğu

Sözleşme taraflarından biri (müteşebbis); önceden, psikolojik baskı altında olmadan, bütün olası durumları ve çıkarlarını gözeterek sözleşme koşullarını hazırlamaktadır. Diğer taraf (müşteri, tüketici) ise görüşme ve pazarlık olanağı bulamadan, sözleşmeyi olduğu gibi kabul etme ya da etmeme seçeneği karşısında bırakılmaktadır. Bu durum, sözleşme özgürlüğünü ve tarafların eşitliği ilkesini zedelemekte, ekonomik açıdan zaten güçlü ve üstün durumda bulunan müteşebbisin çıkarlarına üstünlük sağlamaktadır.

Diğer yandan, genel koşullar tamamlayıcı hukuk kurallarını sürekli olarak devre dışı bıraktığından, objektif hükümler yerine müteşebbisin yararına hazırlanmış subjektif hükümleri ilişkiye dahil etmektedir (22). Sözleşme özgürlüğünün, genel koşullar yoluyla müteşebbisin buyurma özgürlüğüne ve müşterinin sözleşme bağımlılığına dönüştüğü söylenmiş, yasanın tanıdığı irade özgürlüğünün tek yanlı ayrıcalık durumuna geldiği ve özgürlüğün kötüye kullanıldığı ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre; genel işlem koşulları, tecrübesiz, bilgisiz, güçsüz insanların hukuk kılıfı içinde sömürülmesi sonucunu doğurmaktadır (23).

Genel koşulların önemli sakıncası, bireysel (klasik) sözleşme modelinin etkisini azalttığından, güçlü kuruluşlara, tekel yoluyla diledikleri koşulları müşterilere kabul ettirme olanağını sağlamasıdır (24). Diğer yandan, müşterinin sözleşmenin diğer tarafını seçme özgürlüğü, sözleşmenin içeriğini

(20) EREN, age., sh. 278-279.

(21) REHBINDER, age., sh. 642; BROX, sh. 31; TEKİNALP, Ünal, Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları, Ernst Hirsch'e Armağan, Ankara 1986, sh. 125; EREN, age., sh. 245.

(22) TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh. 160.

(23) Ayrıntılı bilgi için bkz. SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, sh. 207; REHBINDER, agm., sh. 643; TEKİNALP, agm., sh. 126 ve dn. 6.

(24) TANDOĞAN, Haluk, tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması. Ankara 1977, sh. 10-11; EREN, age., sh. 279.

belirleme özgürlüğü fiilen ortadan kalktığı için pek bir anlam ifade etmemektedir. Çünkü uygulamada, aynı işi yapan kuruluşlar benzer sözleşme metinlerini kullanmakta ve genel koşullarla donatılmaktadırlar.

Sonuç olarak genel koşullar, sözleşme adaleti yönünden büyük tehlikeler doğurabilecek niteliktedir. Ekonomik açıdan güçsüz, çoğunlukla bilgisiz, tecrübesiz ve örgütlenmemiş tüketiciler, bu tür koşullarla yüklenen çok sayıda sözleşme ile karşı karşıyadır. Tüketiciler, bu koşulları anlayıp değerlendirebilecek bilgi ve güçten yoksundurlar (25). Böyle olunca, tüketicilerin genel koşullar karşısında korunması için özel bazı hukuksal düzenlemelere ihtiyaç vardır.

1- Bazı Avrupa Ülkelerindeki Durum

Avrupa Konseyi'nin 27 Şubat 1976 tarihli karar tasarısında; üye devletlere, sözleşmelerde kötüye kullanılan koşullara karşı tüketicilerin korunması amacıyla etkin bir hukuksal denetim sistemi getirmeleri önerilmiştir. Tasarı kural olarak, sözleşmedeki çıkarlar dengesini tüketicilerin zararına bozan her koşulu haksız saymıştır. Tasarının 1 nolu ekinde de, emredici hükümlerle geçersiz sayılması önerilen ve Almanya'daki Genel İşlem Koşulları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yasa'da gösterilen geçersiz koşullarla büyük benzerlik gösteren başlıca koşul türleri sayılmıştır. Bu koşullar altı ana grupta toplanmaktadır (26):

- Bir sözleşmenin kurulması, iptali ve feshi ile tarafların genel borçları ve haklarına ilişkin koşullar,
- Sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin koşullar,
- Tüketicinin başvurabileceği hukuksal yolları sınırlandıran koşullar,
- Müteşebbisin istediği garantilere ilişkin koşullar,
- Dava ya da usule ilişkin koşullar,
- Çeşitli koşullar.

Avrupa Birliği üyesi bazı ülkelerdeki yasal düzenlemelere kısaca bakmak gerekirse (27):

(25) BÜHLER, agm., sh. 2-3; HIRSCH, Akitlerin Tefsiri, sh. 10; TANDOĞAN, Tüketicilerin Korunması sh. 25.

(26) TANDOĞAN, Tüketicilerin Korunması, sh. 37-39. Ayrıca bu ana gruplara ilişkin olarak geçersiz kılınması önerilen koşullar her bir grup altında ayrıntılı gösterilmektedir.

(27) Ayrıntılı bilgi için bkz. Avrupa Topluluğu'nda Tüketiciyi Koruma Politikaları ve Türkiye'nin Uyum, (TOBB. Yayınları), Ankara 1989, sh. 52 vd.

Belçika'da dürüst olmayan sözleşme koşullarına ilişkin genel bir yasa yoktur. Yalnızca bazı sözleşmeleri düzenleyen (sigorta, ulaşım gibi) özel bir yasa yürürlüktedir.

Fransa'da 10 Ocak 1978 tarihli yasa ile kurulmuş olan komisyon dürüst olmayan ticarî faaliyetlere ilişkin olarak satıcıların kullandıkları sözleşme tiplerinin araştırılması ve dürüst olmayan sözleşme koşullarının iptali ya da yeniden düzenlenmesini önerme yetkisine sahiptir.

İtalya'da 1942 tarihli İtalyan Medeni Kanunu'nda tip sözleşmeleri düzenleyen üç madde vardır. Hollanda'da standart (tip) sözleşme koşullarına ilişkin bir yasa taslağı 1981 yılında parlamentoya sunulmuştur. Taslak, tüketiciler yönünden uygun olmayan sözleşme hükümlerini içeren iki liste öngörmektedir.

Lüksemburg'da; 25 Ağustos 1983 tarihli yasa, dürüst olmayan sözleşme hükümlerine ilişkin bir liste içermekte, tüketici zararına konan ve dürüst olmayan sözleşme koşullarının hükümsüz olduğunu düzenlemektedir.

Danimarka'da; 1917 tarihli Sözleşmeler Yasası'nı yeniden düzenleyen 1975 tarihli yasa, dürüst ticaret uygulamalarına aykırı olan sözleşmelerin kısmen ya da tamamen iptal edilebilmesini öngörmektedir (28).

İngiltere'de ve yukarıda değinildiği gibi Federal Almanya'da da özel yasalar bulunmaktadır. Yunanistan ve İspanya'da tüketiciyi korumaya yönelik özel bir yasal düzenleme mevcut değil iken İrlanda'da Tüketicilerin Bilgilendirilmesi Yasası yürürlüktedir. Ancak satış ve teslim koşullarına ilişkin özel bir yasa bulunmamaktadır.

2- Türkiye'de Durum

Türkiye'de Anayasa'nın 172. maddesinde "Devlet tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder", hükmü yer almaktadır. Türkiye, Avrupa Birliği'ne girmeye hazırlanırken tüketicilerin korunması konusunda daha titiz davranmak ve özel önlemler almak durumundadır. Ülkemizde genel koşulların denetimi, şimdiye kadar yasaların geniş yorumu ve Yargıtay'ın içtihatları sayesinde bir ölçüde mümkün olabilmektedir (29).

(28) Bkz. dn. 27; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU, ALTOP, sh. 156, dn. 6.

(29) Bkz. AKÜNAL, agm., sh. 11-15.

Tüketicilerin korunması yönünden ülkemizdeki en önemli gelişme "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un kabul edilmesidir (30). Amacımız, kanunun genel bir değerlendirmesini yapmak değildir. Bazı eksikleri ve çelişkilerine rağmen sözkonusu kanunun tüketiciler açısından oldukça yararlı düzenlemeler içerdiğini özetle belirtmeliyiz.

Çalışmamızın kapsamı yönünden TKHK'na değinmek gerekirse, kanımızca yöneltilebilecek en büyük eleştirilerden birisi, bu kanunda tüketicilerin genel işlem koşulları karşısında korunmasına hizmet edebilecek temel bir düzenlemenin bulunmamasıdır. Ayıplı mal ve hizmetler (md. 4), taksitli, kampanyalı ve kapıdan satışlar (md. 5-9) tüketici kredileri (md. 10), garanti belgesi zorunluluğu (md. 15) gibi tüketici yararına özel bazı hükümlerle koruma sağlanmış, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti (md. 22) ve Tüketici Mahkemeleri (md. 23) gibi özel kuruluşlar öngörülmüş olmasına karşın, genel işlem koşullarına karşı tüketicilere genel bir koruma sağlayan hiçbir hükme yer verilmemiştir.

Şüphesiz, genel koşullar arasında yer alan örneğin ayıplı mal ve hizmetler ile ilgili bir kayıt, kanunun ilgili hükmü çerçevesinde denetlenebilir. Fakat böyle özel düzenlemeler yanında genel koşullar yönünden de denetimi sağlayıcı tüketiciyi koruyucu, kapsamlı ve temel bir düzenlemeye de yer verilmesi yararlı, hatta gerekli idi. Kanımızca, kanun bu açıdan önemli bir eksiklik taşımaktadır.

Durum böyle olunca genel işlem koşullarının hukuksal denetimi konusunda mevcut yasal düzenlemeler ile (MK. mad. 2, TK. 766, TK. 1266/son, BK. 99/II. BK. 100/III, THKH. 4-13 gibi) öğreti ve mahkemelerce geliştirilen birtakım ilkelerden yararlanılmaya devam edilecektir (31).

III- GENEL İŞLEM KOŞULLARININ HUKUKSAL NİTELİĞİ

Genel işlem koşullarının hukuksal niteliği konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür (32). Biz burada başlıca iki görüşe değineceğiz:

(30) 4077 No'lu bu kanun metni için bkz. RG., T. 8.3.1995, S. 22221. Kanun, yayından altı ay sonra yürürlüğe girecektir.

(31) Bkz. ileride genel koşulların sözleşmesel niteliği ve denetimi.

(32) Ayrıntılı bilgi için bkz. SOYER, age., sh. 53 vd.

A- Objektif Normlar Görüşü

Bu görüşe göre; genel koşullar, herkes için bağlayıcı nitelikte olan, genel, soyut hukuk normlarıdır. Genel koşullara yasa niteliği veren bu görüş, Alman yüksek mahkemeleri tarafından 1941-1953 döneminde verilen kararlarda yer almakta idi (33). Gerekçe olarak, genel koşulların; yasa gibi, somut olaylar gözönüne alınmadan ve önceden hazırlanmış olduğu ileri sürülmekteydi. Fakat sonradan bu görüş terkedilmiştir.

Görüşe yöneltmiş olan başlıca eleştiriler şunlardır: Hukuksal normlarda, karşılıklı çıkarların adalet ve hakkaniyete uygun olarak dengelenmesi amacı vardır. Oysa genel koşullar, çıkarları dengelemek şöyle dursun, bu dengeyi müteşebbis yararına bozmaktadır. Diğer yandan, hukuksal normlar yetkili makam ve organlarca hazırlandığı halde, genel koşulları hazırlayan müteşebbis, objektif hukuk kuralları koymaya yetkili değildir. Çünkü Anayasa'da öngörülen organlar dışında hiç bir kişi ya da organ, genel ve bağlayıcı nitelikte hüküm koyma yetkisine sahip değildir (Any. mad. 6 ve 7) (34).

B- Sözleşme Görüşü

Bu görüş; genel koşulların hukuksal açıdan değersiz olduğunu, ancak sözleşme içeriğine dahil olduktan sonra değer kazanacağını ve sözleşme özgürlüğü sınırları içerisinde geçerlilik kazanacağını ifade etmektedir. Genel koşulların değersizliği demek, hukuksal açıdan yalnızca sözleşme önerisine temel oluşturan bir tasarı, taslak ya da yazılı belge olması demektir. Sözleşmenin kurulmasından önce yalnızca yol gösterici olma özelliği vardır. Genel koşulların hukuksal değer kazanabilmesi ve taraflar için bağlayıcı olması; bunların, diğer tarafın açık veya örtülü bir irade beyanıyla kabul edilerek sözleşme içeriğine dahil edilmesine bağlıdır (35). Başka bir deyişle, sözleşme kapsamına dahil edilecek genel koşullar hakkında tarafların bir "ithal veya yüklenme anlaşması" yapmaları gerekir (36). Bu açıdan genel koşulların geçerliliği sözleşmeye dayanmaktadır. Koşulları taraflardan birinin

(33) AKMAN, Sermet, Genel İşlem Şartları, Yargı, 1979, S. 35, sh. 14.

(34) Bkz. REHBINDER, agm., sh. 648; BÜHLER, agm., sh. 2; von TUHR, Andreas, (Çev., Edege, C.) Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C. 1-2, Ankara 1983, sh. 133; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh. 157; EREN, age., sh. 279, dn. 33; SOYER, age., sh. 55-58.

(35) TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh. 157; SOYER, age., sh. 69-70.

(36) EREN, age., sh. 279.

önceden hazırlanmış olması, bunların geçerliliğinin sözleşmeye bağlı tutulmasını engellemez. Çünkü, sözleşme metinlerinin mutlaka taraflarca birlikte hazırlanması zorunlu değildir (37).

Taraflardan biri (müteşebbis) ya da üçüncü bir kişi tarafından hazırlanan tip sözleşme karşısında, diğer tarafın yalnızca, "olduğu gibi kabul ya da red" seçeneği olması genel koşulların geçerliliğini etkilemez. Yeter ki, sözleşmesel nitelikte olan bu kayıtlar emredici hukuk kurallarına (BK. mad. 19 ve 20, BK. 99, TK. 766, TK. 1266/son gibi) aykırı olmasın ve iradeyi bozan nedenler bulunmasın (BK. mad. 23 vd.).

Buna karşın, tamamlayıcı hukuk kurallarına aykırı genel koşullar kararlaştırılabilir. Fakat, karşı tarafın (müşterinin) bilerek ve isteyerek, tamamlayıcı kuraldan sapan, onunla çelişen sözleşme hükmünü kabul etmiş olması gerekir. Aksi takdirde genel koşul değil tamamlayıcı kural uygulanır (38).

Uygulamada tüketiciler; genel koşullar içeren sözleşmeleri, bu koşulların anlamını bilmeden veya varlığını öğrenmeden imzalamaktadırlar (39). Bir sözleşmenin kişiyi bağlaması için, sözleşmenin içeriği (koşulları) hakkında o kişinin tam bilgi sahibi olmasına ya da sözleşme içeriğine tamamen okumuş ve anlamış olmasına kuşkusuz gerek yoktur. Sözleşme metnini imzalayan kişi, o sözleşmeyi tüm koşulları ile kabul etmiş sayılır. Ancak, tüketicilerin korunması açısından özellikle genel koşulların örtülü kabulü konusunda çok dikkatli ve titiz davranmak gerekmektedir.

Örneğin; sigorta ettirenin imzaladığı poliçenin genel koşullar içermemesi durumunda, koşulların, poliçenin arka sayfasında ya da başka bir sayfasında yer alması durumunda, bunların bağlayıcı olabilmeleri için sözleşmede, koşulların bulunduğu sayfaya atıf yapıldığını gösteren bir kaydın bulunması zorunludur (40). Aksi takdirde bu koşullar uygulanamaz. Hatta bazen genel koşulların olduğu sayfaya atıf yapılmış olsa bile bunun tek başına yeterli

(37) LARENZ, age., sh. 72; AKÜNAL, agm., sh. 9 ve 12; TUNÇOMAĞ, Karar İncelemeleri, sh. 449; KILIÇOĞLU, agm. sh. 738 ve 743; SOYER, age., sh. 69 vd.; AKMAN, GİŞ, sh. 14; aynı yazar, agt., sh. 89 vd.

(38) EREN, age., sh. 280.

(39) Genel koşulların bu şekilde kabulü durumunda buna "Genel yüklenme anlaşması"da denilmektedir (Bkz., EREN, age., sh. 280).

(40) ERTEN, Ali, Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları (Doktora Tezi) Ankara 1977, sh. 121; POROY, agm., sh. 533; TEKİNALP, agm., sh. 136.

olmayıp, sigorta ettirenin koşulların içeriği hakkında bilgi edinme olanağına sahip kılınmış olması gerektiği de ifade edilmektedir (41). Koşulların belirli büyüklükteki harflerle ve zahmetsizce okunabilecek bir biçimde basılmış olmasını öngören Ticaret Kanunu'nun 1266/son maddesi bu açıdan tüm genel koşullara uygulanabilecek temel bir kural niteliğindedir (42).

Öğretide *ERTEN*, genel koşullar arasında yer alan sorumsuzluk klozlarının imzalayanı bağlaması için, normal bir dikkat sarfedildiğinde onun gözüne ilişmesi gerektiğinden söz ederek, küçük yazılmış, özel olarak yan tarafa veya çıkıntı yapılarak sonradan el ile yazılmış koşulların sözleşmeyi imzalayan tarafı doğrudan doğruya bağlamayacağını ifade etmektedir (43).

Yargıtay Ticaret Dairesi, 12.11.1959 tarihli kararında, bir konşimentonun arka tarafındaki birçok koşul arasında bulunan yetkili mahkeme klozunu, göze çarpmayacak şekilde basılmış olduğu için geçersiz saymış ve bu karar öğretide de genel olarak taraftar bulmuştur (44).

İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında "Bir sözleşme ile ilgili olarak iş hayatında bazı genel koşullar yerleşmişse, taraflar bu koşullar üzerinde açıkça uyuşmuş olmasalar bile sözü edilen koşullar sözleşmenin tamamlayıcı kısmını oluştururlar, yeter ki, bu koşulların varlığı hakkında ilgilinin dikkati çekilmiş olsun. Bu durumda sözleşmeyi yapan kişi, genel koşulların neler olduğunu fiilen incelemiş olmasa bile bunlara bağlı sayılır" demektedir (45).

Genel koşulların sözleşmesel niteliği ile ilgili olan ve tüketiciler arasında önem taşıyan husus, ne zaman örtülü (zımni) örtülü kabulden sözedileceği sorundur. Genel koşulların örtülü olarak kabul edildiğini saptarken de titiz davranılmalı, somut olayın özelliklerine göre kabul iradesinin varlığı sonucu çıkarabiliyorsa örtülü kabulden sözedilmelidir. Müşterinin (tüketicinin), varlığını bilseydi karşı çıkacağıнын, sözleşme yapmayacağını dürüstlük kuralı çerçevesinde anlayabileceği durumlarda örtülü kabul reddedilmelidir.

(41) REHBINDER, agm., sh. 648, HIRSCH, Akitlerin Tefsiri, sh. 158; TANDOĞAN, agm., sh. 30; AKMAN, agt., sh. 32.

(42) TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh. 159 ve dn. 12; EREN, age., sh. 280.

(43) ERTEN, agt., sh. 97.

(44) Bkz. BATİDER, 1961, sh. 280; AKÜNAL, agm., sh. 13.

(45) BGE 77 II 154 = jdT 1952 I II (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, sh. 67 dn. II a'dan naklen).

Öğretide, örtülü kabulün varlığı için iki unsura gereksinim olduğu belirtilmektedir (46).

– Müşteri, genel koşulların varlığından haberdar olmalı, en azından bu olanağa sahip kılınmalıdır.

– Müteşebbisin, bu koşulları sözleşme içeriğine dahil etmek istediğini gösteren somut olgular bulunmalıdır. Başka deyişle, sözleşmenin görünüşü itibariyle, genel koşulların sözleşme kapsamına sokulduğu anlaşılabilir (47).

Nitekim Alman Hukukunda, AGBG'nin 2. paragrafına göre müteşebbis "...sözleşmenin kuruluşunda diğer tarafı açık olarak genel koşullardan haberdar ederse, veya bu, sözleşmenin kuruluş şekli nedeniyle yalnız olağanüstü güçlükler ile mümkün olabildiğinden sözleşmenin kurulduğu* yerde açıkça görülebilir ilan yoluyla bunlara atıfta bulunursa ve diğer tarafa bu koşulların içeriğini umulabilir şekilde öğrenme olanağını sağlamış ve o bunların yürürlüğüne razı olmuşsa, ancak bu halde genel işlem koşulları bir sözleşmenin ayrılmaz parçası olurlar".

TEKİNALP'e göre, örtülü kabul konusunda şüphe varsa, kural olarak bunu yok sayma yolunu seçmek ve ancak inandırıcı olgular bulunduğu takdirde kabulün gerçekleştiği sonucuna varmak çıkarlar dengesine ve hakkaniyete uygundur (48).

IV. GENEL KOŞULLARIN İÇERİKLERİNİN DENETLENMESİ VE YORUMU

Genel işlem koşullarının denetimi konusunda, bunların geçersizliğini sağlamak amacıyla değişik ölçütlerden yararlandığı görülmektedir. Bu ölçütlere ilişkin görüşler başlıca dört grupta toplanabilir:

(46) Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, agm., sh. 137-139.

(47) Sigorta genel koşullarının poliçede bulunması zorunlu olduğundan (S.M.K. mad. 28), bunların sözleşmeye dahil olduğu açıktır. Ancak koşulların poliçeye basılı şekli, yazı karakteri ve harflerin büyüklüğü yönünden, uygulamanın sigorta ettirenler açısından çok elverişli olduğu söylenemez. Aynı yönde, KENDER, age., sh. 112, dn. 19b; ayrıca bkz., ERTEN, age., sh. 121 vd.

(48) TEKİNALP, agm., sh. 140.

A– Ahlaka Aykırılık Görüşü

Genel koşulların geçersizliği, önceleri ahlâka aykırılık ölçütüne dayandırılmıştır. Alman İmparatorluk Mahkemesi, özellikle 8.1.1906 tarihli kararında ve daha sonraki kararlarında (49), piyasadaki temel durumunun ve ekonomik üstünlüğün, genel koşullar içerisinde yer alan hakkaniyete aykırı düzenlemelerle kötüye kullanılmasının ahlâki aykırılık oluşturacağı görüşüyle, bu koşulları Alman Medeni Kanunu'nun 138. paragrafı hükmüne dayanarak denetlemek istemiştir (50). Tekelin kötüye kullanılması ve sözleşme özgürlüğünün ahlâk anlayışına zarar verecek boyutlarda sınırlanması, bu hüküm yardımıyla önlemek istenmiştir. "Ahlâka aykırı hukuksal işlemler; Tefecilik" (Sittenwidriges Rechtsgeschaeft; Wucher) kenar başlığını taşıyan hükmü birinci fıkrasında ahlâka aykırı olan hukuksal işlemlerin batıl olduğu öngörülmektedir.

Borçlar Kanununun 20. maddesinde de sözleşmelerin ahlâka aykırı olamayacağı düzenlenmiştir.

Genel koşulların denetimini Alman Medeni Kanununun 138. paragrafına dayandıran bu görüş eleştirilmiştir. Ahlâka aykırılık ölçütü, bu hükmü geniş yorumuyla kullanılabilirdiği için yetersiz olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca, koşulların içeriğine değinmeden, ahlâka aykırılığı yalnızca bunların müşteriye kabul ettiriliş biçimine dayandırması ve müşterinin korunması gereğini, yalnızca tekelin kötüye kullanılmasına indirgemesi de doğru bulunmamıştır. Sonunda da, Alman ve İsviçre öğretisinde pek taraftar bulamadan, bu görüş terkedilmiştir (51).

B– Gabin Görüşü

İsviçre Hukuku'nda *Merz ve Jaeggi* tarafından savunulan bu görüşe göre, genel işlem koşullarının denetimi gabin hükümlerinden yararlanmak suretiyle yapılabilir. Gabin, bir sözleşmede tarafların karşılıklı edimleri arasında açık bir oransızlık bulunması (objektif unsur), bu oransızlığın karşı tarafın özel durumundan yararlanılarak meydana getirilmiş olması (subjektif unsur) durumunda sözkonusu olur (BK. mad. 21).

(49) RG (8.1.1906), RGZ 62, sh. 264 vd., RG (14.5.1926), RGZ 113, sh. 427 vd., RG (8.11.1926), RGZ 115, sh. 218 vd. (SOYER, age., sh. 147, dn. 122'den naklen).

(50) TEKİNALP, agm., sh. 132; TUNÇOMAĞ, Karar İncelemeleri, sh. 449; AKMAN, GİŞ, sh. 16-17; SOYER, agt., sh. 147 vd.

(51) Ayrıntılı bilgi için bkz. AKMAN, agt., sh. 95 vd.; SOYER, age., sh. 147-148.

Bu görüşe göre; genel işlem koşulları, ekonomik üstünlüğün kötüye kullanılması sayesinde tek taraflı saptanmış, böylece gabinin objektif unsuru (temel edimler arasında açık oransızlık bulunması) gerçekleşmiş olmaktadır. Müşterinin psikolojik baskı altında ve güçsüz durumda olması da "tecrübesizlik" olarak nitelendirilebilir (52). Genel koşulların denetimine ilişkin bu görüş de diğerleri gibi yargıç açısından değerli ve yararlanılabilir niteliktedir (53).

C- Anayasal İlkeler ve Özellikle Sosyal Devlet İlkesine Dayanan Görüş

Öğretide savunulan bu görüşe göre genel koşulların denetimi, anayasal ilkeler ölçüt alınarak yapılabilir. Anayasa, herkes için bağlayıcı nitelikte ilkeler ve hükümler getirdiğine göre yargıçlar da anayasal düzenlemelere uygun hareket etmek zorundadır. Yargıçlar, Anayasa'ya, yasalara, hukuksal ve vicdani kanaatlerine göre hüküm vermelidirler. Öyleyse Anayasa'da düzenlenmiş olan sosyal devlet ve eşitlik ilkeleri, yargıcın, zayıf ve güçsüz durumda olanları korumasını gerektirir. Eşitlik ve sosyal devlet ilkeleri, yalnızca kamu hukukunda uygulanmaz. BK. mad. 19 ve 20'de düzenlenmiş olan kamu düzeni ve ahlâki aykırılık kavramı çerçevesinde özel hukukta da uygulanır. Yargıç da genel koşulları, kamu düzenine ve ahlâka aykırılık gerekçesiyle geçersiz sayabilir (54).

HIRSCH, sosyal devlet ilkesinin özel hukuk kurallarını etkileyeceğini, özellikle sözleşme yapma özgürlüğünün anayasal ilkelerle sınırlı olduğunu ifade ederek bu hükümler yoluyla müşterilerin çıkarlarını ağır biçimde bozan, zarara uğratan genel koşulların yargıç tarafından geçersiz kılınması gerektiği belirtilmiştir (55).

TEKİL'de, genel koşullara uyma yükümlülüğünün yasadan değil, karşı tarafın bunları sözleşmenin zorunlu unsuru olarak müşterilere kabul ettirmesinden doğduğunu söyleyerek, sözleşme yolu ile kabul ettirilen bu koşulların BK. mad. 19 ve 20 çerçevesinde hükümsüzlüğünün her zaman ileri sürülebileceğini ifade etmektedir (56).

(52) AKMAN, agt., sh. 98; SOYER, age., sh. 151 vd.

(53) TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh. 165.

(54) SEROZAN, age., sh. 212; AKÜNAL, agm., sh. 15-16.

(55) HIRSCH, Ernst, Anayasanın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri, (I. Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler) Ankara 1972, sh. 11-12.

(56) TEKİL, Fahiman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1981, sh. 37.

D- Objektif İyiniyete (Doğruluk ve Güven İlkesine) Dayanan Görüş ve Geliştirilen Başlıca Kurallar

Alman İmparatorluk Mahkemesi, ahlâka aykırılığa ilişkin görüşünü 1941 yılından başlayarak değiştirmeye başlamış ve Alman Medeni Kanununun 138. paragrafı hükmü yanında 242. paragrafta düzenlenen doğruluk ve güven ilkesinden de yararlanmıştı. Alman Yüksek Mahkemesi, 1956 tarihinde verdiği bir kararda (57), ilk kez doğruluk ve güven ilkesine ilişkin görüşe yer vermiştir. Alman Medeni Kanununun 242. paragrafında düzenlenmiş olan doğruluk ve güven ilkesi, bir denetim ölçütü olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bu ilke, Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu ölçütün uygulanmasında, artık tekel durumuna ve kötüye kullanılıp kullanılmadığına bakılmamakta, genel koşulların hakkaniyete uygun olup olmadığına ve sözleşme taraflarının karşılıklı çıkarlarının dengelenip dengelenmediğine bakılmaktadır. Çıkarlar dengesini müşteri zararına bozan kayıtların geçersizliğine karar verilmektedir.

Alman Genel İşlem Koşulları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yasa, bu görüşten hareketle, 9. paragrafında şu hükme yer vermiştir. "Genel işlem koşullarındaki kayıtlar, karşı tarafı doğruluk ve güven hükümlerine aykırı olarak uygunsuz biçimde zarara uğratılıyorsa, geçersizdirler".

Bir kayıt, kendisinden sapılan yasal düzenlemenin esaslı temel düşüncesi ile uyuşmuyorsa ya da sözleşmenin niteliğinde ortaya çıkan esaslı hak ya da yükümlülükleri, sözleşmenin amacına ulaşmayı tehlikeye sokacak ölçüde sınırlamışsa, kuşku halinde bunun uygunsuz zarar olduğu kabul edilmelidir" (58).

İsviçre Hukuku'nda da aynı biçimde İsviçre Borçlar Kanununun bir hükümden hareketle genel koşulların objektif iyiniyete, adalet ve hakkaniyete uygun olması gerektiği sonucuna varılmıştır (OR. Art. 71/2) (59).

Türk Hukuku'nda Yargıtay, genel koşulların denetiminde doğruluk ve güven ilkesinden (MK. mad. 2) yararlanmıştı. Örneğin: 7.4.1981 tarihinde verdiği bir kararda, araç satım sözleşmesinde satıcı firmaya teslim süresini

(57) BGH, 22, sh. 90 (97) = NJW 1957, sh. 17. (Ayrıntılı bilgi ve karar için bkz. SOYER, age., sh. 148 ve dn. 135.

(58) REHBINDER, agm., sh. 650; AKMAN, GİŞ. sh. 17.

(59) AKMAN, GİŞ., sh. 17.

uzatma yetkisi tanıyan genel koşulu, davacının, tüketici aleyhine kötüye kullanıp kullanmadığının ve doğruluk ve güven ilkesine aykırı davranıp davranmadığının araştırılması gerektiğine hükmetmiştir (60).

Genel işlem koşullarının denetimi ve yorumu konusunda; bunların sözleşmesel niteliğine bağlı olarak hukuksal işlemlerin genel geçerlilik koşulları yanında, doğruluk ve güven ilkesinden hareketle geliştirilen kurallardan da yararlanılmıştır. Doğruluk ve güven ilkesinden yola çıkarak geliştirilen ve Türk Hukukunda da yararlanan kuralları şöylece sıralayabiliriz:

1- Açık Olmama Kuralı (Unklarheitsregel) ve Müteşebbis Aleyhine Yorum

Genel koşullar içerisinde yer alan bir kayıt, açık ve anlaşılır değilse, birden çok anlama geliyorsa, bunu hazırlayan müteşebbisin aleyhine yorumlanır (61). Bu yorumun yapılabilmesi için iki koşulun gerçekleşmiş olması gereklidir (62).

- Yorumu yapılacak kaydın, sözleşme taraflarından biri veya temsilcisi veya yardımcısı tarafından hazırlanmış olması gerekir. Üçüncü bir kişi tarafından hazırlanmış olmakla birlikte, sözleşme taraflarından biri bunun kullanılmasını önermişse yine durum aynıdır, öneren kişinin aleyhine yorum yapılır. Ancak, metni kaleme alan tarafın ekonomik açıdan zayıf veya güçlü taraf oluşu önem taşımaz.

- Açık olmayan hükmün yorumunda, ortaya çıkan birden fazla anlam olmalı ve bu anlamlardan biri, kaleme alanın aleyhine olmalıdır. Anlamı açık olmayan hükmün, hiç bir ciddi anlamı saptanamıyor ya da ciddi olarak tek bir anlam ortaya çıkarabiliyorsa, bu kural uygulanmaz.

Bu kural, Alman Genel İşlem Koşulları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yasanın 5. paragrafında şu şekilde ifade edilmiştir: "Genel işlem ko-

(60) 13. HD., T. 7.4.1981, E. 1981/1045, K. 1981/2514, (Yasa Hukuku Dergisi, 1981, S. 5, sh. 658-659); aynı yönde 13. HD., T. 18.1.1981, E. 6416, K. 7369 (Bu karar için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh. 162, dn. 17); AKÜNAL, agm., sh. 13-14.

(61) LARENZ, age., sh. 73; REHBINDER, egm., sh. 640; BROX, age., sh. 32; von TUHR, age., sh. 270; TEKİNALP, agm., sh. 132; EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1983, sh. 308, dn. 84; ERTEN, age., sh. 119, dn. 53.

(62) KAPLAN, İbrahim, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987, sh. 72.

şullarının yorumlanmasındaki şüphe, bunlardan yararlananın aleyhine sonuç doğurur"

2- Alışılmış (Mutad) Olmama Kuralı (Ungewöhnlichkeitsregel)

Genel koşullarda yer alan bir kayıt, alışılmış değilse, doğruluk ve güven ilkesi gereğince müşteriden bu kaydı gözönünde bulundurması beklenemez. Bu kural, AGBG'nin 3. paragrafında "Şaşırtıcı Kayıtlar" (Überraschende Klauseln) kenar başlığı altında şu şekilde ifade edilmiştir: Genel işlem koşullarında yer alan, duruma ve özellikle sözleşmenin görünüşüne göre karşı tarafın tahmin edemeyeceği (umulmadık) kadar alışılmamış olan kayıtlar sözleşmenin zorunlu parçası (içeriği) olmazlar" (63).

3- Olayın Özelliklerinden Soyutlanmış (Bütünsel) Yorum Kuralı (Einheitliche Auslegung)

Alman Hukukunda çoğunlukla benimsenen görüşe göre; önceden kaleme alınmış sözleşme hükümleri, özellikle genel koşullar, tarafların bireysel düşüncelerinden ve somut olayın özelliklerinden bağımsız olarak yorumlanmalıdır. Bu yorum sonucunda; orta düzeyde, makul bir müşterinin anlayışı, her müşteri için benimsenecek anlama temel oluşturacaktır (64).

Bu yorum kuralı İsviçre Hukukunda benimsenmemekte ve genel koşulların, her bir olayın özellikle çerçevesinde yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir (65). Şu halde genel koşullar İsviçre Hukukunda her bir sözleşme için farklı yorumlanabilecektir.

Alman Hukuku yönünden geçerli olduğu genellikle benimsenen bu yorum kuralının, İsviçre/Türk Hukuku açısından uygulanamayacağı ile sürülmektedir. Bu görüşü savunan KAPLAN'a göre; sözleşmelerin yorumunda genel yorum ilkelerinin ve somut olayın özelliklerinin gözönünde tutulması çıkarlar dengesine ve hakkaniyete uygun olur. Çünkü genel koşullar, müşteri için bireyseldir ve sözleşmenin kapsamına tarafların kabulüyle girmektedir (66).

Bizimde katıldığımız SOYER'in görüşüne göre ise; genel koşullar, belirli kişiler ve somut ilişkiler için hazırlanmış olmayıp, genel ve soyut olduğuna

(63) Bkz. KAPLAN, age., sh. 75-76; AKMAN, agt., sh. 95.

(64) KAPLAN, age., sh. 76 vd.; SOYER, age., sh. 127 vd.

(65) Ayrıntılı bilgi için bkz. SOYER, age., sh. 128-129; KAPLAN, age., sh. 76-77.

(66) KAPLAN, sh. 77-78.

göre, yorum sırasında genel koşulları hazırlayan kişinin somut olan hakkındaki düşüncelerini araştırmanın anlamı yoktur. Genel koşullara yansıyan irade, bu koşulların müstakil sözleşmelerle bağlayıcılık kazanmaları sırasında kural olarak bir değişime uğramaz, çünkü genel koşullar çoğunlukla tartışma ve pazarlık konusu yapılmaksızın sözleşmeler kurulur. Bu nedenle, genel koşulların yorumunda somut olayla ilgili özelliklerin dikkate alınmasını haklı kılabilecek bir gerekçe yoktur. Ancak bu sonuç, somut olayın özelliklerinin daima bertaraf edilmesini gerektirmez. Eğer genel koşulları hazırlayıp kullanan taraf, müşterinin özel durumunu gözönünde bulunduracağı yönünde bir görünüm yaratmışsa bu halde doğruluk ve güven ilkesi gereğince somut olayın özellikleri de dikkate alınmalıdır. Ayrıca bireysel anlaşmalar genel koşullara göre öncelikle uygulanacağından yorumda bireysel anlaşmalarla uyumlu sonuçlara ulaşmaya çalışılmalıdır (67).

SONUÇ

Modern toplum yaşamındaki gelişmeler, müteşebbisin ekonomik üstünlüğüne dayarak, önceden ve tek yanlı belirlendiği genel koşullarla donatıp, müşterilere dayattığı kitlesel sözleşmelerin doğumuna yol açmıştır.

Genel işlem koşullarının tanımı yasalarımızda yapılmamış olup, bunların ortak özellikleri soyut, genel ve tek yanlı belirlenmiş olmalarıdır. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, genel koşullar nedeniyle müşteriler yönünden oldukça sınırlanmıştır.

Tüketicilerin çoğunlukla bilgisiz ve örgütsüz olmaları, onların genel koşullara karşı da özel olarak korunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle Türkiye, gelişmiş (özellikle Avrupa Birliği üyesi) ülkelerde üzerinde titizlikle durulan tüketici hakları ve genel koşullara karşı tüketicilerin korunması yönünde daha etkin ve ciddi önlemler almak durumundadır. Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun olumlu bir adım sayılabilirse de, başlı başına yeterli değildir. Kanunun, özellikle sözleşme hükümlerinin sırf genel koşul olmaları nedeniyle denetimini kolaylaştırıcı hiç bir hüküm içermemesi, önemli bir eksiklik olarak nitelendirilmelidir.

Genel koşullar, hukuksal nitelik itibariyle "sözleşmesel"dir. Bu nedenle koşulların bağlayıcılığı, tüketicinin bunları bilerek veya bilmesi gerekerek sözleşmeye dahil etmiş olmasını gerektirir.

(67) Ayrıntılı bilgi için bkz. SOYER, age., sh. 130 vd.

Genel koşulların içeriklerinin denetimi ve yorumu konusunda öğretilerde geliştirilen ve mahkemelerce uygulanan görüşlerin herbiri, tüketicilerin korunmasında başlıbaşına bir değer ifade etmektedir.

Türk Hukukunda Yargıtay, vermiş olduğu az sayıdaki kararlarda, dürüstlük ve güven ilkesini başarıyla uygulamış ve bu kararlar öğretilerde de büyük destek görmüştür. Genel işlem koşullarının denetimi konusunda, belki Alman Hukukundaki gibi özel bir düzenleme yapılmıyorsa da en azından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna bu yönde hükümler ekleninceye dek, öğretilerden ve mahkeme uygulamalarından yararlanmaya devam etmek ve yeni kurallar geliştirmek gerekmektedir.

—oOo—

KAYNAKÇA

- AKMAN, Sermet : – Sorumsuzluk Anlaşması (Doktora Tezi) İstanbul 1976.
– Genel İşlem Şartları, Yargı 1979, S. 35, sh. 13 vd. (GİŞ).
- AKÜNAL, Teoman : Allgemeine Geschaeftsbedingungen im Türkischen Recht, I. Avusturya-Türk Hukuku Haftası, İstanbul 1983, sh. 9-17.
- ATABEK, Reşat : Sigorta Akdinin Yorumu, SHD. 1982, C. I, S. 2, sh. 125-140.
- BOZER, Ali : Sigorta Hukuku, Ankara 1981.
- BROX, Hans : Allgemeines Schuldrecht, München 1986.
- EDİS, Seyfullah : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1983.
- EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, C. 1, Ankara 1991.
- ERTEN, Ali : Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları (Doktora Tezi), Ankara 1977.
- ESSER, Josef/SCHMIDT, Eike : Schuldrecht (Allg. Teil), Heidelberg 1984.
- HIRSCH, Ernst : – Akitlerin Tefsiri, Ebul-ulâ Mardin'e Armağan, İstanbul 1944, sh. 149-229 (Tefsir).
– Anayasanın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri, 1. Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler, Ankara 1971, sh. 1-13 (Anayasanın Etkileri).

- KAPLAN, İbrahim : Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987.
- KENDER, Rayegan : Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 1995.
- KILIÇOĞLU, Ahmet : Fıllı Sözleşme İlişkileri, ABD. 1985, S. 5-6, sh. 738-752.
- LARENZ, Karl : Lehrbuch des Schuldrechts, München 1979.
- OĞUZMAN, M. Kemal : Borçlar Hukuku Dersleri, C. 1, İstanbul 1987.
- POROY, Reha : Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, sh. 513-550.
- REHBINDER, Manfred : Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması (Çev. TEO-MAN, Ö.), İHFM. 1976, C. XLII, S. 1-4, sh. 641-653.
- SEROZAN, Rona : Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975.
- SİRMEN, Lale : Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku, H. Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, sh. 441-472.
- SOYER, Polat : Genel İş Koşulları, İstanbul 1987.
- TANDOĞAN, Halûk : – Yürürlüğe Girişinin Ellinci Yılında Türk Borçlar Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, BATIDER, 1976, S. 4, sh. 1-60 (Genel Değerlendirme).
– Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara 1977 (Tüketicilerin Korunması).
- TEKİL, Fahiman : Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1981.
- TEKİNALP, Ünal : Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları, Hirsch'e Armağan, İstanbul 1986, sh. 125-159.
- TOBB (Anonim Yayın) : Avrupa Topluluğunda Tüketiciyi Koruma Politikaları ve Türkiye'nin Uyumı, Ankara 1989.
- TUNÇOMAĞ, Kenan : – Türk Borçlar Hukuku, C. 1, İstanbul 1976 (Borçlar).
– Karar İncelemeleri, BATIDER, 1964, C. 2, sh. 446-450 (Karar İncelemeleri).
- von TUHR, Andreas : Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (Çev. Edege, C.), C. 1-2, Ankara 1983.

