

TEKİRDAĞ
NAMIK KEMAL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Yıl: 2020 Aralık Cilt: 1 Sayı: 2



LAW FACULTY JOURNAL OF TEKİRDAĞ NAMIK KEMAL UNIVERSITY

İmtiyaz Sahibi Prof. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Editörler

Editör
Dr.Öğr.Üyesi Gülşah Sinem AYDIN
(T.C. Tekirdağ Namık Kemal
Üniversitesi)

Baş Editör
Dr.Öğr.Üyesi Fatih Serbet
(T.C. Tekirdağ Namık Kemal
Üniversitesi)

Editör
Dr.Öğr.Üyesi Gülçin ÇAM
(T.C. Tekirdağ Namık Kemal
Üniversitesi)

Editör Yardımcıları

Ar. Gör. Oğuz Ersöz

Teknik Asistan

Abdurrahman Özdemir

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Doç. Dr. Mutlu KAĞITCIOĞLU (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Orhan KUZU (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Seda Şehriban GÜNGÖR (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi M. Cahit GÜNEL (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa KILIÇOĞLU (T.C. Başkent Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ezgi CANKURT (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)

Danışmanlar Kurulu

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER (T.C. Selçuk Üniversitesi)
Prof. Dr. Cemal ŞANLI (T.C. İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi)
Prof. Dr. Halil AKKANAT (T.C. Türk-Alman Üniversitesi / İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Halil KALABALIK (T.C. İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi)
Prof. Dr. Arslan KAYA (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (T.C. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)
Prof. Dr. Şaban KAYIHAN (T.C. İstanbul Medeniyet Üniversitesi)
Prof. Dr. Abdurrahman EREN (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (T.C. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN (T.C. İbn Haldun Üniversitesi)
Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ (T.C. Türk-Alman Üniversitesi)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (T.C. Sakarya Üniversitesi)
Prof. Dr. Zekeriya KURŞAT (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Özlem SÖĞÜTLÜ (T.C. TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI (T.C. İstanbul Medeniyet Üniversitesi)
Prof. Dr. Fulya ERLÜLE (T.C. Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (T.C. Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi)
Prof. Dr. Naim DEMİREL (T.C. Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi)
Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR (T.C. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (T.C. Selçuk Üniversitesi)
Prof. Dr. Zekeriyya ARI (T.C. Bursa Uludağ Üniversitesi)
Doç. Dr. İpek SAĞLAM (T.C. Marmara Üniversitesi)
Doç. Dr. Salih Önder YEŞİLTEPE (T.C. İstanbul Medipol Üniversitesi)
Doç. Dr. Mustafa ERKAN (T.C. Marmara Üniversitesi)
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Doç. Dr. Erdal YERDELEN (T.C. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)
Doç. Dr. Canan YILMAZ (T.C. Marmara Üniversitesi)
Doç. Dr. Hakan ÇEBİ (T.C. Kocaeli Üniversitesi)
Doç. Dr. Mustafa YASAN (T.C. Sakarya Üniversitesi)
Doç. Dr. Selman KARAKUL (T.C. İstanbul Medipol Üniversitesi)
Doç. Dr. Gülşen GEDİK (T.C. Bursa Uludağ Üniversitesi)
Doç. Dr. Örcan GÜNERGÖK (T.C. Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi)

İletişim

Web sitesi: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk>
E-mail:nkuhukuk@nku.edu.tr
Tel: 0282 252 62 10

Yayına Hazırlayan

Armoni Nüans Görsel Sanatlar ve İlt. Hiz. San. ve Tic. A.Ş.
E-mail: grafik2@armoninuan.com
Tel: 0216 540 36 11

NKUHUKUK YAYIN İLKELERİ

1. T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NKUHUKUK) yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir.
2. Derginin yazı dili Türkçedir. Türkçe dilinin yanı sıra İngilizce ve Almanca dilinde akademik çalışmalar yayımlanmaktadır. Dergiye gönderilen yazının dili ayırt edilmeksizin, yazının Türkçe ve İngilizce başlığının, Türkçe ve İngilizce özetinin (en az 150, en çok 200 kelime) ve her iki dilde beşer anahtar kelimenin, akademik çalışmanın başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.
3. Dergide çeviri yazı yayımlanabilir. Çevirilerin, yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile çalışma sahibinin izninin birlikte gönderilmesi gerekir.
4. Dergiye gönderilen yazılar daha önce yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere başka bir yayımcıya gönderilmemiş olmalıdır. Gönderilen yazı kabul edildiği andan itibaren yayın haklarının tamamı dergiye ait olur ve derginin izni olmadan yazı başka bir yerde yayımlanamaz.
5. Dergide yayımlanan çalışmaların içeriklerinden yazarları sorumludur. Yayın Kurulunun, çalışmaların içeriklerinden aslen veya müteselsilen hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır.
6. Yazılar, DergiPark aracılığıyla gönderilir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını, e-posta adreslerini ve <https://orcid.org/register> adresi üzerinden alacakları bilimsel araştırmacı numarasını (ORCID bilgisini) “DergiPark” sistemi üzerinden iletilmelidirler.
8. Çalışma sahibi, çalışmasındaki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Dergiye yazı gönderenler ‘Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri’ni kabul etmiş sayılırlar. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması hallerinde yazı Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiğiyle ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da reddine karar verilir. Bu raporlar en kısa sürede yazara gönderilir. Yazar, sadece raporda belirtilen kısımlarda değişiklik yapabilir. Hakem raporlarının biri kabul, diğeri ret ile sonuçlanırsa üçüncü hakem atanabilir ya da üçüncü hakem atanması yoluna gitmeden yayın kurulu ve editörler yazının yayımı hakkında karar verebilir. Çeviriler de aynı doğrultuda hakem değerlendirmesine tabidir.
9. Yayımlanmasına karar verilen yazının sahibi/sahipleri tüm telif haklarını dergiye devrettiğini kabul ederler. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.
10. Yazının dergiye gönderilmesinden itibaren derginin çıkacak ilk sayısında yayımlanacak yazıların sayısı ve konu çeşitliliği dikkate alındığında, kabul edilen yazının bir sonraki sayıda yayımlanması hakkı saklıdır. Yayın Kurulu bu hususta takdir yetkisine sahiptir. Yazının bir sonraki sayıda yayımlanması kararı verilirse durum yazara bildirilir.
11. Yayınların resmi internet erişim adresi <https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk>

NKUHUKUK YAZIM VE İMLA KURALLARI

1. Derginin yazım ve imla kurallarında Türk Dil Kurumunun yayınları esas alınmaktadır.
2. Dergiye gönderilen yazı kural olarak dipnotlar dahil 3.000 kelimedenden az olmamalıdır.
3. Çalışmaların, özet ve kaynakça hariç en fazla 10.000 kelime olmalı ve sayfa numaraları sayfanın altında ve ortada yer almalıdır.
4. Yazılar “Microsoft Word” programında, times new roman yazı karakteriyle, ana metin 12 punto ve 1,5 satır aralığı, dipnotları 10 punto ve tek satır aralığı olarak (.doc) veya (.docx) formatıyla hazırlanmalıdır. Dipnotlar sayfa altında gösterilir. Dipnot sayısı metin içinde noktalama işaretlerinden önce konulmalıdır.
5. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı, e-posta adresi ve ORCID bilgisi belirtilmelidir.
6. Yazının giriş ve sonuç bölümlerine başlık numarası verilmemelidir. Metin içerisindeki diğer başlıkların numaralandırılmasında ise izlenmesi gereken sistem şöyledir:

I. KOYU (BOLD) VE TAMAMI BÜYÜK HARF

A. KOYU (BOLD) DEĞİL VE SADECE TAMAMI BÜYÜK HARF

1. Koyu (Bold) ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Koyu (Bold) Değil ve Sadece İlk Harfler Büyük

Dipnot ve kaynakçalarda "The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities" (OSCALA) atıf sistemi benimsenmiştir. Çalışmalarda, sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır. Yazar, dipnot yerine metin içinde yollama yapmayı tercih edemez. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCOLA kaynak sitilinin 4. versiyonu kullanılmalıdır. OSCOLA 4. stili hakkında detaylı bilgi https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf sayfasında yer almaktadır. Aşağıda farklı nitelikteki kaynakların dipnotlarda atıf olarak yazılış biçimleri örneklerle gösterilmiştir. Derginin bütünlüğü açısından aşağıda belirtilen atıf kurallarına ve örneklere uyulmalıdır. Atıf kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OSCOLA 4th Edition: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk/atifkurallari>

7. Yazının sonuna “Kaynakça” başlığı eklenmelidir. Kaynakçada çalışmada kullanılan kaynaklar, yazar soyadına göre alfabetik sırayla yazılır. Kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmelidir. Süreli yayınlarda yer alan eserlerin ilk ve son sayfa numaraları kaynakçada yer almalıdır. Kaynakçada öncelikle yazarın soyadı ardından adının ilk harfine yer verilmeli, adının ilk harfinden sonra da virgül konulmalıdır. Sonrasında eserin adı yazılarak açılan parantez içine kaçınıcı baskı olduğu, yayınevinin adı, yayın yılı yazılarak parantez kapatılmalıdır. Bulunduğu sayfa/sayfaların numarasına parantezden sonra yer verilmelidir.

Örnekler:

Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, Medeni Usûl Hukuku (2nd edn, Yetkin Yayınevi 2019)
Bahtiyar M ve Hamamcıoğlu E, ‘Tüketicinin Kıymetli Evrak İle Borçlanması ve Sonuçları’ (2015) 3 (1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 99-124
Bedük MN, Deniz İş Sözleşmesi, (1st edn, Ekin Yayınevi, 2012)
Söğütü Ö, Roma Özel Hukuku, (1st edn, Seçkin Yayınevi, 2020)

NKUHUKUK ATIF KURALLARI

1. Genel Hususlar

- Kısaltmalarda nokta kullanılmamalıdır.
- Bir dipnotta birden fazla esere atıf yapılıyorsa, her bir eser noktalı virgül ile ayrılmalıdır.
- Atıflarda supra, infra, ante, id, loc cit, op cit, contra kısaltmaları kullanılmamalıdır.
- İçindekiler kısmına yer verilmemelidir.
- Kısaltmalar cetveline yer verilmemelidir.

2. Öz/Abstract

Yazılarda 150-200 kelimedenden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmelidir.

3. Anahtar Kelimeler / Keywords

- Öz bölümünün altında Türkçe en az 3 en çok 5 anahtar kelime kullanılmalıdır.
- Abstract bölümünün altında İngilizce en az 3 en çok 5 keywords kullanılmalıdır.

4. Genişletilmiş Özet / Extended Summary

Türkçe makalelerde, makaleye yabancı yazarlar tarafından atıf yapılmasını sağlayacak ölçüde, makalede yer verilen bilgi ve görüşlerin derlendiği 700-1000 kelimedenden oluşacak İngilizce dilinde genişletilmiş özet (extended summary) yer almalıdır.

5. Mevzuata Yapılacak Atıf:

- Türk mevzuatına yapılan atıfta kanuna ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Kanunun adı, Kanunun Numarası, Kanunun Kabul Tarihi, Kanunun Yayınlandığı Resmi Gazete Tarihi, S. Resmi Gazete Sayısı.
Örnek: Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG. 14.02.2011, S. 27846
- Yabancı devlet mevzuatına ve AB mevzuatına yapılacak atıflar, OSCOLA'nın 2.4, 2.6.1 ve 2.8.2 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde yapılmalıdır.

6. Kitaplar: Kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, Kitap Adı (Kaçıncı Bası Olduğu, Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek: [Tek yazarlı kitaplar]

Seda Şehriban Güngör, Türk Hukukunda Bankaların Birleşmesi (2nd edn, On İki Levha Yayınları 2011) 32

Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (6th edn, Vedat Yayınevi 2010) 70

Örnek: [Çok yazarlı kitaplar]

Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, Medeni Hukuk (25th edn, Vedat Kitapçılık 2019) 54

İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, Medenî Usûl Hukuku Dersleri (7th edn, Vedat Kitapçılık 2015) 15

7. Editörlü Kitap: Editörlü kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Eser (Bölüm) Adı' in Editör(ler) Adı (ed), Kitap Adı (Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa

Örnek:

Nuri Erişgin ve Zülal Denaux ve Özlem Söğütlü Erişgin, 'Justice or Efficiency: About economic analysis of law' in Marjorie G. Adams ve Abbass Alkhafaji (eds), Business Research Yearbook XIII (Publication of the International Academy of Business Disciplines 2006), 406-410

Fatih Serbest, Eğitim Hakkı' nın '2014 Yılı Hollanda İnsan Hakları Raporu İslamofobi ve Entegrasyon Arasında Azınlıklar' Kadir Canatan, Ahmet Yükleven ve Fatih Okumuş (eds), (Elma Matbaası 2016) 78

8. Dergi Makaleleri: Makalelere yapılan atıflarda makaleye ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Makale Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan Sayfa

Örnek:

Gülşah Sinem Aydın ve Oğuz Ersöz, 'Akreditif Açtıran ile Akreditif Bankası Arasındaki İlişki' (2019) 19 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 521, 524

Ezgi Cankurt, 'TCK Bakımından Silah Kavramı' (2016) 2 (4) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 51, 65

9. Armağan Makaleleri: Armağan makalelere yapılan atıflarda makaleye ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Makale Adı (Yıl) Armağanın Adı, İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan Sayfa Armağan akademik dergi sayısı olarak çıkmışsa makale adından sonra (Yıl) Cilt (Sayı) eklenir.

Örnek:

Nuray Çelik ve Oğuz Ersöz, 'Kişilerin Organları ve Dokuları Üzerindeki Mülkiyet Hakkı' (2020) Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Vefa Andacı 634, 639

10. Yayınlanmamış Tezler: Yayınlanmamış bir teze atıfta bulunurken esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Tezin Başlığı' ve ardından parantez içinde (Tez türü, üniversite adı ve bitirme yılı).

Örnek:

Fatih Serbest, 'The law applicable to contracts with respect to sale of goods and documentary credits in EU and in the USA' (LLM Thesis, University of Essex, 2007)

11. Elektronik Kaynaklar/Online Dergiler: Elektronik kaynaklara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı <Linki> Erişim Tarihi

Örnek:

Süha Tanrıver, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk' (2006) 1(64) TBB Dergisi 151, 151 <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-64-227>> Erişim Tarihi 16 Ağustos 2020

12. Websiteleri ve Bloglar: Web sitelerine ve bloglara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (Web Sitesinin Adı, Eserin Yayın Tarihi) <Linki> Erişim Tarihi

Örnek:

Ahmet Kılıçoğlu, 'Hekimin Hukuksal Sorumluluğu' (1996) 4(1) Türkiye Klinikleri J Med Ethics 9, 9 <<https://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-hekimin-hukuksal-sorumlulugu-44451.html>> Erişim Tarihi 4 Ekim 2020

13. Aynı Esere Birden Fazla Atıf Yapılması: Aynı esere birden fazla atıf yapılması halinde, ilk dipnotta esere yapılan atıf tam olarak yazılırken, sonraki dipnotta ilk dipnota çapraz atıf yapılarak yazarın soyadından sonra ilk dipnot numarası “(n ...)” şeklinde yazılmalıdır. Daha sonraki atıfta ise “ibid” kullanılmalıdır.

Örnek:

Gülçin Çam, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler (1st ed. Seçkin Yayınevi 2019) 42

...

Çam, (n 4) 54

...

ibid 76

14. Aynı Yazarın Birden Fazla Eserine Atıf Yapılması: Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılması halinde, sonraki atıf yazarın soyadını ve eserin adını ya da eser adının kısa bir biçimini içermeli, bu esere verilen ilk dipnot numarası “(n ...)” şeklinde yazılmalıdır.

Örnek:

Mutlu Kağıtçıoğlu, Kamu Personel Hukukunda Geçici Personelin Hukuksal Statüsünün Dönüşümü (2019) On İki Levha Yayıncılık, 41

...

Mutlu Kağıtçıoğlu, Para Piyasası Kurumlarına Yönelik Ekonomik Kolluk Faaliyeti (2016) 122

...

Kağıtçıoğlu, ‘Geçici Personel’ (n 4) 68

...

Kağıtçıoğlu, ‘Kolluk Faaliyeti’ (n 5) 42

15. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atıf yapılırken;

- “accessed” yerine “erişim tarihi”
- “and” yerine “ve”
- “anonymous” yerine “Anonim
- “edited by” yerine “editör”
- “edition” yerine “baskı”
- “filmed” yerine “çekim”
- “in” yerine “iç.”
- “interview by” ifadesi yerine “röportajı yapan”
- “last modified” yerine “son değiştirilme”
- “PhD diss.” yerine “doktora tezi”
- “see” yerine “bkz.”
- “thesis” yerine “tez”
- “trans.” yerine “çev.”
- “translated by” yerine “çeviren”
- “unpublished” yerine “yayımlanmamış” veya “yayınlanmamış”
- “volume/vol.” yerine “Cilt.” ifadeleri kullanılmalıdır.
- Tarih belirtirken kullanılan ay isimleri Türkçe dilinde yazılmış; ancak yazım formatı korunmuştur. Örneğin; 8 Mayıs 2019 şeklinde yazılmalıdır.
- Dergi sayısını ifade eden “no.” ifadesi korunmuştur. Keza editörün kısaltılmasını ifade eden “ed.” ifadesi aynen korunmuştur.
- Sayfa sayısının ardından “vd.” kullanılmalıdır. Bunun yerine ilgili sayfa ile arasına boşluk konulmaksızın “ff.” ifadesi konulmamalıdır. Eğer “vd.”dan sonra “.” işareti gelecekse nokta kullanılmaz; ancak “;” veya “?” vb. işaret gelecekse bu noktalama işaretleri “vd.”deki noktaya bitişik yazılır.

16. Yargı Kararlarına veya Davalara Atıf: Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat veya mahkeme kararı kaynakçada gösterilmeyecektir. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır

- a. Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası, K. karar numarası, tarih [gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).
- b. Türk mahkeme kararları aşağıda yer alan tabloda gösterildiği şekilde kısaltılmalıdır.

Örnekler:

Anayasa Mahkemesi	AYM
Bireysel Başvuru	BB
Bölge Adliye Mahkemesi	BAM
Ceza Dairesi	CD
Ceza Genel Kurulu	CGK
Daire	D
Danıştay	Dan.
Esas	E.
Hukuk Bölümü	HukukB
Hukuk Dairesi	HD
Hukuk Genel Kurulu	HGK
İçtihadı Birleştirme Kurulu	İBK
İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu	İBK
İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı	İDDK
Karar	K.
Uyuşmazlık Mahkemesi	UM
Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı	VDDK
Yargıtay	Yar.

AYM, E. 2020/33, K. 2020/16, 25.06.2020

İzmir 2 BAM, E. 2020/4558, K. 2019/3543, 22.05.2019

Dan. 9 D, E. 2010/2247, K. 2011/5111, 25.11.2011 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

Yar. 4 HD, E. 2008/1699, K. 2008/13767, 10.11.2008, <https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e-2008-1699-k-2008-13767-t-10-11-2008-noterin-kusursuz-sorumluluguna-dayali-tazminat-talebi/820621/>

Yar. HGK, E. 2014/566, K. 2015/1339, 13.5.2015

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2014-566-k-2015-1339-t-13-5-2015>

Rekabet Kurulu, 20-37/524-232, 13.08.2020, -

<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=21be2d4b-28f0-4f92-b6fd-1d6ea2161f75>

- a. Resmi Gazeteye yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir: RG. 21.10.2020, S. 31281
- b. Yabancı mahkeme kararlarına OSCOLA'nın 2.1 ile 2.3 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararlarına ise OSCOLA'nın 2.6.2 bölümünde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır.
- c. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına aşağıda yer alan örneklerde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnekler:

Johnston v Ireland (1986) Series A no 122

Osman v UK ECHR 1998–VIII 3124

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECtHR, 20 July 2004)

Omojudi v UK (2009) 51 EHRR 10.



NKUHUKUK İNTİHAL POLİTİKASI

Dergi'ye yayınlanmak üzere gönderilen eserler, ön inceleme aşamasında intihal açısından değerlendirilmektedir. Benzerlik raporu %20'den daha fazla olan eserler editör kurulu tarafından reddedilmektedir. Benzerlik raporu intihal.net, turnitin.com, ithenticate.com veya urkund.com adreslerinden alınmaktadır. Kaynakça ve tırnak içinde gösterilen ifadeler benzerlik oranının hesabında dikkate alınmamaktadır.



DEKANIN MESAJI

Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi (NKÜ) Hukuk Fakültesi birinci sınıf öğrencileri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı Sayın Prof. Dr. Mustafa Şentop'un açılış dersi ile 2020-2021 döneminde öğrenime başlamıştır. NKÜ Hukuk Fakültesi olarak akademik kadromuz, eğitim ve idari binalarımız ile yeni eğitim-öğretim yılına COVID-19 pandemi şartlarında online canlı derslerle başlamış bulunmaktayız. Bunun yanında bilim dünyasına katkı sunmak, hukuk alanında özgün ve nitelikli bilimsel çalışmaları ve bu alandaki özgün makaleleri okuyucularla buluşturularak ulusal ve uluslararası literatüre katkıda bulunmak amacıyla Fakültemiz bünyesinde Hukuk Fakültesi Dergisi (NKUHukuk) 2020 sayıları ile yayın hayatına başlamaktadır.

Günümüz dünyasını bilgi çağı olarak ifade etmenin de yeterli kalmadığı bir dönemi yaşamaktayız. Bilgiye sahip olmanın ulusal ve uluslararası alanda en önemli özellik olduğunun farkındayız. Hukukun kamu ve özel ayrımının artık işlevsel olmadığı bir zamanda. hukuk araştırmalarına olağanüstü, orijinal, tartışmacı katkılar sunacak çalışmaları okuyucuları ile buluşturmak çok önemlidir. Hukuk fakültelerinin dünyayı tanıyan ve ilerde çalışacakları alanı bilen iyi hukukçular yetiştirmek görevi yanında hukuk bilimine katkı sunmak ve dünya ve Türkiye'deki gelişmeleri takip ederek değerlendirmek misyonu da bulunmaktadır. Türkiye'nin ileride hukuk ihraç edecek bir ülke olmasının yolunun, dünya hukukunu doğru takip etmesinden geçtiğini biliyoruz. Bu amaçla Hukuk Fakültesi Dergisi yayınlamanın da gerekliliğine inanıyoruz.

NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yayınlanmasında yazıları ile katkı ve destek sunan bilim insanlarına, derginin idari ve bilimsel alt yapısının hazırlanmasında fedakârlık gösteren editör ve editörler kuruluna, editor yardımcılarımıza, makalelerin değerlendirilmesinde emek veren danışma ve hakem kurulumuza, derginin dizgiye hazırlanması ve yayınlanmasını üstlenen Armoni Nuans yayınevi ve çalışanlarına teşekkür ederim.

Prof. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK
Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dekanı

İÇİNDEKİLER

Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki Aykırılık veya Uyuşmazlığın Giderilmesi Meselesi.....1-26
Prof. Dr. Serkan ÇINARLI, Araş. Gör. Kerim AZAK

BEPS Eylem Planları Kapsamında Türk Vergi Mevzuatında Yapılan Değişiklikler.....27-48
Doç. Dr. Gülşen GEDİK

Uluslararası Münasebetler ve Tibbî Ataç.....49-64
Doç. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ

6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da Yer Alan Suçların Muhakemesinde Dava Şarti Olarak İhbar.....65-92
Araş. Gör. Erdem Utku ÇAKIR

Fikir ve Sanat Eserlerinde Lisans Sözleşmesi.....93-131
Araş. Gör. Ahmet Fevzi KİBAR

Örtülü Kazanç Dağılımı ile Hakim Şirketin Bağlı Şirkete Vermiş Olduğu Talimatlar Doğrultusunda Şirketin Kayba Uğraması Arasındaki İlişki.....133-154
Av. Arb. Meltem Hayat BULGUR

CONTENTS

Matter of Resolving the Irregularity or Dispute among the Final Judgments of District Administrative Court.....1-26
Prof. Dr. Serkan ÇINARLI, Res. Asst. Kerim AZAK

Changes in Turkey Tax Law in Context of the BEPS Action Plans.....27-48
Doç. Dr. Gülşen GEDİK

International Relations and Medical Attaché.....49-64
Doç. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ

Notification as a Judgement Condition for Crimes in the Law about the Collection of Public Receivables No 6183.....65-92
Res. Asst. Erdem Utku ÇAKIR

License Agreement of Intellectual and Artistic Works.....93-131
Res. Asst. Ahmet Fevzi KİBAR

The Relationship between Instructions of the Controlling Company in Relation to the Distribution of the Hidden Profits and the Losses of The Dependent Company.....133-154
Attn. Med. Meltem Hayat BULGUR



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

BÖLGE İDARE MAHKEMELERİNİN KESİN KARARLARI ARASINDAKİ AYKIRILIK VEYA UYUŞMAZLIĞIN GİDERİLMESİ MESELESİ

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI, Araş. Gör. Kerim AZAK***

ÖZET

7188 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 2576 sayılı Kanun'un 3/C maddesinde yapılan değişiklik sonrasında bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi görevi İdari Dava Daireleri Kurulu ile Vergi Dava Daireleri Kuruluna verilmiştir. Daha önce bu aykırılık veya uyuşmazlık Danıştay İçtihadları Birleştirme Kurulunca giderilmekte idi. Türk İdari Yargılama Hukuku'nda yeni olan bu müessesenin hukukî niteliğinin belirlenmesi ve ortaya çıkabilecek sorunların değerlendirilmesi ihtiyacı sebebiyle bu çalışma yapılmıştır. Bu kapsamda öncelikle aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yoluna neden ihtiyaç olduğu ve ilgili mevzuat hükümleri açıklanmıştır. Sonrasında da aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yolunun hukukî niteliğinin belirlenmesine çalışılmış ve bunun için kanun yolları ile karşılaştırması yapılmıştır. Son olarak aykırılık veya uyuşmazlık giderilmesine dair kararın sonuçları değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler Bölge İdare Mahkemesi, Aykırılık veya Uyuşmazlık, İstinaf, İçtihadın Birleştirilmesi

MATTER OF RESOLVING THE IRREGULARITY OR DISPUTE AMONG THE FINAL JUDGMENTS OF DISTRICT ADMINISTRATIVE COURT

*Prof. Dr. Serkan ÇINARLI, Res. Asst. Kerim AZAK***

ABSTRACT

After the amendment (revision) made by article 7 of Law no: 7188 on the article 3/C of Law no: 2576, the jurisdiction related to the irregularities and disputes (conflicts) resulting from/among the final judgments of the District Administrative Court has been given to the Plenary Sessions of the Administrative and Tax Law Chambers. Before this said amendment (revision), this jurisdiction belonged to the Board of the Unification of Case Laws. This study was carried out due to need to determine the legal character of this new institution in Turkish Administrative Jurisdiction and to assess some problems that may arise. In this context, why the irregularities and disputes (conflicts) resulting is needed and related legislation provisions will be explained. Afterwards it has been tried to determine the legal character of the irregularities and disputes (conflicts) resulting and fort his it has been compared with the legal remedies. Finally, the results of court decisions about the irregularities and disputes (conflicts) resulting has been assessed.

Key Words District Administrative Court, Irregularity and Dispute (Conflict), Appellate, Unification of Case Laws

*Prof. Dr., İzmir Bakırçay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, serkan.cinarli@bakircay.edu.tr, ORCID 0000-0002-2471-875X **Res. Asst., İzmir Bakırçay Üniversitesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, kerimazak@bakircay.edu.tr, ORCID 0000-0002-4830-771X



Extended Summary

Before the introduced amendment in the procedure relating to the irregularities and disputes among the decisions of various District Administrative Courts, these mentioned disputes were resolved by the decision of the Board of the Unification of Case Laws. But, the latter procedure, as it is implied, has been changed after the amendment made by article 7 of Law no: 7188 on the article 3/C of Law no: 2576. Thus, the task of resolving the disputes among the final judgments of the two different District Administrative Courts has now been given to the Plenary Sessions of the Administrative and Tax Law Chambers. By doing this, a new kind of legal resolution procedure has been created and thus added to the Turkish Administrative Judicial System.

Although there are various reasons for the irregularities and disputes in the decisions given by the administrative courts jurisdiction, two of them among others can be classified as main ones, one of which is the establishment of appellate courts. And, the second one in relation with the first one is that, some decisions/judgments of the District Administrative Courts have become final simply by the judicial review of appellate courts without submitting the decision concerned to a court of cassation.

Although the aim of using the procedure of resolving irregularities and disputes as a mechanism is to unify judgments in administrative law, there have been some complications. Because of these complications it would best be to analyse this legal institution. In fact, resolving the irregularities and disputes as a procedure is way different than the procedure of unification of case laws. The former, in this case, lacks effectiveness. In order to give much needed effect to the procedure relating to resolve irregularities and disputes, some amendments and revisions have already been proposed such as adding provision(s) relating to retrial etc. in administrative legislation. If it is failed to do so, this very procedure would most likely to lose its main purpose.

Secondly, in this procedure parties can submit their cases in relation to irregularities and disputes only after the final judgment. On the contrary, it would be much more wiser and practical to authorize the parties to submit their cases in a pending case. By doing so, there would be a solution relating to irregularities and disputes, before the final judgment, which would make the latter much more stable and final in real sense.

Thirdly, some decisions have already been given in effect not to resort against the final decisions of the same chamber of a specific District Administrative Court, which are of the same value. Hence, this regulation is open to criticism. In order to prevent such a dilemma, it would be best to review and rewrite the provision(s) concerned explicitly to include the final decisions of the same chamber of a specific District Administrative Court relating to the process of resolving irregularities and disputes.

Fourthly, individual application against the Board of Presidents should be evaluated by the Turkish Constitutional Court, particularly under principle of entitlement of a fair trial. In this way, the principles of the rule of law and the right to legal remedies are provided much more effectively.

Fifthly, when the party, which the decision of the court is in favour of it, recourse to the Administration and rejected, might bring this rejection to the court. Then, the administrative courts in this regard should not reject the case, because of the reasons such as time limit or final judgment. Otherwise, this might seriously harm the principle of the rule of law.

Finally, there is no explicit provision in the legislation concerned that reveals the decisions of the Administrative and Tax Law Chambers are binding upon the other administrative courts and administration. This vacuum should also be fulfilled by clear provision or provisions.

All these proposals hopefully would turn the system much more effective, practical, and at the end would contribute to the rule of law.

GİRİŞ

2576 sayılı Kanun'un 3/C maddesinde 7188 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmış ve bölge idare mahkemelerince kesin olarak verilen kararlar arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunca giderileceği düzenlenmiştir. Kurulların bu yönde vereceği kararlar kesin olup bunlara karşı herhangi bir başvuru yolu öngörülmemiştir.

Yapılan bu düzenleme öncesinde bölge idare mahkemelerinin benzer konudaki kesin nitelikli kararları arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi, İtihatları Birleştirme Kurulunun görevi kapsamındaydı. İtihatları Birleştirme Kurulunun görevi kapsamındaki bir hususun İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunun görevi kapsamına alınması, verilecek kararların hukukî niteliğini değiştirmedeği ve bu kararların itihadı birleştirme kararı olduğu düşüncesine sebep olabilir. Ancak İtihatları Birleştirme Kurulu kararlarının bağlayıcılığı kanunda açıkça düzenlenmişken İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunun bu yönde vereceği kararların bağlayıcılığı hakkında herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesi dahi önemli bir farklılık teşkil etmektedir.

İdari Yargılama Hukuku'nda öngörülen bu yeni yolun hukukî niteliğinin ve işletilmesi sırasında ortaya çıkabilecek sorunların tartişılması gerekecektir. Bu kapsamda çalışmanın birinci kısmında aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesine neden ihtiyaç olduğu, ikinci kısmında ilgili mevzuat düzenlemesi ve aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi istemlerine ilişkin bölge idare mahkemelerinin Başkanlar Kurulu kararları incelenmiştir. Son kısımda ise İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunun kararlarının hukukî niteliği, bazı kanun yolları ile karşılaştırılması ve aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi talebi hakkında karar verildikten sonra ortaya çıkabilecek sorunlar ele alınmıştır.

I. BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ KARARLARI ARASINDAKİ AYKIRILIK VEYA UYUŞMAZLIğIN GİDERİLMESİ GEREKLİLİğİ

İdari yargıda itihat farklılığının çeşitli sebepleri olmakla¹ birlikte çalışmanın konusu açasından aykırılık veya uyuşmazlıkların ortaya çıkmasında önemli iki sebep vardır. Bu sebeplerden bir tanesi istinaf kanun yolunun getirilmesi ve bölge idare mahkemelerinin bazı kararlarının temyiz incelemesinden geçmeden istinaf incelemesi sonucunda kesinleşmesidir.

¹ Turan Yıldırım, 'İdari Yargıda İtihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri' (2017) Danıştay ve İdarî Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu (Danıştay Yayınları No: 93) <https://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/08_02_2019_015819.pdf> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2020 137-153

6545 sayılı Kanun² ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda değişiklik yapılmış ve olağan kanun yollarından bir tanesi olan istinaf, hukuk sistemimize dahil olmuştur. İstinaf kanun yolunun getirilmesinde ilk derece mahkemelerinin kararlarının maddi hukuk açısından denetlenmesi ve Danıştay'ın daha çok bir içtihat mahkemesi olarak görev yapması düşünceleri etkili olmuştur³.

6545 sayılı Kanun öncesinde olağan kanun yolları itiraz, temyiz ve karar düzeltme iken değişiklik sonrasında istinaf ve temyiz olarak öngörülmüştür. 20.07.2016 tarihinde bölge idare mahkemelerinin tüm yurttan göreve başlaması⁴ ile bu tarihten sonra verilen kararlar için istinaf kanun yolu uygulanmaya başlanmıştır⁵.

2577 sayılı İYUK'un⁶ 45/1 maddesine göre konusu beş bin Türk lirasını⁷ geçmeyen davalar hakkında ilk derece mahkemelerince verilen kararlar kesin olup istinafa başvurulamaz. Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakmış olduğu davalarda da doğal olarak istinaf incelemesi yapılmamakta, doğrudan temyiz yoluna başvurulmaktadır. Yine 2577 sayılı İYUK'un 20/A ve 20/B maddelerinde düzenlenen ivedi yargılama usulü ile merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulünde doğrudan temyiz yoluna başvurulmaktadır. Saydığımız bu istisnalar dışındaki davalarda istinaf kanun yoluna başvurmak mümkündür.

İstinaf mahkemelerinin kararlarının temyiz edilip edilemeyeceğine bakacak olursak 2577 sayılı İYUK'un 46. maddesinde sayılan davalar hakkında verilen kararlar⁸ dışında temyiz kanun yoluna başvurulması mümkün değildir. Bir başka ifade ile temyize açık kararlar kanunda tahdidî olarak sayılmıştır⁹. Kanunda sayılanlar dışında kalan kararlara karşı temyiz yolu kapalı olup bölge idare mahkemesi kararları kesindir¹⁰.

² 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmî Gazete, 28.6.2014, S. 29044

³ Serkan Çınarlı, İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri (3rd ed, Seçkin Yayıncılık, 2020), 17

⁴ Adalet Bakanlığı'nın ilanı için bkz. RG. 07.11.2015, S. 29525

⁵ 6545 sayılı Kanun'un 27. maddesi ile 2577 sayılı İYUK'a eklenen geçici madde 8/1 uyarınca istinaf kanun yolu, Bölge İdare Mahkemeleri'nin tüm yurttan göreve başlayacağı tarihten sonra verilen kararlar hakkında uygulanmıştır.

⁶ Kısaltmalar: RG: Resmî Gazete, İYUK: İdari Yargılama Usulü Kanunu, bkz.: Bakınız

⁷ 2577 sayılı İYUK ek madde 1 uyarınca parasal sınırlar her yıl yeniden değerlendirilerek güncellenecektir. 2020 yılı için istinaf sınırı yedi bin Türk lirasıdır.

⁸ 2577 sayılı İYUK madde 46'da temyize açık kararlar 14 bent halinde sayılmıştır.

⁹ Fransız İdari Yargı Hukuku'nda, Türk İdari Yargı Hukuku'nun aksine istinaf kararlarına karşı temyizden açık olması kuraldır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz Sancakdar, 'İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler' (2013) 8 (Özel Sayı) Journal of Yasar University, 2237-2326; Ramazan Çağlayan, İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa – Türkiye: Mukayeseli Bir Deneme) (1st ed, Seçkin Yayıncılık 2017), 152 vd.

¹⁰ Kesin olarak verilen istinaf kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulması halinde Danıştay, temyiz isteminin incelenmeksizin reddine kararı vermektedir. Bkz. Danıştay 10 D, 5424/3418, 30.4.2019, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 10 Haziran 2020; Danıştay 8 D, 3819/3997, 30.4.2019, Erişim Tarihi 10 Haziran 2020

İstinaf kanun yolunun getirilmesi ve bazı kararların istinaf incelemesi sonrası kesinleşmesi aykırılık veya uyuşmazlığın ortaya çıkmasına tek başına neden olmamaktadır. Bu durumun aykırılık veya uyuşmazlığa neden olmasına yol açan en önemli etken birden fazla bölge idare mahkemesinin görev yapıyor olmasıdır. Nitekim şu anda 8 farklı Bölge İdare Mahkemesi görev yapmaktadır¹¹. Birden fazla bölge idare mahkemesinin görev yapması ve bölge idare mahkemesi kararlarının bir kısmının Danıştay incelemesinden geçmeden kesinleşmesi sebepleri ile farklı bölge idare mahkemelerinin dairelerinin veya aynı bölge idare mahkemesinin farklı dairelerinin benzer konudaki kesin kararları arasında uyuşmazlık veya aykırılık ortaya çıkmaktadır. Hatta aynı bölge idare mahkemesinin aynı dairesinin benzer konudaki kararları arasında da aykırılık veya uyuşmazlık çıkabilmektedir.

Bölge idare mahkemelerinin bütün kararlarına karşı temyiz incelemesi açık olsa idi bu aykırılık veya uyuşmazlıklar Danıştay'ın temyiz incelemesinde giderilebilirdi. Ancak birçok karar istinaf incelemesi neticesinde kesinleşmektedir. Kaldı ki bütün kararların temyize açık olması, istinaf kanun yolunun getirilmesi amacına ve gerekçesine, Danıştay'ın bir içtihat mahkemesi olarak görev yapması amacına da ters olacaktır.

Hukuk kurallarının yorumunda farklılık, mahkeme yapısında ve üye sayısında değişim gibi çeşitli sebepler¹² olmasa dahi istinaf sisteminin doğal bir sonucu olarak yukarıda açıkladığımız sebeplerle bölge idare mahkemelerinin kararları arasında aykırılık veya uyuşmazlık çıkabilmektedir. İstinaf kanun yolunun böyle bir sonuca neden olması ise aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yoluna ihtiyaç doğurmuştur. Nitekim bu husus istinaf kanun yolunun getirildiği 6545 sayılı Kanun'da öngörülmüş ve 2577 sayılı İYUK 3/C maddesinde bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunması hâlinde bölge idare mahkemesi başkanlar kurulunca Danıştay Başkanlığı'na bu aykırılık veya uyuşmazlığın iletilmesi düzenlenmişti. Yine 3/C maddesinin 5.fıkrasına göre aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi taleplerine 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 39 ve 40. maddeleri uygulanacaktı. Yani bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında bir aykırılık veya uyuşmazlık olması halinde bu aykırılık veya uyuşmazlık İçtihatları Birleştirme Kurulunca giderilecekti. Ancak bu düzenleme

¹¹ İstinaf kanun yolunun uygulanmaya başlaması ile 7 farklı ilde bölge idare mahkemeleri göreve başlamıştır. 3.6.2020 tarihinde Adana Bölge İdare Mahkemesi de kurularak bu sayı 8'e çıkmıştır. Bkz. RG. 03.06.2020, S. 31144

¹² Yıldırım (n 1) 137

aşağıda ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere 7188 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Çalışmanın konusu olan yeni düzenlemeye değinmeden önce belirtmek gerekir ki tespit edebildiğimiz kadarıyla istinaf kanun yolunun uygulanmaya başladığı tarih olan 20.07.2016'dan 7188 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği 24.10.2019 tarihine kadar Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu sadece bir kez bölge idare mahkemeleri kararları arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığı gidermiştir¹³. Halbuki yeni düzenlemenin yürürlüğe girmesi ile Vergi Dava Daireleri Kurulunun bu yönde iki kararı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır¹⁴. Bu durum 7188 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğin İçtihatları Birleştirme Kurulunun sık sık toplanamadığı ve beklenen çabuklukta karar vermediği gerekçesini doğrular niteliktedir¹⁵.

II. KESİN KARARLAR ARASINDAKİ AYKIRILIK VEYA UYUŞMAZLIĞIN GİDERİLMESİ YOLU VE BAŞKANLAR KURULU KARARLARINA KARŞI BAŞVURU YOLLARI

A. AYKIRILIK VEYA UYUŞMAZLIĞIN GİDERİLMESİNE İLİŞKİN MEVZUAT VE ELEŞTİRİLER

Bölge idare mahkemelerinin benzer konudaki kesin kararları arasında ortaya çıkacak aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi 2576 sayılı Kanun'un 3/C maddesinin 4. fıkrasının c bendinde düzenlenmiştir. Düzenlemenin önceki haline yukarıda kısaca değinmiştik. Ancak düzenlemede 7188 sayılı Kanun¹⁶ ile değişikliğe gidilmiştir. Düzenlemenin yeni haline göre benzer konudaki, bölge idare mahkemesinin dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemelerinin dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunması halinde Bölge İdare Mahkemesi Başkanlar Kurulu, re'sen veya ilgili bölge idare mahkemeleri dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkına sahip olanların bu aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine istemi uygun bulursa kendi görüşlerini de ekleyerek Danıştay'dan bu konu hakkında karar verilebilmesini isteyebilir. Başkanlar kurulunun aykırılık veya uyuşmazlık giderilmesi istemini konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulu inceleyecek ve 3 ay içinde karar verecektir. İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunun 2 tür karar vermesi

¹³ Danıştay İçtihadları Birleştirme Kurulu, 1/4, 12.12.2018, RG. 25.07.2019, S. 30842

¹⁴ Vergi Dava Daireleri Kurulu, 1/1, 19.02.2020, RG. 26.06.2020, S. 31167; Vergi Dava Daireleri Kurulu, E. 2020/9, K. 2020/2, T. 19.02.2020, RG. T. 24.06.2020, S. 31165

¹⁵ <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=256570&pkanunnumara_si=7188> Erişim Tarihi 06 Temmuz 2020

¹⁶ 7188 sayılı Kanun Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 24.10.2019, S. 30928

mümkündür: Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararı ve aykırılık veya uyuşmazlığın bulunmadığı kararı. İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunca bu hususta verilen kararlar kesindir.

İlgili mevzuat düzenlemesine göre başkanlar kurulundan aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesini talep hakkını, aykırılık veya uyuşmazlığın konusunu oluşturan davalarda istinaf hakkına sahip olanlar kullanabilmektedir. Bu noktada, istinaf incelemesi devam eden dosyada istinaf hakkına sahip olanların, daha önceden ortaya çıkmış bir aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi talebinde bulunup bulunamayacağının değerlendirilmesi gerekmektedir. Yasanın ilgili maddesi yorumlandığında, aykırılık veya uyuşmazlığın konusunu oluşturan ve kesin olarak karar verilen davalarda istinaf hakkına sahip olanlarca talepte bulunulabileceği anlamı çıkmaktadır. Muhtemel bir aykırılık veya uyuşmazlığa konu olacak davada istinaf hakkı sahiplerine böyle bir talepte bulunma hakkı verilmemiştir. Bir başka ifade ile istinaf incelemesi devam eden davalarda istinaf hakkı sahiplerinin, benzer konuda daha önce ortaya çıkan aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesini isteme hakkı bulunmamaktadır.

Kanaatimizce mevzuatta bu hususa ilişkin düzenleme yapılarak istinaf incelemesi devam eden davanın taraflarının da benzer konuda daha önce ortaya çıkmış aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesini başkanlar kurulundan talep etme hakkı bulunmalıdır. Böylece henüz istinaf incelemesi tamamlanmadan daha önceden ortaya çıkmış olan aykırılık veya uyuşmazlık giderilmiş olacaktır. Kaldı ki aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi ile amaçlanan hukuk birliğidir. Ayrıca başkanlar kurulu, taleple bağlı olmayıp aykırılık veya uyuşmazlığın olduğu kanaatine varırsa aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesini isteyecektir. Hukuk birliğinin sağlanması amacı düşünüldüğünde, istinaf incelemesi devam eden davalarda istinaf hakkına sahip olanların da aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesini talep etme hakkının bulunması uygun olacaktır.

Ayrıca hukuk birliğinin sağlanmasının yanında istinaf incelemesi devam eden davaların tarafları açısından da pratik yararı olacaktır. Böylece istinaf incelemesi devam eden davanın tarafları da bu aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesinden yararlanabilecektir. Aksi bir durumda yani kesin kararın tesisinden sonra aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmiş olmasının taraflar açısından pratik bir sonucu olmayacağı açıktır. Burada aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi sürecinin uzun sürmesi ihtimali akla gelebilir. Ancak 2576 sayılı Kanun'a göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunun karar verme süreci 3 ay ile sınırlandırılmıştır. Bu 3 aylık süre davanın uzaması ihtimalini en aza indirmektedir.

Aykırılık veya uyuşmazlığın İçtihatları Birleştirme Kurulunca giderildiği süreçte İzmir

Bölge İdare Mahkemesi 5. Dairesi istinaf incelemesi devam eden bir davanın konusuna benzer olaylarda verilen kesin kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlığın olduğu gerekçesi ile başkanlar kurulundan istemde bulunmuş ve başkanlar kurulu da içtihadın birleştirilmesi için Danıştay Başkanlığına başvurmuştur. Bunun üzerine İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. Dairesi, istinaf incelemesi devam eden dosyanın İçtihatları Birleştirme Kurulunca karar verilmeye kadar bekletilmesine karar vermiştir¹⁷. İstinaf incelemesi devam eden dosyalarla benzer olaylara ilişkin aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi için İdari veya Vergi Dava Daireleri Kuruluna başvurulmuş ise somut örnekteki gibi ilgili dosyanın bekletilmesine karar verilmesi gerekecektir.

İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. Dairesinin kararından hareketle devam eden dosyalarda da aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yoluna başvurulabilmesinin mevzuat gereği de mümkün olduğu, bu konuda bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığı akla gelebilir. Ancak somut uyuşmazlıkta aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi isteminde bulunan ilgili BİM dairesidir. İlgili dairenin aykırılık veya uyuşmazlığa konu olarak daha önce verdiği kesin kararları gösterdiği için hukukî olarak böyle bir istemde bulunması mümkündür. İstinafa başvuru hakkı sahipleri açısından ise daha önce yaptığımız açıklamalar da dikkate alınarak ilgili hukukî düzenlemede değişiklik yapılmalıdır.

İlgili hukukî düzenlemedeki “*bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında*” ifadesi bölge idare mahkemesinin aynı dairesinin benzer konudaki kararları arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesinin mümkün olup olmadığı yönünde bir açıklığa sahip değildir. Ancak ilgili hukukî düzenlemedeki ifadeler de dikkate alındığında aynı dairenin kararları arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi mümkündür yorumu yapılabilir. Kaldı ki ne yasa metninde ne de gerekçesinde, yasa koyucunun aynı dairenin kararlarını kapsam dışında bıraktığını ve kapsam dışında bırakmasının haklı bir

¹⁷ “Dava, davacıya üniversite ödeneği ve ek ödeme ödenmemesine ilişkin işlemden kaynaklanmakta olup, ilk derece Mahkemesince esastan verilen kararın, istinaf yoluyla incelenerek kaldırılması istemiyle verilen dilekçe üzerine, dava dosyası ve konuya ilişkin verilen diğer kararlar incelenerek gereği düşünüldü: Dairemizde bu kararın verildiği tarih itibariyle konuyla ilgili olarak, İzmir Bölge İdare Mahkemesi yargı çevresinden gelmiş, çok sayıda dosya olduğu gibi, bu tarih itibariyle aynı konuda ilk derece mahkemelerince verilen farklı yöndeki kararlar üzerine, çok sayıda dosyada da Dairemizce davanın reddi yolunda kararlar verilmiştir.

Fakat yine Dairemizce, aynı konuda istinaf başvurusunun kabulüyle, davanın reddi yolunda verilen 17.10.2017 tarih ve E. 2017/1857, K. 2017/1967 sayılı kesin kararı sonrasında, davacı vekilince yapılan başvuru üzerine, İzmir Bölge İdare Mahkemesi Başkanlar Kurulu’nun 19.01.2018 tarih ve E. 2018/11, K. 2018/13 sayılı kararıyla, konuya ilişkin davanın kabulü yönünde farklı Bölge İdare Mahkemesi kararları bulunması nedeniyle, (Konya Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi-Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi) Bölge İdare Mahkemeleri kararları arasındaki farklılıkların giderilerek, konuya ilişkin içtihadın birleştirilmesi için, Danıştay Başkanlığına başvurulmuş olup, bu nedenle konuya ilişkin olarak Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu’nca bir karar verilmeye kadar, dava dosyasının bekletilmesine 24/04/2018 tarihinde, oybirliğiyle karar verildi.” - İzmir 5 BİM, E. 2018/354, T. 24.04.2018, Nakleden ÇINARLI: s. 206

sebebi olduğunu gösteren bir ifade mevcuttur. İlgili hukukî düzenlemede açıkça aksi de öngörülmediğinden aynı dairenin kararları arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi de kapsam dahilindedir demek mümkündür. Fakat uygulamada aynı bölge idare mahkemesinin aynı dairesinin benzer konudaki kararları arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesinin isteme konu yapılamayacağı şeklinde kararlar verilebilmektedir Nitekim Samsun Bölge İdare Mahkemesi Başkanlar Kurulu bir kararında “...aynı dairenin kararlarının aykırılığın giderilmesi istemine konu yapılamayacağı...” şeklinde karar vermiştir¹⁸. Bizce bu karar hukuka uygun değildir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere ilgili hukukî düzenleme yorumlandığında aynı dairenin kararları arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi de isteme konu edilebilmesi mümkün görünmektedir. Samsun Bölge İdare Mahkemesi Başkanlar Kurulunun bu şekilde karar vermesinin sebebi ilgili hukukî düzenlemenin açık olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle ilgili hukukî düzenlemedeki bu belirsizliğin giderilerek açık bir şekilde aynı dairenin kararlarının da isteme konu edilebileceği yazılmalıdır. Bu konuda Danıştay İçtihadları Birleştirme Kurulunun görevlerini düzenleyen 2575 sayılı Kanun’un 39.maddesi emsal gösterilebilir. İlgili maddede “*dava dairelerinin veya idari ve vergi dava daireleri kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında*” denilerek aynı dairenin/kurulun kararlarının içtihadı birleştirmeye konu edilebileceği açık bir şekilde belirtilmiştir.

B. BAŞKANLAR KURULU KARARLARINA KARŞI BAŞVURU YOLLARI

Bölge idare mahkemesi Başkanlar Kurulu, bölge idare mahkemesi başkanı ve daire başkanlarından oluşmaktadır. Bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da farklı bölge idare mahkemelerinin dairelerinin kesin kararları arasında bir aykırılık veya uyuşmazlık olması üzerine Başkanlar Kurulu, re’sen ya da bu yöndeki istemi uygun görürse Danıştay’dan bu konuda karar verilmesini isteyebilecektir. Başkanlar Kurulu özellikle istem olduğu durumlarda istemleri inceleyecek ve uygun görmezse bu istemi reddedecektir.

Başkanlar Kurulunun aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi istemlerine ilişkin kararlarına karşı herhangi bir başvuru yolu öngörülmemiştir. Başvuru yolunun öngörülmemiş olması özellikle istinaf yoluna başvurma hakkına sahip olanlar için önem arz etmektedir. Zira

¹⁸ “Uyuşmazlık konusu olayda, içtihadın birleştirilmesi yoluna gidilebilmesi için öncelikle birleştirme istemine konu kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunup bulunmadığının saptanması gerekmekte olup davacı tarafından başvuruya konu olan Samsun Bölge İdare Mahkemesi 1.İdari Dava Dairesi’nin 31.10.2019 tarih ve E. 2019/619, K. 2019/805 sayılı kararı ile yine aynı Dairenin 26.09.2019 tarih ve E. 2019/129, K. 2019/698 sayılı ve 26.06.2019 tarihli E. 2019/281, K. 2019/547 sayılı kesin nitelikteki kararları arasında aykırılık bulunduğu görülmekte ise de, aynı dairenin kararlarının aykırılığın giderilmesi istemine konu yapılamayacağı...” – Samsun Bölge İdare Mahkemesi Başkanlar Kurulu, 35, K. 2020/2 sayılı ve 17.01.2020 tarihli kararı (yayımlanmamış karar)

istinaf hakkına sahip olanlara aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yönünde bir istemde bulunma hakkı verilmişken bu istemin reddi halinde bu kararlara karşı herhangi bir başvuru yolu öngörülmemiştir. Başkanlar Kurulu kararları bu yönüyle kesindir diyebiliriz. Anayasa'nın hukuk devleti ilkesini göz önüne aldığımızda bu kararlara karşı bir başvuru yolunun öngörülmesi yerinde olacaktır. Bu kararlara karşı Danıştay yolunun açılması gerektiğini düşünüyoruz.

İstinafa başvurma hakkına sahip olanların aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi istemleri Başkanlar Kurulunca incelenecek ve istemin kabulü veya reddi kararı verilecektir. Başkanlar Kurulunun bu kararına karşı herhangi bir başvuru yolu öngörülmediğini yukarıda belirtmiştik. Burada tartışılması gereken husus ise istemin reddi halinde istinaf hakkı olanların Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapıp yapamayacağıdır.

Başkanlar Kurulunun aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi istemlerine ilişkin kararı üzerine bireysel başvuruda bulunulması halinde ortaya bazı sorunlar çıkmaktadır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki bu istemi iç hukuk yollarının tüketilmesinin bir parçası olarak görmek hukuken mümkün değildir. Çünkü aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi istemi, istinaf kararına karşı öngörülmüş bir kanun yolu değildir. Hâl böyle iken bölge idare mahkemesi kararı sonrasında bireysel başvuruda bulunmak için aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi istemine ilişkin kararın beklenmesi halinde bireysel başvuru süresi geçmiş olacaktır. Bu nedenle bireysel başvuru hakkının kullanılabilmesi için aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi isteminin karara bağlanması beklenmeden bireysel başvuru yoluna gidilmesi yerinde olacaktır.

Mevcut hukukî düzenlemelere göre aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi istemine ilişkin kararların başlı başına bireysel başvuruya konu edilmesi mümkün görünmemektedir. Ancak Başkanlar Kurulunun aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi istemine ilişkin kararlarının, esas karardan bağımsız olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelemesi söz konusu olabilir. Bu sebepten ötürü Başkanlar Kurulunun isteme ilişkin kararları sonrasında bireysel başvuru yapılabilmesi için bireysel başvuru süre aşımına ilişkin bir hukukî düzenlemeye, bu düzenleme yapıncaya kadar Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda bir içtihat geliştirmesine ihtiyaç vardır. Aksi durumda bireylerin hak arama özgürlükleri zedelenmiş olacaktır.

Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi istemlerine ilişkin kararların yargılamanın hakkaniyetini zedelemesinin mümkün olduğunu belirtmiştik. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin, içtihat farklılığının olmasının ve hukukî belirsizliğe yol açan bu durumun ortadan kaldırılmasını sağlayacak içtihadı birleştirme kararı gibi elverişli bir mekanizma bulunmasına rağmen bunun işletilmemesinin âdil yargılanma hakkını ihlâl ettiğine dair

kararları mevcuttur¹⁹. Anayasa Mahkemesi, benzer konulara ilişkin açılan davalarda bölge adliye mahkemeleri hukuk daireleri arasındaki görüş ayrılığı nedeniyle farklı sonuçlandığı ve bu hususun hakkaniyete aykırı olduğu iddiasıyla yapılan bir bireysel başvuruya ilişkin kararında içtihadı birleştirme yolu mümkün olmasına rağmen bu yolun işletilmemesinin hükümden bağımsız olarak hak ihlâline neden olduğuna karar vermiş ve ihlâlin giderilmesi için kararın Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmesine karar vermiştir²⁰. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi içtihat farklılığı neticesinde âdil yargılanma hakkı dışında bazı haklar yönünden ihlâl kararı vermiştir. Mahkeme, Ford Motor Company²¹ kararında içtihat farklılığına ilişkin iddiaları mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirmiş ve ihlâl kararı vermiştir.

Görüleceği üzere esas hükümden bağımsız olarak Başkanlar Kurulunun kararının da hak ihlâline -özellikle âdil yargılanma hakkının ihlâline²²-neden olması mümkündür. Bu sebeple Başkanlar Kurulu kararı sonrasında hak ihlâli nedeniyle bireysel başvuru yapılabilmesi gerekir. Ancak bu noktada bireysel başvuru süresinin ne zaman başlayacağına da tartışılması gerekir. Daha önce de tartıştığımız üzere aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yoluna tarafların istinaf incelemesi devam ederken başvurması hukukî düzenleme nedeniyle mümkün değildir. O halde aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi istemi bölge idare mahkemesinin kesin kararı sonrasında yapılabilecektir. Bu durumda bireysel başvuru süresinin bölge idare mahkemesinin kesin kararının tebliği ile başladığı kabul edilirse pek muhtemeldir ki Başkanlar Kurulunun bu istemi inceleyip karar vermesi beklenirse bireysel başvuru süresi geçmiş olacaktır. Hükümden bağımsız olarak kararlar arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın hak ihlâline neden olabileceği de düşünüldüğünde Anayasa Mahkemesi'nin, bireysel başvuru süresinin Başkanlar Kurulu kararının tebliği ile başlayacağı yönünde içtihat etmesi hukuka uygun olacaktır. Aksi bir yorum hak arama özgürlüğünün ihlâli anlamına gelecektir. Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yoluna gidilmeden, aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yolunun işletilmediğinden bahisle bireysel başvuru yapılamayacağı için de bu çözümün benimsenmesi hakkaniyete daha uygun olacaktır. Bütün bu sebeplerle hukuk devleti ilkesine ve hak arama özgürlüğüne uygun olarak

¹⁹ Bkz. Anayasa Mahkemesi (İkinci Bölüm), Aziz Buluntu ve Fırat Savğa Başvurusu, B. No: 2017/22650, AYM Kararlar Bilgi Bankası, <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>> Erişim Tarihi 06 Temmuz 2020; Anayasa Mahkemesi (Genel Kurul), Türkan Bal Başvurusu, B. No:2013/6932, AYM Kararlar Bilgi Bankası, <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>> Erişim Tarihi 06 Temmuz 2020

²⁰ “Başka bir anlatımla derin ve süregelen farklılıkları ortadan kaldırmaya elverişli bir mekanizma niteliğindeki içtihadın birleştirilmesi yolunun işletilmemesi nedeniyle varılan sonucun başvurucular için öngörülemez olduğu ve bu hususun hükümden bağımsız olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği sonucuna ulaşılmıştır.” Anayasa Mahkemesi (İkinci Bölüm), Aziz Buluntu ve Fırat Savğa Başvurusu, B. No: 2017/22650, AYM Kararlar Bilgi Bankası, <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>> Erişim Tarihi 06 Temmuz 2020

²¹ Anayasa Mahkemesi (İkinci Bölüm), Ford Motor Company Başvurusu, B. No: 2014/13158, AYM Kararlar Bilgi Bankası, <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>> Erişim Tarihi 06 Temmuz 2020

²² Bkz. Müslim Akıncı, İdari Yargıda Âdil Yargılanma Hakkı (1st ed, Turhan Kitabevi 2008)

Başkanlar Kurulu kararı sonrasında bu karardan kaynaklı olarak hak ihlâli olduğu iddiasıyla bireysel başvuru yapılabilmesinin mümkün olmasının ve başvuru süresinin Başkanlar Kurulu kararının tebliğinden itibaren başlamasının gerektiği kanaatini taşımaktayız.

III. İDARE VEYA VERGİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARLARININ HUKUKÎ NİTELİĞİ VE UYGULANMASI SORUNU

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yönünde Vergi Dava Daireleri Kurulunca verilmiş iki karar mevcuttur. Bu kararların ikisi de Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Karar metinlerine bakıldığında ise 2576 sayılı Kanun’un 3/C maddesinin 5. fıkrasının son cümlesine uygun bir şekilde “kesin” olarak karar verildiği görülecektir. İçtihadı birleştirme kararlarında olduğu gibi²³ aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesinde de amaç hukuk birliğinin sağlanmasıdır. Aynı amacı taşıması, kararların Resmî Gazete’de yayımlanması ve sonuç kısmında kesin olarak karar verildiğinin ifade edilmesi bu kararların bir içtihadın birleştirilmesi kararı niteliğinde olduğu zehabını uyandırmaktadır. Ancak yukarıda anılan mevzuat hükümlerinde kararların bağlayıcı olduğuna yer verilmediği gibi kararların niteliğinin içtihadı birleştirme kararları gibi olduğuna dair bir ifadeye de yer verilmemiştir. Bu nedenle kararların etki ve sonuçları da dikkate alınarak hukukî niteliklerinin tespit edilmesi ihtiyacı doğmaktadır. Ayrıca aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi sonrasında istinaf hakkı olanların yeni dava açması veya bireysel başvuru yapması durumunda ortaya çıkacak sorunlar tartışılmalıdır.

Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararlarının hukukî niteliğinin tespiti için bu kararları bazı hukukî kurumlar ile karşılaştırmak gerekecektir. Bu karşılaştırmada kullanacağımız hukukî kurumlar ise idari yargıda öngörülmüş kanun yollarıdır. Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kurumunun bir kanun yolu olmamasına rağmen kanun yolları ile karşılaştırma sebebimiz ise aşağıda da açıkladığımız üzere bu kurumun kanun yararına temyiz yoluna olan benzerliğidir. Kanun yararına temyiz ile büyük ölçüde benzer olması ise bu kurumun diğer kanun yolları ile karşılaştırılması ihtiyacını beraberinde getirmektedir. Zira kurum, içtihadı birleştirme yolu yerine getirilmiş olsa da tam anlamıyla bir içtihadı birleştirme niteliğinde değildir. Bu husus da aşağıda irdelenmiştir.

