



T.C. MALTEPE ÜNİVERSİTESİ
“Düşüncede Özgür, Eğitimde Çağdaş, Bilimde Evrensel”

Hukuk Fakültesi Dergisi

Yıl: 2020 / Sayı: 1

Prof. Dr. H. Dilek Yılmazcan'a
Armağan



T.C. MALTEPE ÜNİVERSİTESİ

“Düşüncede Özgür, Eğitimde Çağdaş, Bilimde Evrensel”

Hukuk Fakültesi Dergisi

Sahibi / Owner _____

Maltepe Üniversitesi Adına Rektör
Prof. Dr. Şahin KARASAR

Editör / Editor _____

Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ
Doç. Dr. Yıldırım SAK

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Director _____

Prof. Dr. Devrim ULUCAN

Kapak ve Sayfa Tasarımı / Cover and Layout Design _____

Emre KIZMAZ

Yazışma Adresi / Editorial Office _____

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Marmara Eğitim Köyü 34857
Başbüyük Maltepe / İSTANBUL
Tel: 0216 626 10 50 / 2304
Faks: 0216 626 11 29

Yayıncı / Publisher _____

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13
Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

ISSN 1303-5630

e-ISSN 2687-2633

Basım Tarihi ve Yeri / Date and Place of Publishing _____

Haziran 2021

Vadi Grafik Ltd. Şti. (Sertifika No: 47479)
İvedik Organize Sanayi Bölgesi 1420 Cad. No: 58/1
Yenimahalle / ANKARA
Tel: 0312 395 85 71

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki kez yayımlanan ve yayımlandığı tarihten (2002) itibaren hakemli dergidir.

Yayın Kurulu / Board of Editors

Prof. Dr. Devrim ULUCAN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Yıldırım SAK, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Bahadır APAYDIN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İ. Serdar KOYUNCU, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Betül AKTAŞ, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Melike Ezgi YETİMOĞLU, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Abdulhamid ONUŞ, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Damla TİMUR, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Betül ULUSOY, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Mehmet AKAD, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Cemal Bali AKAL, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Ziya AKINCI, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Yusuf AKSAR, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Vehbi Selim ATAERGİN, Birleşik Krallık
Prof. Dr. Rona AYBAY, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. İlias BANTEKAS, Katar
Prof. Dr. Nur CENTEL, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Aysel ÇELİKEL, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Abdullah DİNÇKOL, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Osman DOĞRU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Cem EROĞUL, Ankara/Türkiye
Prof. Dr. Malcolm D. EVANS, Birleşik Krallık
Prof. Dr. Öner EYRENCİ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Ayferi GÖZE, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Alper GÜMÜŞ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Pelin GÜVEN, Kocaeli/Türkiye
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Serap HELVACI, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Korkut KANADOĞLU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Işıl KARAKAŞ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Rayegan KENDER, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Serap KESKİN KIZIROĞLU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR, Ankara/Türkiye
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Merih Kemal OMAÇ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Sibel ÖZEL, İstanbul/Türkiye

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Etem Saba ÖZMEN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ, İzmir/Türkiye
Prof. Dr. Nihal SABAN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Pervin SOMER, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Mustafa ŞENTOP, Ankara/Türkiye
Prof. Dr. Şükran ŞIPKA, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Devrim ULUCAN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Oktay UYGUN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Samim ÜNAN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Yener ÜNVER, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Gül ÜSTÜN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Yıldızhan YAYLA, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Emine YAZICIOĞLU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Feridun YENİSEY, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Turan YILDIRIM, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Kamil YILDIRIM, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Lerzan YILMAZ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Dilek YILMAZCAN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Sevtap YOKUŞ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Hamide ZAFER, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. Ali Hulki CİHAN, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. İsa DÖNER, Kocaeli/Türkiye
Doç. Dr. Murat Volkan DÜLGER, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. Sevtap METİN, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. Yıldıray SAK, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. Meltem SARİBEYOĞLU SKALAR, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. Ahmet YAYLA, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. Canan YILMAZ, İstanbul/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Betül AKTAŞ, İstanbul/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Sabah ALTAY, İstanbul/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Aysun ALTUNKAŞ, İstanbul/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Asiye Selcen ATAÇ, İstanbul/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Gülşah Sinem AYDIN, Tekirdağ/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Rana İZCİ CONNELLY, Birleşik Krallık
Dr. Öğr. Üyesi Melda KÖSE, İstanbul/Türkiye
Dr. Pınar ÇAĞLAYAN AKSOY, Ankara/Türkiye
Dr. A. Bumin DOĞRUSÖZ, İstanbul/Türkiye
Dr. Akasya KANSU KARADAĞ, İstanbul/Türkiye

Derginin Amacı

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2002 yılından itibaren yılda iki sayı yayımlanan hakemli ve bilimsel bir dergidir. Derginin amacı, hukukun çeşitli alanlarına ilişkin özgün ve nitelikli akademik çalışmaların uluslararası yayıncılık ilkeleri ışığında yayımlanmasıyla gerek ulusal gerekse uluslararası literatüre katkı sağlamak, hukuk bilimine hizmet etmektir.