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN UĞRADIĞI ZARARIN

SÖZLEŞMESEL SORUMLULUK KURALLARINA GÖRE TAZMİNİ

Yeşim M. ATAMER (*)

• **ANLATIM DÜZENİ** : I- Borç ilişkisinin Nisbiliği İlkesi. II- Borç ilişkisinin Nisbiliği İlkesinin Aşılması İhtiyacı. A- Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısı: Haksız Fiilden ve Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Sorumluluk. B- Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısını Aşmaya Yönelik Çabalar. C- Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısı ve Borç ilişkisinin Nisbiliği İlkesinin Aşılması İhtiyacı Arasındaki İlişki. III- Üçüncü Kişinin Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarından Yararlanabilmesinin Dogmatik Temelleri. A- Alman Hukukunda. 1- Gerçek Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Varsayımı. 2- Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme. 3- Örf ve Adet Hukuku. 4- Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Yasal Borç İlişkisi. 5- Alman Hukukunda Bugün İçin Benimsenen Yaklaşım. B- İsviçre–Türk Hukukunda. IV- Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarından Faydalanabilecek Üçüncü Kişiler Kimlerdir? V- Üçüncü Kişiyi Karşı Sorumlu Tutulabilmek İçin Borçlu Hangi Yükümlülüklerini İhlal Etmiş Olmalıdır? VI- Üçüncü Kişinin Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Dayanan Tazminat Talebi. A- Üçüncü Kişinin Korunan Hukuki Değerleri. B- Dar Anlamda Üçüncü Kişinin Zararının Tazmin Ettirilmesi Kurumundan Farkı. C- Üçüncü Kişinin Tazminat Talebinin Temel Sözleşme Hükümlerinden Etkilenmesi Sorunu. D- Birlikte Kusur. E- Zamaşımı. VII- S o n u ç .

I. Borç İlişkisinin Nisbiliği İlkesi

Bir borç ilişkisinden kaynaklanan hakların ve borçların yalnızca o ilişkinin tarafları arasında hüküm doğurması kuralı, borç ilişkisinin nisbiliği şeklinde ifade edilmektedir (1). Sözleşmeden doğsun veya doğmasın bütün borç iliş-

(*) İ.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

(1) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 15 N. 19; OĞUZMAN/ÖZ, s. 21; MERZ, s. 56; KRAMER, Allg. Einl. OR, N. 44 vd.

kileri için geçerli olan (2) bu kural temelde iki sonucu beraberinde getirir. Bir yandan borç ilişkisinden doğan dar anlamda borcun ifası yalnızca borçludan talep edilebilir ve var olan bu alacak hakkının ihlalden yalnızca borçlu sorumlu tutulabilir (3). Diğer yandan borcun ifa edilmemesinden bir üçüncü kişinin zarar görmesi halinde onun, borç ilişkisine dayanarak bir tazminat talebinde bulunması kural olarak mümkün olmaz (4).

Nisbilik ilkesinin bu iki sonucu bazı hallerde doğrudan yasakoyucu tarafından bertaraf edilmiştir. Örneğin, yasada sınırlı sayıda öngörülen şahsi haklara tapu kütüğüne şerh edilme olanağı tanınarak, bu şahsi hakkı doğuran borç ilişkisinin üçüncü şahıslara etki etmesi kabul edilmiştir (5). Şerhten sonra ilgili taşınmaz üzerinde hak iktisap eden üçüncü şahıslardan, var olan borç ilişkisinden doğan hakların yerine getirilmesi istenebilecektir (6). Bu hüküm nisbilik ilkesinin birinci etkisine bir istisna oluşturur (7). Buna karşılık BK. m. 391/III'de öngörülen hal sözleşme tarafı olmayan birine, sözleşmeye aykırılık nedeniyle uğradığı zararları bu sözleşmenin hükümlerine dayanarak tazmin ettirme hakkı tanıyarak, nisbilik ilkesinin ikinci etkisine bir istisna getirmektedir (8). Vekilin, bu konuda yetkisi olsun veya olmasın, bir alt vekil tayin ettiği hallerde, alt vekilin müvekkile ika ettiği zararı müvekkil doğrudan vekil ile alt vekil arasındaki sözleşmeye dayanarak tazmin ettirebilecektir. (9).

(2) TANDOĞAN, s. 21

(3) EREN, I, s. 62; TANDOĞAN, s. 21; TUHR/PETER, § 2 II, (s. 9); MEDICUS, s. 14. Bu konuda verilebilecek bir örnek, ünlü bir müzisyenin trafik kazasında yaralanarak aynı gün için var olan konser taahhüdünü yerine getirememesi halinde, müzisyenle sözleşme yapmış olan konser salonu sahibinin aralarındaki sözleşmenin ihlali nedeniyle kazaya kusuruyla sebep olan kişiye başvuramamasıdır.

(4) TANDOĞAN, s. 22; OĞUZMAN/ÖZ, s. 17.

(5) OĞUZMAN/ÖZ, s. 22; OĞUZMAN/SELİÇİ, Eşya Hukuku, 6. bası, İstanbul 1992, s. 231.

(6) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 23 N. 35

(7) bkz. KRAMER, Allg. Einl. OR, N. 51 ve 59; v. TUHR/PETER, § 2 II, (s. 10); MEDICUS, s. 15

(8) TANDOĞAN, s. 94.

(9) Yine aynı şekilde BK. m. 332/II, TTK. m. 806/II ve m. 1130/I hükümleri uyarınca destekten yoksun kalma tazminatının, üçüncü kişinin taraf olmadığı sözleşme hükümleri uyarınca tazmin edilmesi mümkündür. Alt kiracının, kiracı ile olan sözleşmesine aykırı davranması halinde kiralayanın taraf olmadığı bu sözleşmenin hükümlerine uyulmasını isteyebilmesine olanak tanıyan BK. m. 259/III'ün üçüncü şahsın zararının tazminini öngörüp öngörmediği konusundaki tartışma için bkz. TANDOĞAN, s. 119 vd. Ayrıca bkz. KRAMER, Allg. Einl. OR, N. 59; MERZ, s. 190, dpn. 14.

Sözleşme özgürlüğü kuralının doğal sonucu olarak, sözleşme ilişkisinin tarafları da nisbilik ilkesine bir istisna (10) getirerek üçüncü bir kişinin aralarındaki sözleşmeden bir hak kazanmasını kararlaştırabilirler. Gerçek (tam) üçüncü şahıs yararına sözleşme adını alan bu sözleşme tipinde, taraflar, aralarındaki borç ilişkisinden doğan somut bir alacak ve buna bağlı talep hakkının üçüncü kişiye ait olmasını öngörmektedirler (11).

II. BORÇ İLİŞKİSİNİN NİSBİLİĞİ İLKESİNİN AŞILMASI İHTİYACI

A. Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısı: Haksız Fiilden ve Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Sorumluluk

İsviçre–Türk hukuku, diğer birçok hukuk sisteminde olduğu gibi, sözleşmesel sorumluluğu ve haksız fiile ilişkin sorumluluğu kesin çizgilerle birbirinden ayırmıştır. Bu ayırımın teorik olmanın ötesinde önemli pratik sonuçları vardır.

Herşeyden önce sözleşmesel sorumluluk, tazmin edilmesi gereken zararlar açısından haksız fiil sorumluluğuna nazaran daha elverişlidir. Haksız fiil sorumluluğunun dört unsurundan birini oluşturan hukuka aykırılığın, ancak bir mutlak hakkın veya bir koruma normunun ihlal edilmiş olması halinde mevcut kabul edilmesi, saf malvarlığı zararlarının tazminine çok sınırlı hallerde imkan tanımaktadır (12). Oysa, sözleşmesel sorumluluğun belki birinci işlevi, bir mutlak hakkın ihlaline bağlı olmayan malvarlığı zararlarını tazmin etmektir (13). Haksız fiil sorumluluğu kişinin korunma menfaatini (Erhaltungssinteresse), yani "status quo"yu gözetmeyi hedeflerken, sözleşmesel sorumluluk aslen ifa menfaatini (Erfüllungsinteresse), yani "status ad quem"i korumaktadır (14).

(10) v. TUHR/ESCHER, § 82 I 2 (s. 237); KRAMER, Allg. Einl. OR, N. 59; MEDICUS, s. 15; KOCAYUSUFFAŞAOĞLU, s. 18 n. 26.

(11) AKYOL, s. 11; GAUCH/SCHLUEP, s. 304, N. 2564; LARENZ, Schuldrecht, s. 218.

(12) OFTINGER/STARK, s. 33 N. 94 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 475 vd. Alman hukukunda haksız fiilleri düzenleyen § 823 aynı ayırımı benimsemiştir, bu konuda bkz. ATAMER, Yeşim, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, basılmamış yüksek lisans tezi, İstanbul 1993, s. 6–33; Aksi yönde bir eğilim için bkz. v. BAR, s. 204 vd.; GAUCH, Peter/SWEET, Justin, "Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden", FS Max Keller, Zürich 1989, s. 117 vd.

(13) PICKER, JZ 1987, s. 1041

(14) SEROZAN, s. 180; aynı yazar, MHAD 1989–90, s. 27, 33.

Bu iki sorumluluk tipi arasındaki bir diğer önemli fark yardımcı şahıs veya müstahdem kullanımı açısından ortaya çıkar (15). Bir sözleşme ilişkisinin tarafı borcun ifasında bir yardımcı şahıs (ifa yardımcısı/ikame şahıs) kullanırsa, bu şahsın borca aykırı davranışlarından ötürü kusur aranmaksızın sorumlu tutulur (BK. m. 100). Yasa, bu konuda kendisine bir kurtuluş kanıtı getirme olanağı tanımamıştır (16). Oysa, emri altında çalıştırdığı müstahdemlerin bir haksız fiil işlemesi nedeniyle BK. m. 55 uyarınca sorumlu tutulan kişi kendisi aleyhine var olan sorumluluk karinesini çürütebilir (17). Diğer yandan, yardımcı şahıs kavramı müstahdem kavramına nazaran daha kapsayıcıdır; yardımcı ile borçlu arasında bir tâbiyet ilişkisi aranmadığından, borçlunun, borcun ifasını tamamen kendilerine bıraktığı ikame edilen şahıslar da bu kapsamda ele alınır (18).

Sorumluluğun bir şartı olan kusurun ispatlanması açısından da iki sorumluluk türü arasında fark mevcuttur. Haksız fiilden dolayı sorumlu tutulabilmek için failin kusurunun, zarar gören tarafından ispatlanması gerekirken (BK. m. 41/I), borca aykırılıkta ispat külfeti yer değiştirmiştir; borçlunun sorumluluktan kurtulabilmek için kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir (BK. m. 96) (19). Bunun yanı sıra tazminat davasının tâbi olduğu zamanaşımı açısından da akdi sorumluluk kuralları daha elverişlidir. Zira, haksız fiil sorumluluğunda zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde tazminat davası açılmak gerekirken (BK. m. 60/I), borca aykırılık halinde bu süre kural olarak on yıldır (BK. m. 125). Haksız fiil tazminat davası açısından bir yıllık süre ancak, fiilin aynı zamanda bir suç oluşturması halinde uzayabilir (BK. m. 60/II).

B. Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısını Aşmaya Yönelik Çabalar

Yukarıdaki açıklamalar göstermektedir ki, bir haksız fiilden zarar gören, sözleşmeye aykırılık halinde, zarar gören kişiye nazaran büyük ölçüde daha

(15) Alman hukukunda yardımcı şahıs için sorumluluğu düzenleyen § 278 ile müstahdem için sorumluluğu düzenleyen § 831 aynı farklılığı göstermektedir. Bu konuda bkz. MEDICUS, s. 152; v. BAR, s. 240 vd.

(16) Bu konuda bkz. SEROZAN, s. 173 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 346 vd.

(17) OĞUZMAN/ÖZ, s. 571 vd.; karşı. HATEMİ, s. 79 vd.

(18) SEROZAN, s. 177 N. 6-7; OĞUZMAN/ÖZ, s. 346; CANARIS, FS Larenz, , s. 27, 87.

(19) EREN, III, s. 228 vd., 318; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 982; v. TUHR/ESCHER, § 68 V (s. 108); Alman hukuku için bkz. v. BAR, s. 296 vd.

elverişsiz bir konumdadır. Nitekim, bu gerçeğin mahkemeler ve hukuk öğretisi tarafından algılanması, sözleşmesel sorumluluğun sınırlarını haksız fiil sorumluluğu aleyhine genişletme yönünde bir gelişmeyi beraberinde getirmiştir (20).

Bu gelişmede, Almanya'da *Heinrich Stoll* tarafından ortaya atılan (21) edim yükümlülükleri/koruma yükümlülükleri ayırımı bir dönüm noktası oluşturmaktadır. Bir sözleşme ilişkisinin, tarafların ifa menfaati (*Erfüllungsinteresse*) dışında, onların korunma menfaatini (*Erhaltungsinteresse* = bütünlük menfaati / *Integritätsinteresse*) de gözetmesi gerektiği düşüncesi bu ayırımın temelinde yatmaktadır. Tarafların, aralarındaki özel ilişki nedeniyle birbirlerinin kişi ve malvarlığı üzerinde etkili olma imkanını kazanmış olmaları ve bu nedenle aralarında bir güven ilişkisinin kurulmuş olması bu bütünlük menfaatinin de korunmasını gerektirir (22). *Stoll*'ün v. *Tuhr*'dan naklettiği bir örnekle somutlaştırılacak olursa; bir eve tamirat yapmak üzere gelen usta, evde birşeyi çalarsa v. *Tuhr*'a göre usta sözleşmeye aykırılık kurallarına göre sorumlu olmaz. Oysa *Stoll* bunu eleştirerek, çalma eyleminin ancak kurulan bu özel ilişki nedeniyle gerçekleştirilebildiğini ve bu nedenle ustanın sözleşmeye aykırılık sonucu sorumlu tutulmasını savunmaktadır (23). Böylelikle aslen haksız fiil hukuku alanında yer alması gereken çeşitli olgular sözleşme hukuku alanına dahil edilebilmiştir (24).

Bu sürece paralel olarak sözleşmesel sorumluluğun, sözleşmenin kurulmasından önceki aşamaya da kaydırılması çabası gözlemlenebilmektedir. Henüz 1861 yılında, *Jhering*, bu düşüncüyü çok sınırlı bazı hukuki olgulara uygulamıştır (25). Buna göre sözleşmenin kurulmasında kusuruyla hataya düşenin iptal sonrası sorumluluğu, yetkisiz temsilcinin sorumluluğu ve var

(20) OĞUZMAN/ÖZ, s. 36 vd. ve s. 362; AKÜNAL, YD 1975, s. 222, 224 vd. Bu gelişmelere büyük ölçüde Alman öğretisinin öncülük etmiş olması nedeniyle, açıklamalarda ağırlık bu öğretinin yansıtılmasına verilmiştir.

(21) Karş. STOLL, Heinrich, *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, 1936.

(22) STOLL, Heinrich, "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung" AcP 136 (1932), s. 256, 298; MünchKomm/KRAMER, Einl. N. 72.

(23) STOLL, AcP 136 (1932), s. 256, 300 dph. 91. Bu konuda bkz. KUTLU-SUNGURBEY, s. 106 vd.

(24) SEROZAN, s. 153 N. 1; aynı yazar, MHAD 1989-90, s. 27, 35; ESSER/SCHMIDT, s. 449.

(25) v. JHERING, Rudolph, "Culpa in Contrahendo", *JherJb* Bd. 4 (1861), s. 1-112 (aktaran Larenz, *Schuldrecht*, s. 105, ayrıca karş. s. 107; PALANDT/HEINRICH, § 276, N. 67; ULUSAN, s. 275, 285).

olmayan bir malı satanın sorumluluğu (imkansızlık) açısından sözleşmesel sorumluluk hükümleri uygulanabilecektir (26). Nitekim bu düşünce zamanında o kadar çabuk kabul görmüştür ki, bu hallerin hepsi BGB'de somut bir hükme bağlanmıştır (BGB §§ 122, 179 ve 307) (27). Ancak bu gelişmeye asıl ivmeyi veren Alman Mahkeme kararları yine haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk kuralları arasındaki farklılığı aşma çabası içinde olanlardır (28). Henüz sözleşme görüşmeleri aşamasında, hatta sadece iş hayatına ilişkin bir temaslara taraflar arasında bir güven ortamının doğduğu ve bunun sonucunda birbirlerine karşı bir koruma ve özen gösterme yükümlülüğü altına girdikleri kabul edilerek, örneğin girdiği bir süpermarkette henüz hiçbir alışveriş yapmamışken bir salata yaprağına basıp düşen kişiyi sözleşmesel sorumluluk kuralları çerçevesinde korumak mümkün olmuştur (29).

Sözleşmesel sorumluluk alanını genişleten bir diğer uygulama da, sözleşmenin sona ermesinden sonraki aşamada gerçekleşen bazı zararları, sözleşme ilişkisinin doğurduğu güvenin ihlal edilmesine dayanmaları halinde, borca aykırılık hükümlerine tâbi tutmaktır (culpa post pactum perfectum) (30).

Koruma yükümlülüklerine ilişkin bu öğretiyi *Larenz* tarafından ortaya atılan "edim yükümlülüklerinden bağımsız yasal borç ilişkisi" kuramıyla yeni bir temele kavuşmuştur (31). *Larenz* tarafından bu düşünce geliştirilirken özellikle culpa in contrahendo'dan doğan sorumluluk halleri gözönünde tutulmuştur

(26) bkz. EMMERICH, s. 36–37. İsviçre–Türk hukuklarında yetkisiz temsilcinin sorumluluğu Bk. m. 39'da, sözleşmenin kurulmasında kusuruyla hataya düşenin sorumluluğu da BK. m. 26'da düzenlenmiştir.

(27) Açıkça sözleşme görüşmelerindeki yükümlülüklerin ihlalinden bahseden bir madde şu ana kadar sadece Alman Genel İşlem Koşulları yasasında yer almaktadır (AGBG § 11/7). Ancak 1984 yılında Alman Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan Borçlar Hukuku Komisyonu'nun 1992 yılında yayınladığı reform tasarısında BGB § 241'e ikinci bir fıkraya eklenmesi öngörülmüştür: "Borç ilişkisi, içeriği ve doğası gereği tarafları, diğer tarafın haklarına ve hukuki değerlerine özel bir özen gösterme yükümlülüğü altına sokabilir. Borç ilişkisinin yalnızca bundan ibaret olması mümkündür." Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, bkz. MünchKomm/KRAMER, Einl. N. 103 vd.

(28) RGZ 78, 239; EMMERICH, s. 37; LARENZ, Schuldrecht, s. 121; ayrıca bkz. SEROZAN, s. 158 N. 1.

(29) BGHZ 66, 51.

(30) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 13 N. 14; OĞUZMAN/ÖZ, s. 37; SEROZAN, s. 162 N. 5; aynı yazar, MHAD 1989–90, s. 27, 41.

(31) MünchKomm/KRAMER, Einl. N. 73.

(32). Zira ileride kurulması düşünülen sözleşmeye yönelik olarak bir sosyal temas var olmasına rağmen bazı hallerde sözleşme hiç kurulmuyordu. Dolayısıyla bu aşamada buna rağmen bir sözleşmesel sorumluluk kabul edebilmek için başka bir dayanağa ihtiyaç vardı. İşte bu dayanak dürüstlük ilkesi (BGB § 242, MK. m. 2) olmuş ve yargıçların hukuk yaratma işlevinin bir sonucu olarak (33), sözleşme öncesi aşamada taraflar arasında edim yükümlülüklerinden bağımsız bir yasal borç ilişkisinin kurulduğu kabul edilmiştir (34). Bu aşamada kusurlu davranışlarla sebep olunan zarardan dolayı tarafların yasadan kaynaklanan ve edim yükümlülüğünden bağımsız bir tazminat yükümlülüğü vardır.

İşte, aynı soruna farklı açılardan yaklaşarak birbirinin yanı sıra gelişen bu hukuksal çözümlerin ortak bir yanının olup olmadığı sorusunu ilk defa *Canaris* sormuş ve edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi kuramını sözleşme görüşmeleri safhasının dışına taşımıştır. *Canaris*, yalnızca hiç kurulmamış sözleşmelerde değil, kurulmuş fakat sonradan iptal olunmuş veya batıl sayılmış sözleşmeler açısından da koruma yükümlülüklerinin ihlalinin mümkün olduğunu ortaya koyarak *Larenz*'in düşüncesini genelleştirmiştir (35). Bu kurama göre, özellikle sözleşmede kararlaştırılmamış olan bütün koruma yükümlülüklerinin kaynağı, BGB § 242'den doğan tek bir borç ilişkisidir ve bu ilişki işlemsel temasla başlayarak farklı basamaklarda – sözleşme görüşmelerinin başlaması, sözleşmenin kurulması, ifa aşaması– yoğunlaşmaktadır. Bu yeknesak borç ilişkisi tarafların iradelerinden bağımsız olarak yasa gereği doğmakta ve karşılıklı güvenin korunması düşüncesine cevap vermektedir (36).

(32) Karş. *CANARIS*, JZ 1965, s. 475 vd.

(33) *LARENZ*, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1983. s. 296 vd.; aynı yazar, *Schuldrecht*, s. 108.

(34) *LARENZ*, *Schuldrecht*, s. 106; *EMMERICH*, s. 37; *MünchKomm/KRAMER*, *Einl. N. 73*; *Culpa in contrahendo*'nun kaynağını MK. m. 2'de bulduğu konusunda bkz. *KRAMER*, *Allg. Einl. OR*, N. 134; *BUCHER*, s. 286; *KOCAYUSUFPAŞAOĞLU*, s. 12 N. 13; *ULUSAN*, s. 275, 314; *KUTLU-SUNGURBEY*, s. 124; *EREN*, III, s. 306 vd.

(35) *CANARIS*, JZ 1965, s. 475–482. Bu konuda bkz. *MünchKomm/KRAMER*, *Einl. N. 74–75*.

(36) *CANARIS*, JZ 1965, s. 475, 479; aynı yazar *FS Larenz*, s. 27, 85 vd. Bu görüşte *GERHARDT*, Walter, "Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schuldverhältnis", *JuS* 1970, s. 597 vd.; *THIELE*, "Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung", JZ 1967, s. 649 vd.; *EMMERICH*, s. 44 ve 212; *ESSER/SCHMIDT*, s. 433; *KRAMER*, *Allg. Einl. OR*, N. 148; *SEROZAN*, *MHAD* 1968, s. 108 vd.; *ULUSAN*, s. 275, 314 vd.; *KOCAYUSUFPAŞAOĞLU*, s. 13 N. 14. Ayrıca bkz. *YHGK*. 6.5.1992, *YKD*. 1992, s. 1176.

Her ne kadar Canaris'in edim yükümlülüklerinden bağımsız yeknesak borç ilişkisi, bu ilişkinin sözleşmenin kurulmasından sonra da, sözleşmesel borç ilişkisinin yanı sıra yürümeye devam etmesi açısından yer yer eleştiriye uğramışsa da (37) sözleşme görüşmeleri safhasını aşan bir güven sorumluluğunun varlığı genel kabul görmüştür (38). İşte bu aşamaya ulaşıldığında edim yükümlülüklerinden bağımsız yasal borç ilişkisi, sözleşmesel sorumluluğun sınırlarını önemli ölçüde zorlamaya başlamış, özellikle haksız fiil sorumluluğu kapsamında ele alınamayan saf malvarlığı zararlarının tazmini için bu kurum kullanılmaya başlanmıştır. Örneğin, bir sözleşmenin kurulmasına aracı olan kişilerin ve özellikle danışmanlık hizmeti veren belirli meslek gruplarının sorumluluğu hep bu çerçevede ele alınmıştır (39). Canaris'e göre artık koruma yükümlerinin ihlali haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluk arasında bir üçüncü sorumluluk tipi olarak yer almaktadır (40).

C. Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısı ve Borç İlişkisinin Nisbiligi İlkesinin Aşılması İhtiyacı Arasındaki İlişki

Sorumluluk hukukunun ikili yapısının aşılması çabalarının temelinde, haksız fiil sorumluluğunun, sözleşmesel sorumluluğa kıyasla zarar gören açısından daha elverişsiz olduğu gerçeği oturtulduğunda, nisbilik ilkesinin aşılmasına ilişkin ihtiyacın da gerekçesi ortaya çıkmaktadır: Sözleşme ilişkisinin dışında kalan üçüncü kişileri de sözleşmesel sorumluluğun elverişli şartlarından faydalandırmak (41). Bu durumda, öncelikle böyle bir ihtiyacın doğup doğmadığı sorusuna cevap verilmelidir.

(37) LARENZ, Schuldrecht, s. 119; MEDICUS, s. 62, 190; v. BAR, s. 312 vd.; DAHM, JZ 1992, s. 1167, 1171. Bu eleştirilere cevap için bkz. CANARIS, FS Larenz, s. 27, 102 vd.

(38) LARENZ, Schuldrecht, s. 119; STAUDINGER/DILCHER, Vorbem zu §§ 145 ff, N. 33; DAHM, JZ 1992, s. 1167, 1171.

(39) Bkz. CANARIS, FS LARENZ, s. 27, 90 vd.; aynı yazar, Bankvertragsrecht, N. 27–28; MünchKomm/KRAMER, Einl. N. 77 vd.; LARENZ, Schuldrecht, s. 122 vd.; ESSER/SCHMIDT, s. 439 vd. Oysa İsviçre hukukunda, yanlış bilgi verilmesi ve bu bilgiye güvenerek hareket eden kişinin bir zarar görmesi halinde, vekalet sözleşmesinin hükümleri uygulanmadığı sürece, haksız fiil kurallarına başvurulmaktadır. Bir malvarlığı zararının tazmini için ihtiyaç duyulan koruma normu ise "bilgisi, mesleki konumu ve yetenekleri itibarıyla yanlış bilgi vermeyeceği konusunda başkalarında güven yaratan kişi bu güvene aykırı davranmamalıdır" şeklinde ifade edilmektedir (Bu konuda ayrıntılı olarak OFTINGER/STARK, s. 42 N. 117–133).

(40) CANARIS, FS Larenz, s. 27, 84.

(41) LORENZ, JZ 1960, s. 108, 109; STAUDINGER/KADUK, Vorbem. zu §§ 328ff., N. 75–76; LARENZ, Schuldrecht, s. 225; MünchKomm/GOTTWALD, § 328, N. 78; SOER-GEL/HADDING, Anh. § 328 N. 1.

Her ne kadar nisbilik ilkesi borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri olarak kabul görmekteyse de, bugün için yalnızca tarafları üzerinde etki doğuran bir borç ilişkisi düşünülemez. Aksine, her borç ilişkisinin birden fazla kişiyi içine alan bir daire şeklinde düşünülmesi mümkündür. Bu dairenin merkezinden çemberine doğru gidildiğinde ilişkinin etkisi de azalır. Ancak, her halde bu ilişki sosyal bir nitelik taşımaktadır (42).

Borç ilişkisi, yalnızca asli edim yükümlülükleri açısından alacaklı ve borçlu arasındaki bir ilişkiye hasredilebilir. Eğer bu ilişkiyi bazı koruma yükümlülükleri ile genişletirsek kaçınılmaz olarak alacaklı ve borçlu dışında kalan üçüncü kişileri de bu ilişkiden bağımsız düşünmek mümkün olmayacaktır. Zira, sözleşme ilişkisi borçlu ve alacaklı dışında kalan kişiler üzerinde de etki ederek bir mutlak hak ihlaline veya bir malvarlığı zararına sebep olabilir. Bu açıdan üçüncü kişiler, taraflar arasında kabul edilen koruma yükümlülüklerine aynı oranda ihtiyaç duymaktadır (43). Kiralanan yerin arzettiği tehlikelerden dolayı zarar gören kiracı ile karısını, bir taksinin yaptığı kazada, taksiyi tutan kişi ile yanına aldığı arkadaşını, fabrika sahibinin aldığı makineden zarar gören fabrika sahibini ve işçiyi **aynı** koruma yükümlülüğünün ihlaline rağmen, **ayrı** sorumluluk hukuku kurallarına tâbi tutmak nasıl gerçekleştirilebilir?

Adalet duygumuz birbirine benzer olayların aynı hukuki sonuçlarla donatılmasını ister; bu konuda gerçekleştirilecek bir ayırımın da tutarlı gerekçelendirilmesini. Oysa, bugünkü yasal düzenleme benzer olayların bir bölümünün haksız fiil, bir bölümünün ise sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmakta, ancak bu farklı muamelenin gerekçesini getirememektedir. İşte bu adaletsizlik düşüncesi nisbilik ilkesinin aşılmasının temelinde yatar (44).

(42) GERNHUBER, FS Nikisch, s. 249.

(43) GERNHUBER, JZ 1962, s. 553, 554.

(44) PICKER, JZ 1987, s. 1041, 1042; GERNHUBER, FS Nikisch, s. 249, 250; ASSMANN, JuS 1986, s. 885, 886.

III. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN SÖZLEŞMESEL SORUMLULUK KURALLARINDAN YARARLANABİLMESİNİN DOGMATİK TEMELLERİ

A. Alman Hukukunda

1. Gerçek Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Varsayımı

Alman Medeni Kanunu da § 328/I'de, gerçek üçüncü kişi yararına sözleşme kurumunu kabul etmiştir. Kural olarak bir üçüncü kişinin sözleşmesel bir tazminat talebi ileri sürebilmesi için o sözleşmeden kaynaklanan asli bir edime ilişkin talep hakkı da mevcut olmalıdır (45). Alacak, hakkı olmadan bir tazminat hakkının doğması mümkün değildir. Ancak Alman Mahkemeleri BGB'un yürürlüğe girmesinden kısa süre sonra bu yaklaşımın ihtiyaçları karşılamadığını görmüş ve gerçek üçüncü kişi yararına sözleşme kavramının sınırlarını zorlamaya başlamıştır (46).

İmparatorluk Mahkemesi, üçüncü kişilerin tazminat hakkını kabul ederken ya sözleşme taraflarının iradesini, üçüncü kişi yararına zımni bir şartın var olduğu yönünde yorumlamış, ya da BGB § 328/II uyarınca tarafların sözleşmenin amacından kaynaklanan yükümlülükleri gereği gibi değerlendirelerti üçüncü kişiye bir tazminat hakkı tanıyacaklarını kabul etmiştir (47). Alman Federal Mahkemesi de İmparatorluk Mahkemesinin bu görüşüne bir süre sadık kalmıştır (48). Ancak, sözleşmenin akdi anında kim olduğu dahi bilinmeyen ve asli edim yükümlülüğü de ona karşı borçlanılmış olmayan kişi yararına bir sözleşmeden bahsetmek mümkün olmadığından bu içtihat eleştirilmiş (49) ve yeni hukuki temeller aranmıştır.

2. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme

Larenz tarafından ortaya atılan bir görüşe göre, üçüncü kişinin sözleşmeye dayalı bir tazminat talebine sahip olmasının nedeni, esas sözleşme

(45) LARENZ, Schuldrecht, s. 218.

(46) SOERGEL/HADDING, Anh. § 328 N. 2.

(47) Bkz. RGZ 127, 218, 222. Bu konuda bkz. ZIEGLTRUM, s. 25 vd.; STRAUCH, JuS 1982, s. 823; LORENZ, JZ 1960, s. 108, 109; AKÜNAL, YD 1988, s. 222, 230.

(48) Örn. BGHZ 5, 378.

(49) LARENZ, NJW 1960, s. 78, 79; LORENZ, JZ 1960, s. 108, 112; ASSMANN, JuS 1986, s. 885, 887; STRAUCH, JuS 1982, s. 823, 824; TANDOĞAN, s. 162 vd.; AKÜNAL, YD 1988, s. 222, 230; AKYOL, s. 52 ve 60.

taraflarının birbirlerine karşı borçlandıkları koruma yükümlülüklerinden, yine korunmaya layık gördükleri bazı üçüncü kişileri de faydalandırma konusundaki iradeleridir. Üçüncü kişinin doğrudan edimi talep yetkisine sahip olmasına izin veren bir yasanın daha azına, yani üçüncü kişinin yalnızca koruma yükümlülüklerinden faydalanmasına izin vermemesi düşünülemez. Bu nedenle burada üçüncü kişi yararına sözleşme değil, onun daha zayıf bir türünü oluşturan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme vardır (50). Böyle bir sözleşmenin var olup olmadığı da ancak asıl sözleşmenin BGB § 157 uyarınca tamamlayıcı bir yoruma tâbi tutulması sonucu belirlenebilecektir (51). Tarafların dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmenin kapsamı içinde değerlendirebilecekleri hususlar iki tarafı da bağlayacaktır (52).

Alman Federal Mahkemesi, Larenz'in bu görüşünü kısa sürede benimsemiş (53) ve büyük ölçüde (54) bugüne kadar üçüncü kişiyi, sözleşmenin tamamlayıcı yorumu yoluyla korumaya devam etmiştir (55). Oysa, sözleşmenin yorumu yoluyla böyle bir sonuca varılabileceği düşüncesi önemli eleştirilere maruz kalmıştır. Gernhuber'e göre, sözleşmenin amacı gereği düzenlenmesi gereken bir konunun düzenlenmemiş olduğu ve dürüstlük kuralı uyarınca bir düzenleme getirilebileceği her halde bir sözleşme boşluğu kabul edilse bile bu tür olaylarda sözleşme boşluğu olamaz. Zira, bu hallerin hepsi yasada düzenleme bulmuştur (haksız fiil kuralları) ve tarafların ayrıca bu konuya eğilme yükümlülüğü, sadece bu yasal düzenleme adalet duygularımıza hitap etmediğinden, yorum yoluyla yaratılamaz. Taraflara, yarattıkları sözleşmede yasakoyucunun eksikliklerini tamamlama görevi yüklenemez (56).

Nitekim BGH'u büyük ölçüde etkileyen Larenz, Gernhuber'in bu eleştirilerini de dikkate alarak görüşünü değiştirmiş ve tarafların sözleşmenin ku-

(50) LARENZ, Schuldrecht, s. 226. Bu konuda bkz. TANDOĞAN, s. 164 vd.

(51) AKÜNAL, YD 1988, s. 222, 231.

(52) LARENZ, NJW 1960, s. 78, 79.

(53) BGH, NJW 1959, s. 1676.

(54) Aksi yönde bir karar için bkz. BGHZ 66, 51.

(55) Karş. ASSMANN, JuS 1986, s. 885, 887 ve s. 889'da incelenen kararlar. FLUME, BGH'un bu alandaki kararlarından hareketle, sözleşmenin yorum yoluyla tamamlanmasının bir çok alanda aslında yasanın yedek hukuk kurallarındaki boşluklarının doldurulması anlamına geldiğini ifade etmektedir (Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979, s. 330).

(56) GERNHUBER, JZ 1962, s. 553, 555; aynı yazar, FS Nikisch, s. 249, 265; aksi yönde DAHM, JZ 1992, s. 1167, 1169.

rulması aşamasında sıklıkla üçüncü bir kişinin zarar görmesi olasılığını düşünmediklerini ve bu yüzden de sözleşmede bir boşluğun var olamayacağını kabul etmiştir (57). Larenz üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerde yargıcın hukuk yarattığı ve BGB § 242 yoluyla yedek hukuk kurallarını tamamladığı görüşünü geliştirmiş ve Alman öğretisine yeni bir yön vermiştir (58).

3. Örf ve Adet Hukuku

Gernhuber tarafından 1958 yılında ortaya atılan bir görüşe göre, korunması gereken üçüncü kişi, ne korunma ihtiyacını ortaya çıkaran temel sözleşmede alacaklıdır, ne de zarar veren ile arasında bağımsız bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Yabancı borç ilişkisi, tarafların iradesinden bağımsız olarak onu da içine almakta ve ona alacaklı benzeri bir statü tanımaktadır. Bu sonuç her ne kadar yasadan çıkarılmasa da elli yıla yakın bir mahkeme uygulaması bu açıdan bir örf ve âdet hukuku yaratmıştır ve ancak aksine bir uygulama ile yürürlükten kaldırılabilecektir (59). Özellikle taşıma, tıbbi bakım ve kira sözleşmeleri açısından, Gernhuber, böyle bir örfün meydana geldiğini kabul etmekte, ayrıca yorum ve kıyas yoluyla bu uygulamanın genişletilebileceğini de savunmaktadır.

Ancak Gernhuber 1989 yılında yayınladığı, borç ilişkisini konu alan monografisinde otuz yıl önce savunmuş olduğu bu görüşe artık ihtiyaç kalmadığını kabul etmiştir. Günümüzde yargıcın hukuk yaratma yetkisinin tartışmasız olduğu ve bu açıdan yasada düzenlenmemiş bir hukuki kurumun kabul görebilmesi için örf ve âdet kuralı katına çıkarılması ihtiyacının kalmadığı yazar tarafından benimsenmiştir (60).

4. Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Yasal Borç İlişkisi

Yukarıda açıklanan bu kuramı geliştirirken, *Canaris*, culpa in contrahendo ve sözleşmenin müsbet ihlali halleri dışında özellikle üçüncü kişilere

(57) LARENZ, Schuldrecht, s. 227.

(58) Aynı yönde MünchKomm/GOTTWALD, § 328 N. 80; ESSER/SCHMIDT, s. 566; ASSMANN, JuS 1986, s. 885, 887; STRAUCH, JuS 1982, s. 823, 824; STEINMEYER, DB 1988, s. 1049, 1052.

(59) GERNHUBER, FS Nikisch, s. 249, 269. Bu görüş hakkında bkz. ZIEGLTRUM, s. 143 vd.

(60) GERNHUBER, Schuldverhaeltnis, s. 529. Kuşkusuz yargıca açıkça hukuk yaratma yetkisi veren MK. m. 1 karşısında İsviçre-Türk hukuku açısından böyle bir tartışma gereksizdir.

karşı var olan koruma yükümlülüklerinin ihlali olgusunu da dikkate almıştır. Nasıl sözleşme görüşmelerinde ve sözleşmenin ifası aşamasında koruma yükümlülüklerinin ihlali bir sözleşmenin varlığından bağımsız olarak sözleşmeye aykırılık hükümlerine tâbi tutulacaksa, aynı düşüncenin bir yansıması olan üçüncü kişinin korunması sorununa da sözleşmeden bağımsız olarak yaklaşılabilecektir (61). Bu sayede sözleşme görüşmeleri aşamasında veya sonradan batıl olduğu anlaşılan veya iptal edilen bir sözleşme nedeniyle zarar gören üçüncü kişinin, yorumlanacak bir sözleşme olmaması nedeniyle korunamaması tehlikesi bertaraf edilmekteydi. Örneğin, satın almayı düşündüğü arabayla bir deneme yapan kişinin ve karısının, arabadaki bir aksaklık nedeniyle kaza yapması halinde ikisinin de sözleşmesel bir tazminat talebi var olabilecektir (62).

Canaris'e göre, sözleşme tarafları arasındaki koruma yükümlülükleri kaynağını sözleşmede bulmadığı gibi, üçüncü kişiye karşı var olanlar da bulmaz. Bu koruma yükümlülükleri BGB § 242'ye dayanan edim yükümlülüklerinden bağımsız yasal bir borç ilişkisinden doğmaktadır; taraflar arasındaki temel sözleşmeye ilişkin olarak uyandırılan güven bu ilişkinin gerekçesini oluşturmaktadır (63). Koruma ilişkisinin tarafları, edim ilişkisinin tarafları ile örtüşmeyebilir. Korunan kişi, planlanan, kurulamayan veya kurulan sözleşmenin güven ortamına dahil edilen, yükümlü kişi ise bu güveni yaratandır (64).

Canaris'in verdiği bir örnekte somutlaştıracak olursak: Bir maçta, kasaya yakın olan tribünlerin yıkılması halinde içerdekileri (sözleşmesel sorumluluk) ve kasada sıra bekleyenleri (sözleşme görüşmelerinde sorumluluk), bir izleyicinin yanında getirdiği çocuk (üçüncü kişiye karşı sorumluluk, zira bilet alması gerekmiyor) ile izleyicinin kendisini (sözleşmesel sorumluluk) ve bilet almak için sırada bekleyen kişilerle (sözleşme görüşmelerinde sorumluluk) aynı sırada bekleyen çocuğu (sözleşme görüşmelerinde üçüncü kişiye karşı sorumluluk) farklı kurallara tâbi tutmak tutarlı şekilde gerekçelendirilemez (65). Zira, bu insanların hepsi açısından korunma ihtiyacını ve hakkını doğuran, kendilerinin hukuki değerlerine müdahale etme olanağını artıran özel bir ilişkidir, yoksa sözleşme değildir.

(61) CANARIS, JZ 1965, s. 475, 477 vd.

(62) LARENZ, Schuldrecht, s. 231.

(63) CANARIS, JZ 1965, s. 475, 478.

(64) CANARIS, JZ 1965, s. 475, 480.

(65) CANARIS, FS Larenz, s. 27, 88.

5. Alman Hukukunda Bugün İçin Benimsenen Yaklaşım

Edim yükümlülüklerinden bağımsız yasal borç ilişkisi ile üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramlarından ikisi de bugün için Alman hukukunda kullanılmaktadır. Ancak, üçüncü kişiye tanınan korumanın kapsamı açısından bu herhangi bir farklılık yaratmamaktadır. Hem sözleşmenin kurulmasından sonraki aşama, hem sözleşme görüşmeleri aşaması, hem de sözleşmenin geçersiz olduğu haller için üçüncü kişi lehine koruma yükümlülükleri kabul edilmiştir. Bir kez bu yükümlülüklerin kaynağının sözleşme değil yasa olduğu kabul edildikten sonra buna bir engel kalmamıştır. Kabul edilen bu edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra sözleşmenin yanı sıra yürümeye devam mı edeceği, yoksa sözleşmesel bir borç ilişkisine mi dönüşeceği sorunu ise bu açıdan tâli bir sorun olarak kalmaktadır (66). Aynı şekilde, edim yükümlülüklerinden bağımsız yasal borç ilişkisinin doğrudan borçlu ile üçüncü kişi arasında mı kurulacağı yoksa sözleşme tarafları arasında kurulan bu yasal borç ilişkisinin üçüncü kişilere mi etki edeceği konusunda da kullanılan kavramlar kesin ayrımlar yapılmasına elvermemektedir (67). Larenz'in ortaya attığı üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramının çok yerleşmiş olması bunun sebebi olarak görülebilir, ancak yine varılacak sonuçlar açısından herhangi bir farkın doğmaması da bu konudaki tartışmaları lüzumsuz kılmaktadır.

Sadece üçüncü kişiyi sözleşmenin tamamlayıcı yorumu yoluyla korumaya devam eden Alman Federal Yargıtay'ı açısından, bir sözleşmenin var olmadığı hallerde korumayı gerekçelendirme gücü doğduğu düşünülebilirdi. Oysa, BGH, 1976 yılında verdiği bir kararda hem sözleşme görüşmeleri aşamasında üçüncü kişinin uğradığı zararın tazminini kabul etmiş, hem de o âna kadar sürdürdüğü içtihadını değiştirdiği yönünde herhangi bir açıklamada bulunmamıştır (68). Ancak bu kararlar de facto sözleşmenin yorumu görüşünün terk edildiği kabul edilmektedir (69).