A. KARAR DÜZELTME

6545 sayılı Kanun ile İYUK’ta değişiklik yapılmadan önce olağan kanun yolları itiraz,

²³ Lütü Duran, ‘Danıştay’ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması’ (1972) 27(3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 422

temyiz ve karar düzeltme idi. Karar düzeltme ile belirli bir süre içerisinde ve kanunda sayılan nedenlerden dolayı, nihai olarak verilmiş bir yargı kararının yeniden gözden geçirilmesi sağlanmaktaydı²⁴. Danıştay dava daireleri ile İdari veya Vergi Dava Daireleri Genel Kurullarına temyiz üzerine verdikleri kararlar hakkında bir defaya mahsus olmak üzere kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde taraflarca İYUK'un mülga 54. maddesinde sayılan sebeplerine dayanılarak karar düzeltme isteminde bulunulabilmekteydi. Karar düzeltme talebini inceleyecek olan merci ise esas kararı veren daire veya kurul idi.

Karar düzeltmede, esas kararı veren yargı merci kararını taleple bağlı kalarak yeniden incelemekte idi. Kanunda sayılan sebeplerin olması halinde, esas kararı veren merci karar düzeltme talebini kabul etmekte idi. Taraflar, karar düzeltme yoluna başvurmazsa karar kesinleşmekteydi.

Çalışmamızın konusunu oluşturan aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi usulünün karar düzeltmeye benzemediği aşikârdır. Karar düzeltme bir olağan kanun yolu olup temyiz talebine ilişkin esas kararı veren yargı merciince kararın yeniden gözden geçirilmesini konu edinir. Ancak aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi usulünün konusunu bölge idare mahkemelerinin kesin kararları arasındaki aykırılık veya uyuşmazlık oluşturmaktadır. Ayrıca karar düzeltme talebi, kararın kesinleşmesine engel olurken; aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi talebi, kararın kesinleşmesine engel teşkil etmemektedir. Yine aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi talebini inceleyecek merciler ile karar düzeltme talebini inceleyecek merciler farklılık göstermektedir. Son olarak karar düzeltme talebinin kabulü hâlinde dosya bozularak kararı veren mahkemeye gönderilirken aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi usulünde talep kabul edilse dahi kesinleşmiş kararın bozulması söz konusu değildir.

B. KANUN YARARINA TEMYİZ

Olağanüstü kanun yollarından bir tanesi olan²⁵ kanun yararına temyiz İYUK m. 51'de düzenlenmiştir. İYUK m. 51'in başlığı önceleri kanun yararına bozma iken 6545 sayılı kanun ile kanun yararına temyiz olarak değiştirilmiştir. Kanun yararına temyiz konusunu idare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verilen kararları ile istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen ve niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade eden kararlar oluşturmaktadır. Kanun yararına temyiz yetkisi sadece Danıştay

²⁴ A. Şeref Gözübüyük and Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt II (5th ed, Turhan Kitabevi 2012) 1069; A. Şeref Gözübüyük, 'İdari Yargıda Kararın Düzeltilmesi' (1965) 20(4) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 146

²⁵ Yahya Kazım Zabunoğlu, İdare Hukuku, Cilt 2 (1st ed, Yetkin Yayınları 2012) 734; Ramazan Yıldırım and Serkan Çınarlı, Türk İdarî Yargılama Hukuku Dersleri (1st ed, Astana Yayınları 2018) 315.

Başsavcısı'na tanınmıştır. Başsavcı re'sen ya da ilgili bakanlığın lüzumu üzerine talepte bulunabilir. Başsavcının kanun yararına temyiz talebinde bulunması belirli bir süre ile kısıtlanmamıştır. Kanun yararına temyiz talebini Danıştay'ın ilgili dairesi inceleyecektir. Bu talebin kabulü halinde ilgili karar bozular. Ancak bu bozma, kararın hukukî sonuçlarını ortadan kaldırmaz. Bir başka ifade ile bozma kararı davanın tarafları arasında herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmaz²⁶.

Kanun yararına temyiz ile amaç tarafların çıkarının korunması değildir²⁷. Bu kanun yolunda amaçlanan yargı mercilerinin verdiği kararlar arasında içtihat birliğinin sağlanması ve yürürlükteki hukukun tüm ülkede birlik içinde uygulanmasının teminidir²⁸. Böylelikle yanlış içtihatların oluşması engellenerek uygulamada birlik sağlanmış olur²⁹.

Çalışmanın konusunu oluşturan aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yolu ile kanun yararına temyiz arasında bazı benzerlikler ve farklılıklar bulunmaktadır. Kanun yararına temyiz konusunu oluşturan kararlar, aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesinin konusunu oluşturan kararlara göre daha kapsamlıdır. Şöyle ki kanun yararına temyiz, istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen veya kesin olarak verilen kararları konu edinirken; aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesinin konusunu, bölge idare mahkemesinin kesin olarak verilen kararları oluşturmaktadır. İlgili mevzuat dikkate alındığında, bölge idare mahkemelerinin temyiz yolu açık olmasına rağmen temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararları ile idare mahkemelerinin istinaf yolu kapalı olan veya istinaf incelemesi yapılmadan kesinleşen kararları aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesinin konusu kapsamında değildir. Her ne kadar konu edindiği kararlar yönünden kanun yararına temyiz daha kapsamlı olsa da kesin kararları konu edinmeleri açısından benzerlik olduğunu ifade etmek mümkündür.

Hem kanun yararına temyizde hem de aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesinde talepte bulunma hakkı sadece belirli bir kişiye/kurula verilmiş olup bu kişi/kurul re'sen ya da talep üzerine yetkisini kullanmaktadır. Kanun yararına temyize ilişkin mevzuat düzenlemesinde başsavcının kendiliğinden veya bakanlığın lüzumu üzerine harekete geçeceği düzenlenmiş olmakla birlikte davanın tarafları veya menfaati olanların, başsavcıdan kanun yararına temyiz

²⁶ Yıldırım and Çınarlı (n 25) 314

²⁷ Onur Karahanoğulları, İdari Yargı - İdarenin Hukuka Zorlanması (1st ed, Turhan Kitabevi 2019) 753

²⁸ Ibid 315

²⁹ Ali D. Ulusoy, İdari Yargılama Hukuku (1st ed, Yetkin Yayınları, 2020) 253; Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku (1st ed, Ekin Basın Yayın Dağıtım 2016) 469

başvurusu yapılmasını istemesi mümkündür³⁰. Nitekim aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yolunda da davanın taraflarının Başkanlar Kurulundan talepte bulunma hakkı bulunmaktadır. Bu yönlerden de kanun yararına temyiz ile aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi arasında benzerlik bulunmaktadır.

Kanun yararına temyiz ile aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yolu arasında önemli bir fark bu istemleri inceleyecek mercilerdir. İlkinde, istemi konusuna göre Danıştay dava daireleri inceleyecek ve karar verecektir. Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yolunda ise istemi, konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulu inceleyecektir.

Kanun yararına temyiz ile aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yolu arasındaki bizce en önemli benzerlik bu istemlerin kabulü kararlarının hukukî etki ve sonuçlarıdır. İYUK m. 52/2'ye göre kanun yararına temyiz talebi üzerine ilgili kararın bozulması halinde bozma kararı taraflar açısından bir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yolunda ise bu konuya ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Kaldı ki burada aykırılık veya uyuşmazlık konusu karar veya kararlar bozulmamakta; sadece aykırılık veya uyuşmazlık giderilerek içtihat birliği sağlanmaktadır. O halde her ikisinde de taraflar açısından bir hüküm ve sonuç doğmamaktadır denilebilir. Nitekim yukarıda bahsettiğimiz aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararlarında bölge idare mahkemelerinin kararları bozulmamış, sadece aykırılık veya uyuşmazlığın ne yönde giderildiği belirtilmiştir.

Kanun yararına temyiz kararları ile aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin kararlar kesin niteliktedir. Her ikisinde de bu kararlara karşı başvurulabilecek bir yol bulunmamaktadır. Ayrıca her ikisinde de amaç içtihat birliğinin sağlanmasıdır. Son olarak kanun yararına temyiz kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanacağı İYUK'ta düzenlenmekle birlikte aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararlarına ilişkin açık bir hüküm bulunmamasına rağmen uygulamada Resmî Gazete'de yayımlanmaktadır.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararının hukukî niteliğine ilişkin akla ilk gelen bir içtihadı birleştirme kararı olduğudur. Ancak yukarıda belirttiğimiz benzerlikler dikkate alındığında, kanaatimizce aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yolu bir tür kanun yararına temyizdir. Hukukî etki ve sonuçları yönünden mevcut olan benzerlikler savımızı destekleyen en önemli husustur. Fakat şunu ifade etmekte yarar vardır ki aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi ile kanun yararına temyiz birbirine çok benzemekle birlikte tamamen de aynı değildir. Bir tür kanun yararına temyiz dememizin sebebi

³⁰ Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu (5th ed, Adalet Yayınevi 2012) 1057; Zabunoğlu (n 25) 743; Ibid 318

de budur. Nitekim aralarındaki farklılıklara yukarıda değinmiştik.

C. YARGILAMANIN YENİLENMESİ

İdari yargıda kabul edilen olağanüstü kanun yollarından bir tanesi de yargılamanın yenilenmesidir³¹. İYUK m. 53'e göre yargılamanın yenilenmesinin konusunu Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin kesinleşmiş kararları oluşturur. Ancak bu yargı mercilerinin verdiği bütün kararlar değil sadece ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararlar yargılamanın yenilenmesine konu edilebilir. Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda verdiği kararlar ile bölge idare mahkemelerinin ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak verdiği kararlar bu kapsamdadır³². Yargılamanın yenilenmesi sebepleri İYUK m. 53'te tahdidî olarak sayılmıştır. Bu sebepler dışında yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi söz konusu olamaz.

Yargılamanın yenilenmesi yoluna m. 53/1'de sayılan sebeplere dayanılarak m. 53/3'te belirtilen süreler içerisinde gidilebilir. Talepte bulunma hakkı ise davanın taraflarına verilmiştir. Talep, yargılamanın yenilenmesi ile ortadan kaldırılmak istenen hükmü veren mahkemeye sunulur. Eğer şartlar gerçekleşmişse mahkeme yargılamanın yenilenmesi talebini kabul ederek dosyayı inceler ve yeniden karar verir. Verilen bu yeni karara karşı öngörölmüş ise istinaf veya temyiz yoluna başvurulabilir.

Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yolu ile yargılamanın yenilenmesi birbirinden farklıdır. En önemli farklılık da yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü halinde yeniden karar verilmesi ve bu kararın taraflar açısından hüküm ve sonuç doğurmasıdır. Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesinde verilen karar taraflar açısından bir hüküm ve sonuç doğurmamaktadır. Bir başka farklılık ise yargılamanın yenilenmesi yolunun konusunu sadece ilk derece mahkemelerinin verdiği kararlar oluştururken aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yolunun konusunu bölge idare mahkemelerince kesin olarak verilen kararlar oluşturmaktadır. Yine aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesinde talep yetkisi bölge idare mahkemelerinin Başkanlar Kuruluna verilmişken yargılamanın yenilenmesinde doğrudan taraflara verilmiştir. Son olarak her ikisinde de belirli bir sebebe dayanılması gerekse de bu sebepler birbirinden farklıdır. Bu nedenlerle aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yolunun yargılamanın yenilenmesine benzemediğini söyleyebiliriz.

³¹ Karahanoğulları (n 27) 747; Halil Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku (14th ed, Seçkin Yayıncılık 2020) 433

³² Zehreddin Aslan (Ed.) 'Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu' (1st ed, Seçkin Yayıncılık 2019) 411

D. AYKIRILIK VEYA UYUŞMAZLIĞIN GİDERİLMESİ KARARI BİR İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARI MIDIR?

Her ne kadar yukarıda aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararlarını bir tür kanun yararına temyiz olarak nitelendirmiş olsak da içtihadı birleştirme yolu ile de karşılaştırılması gerekmektedir. Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi görevi, yasa gerekçesinden de anlaşılacağı üzere Danıştay İçtihadları Birleştirme Kurulunun sık sık toplanmadığı ve beklenen çabuklukta karar vermediği gerekçesiyle İdari veya Vergi Dava Dairelerinin görevleri arasına dahil edilmiştir. Amaçsal yorumla aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararlarının içtihadı birleştirme kararı niteliğinde olduğunu söylemek mümkün görünmektedir. Fakat içtihadı birleştirme yolu ile aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yolu arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır.

Bu farklardan en önemlisi aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararlarının bağlayıcılığına ilişkin bir hüküm bulunmamasıdır. İçtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığı ise 2575 sayılı Kanun'un 40. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu maddeye göre içtihadı birleştirme kurulunun kararlarına Danıştay daire ve kurulları, idari mahkemeler ve idare uymak zorundadır.

İkinci fark ise aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesini isteme yetkisi bölge idare mahkemelerinin Başkanlar Kuruluna verilmişken içtihadın birleştirilmesini isteme yetkisi Danıştay Başkanına, Danıştay Başsavcısına, konu ile ilgili dairelere, İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurullarına verilmiştir. Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesini isteme yetkisinin sadece bölge idare mahkemesi Başkanlar Kuruluna verilmiş olması öğretilerde haklı olarak eleştirilmektedir. İstinaf kanun yolunun ve bölge idare mahkemesinin kesin kararları arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kurumunun hukuk düzenimize girdiği 2014 yılı sonrasında yapılan bir çalışmada aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi talebinin sadece Başkanlar Kurulunca yapılabilmesi eleştirilerek Danıştayın da aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesini isteme yetkisine sahip olması gerektiği ifade edilmiştir³³.

Bir diğer önemli fark ise İçtihadı Birleştirme Kurulu, daha önceki içtihadını değiştirebilme yetkisine sahipken İdari veya Vergi Dava Daireleri Kuruluna böyle bir yetki verilmemesidir. Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yoluna gidilebilmesi için yukarıda da açıkladığımız üzere bölge idare mahkemelerinin kesin kararları arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunmalıdır. Daha önce belirli bir yönde giderilmiş bir aykırılık veya

³³ Serkan Kızılyel 'Danıştay İçtihadları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine' (2015) (19) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 115, 138-139

uyuşmazlıkla ilgili olarak daha sonradan içtihat değişikliğine gidilmesi mümkün görünmemektedir. Zira ilgili hukukî düzenlemede bu konuya hiç yer verilmemiş ve düzenlemenin mevcut halinde aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararlarının değiştirilmesi imkânı öngörülmemiştir. Bu nedenle benzer konuda içtihat değişikliği ihtiyacı ortaya çıksa bile bir aykırılık veya uyuşmazlık mevcut olmadığı sürece bu yola başvurulamayacaktır. Bu husus aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yolu açısından önemli bir eksikliklerdir. İctihadın birleştirilmesi yolunda mevcut içtihadın değiştirilmesi kararları hukukî nitelik açısından içtihadın değiştirilmesinden farksız sayılmış ve herhangi bir kayıt ve şart bağlanmamıştır³⁴. Böylece zamanın gerisinde kalan ve gözden geçirilmesinde hukukî zorunluluk bulunan³⁵ içtihadın birleştirilmesi kararlarının değiştirilmesinin yolu açılmıştır. Benzer bir durum, mevcut kararın değiştirilmesinde hukukî zorunluluk bulunması, aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yolu açısından da söz konusu olacağından aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararlarının da değiştirilmesi imkanının getirilmesi gerekmektedir.

Bir diğer fark ise İctihatları Birleştirme Kurulunun, içtihadın birleştirilmesini lüzum görmesi halinde içtihadın birleştirilmesine karar vereceği düzenlenmiş iken aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesinde lüzum şartına yer verilmemiş olmasıdır. Lüzum şartı ile İctihatları Birleştirme Kuruluna bir tür takdir yetkisi tanınmıştır³⁶. Lüzum şartının içeriği ayrı bir inceleme gerektirdiği için çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır³⁷. Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yolunu düzenleyen mevzuat hükmüne göre bölge idare mahkemeleri dairelerinin kesin kararları arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunması halinde İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunun, bu aykırılık veya uyuşmazlığı giderme dışında bir seçeneği yoktur. Bir başka ifade ile İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulu, çeşitli sebeplerle aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesine lüzum olmadığından bahisle aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmemesi yönünde karar veremeyecektir.

İctihadı birleştirme kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanacağı 2576 sayılı Kanun’un 40. maddesinde hüküm altına alınmışken aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanacağına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Ancak uygulamada aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararları da Resmî Gazete’de yayımlanmaktadır.

Bütün bu açıklamalarımızdan da görüleceği üzere içtihadı birleştirme yolu ile aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yolu arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Hâl böyle iken her

³⁴ Duran (n 23) 421

³⁵ Kızılyel (n 33) 119

³⁶ İbid 423

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. İbid 423

iki kurumun da hukuk birliğini sağlamaya yönelik olduğundan bahisle benzer hukukî niteliklere sahip olduğunu söylemek zor görünmektedir. Bu nedenle aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararlarının hukukî niteliği yönünden bir içtihadı birleştirme kararı olmadığını ve tekrar etmek gerekirse bir tür kanun yararına temyiz olduğunu düşünmekteyiz.

Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi ile amaçlananın içtihatların birleştirilmesi olduğu açık olmakla birlikte dinamik ve amacını gerçekleştirmeye daha elverişli bir hukukî kurum olabilmesi için yukarıda bahsettiğimiz eksikliklerin mevzuat düzenlemesi yapılarak giderilmesi gerekmektedir.

E. YENİDEN DAVA AÇMA VE KESİN HÜKÜM SORUNU

Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi hakkında verilen karar, İYUK m. 53'te düzenlenen yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında sayılmamıştır. Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararı başlı başına yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında sayılmamış olsa da bu karar İYUK m. 53'te sayılan yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden birisini oluşturuyorsa yargılamanın yenilenmesi mümkün gözükmektedir. Bu nedenle kesin hüküm sorunu yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden bir tanesi oluşturmayan kararlar için karşımıza çıkmaktadır.

Eğer ki aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi başlı başına bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiş olsaydı lehine karar verilen tarafların yeniden dava açması durumu ve kesin hüküm sorunu karşımıza çıkmayacaktı. Bu sebeple yargılamanın yenilenmesi yoluna da başvuramayan tarafların aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararı üzerine yeniden dava açması ihtimali üzerinde durmak gerekecektir.

İdari yargıda kesin hükmü, iptal davalarında kesin hüküm ve tam yargı davalarında kesin hüküm olmak üzere iki yönden inceleyebiliriz. Tam yargı davalarında kesin hüküm sadece davanın tarafları açısından geçerlidir ve nispi nitelik taşır³⁸. İptal davalarında ise objektif niteliği dolayısı ile iptal kararı davanın tarafı olmasa dahi ilgili herkes için sonuç doğurur³⁹. Ancak iptal davasının reddedilmesi halinde bu ret kararı üçüncü kişileri etkilemez, sadece davanın taraflarını etkiler⁴⁰. Yani iptal davalarının kabulü halinde kesin hüküm mutlak nitelik

³⁸ Ramazan Çağlayan, 'İdari Yargıda Kesin Hüküm' (1999) 3(1) A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 141; Yıldırım and Çınarlı (n 25) 335

³⁹ Yıldırım Uler, İdari Yargıda İptal Kararının Sonuçları (1st ed, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1970) 44; Ulusoy (n 29) 87; A. Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargı (33rd ed, Turhan Kitabevi 2013) 250; Kalabalık (n 31) 223; Kaplan (n 29) 228

⁴⁰ Gözübüyük, (n 39) 246; Yıldırım and Çınarlı (n 25) 334; Ramazan Çağlayan, İdari Yargıda Kanun Yolları (2nd ed, Asil Yayınları 2008) 23

taşıırken reddi halinde kesin hüküm nispi nitelik taşır⁴¹.

Çalışmanın konusu açısından değerlendirecek olursak iptal davası reddedilen tarafın, İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunun aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararı üzerine yeniden dava açması halinde kesin hüküm nedeniyle ret kararı verilmesi olası görünmektedir. Zira her ne kadar İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulu aykırılık veya uyuşmazlığı gidermiş olsa da ilgili kararı bozmadığı için taraflar açısından ilgili kararın nispi kesin hüküm niteliği devam etmektedir. Bu noktada iptal davasının yeni sebep ya da sebeplere dayanarak açılması ihtimali gelebilir. Ancak bu durumda da pek muhtemel ki dava açma süresi geçmiş olduğundan dava reddedilecektir. Yani aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi sonrasında yeniden dava açılması halinde kesin hüküm veya süre nedeniyle davanın reddedileceğini söyleyebiliriz. Tam yargı davaları açısından da benzer hususlar geçerlidir.

Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi sonrasında bu karara dayanarak tarafların İYUK m. 10 başvurusu yaparak idareden ilgili işlemin geri alınmasını veya kaldırılmasını talep etmesi ve idarenin bu başvuruyu reddetmesi halinde bu işleme karşı dava açılmasına olanak var mıdır sorusuna da cevap vermek gerekecektir. Danıştay bu şekilde yapılan yeni başvurular ile dava açma süresinin canlanmayacağı yönünde kararlar vermektedir. Danıştay'ın bu yaklaşımında, yeniden başvurularla kaçırılmış dava açma süresinin bir anlamda kanunu dolanarak canlandırılmasının amaçlanmasının ve açıkça ifade edilmese de bunun Danıştay'ca bir tür hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmesinin etkisi vardır. Bu durumun tek istisnası ise süregelen hak ihlâli içtihadıdır. Süregelen bir hak ihlâli var ise bireyler İYUK m. 10 kapsamında tekrar tekrar başvuru yapabilir ve her ret durumunda süresi içinde dava açabilir⁴². Çalışmamız açısından değerlendirecek olursak bu yola başvuracak olan kişilerin, kaçırılmış olduğu dava açma süresini yeniden canlandırma gibi bir amacı olmadığı aşikârdır. Zira ilgili kişi süresi içinde dava açmıştır. Bu nedenle bu kişinin kanunu dolanmaya çalıştığını ya da hakkını kötüye kullandığını söyleyemeyiz. Bu nedenle İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunun aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararının dayanak olması halinde İYUK m. 10 başvurusunun reddi halinde bu ret işlemine karşı dava açılabileceğini düşünmekteyiz. Aksi durumun kabulü hukuk devleti ilkesine ve hak arama özgürlüğüne aykırı olacaktır. Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararına rağmen hukuka aykırı durumun sürdürülmesi hukuk devleti ilkesine açıkça aykırı olacaktır. İdarenin, aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararı üzerine hukuka aykırı duruma son vermesi gerekmektedir. Eğer ki idare, hukuka aykırı

⁴¹ Siddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 3 (3rd ed, 1962) 1786; Ibid 334-335

⁴² Ulusoy (n 29) 141

durumun ortadan kaldırılmaması yönünde irade göstermiş ise bireylerin İYUK m. 10 başvurusu sonrasında dava açması halinde bu davanın süre nedeniyle reddedilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bu noktada şu hususu da kısaca tartışmak gerekecektir: Önerimiz doğrultusunda aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararlarının idare açısından da bağlayıcı olduğu hüküm altına alınırsa aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi sonrasında tarafların idareden bir istemde bulunması halinde nasıl hareket edilecektir? Bu noktada hukuk devletine uygun olarak idarenin yapılan başvuruları kabul ederek hukuka aykırı durumları gidermesi gerekmektedir. İdare bu şekilde hareket etmezse idari mahkemelerin açılacak davalarda kesin hüküm ve süre nedeniyle ret kararı vermeden esastan inceleme yapması hukuk devleti ilkesine uygun olacaktır.

F. ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU

Yukarıda Başkanlar Kurulunun tarafların aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi istemine ilişkin kararları sonrasında bireysel başvuruyu incelemiştik. Bu kısımda ise İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunun kararı sonrasında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruyu inceleyeceğiz.

Dava daireleri kurullarının iki yönde karar vermesi mümkündür: Ya aykırılık veya uyuşmazlığın bulunmadığı yönünde ya da aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yönünde karar verecektir. Verilen karar kesin nitelik arz ettiği için bu kararlara karşı herhangi bir başvuru yoluna gidilemez. Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararının taraflardan bazıları için aleyhe olsa da taraflar için bir hukukî etki ve sonuç doğurmadığı için aleyhine sonuçlanan tarafın bireysel başvuru yapması pek olası değildir. Fakat Başkanlar Kurulundan aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi isteminde bulunup İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunun aykırılık veya uyuşmazlık bulunmadığı yönündeki kararına karşı bireysel başvuru yapılması muhtemel görünmektedir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruya ilişkin 2 farklı yönde karar vermesi ihtimal dahilindedir.

Birinci ihtimal İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunun kararının tebliğinden itibaren 30 gün içinde başvuru yapılmış olsa da süre nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermesidir. İkinci ihtimal ise süre yönünden kabul edilemezlik kararı vermeyerek diğer şekli şartların da sağlanması halinde esasa ilişkin inceleme yaparak karar vermesidir. Bizce hukuk devleti ilkesine uygun olanı ikinci durumdur. Anayasa Mahkemesi, süre yönünden kabul edilemezlik kararı vermemeli ve esasa ilişkin inceleme yapmalıdır. Bu düşünceye karşı ileri sürülebilecek önemli savlardan bir tanesi aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararının taraflar için bir hukukî etki ve sonuç doğurmadığı olabilir. Taraflar için pratik bir yararı olmasa da gerek

Anayasa ile gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan bir hakkın korunması adına bireysel başvuruların esastan incelenmesi gerektiği söylenebilir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararı ile içtihat ve hukuk birliği sağlanmaktadır. Bu yönüyle dahi aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi kararı önem arz etmektedir. Ayrıca daha önce de ifade ettiğimiz üzere aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yoluna ilişkin kararlar da hak ihlâline neden olabilmektedir. Bütün bu nedenlerle gerek Başkanlar Kurulunun kararı sonrasında gerekse İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunun kararı sonrasında bireysel başvuru yapılabilmesi için süreye ilişkin bir hukukî düzenlemeye, bu düzenleme yapılınca kadar da Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda bir içtihat geliştirmesi gerekmektedir. Bu konuya ilişkin açıklamalarımızı yukarıda yapmıştık. Benzer hususların burada da geçerli olduğunu ifade edebiliriz.

Bu noktada diğer bir sorun ise Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruyu esastan inceleyerek ihlâl olduğunu tespit etmesi halinde ne yönde karar vereceğidir. Tazminat hallerini hariç tutarsak karşımıza iki ihtimal çıkmaktadır. Birincisi Anayasa Mahkemesi başvuru sahibinin hakkının ihlâlinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için dosyayı yeniden yargılama yapılması üzere ilk derece mahkemesine göndermesidir. İkinci ihtimal ise dosyanın İdari veya Vergi Dava Daireleri Kuruluna gönderilmesidir. Her ne kadar birinci ihtimal birey açısından daha yararlı olsa da özellikle bireysel başvuruya konu edilen ihlâlin nedeni olarak İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunun kararı gösterildiği için dosyanın dava daireleri kuruluna gönderileceği ifade edilebilir.

Gerek Başkanlar Kurulu kararına karşı yapılacak gerekse İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunun kararına karşı yapılacak bireysel başvurularda bahsettiğimiz sorunların ortaya çıkması halinde bireylerin hak arama özgürlüğünün sınırlandırılmayarak hukuk devleti ilkesine uygun bir çözümün bulunması gerektiğini düşünmekteyiz.

SONUÇ

Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yolu ile içtihat birliği amaçlanmış olsa da düzenlemenin eksiklikleri sebebiyle birtakım sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle bu hukukî kurumun ortaya çıkabilecek bütün sorunlar dikkate alınarak yeniden şekillendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Öncelikle aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yolu birçok önemli noktada içtihadın birleştirilmesi yolundan ayrılmaktadır. İçtihadın birleştirilmesi kararları gibi etkili ve bağlayıcı olabilmesi için yukarıda bahsettiğimiz mevzuat düzenlemelerinin yapılması gerekmektedir. Aksi halde bu hukukî kurum asıl amacını gerçekleştirme yolunda yetersiz kalacaktır.

İkinci olarak aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yoluna gidilmesi talebini sadece buna konu kesinleşmiş kararların tarafları değil benzer konuda olan ve istinaf süreci devam eden davanın taraflarının da ileri sürebilmesi yönünde düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Böylece mevcut aykırılık veya uyuşmazlık istinaf başvurusu sonuçlanmadan giderilmiş olacak ve bunun taraflar açısından da pratik bir yararı olacaktır.

Üçüncü olarak yukarıda da bahsettiğimiz üzere uygulamada, mevzuat metninden kaynaklı olarak bölge idare mahkemesinin aynı dairesinin benzer konudaki kesin kararları arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi için bu yola başvurulamayacağı yönünde kararlar verilebilmektedir. Kararlar arasındaki aykırılık veya uyuşmazlıkların sebeplerinden bir tanesi de hukuki mevzuatın farklı yorumlara müsait olması iken aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi yolunu düzenleyen hukukî mevzuatın farklı yorumlara sebep olarak aykırılık veya uyuşmazlığa neden olması eleştiriye açıktır. Bu nedenle ilgili hukukî mevzuattaki belirsizliğin giderilerek aynı daire kararlarının da aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesine konu edilebileceğinin açıkça düzenlenmesi gerekmektedir.

Dördüncü olarak Başkanlar Kurulu kararlarına karşı bireysel başvuru yapılması halinde Anayasa Mahkemesi'nin özellikle âdil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirerek bu başvuruları esastan incelemesi hukuk devleti ilkesine ve hak arama özgürlüğüne daha uygun olacaktır. Keza benzer hususları İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulu kararlarına karşı bireysel başvuru yapılması durumu için de söyleyebiliriz. Her iki karar için de bireylerin hak arama özgürlüklerini tamamen sınırlandırmayan, hukuk devleti ilkesine uygun bir yaklaşım ile bireysel başvuruların süre aşımı nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmeden esastan incelenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Beşinci olarak ise İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunun aykırılık veya uyuşmazlığı gidermesi halinde bu karar lehine olan tarafın İYUK m. 10 başvurusu yapması ve idarenin bu başvuruyu reddetmesi halinde idari yargı mercilerinin bu ret işlemine karşı açılan davayı süre veya kesin hüküm nedeniyle reddetmemesi hukuk devletine daha uygun olacaktır. Zira İYUK m. 10 başvurusu yapan bireyin, hakkın kötüye kullanılması ya da kanunu dolanma gibi bir durumun içinde olmadığı aşikârdır. Aksi bir yorum, hukuka aykırı durum belirlenmekle birlikte bu durumun sürdürülmesi anlamına gelecektir.

Son olarak İdare veya Vergi Dava Daireleri Kurulu kararlarının bu yöndeki kararlarının diğer idari yargı mercilerini ve idareyi bağladığına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Eğer ki içtihat birliği sağlanmaya çalışılıyor, daha sık ve kolay toplanması nedeniyle bu görev İdari veya Vergi Dava Daireleri Kuruluna veriliyorsa en azından bu kararların bağlayıcılığının

vurgulanması gerekirdi. Mevcut düzenleme bu haliyle yukarıda da açıkladığımız üzere kanun yararına temyiz müessesesine benzemektedir. Bütün belirttiğimiz bu hususlar dikkate alınarak ilgili mevzuat hükümlerinin düzenlenmesi hem bireyler açısından hem de yargı mercileri açısından daha sağlıklı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akıncı M, İdari Yargıda Âdil Yargılanma Hakkı (1st ed, Turhan Kitabevi, 2008)
- Aslan Z (Ed.), Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu (1st ed, Seçkin Yayıncılık, 2019)
- AYM Kararlar Bilgi Bankası <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>> Erişim Tarihi 06 Temmuz 2020
- Candan T, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu. (5th ed, Adalet Yayınları, 2012)
- Çağlayan R, İdari Yargıda Kanun Yolları (2nd ed, Asil Yayınları, 2008)
- Çağlayan R, İdarî Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa – Türkiye: Mukayeseli Bir Deneme) (1st ed, Seçkin Yayıncılık, 2017)
- Çağlayan R, ‘İdari Yargıda Kesin Hüküm’ (1999) 3(1) 123-141
- Çınarlı S, İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri (3rd ed, Seçkin Yayıncılık, 2020)
- Duran L, ‘Danıştay’ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması’ (1972) 27(3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 419-442
- Gözübüyük AŞ, ‘İdari Yargıda Kararın Düzeltilmesi’ (1965) 20(4) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 145-158
- Gözübüyük AŞ, Yönetmelik Yargı (33rd ed, Turhan Kitabevi, 2013)
- Gözübüyük AŞ, and Tan Tan, İdare Hukuku, Cilt II (5th ed, Turhan Kitabevi, 2012)
- Kalabalık H, İdari Yargılama Usulü Hukuku (14th ed, Seçkin Yayıncılık, 2020)
- Kaplan G, İdari Yargılama Hukuku (1st ed, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2016)
- Karahanoğulları O, İdari Yargı - İdarenin Hukuka Zorlanması (1st ed, Turhan Kitabevi, 2019)
- Kazancı İçtihat Bankası <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 10 Haziran 2020
- Kızılyel S, ‘Danıştay İçtihatları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine’ (2015) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (119) 115-142

- Onar SS, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.3, (3rd ed, İsmail Akgün Matbaası, 1966)
- Sancakdar O, 'İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler' (2013) 8(Özel Sayı) Journal of Yasar University, 2237-2326
- Uler Y, İdari Yargıda İptal Kararının Sonuçları, (1st ed, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970)
- Ulusoy AD, İdari Yargılama Hukuku (1st dn, Yetkin Yayınları, 2020)
- Yıldırım R and Çınarlı S, Türk İdarî Yargılama Hukuku Dersleri (1st ed, Astana Yayınları, 2018)
- Yıldırım T, 'İdari Yargıda İçtihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri' (2017) Danıştay ve İdarî Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu <https://danistay.gov.tr/upload/yayinlar/08_02_2019_015819.pdf> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2020, 137-153.
- Zabunoğlu YK, İdare Hukuku Cilt 2, (1st ed, Yetkin Yayınları, 2012)
- Resmî Gazete (Çeşitli Sayılar)



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

BEPS EYLEM PLANLARI KAPSAMINDA TÜRK VERGİ MEVZUATINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

*Doç. Dr. Gülşen GEDİK**

ÖZET

Yurtiçi vergi matrağı erozyonu ve karın aktarılması (Base Erosion and Profit Shifting- BEPS) çok uluslu işletmeler tarafından kullanılan vergi ödemekten kaçınma amaçlı vergi yasalarındaki boşlukları kullanan vergi planlama stratejilerine gönderme yapmaktadır. Gelişmiş ülkelerin kurumlar vergisi esas BEPS'den büyük ölçüde ayrılmaktadır. OECD, 2015 tarihinde 13 final raporu yayınlamış ve BEPS projesi kapsamında açıklamalara yer vermiştir. BEPS Eylem Planları OECD üyesi tüm ülkeler için katı hukuk kuralları gibi bağlayıcı olmamakla birlikte referans alınması ve iç mevzuat değişiklikleri yapılması önemlidir. Türkiye de BEPS Eylem Planları kapsamında mevzuatta bazı değişiklikler yapmış; ancak tüm tavsiyelere uygun bir strateji hala geliştirememiştir.

Anahtar Kelimeler Vergi Kaçırma, Vergi Sistemleri, Matrah Aşındırma ve Karın Aktarılması, Yurtiçi ve Uluslararası Vergileme, BEPS Eylem Planları.

CHANGES IN TURKISH TAX LAW IN CONTEXT OF THE BEPS ACTION PLANS

Doç. Dr. Gülşen GEDİK

ABSTRACT

Domestic tax base erosion and profit shifting (BEPS) refers to tax planning strategies used by multinational companies that exploit gaps in tax laws to avoid paying tax. The corporate tax basis of developed countries is largely separated from BEPS. OECD published 13 final reports in 2015 and an explanatory statement outlining consensus actions under the base erosion and profit shifting (BEPS) Project. Even though BEPS Action Plans does not binding statements for OECD countries but it is important that take a references and changing in national rules. Turkey has changed some tax law rules in context of the BEPS Action Plans too but could not developed a strategy.

Key Words Tax Avodiance, Tax Systems, Base Erosion and Profit Shifting, Domestic and International Tax, BEPS Action Plans

*Doç. Dr., Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, gulsengedik@uludag.edu.tr, ORCID 0000-0002-3267-7409 “Bu makalenin yayına hazırlanmasında yardım ve destekleri için Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı’nda görevli genç meslektaşlarım Ar. Gör. E. Utku Çakır ve Ar. Gör. Alican Mert’e çok teşekkür ediyorum.



Extended Summary

Domestic tax base erosion and profit shifting (BEPS) due to multinational enterprises exploiting gaps and mismatches between different countries' tax systems affects all countries. Yet the most important development in the field of international taxation in the last 30 years is the establishment of OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS. Over 135 countries are implementing 15 Actions to tackle tax avoidance, improve the coherence of international tax rules and ensure a more transparent tax environment. However, there are 15 actions set out to equip governments with domestic and international rules and instruments to address tax avoidance, this study, looks the BEPS action number 1, 2, 3,4,7,8-10 and 13 and their influence and practical application in the Turkish Tax Legislation ensuring that profits are taxed where economic activities generating the profits are performed and where value is created. Hence, this article comprises of seven sections.

First section addresses the tax challenges raised by digitalisation which has been the top priority for the OECD/G20 Inclusive Framework, and has been a key area of focus of the BEPS Project since its inception. Recent, rapid and expansive digital transformation has had deep economic and societal impacts resulting in significant changes. In this context, Turkey announced the implementation of a software in 2013 that tracks sales made digitally. However, such software is only able to follow the activities of the companies that registered in Turkey. Given the nature of these challenges and the difficulty to put borders around the digitalised economy, the approach at this critical juncture is clear: a comprehensive consensus-based solution that deals with both the allocation of taxing rights and the remaining BEPS issues. This would secure and sustain the international income tax system and increase tax equity amongst traditional and digital businesses.

Second section examines hybrid mismatch arrangements that are used in aggressive tax planning to exploit differences in the tax treatment of an entity or instrument under the laws of two or more tax jurisdictions to achieve double non-taxation. Turkey is a member of Inclusive Framework on BEPS but has not enacted any specific legislation or rules to eliminate tax effects of hybrid mismatch arrangements. This is contrary to the Action 2 recommendations that member of Inclusive Framework countries shall rapidly adopt rules to address a comprehensive range of hybrid and branch mismatches.

Third section outlines approaches to Controlled foreign company (CFC) rules where taxpayers can strip the tax base of their country of residence and shift income into a foreign company that is controlled by the taxpayers. Turkey has enacted CFC rules in 2006 under the Corporate Income Tax Law No. 5520. However, existing CFC rules have not kept pace with changes in the international business environment in order to tackle base erosion and profit shifting risks effectively.

Forth section analyses the Action 4 Limitation on Interest Deductions which aims to limit base erosion through the use of interest expense to achieve excessive interest deductions or to finance the production of exempt or deferred income. The work by the Inclusive

Framework member jurisdictions on Action 4 resulted in the 2015 OECD report Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments. In the Turkish tax legislation, there are provisions regarding interest reduction in the Article 41 of the Income and Corporation Tax Law and in the Articles 10, 11, 12, 22 and 30 of the Value Added Tax (VAT).

Fifth section looks at the definitions of permanent establishment statutes to determine whether a non-resident enterprise must pay income tax in another jurisdiction. Article 156 of the current Turkish Tax Procedures Code defines “permanent establishment” as a physical place by stating that “a place that is for the use of or that is allocated to the execution of commercial, industrial, agricultural or professional activity”. The examples that are given for a permanent establishment are all physical places such as branch offices, warehouses, hotels, farms, farm, garden, etc. In the new draft Turkish Tax Procedures Code, the definition of “Permanent Establishment” of Article 129 includes the examples of “mobile devices, electronic environment or spaces”. Similarly, Article 130 of the draft Code defines the “Place of Business in Electronic Environment”

Sixth section addresses BEPS Actions 8-10 on transfer pricing to ensure that transfer pricing outcomes are better aligned with value creation of the multinational enterprise group. Specific transfer pricing rules are valid in Turkey as of the beginning of 1 January 2007 under Article 13 of the Corporate Income Tax Law No. 5520 with the title ‘Disguised Profit Distribution through Transfer Pricing’. The regulations under Article 13 follow the arm’s-length principle, established by the OECD Guidelines and are applicable to all financial, economic, commercial transactions and employment relations between related parties.

Seventh section evaluates BEPS Action 13 under which all large multinational enterprises (MNEs) are required to prepare a country-by-country (CbC) report with aggregate data on the global allocation of income, profit, taxes paid and economic activity among tax jurisdictions in which it operates. This CbC report is shared with tax administrations in these jurisdictions, for use in high level transfer pricing and BEPS risk assessments. In Turkey, Communiqué with Serial No. 4 which amends the General Communiqué on Disguised Profit Distribution through Transfer Pricing (Serial No. 1) has been published in the Official Gazette on 01 September 2020. September 1, 2020. With the communiqué, CbC Reporting and Master File certification obligations are implemented in line with the BEPS Action 13. CbC Report format and notification format are shared and presented to the taxpayers.

As the Turkish Ministry of Finance stated that, Turkey supports BEPS action plan also as being a member of OECD and one of the G20 member states. As of now, the Ministry of Finance in Turkey has not yet made significant changes in the local tax regulations with regard to implementations of BEPS actions. However, the studies of the Ministry of Finance on these issues continue. This article makes suggestions and recommendations to identify the regulations and the changes in the local tax legislation.

GİRİŞ

Uluslararası vergi kurallarını yeniden tanımlamayı hedefleyen ve son 30 yılda uluslararası vergilendirme alanındaki en önemli gelişme olan “Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma (Base Erosion and Profit Shifting-BEPS) Planı¹ en yeni ve en geniş kapsamlı işbirliği girişimi olup² asıl öznesi çok uluslu şirketler³ ve bunların vergisel davranış modelleridir⁴.

BEPS kapsamında yayınlanan rapor (Addressing Base Erosion and Profit Shifting)⁵ ise uluslararası vergilendirmeye ilişkin aşağıdaki hususlara vurgu yapmaktadır:

-“Ülke mevzuatları arasındaki farklılıklar üzerine oluşturulan hibrit düzenlemeler ve vergi avantajı ile tüzel kişilik ve işlemlerin karakterlerinden kaynaklanan uluslararası vergilendirmedeki uyumsuzluklar”,

-“Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması (ÇVÖA)’nın dijital ürün ve hizmetlerin tedarik edilmesi sonucu elde edilen kazançlara uygulama şekli”,

-“İlişkili kişilerin borçlanma yoluyla finansmanı, grup şirketince yapılan sigorta işlemleri ve diğer grup içi finansal işlemlere yönelik vergi uygulamaları”,

-“Özellikle risk ve gayri maddi varlıkların yer değiştirmesi, grup içindeki tüzel kişilikler arasında varlıkların mülkiyetinin el değiştirmesi ve ilişkili kişiler arasında gerçekleştirilen ancak ilişkisiz kişiler arasında nadiren gerçekleştirilecek işlemlerle ilgili olarak transfer fiyatlandırması”,

-“Genel kabul görmüş muhasebe ilkeleri, kontrol edilen yabancı kurum kazancı rejimleri, örtülü sermaye kuralları ve ÇVÖA’nın kötüye kullanımını engellemeyi amaçlayan diğer kurallar açısından kanunların kötüye kullanımını engelleyen düzenlemelerin etkinliği ve zararlı rekabete yol açan vergi rejimlerinin varlığı”⁶.

¹ Joy Hail, Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)- Are You Ready? (CCH Publications Wolters Kluwer 2015)

1

² Selçuk Özgenç, Çok Taraflı Vergi Anlaşmasının Temel Esasları- Matrahın Aşındırılması ve Karın Taşınması Eylem Planı 15 Çerçevesinde (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2019) 16

³ Ahmet Feridun Güngör, ‘Vergi Mükelleflerinin Bakış Açısıyla BEPS: Mükellefin Beklentileri Neler Olabilir?’, iç Prof. Dr. Billur Yaltı (ed), Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma (BEPS), Uluslararası Vergi Hukuku Konferansları Serisi -5 (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2018) 149

⁴ Billur Yaltı, ‘BEPS’in Hukuki Araçları: Yumuşak Hukukun İçinde mi, Ötesinde mi?’, iç Prof. Dr. Billur Yaltı (ed), Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma (BEPS), Uluslararası Vergi Hukuku Konferansları Serisi -5 (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2018) 185

⁵ <https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264192744-en;jsessionid=IO4rVLtRtRKH9w8t0x6e4cpU.ip-10-240-5-48> Erişim Tarihi 10 Ekim 2020

⁶ Tunç Köse, ‘BEPS ile Mücadele Eylem Planı Kapsamında Transfer Fiyatlandırması’ (2014) 37 (309) Vergi Sorunları Dergisi 59, 60-61

OECD'nin açıklamalarına göre BEPS'in ortaya çıkmasının sebebi uluslararası şirketlerin kazançlarını “düşük vergili veya vergisiz ülkelere kaydırılması olup vergi sistemlerindeki boşlukları veya uyumsuzlukları kötüye kullanan vergiden kaçınma stratejilerine gönderme yapar ve 100'den fazla ülkenin BEPS önlemlerini uygulamak ve BEPS'le mücadele etmek için işbirliği içinde olduğu belirtilir”⁷.

BEPS, 15 başlık altında toplanmış eylem planlarından oluşmakta olup, bu başlıklar, özetle şöyledir:

- 1.Eylem Planı : Dijital ekonomiye ilişkin sorunların tespiti
- 2.Eylem Planı: Hybrid Anlaşmalarının Etkilerini Ortadan Kaldırma
- 3.Eylem Planı: Kontrol Edilen Yabancı Kurumlar
- 4.Eylem Planı: Faiz indiriminin sınırlandırılması
- 5.Eylem Planı: Zararlı vergi uygulamaları
- 6.Eylem Planı: Vergi anlaşmalarının kötüye kullanımının önlenmesi
- 7.Eylem Planı: Daimi işyeri statüsü
- 8,9,10. Eylem Planları: Transfer fiyatlandırması
- 11.Eylem Planı: BEPS data analizleri
- 12.Eylem Planı: Zorunlu Bildirim Kuralları
- 13.Eylem Planı: Ülke Bazlı Raporlama
- 14.Eylem Planı: Karşılıklı Anlaşma Usulü
- 15.Eylem Planı: Vergi anlaşmalarında çok taraflı araçlar⁸.

OECD / G20 BEPS Projesi kapsamında geliştirilen, yukarıda isimleri verilen 15 eylem planı başlıklarına baktığımızda “gelişmekte olan devletleri vergiden kaçınma konusunda ulusal ve uluslararası kural ve araçlarla donatma, karların veya kar üreten ekonomik faaliyetlerin gerçekleştirildiği ve değer yaratıldığı yerlerde vergilendirilmesini vurgulayarak şeffaflığı sağlama amacı güttükleri görülür.”⁹

⁷ Yaltı (n 4) 175

⁸ <<https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2020

⁹ Ibid

BEPS ile mücadelede öngörülen sonuçların elde edilmesi için üç yöntem geliştirilmektedir:

- Çok taraflı vergilendirme anlaşmaları yaparak gelişmekte olan ülkelerde yeknesaklık sağlanmak
- Gelişmekte olan ülkelerin iç hukuk kurallarında değişiklikler yaparak farklı uygulamaları azaltmak
- Transfer fiyatlandırması rehberinde yapılacak değişikliklere uyma¹⁰.

Bu çalışmada BEPS 1., 2., 3., 4., 7, 8-10 ve 13. Eylem planları kapsamında getirilen önerilerin Türk vergi mevzuatındaki karşılıklarına yer verilmiş; ancak vergi anlaşmalarında çok taraflı araçlar ile anlaşma suiistimali ayrı bir çalışma konusu olduğundan bu çalışma kapsamına dahil edilmemiştir.

Çalışmanın amacı, uluslararası vergi alanındaki planlamaların ve ülkelere sunulan raporların Türk vergi mevzuatında uygulanabilirliğinin ve varsa yapılmış değişikliklerin tespitini yapmaktır.

I. DİJİTALLEŞMEDEN KAYNAKLANAN VERGİSEL SORUNLAR

Yakın zamanda gerçekleşen hızlı ve kapsamlı dijital dönüşüm, önemli değişikliklere neden olan derin ekonomik ve toplumsal etkilere sebep olmuştur. OECD Eylem Planı'nda da belirtildiği üzere, son 10 yılda önemli gelişme gösteren “dijital ekonominin vergilendirilmesi için ülkelerin elinde çok sınırlı sayıda enstrüman bulunmakta ve dijital ekonominin vergilendirilmesine ilişkin bilgi birikimi ve yasal düzenlemeler pek çok ülkede bulunmamaktadır”¹¹. Tartışmanın merkezinde, yüz yıl önceki ekonomik ortamda geliştirilen uluslararası gelir vergisi kurallarının modern küresel ekonomide amaca uygun olup olmadığı sorusu yer almaktadır. Dijitalleşmenin kolaylaştırdığı üç önemli alan - kütesiz ölçek, maddi olmayan varlıklara dayanma ve verilerin merkeziliği - küresel vergi sisteminin temel unsurları için ciddi zorluklar ortaya çıkarmaktadır.

“Türkiye’de de benzer şekilde vergi idaresi, dijital ekonomi uygulamaları dolayısıyla yaşanan gelir kaybına engel olmak için harekete geçmiştir. Bu kapsamda dijital yolla yapılan

¹⁰ Yaltı (n 4) 187

¹¹ Ramazan Biçer ve Mehmet Erginay, ‘OECD Matrahın Aşındırılması ve Karın Aktarılması Eylem Planı ve Türkiye’ye Etkileri’ (2015) 38 (326) Vergi Sorunları Dergisi 54, 57: “İlk bakışta dijital ekonominin büyümesinin gelişmiş ülkelerin vergi gelirleri açısından avantaj yarattığı düşünülse de dijital ekonominin sınırlara dayalı olarak faaliyet göstermemesi nedeniyle yine gelişmiş ülkeler açısından vergilendirme konusunda sorunlar ortaya çıkmıştır. Bunun yanında, mevcut uluslararası vergi düzenlemelerinin de bu alandaki matrah aşındırması ve kâr aktarımlarını tamamen ortadan kaldırmadığı bilinmektedir”.

satışların takip edildiği bir yazılımın hayata geçirildiği 2013 yılı içinde duyurulmuştur. Ancak, söz konusu yazılım sadece Türkiye’de kayıtlı bulunan şirketlerin faaliyetlerini takip edebilmektedir. Bununla beraber, dijital ekonominin yukarıda da belirtildiği şekilde ülke sınırlarını aşan bir yapıya sahip olması ve dolayısıyla dijital ekonomiye bağlı pek çok faaliyetin Türkiye dışındaki şirketlerce gerçekleştirilmesi sebebiyle bu tür girişimler sonucunda toplanan vergi sınırlı miktarda kalmaktadır. Diğer yandan, OECD Eylem Planı çerçevesinde belirlenen bu eylemin temel amacı, dijital ekonomiden kaynaklanan sorunlar ve bu sorunları doğrudan ve dolaylı vergileme açısından bütünsel bir yaklaşım ile çözmek için alınacak önlemleri belirten bir rapor hazırlamaktır”¹².

Dijital ekonomiye ilişkin sorunların tespiti başlıklı BEPS Eylem Planı, dijital ekonominin mevcut uluslararası vergi kurallarının uygulanması açısından neden olduğu temel zorlukları, ayrıntılı bir bakış açısıyla, dolaylı ve dolaysız vergilendirmelerin göz önünde bulundurulması suretiyle belirlemeyi ve bu zorlukları çözmek için ayrıntılı seçeneklerin geliştirilmesini ifade etmektedir. Bu kapsamda kurumlar vergisinin uluslararası düzeyde uyumlaştırılmasının sağlanması da önemlidir ve yeni standartların belirlenerek çifte vergilendirmeyi önleyecek kurallar konulması gerekecektir¹³.

OECD Raporu’nda giderek artan dijital çağda, vergilendirme haklarının ticari kârlara göre tahsisi artık sadece fiziksel mevcudiyetle sınırlandırılmamıştır. Dijital ekonomiye uyum sağlamak için yeni bağlantı noktası ve kar dağıtım kuralları “daimi iş yeri”, “kontrol edilen kurum kazancı” ve “transfer fiyatlandırması” gibi verilerin birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtilmiştir.¹⁴

“Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde Türkiye’nin bu alanda yapılacak uluslararası gelişmeleri ilerleyen dönemde yakından takip edeceği düşünülmektedir. Diğer yandan, idarenin dijital ekonomide faaliyetlerini sürdüren şirketlere yönelik incelemelerini sıklaştırdığı gözlenmektedir. Özellikle dijital ekonomiye yönelik son dönemde yürütülen vergi incelemeleri transfer fiyatlandırması ve KDV gibi dolaylı vergiler yönünden yapılmakta olup, bu alandaki

¹² Ibid

¹³ Nagihan Birinci ve Levent Yahya Eser, ‘Vergi Kayıp ve Kaçaklarıyla Mücadelede BEPS Eylem Planı ve Değerlendirilmesi’ (2017) 3 (3) International Journal of Economics Studies (Uluslararası Ekonomik Araştırmalar Dergisi) 447, 453

¹⁴ OECD, Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (OECD Publishing 2020) <<https://doi.org/10.1787/beba0634-en>>

incelemelerin OECD Eylem Planı ve diğer uluslararası gelişmelere paralel olarak artarak devam edeceği beklenmektedir”¹⁵.

Dolayısıyla Türkiye'nin iç hukukta atması gereken ilk adım işyeri tanımının dijital ekonomideki gelişmeleri kavrayacak biçimde geliştirilmesi, ikincisi ise OECD BEPS 1. Eylem Raporu'nda önerilen dengeleyici vergi ile stopaj vergisinin konulmasıdır¹⁶.

Bu kapsamda “Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”¹⁷ ile yürürlüğe girmiş olan Dijital Hizmet Vergisi Kanun'un 1-7. maddeleri arasında ve Dijital Hizmet Vergisi Uygulama Tebliği'nde¹⁸ düzenlenmiş olup, reklam, dijital platform ve verileri hedeflerken; önemli dijital varlıkların vergilendirilmesine ilişkin tasarı daha geniş anlamda dijital hizmetleri kavramayı amaçlamaktadır.

Dijital Hizmet Vergisi (“DHV”) tabi hizmetler için zorunlu unsur, hizmetin Türkiye’de sunulmuş olmasıdır ve Türkiye’de sunulma hali, Kanun’un 2. maddesine göre şu durumlarda kabul edilecektir:

- Hizmetten Türkiye’de faydalanılıyorsa,
- Hizmet Türkiye’de bulunan kişilere yönelik gerçekleştiriliyorsa
- Hizmet karşılığını teşkil eden ödeme Türkiye’de yapılmışsa veya ödeme yurtdışında yapılmışsa Türkiye’de ödeyen nam ve hesabına ödeme yapılanın hesaplarına intikal ettirilmiş veya karından ayrılmışsa.

DHV mükellefi, tam ve dar mükellef dijital hizmet sağlayıcılarıdır; “ancak ilgili hesap döneminden önceki hesap döneminde, elde edilen hasılatı 20 milyon Türk lirasından veya dünya genelinde elde edilen hasılatı 750 milyon avrodan veya muadili yabancı para karşılığı Türk lirasından az olanlar dijital hizmet vergisinden muaftır.”¹⁹ “DHV matrahı, vergi konusu hizmetlerden elde edilen hasılat olup, verginin matrahından gider, maliyet ve vergi adı altında indirimler yapılamayacaktır. DHV oranı ise %7,5 olarak belirlenmiştir”²⁰. Mükellefler tarafından ödenen DHV gelir vergi için esas kazancın tespitinde gider olarak indirilebilir²¹.

¹² Biçer ve Erginay (n 11) 58

¹⁶ Hüseyin Işık, ‘Dijital Ekonominin Vergi Hukukundaki İşyeri Kavramına Etkileri’ (2019) 41 (356) Vergi Sorunları Dergisi 42, 60

¹⁷ Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7194, Kabul Tarihi: 05.12.2019, RG 07.12.2019/30971.

¹⁸ Dijital Hizmet Vergisi Uygulama Genel Tebliği, RG 20.03.2020/31074.

¹⁹ İlayda Doğan, ‘Dijital Hizmet Vergisi’, (mondaq, 20.04.2020) <<https://www.mondaq.com/turkey/tax-authorities/919290/dijital-hizmet-vergisi>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2020

²⁰ Ibid

²¹ <<https://www.gib.gov.tr/dijital-hizmet-vergisi-uygulama-genel-tebliği-0>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2020

DHV, OECD'nin önerdiği yöntemlerden denkleştirme vergisine benzemekte, herhangi bir indirim yapılmaksızın hasılat üzerinden nispi oran uygulanmak suretiyle hesaplanmaktadır. Dolayısıyla bu vergiye ciro vergisi de denilmektedir. Mevcut vergi oranlarının artırılması yerine, yeni vergileme alanları oluşturularak, toplam vergi tabanını genişletmek daha akılcı bir uygulama olmaktadır. Diğer taraftan söz konusu vergi artık uluslararası alanda uygulanmaya başlanmış olan yenilikçi ve dengeleyici bir mahiyet arz etmektedir²².

II. HİBRİT FİNANSAL ARAÇLAR

Hibrit finansal araçlar, vergi planlamasında, uzun vadeli vergilendirme erteleme de dahil olmak üzere çifte vergilendirmeye elde etmek için iki veya daha fazla vergi yetki alanının yasaları uyarınca bir kuruluş veya aracın vergi muamelesindeki farklılıklardan yararlanmak için kullanılır. Hybrid Anlaşmalarının Etkilerini Ortadan Kaldırma başlıklı BEPS Eylem Planı, finansal araçların veya kuruluşların vergi muamelesindeki farklılıklardan kaynaklanan uyumsuzlukların azaltılmasını hedefler.²³

“Alacak hakkını temsil eden finansal araçlar karşılığında bu hakkı elinde bulunduran alacaklılara ödenen faiz, vergiye tabi kurum kazancının tespitinde gider olarak gayrisafi kurum kazancından indirim konusu yapılabilir. Buna karşılık, şirket hakkını temsil eden finansal araçları elinde bulunduranlara ödenen temettünün kurum kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınması mümkün değildir.”²⁴ “Bir diğer fark da ülkelerin faiz ve temettüye çeşitli gerekçelerle farklı vergi oranları uygulamasıdır. Bu durum, özellikle uluslararası yatırımlar dikkate alındığında faiz ve temettünün ya ağırlıklı olarak kaynak devletinde ya da ikamet devletinde vergilendirilmesine yol açmaktadır. Alacak hakkını temsil eden finansal araçlar ve şirket hakkını temsil eden finansal araçlar arasındaki bu farklılıklara karşın uygulamada bazı finansal araçlar arasında kesin ayırım yapmak her zaman mümkün olmamaktadır. Sahibine alacak ve şirket hakkını belirli ölçüde aynı zamanda veren bu finansal araçlar hibrit finansal araçlar olarak ifade edilmektedir.”²⁵ “Bu çerçevede, hibrit finansal araçlar, ekonomik özellikleri dikkate alındığında alacak hakkını temsil eden tahviller ve şirket hakkını temsil eden hisse senetleri arasında bir noktada yer alırlar. Ekonomik özelliklerine göre ortaklık haklarına ya da

²² Cemali Oktay, ‘Dijital Ekonominin Boyutu, Vergilendirilmesine Yönelik OECD Çalışmaları, Öneriler, Örnek Ülke Uygulamaları ve Türkiye’de Yapılan Düzenlemeler ve Dijital Hizmet Vergisi’, (2020) (376) Vergi Sorunları Dergisi 113.

²³ OECD, Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, (OECD Publishing 2017) <http://dx.doi.org/10.1787/9789264278790-en>

²⁴ Emrah Ferhatoğlu, ‘BEPS Projesinin Vergi Anlaşmaları Hukukunda Hibrit Finansal Araç Sorununa Etkisi’ (2015) 38 (326) Vergi Sorunları Dergisi 17, 18

²⁵ Ibid

şirket haklarına yakın olurlar ve getirileri aldıkları bu pozisyona göre temettü ya da faiz olarak nitelendirilir”²⁶.

“OECD Model Vergi Anlaşması 10. maddesi (temettü) ve 11. maddesi (faiz) vergi anlaşmaları hukukunda hibrit finansal araçlardan elde edilen gelirin vergilendirilmesi ile ilgili temel maddelerdir. OECD Model Vergi Anlaşması 10. ve 11. nezdinde hibrit finansal araçların vergilendirilmesi ile ilgili temel problem elde edilen gelirin temettü olarak mı, yoksa faiz olarak mı nitelendirileceğidir. Başka bir ifadeyle, OECD Model Vergi Anlaşmasının 10. maddesinin mi, yoksa 11. maddesinin mi uygulanacağıdır. Her iki maddenin uygulamasında gelirin bir şirket hakkından sağlanıp sağlanmadığı temel belirleyici kriter olmaktadır”²⁷.

Türkiye hibrit uyumsuzluk düzenlemelerinin vergisel etkilerini ortadan kaldıracak herhangi bir yasal düzenleme yapmamıştır. Dolayısıyla OECD BEPS 2 No’lu Eylem Planı kapsamında Türk vergi sisteminde değerlendirmesi yapılacak bir düzenleme mevcut değildir²⁸.

“Bununla birlikte hibrit uyumsuzluk düzenlemeleri ile yakın ilişkili olan daimi işyerleri, özellikle çok uluslu şirketler için uyumsuzluk fırsatları sağladıkları için genellikle vergi planlama düzenlemelerinde hibrit kuruluşlara alternatif olarak kullanılmaya devam etmektedir.”²⁹

III. KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM KAZANÇLARI

Kontrol edilen yabancı kurum kazançları, vergi mükelleflerinin ikamet ettikleri ülkenin vergi matrahından sıyrılması ve geliri vergi mükellefleri tarafından kontrol edilen yabancı bir şirkete kaydırılması riskine yanıt verir. Türk vergi mevzuatında kontrol edilen yabancı kurum kazançları (KEYK), tam mükellefiyete tabi kurumların aslında Türkiye’de değerlendirmeleri gereken kaynaklarını ticari, sınai, zırai ve mesleki nitelikte olmayan yatırımlarla sırf vergi avantajı dolayısıyla “vergi cenneti” olarak adlandırılan ülkelere kaydırmalarının önlenmesi amacıyla getirilmiş bir düzenleme olup³⁰ tam mükellefiyete tabi kurumların kontrollerinde bulunan yabancı kurum kazançlarının dağıtılın veya dağıtılmasın Türkiye’de kurumlar vergisine tabi tutulacağı hükmünü haizdir.