Derginin Kapsamı

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, amacına uygun olarak bilimsel nitelikteki çalışmaları yayımlamaktadır. Bu bağlamda hukukun çeşitli alanlarına ilişkin olarak akademisyenler, hukuk uygulayıcıları ve araştırmacılar tarafından kaleme alınan bilimsel makaleler, karar incelemeleri, çeviriler vb. yayınlar hakem denetiminden geçirilerek Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanmaktadır.

MALTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002 yılından itibaren yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergidir.
2. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009 yılından itibaren TÜBİTAK – ULAKBİM tarafından taranmaktadır.
3. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.
4. Dergi'nin yazı dili Türkçe'dir. Bununla birlikte yabancı dilde yazılan makalelere de yer verilmektedir. Dergi'ye gönderilen yazı hangi dilde yazılmış olursa olsun, yazının Türkçe ve İngilizce başlığının, en az 150, en çok 200 kelimededen oluşan Türkçe ve İngilizce özetinin ve her iki dilde beşer anahtar kelimenin yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.
5. Çevirilerin, yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ve çalışma sahibinin izni ile birlikte gönderilmesi gerekir.
6. Çalışmalar, Yayın Kurulu'na bir nüsha çıktı ile birlikte CD'ye kaydedilerek veya hukukdergi@maltepe.edu.tr adresine elektronik ileti şeklinde gönderilmelidir. Çalışma sahibine ait iletişim bilgileri (ad, soyad, unvan, çalıştıkları kurum, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, telefon numarası, ORCID ID), çalışmanın son sayfasına eklenmelidir.
7. Çalışma sahibi, çalışmasındaki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Dergiye gönderilen çalışmaların son kontrollerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle çalışmasını basıma verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının fazlalığı, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması çalışmanın Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir.
8. Yayın Kurulu tarafından ilk incelemesi yapılan çalışmalar, değerlendirilmek üzere, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden yazarın unvanına göre daha üst unvanlı bir hakeme gönderilir. Hakemin “gözden geçirilmesi gerekmektedir” şeklinde değerlendirdiği çalışmaların Dergi'de yayımlanabilmesi için, yazarın hakem raporunda belirtilen değişiklikleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi Yayın Kurulu'na vermesi gerekmektedir. Bu halde, düzeltilmiş çalışmalar tekrar hakem denetiminden geçirilecektir.
9. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'ne gönderilen çalışmaların yayımlanması uygun görüldüğü takdirde tüm yayın hakları Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'ne aittir. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır. Yayımlanan çalışmalardan alıntı yapılması halinde kaynak gösterilmesi zorunludur. Çalışmanın tamamının kullanılması Dergi'nin iznine bağlıdır.
10. Dergi'de yayımlanan çalışmaların içeriklerinden yazarları sorumludur. Yayın Kurulu'nun çalışmaların içeriklerinden aslen veya müteselsilen hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır.
11. Dergi'de yayımlanan çalışmalar karşılığında yazarlara herhangi bir ücret ödenmez.

12. Dergi'ye yazı gönderenler Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkelerini kabul etmiş sayılırlar.
13. Dergi'ye gönderilen çalışmaların Dergi'nin belirlediği yazım kurallarına uygun olması gerekir.
14. Dergiye gönderilen çalışmalarda kaynakçaya yer verilmesi zorunlu olup, kaynakça Dergi Yazım Kurallarına uygun olarak düzenlenmelidir.
15. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, etik ilkeler ve kurallar konusunda 'Yayın Etiği Komitesi'nin (Committee on Publication Ethics - COPE (<https://publicationethics.org/>)) yönergesini esas almıştır.