(66) MünchKomm/KRAMER, Einl. N. 75 dpn. 175; LARENZ, Schuldrecht, s. 119; EREN I, s. 51.

(67) Nitekim Kramer, doğrudan üçüncü kişi ile borçlu arasında bir borç ilişkisi doğduğundan onun bu ilişki açısından üçüncü sayılamayacağını ifade etmektedir, MünchKomm/KRAMER, Einl. N. 76. Haklı olarak OGUZMAN/ÖZ'de aynı noktaya parmak basmaktadır, s. 787, dpn. 100.

(68) BGHZ 66, 51: Olayda bir kadının, alışveriş için girdiği süpermarkette, yanında bulunan kızı bir salata yaprağına basıp düşmüştür. Bu kararın eleştirisi için bkz. HOHLOCH, JuS 1977, s. 302, 304; DAHM, JZ 1992, s. 1167, 1171.

(69) ASSMANN, JuS 1986, s. 885, 887.

B. İsviçre–Türk Hukukunda

İsviçre–Türk hukuklarında, koruma yükümlülüklerine aykırılık nedeniyle zarar gören üçüncü kişilerin sözleşmesel sorumluluk kurallarına dayanarak bir tazminat talebi ileri sürüp süremeyeceği sorunu bugüne kadar, özellikle mahkeme uygulamasında çok tâli bir sorun olarak kalmıştır (70).

İsviçre'de bu konuya değinen yazarlardan bazıları gerçek üçüncü kişi yararına sözleşme görüşüne taraftar olmuş (71), bazıları ise sözleşmenin müsbet ihlali hallerinde yorum yoluyla yaratılan koruma yükümlülüklerinin üçüncü kişiye de etkili olduğunu kabul etmenin mümkün olduğunu söylemekle yetinmiştir (72). Yargıcın sözleşmeyi tamamlayıcı yorum yoluyla üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir sözleşme kabul etmesini yorum sınırlarının aşılması olarak görenler de vardır (73). Yalnızca *Kramer* (74), Alman hukukundaki gelişmeleri de ayrıntılı olarak inceleyerek, edim yükümlülüklerinden bağımsız yasal borç ilişkisi kuramının İsviçre hukukunda da benimsenmesini savunmuş; culpa in contrahendo açısından bunu kabul eden bir öğretinin üçüncü kişi açısından gösterdiği çekingenliği aşması gerektiğini ileri sürmüştür.

İsviçre öğretisinden farklı olarak Türk öğretisi bu konuyu daha ayrıntılı incelemiştir. Bu noktada özellikle *Tandoğan*'ın üçüncü kişinin zararının tazmini konusuna özgüllediği monografisi büyük önem taşımaktadır. Ancak *Tandoğan* bu eserinde, üçüncü kişinin **kendisinin**, sözleşmesel sorumluluk esasına dayanarak bir tazminat talebi ileri sürmesi sorunundan çok, zararın alacaklı yerine bir üçüncü kişide meydana gelmesi hallerinde, **alacaklının** üçüncü şahsın zararının tazminini talep edemeyeceği sorunu, yani dar anlamda üçüncü şahsın zararının tazmini sorunu üzerinde durmaktadır (Drittschadensliquidation) (75). Bu halleri incelerken, yazar, üçüncü şahsın

(70) Karş. MERZ, s. 190 dpn. 14; Oftinger Alman hukukunda geliştirilen üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramına İsviçre hukukunda ihtiyaç olmadığını; haksız fiil hükümlerinin yeterli olduğunu ifade etmiştir (OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht I, Zürich 1975, s. 487 dpn. 40).

(71) MERZ, s. 191 dpn. 14; GAUCH/SCHLUEP, s. 307 N. 2583.

(72) BUCHER, s. 485.

(73) JAEGGI/GAUCH, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 1b, Kommentar zu Art. 18 OR, Zürich 1980, N. 537.

(74) KRAMER, Allg. Einl. OR, N. 144–146. Ancak Kramer'in Münchener Kommentar'ın 2. cildinin giriş bölümünün de şarihi olduğu gözardı edilmemelidir.

(75) Bu başlık altına giren hususlar için bkz. aşağıda VI B; ayrıntılı bilgi için bkz. TANDOĞAN, s. 358 ve § 6.

edaya yakınlığı dolayısıyla zarara uğradığı halleri işin mahiyeti icabı ayrı bir çözüme bağlamıştır. Yazar bu noktada ya akdin yorumu yoluyla elde edilecek üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumuna başvurulabileceğini ya da "ileriye doğru cesaretle bir adım atarak" Gernhuber'in, üçüncü kişinin talebinin akidden bağımsız olarak doğduğu görüşünün savunulabileceğini ifade etmektedir (76).

Serozan edim yükümlülüklerinden bağımsız yasal borç ilişkisini culpa in contrahendo, akdin müsbet ihlali ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin ortak temeli olarak görmüş ve böylelikle Canaris'in görüşünü benimsemiştir (77). Nitekim doğrudan borçlu ile üçüncü kişi arasında edim yükümlülüklerinden bağımsız ve kaynağını MK. m. 2'de bulan bir borç ilişkisinin kurulduğu görüşü bugün yaygınlaşmaktadır (78). Özellikle Yargıtay'ın 1992 yılında verdiği bir kararının (79) bu görüşe dayandırılmış olması önemlidir. Yüksek mahkeme kararında, sözleşmenin ifası aşamasında olduğu kadar kurulması aşamasında da var olan koruma yükümlülüklerinin hukuki dayanağının taraf iradeleri değil kanun olduğunu tespit etmiş ve dolayısıyla bu yükümlülüklerin üçüncü kişilere karşı da var olabileceğini kabul etmiştir. Kararda "koruma yükümleri sayesinde, borçlu ile alacaklı arasında olduğu kadar, borçlu ile bir takım üçüncü kişiler arasında da hiç bir edim yükümü ihtiva etmeyen sadece koruma yükümlerinden oluşan bir borç ilişkisi"nin kurulacağı kabul edilmiştir. Bunun dışında üçüncü şahsı koruyucu etkili borç ilişkisinden bahsedilmiş olması, bugün Alman hukukunda da çok sık rastlanan ve yukarıda da açıklanmış olan kavram kargaşasının devamı olarak anlaşılmalıdır.

IV. SÖZLEŞMESEL SORUMLULUK KURALLARINDAN FAYDALANABİLECEK ÜÇÜNCÜ KİŞİLER KİMLERDİR?

Üçüncü kişilerin ne zaman nisbilik ilkesini aşarak sözleşmesel sorumluluk kurallarına başvurabileceği sorunu, özellikle haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluk arasındaki sınırın tamamen silikleşmemesi açısından büyük önem taşımaktadır. Ayrıca, borçlunun sözleşmeden kaynaklanan

(76) TANDOĞAN, s. 364 vd.

(77) SEROZAN, MHAD 1968, s. 108 vd. özellikle s. 121.

(78) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 20 N. 30; EREN, I, s. 50; AKYOL, s. 60.

(79) YHGK., 6.5.1992, YKD. 1992, s. 1176. Olayda bir tüp bayiinden tüp satın alan kimse, tüpün gaz kaçırması nedeniyle davacıyı yardıma çağırması ve davacı "hemen gerekli önlemleri almak isterken gaz kaçağı sonucu tüp patlamış ve davacı yaralanmıştır".

rizikoyu önceden değerlendirebilmesi açısından da korunacak üçüncü kişilerin çevresinin belirlenmesi zorunludur.

Nitekim, Alman öğretisinde çok sayıda mahkeme kararı bu konuda belirli kıstasların ortaya çıkarılmasına yardımcı olmuştur (80). Korunacak üçüncü kişiler açısından aranan ilk özellik **edime yakınlık**, yani edimin yarattığı tehlike alanı içinde yer almaktır (81). Gernhuber'in ifadesiyle, edime bağlı tehlikeler borç ilişkisinin bünyesi icabı üçüncü kişileri en az alacaklı kadar tehdit ediyorsa, üçüncü kişinin korunması gerekecektir (82). Örneğin, kiralanmış meskenin veya işyerinin arzettiği tehlikeler kiracı kadar, onunla birlikte oturanları ve orada çalışanları da tehdit etmektedir. Buna karşılık tesadüfen o mekanda bulunan bir kişi edimin arzettiği tehlikeyle sürekli olarak karşı karşıya bulunmamaktadır (83). İşverenin aldığı bir makineyi kullanan işçinin de o makinenin tehlikelerine işveren kadar, hatta daha fazla maruz kaldığı kabul edilecektir.

İkinci olarak aranan kriter, **alacaklının üçüncü kişinin korunmasıyla özel bir ilgisinin olmasıdır** (84). Mahkeme uygulamasında ve öğretilerde çok sık bu ilginin, alacaklının üçüncü kişiye karşı borçlu olduğu bir özen veya bakım yükümlülüğünde somutlaşması aranmaktadır (85). Alacaklının üçüncü kişinin sağlığına gelecek zararlardan sorumlu tutulmasının mümkün olduğu hallerde böyle bir ilginin var olduğu kabul edilecektir (86). Örneğin, Alman Federal Mahkemesi'nin verdiği bir karara (87) konu olan olayda, işverene,

(80) Kullanılan deyimler ve bunların belirsizliği hakkında bkz. ZIEGLER, JuS 1979, s. 328, 329.

(81) MünchKomm/GOTTWALD, § 328, N. 87; LARENZ, Schuldrecht, s. 227; STAUDINGER/KADUK, Vorbem zu §§ 328ff, N. 79; STRAUCH, JuS 1982, s. 823, 826; CANARIS, JZ 1965, s. 475, 478; STEINMEYER, DB 1988, s. 1049, 1052; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 21 N. 33; YHGK. 6.5.1992, YKD. 1992, s. 1176, 1179.

(82) GERNHUBER, FS Nikisch, s. 249, 270; karşı. TANDOĞAN, s. 314.

(83) MEDICUS, s. 353; TEICHMANN, s. 123 N. 333.

(84) MEDICUS, s. 353; LARENZ, Schuldrecht, s. 227; MünchKomm/GOTTWALD, § 328, N. 88; ESSER/SCHMIDT, s. 567; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 21 N. 33; TEICHMANN, s. 122 N. 332.

(85) PALANDT/HEINRICHS, § 328 N. 17 ve orada anılan kararlar; DAHM, JZ 1992, s. 1167, 1168; BERG, MDR 1969, s. 613, 615; karşı. STRAUCH, JuS 1987, s. 947, 948. Henüz İmparatorluk Mahkemesi döneminde davaya konu olan bir olayda tarlada işçi olarak çalışan bir kadının hep yanında getirdiği çocuğu çim biçme makinesi ile oynarken yaralanmıştır. Mahkeme, işverenin işçiyi gözetme borcunun çocuk için de var olduğunu kabul etmiştir (RG, JW 1919, s. 820, aktaran LORENZ, JZ 1960, s. 108, 109).

(86) MEDICUS, s. 353.

(87) BGH NJW 1959, s. 1676. Bu karar hakkında bkz. ZIEGLER, s. 32 ve s. 189 vd.

yanma riski olan bir antipas maddesi satılmış ancak bu konuda herhangi bir açıklama verilmemiştir. Açık bir ateşin bulunduğu bir salonda, bu maddenin kullanılırken yere dökülmesi sonucu, aynı salonda çalışan paketleme işçilerinden biri yaralanmıştır. Mahkeme, işverenin işçiyi gözetme borcunun varlığı karşısında onun da sözleşmenin koruma alanı içine girdiğini ve bunun, satıcı tarafından da anlaşılabilir olduğunu kabul etmiştir. Mahkemeye göre bir babanın akdettiği sözleşmeler açısından da aile fertleri, korunacak üçüncü kişiler kapsamında sayılır, zira onlara karşı var olan bir bakım yükümü vardır.

Ancak bu kriter hem eleştiriye uğramış (88), hem de BGH'un kendisi yeni bir dizi kararında bu görüşten uzaklaşmıştır. Mahkemenin 1983 yılında bu yönde verdiği ilk kararına (89) konu olan olayda bir emlak ve inşaat uzmanına, bir taşınmazın değerini takdir etmesi için başvuran kişi ile müşterek olarak o taşınmazı almayı düşünen davacı da gitmiştir. Değerlendirme raporunun hazırlanmasından sonra davacı tek başına taşınmazı satın almış, ancak raporda biçilen değer gerçeğe uygun olmadığı ortaya çıkmıştır. Davacı, kendisinin sözleşme ilişkisi içinde olmadığı uzmandan sözleşmesel sorumluluk hükümleri uyarınca uğradığı zararın tazminini istemektedir. Mahkeme bu tür uzman kişilerin görevlendirilmesinde çok sık, hazırlanan raporun üçüncü kişilerin karar vermesinde de etkili olduğunu tespit etmiş ve bu durumlarda mahkemelerin asıl sözleşmeyi akdeden tarafların ilgili üçüncü kişi lehine bir koruma yükümlülüğü yaratmak isteyip istemediklerini yorum kuralları uyarınca tespit etmek zorunda olduklarını belirtmiştir. Mahkemeye göre, ilgili üçüncü kişiye karşı alacaklının bir bakım yükümünün olup olmadığı hususu bu noktada önem taşıyabilir, ancak böyle bir koruma yükümlülüğünün kabulü için ön koşul değildir (90).

Assmann, BGH'un bu kararlarından yola çıkarak alacaklının üçüncü kişinin korunmasıyla ilgili olması kıstasını, üçüncü kişiyi koruyucu etkinin, söz-

(88) Bu konuda bkz. ZIEGLTRUM, s. 158 vd.

(89) BGH JZ 1984, s. 246.

(90) Aynı yönde BGH JZ 1985, s. 951; Olayda yine bir taşınmazın değeri hakkında yanlış bir rapor hazırlanmış ve malike teslim edilmiştir. Bundan 4 ay sonra Danimarka Konsolosu ilgili uzmana başvurarak bu rapordaki verilerin halen geçerli olup olmadığını sormuş ve bu konuda yazılı bir teyid almıştır. Bunun üzerine bir danimarkalı banka malike kredi temin etmiş, ancak geri ödenmediği için icra yoluyla taşınmazı sattırmıştır. Taşınmaz rapordaki değer çok altında satılmıştır. Kararın eleştirisi için bkz. HONSELL, JZ 1985, s. 952-954. Bu kararın yanı sıra genel olarak uzmanların sorumluluğu hakkında bkz. DAMM, JZ 1991, s. 373, 378. Buna benzer kurgusal bir olay için HATEMİ ancak BK. m. 41/II çerçevesinde tazminat talep edilebileceğini savunmaktadır. s. 8 N. 14.

leşmenin tamamlayıcı yorumundan elde edildiği görüşünün bir uzantısı olarak değerlendirmiş ve eleştirmiştir (91). Yazara göre, üçüncü kişinin korunması sözleşmelerin iradesine bağlı olmadığından değer verilmesi gereken nokta zararın, belirli bir borç ilişkisinin tipik olarak beraberinde getirdiği tehlikelerden mi kaynaklandığı noktasıdır. Üçüncü kişinin, borç ilişkisinin sosyal etkisi sonucu artan rizikolardan, asli borç ilişkisine yakınlığı nedeniyle etkilenebilecek durumda olması gerekir (92).

İmalatçı ile tüketici arasında doğrudan bir sözleşme kurulmadığı hallerde, yani aracı satıcıların var olduğu hallerde, tüketicinin asıl sözleşmeden kaynaklanan koruma yükümlülüklerinden faydalanması sorununda da aracı satıcının üçüncü kişinin korunmasıyla ilgili olmadığı gerekçesi ileri sürülmektedir (93). Oysa, Canaris'in de haklı olarak ileri sürdüğü gibi satım ve dağıtım sürecinin kompleksleşmesi imalatçı açısından bir menfaat sağlamamalıdır (94). İmal edilen malın tüketici tarafından kullanılacağı açıktır, dolayısıyla ara satıcılar ile kurulan sözleşmelerde var olan koruma yükümlülüklerinin herhangi bir işlevi yoktur, malın tehlikeleri onları kural olarak tehdit etmez. Bu durumda imalatçı adına hareket eden ikame şahıs yoluyla malların satılması ile, kendi adına hareket eden pazarlamacı yoluyla satılması, tüketici açısından gerekçelendirilmesi güç bir farklılık yaratacaktır (95). Ayrıca, bir ürünü satın alan kişinin aracı satıcıya karşı değil, o ürüne ismini veren imalatçıya karşı bir güven beslediği açıktır.

Üçüncü kişinin sözleşmesel sorumluluk kurallarına başvurabilmesi için aranan son şart, onun, **korunan kişiler kapsamı içinde bulunduğu**

(91) ASSMANN, JuS 1986, s. 885, 888.

(92) Bu görüşün eleştirisi için bkz. STRAUCH, JuS 1987, s. 947, 949 ve ZIEGLTRUM, s. 175-176.

(93) STEINMEYER, DB 1988, s. 1049, 1054; Genel olarak bu sorun hakkında bkz. TANDOĞAN, s. 169 vd. ve 316 vd.

(94) CANARIS, FS Larenz, s. 27, 100. Banka işlemlerinin karmaşıklaşması nedeniyle, bazı işlemler açısından doğan benzer sorunlar için CANARIS, Bankvertragsrecht, N. 22 vd.

(95) Nitekim Avusturya Yüksek Mahkemesi (OGH) ve öğretisi bu görüşü benimsemiştir (bkz. STEINMEYER, DB 1988, s. 1049, 1050). Buna karşılık BGH en son 1974 yılında verdiği bir kararında bu hukuki konstrüksiyonu reddetmiştir (BGH, DB 1974, s. 1427). Aynı yönde PALANDT/HEINRICH, § 328 N. 17; TANDOĞAN, s. 364 ve 368. Ancak Almanya'da 15.12.1989 tarihinde, imal olunan şeylerden sorumluluğa ilişkin bir yasa kabul edilmiş ve imalatçının kusursuz sorumluluğu kabul edilmiştir. İsviçre'de de aynı yönde bir yasa 18.6.1993 yılında yürürlüğe girmiştir (Bu yasa hakkında bkz. Fellmann/Büren-v. Moos, Grundriss der Produktheftpflicht, Bern, 1993).

borçlu tarafından anlaşılabilir olmasıdır (96). Özellikle sözleşmesel rizi-konun sigortalanabilmesi açısından borçlunun kimlere karşı sorumlu olaca-ğını tahmin edebilmesi gerekir. BGH, bir gösteri için bir salonun kiralanması halinde, bütün izleyicilerin de kira sözleşmesinin koruma yükümlülüklerinden faydalanabileceğini kabul ederek öngörülebilme kıstasının geniş yorumlan-ması gerektiğini göstermiştir (97).

V. ÜÇÜNCÜ KİŞİYE KARŞI SORUMLU TUTULABİLMEK İÇİN BORÇLU HANGİ YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ İHLAL ETMİŞ OLMALIDIR?

Üçüncü kişinin zarar gördüğü hallerin büyük çoğunluğunda asli veya yan edim yükümlülüğünün ihlali değil, bunlardan bağımsız olarak var olan bir koruma yükümlülüğünün ihlali söz konusu olacaktır (98). Nitekim, Alman öğretisinde uzun yıllar ancak bu tür davranışlardan doğan zararlar için üçüncü kişinin bir tazminat talebinin varlığı kabul edilmiştir (99). Buna karşılık imkansızlık veya temerrütten kaynaklanan zararlar nedeniyle üçüncü kişinin tazminat talebi kabul edilmiyordu; ifayı talep yetkisi olmayanın, ifa etmeme nedeniyle tazminat talep etmesi mümkün olamazdı.

BGH, 1966 yılında verdiği bir kararda, konuya farklı yaklaşmıştır (100). Olayda, bir avukata son arzularını dile getiren muris, onun en kısa sürede bir noterle birlikte kendisine gelmesini ve vasiyetnameye resmiyet kazandı-rılmasını istemiştir. Ancak, avukatın kusuru nedeniyle vasiyetnamenin ha-zırlanması ihmal edilmiş ve daha sonra miras bırakmayı düşünen kişi öl-müştür. O vasiyetname ile tek başına mirasçı nasbedilecek olan murisin kızı ise avukata dava açmış ve zararlarının tazminini istemiştir. BGH, edim yü-kümlülüğünün yalnızca murise karşı olmasına rağmen bu tazminat talebine

(96) STAUDINGER/KADUK, Vorbem zu §§ 328ff N. 79; PALANDT/HEINRICHS, § 328 N. 18; MEDICUS, s. 354; LARENZ, Schuldrecht, s. 227; MünchKomm/GOTTWALD, § 328 N. 91; TEICHMANN, s. 123 N. 334; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 22 N. 33.

(97) BGH NJW 1965, s. 1757. İmalatçının sorumluluğu açısından korunacak üçüncü kişile-rin çevresinin önceden ölçülemeyeceği gerekçesi (bkz. MünchKomm/GOTTWALD, § 328 N. 91), imalat miktarının belirli olması ve aracı satıcıya devredilen her ürün için bir satış sözleşmesinin yapılacağından yola çıkılabilmesi nedeniyle kanımca doğru sayıla-maz. İmalatçı ile bir dizi satım sözleşmesi yoluyla ilişki içinde olan herkes koruma çevresi kapsamında sayılabilmelidir (bkz. STEINMEYER, DB 1988, s. 1049, 1054).

(98) MünchKomm/GOTTWALD, § 328 N. 93.

(99) MEDICUS, s. 355; GERNHUBER, Schuldverhaeltnis, s. 514.

(100) BGH JZ 1966, s. 141. Bu kararın eleştirisi için LORENZ, JZ 1966, s. 143-145.

yer vermiştir (101). Nitekim bugün öğretilde, edim yükümlülüğünün ihlalinin özellikle üçüncü kişiye zarar vereceğinin belli olduğu ve alacaklının doğrudan üçüncü kişinin tazminat hakkı sahibi olmasında menfaati bulunduğu haller için üçüncü kişiye böyle bir tazminat hakkı tanınmaktadır (102). Böyle durumlarda asli edimin üçüncü kişiyle bağlantısı, koruma yükümlülüklerinden daha sıklıkla; ancak tam üçüncü kişi yararına sözleşme, edimi talep yetkisi olmadığından kabul edilememektedir. Örneğin BGH tarafından verilen bir kararda, boşanmak isteyen biri, boşanmanın hükümlerine ilişkin sözleşmeyi danışmak üzere bir avukata gitmiş ve bu sözleşmede çocuklarının taleplerinin en iyi şekilde güvence altına alınmasını istemiştir. Mahkemeye göre bu gerçekleşmemişse, doğrudan çocukların bu sözleşmeye dayanan bir tazminat hakkı vardır (103).

Buna benzer bir durum, başarılı olmayan sterilizasyon veya kürtajdan sonra, istenmeden doğan çocuğun bakım masrafları açısından da söz konusu olmaktadır. Bu hallerde doktor ve anne arasında akdedilen bir sözleşmenin varlığına rağmen, çocuğun bakım yükümünü aynı şekilde taşıyan babanın da o sözleşmeye dayanarak tazminat talep etmesi Alman içtihatlarında kabul edilmiştir (104).

VI. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN SÖZLEŞMESEL SORUMLULUK KURALLARINA DAYANAN TAZMİNAT TALEBİ

Üçüncü kişiler yabancı bir sözleşmenin koruma alanına dahil olduklarında, bu alan içinde uğradıkları zararlardan dolayı bağımsız ve aslen kazanılan bir tazminat talebine sahip olurlar (105).

(101) Her ne kadar olayda avukatla birlikte bir vasiyetname taslağı hazırlanmış ve bu tarihten, murisin ölümüne kadar sınırlı bir süre geçmişse de, murisin, evine getirilmesi düşünülen notere her an farklı bir vasiyetname içeriği dikte etmesi mümkündür. Bu açıdan murisin kızının muhakkak elde edeceği bir kazançtan yoksun kaldığını kabul ederek, ona bir tazminat talebi tanınmanın doğruluğu sorgulanabilir.

(102) Bkz. MEDICUS, s. 356; MünchKomm/GOTTWALD, § 328 N. 94; PALANDT/HEINRICH, § 328 N. 15; STAUDINGER/KADUK, Vorbem zu §§ 328ff N. 76b.

(103) BGH NJW 1977, s. 2073: Davaya konu olan olayda, eşlerin müştereken malik oldukları bir ev üzerinde, kadının sahip olduğu payın üç çocuk arasında eşit oranda paylaştırılması amaçlanmaktaydı. Nitekim eşlerin avukat önünde yaptıkları boşanma anlaşmasında da bu husus açıkça yer almış ancak avukat, kocayı, bu taahhüdün bağlayıcı olması için noter önünde yapılması gerektiği hususunda uyarmamıştır. Boşanma ilamının alınmasından ve kesinleşmesinden sonra kadın kendi payını devretmekten kaçınmıştır.

(104) BGHZ 76, 259, 262; 86, 240, 249; 89, 95, 104.

(105) ESSER/SCHMIDT, s. 568; LARENZ, Schuldrecht, s. 229; MEDICUS, s. 356.

A. Üçüncü Kişinin Korunan Hukuki Değerleri

Üçüncü kişiye yönelik bir koruma yükümlülüğünün ihlali halinde, üçüncü kişinin hukuki değerlerinde meydana gelen bütün zararlar tazmin ettirilebilir. Gerek mutlak hak ihlallerinin tümü, gerekse salt malvarlığı zararları koruma kapsamında sayılır (106). Oysa uzun yıllar BGH, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumuna yalnızca, kişilik haklarında meydana gelen zararlar için başvurmuştur. Ancak, zamanla mala verilen zararlar ve malvarlığı zararları için de aynı çözüm benimsenmiştir (107).

B. Dar Anlamda Üçüncü Kişinin Zararının Tazmin Ettirilmesi Kurumundan Farkı

Bu noktaya kadar incelenen hallerde bir borcun ifa edilmemesi nedeniyle üçüncü kişilerin zarar görmesi halinde, doğrudan üçüncü kişinin bir tazminat talebine sahip olup olamayacağı sorunu ele alınmaya çalışıldı. Oysa, özellikle Alman ve İsviçre doktrinlerinde bunun yanı sıra, istisnai bazı hallerde, üçüncü kişi yerine doğrudan sözleşmenin alacaklısı konumunda olan kişinin onun zararlarını tazmin ettirmesinin mümkün olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Bu hallerde zarar, özel durumlar nedeniyle üçüncü bir kişide doğmakta; o kişi sözleşmeye taraf olmadığı için, alacaklı ise herhangi bir zararı olmadığı için dava açmamak durumunda kalmaktadır (108).

İşte bu hallerde üçüncü kişinin zararını tazmin edebilmek için iki ana başlık altında toplanabilecek olan çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. İlk gruba dahil olan görüşler alacaklının sadece kendi menfaatini ileri sürebileceği dogmasına (109) sadık kalarak bu hallerde aslında doğrudan alacaklının da bir zararı olduğunu kanıtlama yolunu seçerler. Diğer gruptaki görüşler ise üçüncü şahsın menfaatinin alacaklının menfaatinden bağımsız olarak, alacaklı veya doğrudan üçüncü şahsın kendisi tarafından ileri sürülebilmesi esasına dayanırlar (110).

(106) MünchKomm/GOTTWALD, § 328 N. 95; PALANDT/HENRICHS, § 328 N. 19; STAUDINGER/KADUK, Vorbem zu §§ 328ff N. 76; LARENZ, Schuldrecht, s. 229; STEINMEYER, DB 1988, s. 1049, 1051; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 22 N. 34; AKÜNAL, YD 1988, s. 222, 234.

(107) Karş. DAMM, JZ 1991, s. 373, 378; LANGE, s. 480.

(108) BERG, MDR 1969, s. 613; LANGE, s. 479.

(109) Bkz. TANDOĞAN, s. 183 vd.; MEDICUS, s. 275.

(110) Bu kuramların hepsinin ayrıntılı açıklaması ve eleştirisi için bkz. TANDOĞAN, s. 183-302.

Gerek Alman gerekse İsviçre–Türk hukuklarında bu başlık altında incelenen klasik haller şunlardır:

- Dolaylı temsil yoluyla kurulan sözleşmelerde, temsil olunanın, kendi hesabına kurulan sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi nedeniyle zarar görmesi. Bu gibi durumlarda sözleşme tarafı olarak alacaklı dolaylı temsilcidir, ancak onun bir zararı yoktur. Temsil olunan kişinin ise bir zararı vardır ama sözleşme tarafı değildir (111).
- Hasarın üçüncü şahsa intikal ettiği hallerde (örn. BK. m. 183), birşeyin mülkiyetinin devri konusunda bir alacak hakkına sahip olan kişi henüz mülkiyeti kazanmadan mal zarar görmüşse o an malik olan kişi, hasar intikal ettiğinden zarar görmemiştir, alacak hakkı sahibi ise zarar görmüştür ancak bu alacak hakkını üçüncü kişiye karşı ileri sürememektedir (112).
- Üçüncü kişiye ait bir mala ilişkin sözleşmelerde karşı âkidin sözleşmeye aykırılık sonucu mala zarar vermesi (113). Örneğin, bir malın iyiniyetli, ancak haksız zilyedi borç doğuran bir işlemle o malın zilyedliğini başka bir şahsa devretmiş ve mala, borca aykırı bir davranışla zarar gelmişse, asıl malik bu sözleşmenin tarafı olmadığı için sözleşmeye dayanarak tazminat talep edemeyecektir. Birçok halde haksız fiil hükümlerine dayanması mümkün olacaktır, ancak sözleşmesel sorumluluk kurallarının daha elverişli olduğu ortadadır.

Görüldüğü gibi, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmin ettirilmesi ihtiyacını doğuran hallerde zararın talep sahibi *yerine* bir başkasında doğması söz konusudur, oysa üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumuna

(111) TANDOĞAN, s. 129 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 862; v. TUHR/ESCHER, § 68 VI (s. 111); GAUCH/SCHLUEP, N. 1621 s. 96; St. Gallen Kanton Mahkemesi'nin 17.3.1978 tarihli kararı, SJZ 76, s. 194; MEDICUS, s. 276; LARENZ, Schuldrecht, s. 465; ESSER/SCHMIDT, s. 563.

(112) TANDOĞAN, s. 141 vd.; Alman hukukunda bu sorun malın başka yere gönderilmesi yoluyla yapılan satımlarda kendini gösterir. Burada malın taşıyıcıya teslimi ile hasar alıcıya geçer. Malın hasara uğraması halinde satıcı bedeli talep edebilmekte, buna karşılık alıcı ne malik olarak ne de taşıma sözleşmesinin tarafı olarak tazminat isteyememektedir, bkz. MEDICUS, s. 276; LARENZ, Schuldrecht, s. 462; ESSER/SCHMIDT, s. 563.

(113) TANDOĞAN, s. 146 vd.; v. TUHR/ESCHER, § 68 VI, s. 111; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 862; STRAUCH, JuS 1982, s. 823, 825; PALANDT/HEINRICH, Vorbem zu § 249, N. 116; ESSER/SCHMIDT, s. 564; LARENZ, Schuldrecht, s. 464; TEICHMANN, s. 125 N. 342.

ihtiyaç doğuran hallerde zarar talep sahibinin *dışında*, başka kişilerde de meydana gelebilmektedir (114). Sözleşmeden kaynaklanan koruma yükümlülükleri alacaklıdan başka kişilere aktarılmamakta, onları da kapsayacak şekilde genişletilmektedir. Dolayısıyla bir kurumda yalnızca alacaklıya istisnaen başkasının zararını tazmin ettirme olanağı tanınırken, diğerinde tazminat talebi üçüncü kişiye tanınmaktadır (115). Medicus'un ifadesiyle dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmin ettirilmesinde zarar talep temelinin yanına çekilmekte, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerde talep temeli zararın yanına çekilmektedir (116). Ancak bazı hallerde bu iki kurum arasındaki sınırın kesin çizgilerle çizilmesi mümkün olmayabilir. Bu durumlarda üçüncü kişiyi daha avantajlı konuma sokan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme çözümünün tercih edilmesi Alman öğretisinde savunulmaktadır (117).

C. Üçüncü Kişinin Tazminat Talebinin Temel Sözleşme Hükümlerinden Etkilenmesi Sorunu

Üçüncü kişiye karşı var olan koruma yükümlülüklerinin temel sözleşme ilişkisinden bağımsız olarak, yasadan doğduğu kabul edildiğinde, bu yükümlülüğün ihlali halinde doğan tazminat talebinin ne ölçüde o sözleşme hükümlerinden etkileneceği sorusu cevaplanmak gerekir. Özellikle temel sözleşmede yer alan sorumsuzluk kayıtlarının üçüncü kişiler açısından da etki doğurup doğurmayacağı bu noktada önem taşımaktadır. Alman hukukunda bir görüş koruma yükümlülüklerinin temel sözleşmeden bağımsızlığı nedeniyle bu kayıtların üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyeceğini savunmaktadır (118). Örneğin, Esser/Schmidt asli edimin en iyi şekilde ifasına yarayan koruma yükümlülüklerini, sözleşme taraflarının mutlak haklarını koruyan yükümlülüklerden ayırarak, bunlar için taraflara bile bir sorumsuzluk anlaşması yapma hakkı tanımaması nedeniyle, üçüncü kişi açısından da tutarlı olarak, yalnızca bu yükümlülükler için sorumsuzluk kaydının geçersiz olacağını savunmaktadır (119).

(114) LANGE, s. 480.

(115) BERG, MDR 1969, s. 614; LARENZ, NJW 1960, s. 78, 79; GERNHUBER, Schuldverhaeltnis, s. 515.

(116) MEDICUS, s. 356.

(117) Bkz. MünchKomm/GOTTWALD, § 328 N. 96; LANGE, s. 482; STRAUCH, JuS 1982, s. 823, 825; CANARIS, Bankvertragsrecht, N. 26; TEICHMANN, s. 127 N. 346; ayrıca karşı. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 862.

(118) ESSER/SCHMIDT, s. 568; ASSMAN, JuS 1986, s 885, 888.

(119) ESSER/SCHMIDT, s. 568 ve 449.

Buna karşılık daha yaygın gözükten bir anlayışa göre üçüncü kişinin, taleplerini bir ölçüde "dayandırdığı" sözleşmenin taraflarından daha elverişli bir konumda olması düşünülemez. Sözleşme tarafı olarak dahi elde edemeyeceği bir durumun, üçüncü kişi olarak kendisine bahşedilmesi mümkün olmamalıdır (120). Özellikle gerçek üçüncü kişi lehine aktiller için bu hususun açıkça yasada düzenlenmiş olması (BGB § 334) bu maddeden kıyas yoluyla faydalanılması teklifini beraberinde getirmiştir. Ancak, bu konuda bir sınırlama yapılmakta ve **yalnızca** üçüncü kişilere etki edecek bir sorumsuzluk anlaşmasının dürüstlük kuralına (BGB § 242) aykırılık nedeniyle geçersiz olacağı savunulmaktadır (121).

Türk hukukunda konuya değinen Tandoğan, üçüncü kişilere etkili sorumsuzluk kayıtlarının sözleşmeye dahil edilebileceğini savunurken (122), Serozan koruma yükümlülüklerinin yasadan kaynaklanması nedeniyle buna olanak tanımamaktadır (123).

Aynı sorun sözleşmesel bir garanti sorumluluğundan üçüncü kişinin faydalanması konusunda da doğmaktadır. Yukarıda savunulan çözümlere paralel olarak, yazarların bir bölümü (124) garanti kapsamında olan hususlar için üçüncü kişinin de kusur şartına bağlı olmaksızın tazminat talep etmesini kabul ederken, diğer bir bölümü sözleşmenin külfetlerinden olduğu kadar nimetlerinden de üçüncü kişinin etkilenmemesini savunmaktadır (125).

D. Birlikte Kusur

Tazminat talebi doğan üçüncü kişinin kendi kusurunun tazminat miktarının belirlenmesinde bir indirim sebebi olarak dikkate alınacağı açıktır. Ancak temel sözleşmenin alacaklısının kusurunun üçüncü kişinin tazminat talebi karşısında ne ölçüde dikkate alınacağı hususu Alman öğretisinde yine tartışmalıdır. Örneğin, velisinin akdettiği bir kişi taşıma sözleşmesine daya-

(120) Bkz. MünchKomm/GOTTWALD, § 328 N. 99 ve orada anılan kararlar; LARENZ, Schuldrecht, s. 229; CANARIS, Bankvertragsrecht, N. 32; PALANDT/HEINRICH, § 328 N. 20; STRAUCH, JuS 1982, s. 823, 828; SOERGEL/HADDINGI, Anh § 328 N. 21; GERNHUBER, Schuldverhaeltnis, s. 534.

(121) Bkz. GERNHUBER, FS Nikisch, s. 249, 265; LARENZ, Schuldrecht, s. 229; BERG, MDR 1969, s. 613, 617; MünchKomm/GOTTWALD, § 328 N. 99; STRAUCH, JuS 1982, s. 823, 828; SOERGEL/HADDING, Anh. § 328 N. 20.

(122) TANDOĞAN, s. 168.

(123) SEROZAN, MHAD 1968, s. 108, 120 dpn. 34.

(124) MünchKomm/GOTTWALD, § 328 N. 98.

(125) ESSER/SCHMIDT, s. 568; ASSMANN, JuS 1986, s. 885, 888.

narak, bilet alma zorunluluğu olmayan bir küçüğün, gördüğü zararı tazmin ettirmesi halinde, velisinin kendisini gereği gibi gözetmediği iddiası dinlenebilecek midir? (126).

Alman öğretisinde, özellikle tam üçüncü kişi lehine sözleşmeler için bu konuda var olan açık hükümden (BGB § 334) kıyas yoluyla faydalanarak, birlikte kusur iddiasının herhangi bir kısıtlamaya tâbi olmadan ileri sürülebileceği savunulduğu gibi (127); bu iddianın herhangi bir şekilde dikkate alınmayacağı da savunulmaktadır (128). Buna karşılık bir diğer görüş, üçüncü kişi lehine var olan koruma yükümlülüğünün bazı hallerde sözleşme alacaklısına karşı var olan koruma yükümlülüğünden daha yoğun olması nedeniyle birlikte kusur iddiasının sınırlamasız kabulünü eleştirmektedir (129). Bu konuda teklif edilen bir diğer çözüm yolu sözleşme alacaklısının, üçüncü kişinin yardımcı şahsı veya kullanma yardımcısı olarak nitelendirilebildiği hallerde birlikte kusuru dikkate almaktır (130). Ancak ihlal edilen koruma yükümlülüklerinin çok farklı nitelikte olabilmesi, burada genel bir çözüme gitmektense somut olayın özelliklerini değerlendirerek benzer olayları aynı çözüme tâbi tutmayı daha doğru göstermektedir (131).

(126) Örnek için bkz. LANGE, s. 599.

(127) LARENZ, Schuldrecht, s. 229 dpn. 32; STAUDINGER/KADUK, Vorbem zu §§ 328ff N. 81; PALANDT/HEINRICH, § 328 N. 20; SOERGEL/HADDING, Anh. § 328 N. 23; TEICHMANN, s. 127 N. 347; bu konudaki kararlar için bkz. LANGE, s. 600. BGH 1994 yılında verdiği bir kararında üçüncü kişinin taleplerinin sözleşme tarafı olan kişinin taleplerini aşamayacağını ilke olarak benimsediğini açıkça ifade etmiş ancak bu konuda istisnalar olabileceğini de kabul etmiştir. Karara konu olan olayda bir evin satılması için uzman bir kişiye değer biçtirilmiş, ancak incelemeler yapılırken çatı katında var olan önemli hasarlar ev sahibi tarafından bilinçli olarak gizlenmiştir. Bu hasarlar dikkate alınmadan hazırlanan rapora dayanarak bir üçüncü kişi evi satın almıştır. Olayda raporu hazırlatan kişinin kendi hilesi nedeniyle yanlış rapora dayanan bir tazminat talebi söz konusu olamazdı, ancak bu rapora dayanarak evi alan kişiye karşı da bu hile sebebiyle tazminat talebinden kaçınmak mümkün olabilir miydi? BGH bunu reddetmiş ve üçüncü kişi ile, taleplerini dayandırdığı sözleşme tarafı arasında bu şekilde bir menfaat çatışması olması halinde (raporu hazırlatan yüksek bedel tayini, evi alansa düşük bedel tayini konusunda menfaat sahibidir) artık sözleşme tarafının kusurunun üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyeceğini savunmuştur (JZ 1995, s. 306). Bu karar ve sorun hakkında bkz. MEDICUS, Anmerkung, JZ 1995, s. 308; CANARIS, "Schutzwirkung zugunsten Dritter bei 'Gegenlauefigkeit, der Interessen", JZ 1995, s. 441-446.

(128) ESSER/SCHMIDT, s. 568; ASSMANN, JuS 1986, s. 885-888; GERNHUBER, Schuldverhaeltnis, s. 533.

(129) BERG, MDR 1969, s. 613, 617.

(130) MünchKomm/GOTTWALD, § 328 N. 101; STRAUCH, JuS 1982, s. 823, 827; LANGE, s. 600; BERG, MDR 1969, s. 613, 617.

(131) MünchKomm/GOTTWALD, § 328 N. 102; ZIEGLTRUM, s. 219.

E. Zamanaşımı

Tazminat talebinin sözleşmesel sorumluluk kurallarına dayandırılması bu talebin de kendiliğinden BGB § 195 (BK. m. 125)'e dayandırılması sonucunu doğurur mu? Doğurmaması yönünde görüşler Alman hukukunda ileri sürülmektedir. Özellikle gerek culpa in contrahendo, gerekse üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumlarının yasada düzenlenmemiş olmasının, yasakoyucunun iradesinin sözleşmesel talebin uzun zamanaşımı süresi lehine olduğunu söylemeye imkan vermediği ileri sürülmektedir (132) Canaris ahlâka aykırı şekilde birisine zarar verene karşı talebin 3 yıl içinde (BGB § 852), sözleşme görüşmelerinde ihmali davranana karşı talebin ise 30 yıl içinde (BGB § 195) zamanaşımına uğramasını adil bulmamaktadır. Ancak Alman hukukunda üçüncü kişinin talebinin de temel sözleşmeden doğan taleplerle aynı zamanaşımı süresine tâbi olması görüşü bugün hakimdir (133).