²⁶ Ibid,19

²⁷ Ibid, 21

²⁸ Leyla Ateş, ‘Turkey Report’, IFA Cahiers-2017 IFA Rio de Janeiro, Brazil-Volume 102-A (IFA Publications 2017) 780

²⁹ Merve Önal, ‘Beps’in 2 Numaralı Eylem Planı: Hibrit Uyumsuzlukların Etkilerinin Giderilmesi’ (2019) 25 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 150, 165

³⁰ Gülşen Gedik, Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançları (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2014) 6

Söz konusu düzenleme Türk vergi sistemine 2006 yılında girmiş olup, 5520 Sayılı Kanun gerekçesinde; “*vergi kayıp ve kaçığına yol açan ve vergiden kaçınmada kullanılabilen bazı ülkelerdeki iştiraklere ilişkin işlemlerin düzenlenmesinin amaçlandığı*” belirtilmiştir.

KVK 7/1. maddesinde yer alan düzenlemeye göre “kontrol edilen yabancı kurum, tam mükellef gerçek kişi ve kurumların, doğrudan veya dolaylı, ayrı ayrı veya birlikte, sermayesinin, kar payının veya oy kullanma hakkının en az %50’sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri yurtdışı iştiraklerdir.”

Yurdun dışında yerleşik iştirakin elde ettiği gelir tutarı, pasif gelir tutarına göre belirlenmemekte, pasif gelir sadece iştirakin KEYK rejimine tabi olup olmamasının bir ölçütü olarak dikkate alınmaktadır³¹. Ancak burada en önemli husus, pasif gelir ölçütünün sağlanması halinde KEYK rejimine tabi olacak gelir, sadece pasif gelir değil, işletmenin toplam geliridir³².

Vergi yükü ile ilgili hükme göre, yurt dışı iştirakin faaliyette bulunduğu ülkede ticari bilanço karı üzerinden %10’dan az oranda gelir ve kurumlar vergisi benzeri toplam vergi yükü taşınması gerekmektedir. KEYK hükmü ayrı işletme yaklaşımını esas almakta olup minimum vergi oranı her bir kurum için ayrı hesaplanmaktadır.

Özetle, “tam mükellef kurumlar ile tam mükellef gerçek kişilerin yurt dışında kurulu yabancı bir iştirake birlikte ortak olmaları halinde, tam mükellef gerçek kişilerin elinde bulunan iştirak hisseleri, tam mükellef kurumların iştirak hisseleri ile birlikte dikkate alınarak, yurt dışında kurulu iştirakin kontrol edilen yabancı kurum olup olmadığı tespit edilecek ve söz konusu yabancı kurumun bulunduğu ülkede elde ettiği kurum kazancı, Türkiye’deki tam mükellef gerçek kişi ve kurumların vergi matrahlarına hisseleri oranında ilave edilecektir”³³.

BEPS eylem planı çerçevesinde düzenlenen KEYK kuralları sistematik bir bütünlük sağlaması açısından yabancı şirketlerin KEYK olarak değerlendirilmesi, kazançlarının belirlenmesi, hangi ülkenin yetki alanına bağlı olması gerektiği gibi karışıklıkları ve yabancı şirketler kullanılarak yapılan vergi matrahının aşındırılmasını önlemeyi amaçlamaktadır³⁴.

KVK 33/2/f maddesine göre, kontrol edilen yabancı kurumlar ile ilgili maddenin uygulandığı durumlarda “yurt dışındaki iştirakin ödemiş olduğu gelir ve kurumlar vergisi

³¹ Gedik (n 30) 137

³² Semih Öz, Türkiye’de Kontrol Edilen Yabancı Kurum Uygulaması (TÜRMOB Yayınları 2006) 40

³³ Gedik (n 30) 286

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Funda Buz, ‘BEPS 3 Nolu Eylem Planı Işığında CFC Kurallarının Değerlendirilmesi’ (2019) 42 (372) Vergi Sorunları Dergisi 164, 171 vd.

benzeri vergiler, kontrol edilen yabancı şirketin Türkiye’de vergilendirilecek kazancı üzerinden hesaplanan kurumlar vergisinden mahsup edilecektir.”

Söz konusu hükme göre “KEYK kazancının ortaklara atfedilmesi aşamasında tahakkuk eden vergilerden sadece KEYK tarafından ödenen mahsup yönteminin benimsendiği, ödenen vergilerin nitelik açısından gelir ve kurumlar vergisi benzeri vergilerle sınırlandırıldığı, KEYK tarafından ödenen vergiler arasında ülkeye bağlı bir ayırım yapılmadığı ve birden fazla KEYK tarafından ödenen vergilerin mahsubunda KEYK gelirine bağlı bir sınırlama getirilmediği, ayrıca mahsup edilmeyen vergilerin sonraki yıllara devri konusunda özel bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir”³⁵.

OECD BEPS Eylem planının genişletilmiş hali olan OECD Pillar 2 (Global Anti-Base Erosion Proposal (GloBE) kapsamında bir değerlendirme yapıldığında, bu sütundaki politikaların, BEPS eylem projesinde belirlenmiş politikaların önemli ölçüde değişimine neden olabileceği söylenebilir. Bu politika değişiklikleri global olarak minimum seviyede bir vergi uygulamasını (GloBe) ve matrah aşındırıcı ödemelerden vergi alınmasını içermektedir. Ayrıca, bu politika değişiklikleri, ülkelerin kendi inisiyatifleri dahilinde geliştirdikleri vergi güvenlik düzenlemeleri olan KEYK, Örtülü Sermaye, Transfer Fiyatlandırması kurallarını tamamlayıcı önlemlerdir.

Pillar 2, asgari vergi kurallarına ilişkin en önemli unsurların belirlenmesinden sonra kararlaştırılacak sabit asgari vergi oranını ile buna ilişkin kuralların oluşturulmasını içermektedir.

Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü’nün “ OECD, 9 Ekim 2019 tarihli Doküman’da odaklandığı üç aşamalı yeni bir kar dağıtım modeli önerisinin ardından, Pillar 2 kapsamındaki GloBE Teklifi’nde çok uluslu şirketlerin belirli ülkelerde vergi ödemesi veya düşük oranda vergi ödemesinin önüne geçmeyi amaçlayan, küresel ölçekte bir asgari vergi oranı getirilmesine dair planlamaları şekillendirebilmeyi amaçlamaktadır.”³⁶ “OECD’nin İkinci Aşama’ya dair hedefleri arasında uluslararası faaliyet gösteren işletmelerin en azından asgari bir vergiye tabi olması hususu da yer almaktadır. Bu bakımdan GloBE Teklifi, ilgililer tarafından geliştirilecek

³⁵ Meltem Sağlam, Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesi (1. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık 2011) 348

³⁶ <<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020

öneriler sonucunda uluslararası çapta minimum bir vergi oranının belirlenmesini ve buna dair vergi oranı seviyesine karar verilebilmesini amaçlamaktadır”³⁷.

Globe dört temel bileşenlerinden birisi, bir ülkeye bazı yabancı şube veya kontrol edilen işletme gelirlerini -eğer yabancı bir şube ya da kontrol edilen işletmenin gelirine uygulanan efektif vergi oranı, belirlenen minimum oranın altında ise- vergi matrahına dahil edileceği (income inclusion)³⁸ kuralını getirmektedir³⁹.

OECD ve G20 üyesi olması nedeniyle Türkiye'nin de BEPS ile ilgili güncel gelişmelerden etkilenmemesi beklenemez. Türkiye hem BEPS projesinin hazırlanmasında hem de uygulanması sürecinde çeşitli roller üstlenmiştir⁴⁰. Bununla birlikte halihazırda KEYK kapsamında Pillar 2 ile getirilen minimum vergi oranı uygulanması ile ilgili yapılan bir çalışma/ yasa taslağı bulunmamaktadır.

IV. FAİZ İNDİRİMİNİN SINIRLANDIRILMASI

Çok uluslu şirketler, grup şirketlerin borç miktarını ayarlayarak olumlu vergi sonuçları elde edebilir. Bu alandaki BEPS riskleri üç temel senaryoda ortaya çıkabilir: 1) Yüksek vergili ülkelerde üçüncü şahıslara daha yüksek borç veren grup şirketler oluşturulabilir. 2) Grubun fiili üçüncü şahıs faiz giderini aşan faiz indirimleri oluşturmak için grup içi krediler kullanan grup şirketlerden faydalanabilir. 3) Vergiden muaf gelir üretimini finanse etmek için üçüncü şahıs veya grup içi finansman kullanan grup şirketlerden yararlanabilir.

Faiz indiriminin sınırlandırılması başlıklı BEPS Eylem Planı, “aşırı faiz indirimi sağlama ya da muafiyet, ertelenmiş gelir ve diğer mali ödemeleri finanse etmek için ilişkili taraf ve üçüncü taraf borcunun kullanılması şeklinde, faiz giderlerinden yararlanarak matrah aşınmasını önleyici kuralların getirilmesini hedeflemektedir”⁴¹.

³⁷<https://vergiport.com/uluslararasıvergibulteni/beps-2-ikinci-yapi-oecd-global-asgari-vergi.pdf> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020

³⁸<https://taxfoundation.org/oecd-pillar-2-proposal-serious-questions/#:~:text=An%20income%2Dinclusion%20rule%20allowing,taxed%20below%20a%20minimum%20rate.>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020

³⁹<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two.pdf.pdf> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020

⁴⁰ Cihat Öner, ‘Kontrol Edilen Yabancı Kurumların Vergilendirilmesi Rejimine Eleştirel Bir Bakış’ in Prof. Dr. Mustafa Akkaya, Dr. Öğr. Ü. Zeynep Müftoğlu, Ar. Gör. Umut Acun, Ar. Gör. Can Yalçın, Ar. Gör. Yiğitcan Çankaya (eds.) Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan (Atılım Üniversitesi Yayınları No:63, Hukuk Fakültesi Yayınları No:1 2020) 458

⁴¹ Öner (n 40) 454

Rapor'da ilişkili veya ilişkisiz tüm borçlanmalar için katlanılan faiz ve benzeri ödemelere kısıtlama getirilmiş ve herhangi bir ayrıma yer verilmemiştir⁴².

Türk vergi mevzuatında GVK 41. maddede, KVK'da 10, 11, 12, 22 ve 30. maddelerde faiz indirimi ile ilgili hükümler yer almaktadır.

GVK "gider kabul edilmeyen ödemeler" başlıklı 41/4.madde düzenlemesine göre, gerçek kişi işletmelerinde işletme sahibinin kendisinin, eşinin ve çocuklarının işletmede cari hesap ya da diğer şekillerdeki alacakları üzerinden yürütülecek faiz indirimi, gider kabul edilmeyecektir.

KVK açısından ise şu tespitler yapılabilir:

"- KVK 11.maddesine göre "öz sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin indirim konusu yapılamayacağı"; KVK 12/1 maddesine göre "kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmının ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye sayılması"; KVK 12/7 maddesine göre "örtülü sermaye üzerinden kur farkı hariç, faiz ve benzeri ödemeler veya hesaplanan tutarların GVK ve KVK uygulamasında, borç alan ve borç veren nezdinde, örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap dönemimin son günü itibariyle dağıtılmış kar payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılması"; KVK 11/i maddesine göre "kullanılan yabancı kaynakları öz kaynaklarını aşan işletmelerde, aşan kısma münhasır olmak üzere, yatırımın maliyetine eklenenler hariç, işletmede kullanılan yabancı kaynaklara ilişkin faiz, komisyon, vade farkı, kar payı, kur farkı ve benzeri adlar altında yapılan gider ve maliyet unsurları toplamının %10'unu aşmamak üzere indirim konusu yapılamaması"; KVK 22.maddesine göre "dar mükellefiyette kurum kazancını tespitinde yaptıkları alım ve satımlar için ana merkeze veya Türkiye dışındaki şubelere verilen faiz, komisyon ve benzerlerinin kabul edilmemesi"⁴³.

Bu düzenlemelere göre Türkiye'de faiz giderlerinin vergi matrahından indirimine ilişkin mevcut kısıtlayıcı düzenlemeler özellikle grup şirketlerinin ve/veya çok uluslu şirketlerin vergi matrahlarının faiz yoluyla azaltılması konusunda BEPS 4. Eylem Planı'nda belirtilen "sabit

⁴² Mustafa Cemil Kara VE Ersan Öz, 'Faiz ve Diğer Finansman Ödemeleri İndirimlerinin Kısıtlanmasında Yeni Uluslararası Ölçüler' (2016) 39 (330) Vergi Sorunları Dergisi 7, 10

⁴³ N. Semih Öz, 'BEPS Eylem 4: Faiz Ödemeleri' iç Prof. Dr. Billur Yaltı (ed), Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma (BEPS), Uluslararası Vergi Hukuku Konferansları Serisi -5 (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2018) 257

oran kuralından” farklıdır ve BEPS Eylem Planı’nda yer alan öneriler doğrultusunda düzenlemeler yapılması gerekmektedir⁴⁴.

Türkiye BEPS projesi öncesinde ilişkili kişilere yapılan faiz ödemeleri gibi grup içi faiz ödemeleri konusunda sınırlandırıcı pek çok düzenleme yürürlüğe koymuştur. Örtülü sermaye kuralları ve transfer fiyatlandırması kuralları ilişkili kişilere yapılan faiz ödemeleri ile ilgili olup 2006’dan beri yürürlükte. Ancak örtülü sermaye kuralları “borcun öz sermayenin üç katını aşmasına” dayanmaktadır ve bu kriterin uygulanması BEPS kapsamında yetersiz kalmaktadır. Türkiye’de sadece 2012’de bir işletmenin faiz giderlerinin %10’unu aşmayan kısmının gider olarak kabul edilmesi yönünde yasal düzenleme yapılmıştır⁴⁵.

V. DAİMİ İŞYERİ STATÜSÜ

“Ticari kazançların vergilendirilebilmesinde ölçüt olarak OECD Modeli’nin üzerine inşa edildiği temel ilke uyarınca “daimi işyeri” kavramı kullanılmaktadır.”⁴⁶ OECD Model Anlaşmasının 5/1 maddesinde yer alan “işyeri” tanımına göre bir coğrafi konum bulunmalıdır. BEPS Raporu’nun 7 Numaralı Eylem Planı da daimi işyeri statüsünden kaçınmanın önlenmesine ayrılmış ve planda daimi işyeri tanımında değişikliklere gidilmiştir⁴⁷.

Daimi işyeri ile ilgili 7. Eylem Planının amacı, “OECD Model Vergi Anlaşmasında düzenlenen daimi işyerlerine (permanent establishment) yönelik değişiklikler yapılmasıdır.”⁴⁸ OECD, bu eylem ile ilgili olarak 29 Ekim 2014 tarihinde bir rapor yayınlamıştır. OECD’nin “genel eğilimi daimi işyeri ile ilgili yapılacak değişiklikler sonucu komisyoncular ve daimi işyeri dışında tutulan belirli faaliyetler (yapay olarak bu durumdan kurtulmak için düzenlendiler ise) daimi işyeri olarak kabul edilmesi yönündedir.”⁴⁹

Türkiye açısından özellikle son dönemde daimi işyerlerine yönelik çok sayıda inceleme yapıldığı görülmektedir. “En sık yapılan incelemeler, bazı çok uluslu şirketlerin Türkiye’de faaliyet gösteren şirketlerinin satış destek faaliyetlerine ilişkindir. Bu çerçevede vergi inceleme elemanları, ilgili firmanın kendi ürünleri dışında grup firmalarının ürünlerinin satışlarına da destek olduklarını, dolayısıyla yurtdışında yerleşik şirketlerin Türkiye’de daimi işyerine sahip

⁴⁴ Öz (n 43) 259

⁴⁵ Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6322, Kabul Tarihi: 31.05.2012, RG: 15.06.2012/28324; Ateş (n 28) 781

⁴⁶ Önal (n. 29) 165

⁴⁷ <<https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action7/>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020

⁴⁸ Biçer ve Erginay (n 11) 65

⁴⁹ Ibid 65

oldukları ve bu satışlardan elde edilen kazançlar üzerinden vergilendirilmeleri gerektiği iddiasında bulunmaktadır”⁵⁰.

Türkiye’de daimi işyeri kavramı hakkında henüz herhangi bir düzenleme uygulamaya konulmamış olmakla birlikte, VUK Tasarısı taslağında⁵¹ daimi işyeri kavramı güncellenmiş olup iş yeri ve elektronik ortamda işyeri kavramlarına da yer verilmiştir. “Bu düzenleme ile birlikte, bir ülke tarafından coğrafi konumu bulunmadığı için daimi iş yeri olarak kabul edilmeyen bir kuruluşun diğer ülke tarafından daimi iş yeri olarak kabul edilmesi sonucunda oluşan hibrit uyumsuzlukların önlenmesi sağlanmaktadır.”⁵²

VI. TRANSFER FİYATLANDIRMASI DÜZENLEMELERİ

KVK 13. maddesinde yer alan düzenlemeye göre; “Kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır. Alım, satım, imalat ve inşaat işlemleri, kiralama ve kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler her hal ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir”. Madde hükmünde ayrıca “ilişkili kişi, emsallere uygunluk ilkesi ile karşılaştırılabilir fiyat yöntemi, maliyet artı yöntemi, yeniden satış fiyatı yöntemi, işlemsel kar yöntemleri ve diğer yöntemlere” yer verilmiş ve “Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ”⁵³’de ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır.

Transfer fiyatlandırması ile ilgili BEPS 8. Eylem Planı; “transfer fiyatlandırması kurallarının, gayri maddi varlıklar yoluyla yaratılan değer ile uyumlu sonuçlar vermesini sağlama”⁵⁴; 9. Eylem Planı: “risk ve sermaye transferi yoluyla yaratılan değer ile uyumlu sonuçlar vermesini sağlama”⁵⁵ ve 10. Eylem Planı da “diğer yüksek riskli işlemler yoluyla yaratılan değer ile uyumlu sonuçlar vermesini sağlamaktır”⁵⁶.

Bu kapsamda “Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”⁵⁷ ile transfer fiyatlandırması

⁵⁰ Ibid 66

⁵¹ <https://www.istanbulymmo.org.tr/dosyalar/vuk_Tasarisi_Gib.pdf> Erişim Tarihi 12 Ekim 2020

⁵² Önal (n. 29) 165

⁵³ Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ, RG 18.11.2007/26704

⁵⁴ <<http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action8-10/>> Erişim Tarihi 12 Ekim 2020

⁵⁵ Ibid

⁵⁶ Ibid

⁵⁷ Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Karar’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararı, Karar Sayısı: 2151, RG. 25.02.2020 S. 31050

mevzuatında çeşitli değişiklikler yapılmıştır. “Bu değişikliklerden en önemlisi transfer fiyatlandırması belgelendirme düzeninde yapılan değişikliklerdir. Buna göre, Kararname’de belirlenen hadleri aşan şirketler genel rapor (masterfile), yıllık transfer fiyatlandırması raporu (local file) ve ülke bazlı raporlama (Country-by-Country Reporting-CbC)) şeklindeki üçlü dokümantasyon yükümlülüklerine tabi olacaktır”⁵⁸.

Kanun maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, “KVK’nın 13. Maddesinde işleme dayalı net kâr marjı yöntemi ve kâr bölüşüm yöntemine yer verilmesinin temel nedeni kanun maddesinin OECD Transfer Fiyatlandırması Rehberi’nde 2010 yılında yapılan değişiklikler ile uyumlu hale getirilmesini sağlamaktır.”⁵⁹

Emsallere uygunluk ilkesine aykırı transfer fiyatlandırması yoluyla kazancın örtülü olarak dağıtıldığı kabul edilmesinde tam mükellef kurumlar ile yabancı kurumlar arasındaki işlemlerle ilgili özel bir düzenleme yapılmış olup, söz konusu hükme göre, “tam mükellef kurumlar ile yabancı kurumların Türkiye’deki işyeri veya daimi temsilcilerinin aralarında ilişkili kişi kapsamında gerçekleştirdikleri yurt içindeki işlemler nedeniyle kazancın örtülü olarak dağıtıldığı kabulü Hazine zararının doğması şartına bağlıdır. Hazine zararı ise emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edilen fiyat ve bedeller nedeniyle kurum ve ilişkili kişiler adına tahakkuk ettirilmesi gereken her türlü vergi toplamının eksik veya geç tahakkuk ettirilmesi anlamına gelir”⁶⁰.

Yeni düzenlemede “Karşılaştırılabilir Fiyat Yöntemi”, “Maliyet Artı Yöntemi” ve “Yeniden Satış Fiyatı Yöntemi”nin işlemsel kar yöntemleri olan “İşleme Dayalı Net Kâr Marjı Yöntemi” ve “Kâr Bölüşüm Yöntemi”ne olan üstünlüğü ortadan kaldırılmıştır. “Böylece, işlemin doğasına en uygun yöntemin uygulanacak olması kanun maddesine de yansıtılmıştır. Bununla birlikte, OECD Transfer Fiyatlandırması Rehberinde de belirtildiği üzere, geleneksek yöntemler ile işlemsel kar yöntemleri eş zamanlı olarak uygulanabildiği durumlarda geleneksek yöntemlerin işlemsel kar yöntemlerine üstünlüğü devam edecektir.”⁶¹

VII. ÜLKE BAZLI RAPORLAMA

BEPS’in “Ülke Bazlı Raporlama (Country-by-Country Reporting-CbC)” başlıklı 13.Eylem Planı “çok uluslu işletmelerin ilgili gelirlerinin, ekonomik faaliyetlerinin ve

⁵⁸ Biçer ve Erginay (n 11) 65 Ayrıca bkz. <<https://level-tax.com/portfolio/yeni-transfer-fiyatlandirmasi-duzenlemesi-sirketleri-nasil-etkileyecek/>> Erişim Tarihi 12 Ekim 2020

⁵⁹ Ibid

⁶⁰ Kurumlar Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 5520, Kabul Tarihi: 13.06.2006, RG. 21.06.2006 S. 26205

⁶¹ Biçer ve Erginay (n 11) 66

ödedikleri vergilerin ülkeler arasında küresel dağılımına ilişkin bilgilerin ortak bir şablona göre ilgili hükümetlere sağlanması için kurallar geliştirilmesi” çağrısı ile “CbC” şablonuna işaret etmektedir. Çok uluslu şirketler halihazırda tüm operasyon yaptığı ülkeleri içine alan bir konsolide rapor hazırlamaktadır.

Türk vergi sisteminde 4 Seri Numaralı “Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ”⁶² ile çok uluslu işletmeler için ülke bazlı raporlama zorunluluğu getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre; “hesap döneminden bir önceki hesap döneminin konsolide finansal tablolarına göre toplam konsolide grup geliri, 750 milyon Avro ve üzerinde olan çok uluslu işletmeler grubunun Türkiye’de mukim nihai ana işletmesi veya vekil işletmesi, raporlanan hesap döneminden sonraki on ikinci ayın sonuna kadar ülke bazlı raporu hazırlar ve elektronik ortamda İdareye sunar. Konsolide finansal tabloların Avro dışında bir para biriminde düzenlenmesi halinde, 750 milyon Avro olan haddin hesaplanmasında, raporlanan hesap döneminden bir önceki hesap dönemi için Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından duyurulan döviz alış kurlarının yıllık ortalaması dikkate alınacaktır. Konsolide finansal tabloların hazırlanmasında farklı para biriminin kullanılması durumunda buna ilişkin açıklamalara da ülke bazlı raporda yer verilmelidir”.

Tebliğ 7.4. maddesi kapsamında yapılan düzenleme şu hususları içermektedir: “a) Çok uluslu işletmeler grubunun konsolide grup geliri 750 milyon Avro ve üzerinde ise b) Çok uluslu grubun Türkiye’de mukim ana işletmesi veya vekil işletmesi c) CBC hazırlayarak vergi idaresine elektronik ortamda sunacaktır”.

“Nihai ana işletme veya vekil işletme Türkiye’de bulunmuyorsa şu şartların tamamının birlikte gerçekleşmesi halinde çok uluslu işletme grubunun Türkiye’de mukim işletmesi veya birden fazla işletmesi varsa bunlardan herhangi biri vergi idaresine rapor sunacaktır:

“a) Nihai ana işletmenin veya vekil işletmenin mukim olduğu ülkede, CbC ilişkin zorunluluk bulunmamalı,”⁶³

“b) Nihai ana işletmenin veya vekil işletmenin mukim olduğu ülkede CbC ilişkin zorunluluk bulunması ve idare ile nihai ana işletmenin veya vekil işletmenin mukim olduğu ülke idaresi

⁶² Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ (Seri No: 1)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri No: 4), RG. 01.09.2020 S. 31231

⁶³ Ibid RG. 01.09.2020 S. 31231 madde 7.4

arasında uluslararası bir anlaşmanın olmasına karşın, CbC bilgilerinin paylaşımına ilişkin yürürlükte olan bir yetkili makam anlaşması bulunmamalı,”⁶⁴

“c) Nihai ana işletmenin veya vekil işletmenin mukim olduğu ülkede CbC ilişkin zorunluluk bulunmalı, idare ile nihai ana işletmenin veya vekil işletmenin mukim olduğu ülke idaresi arasında uluslararası bir anlaşma ve ayrıca CbC değişimine ilişkin yetkili makam anlaşmasının olmalı, ancak bilgi paylaşımında sistemik bir hata olmalıdır”⁶⁵.

Tebliğ düzenlemesine göre, CbC açısından “konsolide finansal tablolar, nihai ana işletme ve bağlı işletmelerin varlıklarının, yükümlülüklerinin, gelirlerinin, giderlerinin ve nakit akışlarının tek bir ekonomik işletmeninki gibi sunulduğu çok uluslu işletmeler grubunun finansal tabloları anlamına gelmektedir ve TFRS, FRS, IFRS veya ilgili ülkede yürürlükte olan başka bir muhasebe ve finansal raporlama standardı uyarınca hazırlanan konsolide finansal tablolar yükümlülüklerin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.”⁶⁶

“Ülke bazlı rapor, raporlanan hesap döneminden sonraki on ikinci ayın sonuna kadar hazırlanır ve elektronik ortamda İdareye sunulur. İlk ülke bazlı raporun, 2019 hesap dönemi için, 31/12/2020 tarihine kadar elektronik ortamda idareye sunulması gerekmektedir. Ülke bazlı raporlamaya ilişkin herhangi bir muafiyet bulunmamakta olup, raporlanan hesap dönemi için belirlenen haddi aşan çok uluslu işletmeler grubu, ülke bazlı raporu hazırlamak ve elektronik ortamda İdareye sunmak zorundadır.”⁶⁷

CbC üç farklı tabloda bilgilerin verilmesi gerekliliğini ifade eder. Bu tablolarda gösterilecek bilgiler ise göre şöyledir:

“Tablo 1- Gelirin, vergilerin ve işletme faaliyetlerinin ülke bazında dağılımı; çok uluslu işletmeler grubunun faaliyet gösterdiği her bir ülke ile ilgili gelir, vergi öncesi kâr/zarar, ödenen gelir/kurumlar vergisi, tahakkuk eden gelir/kurumlar vergisi, sermaye, geçmiş yıl kârları, çalışan sayısı ile nakit ve nakit benzeri dışındaki maddi varlıklar,

Tablo 2- Ülke bazında çok uluslu işletmeler grubuna dahil tüm işletmelerin listesi; çok uluslu işletmeler grubunun, ülke bazında, ilgili ülkede mukim her bir işletmesinin adı/unvanı, işletmenin kurulduğu ülke vergisel açıdan mukim olduğu ülkeden farklı ise bu ülkenin adı ve her bir işletmenin ana faaliyet konusu,

⁶⁴ Ibid

⁶⁵ Ibid

⁶⁶ Ibid

⁶⁷ Ibid

Tablo 3- İlave açıklamalar; tabloların doldurulması sırasında gerek görülen ilave açıklamalar”⁶⁸.

Ülke bazlı raporlamaya ilişkin Gelir İdaresi Başkanlığı internet sayfası üzerinden yayınlanan 1.10.2020 tarihli duyuruda⁶⁹ da bildirim formlarının kullanıma açıldığı belirtilmiştir.

SONUÇ

BEPS Eylem Planlarıyla ulaşılmaması hedeflenen konular; vergi matrahının ülkeler arasında dengeli dağılımının sağlanması, çok uluslu şirketlerin neden olduğu uyumsuzlukların etkilerinin ortadan kaldırılmasıdır.

BEPS paketi, sürece katılan devletleri, vergi kaçırma olgusuyla mücadeleyi sağlayacak ulusal ve uluslararası enstrümanlarla donatmakta olup, söz konusu önlemlerin devletlerce yürürlüğe konulmasını, uygulanmasını ve süreçlerin denetlenmesini içerir. Bu kapsamda OECD tavsiyeleri “bağlayıcı olmayan metinlerde yer alan normatif kuralları” ifade eden yumuşak hukuk içerisinde yer almakla birlikte⁷⁰ Türkiye açısından eylem planları doğrultusunda iç hukukta vergi mevzuatında değişiklikler yapılması kaçınılmaz olup ayrıca vergi kaçakçılığı ile mücadelede de önem arz etmektedir.

Bu kapsamda; dijital işyeri tanımı mevzuatta tanımlanmalı, hibrit uyumsuzluk düzenlemelerinin vergisel etkilerini ortadan kaldıracak hükümler ihdas edilmeli ve şirketlerin vergi matrahlarının faiz yoluyla azaltılması konusunda BEPS Eylem Planı’nda yer alan öneriler doğrultusunda düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Ayrıca esaslı VUK değişikliği yapılması ve “daimi işyeri” kavramının elektronik ortamlarda sunulan hizmetleri de kapsayacak biçimde genişletilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Ateş L, ‘BEPS Eylem 13: Transfer Fiyatlandırmasında Dokümantasyon’ in Prof. Dr. Billur Yaltı (ed.), Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma (BEPS), Uluslararası Vergi Hukuku Konferansları Serisi-5 (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2018), 369-397

⁶⁸ 4 Seri Numaralı Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtım Hakkında Genel Tebliğ, madde 7/4.

⁶⁹ <https://intvrg.gib.gov.tr/intvrg_duyuru/duyurular.html> Erişim Tarihi 12 Ekim 2020

⁷⁰ Yaltı (n 4) 176

- Ateş L, 'Turkey Report', IFA Cahiers-2017 IFA Rio de Janeiro, Brazil-Volume 102-A (IFA Publications 2017), 765-789
- Biçer R ve Erginay M, 'OECD Matrahın Aşındırılması ve Karın Aktarılması Eylem Planı ve Türkiye'ye Etkileri', (2015) 38 (326) Vergi Sorunları Dergisi, 54-68
- Birinci N ve Eser LY, 'Vergi Kayıp ve Kaçaklarıyla Mücadelede BEPS Eylem Planı ve Değerlendirilmesi' (2017) 3 (3) International Journal of Economics Studies (Uluslararası Ekonomik Araştırmalar Dergisi), 447-459
- Buz F, 'BEPS 3 Nolu Eylem Planı Işığında CFC Kurallarının Değerlendirilmesi' (2019) 42 (372) Vergi Sorunları Dergisi, 164-172
- Ferhatoğlu E, 'BEPS Projesinin Vergi Anlaşmaları Hukukunda Hibrit Finansal Araç Sorununa Etkisi' (2015) 38 (326) Vergi Sorunları Dergisi, 17-30
- Gedik G, Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançları (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2014)
- Güngör AF, 'Vergi Mükelleflerinin Bakış Açısıyla BEPS: Mükellefin Beklentileri Neler Olabilir?' in Prof. Dr. Billur Yaltı (ed.), Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma (BEPS), Uluslararası Vergi Hukuku Konferansları Serisi -5 (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2018), 147-157
- Hail J, Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)- Are You Ready? (CCH Publications, Wolters Kluwer 2015)
- Işık H, 'Dijital Ekonominin Vergi Hukukundaki İşyeri Kavramına Etkileri' (2019) 41 (356) Vergi Sorunları Dergisi, 42-62
- Kara MC ve Öz E, 'Faiz ve Diğer Finansman Ödemeleri İndirimlerinin Kısıtlanmasında Yeni Uluslararası Ölçüler' (2016) 39 (330) Vergi Sorunları Dergisi, 7-11
- Köse T, 'BEPS ile Mücadele Eylem Planı Kapsamında Transfer Fiyatlandırması', (2014) 37 (309) Vergi Sorunları Dergisi, 59-67
- Önal M, 'Beps'in 2 Numaralı Eylem Planı: Hibrit Uyumsuzlukların Etkilerinin Giderilmesi' (2019) 25 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 150-168
- Öner C, 'Kontrol Edilen Yabancı Kurumların Vergilendirilmesi Rejimine Eleştirel Bir Bakış' iç Prof. Dr. Mustafa Akkaya, Dr. Öğr. Ü. Zeynep Müftoğlu, Ar. Gör. Umut Acun, Ar. Gör. Can Yalçın, Ar. Gör. Yiğitcan Çankaya (eds) Prof. Dr. Nami Çağan Anısına

Armağan (Atılım Üniversitesi Yayınları No:63, Hukuk Fakültesi Yayınları No:1 2020), 455-483

Öz NS, 'BEPS Eylem 4: Faiz Ödemeleri' iç Prof. Dr. Billur Yaltı (ed), Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma (BEPS), Uluslararası Vergi Hukuku Konferansları Serisi -5 (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2018), 247-263

Öz S, Türkiye'de Kontrol Edilen Yabancı Kurum Uygulaması (TÜRMOB Yayınları 2006)

Özgenç S, Çok Taraflı Vergi Anlaşmasının Temel Esasları- Matrahın Aşındırılması ve Karın Taşınması Eylem Planı 15 Çerçevesinde (1. Baskı, On İki levha Yayıncılık 2019)

Sağlam M, Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesi (1. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık 2011)

Yaltı B, "BEPS'in Hukuki Araçları: Yumuşak Hukukun İçinde mi, Ötesinde mi?", iç Prof. Dr. Billur Yaltı (ed), Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma (BEPS), Uluslararası Vergi Hukuku Konferansları Serisi -5 (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2018), 175-193

<https://intvrg.gib.gov.tr/intvrg_duyuru/duyurular.html> Erişim Tarihi 12 Ekim 2020

<<https://level-tax.com/portfolio/dijital-ekonominin-vergilendirilmesine-yonelik-uluslararasi-gelismeler-oecdin-yeni-teklifi/>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020

<<https://taxfoundation.org/oecd-pillar-2-proposal-serious-questions/#:~:text=An%20income%2Dinclusion%20rule%20allowing,taxed%20below%20a%20minimum%20rate.>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020

<<https://vergiport.com/uluslararasıvergibulteni/beps-2-ikinci-yapi-oecd-global-asgari-vergi.pdf>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020

<https://www.istanbulymmo.org.tr/dosyalar/vuk_Tasarisi_Gib.pdf> Erişim Tarihi 12 Ekim 2020

<<https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2020

<<https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action7/>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020

<https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264192744-en;jsessionid=IO4rVLtRTrKH9w8t0x6e4cpU.ip-10-240-5-48> Erişim Tarihi 10 Ekim 2020

<<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two.pdf.pdf>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020

<<http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action8-10/>> Erişim Tarihi 12 Ekim 2020



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

ULUSLARARASI MÜNASEBETLER VE TIBBÎ ATAŞE

*Doç. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ **

ÖZET

Küreselleşen dünyada değişik bilimsel alanların birbirleriyle etkileşimine bağımlı olarak uluslararası kamu hukukunda değişim ve gelişim kaçınılmaz olmaktadır. Bu itibarla, son zamanlardaki gelişmeler uyarınca sağlık uluslararası kamu hukuku alanında yeni bir alt dal olarak ortaya çıkmıştır. Türlerin devamının bağlı olduğu sağlık, uygarlığın doğuşundan beri insan hayatı için temel bir etken olarak değerlendirilmektedir. Bu minvalde, devletler sözde küresel sağlık diplomasisini etkileyebilecek sağlık politikalarını küresel olarak geliştirmektedirler. Bu bağlamda, tıbbî ataşeler, hem bireysel olarak devletlerin sağlık politikalarında, hem de küresel olarak küresel sağlık diplomasisinde en etkili araçlardan birisi olarak nitelendirilebileceklerdir. Dolayısıyla, bu makalenin amacı bir devlet misyonunun üyesi olarak tıbbî ataşenin statüsünü kısaca araştırmak olacaktır.

Anahtar Kelimeler Diplomasi, Küresel Sağlık Diplomasisi, Ataşe, Tıbbî Ataşe, 1961 tarihli Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi

INTERNATIONAL RELATIONS AND MEDICAL ATTACHÉ

Assoc. Prof. Anıl ÇAMYAMAÇ

ABSTRACT

Due to the fact that various scientific fields interrelate with each other in globalized world, transformation and development in public international law is inevitable. Thus, following the recent events, health has emerged as a new sub-category in the field of public international law. Since the continuance of species depend upon it, health is valued as a fundamental factor for human life since the dawn of civilization. Therefore, states have been developing health policies globally that might effect the so-called global health diplomacy. In this respect, medical attachés would be qualified as one of the most effective tools both in states' health policies individually and in global health diplomacy globally. Hence, the aim of this article is to briefly investigate the status of medical attaché as a member of the mission of a state.

Key Words Diplomacy, Global Health Diplomacy, Attaché, Medical Attaché, 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations.

*Doç. Dr., Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, anil.camyamac@bakircay.edu.tr, ORCID 0000-0002-8476-9110



Extended Summary

COVID 19 pandemic has already changed the World and our understanding of the World. Many fields of expertise have deeply been effected inevitably, including the law. Hence, new sets of rules and understandings are on the agenda of the policy makers.

Responsibility of states in the event of pandemics, effective cooperation among states and international organizations in the control of pandemics are the most debated subjects of international law. However, one should not miss the global health diplomacy (GHD) as part of the law of diplomacy in this respect. There might be some duties of the diplomatic agents of states in the event of pandemics.

GHD as a subject is considered as part of a global policy, and henceforth with public international law. In this respect, some diplomatic agents are attributed with specific duties relating to the health issues. It is not a new phenomenon in international law that some diplomatic representatives have already been used relating to the health issues in international law arena, particularly in specific organizations, which shape the global health, such as the WHO.

As the world has seen from the Covid-19 pandemic, the need for coordinated responses to shared global public health threats has increased. A small but growing supposedly cadre of diplomats known as medical or health attachés might be the key among the practitioners of GHD who employ the tools of diplomacy and statecraft to bridge governments' public health and foreign policy objectives. Understanding the role of medical attachés, who work across disciplines and national boundaries, is important to improve the effectiveness of their work, enhance countries use of medical attachés, and help shape training and professional development of future GHD practitioners.

This essay first describes the conceptual background of international diplomacy in the historical perspectives and its possible impact on the development of the diplomatic agents in the twenty-first century. Next, it introduces some concepts related to the subjects, presenting myriad actors, definitions, and tools to update concepts used in this field, followed by a description of current practices and competencies of medical attachés as a specific type of diplomatic agent. Finally, this paper proposes the importance medical attaché in dealing with global health emergencies in our interconnected world.

A medical attaché might be assigned by the ministry of health or foreign affairs of a state, and is accredited by the sending state and accepted by the receiving government, according to the procedures set out in the Vienna Convention of Diplomatic Relations (VCDR) of 1961. Thus, a medical attaché must be able to practice GHD and conduct related policy negotiations on behalf of his/her respective government. For example, medical attachés shall report anomalies relating to health issues such as highly spreading viruses in the receiving states to which they are accredited. At the end, this special task is consistent with the general duties of the diplomatic agents as it is regulated particularly in article 3/d of the Vienna Convention

on Diplomatic Relations 1961. Furthermore, it should be added that the person chosen for this kind of office should have some qualifications and background. Specifically, a medical attaché, must possess medical knowledge as well as skills of a diplomat. It is not an easy task to find such a person with qualifications needed. Public health professionals generally value deep scientific knowledge and technical skills, but there is also a growing recognition of the need for a wider breadth of knowledge and skills in foreign affairs, international law, and public policy among public health stakeholders and counterparts in order to bring about change needed to mobilize global health action among nations during pandemics like Covid-19. So, it would be best to choose the persons and start to educate and train for the job in hand.

Some states, as it appears, have already utilised medical attachés, but not as extensive as they should be. Furthermore, they may not be embellished with the necessary duties. Additionally, one has to keep in mind that there is a growing trend to reduce manpower in many foreign ministries due to the budget cuts, which will affect the external representation of states negatively. Nonetheless, it would be wiser for states to accommodate medical attachés, at least in some major diplomatic posts. The practice of GHD requires determining the qualifications and skills of medical attaché to mutually address foreign policy and global health goals. Therefore, medical attachés might successfully be used in reporting to and alarming their countries about such emergencies in the receiving states as soon as they occur. Since medical attachés are the main subject of this essay, their diplomatic status shall not be doubtful. Hence, medical attachés should be given a diplomatic status to enjoy the diplomatic privileges and immunities. By virtue of giving them diplomatic status, the critical role of medical attachés will be acknowledged and guaranteed.

GİRİŞ

İlk olarak 2019 yılının Aralık ayında Çin Halk Cumhuriyeti'nin Wuhan Kentinde ortaya çıkan ve hızla tüm dünyaya yayılarak bir pandemiye (salgına) dönüşen ve böylelikle küresel bir krize yol açan COVID 19, insanlığı, birçok alanda yeniden düşünmeye itti ve daha da itecek gibi görünüyor. Böylelikle, bu pandemi sonrasında hayatın birçok alanında yeniliklerin görüleceği bir döneme girileceği kuşkusuzdur. Bu alanlardan biri de hukuk ve pandeminin uluslararası boyutu göz önüne alındığında, kaçınılmaz olarak, uluslararası hukuk olacaktır.

Uluslararası hukukun en eski alt dallarından birini teşkil eden diplomasi hukuku ise, uluslararası hukuk alanında temel olmasa da etkilenecek alt dallardan biri olarak mütalâa edilebilecektir. Bu etkilenmelerden biri de, özellikle son günlerde yaşanan gelişmeler göz önüne alındığında, sürekli misyonlarda yer verilebilecek tıbbî ataşelik müessesesi olacaktır.

I. GENEL OLARAK DİPLOMASİ HUKUKUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

İlkel dönemlerde kabilelerin birbirleriyle iletişim için temsilciler gönderdikleri ve bu iletişimin sorunsuz gerçekleştirilebilmesinin bu temsilcilere zarar gelmemesinden geçtiğinin ikrarı, belki de uluslararası hukukun en eski kurallarından birisi olarak nitelendirilebilecek temsilciye zarar verilmemesi, temsilciye dokunulmaması kuralının ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir.¹ Bir başka deyişle, diplomasi ve buna bağlı temel kurallar neredeyse insanlığın tarihi kadar eskidir. Böylelikle, diplomasi kurallarının uluslararası hukukun en eski kuralları arasında yer aldığını mütalâa etmek yanlıtıcı olmayacaktır.

Toplumların gelişmesi zaman içerisinde bu kuralların da gelişmesine yol açmıştır. Öyle ki, belirli bir zaman sonra devletler birbirlerine geçici elçiler, murahhaslar yollamak yerine, sürekli temsilcilikler kurulması ve sürekli temsilciler gönderilmesi yoluna gitmişlerdir. Böylelikle, kısa sürede sürekli elçilikler, devletler arasındaki diplomasinin belkemiği hâline gelivermişlerdir. Hattâ, bazı büyükelçiler devletlerinin genel politikaları açısından belirli bir dönem büyük önemi haiz olmuşlardır. Bu itibarla, sürekli elçiliklerin özellikle 18 ilâ 19. yüzyıllarda altın çağını yaşadığı vurgulanabilecektir.

Ne var ki, 20. yüzyılda başta ulaşım ve iletişim alanlarındaki teknolojik gelişmeler olmak üzere çeşitli etmenler “doğrudan diplomasi” (*direct diplomacy*) adı verilen ve direkt olarak devlet yöneticilerinin diplomasiyi yürüttüğü bir diplomasi anlayışının genel olarak benimsenmesine yol açmıştır. Ancak, doğrudan diplomasi bütün tercih edilebilir yönlerine

¹ Bu konuda meselâ bkz. Eric Clark, *Corps Diplomatique* (1st ed, Allen Lane 1973) 105

rağmen, sürekli diplomasinin araçlarının, yâni sürekli elçiliklerin ve elçilerin önemini örseleyememiştir. Özellikle devletler arasındaki gündelik işlerin yürütülmesinde hâlen sürekli elçiliklerin önemi yadsınamaz boyuttur.

Tüm bu anlatılanlar bağlamında, diploması hukuku kurallarının bin yıllar içerisinde evrildiği ve benimsenerek uygulandığı görülmektedir. Daha açık ifade etmek gerekirse, tüm geçmişi ve eskiliğine rağmen diploması hukuku uzun süre temelde uluslararası örf ve âdet kuralları çerçevesinde şekillenmiş ve yönetilmiştir. Bu durum 20. yüzyılda değişmiş²; özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında diploması hukuku kuralları başta 1961 tarihli Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi³ olmak üzere bir dizi evrensel ve bölgesel sözleşme ile kodifiye edilmiştir. Bu sözleşmeler arasında şunlara yer verilebilir: 1963 tarihli Konsolosluk İlişkilerine Dair Viyana Sözleşmesi, 1969 tarihli Özel Misyonlara Dair Sözleşme, 1975 tarihli Evrensel Nitelikli Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Devletlerin Temsiline Dair Viyana Sözleşmesi.⁴

II. ULUSLARARASI DİPLOMASİ HUKUKU BÜNYESİNDE ATAŞELİK

Bu başlık altında yapılacak incelemede evveliyatla ataşelik kavramı genel olarak değerlendirme altına alınacak ve açıklanmaya çalışılacak, sonrasında ise sağlık ataşeliği veya tıbbî ataşelik, ilgili küresel sağlık diploması kavramıyla birlikte ele alınarak açıklanmaya çalışılacaktır.

A. GENEL OLARAK ATEŞE KAVRAMI

Ataşelik kurumunu iki temelde incelemek mümkündür. Bunlardan ilki, normal diplomatik kadrolar dâhilindeki ataşelik kurumudur. Bu minvaldeki ataşelik, bir misyonda I., II. ve III. Katipten sonra elçilik personelinin en alt konumunda bulunan bir diplomatik sınıf⁵

² Uluslararası alanda diploması kurallarını kodifiye eden ilk metin 1928 tarihli Diplomatik Yetkililere Dair Havana Sözleşmesi olmaktadır. Bu sözleşmenin metni için bkz. 'Convention on Diplomatic Officers', American Journal of International Law. Supplement (1928) vol 22 (3) 142-147

³ 18 Nisan 1961 tarihinde kabul edilen ve 24 Nisan 1964 tarihinde yürürlüğe giren bu Sözleşmeye günümüzde aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 192 devlet taraftır. Bu sözleşmenin orijinal metinleri için bkz. 'Vienna Convention on Diplomatic Relations' United Nations-Treaty Series, (1964) vol 500 (7310) 95-221. Sözleşmenin Türkçe resmî metni için bkz. Resmî Gazete, 24.12.1984, S. 18615. Sözleşmenin ayrıntılı bir biçimde değerlendirmesi için bkz. Eileen Denza, Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, (4th ed, Oxford University Press 2016); Christian Oelfke, Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961: Commentaries on Practical Application, (BMV/Berliner Wissenschafts-Verlag 2018). Bundan sonra bu Sözleşme kısaca *1961 tarihli Viyana Sözleşmesi* olarak anılacaktır.

⁴ Bu sözleşmelerden 1963 tarihli Konsolosluk İlişkilerine Dair Viyana Sözleşmesi 19 Mart 1967 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş ve günümüzde aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 180 devletin tarafı olduğu bir sözleşmedir. 1969 tarihli Özel Misyonlara Dair Sözleşme 21 Haziran 1985 tarihinde yürürlüğe girmiş olup günümüzde sadece 38 devlet sözleşmenin tarafı konumundadır. 1975 tarihli Evrensel Nitelikli Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Devletlerin Temsiline Dair Viyana Sözleşmesi ise 14 Mart 1975 tarihinde imzalanmış ve hâlihazırda yeterli taraf sayısına ulaşamadığı için yürürlükte değildir.

⁵ Bir misyondaki diplomatik rütbeyi haiz görevlilerin sıralanmasına dair liste için meselâ bkz. Charles Chatterjee, International Law and Diplomacy, (1st ed, Routledge 2007) 141-142

olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶ Bu kapsamda atâşe olarak kullanılan kişiler kültür, basın, yönetim ve finans gibi konularda görevli kılınabilmektedir.⁷ Görev alanlarının son yıllarda genişlediği görülen atâşelerin basın, çalışma, bilim, turizm gibi alanların yanı sıra sağlık ve meteoroloji gibi alanlarda da görevlendirilebilecekleri belirtilmiştir.⁸ Bu tür atâşeler diplomatik rütbeyi haiz kılınabileceği gibi diplomatik rütbeyi haiz olmayabileceklerdir; bunun kararını gönderen devlet verecektir.⁹

Birçok durumda kullanılan ikinci tür atâşeler ise¹⁰, uzmanlık gerektiren bir konuda misyona dâhil olan, ancak genelde Dışişleri bakanlıklarınca değil, uzmanlığın söz konusu olduğu alana ait bakanlık veya devlet kurumundan gelen kişilerden oluşmaktadır. Bu tür uzmanlık atâşeleri Dışişleri Bakanlığına karşı değil, kendilerini gönderen hükûmet birimine veya bakanlığa karşı sorumluluğu haizdir.¹¹ Devletlerin diplomatik kadrolarında yer almasalar da¹² genelde, diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklara sahiptirler. Bu tür atâşeler oldukça geniş ve çeşitlilik gösteren konularda/alanlarda görevli kılınabilmektedir.

⁶ Bkz. Melquiades J. Gamboa, A Dictionary of International Law and Diplomacy, (1st ed, Central Lawbook Publishers Co., Inc., 1973) 22; Geoff R. Berridge and Lorna Lloyd, The Palgrave MacMillan Dictionary of Diplomacy (3rd ed, Palgrave MacMillan 2012) 25; James R. Fox, Dictionary of International and Comparative Law (3rd ed, Oceana Publications, Inc. 2003) 25. Nitekim *Salmon*, bu tür atâşelerin genelde “stajyer diplomatlar” (*trainee diplomats*) olduğunu vurgulamıştır. Bkz. Jean J. Salmon, Members of the Staff of Diplomatic Mission, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (on-line edition, edited by Wolfrum, April 2009 paragraf 10 via <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e962>> Erişim Tarihi 1 Temmuz 2017. Hemen belirtmelidir ki, bazı yazarlar günümüzde artık çok az sayıda devletin yeni başlayan görevlileri atâşe olarak atadığını ifade etmektedir. Bkz. Geraldo E. Do Nascimento e Silva, Diplomacy in International Law (1st ed, Sijthoff 1972) 81

⁷ Bkz. Gamboa, (n 6) 22. İlâve edilmelidir ki, 20. yüzyılın başlarında atâşe görevlendirilecek alanların geniş olarak algılanmadığı mütalâa edilebilir. Bu itibarla, 1925 yılında Amerikan Senatosu’nda kabul edilen bir kanunla Hazine memurlarının devletin dış temsilciliklerinde diplomatik rütbeyi haiz olacak biçimde “gümrük atâşesi” (*customs attaché*) unvanıyla görevlendirilmelerinin kabulünün o dönemde hemen hemen tüm devletler tarafından reddedildiği aktarılmaktadır. Bkz. do Nascimento e Silva, (n 6) 82

⁸ Ibid. 82; Bkz. Berridge and Lloyd, (n 6) 26

⁹ Ibid 22

¹⁰ Bu minvalde, doktrinde bu tür uzmanlaşmış türde çalışmalarla görevlendirilen atâşelerin atanmasının günümüzde alışıl gelmiş bir uygulama olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. do Nascimento e Silva, (n 6) 143; Yehuda Z. Blum, International Relations and Legal Cooperation in General-Diplomacy and Consular Relations. in Rudolf Bernhardt (ed), Encyclopedia of International Law, Volume 9 (Amsterdam, Elsevier 1986) 91 ; Chatterjee, (n 5) 172

¹¹ Bu kişiler her ne kadar kendilerini atayan birime karşı sorumlu olsalar da gönderildikleri ülkedeki misyon şefine tâbidir ve onun kadrosunda yer almaktadır. Nitekim bu husus doktrinde açıkça ifade edilmektedir. Bkz. do Nascimento e Silva, (n 6) 85

¹² Bu bağlamda, bu tür atâşelerin meslekten diplomat olmadıklarının doktrinde altı çizilmektedir. Bkz. Chatterjee, (n 5) 172

İkinci tür ataşeler içinde genelde ön plâna çıkanlar arasında askerî ataşeler (*military attachés*)¹³ ve ticarî ataşeler (*commercial attachés*) yer almaktadır. Doktrinde askerî ataşelerin de kendi aralarında ayrımlara tâbi oldukları ifade edilmektedir. Buna göre, *Berridge ve Lloyd*, eserlerinde genel атаşe tanımının yanı sıra, askerî атаşe ve hizmet атаşesi (*service attaché*)¹⁴ olarak tanımladıkları iki ayrı grup атаşeye daha yer vermektedir. Buna göre, yazarlar, ilk kavramı diplomatik misyona dâhil edilmiş ancak aynı zamanda orduyu da temsil eden herhangi bir ordu yetkilisi şeklinde tanımlarken, ikincisini ise diplomatik misyona dâhil edilmiş herhangi bir yetkili olarak betimlemişlerdir.¹⁵

1961 tarihli Viyana Sözleşmesi'ne bakıldığında, askerî атаşelere dair özel bir düzenlemeye yer verilmiş olduğu görülmektedir. Bu düzenlemeye göre, kabûl eden devlet, gönderen devletin kara, deniz ve hava атаşelerinin tayininde bunların adlarının izin alınması için önceden bildirilmesini talep edebilecektir.¹⁶ Doktrinde bu düzenlemenin hizmet атаşelerinin askerî istihbarat faaliyetlerinde kullanılabileceği endişesine karşı getirildiği belirtilmektedir.¹⁷ Bunun dışında, ticarî атаşelere dair, *Gamboa*, bu kişilerin konsoloslar gibi hareket ederek kendi ülkelerinin ticarî ilişkilerini destekleyip koruduklarının, ancak konsolosluk kurallarına tâbi olmadıklarının, bilâkis diplomatik rütbeyi haiz oldukları için diplomatik ayrıcalık ve bağıışıklıklardan yararlandıklarının altını çizmiştir.¹⁸

B. SAĞLIK ATAŞESİ VEYA TIBBİ ATAŞE VE DİĞER İLGİLİ KAVRAMLAR

Günümüzde, devletlerin, dış politikalarını belirlerken, artık kaçınılmaz olarak sağlık konusuna da önem verdikleri bir gerçektir. Son birkaç on yılda yaşanan gelişmeler bu durumu bir zorunluluk hâline getirmiştir.

¹³ Askerî атаşe kavramına dair ayrıntılı değerlendirme ve açıklamalar için bkz. Alfred Vagts, *The Military Attaché*, (1st ed, Princeton University Press 1967) 3-14; Raymond J. Barrett, *The Role of the Military Attaché*, (1971) *Military Review*, vol 51 (5) 50-55. Ayrıca, bkz. do Nascimento e Silva, (n 6) 83-85; Clark, (n 1) 165-183

¹⁴ Hizmet атаşesinin bir diğer isminin “savunma атаşesi” (*defence attaché*) olduğu, ancak İngiliz, Fransız ve Amerika Birleşik Devletleri uygulamalarında savunma атаşesinin bu yönlü en üst düzey yöneticiyi belirtmek için kullanıldığı aktarılmaktadır. Bkz. *Berridge and Lloyd*, (n 6) 340. Nitekim *Chatterjee*, İngiliz uygulamasında savunma атаşesini hizmet атаşelerinin en üst seviyedeki görevlisi olarak tanımlarken, diğer hizmet атаşelerinin de yardım nitelikteki memurların üstünde olduğuna işaret etmiştir. Bkz. *Chatterjee*, (n 5) 155

¹⁵ Konuya ilişkin sırasıyla bkz. *Berridge and Lloyd*, (n 6) 244-243 ve 340-342

¹⁶ 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 7

¹⁷ Bkz. *Blum*, (n 10) 91

¹⁸ Bkz. *Gamboa*, (n 6) 22. Ticarî атаşeliğin kurumsal gelişimine dair açıklamalar için bkz. do Nascimento e Silva, (n 6) 82-83

Bu çerçevede, küresel sağlık diplomasisi kavramı ortaya çıkmıştır¹⁹ ki, bu kavram doktrinde “... *sağlık için küresel siyasi çevreyi şekillendiren ve yöneten çok katmanlı ve çok aktörlü müzakere süreci*”²⁰ biçiminde tarif edilmektedir.

Brown ve diğerleri sağlık ataşesi kavramını ise şu şekilde tanımlamaktadır: “*Bir sağlık ataşesi, yabancı bir ülkede veya ülkelerde sağlıkla alakalı bilgileri toplayan, analiz eden ve (ona göre) hareket eden ve kamu sağlığı ve dış ilişkiler paydaşları arasındaki kritik bağları sağlayan bir diplomat olarak tarif edilir*”.²¹ Sağlık ataşelerinin, bu çerçevede, kabûl eden devlet nezdinde akredite edildikleri, diğer bir deyişle kabûl eden devlet tarafından 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi bağlamındaki sürece uygun olarak atamalarının yapıldığı ifade edilmektedir.²² Ancak, unutulmaması gereken, bu kişilerin diplomatik rütbeyi haiz kılınıp kılınmayacakları temelde gönderen devletin kendisi tarafından belirlenecektir. Bununla birlikte, belirtilmelidir ki, kabûl eden devlet gerek bu şahısları gerek diplomatik statülerini kabul edip etmemekte serbest olacaktır. Nitekim bu görüş, doktrin tarafından da, açıkça, vurgulanmaktadır.²³

Sağlık ataşelerinin tanımı verilmeye çalışıldıktan sonra, görev kapsamlarına dair de doktrindeki açıklamalara değinilmelidir. Bu konuda ayrıntılı bir çalışma gerçekleştirmiş olan *Brown* ve diğerleri, bu minvalde, sağlık ataşelerinin görevleri arasında şu hususlara yer vermektedir: ulusal sağlık ajanslarıyla kendi ülkesindeki veya bölgesindeki ortaklar arasındaki bağlantıları kolaylaştırmak, kamu sağlığı uygulamaları alanında bilimsel ve kılavuz ilkeleri sağlamak, uluslararası çerçevede ilişkileri kurup devam ettirmek, yabancı ülkedeki sağlıkla ilgili konuları raporlandırarak bildirmek.²⁴ Global sağlık diplomasisi bağlamında sağlık ataşelerinin sayısının arttırılmaya başlandığı doktrinde aktarılan konulardan biridir.²⁵

¹⁹ Doktrinde bu konuda eserlere artık daha sık rastlanılmaktadır. Meselâ bkz. Ilona Kickbusch, Graham Lister, Michaela Told and Nick Drager (eds.), *Global Health Diplomacy: Concepts, Issues, Actors, Instruments, Fora and Cases* (Springer Science+Business Media 2013); Timothy E. Novotny, Ilona Kickbusch, Michaela Told, *21st Century Global Health Diplomacy* (World Scientific, 2013); Sara E. Davies, Adam Kamradt- Scott and Simon Rushton, *Disease Diplomacy: International Norms and Global Health Security* (Johns Hopkins University Press 2015)

²⁰ Bkz. Ilona Kickbusch, Silberschmidt Gaudenz and Paulo Buss, ‘Global Health Diplomacy: The Need for New Perspectives, Strategic Approaches and Skills in Global Health’ (2007) *Bulletin of the World Health Organization*, vol 85(3) 230

²¹ Bkz. Matthew D. Brown, Tim K. Mackey, Craig N. Shapiro, Jimmy Kolker and Timothy E. Novotny ‘Bridging Public Health and Foreign Affairs: The Tradecraft of Global Health Diplomacy and the Role of Health Attachés’ (2014) *Science & Diplomacy*, vol 3(3) via www.sciencediplomacy.org/article/2014/bridging-public-health-and-foreign-affairs Erişim Tarihi 21 Mart 2020

²² Ibid

²³ Bkz. do Nascimento e Silva, (n 6) 82, 143

²⁴ Bkz. Brown *et al.*, (n. 21)

²⁵ Meselâ, *Kickbusch* diplomatik misyonlarda ve konsolosluklarda hizmet eden sağlık ataşelerinin ve uzmanlarının sayısının arttığından bahsetmektedir. Bkz. Kickbusch I, *21st Century Health Diplomacy: A New Relationship between Foreign Policy and Health*, in *21st Century Global Health Diplomacy*, edited by Novotny TE ve

III. TIBBÎ ATAŞELİĞE DAİR GÜNÜMÜZ UYGULAMALARI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRMELER VE ÖNERİLER

Küresel sağlık diplomasisi, tanımın da ortaya koyduğu üzere, çok katmanlı ve çok aktörlü bir özellik arz etmektedir. Bu katmanların ve aktörlerin en önemlileri arasında Dünya Sağlık Örgütü nezdinde devletler tarafından görevlendirilen temsilciler gelmektedir. Birçoğu sağlık ataşesi olan bu görevlilerin ne yazık ki yine birçoğu sağlık geçmişi olan insanlar olmadığı için bu alanda sağlanan ilerlemelerin gereklerini yerine getiremedikleri ve dolayısıyla sağlık alanında arzu edilen düzenlemelere göre hareket edemeyebildikleri ve ilerlemelerin sağlanamadığı gözlenmektedir.²⁶ Ancak, konumuz bu kişiler değildir. Bizim ele aldığımız şahıslar, devletlerin diğer devletler nezdinde akredite ettikleri misyon görevlileri arasında bu tür unvanları haiz olan şahıslar olmaktadır.