Yazım Kuralları:

1. Yazı, word formatında, 1.5 satır aralığında, ana bölümlerinde 12 punto; dipnot, öz gibi bölümlerinde ise 10 punto harf büyüklüğünde ve Times (New Roman) karakterinde yazılmalıdır.
2. Yazının giriş ve sonuç bölümlerine başlık numarası verilmemelidir. İzleyen başlıkların numaralandırılmasında ise izlenmesi gereken sistem şöyledir: Tüm başlıklar 12 punto olarak yazılmalıdır. Birinci derece başlıklar BÜYÜK HARF ile yazılmalı ve roma rakamı sırası ile (I., II., III., ...) numaralandırılmalıdır. İkinci, Üçüncü ve Dördüncü alt başlıklarda kelimelerin ilk harfi BÜYÜK HARFLE, devamı küçük harflerle yazılmalıdır. İkinci derece alt başlıklar alfabetik sıra içinde BÜYÜK HARF ile (A., B., C., ...) numaralandırılmalıdır. Üçüncü alt bölüm başlıkları sayma sayıları ile (1., 2., 3., ...), dördüncü alt bölüm başlıkları ise alfabetik sıra içinde küçük harf kullanılarak (a., b., c., ...) numaralandırılmalıdır. Tüm başlıklar bold (koyu) karakterler ile yazılmalıdır.

Yollamalar, Dipnot ve Kaynakça:

1. Yazar dipnot yerine metin içinde yollama yapmayı tercih edemez.
2. Dipnotlar, çalışma içerisinde sayfa altında, usulüne uygun bir şekilde gösterilmelidir. Aşağıda farklı nitelikteki kaynakların metin içindeki yollamalarda yazılış biçimleri örneklerle gösterilmiştir. Derginin bütünlüğü açısından aşağıda gösterilen örneklere uyulmalıdır.

a) Tek yazarlı kitap:

Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Bölüm)*, 13. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 15.

b) Çeviri kitap:

Anthony Giddens, *Modernliğin Sonuçları*, (çev. E. Kuşdil), 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 25.

c) İki yazarlı kitap:

Kemal Oğuzman / Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler; Cilt: 1*, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 124.

d) Üç veya daha fazla yazarlı kitap:

Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 100.

e) Yüksek Lisans ve Doktora Tezi:

Elif Seda Gürkan, *Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hakları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, s. 48.

f) Kurum Yayını:

Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), *Yargılama Düzeninde Kalite*, İstanbul, 1998, s. 58.

g) Makale:

*** Dergide yer alan makale:**

Cem Akbıyık, *‘Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukuku Alanındaki Kararlarının Toplu Bir Değerlendirmesi’*, T.C Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2012/1,Yıl: 2012, İstanbul, s. 214.

*** Armağanda yer alan makale:**

Necip Kocayusufpaşaoğlu, *‘İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?’*, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ a Armağan, İstanbul, 2000, s. 510.

h) İnternet kaynağı:

Mehmet Tezcan, *Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/302/594.pdf (erişim tarihi 22.11.2011), s. 6.

i) Derleme:

Yusuf Çalışkan, “Dispute Settlement in International Investment Law”, Yusuf Aksar (der.), *Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanisms*, Martinus Nijhoff, Lieden, Boston, Holland/USA, 2011, s. 123.

j) Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için:

Yazarın Soyadı/Kurum Adı, (Aynı yazara ait birden fazla ise) Eser adı, sayfa numarası.

Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 141.

Giddens, Modernliğin Sonuçları, s. 45.

TÜSİAD, s. 56.

3. Kullanılan kaynaklar “Kaynakça” başlığı altında gösterilerek, aşağıdaki örneğe uygun şekilde düzenlenmeli ve alfabetik olarak sıralanmalıdır.

KAYAR, İsmail, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2015.

MALTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW PUBLICATION PRINCIPLES