VII. SONUÇ

Buraya kadar ağırlıklı olarak, yaklaşık 80 yıldır nisbîlik ilkesini aşmak için Alman hukukunda geliştirilen çözümler ve bunların beraberinde getirdiği sorunlar aktarılmaya çalışıldı. Endüstrileşmeye geçen yüzyılda başlamış olan bir ülkenin, zarar potansiyelindeki artışa bağlı olarak haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk kuralları arasındaki göze batan farklılığı aşmak için çözümler üretmesi kaçınılmazdı. Aynı şekilde çalışma hayatındaki işbölümünün ve buna bağlı olarak uzmanlaşmanın, karşılıklı bağımlılığı artırması ve toplumsal teması yoğunlaştırması bu gelişmeyi perçinlemiştir. Ancak üretilen çözümlerin yalnızca, haksız fiil olarak nitelendirileceğimiz olayları sözleşmesel sorumluluk kuralları kapsamına alma çabasıyla tükendiği düşünülmemelidir. Aksine, haksız fiil hukukunun dar kalıplarının aşılması yönünde de önemli gelişmeler vardır. Özellikle salt malvarlığı zararlarının tazmin edilebilmesi için yeni yeni davranış normlarının yaratılması, bu normlara aykırılık halinde ihmali davranışı varsayarak ispat külfetinin yer değiştirdiği-

(132) CANARIS, FS Larenz, s. 27,108; v. BAR, s. 316. Culpa in Contrahendo açısından meydana gelen zararın türüne göre (malvarlığı zararı/mutlak hak ihlali) farklı bir sonuca varılabileceği yönünde MEDICUS, "Die Culpa in Contrahendo zwischen Vertrag und Delikt", FS Max Keller, Zürich 1989, s. 205-219.

(133) MünchKomm/KRAMER, § 328 N. 106; SOERGEL/HADDING, Anm. § 328 N. 26; GERNHUBER, Schuldverhaeltnis, s. 534. Türk hukuku açısından bkz. YHGK. 6.5.1992, YKD. 1992, s. 1176-1179.

nin kabul edilmesi, yine bu davranış yükümlerine, müstahdem kullanılmasına rağmen, istihdam edenin uymak zorunda olduğunu kabul ederek BGB § 831 (BK. m. 55)'in aşılması gibi birçok çaba dikkati çekmektedir (134). Nitekim bu gelişmeleri gözardı edemeyen yasakoyucu uzun yıllardır borçlar hukukunun yeniden düzenlenmesi için çalışmalar sürdürmektedir (135).

Özellikle Türk hukuku açısından büyük bir adım atarak "koruma yükümlülükleri", "edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi", "üçüncü şahsı koruyucu etkili borç ilişkisi", "borç ilişkisinin güven ortamı" kavramlarına, büyük ölçüde Alman hukukuna dayanarak, başvuran Yargıtay'ın kararı bu gelişmeler dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Türk hukuku açısından da aynı ihtiyaçların doğduğu bugün için kabul edilebildiğine göre Yargıtay'dan, bu kavramların daha da geliştirilmesi; haksız fiil – sözleşme ikiliğinin hep gözönünde bulundurularak, bunun aşılması yönündeki çabaların çeşitlendirilmesi beklenir. Kuşkusuz bu konuda teklif edilecek her çözümün praeter legem olması nedeniyle Türk yasakoyucusunun bu gelişmeleri dikkate alarak bir an önce haksız fiil sorumluluğunu daha tatmin edici bir şekilde düzenlemesi ümit edilir.

Bugün için nisbilik ilkesinin aşılmasında en elverişli hukuki dayanak, kanımca, edim yükümlülüklerinden bağımsız yasal borç ilişkisi kuramıdır. Özellikle birbirine benzer ihtiyaçlara tek bir kurum içinde cevap bulunabilmesi ve bu kurumun kaynağını MK. m. 2'de bulması nedeniyle gelişmeye açık olması önemli avantajlardır. İşlemsel temasa girmekle taraflar arasında doğan güven ortamı sözleşmenin amacına ulaşmasına kadar ve hatta sonrasında da devam edecek, sözleşmenin sosyal etki alanına girdiği kabul edilebilecek kişiler de bu güven ortamına dahil olacaktır. Bu güven ortamı ise kaynağını MK. m. 2'de bulan bir yasal borç ilişkisi ile güvence altına alınmıştır. Bu borç ilişkisine aykırılık yani güven ortamını ihlal sözleşmesel sorumluluk kurallarının işletilmesini beraberinde getirir; hem işlemsel temasa giren, hem sözleşmenin tarafı olan, hem de o sözleşmeden etkilenen üçüncü kişiler için. Dolayısıyla doğrudan malvarlığında meydana gelen zararlar tazmin ettirilebilecek ve BK. m. 96 ile 100 uygulanacaktır. Zamanaşımı açısından da BK. m. 125'in uygulanması kanımca doğru olacaktır. Özellikle Almanya'da haksız fiilde doğan zararların üç yıl içinde zamanaşımına uğra-

(134) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. v. BAR'ın monografisi; ayrıca karş. ZIEGLTRUM, s. 134 vd.

(135) MünchKomm/KRAMER, Einl. N. 94 vd.

ması, oysa Türkiye'de bu sürenin yalnızca bir yıl olması bu ihtiyacı Türk hukuku açısından daha da güncel hale getirmektedir.

—oOo—

BİBLİYOGRAFYA (*)

AKÜNAL, Teoman: "Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması", YD. 1988, s. 222-237.

AKYOL, Şener: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976.

ASSMANN, Heinz-Dieter: "Grundfälle zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte", JuS 1986, s. 885-891.

v. BAR, Christian: Verkehrspflichten, richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, Köln 1980.

BERG, Hans: "Drittschadensliquidation und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte", MDR 1969, s. 614-617.

BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988.

CANARIS, Claus-Wilhelm: "Ansprüche wegen 'positiver Vertragsverletzung' und 'Schutzwirkung für Dritte' bei nichtigen Verträgen", JZ 1965, s. 475-482.

– "Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten", FS Karl Larenz, München 1983, s. 27-110 (FS Larenz).

– Bankvertragsrecht, 3. Aufl., Erster Teil, Berlin, New York 1988 (Bankvertragsrecht).

(*) Konuyla yakından ilgili olmayan eserler bibliyografyaya alınmamış ve yalnızca dipnotlarda anılmıştır. Bir yazarın birden fazla eserine atıf yapılması halinde kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

DAHM, Henning: "Vorvertraglicher Drittschutz", JZ 1992, s. 1167–1172.

DAMM, Reinhard: "Entwicklungstendenzen der Expertenhaftung" JZ 1991, s. 373–385.

EMMERICH, Volker: Das Recht der Leistungsstörungen, 2. Aufl. München 1986.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 5. bası, İstanbul 1994; Cilt III, 4. bası, İstanbul 1994 (EREN I, EREN III).

ESSER, Josef/SCHMIDT, Eike: Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Heidelberg 1984.

GERNHUBER, Joachim: "Drittwirkung im Schuldverhältnis Kraft Leistungsnähe", FS Arthur Nikisch, Tübingen 1958, s. 249–274 (FS Nikisch).

– "Gläubiger, Schuldner und Dritte", JZ 1962, s. 553–558.

– Das Schuldverhältnis, Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, Tübingen 1989 (Das Schuldverhältnis)

GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 4. Aufl., Zürich 1987.

HATEMİ, Hüseyin: Sözleşme–Dışı Sorumluluk Hukuku, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İkinci Cilt, İstanbul 1994.

HOHLOCH, Gerhard: "Vorvertragliche Haftung nach Culpa–in–contrahendo– Grundsätzen auch zugunsten Dritter? – BGHZ 66, 51" JuS 1977, s. 302–306.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Giriş,, Hukuki İşlem, Özellikle Sözleşme, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, (1994 yılından itibaren yayınlanmış olan formalardan yararlanılmıştır).

KRAMER, Ernst A.: Im Berner Kommentar, Bd. VI, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18, Bern 1986.

KUTLU–SUNGURBEY, Ayfer: Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988.

LANGE, Hermann: Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts, Band 1, Tübingen 1990

LARENZ, Karl: "Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen", NJW 1960, s. 78–81

– Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, München 1987 (Schuldrecht)

LORENZ, Werner: "Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse – Grenzen zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung" JZ 1960, s. 108–114.

MEDICUS, Dieter: Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 1992.

MERZ, Hans: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schweizerisches Privatrecht (VI/1), Basel und Frankfurt a.M. 1984.

MÜNCHENER KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 241–432, Band II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. München 1994 (MünchKomm/İşleyen)

OFTINGER, Karl/STARK, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II, Teilband 1, Zürich 1987.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995

PALANDT, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 52. Aufl., München 1993 (Palandt/İşleyen)

PICKER, Eduard: "Vertragliche und Deliktische Schadenshaftung", JZ 1987, s. 1041–1058

SEROZAN, Rona: "Culpa in Contrahendo, Akdin Müsbet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", MHAD 1968, s. 108–129

– "Yürürlükteki ifa engelleri ve haksız fiiller hukukunun yetersizlikleri ve bu yetersizliklerin aşılmasında giderek önemi artan kavramlar: Sözleşmenin müsbet ihlali ve culpa in contrahendo", MHAD 1989–90, s. 27–42

– İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Kocayusufopaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İstanbul 1994

SOERTEL/SIEBERT: Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2/1, Schuldrecht I/1, §§ 241–432, Stuttgart 1986

STAUDINGER, Julius v.: Kommentar zum BGB

– §§ 90–240, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Berlin 1980 (Staudinger/Dilcher)

– §§ 328–335, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Aufl., Berlin 1983 (Staudinger/Kaduk)

STEINMEYER, Heinz–Dietrich: "Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte und die Produzentenhaftung", DB 1988, s. 1049–1056

STRAUCH, Dieter: "Verträge mit Drittschutzwirkung", JuS 1982, s. 823–828

– "Zum Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte – LG Frankfurt, NJW–RR 1986, 966", JuS 1987, s. 947–950

TANDOĞAN, Haluk; Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963

TEICHMAN, Arndt: Schuldrecht I, Leistungsstörungen und Gewährleistung, 3. Aufl., München 1988

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul 1993

v. TUHR, Andreas/PETER, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979

v. TUHR, Andreas/ESCHER, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1974

ULUSAN, İlhan: "Culpa in Contrahendo Üstüne", Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan I, İstanbul 1982, s. 275–319

ZIEGLER, Hans Berndt: "Personale Abgrenzungskriterien beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter", JuS 1979, s. 328–331

ZIEGLTRUM, Anna: Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, Frankfurt a.M. 1991

K I S A L T M A L A R

| | |
|------------|--|
| AcP | : Archiv für die civilistische Praxis |
| Allg.Einl. | : Allegemeine Einleitung |
| Anh. | : Anhang |
| Art | : Artikel |
| Aufl | : Auflage |
| Bd | : Band |
| BGB | : Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu) |
| BGH | : Bundesgerichtshof |
| BGHZ | : Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BK | : Borçlar Kanunu |
| bkz | : bakınız |
| DB | : Der Betrieb |
| dpn | : dipnotu |
| Einl. | : Einleitung |
| FS | : Festschrift |
| HD | : Hukuk Dairesi |
| JherJb | : Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts |
| JuS | : Juristische Schulung |
| JZ | : Juristenzeitung |
| karş | : karşılaştırınız |
| m | : madde |
| MDR | : Monatsschrift für Deutsches Recht |
| MHAD | : Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi |
| MK | : Medeni Kanun |
| NJW | : Neue Juristische Wochenschrift |
| N | : kenar numarası |
| OR | : Obligationenrecht (Borçlar Kanunu) |
| örn | : örneğin |
| RG | : Reichsgericht |
| RGZ | : Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| s | : sayfa |
| SJZ | : Schweizerische Juristenzeitung |
| TTK | : Türk Ticaret Kanunu |

| | |
|--------|---|
| vd. | : ve devamı |
| Vorbem | : Vorbemerkungen |
| Y | : Yargıtay |
| YD | : Yargıtay Dergisi |
| YHGK | : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu |
| YKD | : Yargıtay Kararları Dergisi |
| ZGB | : Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu) |

FACTORING SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER

Mustafa ATEŞ (*)

• **ANLATIM DÜZENİ** : Giriş. §1- Factoring'in Tanımı ve Fonksiyonları. §2- Factoring Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler. A- Genel Olarak. B- Gerçek Factoring'e Uygulanacak Hükümler. C- Gerçek Olmayan Factoring'e Uygulanacak Hükümler. §3- Factoring Sözleşmesine Uygulanacak Diğer Mevzuat Hükümleri. A- Türk Ticaret Kanunu. B- Kambiyo ve Bankacılık Mevzuatı. C- Ödünç Para Verme Mevzuatı. D- Vergi Mevzuatı §4- S o n u ç.

GİRİŞ

En genel anlamıyla factoring; bir kişinin, (ki bu kişi genellikle bir işletmedir) bir başka kişideki alacağının factoring işini meslek edinmiş firma tarafından bedeli avans olarak ödenmek suretiyle satın alınmasıdır. Kısaca denilebilir ki factoring sözleşmesi; alacaklının, borçlusundaki alacağını muayyen bir bedeli peşinen almak suretiyle factor denilen diğer bir kimseye devretmesidir. Ancak, bu sözleşme sadece muayyen bir alacağın satımını ihtiva etmez. Buna ilaveten borcun ödenmeme riskinin üstlenilmesi ve alacağın tahsilini hedef alan (takip vetahsil gibi) bir takım hizmetleri de kapsamaktadır. Bu sebeple factoring sözleşmesi sadece satım veya alacağın temlikli sözleşmeleri gibi düşünülmemelidir. Zira, bu işlem birden ziyade işlevlerin bir arada gerçekleştirilmesini sağlayan komple bir hukuki işlemdir.

Çok yönlü ve çeşitli işlevleri ihtiva eden bu sözleşme, oldukça eski bir tarihçeye sahip olmasına karşılık, içinde bulunduğumuz asırda modern bir finansal araç olarak hemen bütün gelişmiş ülkelerde yaygın bir kullanım alanına kavuşmuştur. Ülkemizde ise, 80'li yılların sonuna doğru uygulanmaya başlanmıştır.

(*) Ankara Barosu Eski Avukatlarından.

Bu sebeple, factoring işleminin ülkemiz açısından arzettiği ehemmiyet gün geçtikçe artmakta ve bu konu modern bir finansman aracı olarak iktisatçılar ve işletmecilerin ilgisini çektiği kadar, çeşitli akitlerin unsurlarından meydana gelen komple bir borçlar hukuku muamelesi olarak da hukukçuların dikkatini zorlamaktadır. Bunun sonucu olarak, özellikle batı aleminde son 30 küsür yıldır factoring muamelesi üzerine, gerek iktisatçı işletmecilerce gerekse hukukçular tarafından çok sayıda incelemeler yapılmıştır. Ülkemiz de ise ancak son bir kaç yıldır bu konu üzerinde incelemeler yapıldığını görmekteyiz.

Dünya factoring işlem hacmi, 1991 yılı itibariyle (yurtiçi+uluslararası) 270 milyar Dolara yaklaşmaktadır. 1992 tarihi itibariyle Türkiye'nin toplam factoring işlem hacminin 500 milyon Amerikan Doları'na ulaştığı dikkate alınır (*), bu konunun hiç de ihmal edilmemesi gereken bir konu olduğu kolaylıkla anlaşılacaktır. Diğer yandan Ülkemizde, şu anda 60 dolayında firmaya factoring işlemi yapması için müsaade verilmiş bulunmaktadır. Bu sebeplerden dolayı biz de Ülkemiz açısından son derece önem kazanmakta olan factoring işlemine bir hukukçu gözüyle bakmayı uygun gördük.

Ancak bu incelemenin konusu, factoring işlemine uygulanacak mevzuat hükümlerinin tespiti ile sınırlandırılmıştır. Konunun, ülkemiz açısından yeni sayılmasına rağmen büyük bir rağbet gördüğü gözönüne alınır, factoringle ilgili ihtilaflar kısa bir müddet zarfında mahkemelerin önüne gelecektir. Bu sebeple, ülkemizde mahiyeti yeterince bilinmeyen bu müesseseye uygulanacak mevzuat hükümlerinin tespitinde büyük bir fayda mülâhaza etmekteyiz.

Ş 1. FACTORING'İN TANIMI VE FONKSİYONLARI

Bu incelemenin konusu, factoring işlemine uygulanacak mevzuat hükümleri olduğundan, konunun sadece mevzuat yönüne değinilecektir. Ancak, factoringe uygulanacak hükümlerin tespiti, öncelikle bu işlemin niteliğinin tespitini gerektirmektedir. Diğer bir deyimle "Factoring Sözleşmesi" adı altında herhangi bir hukuki müesseseye halen yürürlükte bulunan mevzuatta yer verilmediğinden, bu işlemin niteliğinin, uygulama tarzının tahlili suretiyle tespitinden sonra, uygulanacak hükümlerin belirlenmesi gerekir.

(*) EMEK, Uğur: Kamu iktisadi Teşebbüslerinde Yeni Finansman Yöntemlerinin Uygulanabilirliği – Finansal Kiralama, Factoring–DPT Yayını 1994, Sh. 97.

Yabancı doktrinde ve son bir kaç yıldır da ülkemizde factoring işleminin niteliği ile ilgili araştırma ve incelemeler yapılmıştır. Bu incelemeler sonucunda, bu işlemin fonksiyonlarından hareketle factoring sözleşmesinin tanımları yapılmaya çalışılmıştır. Biz konunun daha detayına girmeden genel olarak factoringi en iyi ifade ettiğine inandığımız bir tanım şekline burada yer vermekle yetineceğiz.

"Factoring, factor tarafından, müşterinin üçüncü şahıs borçlu karşısındaki mal (emtia) tesliminden veya işgörme/hizmet ediminden ileri gelen alacaklarını, karşılığını (bedelini) alacağın tahsili zamanından önce avans (peşin) olarak ödeyerek, alacağın tahsil edilememesinin (borçlunun ödemeye müktedir olamamasının) riskinin ve müşteri için, borçlunun muhasebesinin tutulması, ihtar işlemleri gibi işgörme/hizmet edinmelerinin üstlenilmesi suretiyle devir ve satın alınmasıdır" (1).

Yukarıdaki tanımdan anlaşıldığına göre, factoring üç köşeli bir hukuki işlemidir. Bu işlemde; factoring kurumu, bu kurumun müşterisi durumunda olan firma ve üçüncü şahıs borçlu bulunmaktadır. Factor, müşterinin üçüncü şahıs borçluda bulunan alacaklarını, bu alacakların vadesinden önce bir avans ödeyerek satın almakta ve buna ilaveten alacaklarla ilgili diğer işlemleri (muhasebe, takip ve tahsil gibi işlemler) yerine getirmektedir.

Factoring işleminin genellikle üç temel işlevinden sözedilir. Bunlar; finansman, işgörme ve ademi ifa (ödmeme) riskinin üstlenilmesidir. Factoring işlemi ile, müşteri durumundaki şahıs, borçlusu karşısındaki alacaklarının karşılığını (genellikle %90'nını) factordan avans olarak almak suretiyle bir finansman sağlamaktadır. Aynı şekilde, factor de avans vermek suretiyle devraldığı müşteri alacaklarının vadesinde tahsili için gerekli işlemleri (borçluların muhasebesinin tutulması ihtar ve tahsil işlemleri, cebri icra gibi) yapmayı da üstlenerek müşterisi lehine işgörmektedir (hizmet fonksiyonu). Ancak bu işlemler için "factoring harcı" denen ve genellikle alacağın fatura değerinin %50'si ile % 25'i arasında bir komisyon almaktadır. Ve nihayet bazan da factor, müşterinin borçludaki alacağının ödenmemesi riskini de üzerine alarak bir nevi alacağın garantörlüğünü üstlenmektedir (teminat fonksiyonu).

(1) KOCAMAN, B. Arif: Factoring İşleminin Hukuki Niteliği, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Ankara, 1992, sh. 21; Diğer bazı tanımlar için bkz. TUNCER, S.: Dünyada ve Türkiye'de Factoring, Factoring ve Türkiye'deki Uygulamaları Semineri, İktisadi Araştırmalar Vakfı, İst. 1991, sh. 16.

Factoring uygulaması, ödememe riskinin factorce üstlenilip üstlenilmesine göre ikiye ayrılmaktadır. Eğer factor 3. şahıs borçlunun ödememe riskini üstleniyorsa "gerçek factoring"den, üstlenmiyorsa "gerçek olmayan factoring"den söz edilmektedir. (2). Böyle bir ayırımın yapılması, bu işleme uygulanacak hükümler bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Zira, ödememe riskinin factor tarafından üstlenilmesi veya üstlenilmemesi meselesi, factoring işleminin hukuki niteliğinin tespitinde önemli bir tartışmaya ve bu konuda değişik görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur.

Biz burada bu teorik tartışmalara girecek değiliz. Ancak, şu kadarını belirtelim ki, Alman, İsviçre ve Türk hukuk doktrininde gerçek ve gerçek olmayan factoringle ilgili olarak kabul edilen görüşler çerçevesinde, özellikle Türk hukuku yönünden factoring işlemine uygulanacak kanun hükümlerini tesbit etmeye çalışacağız.

Ş FACTORING SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER

A- Genel Olarak

Daha önce de temas edildiği gibi Ülkemizde bir hukuki muamele (sözleşme) olarak factoring işlemini düzenleyen herhangi bir kanun veya kanun hükmü bulunmamaktadır (3). Bu durum, yani factoring işleminin bir kanun hükmü ile düzenlenmesinin gerekli olup olmadığı, hukukçular arasında ciddi tartışmalara sebep olmaktadır. Bu konuda iki zıt görüş ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, factoring işlemi belli bir yasal çerçeveye kavuşturulmalıdır. Zira, Ülkemizde factoringin yasal temelden yoksun olması, onun yasal bir tanımının yapılmamış olması, konunun pek çok ve karmaşık kavramlarla tanımlanmasına sebep olmakta, bu da factoring imajını olumsuz yönde etkilemektedir. (4). Diğer görüş taraftarlarına göre, factoring ile ilgili yasal düzenlemeye gerek yoktur. Bu işlem genel hükümler çerçevesinde yürütülebilir. Bugün factoringin yoğun bir şekilde uygulandığı batı ülkelerinde de durum bu merkezdedir. (5). Kanaatimizce factoring işleminin kanunca düzenlenme-

(2) Ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAMAN, sh. 39-48.

(3) Ancak sadece 27.6.1994 gün ve 21973 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 545 sayılı KHK'de, factoring şirketlerinin kuruluş ve faaliyetleri ile denetlenmelerinin tabi olduğu hükümlere yer vermiştir.

(4) EMEN, İsmail: Factoring ve Geleceği, Factoring, (Dünya Gazetesi'nin ekidir) 17.8.1992, sh. 2; TUNCER, sh. 26.

(5) KOCAMAN, 130; UYAR, Alper: Factoring, (Dünya Gazetesi'nin ekidir) 9.8.1993, sh. 3.

sine lüzum yoktur. Zira, borçlar hukukunun akit serbestisi prensibi gereğince taraflar diledikleri tipte sözleşme yapmak yetkisini haiz olup, bu işlemin de ayrı bir sözleşme tipi olarak kanunda yer almasına lüzum ve ihtiyaç yoktur.

Bugün Ülkemizde factoringle ilgili bir yasal düzenleme bulunmadığına göre, bu sözleşmenin hukuki mahiyetine ne ad verilecektir? Bu sorunun cevabı yeterince tartışılmış ve genel olarak factoring işleminin tatbik tarzına göre iki esaslı görüş ortaya çıkmıştır. Buna göre Almanya'da öğreti ve uygulamada hakim görüşe göre, factoring işlemi bir "karma" akit (6). Aynı şekilde İsviçre/Türk hukukunda da Almanya'daki hakim görüş etkisinde kalınarak çoğunlukça kabul edilen görüşe göre, factoring sözleşmesi çeşitli sözleşmelerin unsurlarını bünyesinde toplayan "karma tipli" bir sözleşmedir (7).

Öğretide karma akit kavramı "kanunun çeşitli akit tiplerinde öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya gelmesi ile vücut bulan akitler" şeklinde tanımlanmaktadır (8). Şu halde, factoring de bir karma akit olduğuna göre, factoringe uygulanacak hükümler, karma akde uygulanacak hükümlerin tespitinde olduğu gibi tespit edilecektir.

Karma akitlere uygulanacak hükümlerin tespiti konusunda değişik nazariyeler ortaya atılmıştır (9).

18. ve 19. yüzyılda hakim olan bir görüşe göre, karma akitlere, unsurunu taşıdıkları akit tiplerine ilişkin özel hükümlerin hiç birisi kıyas yoluyla dahi uygulanmamalı; bunlara ilişkin meseleler borçlar hukukunun genel hükümlerine göre çözümlenmelidir. Bu görüş hâkimin karar özgürlüğünü aşırı derecede tahdit ettiği gerekçesi ile terkedilmiştir. İkinci görüş ise, "imtisas (soğurma) kuramı" olarak adlandırılmakta olup, hâkimin hangi tipe ait unsur daha önemli ise, karma, akde o tipe dair hükümleri uygulaması gerektiğini savunur. Bu görüş de tarafların akdin içeriğini serbestçe tayin hususundaki özgürlüklerine ters düştüğü gerekçesiyle İsviçre Federal Mahkemesi'nce reddedil-

(6) KOCAMAN, 50-51.

(7) KOCAMAN, 81-86; AKYOL, Şener: Borçlar Hukuku, (Özel Borç İlişkileri), I. Fasikül, İst. 1984, sh. 12-13; ÖZAKMAN, Cumhuriyet: Factoring Sözleşmeleri, İst. 1989, sh. 56.

(8) TANDOĞAN, H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 3. bası, Ankara 1984, sh. 67.

(9) Bu nazariyelerle ilgili olarak bkz. KUNTALP, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, sh. 144-152; TANDOĞAN, sh. 71-72.

miştir (10). Üçüncü görüş ise, karma akitte her edime ait olduğu akit tipine dair hükümlerin uygulanması gerektiğini savunur. "Birleştirme (terkip) kuramı" olarak adlandırılan bu görüş, Yargıtay (11) tarafından da benimsenmiş olmakla birlikte, karma akdi oluşturan unsurların ayrı ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımadıkları için, karma akdin bu unsurların basit bir toplamından ibaret olmayıp bir sentezinden ibaret olduğu ileri sürülerek, çeşitli unsurların ait oldukları tiplere ilişkin hükümlerin birbirinden farklı ve hatta birbiriyle çelişme halinde olabileceği gerekçesiyle eleştiri konusu olmuştur. Karma akitlere uygulanacak hükümlerin tespiti konusundaki son görüş "kıyas" görüşüdür. Buna göre, karma akitler kanunen düzenlenmemiş olduğundan, bu akitlere herhangi bir kanun hükmü doğrudan doğruya değil ancak kıyasen uygulanabilir. Bundan dolayı da hâkim, karma akdin gayesi ve tarafların karşılıklı menfaatinin adilane bir şekilde nasıl bağdaştırılabileceğini gözönünde tutarak; karma akdin unsurlarının ait olduğu tiplere dair hükümleri kıyasen akde tatbik etmeli, gerekirse bir tipe ait çözüm yolunu tercih edebilmelidir. Veya akit tiplerini bir tarafa bırakarak (gerekliyse) borçlar hukukunun genel esaslarına müracaat edebilmeli, yine de çözüme ulaşamadıysa MK. md. 1'deki kural gereğince örf ve adete başvurmalı, sonra da kendisi bir kanun koyucu olsa idi o olaya nasıl bir çözüm getirecekti ise ona göre kararını vermelidir (12).

Türk hukukunda factoring işlemine uygulanacak hukukun tespitinde bazı hukukçular kıyas görüşünü, bazıları da birleştirme görüşünü savunmaktadır. Nitekim, ÖZAKMAN kıyas görüşünü savunmakta ve "karma muhtevalı bir sözleşme olan factoring sözleşmelerinde de gerek factor gerekse müşterinin yükümlülüklerine uygulanacak hüküm bu şekilde tesbit edilerek, tipik akidlere ilişkin hükümlerden kıyasen yararlanılamaması halinde hakim Medeni Kanununun 1. maddesi hükmündeki sırayı izleyerek sözleşmeye uygulanabilecek bir hüküm öngörecektir" (13) demektedir. KOCAMAN ise, factoring sözleşmesine uygulanacak hükümlerin "birleştirme kuramına" göre tespit edileceğini, ancak factoringin niteliğiyle bağdaşmayan hükümlerin uygulanmasından kaçınılması gerektiğini, bunun yerine hakimin MK. md. 1'deki imkandan yararlanarak hukuk yaratması fikrini savunmaktadır (14).

(10) KUNTALP: sh. 127.

(11) HGK'nun 9.6.1982, E. 79-15-1613/K. 82-565 sayılı kararı için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, C. VIII, S. 10, sh. 1385.

(12) TANDOĞAN, sh. 72; KUNTALP, sh. 126-141.

(13) ÖZAKMAN, sh. 62.

(14) KOCAMAN, sh.130.

ÖZAKMAN'ın savunduğu kıyas görüşü, birleştirme görüşünün açıklanan mahzurlarından dolayı, bizce de isabetli görülmektedir. Ancak bu görüşlerden hangisini benimsersek benimseyelim, factoring işlemine uygulanacak kanun hükümleri, bu işlemin tatbikatta rastladığımız şekillerine göre farklı olacaktır. Şimdi bir factoring işleminin gerçek ve gerçek olmayan ayrımına göre tabi olacağı kanun hükümlerini biraz daha somut olarak ortaya koymaya çalışacağız.

B – Gerçek Factoringe Uygulanacak Hükümler

Sürekli bir borç ilişkisi doğuran ve karma muhtevalı bir sözleşme niteliğinde bulunan factoring sözleşmesi, bir genel nitelikte çerçeve sözleşme ile bu çerçeve içinde yer alan münferit borçlar hukuku işlemlerinden oluşmaktadır. Daha önce de değinildiği gibi, gerçek factoring, factoring işleminin kredi (finansman), işgörme ve ödememe riskinin üstlenilmesi (teminat) işlevleri ihtiva etmekte ve bu sonuncu özelliği dolayısıyla gerçek factoring olarak nitelendirilmektedir. İşte hakim görüşe göre, gerçek factoringin alacağın temlikine temel teşkil eden causa (münferit) işlemleri "satım akdi" olarak nitelendirilmektedir. Böylece çerçeve sözleşmenin borçlandırıcı kısmı "satım" ve "işgörme" unsurundan oluşan karma bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Alacağın temlik işlemleri, yani çerçeve sözleşmenin tasarruf işlemleri kısmı ise, "ifa" işlemleri niteliğinde mütalaa edilmektedir (15).

Bunun sonucu olarak, gerçek factoring işlemine uygulanacak hükümler, karma muhtevalı sözleşmenin içerdiği her bir unsurla ilgili sözleşmelerin tabi olduğu Borçlar Kanunu hükümleridir. Bu sözleşmelerin hükümleri, birleştirme kuramına göre doğrudan, kıyas kuramına göre kıyasen gerçek factoring işlemine uygulanacaktır. Bu durumda, gerçek factoringde satım unsuru yönünden Borçlar Kanununun satım akdine ilişkin 182 vd. maddeleri ile alacağın temlikine ilişkin 169. maddesinin 1. ve 2. fıkraları uygulanacaktır (16). 169. maddede alacağın ivaz (bedel) karşılığında devri, yani alacak satımı düzenlenmiştir. Buna göre gerçek factoringde factor, müşteri firmanın üçüncü şahıs borçludaki alacaklarını, ödediği avans (peşin para) karşılığında satın almaktadır. Madde 169/1'e göre müşteri alacağın temlik zamanındaki mevcudiyetinden sorumlu olmakta, fakat 2. fıkraya göre borçlunun aczini taahhüt etmediği için (bilâkis bunu gerçek factoringde factor üstlendiğinden) borcun

(15) KOCAMAN, 107-108 ve 115.

(16) KOCAMAN, 130.

ademi tediyesinden mesul olmamaktadır. Gerçek factoring sözleşmesinin işgörme unsuru bakımından ise, Borçlar Kanununun vekalet akdine dair 386. maddesinin 2. fıkrası gereğince 386. madde ve devamı hükümleri uygulanacaktır (17).

C – Gerçek Olmayan Factoringe Uygulanacak Hükümler

Gerçek olmayan factoring de (gerçek factoring gibi) sürekli borç ilişkisi kuran karma muhtevalı bir akitir. Ancak bu işlem, gerçek factoringden "ademi ifa" riskinin factor tarafından üstlenilmemesi, bu riskin müşteride kalmasıyla ayrılmaktadır. Diğer bir deyimle "teminat" fonksiyonu gerçek olmayan factoringde söz konusu değildir. İşgörme işlevi ise her iki factoring işlemi açısından da ortak bir unsur olma özelliğini gösterir.

Hakim görüşe göre, gerçek olmayan factoring işleminde alacağın temlikine temel teşkil eden münferit sözleşmelerin (causa işlemlerinin) hukuki niteliği "atipik ödünç" olarak kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak gerçek olmayan factoringin borçlandırıcı kısmı "işgörme" unsuruyla birlikte "ödünç" unsurunu içeren "karma muhtevalı" bir sözleşmedir. Gerçek olmayan factoringde alacağın temliki, yani çerçeve sözleşmenin tasarruf işlemi kısmı ise "teminat" karakteri taşımaktadır (18).

Bu durumda gerçek olmayan factoring işlemine sözleşmenin ödünç unsuru bakımından, Borçlar Kanununun 306. maddesi ve devamında düzenlenen karz (ödünç) akdine ilişkin hükümler, işgörme unsuru bakımından ise gerçek factoringde olduğu gibi, Borçlar Kanunu'nun vekalet akdine ilişkin 386 vd. maddeleri hükümleri uygulanacaktır (19).

Ancak son olarak şu hususu da belirtelim ki, Borçlar Kanununun factoring işlemine uygulanacak sözkonusu hükümleri, factoringin niteliği ile bağdaştığı ölçüde uygulanacaktır. Aksi halde, hakim, bu hükümleri uygulamaktan kaçınarak Medeni Kanunun 1. maddesinde belirtilen yolu takip ederek önce örf ve adete göre karar verecek, bu konuda örf ve âdet de yoksa, ilmi ve kaza içtihatlarından da istifade ederek, kendisi kanunkoyucu olsa idi nasıl bir kaide koyacak idi ise, meseleyi ona göre çözecektir.

(17) KOCAMAN, 130.

(18) KOCAMAN, 130.

(19) KOCAMAN, 112-113 VE 117.

Ş3. FACTORING SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK DİĞER MEVZUAT HÜKÜMLERİ

Factoring işlemine, Borçlar Kanunu dışında uygulanacak diğer kanun hükümlerine de değinmek gerekir.

A- Türk Ticaret Kanunu

Bunlardan ilk olarak akla gelen Türk Ticaret Kanunudur. Acaba, TTK'nun bazı hükümleri factoring işlemine uygulanabilir mi Zira, alacağın temliki ile ilgili Borçlar Kanununun 172. maddesinde "Bazı hakların temlikine mahsus olarak kanunen muayyen olan hükümler bakidir" hükmü yer almaktadır.

Factoring işleminde, müşteri üçüncü şahıs borçludaki alacağını factoringden avans olarak devralmakta ve alacağa ilişkin fatura vs. belgeleri vadesi gelince tahsil edebilmesi için factore devretmektedir. Bu durumda, "factoring işleminde müşterinin üçüncü şahıs borçludaki alacaklarıyla ilgili faturaların factore devrinde TTK.daki kıymetli evrakın devri ile ilgili hükümler (md. 559 vd.) uygulanabilir mi " sorusu akla gelmektedir. Ancak bu soruya olumlu cevap verilmesi mümkün gözükmemektedir. Zira, TTK.nun 23. maddesinde "fatura" adı verilen ticari belge düzenlenmekle birlikte, bunun muhtevastaki hakların devir ve temlikine dair bir hüküm yer almamaktadır. Aynı şekilde Kanun'un kıymetli evrakla ilgili hükümleri arasında bir belge olarak faturanın kıymetli evrak olarak yer almadığı da görülmekte olduğundan, kıymetli evrakın cirosu ile ilgili 559 ve devamı maddelerin, faturaların devri hakkında uygulanması mümkün görülmemektedir. Netice itibariyle, faturadan doğan hakların devir ve temlikinde Ticaret Kanununu uygulamak mümkün olmayacağından bu konuda ancak Borçlar Kanunu hükümlerine müracaat edilebilecektir. (20).

B- Kambiyi ve Bankacılık Mevzuatı

Factoringle ilgili diğer bir mevzuat türü de kambiyi ve bankacılık mevzuatıdır.

Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkındaki 32 sayılı Karar hükümlerine göre, ihracat dövizlerinin en az %70'inin fiili ihraç tarihinden itibaren 90 gün içerisinde yurda getirilerek bir bankaya veya özel finans kuruluş-

(20) TUNCER, agt., 21.

larına satılması gerekmektedir. Bu takdirde geri kalan %30 bakiye üzerinde ihracatçı dilediği gibi tasarruf edebilmektedir. Buradaki, ihracat bedellerinin 90 gün içinde ülkeye getirilmesi zorunluluğu milletlerarası uygulamada factoringe tanınan 270 günlük süre ile uyumsuzluk göstermektedir (21). Bu sebeple, yapılacak yeni düzenleme ile bu sürenin milletlerarası factoring uygulamalarındaki süreye paralel hale getirilmesi daha isabetli olacaktır.

Bankalar Kanununda ise factoringle doğrudan ilgili olmayan hükümler yer almaktadır. Mesela, Kanunun 44. maddesinde "krediler ancak açıldıkları kişilere kullandırılabilir" hükmü düzenlenmiştir. Bu hüküm factorün ödememe riskini üstlendiği gerçek factoringde uygulanamayacak, ancak factorün ödememe halinde alacağı geri yüküleme hakkına sahip olduğu, diğer bir deyimle ödememe riskinin üstlenilmediği gerçek olmayan factoringde uygulanabilecektir (22).

C- Ödünç Para Verme Mevzuatı

Ödünç para verme işlemlerini düzenleyen 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) hükümlerine göre, gerçek ve tüzel kişiler izin ve ruhsat almak şartıyla ödünç para verme işleriyle iştigal edebilirler. Bunlara da "ikrazatçı" denilir. Bu KHK factoring işlemiyle doğrudan alakalı olmadığı halde sözkonusu KHK'nin kanunlaşması amacıyla TBMM Plan ve Bütçe Komisyonuna sunulan tasarıda bu işlem "ikrazat ortaklığı" şeklinde adlandırılarak düzenleme kapsamına dahil edilmiştir (23). Ancak daha sonra bu tasarı Hükümetçe yeniden ele alınarak 27.6.1994 günlü Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulan 545 sayılı KHK ile yeniden düzenlenmiş ve factoringle ilgili ilk yasal düzenlemeleri bu KHK'da yer verilmiştir. KHK'nin 3 (c) maddesinde, factoring şirketi "mal ve hizmet satışlarından doğmuş veya doğacak alacakları temellük ederek, tahsilini üstlenen bu alacaklara karşılık ödemelerde bulunarak finansman sağlayan şirketler" şeklinde tanımlanmıştır. KHK'da ayrıca factoring şirketlerinin kuruluşu ve faaliyetleri (md.12) ile yapamayacağı işler (md. 13/III) ve denetimlerine (md.14) ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

(21) TUNCER, 22.

(22) ERDEMOL, Halûk: Factoring ve Forfaiting, İst. 1992, sh. 60.

(23) Ödünç Para Verme İşleri Hakkında 90 sayılı KHK ile Adalet ve Plan Bütçe Komisyonları Raporları (1/9), TBMM, Dönem: 19, S. Sayısı: 180, 6.10.1993.

Şu halde, factoring şirketlerinin kuruluş ve faaliyetleri ile ilgili olarak 27.6.1994 tarih ve 545 sayılı KHK hükümleri uygulanacaktır. Daha önce kurulan factoring şirketleri ise bu KHK'nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde durumlarını bu KHK'ye intibak ettirmek zorundadırlar (KHK geçici md. 3)

D- Vergi Mevzuatı

Factoring işlemine uygulanacak vergi mevzuatı ile ilgili tereddütler tam olarak giderilmiş değildir. Gerçi Maliye Bakanlığı'nın 29.5.1991 tarihli bir Tebliği ile factoringle ilgili faiz, komisyon ve harçların Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisine tabi olması gerektiği ifade edilmiş ise de bu görüş factoringin gerçek-gerçek olmayan ayrımını dikkate almamaktadır. Bunun sonucu olarak factoring işlemi Bankalar Kanunu kapsamına giren bir bankacılık işlemi gibi mütalâa edilmektedir. Oysa, yukarıda da açıklandığı üzere factoring işlemi ne Bankalar Kanunu anlamında bir kredi işlemi, ne de ödünç verme mevzuatı anlamında bir ödünçtür. Bu sebeple factoringle ilgili vergi uygulamaları tespitinin işlemin hukuki niteliğinin de gözönünde alınarak yapılması gerekir. Diğer yandan bu işlem Damga Vergisine de tabi tutulmaktadır. Ancak, Damga Vergisinin nispi olarak mı, yoksa maktu olarak mı uygulanacağı konusunda tereddüt bulunmaktadır. Zira, Damga Vergisi Kanununa göre (md.10); nispi vergi, vergiye tabi kağıtta yazılı bulunan muayyen meblağ üzerinden; maktu vergi ise kağıtların niteliği esas alınarak uygulanmaktadır. Factoring sözleşmesi sadece mevcut alacakların temlikini konu edinmez; gelecekteki alacakları da konu edinebilir. Bu durumda, damga vergisinin nispi mi, yoksa maktu olarak mı uygulanacağı meselesine bir açıklık getirilmesi gerekmektedir.

Ş4. S O N U Ç

Sürekli borç ilişkisi doğuran karma muhtevalı bir çerçeve akit niteliğinde olan factoring sözleşmesi, işlemin tarzına göre ya alacağın temlikine ilişkin hükümlere ya da karz sözleşmesinin hükümlerine tabi olmaktadır. Hem gerçek, hem de gerçek olmayan factoringde müşterek unsur "işgörme unsuru" olduğundan BK'nun vekalet sözleşmesine dair hükümleri her iki işlem tarzı için de kıyasen uygulanır. Ancak unutmamak gerekir ki, uygulanacak bu hükümler karma bir akit olan factoring sözleşmesinin niteliğiyle bağdaşmalıdır. Aksi halde bu hükümler uygulanmamalı, bunun yerine gerekirse Borçlar Kanununun genel hükümlerine müracaat edilmelidir. Yine de çözüm sağlanamazsa hâkim, Medeni Kanunun 1. maddesi gereğince meseleyi hal tarzına bağlamaktadır.