A. TIBBÎ ATAŞELİĞE DAİR GÜNÜMÜZ UYGULAMALARINA DAİR DEĞERLENDİRMELER

Kabûl eden devletlere akredite edilen diplomatik ajanlar arasında tıbbî ataşelere yer verilmesi belirli devletlerin bu konudaki uygulamalarının değerlendirilmesiyle bir anlam kazanabilecektir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde sağlık ataşeliğinin 1948 yılında doktor *Sanders*'in Birleşik Devletler'in Brüksel, Paris ve La Haye elçilikleri dâhilinde bu göreve atanmasıyla başladığı belirtilmektedir.²⁷ 2014 itibarıyla Amerika Birleşik Devletleri'nin gerek sağlık ataşesi, gerek diğer sağlık temsilcileri bağlamında bir değerlendirmede bulunduğu; beş merkezde (Beijing/Çin Halk Cumhuriyeti, Brasilia/Brezilya, Cenevre/İsviçre, Johannesburg/Güney Afrika Cumhuriyeti, Yeni Delhi Hindistan) sağlık ataşesi

Kickbusch I ve Told, M (World Scientific 2013) 17. Ancak, yazar bu konuya ilişkin herhangi bir referans ortaya koymamıştır. Bununla beraber, diğer bir yazar da sağlık ataşelerinin veya konuya ilişkin konsolosluk uzmanlarının sayısındaki artıştan bahsederken, örnek olarak Amerika Birleşik Devletleri'nin Tayland'daki elçilik çalışanlarının yarısının sağlık alanında çalıştığını vermektedir. Bkz. Cooper Andrew F., The G8/G20 and Global Health Governance: Extended Fragmentation or a New Hub of Coordination, in Global Health Diplomacy: Concepts, Issues, Actors, Instruments, Fora and Cases, edited by Kickbusch & Lister & Told & Drager, Springer Science+Business Media, New York, 2013, s. 244. Öte yandan, sağlık politikalarının tutarlılığı açısından önerilerde bulunan *Silberschmidt* ve *Zeltner* ise, uluslararası örgütler nezdinde veya iki taraflı misyonlarda, özellikle de New York ve Cenevre'yi işaret ederek, sağlık ataşelerinin görevlendirilmesi gereğini önerilerden biri olarak ortaya koymuşlardır. Bkz. Silberschmidt Gaudenz & Zeltner Thomas, Global Health Begins at Home: Policy Coherence, in 21st Century Global Health Diplomacy, edited by Novotny & Kickbusch & Told, World Scientific, (2013) 294. Tüm bu açıklamalar, ötesinde bu çalışmanın müteakip bölümlerindeki güncel veriler ve hususlar toplu bir biçimde değerlendirildiğinde, diplomatik misyonlarda tıbbî veya sağlık ataşelerine ilişkin gerçek bir artışın olduğunu iddia etmek, en azından şu an için, zor görünmektedir.

²⁶ Konuya ilişkin meselâ bkz. Mihály Kökény 'Negotiating the World Health Organization Reform Process, in Pathways to Global Health Case Studies in Global Health Diplomacy' vol 2 Matkin and Kickbusch(eds), (World Scientific 2017) 30

²⁷ Ibid

bulundurduğu²⁸, dört merkezde (Bangkok/Tayland, Hanoi/Vietnam, Guatemala City/Guatemala, Nairobi/Kenya) Sağlık ve İnsan Hizmetleri Bakanlığı (*Department of Health and Human Services*) Ülke Temsilcileri görevlendirdiği, iki merkezde Savunma Bakanlığına (*Department of Defence*) bağlı olarak Sağlık İlişkileri Ataşesi (*health affairs attaché*) bulundurduğu ve bir merkezde de Uluslararası Kalkınma Birleşik Devletler Ajansına (*United States Agency for International Development*) bağlı sağlık ataşesi gönderdiği görülmektedir.²⁹ Amerika Birleşik Devletleri tarafından 2018 yılında yayınlanan diplomatik liste³⁰ incelendiğinde ise, unvanında “tıbbî” (*medical*) veya “sağlık” (*health*) nitelenmesine yer verilen ataşeleri atayan altı devlet bulunmakta olduğu görülmektedir: Birleşik Arap Emirlikleri, Japonya, Kanada, Katar, Kuveyt ve Suudi Arabistan.³¹

Birleşik Krallık Dışişleri Bakanlığı tarafından en son 2020 Mart’ında güncellenen diplomatik liste irdelendiğinde³² bazı devletlerin misyonları dâhilinde “sağlık büroları” (*health office*) bulundukları³³, bazılarının bu bürolara “tıbbî büro” (*medical office*) adı verdiği, bazı devletlerin ise misyon dâhilinde tıbbî kesimlere (*medical section*) yer verdiği görülmektedir. Bu devletler aynı zamanda misyonları kapsamında oluşturdukları bu birimlerde genelde (sağlık) ataşeler(in)e (*-health- attaché*) yer vermektedir. Birkaç devlet ise, sağlık ataşesi yerine veya onların yanına “askerî ataşe” veya “tıbbî memur” (*medical officer*) görevlendirmiştir.³⁴ Öte yandan, bazı devletlerin misyon dâhilinde ayrı bir birim oluşturmaksızın sağlıkla ilgili ataşe veya danışman kullandığı³⁵, bazılarının ise konuya ilişkin bir birim oluşturmuş olmalarına rağmen, henüz herhangi bir görevli kişiyi akredite etmedikleri³⁶ konuya dair dikkat çeken diğer hususlar olmaktadır.

²⁸ Doğrudan sağlık ataşesinin gönderildiği önceki merkezler arasında Hanoi (Vietnam), Addis Ababa (Etiyopya), Kabil (Afganistan) ve Bağdat’ın (Irak) yer aldığı aktarılmaktadır.

²⁹ Bkz. Brown *et al.*, (n. 21)

³⁰ Bkz. ‘Diplomatic List’ United States Department of States, Fall 2018 via www.state.gov/wp-content/uploads/2018/12/Diplomatic-List---Fall-2018.pdf Erişim Tarihi 30 Mart 2020

³¹ Bu liste, Amerika Birleşik Devletleri Dışişleri Bakanlığı’nın yayınladığı 2012 tarihli liste ile de karşılaştırılabilir. 2012 tarihli söz konusu diplomatik listeye ilişkin bilgiler için bkz. Brown, (n 24) dipnot: 21

³² Bkz. ‘The London Diplomatic List’ Revised at March 05 2020 via <https://data.gov.uk/dataset/ac361893-3037-461e-8545-a7004f63ab42/the-london-diplomatic-list-blue-book> Erişim Tarihi 30 Mart 2020

³³ Birleşik Arap Emirlikleri, Irak, Katar, Kuveyt, Suudi Arabistan

³⁴ Sağlık ataşesinin yanı sıra yine sağlık alanında askerî ataşe görevlendiren Kuveyt ve tıbbî memur atayan Ürdün örneklerinde görüldüğü üzere.

³⁵ Meselâ Kanada herhangi bir ayrı birim yaratmaksızın tıbbî görevle yetkili kıldığı bir ataşe görevlendirirken, Amerika Birleşik Devletleri ise “Tıbbî İlişkiler için Büyükelçilik Danışmanı” (*Counselor of Embassy for Medical Affairs*) atamıştır. Yine Mısır da Tıbbî Bürosunda bir “danışman” (*counselor*) görevlendirmiştir.

³⁶ Meselâ “Sağlık Ataşesi Bürosu” (*Health Attaché Office*) oluşturan Irak veya Büyükelçiliğindeki “Tıbbî Kısmı” (*Medical Section*) oluşturan Malta gibi.

Türkiye açısından bir değerlendirme yapılması gerekirse, tarihî perspektiften bakıldığında, Türkiye'nin tıbbî ataşe kullandığı görülmektedir. Tarafımızca tespit edilebildiği kadarıyla 1930'lu yıllarda Türkiye'nin Birleşik Devletler Büyükelçiliğinde bir tıbbî ataşe görev yapmış³⁷, yine 1997 ilâ 2000 yılları arasında söz konusu büyükelçilikte bir askerî tıbbî ataşe bulundurulmuş³⁸ olduğu gözlenmektedir. Ancak 3 Mart 2020 tarihinde CİMER aracılığıyla Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı'na tarafımızca yöneltilen sorular arasında yer alan “*Türkiye'nin dış temsilciliklerinde diplomatik rütbeyi haiz olan veya olmayan şekilde doktor kadrosu bulunmakta mıdır? Meselâ, tıbbî ataşe var mıdır veya teknik - idarî personel kadrosunda bir doktora yer verilmekte midir?*” şeklindeki sorulara 26 Mart 2020 tarihinde dış temsilciliklerimizde tıbbî ataşe, sağlık personeli/kadrosu bulunmamaktadır biçimde bir cevap verildiği belirtilmelidir.³⁹

3 Mart 2020 tarihinde CİMER aracılığıyla Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı'na yöneltilen diğer sorular arasında yer alan “*Türkiye'deki yabancı misyonlarda diplomatik listede yer alan doktor kadrosu (aynı şekilde diplomatik rütbeyi haiz olan veya olmayan) veya doktor bulunmakta mıdır?*” şeklindeki soruya ise 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi (ve 1963 tarihli Viyana Sözleşmesi) kuralları çerçevesinde misyon kadrolarının oluşturulduğu ve bu kadrolarda doğrudan tıp doktoruna yer verilmediği hususu vurgulandıktan sonra *sağlık alanında ikili ilişkilerin geliştirilmesine yönelik olarak bazı ülkeler “Sağlık Ataşesi” veya “Sağlık Ataşe Yardımcısı” unvanları ile diplomatik ajan/konsolosluk memuru statüsünde personel ataması yapabilmektedir* biçimde cevap verilmiştir.⁴⁰ Her ne kadar, CİMER aracılığıyla Dışişleri Bakanlığı'na yönlendirilen bu sorunun sorulma nedeni farklı olsa ve doğrudan doktorlara dair bir araştırma için yöneltilmiş olsa da verilen cevapta görüldüğü üzere bazı devletlerin Türkiye'deki misyonlarında “sağlık ataşesi” ve/veya “sağlık ataşe yardımcısı” unvanlarıyla diplomatik misyon üyesi bulundurdukları teyit edilmiş olmaktadır.

B. TIBBÎ ATAŞELİK KURUMUNA DAİR ÖNERİLER

Sağlığın günümüzdeki önemi, diplomasi hukuku açısından da artık inkâr edilmeyecek düzeydedir. Bu çerçevede, devletlerin tıbbî ataşeleri, en azından belirli kilit misyonlarda

³⁷ Bkz. G.H. Hackworth, ‘Digest of International Law’ vol IV (United States Government Printing Office 1942), 433-434

³⁸ Bkz. Nurullah Ermiş, Kaan Erler and Teoman İ. Benli, Prof. Can Solakoğlu, M.D., Journal of Turkish Spinal Surgery, (2017) vol. 28(4) 286

³⁹ CİMER aracılığıyla Dışişlerine yöneltilen sorulara yine CİMER aracılığıyla 26 Mart 2020 tarihinde Dışişleri Bakanlığı'nca verilen cevaplar yazarın dosyasında bulunmaktadır.

⁴⁰ CİMER aracılığıyla Dışişlerine yöneltilen sorulara yine CİMER aracılığıyla 29 Nisan 2020 tarihinde Dışişleri Bakanlığı'nca verilen cevaplar yazarın dosyasında bulunmaktadır.

kullanması, kuşkusuz, yarar sağlayacaktır. Bilhassa işinin ehli kişiler tarafından yürütülecek bu görev doğrudan kaynağından haber ile daha hızlı ve uygun adımların atılmasında ve etkili önlemlerin alınmasında faydalı olacaktır. Ancak, bu görevin üstesinden gelinmesi görevlendirilecek kişilerin niteliğiyle de yakından ilgili olacaktır. Evveliyatla belirtilmelidir ki, bu görevi gerçekleştirmesi düşünülen kişinin sağlık kökenli olması, en azından sağlık konusunda belirli bir bilgiyi haiz olması daha fazla yarar sağlayacaktır. Öte yandan, bunun diplomatik bir görev olduğu, bir başka ifadeyle bu görevin sağlıkla birlikte ciddi bir diplomatik yönü olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.⁴¹ Bu itibarla, sadece diploması alanında yetkin veya sadece sağlık alanında yetkin bir kişi yeterli olmayabilecektir. Yâni, tıbbî ataşeden bahsedildiğinde her iki alanda da uzmanlaşmış bir kişiye ihtiyaç duyulacağı muhakkaktır. Bunun sağlanması da o denli kolay değildir. Bu yönlü kişilerin yetiştirilmesi, kuşkusuz, zaman alacaktır. Ancak, kanımızca, bir an evvel bu konu üzerine eğilmeli ve gerekli insan ve eğitim yatırımına başlanmalıdır.

Tıbbî ataşelerin gönderen devletin Dışişleri Bakanlığı'na değil, ancak Sağlık Bakanlığı'na bağlı olması, özellikle gerekli bilgi alışverişinin yapılması bakımından daha mâkul karşılanmalıdır.

Bu tür kişilerin diplomatik rütbeyi haiz olabileceği gibi, bu tür bir rütbeyi haiz olmayabileceği de göz önüne alınmalıdır. Bunun kararını, kuşkusuz, gönderen devlet verecektir.⁴² Ancak, kabûl eden devletin de gönderen devletin misyon kadrolarının makul düzeyde tutulmasını talep edebileceği unutulmamalıdır.⁴³ Bu çerçevede, bu tür bir kadronun belirlenmesinde karşılıklılık ilkesinin gündeme geleceği ve her hâlükârda kabûl eden devletin rızasına ihtiyaç olunabileceği akıllarda tutulmalıdır.

Son bir husus olarak ilâve edilmelidir ki, tıbbî ataşeler için diplomatik rütbeyi haiz kılmak, görevlerini yerine gereği gibi getirebilmeleri adına kuşkusuz önemli olacaktır. Tıbbî ataşelerin diplomatik rütbeye sahip olması, görevlerini yerine getirirken onları kabûl eden

⁴¹ Diploması bir sanat olarak da mütalâa edilmektedir ve dolayısıyla diplomatların belirli birtakım özellikleri haiz olmaları beklenmektedir. Bu çerçevede, iyi derecede yabancı dil bilmek, iyi konuşabilmek, olayları hızlı bir biçimde algılayabilmek ve yorumlamak vs. gibi özellikler aranan bu özelliklerden bazıları olarak mütalâa edilebilecektir. Bu minvalde, genel olarak büyükelçilerde olması gereken nitelikler göz önünde bulundurulabilir. Bu niteliklere dair açıklama ve değerlendirmeler için meselâ bkz. Roberto Regala, *The Trends in Modern Diplomatic Practice* (Dott. A. Giuffrè-Editore 1959) 101-102; M.K. Panikkar, *The Principles and Practice of Diplomacy*, Asia Publishing House 1964) 62-63

⁴² 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 7

⁴³ 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 11. Nitekim *do Nascimento e Silva* da kabûl eden devletin ataşelerin diplomatik statünü reddedebileceğinin, daha açık bir ifadeyle kimin diplomatik listede yer alacağına kabûl eden devletin karar vereceğinin altını çizmiştir. Bkz. *do Nascimento e Silva*, (n 6) 143

devletin olası müdahalelerinde de azamî oranda koruyacaktır.⁴⁴ Bununla birlikte, bu durum, ilgili şahsın kabûl eden devletin kanun ve düzenlemelerine riayet etmesi gereğini ortadan kaldırmamaktadır.⁴⁵

SONUÇ

Bilgi güçtür. Bu beylik laf her zaman geçerliliğini korumaktadır. Özellikle günümüzün hızla değişen dünyasında bilginin güç olma özelliği daha da belirgin hâle gelmiştir. Her alanda bilgi gücü temsil etmektedir.

Geçtiğimiz yüzyılda yaşanan gelişmeler multi-disipliner alanların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Uluslararası hukukta da bu tür multi-disipliner alanlara sıklıkla rastlamak artık mümkün olmaktadır. Bu alanlardan birinin de insan hayatının temellerini teşkil eden iki ana alanda, hukuk ve sağlık alanlarında kendisini gösterdiği ifade edilebilir. Bu açıdan bakıldığında çok gerilere gitmeksizin küresel sağlık politikalarından bir 20, 30 yıl öncesinde olmadığı kadar bahsedilmeye, devletlerin ve ilgili uluslararası örgütlerin bu konuda ciddi çalışmalar yapmaya başladıkları inkâr edilemeyecek gerçekler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Gerek küresel alanda gerek ulusal düzeyde sağlık politikaları oluşturulurken bilgiye, veriye duyulan ihtiyaç muhakkaktır. Bu bilgiyi ve/veya verileri elde etmede en önde bu konuda hizmet görmek için yetiştirilmiş kişilerin geleceğini iddia etmek abartılı olmasa gerektir. Bunlar arasında, devletlerin misyonlarında görevlendirecekleri tıbbî ataşelere de yer verilmesi kaçınılmaz olacaktır.

Her ne kadar devletlerin diğer devletlerin ülkelerindeki sürekli misyonlarında yaygın olarak tıbbî ataşe bulundurmadıkları gözlense de, bu durumun, kanımızca bilhassa COVID 19 pandemisinin de gösterdiği üzere, değişeceği ileri sürülebilecektir. Bilindiği üzere, COVID 19'un ortaya çıktığı ve yayılmaya başladığı ilk günlerde, Çin Halk Cumhuriyeti'nde, özellikle de Wuhan'da yaşananlar Çin Halk Cumhuriyeti Hükûmeti'nin verdiği bilgiler ve sosyal medyadan izlenmiştir. Bu durum dünyanın herhangi bir yerindeki sade vatandaşlar açısından değil, birçok devlet ve onların hükûmetleri açısından da bu şekilde cereyan etmiştir. Oysa en azından birkaç devletin tıbbî ataşeleri Çin Halk Cumhuriyeti misyonlarında görev almış olsa ve durumu en başından etüt ve analiz edip, hükûmetlerine durumun vahameti hakkında bilgi

⁴⁴ Diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklara dair genel olarak düzenlemeler için bkz. 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 25 ilâ m. 39

⁴⁵ 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 41/1

verselerdi, birçok devlet önlem almakta bu kadar gecikmeyebilirdi. Tabî ki, bu iddianın bir varsayım olduğu hakikat olmakla birlikte, yine de oldukça gerçekçi bir varsayım olduğunun kabûl edilmesi abartılı olmayacaktır.

Devletlerin tüm misyonlarında değil, ancak belirli devletlerdeki misyonlarında tıbbî ataşeler bulundurmak suretiyle sağlık konusunda gerekli veri ve bilgiye ulaşma, sağlık alanında uluslararası işbirliği bir yana ikili veya bölgesel işbirliğini geliştirme gibi hedeflerini rahatlıkla elde edebilecekleri, bu minvalde ileri sürülebilir. Özellikle birçok devletin bütçesel kaygılarla yabancı ülkelerdeki sürekli temsilciliklerini daraltmaya gittikleri bu dönemde⁴⁶ yaygın olarak başvurulması, uygulanması beklenemeyecek tıbbî ataşe uygulamasını, devletlerin kendilerinin öncelik kesbettiğini düşündükleri bölgelerde ve sadece belirli devletlerde bulunan misyonlarında uygulayabileceklerini düşünmek daha mantıklıdır.

Tıbbî ataşe uygulamasından fayda sağlanmak isteniyorsa, bu kişilerin sadece bir diplomatın sahip olmasının beklendiği diplomatik özelliklere sahip olmasının yetmeyeceği, bilâkis sağlık temellerinin bulunmasının gerekli olduğu evveliyatla göz önünde bulundurulmalıdır. Bu tür kişilerin hâlihazırda varlarsa bile sayılarının çok da fazla olmadığı aşikârdır. Bu nedenle, en kısa süre içerisinde bu yönlü kişilerin yetiştirilmesi için eğitimlere başlanmasında mutlak yarar vardır. Yine tıbbî ataşe olacak bu kişilerden verim alınabilmesi onlara diplomatik rütbe atfedilmesiyle mümkün olacaktır. Her ne kadar dışişleri kadrosunda yer almasalar da, bu kişilere diplomatik rütbe, bu çerçevede ataşelik bahşedilmek suretiyle işlerini gereği gibi yerine getirebilmelerinin ana koşullarından birini oluşturan diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklardan da yararlandırılmaları sağlanmış olacaktır.

KAYNAKÇA

Barrett RJ, 'The Role of the Military Attaché' (1971) 51(5), 51(5) Military Review, 50-55

Berridge GR and Lloyd L, The Palgrave MacMillan Dictionary of Diplomacy (3rd ed. Palgrave MacMillan 2012)

Blum YZ, International Relations and Legal Cooperation in General-Diplomacy and Consular Relations. in Rudolf Bernhardt (ed), Encyclopedia of International Law, Volume 9 (Amsterdam, Elsevier 1986) 89-94

⁴⁶ Bu konuda bkz. Rana S Kishan., Embassies, Permanent Missions and Special Missions, in The SAGE Handbook on Diplomacy, edited by Constantinou & Kerr & Sharp, Sage, London, 2016, s. 153.

- Brown MD, MacKey TK, Shapiro CN, Kolker J and Novotny TE, 'Bridging Public Health and Foreign Affairs: The Tradecraft of Global Health Diplomacy and the Role of Health Attachés' *Science & Diplomacy* (2014) 3(3) via www.sciencediplomacy.org/article/2014/bridging-public-health-and-foreign-affairs
Erişim Tarihi 30 Mart 2020
- Chatterjee C, *International Law and Diplomacy* (Routledge 2007)
- Clark E, *Corps Diplomatique* (Allen Lane 1973)
- Cooper AF, The G8/G20 and Global Health Governance: Extended Fragmentation or a New Hub of Coordination, in *Global Health Diplomacy: Concepts, Issues, Actors, Instruments, Fora and Cases*, edited by Kickbusch & Lister & Told & Drager, Springer Science+Business Media (New York 2013) 243-252
- Davies S, Kamradt-Scott A and Rushton S, *Disease Diplomacy: International Norms and Global Health Security*, (Johns Hopkins University Press 2015)
- Denza E, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations* (4th ed. Oxford University Press 2016)
- 'Diplomatic List' United States Department of States, (Fall 2018) via www.state.gov/wp-content/uploads/2018/12/Diplomatic-List---Fall-2018.pdf Erişim Tarihi 30 Mart 2020
- Do nascimento e silva GE, *Diplomacy in International Law* (1st ed. Sijthoff 1972)
- Ermiş N, Erler K and Benli İT, Prof. Can Solakoğlu, M.D., *Journal of Turkish Spinal Surgery*, (2019) 28(4), 283-288.
- Fox JR, *Dictionary of International and Comparative Law* (3rd ed. Oceana Publications, Inc., 2003)
- Gamboa MJ, *A Dictionary of International Law and Diplomacy* (Central Lawbook Publishing Co. Inc., Quezon City 1973)
- Hackworth GH (ed), *Digest of International Law* (United States Government Printing Office vol. IV 1942)
- Kickbusch I, Lister G, Told M and Drager N (eds.), *Global Health Diplomacy: Concepts, Issues, Actors, Instruments (Fora and Cases)* Springer Science+Business Media 2013)
- Kickbusch I, 21st Century Health Diplomacy: A New Relationship between Foreign Policy and Health, in *21st Century Global Health Diplomacy*, edited by Novotny TE ve Kickbusch I ve Told, M (World Scientific 2013)
- Kickbusch I, Silberschmidt G and Buss P, 'Global Health Diplomacy: The Need for New

- Perspectives, Strategic Approaches and Skills in Global Health'in (Bulletin of the World Health Organization, 85(3) 2007) 230-232.
- Kishan SR, Embassies, Permanent Missions and Special Missions, in The SAGE Handbook on Diplomacy, edited by Constantinou & Kerr & Sharp, Sage (London 2016)
- Kökény M, 'Negotiating the World Health Organization Reform Process' in (2017) 2 Pathways to Global Health Case Studies in Global Health Diplomacy (by Matkin & Kickbusch, World Scientific) 15-38.
- Novotny TE, Kickbusch I and Told M, 21st Century Global Health Diplomacy (World Scientific 2013)
- Oelfke C, Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961: Commentaries on Practical Application (BMV/Berliner Wissenschafts-Verlag 2018)
- Panikkar KM, The Principles and Practice of Diplomacy (Asia Publishing House 1964)
- Regala R, Trends in Modern Diplomatic Practice, (Dott. A. Giuffrè-Editore 1959)
- Salmon JJ, 'Members of the Staff of Diplomatic Mission' (2009) Max Planck Encyclopedia of Public International Law (on-line ed. edited by Wolfrum), via <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e962> Erişim Tarihi 17 Temmuz 2017
- Silberschmidt G ve Zeltner T, Global Health Begins at Home: Policy Coherence, in 21st Century Global Health Diplomacy, edited by Novotny & Kickbusch & Told, World Scientific, (Singapore 2013) 279-297.
- "The London Diplomatic List" Revised at March 05 2020 via <https://data.gov.uk/dataset/ac361893-3037-461e-8545-a7004f63ab42/the-london-diplomatic-list-blue-book> Erişim Tarihi 30 Mart 2020).
- Vagts A, The Military Attaché (Princeton University Press 1967)



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

6183 SAYILI AMME ALACAKLARININ TAHSİL USULÜ HAKKINDA KANUN'DA YER ALAN SUÇLARIN MUHAKEMESİNDE DAVA ŞARTI OLARAK İHBAR

*Araş.Gör. Erdem Utku ÇAKIR **

ÖZET

Kamu alacağının doğumundan tahsiline kadar geçecek her aşamada korunmasını amaçlayan tedbirlerin alınması, bu alacağa eksiksiz kavuşulmasında hayati bir önem taşımaktadır. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da düzenlenen teminat isteme, ihtiyati haciz, ihtiyati tahakkuk başta olmak üzere alışlagelmış yöntemler yanında, birtakım fiiller yaptırım altına alınarak kamu alacağının korunması amacı desteklenmektedir. Kanunda yer alan yedi suçun dördünün yargılama usulü için bir şart koşulmuştur. Bu şart bir muhakeme şartı niteliğinde olup, alacaklı amme idaresinin o mahaldeki en büyük memurunun ihbarı biçiminde somutlaşmaktadır. Alacaklı idarenin, kamu borçlularının borcu ödedikten sonraki durumları ile alakadar olmaları mecburiyeti doğrultusunda anlam kazanan bu muhakeme şartı, söz konusu suçların bir cezayla sonlanma oranını genel suçlara nazaran düşürmektedir. Muhakeme sürecinin başlamasını veya devamını bir şarta bağlamak kanun koyucuya ait bir yetki olmakla birlikte eğer mevcut olursa, bu şartın anlaşılır ve net biçimde düzenlenmesi zaruridir. İhbarı düzenleyen fıkrada da yapılacak kimi değişiklikler uygulamadaki aksaklıkların ve karışıklıkların giderilmesine yarar sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler Muhakeme Şartı, İhbar, Kamu Alacakları, Kamu Borçlusu, Tahsil

NOTIFICATION AS A JUDGEMENT CONDITION FOR CRIMES IN THE LAW ABOUT THE COLLECTION OF PUBLIC RECEIVABLES NO. 6183

Res. Asist. Erdem Utku ÇAKIR

ABSTRACT

Taking measures aimed at protecting public receivables at every stage from birth to collection is of vital importance in achieving this receivable completely. The purpose of protecting public receivables is supported by taking a collateral, prudent lien, prudent accrual, as well as the usual methods of requesting collateral in the Law about the Collection of Public Receivables No. 6183. A separate condition is stipulated for the trial procedure of four of the seven crimes in the law. This condition is a condition of judgment and is embodied in the form of the notice of the largest official of the creditor public administration in that locality. This reasoning condition, which gained meaning in line with the obligation of the creditor administration to be concerned with the situation of the public debtors after they paid the debt, reduces the rate of termination of the crimes in question compared to the general crimes. While it is an authorization of the legislator to condition the start or continuation of the reasoning process, it is imperative to clearly and clearly regulate this condition, if any. Some amendments to be made in the paragraph that regulates the notify will also benefit from the disruption and confusion in the application.

Key Words Judgement Condition, Notify, Public Receivables, Public Debtor, Collection

*Araş. Gör., Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, eucakir@uludag.edu.tr, ORCID 0000-0002-3518-9056



Extended Summary

Law on Collection Procedure of Public Receivables no. 6183 (the “Law number 6183”) regulates the collection procedure of public receivables involving tax claims and the follow-up procedures for the future receivables which are not finalized yet, including practices such as prudential accrual and contingent foreclosures.

The transfer of public receivables to the registers of Treasury Department on due time and in full amount is important for the financing of public services. The unpaid public receivables may hinder the public services in the macro scale and may also create a sense of inequality among citizens and taxpayers and damage the principle of justice. Efficient precautions are taken to ensure the collection of public receivables, and pecuniary penalties and liberty-binding punishments are imposed on those who do not obey these precautions.

This study aims to investigate trial procedures of Law Number 6183 rather than the legal elements, of the crimes. It emphasizes the denunciation as a condition in the trial of crimes. This article tries to identify the form of the denunciation in various aspects such as the authority to notify, the duration and other procedural aspects of sending denunciation notice.

First section addresses the crimes of Law Number 6183 in the following: disclosure of a secret in Article 107, Participating in Auctions and Buying Goods in Auctions in Article 108, Preventing the Collection of Public Receivables in Article 110, Making Misrepresentation in Article 111, Acquisition of Property and Not Notification of Increases in Article 112, Failure to Declare Property Owned by a Public Debtor in Article 113, Not Giving the Information That are Requested in Article 114. Accordingly, the presidents and members of any assessment and public sale commissions which take part in the process of forceful collection of public receivables, the officers of execution and bankruptcy departments, the receivers, the persons carrying out the services and orders of the collection departments, and the expert witnesses who perform a duty in the process of collection must not breach these rules taken by the government via laws for the protection of such public receivables.

Second section analyses the reporting of crimes and offenses in the Law Number 6183. As a rule, anyone can report, the identity of the denouncer (whistleblower) is not important. However, in some crimes, who will be notified is also clearly stated by the legislator. For example, crimes in Law Number 6183, Article 115, the creditor is followed up upon the notice of the highest official of the public administration in that location. Public Prosecutor could only takes upon the case after such denunciation of the highest official. In this context, the prosecution of the crimes by the Public Prosecutor's Office depends on the administration's opinion that these crimes are committed and and all the necessary investigation are completed by the highest official as a denouncer. That is to say, an inspection must be made by the creditor collection office which determines with a report that a crime has occurred as a result of the examination. This is a condition for a public case to be filed. On the other hand, Coşkun states that the crime of preventing the collection of the public receivables regulated in Article 110 is

not required a denunciation. So that, the public prosecutor shall conduct an investigation if, he becomes aware of the crime, either on his own or upon someone else's notice.

Third section looks at the nature and results of the denunciation. Authority to notify a denunciation to the creditor is left to the highest officer of the public administration in that location. This highest officer is the mayor if the creditor is a municipality and the governor if the creditor is a special provincial administration. Denunciation notice must be made in writing to the chief public prosecutor or law enforcement authorities. The Public Prosecutor, who is informed that the crime has been committed in a way other than the notification of the competent authority in the crimes covered by the Law Number 6183 should inform the highest official to examine the situation. If highest official reports its notice then it can begin prosecution. The Public Prosecutor must decide that there is no need for prosecution when the highest official notified and informed that he will not report the situation.

In conclusion, according to “principle of legality” which underlie of tax law, taxes, duties, charges and the same public receivables are created by financial obligation have to be enacted only with law. Article 115 of the Law Number 6183 creates some hesitations due to its writing technique and preferred concepts of the substance. Article 115 should have clearly stated whether it is regulated as a condition of judgment in terms of the crimes from Article 107 to Article 114. In summary, preferring the concept of "written application" rather than “denunciation” and clearly stating that this written application constitutes a judgment condition will bring an end to hesitations and complexity in practice.

GİRİŞ

Kamu hizmetlerinde, gelişmelere ve çeşitliliğe bağlı oluşan büyümeler, onların hayat kaynağı olarak değerlendirilebilecek olan kamu gelirlerinin artışının başlıca nedenleri arasında yer almaktadır. Devletler kamu harcamaları yapabilmek ve artan bütçe giderlerini karşılayabilmek için birtakım gelirlere başvurmaktadır. Bu gelirler her geçen sene çeşitlenerek artmaktadır. Devlet, ihtiyaç duyduğu ve kendisi bakımından alacak teşkil eden gelirlere bir an önce kavuşmak için gerekli düzenlemeleri yapmakta ve gereken tedbirleri almaktadır. Kamu alacağının doğumundan tahsiline kadar geçecek her aşamada korunmasını gerektiren tedbirlerin alınması, bu alacağa eksiksiz kavuşulmasında hayati bir önem taşımaktadır.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a¹ (AATUHK) adını da veren en belirgin süreç tahsil olmakla birlikte, kanun yalnızca kamu alacağının tahsiline odaklanmış olmayıp, bu aşamaya gelinceye kadar geçen süreçte kamu alacağının kısmen veya tamamen ortadan kalkmasını engelleyici hükümleri de içerisinde barındırmaktadır. AATUHK'da iyi niyetli kamu borçlularına kolaylık sağlandığı gibi, diğer taraftan kamu alacağının tahsilinin olanaksızlaşması tehlikesine karşı bazı güvenceler geliştirilmiştir². Kamu alacaklarında tahsilat kolaylığı ve koruma amacıyla teminat isteme, ihtiyati haciz ve ihtiyati tahakkuk gibi önlemlerin yanı sıra, rüçhan hakkı, kamu alacağı ödenmeden yapılamayacak işlemler ve iptal davası düzenlenmeleri bulunmaktadır. Amme alacaklarının korunmasında öngörülen ve kanunla düzenlenmiş alışılagelmiş yöntemler bu sayılanlar olmakla birlikte kimi fiillerin kanunla suç olarak düzenlenmesi ve karşılığında yine kanunla yaptırımlar öngörülmesi de kamu alacaklarının korunmasında önemli bir rol üstlenmektedir. Konuları bakımından kamu icra suçları da diyebileceğimiz ve AATUHK'nın "Zamanaşımı, Terkin, Yasaklar ve Cezalar ve Son Hükümler" başlıklı Üçüncü Kısımının, "Yasaklar ve Cezalar" başlıklı İkinci Bölümünde düzenlenmiş olan suçların, cezanın genel önleme ve özel önleme amaçları da göz önünde bulundurulduğunda tahsil sürecini gözettiği anlaşılmaktadır.

Çalışmada AATUHK'da yer alan suçların unsurları ve yaptırımlarından ziyade, yargılama usulü üzerinde durulacaktır. Keza suçlarla ilgili bir muhakeme şartı öngörülmüş ve suçların da yer aldığı bölümde "Suçların Takibi" başlıklı 115. maddenin ilk fıkrasında bu husus açıkça belirtilmiştir. Suçların muhakemesinde bir şart olarak "ihbar" müessesesi, ihbarın şekli, ihbarı yapmaya yetkili merci ve süre gibi çeşitli açılardan incelenecek, bilhassa diğer

¹ Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6183, Kabul Tarihi: 21.07.1953, RG 28.07.1953/8469

² Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan, Vergi Hukuku (18. Baskı, Turhan Kitabevi 2010) 166; Erdoğan Öner, Vergi Hukuku (11. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019) 193

muhakeme şartlarıyla karşılaştırılmak suretiyle aralarındaki ortak noktalar ve farklar belirlenmeye çalışılacaktır.

I. AATUHK'DA YER ALAN SUÇLARA GENEL BAKIŞ

A. TANIM

Tahsil süreci bazen uzun bir zaman sürecine yayılan bir özellik göstermektedir. Bu süreçte bir tarafta kamu hizmeti sunmak için kaynağa ihtiyaç duyan devlet, diğer tarafta ise kendi harcanabilir varlığının eksilmemesini/daha az eksilmesini arzu eden kamu borçlusu bulunmaktadır. Borçlu borcunu kendi rızasıyla, eksiksiz bir biçimde ve tam zamanında ifa ettiğinde problem meydana gelmez. Kamu hizmetlerinin devamlılığı, kolektif çıkarın bireysel çıkara belli bir ölçüde üstün tutulması gibi ilkeler, kamusal ihtiyaçların karşılanması için gerekli fonların riske sokulmadan düzenli ve zamanında sağlanmasını zorunlu kılmaktadır³. Bu zorunluluk ise kamu alacaklarının özel alacaklara nazaran daha özel ve etkili usullere göre tahsiline gerek gösterir. Kamu icra hukuku da özel icra hukukuna göre varlığını şüphesiz bu zorunluluğa borçludur. Kamu icra hukuku, devlet başta olmak üzere kamu idarelerinin ve kurumlarının, mali yükümlerden doğan alacaklarıyla ilgili güvence önlemlerini, bunların ödenmesini ve hukuki cebre dayalı olarak ödenmesini düzenleyen bir mali hukuk dalı olarak tanımlanmaktadır⁴.

AATUHK'da yer alan, hapis cezası ve/veya adli para cezası gerektiren, icrai veya ihmali hareketle işlenebilen mali karakterli suçlar “kamu icra suçları” olarak da nitelendirilebilirler. AATUHK'nın “Zamanaşımı, Terkin, Yasaklar ve Cezalar ve Son Hükümler” başlıklı Üçüncü Kısımının “Yasaklar ve Cezalar” başlıklı İkinci bölümünde (m. 107- 115) toplam 9 madde bulunmakta olup bunların ilk yedisinde yer verilen suçlar tüm maddi unsurlarıyla tanımlanmıştır.

B. AATUHK 'DA YER ALAN SUÇLAR

Ceza hukukuyla ilgili genel hükümler, ceza hukukuna hakim temel ilkeler ve suçlar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) yer almaktadır. Bununla birlikte TCK, maddi anlamda ceza hukukun tek kaynağı olmayıp, başka kanunlarda da ceza normları bulunmaktadır. Bu tür kanunlar, TCK m. 5'te “özel ceza kanunları” ve “ceza içeren kanunlar” olarak ifade edilmiştir. Özel ceza kanunlarının ve ceza içeren kanunların oluşturduğu bütüne yan ceza

³ Öncel, Kumrulu ve Çağan, (n 2) 158

⁴ Yusuf Karakoç, Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar (1. Baskı, Yetkin Yayınevi 2000) 24

kanunları adı da verilmektedir⁵. Toplumsal yaşamın giderek karmaşık hale gelmesi değişik alanların farklı kanunlarla yaptırım altına alınmasını sonuçlamaktadır. 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu⁶, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu⁷ gibi kanunlar özel ceza kanunları olup belirli kişilere uygulanmaktadırlar ve ceza hukukunun belirli dallarını düzenlemektedirler. AATUHK ise özel ceza kanunu değildir. Ancak, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu⁸ (İİK), 5411 sayılı Bankacılık Kanunu⁹ veya 213 sayılı Vergi Usul Kanunu¹⁰ gibi “ceza içeren kanun” dur.

AATUHK ile genel kanun olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu¹¹ arasındaki ilişki yine TCK m. 5 ile belirlenmiştir. Anılan maddeye uyarınca TCK’nın genel hükümleri, AATUHK’da düzenlenmiş suçlar hakkında da uygulanır. Bu suçlardan, kimisinin cezasına madde hükmünde yer verilmeyerek TCK’ya atıfta bulunulmakla yetinilmiş (Sırrın İfşası m. 107), kimilerinde ise suç tipleri yaptırımlarıyla birlikte detaylı bir biçimde düzenlenmiş bulunmaktadır.

AATUHK’da 7 adet suç düzenlenmiştir. Bu suçlar;

- Sırrın İfşası (m. 107)
- Artırmalara Katılma ve Artırmalarda Mal Satın Alma (m. 108)
- Amme Alacağına Tahsiline Engel Olma (m. 110)
- Gerçeğe Aykırı Bildirimde Bulunma (m. 111)
- Mal Edinme ve Artmalarını Bildirmeme (m. 112)
- Amme Borçlusuna Ait Elleri Bulundurdukları Malları Bildirmeme (m. 113)
- İstenecek Bilgileri Vermeme (m. 114)

C. SUÇLARIN MUHAKEMESİ

1. Genel Olarak

Bir suçun işlenip işlenmediğini, işlenmişse kim tarafından ve hangi şartlar altında işlendiği ve yaptırımının ne olacağı gibi sorulara çözüm getirebilmek adına yapılan iddia, savunma ve yargılama niteliğindeki bir dizi faaliyet olarak tanımlanan¹² ceza muhakemesinin ana kaynağı, *genel kanun* niteliğindeki 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu¹³ (CMK)’dur.

⁵ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (9. Baskı, Seçkin Yayınevi 2018) 107

⁶ Askeri Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 1632, Kabul Tarihi: 22.05.1930, RG 15.06.1930/ 1520

⁷ Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Kanun Numarası: 5607, Kabul Tarihi: 21.03.2007, RG 31.03.2007/ 26479

⁸ İcra İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG 19.06.1932/2128

⁹ Bankacılık Kanunu, Kanun Numarası: 5411, Kabul Tarihi: 19.10.2005, RG 01.11.2005/ 25983 (Mük.)

¹⁰ Vergi Usul Kanunu, Kanun Numarası: 213, Kabul Tarihi: 04.01.1961, RG 10.01.1961/10703-10705

¹¹ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611

¹² Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku (12. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019) 40

¹³ Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, RG 17.12.2004/25673

Öte yandan bazı kanunlarda da özel muhakeme kurallarına rastlanılabilmektedir. Örneğin 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun "Usul hükümleri" başlıklı ayrı bir bölümü bulunmakta ve adı geçen bölümde, arama, elkoyma gibi koruma tedbirleri ile müsadere, tasfiye gibi birtakım tedbirlere yer verilmiştir. Keza, içinde ülkemizde sıkça işlenen suçları¹⁴ barındıran İcra İflas Kanunu'nda, ilgili suçlardan dolayı kovuşturma yapmaya görevli ve yetkili mahkemeyi belirleyen hükümlerle birlikte, yargılama usulü ve duruşma gibi ceza muhakemesini doğrudan ilgilendiren düzenlemeler yer almaktadır. Bunların dışında varsa yargılama şartları da kimi kanunlarda soruşturma ve kovuşturma usulü başlığı altında düzenlenebilmektedir. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yer alan suçların şikâyete tabi olduğu ve şikâyetin ne suretle yapılacağı gibi hususlar, söz konusu kanunun 75. maddesiyle hüküm altına alınmıştır. AATUHK'da ise muhakemeyi ilgilendiren bir hükme suçların hemen arkasından gelmek üzere yer verilmiştir. Kanunun "Suçların takibi" başlıklı 115. maddesi şu şekildedir:

"110 ila 114 üncü maddelerde yazılı suçlar, alacaklı amme idaresinin o mahaldeki en büyük memurunun ihbarı üzerine Cumhuriyet Savcılığı tarafından takip olunur.

Bu suçlar bir hükmi şahsın idare ve muamelelerini görme sırasında işlenmiş ise ceza, hükmi şahsın ortaklarından, mümessil ve vekillerinden, tasfiye memurlarından idare meclisi reis ve azasından, murakıp ve müfettişlerinden veya müstahdemlerinden muameleyi yapmış olanlar hakkında hükmolunur."

2. Suçların Takip Usulü

AATUHK'da yer alan suçlar yargılama usulü açısından bir özellik arz etmektedir. Bu durumun yansıması ise yukarıda belirtildiği üzere AATUHK m. 115'dir. Özel bir yargılama usulüne işaret eden bu madde hükmü görüldüğü gibi, Amme Alacağının Tahsiline Engel Olma Suçundan (m. 110) başlamak üzere; Gerçeğe Aykırı Bildirimde Bulunma Suçu (m. 111), Mal Edinme ve Artmalarını Bildirmeme Suçu (m. 112), Amme Borçlusuna Ait Elllerinde Bulundurdukları Malları Bildirmeme Suçu (m. 113) ve İstenecek Bilgileri Vermeme Suçu (m. 114) için geçerlidir. Diğer suçların muhakemesinde 115. maddenin ilk fıkrası göz önünde bulundurulmayacaktır. Kanun koyucunun bu tercihinin sebebini, şarta tabi kılınmayan suçların

¹⁴ İcra ve İflas Kanunu uyarınca işlenen suç sayısı 2018 yılı verilerine göre 194.236 dır. Bu suçlar oransal olarak ise diğer tüm özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlar içinde %28.7 ile ilk sırada yer almaktadır. ><http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1982019170455istatistik2018.pdf>> 2019 yılında ise icra suçlarında az da olsa düşüş yaşansa da ilk sıradaki yerini korumuştur. 2019 yılında İcra ve İflas Kanunu uyarınca açılan dava sayısı 184.639 adet olup, oran %26.5 olarak gerçekleşmiştir. <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf>> Erişim Tarihi 12.08.2020

faillerinde aranması gerektiği kanaatindeyiz. Zira m. 107’de yer alan “Sırrın ifşası suçu” bir özgü suç olup, yalnızca AATUHK’nın tatbikinde vazifeli olan kimseler fail olabilmektedir. Diğer yandan “Artırmalara Katılamayacak ve Artırmalarda Mal Satın Alamayacak Olanlar” başlıklı m. 108’de yer verilen fiillere aykırı hareket etmeleri halinde cezalandırılmaları öngörülmüş olanlar yine Kanunun tatbikinde görevli olanlarla, bu kimselerin eşleri, üçüncü derece dâhil kan ve sıhri hısımlarıdır. Dolayısıyla bu suç da bir özgü suçtur. İhbar şartına bağlanan diğer suçlarda ise (113. madde hariç) fail, kamu borçlularıdır. Böylelikle alacaklı idare, konu adli makamlara intikal etmeden durumu kendi süzgecinden geçirerek kamu borçlularının aleyhine bir soruşturmaya başlanması konusunda bir karar vermek durumundadır.

AATUHK’nın gerekçesinde de¹⁵ kamu borçlularının özel hukuk sahasındaki borçlulardan farklı konumları şu şekilde ortaya konulmaktadır; “*Özel hukuk sahasındaki bir alacaklıyı, borçlusunun, alacak tahsil edildikten sonraki ekonomik durumu alâkadar etmeyebilir. Hâlbuki kamu borçluları, kamu idarelerinin gelir kaynaklarını teşkil ettiklerinden, kamu idareleri, bu kimselerin mevcut borç ödendikten sonraki durumları ile de alâkadar olmak mecburiyetindedirler*”. Alacağını güvence altına alarak, kolay ve hızlı tahsil etmek amacıyla hareket eden alacaklı kamu idaresiyle, karşı tarafta nispeten zayıf konumdaki kamu borçlusu arasındaki menfaat dengesinin sağlanması yolunda AATUHK’da yer alan suçların yargılanmasının şarta bağlanmasından da istifade edildiği söylenebilecektir. Hapiste olan bir kamu borçlusunun borcunu ifa etmesi daha da güçleşecek hatta imkânsız hale gelebilecektir. Böylesi bir ihtimalde, alacaklı kamu idaresinin kendi gelir kaynağını kurutma tehlikesi de ortaya çıkacaktır¹⁶.

II. AATUHK’DA YER ALAN SUÇLARIN İHBARI

A. GENEL OLARAK MUHAKEME ŞARTLARI

Kural olarak şarta bağlı olmamakla birlikte, ceza muhakemesinde, bazı hallerde soruşturmaya başlanması, yürütülmesi, kamu davasının açılması ve yargılama yapılması belli şartların gerçekleşmesine veya belli engellerin bulunmamasına bağlı olabilir¹⁷. İşte, kamu davasının açılabilmesini ve açılmış olan davaya devam olunarak yargılama yapılabilmesini sağlayan koşulların bütününe muhakeme şartları adı verilmektedir¹⁸. Muhakeme şartlarının getiriliş amacı birbirinden farklı olduğu gibi, muhakemenin yürüyüşüne etkileri de farklı

¹⁵ <https://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/gerekceler/6183/cilt_3_6183_sayili_kanun.pdf> Erişim Tarihi 12.08.2020

¹⁶ Adnan Gerçek, Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku (6. Baskı, Ekin Yayınevi 2020) 20

¹⁷ Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku-I (10. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019) 53

¹⁸ Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları (2. Baskı, Sevinç Matbaası 1975) 7; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 12) 107; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku (14. Baskı, Adalet Yayınevi 2018) 93

olabilir. Örneğin şikâyetle, suçtan zarar görenin iradesine önem vermek ve mahkemelerin iş yükünü hafifletmek için muhakeme şartı öngörülmüşken, bu neden, uzlaşmada mağduru korumak, izinde ise devletin çıkarını korumak olarak kabul edilebilir¹⁹. Doktrinde ve uygulamada muhakeme şartları terimi yerine, muhakeme engelleri, takip şartları, dava şartları, kovuşturma şartları, soruşturma ve kovuşturma koşulları gibi farklı kullanımlara da rastlanılmaktadır. CMK ise, m. 223/8’de “soruşturma ve kovuşturma şartları” demeyi tercih etmiştir. Ayrıca 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu²⁰,’nda ise açık bir biçimde “muhakeme şartı” , VUK m. 367’de ise “mütalaa” kavramının kullanıldığı görülmektedir.

Şarta bağlı olmayan muhakemenin suçun unsurları tamamlanınca yapılması gerekirken, şarta bağlı olan muhakemede ayrıca şartın gerçekleşmesi aranır²¹. Doktrinde muhakeme şartlarının maddi ceza hukukuna mı yoksa ceza muhakemesine mi ait olduğu konusunda tartışmalar bulunmakla birlikte, ceza muhakemesi hukuku kurumu oldukları hususunda çoğunluk görüşü bulunmaktadır²² . Zira muhakeme şartları ceza muhakemesinin işleyişini etkileyen şartlardır. Şartın bulunmaması muhakemeye engel olur. Muhakeme şartlarının, ceza muhakemesi hukuku kurumları olarak kabul edilmesinin bir sonucu olarak, derhal uygulama ilkesi gereği, bu şartların yürürlüğe girdikleri tarih itibariyle şüpheli veya sanığın lehine ya da aleyhine mi olduklarına bakılmaksızın uygulanmaları gerekir. Muhakeme şartının bulunup bulunmadığı muhakemenin her aşamasında resen araştırılır²³. Kamu davasının mecburiliği ilkesi, bir suç işlediğinin haberinin alınması üzerine yetkili makamlarca derhal soruşturmaya girişilmesini, soruşturma neticesinde yeterli suç şüphesinin bulunması ve dava şartlarının gerçekleşmesi halinde kamu davasının açılmasını ve açıldıktan sonra takip edilmesini ifade etmektedir²⁴. Kural bu olmakla birlikte ilkenin sakıncalarının giderilmesi bakımından birtakım istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalardan birisini de muhakeme şartları oluşturmaktadır. Aşağıda, AATUHK’da düzenlenen suçların bir kısmı için yine aynı kanunla öngörülen bir muhakeme şartından bahsedilecek, bu şartın benzer muhakeme şartlarından farklarına değinilecektir.

¹⁹ Şahin ve Göktürk (n 17) 54

²⁰ Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 06.12.2012, RG 30.12.2012/ 28513

²¹ Şahin ve Göktürk, (n 17) 55

²² Muhakeme şartlarının hukuki mahiyeti hakkında tartışmalar için bkz. Efe Can Karabulut, ‘Karşılaştırmalı Olarak Objektif Cezalandırılabilir Şartları ve Muhakeme Şartları’ (YL Tezi, Gazi Üniversitesi, 2016) 96-99

²³ Şahin ve Göktürk (n 17) 58; Ünver ve Hakeri (n 18) 93; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 11) 108

²⁴ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 11) 67

B. BİR MUHAKEME ŞARTI OLARAK İHBAR

Cumhuriyet Savcısı, suç şüphesinin ortaya çıkmasıyla birlikte (kendisine yapılan ihbar, yazılı başvuru, suç duyurusu veya şikâyet üzerine veya resen) şüphenin doğruluğunun tespiti için hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamalı ve kovuşturma aşamasında maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yarayabilecek tüm yasal yöntemlere başvurmalıdır. Bu husus CMK m. 160/1’de, *"Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar."* şeklinde somutlaşmıştır. Soruşturma aşaması suç şüphesinin öğrenilmesiyle başlar. Suç şüphesi, resen öğrenilebileceği gibi ihbar, yazılı başvuru, suç duyurusu, talep veya şikâyet gibi yollarla da ilgili makama iletilebilir.

Arapça “haber” kökünden türemiş olan ihbar kelimesi, bir olay, bir olgu üzerine edinilen bilgi anlamında kullanılmaktadır²⁵. Ceza muhakemesinde ihbar ise resen soruşturulan bir suçtan haberdar olan bir kimsenin durumu yetkili makamlara bildirmesidir²⁶. Usulüne uygun olarak yapılmamış şikâyetlerle, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olmayan suçlarda şikâyet adı altında yapılan bildirimler de şikâyet sayılmadığından ihbar olarak kabul edilirler²⁷.

CMK m. 158’e göre; *"Suça ilişkin ihbar veya şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir. Ayrıca valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir"*. Kural olarak herkes ihbarda bulunabilir, ihbarcının kimliğinin önemi yoktur. Ancak bazı suçlarda ihbarın kimin tarafından yapılacağı, kanun koyucu tarafından ayrıca ve açıkça belirtilmektedir. Örneğin, AATUHK’da yer alan suçlar, m. 115 uyarınca alacaklı amme idaresinin o mahaldeki en büyük memurunun ihbarı üzerine takip olunur. Hal böyle olunca AATUHK m. 110 ila 114. maddelerinde düzenlenmiş bulunan suçlardan dolayı kanunun tabiriyle “bir takibe” başlanması mahallin en büyük memurunun ihbarına bağlanmıştır. Böylelikle “sıradan bir haberdar etme biçimi” olan ihbar, bir kimseye özgülenmek suretiyle bir dava şartına dönüşmüştür²⁸. Ancak bazı yazarlar bu ihbarın kimin tarafından yapıldığının öneminin bulunmadığını öne sürmektedir. Örneğin COŞKUN, AATUHK m. 110’da

²⁵<<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 14.08.2020

²⁶ Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n 11) 189

²⁷ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku (7. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019) 567

²⁸ Aynı yönde görüş için bkz. İsa Başbüyük, ‘Kamu İcra Hukukunda Kamu Alacağıın Tahsiline Etki Eden Suçlar AATUHK m.110-114’ (2014) 16 Özel Sayı Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 4613, 4627

düzenlenen amme alacağının tahsiline engel olma suçunun şikâyete bağlı olmadığını belirtmekle birlikte, Cumhuriyet savcısının kendiliğinden ya da bir başkasının ihbarı üzerine suçtan haberdar olması halinde de soruşturma yapabileceğini ileri sürmektedir²⁹. İhbarı muhakeme şartı olarak kabul etmeyen bu görüşe katılmıyoruz. Zira kanun koyucunun, mahallin en büyük mülki amirinin ihbarını araması, ihbara ayrı bir anlam katarak onu bir muhakeme şartı niteliğine sokmaktadır. Eğer böyle bir niyet içinde olmasaydı TCK'da ve diğer kanunlarda yer alan çoğu suçta olduğu gibi ne ihbardan ne de ihbarı yapacak kişiden söz edilirdi. Metinde mahallin en büyük mülki amirinin ihbarının bir muhakeme şartı olduğu ayrıca belirtilmemektedir. Örneğin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 162'de bankacılık suçlarına ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, “*Kurum veya Fon tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına*” bağlandığı hüküm altına alınmış, aynı maddede “*Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir.*” denilmek suretiyle yazılı başvurunun hukuki niteliği açıkça ortaya konulmuştur³⁰. Bu konuya ilişkin başka bir örnek de 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'ndan verilebilir. Kanunun “Yazılı başvuru ve özel soruşturma usulleri” başlıklı 115. maddesi şu şekildedir; “Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir.” AATUHK m. 115'de ihbarın bir muhakeme şartı olduğunun, verdiğimiz örneklerde olduğu gibi açıkça zikredilmemesi bir eksiklik olmakla beraber bu eksiklik, ihbarın hukuki niteliğinde bir değişiklik meydana getirmemektedir.

C. İHBARIN DİĞER MUHAKEME ŞARTLARIYLA KARŞILAŞTIRILMASI

AATUHK m. 115'de düzenlenen ihbar, usul hukukunda yer alan başka bir muhakeme şartı olan şikâyetten farklı özellikler içermekte, bazı noktalar bakımından talebe benzetilmekte, çoğu özelliği açısından ise yazılı başvuruya yakın bir nitelik taşımaktadır. Hukuki niteliğinin daha açık bir şekilde ortaya konulabilmesi için ihbarın diğer muhakeme şartlarıyla karşılaştırılmasında fayda görmekteyiz.

1. Şikâyet ile Karşılaştırılması

Soruşturma makamları suç şüphesine kendi gözlemlerine dayalı olarak rastlayabilecekleri gibi bu durum başka bir yolla da gerçekleşebilir. Suç şüphesinin öğrenilmesi

²⁹ Mahmut Coşkun, Açıklamalı ve İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (3. Baskı, Seçkin Yayınevi 2016) 1169

³⁰ “Gerek soruşturma gerekse kovuşturma aşamasında muhakeme şartı niteliğindeki "Yazılı Başvuru" şartının gerçekleşmediği anlaşılacakla düşme kararı verilmesi gerektiği gözetilmeksizin davaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması, hatalıdır.” Yar. 7 CD, E. 2015/14025, K. 2019/31096, 09.05.2019 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

yollarının en önemlilerinden birisi de şikâyetdir. Şikâyet, mağdur veya suçtan zarar görenin, yetkili makama başvurarak suç teşkil eden bir fiil nedeniyle soruşturma ve kovuşturma yapılması yönündeki irade açıklamasıdır³¹. Şikâyet, kullanılması yönünden ceza muhakemesine ait bir kurum olmakla birlikte muhteviyatı itibarıyla maddi ceza hukukuna dâhil edilmektedir³². Bu nedenle şikâyet, TCK m. 73’de düzenlenmiştir. Hangi suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olacağını kanun tayin eder. Bazı suçlar mutlak biçimde şikâyet şartına tabi tutulmuşken, resen soruşturulan ve kovuşturulan suçların bazıları da kimi nedenlerle şikâyete bağlı olarak takip edilebilmektedir. Örneğin TCK m. 125’de düzenlenen “Hakaret” suçunun, soruşturulması ve kovuşturulması (kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hariç) mağdurun şikâyetine bağlıdır. Keza TCK m. 151’de hüküm altına alınan mala zarar verme suçu da mağdurun şikâyeti üzerine soruşturulur ve kovuşturulur. Bu gibi yaptırım anlamında hafif olarak değerlendirilebilecek suçlarda, ilgililerin şikâyetçi olmaması halinde devletin cezalandırmakta ısrar etmesi gereksiz görülmüştür. Ancak TCK m. 102’de yer alan cinsel saldırı gibi kural olarak resen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçun, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlanmıştır. Bu noktada bir şikâyet şartı öngörülmesi, bu fiil resen kovuşturulduğunda mağdurun daha çok zarar görme ihtimaline bağlanmaktadır. Görüldüğü üzere kanun koyucunun kimi suçları şikâyet şartına bağlamasının çeşitli sebepleri bulunabilmektedir³³.

Şikâyet, şikâyete hakkı olan kişinin zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla, fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlamak üzere altı ay içinde yapılmalıdır. Bu süre hak düşürücü süre niteliğinde olup şikâyetin hak sahibi kişi tarafından bizzat yapılmayan veya süresinden sonra yapılan şikâyet hukuki sonuç doğurmayacaktır³⁴. Şikâyet suç oluşturan bir fiile ilişkin olmalı ve fail hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını isteme talebini içermelidir. Ancak şikâyette failin belirtilmesine gerek yoktur³⁵. Zira fail değil, fiil şikâyet edilmektedir. Failin bilinmesi şikâyet süresinin başlaması bakımından özellik göstermektedir. Yapılmış olan şikâyetten ise vazgeçilebilir. TCK m. 73/4 uyarınca kovuşturma

³¹ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (12. Baskı, Seçkin Yayınevi 2016) 675

³² Faruk Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 1 (10. Baskı, Anakra Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1973) 200

³³ “Bazı suçların takibinin şikâyete bağlı tutulma nedeni, sanığın yargılama sürecinin dışına çıkarılmasının tercih edilmesi, yargılama sürecine başvurulmadan suç ile uyumsuzluğun giderilmesi, yargılama ekonomisi ve sanığın yargılama sürecinde hukuki durumundaki belirsizliğin giderilmesidir.” Yar. 18 CD, E. 2018/6021 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

³⁴ Yar. CGK, E. 2014/12-15, K. 2015/38, 10.03.2015; Yar. CGK, E. 2013/12-835, K. 2014/320, 10.06.2014 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

³⁵ Erem (n 32) 207; Özgenç (n 31) 678

yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür. Şikâyetten vazgeçme kural olarak en geç hüküm kesinleşinceye kadar mümkündür. Hükümün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz³⁶. Şikâyetten vazgeçme iki taraflı bir işlem olup onu kabul etmeyen sanığı etkilemez. Bu nedenle şikâyetten vazgeçme halinde sanıktan TCK m. 73/6 gereği, “şikâyetten vazgeçmeyi kabul edip etmediği sorularak sonucuna göre hukuki durumunun değerlendirilmesinde” zorunluluk bulunmaktadır³⁷.

Yukarıda verilen genel bilgiler ışığında, şikâyet ile AATUHK’da yer alan suçların ihbarı arasındaki karşılaştırmanın sonuçları şu şekilde sıralanabilir;

- TCK, şikâyetin bulunmaması halinde hem soruşturmanın hem de kovuşturmanın yapılamayacağını zikrederek, şikâyetin bir muhakeme şartı olduğunu açıkça kabul etmektedir. İhbarın niteliği hakkında ise tam bir açıklık bulunmamakta; AATUHK m. 115’de “... Cumhuriyet Savcılığı tarafından takip olunur” denilmek suretiyle eksikliği halinde sadece soruşturulmaya başlanamayacağı sonucu çıkmaktadır.

- Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda kimlerin şikâyete hakkı olduğu tek tek sayılmamakta, “şikâyet hakkı olan yetkili kimse” kavramı kullanılmaktadır. İhbarda ise, kimin ihbarda bulunacağı madde metninde belirtilerek, alacaklı amme idaresinin o mahaldeki en büyük memuruna ihbarda bulunma yetkisi hasredilmektedir.

- Şikâyet hak düşürücü süreye tabi olup, bu süre fiili ve faili öğrenmeden itibaren altı aydır. İhbarla ilgili ise kanunda ayrıca ve açıkça bir süre öngörülmemiştir.

- Şikâyet cumhuriyet savcılığı başta olmak üzere, kolluk makamlarına, valiliğe, kaymakamlığa, mahkemeye ve elçiliklerle konsolosluklara yapılabilirken, ihbarın Cumhuriyet savcılığına yapılması gerektiği anlaşılmaktadır.

- Şikâyetten vazgeçme mümkünken, yapılmış olan ihbarın geri alınması mümkün değildir.

- Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlarda, şikâyet hakkı olan kimsenin bu hakkı kullanmayacağına ilişkin yapmış olduğu irade açıklaması anlamına gelen şikâyetten feragat müessesesinden söz edilebilirken, ihbardan feragat söz konusu değildir.