1. Maltepe University Faculty of Law Review is a peer-reviewed and semi annually published journal since 2002.
2. Maltepe University Faculty of Law Review is recognized as a national journal in the National Law Database of TÜBİTAK – ULAKBİLİM since 2009.
3. All scientific studies sent to the Review should not have been previously published or sent to be published elsewhere.
4. The Review publishes articles written in Turkish or in foreign languages. In any language articles should contain Turkish and English titles, an abstract of 150-200 words and 5 keywords, both in Turkish and English.
5. Translations should be sent together with the original text and the permission of the author.
6. Articles are submitted to the Editorial Board either by a printed copy together with a copy saved on a CD or via e-mail to hukukdergi@maltepe.edu.tr. The author should indicate contact information (name, title, institution, address, e-mail address, telephone number, ORCID ID) on the last page of the article.
7. Author takes responsibility in submitting the article after having corrected all typing and grammatical errors. Editorial Board accepts the submitted article as a final text to be published. Editorial Board reserves the right to decline articles that have excessive typing and grammatical errors or that are incompatible with the academic writing criteria.
8. After being subject to a preliminary examination by the Editorial Board, articles are sent to the referee for an evaluation. In order to be published, articles that are evaluated as “should be revised” should be revised in accordance with the suggestions proposed in the Evaluation Report. Revised articles are sent to the referee for a re-evaluation.
9. Maltepe University Faculty of Law Review holds all publication rights of the articles that are approved by the Editorial Board. Authors consent to the on-line publishing of their articles. Any other publications using some parts of articles published in the Review as quotations should refer to the Review. Full text of the articles cannot be used without a permission from the Review.
10. The responsibility of the published articles belongs to the authors. All opinions in the articles cannot be attributed to the Maltepe University Faculty of Law Review.
11. Authors are not entitled to any payment for the published articles.
12. Having submitted their articles, authors accept the publication principles of the Review.
13. All articles should comply with the Writing Rules/ References and Footnotes of the Review.
14. All articles should contain a bibliography which complies with the Writing Rules/ References and Footnotes.
15. Maltepe University Faculty of Law Review is based on the directive of the “Publication Ethics Committee” (Committee on Publication Ethics - COPE (<https://publicationethics.org/>)) on ethical principles and rules.

Writing Rules:

1. Text should be written in Word format, Times New Roman character with 1,5 line spacing and 12 point size in the main section, in other sections (footnotes, abstract etc.) it should be written in 10 point size.
2. Introduction and conclusion of the Text should not be given a title number. The headings should comply with the numbering system as follows: All titles should be written in 12 point size. First titles should be written in all UPPERCASE letters and should be numbered in Roman numerals (I., II., III., ...). In the second, third and fourth degree subtitles, the first letter of each word should be in UPPERCASE letters, others should be written in lowercase letters. Second degree subtitles should be numbered in alphabetical order with UPPERCASE letters (A., B., C., ...). The third sub-section headings should be numbered with counting numbers (1., 2., 3., ...) and the fourth sub-section headings with lowercase letters in alphabetical order (a., b., c., ...). All titles should be written in bold characters.

References, Footnotes and Bibliography:

1. All references should be shown in footnotes.
2. In order to maintain a textual integrity within the Review, authors should apply the below-mentioned citation methods.

a) Books with single author:

Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Bölüm)*, 13th Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, p. 15.

b) Translated books:

Anthony Giddens, *Modernliğin Sonuçları*, (Trans. E. Kuşdil), 2th Edition, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998, p. 25.

c) Books with two authors:

Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1*, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Extended 9th Edition, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, p. 124.

d) Books with three or more authors:

Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 11th Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, p. 100.

e) Master or Doctorate Thesis:

Elif Seda Gürkan, *Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hakları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, p. 48.

f) Other Publications:

Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), *Yargılama Düzeninde Kalite*, İstanbul, 1998, p. 58.

g) Articles:

*** Journal Articles:**

Cem Akbıyık, 'Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukuku Alanındaki Kararlarının Toplu Bir Değerlendirmesi', T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 2012/1, 2012, İstanbul, p. 214.

*** Articles in Memoriams:**

Necip Kocayusufpaşaoğlu, 'İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?', Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, 2000, p. 510.

h) Electronic Resources:

Mehmet Tezcan, *Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/302/594.pdf (access date 22.11.2011), p. 6.

i) Edited Work:

Yusuf Çalışkan, "Dispute Settlement in International Investment Law", Yusuf Aksar (ed.) *Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanisms*, Martinus Nijhoff, Lieden, Boston, Holland/USA, 2011, p. 123.

j) To make a second reference to the same resource:

Author's Surname/Name of the institution, (If cited more than one) Name of the work, page number.

Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, p. 141.

Giddens, Modernliğin Sonuçları, p. 45.

TÜSİAD, p. 56.