Bugün için biz de factoringle ilgili ayrıca bir yasal düzenlemenin gerekli olduğu düşüncesine katılmıyoruz. Zira, borçlar hukukunun temel prensiplerinden birisi de akit serbestisidir. Bu prensip gereğince taraflar bir akti yapmaya veya yapmamaya zorlanmayacağı gibi, akit yapılması halinde bu akdin kanunda düzenlenmiş akit tiplerinden birisine uygun olarak yapılması için de zorlanamaz. Nitekim, hukukumuzda kapıcı sözleşmeleri, ev kirasız-para faizsiz sözleşmeleri, arsa karşılığı kat yapımı sözleşmeleri, pansiyon, hastane, otelcilik ve dışçı sözleşmeleri de birer karma akit kabul edilmekte ve bunların hiç birisi ile ilgili bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Buna da ihtiyaç yoktur.

Son olarak belirtelim ki, factoring şirketlerinin kuruluş ve faaliyetleri ile ilgili olarak 545 sayılı Kanun Hükmünde Kararname düzenlemeyi de çok olumlu bulmaktayız. Zira bu alanda büyük bir boşluk sözkonusu idi ve bundan dolayı da Factoring Şirketleri ile ilgili olarak önemli tereddütler görülmekte idi. Sözkonusu KHK bu tereddütleri büyük ölçüde gidermiş bulunuyor. Ancak özellikle kambiyo, bankacılık ve vergi mevzuatı açısından bir takım boşlukların bulunduğu da bir gerçektir. Aynı şekilde, factoringle ilgili diğer bazı işlemlerde uygulamada karşılaşılan yasal boşlukların, bu işlemin ülkemizde daha da geliştirilmesini sağlayacak şekildeki düzenlemelerle doldurulması gerektiğine inanıyoruz.

—oOo—

KAYNAKLAR

- AKYOL, Şener: Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), I. Fasikül, İstanbul 1984.
- EMEK, Uğur: Kamu İktisadi Teşebbüslerine Yeni Finansman Yöntemlerinin Uygulanabilirliği – Finansal Kiralama, Factoring–, DPT Uzmanlık Tezi, Mayıs 1994.
- EMEN, İsmail: Factoring ve Geleceği, Factoring, (Dünya Gazetesi Eki), 17.8.1992.
- ERDEMOL, Haluk: Factoring ve Forfaiting, İstanbul 1992.
- KOCAMAN, Arif: Factoring İşleminin Hukuki Niteliği, Ankara 1992.
- KUNTALP, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971.
- ÖZAKMAN, Cumhuriyet: Factoring Sözleşmeleri, İstanbul 1989.
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri C.II/1, 3. bası, Ankara 1984.
- TUNCER, Selahattin: Dünyada ve Türkiye'de Factoring, Factoring ve Türkiye'de Uygulamaları Semineri, İktisadi Araştırmalar Vakfı, İstanbul 1991, sh. 15-27.
- UYAR, Alper: Factoring (Dünya Gazetesi Eki), 9.8.1993.

TÜRK TİCARET KANUNU VE VERGİ USUL KANUNUNDA TİCARİ DEFTER VE BELGELERİN SAKLANMASI VE ZİYAI

Fevzi YARBAŞ (*)

● **ANLATIM DÜZENİ** : Giriş. I- Defter ve Belgelerin Saklanması. A- Türk Ticaret Kanununa Göre Defterlerin Saklanması. 1- Genel Olarak Saklama Mecburiyeti. a- Saklama İle Yükümlü Olanlar. b- Saklanması Mecburi Olan Defter ve Belgeler. c- Saklama Süresi. 2- Özel Durumlarda Saklama. a- Gerçek Kişi Tacirlerde. b- Tüzel Kişilerde. B- Vergi Usul Kanununda Defter ve Belgelerin Saklanması. 1- Genel Olarak Saklama Mecburiyeti. 2- Defter ve Belgeleri Saklama Mecburiyetine Uymamanın Müeyyidesi. II- Defterlerin Ziyai. A- Türk Ticaret Kanununda Defterlerin Ziyai. B- Vergi Usul Kanununda Defterlerin Ziyai. S o n u ç.

GİRİŞ

Her tacir, muamelelerinin genişlik, mahiyetini ve neticelerini bilmek zorundadır. Bir ticari teşebbüsün mameleki durumunun, geçmişte yaptığı faaliyetlerin tam ve doğru olarak bilinmesi, teşebbüsün yönetilmesi ve yönlendirilmesi hususunda doğru kararların alınabilmesi, teşebbüsün faaliyetleriyle ilgili ortaya çıkabilecek ihtilafların ispatı, en kolay şekilde, muhasebe usulüne uygun olarak tutulmuş ticari defterlerle mümkün olabilir.

Aynı şekilde tacirler, hesap dönemi sonunda vergi öderler. Vergi Usul Kanununda, vergi borcunun belirlenmesinde beyan esası kabul edilmiştir. İhtilaf halinde beyanın doğruluğu vergi borcunun matrahı en etkin şekilde ve doğru olarak ticari defterler incelenerek belirlenir.

Yine ticari defterler ve belgeler elde olmayan sebeplerden dolayı zayı olabilirler. Bu durumda yükümlü, Türk Ticaret Kanununun ve Vergi Usul Ka-

(*) Mazgirt Hâkimi.

nunun kendisine yüklediği sorumluluktan hangi hallerde kurtulabilir veya hut defter yükümlüsü, sorumluluktan kurtulmak için neler yapmalıdır? Bu hususların belirlenmesi tacirin sorumluluğunun ortaya konması bakımından önemlidir.

Bu itibarla, ticari defterlerin tutulması, saklanması ve ziyai; ticari ihtilafların ispatı yönünden ve vergi borcunun belirlenmesi yönünden büyük öneme haizdir.

Bu çalışma ile, ticari defter ve belgelerin saklanması ve ziyai konuları, Türk Ticaret Kanunu ve Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre ayrıntılı şekilde incelenmiş ve belirtilen konuların tacir bakımından taşıdığı önem belirtilmeye çalışılmıştır.

I- DEFTER VE BELGELERİN SAKLANMASI

A. Türk Ticaret Kanununa Göre Defterlerin Saklanması

1) Genel Olarak Saklama Mecburiyeti

Türk Ticaret Kanunu; tacirlere, ticari defterleri tutma ve saklama zorunluluğu (TTK. md. 68/1) ile birlikte, ticari işletmeleriyle ilgili olarak aldıkları ve verdikleri her türlü belgeleri düzenli olarak ve dosya halinde saklama zorunluluğu yüklemiştir (TTK. md. 68/1, 66/11).

a- Saklama İle Yükümlü Olanlar

Genel olarak, defter tutmakla yükümlü olanlar ve bunların işletmeye devam eden halefleri, ticari defterleri saklamaya mecburdurlar (TTK. md. 68/1). Saklanması mecburi olan defter ve belgelerin gereği gibi saklanması; gerçek kişilerde doğrudan doğruya işletme sahibi, tüzel kişilerde yönetim organı üyeleri ve tüzel kişiliği olmayan işletme teşekküllerde ise, onları idare etmeye yetkili olanlar sorumludur (1).

b- Saklanması Mecburi Olan Defter ve Belgeler

Saklama mecburiyetini düzenleyen TTK. md. 68/f.1 hükmünde defterler ile diğer hesap ve kağıtlardan söz edilmektedir. Söz konusu maddede, "defterler" denilerek, hangi defterlerin saklanacağı hususu açıklanmamıştır. Fa-

(1) Ulusoy, 291.

kat saklanması mecburi defterlerin belirli zorunlu defterler, belirsiz zorunlu defterler ve ihtiyari defterlerden ibaret olduğu kabul edilmektedir (2).

Saklanması mecburi olan diğer hesap ve kağıtlar ise, TTK. md. 66/11'de belirtilmişlerdir. Buna göre tacirler, işletmeyle ilgili işler dolayısıyla yazdıkları ve aldıkları mektup, yazı, telgraf, faks, fatura, cetvel, senet gibi belge ve kağıtlarla ödemelerini gösteren belgeleri, sözleşmeleri, taahhüt, kefalet ve diğer teminat senetlerini ve mahkeme ilamı gibi belgeleri düzenli bir şekilde ve dosya halinde saklamaya mecburdurlar (3).

c- Saklama Süresi

Saklama süresi on yıldır. On yıllık saklama süresi, ticari defterlerde son kayıt tarihinde, saklanması zorunlu diğer hesap ve kağıtlarda, bu belgelerin düzenleme tarihinde başlar (TTK. md. 68/1).

2) Özel Durumlarda Saklama

Özel durumlarda saklama mecburiyeti, gerçek kişi tacirler ile tüzel kişi tacirler bakımından farklı düzenlenmiştir.

a- Gerçek Kişi Tacirlerde

Gerçek kişi tacirin ölümü halinde mirasçıları ve ticareti terketmesi halinde kendisi, defter ve belgeleri on yıl süreyle saklamak zorunludur. Mirasın resmî tasviyesi halinde, aynı süre için defter ve belgeleri saklamak zorunluğu sulh mahkemesine aittir (TTK. md. 68/1).

b- Tüzel Kişilerde

Kollektif ve adi komandit ortaklıkların infisahında, defterler mahkeme tarafından on yıl süre ile saklanmak üzere ortaklardan birine tevdi olunur (TTK. md. 68/3c.1). Mahkemenin, saklanmak üzere defterleri ortakların birine tevdi kararı temyiz edilemez (4).

Diğer ortaklıkların, yani hisseli komandit, limited ve anonim ortaklıkların infisahında ise, ortaklığa ait defterler ve belgeler mahkeme tarafından notere tevdi olunur (TTK. md. 68/II).

(2) Doğanay, 6-7; Mimaroglu, 442; Özdemir, 170.

(3) Arkan, 102; Ulusoy, 289-290.

(4) Mimaroglu, 443.

3) Defter ve Belgeleri Saklama Mecburiyetine Uymamanın Müeyyidesi

Defter ve belgeleri saklama mecburiyetine uymamanın cezai müeyyidesi yoktur. Ayrıca, hukuki bir müeyyidesinin olmadığı da doktrinde kabul edilmektedir (5). Ancak, tacirin defterlerini saklamamasının ileride açıklayacağımız üzere ispat hukuku bakımından önemli sonuçları vardır (TTK. md. 68/IV, 83/II).

B. Vergi Usul Kanununda Defter ve Belgelerin Saklanması

1) Genel Olarak Saklama Mecburiyeti

Defter tutmakla yükümlü olan mükellefler, tuttıkları defterler ile bu defterlerdeki kayıtlara ilişkin belgeleri, ilgili buldukları yılı takip eden takvim yılından başlayarak beş yıl süre ile saklamak mecburiyetindedir (VUK. md. 253).

Defter ve belgelerin saklama süresinin başlangıcı, defter ve belgelerin kullanıldığı veya ilgili bulunduğu yıldır. Bir başka deyişle, beş yıllık saklama süresi, defter ve belgelerin kullanıldığı veya ilgili bulunduğu yılı takip eden takvim yılından başlar ve beşinci yılın sonunda biter.

Beş yıllık saklama süresinin bitimi ile mükelleflerin, defter ve belgeleri saklama yükümlülükleri sona erer ve bu sürenin bitiminden sonra defterlerin ve belgelerin teslim ve ibraz edilmemesi ve sair sebeplerle mükellefe sorumluluk tevcih edilemez (6).

Defterlerin ilgili bulunduğu yıl tabiri, defterlerin tahsis edildikleri hesap döneminin; belgelerin ilgili bulunduğu yıl tabiri ise, belgelerin tarihinin rasla-
dığı yılı ifade eder (7).

(5) Karayalçın, 348; Mimaroğlu, 443; Atlı/Çevik, 135.

(6) "1968 takvim yılı işlemlerinin incelenmesi sonucunda incelemenin yapıldığı 1970 yılında, 1961-1962 yıllarına ait envanter defterlerinin incelenmeye ibraz edilmediğinden dolayı mükellef adına kesilen usulsüzlük cezasını; Vergi Usul Kanununun 253. maddesinde defterlerin ancak beş yıl süre ile muhafaza mecburiyetinde olduğunun belirtildiği, mükellefin 1961 ve 1962 yılları defterlerinin 1970 yılında muhafaza etmek mecburiyetinde olmadığı gerekçesiyle teyiz komisyonu kararının oybirliği ile onanmasına karar verilmiştir" Dan. 4. D. T., 14.12.1976, E. 1976/1717, K. 1976/3183.

(7) Eroğlu, 375.

VUK.'na göre, defter ve belgelerin saklama süresinin hesabında, defterlerin tahsis edildiği hesap dönemi ve belgelerin ilgili olduğu takvim yılını takip eden takvim yılı, başlangıç olarak esas alınır. VUK.'da genel esas bu olmakla beraber, amortisman kayıtları ve zarar mahsubu yapılması hallerinde, saklama süresinin başlangıç ânı farklılık gösterir. Buna göre:

Amortisman tabi iktisadi kıymetlerin iktisabı ile ilgili belgeler ve sözkonusu iktisadi kıymetler üzerinden önceki yıllarda ayrılmış amortisman kayıtları bakımından beş yıllık saklama süresi, bu iktisadi kıymetlerin amortismanlarının tamamen itfa edildiği yılı izleyen takvim yılından başlar.

Diğer taraftan, geçmiş yıllarla ilgili zarar mahsubu yapılan hallerde, zararın meydana geldiği yıl kayıtlarının ve mahsubun yapıldığı yıl kayıtlarının saklama süresinin sonuna kadar muhafaza edilmesi gerekir (8). Yani, zararın meydana gelmiş olduğu yıla ait defter ve belgeler, mahsup işleminin kaydedildiği defterlerin tahsis edildiği hesap dönemini takip eden takvim yılından başlayarak beş yıl süre ile saklanmak zorundadır.

Ayrıca, VUK.'na göre defter tutmak zorunda olmayan mükellefler de, VUK.'nun 232, 234 ve 235. maddeleri gereği olarak, saklamak mecburiyetinde oldukları fatura, gider pusulası ve müstahsil makbuzlarını, tarih sırası ile tanzim tarihini takip eden takvim yılı başından başlayarak beş yıl süreyle saklamaya mecburdurlar (VUK. md. 254).

2) Defter ve Belgeleri Saklama Mecburiyetine Uymamanın Müeyyidesi

VUK.'na göre defter tutmakla yükümlü olan gerçek ve tüzel kişilerin, saklama mecburiyetine uymayarak belirtilen beş yıllık saklama süresi içinde defter ve belgelerini ibraz etmemeleri hali, usulsüzlük cezası kesilmesini ve re'sen takdir yoluyla tarhiyat yapılmasını gerektirir (9). Hatta, duruma göre, ilgili mükellef hakkında kaçakçılık suçu cezası da hükmolunabilir (VUK. md. 30/3, 344/6, 359).

(8) Eroğlu, 376.

(9) "İlgili yıl defter ve belgelerini inceleme elemanına ibraz etmeyen mükellef adına re'sen salınan gelir vergisi ve kusur cezasını. Defter ve belgeleri kayıt nizamı yönünden incelenmek üzere istendiğine göre hesap dönemi içinde kayıt nizamı yönünden istenilen defter ve belgelerin ibraz edilmemesini, mahiyeti itibariyle usulsüzlük cezasını gerektireceği gerekçesiyle terkin eden teyiz komisyonu kararının bozulması istemiyle açılan davanın reddine karar verildi". Dan. 4; 22.12.1975 gün, E. 1975/1549, K. 1975/3385 (D. 4. Daire Kararları, 1. Kitap, 1975-1979, s. 395).

II- DEFTERLERİN ZİYAI

A. Türk Ticaret Kanununda Defterlerin Ziyai

Defter ve belgelerin, saklama süresi içinde, bunları saklamakla yükümlü olanların iradesi dışındaki sebeplerle tamamen ortadan kalkması veya kullanılamayacak veya faydalanılamayacak bir hale gelmesi uygulamada, tacirler arasında çıkabilecek bir ihtilafta, ilgili tacir ile vergi dairesi veya diğer kurumlar arasındaki ihtilaflarda büyük öneme haizdir. Bu bakımdan tacirin saklamakla yükümlü olduğu defter ve belgeler, yangın, su baksını, yer sarsıntısı veya bunlara benzer bir afet nedeniyle saklama süresi içerisinde ziyaa uğrarsa tacir, ziya keyfiyetini öğrendiği andan itibaren, onbeş gün içinde ticari işletmenin bulunduğu yerin yetkili mahkemesinden kendisine "Zayi belgesi" verilmesini isteyebilir (10).

Mahkeme, bu vesikayı vermeden önce gerekli gördüğü delillerin toplanmasını emredebilir (TTK. md. 68/4).

TTK.'da, defterleri zayi olmuş tacirin, ziya keyfiyetini ispat eden vesikayı kanunda belirtilen süre içerisinde almaması hali tacirin defterlerini ibrazdan kaçınma addedilmiştir (TTK. md. 68/4 c. 3) (11). Defterlerin ibrazdan kaçınma halini düzenleyen TTK. md. 86'ya göre bir ticari ihtilaf dolayısıyla taraflardan biri defter ve belgelerini ibraz etmek istemezse, defterleri düzenli olan tacirin birbirini teyit eden defterlerindeki kayıtlar, diğeri aleyhine delil olur. Bu sebeple tacirin, bu duruma düşmemek için yetkili mahkemeye müracaat ederek zayi vesikası alması gerekir (12). Zayi vesikası almak için kanunda belirtilen onbeş günlük süre (13) geçtikten sonra müracaat edenlerin talepleri red olunur. Onbeş günlük süre geçtikten sonra yapılan müracaat üzerine verilen zayi vesikası talep halinde mahkeme tarafından iptal edilebilir (14). TTK. md. 68/IV'de sayılan tabii afetler sınırlayıcı mahiyette değildir (15).

(10) Belgesay, burada bir mükellefiyetin söz konusu olduğu kanaatindedir (Belgesay, 7).

(11) Tacir sıfatına haiz olan davalı TTK. md. 68'e göre alınmış bir zayi vesikasını ibraz edemediği sürece, ticari defterlerini ibrazdan kaçınmış addolunur. TD., 21.12.1970 tarih, E. 1970/20902, K. 5297 (Doğanay, 292, dipnot 291).

(12) Doğanay, 7; Karayalçın, Muhasebe, 69.

(13) Onbeş günlük süre hak düşürücü süredir (11. HD., 1.7.1976, YKD., Temmuz 1978, 1152-1).

(14) TD., 7.8.1961 tarih, E. 281, K. 2345 (Batider, 1963, C. 2, S. 1, 118-119).

(15) Doğanay, 7; Arkan, 102.

Çünkü, kanunkoyucu "gibi" demek suretiyle bu üç tür tabii afet halinin yanında diğer tabii afet hallerinin de zayi vesikası alınmasını haklı kılabacak sebepler olarak kabul etmiştir. Bu sebeple, tacirin iradesi dışında meydana gelen her türlü tabii afet ve sosyal olaylar (işçi ayaklanmaları gibi) nedeniyle defter ve belgelerin zayi olması durumunda zayi vesikası isteyebilir (16). Hırsızlık ve nas-ı ızzar suçları dolayısıyla da zayi vesikası istenebilir (17).

Zayi sebeplerinin haklı olması ve zayi vesikası taleplerinin kabul edilebilir olması için tacirin, basiretli bir tacirde beklenen tüm tedbirleri almış olmasına rağmen defterlerin zayi olmuş olması gerekir. Bu sebeple, boş bir arsaya park edilen araç içinde bulunan ticari defterlerin çalınması (18) bisiklet arkasında taşınan defterlerin kaybedilmesi (19) hallerinde, basiretli bir tacirden beklenen dikkat ve özen gösterilmemiş sayılacağından zayi vesikası verilmesine ilişkin talebin reddi gerekir.

Diğer taraftan, ticari defter ve belgelerin kaybolduğu iddialarının samimi ve hayatın olağan akışına uygun olmaları (20) icabeder. Dolayısıyla inandırıcı olmayan sebeplere dayanan zayi vesikası talepleri reddolunur.

Zayi vesikası verilmesi "ihtilafsız kaza" işidir. Zayi vesikası verilmesi talebinin red edilmesi halinde, müracaatta bulunan redde ilişkin kararı temyiz edebilir (21).

Zayi vesikası kesin delil değildir. İhtilaf halinde, karşı taraf bu vesikaya rağmen defter ve belgelerin zayi olmadığını ispat edebilir (22).

(16) Karayalçın, 353; Arkan 102.

(17) Karayalçın, Muhasebe, 69; Doğanay, 7.

(18) 11. HD., 1.11.1988 tarih, E. 4960, K. 6318 (YKD., 1989, C. 15, S. 3, 369).

(19) 11. HD., 14.12.1981 tarih, E. 3909, K. 5409 (Doğanay, 380, dipnot 514).

(20) "...Davacıların naylon fatura kullandığının tespiti belirtilerek defterlerin tetkik için istenilmesinden bir hafta sonra bu yangının meydana gelmiş bulunmasına, davacılarının ticari defterlerini, bekçi kulubesinde muhafaza etmelerinin hayatın olağan akışına uygun düşmemesine göre, bu hususlar nazara alınıp iyiniyetli olmayan davacıların zayi belgesi verilmesi talebinin reddine karar verilmek gerekirken, yazılı olduğu şekilde ve gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bozulması gerekmiştir" (11. HD., 14.11.1988 tarih, E. 1988/1856, K. 1988/4724, YKD., Temmuz 1989, C. 15, S. 7, 976).

(21) Karayalçın, 353; Doğanay, 8-9.

(22) Karayalçın, 354.

Zayı belgesi davalarının hasımsız olarak görülüp karara bağlanmasının günümüz şartlarında ihtiyaca tam olarak cevap verdiği tartışmalıdır.

Zayı belgesi davalarında vergi dairesi ve Hazine'nin hasım olarak gösterilmeleri gerektiği yönündeki görüşlere karşı, zayı belgesinin kesin olmadığı ve ilgililerce bu belgeye rağmen defter ve belgelerin zayı olmadığına ispatının her zaman mümkün olduğu ileri sürülmektedir.

Günümüzde, tüm dünya ile birlikte ülkemizde de ahlâki bir buhran yaşanmaktadır. Ülke ekonomisinin, dünya ekonomisi ile uyumunu sağlamak iddiası ile, sosyal adalet ilkesi gözardı edilerek, sosyal ve toplumsal yapımıza uymayan, ülke dengelerini alt-üst eden, iktisadi sistemlerin uygulanması neticesinde, insani, ahlâki, millî değerlerimiz önemsiz addedilir, hatta tartışılır hale gelmiştir.

Yine aynı uygulamalar neticesinde ferdiyetçi, ve kişisel çıkarları için herşeyi yapabilecek ve "devlet ve millet menfaati" mefhumlarının pek kıymetsiz kabul edildiği insanlardan oluşan bir toplum oluşmuştur. Toplumumuzdaki bu olumsuz değişim, ülkemiz ticaret hayatında daha ileri boyutta gerçekleşerek ticaret hayatını düzenleyen örf ve âdet kurallarını "ticaret ahlâkını" hiçe sayan müteşebbisler ortaya çıkmıştır.

Ülkemiz şartlarında, defter ve belgelerin kendi aleyhine delil olmasını veya bir vergi incelemesini önlemek gayesiyle defterlerin yok edilmesi yoluna gidilmesi ve zayı belgesi almak kolaydır. Bu bakımında zayı belgesi davalarında, hem ilgili ikinci ve üçüncü kişilerin, hem de vergi dairesinin büyük yararı vardır, ayrıca ilgililerin zayı belgesinin iptali davasından ileri sücekleri iddialarını ilk davada ileri sürmelerine imkan vermek, zaman ve emekten tasarruf sağlayacağından "usul ekonomisinin" de gereğidir.

Belirttiğimiz gerekçelerle biz, zayı belgesi davalarına ilgililer, vergi dairesi ve Hazine'nin taraf olarak katılmaları sağlanmalıdır, kanaatindeyiz.

Kanunda belirtilen süre içinde zayı belgesini alan tacir, defter ve belgelerini ibrazdan kaçınmış sayılmaz, ayrıca defter ve belgelirin saklanmamasından doğan sonuçlar (taksirli iflas, VUK.'daki müeyideler gibi) zayı vesikası almış tacir aleyhine sözkonusu olmaz (23). Zayı vesikası almamış davacı tacire karşı davalı savunmasını kendi defterlerine dayanılarak ispat edebilmelidir (24).

(23) Karayalçın, Muhasebe 70.

(24) Mal karşılığı verildiği belirtilen bononun mal teslim edilmediğinin davalı defterine da-

B. Vergi Usul Kanununda Defterlerin Ziyai

Defter ve belgelerin saklanması süresi içinde, bunları saklamakla yükümlü olanların iradesi dışında meydana gelen herhangi bir sebeple tamamen ortadan kalkması veya kullanılamıyacak veya faydalanılamıyacak hale gelmesi halinin tesbiti, mükellef ile vergi dairesi arasında çıkabilecek ihtilafların giderilmesi bakımından çok önemlidir.

VUK.'da "sahibinin iradesi dışındaki sebepler dolayısıyla defter ve vesikaların elinden çıkmış bulunması" hali mücbir sebep sayılmıştır (VUK.md.13/1b.4).

Defter ve belgeleri saklamak zorunda olan mükellefler, defter ve belgelerin saklama süresi içinde; yangın, su baskını ve yer sarsıntısı gibi mücbir sebepler nedeniyle ziyaa uğraması durumunda, bu durumu öğrendikleri tarihten itibaren on gün içerisinde, işletmenin bulunduğu yer mahkemesine başvurarak kendilerine bir vesika verilmesini isteyebilirler. Zira mükellefler defter ve belgelerinin zayi olduğunu bir vesika ile ispat etmek zorundadırlar (25). Aksi halde, defter ve belgeler ibraz edilmemiş sayılır (TTK.md.68; VUK.md 13/4,30/3,253,344/6,359).

VUK.'da defter ve belgelerin zayi olması halinde ne gibi işlemlerin yapılması gerektiği hususu düzenlenmemiştir. Bununla beraber zayi belgeleri en geçerli vesika olarak kabul edilmektedir (26). Fakat, VUK.nu yönünde mutlaka zayi vesikası alınması şart değildir. Mükellefler, idareyi inandırıcı sair vesika ve delillerle ikna edebilirler (27).

Mükellefler muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü defter, vesika ve karneleri, muhafaza süresi içinde ilgili makam ve memurların talebi üzerine inceleme için ibraz etmeye mecburdurlar (VUK.md.256),

VUK.'na göre, defter ve belgelerin ibraz edilmemiş sayılması; defter tutmakla yükümlü olanlar bakımından usulsüzlük cezası kesilmesini ve

yanarak ispat edilmek istenmesi halinde, davacının kendi defterinin zayi edildiğini zayi vesikasından anlaşılırsa, davalı bononun mal karşılığı değil, bakiye alacak için verildiğini kendi defterine dayanarak ispat edebilmelidir. Ancak, bu durumda davacıya tamamlayıcı yemin verilmelidir (11. HD.nin 30.1.1981 tarihli kararı, Dr. Yavuz Okuçoğlu'nun karşı oy yazısı ile krş. Batider, 1987, C. XIV, S. 1, 113-115).

(25) Ulusoy, 300.

(26) Ulusoy, 301.

(27) Ulusoy, 305.

re'sen tarhiyat (28), defter tutmak zorunda olmayanlar bakımından ise, sadece usulsüzlük cezası kesilmesi gerektirir (VUK.md.30/3,344/6, 359, 353).

VUK.'nun 13/4. maddesinde, sahibinin iradesi dışındaki sebeplerle defter ve belgeleri ziyaa uğraması halinin mücbir sebep sayılacağı belirtilmiştir. Defter ve belgeleri iradesi dışındaki sebeplerle zayi olan mükellef, bu durumu, onbeş gün içinde, yetkili mahkemeye müracaatla belgeler ve ilgili vergi dairesine bildirirse, bu durumda mükellef hakkında sadece re'sen tarhiyat yapılır.

Danıştay bir kararında; "defter ve belgelerin yandığını idareye bildiren mükellefin, bunları incelemeye ibraz etmeme iradesini önceden izhar etmiş sayılacağı ve dolayısıyla defter ve belgelerin ibrazının tekrar istenmesine gerek olmadığı, ancak VUK.md.13/4 hükmü gereğince mücbir sebep sayılan bu durumun re'sen takdire gidilmesine engel teşkil etmeyeceğini "(29) belirtmiştir.

(28) Dava konusu, mükellefin ortağı bulunduğu kolektif şirketin 1970 takvim yılı defter ve belgelerinin incelemeye ibraz edilmediği nedeniyle ve re'sen takdir yoluyla bulunan matrah farkından hissesine isabet eden miktar üzerinden salınan gelir vergisini, yangın sebebiyle defter ve vesikalarn ibraz edilmemesinin re'sen takdir sebebi olamayacağı gerekçeyle terkin eden temyiz komisyonu kararının vergi dairesi müdürlüğü tarafından temyiz edilmiş olmasıdır.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 30. maddesinin 3. bendinde; "bu kanuna göre tutulması mecburi olan defterlerin hepsi veya bir kısmı tutulmamış veya tasdik ettirilmemiş olursa veya inceleme yapmaya yetkili olanlara herhangi bir sebeple ibraz edilmezse" re'sen vergi tarh edileceği hükme bağlanmıştır.

Olayda, yanmış olması nedeniyle defter ve belgelerin ibraz edilmemesi hali VUK. md. 13/4 hükmü gereğince mücbir sebep sayılmaktadır. Ancak yukarıda anılan yasada defter ve belgelerin herhangi bir sebeple ibraz edilmemesi hali re'sen takdir sebebi olarak sayıldığından incelemenin defter ve belgeler dışındaki unsurlar esas alınarak yapılmasında yasalara aykırılık görülmemiştir. Vergi incelemesinden maksat, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak ve tesbit etmektir. Defter ve belgeleri yanan yükümlülerin mücbir sebep nedeniyle vergi incelemesinin dışında tutulması halinde, beyanın gerçeklere uygun olup, olmadığı saptanmamış olmaktadır. Defter ve belgeleri yanan yükümlüler hakkında vergi incelemesi yapılması iyiniyetli yükümlüler bakımından herhangi bir yakınlığa neden olmayacağı gibi bir noktada da aklanması sağlanmış olacaktır. Bu bakımdan defter ve belgelerin herhangi bir sebeple ibraz edilmemesi halinin yasa koyucu tarafından re'sen takdir sebebi sayılmasının nedeni de iyiniyetli yükümlülerini korumaktır.

Bu nedenlerle, davanın kabulüyle dava konusu kararın, uyuşmazlığın esasına ilişkin bir karar verilmek üzere bozulmasına oybirliğiyle karar verilmiştir" Dan. 4. D. 17.1.1979 gün, E. 1978/177 (Dan. 4. DK., 1975-1979, 428).

(29) Dan. 4. D. 19.6.1978 tarih, E. 1979/502, K. 1978/2211 (Dan. 4. DK. 1975-1979, 420).

SONUÇ

Her tacir, defterlerini ve işletmesiyle ilgili olarak aldığı ve verdiği her türlü belgeleri düzenli olarak ve dosya halinde saklamakla yükümlüdür.

Saklama yükümlülüğüne uymamanın Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiş cezai ve hukuki bir müeyyidesi yoktur. VUK.'na göre ise, bu hal, usulsüzlük cezası kesilmesini ve re'sen tarhiyatı gerektirir.

Diğer taraftan, saklanan defter ve belgeler, saklama süresi içinde yükümlünün iradesi dışındaki sebeplerle zayi olabilir. Bu durumda tacir, zayi keyfiyetini öğrendiği andan itibaren onbeş gün içinde yetkili mahkemeden zayi belgesi almalıdır.

Zayi belgesi davalarına, değişen ülke şartları ve "usul ekonomisinin" gereği olarak, ilgili şahıslarla vergi dairesinin katılmalarını sağlayıcı yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

Tuttuğu defterleri saklamayan veya yasal süresi içinde zayi belgesi almayan tacir, defterlerini ibrazdan kaçınmış sayılır. Böyle bir durumda tacir, bir ihtilafta hem defterlerine delil olarak dayanma imkanını kaybetmiş olur, hem de karşı tarafa iddiasını kendi defterleriyle ispat etme fırsatı vermiş olur.

Netice olarak; defter ve belgelerin saklanması, hem ispat hukuku, hem de vergi hukuku bakımından büyük önemi haizdir.

—oOo—

YARARLANILAN ESERLER

ARKAN, S.: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1993.

ATLI, M./ÇEVİK, O.N.: Mevzuatımızda Defter ve Belgeler, Ankara 1981.

BELGESAY, M. R.: Formalizm ve Ticaret Defterlerinin İspat Kuvveti, İBD., 1957, S. 3-4.

DOĞANAY, İ.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 3. Baskı, 1990 Ankara. Ticaret Kanununun Ticari Defterlerle İlgili Hükümleri Üzerine Bir İnceleme, BATİDER, 1971, C. VI, S. 1.

**TÜRK TİCARET KANUNU VE VERGİ USUL KANUNUNDA
TİCARİ DEFTER VE BELGELERİN SAKLANMASI VE ZİYAI**

EROĞLU, N.: Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Usul Kanunu, Ankara 1989.

KARAYALÇIN, Y.: Ticaret Hukuku Dersleri, 1. Giriş-Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1986; Muhasebe Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1988.

MİMAROĞLU, S.K.: Ticaret Hukuku, C. 1, İşletme Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1978.

ÖZDEMİR, N.: Türk Ticaret Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1978.

ULUSOY, Y.: Ticari Defterler, Ticari Belgeler, Ankara 1981.

**3116 VE 6831 SAYILI YASALARA GÖRE
ORMAN KADASTROSUNA İTİRAZ DAVALARI**

Serdar ARIKAN (*)

• **ANLATIM DÜZENİ** : Genel Olarak. I- Orman Kadastrosu. BİRİNCİ BÖLÜM. I- 3116 Sayılı Orman Yasasına Göre Orman Kadastrosu ve İtiraz Davaları. A- 4785 Sayılı Yasadan Önce Yapılan Orman Kadastrosu. B- 4785 Sayılı Yasadan Sonra Yapılan Orman Kadastrosu. C- 5658 Sayılı Yasanın Yürürlüğünden Sonra Yapılan Orman Kadastrosu. D- 5653 Sayılı Yasadan Sonra Yapılan Orman Kadastrosu. II- 3116 Sayılı Yasaya Göre Orman Kadastrosuna İtiraz Davaları. İKİNCİ BÖLÜM. II- 6831 Sayılı Orman Yasasına Göre Orman Kadastrosu ve İtiraz Davaları. A- 6831 Sayılı Yasaya Göre Orman Kadastrosu ve 2. Madde Uygulaması. B- 6831 Sayılı Yasaya Göre Orman Kadastrosuna İtiraz Davaları. 1- 6831 Sayılı Yasanın Orjinal 11. Maddesine Göre Açılan Orman Kadastrosuna İtiraz Davaları. 2- 1744 Sayılı Yasanın Etkisi. 3- 2896 Sayılı Yasanın Etkisi. a- İkinci Madde Uygulamasına İlişkin Davalar. b- Orman Kadastrosuna İtiraz Davaları. 4- 3302 Sayılı Yasanın Etkisi. 5- 3373 Sayılı Yasanın Etkisi.

GENEL OLARAK

Ülkemiz ve dünya açısından en önemli doğal kaynaklarımızdan biri olup da ekonomik, turizm, erezyonu önleme ve iklimleri düzenleme gibi hayati konular yanında, adeta bir insanın akciğerleri olarak kabul edilebilecek ormanlarımızın korunması, geliştirilmesi ve amacına uygun olarak işletilmesi artık bir zorunluluk haline gelmiştir. Özellikle ülkemiz yönünden gerek Cumhuriyet döneminden önce, gerekse sonra, ormanların bilinçsiz bir şekilde kullanılarak, belli bir düzen ve plan dahilinde işletilmeyip, yangın, tarla açmak ve kesmek gibi nedenlerle süratle yokedilmekte olması, konunun önemini daha da arttırmaktadır. Nitekim önceki yasal düzenlemelere paralel olarak

(*) Yargıtay 20. HD. Tetkik Hâkimi.

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının "Ormanların Korunması ve Geliştirilmesi" başlığı altında düzenlenen 169. maddesinde, özetle, devletin, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için yasalar çıkartıp, tedbirler alacağı, bütün ormanların gözetiminin devlete ait olup, mülkiyetinin devrolunamayacağı, ormanlara zarar verecek hiç bir eylem ve siyasi propaganda izin verilemeyeceği, salt orman suçlarına özgü olarak özel veya genel af çıkartılamayacağı, dördüncü fıkrada belirtilen halin haricinde orman sınırlarının daraltılamayacağı vurgulanmıştır. Şu halde ülke ormanlarının sınırlarını arazi ve harita üzerinde belirtip, hukuki durumlarını tespit etmek ve bu şekilde saptanacak ormanların, içinde veya bitişiğinde bulunan diğer taşınmaz mallara müşterek sınırlarının belirlenmesi artık anayasal bir zorunluluk haline gelmiştir. İşte 6831 sayılı Orman Yasasının 4. maddesinde ifade edilen devlet ormanlarının, hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanların ve hususi ormanlar ile bunların alt sınıflarını oluşturan muhafaza ormanları, milli parklar ve istihsal ormanlarının sınırlarını arazi ve harita üzerinde belirtip, geometrik şekillerini çıkarmak ve hukuki durumlarını saptamak şeklinde özetlenebilecek olan orman kadastro, anılan Yasanın 7/1. maddesi gereğince yasayla kurulmuş olan orman kadastro komisyonlarına verilmiş olup, makalemizde bu komisyonların çalışmaları ve tamamlayıp ilan ettikleri orman kadastro işlemlerine karşı açılan itiraz davaları ele alınıp irdelenecek ve uygulamada karşılaşılan sorunlar ortaya konup bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır.

İ- ORMAN KADASTROSU

Anayasal bir zorunluluk olan ormanların korunması, sahalarının genişletilmesi ile teknik ve ekonomik yönden geliştirilmelerinin öncelikli koşullarından biri, ülkemiz ormanlarının kadastrounun en kısa zamanda tamamlanmış olmasıdır. Orman alanlarının geometrik ve hukuki durumlarını saptamak olarak tanımlanabilecek olan orman kadastrouna (1) ilk kez 3116 sayılı Orman Yasasında yer verilmiştir (2). Bu yasayla ormanın tanımı 1/1. maddede; "...kendi kendine yetişmiş veya emekle yetiştirilmiş olup da herhangi bir çeşit orman hasılatı veren orman ağaç ve ağaçcıklarının toplu

-
- (1) 6831 sayılı Orman Kanununa göre orman kadastro ve aynı kanunun 2/B maddesi uygulanması hakkında yönetmelik, md. 1.
 - (2) Her ne kadar 11 Şevval 1286 – 1 Kanun-i Sani 1285 tarihli Orman Nizamnamesinin "Devlete ait ormanlara dairder" başlıklı ikinci maddesinde Memalik-i Devlet-i Aliyye'de ne kadar miri ormanı var ise tayin ve tahdit olunacaktır deniyorsa da sistemli ve teknik olarak ilk orman kadastro işlemleri 3116 Sayılı Yasa ile başlamıştır.

halleri yerleri ile beraber orman sayılır" şeklinde yapıлып, 3. maddede; ormanların kendi içinde devlet ormanları, umuma mahsus ormanlar (köy, belediye ve idari hususiyetler gibi hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlar), vakıf ormanlar ve hususi ormanlar şeklinde dört sınıfa ayrıldığı belirtildikten sonra, 5. maddede; bunlardan sadece devlet ormanlarının kadastrosunun yapılması amaçlanmıştır. Bu yasadan önce ülke ormanlarının saptanması ve yönetimi, 9 şevval 1274 tarihli Kanunname-i Arazi Mukaddeme ve 11 Şevval 1286-1 Kanun-i Sani 1285 tarihli Orman Nizamnamesi ile yapılmakta olup, 3116 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 1.6.1937 tarihine kadar da ormanlar, aynı madenler gibi kira şeklinde yerli ve yabancı işleticilere verilmişti (3). Ormanların devlet eliyle işletilmesi fikrinin ilk defa ortaya çıktığı 1.6.1937 tarihinden itibaren on yıl içinde kadastrosunun tamamlanması amaçlanmış ise de (4) aradan geçen 58 yıla karşın orman kadastrosunun halen %58 lik bir bölümü tamamlanmış olup bitirilebilmiş değildir (5).

Öte yandan öncelikle yapılması kararlaştırılan orman kadastrosuyla ilgili hukuki düzenlemeler de zaman içerisinde oldukça sık denecek bir şekilde değiştirilmiş olup, orman kadastrosu ve buna karşı açılan orman kadastrosuna itiraz davalarını da daha karışık bir hale getirmiştir.

Kural olarak herbir uyumsuzluk çıkarıldıkları andaki yasal düzenlemelere göre görülüp sonuçlandırılır. Bunun doğal bir sonucu olarak da orman kadastrosu ile buna karşı açılan itiraz davaları, 1937 yılından günümüze kadar yasalarımızda yapılan değişikliklere paralel olarak farklılıklar arzeder. Bu nedenle konunun her yönüyle ortaya konmasına yardımcı olacağı düşünceyle, inceleme konusu kadastro işlemleri ve davaları, sistemli bir şekilde uygulamaya başlanılan 1.6.1937 tarihinden itibaren kronojik bir sıra içerisinde açıklanmaya çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

I- 3116 SAYILI ORMAN YASASINA GÖRE ORMAN KADASTROSU VE İTİRAZ DAVALARI

1.6.1937 tarihinde yürürlüğe girip de 8.9.1956 tarihine kadar geçerli olan ve anılan tarihte 6831 sayılı Orman Yasasınının 117. maddesiyle mer'iyetten

(3) Şükrü Özdemir – Necip Deda, Orman Hukuku, Cilt 1, sh. 109.

(4) 3116 Sayılı Kanun md. 21/2.

(5) Burhan Sınmaz–İzzet Karataş, Orman Kadastrosu, sh. 25.

kaldırılan 3116 sayılı Orman Yasasına göre, sadece devlet ormanlarının kadastro amaçlanmış olup, bu yön yasanın 5 ilâ 13. maddeleri ile düzenlenmiştir.

3116 sayılı Yasanın orjinal 5/1. maddesinde; "Devlet ormanlarının ve bu ormanlarla içinde ve bitişiğindeki otlak, yaylak, kışlak, sulak ve diğer ormanlar ve her nevi arazi ile sınırları tespit olunarak sınırlaması işini aşağıdaki komisyonlar yapar" denip, ikinci fıkrada da bu komisyonların oluşum şekli belirtilmiştir. Yasada orman kadastrounu "...aşağıdaki komisyonlar yapar" denilmekle yetinilmiş ise de 3116 sayılı Yasanın 133. maddesi gereğince hazırlanan Orman Nizamnamesinin 4,5 ve devamı maddelerinde bu komisyonların tahdit komisyonu, yapılan işlemin de orman tahdidi olduğu vurgulanmıştır.