³⁶ “Hükümün kesinleşmesinden sonra yapılan uyarılama yargılanmasında şikâyetten vazgeçme cezanın infazına engel olmayacağından, davanın şikâyetten vazgeçme nedeniyle düşürülmesine karar verilmesi hukuka aykırıdır.” Yar. 2 CD, E. 2009/37683 K. 2011/5070, 14.03.2011 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

³⁷ “Sanık hakkındaki şikâyetinden vazgeçtiğinin anlaşılması karşısında, şikâyetten vazgeçmeyi kabul edip etmediği sanıktan sorularak, sonucuna göre kamu davasının düşürülmesine karar verilip verilmeyeceği hususunun değerlendirilmesi gerekir.” Yar. 2 CD, E. 2013/16430, K. 2013/15753, 12.06.2013 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

Şikâyet hakkı olan kimse ve ya kimselerin bu haklarını kullanıp kullanmamaları kendi iradelerine bağlı iken, ihbarın yapılmasında mahallin en büyük memurunun takdir yetkisi bulunmamaktadır.

2. Talep ile Karşılaştırılması

TCK uygulamasında talep veya istem, Adalet Bakanı tarafından gerçekleştirilmekte olup Kanunun 12. maddesinin 1. , 3. ve 4. fıkraları ile 13. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer almaktadır. Örneğin, “yabancı tarafından işlenen suç “ başlıklı TCK m. 12/1 uyarınca, “*bir yabancı, TCK m. 13’de yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye’nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde, Adalet Bakanının istemi üzerine yargılanır*”.

Bir muhakeme şartı olarak talebin, soruşturmaya başlanması için mi arandığı, yoksa kovuşturma aşamasına mı ait olduğu konusunda bir tereddüt olsa da bir suçla ilgili yargılama yapılabilmesi için aranması nedeniyle kovuşturma şartı niteliği taşıdığı düşünülmektedir³⁸..

Bazı suçlar bakımından yargılama yapılabilmesinin Adalet Bakanı’nın talebinin aranması siyasi birtakım nedenlere bağlanmaktadır. Bu durum madde gerekçesinde³⁹ şu şekilde dile getirilmektedir; “*Bu suçlardan bir kısmıyla ilgili olarak kamu davasının açılmasında mecburilik kuralının benimsenmesi, bazı durumlarda politik bir sorun ortaya çıkarabilecek bir mahiyet taşımaktadır. Bu nedenle... sayılanlar dışındaki diğer suçlardan dolayı Türkiye’de yargılama yapılabilmesi Adalet Bakanı’nın talebine bağlı tutulmuştur.* “

AATUHK’da yer alan suçların ihbarı ile talep arasındaki farklar ve ortak noktalar ise;

- Talep veya istem Adalet Bakanı tarafından yapılan bir yargılama yapılması çağrısıdır. İhbar ise alacaklı amme idaresinin o mahaldeki en büyük memurunun, Cumhuriyet savcılığına yönelik bir suç haberidir.

- Eğer talep soruşturma aşaması başlamadan gelmişse, Adalet Bakanı’nın talebi veya istemi üzerine Cumhuriyet savcılığı tarafından iddianame düzenlenmesi zorunluysa, ihbar durumunda böyle bir mecburiyet bulunmayıp Cumhuriyet savcısı, CMK m. 170/1 gereği soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; bir iddianame düzenler.

- Her ikisi de herhangi bir hak düşürücü süreyle sınırlandırılmamış olup zamanaşımı süresi içinde kullanılabilirler.

³⁸ Özgenç (n 31) 683; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (8. Baskı, Seçkin Yayınevi 2015) 381

³⁹ <<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>> Erişim Tarihi 15.08.2020

- Gerek talebin gerekse de ihbarın geri alınmasına yönelik bir süre söz konusu değildir.

3. Yazılı Başvuru ile Karşılaştırılması

Yazılı başvuru, bazı özel kanunlarda düzenlenen birtakım suçlar bakımından soruşturmanın veya kovuşturmanın başlatılabilmesi için aranan bir muhakeme şartıdır⁴⁰. Türk İdari Sisteminde, 1980li yıllardan itibaren değişen ekonomik dengelerle birlikte “özerk ve teminatlı” düzenleyici ve denetleyici kurumlar oluşturulmaya başlandığı göze çarpmaktadır. Sermaye piyasasının daha güvenilir ancak diğer yandan şeffaf; istikrarlı ve bir o kadar adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanmasına, yatırımcıların hak ve menfaatlerini korumaya yönelik düzenlemeler yapmak üzere 1982 yılında kurulan Sermaye Piyasası Kurulu’nu, daha sonra da Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Rekabet Kurumu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu, Kamu İhale Kurumu gibi, bağımsız düzenleme ve denetleme kurumlarının kurulması takip etmiştir. Bu idari otoritelerin, yasamanın yürütmeye olan güvensizliğinin ifadesi olarak ve ekonomik düzeni, onu tehdit eden tehlikelerden korumak amacı ile yapılandırıldıkları ileri sürülmüştür⁴¹. Bağımsız idari otoritelerin, faaliyet alanları özel hukuk ağırlıklı olsa da alınan kararlar ve idari yaptırımlar kamu hukuku özelliği taşır. Özel hukuk düzenlemeleri ile idari düzenlemelerin haricinde, bankacılık ve sermaye piyasasının genel olarak ülke ekonomisi üzerinde taşıdığı özel önem nedeniyle bu alanlardaki haksızlıklara ilişkin birtakım cezai hükümler de ihdas edilmiştir. Gerek 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu gerekse de 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda; finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması gibi amaçları ihlal edebilecek fiiller yasaklanmış ve söz konusu fiiller suç olarak tanımlanarak cezai yaptırım altına alınmıştır. İlgili kanunlarda ayrıca bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması usulleri belirlenerek hüküm altına alınmıştır.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 162’ye göre, “*kanunda belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, Kurum veya Fon tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlanmıştır*”. Soruşturmaya başlanılmış olup da soruşturma

⁴⁰ “Kurumların, tâbi oldukları kanunlardan kaynaklı yetki ve görevlerine istinaden ilgili Cumhuriyet Başsavcılıklarına yazılı başvuruda bulunulması yönündeki işlemleri, idarenin ceza yargılaması alanına ilişkin olarak tesis ettikleri, ceza kovuşturmasının başlangıcını oluşturan ve tek başına ilgililerin hukuki durumlarında değişiklik yaratmayan ve bu niteliği itibarıyla de idari davaya konu edilemeyecek işlemlerdir.” Dan. 13 D, E. 2011/1527, K. 2011/2296, 16.05.2011 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

⁴¹ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, ‘Yazılı Başvuru Şartının Hukuki Niteliği’ (2013) (101) Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi 97, 100

neticesinde iddianame kabul edilip kamu davası açılırsa kovuşturma evresinin devamı için yine yazılı başvuru aranacaktır⁴². Yazılı başvuruda bulunabilecekler ise BDDK ve TMSF olarak belirtilmiştir. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 115/1'e bakıldığında ise, kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılabilmesinin, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlandığı anlaşılmaktadır⁴³. Bu iki örnekten hareketle bu kapsamdaki suçların muhakemesinin, kanun koyucu tarafından yazılı başvuru şartına bağlanmasının altında yatan nedenin, bu alanların ekonomi bakımından taşıdıkları özel önem, suçların teknik ve özel niteliği, bu alanlarda faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişiler itibarının önceliği olarak açıklanmaktadır⁴⁴. Örneğin, sonuçta beraat kararı verilse dahi Sermaye Piyasası Kanunu alanına giren her türlü iddianın, gerekli teknik inceleme yapılmadan doğrudan muhakeme makamlarına yansıtılmasının “piyasanın güvenirliliğini” olumsuz yönde etkileyebileceği ileri sürülmektedir⁴⁵.

Genel olarak yazılı başvuru şartına bağlı suçlarda, soruşturmanın başlatılması için bir ön koşul olarak, uzman makamdan, bu suçun soruşturulmasının daha büyük zarara neden olup olmayacağı konusunda bir değerlendirme yapması beklenmektedir⁴⁶. Makam, değerlendirmesini yaptıktan sonra, yazılı başvuruda bulunduğunda, Cumhuriyet savcısı soruşturmaya başlayarak, kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.

Yukarıda vermiş olduğumuz iki örnek dışında, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m. 36 ve 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 42'yle de açıkça bir muhakeme şartı olarak hüküm altına alınan yazılı başvuru ile AATUHK'da yer alan suçların ihbarı arasındaki farklar ve benzer yönler şunlardır;

⁴² “5411 S. K.'un 162/1. maddesine göre bu suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması Fonun veya Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun yazılı başvuru şartına bağlı olup bu hususun muhakeme şartı olması karşısında, durma kararı verilip Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun davadan haberdar edilmesi, başvuru şartının gerçekleşmesi halinde yargılamaya devam edilerek hüküm tesisi, aksi halde muhakeme şartının gerçekleşmemesi nedeniyle düşme kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden davaya devamla hüküm kurulması kanuna aykırıdır.” Yar. 19 CD, E. 2019/30337, K. 2019/10537, 04.07.2019 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

⁴³ “...yazılı suçlardan dolayı kovuşturma yapılması Kurul tarafından Cumhuriyet Savcılığına yazılı başvuruda bulunmasına bağlı olup, Sermaye Piyasası Kurulu'nun yazılı başvurusu olmaksızın açılan kamu davasına devamla yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Yar. 7 CD, E. 1995/5815, K. 1995/6925, 18.09.1995 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

⁴⁴ Erdi Yetkin, ‘Bankacılık ve Sermaye Piyasası Suçlarına İlişkin Muhakeme Kuralları’ (2015) XIX (3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 403, 404

⁴⁵ Selman Dursun, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2010) 148

⁴⁶ Yenisey ve Nuhoglu (n 41) 102

- Yazılı başvuruyu hüküm altına alan kanunlarda (5684 sayılı Kanun hariç), bu durumun bir muhakeme şartı olduğu ilgili kanun maddesinde açıkça belirtilmişken, AATUHK'da sadece ihbardan bahsedilmektedir.

- Yazılı başvuruda, şartın adından da anlaşılacağı üzere başvurunun yazılı biçimde yapılacağı öngörülmüşken, ihbarın yazılı olarak mı yapılacağı, yoksa şifahen de yapıldığında, geçerli sayılıp sayılmayacağına dair bir belirleme yapılmamıştır.

- Yazılı başvuru şartı, bazı suçlarda soruşturmaya başlanabilmesi için aranırken (SPK'da yer alan suçlar), bazı suçlarda sadece kovuşturma için aranmış (Sigorta Kanunu), kimi suçlarda ise hem soruşturma hem kovuşturma için arandığı açıkça hüküm altına alınmıştır (Bankacılık Kanunu ve Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu). İhbarla ilgili AATUHK 115. maddede bir düzenleme bulunmamakta olup, madde düzenlemesinden soruşturmaya başlanabilmesi için arandığı sonucuna ulaşılmaktadır.

- Yazılı başvuru şartı içeren suçlardan dolayı yapılan soruşturmalarda, kovuşturmaya yer olmadığı kararının verilmesi hâlinde bu karara karşı itiraza yetkili makam belirlenmişken, ihbarda böyle bir düzenleme bulunmamaktadır.

- Hem yazılı başvurunun hem de ihbarın kimin tarafından yapılacağı ilgili kanunlarda açıkça düzenlenmiştir.

- Her iki muhakeme şartı da herhangi bir hak düşürücü süreye bağlanmamıştır. Zamanaşımı süreleri içinde kullanılabilir.

- Yazılı başvurunun da ihbarın da geri alınabileceğine dair bir düzenleme söz konusu değildir.

4. Mütalaa/Görüş ile Karşılaştırılması

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda (VUK)⁴⁷ düzenlenen suçlar arasında "Kaçakçılık Suçları" başlığı altında yer alan suç tipleri, uygulamadaki yaygınlığı bakımından diğer vergi suçlarına göre farklı bir ağırlığa sahiptir. Bu durumu kanıtlar nitelikte bir hüküm, aynı kanunun 367. maddesinde bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre "*Yaptıkları inceleme sırasında 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaaıyla doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaaıyla vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık tarafından keyfiyetin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir.*" Ayrıca anılan maddenin ikinci fıkrasına göre "*359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğine sair suretlerle*

⁴⁷ Vergi Usul Kanunu, Kanun Numarası: 213, Kabul Tarihi: 04.01.1961, RG 10.01.1961/10705

ittıla hasil eden Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder.” O halde “*Bazı Kaçakçılık Suçlarının Cezalandırılmasında Usul*” başlıklı bu maddeyle vergi kaçakçılığı suçları açısından kamu davasının açılabilmesi için izlenecek olan yöntem düzenlenmektedir. Bu yöntem aynı zamanda bir muhakeme şartını ifade etmektedir.

Mütalaa, vergi kaçakçılığı suçlarından dolayı yetkili makamlarca harekete geçilebilmesi ve yargılamaya devam edilebilmesi için işlenen suçla hak ve menfaatleri ihlal edilen kurumun suç hakkında görüşlerinin alınması şeklinde tarif edilmektedir⁴⁸. Vergi kaçakçılığı suçlarının bir muhakeme şartına bağlanmasıyla ulaşılmak istenen amaç ise madde gerekçesinde “*hileli vergi suçları kamu davasına tahrik salahiyeti vatandaşın mali emniyeti mülahazası ile bazı kayıtlara bağlanmıştır.*” denilmek suretiyle vatandaşın mali güvenliğini sağlamak düşüncesine dayandırılmaktadır. Bu gerekçeye ek olarak Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında, Vergi kaçakçılığı suçu gibi ayrı uzmanlık bilgisi gerektiren bir konuda uzman ve yetkili olan kişilerin mütalaa vermesini, bu konuda uzmanlığı bulunmayan soruşturma makamlarının, kanuna ve hukuka uygun olarak karar vermelerine yardımcı olacak bir müessese olarak nitelendirmiştir⁴⁹.

Mütalâa ve görüşü düzenleyen hüküm incelendiğinde, vergi idaresi ile savcılık makamı arasında suçun tespit edilmesi ve aydınlatılmasına yardımcı olmak bakımından zorunlu bir hukukî ilişkinin düzenlendiği anlaşılmaktadır⁵⁰. Mütalaa öncelikle bir soruşturma şartı olarak öngörülmüştür. Kaçakçılık suçu raporlarının mütalâaya bağlanarak savcılığa gönderilmesi kanunî bir gerekliliktir. Savcı, verilen mütalâanın içeriğiyle bağlı değildir⁵¹. Mütalaa alınmadan hazırlanıp görevli ve yetkili mahkemeye gönderilen iddianamenin iade edilip edilmeyeceği ise tartışmaya açık bir husustur. ŞENYÜZ’e göre mütalâa alınmadan her nasılsa mahkemeye tevdi edilen iddianamenin iadesi kanunî bir zorunluluk olduğundan, mahkeme gerekli olan mütalâanın alınması için dosyayı Cumhuriyet Başsavcılığına geri göndermelidir⁵². ÖZCAN ise mütalaa şartının, savcılık makamını doğrudan doğruya bağlayan bir hukuki nitelik ve yapıya sahip olmadığını belirtmekle birlikte, hem VUK m. 367/3 hem de CMK m. 174/1-b madde hükümleri beraber değerlendirildiğinde, bu rapor olmadan düzenlenen iddianamenin

⁴⁸ Onur Özcan, Vergi Suçları (Seçkin Yayınevi 2015) 503

⁴⁹ AYM, E. 2009/89, K. 2011/40, 10.02.2011 (https://anayasa.gov.tr/media/4890/kararlar_dergisi_49_1.pdf)

⁵⁰ Doğan Şenyüz, ‘Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalâa /Görüş’ (2016) 81 (2) İzmir Barosu Dergisin 13, 19

⁵¹ Ibid 25

⁵² Ibid 25

iade edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁵³. Yargıtay'a göre ise, iddianamenin hangi hallerde iade edileceği CMK m. 174'de tahdidi olarak sıralanmaktadır⁵⁴. Böyle bir durumda mahkemece yapılması gereken şey iddianamenin iadesi yerine şartın gerçekleşmesini beklemek üzere durma kararı verilmesidir⁵⁵. Kanaatimizce iddianamenin iade sebepleri arasında mütalaa veya görüş alınmaması sayılmadığından, bu şart gerçekleşmeden hazırlanan iddianamelerin iade edilmesi mümkün gözükmemektedir. İddianamenin iadesi kurumu, kamu davasının açılmasından evvel kanuni şartları taşımayan, yeterli bilgileri içermeyen ve hatalı düzenlenen iddianamelerin bir nevi süzgeçten geçirilip filtrelenerek yargının faaliyetinin hızlandırılması, makul sürede yargılamanın gerçekleştirilmesi, gereksiz davaların önüne geçilmesi, lekelenmeme hakkının korunması amaçlanmaktadır. Ancak nelerin bu süzgeçten geçip nelerin takılacağı madde hükmünde sıralanmaktadır. Bu sebepler dışında iddianamenin iade edilmesi ceza adalet sistemimizde kabul edilmemiştir⁵⁶. Hangi muhakeme şartlarının eksik olması halinde iddianamenin iade edilebileceği CMK m. 174'de 7188 sayılı Kanunun 20. maddesiyle yapılan değişiklikle açıkça sayılmaktadır. Buna göre; soruşturma veya kovuşturma yapılması izne veya talebe bağlı olan suçlarda izin alınmaksızın veya talep olmaksızın düzenlenen; seri muhakeme usulüne tâbi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan işlerde seri muhakeme usulü uygulanmaksızın düzenlenen iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine karar verilir. Görüldüğü gibi mütalaa şartının eksikliği bu nedenler arasında sayılmamaktadır. Eğer Kanun koyucunun bu yönde bir iradesi olsaydı izin veya talepte olduğu gibi ya da yakın tarihte hukuk sistemine dâhil olan seri muhakeme usulünde olduğu gibi 17.10.2019 tarihli bu değişiklikle birlikte mütalaa şartından maddede bahsedebilirdi. Ayrıca mütalaa alınmadan iddianame düzenlenip kovuşturma evresine geçilmiş ise mahkeme mevcut durumu inceleyerek CMK m. 223/8 gereği mütalaa şartının gerçekleşme olasılığı varsa durma kararı vererek şartın gerçekleşmesini bekleyebilecektir⁵⁷. Keza bu durumda vergi dairesinden beklenen, görüş vermesi olacaktır.

⁵³ Özcan (n 48) 527

⁵⁴ “Yasa koyucu, iddianamenin iadesini düzenlediği CMK'nın 174. maddesinde iade nedenleri açısından, sayma yöntemini benimseyerek iade işlemlerini sınırlandırma iradesini açıkça ortaya koymuştur. Anılan maddede tek tek sayılan iade nedenleri arasında soruşturma ve kovuşturma şartı niteliğindeki usulü eksiklikler bulunmamaktadır.” Yar. 4 CD, E. 2006/5351, K. 2006/16285, 15.11.2006 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

⁵⁵ “Soruşturma izni alınması ve sonucuna göre davanın açılması gerektiği ileri sürülerek iddianamenin iadesine karar verilmesi de isabetli değildir. CYY'nın 223/8. maddesi uyarınca “soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir.” Ancak bu durum iddianamenin iadesi nedeni olamaz.” Yar. 4 CD, E. 2008/9666, K. 2008/15900, 08.07.2008 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

⁵⁶ Yar. 18 CD, E. 2019/13239, K. 2020/2088, 04.02.2020 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

⁵⁷ “213 Sayılı Vergi Usul Kanununun 367. maddesi uyarınca dava şartı olan Defterdarlık ya da Gelirler Bölge Müdürlüğü'nün mütalaaasının bulunmadığı gözetilmeden dava şartı gerçekleşinceye kadar yargılamanın durması

Mütalaa/görüş ile amme alacağının tahsiline engel olma suçunun ihbarı arasındaki farklar ve benzer noktalar şu şekilde belirtilebilir:

- Mütalaa bir muhakeme şartı olarak, VUK'da yer alan suçlardan yalnızca birisi için öngörülmüşken; ihbar, AATUHK'da düzenlenmiş birden fazla suçun muhakemesinde aranmaktadır.
- Mütalaa olmaksızın Cumhuriyet Savcılığınca resen harekete geçilmesi halinde ne yapılması gerektiği VUK'da düzenlenmişken; ihbar olmadan soruşturmaya başlandığı takdirde nasıl bir yol izleneceğine AATUHK'da yer verilmemiştir.
- Mütalaa rapor değerlendirme komisyonu adı verilen bir komisyon tarafından ortaya konulmuş bir görüş iken, ihbar herhangi bir komisyona değil, tek kişiye ait bir yetki ve görevdir.
- Mütalaanın şekli konusunda VUK'da doğrudan bir bilgiye yer verilmemekle birlikte, işin mahiyeti gereği, mütalaa verecek olan makamın gerekli inceleme ve değerlendirmeleri yaptıktan sonra iradesini yazılı bir biçimde ortaya koyması gerektiği anlaşılmaktadır⁵⁸. Benzer biçimde ihbarın ne şekilde intikal ettirileceği konusunda da açıklık bulunmamaktadır.
- Hem mütalaa hem de ihbar herhangi bir hak düşürücü süreye bağlanmamıştır.
- Her ikisinin de geri alınıp alınamayacağı konusu düzenlenmemiştir.

III. İHBARIN NİTELİĞİ VE SONUÇLARI

Bir muhakeme şartına bağlı tutulan suçlar, kamu davasının mecburiyeti ilkesinin istisnasını teşkil ettikleri için kanunlarda ayrı olarak gösterilmişlerdir. Bu suçlarda suçtan zarar görenin mütemmim zarara uğramamasındaki toplumsal fayda, suçlunun cezalandırılmasındaki toplumsal faydadan üstündür. Suçlunun cezalandırılmasındaki toplumsal fayda daha fazla olduğu takdirde, muhakeme herhangi bir şarta bağlanmaz⁵⁹. AATUHK'da 110 ila 114. maddelerde düzenlenen suçlar bir muhakeme şartına bağlanmıştır. Bu şart yukarıda da değinildiği üzere, alacaklı amme idaresinin o mahaldeki en büyük memurunun ihbarıdır.

A. İHBARI YAPMAYA YETKİLİ ve GÖREVLİ MAKAM

İhbarda bulunma yetkisi ve görevi, AATUHK m. 115 ile açık bir biçimde alacaklı amme idaresinin o mahaldeki en büyük memuruna bırakılmıştır. Alacaklı amme idaresi terimi,

yerine sanıkların mahkûmiyetlerine karar verilmesi kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yar. 11 CD, E. 2002/7304, K. 2002/9502, 27.11.2002 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

⁵⁸ Özcan (n 48) 506

⁵⁹ Yenisey ve Nuhoglu (n 41) 98

AATUHK m. 3'e göre Devleti, vilayet hususi idarelerini ve belediyeleri temsil etmektedir. O halde mahallin en büyük memurundan alacaklı belediye için belediye başkanının, il özel idaresi için valinin kastedildiği sonucuna ulaşılır⁶⁰. Alacaklı amme idaresinin o mahaldeki en büyük memuru belirlenirken alacağı tahsile yetkili amme idaresi belirlenmek suretiyle sonuca ulaşılmalıdır.

Mahallin en büyük memuru kavramı mali mevzuatta sıkça karışıklığa sebep olan ve tartışılan bir husustur⁶¹. Devlete ait alacaklar yönünden Maliye Bakanlığı, ihtiyati haciz uygulamalarında 1968 yılına kadar mahalli en büyük memurdan; illerde defterdarı, ilçelerde ise mal müdürünü anlamıştır. 1968 yılına gelindiğinde ise 28.08.1968 tarih ve 327 sayılı Tahsilat Genel Tebliği ile bu uygulamasını Danıştay içtihadı doğrultusunda değiştirmiştir ve mahallin en büyük memuru olarak valileri yetkili kabul etmiştir⁶². Bu uygulama uzun bir süre devam ettikten sonra 2005 yılında yürürlüğe giren 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığı ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'un 33. maddesi ile diğer mevzuatta **Başkanlığın görev alanına giren konularda** mülki idare amirlerine, mahallin en büyük memuruna, ilin en büyük mal memuruna, defterdara ve defterdarlığa yapılmış mahallin en büyük memuruna yapılan göndermelerin ilgisine göre vergi dairesi başkanına, vergi dairesi bulunmayan yerlerde ise vergi dairesi müdürü veya mal müdürüne yapılmış sayılacağı düzenlenmiştir⁶³. Ülkemizde mali mevzuatın değişme hızına paralel olarak bu madde, yaklaşık on üç yıl sonra 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bunun sonucu olarak da valilerden zımni bir şekilde alınan yetki, bu yetkiyi veren 33. madde yürürlükten kalktığı için mahallin en büyük

⁶⁰ Barış Bahçeci, Kamu Alacağını Takip Hukuku (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019) 175

⁶¹ Bu karışıklık Danıştay'ın çeşitli tarihlerindeki kararlarına da yansımaktadır. Örneğin 15.3.2004 tarihli bir kararında Danıştay 4. Dairesi "alacaklı amme idaresinin mahalli en büyük memuru" ifadesinden valinin en büyük memur olarak anlaşılması gerektiği yolundaki mahkeme kararında isabet görmeyerek, "alacaklı amme idaresi olayda vergi dairesi olduğuna göre vergi dairesinin mahalli en büyük memuru da defterdardır." Sonucuna varmış ve 2005 yılında yürürlüğe girecek olan 5345 sayılı Kanun'a adeta ışık yakmıştır. Dan. 4 D, E. 2003/2119, K. 2004/467, 15.03.2004 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); 5345 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde vermiş olduğu bir kararda ise alacaklı amme idaresinin mahalli en büyük memurunun vali olduğu kanaatine şu şekilde ulaşmıştır: "İlgililer hakkında, amme alacağının güvence altına alınması için tatbik olunacak ihtiyati haciz kararlarının hukuka uygun olabilmesi, ildeki mahalli en büyük memur olan "Vali" tarafından alınmasına bağlı bulunmaktadır." Dan. 7 D, E. 2007/1945, K. 2008/1152, 21.02.2008 (Kararı aktaran COŞKUN, (n 29) 209

⁶² Turgut Candan, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (3. Baskı, Mali Akademi Yayınları 2007) 108

⁶³ "Kanun hükümleri birlikte değerlendirildiğinde 6183 sayılı Yasanın 13. maddesinde ihtiyati haciz kararını alacak makam olarak ifade edilen mahallin en büyük memurunun ilgisine göre vergi dairesi başkanı veya vergi dairesi başkanlığı bulunmayan yerlerde vergi dairesi müdürü olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda, Başkanlığın görev alanında sayılan amme alacağının tahsili kapsamına görülen ihtiyati haciz işlemi konusunda Vergi Dairesi Başkanlığının 20.10.2006 tarihli ihtiyati haciz kararında yetki ve şekil yönünden hukuka aykırılık bulunmadığından işin esasına girerek dosyanın incelenmesi gerekirken, davayı şekil yönünden reddeden vergi mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir." Dan. 9 D, E. 2007/4659, K. 2009/321 (Kazancı İçtihat Bankası)

memuru sıfatıyla yeniden valilere dönmüştür⁶⁴ . Nihayet bu durum da fazla uzun sürmemiş, 5345 sayılı Kanun m. 33, başlığı ile birlikte 25.03.2020 tarih ve 7226 sayılı Kanunun 25. maddesiyle yeniden düzenlenerek bir önceki uygulamaya dönülmüştür. O halde 5345 sayılı Kanunun 33. maddesi yorumundan şu sonuç ortaya çıkmaktadır; **Gelir İdaresi Başkanlığının görev alanına giren**, bir başka deyişle alacaklı amme idaresi sıfatıyla takip ettiği borçlular bakımından bu suçlar işlendiğinde, mahallin en büyük memuruna yapılmış atıflar; vergi dairesi başkanı ve başkanlığına, vergi dairesi başkanlığı bulunmayan yerlerde vergi dairesi müdürü veya müdürlüğüne yapılmış sayılacağından, suçlarla ilgili ihbarda bulunma yetki ve görevi bu kimselere aittir.

Belediye alacakları ve il özel idare alacakları gibi alacaklar açısından ise ihbarda bulunacak makam farklılaşmaktadır. Örneğin, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 30. maddesinin f bendiyle il özel idaresinin gelir ve alacaklarını takip ve tahsil etmek görev ve yetkisi *valiye* aittir. Bu nedenle alacaklı amme idaresinin il özel idaresi olduğu bir borçtan dolayı hakkında takip başlatılan borçluyu ihbar etmek yetki ve görevi AATUHK m. 115 gereği alacaklı amme idaresinin o mahaldeki en büyük memuru sıfatıyla valiye ait olacaktır. Keza özel kanunları gereğince belediyeye ait vergi, resim, harç, katkı ve katılma paylarının tarh, tahakkuk ve tahsilini yapmak, belediyelerin yetkileri ve imtiyazları arasında yer almaktadır. Belediyelerin alacaklarından kaynaklanan takiplerde borçlunun AATUHK 110 ve 114. maddeleri arasında kalan suçları işlediğinden bahisle ihbara yetkili ve görevli isim belediye başkanı, büyükşehir belediyelerinde ise büyükşehir belediye başkanıdır.

B. İHBARIN ŞEKLİ

İhbarın ne şekilde yapılacağına dair kanun metninde doğrudan düzenleme bulunmamaktadır. Yazılı başvuru da olduğu gibi kanun koyucunun bu konudaki iradesi hükümden anlaşılmasa da işin mahiyeti gereği ihbarın yazılı yapılmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Zira kanunla verilen ihbarda bulunma yetkisinin kim tarafından kullanıldığının tespiti de ihbarın yazılı olması halinde mümkün gözükmektedir.

C. İHBARIN YÖNELTİLECEĞİ MERCİ

AATUHK m. 115'de, ihbarın doğrudan doğruya yapılması gereken merci belirtilmemektedir. Madde metninde takibin, Cumhuriyet savcılığı tarafından yapılacağı düzenlenmiş bulunsa da bu durum, takibi veya daha doğru bir deyişle soruşturmayı yürütecek ve bir sonuç çıkaracak makamı karşılamaktadır. Daha önce de değinildiği üzere ihbar veya

⁶⁴ Bahçeci (n 60) 175

şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir. Ayrıca Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, CMK m. 158/2 gereği, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Ancak AATUHK’da yer alan suçların ihbarı, genel anlamda kullanılan ihbardan nitelik olarak farklılık gösterdiğinden, vergi dairesi başkanı, vergi dairesi bulunmayan yerlerde ise vergi dairesi müdürü tarafından ihbarın, suçun işlendiği yer Cumhuriyet Savcılığına yapılması daha makul gözükmektedir. Sürecin hızlı yönetilebilmesi, suçla ilgili delillere ve izlere daha kolay ve süratli ulaşılabilmesi, soruşturma aşamasının tamamlanıp bir an önce kovuşturma aşamasına geçilmesindeki toplumsal fayda da göz önüne alındığında bu sonuca ulaşılabilir. Ayrıca ihbarın yetkili makam tarafından Cumhuriyet savcılığı yerine kolluk veya valilik ya da kaymakamlık gibi makamlara yapılmasının tek başına bir yanlışlık oluşturmaz. Kolluk, valilik ya da kaymakamlığın söz konusu ihbarı ilgili Cumhuriyet savcısına göndermesi hukuki bir zorunluluktur.

D. İHBARIN SONUÇLARI

Ceza hukukunda kimi suçların soruşturulması veya kovuşturulması teknik bilgiye, bazen de fail hakkında bir takip yapılmasının uygun olup olmadığının yetkili mercilerce takdir olunmasına bağlı tutulabilir⁶⁵. Kimi kamu icra suçu da bu karakterde suçlar grubuna dâhil olup yer aldıkları kanun tarafından bir muhakeme şartına tabi tutulmuşlardır.

İhbarın yokluğu ihtimali üzerine çeşitli senaryolar geliştirilebilir. Örneğin yetkili merci tarafından yapılmış bir ihbar olmaksızın Cumhuriyet savcılığınca resen soruşturmaya başlanması durumunda nasıl hareket edilecektir? Bu durum karşısında, suçun muhakeme şartına tabi olduğu anlaşıldığında ne yapılmalıdır? Ayrıca ihbar olmaksızın düzenlenen iddianameyle kovuşturma aşamasına geçilebilir mi? Her şeyden önce Cumhuriyet savcısının ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlaması CMK ile kendisine yüklenmiş bir sorumluluktur. Suçüstü veya başka bir suçtan ötürü yapılan bir soruşturma sırasında tesadüfen ele geçen bir delil sonucu suçun işlendiği şüphesine kapılan Savcının soruşturmaya başlaması ve şüpheyi yenecek veya besleyecek delilleri toplamaya başlaması, ceza muhakemesinin olağan akışı içinde sayılacaktır. Suçun hukuki nitelendirilmesi sonucu, alacaklı idarenin mahalli en büyük memurunun ihbarı gerektiği anlaşıldığında, AATUHK’da böyle bir hüküm bulunmamakla birlikte, Kurumun, başka bir deyişle Vergi Dairesi Başkanlığı’nın bilgilendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu sonuca, diğer

⁶⁵ Sahir Erman, Ticari Ceza Hukuku (MAE Baskı Atölyesi 1976) 29

kanunlarda bulunan ve benzer amaçlarla getirilen muhakeme şartlarıyla ilgili düzenlemeler göz önünde bulundurularak ulaşılabilir. Örneğin VUK m. 367/2’de Cumhuriyet Başsavcılığı’nın, vergi kaçakçılığı suçunun işlendiğini sair suretlerle öğrenmesi halinde takip edilmesi gereken usul ortaya konulmuştur. Buna göre VUK m. 367/1 dışında suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet Başsavcılığı, hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder. Anılan maddenin üçüncü fıkrasında bu husus bir adım daha öteye götürülerek, kamu davasının açılmasının, inceleme neticesinin Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilinceye kadar ertelenmesi hüküm altına alınmıştır⁶⁶ .

Bir başka örnek de Sermaye Piyasası Kanunu’ndan verilebilir. Soruşturmaya başlanmakla birlikte yazılı başvuru şartının gerçekleşmediğinin anlaşılması halinde, Sermaye Piyasası Kanunu’nun 49. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, *“fillerin işlendiğine dair bilgi edinen Cumhuriyet savcıları, Kurulu haberdar ederek durumun incelenmesini isteyebilirler. Eğer Kurul, yaptığı inceleme ve değerlendirme sonucu yazılı başvuruda bulunmaya gerek görmemesi halinde savcılık kovuşturmayaya yer olmadığına karar verecektir”* .

Sonuç olarak, AATUHK’da yer alan suçlarda da yetkili makamın ihbarın dışında başka bir suretle suçun işlendiğini haber alan Cumhuriyet savcılığı durumu incelemek ve varsa ihbarını bildirmek üzere kurumu bilgilendirmeli, ihbarın yapılmayacağı bildirildiğinde veya yapılmayacağı anlaşıldığında ise CMK m. 172/1 gereği kovuşturma olanağının bulunmaması nedeniyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmelidir.

İhbarın soruşturma aşamasındaki görünümüyle ilgili olarak irdelenmesi gereken noktalardan birisi de yetkili makamın ihbarı olmaksızın düzenlenen iddianamenin iade edilip edilmeyeceğidir. İddianamenin iadesi, savcının kamu davası açması üzerine, mahkeme tarafından savcılıkça düzenlenmiş bulunan iddia belgesinin incelenmesinden sonra, savcılığa geri gönderilmesi anlamına gelmektedir⁶⁷ . Söz konusu iade, CMK m. 170 çerçevesinde yapılacak bir inceleme neticesinde gerçekleşecek olup aynı zamanda CMK m. 174’de yer verilen iade sebeplerinden birine dayanmak zorundadır. Hükümde sıralanan iade sebepleri tahdidi olarak sayılmıştır. Bu nedenle CMK m. 174’de yer verilmeyen bir sebeple iddianamenin iadesi kabul edilemez⁶⁸ . AATUHK’da düzenlenen suçlardan dolayı yapılan bir soruşturma

⁶⁶ “İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 01.03.2013 tarihli 2013/7624 Esas sayılı iddianamesi ile 213 Sayılı VUK’nin 367. maddesine göre dava şartı olan mütalaa ve vergi suçu raporuna uygun olarak sanık hakkında yalnızca “2008 takvim yılında sahte fatura düzenleme” suçundan kamu davası açıldığı, 2007 takvim yılına ilişkin açılmış bir dava bulunmadığı gözetilmeden, açılmayan davadan mahkûmiyet hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Yar. 11 CD, E. 2017/13833, K. 2019/6520, 23.09.2019 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

⁶⁷ Erdener Yurtcan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (9. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019) 614

⁶⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 11) 494; Yenisey ve Nuhoglu (n 27) 687

sonunda düzenlenen iddianamede, yetkili makamın ihbarının yer almaması bir iade sebebi olarak değerlendirilemez. Çünkü CMK 174. maddede yetkili makamın ihbarı olmaksızın düzenlenmiş iddianamenin iade edileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Kanunun istisnai olarak saymadığı bir sebeple iddianamenin iadesinin yapılması CMK'ya ve CMK'da düzenlenen, teminat altına alınan iddia makamının yetkilerine açık müdahale anlamına gelecektir⁶⁹. Ayrıca ihbar delil niteliği taşımadığından, ihbar olmaksızın düzenlenen iddianame suçun sübütuna doğrudan etki edecek mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen iddianame sayılmak suretiyle iade edilemez. Tüm bu hukuki dayanaklar ve CMK m. 174 birlikte değerlendirildiğinde yetkili makamın ihbarı olmaksızın savcılık tarafından düzenlenen iddianame sırf bu nedenle iade edilmemeli, söz konusu eksiklik kovuşturma aşamasına geçildikten sonra giderilmeye çalışılmalıdır.

Üzerinde durulması gereken son ihtimal ise ihbar olmaksızın kovuşturma aşamasına geçilmesi halidir. Her ne kadar ihbar, kanunda düzenlendiği biçimiyle bir soruşturma şartı gibi gözükse de yukarıda da değinildiği gibi ihbar olmaksızın da AATUHK'da düzenlenen suçların soruşturmasına başka suretle başlanmış ve daha sonra iddianamenin kabulüyle kovuşturma aşamasına geçilmiş olabilir. Örneğin iddianame başka bir suçtan düzenlenmiş olmakla birlikte kovuşturma aşamasında suçun hukuki niteliğinin değişmesiyle AATUHK'da yer alan bir suç gündeme gelebilecektir. Zira maddi gerçeğin araştırılması ilkesi ve CMK m. 225/2 gereği mahkeme iddia makamının tavsifiyle bağlı olmayıp fiilin hukuki nitelendirmesini de kendisi yapar⁷⁰. Böyle bir durumda mahkeme mevcut durumu inceleyerek ihbarın yapılmasını beklemek üzere durma kararı vermelidir⁷¹. Bu karara itiraz mümkündür. Bununla birlikte ihbarın gerçekleşmeyeceği anlaşılırsa CMK m. 223/8 gereği düşme kararı verilir⁷².

⁶⁹ “CMK 174. maddesi iddianamenin iadesi müessesini düzenlenmiştir. Kamu davasının açılması Cumhuriyet Başsavcılığına verilmiş bir yetki olduğu kadar bir haktır. Dolayısıyla bazı şekil şartlarına bağlı olarak ve istisnai olarak iade düzenlenmiştir. İade halleri CMK 174. madde de tek tek sayılmıştır. Bu nedenler arasında etkin pişmanlık yoktur. Bırakın etkin pişmanlık hükümlerini resen dikkate alınması gereken şikâyete bağlı suçlarda şikâyet bulunup bulunmadığı bile şikâyete tabi olup uzlaşmaya tabi olmayan suçlar bakımından bile iade nedeni olarak kabul edilmemiştir.” Yar. 13 CD, E. 2018/1057, K. 2018/2532, 22.02.2018 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

⁷⁰ “Mahkeme iddianamedeki fiil ve faili ile bağlı ise de eylemin hangi suçu oluşturacağına ilişkin nitelendirmede iddia ve savunmayla bağlı değildir.” Yar. 8 CD, E. 2019/6843, K. 2019/12191, 14.10.2019 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

⁷¹ “...bu hâlde kamu davasının açılmasının şartı bağlanmış olduğu, kamu davası açılmasının koşulları gerçekleşmemesine rağmen dava açılmış olması karşısında, belirtilen nedenlerle mahkemesince 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/8-2. cümlesi uyarınca durma kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden davanın düşmesine karar verilmesi, kanuna aykırıdır.” Yar. 20 CD, E. 2019/1718, K. 2020/177, 08.01.2020 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

⁷² “Dava; sahte fatura kullanmak suçuna ilişkindir. Cumhuriyet Başsavcılığı'nın iddianamesi ile sanık hakkında sahte fatura kullanmak suçundan kamu davası açılmış ise de bu suça dair sanık hakkında verilmiş bir mütalaa bulunmadığı görülmekle, öncelikle durma kararı verilip, 213 Sayılı VUK'nun 367. maddesi gereğince dava şartı olan mütalaanın verilip verilmeyeceği Vergi Dairesi Başkanlığından sorulup verilmeyeceğinin anlaşılması

AATUHK'da yer alan suçlardan dolayı yapılan yargılamada, dava dosyasının mevcut durumu dikkate alındığında derhal beraat kararı verilmesini gerektiren bir hal var ise durma veya düşme yerine beraat kararı verilmelidir. Yargıtay' a göre derhal kavramı dar yorumlanmak yerine; "yargılamanın geldiği aşama itibariyle" diğer bir ifadeyle "ilave bir delil toplanmasına ya da araştırma yapılmasına gerek kalmadan ..." olarak anlaşılmalı ve yorumlanmalıdır⁷³ . Derhal beraat kararı verilmesi, CMK m. 223/9 gereği olup durma ve düşme sebepleri aleyhe olası bir sonucu önlemek için kabul edilmiş olduğundan lehe sonuca engel olmayacağı düşüncesine dayandırılmaktadır⁷⁴ .

SONUÇ

Kamu ekonomisinin ihtiyaçlarını gidermek amacıyla tahsil edilen kamu alacaklarının, hazineye dâhil oldukları ana kadar geçen evrede korunmaları ve güvence altına alınmaları gerekmektedir. Tahsil sürecinin sağlıklı işleyebilmesi ve kamu alacağının eksiksiz biçimde hazineye katılmasını sağlamak amacıyla bu evrede gerek kamu borçlusu gerekse de üçüncü kişilerin süreci ihlal edici olası birtakım fiilleri suç olarak değerlendirilerek kanun koyucu tarafından yaptırım altına alınmıştır. Kamu icra suçları da diyebileceğimiz bu suçların, ceza hukukunda genel kanun niteliğinde bulunan TCK ve diğer özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlarda yer alan suçlara nazaran uygulamada daha az rastlandığı yadsınamaz bir gerçektir. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından her yıl yayınlanan Adli istatistiklere bakıldığında bu durum açıkça gözlemlenebilmektedir. Bu sonucun ortaya çıkmasında AATUHK'da düzenlenen suçların neredeyse tümünün bir muhakeme şartına bağlanmasının etkisi oldukça büyüktür. İİK'da yer alan kimi suçlarda alacaklıya tanınan şikâyet hakkının, AATUHK'da yine alacaklı taraf olan idareye ihbar adı altında tanınmış olması tutarlı gözükmemektedir. Ancak AATUHK m. 115 ile bir muhakeme şartına bağlanan suçlarla paralel özellik taşıyan bazı icra-iflas suçlarının da şikâyete bağlı tutulmayıp resen soruşturulup kovuşturulabileceği anlaşılmaktadır. Örneğin, İİK m. 331'de yer alan alacaklısını zarara sokmak kasdıyla mevcudunu eksiltme suçu için herhangi bir muhakeme şartı öngörülmemişken, söz konusu suçta çok yakın bir özellik arz eden, unsurları neredeyse aynı diyebileceğimiz amme alacağının tahsiline engel olma suçu ancak alacaklı amme idaresinin o mahaldeki en büyük memurunun ihbarı üzerine takip olunabilmektedir. Böylesi bir sonuç kamu

durumunda davanın düşürülmesine karar verilmesi gerekeceği gözetilmelidir.” Yar. 11 CD, E. 2017/2340, K. 2018/2206, 14.03.2018 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

⁷³ “Derhal, yani yargılamanın geldiği aşama itibariyle, beraat kararı verilebiliyorsa; artık koşulları olsa bile, "durma" "düşme" veya "ceza verilmesine yer olmadığı" kararı verilemez.” Yar. CGK, E. 2011/7-302, K. 2012/23, 07.02.2012 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

⁷⁴ Yenisey ve Nuhoglu (n 27) 769

alacaklarının özel alacaklara nispetle daha önemli olması ve süratli ve etkin şekilde tahsil edilmesi gerekliliği anlayışına ters düşmektedir. Diğer taraftan böylesi bir muhakeme şartının, kamu borçlularının özel hukuk borçlularından farklı bir konumda bulunmaları ve alacaklı kamu idaresinin kamu borçlularının borcu ödedikten sonraki durumları ile alakadar olmaları mecburiyeti karşısında alacaklı kamu idaresi ile kamu borçlusu arasında menfaat dengesinin kurulmasına hizmet ettiği söylenebilecektir.

AATUHK m. 115'in tatbikinde de birtakım tereddütlerin oluştuğu söylenebilir. Bu durumun başlıca sebeplerinden birisi de maddenin yazım tekniği ve tercih edilen kavramlardır. Her şeyden önce madde başlığında icra hukukunda daha yaygın olarak kullanılan "takip" kavramına yer verilmesi, soruşturma aşamasının mı yoksa kovuşturma aşamasının mı kastedildiği konusunda ikileme düşülmesine neden olmaktadır. Bir diğer önemli eksiklik de ihbarın, maddede bahsi geçen suçlar bakımından bir muhakeme şartı olarak düzenlendiğinin ayrıca ve açıkça belirtilmemiş olmasıdır. İlk fıkraya eklenebilecek bir cümle bu konuda uygulayıcılar arasındaki soru işaretlerini gidermeye yeterli olacaktır. Özetle, olası bir değişiklikle madde metnine ihbar yerine "yazılı başvuru" kavramının tercih edilmesi ve bu durumun bir muhakeme şartı oluşturduğunun açıkça ifade edilmesi uygulamada tereddütlerin ve karmaşıklığın son bulmasını sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

Alacakptan U, Suçun Unsurları (2. Baskı Sevinç Matbaası 1975)

Bahçeci B, Kamu Alacağını Takip Hukuku (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019)

Başbüyük İ, 'Kamu İcra Hukukunda Kamu Alacağının Tahsiline Etki Eden Suçlar AATUHK m.110-114' (2014) 16 Özel Sayı Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 4613-4631

Candan T, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (3. Baskı, Mali Akademi Yayınları 2007)

Coşkun M, Açıklamalı ve İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (3. Baskı, Seçkin Yayınevi 2016)

Dursun S, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2010)

- Erem F, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 1 (10. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1973)
- Erman S, Ticari Ceza Hukuku (Mae Baskı Atölyesi 1976)
- Gerçek A, Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku (6. Baskı, Ekin Yayınevi 2020)
- Karabulat EC, 'Karşılaştırmalı Olarak Objektif Cezalandırılabilme Şartları ve Muhakeme Şartları' (YL Tezi, Gazi Üniversitesi, 2016)
- Karakoç Y, Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar (1. Baskı, Yetkin Yayınevi 2000)
- Koca M ve Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (8. Baskı, Seçkin Yayınevi 2015)
- Öncel M, Kumrulu A ve Çağan N, Vergi Hukuku (18. Baskı, Turhan Kitabevi 2010)
- Öner E, Vergi Hukuku (11. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019)
- Özbek VÖ, Doğan K, Bacaksız P ve Tepe İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (9. Baskı, Seçkin Yayınevi 2018)
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, Ceza Muhakemesi Hukuku (12. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019)
- Özcan O, Vergi Suçları (Seçkin Yayınevi 2015)
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (12. Baskı, Seçkin Yayınevi 2016)
- Şahin C ve Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku-I (10. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019)
- Şenyüz D, 'Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalâa /Görüş' (2016) 81 (2) İzmir Barosu Dergisi, 13-50
- Ünver Y ve Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku (14. Baskı, Adalet Yayınevi 2018)
- Yenisey F ve Nuhoğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku (7. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019)
- Yenisey F ve Nuhoğlu A, 'Yazılı Başvuru Şartının Hukuki Niteliği' (2013) (101) Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, 97-108
- Yetkin E, 'Bankacılık ve Sermaye Piyasası Suçlarına İlişkin Muhakeme Kuralları' (2015) XIX (3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 403-434
- Yurtcan E, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (9. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019)



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

FİKİR VE SANAT ESERLERİNDE LİSANS SÖZLEŞMESİ

*Araş. Gör. Ahmet Fevzi KİBAR**

ÖZET

Fikir ve sanat eserleri günümüz dünyasında ekonomik ve sosyal hayat açısından önemini her geçen gün artırmaktadır. İlgili eserlerin ekonomik ve sosyal hayata katılması genellikle devir işlemleri ile mümkündür. Pratik hayatta ise genellikle fikir ve sanat eserlerinin doğrudan devredilmesi yerine kullanım hakkı devredilmektedir. Lisans sözleşmesinin pratik hayattaki kullanım alanının genişliği, bu sözleşmenin niteliğinin ve sınırlarının iyi belirlenmesini gerektirmektedir. Zira ortaya çıkan sorunlar bu belirlemelere göre çözümlenir. Fikir ve sanat eserleri için yapılan lisans sözleşmelerinin birçok farklı türü ve bu türlerin doğurduğu farklı sonuçlar mevcuttur. Ayrıca öğretilde, ilgili lisans sözleşmesinin hukuki niteliği ve taraflar açısından doğuracağı borçlar açısından tartışmalı birçok husus bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler Lisans Sözleşmesi, Borçlandırıcı İşlem, Tasarruflı İşlem, Lisans Veren, Lisans Alan, Kullanım Hakkının Devri

LICENSE AGREEMENTS OF INTELLECTUAL AND ARTISTICAL WORKS

Res. Asist. Ahmet Fevzi KİBAR

ABSTRACT

Intellectual and artistic works are increasing their importance in terms of economic and social life in today's world. The participation of the related works in economic and social life is generally possible through transfer procedures. In practical life, the right of use is usually transferred instead of the direct transfer of ideas and art works. The wide range of use of the license agreement in practical life requires the quality and limits of this agreement to be well defined. Because the problems that arise are resolved according to these determinations. There are many different types of licensing agreements for intellectual and artistic works and their consequences. In addition, in the doctrine, there are many controversial issues in terms of the legal nature of the relevant license agreement and the debts it will incur for the parties.

Key Words License Agreement, Borrower Transaction, Saving Transaction, Licensor, Licensee, Transfer of Usage Right.

* Araş. Gör., Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ahmetfevzikibar@gmail.com, ahmet.kibar@yalova.edu.tr, ORCID 0000-0003-1300-6500



Extended Summary

Intellectual and artistic works are protected by the intellectual rights legislations. Legitimate holders may permit third parties through license agreements to use their intellectual and artistic works nationwide or only in certain regions. In this article, the author analyse general provisions regarding the license agreements of intellectual and artistic works under the Law No. 5846 on Intellectual and Artistic Works (Turkish Copyright Act). Hence, this article comprises of six sections.

First section identifies different forms of license agreements that exist in Turkey. Since the principle of freedom of contract is accepted in Turkish legislation and licence agreements contain features of various different agreements, there is no specific regulation that defines or limits the types of licensing. Thus, license agreement is a sui generis type of contractual obligation. Turkish Copyright Act allows the creation of different types of license agreements.

Second section addresses the features and legal nature of license agreements. Under the Turkish Copyright Act, the general principle is that the person who actually creates a work is the author of that work. The "work made for hire" concept is not accepted. The right transfers should be made in writing, once the work is embodied, indicating, expressly, which rights are transferred, and under which conditions. As per Article 48 of the Turkish Copyright Act, in order to realize the assignment, the work should be physically created. Any agreement that relates to the transfer of rights arising from work that has not yet been created, or shall be completed in the future, shall be null and void. However, as per Article 50 of the Turkish Copyright Act, it is possible to take undertakings from the right owners for right transfers relating to future works. Therefore, before the work has been physically created, the right owner is able to undertake the assignment of the rights on the future work for a specified party. For a valid assignment, however, a separate deed of assignment must be signed once the work has been completed. Because of the practical difficulties created with this formalistic approach, Turkish Court of Appeals does not consider the transfer or license agreements that relate to future works to be null and void, but considers that these agreements should be accepted as undertakings from the right owners. In addition, because of the difficulties of this two-stage agreement process, the Court of Appeals also accepts that despite the lack of a second agreement, if the parties act in accordance with their undertakings, and if the work is completed as agreed, then the rights are deemed to be transferred. This view of the Court of Appeals is also supported by some scholars *i.e.* Erbek, Arbek and Arkan.

Third section analyses the formality of establishing licence agreements. The establishment of license agreement for intellectual and artistic works is subject to special provisions stipulated in the Turkish Copyright Act. In cases where there is no provision here, it is subject to the general provisions of the Turkish Code of Obligations. Moral rights cannot be assigned as they exclusively belong to the right owner. On the other hand, material rights can be transferred; a written agreement signed by both parties is sufficient and further

formalities require specific provisions on the rights of the seller (if purchased, from whom and which rights) and a clear indication of what kind of rights are assigned.

Forth section focuses on the parties of license agreement. A licensing agreement is a contract between a licensor and licensee in which the licensee gains access to the licensor's intellectual property. The party providing the intellectual property is called the licensor while the party receiving the intellectual property is called the licensee. The licensee has the right to sublicense the intellectual property right that forms the basis of the licence agreement or transfer the licence to third parties with or without the prior consent of the licensor. Warranties must be included in relation to possible undertakings of the licensee. The method of protection, defence and enforcement of copyright can be covered in the agreement between the parties. The liability (or exclusion of liability) for invalidity or infringement of third parties' could be protected by contractual provisions.

Fifth section addresses the rights and obligations of licensor and licensee. The main principle applicable here will be the freedom to contract. An agreement of the parties that is compliant with the mandatory provisions of Turkish Law will be valid and enforceable. Generally, the licensor grants authorization to the licensee to fully or partly get benefit from its copyright. The copyright owner is usually responsible for maintaining the registration of a licensed IP right, including paying renewal and other applicable fees, regardless of the type of licence signed by the parties. A licensor that incurs damages or expenses can be indemnified by the licensee, provided that the licensee retains its rights of recourse under the licence. The extent of the indemnity that can be imposed on the licensee depends on the bargaining power of the parties.

Sixth section deals with the termination of license agreements. The provisions regarding the termination of license agreement regulated between the articles 50 and 59 of Turkish Copyright Act reflect the grounds upon when a licensor or a licensee is entitled to terminate an intellectual property licence in your Turkey.

Basic principal of the Turkish Copyright Act is to protect the intellectual and artistic works and it embraces provisions to protect their rights firmly. Hence, it should be concluded that Turkish Copyright Act is satisfactory in the context of freely setting up license agreements. Parties have freedom to contract. It is possible to license both the financial and moral rights of the author. The author can license the rights wholly or partially, on an exclusive or non-exclusive basis. A sub-licence is possible if the licensee has been expressly granted that power. On the other hand, Turkish Copyright Act could be criticized since it does not succeed in complying with the technological developments adequately as it requires many formalities to form a license agreement.

GİRİŞ

Lisans sözleşmesinin birçok türü ve kullanım sahası mevcuttur. Bu çalışmada Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında yapılan lisans sözleşmesi incelenmektedir. Çalışma altı bölümden oluşmaktadır. Birinci Bölümde, lisans sözleşmesinin tanımı yapılmakta ve uygulamada öne çıkan türleri iki başlık altında açıklanmaktadır. Birinci başlık altında, lisanstan doğan hakkın içeriğine göre basit, münhasır (tam) ve alt lisans türü irdelenmektedir. İkinci başlık altında, lisans hakkının kaynağına göre iradi, zorunlu ve kanuni lisans türü ifade edilmektedir.

İkinci bölümde, lisans sözleşmesinin özellikleri ve hukuki niteliği iki ayrı başlık altında incelenmektedir. Bu inceleme yapılırken lisans sözleşmesinin gerek özellikleri gerek hukuki niteliği noktasında öğretilen ortaya çıkan tartışmalara yer verilmektedir.

Üçüncü bölümde, lisans sözleşmesinin kurulması ve şekli şartları incelenmektedir. Dördüncü bölümde ise, lisans sözleşmesinin tarafları lisans veren ve lisans alan olarak iki alt başlık altında açıklanmaktadır.

Beşinci bölümde, lisans sözleşmesinden doğan borçlar hem lisans veren hem de lisans alan açısından incelenmektedir. Bu borçlar açıklanırken yer yer öğretilen tartışmalara da yer verilmektedir.

Altıncı bölümde ise lisans sözleşmesinin sona erme sebepleri incelenmektedir. Ancak bu bölümde ifade edilen sebepler bir sözleşmeyi sona erdiren genel sebepler değil sadece FSEK’te öngörülen özel sebeplerden ibarettir.

I. LİSANS SÖZLEŞMESİNİN TANIMI ve TÜRLERİ

A. TANIMI

“Lisans” kelimesi, Latince’ de, “yetkili kılmak, izin vermek” anlamına gelen “licare” ve “izin verilmiş, müsaade edilmiş” anlamında kullanılan “licet” sözcüklerinden türetilmiştir. Günümüzde, lisans kavramı uluslararası bir anlam kazanmıştır. Lisans kavramı, lisans alanın sahip olduğu yetkilerinin tamamını bir diğer ifadeyle lisans alanın hukuki durumunu ifade eden geniş bir kavramdır¹. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda (FSEK), lisans kavramı yerine ruhsat kavramı kullanılmıştır (m. 48-50). Ancak öğretilen birlik açısından,² FSEK’te kullanılan “ruhsat” terimi yerine öğretilen yerleşmiş “lisans” terimini kullanmak yerinde olacaktır.

¹ Saibe Oktay Özdemir, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması (Beta Basım, 2002) 9; Şirin Aydınçık, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri (Arıkan Basım Yayım, 2006) 44-45; Ahu Eker Erkekoğlu, “Yazılım Lisans Sözleşmeleri” (Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin üniversitesi, SBE, 2019) s. 30; Özge Erbek, ‘Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesinin Hukukî Niteliği’ (2009) 11 (2) DEÜHFD, 1, 37

² “FSEK m. 48/II’ de “ruhsat” olarak isimlendirilen bu hukuki işlemin uluslararası hukuk dilinde lisans olarak bilinen anlamda kullanıldığı, doktrinde genel olarak kabul edilmektedir” Aydınçık, (n. 1) 46

Lisans sözleşmesi, bünyesinde birçok değişken yapı ve unsuru barındırmaktadır. Bu nedenle homojen olmayan bir sözleşmedir. Lisans sözleşmesinin bu karakteri sebebiyle onun bütün yönlerini kapsayan ortak bir tanım yapabilmek zordur³. Lisans sözleşmesinin, FSEK'te tanımı yapılmamıştır. Öğretide, lisans sözleşmesi için yapılan tanımlardan bazıları şunlardır:

*“Gayri maddi haklar üzerindeki kullanma yetkisinin bir ivaz karşılığında tamamen veya kısmen üçüncü şahıslara tanınması amacını güden”*⁴ bir sözleşmedir.

*“Genel olarak lisans sözleşmesi ile bir fikrî veya sınai hakkın sahibi hakkının kullanılmasını bir ücret karşılığında belli bir süre için başkasına devreder”*⁵.

*“Fikir ve sanat eseri üzerindeki fikri hakkın bahşettiği mali yetkilerin tamamının veya bir kısmının kullanım hakkının devredilmesi taahhüdünü içeren, kural olarak ivazlı, isimsiz ve kendine has bir sözleşme”*⁶ dir.

*“Sinema eserlerine ilişkin lisans sözleşmesi, sinema eseri üzerindeki fikri haktan kaynaklanan mali yetkilerin tümünün ya da bir kısmının kullanım salahiyetinin, süre, yer veya muhteva bakımından sınırlı yahut sınırsız olarak bir başkasına bırakıldığı ve kural olarak karşılığında bir lisans bedelinin taahhüt edildiği bir sözleşme”*⁷ dir.

Kısaca, her lisans sözleşmesinin özü gayri maddi bir malın kullandırılmasıdır. Fikir ve sanat eserlerine ilişkin lisans sözleşmesi ise⁸, FSEK veya komşu haklar yönetmeliği⁹ tarafından tanınan bir eser üzerindeki malî hak veya hakların kullanma ve yararlanma yetkisi tanınmasıdır. Manevi haklar, sağlar arası işlemler ile ölüme bağlı tasarruflara konu olamazken bu hakların kullanılma yetkisinin devri mümkündür. Bu husus, manevi hakları, şahsiyet haklarından ayıran önemli noktalardan biridir¹⁰.

Fikir ve sanat eserlerinden doğan bir mali hak lisans sözleşmesine konu edildiğinde bu hak (mali hakkın devri sözleşmesinden farklı olarak), lisans verenin malvarlığında kalmaya devam eder. Ancak maddi bir malın ürün kirasına verilmesi veya üzerinde intifa hakkı

³ Ömer Arbek, Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi (Yetkin Yayınları 2005) 65

⁴ Oktay Özdemir, (n. 1) 9; Mehmet Serkan Ergüne, ‘Lisans Sözleşmesinde Başlangıçtaki İmkânsızlık’ (2006) Prof. Dr. Özer Seliçi’ ye Armağan 204

⁵ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1 (6th ed, Vedat Kitapçılık 2008) 63

⁶ Arbek, (n. 3) 75

⁷ Büşra Şahin, Türk Hukukunda Sinema Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi (Yetkin Yayınları 2018) 103

⁸ Örneğin, bilgisayar programlarına ilişkin lisans sözleşmesi, sinema eserlerine ilişkin lisans sözleşmesi veya sahne eserlerine ilişkin lisans sözleşmesi gibi

⁹ Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği, RG. 16.11.1997, S. 23172

¹⁰ Hande Bahar Kerimoğlu, ‘Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans (Ruhsat) Sözleşmesinin Hukukî Niteliği’ (2003) 7 (2) Kamu-İş 1, 7-8. Ancak eser sahibi manevi haklarının ölümünden sonra nasıl kullanılacağını ölüme bağlı bir tasarruf ile belirleyebilir. Örneğin, eserlerinin kim tarafından kullanılacağını bir vasiyetname ile belirleyebilir veya bu durum için bir vasiyeti tenfiz memuru atayabilir

kurulması gibi mali hakkı kullanma ve semerelerinden yararlanma yetkisi lisans sözleşmesinde öngörülen şartlar (süre, yer, içerik itibarıyla) altında lisans alana geçer¹¹.