3. Resources used in the article should be listed in alphabetical order under the title "Bibliography" and should be as follows:

KAYAR, İsmail, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2015.

içindekiler / Content

>> Sunuş / Introduction

- 17 Prof. Dr. Şahin KARASAR
18 Prof. Dr. Ayşe YİĞİT ŞAKAR
20 Cansu DAĞ BEREKET

>> Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN'ın Hayatı ve Eserleri

- 23 Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN'ın Hayatı
24 Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN'ın Eserleri

>> Kamu Hukuku / Public Law

- 33 **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat İstemiyle Ağır Ceza Mahkemelerinde Açılan Davalarda Yargı Harcı**
Judicial Fees in Lawsuits Held in High Criminal Courts for Indemnification Due to Criminal Coercive Measures
Prof. Dr. Uğur YİĞİT - Doç. Dr. İlhami ÖZTÜRK
- 75 **Kısa Çalışma Ödeneğinin Vergi Mevzuatı Kapsamında Değerlendirilmesi**
Evaluation of Short-Time Working Allowance in the Scope of Tax Legislation
Dr. Öğr. Üyesi Begüm DİLEMRE ÖDEN
- 87 **Cezaevi Sosyolojisi Açısından İşyurtları Faaliyetleri**
Workplaces Activities in Terms of Prison Sociology
Dr. Vehbi Kadri KAMER
- 105 **Bütçe Kanununda Yer Almayan Vergi Kanunlarının Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Uygulanabilirliği**
Applicability of the Tax Rules Not Included in the Budget Law under the Principle of Legal Security
Arş. Gör. Hasan Basri ÇİFCİ
- 129 **Çifte Vergilendirmenin Önlenmesinde Çözüm Yolu Olarak Uluslararası Vergi Anlaşmaları ve Türkiye Uygulaması**
International Tax Treaties as a Solution to Prevent Double Taxation and Practice in Turkey
Arş. Gör. Mustafa KARATAŞ

>> **Özel Hukuk / Private Law**

153 Kamu Arazilerinde Turizm Amaçlı Kurulmuş Üst Hakkının Sona Ermesinde Yaşanan Problemler

Problems Experienced During the Ending of Construction Rights Established on Public Lands with Touristic Purposes

Prof. Dr. E. Sabâ ÖZMEN - Av. Tuba KORKMAZ

187 Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Borçlu Arasındaki İlişkiler

The Relationship Between the Guarantor and the Debtor in the Guarantee Agreements

Av. Seren DÜDEN

213 Dünyanın En Büyük ESporuna Sahip Olmak: Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakkı ve DotA

David Nathaniel TAN - Çev.: Batuhan DEMİRTAŞ

>> **Hakemsiz Makaleler / Non-Refereed Articles**

243 Çoğalan Vergi Uyuşmazlıkları ve Azaltılmasına Yönelik Önlem Arayışları

Increasing Tax Disputes and Seeking for Reduction Measures

Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ

249 Bir Vakanın Etik Analizi

(ABD Yüksek Mahkeme Başkanı Roberts, Senatör Schumer ve ABD Başkanı Donald Trump)

Ethical Analysis of a Case

(Chief Justice of the Supreme Court of the USA Roberts, Senator Schumer and President of the USA Donald Trump)

Dr. Mustafa SALDIRIM

259 Sendika Kurma Hakkı

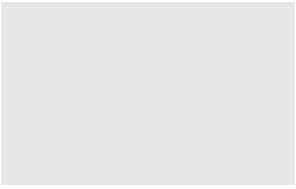
Right to Establish a Union

Bektaş KAR

293 AET Hukuku Düzenlemeleri Işığında Tek Kişilik Anonim Şirket

A Single-Member Company in the Light of the European Economic Community Law Regulations

Av. Cüneyd GÜRCAN



Sunuş

Introduction

Prof. Dr. Dilek Yılmazcan Hoca'mıza

Cihanın imtihanı karşısında her daim adaletin gücü toplumlara ayakta tutar ve meselelere cihannümâ bir yerden, yani her yeri görmeye elverişli bir noktadan çok boyutlu ve rasyonel bakmayı öğreten de yine hukukun elidir. Kanun yapmak, kanunlara uymak ve kanunları uygulamak, toplum düzenini sağlayan mihenk taşıdır. İşte bu noktada Hukuk fakülteleri tüm insanlık için özel bir yer teşkil eder.

Hukuk alanındaki çalışmalar, her daim son derece kıymetli olmuş ve bu çalışmalarda ilmi ile anılan, akademiye öncülük eden, bilimsel sorumlulukla toplumsal sorumluluk arasındaki bağı gören ve gösteren akademisyenler fark yaratmıştır. Bu bağlamda, maliye alanındaki çalışmalarıyla akademi dünyasına imzasını atan, ömrünü mâlî hukuka adanarak bilime katkıda bulunan Prof. Dr. Dilek Yılmazcan Hocamıza kıymetli çalışmalarından ötürü bir kez daha şükranlarımı sunmak isterim.