24 Mart 1950 tarih ve 5653 sayılı Yasayla değişik 3116 sayılı yasanın 5/1. maddesinde; bir orman yüksek mühendisi başkanlığı altında bir hukukçu üye ile İl Genel Meclisi Daimi Encümeni tarafından seçilecek bir üyeden müteşekkil bu komisyonlar, yerine göre beldelerde Belediye Encümenleri, köylerde İhtiyar Kurulları tarafından seçilecek bilirkişilerin de fikirlerinden yararlanarak o zamanki teknik olanakların el verdiği ölçüde ve süratle devlet ormanlarını belirleyip, geometrik ve hukuki durumlarını saptayacaklardır. Çalışmalar askeri yasak mıntıka içinde yapılıyorsa, bu defa Millî Savunma Bakanlığı bir temsilci de bulundurabilecektir. Bu komisyonlarca düzenlenen tüm tahdit tutanakları, komisyon başkan ve üyeleri tarafından imzalanıp hem Resmi Gazetede, hem de tahdidin yapıldığı belde ve köylerin uygun yerlerinde ilan edilecektir. Bunlardan belde ve köylerde askı yoluyla yapılan ilanlar ilgililere şahsen yapılmış tebliğ hükmünde olup, razı olmayanlar üç aylık bu askı ilan süresi içerisinde benimsemedikleri işlemlerin iptali için yerel hukuk mahkemelerine başvurabileceklerdir.

Yukarıda açıklandığı gibi, 3116 sayılı Yasa 1937-1956 tarihleri arasında yürürlükte kalmış olup, bu dönem içerisinde her yıl en az 250 bin hektarlık ormanın kadastro işlemlerinin tamamlanması amaçlanmış ise de (6) bu hedefin gerçekleştirilememiş olması bir yana, anılan dönem içerisinde çıkartılan 4785,5653 ve 5658 sayılı Yasalar da konuya ayrı bir boyut getirmiştir. Bir başka deyişle, 4785 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 13.7.1945 tarihine kadar yapılan orman kadastro çalışmaları ile, bu tarihten sonra yapılan çalışmalar

(6) 3116 Sayılı Yasa, md. 10.

farklı olmuş; yine 3116 sayılı Orman Yasasının diğer maddeleri yanında 1 ve 5. maddelerini değiştiren 1950 tarih ve 5658 sayılı Yasa ayrı düzenlemeler getirmiştir. Bu nedenle konu her bir yasa yönünden ayrı ayrı ele alınmıştır.

A- 4785 Sayılı Yasadan Önce Yapılan Orman Kadastro

Bundan amaç 3116 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 1.6.1937 tarihinden, 4785 sayılı Yasanın çıkarıldığı 13.7.1945 tarihine kadar olan dönemde, 5. maddeye göre oluşturulmuş orman tahdit komisyonlarının sadece devlet ormanlarının sınırlarını arazi ve harita üzerinde belirtip, geometrik ve hukuki durumlarının saptanmasıdır. Bu dönemde çalışan komisyonlar devlet ormanı haricindeki özel ormanları, çiftlik yerlerini, köy ve belediyeye ait ormanları çalışma alanları içine almamışlardır. Ancak, yanlışlık veya bir başka nedenle, her nasılsa devlet ormanı gibi kabul edilip, tahdit sınırları içine alınan ve itiraz edilmeksizin kesinleşen devlet ormanı dışındaki diğer ormanların da artık devlet ormanı olacağı ve bu yerlere uyan tapu veya bir başka tasarruf ve sahiplik belgesinin hukuki kıymetini yitireceği açıktır. Bu yön özellikle 1950 tarih ve 5658 sayılı Yasanın uygulanması sırasında ayrı bir önem arz etmektedir. Anılan Yasa ile 4785 sayılı Yasa ile devletleşen ormanlardan bazıları talepleri halinde sahiplerine iade edilebilmektedir. Oysa, yukarıda açıklandığı gibi, aslında tapulu özel bir orman olup da 4785 sayılı Yasanın yürürlüğünden önce yapılan ve kesinleşen orman tahdit çalışması sonunda, orman sınırları içine alınan bir yerin, artık 5658 sayılı Yasadaki koşullar gerçekleşti denerek iadesi talep edilemez. Yani, sonuç olarak; 4785 sayılı Yasadan önce yapılan orman tahdit çalışmaları ile orman sınırları içine alınmış her türlü araziler, artık devlet ormanı rejimine tabi olacak ve 5658 sayılı Yasa gereğince iade edilmeyecek olması bir yana, yasada belirtilen nitelik yitirme nedeniyle dışarı çıkarma dışında hiç bir şekilde orman sınırları dışına çıkartılamayacaktır.

Genellikle kabul edilen kurala göre, yapılip kesinleşen orman tahdidi ile orman sınırları içine alınan bir yer artık ormandır. Bu yere uyan her türlü sahiplik belgesi hukuki kıymetini yitirmiş olup, ilgilisi bunlara dayanarak bir hak talep edemez. Kanaatimizce bu kuralın tek istisnası HUMY.nın 237. maddesinde ifadesini bulan kesin hüküm halidir. Anayasamızın 138. maddesine göre idari bir organ olan orman kadastro komisyonları kesinleşmiş yargı kararlarını dikkate almak ve bunlara kesin olarak uymak zorundadırlar. Ancak yapılan çalışmalar sonunda Hazine ve Orman Genel Müdürlüğünün de taraf olduğu bir dava ile orman olmadığı kesin hükümle saptanan bir yerin,

orman kadastro komisyonlarınca orman sınırları içine alınması ve yapılan tahdidin de kesinleşmesi durumunda, hak düşürücü süreyi geçiren gerçek veya tüzel bir kişinin yapılan tahdidin iptalini isteme hakkı olacak mıdır? Kanaatimizce olabilecektir. Çünkü, kamu düzenine ilişkin olan kesin hükmün her ne sebeple olursa olsun, sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde bir sınırlama işlemi yapılamayacaktır. Bir başka ifade ile, yapılan orman tahdit işlemleri yok hükmünde kabul edilecektir. Zamanaşımı veya hak düşürücü süreye bağlı olmayan kesin hüküm, her zaman ileri sürülebilecek, sonuçlarını değiştirecek veya iptal edecek şekilde yapılan orman tahdit işlemleri iptal edilebilecektir (7). Ancak hemen belirtmek gerekir ki, Yargıtay Yüksek Yirminci Hukuk Dairesi aynı görüşte olmayıp, oybirliği ile aldığı bir kararında (8), özetle; her ne kadar davalı yerin eski maliki ile Orman Yönetimi arasında aynı taşınmazla ilgili dava görülüp malik lehine kesin hüküm oluşmuş ise de sonradan yapılan orman tahdidine göre taşınmaz orman sayılan yer olarak tahdit sınırları içinde kaldığı ve bu tahdidin kesinleştiği anlaşılmalı artık kesin hükme dayanma olanağı yoktur demek suretiyle kesinleşmiş orman sınırları içinde kalan yerin mutlak surette orman olacağını vurgulamıştır.

B- 4785 Sayılı Yasadan Sonra Yapılan Orman Kadastrosu

9.7.1945 tarihinde kabul edilip, 13.7.1945 gününde yayınlanarak yürürlüğe giren 4785 sayılı Yasanın 1. maddesinde; *"Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte varolan gerçek veya tüzel, özel kişilere, vakıflara ve köy, belediye, özel idare kamu tüzel kişiliklerine ilişkin bütün ormanlar bu kanun gereğince devletleştirilmiştir. Bu ormanlar hiçbir işlem ve bildirim lüzum olmaksızın Devlete geçer"* denilerek, 3116 sayılı Yasanın 3. maddesinde geçen devlet ormanı haricindeki ormanların da 13.7.1945 tarihinde varolmaları koşulu ile devletleştiği belirtilmiştir. Yasanın 2. maddesinde istisnalar saptanmış, devam eden maddelerinde ise, yapılacak işlemler açıklanmıştır. Şu halde 4785 sayılı Yasanın yürürlüğünden sonra 3116 sayılı Yasaya göre orman kadastrosu yapacak olan orman tahdit komisyonlarının, önceden olduğu gibi devlet ormanları yanında, devletleştirme kapsamında kalan ormanların da sınırlandırma işlemlerini yapmaları gerekecektir. Hatta 4785 sayılı Yasa çıkmadan önce girip orman tahdit çalışmalarını bitirdiği çalışma alanları içine yeniden girebilecek ve buralarda varsa devletleşen ormanları saptayabilecektir. Çünkü, 4785 sayılı Yasa ge-

(7) Nitekim aynı görüş Burhan Sınmaz-İzzet Karataş tarafından yazılan Orman Kadastrosu adlı kitabın 55. sahifesinde aynen ifade edilmiştir.

(8) 20. Hukuk Dairesi 1991/143-129 Sayılı Kararı.

reğince devletleşen ormanların belirlenmesi ikinci bir kadastro işlemi değildir.

Yine üzerinde durulup açıklanması gereken bir başka nokta da, 1945 yılından önce işe başlanıp, 13.7.1945 tarihinden sonra sınırlandırmanın bitirilip askıya çıkması halinde veya bu tarihten sonra yapılıp ilan edilmesi durumunda ne yapılacağıdır? Bir düşünceye göre, işe başlayan orman kadastro komisyonları uymak zorunda oldukları yasa ve yönetmelikler gereği tahdit ve çalışmalarını ilgili tüm yasal düzenlemeleri ve belgeleri dikkate almak durumundadırlar. Bu nedenle de çalışmalarının sonuçlarını askı yoluyla ilan etmeden şekli ve hukuki noksanlıkların düzeltilmesi sırasında 4785 sayılı Yasanın dikkate alınıp gerekli müdahalenin yapılacağı açık olup, çizilen tahdit haritası dışında kalan yerlerin orman sayılamayacağı ifade edilmektedir. Bize göre ise durum biraz farklıdır. Çalışmaların 1945 tarihinden sonra yapılması veya tahdit çalışmalarına önceden başlanıp da ilanlarının sonradan yapılması hallerinde, orman kadastro komisyonlarının diğer yasal düzenlemeler ve belgeler yanında 4785 sayılı Yasayı da dikkate alacağı varsayım olarak doğrudur. Zaten anılan komisyon çalışmalarına itiraz edilmesi halinde mahkemelerin yapacağı iş de esasen bu varsayımın doğru olup olmadığını denetlemektir. Bu nedenle, bizce bu denetim görevinin yerine getirilmesi açısından, mahkemece çekişmeli yerlerle ilgili iptali istenen orman kadastrolarına ilişkin işe başlama, çalışma, bitirme ve askı ilan tutanakları ile orman tahdit haritası getirilmeli; belirtilen tutanaklar incelenip, denetlenmeli; 4785 sayılı Yasanın, 3116 sayılı Yasanın herhangi bir maddesini doğrudan değiştirmeyip, ayrı bir yasa olduğu gözetilerek, çalışmalar sırasında dikkate alınıp alınmadığı şüpheye yer vermeyecek şekilde, tahdit tutanaklarıyla da doğrulanmak suretiyle saptanmalıdır. Askı ilanının 13.7.1945 tarihinden sonra yapılmış olması tek başına yeterli olarak kabul edilmemelidir. Nitekim, Yargıtay Yüksek Yirminci Hukuk Dairesi'nin oyçokluğu ile aldığı 14.4.1993 tarih ve 8922/3107 sayılı kararında; *"...Somut olaya gelince, çekişmeli parselin 1946 yılında yapılıp, 1947 yılında kesinleşen tahdit dışında kaldığı vurgulanmış, mahkemece bu rapor hükme dayanak alınmıştır. Oysa, Yönetim tarafından gönderilen ... yazıda, tahdidin 3116 sayılı Yasaya göre yapıldığı bildirilmiş, tahdit evraklarında da bu yöne değinilmiştir. Dosya içerisinde sınırlandırmaya ilişkin başkaca bir belge de bulunmamaktadır. Öyle ise öncelikle taşınmazın bulunduğu yörede yapılan tahditte ilgili tutanakları getirilmeli; işlemler 3116 sayılı Yasaya göre yapılıp sonuçlandırılmışsa, şekle ilişkin ilan ve kesinleşme tarihlerinde 4785 sayılı Yasanın yürürlüğe girmiş olmasının tahditte bu yasa hükümlerinin gözetildiği anlamına gelmeyeceğinin düşünülmesi gerekir..."* denerek aynı olgu açıkça ifade edilmiştir.

C- 5658 Sayılı Yasanın Yürürlüğünden Sonra Yapılan Orman Kadastrosu

31.3.1950 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren 5658 sayılı Yasa esas itibariyle 4785 sayılı Yasanın hakkaniyete uymadığı düşünülen sonuçlarının düzeltilmesi ve özel ormanların devletleştirme kapsamından çıkartılarak sahiplerine iade edilmesini amaçlamıştır. Gerçekten 4785 sayılı Yasayla 13.7.1945 tarihinde varolan tüm ormanlar devletleştirilmiş ve aradan geçen beş senenin sonunda amaçlanan sonuçların alınmadığı gözlenmiştir.

5658 sayılı Yasanın 1/1. maddesinde; "9.7.1945 tarihli ve 4785 sayılı Kanunla devletleştirilmiş ormanlardan, devlet ormanı içinde olmayan ve etrafı tarla, bağ, bahçe gibi kültür arazisi, özel orman, şehir, kasaba, köy merası ve orman kanununun birinci maddesine göre orman sayılmayan yerlerle çevrili olmak şartıyla devlet ormanlarından tamamen ayrılmış bulunan köy, belediye tüzel kişiliklerine ve gerçek kişilere ait ormanlar; sahipleri veya mirasçıları istedikleri takdirde geri verilir.

iade edilecek ormanlardan devletleştirme karşılığı ödenmiş bulunanlar bir işleme tabi tutulmaksızın sahiplerine intikal eder ve müracaatları üzerine keyfiyet Orman İdaresince kendilerine yazılı olarak bildirilir" denilmektedir.

Bu açıklamaya göre koşullarının varlığı halinde iadeye tabii ormanlar hiçbir işleme gerek kalmadan sahiplerine geri dönecektir. Yasanın birinci fıkrasının sonunda; "...istedikleri takdirde geri verilir...", ikinci fıkrasında ise; "...bir işleme tabii tutulmaksızın sahiplerine intikal eder..." denilmiş ise de esasen devletleştirme karşılığı ister ödensin, ister ödenmesin, koşulların varlığı halinde iade kendiliğinden olacak; ayrıca bir süre ve talep şartına da bağlı olmayacaktır. Bir başka deyişle, 1945-1950 tarihleri arasında yapılan orman tahdit çalışmaları sırasında orman sınırları içine alınmış özel ormanlar 5658 sayılı Yasaya göre bir süre şartına bağlı olmaksızın her zaman istenebilecektir. 31.3.1950 tarihinden sonra yapılacak tahditlerde ise, 4785 ve 5658 sayılı Yasalar zaten birlikte dikkate alınacaklarından, anılan tarihten sonra yapılıp kesinleşmiş tahdit sınırları içindeki ormanların artık 5658 sayılı Yasaya göre iadesi söz konusu olamayacaktır. Öte yandan, önceden de belirtildiği gibi, 13.7.1945 tarihinden önce de yapılıp kesinleşen orman sınırları içindeki taşınmazların da 4785 sayılı Yasa ile bir ilgileri olmadığından iadeleri yine olanaklı değildir. Sonuç olarak 5658 sayılı Yasaya göre yapılacak iade sebepleri tadadi olup, genişletilemez ve ancak 13.7.1945 ile 31.3.1950 tarihleri arasında devletleşen veya yapılan orman tahdidi ile orman sınırları içine alınan ormanlar yönünden mümkün olabilmektedir.

D- 5653 Sayılı Yasadan Sonra Yapılan Orman Kadastro

3 Nisan 1950 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren 5653 sayılı Yasanın sadece konumuzla ilgili olarak getirdiği düzenlemeler üzerinde durulacaktır. Bu cümleden olarak bu yasayla 3116 sayılı Yasanın 1, 3, 12. maddeleri değiştirilmiş, 10. maddesi ise yürürlükten kaldırılmıştır.

5653 sayılı Yasa ile değişik 3116 sayılı Yasanın 1/1. maddesinde; orman tanımı değiştirilmiş, kendi kendine yetişmiş veya emekle yetiştirilmiş ağaç ve ağaçcıkların toplu halleri yerleriyle birlikte orman sayılır değinilip, 1/e fıkrasında ise maki cinsinden her türlü ağaçcıklarla örtülü yerlerin orman sayılmayacağı vurgulanmıştır. Ancak son fıkrasında ise, makilik şeklindeki muhafaza ormanlarının 1/e fıkrasındaki istisnalar kapsamında olmadığı belirtilmiştir. Şu halde bu yasayla yapılan konumuzla ilgili önemli değişikliklerden biri makilerle ilgili olanıdır. Ancak bu yasanın da yine yayınlandığı tarihte 6831 sayılı Yasayla kaldırıldığı 1956 tarihi arasında uygulanabilir olacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Yani 3.4.1950 tarihinden önce 3116 sayılı Yasaya göre yapılıp kesinleşen orman tahdidi ile orman sınırları içine alınan makilik bir yer, 5653 sayılı Yasanın yürürlüğü sırasında da orman sayılacaktır. Böyle bir yerin artık orman ve toprak muhafaza karakteri taşıyıp taşıyamamasının (muhafaza ormanı olup olmamasının) hiç bir önemi yoktur. Fakat 5653 sayılı Yasanın mer'iyete girmesinden sonra, yapılacak orman sınırlamaları sırasında, pek tabii olarak nitelikleri araştırılan makiliklerin 3116 sayılı Yasanın 43. maddesi anlamında orman ve toprak muhafaza karakteri taşıyan muhafaza ormanları olup olmadıkları araştırılarak bir sonuca ulaşılabacaktır.

Burada üzerinde durulması gereken bir başka konu da 5653 sayılı Yasanın getirdiği değişikliklerin uygulanmasıyla ilgili olarak çalışmalar yapan Maki Tefrik Komisyonları meselesidir. 1950-1956 yılları arasında faaliyette bulunan bu komisyonların işlemleri halen tartışmalı bir haldedir (9). Yargıtay Yüksek Yirminci Hukuk Dairesi'nin kararlılık kazanmış içtihatlarında da belirtildiği gibi, 3116 ve 4785 sayılı Yasalara göre orman sayılan makiler, 5653 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle orman ve toprak muhafaza karakteri taşınamaması koşuluyla orman sayılmamıştır. Bunun haricinde yasada makilerle ilgili başka bir hüküm yoktur. Bu nedenle yasada olmayan ve kurulacak

(9) Bu konudaki uyuşmazlık ve görüş ayrılıkları halen içtihadı birleştirme kararıyla giderilmek istenmekte olup, Yargıtay gündemindedir.

olmasına da değinilmeyen 17.8.1950 tarihinde çıkarılan Yönetmelik ve buna bağlı Talimatnamenin 10. maddesinde oluşum şekli belirlenen komisyon aracılığıyla, devletleşmiş ve tahdit edilmiş ormanlardan muhafaza ormanı niteliğinde olmayan makiliklerin orman sınırları dışına çıkarılmasının hiçbir hukuki geçerliliği olmayacaktır. Hatta bu tür makiliklerin öncesinin tapulu olup olmamasının veya tefrik edildikten sonra da herhangi bir şekilde kişi veya kişiler adına tapuya bağlanmasının da bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü orman sınırları içinde kalan bir yerin orman dışına çıkarılması sadece orman kadastro komisyonlarına ait olup, devlet ormanları da zaten Hazine adına dışarı çıkarılabilmektedir. Netice olarak, 3.4.1950 tarihinden sonra oluşturulmuş ve bazı malikleri tefrik eden Maki Tefrik Komisyonlarının işlemleri yok hükmünde olup, bunu takiben her ne surette olursa olsun alınmış tapularında bir önemi bulunmayacaktır.

II- 3116 SAYILI YASAYA GÖRE ORMAN KADASTROSUNA İTİRAZ DAVALARI

3116 sayılı Yasanın 7. maddesi ile 133. maddesi gereğince çıkartılan Orman Nizamnamesine göre, orman tahdit komisyonları işlemlerini tamamladıktan sonra, orman tahdidine ilişkin tutanakların özetleri Resmi Gazete'de ilan edilip, bundan ayrı olarak her bir belde veya köy için düzenlenen tutanaklar ile krokiler belde veya köyün münasip bir yerine askı suretiyle ilan edilir. Yapılan bu ilan ilgililere şahsen yapılmış tebliğ hükmünde olup, asılma tarihi beldelerde Belediye Encümeninin, köylerde İhtiyar Heyetlerinin tastik edeceği bir belge ile tevsik olunur. Yapılan orman kadastro çalışmalarına itiraz edecek olanlar ise, askı ilan tarihinden itibaren üç aylık süre içerisinde yerel mahkemelere müracaatla orman kadastrosuna itiraz davalarını açabilirler. Buradaki yerel mahkemelerden amaç, genel hukuk mahkemeleri olan Sulh veya Asliye Hukuk Mahkemeleridir. Yukarıda belirtilen üç aylık süre de hak düşürücü süre olup, bunun geçirilmesi halinde orman tahdidi kesinleşmiş olacaktır. Ancak, 6831 sayılı Yasanın geçici 3. maddesiyle ilgililere 8.9.1956 tarihinden itibaren altı aylık bir ek süre daha tanınmıştır.

3116 sayılı Yasaya göre açılacak orman tahdidine itiraz davalarında davacı ve davalı yönünden bir ayırım yapılmamıştır. İşlemlere razı olmayan Orman Genel Müdürlüğü, tüzel veya gerçek kişiler davacı sıfatıyla yekdiğerleri aleyhine dava açabileceklerdir. Böylece aslında Orman Genel Müdürlüğü'ne bağlı orman tahdit komisyonlarının, anılan müdürlükçe çalışmalar sırasındaki denetiminde gözden kaçan yanlışlıkların düzeltilmesi imkanı dava hakkı tanınmak suretiyle bir kez daha verilmiştir.

Burada belirtilmesi gereken bir başka nokta da, 7. maddenin son fıkrasında belirtilen yön olup, buna göre herkes dava açabilir, ancak, komisyonların alakadar ile birlikte yaptığı uzlaşma mazbatalarındaki hükümler kati olup, imza edenin buna itiraz hakkının olmadığı hususudur.

İKİNCİ BÖLÜM

II- 6831 SAYILI ORMAN YASASINA GÖRE ORMAN KADASTROSU VE İTİRAZ DAVALARI

8.9.1956 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren 6831 sayılı Yasanın 117. maddesi ile 3116 ve 5653 sayılı Yasalar yürürlükten kaldırılmış, anılan yasalar tarafından düzenlenen orman rejimi ile ilgili tüm işlemler için yeni düzenlemeler getirilmiştir. Bu arada geçici 2. madde ilede 6831 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce yapılmasına başlanmış ancak tamamlanamamış olan orman sınırlandırılması ile orman sınırları dışına çıkarma işlemlerinin yeni yasaya göre oluşturulan orman tahdit komisyonları yerine orman kadastro komisyonlarınca tamamlanacağı belirtilmiştir.

6831 sayılı Yasanın konumuzla ilgili olarak getirdiği yeniliklerden biri de 2. maddesinde ifadesini bulan orman sınırları dışına çıkarma işlemidir. 3116 sayılı yasa zamanında 1. madde kapsamına girmeyen yerlerdeki muayyen ağaçlı sahalar Bakanlar Kurulunca belirlenip, buradaki ağaçlar Orman Yönetiminin izni ile kesilebilirken, 6831 sayılı Yasanın sonradan 1744, 2896, 3302 ve 3373 sayılı Yasalarla değişik 2. maddesi ile bilim ve fen bakımından nitelik yitiren veya korunmasında yarar olmayan orman rejimi içindeki arazilerin orman sınırları dışına çıkarılması olgusu getirilmiş, bu işlemlerin de yine orman kadastro komisyonları tarafından yapılacağı vurgulanmıştır. Böylece gerek orman sınırlarını saptama, gerekse orman sınırları içinde iken nitelik yitirme nedeni ile dışarı çıkarma işlemleri birer orman kadastro işlemi olarak kabul edilip, orman kadastrosuna itiraz davalarının konuları olmuşlardır.

Bu bölümde 6831 sayılı Yasaya göre yapılacak olan orman kadastro işlemleri sadece şekil olarak kısaca açıklandıktan sonra, esas olarak orman kadastrosuna itiraz davaları üzerinde durulacaktır.

A- 6831 Sayılı Yasaya Göre Orman Kadastrosu ve 2. Madde Uygulaması

Orman kadastrosu 6831 sayılı Yasanın 7 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup, 7. maddede devlet ormanlarının, hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanların ve özel ormanların sınırlandırılmasının orman kadastro komisyonlarınca yapılacağı vurgulanıp, komisyonların oluşum şekli belirtilmiş, 8. maddede kadastro çalışmalarının yapılacağı yerlerin saptanması, ilanı ve ilan süresi açıklanmış, 9. maddede de düzenlenecek kadastro tutanaklarının içeriği, kapsamı, tutulacak defterlere yazılacak konular ifade edilmiştir. Esasen şekle ve usule ilişkin işlemler gerek anılan yasanın 7, 8, 9, 10, gerekse 6831 sayılı Orman Yasasına göre, Orman Kadastrosu ve aynı Kanununun 2/B maddesinin uygulanması hakkındaki Yönetmelikte etraflıca açıklanmış olup, bu konu üzerinde daha fazla durulmamıştır.

Öte yandan, yeni Orman Yasasına göre oluşturulan orman kadastro komisyonları da önceden olduğu gibi çalışma alanları sınırları içinde kalan ve yukarıda anılan Yönetmeliğin 17. maddesinde ifade edilen belgeleri getirip, 8. maddede kendisine verilmiş olan görevleri yapmak için, 20 ve devamı maddelerdeki nitelik tayini ile ilgili açıklamaları da gözeterek sınırlandırılacak taşınmazların hukuki niteliklerinin ve geometrik durumlarının saptanması yolunda bir sonuca ulaşacaklardır. Bu arada 3116, 4785, 5658 ve 5653 sayılı Yasalarla kazanılmış veya kaybedilmiş hakları ve olguları da dikkate alıp işlemlerini tamamlayacaklardır.

B- 6831 Sayılı Yasaya Göre Orman Kadastrosuna İtiraz Davaları

Yukarıda açıklandığı gibi ülke ormanlarının sınırlarını arazi ve harita üzerinde belirtip, hukuki durumlarını tespit etmek, bu yerlerden nitelik yitirmiş olan kısımları koşullarının varlığı halinde orman sınırları dışına çıkarmak şeklindeki işlemlere karşı açılan davalar olarak özetlenebilecek orman kadastrosuna itiraz davaları 6831 sayılı Yasanın 11. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak bu madde yürürlüğe girdiği 1956 yılından bu yana 1744, 2896, 3302 ve 3373 sayılı Yasalarla her defasında ayrı değişikliklere uğramış olup, her bir yasa zamanında açılan davalar da birbirlerinden farklıdır. Bu nedenle belirtilen yasaların orman kadastrosu davaları üzerindeki etkileri ayrı ayrı incelenecektir.

1- 6831 Sayılı Yasanın Orjinal 11. Maddesine Göre Açılan Orman Kadastro İtiraz Davaları

Hiç değişikliğe uğramamış 6831 sayılı Yasanın 11. maddesine göre; bölgede çalışmalarını bitiren orman kadastro komisyonları, düzenledikleri kadastro tutanaklarının özetleri ile sınırları da gösteren tahdit haritasını ilgisine göre şehir, kasaba veya köylerin münasip yerlerinde askı yoluyla ilan eder. Yapılan bu ilan taraflara şahsen yapılmış tebliğ hükmünde olup, beldelede Belediye Encümenince, köylerde İhtiyar Heyetince tasdik edilip, tevsik edildikten sonra komisyon dosyasında saklanır. Bu süre içerisinde yapılan işlemlere razı olmayan gerçek ve tüzel kişiler genel hukuk mahkemelerinde (davanın değerine göre Sulh ve Asliye Hukuk Mahkemelerinde) dava açabilirler. Bu tür davalar önceden de olduğu gibi her türlü resim ve harçtan muafırlar.

Bu tür açılacak davalarda hak sahibi gerçek ve tüzel kişilerin her biri davacı, işlemde istifade eden ise davalıdır. Bu yolda yapılmış herhangi bir kısıtlama söz konusu değildir.

Öte yandan, 6831 sayılı Yasanın yayınlandığı 8.9.1956 tarihinden, 1744 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 4.7.1973 gününe kadar geçen süre içerisinde, bilim ve fen bakımından orman niteliğini yitiren yerlerin orman sınırları dışına çıkarılması yolunda gerek 3116, gerekse 6831 sayılı Yasalarda herhangi bir düzenleme olmadığından, esasında bir orman kadastro işlemi olan 2. madda uygulaması itiraz diye bir dava türü de 17 yıllık bu dönemde söz konusu olmamıştır. Gerçekten 6831 sayılı Yasanın orjinal 2. maddesinde, nitelik kaybı nedeniyle orman sınırları dışına çıkarılmasından söz edilmesi bir yana, orman mefhumuna dahil olan yerlerin serbest bırakılması ve amacına uygun olarak kullanılmasından söz edilip, bunun da Ziraat Vekaletinin teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca verilecek bir kararla mümkün olabildiği belirtilmiştir. Bu ise teknik olarak orman kadastro işlemi olmayıp, genel Adliye Mahkemelerinde görülecek böyle bir davanın konusu olamayacaktır. Ancak anılan tarihlerde tarafların Bakanlar Kurulu kararları aleyhine idare yargı yerinde dava açabilmeleri olanaklı idi.

2- 1744 Sayılı Yasanın Etkisi

4.7.1973 tarihinde yayınlanıp yürürlüğe giren 1744 sayılı Yasa diğer değişiklikler yanında 6831 sayılı Yasanın 2,7,10 ve 11. maddelerini de değiştirmiştir. Buna göre 17.4.1970 tarih ve 1255 sayılı Yasa ile değiştirilen

1961 Anayasasının 132. maddesinde yapılan değişikliğe paralel olarak 2. maddede yapılan değişiklikle, 1961 tarihli Anayasanın yürürlüğe girdiği 15.10.1961 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olan yerlerin orman sınırları dışına çıkartılmasında orman kadastro komisyonları ve bu komisyonlara bağlı olarak çalışan orman kadastro ekipleri yetkilendirilmiş, bu yolda Ziraat Vekaletinin teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca teknik manada olmasa da orman rejimi dışına çıkarma işlemlerine son verilmiştir. Böylece 2. maddede işlemlerinin de artık bir orman kadastro işlemi olduğu ve genel mahkemelerde açılacak itiraz davalarına konu olabileceği ilk kez açıkça kabul edilmiştir. Yeniden yapılan bu düzenlemeye göre, 15.10.1961 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak yitirmiş olan yerlerden su ve toprak rejimine zarar vermeyen, orman bütünlüğünü bozmayan tarla, bağ, meyvelik gibi tarım alanları ile hayvancılıkta kullanılmasından yarar umulan araziler ile şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerler orman sınırları dışına çıkartılacaktır. Orman sınır dışına çıkartılacak yer önceden itirazsız kesinleşmiş tahdit haritası içinde kalan tapulu arazi ise, çıkarma tapu kayıt maliki adına, aksi halde doğal olarak Hazine adına yapılacaktır. Burada yasa metninde özel ve hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanların dışarı çıkartılmasından hiç söz edilmemişse de, buna engel bir hal olmayıp, bu tür yerlerin de ancak sahipleri adına dışarı çıkartılacağı açıktır.

Burada üzerinde durulması gereken bir başka yön de değişik 2. maddede bahsi geçen tapu kayıdır. Önceden yapılan ve itirazsız kesinleşen orman tahdidine göre orman sınırları içinde kalan bir yerin tapu maliki adına çıkarılabilmesi için, öncelikle tapunun sahih esasa dayalı olması ve önceden yapılan orman kadastrosunun kesinleşmesinden önce alınmış olması gerekmektedir. Bir başka deyişle, kesinleşmiş orman kadastrosundan sonra her nasılsa elde edilmiş bir tapu kaydı, devletçe 2510 veya 4753 sayılı Yasalara göre verilmiş olsa bile esasen devlet ormanı sayılan yerlerin tahsis edilemeyecek olması nedeniyle tapu yok hükmünde kabul edilecek, keza sahih esaslı olmayan ve geçerli olmayan böyle bir tapuya itibar edilmeyecektir. Nitekim Yargıtay Yüksek Yirminci Hukuk Dairesi oyçokluğu ile aldığı 26.1.1993 tarih ve 15686/368 sayılı ilamında özetle orman tahdit haritası içinde kalan bir yerin hükmen tescil tapusuna bağlanması yok hükmünde olacağından, bu yerin 1744 sayılı Yasayla değişik 6831 sayılı Yasanın 2. maddesi gereğince tapu maliki adına dışarı çıkarılması mümkün değildir diyerek aynı görüşü benimsemiştir. Buna karşın 2. madde uygulamasına ilişkin 1744 sayılı Yasa zamanında başlayıp ilan edilmiş ve buna da tapu kayıt

maliki tarafından süresinde itiraz edilmiş ise bu durumda işlemler 2896,3302 veya 3373 sayılı Yasalar zamanında tamamlanmış olsa bile, artık çıkarma yine geçerli tapusu olan malik adına yapılacaktır. Ancak tapulu olan bir yer yanlışlıkla tapu kayıt maliki adına değil de Hazine adına çıkarılıp işlem kesinleşmişse, Orman Yasasının 10 ve 11. maddelerindeki süreler hak düşürücü nitelikte olduğundan kayıt maliki yönünden yapacak bir şey yoktur (10). Kanaatimizce bu kuralın tek istisnası önceden belirttiğimiz gibi kamu düzeyine ilişkin olup, zamanaşımı veya hak düşürücü süreye bağlı olmayan kesin hükmün varlığı halidir. Ne varki Yargıtay Yirminci Hukuk Dairesi bu görüşü benimsememektedir.

Orman Kadastrosuna itiraz davasına gelince; bölgede çalışmalarını tamamlayan orman kadastro ekiplerince düzenlenen kadastro tutanak ve haritalarındaki şekli ve hukuki noksanlıklar tamamlandıktan sonra ait oldukları belde veya köyün uygun yerlerine asılarak ilan edilir. Belediye Encümeni veya Köy İhtiyar Heyetlerince askı ilanlarının yapıldığına ilişkin tastik veya tevsik belgesi düzenlenip dosyasına konulur. Askı ilanında tahdit işlemlerine razı olmayanların ilanı takiben otuz gün içinde Orman Kadastro Komisyonlarına itiraz edebilecekleri bildirilir. İtiraz vuku bulursa komisyon itirazları belgeler ile arazi üzerinde inceleyip bir karara vardıldıktan sonra 3. madde uyarınca ilan olunur. İşte orman kadastro komisyonlarına bağlı kadastro ekiplerince yapılan işlemlere itiraz edenler komisyon kararının ilanından itibaren, ekip kararına itiraz etmeyenler ilk ilan tarihinden, ekip çalışmaları sırasında maliki, yasal temsilcisi veya vekili hazır bulunmayıp da taşınmazı orman sınırları içine alınan ve 30 günlük ilk askı ilanı süresi içerisinde itiraz etmemiş olan taşınmaz malikleri ise, isimlerinin kadastro tutanağına bilirkişilerce yazılmış olması koşuluyla komisyon başkanlığınca Tebligat Yasasına göre kendilerine yapılacak tebliğden itibaren 1 yıllık süre içinde genel hukuk mahkemelerine başvurarak itirazda bulunabilirler.

Bu tür davalar ister orman kadastrosuna ister 2. madde uygulamasına itiraz niteliğinde olsun her türlü harç ve resimden muaftır. Davacı veya davalı olabilme yönünden yasal herhangi bir kısıtlama yoktur. Yanlışlık yapıldığını ileri süren her kişi işlemde yararlanan aleyhine taşınmazın değerine göre Sulh ve Asliye Hukuk Mahkemelerinde bu davayı açabilir.

(10) Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 20.3.1995 tarih ve 8526/3107 sayılı kararında da aynı sonuç benimsenmiştir.

3- 2896 sayılı Yasanın Etkisi

27.9.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2896 sayılı Yasa konumuzla ilgili olarak 6831 sayılı Yasanın 2, 7, 10 ve 11. maddelerini tamamen değiştirip orman kadastrosuna ve 2. madde uygulamasına ilişkin davaları ayrı usul ve yönetime bağlamıştır.

a- İkinci Madde Uygulamasına İlişkin Davalar

İkinci maddede yapılan değişiklikle bu defa bilim ve fen bakımından 1982 Anayasası'na paralel olarak 31.12.1981 tarihinden önce orman niteliğini yitiren, su ve toprak rejimine zarar vermeyen ve orman bütünlüğünü bozmayan yerlerin orman kadastro komisyonlarınca orman sınırları dışına çıkartılacağı, çıkartılan yer devlet ormanı ise Hazine adına, hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ise bunlar adına, özel orman ise sahipleri adına yapılacağı vurgulanmıştır. Bu işlemler yine ilk başta olduğu gibi bu yasayla kaldırılmasına karar verilen orman kadastro ekipleri yerine orman kadastro komisyonlarınca yapılıp Orman Genel Müdürlüğü ve Maliye Bakanlığı'nın yerel birimlerine bildirilecek ve askı yoluyla ilan edilecektir. İlanı takiben 60 günlük süre içerisinde taşınmazın bulunduğu yerdeki genel hukuk mahkemelerine başvuru olarak Tarım ve Orman Bakanlığı ile varsa bu işlemde lehine hak doğmuş kişiler aleyhine dava açılacaktır. Burada davayı açabilecek olan kişiler kendilerine bildirim yapılan Orman Genel Müdürlüğü ve Hazine'dir. İptal davası kişiler tarafından açılacak ise husumet Tarım ve Orman Bakanlığı ile birlikte Orman Genel Müdürlüğüne yöneltilmelidir. Şu halde açılacak dava 2. madde uygulamasına itiraz davası olacaktır. Yani 2. madde uygulamasının yapılmadığı bir yerde gerçek veya tüzel bir kişinin yönetimi bu uygulamayı yapmaya zorlamak gibi bir hakkı yoktur. Bir başka deyişle, 2. madde uygulamasının koşulları gerçekleştiği halde yapılmamasına itiraz adı altında bir dava açılmayacaktır.

Burada açıklanması gereken bir başka yön de gerçek kişilerin ancak özel ormanların dışarı çıkarılması işlemlerine karşı bir dava açma haklarının bulunmasıdır. Gerçekten öncesi devlet ormanı olup da yapılan orman kadastrosu ile orman sınırları içine alınan bir yer 2896 sayılı Yasa ile değişik 2. madde ile ancak Hazine adına dışarı çıkartılabileceğinden gerçek kişi davacıların bu davayı açmakta bir hukuki yararlarının olmadığı apaçık ortadadır. Bu yolda açılan davaların reddine karar verilmesi gerektiği yerleşmiş Yargıtay içtihatlarıyla da aynen desteklenmektedir. Ancak açıklanan tüm bu olgular 2. madde uygulamasının, önceden yapılıp kesinleşmiş orman ka-

dastrosunun bulunduğu yerlerde yapılmış olması hallerinde söz konusudur. Eğer orman kadastrosu ve 2. madde uygulaması birlikte yapılıp, çekişmeli yerin öncesinin orman olması nedeniyle orman sınırları içine alınıp, aynı anda nitelik kaybı nedeniyle dışarı çıkarılması birlikte yapılmış bu işlemlere karşı açılacak dava artık orman kadastrosuna itiraz davası niteliğinde olduğundan burada gerçek kişilerin dava haklarının varlığı kabul edilecek ve dava da 60 günlük süre içerisinde değil de az sonra açıklanacağı gibi bir yıl içerisinde açılabilir.

b- Orman Kadastrosuna İtiraz Davaları

6831 sayılı Yasanın 2896 sayılı Yasayla değişik 7 ve 10. maddeleriyle bir çalışma alanında ikinci kadastronun yapılamayacağı ilkesine bir istisna getirilmiş, iki aşamalı askı ilanı yapılması prosedürüne son verilmiştir. Değişik 7. maddeye göre orman kadastrosu ve 2. madde uygulaması yapmakta mutlak yetkili olan orman kadastro komisyonu, evvelce sınırlaması yapılıp da herhangi bir nedenle orman sınırları dışında kalmış her türlü ormanların kadastrosunu da yapabilecektir. İşte gerek ilk defa bir çalışma alanına girip de sınırlama olsun, isterse 7. madde gereği eksik kalan orman kadastrosunun tamamlanması amacıyla girilmiş olsun, işlemlerini tamamlayan orman kadastro komisyonları çalışmalarını tamamladıktan sonra sonuçlarını askı yoluyla ilan eder. İlan tutanağında bir yıllık süre içerisinde gerçek veya tüzel kişiler tarafından açılacak davaların Orman Genel Müdürlüğü aleyhine, Orman Genel Müdürlüğüne açılacak davaların ise tutanakta ismi geçen kişiler aleyhine açılacağı belirtilecektir. Tutanakta ismi belirtilen kişilerin taşınmazı başkasına devretmiş, ölmüş veya gaipliğine karar verilmiş olmasının bir önemi olmayıp dava görülüp sonuçlandırılabilir.

2896 sayılı Yasayla getirilen bir başka yenilik de itiraza konu yer hakkında tutanakta kişi adı yazılmamışsa davanın hasımsız açılabilir olmasıdır. Ancak bu durumda mahkemenin üç ay içinde ilgililerin davaya katılmaları için gerekli ilanları yapması zorunludur. Ne var ki bu ilanların nasıl yapılacağı hususunda yasada bir açıklık mevcut değildir. Kanaatimizce bu yön tamamen mahkeme hakiminin takdirine bırakılmış olup, aynı tescil davalarında olduğu gibi hem taşınmazın bulunduğu yerde hem de gazete aracılığıyla yapılması uygun olacaktır.