B. TÜRLERİ¹²

1. Lisanstan Doğan Hakkın İçeriğine Göre

a. Basit Lisans

FSEK m. 56/I'de, “*Ruhsat; mali hak sahibinin başkalarına da aynı ruhsatı vermesine mani değilse (basit ruhsat) ...tır*” denilmek suretiyle basit lisans tanımlanmıştır. Kanun koyucu burada kanuni bir adi karine öngörmüştür. Bu karineye göre, kanunda veya sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça her lisans, basit lisanstır¹³. Bir diğer deyişle açıkça münhasır lisans olmayan her lisans, basit lisanstır. Lisans veren eser sahibi veya mali hak sahibi, aynı lisansı bir üçüncü kişiye de verebiliyorsa basit lisans söz konusudur. Basit lisans tanınması halinde lisans veren, bu lisansı yer ve zaman olarak eşit veya benzeri şartlarla başkasına tanıyabileceği gibi, lisansın konusu olan hakkı bizzat kullanmaya devam edebilir¹⁴. Örneğin, bir bilgisayar programı sahibi, programın CD ortamındaki maddi nüshalarının piyasaya sürülmesi yetkisini bir şahsa, internetten yayımı yetkisini ise bir başka şahsa devredebilir¹⁵. Veyahut programın internetten yayımına yönelik lisans verirken birden fazla içerik sağlayıcısı ile anlaşılabilir¹⁶. Bir film şirketi basit lisans sözleşmesi kapsamında, bir sinema filminin gösterimi için birden fazla sinema salonuna farklı süreler kapsamında (Örneğin, 3 hafta 2 ay, 1 yıl gibi) kullanma yetkisi tanıyabilir. Ayrıca film şirketinin kendisi de bu filmi kullanmaya devam edebilir.

FSEK m. 56/III uyarınca, basit lisanslar için hasılat kirasına ilişkin hükümler uygulanır.

¹¹ Kübra Ercoşkun Şenol, ‘Mali Hakları veya Kullanım Hakkını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması’ (2013) 3 (1) HHFD 45, 50

¹² Lisans çeşitleri noktasındaki yaptığımız inceleme sınırlayıcı değil örnekleyicidir. Çalışmamızda incelediğimiz lisans türleri dışında, öğretilerde başka ayrımlar da yapılmaktadır. Biz çalışmamızda önemli gördüğümüz türleri ifade etmeye çalıştık

¹³ Arbek, (n. 3) 83; Ahmet M. Kılıçoğlu, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar (3rd ed, Turhan Kitabevi 2017) 292; Şahin, (n. 7) 113; Ramazan Onur Tunçer, ‘Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Lisans Sözleşmesi’ (Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, SBE, 2010) 23; Şener Dalyan, Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması (Seçkin Yayıncılık 2009) 207; Halil Alperen Evrensel, Telif Hakkı Sözleşmesi ve Hakların Devri (Seçkin Yayıncılık 2019) 160

¹⁴ Aydınçık, (n. 1) 60-61; Şahin, (n. 7) 113; Selim Levi, “Lisans Sözleşme Çeşitleri ve Tarafları”, Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı (Rona Aybay’a Armağan), 2014, s. 1581; Onur Sarı, Patent Lisans Sözleşmeleri (Seçkin Yayıncılık 2019) 80; Kılıçoğlu, (n.13) 302; Ercoşkun Şenol, (n. 11) 51. Uygulamada bazen, lisans alanlar sözleşmeye “en fazla korunma şartı” koydurarak kendilerini korumaya çalışmaktadır. Bu şart uyarınca, lisans veren sonradan yapacağı lisans sözleşmelerinde, önceki lisans alana sağladığı haklardan daha fazlasını veya avantajlısını bir üçüncü kişiye tanıyamayacak yahut sonraki sözleşmelerde tanınacak daha elverişli şartlar bu lisans alıcısına da sağlanacaktır (Burak Ongan, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu (Seçkin Yayıncılık 2007) 52

¹⁵ “Eserin, sadece plâk yapmak üzere sözleşme ile edinilen çoğaltma hakkının, anılan eserin kaset ve compact disk biçiminde çoğaltılması yetkisini içermeyeceği... (Yar. 11. HD, E. 1994/16, K. 1994/1395, 24.02.1994)” (Levent Yavuz, Türkay Alica ve Fethi Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu Cilt 1: (1-48 Maddeler) (2nd ed, Seçkin Yayıncılık 2014) 1520)

¹⁶ Dalyan, (n. 13) 206

b. Münhasır (Tam) Lisans

FSEK m. 56/1'de, “*Ruhsat; ... yalnız bir kimseye mahsus olduğu takdirde (tam ruhsat türü)*” denilmek suretiyle tam (münhasır) lisans tanımlanmıştır¹⁷. Bu lisans uyarınca lisans veren, lisans alana, fikir veya sanat eserine ilişkin tanıdığı lisans hakkını, üçüncü bir kişiye tanımamayı taahhüt etmektedir. Ayrıca, bu taahhüt lisans verenin kendisini de kapsamaktadır. Lisans veren, münhasır lisansa rağmen mali haklarını kullanmaya devam etmek istiyorsa sözleşmede açıkça bu haklarını saklı tutmalıdır¹⁸. Tam lisansın söz konusu olması için bu hususun açıkça sözleşmede belirtilmiş veya bu konuda bir kanun hükmünün bulunması gerekir¹⁹.

Münhasır lisans sözleşmesinin konusu, tek bir malî hak olabileceği gibi bütün mali haklar da (ayrı ayrı belirtilmek şartıyla) olabilir²⁰. Lisans veren, ülkenin tamamında geçerli olmak üzere tek bir kişiye münhasır lisans hakkı tanıyabileceği gibi ülkenin ayrı bölgeleri için farklı kişilere de münhasır lisans hakkı tanıyabilir²¹. Örneğin, bir şirket kendi ihtiyaçları doğrultusunda sipariş ettiği bir bilgisayar programına ilişkin lisans sözleşmesinde, program geliştiricisine bu programdan doğan çoğaltma hakkının gerektirdiği tüm yetkilerin kendisine devrini ve bunun yanında bu yetkilerin başka bir kişiye tanınmamasını, hatta program geliştiricisi tarafından da kullanılmamasını sözleşmede öngörebilir²².

Alman Hukuku'nda, münhasır lisans sahibi (alan), üçüncü kişiye basit lisans tanıma yetkisine sahiptir. Ancak, münhasır lisans sahibinin üçüncü bir kişiye basit lisans hakkı tanıyabilmesi kural olarak lisans verenin (eser sahibinin) izniyle mümkündür²³. Aydınçık'a göre²⁴, bu husus Türk Hukuku'nda da kabul edilmelidir.

Tam lisansın amacı, malî hakka ait kullanma yetkilerinin tamamen devredilmesi olduğu için, lisans verenin, lisans alana karşı durumu mülkiyet sahibinin intifa hakkı sahibi karşısındaki

¹⁷ “*Burada kastedilen, eser sahibinin tam lisans konusu yaptığı mali hakkının kullanımını sadece lisans alana tanınması, aynı lisans hakkını bir başkasına tanıyamamasıdır*” (Kerimoğlu, (n. 10) 10)

¹⁸ Lisans verenin mali haklarını saklı tutmasının münhasır lisans durumuna aykırı olup olmadığı hususundaki tartışmalar için bakınız: Aydınçık, (n. 1) 60; Münhasır lisans önce veya sonra basit lisans tanınip tanınmayacağı ve bu durumun münhasır lisans durumu ile birlikte kabul edilip edilemeyeceği hususundaki tartışmalar için bakınız: Ongan, (n. 14) 53-54

¹⁹ Aydınçık, (n. 1) 59; Arbek, (n. 3) 83; Şahin, (n. 7) 113-114; Levi, (n. 14) 1581; Sarı, (n. 14) 83 vd.; Dalyan, (n. 13) 205

²⁰ Yunus Çelikbiz, ‘Lisans Sözleşmeleri’ <<https://docplayer.biz.tr/574977-Lisans-sozlesmeleri-av-yunus-celikbiz-istanbul-nisan-2008.html>> Erişim Tarihi 23 Şubat 2020, 10.

²¹ Şahin, (n. 7) 114

²² Dalyan, (n. 13) 206

²³ Aydınçık, (n. 1) 60; Levi, (n. 14) 1582

²⁴ Aydınçık, (n. 1) 60

duruma benzemektedir²⁵. Nitekim FSEK m. 56/III'te, tam lisanslar hususunda intifa hakkı hükümlerine yollama yapılmıştır²⁶.

c. Alt Lisans

Eser sahibi veya diğer hak sahiplerinden lisans alan kişi tarafından bir üçüncü kişiye lisans hakkı tanınmasına alt lisans denilmektedir²⁷. Bu durumda lisans alan, alt lisans sözleşmesi açısından lisans veren konumundadır. FSEK' te alt lisans sözleşmesi hakkında açık bir hüküm yoktur. FSEK m. 49' da öngörülen düzenleme, alt lisans sözleşmesi değil, lisans sözleşmesinin devri hakkındadır²⁸. Dolayısıyla ilgili hüküm alt lisans sözleşmesi söz konusu olduğunda da uygulanabilir²⁹.

FSEK m. 49 uyarınca, lisans sözleşmesinin devri için öngörülen lisans verenin yazılı izninin aranması şartı, alt lisans sözleşmesi açısından kıyasen uygulanabilir. Bu izin ya ana lisans sözleşmesinde açıkça belirtilmiş olmalı ya da bu sözleşme haricinde lisans verenden ayrıca bir muvafakatname alınmalıdır (FSEK m. 52)³⁰.

Ana lisans sözleşmesi ile alt lisans sözleşmesi arasında sıkı bir bağıllık vardır. Alt lisans sözleşmesinin geçerliliği ana lisans sözleşmesinin geçerliliğine bağlıdır. Alt lisans sözleşmesinde, ana lisans sözleşmesinde öngörülenden daha fazla bir hak verilmesi mümkün değildir³¹. Eğer, ana lisans sözleşmesinde, alt lisans sözleşmesinin verilme şartları belirlenmişse bu durumda bu şartlar alt lisans sözleşmesinin genel çerçevesini oluşturacaktır. Ancak eğer, ana lisans sözleşmesinde alt lisans sözleşmesi için geçerlilik koşulları öngörülmemişse alt lisansın sınırları ana lisans sözleşmesine göre belirlenir³².

2. Lisans Hakkının Kaynağına Göre

a. İradi (Sözleşmesel) Lisans

Eser sahipleri, fikir ve sanat eserleri üzerinde diledikleri gibi tasarruf etme özgürlüğüne sahiptirler. Eser sahibi, eserleri üzerindeki malî yetkileri kendileri kullanabileceği gibi bunların

²⁵ Nuşin Ayiter, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri (S Yayınları 1981) 213; Şafak N. Erel, Türk Fikir ve Sanat Hukuku (3rd ed, Yetkin Yayınları 2009) 307-308; Mustafa Tüysüz, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler (Yetkin Yayınları 2007) 305; Dalyan, (n. 13) 206; Evrensel, (n. 13) 160

²⁶ Kerimoğlu, (n. 10) 11

²⁷ Şahin, (n. 7) 116; Aydınçık, (n. 1) 68; Azra Arkan, Mukayeseli Hukuk, Uluslararası Düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuk Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar (Vedat Kitapçılık 2005) 234; Levi, (n. 14) 1583; Sarı, (n. 14) 78-79

²⁸ Aydınçık, (n. 1) 68; Ercoşkun Şenol, (n. 11) 51

²⁹ Arbek, (n. 3) 85; Ercoşkun Şenol, (n. 11) 51

³⁰ Aydınçık, (n. 1) 69; Şahin, (n. 7) 116; Evrensel, (n. 13) 161; Levi, (n. 14) 1583

³¹ Hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını başkasına devredemez (nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet)

³² Aydınçık, (n. 1) 69; Ongan, (n. 14) 61; Şahin, (n. 7) 117; Sarı, (n. 14) 79

kullanımı hususunda bir başkasına da yetki tanıyabilir. Eser sahibinin serbest iradesiyle yapacağı bir sözleşme kapsamında bir başkasına lisans hakkı tanınması, iradi lisanstır³³.

b. Zorunlu Lisans

FSEK m. 9/II, “*Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, eseri birlikte vücuda getirenlerden her biri bütün eserin değiştirilmesi veya yayımlanması için diğerlerinin iştirakini isteyebilir. Diğer taraf muhik bir sebep olmaksızın iştirak etmezse, mahkemece müsaade verilebilir. Aynı hüküm mali hakların kullanılmasında da uygulanır*” ve FSEK m. 10/II’ de “*Birliğe adi şirket hakkındaki hükümler uygulanır. Eser sahiplerinden biri, birlikte yapılacak bir muameleye muhik bir sebep olmaksızın müsaade etmezse, bu müsaade mahkemece verilebilir. Eser sahiplerinden her biri, birlik menfaatlerine tecavüz edildiği takdirde tek başına hareket edebilir*” denilmek suretiyle tanımlanan durum öğretilerde zorunlu lisans olarak adlandırılmaktadır³⁴.

Zorunlu lisanstan bahsedilebilmesi için, lisans alan kişinin kanundan doğan bir yetki ile diğer eser sahiplerini mahkeme kararıyla lisans sözleşmesi yapmaya zorlama imkânına sahip olmalıdır. Müşterek veya iştirak halindeki eser sahipliğinde, eser üzerinde yapılacak sözleşme ve tasarruflar için bütün ortakların oyu (oybirliği) gerekmektedir³⁵. Eser sahiplerinden birinin haklı bir sebebe dayanmadan lisans verme işlemine katılmaması durumunda diğer hak sahiplerinin mağdur olmaması için böyle bir hüküm öngörülmüştür. Bu durumda mahkeme kararı, eser sahibinin iradesi yerine geçecektir³⁶.

c. Kanunî Lisans

Mahkeme kararına gerek kalmaksızın bir kanun hükmüne dayanarak lisans alınması söz konusu ise bu durumda kanunî lisanstan bahsedilir. Kanuni lisanslarda eser sahibinin rızası şart değildir. Bu lisans türünde, eser sahibinin eseri üzerindeki hakkı adeta bir ücret alacağına dönüşerek zayıflamıştır³⁷. Kanunî lisansa örnek olarak FSEK m. 47 gösterilebilir³⁸.

³³ Şahin, (n. 7) 114; Ongan, (n. 14) 57; Sarı, (n. 14) 70

³⁴ Aydıncık, (n. 1) 63-64; Şahin, (n. 7) 115; Ayiter, (n. 25) 170

³⁵ Erel, (n. 25) 98; Arbek, (n. 3) 64; Şahin, (n. 7) 115

³⁶ Aydıncık, (n. 1) 63; Arbek, (n. 3) 64; Tunçer, (n.13) 23; Levi, (n. 14) 1586; Şahin, (n. 7) 115

³⁷ Ayiter, (n. 25) 179; Tüysüz, (n. 25) 98; Şahin, (n. 7) 115

³⁸ Değişikliğe uğramadan önce 43’ üncü madde de kanunî lisans kapsamında değerlendirilmekteydi. Bu maddenin değişiklikten önceki hali mevcutken öğretilerde “eksik kanunî ruhsat” ve “tam kanunî ruhsat” kavramları oluşmuştur. Bakınız: Erel, (n. 25) 308; Aydıncık, (n. 1) 64; Tüysüz, (n. 25) 98. “*Eski FSEK m. 43/II hükmü, her türlü yayınlarında, tanıtım amacıyla kullanılan eserlerin tümü üzerindeki hakları zedelenemeyecek düzeydeki tanıtım amaçlı kısa tespitler için eser sahiplerinden izin alınmayacağını ve herhangi bir ücret ödenmeyeceğini düzenlemekteydi*” (Aydıncık, (n. 1) 64)

II. LİSANS SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Lisans sözleşmesinin özellikleri ve hukukî niteliğinin doğru tespit edilmesi hem teorik hem de pratik açıdan son derece önemlidir. Zira gerek sözleşmenin tarafları arasındaki hukuki ilişki gerekse tarafların üçüncü kişiler ile olan hukukî ilişkisi, bu nitelendirmeler üzerinden belirlenecektir³⁹.

A. ÖZELLİKLERİ

Lisans sözleşmesi rızaî bir sözleşmedir. Bir diğer deyişle bu sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların anlaşması kâfidir. Sözleşmenin kurulabilmesi için eserin teslimi şart değildir. Ancak lisans alan, kullanma yetkisini kullanabilmek adına eserin zilyetliğinin kendisine devredilmesini isteyebilir⁴⁰.

Lisans sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sinallagmatik (karşılıklı)⁴¹ bir sözleşmedir. Lisans veren, sahip olduğu gayrî maddi hakkın kullanımını devretmeyi borçlanırken lisans alan, bunun karşılığında bir lisans bedeli ödeme (genellikle dönemsel olarak) borcu altına girer⁴².

Lisans sözleşmesi anî edimli değil sürekli borç doğuran bir sözleşmedir⁴³. Buna göre, lisans sözleşmesinin ifası belirli (veya belirlenebilir) bir süre içerisinde gerçekleşir. Lisans sözleşmesinden doğan hakkın kullanılması ve sözleşmeden doğan borçların ifası bir defada ve

³⁹ Arbek, (n. 3) 54; Tunçer, (n.13) 24

⁴⁰ Fikret Eren, 'İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri' (2015) 1 (1), BÜHFD 67, 98; Kerimoğlu, (n. 10) 11; Tüysüz, (n. 25) 78; Arbek, (n. 3) 79; Çelikbiz, (n. 20) 10; Tunçer, (n.13) 28; Şahin, (n. 7) 108

⁴¹ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler (contractus bilaterales aequales), karşılıklı edimlerin değiş tokuşunu (mübadelesini) amaç edinen sözleşmelerdir (Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (Cilt: 1-2), (Çeviren: Avukat Cevat Edege), (Olgaç Matbaası 1983) 140). "Bunlarda, taraflardan her biri diğer tarafı kendisine karşı borç altına sokmak için borçlanmıştır. Görüldüğü gibi borçlar, sözleşmenin niteliği gereği, karşılıklı ve birbirine bağlıdır. Her iki taraf, hem alacaklı hem borçludur. Bunlara Yunanca bir deyimden yararlanarak sinallagmatik (karşılıklı) sözleşmeler denir" (Necip Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme), (7th ed, Filiz Kitabevi 2017) 98-99). "Edimler arasındaki karşılıklılık, genetik (doğuş yönünden) karşılıklılık, kondisyonel karşılıklılık ve fonksiyonel karşılıklılık olmak üzere üçe ayrılır. Genetik karşılıklılıkta, bir edimin doğuşu, diğer edim yükümlülüğünün doğuşuna bağlıdır. Edimler birbirine bağlı, birbirinin karşılığı olduğu için, edimlerden biri şu veya bu nedenle doğmazsa, diğer edim de doğmaz. Kondisyonel karşılıklılıkta ise, sözleşmenin (edimlerin) devamı yönünden bağlılık, karşılıklılık söz konusu olur. Edimlerden biri ortadan kalktığı zaman, diğer edim de ilke olarak ortadan kalkar. Fonksiyonel synallagmada her iki aslî edimin ifaları yönünden birbirine bağlılıkları söz konusu olur. Ödeme def'i bu tip sözleşmelerde kullanılır" (Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (22nd ed, Yetkin Yayınları 2017) 211).

⁴² Tüysüz, (n. 25) 78; Arbek, (n. 3) 81; Tunçer, (n.13) 31; Şahin, (n. 7) 108; Eren, 'İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri' (n. 41) 97. "Lisans sözleşmesi genel olarak tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmakla birlikte, bu sözleşmenin karakterini belirleyen lisans verenin edimidir. Lisans alanın bedel ödeme borcu genellikle para olarak kararlaştırılır. Ancak ücret yerine başka edimlerin de kararlaştırılması da olasıdır. Örneğin, basılan kitaplardan bir kısmının eser sahibine verilmesi..." (Aydıncık, (n. 1) 75). "Lisans sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Lisansın ivazsız olması halinde dahi bu nitelik mevcuttur; çünkü lisans alan, bir bedel ödemesi bile lisans konusu hakkı kullanırken, eser sahibinin haklarına ve şeref ve itibarına zarar vermemekle yükümlüdür" (Çelikbiz, (n. 20) 11)

⁴³ "Bir sözleşme ilişkisinde aslî borçlardan en az biri, sürekli aralıklı veya önemli edimleri gerektiriyorsa "sürekli sözleşme" söz konusu olur. Kira ilişkisi böyledir" (M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1 (15th ed, Vedat Kitapçılık 2017) 48)

tek bir davranışla değil belirlenen süre içerisindeki birden çok davranış ile gerçekleşmektedir⁴⁴. Fikir ve sanat eserlerine ilişkin lisans sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurmasının tabii bir sonucu olarak sözleşmenin tarafları arasında özel bir güven ilişkisinin varlığı gerekir⁴⁵.

Lisans sözleşmesinin isimli⁴⁶ mi yoksa isimli bir sözleşme⁴⁷ mi olduğu öğretide tartışmalıdır. Tandoğan'a göre,⁴⁸ fikir ve sanat eserleri üzerindeki malî hakların kullanılmasına ilişkin lisans sözleşmeleri kanunda düzenlenmiş olduğu için bunların kendine özgü yapısı olan isimli sözleşmeler olarak nitelendirilmesi doğru olmaz. Tüysüz'e göre de,⁴⁹ lisans sözleşmesini isimli bir sözleşme olarak nitelendirmek doğru olmaz. Çünkü, lisans sözleşmesi hem kanunda ismen zikredilmiş hem de tabii olacağı hükümler (şekil mecburiyeti, cayma, tekeffül vs.) belirtilmiştir. Ayrıca, basit lisans ve münhasır lisans için Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun'da düzenlenen hasılat kirası ve intifa hakkına ilişkin hükümlere atıf yapılmıştır (FSEK m. 56/III).

Öğretide ağırlıkta olan görüşe göre ise⁵⁰ lisans sözleşmesi sui generis⁵¹ bir isimli sözleşmedir. Aydınçık'a göre,⁵² lisans sözleşmelerine ilişkin FSEK'te öngörülen hükümlerin amacı mali haklara ilişkin lisans sözleşmesini düzenlemek değil, bu sözleşmenin FSEK

⁴⁴ Kerimoğlu, (n. 10) 12; Çelikbiz, (n. 20) 10; Aydınçık, (n. 1) 73-74; Tunçer, (n.13) 30; Arbek, (n. 3) 82; Şahin, (n. 7) 109

⁴⁵ Arbek, (n. 3) 82; Şahin, (n. 7) 109; Erbek, (n. 1) 55

⁴⁶ "Birtakım sözleşmeler ya Borçlar Kanunu'nun Özel Borç İlişkileri Bölümünde ya da özel bir kanun tarafından düzenlenmiştir. Bunlara isimli sözleşmeler (*Les contrats nommés, die Nominatverträge*) denir" (Saibe Oktay, 'İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması' (1996) LV İÜHF 263, 263).

⁴⁷ "Birtakım sözleşmeler ise ne Borçlar Kanunu'nun Özel Borç İlişkileri bölümünde ne de özel bir kanun tarafından düzenlenmemiş bulunan sözleşmelerdir. Fakat taraflar BK m. 19' da ifade edilen sözleşme özgürlüğü çerçevesinde özgür iradeleri ile bu tip sözleşmesel ilişkiler kurarak, kanunda düzenlenmemiş sözleşme tipleri yaratabilmektedirler. İşte kanun koyucu tarafından değil de, tarafların iradeleri ile yaratılan bu sözleşmelere isimli sözleşmeler (*Les contrats innommés, die Innominatverträge*) denilmektedir" (Oktay, (n. 47) 263) "Kanunda düzenlenmemiş veya isimli sözleşmeler geleneksel bir şekilde, kendisine özgü sözleşmeler, karma sözleşmeler ve bileşik sözleşmeler olmak üzere üç kısma ayrılmaktadır" (Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (12th ed, Yetkin Yayınları 2019) 53).

⁴⁸ Tandoğan, (n. 5) 63

⁴⁹ Tüysüz, (n. 25) 81.

⁵⁰ Eren, 'İsimli Bazı Sözleşme Türleri' (n. 40) 97; Arbek, (n. 3) 79 vd.; Aydınçık, (n. 1) 70 vd.; Erel, (n. 25) 295; Ayiter, (n. 25) 211; Tunçer, (n.13) 29-30; Şahin, (n. 7) 110; Erbek, (n. 1) 53.

⁵¹ "Bu gibi sözleşmeler yasada düzenlenmiş bulunan sözleşmelere ilişkin öğeleri tümüyle ya da bir bölümüyle içermezler ve kendilerine özgü (orijinal) öğelerden oluşur" (Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku) (4th ed, Adalet Yayınevi 2019) 23). "Kendine özgü yapısı olan sözleşmelere ilişkin meydana gelecek uyumsuzluklarda hangi hükümlerin uygulanacağını tespit etmek oldukça güçtür. Ancak, bu konuda şu şekilde bir çözüm kabul edilmektedir. 1) Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler dürüstlük kuralına ve iş ilişkilerinde geçerli teamüllere göre yorumlanır ve tamamlanır. 2) Bu sözleşmelere Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan sözleşme tiplerine ilişkin hükümler, nitelikleri elverdiği ölçüde kıyas (örnekseme) yoluyla uygulanır. Uygulanması mümkün olan bir sözleşme tipi mevcut değilse Borçlar Kanununun genel hükümleri çerçevesinde sorun çözümlenir. 3) Bazı durumlarda bizzat hâkim TMK 1. Maddesi uyarınca kendisi hukuk kuralı koymak suretiyle çözer" (Mehmet Remzi ve Sezer Aydın, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (9th ed, Adalet Yayınevi 2019) 35)

⁵² Aydınçık, (n. 1) 71-72

açısından içeriğini belirlemektir. Arbek'e göre de,⁵³ FSEK'te lisans sözleşmesinden bahsedilmesi veya bu sözleşmeye uygulanacak hukuk bakımından diğer kanunlarda yer alan bazı hükümlere atıf yapılması (hasılat kirası, intifa hakkı gibi), lisans sözleşmesinin objektif aslı unsurları ile FSEK' te düzenlendiği anlamına gelmez. Biz de ağırlıkta olan görüşe katılmaktayız.

Mali haklara ilişkin lisans sözleşmeleri, tam olarak kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden birine dâhil edilemediği gibi bu sözleşme unsurlarının birleşmesinden meydana gelmiş bir sözleşme de değildir. Bu nedenle FSEK kapsamında öngörülen lisans sözleşmesi, sui generis bir sözleşmedir.⁵⁴

B. HUKUKİ NİTELİĞİ

Lisans sözleşmesinin hukuki niteliğinin doğru değerlendirebilmesi için birkaç ayrımın izah edilmesinde fayda vardır. Birincisi, lisans sözleşmesinin konusunu oluşturan mutlak nitelikteki malî hak ile bu sözleşme ile lisans alanın elde ettiği lisans hakkı birbirinden farklı kavramlardır. Zira lisans sözleşmesi ile malî hakkın kendisi değil,⁵⁵ bu hak üzerinde bir kullanma hakkı/yetkisi devredilmektedir⁵⁶. Malî hakkın devredilmesi için malî hakkın devri sözleşmesi yapılmalıdır. Lisansa konu hakkın bir diğer deyişle eser sahibinin veya bağlantılı hak sahiplerinin mali hakkının mutlak nitelikte bir hak olması, herkese karşı ileri sürülebilmesi, bu hak kapsamında lisans alana tanınan kullanma yetkisinin de mutlak bir hak olması sonucunu doğurmaz. Buna karşılık, kullanma yetkisinin değil de malî hakkın kendisinin devredilmesi durumunda devredilen hak doğal olarak mutlak hakkın kendisidir. Hâlbuki lisans verilmesi halinde, lisans veren söz konusu hakkın sahibi kalmaya devam eder⁵⁷.

İkincisi, aynî hak ile mutlak hakkın birbirinden farklılığıdır. Aynî haklar, eşya üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen haklardır. Eşya ise, üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanabilen ve ekonomik bir değer taşıyan kişi ve hayvanlar dışındaki

⁵³ Arbek, (n. 3) 80

⁵⁴ Aydınçık, (n. 1) 73; Şahin, (n. 7) 112

⁵⁵ “Mahkemenin dayandığı sözleşmenin mali hakkın devrine ilişkin bulunduğu, eser sahibinin şahsına has ve onun tarafından kullanılacak manevi hakların bu tür sözleşmeler ile nakledilemeyeceği, eser sahibinin eseriyle ilgili ismini zikredebilmesi ile eserinin mahiyet ve hususiyetini bozucu her türlü değişikliğe karşı çıkabilmesine ilişkin manevi haklarından feragat olunduğu yolunda şart içeren mukavelelerin hükümsüz olduğu (Yar. 11 HD, E. 1970/2985, K. 1970/5092, 14.12.1970)” (Yavuz, Alica, Merdivan, (n. 15) 1513)

⁵⁶ “FSEK'in 48/2. Maddesi uyarınca, eser sahibi veya mirasçıları bir mali hakkın sadece kullanma yetkisini devir edebilirler; bu durumda mali hak özü itibarıyla eser sahibinin mal varlığında kalmakla birlikte, maddi bir malın hasılat kirasına verilmesinde olduğu gibi, mali hakkı kullanma ve semerelerinden yararlanma yetkisi ruhsat alan tarafa geçmişi olur (FSEK m. 56/III); ruhsat veya lisans verme, ilgili mali hakka özgü olan kullanma veya yararlanma yetkilerinden bir kısmının veya tamamının mali haktan ayrılarak ruhsat sahibine tahsis edilmesi olarak benimsenmektedir. (Yar. 11 HD, E. 1999/594, K. 1999/3250, 26.04.1999)” (Yavuz, Alica, Merdivan, (n. 15) 1531)

⁵⁷ Oktay Özdemir, (n. 1) 23; Erbek, (n. 1) 41

cismani varlıklardır. Hukuk düzenimizde gayri maddi mallar olarak isimlendirilen ve geniş anlamda fikri hakların konusunu oluşturan fikir ve sanat eserleri, marka, patent vb. eşya kavramı dışında değerlendirilmektedir.⁵⁸ Dolayısıyla bunlar üzerindeki fikri hak, bir aynî hak değildir. Buna rağmen, fikri hak ile aynî hakkın ortak bir noktası vardır. Aynî haklar mutlak haklardandır fakat mutlak haklar aynî haklar ile sınırlı değildir. Fikri hak ile aynî hakkın ortak noktası mutlak hak olmalarıdır. Mutlak hak olmaları sebebiyle, zamanaşımına uğramazlar ve herkese karşı ileri sürülebilirler⁵⁹. Lisans alan ise fikri hakkın kendisini değil kullanma yetkisini devralmaktadır. Lisansın basit veya münhasır olması, lisans hakkının, lisansa konu fikri haktan farklı olduğu hususunu değiştirmez. Lisansın basit veya münhasır olması, lisans verenle lisans alan arasındaki ilişki açısından önem arz eder. Münhasır lisans durumunda, lisans verenin aynı koşullar altında başlarına lisans yetkisi devretmemeleri esastır⁶⁰.

Lisans sözleşmesinin borçlandırıcı bir işlem mi yoksa bir tasarruf işlemi mi olduğu tartışmalı bir husustur. Öğretideki bir kısım yazarlara göre⁶¹, lisans sözleşmesi bir tasarruf işlemidir. Alman öğretisinin etkisiyle lisans sözleşmesinin bir tasarruf işlemi olduğunu savunan yazarlara göre, lisans sözleşmesinin hukukî niteliği esasen alacağın temlikine benzemektedir. Buna göre, lisans sözleşmesinin kurulması ile birlikte fikri hakkın sağladığı mali yetkilerin kullanım hakkı doğrudan lisans alana geçmektedir. Dolayısıyla geçerli bir lisans sözleşmesinin kurulabilmesi için, lisans verenin, sözleşme kurulurken lisans hakkını devretme hususunda yetkili olması zorunludur. Aksi takdirde lisans sözleşmesi geçersiz olacaktır (FSEK m. 48/III). Örneğin, bir senaryo yazarı eserini henüz yazmadan, bu eserin sinemaya uyarlanması konusunda bir lisans sözleşmesi yaparsa, bu sözleşme hukuken hükümsüzdür⁶².

Öğretideki bir kısım yazarlara göre ise⁶³, lisans sözleşmesi bir borçlandırıcı işlemdir. İsviçre öğretisinin etkisiyle lisans sözleşmesinin bir borçlandırıcı işlem olduğunu savunan yazarlara göre, lisans veren, lisans sözleşmesi ile sözleşme konusunu lisans alana devretme hususunda bir taahhüt altına girmektedir. Buna göre, sözleşme kurulurken lisans verenin

⁵⁸ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku (21st ed, Filiz Kitabevi 2018) 2 vd.; Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, Şekli Eşya Hukuku (10th ed, Savaş Yayınevi 2018) 11 vd.; Şeref Ertaş, Eşya Hukuku (14th ed, Barış Yayınları 2018) 3 vd.; Turhan Esener ve Kudret Güven, Eşya Hukuku (8th ed, Yetkin Yayınları 2019) 43 vd.

⁵⁹ Rona Serozan, Medeni Hukuk (Genel Böküm /Kişiler Hukuku) (9th ed, Vedat Kitapçılık 2018) 236 vd.; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar) (25th ed, Vedat Kitapçılık 2019) 153 vd.

⁶⁰ Erbek, (n. 1) 41-42

⁶¹ Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku (4th ed, Arıkan Yayınları 2005) 219; Erel, (n. 25) 304; Aydınçık, (n. 1) 84; Eker Erkekoğlu, (n. 1) 33

⁶² Erbek, (n. 3) 76

⁶³ Ernst Hirsch, 'Eser Sahipliği (Fikri ve Sınai Hakların Mahiyeti Hakkında Yeni Bir Görüş)' (1944) 1 (3) AÜHFD 330, 339; Ayiter, (n. 25) 211 vd.; Erbek, (n. 3) 77-78; Arkan, (n. 27) 233-234; Erbek, (n. 1) 56 vd.; Kılıçoğlu, (n.13) 294; Tüysüz, (n. 25) 80; Şahin, (n. 7) 112, 119.

herhangi bir tasarruf yetkisine sahip olması gerekmez. Dolayısıyla bir yazar, henüz yazmadığı bir kitaba ilişkin olarak lisans sözleşmesi yapabilir.

Erbek'e göre⁶⁴, Alman ve İsviçre Hukuku'nda savunulan görüşlerin birbirinden farklı olmasının sebebi Kanun'larına şekil veren görüşlerin birbirinden farklı olmasıdır. Monist görüşün hâkim olduğu Alman Hukuku'nda, eser üzerindeki hakkın devredilmezliği kabul edildiği için İsviçre ve Türk Hukuku'ndaki gibi malî hakkın tamamen devri mümkün olmayıp ancak kullanma hakkı devredilebilir⁶⁵. Devredilen hakka, mutlak, aynî veya aynî hak benzeri gibi bir nitelik vermek pratik ihtiyaçlara cevap vermektedir (herkese karşı ileri sürülebilmesi için). Bu durum Alman Hukuku'nda bölünebilirlik teorisiyle açıklanmaktadır. Bu teoriye göre, lisans hakkı bölünebilir bir haktır ve bölünerek devredilen bu hak da lisans hakkı gibi mutlak etkiye sahiptir. Buna karşılık, İsviçre Hukuku'nda hakkın devredilebilirliği kabul edilmiştir.

Arbek'e göre,⁶⁶ lisans sözleşmesinin sağlamış olduğu lisans hakkının aynî veya şahsi nitelikte olmasının, lisans sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi noktasında herhangi bir önemi yoktur. Nitekim, satış sözleşmesi, hukuki niteliği itibariyle bir borçlandırıcı işlem iken satın alana tasarruf işlemiyle devredilen satış konusu üzerindeki mülkiyet hakkı, mutlak nitelikte bir haktır. Erbek'e göre de,⁶⁷ FSEK'te malî hakkın tamamen devredilmesinin öngörülmesi sebebiyle lisans sözleşmesinin bir borçlandırıcı işlem olduğu kabul edilmelidir. Lisans sözleşmesinin basit veya münhasır nitelikte olmasının bu açıdan bir önemi yoktur.

Arkan'a göre,⁶⁸ basit veya münhasır lisans arasındaki fark taahhüdün geniş olmasıdır. Münhasır lisansta öngörülen taahhüdün geniş olması lisans alanı yine de mutlak hak sahibi durumuna getirmez. Zira burada da malî hakkın tümü ya da bir kısmı devredilmez, hak olduğu gibi lisans verenin malvarlığında kalmaktadır. FSEK m. 48/III ile 50/I'de, lisans sözleşmesinin, malî hakkın devri sözleşmesi ile birlikte tasarruf işlemi olarak nitelendirilmiştir. Fakat bir işlemin kanunda yanlış nitelendirilmesi, o işlemin hakiki niteliğini değiştirmez.

Biz de Erbek, Arbek ve Arkan'ın yukarıda belirttiğimiz görüşlerine katılmaktayız. Lisans sözleşmesinin öğretilerdeki bir kısım yazarlarca tasarruf işlemi olarak değerlendirilmesinin asıl sebepleri şunlardır: Öncelikle bu görüş sahipleri, Alman öğretisindeki görüşlerden etkilenmiştir. Ancak, yukarıda ifade edildiği üzere Alman Kanunu'nda öngörülen düzenleme ile Türk Hukuku'nda öngörülen düzenleme farklıdır. İkincisi, pratik ihtiyaçlara cevap verme çabasıdır. Ancak, lisans sözleşmesi ile devredilen hak nisbî nitelikte olup mutlak nitelik arz

⁶⁴ Erbek, (n. 1) 48-49

⁶⁵ Monist ve düalist görüşler arasındaki fark için bakınız: Erbek, (n. 1) 10 vd.

⁶⁶ Arbek, (n. 3) 77-78

⁶⁷ Erbek, (n. 1) 51-52

⁶⁸ Arkan, (n. 27) 233

etmez. Dolayısıyla, mutlak hak niteliğinde olmadığından, bu hakkın üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesi halinde lisans verenin, lisans sözleşmesinden doğan borçları kapsamında dava açarak lisans alanın hakkını teslim etmesi gerekir. Üçüncüsü, lisans sözleşmesi ile lisansın konusu hakkın niteliklerini birbiriyle uyumlu hale getirme çabasıdır. Hâlbuki nisbî hak doğuran birçok borçlandırıcı sözleşme ile mutlak hakların devredilmesi vâkidir. Dördüncüsü, FSEK m.48/III ve 50/I'de lisans sözleşmesinin bir tasarruf işlemi olarak nitelendirilmesidir. Hâlbuki, kanunun yanlış nitelendirmesi bu sözleşmenin hakiki niteliğini değiştirmeyecektir.

III. LİSANS SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE ŞEKLİ

A. LİSANS SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

Fikir ve sanat eserlerine ilişkin lisans sözleşmesi, FSEK'te lisans sözleşmesi için öngörülen özel hükümlere ve burada hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu'nda yer alan genel hükümlere tâbidir⁶⁹.

FSEK anlamında lisans sözleşmesinin rızaî bir sözleşme olduğunu yukarıda belirttik. TBK m. 1 uyarınca, bir sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Bu bakımdan FSEK anlamında bir sözleşmenin kurulabilmesi için lisans veren ile lisans alanın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları gereklidir. Ayrıca, lisans sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi, bütün sözleşmeler açısından öngörülen genel geçerlilik kurallarına uygunluk gerekir. Bu bakımdan tarafların sözleşme ehliyetine sahip olması, Borçlar Kanunu'nda öngörülen hükümsüzlük ve kesin hükümsüzlük hallerinin olmaması gerekir⁷⁰.

Sözleşmenin kurulabilmesi için ayrıca sözleşme konusu eserin karşı tarafa teslimi şart değildir. Sözleşme konusu eseri lisans alana teslim etmek, sözleşmenin eser sahibine yüklediği bir borç niteliğindedir⁷¹.

TBK m. 2 gereğince, lisans veren ile lisans alanın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarında, sözleşmenin esaslı unsurları noktasında uyuşma söz konusu olmalıdır⁷². Bir sözleşmenin kanunda yapılan tanımında yer alan zorunlu unsurlara, sözleşmenin objektif esaslı unsurları denir. Objektif esaslı unsurlar, bir sözleşmenin asgari içeriğini oluşturur. Bu nedenle, objektif esaslı unsurlara bir sözleşmenin tipik unsurları denir. Tipik unsurlar, isimli sözleşmelerin kanundaki tanımından hareketle belirlenir. İsimsiz sözleşmelerde, esaslı unsurlar

⁶⁹ Şahin, (n. 7) 127; Aydınçık, (n. 1) 93; Arbek, (n. 3) 145

⁷⁰ Oktay Özdemir, (n. 1) 73; Şahin, (n. 7) 127; Eker Erkekoğlu, (n. 1) 73-74; Sarı, (n. 14) 91, 96; Arbek, (n. 3) 169 vd.

⁷¹ Aydınçık, (n. 1) 94; Eker Erkekoğlu, (n. 1) 74

⁷² Oktay Özdemir, (n. 1) 69; Ongan, (n. 14) 65; Sarı, (n. 14) 92; Arbek, (n. 3) 163 vd.

sözleşmenin mâna ve niteliğinden çıkarılır⁷³. Kanunda öngörülme ve ekonomik gelişmeler sonucu ortaya çıkmış sui generis isimli sözleşmelerin esaslı unsurları belirlenirken bu sözleşmenin anlamlı bir bütün oluşturması için iş hayatında aranan şartların tam olarak gerçekleşip gerçekleşmediğini dikkate almak gerekir⁷⁴. İş hayatında kendisinden beklenen faydayı sağlaması için lisans sözleşmesinin esaslı unsurları, lisans alanın lisans bedeli ödemesi⁷⁵ ile lisans verenin, lisansın konusu hakkı lisans alana kullandırmayı sağlamasıdır⁷⁶. Örneğin, bir sinema eserine ilişkin lisans sözleşmesinde esaslı unsurları, sinema eseri üzerindeki fikri haktan kaynaklanan mali yetkilerin tamamı veya bir kısmının kullanımı (varsa bu kullanımın sınırları) ve bu kullanım karşılığında ödenecek bedel (eğer bedelsizse karşılıksız olduğu) kararlaştırılmış olmalıdır⁷⁷.

Nomer'e göre⁷⁸, bir sözleşmenin kurulması için objektif esaslı unsurların tamamı üzerinde uyuşmanın zorunlu olduğuna dair öğretideki genel kabul, Roma hukukunun izlerini taşımaktadır. Oysa TBK'da bu yönde açık bir hüküm yoktur. TBK m. 2'de öngörülen sadece bağlanma iradesinin varlığına ilişkin iki adet karinedir⁷⁹. Öğretide yerleşmiş olan bu görüş,

⁷³ Eren, 'Borçlar Hukuku Genel Hükümler' (n. 41) 249-250

⁷⁴ Kocayusufpaşaoğlu, (n. 41) 175

⁷⁵ "Lisans alanın en önemli mükellefiyeti aldığı lisans karşılığında bir ücret ödemektir. Fakat ücret, lisans münasebetinin zorunlu bir unsuru değildir. Ücretsiz (serbest) lisanslar da vardır. Lisans alanın başka bir mükellefiyeti de aldığı lisansı kullanmasıdır. Çünkü eser sahibinin lisans vermekteki amacı çoğunlukla eserinin bu yoldan tanıtılmasıdır. Lisans alanın mükellefiyetinin müeyyidesi FSEK md. 58 de düzenlenen cayma hakkıdır" (Ayiter, (n. 25) 211)

⁷⁶ Sarı, (n. 14) 93; Feride Demirbaş, 'Patent Lisans Sözleşmeleri', Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, 441-483, s. 456. Bu iki unsurun da sözleşmede belirlenmiş ve yahut belirlenebilir olması gerekir (Ongan, (n. 14) 65). Öğretideki bir görüşe göre, lisans sözleşmesinin esaslı unsurları şunlardır: 1) Lisans verilecek gayri maddi malın ne olduğu sözleşmede belirlenmiş veya belirlenebilir olması, 2) Lisans veren, lisans konusu olan hakkı veya olguyu lisans alanın kullanmasını sağlaması ve 3) Lisans bedeli olarak ödenecek miktar da sözleşmede açık veya örtülü olarak belirlenmiş veya belirlenebilir olması gerekir. Lisans sözleşmesinin bedelsiz yapılması da mümkündür. Ancak sözleşmenin bedelsiz olduğu açıkça sözleşmeden anlaşılmalıdır. Aksi halde, bedelin, sözleşmenin doğası gereği zımnen kararlaştırılmış olduğu ve miktarı hususunda sözleşmede boşluk bulunduğu kabul edilmelidir (Oktay Özdemir, (n. 1) 69-70)

⁷⁷ Şahin, (n. 7) 147

⁷⁸ Haluk Nami Nomer, 'Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Aktelerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?' (2013) 8 Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi (Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan) 2053, 2074.

⁷⁹ "Borçlar Kanunu'nun 2. maddesi bağlanma iradesine ilişkin karineler getirmiştir. Tarafların objektif esaslı noktalar üzerinde uyuşmuş olması, bağlanma iradelerinin varlığı konusunda karine yaratır. Yani objektif esaslı noktalar üzerinde taraflar uyuşmuş ise, ayrıca bağlanma iradelerinin ispatına gerek yoktur. Bağlanma iradesinin olmadığını iddia eden, iddiasını ispatlamak yükü altındadır. Buna karşılık karine dışında bağlanma iradesinin ispatlandığı durumlarda (artık genel kurala göre (TMK 6) bunu iddia eden ispat külfeti altındadır), sözleşmenin kurulması için gerekenleri bu karinelere hareketle belirlemek mümkün değildir. Kanun koyucu tarafların objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşmış olmalarını sözleşmenin kurulmuş sayılması için zorunlu bir unsur olarak öngören bir hükme yer vermemiştir... sözleşmenin kurulabilmesi için sözleşmenin esaslı noktaları (sözleşmeye niteliğini veren noktalar) üzerinde tarafların anlaşmış olması tabii bir zorunluluk değildir. Bunun tabii bir zorunluluk olmadığını, sözleşmenin kurulması için esaslı nokta olan bedel üzerinde anlaşma olmasını aramayan TBK 233 I, 401, 481 hükümleri açık bir şekilde göstermektedir. Böyle bir zorunluluk Borçlar Kanunu'nun 2. maddesinden de çıkmamaktadır. Esaslı noktalar üzerinde anlaşmanın gerekliliği Roma hukukunun etkisiyle gayet tabii görülerek Alman ve İsviçre Medeni Kanunları'na, malumu ilam olmasın diye açık bir kural olarak konulmamış olabilir. Bununla birlikte bugün geçerli olan mevcut hükmü Roma hukukunun etkisiyle yorumlamak

sözleşme serbestisi ilkesine de aykırıdır. Gerekli asgari içerik üzerinde uyuşan ve sözleşme ile bağlı olmak isteyen tarafların bu arzusunun aksine, objektif esaslı unsurların tamamı üzerinde uyuşma sağlanmadığı gerekçesine dayanarak sözleşmeyi kurulmamış saymak için herhangi bir makul sebep bulunmamaktadır. Bu durumda sözleşmeyi ayakta tutup tarafların anlaşamadığı hususlarda onların farazi iradelerine göre sözleşme boşluğunun doldurulması en uygun çözüm olur.

B. LİSANS SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

TBK m. 12/1'e göre, aksi kanunda öngörülmedikçe sözleşmelerin geçerliliği herhangi bir şekle bağlı değildir. Bir diğer deyişle, borç doğuran sözleşmelerde şekil serbestisi kabul edilmiştir. TBK m. 12/2'ye göre ise, *“kanunda bir sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz”*. Bu fıkra uyarınca fikir ve sanat eserlerine ilişkin lisans sözleşmeleri için kanunda öngörülen bir şekil şartı olup olmadığı irdelenmelidir.

FSEK m. 52 uyarınca, *“mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır”*. Bu madde uyarınca FSEK kapsamında yapılacak lisans sözleşmeleri için “yazılılık” bir geçerlilik şartıdır⁸⁰. Yazılılık şartına uymayan lisans sözleşmeleri, hüküm doğurmaz⁸¹. Kanunda yazılı şekil yanında işlem konusu olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi istenmiştir. “Bütün malî hakları devrettim” şeklindeki bir beyanı içeren lisans sözleşmesi yazılı da olsa hükümsüzdür. Bütün hakların devredilmesi amaçlansa bile bunların ayrı ayrı belirtilmesi gerekir⁸².

Lisans sözleşmelerinde, lisans konularının ayrı ayrı gösterilmesi kefalet sözleşmesinde olduğu gibi bir geçerlilik şartı olduğundan bu konuda genişletici yorumda bulunulamaz. Şüphe

zorunluluğu bulunmamaktadır. Roma hukukunda dava edilebilirliği sağlamak bakımından belirli noktalar (essentialia negotii) üzerinde uyuşma sağlanarak sözleşme tipini belirlemek gerekliydi. Bugün bu noktalar üzerinde uyuşma olmaksızın sözleşmenin kurulamayacağını söylemek için herhangi bir esaslı sebep bulunmamaktadır” (Ibid 2065-2066).

⁸⁰ *“Bu maddede belirtilen şekil şartı bir ispat şartı olmayıp geçerlilik şartıdır. Yazılı şartın geçerlilik şartı olmasının amacı, eser sahibinin haklarını korumak, onu haklarını devrederken daha dikkatli düşünmeye sevk etmektir. Yazılı şeklin adi yazılı şekilde mi yoksa noterce düzenleme şeklinde mi yapılacağı belirtilmediğinden adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir. Taraflar arasında yazılı bir sözleşme yapılmıyorsa, sözleşmenin geçersizliği taraflarca ileri sürülebileceği gibi, anılan geçersizlik hakim tarafından da re'sen gözönüne alınmalıdır”* (Yar. HGK, E. 2013/2353, K. 2015/2333, 21.10.2015 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2013-2353-k-2015-2333-t-21-10-2015>>, s.e.t. 09.04.2020).

⁸¹ *“5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'nun 52. maddesine göre, mali hakların devri sözleşmesinin ve buna ilişkin tasarrufların yazılı olması şarttır. Anılan hükmün emredici nitelikte bir hüküm olduğu maddede yer alan “şarttır” ifadesinden anlaşılmaktadır. Bu nedenle taraflar, aksine bir anlaşma yaparak, yazılı şartı bertaraf edemezler. Aksi takdirde mali hakkın devri sözleşmesi ve lisans sözleşmesi mutlak butlanla sakat olur”* (Yar. HGK, E. 2013/2353, K. 2015/2333, 21.10.2015 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2013-2353-k-2015-2333-t-21-10-2015>>, s.e.t. 09.04.2020).

⁸² Ayiter, (n. 25) 217; Erel, (n. 25) 319; Şahin, (n. 7) 150; Arbek, (n. 3) 167; Çelikbiz, (n. 20) 12; Eker Erkekoğlu, (n. 1) 81; Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukuku (3rd ed, Seçkin Yayıncılık 2019) 123; Kılıçoğlu, (n.13) 305.

halinde lisans sözleşmesinin amacı ve konusu dışında kalan bir hakkın devredilmediği kabul edilmelidir. FSEK m. 55’te öngörülen “şümul” hususundaki yorum kuralı, malî haklar açısından daraltıcı yoruma gidilmesi gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır⁸³.

Lisans sözleşmesinin basit veya münhasır lisans olması, sözleşmenin hangi hakları kapsayacağı hususunda yapılacak yorum faaliyeti açısından önem arz etmektedir. Münhasır lisans, malî hak üzerindeki her türlü kullanma yetkisini kapsar nitelikte olduğu için bu yetkilerin tamamen lisans alana devredilmesi olarak yorumlanır. Münhasır lisansın kapsadığı kullanma yetkileri malî hakların aksine kanun tarafından sınırlandırılmamıştır. Bu sözleşmenin söz konusu olduğu durumlarda, çok çeşitli olan bu yetkileri tüketici şekilde saymak mümkün değildir. Bu yüzden, münhasır lisans söz konusu olduğunda “her türlü kullanma yetkisini devrettim” gibi bir ibarenin bulunması muteber ve zorunludur. Aksi halde, devredilmek istenen yetkiler tek tek sayılmışsa, orada gösterilmeyen bir yetkinin başkasına lisans yoluyla devri mümkün olacaktır. Bu durumda ise, söz konusu lisans sözleşmesi, münhasır lisans olmaktan çıkacaktır⁸⁴.

Basit lisans sözleşmesinde ise, malî hakkı kullanma yetkilerinden sadece bir kısmı lisans alana devredildiği için devre konu olan kullanma yetkisinin niteliği, süresi ve içeriği açık bir surette gösterilmelidir. Münhasır lisanstaki gibi umumî ifadeler yeterli değildir⁸⁵.

IV. LİSANS SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

Her sözleşmede olduğu gibi lisans sözleşmesinin de iki tarafı vardır. Sözleşmenin tarafları lisans veren ile lisans alandır. Lisans veren veya lisans alan tarafın birden fazla kişi olması mümkündür.

A. LİSANS VEREN

FSEK kapsamında bir lisans sözleşmesinde, eser sahibi, mirasçılar, kanun gereği malî hak sahibi olan kişiler, malî hakkı veya lisans hakkını sözleşme ile devralmış kişiler ve meslek birlikleri, lisans veren olarak karşımıza çıkabilir⁸⁶.

FSEK’te, malî hakkı veya lisans hakkını devreden kimse göz önünde bulundurularak hakkın devri hususundaki tasarruf işlemleri “aslî iktisap” ve “devren iktisap” olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Aslî iktisap, malî hakkın veya lisans hakkının, eser sahibi veya mirasçılarından devralınmasını ifade eder (FSEK m. 48). Devren iktisap ise, eser sahibi veya mirasçılardan malî hak veya lisans hakkı devralmış kişiden, bu hakkı devralmayı ifade eder (FSEK m. 49).

⁸³ Ayiter, (n. 25) 217; Erel, (n. 25) 319; Aydıncık, (n. 1) 96; Çelikbiz, (n. 20) 12-13; Kılıçoğlu, (n.13) 305

⁸⁴ Erel, (n. 25) 320

⁸⁵ Erel, (n. 25) 320

⁸⁶ Çelikbiz, (n. 20) 13

Aydıncık'a göre⁸⁷, lisans hakkının kanun gereği malî haklara sahip kişilerden iktisap edilmesi halinde de aslen iktisap söz konusu olur. Kanunda aslı iktisap ile devren iktisap tanımlamasındaki amaç irdelendiğinde bu görüşe katılmaktayız. Zira, öngörülen bu ayırım incelendiğinde, aslı iktisapta herhangi birinden yazılı muvafakat almadan hakkın devri söz konusu iken devren iktisapta eser sahibi veya mirasçılardan alınması gereken bir yazılı muvafakat söz konusudur. Kanun gereği malî hakka sahip kişilerin yazılı muvafakate ihtiyacı yoktur. Dolayısıyla bunlardan yapılacak iktisap, aslı iktisaptır.

1. Eser Sahibi

Fikir ve sanat eserini bir kişi meydana getirmişse, bu takdirde bir kişinin eser sahibi olmasından bahsedilir⁸⁸. Bu durumda, FSEK'te eser sahibine tanınan bütün yetkileri tek başına kullanabilir ve bunlar üzerinde başkasının izin ve icazetine gerek olmaksızın istediği gibi tasarrufta bulunabilir. Fikir ve sanat eseri üzerinde birden fazla kişinin eser sahibi olması da mümkündür. Birden fazla kişinin eser sahibi olma hali, FSEK'te, ortak (müşterek) eser sahipliği (m. 9), birlikte eser sahipliği (m. 10) ve sinema eseri sahipleri birliği (m. 8/III) olmak üzere üç grupta düzenlenmiştir⁸⁹.

FSEK m. 9'a göre, "*birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her biri vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılır*". Ortak eser sahipliği durumunda, birden fazla kişinin fikri emeğinin birleşerek bir eser oluşturması söz konusudur. Ancak bu eser, birbirinden bağımsız kısımlara ayrılabilir. Örneğin, birden fazla yazarın farklı bölümlerini yazdığı bir kitap, birden fazla müzisyenin farklı şarkıları seslendirdiği bir albüm ortak eser sahipliğine örnektir. Ortak eser üzerindeki mali haklar devredilirken her eser sahibinin muvafakati gerekir. FSEK m. 9/II'de, haklı bir sebep olmaksızın muvafakat vermeyen eser sahibine karşı diğer eser sahiplerine tanınan kanunî lisans hakkı tanınmıştır⁹⁰.

FSEK m. 10'a göre, "*birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir*". Birden fazla kişi

⁸⁷ Aydıncık, (n. 1) 107

⁸⁸ Arkan, (n. 27) 20; Erel, (n. 25) 86 "*Bir fikir ve sanat eserinin meydana getirilmiş olması, onu meydana getiren kişinin eser sahibi sayılması ve eser üzerindeki hakların doğumu için gerekli ve yeterlidir. Eser üzerindeki fikri hak yaratma olgusunun gerçekleşmesiyle aslen kazanılır. Dolayısıyla eser üzerindeki hakkın doğumu ve eser sahibi sayılmak için hiçbir hukuki işleme, hatta irade açıklamasına gerek yoktur. Bu yüzden küçükler ve ayırt etme gücüne sahip olmayanlar bile, sırf eser meydana getirmeleri sebebiyle, ipso jure eser sahibi sayılırlar*" (Aydıncık, (n. 1) 108)

⁸⁹ Erel, (n. 25) 88 vd.; Arbek, (n. 3) 149-150; Aydıncık, (n. 1) 113 vd.

⁹⁰ "...müşterek eser sahipliği söz konusu olduğunda, bağımsız kısımlar hakkındaki izni o kısmın sahibi tek başına verecektir. O halde mesela bir şarkının, güfte ve müziği farklı kişiler tarafından meydana getirilmişse, bu şarkının icrası için hem söz yazarının hem de bestekârın iznine ihtiyaç vardır. Ancak bestekâr, sadece kendi bestesinin; söz yazarı da, şiirinin bir başkası tarafından icra edilmesine tek başına izin verebilir" (Arkan, (n. 27) 60)

tarafından meydana getirilmiş eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa birlikte eser sahipliği söz konusudur. Başka bir deyişle, eseri meydana getiren kısımlar eserin bütünlüğü ve niteliği bozulmadan ondan ayırlamıyorsa (maddeten ayrılrsa bile kendi başına bir eser sayılamaz), birlikte eser sahipliğinden söz edilir⁹¹. Bu birliği, adı şirkete ilişkin hükümler kıyasen uygulanır (m. 10/II). Böylece, eser sahiplerinin tamamı, kural olarak lisans sözleşmesine lisans veren olarak katılmalıdır. Ancak eser sahiplerinden birisi, haklı bir sebep olmaksızın lisans sözleşmesinin kurulmasına katılmazsa, bu takdirde mahkeme tarafından müsaade verilebilir (m. 10/II).

FSEK m. 8/III'de, bir sinema eserinde⁹² kimlerin eser sahibi sayılacağı belirtilmiştir: *“Sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı, eserin birlikte sahibidirler. Canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde, animatör de eserin birlikte sahipleri arasındadır”*. Sinema eserleri, birden fazla kişi tarafından meydana getirilmiş ve senarist gibi bazı eser sahiplerinin fikrî katkılarından bağımsız olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı eserlerdir⁹³. Bununla birlikte sinema eserlerinde, özgün müzik bestecisi ve senaryo yazarının fikrî hakları, ortak eser sahipliğinde olduğu gibi, sinema eserinden bağımsız olarak iktisaden değerlendirmeye elverişlidir⁹⁴. Dolayısıyla sinema eserlerinde, hem ortak eser sahipliğinin hem de birlikte eser sahipliğinin özellikleri bir arada bulunmaktadır⁹⁵.

FSEK m. 8/II'ye göre, *“bir işlenmenin ve derlemenin sahibi, asıl eser sahibinin hakları mahfuz kalmak şartıyla onu işleyendir”*. Dolayısıyla bir eser sahibi hangi malî haklara sahipse işleme/derleme eser sahibi de o haklara sahip olacaktır⁹⁶. Böylece, işleme veya derleme eser sahibi, o eser üzerindeki malî yetkilerine ilişkin olarak bir başkasına lisans hakkı verebilir⁹⁷.

⁹¹ *“Ancak bu durum eserdeki özelliğin de tek ve bölünmez olduğu anlamına gelmez. Ortaklaşa yapılan bir mimari projede, tabloda, heykelde yahut bestelenen bir musiki eserinde sanatkârlardan her birinin özelliği konunun uzmanları tarafından eserin bütünü içinde ayırd edilebilir. Ne var ki özellik taşıyan bu parça veya bölümlerden hiç biri bağımsız eser sayılamaz ve kendi başlarına değerlendirilemezler”* (Erel, (n. 25) 89)

⁹² *“Sinema eserleri, senaryoyu kaleme alan senaristin, organizasyonu sağlayan ve finanse eden yapımıcının, yönetim ve koordinasyondan sorumlu yönetmenin, karakterleri canlandıran aktör, aktris ve figüranların, eseri bestesiyle müzikal manada karakterize eden müzik bestecisinin, sanat ve görüntü yönetmenlerinin, diyalogları oluşturan diyalog yazarının ve kameraman, montajcı, kostüm tasarımcısı, ses teknisyeni, set dekoratörü, ışık şef ve teknisyeni gibi geniş bir teknik ekibin ortak katkılarıyla oluşur. Sinema eserlerindeki bu karmaşık ve çok katımlı yapı, bu tip eserlerde kimlerin eser sahibi olarak hukuki himaye göreceği hususunu ön plana çıkarır”* (Şahin, (n. 7) 129)

⁹³ Arbek, (n. 3) 153; Tunçer, (n.13) 58; Erel, (n. 25) 95; Aydıncık, (n. 1) 118; Şahin, (n. 7) 132

⁹⁴ Erel, (n. 25) 95-96; Aydıncık, (n. 1) 118; Tunçer, (n.13) 58

⁹⁵ Tunçer, (n.13) 58

⁹⁶ *“Bununla birlikte işleme eser sahibinin, işleme eser üzerindeki haklarını kullanırken, asıl eser sahibinden izin alması gerekip gerekmeceği doktrinde tartışmalıdır”* (Aydıncık, (n. 1) 111)

⁹⁷ Arbek, (n. 3) 154

2. Mirasçılar

Eser sahibinin ölümü ile eser üzerindeki malî hakları iktisap eden mirasçılar (FSEK m. 63), bu haklar üzerinde koruma süresi boyunca tasarruf edebilir, malî bir hakka ilişkin lisans sözleşmesi yapabilirler. Bu husus FSEK m. 48’de açıkça belirtilmiştir⁹⁸. Sinema eseri gibi birlikte eser sahipliğinin söz konusu olduğu durumlarda, eser sahiplerinden birinin ölmesi durumunda mirasçılar açısından nasıl bir yol izleneceği FSEK m. 64’te öngörülmüştür.