4- 3302 Sayılı Yasanın Etkisi

3302 sayılı Yasa 19.6.1986 tarihinde yürürlüğe girerek, 6831 sayılı Yasanın 2, 7 ve 11. maddelerinde konumuzla ilgili olarak önemli değişiklikler

yapmıştır. Öncelikle 2896 sayılı Yasa ile getirilen orman kadastrosu ile 2. madde uygulamasına itiraz davaları arasındaki farklılıklar kaldırılmış, yerinde bir düşünceyle, esasen birer kadastro işlemi olan her iki çalışmaya ilişkin itirazlar aynı süreler içinde, aynı mahkemelerde görülebilecek davalar haline getirilmiştir. Bunun için 2. madde yeniden düzenlenerek, öncesi orman olan yerlerin 31.12.1981 tarihi itibarıyla nitelik kaybetme koşulları ve diğer dışarı çıkarma işlemleri yeniden düzenlenip, ilanı müteakip 60 günlük süre içerisinde dava açılabilmesi kuralı kaldırılmıştır. 7. maddede yapılan değişikliklerle orman kadastro komisyonlarının oluşum şekillerinin yeniden düzenlenip, birinci fıkraya yapılan bir ekleme ile orman kadastro komisyonlarının aynı zamanda 2. madde çalışmalarını da yapabileceği açıkça belirtilmiştir. Şu halde bu yasa zamanında da orman kadastro komisyonları, 2896 sayılı Yasa zamanında olduğu gibi, evvelce sınırlaması yapılmış olup da herhangi bir nedenle dışarda kalmış ormanların sınırlandırmasını, ilk orman sınırlandırmasını ve 2. madde çalışmalarını yapabilecektir.

Esaslı değişikliklerden biri de 11. maddede yapılmıştır. 3302 sayılı Yasayla değişik 6831 sayılı Yasanın 11. maddesinde:

"Orman kadastro komisyonlarınca düzenlenen tutanakların askı sureti ile ilanı, ilgililere şahsen yapılan tebliğ hükmündedir. Tutanak ve kararlara karşı askı tarihinden itibaren altı ay içinde görevli ve yetkili adliye mahkemelerine müracaatla sınırlamaya ve bu Kanunun 2. maddesine göre orman sınırları dışına çıkarma işlemlerine Tarım Orman ve Köyşeri Bakanlığı ile hak sahibi gerçek ve tüzel kişiler itiraz edebilirler.

Hak sahibi gerçek ve tüzel kişiler tarafından açılacak sınırlamaya itiraz davalarında hasım Orman Genel Müdürlüğü, bu kanunun 2. maddesine göre orman sınırları dışına çıkarma işlemlerine karşı açılacak itiraz davalarında ise hasım Tarım, Orman ve Köyşeri Bakanlığı ile Orman Genel Müdürlüğüdür...."

denilmiştir. Böylece öncelikle dava süresi bir yıldan 6 aya indirilmiş, hasımsız olarak orman kadastrosuna veya 2. madde uygulamasına itiraz davası açılabilir açıklaması kaldırılmış ve dava açabilecek olanlar ayrı bir usulde ifade edilmiştir. Davayı açabilecek kişiler yönünden yasada yapılan bu değişiklik halen farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Bir görüşe göre, 2896 sayılı Yasa ile değişik 11. maddede Orman Genel Müdürlüğü'nün tutanakta ismi geçen kişi aleyhine dava açabileceği açıkça belirtildiği halde bu ibare 3302 sayılı Yasa ile kaldırılmıştır. Öte yandan orman kadastro komisyonları Orman Genel Müdürlüğü'ne bağlı, yaptıkları iş ve işlemlerde sürekli işbirliği içinde

olan kuruluşlardır. Bakanlığa bağlı bir kuruluşun yaptığı işlemlere diğer bir kuruluşun itiraz etmesi öncelikle devlet ciddiyeti ile bağdaşmaz. Kaldı ki yasa ve yönetmelik gereği, Orman Genel Müdürlüğü, komisyonlarca yapılan işlemlerin tastik mercii olup, saptadığı hukuki ve şekli noksanlıkları da denetimleri sırasında düzeltirebilecektir. Bu nedenle artık Orman Genel Müdürlüğü'nün orman kadastrosuna ve 2. madde uygulamasına karşı açabileceği bir dava kalmamıştır denilmektedir (11). Oysa, olaya değişik bir yorum getirmek de mümkündür. Değişik 11. maddede, Tarım, Orman ve Köyİşleri Bakanlığı ile hak sahibi gerçek ve tüzel kişilerin itiraz edebilecekleri vurgulanmıştır. Şu halde ayrı bir tüzel kişiliği olmasa da bizzat Devleti temsil eden bakanlığın, yani Hazinesinin kendisine bağlı bir kuruluşun işlemlerine karşı dava hakkının varlığı kabul edilmiştir. Bu nedenle bir tüzel kişinin veya bizzat devletin kendisine bağlı ve denetimi altında bulunan bir birimin işlemlerine karşı dava açmasını önlemek gibi bir gayenin, değişik 11. maddeyi yeniden düzenleyen yasa koyucunun amaçları arasında olduğu söylenemez. Öte yandan yine Bakanlık içinde yer alan ve 3234 sayılı Yasanın 1. maddesinde ayrı bir tüzel kişiliği olduğu açıkça belirtilen Orman Müdürlüğü'nün bu hakkının olmadığı sonucunu çıkarmak da pek olası değildir. Çünkü, yasa sahibi gerçek ve tüzel kişilerin dava açabileceği belirtilmiş olup, Orman Genel Müdürlüğü hem tüzel kişidir, hem de kendisine verilen ormanları bakıp gözetme, sahalarını genişletme, faydalanma şekillerini saptama, ormanlar üzerinde kurulacak intifa ve irtifak haklarına izin verme ve ekonomik amacına uygun bir şekilde işletme haklarının tek sahibi olması nedeniyle hak sahibidir. Değişiklikten önce dava açılabilirdi açıkça belirtilen Orman Genel Müdürlüğü'nün, değişiklikle "hak sahibi tüzel kişi" olarak anılması, yasa koyucunun tekrardan kaçınmak amacıyla yaptığı bir düşünceden kaynaklanmış olabilir. Aslında 2896 sayılı Yasadan da önce 11.maddede yine Orman Genel Müdürlüğü'nün dava hakkı vardır şeklinde bir açıklık yokken dahi, bunun varlığı kabul edilirken, açıklanan gerekçelerle şimdi yoktur denmesi de bizce doğru değildir. Kaldı ki bizzat ormanları koruyup kollamakla görevlendirilmiş böyle bir kuruluşun dava hakkı olmayacaksa, ormanları kim koruyacaktır? Kadastro çalışmaları sırasında yapılan ve denetim esasında gözden kaçan büyük yanlışlıklar nasıl önlenecek, ülke ormanlarının yok olmasının önüne nasıl geçilecektir? Bu nedenle Orman Genel Müdürlüğü'nün eskiden olduğu gibi orman kadastrosuna ve 2. madde uygulamasına karşı hangi yasa zamanında olursa olsun dava hakkı vardır

(11) Burhan Sınmaz-İzzet Karataş, Orman Kadastrosu, sh. 20.

ve olmalıdır. Nitekim Yargıtay Yüksek Yirminci Hukuk Dairesi de oyçokluğu ile aldığı birçok kararında aynı yönü açıkça vurgulamaktadır.

5- 3373 Sayılı Yasanın Etkisi

28.5.1987 tarihinde yürürlüğe girmiş olan bu yasa 6831 sayılı Yasaya en son şeklini vermiş olup, konumuzla ilgili olarak 7 ve 11. maddelerde değişiklik yapmıştır.

Orman kadastrosunun yapılması ve orman kadastro komisyonlarının yetkilerinin sınırını çizen 7. maddede yapılan değişiklikle, orman kadastro komisyonları artık sadece ormaların sınırlarını tespit edebilecek ve 2. madde uygulaması yapabilecektir. Değişiklikten önce olduğu gibi, evvelce sınırlanması yapıp da herhangi bir nedenle dışarda kalan yerlerin sınırlandırmasını yapamayacaktır. Yani bu yasanın yürürlüğe girdiği 28.5.1987 tarihinden itibaren ikinci orman kadastrosu yasaklanmış olup, yapılmış ise genel kural gereği bütün hüküm ve sonuçları itibariyle yok hükmünde olacaktır. Ancak, burada ikinci kadastrodan ne anlamak gerektiğini saptamak önem arzeder. Bunlardan birincisi kesin hüküm halidir. Önceden mahkemece görülüp sonuçlandırılarak kesinleşen bir dava sonunda, orman olduğuna karar verilen bir taşınmaz, bunu takiben yapılan orman sınırlandırılması sırasında tahdit dışında bırakılıp, tahdit de böylece kesinleşmiş olsa bile, bu yerin her zaman ek bir kadastro işlemiyle orman sınırları içine alınması 28.5.1987 tarihinden sonra bile mümkündür. Yine 4785 sayılı Yasa ile 13.7.1945 tarihi itibariyle varolan bütün ormanların devletleştirilmesinden önce yapıp kesinleşen bir orman kadastro haritasının dışında kalan bir yer, 28.5.1987 tarihinden sonra da koşulları varsa orman sınırları içine alınabilir ve bu da ikinci bir kadastro değildir.

3373 sayılı Yasayla 11. maddede yapılan değişikliğe gelince, bu esas itibariyle iki yönde olmuştur. Bunlardan birincisi bu tür davaların görülüp sonuçlandırılacakları mahkemeler olup, eskiden genel hukuk mahkemeleri bu konuda görevli ve yetkili iken, bunun yerine Kadastro Mahkemeleri, bulunmadıkları yerlerde ise kadastro davalarına bakmakla görevli mahkemelerin yetkili kılınmış olmasıdır. Şu halde 3373 sayılı Yasanın yürürlüğünden sonra genel hukuk mahkemelerinde görülen eldeki tüm orman kadastrosuna ve 2. madde uygulamasına itiraz davaları görevsizlik kararı verilerek Kadastro Mahkemelerine gönderilecek, yeni açılacak davalar da bu mahkemelerde görülüp sonuçlandırılacaktır. Bunun da doğal sonucu olarak bu tür davalar kadastro mahkemelerinin tabii olacağı usule göre bitirilecektir. Çünkü, değişik

11. maddede görevli mahkemenin kadastro mahkemesi olduğu bildirilmiş, fakat usul konusunda HUMY.na tabii olacağı yolunda bir yöne işaret edilmiştir. O halde kadastro mahkemelerinde hangi usul varsa, o usul zorunlu olarak uygulanacaktır. Bu cümleden olarak taraflara çıkartılacak çağrılar 3402 sayılı Yasanın 28. maddesine uygun olacak, davacı gelmese bile dava müracaata bırakılmayacak, 30. maddenin koşullarının varlığı veya yokluğu gözetilerek gerçek hak sahibi bulunacak veya taleple bağlı kalınacak, davalar hakem sıfatıyla görülemeyecek, sonuç olarak dava aynen normal bir genel arazi kadastro tespitine itiraz davasındaki usule göre görülüp sonuçlandırılacaktır.

11. maddede yapılan ikinci değişiklik ise, 6 aylık hak düşürücü süreyi geçiren tapulu taşınmaz sahiplerinin, 10 yıllık süre içerisinde yapılıp kesinleşen orman kadastrusunun iptalini isteyebilecek olmalarıdır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken noktalardan birincisi, yasada bahsi geçen tapu kayıt maliklerinin başvuracakları mahkemenin belirtilmemiş olmasıdır. Böyle durumlarda genel ilke gereği görevli mahkemenin davanın değerine göre belirlenmesi zorunlu olup, bu da Sulh veya Asliye Hukuk Mahkemeleridir. İkinci nokta ise, bu tür davaların ancak 3373 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 28.5.1987 tarihinden sonra askıya çıkıp kesinleşen orman kadastro çalışmaları hakkında açılabilir olmasıdır. Yoksa anılan tarihten önce yapılıp kesinleşmiş olan kadastro haritası sınırları içinde kalan tapulu taşınmazların maliklerinin bu davayı açmaları söz konusu değildir. Çünkü, 3373 sayılı Yasanın 16. maddesinde sadece 8, 9 ve 10. maddelerin 1.1.1987 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği bildirilmiş, 11. maddesi ile ilgili böyle bir açıklama yapılmamıştır. Nitekim yerleşmiş Yargıtay içtihatlarında da aynı husus açıkça vurgulanmıştır.

Makalemize son vermeden önce hemen belirtelim ki, tüm orman kadastrasına itiraz davaları ile ilgili olarak gözetilmesi gereken bir başka nokta da bu tür davalara bakan mahkemelerin sadece çekişmeli taşınmazların orman niteliğini veya dava konusu yapılmış olmaları halinde bu niteliklerini yitirip yitirmediklerini saptamaktan ibaret olduğudur. Bunun ötesinde mahkemelerin tescil konusunda veya el atmanın önlenmesi yolunda bir karar vermeleri söz konusu değildir. Çünkü, 6831 sayılı Yasada bu yolda karar verileceğine ilişkin bir işaret de zaten mevcut değildir.

KAYNAKÇA

- 1- Şükrü ÖZDEMİR-Necip DEDA : Orman Hukuku, 1991, Ankara.
- 2- Burhan-SINMAZ-İzzet KARATAŞ : Orman Kadastro, 1995.
- 3- İhsan ÖZMEN : Eski ve Yeni Hukukumuzda Gayrimenkul Mevzuatı, 1986.
- 4- İlyas ÇÜGEN : Orman Kanunu, Kadastro Kanunu ve İlgili Gayrimenkul Mevzuatı, 1995.
- 5- Yargıtay Yirminci Hukuk Dairesi Kararları.
- 6- Yargıtay Kararları Dergisi.
- 7- Yargıtay Dergisi.

YABANCI MAHKEME İLAMLARININ TENFİZİ VE TANINMASI ARASINDAKİ ORTAK VE FARKLI YÖNLER

Zafer ERGÜN (*)

• **ANLATIM DÜZENİ** : A- Giriş. B- Tenfiz ve Tanıma Arasındaki Farklar. 1- Hükmün Mahiyetinden Doğan Farklar. 2- Tanımda Mütakabiliyet Şartının Aranmamış Olmasından Doğan Farklar. 3- Tanımda Savunma Hakkının Kısıtlandığı İddiasının Dikkate Alınmamasından Doğan Farklar. C- Tenfiz ve Tanıma Arasındaki Ortak Yönler. 1- Yabancı Bir Mahkeme Hükmü Olmalıdır. 2- Hükmün Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisine Girmeyen Bir Konuda Verilmiş Olması Gerekir. 3- Hükmün Kamu Düzenine Açıkça Aykırı Olmaması Gerekir. 4- Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Kanunlar İhtilafı Kuralları Gereğince Yetkili Hukukun Uygulanmamış Olması ve Davalının Tenfize Ve Tanımaya Bu Yönden İtiraz Etmemiş Olması. D- Tenfiz ve Tanımda Dava Dilekçesine Eklenmesi Gereken Belgeler. E- Tenfiz ve Tanıma Davalarında Görevli Ve Yetkili Mahkeme. F- S o n u ç.

A- GİRİŞ

Yabancı mahkeme hükümlerinin tenfizi ile tanınması iki ayrı ve farklı müessesedir. 22.11.1982 tarihinde yürürlüğe giren 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanundan (MÖHUK.) önce yürürlükte bulunan 23 Şubat 1330 tarihli Muvakkat Kanununda tanıma müessesesi düzenlenmemiştir. Bu eksiklik anlaşmalarla giderilmek istenmiştir. 1.6.1970 tarihli Boşanma ve Ayrılıkların Tanınması Hakkındaki Sözleşme bunlardan birisidir. MÖHUK.nun 42. maddesinde; "Yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilamın tenfiz şartlarını taşıdığına mahkemece tespitine bağlıdır. Tanımda 38. maddenin (a) ve (d) bentleri uygulanmaz" hükmü öngörülmüştür. Buna göre tanımaya konu yabancı mahkeme ilamı tenfiz için öngörülen şartlardan mütakabiliyet ve

(*) Yargıtay 2. HD. Tetkik Hâkimi.

savunma hakkının kısıtlandığı iddiası dışında diğer şartları aynen taşıyacaktır.

B- TENFİZ VE TANIMA ARASINDAKİ FARKLAR

1- Hükümün Mahiyetinden Doğan Farklar

Hükümleri eda hükümleri, inşai hükümler ve tespit hükümleri olarak üç grupta nitelendirmek gerekir. Eda hükümlerinde cebren icra edilme özelliği vardır. Davalı hükümün gereğini yerine getirmezse devletin icra organları yolu ile cebren yerine getirmesi sağlanır. İnşai (yenilik doğuran) hükümler ise var olan bir hukuki durumun değiştirilmesini, kaldırılmasını veya yeni bir hukuki durumun yaratılması sağlar. İnşai davalarda kural olarak tek taraflı irade beyanı ile hukuki sonuç meydana gelir. Ancak bazı inşai hükümlerin dava yolu ile elde edilmesi öngörülmüştür. Bu hallerde taraflar anlaşsalar bile yeni bir hukuki durum yaratamazlar. Boşanma ve evliliğin butlanı davalarında olduğu gibi. Boşanma ve butlan hükümleri dava yolu ile elde edilen inşai hükümlerdir. TMK.nun 134/3. maddesinde öngörülen bir eşin diğer eşin davasını kabul etmesi halinde dava dışı kabul sonuç doğurmaz. Ayrıca evliliğin en az bir yıl sürmüş olması, hâkimin taraf asilleri bizzat dinleme zorunluluğu ve iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmesi, boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususundaki düzenlemeyi uygun bulması şartları nedeniyle; MK.nun 134/3. maddesine göre verilen boşanma hükmü dahi inşai hükümdür. Eda davaları ile inşai davaların reddi ile tespit davalarının reddi veya kabulü kararları kesinleşmekle tespit hükmü olurlar.

Tespit hükümlerinin icra özelliği yoktur. İnşai hükümlerin ise icraya ihtiyacı yoktur. İnşai kararlar kesinleştikleri anda hüküm ifade ederler. Boşanma kararı kesinleşmekle nüfusa tescil edilmesse bile evlilik sona erer. Tespit hükümleri ile inşai hükümlerin tanınması yeterlidir. Yargıtay ikinci Hukuk Dairesi'nin 19.12.1994 tarih 11220/12667 sayılı kararının muhalefet şerhinde ifade edildiği gibi "boşanma ilamının nüfus siciline işlenmesi idari bir işlem olduğundan boşanmada başka bir hüküm taşımayan yabancı mahkeme ilamının tanınması yeterlidir" görüşü çok yerinde bir tespit olmuştur. Oysa eda hükümlerinin mutlaka tenfizi gerekir.

Tanınmasına karar verilen yabancı mahkeme ilamı hukuki sonuçlarını hangi andan itibaren doğuracaktır. *Çelikel* "örneğin bir boşanma kararı tanınmışsa tanıma hukuki sonuçlarını kararın verildiği andan itibaren doğurur" (Milletarası Özel Hukuk, Sayfa 403). görüşündedir. Burada "kararın verildiği

anı" yabancı mahkeme ilamının kesinleştiği an olarak anlamak daha doğru olacaktır. Yargıtay ikinci Hukuk Dairesi 19.12.1994 tarih 11220/12667 sayılı kararında; "mirascıların dava açma hakkı bulunmadığı gerekçesiyle reddedilen" tenfiz isteğini onamıştır. Muhalif görüş ise "tanıma davası boşanma davasına ilişkin olsa bile boşanma istemi niteliğinde kabul edilemez. Tanıma davası tanınması istenen yabancı ilamın taraflar arasında bir hukuki durumun kanunda gösterilen biçimlere uygun oluştuğunun tespitinden ibarettir. Boşanma olgusu yabancı kesin ilamın oluşması ile tamamlanmıştır" görüşünü savunmuştur. Bu görüş kabul edildiği taktirde tanıma ve tenfiz arasında hukuki sonuçların meydana geldiği an bakımından da fark vardır.

MÖHUK. nu iki bölümde incelemek gerekir. Birincisi, Türk Mahkemeleri önünde yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuka ilişkin bölüm ikincisi ise, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili bölümdür. MÖHUK. nun 7. maddesi "zamanaşımı hukuki işlem ve ilişkin esasına uygulanan hukuka tabidir" hükmünü öngörmüştür. *Alangoya*, 7. maddeye tekabül eden 4. maddenin tasarıdan tamamen çıkarılmasını, zamaşımının niteliği gereği olarak kaldırılması halinde aynı sonuca ulaşılabileceğini savunmuştur (Öntasarı Sempozyumu, sayfa 62/63). *Nomer* ise "Türk hukukunda zamaşımı medeni hukukun bir müessesesi kabul edilir. Hukuki muamelenin tabii olduğu hukuk zamaşımı hakkında da karar vereceğinden acaba usul hukuku karakterinde görülen zamaşımını Türk hâkimi tatbik edecek mi, etmeyecek mi şeklinde tereddüt çıkabilir. O bakımdan gereklidir" görüşünü savunmuştur (Öntasarı sempozyumu sayfa 63/Devletler Hususi Hukuku Sayfa 222). Şu duruma göre MÖHUK. nun 7. maddesi Türk mahkemeleri önünde görülmekte olan yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk davalarında zamaşımı yönünden tereddütleri tamamen ortadan kaldırmıştır.

Ancak tenfiz davalarında yabancı mahkeme hükmünün zamaşımına uğradığı ileri sürülürse ne olacaktır. Türk hâkimi zamaşımını hukuki işlem ve ilişkin esasına uygulanan hukuka göre mi, yoksa hâkimin hukuka göre mi inceleyecektir?

Borçlar Kanununun 135/2. maddesine göre, "borç bir hükümle sabit olmuşsa zamaşımı on yıldır". Hükümden (tefhimden) sonra ilamın taraflara tebliğine kadar on yıl geçmişse dava zamaşımına uğrar (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 11.4.1940 tarih, 15/70). İcra İflas Kanununun 39/1 ve 33-33a maddelerine göre ilam zamaşımı on yıldır.

MÖHUK.nun 7. maddesine göre tenfiz davasına konu yabancı mahkeme ilamında hukuki işlem ve ilişkinin esasına uygulanan hukuk Türk hukuku ise zamanaşımında Türk hukukuna göre hesap edilecektir. Uygulanan hukuk yabancı hukuka: *Nomer* "Yabancı hukuka tabi zamanaşımı süresinin Türk hukukunda kabul edilenden daha kısa veya uzun olmasının Türk kamu düzeninin müdahalesini gerektireceği düşünülemez" demektedir (Devletler Hukusu, Sayfa 223). Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi, 5.4.1979 tarih, 1512/1798 sayılı kararında; "Kural olarak zamanaşımının kendisine "Lex Causa" yani taraflar arasındaki ilişkiyi idare eden hukuk (yabancı) uygulanır. Zamanaşımının kendisi kamu düzenini ilgilendirir nitelikte değildir. Ancak mahkemenin bulunduğu yer yasasının "Lex Fori"nin gösterdiği zamanaşımı süresinden daha fazla bir süre belirleyen yabancı yasanın uygulanması istenemez" demek suretiyle *Nomer*'in görüşünün tam tersi bir görüşü kabul etmiştir.

MÖHUK.nun 7. maddesinin açıklığı karşısında Türk mahkemelerinde görülen yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde hukuki işlem ve ilişkinin esasına uygulanan yabancı hukukun zamanaşımını Türk hukukundan daha kısa yada uzun düzenlemesi önemli değildir. Zamanaşımı hukuki işlem ve ilişkinin esasına uygulanan (yabancı) hukuka tabi olacaktır. Ancak, yabancı mahkeme hükümlerine Türk mahkemelerinin hükümlerinden daha fazla imkan tanımak Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil eder. Tenfizi istenen yabancı mahkeme hükmünün tabi olduğu hukuk daha fazla zamanaşımı öngörse bile 11.4.1940 tarih, 15/70 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında ifadesini bulan dava zamanaşımı ile İcra İflas Kanununda öngörülen ilam zamanaşımı süresinin dikkate alınması daha doğru olacaktır.

İnşai hükümlerle tespit hükümleri nitelikleri gereği hem zamanaşımına uğramazlar hemde sadece tanıma davasının konusu olurlar. Bu itibarla tanıma ve tenfiz davaları zamanaşımı bakımından da birbirinden farklıdır.

2- Tanımda Mütakabiliyet Şartı Aranmaz

Yabancı mahkeme ilamlarının tenfizi için aranan şartlarla tanınması için aranan şartlarda farklıdır. MÖHUK.nun 42. maddesi, "yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilamının tenfiz şartlarını taşıdığı için mahkemece tespitine bağlıdır" dedikten sonra "tanımda 38. maddenin (a) ve (d) bentleri uygulanmaz" hükmünü öngörmektedir.

MÖHUK.nun 38. maddesi tenfiz için öngörülen şartları beş bentte düzenlemiştir. MÖHUK.nun 38/a maddesinde öngörülen mütekabiliyet şartı tanıma için gerekli değildir. Yargıtay ikinci Hukuk Dairesi, 10.2.1986 tarih 808/1284 sayılı kararında, "istek Rodos Mahkemesinde verilen mirascılık belgesinin tanınmasına ilişkindir. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Kanununun 42. maddesi hükmüne göre yabancı mahkeme ilamlarının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilamın tenfiz şartını taşıdığıнын mahkemece tesbitine bağlıdır. Tanımada 38. maddenin (a ve d) bentleri uygulanmaz. İhtilafsız kaza kararlarının tanınmasında aynı hükme tabidir. Tenfiz şartlarını düzenleyen 38. maddenin a bendi tanımada uygulanamayacağına göre Türkiye ile İlamın verildiği Yunanistan arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut Yunanistanda Türk Mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizine (tanınması olması gerekir) imkan veren bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması şartı aranmaz" demek suretiyle tanımada mütekabiliyet şartının aranmayacağına açıkça işaret etmiştir. Boşanma hükümleri hükmün mahiyeti itibarı ile inşai hükümlerdir. Tenfize değil tanımaya konu olurlar. Boşanma hükmü içeren yabancı mahkeme ilamının tanınmasında hüküm hangi devlet mahkemesi tarafından verilirse verilsin mütekabiliyet şartı aranmayacaktır.

3- Tanımada Savunma Hakkının Kısıtlandığı İddiasının Dikkate Alınmamasından Doğan Farklar

MÖHUK.nun 38. maddesinin (d) bendi, "o yer kanunları uyarınca kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağırılmamış veya mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde giyabta hüküm verilmiş ve bu kişinin yukardaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk Mahkemelerinde itiraz etmemiş olması" şartını öngörmektedir. MÖHUK.nun 6. maddesine göre, " hukuki işmeler yapıldıkları yer hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekle uygun olarak yapılır". MÖHUK.nun kişi hallerine ilişkin davalarda uygulanacak hukuku belirlemiştir. MÖHUK.nun 13. maddesine göre, boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri eşlerin müşterek milli hukukuna tabidir. Şu duruma göre yabancı mahkeme Türk uyruklu olanların boşanma davalarında Türk Medeni Kanununu uygulayacaktır. Ancak ilamı veren mahkeme usulü işlemleri kendi millî usul kanunlarına göre yürütecektir.

Tenfize konu hükmü veren mahkemenin savunma hakkını kısıtladığı hususu re sen incelenemez. Davalının MÖHUK.nun 30/d bendinde öngörüldüğü şekilde itiraz etmesi gerekir. Türk mahkemelerinde görülmekte olan tenfiz davalarında davalı hükmü veren mahkeme tarafından savunma hakkının kısıtlandığını Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 189. maddesinde öngörülen süre içinde Türk mahkemesi önünde iddia ederse Türk mahkemesi iddiayı kararı veren yabancı mahkemenin millî usul hukuku ve kanunlarına göre inceleyecektir. Ancak tespit hükümleriyle inşai hükümler tenfize değil tanımaya konu olduklarından savunma hakkının kısıtlandığı iddiası dikkate alınmayacaktır.

Türk hukuku taraf teşkili ve savunma hakkını kamu düzeni noktasında görmektedir. Tanımaya konu yabancı mahkeme hükmünü veren mahkeme davalının savunma hakkını kısıtlamışsa Türk mahkemesi bu hususu resen araştıracaktır. MÖHUK.nun 38/d bendi sadece çekişmesiz yargı hükümlerinin tanınmasında uygulanabilir, boşanma ve ayrılık gibi çekişmeli yargı hükümlerinde MÖHUK.nun 38/d bendi uygulanamaz.

Uygulamada çoğunlukla tanıma yerine tenfiz istenmektedir. Olayları anlatmak taraflara hukuki nitelendirmek hakime aittir. Yabancı mahkeme boşanma ilamının tenfizi istense bile bunu tanıma olarak nitelendirilmek gerekir. Yabancı mahkeme tarafından verilen boşanma hükmü (inşai hükmü) yanında nafaka ve velayet gibi (eda) hükümleride varsa talebin boşanma yönünden tanıma, nafaka ve velayet yönünden tenfiz isteği olarak nitelendirilmesi gerekir.

C- Tenfiz ve Tanıma Arasındaki Ortak Yönler

1- Yabancı Bir Mahkeme Hükmü Olmalıdır

Hüküm davayı esasdan halleden, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdiren bir mahkeme kararıdır. Mahkemenin verdiği her karar hüküm değildir. Bazı kararlar hüküm niteliği taşımadığı halde mahkeme kararıdır. Ara kararları ve tedbir kararları böyledir. Hükmün nihai olma özelliği yanında kesin olma özelliği de vardır. Kesin hüküm hem şekli manada kesin hükmü hemde maddi manada kesin hükmü ifade eder. Yani hem tüm itiraz ve kanun yolları kapanmıştır, hemde talebin konusunun mevcut olduğu yada olmadığı halledilmiştir. MÖHUK.nun 34. maddesi, "yabancı mahkemelerden ... verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilam" dan bahsetmektedir. Yine aynı kanunun 37/b maddesi ilamın kesinleştiğini gösteren ve o ülkenin

makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesinin dilekçeye eklenmesini öngörmektedir. Yargıtay ikinci Hukuk Dairesi 13.4.1994 tarih, 3612/4567 sayılı kararında; "Türkiyede yerine getirilmesi istenen ... karar..... Kopenhag Belediyesi tarafından verilmiştir. 2675 (MÖ-HUK) Yasanın 34. maddesi gereğince ancak yabancı mahkemelerden verilen hukuk davalarına ilişkin kararların Türkiye'de yerine getirilmesi istenebilir" demek suretiyle yabancı devletler idari veya yasama organlarından verilen hiç bir karar yada belgenin tanıma yada tenfiz davasına konu edilemeyeceğine işaret etmiştir. Yargıtay ikinci Hukuk Dairesi aynı kararda, Türk hukuk sisteminin tahkim kararıyla çözüme imkan tanımadığı bir konuda yabancı hakem kararlarında yerine getirilemeyeceğine karar vermiştir.

2675 sayılı MÖHUK.nunda kesin olmayan hükümlerin tanınması ve tenfizini düzenlenmemiştir. İhtiyati tedbirler gibi davanın sonuna kadar bir durum yaratan kararlarında tanıma ve tenfize konu edilmesi gerekirdi.

2- Hükümün Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisine Girmeyen Bir Konuda Verilmiş Olması Gerekir.

Yabancı ilamların tenfizini engelleyecek anlamda münhasır yetki kavramı, iç hukukda kullanılan münhasır (kesin) yetki kavramında farklıdır. Bir yetki kaidesinin yabancı ilamın tenfizini önleyebilmesi için bu yetki kaidesinin ihtilafı konusunun sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak gayesiyle konulmuş olması ve bununda temin etmiş bulunması gereklidir (Nomet-Devletler Hususi Hukuku S.357). 2675 sayılı MÖHUK.nun 46. maddesiyle yürürlükten kaldırılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 18. maddesi, Türkler'in Ahkâm-ı Şahsiye davaları yönünden Türk mahkemelerine münhasır yetki tanımaktaydı. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 13. maddesine göre Türkiye'de bulunan gayrimenküllerin aynına ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin yetkili münhasır yetkidir. Türkiye'de bulunan gayrimenkullerin aynına ilişkin yabancı mahkeme ilamlarının tanınması ve tenfizi mümkün değildir.

3- Hükümün Kamu Düzenine Açıkça Aykırı Olmaması Gerekir

Kamu düzeni genel ve soyuttur. Kamu düzeninin nerede başladığı nerede bittiği hakkında kesin ve herkes tarafından kabul edilebilir esaslar yoktur. Yabancı mahkeme ilamlarının tanınması ve tenfizinde kamu düzeninin olumsuz etkisi dar tutulmalıdır. 2675 sayılı MÖHUK.nun 38/c maddesi "açıkça aykırılığı" öngörmektedir. Nomer "kamu düzeniengelinin açıkça be-

lirlenmediği hallerde kullanılmaması kanunun amacına uygun düşer" görü-şündedir (Devletler Hususi Hukuku, S. 359). Hâkim, her olayda Türk kamu düzenine açıkça aykırılık olup olmadığını takdir edecektir. Türk adap ve ahlâkına aykırılık temel hak ve özgürlüklere aykırılık halleri her olayda ayrı ayrı taktir edilmesi gereken hususlardır. Görüşüme göre bağımsız olmayan yabancı mahkeme hükmünün tanınması ve tenfizi Türk kamu düzenine açıkça aykırıdır. Siyasi ve idedolojik hükümlerle, hükmü veren mahkemenin tabi olduğu usul kanunlarına göre taraf teşkili yapılmadan, savunma hakkı kısıtlanılarak verilen hükümler ve açıkça taraflı hükümler Türk kamu düze-
nine aykırıdır. Ayrıca Şerii mahkemelerden verilen hükümler Türk kamu dü-
zenine aykırı kabul edilecek midir? Konuyu biraz daha açmak gerekirse Su-
udi Arabistan mahkemesi Türk Medeni Kanununu üstelik doğru uygulayarak
iki Türk vatandaşının boşanmasına karar vermiş ve kesinleşmişse bu hüküm
Türk mahkemelerince tanınabilecek midir? Hiç şüphesiz kararı veren ya-
bancı mahkemenin bağımsız olup olmadığına bakmak gerekir. Ayrıca ya-
bancı mahkemenin millî usul hukukunun taraf teşkilini nasıl gerçekleştirdiği
hem usul kanunlarının hemde tatbikatın savunma hakkını kısıtlayıp kısıtla-
madığına bakmak gerekecektir.

**4- Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Kanunlar
İhtilafı Kuralları Gereğince Yetkili Hukukun Uygulanmamış
Olması Ve Davalının Tenfize Ve Tanımaya Bu Yönden İtiraz
Etmemiş Olması**

2675 sayılı MÖHUK ile yürürlükten kalkan 23 Şubat 1330 tarihli Muvak-
kat Kanununun 4. maddesi, "rüşt, hacir, izin, vesayet, evlenme, nesep gibi
hususlarda, menkul mirasa ait kararları Ahkamı-Şahsiye ve aile hukukuna
ait kararlar olarak saymıştır. MÖHUK.nun 8. maddesi ehliyete, 9. maddesi
vesayet, hacir ve kayımlıkta, 10. maddesi gaiplik ve ölmüş sayılmakta, 11.
maddesi nişanlanma, 12. maddesi evlenme, 13. maddesi boşanma ve ayrıl-
lıkta, 15. maddesi evlilik için nesepde, 16. maddesi nesep tashihinde, 17.
maddesi evlilik dışı nesepde, 18. maddesi evlat edinmede, 19 ve 20. mad-
desi velayette, 21. maddesi yardım nafakasında, 22. madde menkul mirasda
yetkili hukuku belirlerken kişi hallerini de saymıştır. Yabancı mahkeme
Türkler'in kişi hallerine ilişkin davada Türk Kanunlar ihtilafı gereğince yetkili
kanunu uygulamamışsa böyle bir hükmün tenfizi veya tanınması sırasında
davalı hükme bu yönden itiraz etmemişse mahkeme bu hususu kendiliğinden
nazara alamaz. Diğer hususlar da tamamsa tenfize veya tanımaya karar
vermesi gerekir. Yabancı mahkeme Türklerin kisi hallerine ilişkin bir davada

yetkili kanunu uyguladığını belirtmiş ancak yanlış ve eksik uygulamışsa ne olacaktır. Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi çoğunlukla aldığı 18.5.1995 tarih 3302–5230 sayılı içtihadında;

"Yabancı mahkeme ilamında Türk Hukukunun uygulandığı yazılıdır. Ancak Türk hukukunun yorumunda yabancı mahkeme Türk mahkemelerinde istikrar bulan yorum sonucundan farklı bir sonuca vardığı için dava red edilmiştir. Doğaldır ki Türk Kanunlar ihtilafı gereğinde Türklerin boşanma davaları için öngörülen hukukun uygulanmadığının belirlenmesi ve bu yönde davalının itirazda bulunması halinde tenfiz kararı verilemez. Fakat burada olduğu gibi hukukun yorumunda hata edildiği hallerde yabancı mahkemenin Türk hukukunu uygulamadığını kabul etmek 2675 sayılı Yasanın amacına aykırı düşer. Davalı yabancı mahkemenin hukuku yanlış yorumladığını o ülkede kanun yollarına müracaatla denetlemedikçe Türk mahkemeleri önüne getiremez.

..... 2675 sayılı kanunda yabancı kararın doğruluğunu inceleme sistemi kabul edilmemiştir.

Kanunun yorumunda yapılan hataya dayalı yabancı mahkeme ilamı 2675 sayılı Kanunun 38/c maddesi uyarınca da reddedilemez..... yorum hatasını kamu düzenine aykırılık kabul etmek mümkün olmaz görüşü kabul edilmiştir. Muhafet ise Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda Türk kanunlar ihtilafı kurallarının göstermiş olduğu hukukun uygulanmamış olması hatalı veya yanlış uygulaması davalı durumunda olan Türk vatandaşının tenfize bu noktadan itiraz etmesi halinde yabancı mahkeme kararının tenfizi istemi red edilmelidir" görüşünü savunmuştur.

D– TENFİZ VE TANIMADA DAVA DİLEKÇESİNE EKLENMESİ GEREKEN BELGELER

Tanımada, MÖHUK.nun 38/a–d bentleri dışında tenfiz şartlarına tabidir. Tanımada da tıpkı tenfiz isteğinde olduğu gibi dilekçe ile olur. Dilekçeye karşı tarafın adı, soyadı, varsa kanuni temsilci ve vekilinin adı, soyadı ve adresi, hükmün hangi devlet mahkemesinden verildiği, hükmün tarih ve numarası ile özeti yazılır. Dilekçeye MÖHUK.nun 37. maddesinde öngörülen yabancı mahkeme ilamının o ülke makamlarınca onanmış aslının veya onanmış tercümesinin ve ilamın kesinleştiğini gösteren o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı ve belge ile onanmış tercümesinin eklenmesi gerekir. Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi üçe iki çoğunlukla aldığı 20.1.1994 tarih, 12846-470 sayılı kararında;

"Tanınması veya tenfizi istenen yabancı mahkeme ilamının o ülke makamlarınca usulen onanmış aslının dava dilekçesine eklenmemesi halinde davanın reddi gerekir. Bu eksikliğin ilk tiraz olarak ileriye sürülmesi gerekmediği gibi hakim eksikliğinin gideril-

mesini istemek zorunda da değildir" görüşü ile tenfiz isteğinin reddi kararını onamıştır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi daha sonra bu görüşünden vazgeçmiş, 11.3.1994 tarih, 1823/2662 sayılı içtihadında;

"...Dava dilekçesinde yasal eksikliklerin bulunması Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 187/7. maddesi gereği ilk itirazlardandır. Davalının bu konuda ilk itirazı bulunmadığına göre 2675 sayılı Yasanın 37. maddesiyle öngörülen belgelerin tamamlanması için davacıya imkan verilmesi" gerektiği görüşü kabul edilmiştir.

Şu duruma göre yabancı mahkeme ilamlarının tenfizi ve tamınması davası açılırken dava dilekçesine yabancı mahkeme ilamının o ülke makamlarınca usulün onanmış aslı ve onanmış tercümesinin ve ilamın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesinin eklenmesi gerekecektir. Bu belgeler eklenmemiş ve davalıda bu eksikliği ilk itiraz olarak ileri sürmemişse davacıya adı geçen belgeleri tamamlaması için uygun bir süre verilmesi gerekecektir. Bunun dışında belge yada yabancı mahkeme dosyasının istenmesine gerek yoktur.

E- TENFİZ VE TANIMA DAVALARINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

MÖHUK.nun 35. maddesi "Tenfiz davaları hakkında görevli mahkemenin asliye mahkemesi olduğunu" belirtmiştir. Tanıma, tenfiz şartlarını düzenleyen MÖHUK.nun 38/a ve b bentleri dışında tenfiz şartlarına tabiidir. Yabancı mahkeme ilamlarının tanınması davalarında görevli mahkeme asliye mahkemesidir.

Tanıma ve tenfiz davaları davalının Türkiye'deki ikametgahı yoksa sakin olduğu yer Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinin birinde açılır (MÖHUK.nun 35/2. maddesi). İkametgah yerleşmek maksadıyla oturlan yerdir (MK.nun 19. maddesi). Davalı Türk vatandaşı ise Nüfus Kanununun 4 ve Vatandaşlık Kanununun 38. maddesi gereğince nüfus sicili ikametgâha kârîne teşkil etmektedir. Türk vatandaşı olan davalının Nüfusa kayıtlı olduğu yer dışında bir yeri de ikametgâh seçmesi mümkündür. Bu durumda yerleşme iradesinin ekonomik, sosyal, kültürel tüm faaliyetler gözden geçirilerek tespit edilmesi gerekir. Tenfiz ve tanıma davalarında yetkili mahkeme Türk vatandaşı olan davalının ikametgâhı mahkemesidir.

F- SONUÇ

Tanıma yabancı mahkeme hükümlerinin kesin hüküm kuvvetinin diğer ülkede kabul edilmesi, tenfiz ise yabancı mahkeme hükmünün diğer ülkede icra kuvvetine sahip olduğunun kabul edilmesi anlamına gelir. Uluslararası ilişkiler tanıma ve tenfizin kolaylaştırılması yönündedir. Yargı yetkisi egemenliğin sonucudur. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi egemenliğin kısıtlandığı anlamına gelmez, hatta egemenliğin bir gereğidir. Teknoloji dünyayı küçülmüştür. Türk vatandaşları dünyanın her yerinde ekonomik, sosyal ve kültürel faaliyetlerin içindedir. Yabancıların da Türkiye'de her türlü faaliyetlerde bulunduğu bir gerçektir. Uygur dünyada sınırların da önemi eskisi kadar katı değildir. Yabancı mahkeme ilamlarının tanınması ve tenfizinin kolaylaştırılması gerekir. MÖHUK.nun amacında bu yolda yorumlanması doğru bir yorum olacaktır.

—oOo—

YARARLANILAN ESERLER

- 1- ÇELİKEL, Aysel : Milletlerarası Özel Hukuku.
- 2- GÖGER, Erdoğan : Devletler Hususi Hukuku.
- 3- KURU, Baki : Usul.
- 4- NOMEL, Ergin : Devletler Hususi Hukuku
- 5- ÖZBAKAN, Işık : Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 1978, Baskı.
- 6- SEVİĞ, Muammer Raşit : Devletler Hususi Hukuku.
- 7- UYAR, Talih : İcra İflas.
- 8- Milletlerarası Özel ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarı Sempozyumu, 1978 Baskı.

AVRUPA İNSAN HAKLARI DİVANININ
Loizidou-TÜRKİYE OLAYINA İLİŞKİN 23 MART 1995
TARİHLİ KARARI (*)

Doç. Dr. Şeref ÜNAL (**)

• **ANLATIM DÜZENİ** : I- Konu. II. Avrupa İnsan Hakları Divanı Kararı. A- Şikayet Eden Hükümetin Hukuki Durumu. B- Yerel Sınırlamanın (Ratione Loci) Geçerliliği. C- Süre Açısından (Ratione Temperis) İtiraz. III- S o n u ç.

I. KONU

Türkiye, Bakanlar Kurulunun 12 Aralık 1989 tarih ve 89/14866 sayılı kararıyla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 46. maddesi çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın zorunlu yargı yetkisini (jurisdiction) kabul etmiştir. Konuya ilişkin olarak Avrupa Konseyi Genel Sekreterine tevdi edilen Aralık 1989 tarihli mektupta, Divan'ın zorunlu yargı yetkisinin kabulü, bir dizi şart ve çekinceye bağlanmış ve bu arada yetki diğerleri meyanında Türkiye'nin millî sınırları içinde ortaya çıkabilecek olaylara hasredilmiştir. Türkiye, Sözleşme'nin 25. maddesine göre Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun yetkisini kabul ederken de aynı bildirimlerde bulunmuştur.

Kuşkusuz, bu tür yorumlayıcı beyanların geçerliliği ve hukuki sonuç doğurup doğurmayacağı, Komisyon ve Divan'ın anlayış ve yorumlarına bağlıdır. Her iki organ da bu konuda oldukça hoşgörülü davranmakla beraber, beyanların, Sözleşme'nin ve kurduğu denetim mekanizmasının işleme-sini engelleyici olması halinde, bunları kabul etmemektedir. Nitekim, Divan'ın Marlene Bellilos – İsviçre olayında belirttiği gibi (1) sözleşme sadece çekin-

(*) Council of Europe, Information Sheet No: 36, January–June 1995, Strasbourg 1995, s. 21 vd.

(**) Hâkim-Adalet Bakanlığı Avrupa Topluluğu Koordinasyon Dairesi Başkanı.

(1) Stock Taking on the European Convention on Human Rights, The first thirty Years: 1954 Until 1984, Supplement 1988, s. 11 vd.

ceden söz ettiği halde devletler ikisi arasında bir ayırım yapmaksızın yorumlayıcı beyanlarda bulunmaktadır. Divan'a göre bu tür beyanların hukuki niteliği içeriğine bakılarak değerlendirilmelidir. İsviçre Hükümeti, sözkonusu beyanında bazı dava türlerini 6. madde kapsamında çıkarmak istemiştir. Bu beyan genel ve sınırsız niteliktedir. Divan, Sözleşme'nin 64. maddesinin genel ve sınırsız nitelikte çekince koymasını yasakladığına işaretlerle, İsviçre'nin bu beyanını kabul etmemiştir.

Türkiye'nin yaptığı bu beyanlar üzerine, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, bunların kabulünün Komisyon ve Divan'ın takdir yetkisine girdiğini ve tartışmaya açık olduğunu bildirmiştir. Nitekim, bu beyanların tebliği üzerine, akit devletlerden beşi derhal itiraz etmişlerdir. Türkiye, bu gelişmeler karşısında, Komisyonun yetkisini uzatırken, 28 Ocak 1993 tarihli mektubunda, beyanlarının tümünü geri almış, Komisyonun yetkisini sadece millî sınırlar içinde ve 28 Ocak 1987 tarihinden önce (Komisyonun yetkisini ilk tanıma tarihi) vuku bulmuş olaylar için tanıdığını beyan etmiştir. Benzer muhtevada bir bildirim, Divan'ın yetkisinin uzatılması sırasında da yapılmıştır.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI DİVANI KARARI

Avrupa İnsan Hakları Divanı, 23 Mart 1995 tarihinde Loizidou – Türkiye olayına ilişkin olarak verdiği kararında, Türkiye'nin Sözleşme'nin 25 ve 46. maddelerine dayanarak Sözleşme'nin ülke sınırları içindeki olaylara uygulanması için yapmış olduğu söz konusu beyanı geçersiz saymıştır.

Şikayetçi; Kuzey Kıbrıs'ta, Girne'de doğmuş olup orada arazisi vardır. Türk kuvvetlerinin 1974'ten beri burada bulunmaları dolayısıyla mülküne giremediğinden yakınmaktadır.

19 Mart 1989'da aralarında şikayetçi Loizidou'nun da bulunduğu bir kısım Kıbrıs'lı Rum kadın "eve dönüş" sloganı altında bir yürüyüş düzenlemiş ve "ateş kes" sınırını aşarak Kuzey Kıbrıs'a girmişlerdir. Kadınlardan bazıları, aralarında şikayetçi de olduğu halde, Kıbrıs Türk Polisi tarafından gözaltına alınmış ve aynı gün Birleşmiş Milletler yetkililerine teslim edilmişlerdir.

Türk Hükümeti şikayete karşı, olayların Türkiye sınırları dışında (ratione loci) ve Türkiye'nin, Divan'ın yargı yetkisinin kabulünden önce (ratione temporis) vukubulduğu itirazında bulunmuş ve Divan'ın yetkili olmadığını bildirmiştir.

Olayı daha önce inceleyen Komisyon 22 Temmuz 1989'da kabul edilebilirlik kararı vermiştir. Komisyon, 8 Temmuz 1993 tarihli nihai raporunda şikayetçinin kendisine işkence yapıldığı (Sözleşme m. 3), özel hayatının ihlal edildiği (Sözleşme m. 8) ve haksız yere gözaltına alındığı (Sözleşme m. 5/3) ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği (Ek protokol m. 1) iddialarıyla yapmış olduğu şikayetleri reddetmiştir. Bunun üzerine olay, Kıbrıs Rum Cumhuriyeti'nin talebi üzerine Divan'a intikal ettirilmiştir.

A. Şikayet Eden Hükümetin Hukuki Durumu

Divan, Avrupa Konseyi'nin kökleşmiş uygulamasına dayanarak, şikayetçi hükümetin uluslararası camia tarafından "Kıbrıs Cumhuriyeti" olarak tanıdığına işaretlerle, Sözleşme'ye taraf hükümet olarak şikayete hakkı olduğunu kabul etmiştir.

Divan'a göre, Sözleşmenin 1. maddesinde belirtilen yetki (jurisdiction) akit devletin ilkesi ile sınırlı değildir. Sorumluluk haklı veya haksız bir askerî hareket sonucu da ortaya çıkabilir. Bunun için akit devletin kendi sınırları dışındaki bir bölgeyi etkin bir şekilde kontrol etmesi yeterlidir. Divan bu görüşten hareketle, şikayetçinin, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında, Türk yargı yetkisine girdiği sonucuna varmıştır.

B. Yerel Sınırlamanın (Ratione Loci) Geçerliliği

Divan'a göre, Sözleşme insan haklarının yeknesak bir şekilde uygulanmasına yönelik, yaşayan bir belge olarak günün şartlarına göre yorumlanmaktadır. 25 ve 46. maddelere dayanılarak esasa veya bölgeye ilişkin sınırlamalar kabul edildiği takdirde, akit taraflara beyanlarına göre serbest bir uygulama imkanı ve böylece farklı infaz rejimleri tanınmış olur ki, bu durum Komisyon ve Divan'ın görevlerini yapmasına ciddi bir engel oluşturacağı gibi, Avrupa kamu düzeninin anayasal bir belgesi olarak Sözleşmenin etkinliğini de ortadan kaldırır. Kaldı ki, Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihten beri, şikayet edilen devlet dışında 30 akit devletten hiçbirisi, Sözleşmenin uygulanmasını esasa veya bölgeye ilişkin sınırlamalarla kabul ettiği doğrultusunda beyanlarda bulunmamışlardır.

Bu nedenle Divan, Sözleşme'nin niteliklerini ve 25 ve 46. maddelerin amaçlarını gözönüne alarak, Türkiye'nin, Sözleşme'nin sadece millî ülke sınırları içinde geçerli olduğuna ilişkin beyanını reddetmiştir. Divan'a göre sorumlu hükümet (Türkiye) akit devletlerin; Komisyon ve Divan'ın yetkisinin

şartsız olarak kabul ettiklerini ve uygulamanın bu doğrultuda olduğunu bilmek zorundadır. Nitekim bir çok devletin Türkiye'nin bu beyanlarını protesto etmesi, Türkiye'nin hukuki durumun bilincinde olduğunu gösterir.

C. Süre Açısından (Ratione Temperis) İtiraz

Divan, Türkiye'nin 25 ve 46. maddeler çerçevesinde süre açısından yapmış olduğu beyanları da incelemiş ve Sözleşme'nin sürekli olarak ihlali kavramı bağlamında bu hükümlerin yorumunun hukuki ve fiili güçlükler arzettiği sonucuna varmıştır. Divan, dosyanın mevcut durumunun bu sorunun yeterli bir şekilde değerlendirilmesine elvermediğine işaretle, bu konuyu işin esasıyla birlikte ele almayı kararlaştırmıştır.

III. S O N U Ç

Divan'a göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni onaylayan ve Divan'ın yargı yetkisini tanımış olan bir devletin, ilke olarak sadece kendi ülkesinde vukubulan insan hakları ihlalleri dolayısıyla sorumlu tutabilmesi mutlak değildir. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Fas'taki Alman Büyükelçiliği görevlilerinin işlemlerinden Alman Hükümeti'ni ve Liechtenstein'da vukubulan bir olay dolayısıyla da, siyasi açıdan bu ülke haklarını savunmakla görevli İsviçre Hükümeti'ni sorumlu tutmuştur (2). Dolayısıyla Divan, vardığı bu sonuçla, Sözleşme'ye etkin ve yeknesak bir uygulama alanı sağlamayı amaçlamış, eski içtihadını teyit etmiştir.

—oOo—

(2) Van Dijk, P. Vam Hoof, G.S.H., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Deventer-Boston, 1990, S. 8.

HAVALEDEN RÜCU ETME
(BK. m. 466)

Çeviren
Doç. Dr. Kemal DAYINLARLI (*)

(W)'nin (X) Bankasına karşı karar düzeltme suretiyle yaptığı müracaatta Birinci Hukuk Dairesi'nin 14 Mart 1995 tarihinde aldığı kararın özeti.

Havaleden rücu etme; BK. m. 466.

Havale lehdarına (muhalünleh) karşı, havale edilenin (muhalünaleyh) açtığı sebepsiz zenginleşme davası, uygulanacak hukuk (gerekçe 2).

Rücu hakkı, havalenin koşulları havale lehdarına karşı gerçekleşmemiş olsa bile, havale eden (muhal) tarafından kullanılabilir (gerekçe 3).

Havale edilen (muhalünaleyh) tarafından havaleden rücu riayet edilme- miş olması durumunda bunun iyiniyetli havale lehdarına etkileri.

Havale edene (muhile) karşı havale edilenin (muhalünaleyh) hakları (gerekçe 4).

A- (A), (Kıbrıs) Lefkoşe'de ikamet etmekte olup Cenevre'de (X) Bankası nezdinde bir hesabın sahibidir. 4 Temmuz 1989'da, Cenevre'de ikamet eden (W) lehinde 14.000 US \$ ve 30.000 franklık meblağları içeren bir yazılı ödeme emrini (X) Bankasını tayin etmek suretiyle keşide etti; söz konusu ödeme emrini havale lehdarına verdi.

1989 yılının yaz ayları esnasında (W) ödeme emrindeki parayı almak için (X) Bankasının gişelerine müracaat etti. Ödeme emrini veren kişinin hesabında yeterli karşılığın bulunmaması gerekçe gösterilerek red ile karşılaştı.

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

KAYNAK : Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse - Recueil Officiel, Volume 121e Partie III, 12.7.1995, Page: 109-117.

16 Ekim 1989 tarihli teleks ile (A) ödeme emrinden rücu etti. Bu rücuun (W) tarafından bilindiği tespit edilemedi. Söz konusu rücu, bankanın bir memuru tarafından yapılan bir hata sebebiyle (X) Bankasındaki bilgisayar sistemine kayıt edilmedi.

7 Mart 1990'da, (W) yeniden (X) Bankasına geldi. Bu tarihte (A)'nın hesabında yeterli karşılık vardır. 4 Temmuz 1989 tarihli ödeme emri üzerine yukarıda belirtilen her iki meblağın bu hesaptan ödenmesini temin etti.

Bir gün sonra (A) daha önce ödeme emrinden rücu edildiğini ileri sürerek bu işlemin geçerliliğine itiraz etti. Müşterisinin talebini kabul ederek (X) Bankası, 15 Mart 1990 tarihinde ilgilinin hesabına daha evvel borçlandırdığı her iki meblağı alacak kaydetti. Daha sonra (W)'ye dönerek bu meblağın kendisine iade edilmesini istedi. (W) bu isteğe uymadı.

B- 11 Şubat 1991'de, (X) Bankası hataen ödediği 14.000 US \$ ile 30.000 frangını iade etmesi amacıyla (W)'ye karşı sebepsiz zenginleşme davası açtı. Davalı bu talebin reddini istedi.

28 Ekim 1993 tarihli hükümlerle Cenevre Kanton Mahkemesi davalıyı, davacıya 30.000 frank ile 14.000 US \$'na tekabül eden 21.350 frank ödemeye mahkûm etti.

24 Haziran 1994 tarihinde davalının istinaf mahkemesine müracaatı üzerine, Cenevre Kanton Üst Mahkemesi, davanın esasına dair ilk derece mahkeme kararını onayladı. Bununla birlikte davacı tarafından ilk dilekçede talep edilen Dolar cinsinden ödemeyi içeren mahkûmiyeti resmen iptal etti.

Ayrıca, ilk derece mahkemesi hâkimi tarafından tespit edilen temerrüt faizlerinin başlangıç noktasını değiştirdi.

C- Karar düzeltme yolu ile, davalı kamu hukuku müracaatını yaparak Federal Mahkeme'den Kanton Üst Mahkemesi kararının iptalini ve davacının tüm taleplerinin reddini istedi.

Davalı, karar düzeltme talebinin reddini ve daha önce verilen kararın onanmasını istedi.

Önce karar düzeltme talebini ele alan Federal Mahkeme, karar düzeltmeyi kabul etti, temyiz edilen kararı iptal edip (X) Bankasının talebini reddetti.

GEREKÇELERİN ÖZETİ

2– Davalı lehine davacının müşterisi tarafından 4 Temmuz 1989 tarihinde keşide edilen ödeme emri, hukuken havale oluşturmuştu. Bu öyle bir hukukî muameledir ki, onunla havaleyi yapan (mühil) kendisine havale edileni (muhalünaleyh), havale lehdarına (muhalünleh) bir miktar parayı, şeyi vermek için yetkili kılar. Havale lehdarı, aynı havale eden tarafından, havale edilen nezdinde kabul edilmeye yetkilendirilmiştir (Engel, Contrats de droit suisse, p. 534). Bu nokta ihtilaflı değildir. Havale eden, ödeme emrini keşide ettiği zaman yabancı bir ülkede ikamet ediyordu, bunun milletlerarası hukuk bakımından önemi yoktur. Kuşkusuz, madem ki halihazır usulde tarafların her ikisi de İsviçre'de ikamet etmektedirler, o halde uygulanacak hukuk bakımından bunun karara etkisi olmaz. Zira İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun m. 128/1 hükmüne göre, sebepsiz iktisap iddiaları, sebepsiz zenginleşmenin var olduğu bilinen veya kabul edilen hukukî ilişkiyi düzenleyen kanun tarafından idare edilirler. Bununla birlikte, havale hususunda, LDİP'nin m. 117 hükmü anlamında edimin niteliği, havale edilenin (muhalünaleyh) edimidir (Keller/Kren Konstkiwicz, İPRG Kommentar, n. 67 ad. art. 117). Öyle ki kendisine havale edilenin daimi oturduğu yerin veya müessesesinin bulunduğu devletin kanunu havale eden ile havale lehdarının ilişkilerine de uygulanır (ATF 100 II 200 consid. 5b et les références). Oysa, davacının işyeri ve havale edilen İsviçre'de bulunmaktadır (cf. art. 21 al 3 LDİP). Böylece, ihtilaflı sorun İsviçre hukukunun ışığında, daha açık bir ifade ile BK. 466 vd. maddeleri ile bağlantılı olarak, BK. m. 63/1'e göre incelenmelidir. Zaten taraftarlar da mevcut ihtilafa bu hukukun uygulanmasını sorun yapmamışlardır.

3– Davalı rücuun geçerliliğine karşı itiraz etmektedir. Bu konuda BK. m. 468/1 hükmünün ihlal edildiğini ileri sürmekte ve havale edilenin, bir defa ödeme emrini yerine getirmesi halinde, artık havale edenle ilişkilerinden doğan itirazları ileri süremeyeceğini savunmaktadır. Bu ilk hususu incelemek de söz konusu değildir.

a) BK. m. 470/2 havale lehdarına kabulünü tebliğ etmiş olmadıkça, havale edene havaleden rücu etme hakkı tanımıştır. Bu rücu hakkını, havale eden havale lehdarına karşı havaleden rücu etme şartlarının yerine getirilmemiş olması varsayımında dahi, BK. m. 470/1 hükmüne göre kullanabilir (Tercier, les contrats spéciaux, 2 éme éd., n. 4595; OR-Th. Koller, n. 5 ad art. 470). Havale edilenin kabulü BK. m. 470/2 hükmü anlamında, havale lehdarına yöneltilen bir irade tezahürüdür; bunun özel bir şekle bürünmesine ihtiyaç

yoktur ve bu inandırıcı muamelelerden anlaşılabilir (Tercier, op. cit., no 4598; OR-Th. Koller, n. 5 ad art. 468 ve belirtilen kararlar). Kabul "soyut" nitelikli yeni bir borç hükmüne sahiptir ve bu kendisine havale edilen ile havale lehdarını doğrudan doğruya bağlayan bir havale ilişkisi veya edimine (Leistungsverhältnis) dayanır. Bu durumda, havale edilen, havale lehdarına BK. m. 468/1 hükmüne göre provizyon (Deckungsverhältnis) veya değer (Valutaverhältnis) ilişkilerinden doğan def'ilerini ileri süremez (Tercier, op. cit., n. 4599 et 4600; OR-Th. Koller, n. 5 et 6 ad. art. 470).

b) İcabi halde, Kanton Üst Mahkemesinin olayları bağımsız müşahadesinden anlaşıldığına göre, davacı havale lehdarına ödemedi önce kabulünü bildirmedir. O halde, burada havalenin kabulü ile onun ifası arasında bir beraberlik vardır.

Başka bir deyişle, bu birliktelik konuyu oluşturan bir miktar paranın ödenmesinde, belirleyici olayla havalenin kabulü arasındadır (cf. L'ATF 105 II 104 consid. 3d). Söz konusu ödeme 7 Mart 1990 tarihinde yapılmıştır. Bu tarih 16 Ekim 1989 tarihinde havaladan rücu edilmesinden sonraki bir tarih idi. "1989 yaz aylarında davacı, havalenin kabulünü davalıya bildirmişti" diye yapılan gayret boşunadır. Üstelik bu tarihte havale edenin hesabında havale lehdarına ödeme yapmayı reddeden yetersiz meblağın bulunuşu ön planda geliyordu. Gerçekten, havale edilenin reddi böylece gerekçelendirilmiş olup askıya alınan bir şart altında havalenin kabulü gibi alınmazdı. Oysa, davalının bu hususu davalıya bildirdiğine dair –yani havale eden (muhtil) tarafından yeterli bir provizyon karşılığının bulunduğ– gerek azletme tarihinden önce, gerekse daha önceki bir tarihte herhangi bir şekilde ispat edilmemiştir. Böylece, şartlı bir kabulün varlığı halinde dahi havale edilenin iradesinin tezahürü ancak havaladan rücu edilmesinden sonra hüküm ifade edebilmiştir (cf. kıyasen BK. m. 151/2). Rücuun geçerliliği hususunda Kanton Üst Mahkemesi Federal Hukuku hiçbir şekilde ihlâl etmemiştir.

4– Memurlarından birinin hatası sonucu davacı, davalıya havalenin rücuundan daha önce ödemedi bulunmuştur. Daha önceki hâkimler, edim lehdarına karşı böyle bir kanunun aksine, doğrudan doğruya hareket etme hakkını kabul etmişlerdir.

O halde, havale lehdarına nazaran, havaladan rücuava havale edilen (muhtilünaleyh) tarafından riayet edilmemesinin sonuçlarını incelemek daha uygun düşer. Kanton Üst Mahkemesinin altını çizdiği gibi, bu sorun İsviçre doktrini tarafından iyice derinleştirilmiş görünmüyor.

a) Dolaylı tahsislerde, edimin dayandığı her iki sebep ilişkisinin her biri bir ayıpla malul olabilir. O halde, ayıplı işlemin aralarında yapıldığı şahıslar için veya onlara karşı istirdat etme hakkı sebepsiz iktisaptır (von Tuhr/Peter Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, vol. I, p. 477). Bu kıyaslamadan hareketle Federal Mahkeme havaleye dair verdiği en yakın tarihli içtihadında, ilke olarak, kendisine havale edilen kişi tarafından, karşılık olmaması, değer ilişkisi veya aynı zamanda her ikisini bozan ayıpların varlığı halinde, havale lehdarının sebepsiz zenginleşmeden dolayı doğrudan dava açma imkanını hariç tutmuştur (ATF 117 II 405 consid 3a, 116 II 689 consid. 3b/aa). Son kararında kendisine havale edilen kişi tarafından, havale lehdarının takip edilmesi hakkını birincisinin ikinciye karşı ediminin ayıplı olması durumunda saklı tutmuştur. Örneğin, böyle bir istisnaî durumda, söz konusu karar, havale edenin talimatına uymayan havale edilenin görevini zikretmiştir. Hatta provizyon ilişkisinin geçerliliğine, değer ilişkisine veya bunlardan birine ve diğerine "sebebe" ilişkin havale hususunda tabi tutulmuş olsa bile (ATF 117 II 405 consid. 3b 408 ATF 92 II 335 ilgide bulunmak suretiyle). Alman doktrini kendi yönünden aşağıdaki halleri ileri sürmektedir: Havale edilen tarafından yapılan çift edim, havalenin gösterdiği meblağdan daha yüksek bir meblağın ödenmesi, havale lehdarından başka bir kimseye ödeme yapılması, havalede yapılan sahtekarlık vs. (cf., parmi d'autres: von Tuhr/Peter, op. cit., p. 478, note 27a: LARENZ/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, II/2, 13 e éd. p. 227; Lieb, in Münchener Kommentar, n. 74 ad § 812 BGB; STAUDINGER/LORENZ, n. 51 ad. § 812 BGB; ESSER/WEYERS, Schuldrecht, Bd II, Bes. Teil, 7e éd. p. 441; SOERGEL/MÜHL, n. 64 ss ad § 812 BGB). İlk önce, havale edenin (muhtel) korunması ihtiyacını ileri sürmektedir, davalıya dolaylı bir görev veren, böyle bir durumda, kendisine havale edilenin sebepsiz zenginleşme davasını ortaya çıkarmayı reddetmesini haklı göstermek için risk ve hasarı kendisine ait olmak üzere lehdara karşı hareket etmesi için yeniden gönderir (Bkz. örneğin LARENZ/CANARIS, ibid. et von Thur/PETER, ibid.).

Alman doktrininin bir kısmı, mevcut bir rücu halini aynı şekilde ve rücuun kusurlu olması halinde, havalenin geri alındığını bilmediği durumda, ödemiş olduğu meblağı doğrudan doğruya geri almayı talep hakkını havale edilene tanımayı kabul eder (cf. aynı şekilde LIEB, op. cit., n. 70 a ad § 812 BGB; STAUDINGER/LORENZ, ibid.). Le Bundesgerichtshof bundan farklıdır (BGHZ 89, p. 376 ss; 87, p. 246 ss et p. 393 ss; 61, p. 290 ss), yazarların çoğunluğu bunu tasvip etmiştir (LARENZ/CANARIS, op. cit., p. 230 ss; ESSER/WEYERS, op. cit., p. 441/442; SOERGEL/MÜHL, n. 78 ad § 812 BGB;

diğer ilgiler için bkz. BGHZ 89, p. 379 consid. 3). Devamlı bir içtihadı göre lehdara karşı havale edilenin (muhalünaleyh) sebepsiz zenginleşme davası imkanını ancak havale edilenin parayı ödediği anda havaleden rücu edebilmesi halinde kabul etmektedir. Bu içtihat, rücuun bilinmiş olması esasına dayanmakta olup, içerik itibarıyla aşağıdaki hususlardan meydana gelmektedir: Havale edilen, havalenin daha önce geri alınmasına rağmen havale lehdarına ödeme yaptığı zaman, onu sadece havale edenin hesabına yapmaktadır. Görev görüş noktasından incelenince, ki bu esaslı bir hususa bürünmektedir, havale edilenin edimi aynı şekilde yorumlanmalıdır. Başka bir deyişle, havale edene yapılan bir yollama ve bunun sebebi, karşılığın bulunması ilişkisinde aranır. Oysa havale lehdarının böyle bir ilişkide var olan bir ayıptan dolayı kuşkusu bulunmamalıdır. Bu ayıplar bu çerçevede düzeltilmelidir. Ödemelerin iyi bir biçimde işleminin kamu menfaatine sayısız yararı vardır. Böylece, müşterisinin hesabında yeterli para olmaması halinde dahi ödemeyi yapan banka, havaleden rücu edilmiş olmasına dikkat etmeden ödemeyi yaparsa, parayı almadan önce havaleden rücu edildiğini bilmeyen havale lehdarına rücu edemez. Buna karşın, lehdar, zamanında kendisine haber verilmiş olması karşısında bilmektedir ki; havale edilen, rücu edilen bir havaleye istinaden ödeme yapmakla, havale eden tarafından kendisine bildirilen ödeme yasağını çiğnemiş olmaktadır. Başka bir deyişle, havale eden (muhal) tarafından görevlendirilmiş olduğunu ve ödemenin iyi niyetli yapıldığını öne süremez. Bununla birlikte, havale edenin sözlü olarak geri aldığı bildirdiği havalenin ifasına mutabakat vermediğine dair iradesine riayet edilmesini görmekte menfaati vardır. İradesine karşı dolaylı bir görevin varlığını önlemek için gerekeni yapan ve havalenin geri alındığını bildiren havale edenin (muhal) iradesine riayet etmeyen havale edilenin, bunun sonuçlarına katlanması normaldir. Böyle bir varsayımda, havale eden nezdinde bir değer ilişkisinden doğan bir alacağın olup olmadığı bilinmeden, havale lehdarına karşı kendisine havale edilenin karşı çıkması haklı olmaz. Bunun sebebi şudur: Böyle bir durumda, edimin lehdarı bilmektedir ki, bu edim havale edilenin bir hatasından doğmuş olduğundan, bu hata ona bir menfaat sağlamamalıdır. İspat külfeti söz konusu olunca, iyi niyetin varlığı karşısında, lehdarın kötü niyetini iddia eden, ispat etmekle mükellef olur: Havale eden, doğrudan doğruya havale edilen tarafından takip edilirse (cf. BGHZ 87, p. 399 ss consid. 3); havale edilen ise, lehdara karşı dava açarsa, ispat külfetine katlanır. Bu içtihat ilkeleri, daha önce de söz konusu olmuştur, baskın doktrin tarafından şöyle veya böyle hukukî gerekçelere düşülen ihtirazî kayıtlarla da kabul görmüştür. Bu hususu benimseyenler genel olarak, bu çö-

zümün desteği altında, geçerli bir havalenin görünüşüne iyiniyetle inanmış olan lehdarı korumanın gerekliliğini öne sürmektedirler. Havale edene ait şu hususu da ortaya koymaktadırlar: Bir yandan, üçüncü kişiyi ödemeye davet eden ve usulü karıştıran odur –havalenin olmaması halinde ödeme yapan havale edilenin (muhilünaleyh) durumu böyle değildir– diğer yandan, havale edilene havalenin geri alındığını bildirdiğini, lehdara haber vermede ihmal göstermiştir (voir, par ex., LARENZ/CANARIS, op. cit., p. 230/231), gibi yazılar, havalenin geri alınmasının "positive Kenntnis" ine "fahrlässige Unkenntnis" uyarlamayı teklif ederler. Statu quo ante'yi tespit eden çeşitli davalar ise, eğer haaleden rücu rağmen edim yapılmışsa bu durumda, lehdarın edimi kabul ettiği anda rücutan haberi olup olmadığına göre farklılıklar göstermektedir: İlk varsayımda, kendisine havale edilen, havale lehdarından ödediği parayı geri isteyebilir ve edimin lehdarı bu durumda onun değer ilişkisinden doğan muhtemel alacağına olduğu gibi, havale edene karşı sanki havale yokmuş gibi hareket edebilir. İkinci varsayımda, kendisine havale edilenin ödemesi, lehdara havale edenin bir borcundan meydana gelmiş ise, kendisine havale edilen havalenin geri alınmasına rağmen bu ödemedan dolayı zenginleşen havale edene karşı hareket edebilir (pasifin azaltılması). Havale edilenin nezdinde havale edenin hesabından geçerli olarak somut biçimde alınmasını gerektirir veya provizyon yoksa, lehdara (Rückgriffskondiktion) yapılan ödemeye tekabül eden bir meblağın, birincisinden ikincisine iadesi borcu doğar. Aksi takdirde, eğer havale eden, lehdarın borçlusu değil idiye, lehdar sadece havale edilenin edimi ile zenginleşmiş olacaktır. Kendisine havale edilen, eğer havale edenin hesabından parayı çekti ise işlemi düzeltmek zorundadır ve provizyon olmadan bu ödemeyi yapmış ise, bu meblağın iadesini isteyemez. Zira, onun iddiası lehdara karşı, alacağın temlikine bağlı tüm mahzurları ile birlikte (cf. TEVENİ du paquier, le crédit documentaire en dorit Suisse. Thése Genève 1990, p. 119), havale edinin sebepsiz zenginleşme alacağının temliki ile sınırlıdır (Kondiktion der Kondiktion ou Doppelkondiktion; cf., parmi d' autres: LARENZ/CANARIS, of. cit., p. 232/233; SOERGEL/MÜHL, n. 78 ad § 812 BGB).

Havale sorununa ilişkin olarak Alman Hukuku ile İsviçre Hukuku arasında mevcut olan çok yakın bağıllık nedeniyle, *mutatis mutantis* olarak havalenin rücu sorununu çözümlmek için yukarıdaki ilkeleri İsviçre'de de uygulamaya karşı çıkılmaz. Alman doktrini bu konuda, illiyet rabitalarından birine iştirak edenler arasında normal olarak yapılan işlemlerin iadesini isteyen özel kural yanında (değer ilişkisi ve karşılığın mevcudiyeti ilişkisi), iyi niyetli üçüncü şahsın genel korunması ilkesini de somutlaştırmaktadır. Oysa,

yukarıda zikredilen kararlarda Federal Mahkeme tarafından birincisi sorulmuştu (ATF 117 II 405 consid. 3a, 116 II 689 consid. 3b/aa) ve ikincisi ise temsil konusunda özellikle (cf. ATF 120 II 197) çok sayıda içtihatla yer almıştır. Bu iki sebep ihtiyaca göre değiştirilmek veya açıklanmak üzere Ren Nehri'nin öbür yakasında kesin olarak tespit edilen ilkelerin İsviçre'de kabulü lehinde delil teşkil ederler.

b) Bu davada, Kanton Üst Mahkemesinin belirgin müşahadelerine göre, ödeme emri lehdara havele eden tarafından verilmiş idi. Böylece sabit olmuştur ki, lehdar havaleden haberdar olmuştur. Buna karşın, havale edilen kişi tarafından ödeme yapılmadan önce havaleden rücu edilmiş olunduğu hususundan lehdarın haberi olduğu ispat edilmemiştir. Bu nedenle, yukarıda açıklanan ilkeler uyarınca, ispat külfetine gelince davacı, havale edilen niteliğinde, lehdara karşı dava açma hakkına sahip değildi. Davalının havale edenden alacağıının bulunup bulunmadığı hususunda ilk derece mahkemesi hâkimleri farkında olmadan bahsettikleri yazara dayanarak ne derlerse desinler bu durum hiçbir şeyi değiştirmez. Gerçekten, kabu ettiği havaleden rücu edilmemiş olsaydı, havale edilen, değer ilişkisinden çıkan gerekçe nedeniyle lehdara ödemeyi reddedemeyecekti (BK. m. 468/1); cf. consid. 3a yukarıda); mantık gereğince, lehdara karşı sebepsiz iktisap davasının açılmasını haklı göstermek için "lehdar, havale edenin borçlusu değildir" şeklindeki düşüncenin dayanağı olamaz. Buradan çıkan sonuca göre davalı tarafından, kamu hukuku müracaatında, Hukuk Mahkemesinin tespitleri hususunda, ödeme tarihinde havale edenin nezdinde bir alacağı bulunmadığı şeklinde ileri sürülen görüşler inandırıcı olmaktan uzaktır ve bunun ihtilafın kaderi üzerinde hiçbir etkisi yoktur.

Bu durumda, davanın bu kez incelenmesi safhasında, hukuk mahkemesi davalıya karşı havale edilen banka tarafından yapılan talebi haklı bulurken federal hukuku ihlal etmiştir. O halde, karar düzeltme müracaatını kabul, temyiz edilen üst mahkeme kararını iptal ve davacının davasını reddetmek gerekmiştir.

Karşılaştırma İçin**Türk Mevzuatı
(Türk Borçlar Kanunu)**

m. 62
m. 149
m. 457
m. 459
m. 461

**İsviçre Mevzuatı
(İsviçre Borçlar Kanunu)**

m. 63/1
m. 151/2
m. 466
m. 468/1
m. 470/1, m. 470/2.

1995 YILI YARGITAY DERGİSİ
BİBLİYOGRAFYASI

Ali Rıza GENİŞ (*)

Konulara Göre (**)

I – GENEL KONULAR

ÖZKUL, Dr. E. Aydın : **Türkiye'de Din ve Devlet İlişkisi.** XXI (1-2), 1995 5-23.

SELÇUK, Doç. Dr. Sami : **Hukuk Devleti.** XXI (3), 1995, 197-204.

YAVUZ, Levent : **İngiltere Birleşik Krallığı Yargı Sistemi (Mahkemeler ve Yargı Görevlileri)** XXI (3), 1995, 205-223.

UTKU, Müfit : **1995 - 1996 Adalet Yılına Açış Konuşması.** XXI (4), 1995, 357-366.

SAV, Önder : **1995 - 1996 Adalet Yılına Açılışında Yaptığı Konuşma.** XXI (4) 1995, 367-380.

YÜCEL, Dr. Mustafa T. : **Türkiye'de Hukukun Etkinliği.** XXI (4), 1995, 381-394.

1 – FEDERAL MAHKEME İÇTİHATLARI

DAYINLARLI, Doç. Dr. Kemal : **Milletlerarası Özel Hukuk, Milletlerarası Tahkim.** XXI (1-2), 1995, 179-182.

DAYINLARLI, Doç. Dr. Kemal : **Bir Alt Müteahhide Karşı Ana Müteahhidin Garanti Davasının Zamanaşımı.** XXI (3), 1995, 331-337.

DAYINLARLI, Doç. Dr. Kemal : **Anonim Şirketin Bir Organı Tarafından İka Edilen Haksız Fiil Nedeniyle Sorumluluğu.** XXI (4), 1995, 521-527.

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

(**) Sıralamada, dergi sayısı esas alınmıştır.

2 – AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRKİYE

ÜNAL, Doç. Dr. Şeref : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yağcı ve Sargın-Türkiye Davasına İlişkin 8 Haziran 1995 Tarihli Kararı. XXI (4) 1995, 512-520.

3 – YARGITAY'DAN HABERLER

GENİŞ, Ali Rıza : Yeni Seçilenler, Emeklilik Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar, Yasalar. XXI (1-2), 1995, 183-192.

GENİŞ, Ali Rıza : Yeni Seçilenler, Emeklilik ve Vefat Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar; Yasalar, Kanun Hükmünde Kararnameler. XXI (3), 1995, 338-352.

II – USUL HUKUKU

EREM, Prof. Dr. Faruk : Suç Vasfında Değişiklik. XXI (1-2) 1995, 24-32.

KUNTER, Prof. Dr. Nurullah : Bağımsız Olmadığı ve Diğerine Dayalı Bulunduğu Gerekesiyle İddianamede Gösterilmiş Eylemlerden Biri Hakkında Kamu Davası Açılmamış Sayılabilir mi? XXI (1-2) 1995, 33-46.

YURTCAN, Prof. Dr. Erdener : Ceza Davasının Konusu, Sınırları, Yargıcın Niteleme (Tavsif) Yetkisi, Fiilin Aynılığı ve Kesin Hükmün Önleme Etkisi Çerçevesinde Bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi. XXI (1-2) 1995, 47-57.

YILDIRIM (DEREN), Yrd. Doç. Dr. Nevhis : Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış. XXI (3) 1995, 224-243.

ATEŞ, Mustafa : Hukuk Muhakemeleri Usulünde Delil Sözleşmesi. XXI (3) 1995, 244-263.

ULUKAPI, Yrd. Doç. Dr. Ömer : Medeni Usul Hukukunda Derdestlik ve Sonuçları. XXI (4) 1995, 395-445.

III – CEZA HUKUKU

SELÇUK, Doç. Dr. Sami : Özel Belgede Sahtecilik/Dolandırıcılık/İnancı Kötüye Kullanma Suçlarıyla İlgili Ceza Genel Kurulunun Bir Kararı Üzerine. XXI (1-2) 1995, 58-80.

AKBULUT, Dr. İlhan : Cezaların Tecili. XXI (1-2) 1995, 81-94.

AKBULUT, Dr. İlhan : Türk Hukukunda Af. XXI (4) 1995, 446-465.

IV - MEDENİ HUKUK

ALP, Tahir : **Tenkis, Yanlış Anlaşılan Bir Karar ve Bir Makale.** XXI (1-2) 1995, 95-99.

ERGÜN, Zafer : **Şahıs İkametgâhi.** XXI (1-2) 1995, 100-108.

YAVUZ, Nihat : **Nişan Hukukunda Hediyeleri Geri İsteme Davası.** XXI (3) 1995, 264-277.

V - MİRAS HUKUKU

YILDIRIM, Mustafa Fadil : **Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi.** XXI (1-2, 3) 1995, 109-144; 278-293.

VI - BORÇLAR HUKUKU

ÇEKER, Mustafa : **Alman Hukukunda Sözleşmenin Kurulması.** XXI (1-2) 1995, 145-170.

YILMAZ, Prof. Dr. Hamdi : **Tehlike Sorumluluğu ve Sorumlulukların Çatışması.** XXI (3) 1995, 294-308.

SÖZÜER, Yrd. Doç. Dr. Adem : **Hukuki Hata.** XXI (4) 1995, 466-490.

VII - İCRA VE İFLAS HUKUKU

TANRIVER, Yrd. Doç. Dr. Süha : **Konkordato Mühletinin Kaldırılması.** XXI (4) 1995, 491-499.

VIII - ÖZEL HUKUK

GÖKÇE, Erdoğan : **Kat Mülkiyeti Kanunu Uygulamasından Doğan Ortak Gider Alacağı Davası Nasıl Hazırlanır ve Nasıl İncelenir?** XXI (1-2) 1995, 171-178.

SAPANOĞLU, Süleyman : **Doldurma ve Kurutma Yolu ile Arazi Kazanılması.** XXI (3) 1995, 309-330.

OSKAY, Mustafa : **Tebliğat Hukuku İle İlgili Sorunlar.** XXI (4) 1995, 500-511.

Yazar Soyadlarına Göre

— A —

- AKBULUT**, Dr. İlhan : XXI (1-2) 1995, 81-94.
 XXI (4) 1995, 446-465.
ALP, Tahir : XXI (1-2) 1995, 95-99.
ATEŞ, Mustafa : XXI (3) 1995, 244-263.

— Ç —

- ÇEKER**, Mustafa : XXI (1-2) 1995, 145-170.

— D —

- DAYINLARLI**, Doç. Dr. Kemal : XXI (1-2) 1995, 179-182.
 XXI (3) 1995, 331-337.
 XXI (4) 1995, 521-527.

— E —

- EREM**, Prof. Dr. Faruk : XXI (1-2) 1995, 24-32.
ERGÜN, Zafer : XXI (1-2) 1995, 100-108.

— G —

- GENİŞ**, Ali Rıza : XXI (1-2) 1995, 183-192.
 XXI (3) 1995, 338-352.
GÖKÇE, Erdoğan : XXI (1-2) 1995, 171-178.

— K —

- KUNTER**, Prof. Dr. Nurullah : XXI (1-2) 1995, 33-46.

— O —

- OSKAY**, Mustafa : XXI (4) 1995, 500-511.

— Ö —

- ÖZKUL**, Dr. Emin Aydın : XXI (1-2) 1995, 5-23.

AÇIKLAMA : XXI (Dergi cilt sayısı); 1-2, 3, 4 (Dergi sayısı); 1995 (Dergi yayın yılı); 81-94 (Yazının yayımlandığı dergi sayfa numaraları).

— S —

- SAPANOĞLU**, Süleyman : XXI (3) 1995, 309-330.
SAV, Önder : XXI (4) 1995, 367-380.
SELÇUK, Doç. Dr. Sami : XXI (1-2) 1995, 58-80.
 XXI (3) 1995, 197-204.
SÖZÜER, Yrd. Doç. Dr. Adem : XXI (4) 1995, 466-490.

— T —

- TANRIVERDİ**, Yrd. Doç. Dr. Süha : XXI (4) 1995, 491-499.

— U —

- ULUKAPI**, Yrd. Doç. Dr. Ömer : XXI (4) 1995, 395-445.
UTKU, Müfit : XXI (4) 1995, 357-366.

— Ü —

- ÜNAL**, Doç. Dr. Şeref : XXI (4) 1995, 512-520.

— Y —

- YAVUZ**, Levent : XXI (3) 1995, 205-223.
YAVUZ, Nihat : XXI (3) 1995, 264-277.
YILDIRIM (DEREN), Yrd. Doç. Dr. Nevhis : XXI (3) 1995, 224-243.
YILDIRIM, Mustafa Fadıl : XXI (1-2) 1995, 109-144.
 XXI (3) 1995, 278-293.
YILMAZ, Prof. Dr. Hamdi : XXI (3) 1995, 294-308.
YURTCAN, Prof. Dr. Erdener : XXI (1-2) 1995, 47-57.
YÜCEL, Dr. Mustafa Tören : XXI (4) 1995, 381-394.