3. Kanun Gereği Malî Hak Sahibi Olanlar

FSEK m. 8/I’de “bir eserin sahibi, onu meydana getirendir” ilkesi öngörülmüştür. Bu ilkeye göre, bir eserin sahibi kural olarak onu meydana getirendir ve bunun doğal sonucu olarak eser üzerinde tasarruf etme yetkisi bu kişiye aittir. Ancak toplumsal yaşam, iş hayatı ve hukuk dünyasının bazı gereksinimleri sonucunda kanun koyucu, eseri meydana getirmemiş bazı kişilere eser sahibi gibi eser üzerinde tasarruf yetkisi tanımıştır. Bunlar, işverenler, tüzel kişiler ve iflas masasıdır.

FSEK m. 18/II’e göre, “*aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır*”. İlgili hükümde işverenlerin (çalıştıran) eser üzerindeki hakları hususunda kanunî adî karine öngörülmüştür⁹⁹. Hükümde, çalışanın, memur, hizmetli ve işçi olması fark doğurmamaktadır. Dolayısıyla işveren ile çalışanın arasındaki çalışma ilişkisinin özel hukuk veya kamu hukuku kaynaklı olması arasında bir fark yoktur.

FSEK m. 18/II’nin devamında “*tüzel kişilerin uzuvları hakkında da bu kural uygulanır*” denilmek suretiyle işverenler hakkında öngörülen karineye atıf yapılmıştır. İlgili hükme göre, kural olarak, tüzel kişilerin organları tarafından tüzel kişinin işini yaparken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar¹⁰⁰ tüzel kişi tarafından kullanılır. Ancak bu hüküm sözleşmede aksi öngörülebilir yahut işin mahiyetinden aksi anlaşılabilir bir yedek hukuk kuralıdır.

⁹⁸ Tunçer, (n.13) 63; Aydınçık, (n. 1) 131; Arbek, (n. 3) 157; Şahin, (n. 7) 133; Çelikbiz, (n. 20) 13

⁹⁹ “*Şirkette grafiker olarak hizmet akdi ile çalışan kişinin vücuda getirdiği eserle ilgili mali hakların kullanım yetkisinin çalıştırana ait olduğu, ancak FSEK’in 55. Maddesi uyarınca aksi kararlaştırılmış olmadıkça mali bir hakkın devri veya ruhsat tanınmasının eserin tercüme ve sair işlenmelerine şamil olmayacağı, bu hükümden de anlaşılacağı üzere FSEK’in 18. Maddesi uyarınca kullanma yetkisi çalıştırana devir edilen haklar içinde işleme hakkının bulunmadığı, dolayısıyla işleme hakkının halen eser sahibinde bulunduğu...* (Yar. 11 HD, E. 2008/7742, K. 2009/11991, 17.11.2009)” (Yavuz, Alica, Merdivan, (n. 15) 1526-1527)

¹⁰⁰ “*FSEK m. 18/II gereğince işveren ve tüzel kişilerin sahip olacakları haklar sadece eser sahibinin malî haklarıdır, yoksa bu düzenleme eser sahipliği statüsünde bir değişiklik yapmaz. Dolayısıyla maddede her ne kadar “eser üzerindeki haklar” ibaresi kullanılmış olsa da, bundan anlaşılması gereken mali haklardır, yoksa manevi haklar eser sahibinde kalmaya devam eder*” (Aydınçık, (n. 1) 122)

Fikir ve sanat eserlerinden kaynaklanan malî yetkiler, bir şekilde iflas masasına geçtiğinde, bu yetkiler üzerinde tasarruf etme yetkisi de iflas masasına geçer. Buna göre, iflas masası idaresi, bu yetkilere ilişkin olarak lisans sözleşmesi yapabilir¹⁰¹.

4. Malî Hakkı veya Lisans Hakkını Sözleşme ile Devralmış Kişiler

FSEK m. 49/I'e göre, "*Eser sahibi veya mirasçılarında mali bir hak veya böyle bir hakkı kullanma ruhsatını iktisap etmiş olan bir kimse, ancak bunların yazılı muvafakatiyle bu hakkı veya kullanma ruhsatını diğer birine devredebilir*". Bu madde uyarınca, sözleşme yoluyla eser üzerinde malî yetki veya lisans hakkı elde etmiş kişi, eser sahibi veya mirasçılarında yazılı izin almak suretiyle bu yetkiyi veya hakkı bir başkasına devredebilir. Eğer lisans hakkının devri söz konusu olursa bu bir alt lisans sözleşmesi söz konusu olacaktır.

5. Meslek Birlikleri

Eser sahipleri veya bağlantılı hak sahipleri, menfaatlerini korumak amacıyla meslek birlikleriyle sözleşme yapar. Bu sözleşmeyle eser sahibi veya bağlantılı hak sahibi, malî haklarını onlar adına, üçüncü kişilere devretmeyi veya bu haklara ilişkin lisans verme yetkisini meslek birliklerine bırakır. Bu yetkiler, münhasıran olarak meslek birliklerine geçerler. Böylece meslek birlikleri, eser sahipleri veya bağlantılı hak sahiplerinin mali yetkilerine ilişkin lisans sözleşmesi yapabilir¹⁰².

Söz konusu birlikler, eser sahipleri veya bağlantılı hak sahipleri tarafından "yetki belgesi" olarak isimlendirilen bir belgeyle malî haklarının takibi konusunda yetkilendirilmektedir¹⁰³. Bu husus FSEK m. 42/A/VIII'de şöyle ifade edilmiştir: "*Meslek birliğine üye eser veya bağlantılı hak sahiplerinin alenileşmiş veya yayımlanmış tüm eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlarına ilişkin haklarının takibi meslek birliğine verilecek yetki belgesine göre yapılır. Yetki belgesine ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir*".

B. LİSANS ALAN

FSEK'te genel olarak lisans alan kişiler hakkında açık bir hüküm yoktur. Böylece her gerçek veya tüzel kişi bir lisans sözleşmesinde lisans alan konumunda bulunabilir. Hatta herhangi bir kişiliği olmayan adi şirket ortaklığı da lisans alan konumunda bulunabilir. Bunun yanında FSEK' te bazı kişi ve kurumların, fikir ve sanat eserlerinden yararlanabilmesi için lisans hakkına sahip olmalarına gerektiği özel olarak öngörülmüştür (ancak bu kişilerin alması

¹⁰¹ Arbek, (n. 3) 157; Tunçer, (n.13) 65

¹⁰² Arbek, (n. 3) 156-157; Tunçer, (n.13) 63-64; Erbek, (n. 1) 31-32

¹⁰³ "*Kanaatimizce meslek birlikleriyle eser sahipleri arasında yapılan sözleşmeler münhasır lisans veya devri sözleşmesi niteliğinde değildir. Bu sözleşmeler vekâlet veya en azından vekâlet benzeri sözleşmelerdir*" Aydıncık, (n. 1) 133

gereken lisans bir kanunî veya zorunlu lisans değildir). Bunlar, bağlantılı hak sahipleri, radyo-televizyon kuruluşları, umuma açık mahaller ile yapımcı ve yayımcılardır¹⁰⁴.

1. Bağlantılı Hak Sahipleri

FSEK m. 80’de bağlantılı hak sahiplerinin eserden yararlanabilmesi, eser sahibinin iznine bağlanmıştır. İlgili maddede, kullanılan “izin” kavramı, teknik anlamda kullanılmamıştır. Dolayısıyla izin kavramı, lisans hakkı kavramından daha geniş bir anlam ifade etmektedir. Bu kavramdan anlaşılması gereken, hem malî hakların devredilmesi hem de malî haklara ilişkin lisans hakkıdır (FSEK m. 48, 50)¹⁰⁵. Zira kanun koyucu, FSEK m. 80/1/B’de fonogram ve film yapımcılarının, eser sahibinden ve icracı sanatçıdan “*malî hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra*” maddede sayılan haklara sahip olacağı ifade edilmiştir. Hükümde bu ifade kullanılarak hem lisans hakkına hem de lisans sözleşmesine atıf yapılmıştır. FSEK m. 56/II’de öngörülen karine gereğince, FSEK m. 80/1/B kapsamında verilen izin basit lisans niteliğindedir¹⁰⁶.

2. Radyo – Televizyon Kuruluşları

FSEK m. 43’te, radyo-televizyon başta olmak üzere benzeri kuruluşların, eser sahibinden izin alma zorunluluğu düzenlenmiştir. İlgili maddenin 1. fıkrasında, sahneye konmuş eserler, 2. fıkrasında ise, diğer eserler açısından alınması gereken izin düzenlenmiştir.

FSEK m. 43/I uyarınca, “*radyo-televizyon kuruluşları, uydu ve kablolu yayın kuruluşları ile mevcut veya ileride bulunacak teknik imkânlardan yararlanarak yayın ve/veya iletim yapacak kuruluşlar, yayınlarında yararlanacakları opera, bale, tiyatro ve benzeri sahneye konmuş eserlerle ilgili olarak hak sahiplerinden önceden izin almak zorundadırlar*”. Bu maddede kullanılan izin kavramı teknik anlamda kullanılmamıştır. Bu kurumlar, yayınlarında yararlanacakları bu eserler için ya eserin sahibinden ya malî hakkı ya da lisans hakkı devralmalıdır. Kanunda eserler hakkında yapılan sayım, örnek verme niteliğinde olup sınırlandırıcı nitelikte değildir¹⁰⁷.

FSEK m. 43/2 uyarınca, “*Bu kuruluşlar sahneye konmuş eserler dışında kalan eser, icra, fonogram ve yapımlar için ilgili alan meslek birlikleri ile 52 nci maddeye uygun sözleşme yaparak izin almak, söz konusu yayın ve/veya iletimlere ilişkin ödemeleri bu birliklere yapmak ve kullandıkları eser, icra, fonogram ve yapımlara ilişkin listeleri bu birliklere bildirmek*

¹⁰⁴ Arbek, (n. 3) 158; Aydınçık, (n. 1) 137; Erbek, (n. 1) 33

¹⁰⁵ Gürsel Üstün, ‘Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 4630 sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler ve Eleştirilerimiz’, (2001) 75 (1-2-3) İBD 139, 162-163; Arbek, (n. 3) 159-160; Aydınçık, (n. 1) 138; Tunçer, (n. 14) 66-67; Erbek, (n. 1) 34

¹⁰⁶ Arkan, (n. 27) 59

¹⁰⁷ Arbek, (n. 3) 160; Tunçer, (n. 14) 68

zorundadırlar". İlgili hükümde, sahneye konmamış eserler için alınacak iznin meslek birliklerinden olacağı ifade edilmiştir. Bu durumda, fıkra kapsamında öngörülen bir meslek birliği üyesi olmayan eser sahibi hükmün kapsamı dışında kalmaktadır. Öğretideki görüşler uyarınca¹⁰⁸, bu kuruluşlar, meslek üyesi olmayan eser sahibinin eserini yayınlarında kullanabilmesi için bizzat eser sahibinden izin (lisans hakkı) almalıdır. Biz de bu görüşe katılmaktayız. FSEK m. 43/II'de öngörülen hüküm, FSEK m. 42/A/VIII'in doğal bir sonucudur. Madde 43/II öngörülmeseydi bile, m. 42/A/VII gereğince bu iznin meslek birliğinden alınması gerektiğine hükmedilecektir. Dolayısıyla meslek birliğine üye eser sahiplerinin eserleri için m. 43/II uyarınca meslek birliğinden izin alınırken üye olmayan eser sahiplerinin eserleri için m. 18 vd. gereğince eser sahibinden izin alınması gerekir. Nitekim, umuma açık mahaller noktasında düzenlemenin öngörüldüğü FSEK m. 41/I'de "*hak sahiplerinden veya üyesi oldukları meslek birliklerinden izin alır*" denilerek doğru bir düzenleme yapılmıştır.

3. Umuma Açık Mahaller

FSEK m. 41/I uyarınca, "*girişi ücretli veya ücretsiz umuma açık mahaller; eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanım ve/veya iletimine ilişkin 52 nci maddeye uygun sözleşme yaparak hak sahiplerinden veya üyesi oldukları meslek birliklerinden izin alır ve sözleşmelerde yazılı malî hak ödemelerini bu madde hükümlerine göre yaparlar*". Yine ilgili düzenlemede izin kavramı teknik anlamda kullanılmamıştır. Dolayısıyla bu kavram, hem malî yetkilerin devrini sağlayan devir sözleşmesini hem de malî yetkilerden faydalanmayı sağlayan lisans sözleşmesini kapsar¹⁰⁹.

4. Yapımcı ve Yayımcılar

FSEK m. 18/III'e göre, "*bir eserin yapımcısı veya yayımcısı, ancak eserin sahibi ile yapacağı sözleşmeye göre mali hakları kullanabilir*". Film yapımcı ve yayımcıları, FSEK m. 8/III'de sinema eseri sahipleri arasında gösterilmemiştir. Bu nedenle bunların, eserden doğan malî hakları kullanmaları eser sahibi ile yapacakları sözleşmeye bağlıdır. Ancak, yapımcı veya

¹⁰⁸ Aydıncık, (n. 1) 142; Arkan, (n. 27) 182

¹⁰⁹ Arbek, (n. 3) 161-162; Aydıncık, (n. 1) 144; Şahin, (n. 7) 143; Tunçer, (n. 14) 70-71. "...davalının radyo yayınından yararlanarak otel içerisinde müzik yayınında bulunduğu, musiki eserlerinin radyo yayınından istifade suretiyle dolaylı temsilinin söz konusu olduğu, davalının ile yapmış olduğu lisans sözleşmesi çerçevesinde dava konusu eserlerin dolaylı temsil hakkını elde etmiş sayılamayacağı, davacı meslek birliğinin dava açmakta hukuki menfaati bulunduğu gerekçesiyle davalının davacının FSEK'den doğan haklarına tecavüzünün tespitine, davacının umuma iletim hakkının tecavüz nedeniyle tecavüzün men'ine, ... karar verilmiştir" (Yar. 11 HD, E. 2016/14251, K. 2018/5304, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, s.e.t. 09.04.2020)

yayımcının FSEK m. 18/II anlamında işveren (çalıştıran) veya FSEK m. 10/IV anlamında birlikte eser sahipliği söz konusu olduğunda durum değişir¹¹⁰.

Üstün'e göre¹¹¹, FSEK m. 18/III gereksizdir, zira FSEK m. 52 ve 48/III hükümlerinden de bu sonucu çıkarmak mümkündür.

V. LİSANS SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLAR

A. LİSANS VERENİN BORÇLARI

FSEK kapsamında yapılacak bir lisans sözleşmesinde lisans verenin borçları, sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak şartıyla sözleşmenin taraflarınca özgürce belirlenebilir. Ancak sözleşmenin taraflarınca böyle bir belirleme yapılmamış veya belirlemiş olmalarına rağmen aralarında anlaşmazlık çıkarsa, bu durumda lisans verenin borçlarını belirleme noktasında sorun ortaya çıkar¹¹². Bu sorunu aşmak için lisans sözleşmesinin karakteri ve amacı göz önüne alınarak genel bir belirlemenin yapılması gerekir.

FSEK kapsamındaki eserlere ilişkin lisans sözleşmesinde lisans verenin borçları, esasen genel anlamda lisans sözleşmelerindeki borçlardan farklı değildir. Bu nedenle, bu borçlar belirlenirken genel anlamda lisans sözleşmesinde lisans verenin borçları dikkate alınmalıdır¹¹³. FSEK m. 53 ve 53'te öngörülen tekeffül borcu, bu borçlardan sadece biridir.

1. Yararlanmanın Sağlanması Borcu

Lisans sözleşmesi, lisans verenin lisans alana, fikir ve sanat eserinin bahşettiği yetkilerin tamamından veya bir kısmından yararlanmasını sağlamayı üstlendiği bir sözleşmedir. Bu nedenle, lisans verenin en önemli ve ilk borcu, lisans alanın lisans konusundan yararlanmasını sağlama borcudur¹¹⁴. Bu borç söz konusu olmaksızın lisans sözleşmesinden söz edilemez. Bu yararlanmanın sağlanması için lisans verenin, eseri lisans alanın kullanımına hazır etmesi ve lisans sözleşmesinin amacına ulaşması için kendisinden beklenebilecek her şeyi yapma yükümlülüğü vardır¹¹⁵. Lisans alanın lisans hakkından yararlanabilmesi için lisans verenin öncelikle lisans konusunun tecessüm ettiği şeyin, lisans sözleşmesinden belirlenen faydalanmaya imkân verecek biçimde lisans alana teslim edilmesi gerekir¹¹⁶.

¹¹⁰ Aydıncık, (n. 1) 145; Şahin, (n. 7) 144; Erbek, (n. 1) 35

¹¹¹ Üstün, (n. 105) 163; Erbek, (n. 1) 35

¹¹² Arbek, (n. 3) 173; Tunçer, (n.13) 72

¹¹³ Arbek, (n. 3) 174.

¹¹⁴ Eren, 'İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri' (n. 41) 101; Arbek, (n. 3) 175; Tunçer, (n.13) 73; Eker Ekeroglu, s. 84; Şahin, (n. 7) 155 "Bu yükümlülüğün var olması için sözleşmede belirtilmesi zorunlu ve gerekli değildir"

¹¹⁵ Aydıncık, (n. 1) 147-148; Tunçer, (n.13) 73, 76

¹¹⁶ Arbek, (n. 3) 176; Tunçer, (n.13) 74; Eker Erkekoğlu, (n. 1) 84. "Örneğin, bir sinema filminin umuma iletimine ilişkin, herhangi bir yayın kuruluşuna lisans hakkı tanınması durumunda, filmin yayınlanabilmesi için, film negatiflerinin yahut gösterime elverişli olacak şekilde farklı formatlarda çoğaltılmış nüshaların, yani sinema eserinin üzerinde tecessüm ettiği maddi malın, lisans hakkı tanınan yayın kuruluşuna teslim edilmesi gerekir. Aynı

Yararlanmanın sağlanması borcu sadece yapma edimlerini değil aynı zamanda bizzat veya başkası aracılığıyla kullanıma engel olmama, güçlük çıkarmama gibi yapmama edimlerini de içerir¹¹⁷. Bir diğer deyişle, lisans verenin sadece kullanım hakkını sağlaması yeterli değildir. Lisans sözleşmesinin sürekli borç doğuran niteliği göz önüne alındığında, lisans verenin yararlanmanın devamına engel olacak davranışlardan kaçınması gerekir¹¹⁸. Diğer yandan sadece yararlanmanın sağlanması yeterli olmayıp bu yararlanmanın sözleşme süresince devam ettirilmesi ve devamı için gerekli olan şartların sağlanması da gerekir¹¹⁹.

Yararlanmanın sağlanması borcu, yapma ve yapmama (kaçınma) edimleri gibi birçok yükümlülüğü içinde barındıran bir borçtur. Bu durum, FSEK'in eser sahibine tanıdığı hakların mutlak niteliğinin bir sonucudur. Zira, lisans verenin lisans sözleşmesi ile lisans alana tanıdığı yetki, başkalarına da lisans tanınmasına ve lisans konusu haktan yararlanmaya devam etmesine engel değildir¹²⁰.

Yararlanmanın sağlanması borcu kapsamında, lisans verenin yapmama edimlerinden biri, lisans verenin lisans konusunu oluşturan mali yetkilerden feragat etmemesidir. Feragat (vazgeçme) hakkının düzenlendiği FSEK m. 60'da, “*önceden vakı tasarruflarını ihlal etmemek şartıyla*” bu hakkın kullanılabilmesi ifade edilmiştir. Hükümde açıkça lisans verenin lisans alana zarar verecek şekilde feragatte bulunamayacağı belirtilmiştir¹²¹.

2. Lisans Konusuna Yapılan İhlalleri Takip Etme Borcu

Lisans konusuna yapılan ihlalleri takip etme borcu, lisans konusundan yararlanmayı sağlama borcunun farklı bir görünümüdür. Lisans alanın lisans hakkından gereği gibi yararlanabilmesi için bu hakka 3. kişiler tarafından yöneltilen ihlallere karşı korunması gerekir. Bu korumanın nasıl sağlanacağı öğretide tartışmalıdır.

şekilde, lisans alanın, mali yetkileri gereği gibi kullanmasını sağlayacak, her türlü doküman, reklam materyalleri ve benzeri malzemelerin lisans alana teslimi gerekir” (Şahin, (n. 7) 155).

¹¹⁷ Eker Erkekoğlu, (n. 1) 84.

¹¹⁸ “*Bu yararlanmanın sağlanması için de lisans verenin lisans alana karşı sözleşme süresince lisans konusu hak ve mal üzerindeki yararlanma hakkını ileri sürmekten feragat etmesi gerekir*” (Eren, ‘İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri’ (n. 41) 101). “*Lisans sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi doğurur. Bu borcun anlamı da lisans alana sağlanan kullanımın lisans sözleşmesi süresince devamının ve korunmasının sağlanmasıdır. Bu nedenle lisans veren, lisans sözleşmesinin amacını zedeleyen hiçbir tasarrufta bulunmamalıdır*”. Yazar, bu durumu “*hakkın gereği gibi kullanılmasını sağlama borcu*” adı altında ayrı bir borç olarak nitelendirmiştir (Aydıncık, (n. 1) 150)

¹¹⁹ Oktay Özdemir, (n. 1) 111; Şahin, (n. 7) 156-157

¹²⁰ “*Bu nedenle, eser sahipleri, mali haklar üzerinde ancak önceki tasarrufları ihlal etmemek şartıyla yeniden tasarrufta bulunabilirler*” (Tüysüz, (n. 25) 110)

¹²¹ Arbek'e göre, FSEK m. 60, lisans hakkının şahsi nitelikte bir hak olduğunun kanunî delilidir. Zira, eğer lisans sözleşmesi bir tasarruf işlemi niteliğinde olsaydı; mali yetkiler, lisans sözleşmesiyle birlikte lisans alanın malvarlığına dâhil olacaktı. Böylece lisans alan, bu yetkiler üzerinde mutlak hak sahibi olarak bunları başkasına muhtaç olmadan kullanabilecekti. Bu durumda böyle bir maddeye de gerek kalmazdı. Ancak lisans hakkı mutlak nitelikte bir hak olmadığı için, lisans verenin feragat hakkını kullanması lisans alanı etkilemektedir (Arbek, (n. 3) 179)

Birinci görüşe göre¹²², lisans hakkı, lisans sahibine şahsi nitelikte bir hak bahsetmektedir. Bu görüş uyarınca, lisans konusuna 3. kişiler tarafından bir tecavüz söz konusu olduğunda, lisans alan, bu kişilere karşı bizzat dava açamaz. Söz konusu ihlallerin ortadan kalkması için lisans alan, lisans verene başvurmalı ve lisans veren bu kişiye dava açmalıdır. Eğer lisans veren, bu yükümlülüğünü yerine getirmezse, sözleşmeye aykırı davranmış olur ve sözleşmeden doğan sorumluluğu söz konusu olur. Ayiter'e göre¹²³, lisans sözleşmesinin tarafları, lisans alana daha sağlam bir hukukî durum sağlamak istiyorsa bu durumda, lisans veren, lisans alana ihlâllere karşı dava açma yetkisi tanıyabilir (sözleşmeye bir hüküm koyarak).

İkinci görüşe göre¹²⁴, lisans sözleşmesi bir tasarruf işlemidir, lisans hakkı mutlak bir haktır. Bu görüş uyarınca, lisans alan sahip olduğu yetkileri gerek lisans verene gerekse 3. kişilere karşı ileri sürebilir, lisans hakkına vaki tecavüzlere karşı bizzat dava açabilir. Bunun yanında, eser sahibi veya mali hak sahiplerinin de dava açma yetkileri devam etmektedir.

İkinci görüş savunucularından Aydıncık'a göre¹²⁵, bu konuda basit ve münhasır lisans açısından bir ayırım yapılmalıdır. Münhasır lisans açısından, lisans alanın lisans hakkının kullanılmasını engelleyen müdahale ve tasarruflara karşı dava hakkı mevcuttur. Ancak basit lisans açısından, lisans alanın bu müdahale ve tasarruflara karşı doğrudan dava hakkı bulunmamaktadır. Zira, basit lisans, münhasır lisansa kıyasla daha dar bir kullanım hakkı sağlar. Basit lisans alana lisans hakkı tanınması eser sahibinin veya 3. kişilerin aynı hakkı kullanmasına engel teşkil etmez. Böylece, basit lisansta dava açma hakkı sadece eser sahibine ait olacaktır. Oysaki münhasır lisansta, hem lisans alan hem de eser sahibi ihlallere karşı dava açabilir. Ancak münhasır lisans alanın dava açma yetkisi sözleşme ile engellenebilir.

Öğretide Tüysüz'e göre¹²⁶, FSEK m. 56/3'te münhasır lisanslar hususunda intifa hakkına yapılan atıf ile münhasır lisans alana aynî haklara benzer bir koruma sağlanmak istenmiştir. Basit lisanslar hakkında ise hasılat kirasına ilişkin hükümlere atıf yapılmıştır. Münhasır ile basit lisans sözleşmesi bu noktada birbirinden ayrılmaktadır. Bu nedenle, münhasır lisans alan bu hakkını intifa hakkı sahibi gibi hem eser sahibine hem de 3. kişilere karşı ileri sürebilmelidir.

¹²² Ayiter, (n. 25) 213; Arbek, (n. 3) 181; Şahin, (n. 7) 159-160

¹²³ Ayiter, (n. 25) 213

¹²⁴ Tekinalp, (n. 61) 219 vd.; Erel, (n. 25) 306; Aydıncık, (n. 1) 157

¹²⁵ Aydıncık, (n. 1) 158

¹²⁶ Tüysüz, (n. 25) 117. Aynı görüşte Tunçer, (n.13) 22; "...hakkın kullanımı tam lisans ile devredilmiş ise, bu takdirde intifa hakkı hükümlerinin uygulanmasına ilişkin Kanunda yapılan atıftan dolayı, tam lisans, hakkı devralan kimselere karşı da ileri sürülebilir" Dalyan, (n. 13) 206

Erbek'e göre¹²⁷, lisans sözleşmesi ister basit ister münhasır olsun, bu sözleşme ile mutlak nitelikteki malî hak değil, nisbî nitelik arz eden bu hakkın kullanılma yetkisi devredilmektedir. Lisans hakkı, nisbî bir hak olduğu için üçüncü kişilerin bu hakkı ihlal etmesi halinde, lisans verenin yararlanmanın sağlanması borcu kapsamında dava açıp lisans alanın hakkını teslim etmesi gerekir. FSEK'te, lisans alana, bu ihlâllere karşı doğrudan dava açma imkânı tanınmamıştır. Ancak taraflar, lisans alanın elini güçlendirmek isterlerse, lisans sözleşmesinde öngörülecek bir hüküm ile lisans alana bu ihlâllere karşı dava açma yetkisi tanınabilir. Böyle bir yetkilendirme söz konusu değilse söz konusu ihlâllere karşı lisans verenin dava açması gerekir.

Yargıtay bazı kararlarında¹²⁸, basit lisans ile münhasır lisans arasında dava açma açısından bir ayırım yapmaktadır. Münhasır lisans sözleşmesini bir tasarruf işlemi kabul ederek lisans alanın fiilen hak sahibinden bir farkı olmadığını ve malî hak sahibi gibi tecavüzün önlenmesi ve tazminat davası açabileceğine, hatta dava açmadığı takdirde malî hak sahibine ve eser sahibine karşı sorumlu olabileceğine hükmetmiştir.

Kanaatimizce, basit lisans açısından birinci görüş doğru bir çözüm sunarken münhasır lisans noktasında ikinci görüş pratik hayatın ihtiyaçlarını göz önüne alarak bir çözüm sunma gayretindedir. Ancak bu çözüm tarzı lisans sözleşmesinin borçlandırıcı işlem niteliğine aykırıdır. Pratikte ortaya çıkan bu sorunu çözmek adına tarafların sözleşmede lisans alana dava açma yetkisi tanınmasına engel bir kanun hükmü yoktur. Nitekim, lisans sözleşmesi genellikle profesyonel iş ortamında akdedilen sözleşmelerdir. Lisans alan taraf basiretli bir şekilde hareket ederek sözleşmeye böyle bir hüküm koyulmasına çalışmalıdır. Yargıtay'ın, lisans alanın basiretsiz hareket etmesini telafi etme gayretiyle lisans sözleşmesinin niteliğini göz ardı ederek hüküm tesis etmesi bu konuda fazla korumacı davranmak olacaktır.

3. Hakkın Varlığını Tekeffül Borcu

FSEK m. 53 ve 54. maddelerinde lisans verenin tekeffül (garanti) borcu düzenlenmiştir. Lisans veren, 53. madde gereğince lisans konusu malî hakkın varlığını ve 54' üncü madde gereğince ise bu hakkı devir yetkisinin varlığını tekeffül borcu altındadır.

FSEK m. 53 uyarınca, lisans veren, lisans sözleşmesi kurulduğu anda lisans konusu hakkın varlığını ve geçerliliğini kanunen tekeffül etmiş durumdadır. Eğer lisans konusu hak için lisans verenin malvarlığında doğmaması ve ya koruma süresi dolması (m. 27) ya da feragat edilmesi veyahut söz konusu lisanstan önce bir başkasına devredilmesi gibi bir durum söz

¹²⁷ Erbek, (n. 1) 52

¹²⁸ Kararlar için bakınız: Erbek, (n. 1) 50

konusu ise lisans veren, lisans alanın zararını tazmin etmek borcu altındadır¹²⁹. Ancak söz konusu garanti borcunun söz konusu olabilmesi için ivazlı bir lisans sözleşmesi olması gerekir. Madde 53 kapsamındaki bu garanti borcu sadece lisans konusu hakkın varlığına ilişkin olup sözleşmenin başka bir nedenle geçersizliği bu kapsamda değildir (Örneğin, ehliyetsizlik). Madde 53 emredici bir hüküm olmadığı için taraflar sözleşmede aksini öngörebilir¹³⁰.

FSEK m. 54/II'e göre, "*salahiyeti olmaksızın mali bir hakkı başkasına devreden veya kullanma ruhsatını veren kimse; salahiyeti bulunmadığına diğer tarafın vakıf olduğunu veya vakıf olması lazım geldiğini ispat etmedikçe tasarrufun hükümsüz kalmasından doğan zararı tazminle mükelleftir*". Fıkırdaki belirtilen iyi niyet, sübjektif iyi niyettir (TMK m. 3). Taşınır ve taşınmaz eşya iktisaplarında (TMK m. 988, 1023) olduğunun aksine burada iyi niyet korunmamıştır¹³¹. Burada iyi niyet lisans alanı tazminata hak kazandırmaktadır. Dolayısıyla lisans veren, lisans alanın kötü niyetli olduğunu ispat ederse zararı tazmin etme yükümlülüğünden kurtulur. FSEK m. 54'te yetkisiz devir için öngörülen bu düzenleme, TBK m. 47'de öngörülen yetkisiz temsil haliyle paraleldir. Kural olarak, lisans verenin tazmin etmekle yükümlü olduğu zarar, menfi zarardır. Ancak, lisans verenin kusurlu olması ve hakkaniyetin gerektirdiği hallerde, mahkeme daha geniş olan müspet zararın tazminine hükmedebilir¹³².

B. LİSANS ALANIN BORÇLARI

Fikir ve sanat eserlerine ilişkin lisans sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen ve kural olarak ivazlı bir sözleşmedir. Dolayısıyla lisans alanın da lisans veren gibi bazı borçları söz konusudur. Sözleşmenin tarafları hukukun emredici kurallarına aykırı olmamak şartıyla lisans alanın yükümlülüklerini diledikleri gibi belirleyebilir¹³³. Ancak taraflar böyle bir belirlemede bulunmasa dahi lisans sözleşmesinin karakteri ve amacı göz önüne alınarak genel bir belirlemenin yapılması gerekir.

¹²⁹ Erel, (n. 25) 314-315; Aydıncık, (n. 1) 161; Şahin, (n. 7) 168; Tunçer, (n.13) 79; Şahin, (n. 7) 168. Arbek'e göre, kanun koyucunun böyle bir düzenleme öngörmesi FSEK kapsamında yapılan lisans sözleşmelerinin hukuki niteliği noktasında net bir fikre sahip olmamasıdır. Çünkü lisans sözleşmesi bir taahhüt muamelesidir. Hâlbuki maddede atıf yapılan bir tasarruf işlemi olan alacağın temlik hükümleridir. Yine Arbek'e göre, maddede alacağın temlik hükümlerine yapılan atfın anlamlı olabilmesi için madde ancak iki durumda uygulanmalıdır. Bu durumlar, lisans konusu mali yetkinin kaynağı eserin, 3. bir kişi tarafından meydana getirilmesi yahut eser sahibinin 3. bir kişi olmasıdır (Arbek, (n. 3) 189-191)

¹³⁰ Erel, (n. 25) 315; Aydıncık, (n. 1) 162

¹³¹ Ayiter, (n. 25) 210; Erel, (n. 25) 315-316; Aydıncık, (n. 1) 163; Tunçer, (n.13) 80

¹³² Ayiter' e göre, tasarruf eden kusurluysa ya da hakkaniyet gerektiriyorsa mahkeme, daha geniş olan müspet tazminata hükmedebilir (Ayiter, (n. 25) 210). Hâlbuki ilgili hükümde "*kusur halinde mahkeme; hakkaniyet gerektiriyorsa daha geniş bir tazminata hükmedebilir*" denilmek suretiyle hem kusur hali hem de hakkaniyetin gerektirmesi durumu bir arada aranmaktadır

¹³³ Arbek, (n. 3) 182; Tunçer, (n.13) 81

1. Lisans Bedelini Ödeme Borcu

Lisans bedeli, lisans sözleşmesinin objektif esaslı unsuru değildir. Zira lisans veren, bir ücret elde etmek dışında başka amaçlarla da lisans verebilir. Bu sebeple, lisans sözleşmesinde lisans bedeline ilişkin bir hüküm olmasa bile sözleşme geçerli olarak kurulur¹³⁴. Nitekim kullanma yetkisi (m. 48/II), “*karşılıklı veya karşılıksız olarak başkalarına devredebilir*” (m. 48/I) olduğu FSEK’te açıkça ifade edilmiştir. Fakat uygulamada, genellikle lisans bedeli kararlaştırılmaktadır¹³⁵. Lisans bedelinin kararlaştırılmadığı lisans sözleşmeleri istisna teşkil eder. Bazen de lisans bedeli olarak, para dışında herhangi bir şey de olabilir¹³⁶. Bu konuda uygulamada sıklıkla karşılaşılan şu örneği vermek yerinde olacaktır; kitap basımında, bedel olarak yazara basılan kitapların bir kısmının verilmesidir.

Sözleşme serbestisi ilkesi gereğince taraflar lisans bedelini diledikleri gibi belirleyebilir. Bu belirleme, sabit bir bedel olabileceği gibi lisans konusu eserin satış miktarına göre (yayın lisansı), temsil sayısı, süresi, izlenme (reyting) veya hasılat üzerinden yüzde oranınca (temsil ve film gösterim lisansı) olabilir. Bunun yanında bu belirleme, sabit ücret ve diğer yöntemlerin bir karması şeklinde de olabilir¹³⁷.

2. Kullanım Borcu

Eser sahibi lisans verirken, bundan sağlayacağı iktisadî menfaatler yanında eserin yayılmasını ve tanınmasını da arzu eder. Bu yüzden lisans hakkının kullanılmasının, lisans alan açısından sadece bir hak olmayıp aynı zamanda bir yükümlülük olduğu haller mevcuttur¹³⁸. Bu yükümlülük genellikle münhasır lisans söz konusu olduğu durumlarda ortaya çıkar. Nitekim bu yükümlülük, yayım sözleşmesinin düzenlendiği TBK m. 487’de “*yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği*” ifadesiyle özel olarak öngörülmüştür¹³⁹. Bu hükme kıyasen FSEK anlamındaki lisans sözleşmelerinde de kullanım borcu (yükümlülüğü) kabul edilmektedir¹⁴⁰. Bu yükümlülüğün yaptırımını ise, FSEK m. 58’de lisans verene tanınan cayma hakkıdır.

¹³⁴ Tüysüz, (n. 25) 104; Arbek, (n. 3) 183; Şahin, (n. 7) 160-161; Eker Erkekoğlu, (n. 1) 89; Tunçer (n.14) 81; Erbek, (n. 1) 46; Ercoşkun Şenol, (n. 11) 50.

¹³⁵ Lisans bedeli sözleşmede kararlaştırılmıyorsa, bu durumda lisans bedelinin ödenmesi lisans alan açısından aslı bir borç haline gelir (Arbek, (n. 3) 183)

¹³⁶ Aydınçık, (n. 1) 166; Şahin, (n. 7) 160-161; Tunçer, (n.13) 81

¹³⁷ Aydınçık, (n. 1) 166; Şahin, (n. 7) 161; Tunçer, (n.13) 81

¹³⁸ Bazı hallerde böyle bir yükümlülük yoktur. Örneğin bir bilgisayar programını basit lisans ile devralan lisans alan, bu programı kullanma yükümlülüğü altında değildir.

¹³⁹ Erel, (n. 25) 299; Tüysüz, (n. 25) 125-126; Arbek, (n. 4) 185; Aydınçık, (n. 1) 171-172. “*Örneğin, bir yayıncı veya bir sahne eserini ilk defa temsil etme hakkını iktisap eden bir tiyatro müessesesi için bu hakkı kullanma yükümlülüğü mevcuttur. Buna karşılık, bir gazete ve dergi sahibinin talebi olmadan buralara yayınlanması için yazı gönderilmesi halinde böyle bir yükümlülük bulunmamaktadır*” (Tüysüz, (n. 25) 126)

¹⁴⁰ Aydınçık, (n. 1) 172; Arbek, (n. 3) 185

Öğretide, kullanım borcunun doğumu açısından lisans hakkının türünün (basit, münhasır, tek) önem arz edip etmediği tartışmalıdır¹⁴¹.

3. Bizzat Kullanma Borcu

Bizzat kullanma borcu veya öğretilerdeki diğer adıyla lisans konusunu başkasına devretmeme yükümlülüğünün dayanağı FSEK m. 49'dur. Söz konusu hükme göre, “*eser sahibi veya mirasçularından ... ruhsatını iktisap etmiş olan bir kimse, ancak bunların yazılı muvafakatiyle ... kullanma ruhsatını diğer birine devredebilir*”. Bu nedenle lisans alanın, lisans konusu hakkı bizzat kullanması ve eser sahibi veya mirasçularının yazılı izni olmaksızın bir başkasına devretmemesi gerekir. Zira, eser sahibinin eseri üzerindeki fikri hakları, eser sahibinin kişiliğine bağlıdır. Bu nedenle, malvarlığına giren diğer haklardan farklı olarak hakkın devri veya lisans verilmesi durumunda eser sahibinin eserle olan ilişkisi sona ermez, eser üzerindeki manevi hak ve menfaatleri devam eder. Bu hak ve menfaatlerin korunması açısından lisans alanın kişiliği de önem arz eder¹⁴². Sonuç itibarıyla, lisans alanın, lisans hakkını bizzat kullanması ve bu hakkı izin almaksızın bir başkasına devretmemesi beklenir.

Bizzat kullanma borcunun istisnaları FSEK m. 59 ile m. 62/I (3. bent)' tir. FSEK m. 59'a göre, lisans alanın ölümü veya iflası hallerinde, kural olarak lisans sözleşmesi kendiliğinden sona ermeyip lisans alanın mirasçularına veya iflas masasına intikal eder. Ancak, işin mahiyeti gereğince, hakkın kullanılmasının lisans alanın şahsına bağlı olduğu durumlar hariçtir¹⁴³. FSEK m. 62/I (3. bent)' e göre, lisans hakkının, rehin veya haciz işlemi sonucunda paraya çevrilmesi durumunda, eser sahibinin izni olmaksızın 3. kişiler tarafından bu hak devir alınabilecektir¹⁴⁴.

4. Sözleşme ve Kanuna Uygun Kullanma Borcu

Sözleşmenin tarafları, lisans konusunun nasıl ve ne şartlar altında kullanılacağı sözleşme serbestisi ilkesi gereği diledikleri gibi belirleyebilir. Bu belirleme, süre, yer ve muhteva (içerik) açısından olabilir (m. 48/I)¹⁴⁵. Eğer bu belirlemeler sözleşmede açıkça yapılmışsa herhangi bir sorun olmaz. Ancak sözleşmede lisans hakkının nerede, nasıl ve hangi sürede kullanılacağı belirtilmemişse FSEK'e bakmak gerekir. Çünkü, lisansın basit veya

¹⁴¹ Arbek'e göre, lisans hakkının münhasır olup olmaması kullanım borcu açısından önemli değildir. Zira hangi tür lisans hakkı olursa olsun, kullanım borcunun yerine getirilmemesi durumunda lisans veren zarar görmesi muhtemeldir (Arbek, (n. 3) 185-186). Oktay Özdemir, lisans hakkının türleri açısından bazı farklar olduğunu belirtmektedir (Oktay Özdemir, (n. 1) 118-119). Bu konuda detaylı bilgi için bakınız: Aydıncık, (n. 1) 172 vd.

¹⁴² Aydıncık, (n. 1) 175; Arbek, (n. 3) 187; Şahin, (n. 7) 164; Tunçer, (n.13) 84-85

¹⁴³ Erel, (n. 25) 317; Aydıncık, (n. 1) 177

¹⁴⁴ Erel, (n. 25) 323-325; Aydıncık, (n. 1) 177

¹⁴⁵ “Örneğin, bir sinema filminin, otel müşterilerine gösterimi hususunda, işletme sahibiyle temsil yetkisinin kullanımına ilişkin yapılan lisans sözleşmesine, gösterimin, yalnızca otelin toplantı salonunda yapılacağına ilişkin bir kayıt konabilir” (Şahin, (n. 7) 165)

münhasır lisans olması bu borcun kapsamını belirlemede en önemli etkidir. FSEK m. 56 göre, aksi kararlaştırılmamışsa her lisans basit lisanstır. Eğer lisans alan, basit lisans hakkını münhasır lisans gibi kullanıyorsa bu borca aykırılık söz konusudur. Aynı şekilde, lisans alan, münhasır lisans hakkını basit lisans gibi kullanıyorsa yine bu borca aykırılık söz konusudur¹⁴⁶.

VI. LİSANS SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Fikir ve sanat eserlerine ilişkin lisans sözleşmesi, diğer sözleşmeleri sona erdiren genel sebeplerle sona erebileceği gibi FSEK’te öngörülmuş özel sebeplerle de sona erebilir. Bu sebeplerden bazıları aşağıda incelenmiştir.

A. SÖZLEŞME GAYESİNİN GERÇEKLEŞMESİ VEYA SÜRESİNİN DOLMASI

Lisans sözleşmesini sona erdirmesi beklenen en önemli sebeplerin başında sözleşme ile amaçlanan gayenin gerçekleşmesi veya sözleşme için öngörülen sürenin sona ermesidir. Her sözleşme belirli amaçlar gözetilerek akdedilmektedir. Dolayısıyla sözleşme ile amaçlanan gaye gerçekleşmesi¹⁴⁷ ya da gayenin ortadan kalması veya öngörülen süre sona erince sözleşme sona erer¹⁴⁸. Nitekim FSEK m. 59/I’de, “*eser sahibi veya mirasçuları mali bir hakkı muayyen bir gaye zımında yahut muayyen bir süre için devretmişlerse gayenin ortadan kalkması veya sürenin geçmesiyle ilgili hak, sahibine avdet eder*” denilmek suretiyle bu iki duruma işaret edilmiştir.

Sözleşmeyi sona erdiren bu iki durum FSEK m. 52 gereğince, yazılılık şartını yerini getirmelidir. Dolayısıyla sözleşme için öngörülen bir süre yahut gaye söz konusu ise bu husus da, sözleşmede veya sözleşmeden ayrı olarak yazılı bir biçimde belirlenmelidir¹⁴⁹.

Lisans hakkının belirli bir süreye bağlı olmaksızın (süresiz) tanınması halinde, lisans hakkı koruma sürelerinin sonuna kadar hüküm ifade eder. Dolayısıyla FSEK m. 26 vd. öngörülen koruma süreleri de lisans sözleşmesini sona erdiren bir azami süredir¹⁵⁰. Lisans sözleşmesinin süresinin azami süreyi aştığı durumlarda sözleşmenin ne zaman sona ereceği

¹⁴⁶ Arbek, (n. 3) 186; Aydınçık, (n. 1) 178 vd.

¹⁴⁷ “Örneğin, bir roman yazarı, romanı üzerindeki işleme yetkisinin kullanımını, bir sinema filminin senaryosunu oluşturmak amacıyla, filmin senaristine devretmiş olabilir. Bu durumda senaristin, senaryoyu yazmasıyla birlikte, romanın işleme yetkisine ilişkin verilen lisans hakkı kendiliğinden sona erecektir. Zira senaryonun oluşturulmasıyla, lisans hakkının verilme gayesi gerçekleşmiş bulunmaktadır” Şahin, (n. 7) 169-170

¹⁴⁸ Arbek, (n. 3) 204-205; Aydınçık, (n. 1) 184-186; Şahin, (n. 7) 169; Eker Erkekoğlu, (n. 1) 114; Tunçer, (n.13) 86, 88

¹⁴⁹ Arbek, (n. 3) 204-206; Tunçer, (n.13) 88

¹⁵⁰ Aydınçık, (n. 1) 187; Arbek, (n. 3) 04-205; Tunçer, (n.13) 87; Eker Erkekoğlu, (n. 1) 116. “Eser sahibine tanınan mali hakların zamanla sınırlı olduğu ve koruma süresinin bitiminden sonra herkesin eser sahibine tanınan mali haklardan yararlanabileceğine dair 5864 sayılı FSEK’in 26/1. Maddesi uyarınca eser sahibinin bağlı olduğu koruma süresiyle ilgili sınırlamanın, aynı Yasa’nın 48. Maddesine göre eser sahibinden mali hakları devralan kişileri de bağlayacağı; mali hakları süresiz olarak devralan kişilere tanınan tasarruf yetkisinin de ancak sözleşme tarihinde yürürlükteki yasal koruma süresi kadar olduğu... (Yar. 11 HD, E. 2008/2094, K. 2008/3682)” (Yavuz, Alıca, Merdivan, (n. 15) 1524)

öğretide tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, azami sürenin bittiği yerde sözleşme sona erecektik¹⁵¹. Zira, koruma sürelerinin ratio legisi, toplumdaki beslenerek bir eser ortaya koyan eser sahibinin bu eserden yeteri istifadeyi sağladıktan eseri tekrar o toplumun istifadesine sunulmasıdır. Bu, kendisini yetiştiren topluma karşı eser sahibinin bir borcudur.

B. LİSANS ALANIN ÖLÜMÜ VEYA İFLASI

Kural olarak taraflardan birinin ölmesi lisans sözleşmesini sona erdiren bir sebep değildir. Ancak, lisans hakkının kullanılmasının lisans alanın şahsına bağlı olduğu durumlarda, lisans alanın ölümü veya iflası halinde sözleşme sona erer (FSEK m. 59). Örneğin, bir eserin tercüme hakkının lisansının tanındığı tercümanın ölümü veya iflası, hakkı sona erdirir. Zira bu durumda tercümanın kişisel yetenek ve becerisi sebebiyle özellikle kendisi seçilmiştir¹⁵².

C. İFANIN İMKANSIZLAŞMASI

İmkânsızlık, edimin, içeriği değişmeksizin (bir aliud'a dönüşmeksizin yani başkalaşmaksızın) borçlunun etkinliğiyle aynen ifasının mümkün olmamasıdır. Sürekli, kalıcı, objektif bir ifa engelidir. Asıl pratik önemi, borçluya karşı aynen ifasın zorla sağlanamamasıdır. İmkânsızlık, sözleşmenin kuruluşundan “önce” var olan temelli imkânsızlık, kanunen, o sözleşmenin bağlamazlığına, kesin hükümsüzlüğüne yol açar (TBK m. 27). Buna karşılık, imkânsızlık, sözleşmenin kuruluşundan “sonra” ortaya çıkarsa yerine göre borçlunun tazminat ve aldığı iade (tasfiye) sorumluluğuna (TBK m. 112) veya borcundan kurtulmasına (TBK m. 136) yol açar¹⁵³. Sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan bu imkânsızlık haline, sonraki imkânsızlık denir. Sonraki imkânsızlık, borçlunun kusuru olup olmaması durumuna göre “kusurlu sonraki imkânsızlık” veya “kusursuz sonraki imkânsızlık” olarak adlandırılır. Sonraki imkânsızlık kusursuzsa, borçlunun sorumluluğu söz konusu olmaz, TBK m. 136’ya göre borç sona erer¹⁵⁴. Sonraki imkânsızlık borçluya yüklenebiliyorsa (kusurluysa), borçlunun borcundan kurtulması söz konusu olmaz¹⁵⁵.

Sürekli borç ilişkisi doğuran lisans sözleşmesini sona erdiren bir sebep de “kusursuz sonraki imkânsızlık” tır. Lisans alanın borcu para vb. edimler olduğu için ediminin imkânsızlaşması genellikle söz konusu olmaz¹⁵⁶. Ancak lisans verenin ediminin imkânsızlaşması daha olasıdır. Örneğin, sözleşme kurulduktan fakat eser henüz teslim

¹⁵¹ Arbek, (n. 3) 204

¹⁵² Aydınçık, (n. 1) 189-190; Tüysüz, (n. 25) 123; Eker Erkekoğlu, (n. 1) 131.

¹⁵³ Rona Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm (İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme) (7th ed, Filiz Kitabevi 2016) 163-164; von Tuhr, (n. 41) 252 vd.

¹⁵⁴ Detaylı bilgi için bakınız: Eren, ‘Borçlar Hukuku Genel Hükümler’ (n. 41) 1062 vd. , 1328 vd.

¹⁵⁵ Serozan, ‘Borçlar Hukuku Genel Bölüm’ (n. 153) 198 vd.

¹⁵⁶ “İmkânsızlık, ... Parça satımında, parçalaşmış (temerküz etmiş) çeşit satımında ve kişisel iş görme edimlerinde söz konusu olur. Çeşit borçlarında ve maddi (gayri şahsi) iş görme edimlerinde söz konusu olur. Çeşit borçlarında ve maddi (gayri şahsi) iş görme edimlerinde pek rastlanmaz. Para borçlarında asla söz konusu olmaz” (İbid 163)

edilmeden önce eserin, lisans verenin kusuru olmaksızın yok olması halinde, lisans sözleşmesi sona erer (FSEK m. 50/III). Bu durum genellikle güzel sanat eserlerini (tablo, heykel gibi) konu alan sözleşmelerde söz konusu olur¹⁵⁷. Çünkü diğer eserler söz konusu olduğunda çoğunlukla eserin başka kopya, örnek veya nüshaları bulunduğundan, eser zayı olmaz¹⁵⁸.

D. CAYMA HAKKININ KULLANILMASI

Cayma Hakkı, FSEK m. 58’de¹⁵⁹ düzenlenmiştir. Cayma hakkı, lisans sözleşmesinin sona erdirilmesi bakımından özel bir “tek taraflı sona erdirme sebebi”¹⁶⁰ olup klasik “dönme” kavramından farklı olarak yerine göre “sözleşmeden dönme” veya “sözleşmenin feshi” etkisi doğurmaktadır¹⁶¹. Bu hak, bozucu yenilik doğuran bir hak olup bu hakkın kullanılması ise bozucu yenilik doğuran bir tasarruftur¹⁶². Dolayısıyla, cayma hakkının kullanılması ile birlikte malî hak kendiliğinden sahibine geri döner ve lisans sözleşmesi sona erer. Bunun için ayrı bir tasarruf işlemine gerek yoktur¹⁶³.

Kanun koyucu, tarafların menfaatin dengelemek amacıyla, lisans verene tanıdığı cayma hakkının karşılığı olarak lisans alana, belli şartlar altında tazminat hakkı tanımıştır (FSEK m. 58/IV). Eğer lisans alan lisans hakkını kullanmamakta kusursuzsa veya eser sahibi kusuru daha ağırsa hakkaniyetin gerektirdiği hallerde lisans alan uygun bir tazminat isteyebilir.

Cayma hakkı, sözleşmeyi sona erdirme hususunda eser sahibine tanınan özel bir yetki olup bu hakkın varlığı, eser sahibinin TBK m. 123 vd. düzenlenen dönme (fesih) hakkını ortadan kaldırmaz. Buna göre lisans alan, FSEK m. 58’de belirtilen sebepler dışında bir nedenle temerrüde düşerse, lisans veren, TBK m. 123’e göre sözleşmeyi feshedebilir¹⁶⁴.

E. ÖZEL FESİH HAKKININ KULLANILMASI

FSEK m. 50/II’de ileride meydana getirilecek eser veya eserler bakımından özel bir fesih hakkı tanınmıştır. İlgili hükme göre, “*eser sahibinin ileride vücuda getireceği eserlerin bütününe veya muayyen bir nevi' ine taallük eden bu kabil taahhütleri taraflardan her biri,*

¹⁵⁷ Aydıncık, (n. 1) 191; Tunçer, (n.13) 99; Eker Erkekoğlu, (n. 1) 128.

¹⁵⁸ Aydıncık, (n. 1) 191-192; Tunçer, (n.13) 99; Eker Erkekoğlu, (n. 1) 128;

¹⁵⁹ FSEK m. 58: “*Mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kimse, kararlaştırılan süre içinde ve eğer bir süre tayin edilmemişse icabı hale göre münasip bir zaman içinde hak ve salahiyetlerden gereği gibi faydalanmaz ve bu yüzden eser sahibinin menfaatleri esaslı surette ihlal edilirse eser sahibi sözleşmeden cayabilir*”.

¹⁶⁰ Aydıncık, (n. 1) 194.

¹⁶¹ Arbek, (n. 3) 206; Uğur Çolak, ‘Cayma Hakkı ve Caymaya İtiraz Davası (FSEK Madde 58)’ (26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayısı) <<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/frmmakale/2017-1/6.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mart 2020, 115; Detaylı bilgi için bakınız: Başak Bak, Fikri Haklarda Sözleşmeden Dönme (Turhan Kitabevi 2016) 21 vd.; Tüysüz, (n. 25) 130-131; Tunçer, (n.13) 88-89

¹⁶² Çolak, (n. 161) 115; Tüysüz, (n. 25) 130; Bak, (n. 161) 10 vd.; Arbek, (n. 3) 206; Tunçer, (n.13) 90

¹⁶³ Çolak, (n. 161) 126; Arbek, (n. 3) 206; Bak, (n. 161) 10; Tüysüz, (n. 25) 130; Erel, (n. 25) 300.

¹⁶⁴ Çolak, (n. 161) 115; Arbek, (n. 3) 206-207; Şahin, (n. 7)173.

ihbar tarihinden bir yıl sonra hüküm ifade etmek üzere feshedebilir". Bu kanuni fesih hakkı, emredici nitelikte olup sözleşmeyle aksi öngörülemez.

Söz konusu fesih hakkından hem lisans veren hem lisans alan yararlanabilir¹⁶⁵. Eser sahipleri, gelecekte meydana getirecekleri eserlerine ilişkin lisans hakkı taahhüdünde bulunabilmektedir. Bu tür taahhütler, eser sahibinin yetenekleri üzerinde baskı kurabilir, nitekim eser sahibi eseri meydana getirememesi durumuyla karşı karşıya kalabilir. Keza lisans alan da, böyle bir lisans sözleşmesi ile bazı önemli riskler üstlenmektedir. Kanun koyucu bu düzenleme ile iki tarafa da bu ağır yükten kurtulma imkânı sunmuştur¹⁶⁶.

F. SÖZLEŞMENİN MÜNFESİH SAYILMASI

FSEK m. 50/III uyarınca, *“eser tamamlanmadan önce, eser sahibi ölür veya tamamlama kabiliyetini zayi eder yahut kusuru olmaksızın eserin tamamlanması imkânsız hale gelirse zikri geçen taahhütler kendiliğinden münfesih olur. Diğer tarafın iflas etmesi veya sözleşme uyarınca devraldığı mali hakları kullanmaktan aciz duruma düşmesi yahut kusuru olmaksızın kullanmanın imkânsız hale gelmesi hallerinde de aynı hüküm caridir*". İlgili hükümde, hem lisans veren taraf için hem de lisans alan taraf için sözleşmenin kendiliğinden münfesih olduğu haller sayılmıştır. Hükme göre, lisans veren eser sahibinin, eseri tamamlamadan önce ölmesi, yeteneğini kaybetmesi veya kusuru olmaksızın eseri tamamlaması imkânsızlaşır¹⁶⁷ lisans sözleşmesi (kendiliğinden) münfesih olacaktır. Yine, lisans alanın, iflas etmesi, sözleşme konusu lisans hakkını kullanmaktan acze düşmesi veya kusuru olmaksızın kullanmanın imkânsız hale gelmesi halinde lisans sözleşmesi (kendiliğinden) münfesih olacaktır.

SONUÇ

Lisans sözleşmesi, rızaî, tam iki tarafa borç yükleyen sinallagmatik (karşılıklı), sürekli borç doğuran, lisans sözleşmesi sui generis bir isimli sözleşmedir. Lisans sözleşmesi hukuki niteliği açısından bir borçlandırıcı işlemdir.

FSEK m. 52 uyarınca lisans sözleşmeleri açısından “yazılılık” bir geçerlilik şartıdır. Yazılılık şartına uymayan lisans sözleşmeleri, hüküm doğurmaz. Kanunda yazılı şekil yanında işlem konusu olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi istenmiştir. “Bütün malî hakları devrettim” şeklindeki bir beyanı içeren lisans sözleşmesi yazılı da olsa hükümsüzdür. Bütün hakların devredilmesi amaçlansa bile bunların ayrı ayrı belirtilmesi gerekir.

¹⁶⁵ Ibid

¹⁶⁶ Arbek, (n. 3) 211; Ercoşkun Şenol, (n. 11) 51. Arbek'e göre, m. 50/II' de öngörülen kanuni fesih hakkı, lisans sözleşmesinin bir taahhüt (borçlandırıcı) sözleşmesi olduğunun kanuni kanıtlarından bir diğeridir Arbek, (n. 3) 211

¹⁶⁷ Bu ihtimal ayrıca VI, C başlığında detaylandırılmıştır

Birden fazla kişinin eser sahibi olma hali, FSEK’te, ortak (müşterek) eser sahipliği (m. 9), birlikte eser sahipliği (m. 10) ve sinema eseri sahipleri birliği (m. 8/III) olmak üzere üç grupta düzenlenmiştir. Eser sahibi dışında, mirasçılar, kanun gereği mali hak sahibi olan kişiler, malî hakkı veya lisans hakkını sözleşme ile devralmış kişiler ile meslek birlikleri kanunun öngördüğü ölçüde lisans sözleşmesinin lisans veren tarafında yer alabilir.

FSEK’te genel olarak lisans alan kişiler hakkında açık bir hüküm yoktur. Böylece sözleşme serbestisi ilkesi gereği her gerçek veya tüzel kişi bir lisans sözleşmesinde lisans alan konumunda bulunabilir. Hatta herhangi bir kişiliği olmayan adi şirket ortaklığı da lisans alan konumunda bulunabilir. Bunun yanında FSEK’ te bazı kişi ve kurumların, fikir ve sanat eserlerinden yararlanabilmesi için lisans hakkına sahip olmalarına gerektiği özel olarak öngörülmüştür (ancak bu kişilerin alması gereken lisans bir kanunî veya zorunlu lisans değildir). Bunlar, bağlantılı hak sahipleri, radyo-televizyon kuruluşları, umuma açık mahaller ile yapımcı ve yayımcılardır.

FSEK kapsamında yapılacak bir lisans sözleşmesinde lisans verenin borçları, sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak şartıyla sözleşmenin taraflarınca özgürce belirlenebilir. Ancak sözleşmenin taraflarınca böyle bir belirleme yapılmamış veya belirlemiş olmalarına rağmen aralarında anlaşmazlık çıkarsa, bu durumda lisans verenin borçlarını belirleme noktasında sorun ortaya çıkar. Bu sorunu aşmak için lisans sözleşmesinin karakteri ve amacı göz önüne alınarak öğretide lisans veren açısından bazı borçlar öngörülmektedir. Bunlar, yararlanmanın sağlanması, lisans konusuna yapılan ihlalleri takip etme ve hakkın varlığı tekeffül etme borçlarıdır.

Fikir ve sanat eserlerine ilişkin lisans sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen ve kural olarak ivazlı bir sözleşmedir. Dolayısıyla lisans alanın da lisans veren gibi bazı borçları söz konusudur. Sözleşmenin tarafları hukukun emredici kurallarına aykırı olmamak şartıyla lisans alanın yükümlülüklerini diledikleri gibi belirleyebilir. Ancak taraflar böyle bir belirlemede bulunmasa dahi lisans sözleşmesinin karakteri ve amacı göz önüne alınarak lisans alanın borçları hususunda öğretide genel bir belirleme yapılmaktadır. Öğretideki belirlemeye göre lisans alanının borçları; lisans bedeli ödeme, kullanım, bizzat kullanım ve sözleşme ve kanuna uygun kullanımdır.

FSEK’te lisans sözleşmesini sona erdiren bazı özel sebepler öngörülmüştür. Bunlar, sözleşme gayesinin gerçekleşmesi, lisans alanın ölümü veya iflası, ifanın imkansızlaşması, cayma veya özel fesih hakkının kullanılması ile sözleşmenin müfesihi sayılması durumlarıdır.

KAYNAKÇA

- Aral F ve Ayrancı H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (12th ed, Yetkin Yayınları 2019)
- Arbek Ö, Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi (Yetkin Yayınları 2005)
- Arkan A, Mukayeseli Hukuk, Uluslararası Düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuk Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar (Vedat Kitapçılık 2005)
- Aydoğdu M ve Kahveci N, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku) (4th ed, Adalet Yayınevi 2019)
- Ayiter N, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri (S Yayınları 1981)
- Aydıncık Ş, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri (Arıkan Basım Yayım, 2006)
- Bak B, Fikri Haklarda Sözleşmeden Dönme (Turhan Kitabevi 2016)
- Çelikbiz Y, ‘Lisans Sözleşmeleri’ <<https://docplayer.biz.tr/574977-Lisans-sozlesmeleri-av-yunus-celikbiz-istanbul-nisan-2008.html>> Erişim Tarihi 23 Şubat 2020
- Çolak U, ‘Cayma Hakkı ve Caymaya İtiraz Davası (FSEK Madde 58)’ (26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günleri Özel Sayısı) <<http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/frmmakale/2017-1/6.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mart 2020
- Dalyan Ş, Bilgisayar Programlarının Fikrî Hukukta Korunması (Seçkin Yayıncılık 2009)
- Demirbaş F, “Patent Lisans Sözleşmeleri”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan (Filiz Kitabevi, 2011) 441-483.
- Eker Erkekoğlu A, “Yazılım Lisans Sözleşmeleri” (Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin üniversitesi, SBE 2019)
- Erbek Ö, ‘Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesinin Hukukî Niteliği’ (2009 11 (2) DEÜHFD) 1-68.
- Ercoskun Şenol K, ‘Mali Hakları veya Kullanım Hakkını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması’ (2013 3 (1) HHFD) 45–64.
- Erel ŞN, Türk Fikir ve Sanat Hukuku (3rd ed, Yetkin Yayınları 2009)
- Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (22nd ed, Yetkin Yayınları 2017)
- Eren F, ‘İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri’ (2015 1 (1), BÜHFD) 67-129.
- Ergüne MS, “Lisans Sözleşmesinde Başlangıçtaki İmkânsızlık”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ ye Armağan (Birinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık) 203-222.
- Ertaş Ş, Eşya Hukuku (14th ed, Barış Yayınları 2018)
- Esener T ve Kudret G, Eşya Hukuku (8th ed, Yetkin Yayınları 2019)
- Evrensel HA, Telif Hakkı Sözleşmesi ve Hakların Devri (Seçkin Yayıncılık 2019)
- Hirsch E, ‘Eser Sahipliği (Fikri ve Sınai Hakların Mahiyeti Hakkında Yeni Bir Görüş)’ (1944) 1 (3) AÜHFD, 330-342.

- Kerimoğlu HB, 'Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans (Ruhsat) Sözleşmesinin Hukukî Niteliği' (2003 7 (2) Kamu-İş) 1-22.
- Kılıçoğlu AM, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar (3rd ed, Turhan Kitabevi 2017)
- Kocayusufpaşaoğlu N, Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme), (7th ed, Filiz Kitabevi 2017)
- Levi S, "Lisans Sözleşme Çeşitleri ve Tarafları", Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı (Rona Aybay'a Armağan, 2014)
- Nomer HN, 'Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?' Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan (2013 8 Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi) 2053-2074.
- Oğuzman MK ve Barlas N, Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar (25th ed, Vedat Kitapçılık 2019)
- Oğuzman MK ve Öz MT, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1 (15th ed, Vedat Kitapçılık 2017)
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, Eşya Hukuku (21st ed, Filiz Kitabevi 2018)
- Oktay Özdemir S, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması (Beta Basım, 2002)
- Oktay Özdemir S, 'İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması' (1996) LV İÜHFM, 263-296.
- Ongan B., Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu (Seçkin Yayıncılık 2007)
- Remzi M ve Aydın S, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (9th ed, Adalet Yayınevi 2019)
- Sarı O, Patent Lisans Sözleşmeleri (Seçkin Yayıncılık 2019)
- Serozan R, Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (7th ed, Filiz Kitabevi 2016)
- Serozan R, Medeni Hukuk: Genel Böküm /Kişiler Hukuku (9th ed, Vedat Kitapçılık 2018)
- Suluk C, Karasu R ve Nal T, Fikri Mülkiyet Hukuku (3rd ed, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Şahin B, Türk Hukukunda Sinema Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi (Yetkin Yayınları 2018)
- Tandoğan H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1 (6th ed, Vedat Kitapçılık 2008)
- Tekinalp Ü, Fikri Mülkiyet Hukuku (4th ed, Arıkan Yayınları 2005)
- Tunçer RO, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Lisans Sözleşmesi" (Yüksek Lisans Tezi Çankaya Üniversitesi, SBE, 2010)
- Tüysüz M, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler (Yetkin Yayınları 2007)
- Ünal M ve Başpınar V, Şekli Eşya Hukuku (10th ed, Savaş Yayınevi 2018)

Üstün G “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 4630 sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler ve Eleştirilerimiz”, İBD, Cilt: 75, Sayı:1-2-3, 2001, 139-228.

von Tuhr A, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (Cilt: 1-2), (Çeviren: Avukat Cevat Edege), (Olgaç Matbaası 1983)

Yavuz L, Alica T ve Merdivan F, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu Cilt 1: (1-48 Maddeler) (2nd ed, Seçkin Yayıncılık 2014)



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI İLE HÂKİM ŞİRKETİN BAĞLI ŞİRKETE VERMİŞ OLDUĞU TALİMATLAR DOĞRULTUSUNDA BAĞLI ŞİRKETİN KAYBA UĞRAMASI ARASINDAKİ İLİŞKİ

*Av. Arb. Meltem Hayat BULGUR **

ÖZET

Birden çok sermaye şirketinin, hâkimiyet ilişkileri bağlamında, önceden belirlenmiş ve somut politikalara göre yönetilmesi amacıyla oluşturulan grup şirketler topluluğu Türk Hukukunda ilk defa 6120 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu kapsamda makalede, şirketler topluluğunun ne demek olduğu, hâkim ve bağlı şirket kavramları açıklanarak bağlı şirketin, hâkim şirketin talimatıyla yaptığı işlemler sebebiyle uğradığı zararlar açısından sorumluluk kavramı açıklanmıştır. Türk Ticaret Kanunu, Medeni Kanun Madde 2 dürüstlük kuralı gereğince hâkim şirketin sorumlu olacağını ve bağlı şirketin uğradığı kayıp açısından denkleştirme talep edebileceğini hüküm altına almıştır. Diğer yandan makalede, şirketlerin sık sık yaptığı “örtülü kazanç dağıtımı” açıklanmış ve böyle bir durum sebebiyle bağlı şirkete ek vergi tahakkuku, gecikme faizi ve/veya zammı yansıtılması durumunda sorumlunun kim olacağı üzerinde durulmuştur. Burada ikili bir ayırım yapılarak Ticaret Hukuku açısından, sorumlunun hâkim şirket olması gerektiği; Vergi Hukuku açısından ise her şirketin ayrı bir tüzel kişilik olması nedeniyle işbu vergileri bağlı şirketin ödeyeceği ve denkleştirme talep edemeyeceği belirtilmiştir. Makalenin sonuç bölümünde bu iki görüşün karşılaştırılması yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler Şirketler Topluluğu, Hâkim Şirket, Bağlı Şirket, Örtülü Kazanç Dağıtımı, Türk Ticaret Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu, Kurumlar Vergisi Kanunu

*Av. Arb., Bulgur Hukuk ve Arabuluculuk Bürosu, Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Mezunu, av.meltembulgur@gmail.com, ORCID 0000-0003-2608-1075



THE RELATIONSHIP BETWEEN INSTRUCTIONS OF THE CONTROLLING COMPANY IN RELATION TO THE DISTRIBUTION OF THE HIDDEN PROFITS AND THE LOSSES OF THE DEPENDENT COMPANY

Attn. Med. Meltem Hayat BULGUR

ABSTRACT

A group of companies which is created for the specific purpose of managing more than one capital stock company, according to predetermined and concrete policies within the context of controlling relationships, has been regulated for the first time in Turkish law by the Turkish Commercial Code in Law Number 6102. In this context, this article explains the meaning of the group of companies, the concepts of a controlling (parent) company, a dependent (subsidiary) company, and the concept of liability in terms of losses incurred by the dependent company due to the transactions made by the controlling company. An equalisation benefit can be provided from the controlling company to the subsidiaries in accordance with the integrity rules of the Turkish Commercial Code and Article 2 of Turkish Civil Code. This article also analyses the distribution of hidden profits and focuses on who would be responsible (a parent company or a subsidiary company) in the cases of additional tax, default interest and / or penalties. This article concludes by making a dual distinction; in terms of Commercial Law, the controlling company shall within the context of parentship be responsible, in terms of Tax Law, it has been stated that since each company is a separate legal entity, these taxes shall be paid by the affiliated company and shall not be requested from the controlling company. These two views are compared in the conclusion of the article.

Key Words Group of Companies, Corporate Group, Konzern, Transfer Pricing in Turkey, Distribution Hidden Profits, Controlling Company, Parent Company, Dependent Company, Affiliated Company, Subsidiary

Extended Summary

The Law No 6102 Turkish Commercial Code (TCC) entered into force on 1 July 2012. The TCC has important objectives to ensure transparency, to adopt corporate governance standards and to introduce internationally accepted auditing and reporting standards.

Most importantly the TCC contains a whole new section of nearly 25 articles on group companies that was not present in the former code. These new articles and Article 202 of the TCC specifically stipulates that the controlling company cannot exercise its dominance in a way that may give rise to a financial loss on the dependent company (subsidiary), unless such loss is compensated within the same financial year or a right to claim compensation is granted to the dependent company within the same financial year by providing details on when and how the loss will be compensated.

While some of the articles impose significant obligations on parent companies, the main purpose for providing for this matter under the TCC is to achieve a certain level of transparency and justice by regulating the relationship between a parent company and a dependent company. Article 195 clearly defines the concepts of a controlling company, which sustains control, and a dependent company Article 199 requires the boards of affiliate companies to prepare a report with respect to the relationships within the group and to declare the outcome to the shareholders. These articles aim to abandon the former approach, which was to hold the board members of a company responsible without considering the instructions provided by the parent company. Thus, the TCC recognizes the legal statutes of group companies and regulates their relationships between each other.

Although the concept of dominating another company is not per se unlawful, the TCC brings “restrictions with respect to exercise of control” and provides that certain circumstances shall be considered as unlawful. Thus, a controlling company cannot use its dominance over the dependent company in a manner that would cause damages for the subsidiaries. For instance, it cannot force the dependant company to engage in legal actions such as transfer of assets or receivables, provision of surety, guarantee as well as the material facts such as restriction of investments or non-renovation of its premises without any justified reason.

Considering that publicly held companies mostly become organized through their affiliated companies in their areas of their activity, it may be the case that both the provisions of the Law Number 6362 Capital Market Code (CMC) and the TCC provisions related to group of companies become applicable. In circumstances that the affiliated company is also a publicly held company, an overlap takes places between the CMC provisions laid down to protect shareholders of public companies and the provision laid down in articles of the TCL to compensate losses of affiliated company or its shareholders.

On the group taxation, since each company is regarded as a separate taxpayer, Law Number 5220 Corporate Tax Code (CTC) does not allow the consolidation of the accounts of group companies for tax purposes. If a taxpayer enters into transactions regarding the sale or purchase of goods and services with related parties in which prices are not set in accordance with the arm's-length principle, the related profits are considered to have been distributed in a disguised manner through transfer pricing. Such disguised profit distribution through transfer pricing is not accepted as deductible for corporate income tax purposes. The methods prescribed in the CTC are the traditional transaction methods described in the OECD's transfer pricing guidelines.

To conclude the Turkish Commercial Code enforces a comprehensive legal system for the group of companies. The Corporate Tax Code also sets out overlapping rules to minority shareholders, in relation to group of companies. The Corporate Tax Code, on the other hand, does not allow consolidation of the accounts of group companies for tax purposes. Although Corporate Law, Capital Market Law and Tax Law are separate branches of law, they cannot be considered completely separate from each other on the group of companies to better enumerate fundamental instruments of control between a parent company and a dependant company.

GİRİŞ

Hukumumuzda, şirketlerin sıklıkla yapmış olduğu örtülü kazanç dağıtımının nasıl ve neler olduğu ve bu durumlarda oluşan mali zararlar açısından sorumluluğun kime yüklenileceği hususu makalemde irdelenmiştir. Bu doğrultuda, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu ile birlikte hukukumuzda girerek hüküm altına alınan “Şirketler topluluğu” kavramı ile şirketler topluluğunu oluşturan “hâkim ve bağlı şirket” tanımları açıklanmıştır. Hâkim şirketin yönlendirme ve talimatlarıyla hareket eden bağlı şirketin bu işlem sonrasında bir kayıp yaşaması durumunda sorumluluk hususu irdelenmiştir. Türk Medeni Kanunu Madde 2’de yer alan dürüstlük kuralı ile hâkim şirketin yetkileri sınırlandırılmıştır.

Bahse konu sorun açısından Ticaret Hukuku ile Sermaye Piyasası Hukuku ve Vergi Hukuku olmak üzere iki ayrı pencereden olaya yaklaşmak gerekmekte olup makalede bu hukuk dalları açısından karşılaştırma yapılmaktadır.

I. ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI

Şirketlerin var olma sebepleri kazanç elde ederek, ortaklarına kar dağıtmaktır. Doktrinde baskın olan görüşe göre kâr payı “*en önemli mali hak ve ortaklar tarafından şirkete ödenen sermayenin bir semeresi*” ifadeleriyle açıklanmaktadır¹. Şirket elde ettiği kazanç üzerinden, kurumlar vergisi ve gelir vergisi öder, kalan meblağı ise ortaklarına dağıtır ise bu duruma da “*açık kar dağıtımı*” denir.

Buraya kadar hukuka aykırı bir durum veya hukuksal bir sorun söz konusu değildir. Ancak bazen şirketler, dolaylı bir şekilde kazancını ortaklarına dağıtabilir. Böyle bir durumun varlığı halinde ise “*örtülü kazanç dağıtımı*” kavramı gündeme gelmektedir.

Örtülü kazanç dağıtımı kanuni olarak hem Kurumlar Vergisi Kanunu ile Gelir Vergisi Kanunu’nda hem de Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu’nda yer alan bir düzenleme sistemine sahiptir.

Öyle ki, Kurumlar Vergisi Kanunu Madde 12’de “*transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç*” başlığı ile örtülü kazanç açıklanarak, sayılan durumların örtülü kazanç olarak kabul edileceği ifade edilmiştir. Anılan madde metnine göre örtülü kazanç; “*Kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı, ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye sayılır.*” şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca aynı kanunun Madde 11/1-c bendinde, kanunen kabul edilmeyen

¹ Mehmet Bahtiyar, ‘Ortaklıklar Hukuku’ (13. Baskı, Beta Yayın Evi 2019) 63

indirimler başlığı altında, sermaye şirketlerinin dağıttığı örtülü kazanç miktarlarının kurumlar vergisi matrahından indiriminin söz konusu olmayacağı belirtilmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'na göre; sermaye şirketlerinin faaliyetleri sona erdikten sonra elde edilen kazançlarını öncelikle vergilendirmelidir. Vergilendirme işleminden sonra ise bu kazançlarını kâr payı olarak ortaklarına dağıtmaktadır. Kar payı hakkı, Türk Ticaret Kanunu'na göre, her paydaşın en temel ve en önemli mali haklarından². Türk Ticaret Kanunu'nda; şirketlerin net kârlarından ve bu amaç için ayrılan yedek akçelerden kâr payı dağıtılabileceği ile ayrıca kanuni ve yedek akçeler ile kanun ve esas sözleşme uyarınca ayrılması gereken diğer paralar net kârdan ayrılmadıkça kâr payı dağıtılamayacağı belirtilmektedir. Yani bir şirketin ortaklarına kâr payı dağıtabilmesi için ilk olarak hesap döneminin sona ermiş olması ve net kâr veya kâra tahsis edilmiş serbest yedeklerin bulunması gerekmektedir³.

Sermaye Piyasası Kanunu Madde 21'de ise "*örtülü kazanç aktarımı yasağı*"na yer verilmiştir⁴. Sermaye Piyasası Kanunu'nun asıl amacı, yatırımda bulunan pay sahiplerinin korunması olup "Amaç" başlıklı 1. Madde ile sermaye piyasasının işleyişinin güven altına alınmasına ve yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunmasına dikkat çekilmiştir⁵. Söz konusu kanunda yer alan örtülü kazanç aktarımı yasağı ile yönetimi yetkisini ve baskın güce sahip kişi/grup haricindeki pay sahiplerinin hak ve menfaatlerini zedeleyen, ortaklığın kar/malvarlıklarını azaltan ya da bunların artmasına engel olan işlemlere karşı yatırımcı pay sahipleri korunmaktadır⁶.

Görüldüğü üzere örtülü kazanç dağıtımını sorunu; vergisel açıdan vergi kaybına neden olması sebebiyle Kurumlar Vergisi Kanunu'nda, Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu'nda ise yatırımcı pay sahipleri açısından düzenlenmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki Sermaye Piyasası Kanunu, salt kar veya malvarlığının azaltılmasını yasaklamamış olup bu varlıkların artmasına engel olunmasını da yasak kapsamına dâhil etmiştir.

A. ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMININ ŞARTLARI

Yukarıdaki başlıkta da anlatıldığı üzere, örtülü kazanç dağıtımının her durumda söz konusu olmadığı zira kurumların ortaklarına kâr payı dağıtmasının belirli durumlarda hukuka

² Hasan Karşlıoğlu, 'Anonim Şirketlerde Örtülü Kar Aktarımı' (2015) 23 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/839362> > Erişim Tarihi 25 Ekim 2020

³ Ahmet Tekin, 'Örtülü Kazanç ve Danıştay Kararları' (2003) 8 (3) Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Dergisi < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/195003> > Erişim Tarihi 03 Mayıs 2019

⁴ Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 06.12.2012, RG. 30.12.2012 S. 28513

⁵ Arslan Kaya, 'Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı' (2014) 71 (2) İÜHFİM < <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/97833> > Erişim Tarihi 20 Kasım 2020

⁶ Kaya (n 5)

uygun olduğu aşikârdır. Dolayısıyla örtülü kazanç dağıtımından bahsedebilmek için belirli şartların varlığının tespit edilmesi ve her işletme açısından ayrı ayrı ekonomik veriler çerçevesinde objektif olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

1. Kurumlar Vergisi Kanunu'na Göre Örtülü Kazanç Dağıtım Şartları

a. Sermaye Şirketi Tarafından Kazancın Dağıtılması

Kurumlar Vergisi Kanunu'nda, indirim olarak kabul edilmeyecek kalemler arasında “*sermaye şirketlerince dağıtılan örtülü kazançlar*” yer almaktadır.

Kanun lafzında “kurum” yerine “sermaye şirketi” ibaresinin kullanılması bir duraksama yaratmış olup görüş ayrılıklarının oluşmasına sebebiyet vermiştir. Bir görüşe göre, burada kullanılan sermaye şirketi ibaresinin amacı diğer kurumları bu hükmün dışında tutmak değilken; diğer görüşe göre, kurumlar için genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir.

b. Kazancın Şirket ile Belli İlişkiler İçerisinde Bulunan Gerçek ve Tüzel Kişilere Dağıtılması

Örtülü kazanç dağıtımının varlığından söz edebilmek için Kurumlar Vergisi Kanunu'nda yer alan kişilerin, şirketi zarara uğratan işleme karşı aşırı derecede yarar elde etmiş olmaları gerekmektedir.

Kurumlar Vergisi Kanunu'na göre bu kişiler; alım, satım, imalat, inşaat, hizmet, kiralama, kiraya verme, ödünç para alma/verme işleri ile örtülü kâr elde eden kişiler; şirketin ortakları, ortakların ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler, şirketin idaresi ve sermayesi bakımından vasıtalı/ vasıtasız olarak bağlı bulunduğu veya bünyesinde bulundurduğu gerçek ve tüzel kişilerdir.⁷

c. Yapılan İşlemlerin Emsaline Göre Oldukça Düşük veya Yüksek Bedelli veya Bedelsiz Olması

Kanunlarda yer alan örtülü kazanç modellerine bakıldığında neredeyse tamamında “*emsallerine göre göze çaracak derecede*” ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla, örtülü kazanç dağıtımının olduğunu tespit edebilmek için emsallerinin gösterilmesi gerekmektedir. Ancak bu sayede bir kıyaslama yapılabilmektedir.

Gösterilen emsallerin ise; isabetli, ekonomik ve ticari kurallara uygun, konu olan işleme yeterli derecede benzeyen türden olması gerekmektedir.

⁷ İbrahim Hakkı Polat, ‘Vergi Alacağı Uygulamasının Örtülü Kazanç Dağıtım Anlayışına Etkisi’ (1995) (195) Vergi Dünyası 105, 107; Levent Gençyürek ‘Örtülü Kazanç Dağıtım’ (2000) (143) Vergi Sorunları Dergisi 67, 70; Tekin (n 3)

Kurum tarafından gösterilen emsaller ise üç grup olarak sıralanmaktadır:

Bunlardan ilki *işletme içi emsaller* olup işletmenin yaptığı aynı nitelikteki işlemler ve bunlara uygulanan bedellerin birbirileri için emsal nitelikte olmalarıdır. Şayet işletme içinde emsal tespit edilebiliyorsa başka emsale gerek duyulmaz.

İkinci grup *işletme dışı emsaller*; işletme içinde emsal yok ise faaliyet konuları aynı ve yapıları benzer şirketlerin aynı nitelikteki işlemlerini ve bunlara uygulanan bedelleri ifade etmektedir.

Son grup *kanuni emsaller* ise; konu ile ilgili kanunların belirlediği emsalleri belirtmektedir. Kanuni emsaller bağlayıcı nitelikte olup emsal tespitinde esas kabul edilirler.

d. Kazancın Belli İşlemler ile Dağıtılması

Daha önceki başlıklarda da açıklandığı üzere örtülü kazanç dağıtımına konu olabilecek işlemler; alım – satım, imalat, inşaat, hizmet, kiralama, kiraya verme, ödünç para verme-alma, ikramiye, ücret vb. ödemesidir.

2. Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Örtülü Kazanç Dağıtım Şartları

a. Kar veya Malvarlığı Dağıtımın Halka Açık Anonim Ortaklık ve yahut Onun İştiraki veya Ona Bağlı Ortaklık Olması Gerekmemektedir.

Sermaye Piyasası Kanunu Madde 3-e bendinde halka açık anonim ortaklık, payları halka arz edilmiş olan ya da sayılan anonim ortaklıklar şeklinde ifade edilmiştir.

Ancak Kanunun asıl amacı, anonim ortaklık yatırımcıların haklarını her durumda korumak ve güvence altına almak olduğu için kar/malvarlığı dağıtımını sadece halka açık anonim ortaklık ile sınırlandırmamıştır. Zira örtülü kazanç dağıtımını pek çok durumda halka açık anonim ortaklığın iştiraki ya da ona bağlı ortaklık ile de gerçekleştirilmektedir. Burada dolaylı bir aktarım gündeme gelmekte olup adeta tüzel kişilik perdesinin aralanarak Sermaye Piyasası Kanunu amacına uygun bir şekilde “örtülü kazanç aktarımı yasağı”na tabii tutulmuştur.

b. Kar Aktarımının Yapıldığı Kişi, Halka Açık Anonim Ortaklık veya Onun İştiraki ve yahut Ona Bağlı Ortaklık ile İlişkilinin Bulunması Gerekmemektedir.

Sermaye Piyasası Kanunu'na göre örtülü kazanç dağıtımının gerçekleşebilmesi için dağıtım yapan taraf yanında aktarım yapılan tarafın da niteliği önem arz etmektedir. Nitekim aktarım yapılarak malvarlığında bir artış meydana gelen tarafın; yönetim, denetim ve sermaye

yönünden dağıtım yapan şirket ile bir ilişkisi olmalı, bu ilişki doğrudan veya dolaylı olmalı ve işbu taraf bir gerçek veya tüzel kişiliğe haiz olmalıdır⁸.

Aynı şekilde halka açık anonim şirket veya iştiraki ya da ona bağlı şirketin, aktifini arttırmak için yapması gereken iş/işlemleri yapmaması halinde işbu şirket ile lehine durum yaratılarak malvarlığının artması sağlanan karşı taraf arasında da yönetim, denetim ve sermaye yönünden doğrudan ya da dolaylı ilişki mevcudiyeti aranmaktadır.

c. Aralarında İlişki Bulunan Şirketler Arasında Yapılan Kar Aktarımı, Örtülü İşlem/İşlemler İle Gerçekleştirilmiş Olmalıdır.

Sermaye Piyasası Kanunu Madde 21-1 fıkrası uyarınca; halka açık anonim şirketlerin/iştirakini/bağlı ortaklıkların doğrudan ya da dolaylı ilişkide buldukları gerçek/tüzel kişilerle,

- Emsallerine uygunluk,
- Piyasa teamülleri,
- Ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar ya da ticari uygulamalar yapmak veyahut işlem hacmi üretmek vb.

örtülü işlemler ile kârlarını ya da malvarlıklarını azaltmış olmaları gerekmektedir.

Aynı maddenin 2. Fıkrası uyarınca ise; pasif davranış/davranışlar ile karının veya malvarlığının korunması ya da artmasına engel olmaları gerekmektedir.

d. Örtülü İşlem Sonucunda Şirket Kârı/Malvarlığının Azalması veya Artmasının Engellenmesi Gerekmemektedir.

Yukarıdaki başlıkta da belirtildiği üzere; halka açık anonim ortaklık/iştiraki/bağlı şirketin yapmış olduğu işlemin örtülü kazanç dağıtımı olarak kabul edilebilmesi için öncelikli olarak o işlemin, anonim ortaklığın kar/malvarlıklarında bir azalma yaratmış olması gerekmektedir.

Aynı şekilde anonim ortaklığın kar/malvarlıklarının korunmasının veyahut artmasının engellenmesi de örtülü işlem olarak değerlendirilmektedir⁹.

B. ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI İŞLEMİNİN DÜZELTİLİP DÜZELTİLMEYECEĞİ SORUNU

Örtülü kazanç dağıtımına sebebiyet veren işlemler, hukuken sakat ya da muvazaalı işlemler olarak kabul edilmezler. Oldukça yüksek bedel tahakkuku ile kâr örtülü olarak dağıtıldı ise bu kapsamdaki kısım reddedilmekte, düşük bedel tahakkuku ile kâr örtülü olarak dağıtıldı

⁸ Kaya (n 5)

⁹ Kaya (n 5)

ise fark ek kazanç miktarı dikkate alınmaktadır.¹⁰ Bu nedenle yapılan örtülü kazanç dağıtım işleminin düzeltilmesi gerekmemektedir. Fakat söz konusu işlemin doğruluğundan şüphe duyulan hallerde düzeltme işlemi yapılabilir. Çünkü böyle bir durumun varlığında artık muvazaalı işlem gündeme gelmektedir.

II. TÜRK TİCARET KANUNUNDA ŞİRKETLER TOPLULUĞU

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile birlikte, “*şirketler topluluğu*” kavramı ilk kez gündeme gelmiştir. Bu kavramın temelini, Alman Hukuku’nda yer alan “*Konzern*” ifadesi oluşturmuştur. Konzern, hukuken birbirinden bağımsız olan birden çok işletme veya şirketin ekonomik bir bütünlük sağlamak amacı ile bir şirketin sevk ve yönetimine girerek oluşturdukları hukuki bir yapı olarak tanımlanabilir¹¹.

Kanun koyucu, Yeni Ticaret Kanunu ile hukuk sistemimize giren şirket topluluklarının tanımı ise açıkça yapmamıştır. Ancak Türk Ticaret Kanunu (TTK) Md. 195/4 gereğince, şirketle topluluğu, hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketlerden oluşan hukuki yapı olarak tanımlanabilir. Diğer bir ifadeyle şirketler topluluğu, hâkim (ana) şirket ve bağlı (yavru) şirketin oluşturduğu topluluk olarak tanımlanabilir.¹² Ancak şirketler topluluğunun oluşabilmesi açısından en az kaç ticari şirketin bir araya gelmesi gerektiğine dair doktrinde farklı görüşler mevcut olup bir görüş birliği söz konusu değildir. Bir görüş, şirketler topluluğu için hâkim şirketin bir ticaret şirket olması halinde ise en az iki, bir teşebbüs olması halinde ise en az üç ticaret şirketinin bulunması gerektiğini savunmaktadır.¹³ İkinci görüş ise, şirketler topluluğundan söz edilebilmesi için hâkim şirketin bir ticaret şirketi olduğu durumda, bir bağlı şirketin bulunmasını, teşebbüs olması durumunda ise en az iki bağlı ticaret şirketi bulunması gerektiğini belirtmektedir.¹⁴ Son ve doktrinde hâkim olan görüşe göre ise; Türk Ticaret Kanunu kapsamında, bir şirketler topluluğunun oluşabilmesi için hâkim şirket/teşebbüs ve işbu hâkim şirket/teşebbüse doğrudan ya da dolaylı bir şekilde bağlı olan bağlı bir şirketin bulunması gerekmektedir.¹⁵

¹⁰ Tekin (n 3)

¹¹ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2018) 295

¹² Neslihan Karataş Durmuş, ‘Ticaret Kanunu Kapsamındaki Şirket Toplulukları Ve Bunların Vergi Hukuku Karşısındaki Durumları’ (2015) 1 (2) *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/199318>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020

¹³ Özlem Karaman Coşgun, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları’ (2015) 21 (1), *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 107, 130

¹⁴ Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (4. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019) 172

¹⁵ Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler* (Güncellenmiş 2. Basıdan 3. Baskı, On İki Levha Yayınevi 2016) 174; Fatih Bilgili and Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku* (9. Baskı, Dora Yayınevi 2013) 12; Gökmen Gündoğdu, ‘Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur? -Ticaret Sicil

Kısacası burada kanun koyucu herhangi bir sınır çizmemekle birlikte, şirketler topluluğundan bahsedebilmek için ister ticaret şirketi olsun ister bir teşebbüs olsun fark etmeksizin en az iki şirketin varlığının gerektiğini vurgulamıştır. Bu doğrultuda, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda ilk kez hâkim şirket ve bağlı şirket ifadelerine yer verilmiştir. Ayrıca tam hâkimiyet halinde bağlı şirketin, hâkim şirket yönlendirmesiyle hareket edeceği belirtilerek, her şirketin bağımsız bir şekilde karar verebileceği düşüncesi terk edilmiştir. Ancak Türk Ticaret Kanunu Madde 204 ile bu duruma bir istisna getirilmiştir. Söz konusu maddeye göre; hâkim şirketin, bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimatları veremeyeceği hükmüne bağlanmıştır.

A. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNUN TÜRLERİ

1. Fiili Hâkimiyete Dayalı Topluluk

Bir ticaret şirketi, başka bir ticaret şirketi üzerinde kanunun belirlediği kontrol ölçütlerinden birinin varlığı halinde hâkimiyet kurması sonucu meydana gelen topluluk türüne “*fiili hâkimiyete dayalı topluluk*” denir.

2. Sözleşmeye Dayalı Topluluk

Bu tür şirket topluluklarında hâkimiyet, şirketler arasındaki birlikten (iştirakten) değil, sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Şirketler arasında bir hâkimiyet sözleşmesi kurulabileceği gibi, pay sahipleri sözleşmesi, birleşmeler ve bölünmeler şeklinde de kurulabilir.

B. HÂKİM ŞİRKET – BAĞLI ŞİRKET KAVRAMLARI

Şirketler topluluğu türlerine 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Md.195'te yer verilmiş olup hâkim – bağlı şirket kavramları açıklanmıştır. Söz konusu maddede yer verilen “*Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak: 1(a) Oy haklarının çoğunluğuna sahipse, (2) Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya (3) Kendi oy hakları yanında bir sözleşmeye dayanarak tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa, (b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya bir başka yolla hâkimiyeti altında tutuyorsa, birinci şirket hâkim,*

Yönetmeliği m. 105 Hükümünün Türk Ticaret Kanunu m. 195 Hükümü ile Uyumsuzluğu Sorunu' (2014) 12 (133) Legal Hukuk Dergisi 107, 115-119

diğeri bağılı şirkettir...” ifadelerinden hâkim şirketin, bağılı şirket üzerinde bir hâkimiyet yetkisi bulunduğ u görülmektedir.¹⁶

Hâkim şirketin, bağılı şirket üzerinde hâkimiyet yetkisine sahip olması sebebiyle bağılı şirketin yönetiminde söz sahibidir ve belirli sınırlar dâhilinde bağılı şirketi yönlendirme hakkına sahiptir. Bunların yanı sıra hâkim şirketin birtakım yükümlülükleri de mevcuttur. Bunlardan en önemlisi hâkim şirketin, bağılı şirket ile ilişkilerini içeren bilgi ve raporlar hazırlamasıdır. Diğ er bir yükümlülüğ ü ise sahip olduğ u hak ve yetkileri kanuna uygun bir şekilde kullanmaktır. Burada ilk akla gelen Medeni Kanunu Madde 2’de yer alan “*dürüstlük kuralı*”dır. Zira hâkim şirketi dürüstlük kuralı ile sınırlandırmamak hukuk ve hakkaniyet ile bağdaşmamaktadır.

Hâkim şirketin, bağılı şirkete verdiğ i talimatlar kanuna ve ahlaka uygun olmalı ve bağılı şirketin kayba uğ ramasına sebebiyet vermemelidir. Yani bağılı şirketin malvarlığında, kar oranında azalmaya neden olacak, malvarlığının artmasına engel olacak, malvarlığın risk e edecek her türlü işlemler hukuka aykırı kabul edilmektedir.¹⁷ Bağılı şirket, hâkim şirket tarafından belirli alanlarda faaliyet yapmaya zorlanmış ve bu sebeple bağılı şirket kayba uğ ramış olabilir. Bu durumda; hâkim şirket bu kaybın oluştuğ u faaliyet yılı içinde ve en geç o faaliyet yılı sonuna kadar, kaybın nasıl, ne zaman denkleştirileceğ i belirtilmek ya da fiilen denkleştirme yapmak suretiyle, bağılı şirkete denk değ erde bir istem hakkı tanımak yükümlülüğ ü altında girer. Yani hâkim şirketin hâkimiyetten kaynaklanan gücünü hukuka aykırı olacak şekilde kullanması mümkün değildir. Buna rağmen hukuka aykırı olarak kullanır ise tüm hukuki sonuçlarına katlanmak mecburiyetindedir. İlgili kanunun gerekçesine bakıldığında, bahsedilen hukuki sonucun doğması açısından illa ki bağılı şirketin zarara uğ raması beklenmemekte olup zarar doğma tehlikesi ihtimalinde dahi hâkim şirket açısından denkleştirme yükümlülüğ ünün doğacağı görülmektedir. Zira gerekçede, kanunda yer alan ‘*kayıp*’ ifadesinin zarardan daha geniş anlam ifade ettiğ i belirtilmiştir. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Md. 202/1-d’de açık bir şekilde hâkim şirketin verdiğ i talimatların hangi durumlarda hukuka aykırı kabul edilemeyeceğ i belirlenmiştir. Söz konusu maddede belirtilenlerin dışında, tam hâkimiyet durumunda bağılı şirketin yönetim kurulu, şirketler topluluğ unun belirlediğ i ve somut politikalarının gereğ i olan iş/işlemleri yapmak zorundadır. Bahse konu iş/işlemler bağılı şirketin kaybına neden olsa dahi bağılı şirket organlarınca yerine getirilmek zorundadır. Bu durumun istisnaları 6102 Sayılı Türk

¹⁶ Fatma Betül Çakır Çelebi, ‘Şirketler Topluluğ unda Hâkim Teşebbüs’ (2018) 4 (1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/520423>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020

¹⁷ Murat Gürel, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Şirketler Topluluğ unda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Yüksek Lisans Tezi’ (2009) 96

Ticaret Kanunu Madde 204'te yer almaktadır. Ancak hâkim şirketin denkleştirme ile ilgili yükümlülüğü bu durumda da devam etmektedir.¹⁸

Bağlı şirket açısından haklara bakıldığında ise, neredeyse benzer bir denklem söz konusu olacaktır. Zira bağlı şirket, hâkim şirketin her talimatını yerine getirmek zorunda değildir. Fakat arada tam hâkimiyet hali var ise bağlı şirket, zarara uğrayacağı iddiası ile talimatları yapma yükümlülüğünden imtina edemez. Ancak bağlı şirketin ödeme gücünü alenen aşan, önemli varlıklarında büyük ölçüde eksilmeye yol açacak ya da tamamen yitirilmesine sebep olacak talimatlara, bağlı şirketin uyma zorunluluğu yoktur. Aksi durumda diğer bir deyişle hâkim şirketin talimatlarına uyan bağlı şirket bu sebeple zarara uğramış ise hâkim şirketten kaybın denkleştirilmesini talep edebilecektir.

C. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA HÂKİMİYETİN KÖTÜYE KULLANILMASINDA SORUMLULUK

Yukarıda da bahsedildiği üzere, hâkim şirket ile bağlı şirket arasında bir hâkimiyet ilişkisi söz konusudur. Bu hâkimiyet ilişkisi neticesinde ise bağlı şirketin bir kayba uğrayıp uğramaması durumu gündeme gelmektedir.

1. Bağlı Şirket Ortaklarının ve Alacaklılarının, Hâkim Şirkete ve Onun Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Tazminat Davası Açma Hakkı

a. Dava Açma Hakkının Oluşması için Gereken Şartlar

Bağlı şirketin dava açma hakkını kazanabilmesi için aşağıdaki şartların oluşması gerekeceğini söylemek mümkündür:

- *Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması*

Daha önce de belirttiğimiz üzere, hâkim şirket Medeni Kanun Md.2'de yer alan dürüstlük kuralı çerçevesinde bağlı şirkete hukuka aykırı talimat veremez. Yani hâkim şirketin, bağlı şirketi kayba uğratacak talimatlar vermesi yasaktır. Yasa koyucu, bu ilkenin ihlâli halinde bağlı şirketin ortaklarına ve alacaklılarına, hâkim şirkete ve onun yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası açma hakkı tanımıştır.

TTK Md.202/1 fıkrası, hâkim şirketin hâkimiyet gücünü kötüye kullanarak bağlı şirketi zarara uğratmasının uygulamada karşılaşılması muhtemel *başlıca örneklerini* saymıştır. Buna göre, “iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukukî işlemler yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını aynî veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya;

¹⁸ Durmuş (n 12) 75

kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliği ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmez...”denilerek örnekler kaleme alınmıştır.¹⁹ Ancak belirtmek gerekir ki kanun metninden anlaşılacağı üzere, bu işlemler sınırlı sayıda değildir.²⁰

Ayrıca hâkim şirket vermiş olduğu bir talimat neticesinde de bağlı ortaklığı zarara uğratabilir. Bağlı şirket, hâkim şirketin bu yöndeki talimatlarına uymak zorundadır. Ancak bağlı şirketin ödeme gücünü aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimatların hâkim şirket tarafından verilmesi öngörülmemiştir.

- **Bağlı Şirketin Kayba Uğratılması**

Kanunda “zarar” kelimesinin yerine “kayıp” kelimesinin kullanılmıştır. Bunun nedeni, kayıp kelimesinin zarar kelimesinden daha kapsamlı olması ve duruma daha geniş bir anlam yüklenmek istemesidir. Kayba uğrama, bağlı şirketin fiili zarar görmeden, kazanç sağlamasına yarayan veya zarar görmesini önleyen malî bir imkânı kullanmaktan mahrum kalmış olmasıdır.²¹ Hâkimiyetin kötüye kullanılmasıyla bağlı şirketin uğratıldığı kayıp, TTK Md.202/1-a’da belirtilen alacak devri, fon, varlık, teminat verilmesi, kârın nakli vb. *hukukî işlemlerden* veya üretimin kısıtlanması, tesislerin yenilenmemesi/güncelleştirilmemesi, bir rüçhan hakkının kullandırılmaması, idame/gelişime yönelik yatırımların sınırlandırılması gibi *maddi olgulardan* da kaynaklanabilir.²²

- **Denkleştirme Yapılmamış Olması**

Son olarak belirtilen bu şart, sorumluluk davasının olumsuz şartıdır. Sorumluluk davasının konusu, bağlı şirkette meydana gelen zararlar olması sebebiyle, kanunen belirtilen süre içerisinde kaybın denkleştirildiği durumda ortada herhangi bir zarar kalmayacağından tazminat davası da gündeme gelmeyecektir.²³

¹⁹ Ersin Çamoğlu, ‘Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları’ (2013) 12 (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Dergisi 19, 20

²⁰ Murat Karan, ‘Türk Ticaret Kanunu M. 202/1 Uyarınca Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması Durumunda Tazminat Davası’ (2017) <<http://www.bka-law.com/yayinlar/makaleler>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2020, 6

²¹ Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, Açıklamalı Notlu ve Karşılaştırılmalı 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat (15. Baskı, Vedat Kitapçılık 2014) m. 202* 1 a’daki not

²² Çamoğlu (n 19) 23

²³ Karan (n 20) 7

Denkleştirme, hâkim şirketin, bağlı şirkette meydana gelen kaybı kendi sağladığı bir imkân ile gidermesi olarak tanımlanabilir. Bağlı şirkete, böyle bir istemde bulunma hakkı tanınmıştır.

Denkleştirme hükmü sayesinde, bağlı şirket yönetim kurulu üyelerine muhtemel bir sorumluluktan kurtarılmasını talep hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla, eğer denkleştirme yapılmadı ise, bağlı şirket ortaklarının ve alacaklılarının tazminat davası açma hakkının gündeme geleceği izahtan varestedir.

b. Açılacak Davanın Niteliği, Tarafları ve Kusurlu Sorumluluk

Söz konusu tazminat davası; özel bir sorumluluk davası olup dava açma hakkı bağlı şirket ortaklarına (pay sahiplerine) ve alacaklılarına tanınmıştır. Bahse konu tazminat davasının temeli ise haksız fiile dayanmakta olup işbu dava ile “bağlı şirketin zararının tazmini” talep edilmektedir.

Lakin bağlı şirket ile hâkim şirket arasındaki hâkimiyet bir sözleşmeyle kurulmuşsa ve hâkim şirketin talimat/eylemi işbu sözleşmeyi ihlâl ediyorsa, dava sözleşmeye aykırılık temeline de dayanılarak açılabilir.

Söz konusu bu davada, davacı taraf olarak bağlı şirketin *pay sahipleri* ve *alacaklıları* bulunabilir. Alacaklıların bu davayı açabilmesi için şirketin iflas etme ön koşulu aranmaz. Ayrıca alacaklıların açacağı dava dolaylı zararın tazmini davası niteliğini haiz olacağından dava neticesinde hak kazanılan tazminat şirkete ödenir. Sadece alacaklıların bu tazminat üzerinde, kendi alacaklarını öncelikle tahsil etme hakları mevcut olur.

Bu dava kapsamında bağlı şirkete davacı sıfatı verilmemesinin sebebi, bağlı şirket yönetim kurulu ile hâkim şirketin karşı karşıya gelmesinin önlenmesi gayesidir. Bu husus kanundaki madde gerekçesinde “*hukuki gerçekçilik*” olarak ifade edilmektedir. Ancak her halükârda bağlı şirketin genel hükümlerde yer alan haksız fiil çerçevesinde dava açma hakkı saklıdır.

Açılacak bu davada, davalı tarafta yer alanlar ise, kusurlu yönetim kurulu üyeleri ile birlikte hâkim şirkettir. Zarara ortak eylemle neden olan hâkim şirketlerin, zincirleme şekilde sorumluluk altına girdikleri kabul edilmelidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, TTK Md.553’te yönetim kurulu üyeleri için *kusurlu sorumluluk* öngörmektedir. Davalının kusurunu kanıtlama yükü ise davacı üzerinde bırakılmaktadır. Gerekli ve yeterli özeni gösterdiğini ispatlayan yönetim kurulu üyeleri sorumluluktan kurtulacaktır. Dolayısıyla işbu durum kanıtlanırsa, hâkim şirket de sorumluluktan kurtulacaktır.

c. Açılacak Davada Usuli İşlemler

Sorumluluk davasında yetkili mahkeme hâkim şirket/teşebbüsün merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir. Eğer hâkim şirket/teşebbüsün merkezi yurt dışında ise tazminat davası bağlı şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılır. Görevli mahkeme ise asliye ticaret mahkemesidir.²⁴

d. Hüküm

Söz konusu tazminat davası açısından yargılamayı yürüten hâkime, çok geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Öyle ki hâkim, istem üzerine ya da re-sen, dava neticesinde tazminata hükmedebileceği gibi aynı zamanda, davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verebilir.

Yukarıda bahsedilenlerden anlaşılacağı üzere, söz konusu davanın asıl amacı bağlı şirketin kaybının giderilmesidir. Dolayısıyla hâkim istem üzerine değil de re-sen tazminat dışındaki yollara hükmediyorsa, somut olaydaki hakkaniyet ölçüsünü doğru bir şekilde dava konusuna uygulaması gerekmektedir.

Diğer yandan hâkim, bağlı şirkete ödenecek tazminat yanında ayrıca davacının hissesinin satın alınması yolu ile şirketten çıkmasına karar verebilme yetkisine de haizdir. Tabi ki burada da hakkaniyet ölçüsünün doğru bir şekilde göz önünde tutulması gerekmektedir.

2. Haklı Bir Sebebi Bulunmaksızın Hâkim Gücün Kullanılması Sonucu Gerçekleştirilen Önemli İşlemlerden Doğan Zararlar Nedeni ile Sorumluluk Davası

TTK Md.202/2, şirketler topluluğunda hâkim gücün hukuka aykırı kullanılması sonucu bağlı şirketin gördüğü zararın tazmini için farklı ikinci bir sorumluluk davası açılabilceğini belirtmiştir. Kanun çerçevesinde baktığımızda, “birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişiklikleri” şirket açısından köklü değişiklikler yapan işlem ve kararlar arasında sayılmıştır. Daha önce de belirttiğimiz gibi bunlar kanun lafzından anlaşılacağı üzere sınırlı sayıda değildir. Dolayısıyla söz konusu işlem ve kararlara esas sözleşmede yapılan genel kurul toplantı ve karar nisapları, imtiyaz verilmesi ve pay devirlerine sınırlama getirilmesi vb. bazı değişiklikler de eklenebilir.

a. Dava Açma Hakkının Oluşması için Gereken Şartlar

- ***Hâkim Gücün Kullanılması Yoluyla Bağlı Şirket Açısından Hayati Önem Taşıyan Bir Karar Alınması ya da İşlem Yapılması***

²⁴ Çamoğlu (n 19) 25

Yukarıda bahsedildiği üzere kanunda “birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişiklikleri” işlem ve kararlarının bağlı şirket açısından hayati önem taşıdığı belirtilmiştir. Bunların dışında kalan diğer işlemlerin (Örneğin; önemli esas sözleşme değişiklikleri arasında yer alan sermayenin artırılması veya azaltılması, imtiyaz oluşturulması veya kaldırılması, toplantı ve karar nisaplarında yapılan değişiklikler) ise hâkim takdiri ile davaya konu olup olamayacağı ifade edilmiştir.

Ayrıca bağlı şirketin feshi kararının da bu kapsama gireceği aşikârdır.

o ***İşlemin Bağlı Şirket Bakımından Açıkça Anlaşılabilir Haklı Bir Sebebinin Bulunmaması***

Hâkim şirketin aldığı kararın dava açılmasına sebebiyet verebilmesi için, bağlı şirket açısından açıkça anlaşılamayan ve haklı bir sebebi bulunmayan nitelikte olması gerekmektedir. Hâkim ortağın güç uygulayarak aldırıldığı ve bağlı şirket açısından herhangi bir yararı mevcut olmayan bu kararın, ayrıca pay sahipleri bakımından haklı bir sebep oluşturmasına gerek yoktur.

- ***Zarar***

Hâkim şirketin, bağlı şirket üzerinde aldırıldığı karar neticesinde bağlı şirketin yaptığı işlem ya da aldığı kararın pay sahiplerine zarar vermiş olması gerekmektedir.

b. ***Açılacak Davanın Niteliği, Tarafları, Sonuçları ve Zamanaşımı***

Söz konusu dava, hâkim şirketin vermiş olduğu talimatlar sonucu bağlı şirketin yapmış olduğu işlem ve karar neticesinde zarar gören pay sahiplerinin doğrudan zararlarının giderilmesini amaçlayan bir tazminat davasıdır. Davacı bu davada, zararının giderilmesini veya payların mahkemece tespit edilecek bir değer üzerinden hâkim şirket tarafından satın alınmasını talep edebilir.

Dava açıldığında hâkim, *takdiri dışında zorunlu olarak*, satın alma davası ise pay değerlerine, tazminat davası ise tazminat değerine uygun bir miktarda *para* cinsinden *teminatın* yatırılmasına hükmetmek zorundadır. Bankaya mahkeme adına teminat yatırılmadığı sürece genel kurul veya yönetim kurulu kararına ilişkin hiçbir işlem yapılamaz. Ayrıca belirtmek gerekir ki, davalı/davalılar da davanın kötü niyete dayandığı gerekçesi ile teminat yatırılmasını hâkimden talep edebilirler.

Bahsedilen bu davayı açma hakkı bağlı şirket pay sahiplerine aittir. Ancak dava konusu işlem genel kurul kararı ise, pay sahiplerinin davacı sıfatı kazanabilmeleri için o karara karşı olumsuz oy vermiş olmaları ve bunu zapta geçirmiş olmaları gerekir. Yönetim kurulu kararına dayalı bir dava var ise, pay sahiplerinin davacı olabilmeleri için işbu karara yazılı olarak itiraz etmiş olmaları gerekir. Davada davalı taraf ise hâkim şirkettir.

Tazminat veya payların satın alınmasını istem davası, genel kurul kararının verildiği veya yönetim kurulu kararının ilân edildiği tarihten başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar.²⁵

Eğer davaya temel olan yönetim kurulu kararı tescil ve ilâna tâbi değilse zamanaşımı davacının kararı öğrendiği tarihten başlar.²⁶

III. ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMININ BAĞLI ŞİRKETİ KAYBA UĞRATMASI SORUNU

Makalede daha önce de bahsedildiği üzere, örtülü kazanç dağıtımı işlemi, Kurumlar Vergisi Kanunu ile indirimden sayılmayan işlemler arasında kabul edilmiştir. Bu sayede vergi matrahının hakkaniyet dışı azaltılmasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu bazında ise, kar payı hakkı her yatırımcının en önemli mali haklarından kabul edilmiş ve bu sebeple korunmaya değer görülerek kötü niyetli hâkimiyet kullanımının engellenmesi amaçlanmıştır.

Şirketler açısından örtülü kazanç dağıtımı müessesesi çok karşılaşılan durumlardan biridir. Normalde hâkim şirketin bağlı şirketi kayba uğratması durumunda hâkim şirketin sorumluluğu gündeme gelmektedir. Hatta bu doğrultuda bağlı şirket, hâkim şirketten denkleştirme talep etme hakkına sahip olmaktadır.

Örtülü kazanç dağıtımına sebep olan işlemler Kurumlar Vergisi Kanunu'nda; alım – satım, imalat, inşaat, hizmet, kiralama, kiraya verme, ödünç para alma-verme, ikramiye, ücret vb. ödemesi olarak sayılmıştır. Bu işlemler doğrultusunda bedelsiz veya düşük bedelle mal veya hizmet alışverişinin varlığı vergi dairesince tespit edilirse, yani örtülü kazanç dağıtımının varlığı ortaya konulursa, ortaya çıkan matrah farkı üzerinden ek vergi, gecikme faizi ve gecikme zammı alınır.

Sermaye Piyasası Kanunu'nda ise örtülü kazanç dağıtımı işlemleri; emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar ya da ticari uygulamalar yapmak veyahut işlem hacmi üretmek vb. durumlar olarak sıralanmıştır. Bu ve benzeri durumlar ilgili kanunun 21. Maddesi gereğince yasak kapsamına alınarak yatırımcının haklarının korunması sağlanmaktadır.

²⁵ Karan (n 20) 31

²⁶ Çamoğlu (n 19) 26

Hâkim şirketin denkleştirme yükümlülüğü açısından bakıldığında, hâkim ve bağlı şirket arasında ucuza mal alım satımı gerçekleşmişse, burada Kurumlar Vergisi Kanunu Madde 13 çerçevesinde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı söz konusu olur. Dolayısıyla ek tarhiyat yapılır ve somut olaya göre gecikme faizi ve gecikme zammı ödemesi istenebilir. Burada karşımıza şu sorun çıkmaktadır; bağlı şirketten alınacak olan ek tarhiyat, gecikme faizi ve/veya gecikme zammı açısından hâkim şirketin denkleştirme yükümlülüğünün doğup doğmayacağıdır.

Vergi Hukuku açısından baktığımızda, “şirket toplulukları” ayrı bir hukuki obje olarak değerlendirilmemektedirler. Dolayısıyla topluluk bünyesinde bulunan her bir şirket, tek başına tüzel kişilik olarak kabul edilir ve bu bağlamda her bir şirket ayrı olarak vergilendirmeye tabi olur. Örneğin; bağlı şirket, bir mal alım/satım işlemi yapsa ve bu işlem nedeniyle ek vergi, gecikme zammı ve faizi ödemesi nedeniyle bu oranda malvarlığında azalma meydana geldiğini ve bu işlemi hâkim şirketin talimatı doğrultusunda yapmış olduğunu ispat etse hâkim şirketten denkleştirme talebinde bulunabilir. Ancak burada belirtmek gerekir ki; TTK kapsamında hâkim şirket denkleştirme ödemelerinden sorumlu olmakla birlikte vergi idaresi karşısında hiçbir şekilde sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Zira vergi, faiz ve cezayı kendisine tahakkuk ettirilen bağlı şirket ödemek zorundadır. Fakat ödemiş olduğu bu miktarı, şartlar oluşmuş ise hâkim şirketten denkleştirme yoluyla alabilecektir. Söz konusu bu durumun ise vergi hukuku bağlamında hukuki bir alt yapısı mevcut değildir.²⁷

Ticaret Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku nezdinde bakıldığında ise; hâkimiyet halinde, hâkim şirket bünyesindeki bağlı bir şirketten, bünyesindeki diğer bağlı bir şirkete ucuza mal satması yönünde talimatta bulunarak ucuza mal satımı sebebiyle bağlı şirketi kayba uğratmış ise bağlı şirket bunun denkleştirilmesini talep edebilir.

Görüldüğü üzere bu örnekte, bağlı şirketin uğradığı kayıp Vergi Hukuku açısından, hâkim şirketten talep edilemeyecektir. Zira kayba uğrayan bağlı şirketin yaptığı işlemin Vergi Hukukundaki yansımaları Kurumlar Vergisi Kanunu Md.13 kapsamında “transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç aktarımı”ndan ibaret olacaktır.²⁸ Oysaki Ticaret Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku açısından ise, bu durum “örtülü kazanç dağıtımı yasağına” tabi olacak ve hâkim şirketin en başta “*tazminat sorumluluğu*” doğmakla birlikte hukuki ve cezai sorumluluğuna gidilebilecektir.

²⁷ Ibid 83

²⁸ Ibid 82

SONUÇ

Makalemde; hâkim şirketin bağlı şirketi kayba uğratması durumu ile örtülü kazanç dağıtımını müessesesi incelenerek bu iki konu arasındaki ilişki anlatılmıştır.

Ortaklığın hâkim şirketin, kendisine bağlı şirkete vermiş olduğu talimatlar neticesinde bağlı şirket mali bir kayba uğrar ise burada hâkim şirketin hukuki sorumluluğu gündeme gelmektedir. Bu doğrultuda ise, bağlı şirket, hâkim şirketten kaybının denkleştirilmesini talep etme ve tazminat isteme hakkına haizdir. Dolayısıyla, hâkim şirketin bağlı şirketi paravan olarak kullanması, elindeki güç ve yetkiyi kötüye kullanması ve kayba uğratması kanunen engellenmeye çalışılmaktadır.

Örtülü kazanç dağıtımını hususuna gelecek olur isek, Vergi Hukuku ile Ticaret ve Sermaye Piyasası Hukuku olmak üzere ikili bir ayırım ile inceleme yapılmaktadır.

Kurumlar Vergisi Kanunu ile örtülü kazanç tanımı yapılmış, hangi işlemlerin örtülü kazanç kabul edileceği ve hangi kişilerin bunu gerçekleştirebileceği belirtilmiştir. Tüm bu konular incelendiğinde ise kurumların, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını az vergi ödemesi durumunun gündeme geldiği ve Kurumlar Vergisi Kanunu ile bu durumun önüne geçilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Zira örtülü kazanç dağıtımının tespit edildiği durumlarda ek tarhiyat yapılacağı ve hatta olayın şartlarına göre gecikme faizi ve gecikme zammı alınabileceği hükme bağlanmıştır.

Sermaye Piyasası Kanunu'nda ise; "örtülü kazanç dağıtımını yasağı" maddesi ile yatırımcıların kar payı hakları koruma altına alınmıştır. Bu kanunda, hâkim şirketin kar/malvarlığı değerlerini azaltması ile korunması ve arttırılmasına engel olunması durumu örtülü kazanç olarak kabul edilmiştir.

Burada gündeme gelen en önemli sorun ise; hâkim şirket ve bağlı şirket arasındaki talimat nedeniyle bağlı şirketin mali yönden kayba uğraması sonucu hâkim şirketin hukuki sorumluluğunun doğup doğmayacağı noktasındadır.

Şayet Ticaret Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku çerçevesinde olaya bakıldığında, hiç şüphesiz ki hâkim şirket, bağlı şirketin kar/malvarlığında meydana gelen azalmadan veyahut korunamamasından ya da artmasının engellenmesinden dolayı hukuki ve cezai anlamda sorumlu olacaktır. Hatta bağlı şirket bu sebeple denkleştirme talep hakkına sahip olur ve hâkim şirket de denkleştirme ve tazminat yükümlülüğü altına girer. Ancak Vergi Hukuku açısından bakıldığında her bir şirketin ayrı bir tüzel kişiliği vardır ve yaptıkları her işlemde ayrı ayrı sorumlu olacaktır. Yani matrah farkı üzerinden tahsil edilecek olan ek vergilendirme miktarını, gecikme faizi ve gecikme zammı miktarını bağlı şirket ödemek zorunda olup sorumluluk bağlı şirkete ait olduğundan denkleştirme talep etme hakkı gündeme gelmeyecektir.

Ticaret Hukuku, Sermaye Piyasası Hukuku ve Vergi Hukuku ayrı birer hukuk dalı olmakla birlikte, her ne kadar bu hukuk dallarına giren uyumsuzluk konularında farklı kanunlar uygulanıyor olsa da birbirinden ayrı düşünülemezdir. Özellikle de örtülü kazanç dağıtımı müessesesi ile hâkim – bağlı şirket arasındaki kayba bağlı olan sorumluluk ilişkisi açısından değerlendirildiğinde iç içe geçmiş bir birleşim olduğu aşikârdır. Zira bir şirketin, daha az vergi ödemek amacıyla örtülü kazanç dağıtımına gitmesi oldukça sık rastlanabilen bir durumdur. Burada her ne kadar sadece Vergi Hukukunu ilgilendiren bir durumun var olduğu anlaşılıyor olsa da bu sebeple bağlı şirket bir kayba uğramaktadır. Diğer bir anlatımla, hâkim şirketin vergi miktarını düşürmek için bağlı şirkete yaptırmış olduğu işlem neticesinde, bağlı şirket fazladan vergi ödemek ve belki de gecikme faizi ile gecikme zammı ödemek durumunda kalmaktadır. Dolayısıyla her iki hukuk dalının ve kanunun birlikte yorumlanması gerekmektedir. Hal böyle iken, bu tip bir durumda, tıpkı Ticaret Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku'nda olduğu gibi, ödenecek vergi cezalarının her ne kadar doğrudan hâkim şirketten tahsil edilmesi hukuken mümkün değilse de bağlı şirketten tahsil edilmesi ve akabinde bunun bağlı şirket tarafından hâkim şirketten denkleştirme yoluyla geri alınabilmesine imkân tanınması gerektiği kanaatindeyim.

Hukukumuzda bu konu hakkında yeterli ve açık bir düzenleme bulunmamasının ise, söz konusu uyumsuzlukların çözümünde sıkıntı yaratacağı ortadadır. Bu sebeple de makalem boyunca anlatılan bu konu hakkındaki eksikliklerin giderilmesi ve gerekli tüm düzenlemelerin yapılması gerekmekte olduğunu belirtmek isterim.

KAYNAKÇA

- Bahtiyar M, 'Ortaklıklar Hukuku' (13. baskı, Beta Yayın Evi 2019)
- Bilgili F ve Demirkapı E, Şirketler Hukuku (9. baskı, Dora Yayınevi 2013)
- Çakır Çelebi FB, 'Şirketler Topluluğunda Hâkim Teşebbüs' (2018) 4 (1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/520423>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020, 19-32.
- Çamoğlu E, 'Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları' (2013) 12 (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Dergisi, 19-35.
- Gençyürek L 'Örtülü Kazanç Dağıtımı' (2000) (143) Vergi Sorunları Dergisi 70-90.
- Gündoğdu G, 'Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur?-Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 105 Hükmünün Türk Ticaret Kanunu m. 195 Hükmü ile Uyumsuzluğu Sorunu' (2014) 12 (133) Legal Hukuk Dergisi, 107-126.

- Gürel M, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Yüksek Lisans Tezi' (2009)
- Kaya A, 'Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı' (2014) 71 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/97833>> Erişim Tarihi 20 Kasım 2020, 193-204.
- Karaman Coşgun Ö, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları' (2015) 21 (1), Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 107-166.
- Karan M, 'Türk Ticaret Kanunu M. 202/1 Uyarınca Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması Durumunda Tazminat Davası' (2017) <<http://www.bka-law.com/yayinlar/makaleler>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2020
- Karataş Durmuş N, 'Ticaret Kanunu Kapsamındaki Şirket Toplulukları ve Bunların Vergi Hukuku Karşısındaki Durumları' (2015) 1 (2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/199318>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020, 71-84.
- Karlıoğlu H, 'Anonim Şirketlerde Örtülü Kar Aktarımı' (2015) 23 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/839362>> Erişim Tarihi 25 Ekim 2020, 141-195.
- Kendigelen A, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler (2. baskı, On İki Levha Yayınevi 2012)
- Polat İH, 'Vergi Alacağı Uygulamasının Örtülü Kazanç Dağıtımına Etkisi' (1995) (195) Vergi Dünyası 107-128.
- Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Şerhi (1. baskı, Adalet Yayınevi 2014)
- Şener OH, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı (2. baskı, Seçkin Yayınevi 2015)
- Tekin A, 'Örtülü Kazanç ve Danıştay Kararları' (2003) 8 (3) Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/195003>> Erişim Tarihi 03 Mayıs 2019, 27-48.
- Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, Açıklamalı Notlu ve Karşılaştırılmalı 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat (Güncelleştirilmiş 14. baskı, Vedat Kitapçılık 2012)