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne kuruluşundan bu yana emek veren ve ülkemizin gelişimine katkıda bulunmak üzere her daim gayret gösteren Değerli Hocamız, hem meslektaşlarına hem de yetiştirdiği öğrencilerine ilham kaynağı olmuştur. Yusuf Has Hâcib'in Kutadgu Bilig eserinde dile getirdiği; "insanı saadete kavuşturan âlimler" işte bu özellikteki âlimlerdir.

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin Prof. Dr. Dilek Yılmazcan'a armağan niteliğindeki özel sayısının hazırlanmasına özgün makaleleriyle katkıda bulunan değerli yazarlara bu anlamlı çalışma için ayrı ayrı teşekkür ediyor Dilek Hocamıza çalışmalarında başarılar diliyorum.

Keyifle okumanız umuduyla...

Prof. Dr. Şahin KARASAR
Maltepe Üniversitesi Rektörü

Öğrencisinin Gözünden Prof. Dr. Dilek Yılmazcan

Prof. Dr. H. Dilek Yılmazcan'ı 1993 yılında Marmara İİBF Maliye Bölümü ikinci sınıfta öğrencisi iken tanıdım. Hocamızın öğrencisi ve meslektaş olma şansını yakaladığım için mutlu ve onurluyum. Siz değerli meslektaşları hocamızı yakından tanımaktasınız. Ben sayın hocamızı bir meslektaşının değil, öğrencisinin gözünden anlatmak istiyorum.

Dilek hocamız öğrencilerle ilişkilerini sadece sınıf içiyle sınırlandırmazdı. Bizlerle derslerin dışında da özel olarak ilgilenirdi. Benim kişisel gelişimim ve derslerimdeki başarı ile de yakından ilgilenirdi. Hep daha iyisi olmam için motive ederdi. Birlikte sık sık yemeğe giderdik, telefonda sohbet ederdik. Hayatımızın her noktasında değerli tavsiyelerde bulunurdu. Hala aklımdadır verdiği öğütler. Ayaklarının üzerinde durabilen güçlü bir kadın olarak rol model de oldu.

Ayrıca Maliye Kulübümüzün danışmanı olarak kulüp faaliyetlerimizde bizlere yol göstermiştir. Bu süreçte maddi ve manevi olarak her türlü desteği sağlamıştır. Kulüp bütçemizin kısıtlı olması sebebiyle konuklarımıza sunacağımız ikram ve ağırlama masraflarını karşılamıştır. Bu noktada öğrencilerinin hem organizasyon becerileri hem de sosyal açıdan gelişimlerine katkıda bulunmuş, değerli bir hocadır.

Dilek hocadan lisans döneminde Kamu Bütçesi, Devlet Borçları ve Uluslararası Maliye derslerini aldım. Hocanın derslerinin karakteristik özelliği, teorik, önemli ve ciddi konuları güncel durumlarla ilişkilendirerek bizlerle etkileşim halinde tartışılmasıydı. Bu durum toplumsal meselelerin ekonomik boyutunda eleştirel bir bakış açısı kazandırdı biz öğrencilerine. Akademisyenliğin sadece bilime hizmet ile sınırlı olmadığını, toplumsal sorunlara karşı topluma da hizmetin önemli olduğunu bize yaşayarak gösterdi.

Dilek hocanın en önemli özelliklerinden birisi de içinde yaşadığı topluma, doğup büyüdüğü memleketine ve aile bağlarına karşı duyduğu sevgi, vefa ve bağlılıktır. Her zaman Türk Milletine ait olmasından gurur duyduğunu ifade ederdi. Doğup büyüdüğü Çorum - İskilip'le de gurur duyar, sorumluluk duygusuyla bu yörenin kalkınması için sivil toplum örgütleri ile çalışırdı. Bu noktada hem Çorum'da yetişen kız çocukları için, hem de öğrencileri için kadın akademisyen kimliği ile başarılı bir rol model olarak yerini almıştır ve övünç kaynağı olmuştur.

Bir başka özelliği ise içinde yaşadığı toplumun gelenek, görenek, kültürel yapısına yabancı olmamasıdır. Bildiğiniz gibi geleneksel Türk toplumunda el sanatları ve el becerileri kadınlar açısından önem taşımaktadır. Eskiden kız çocuklarının el becerilerinin gelişmesi için el işleri yaptırılırdı. Bunların, çocukların motor becerilerinin gelişimi, dikkatli olma, modelleme yapabilme ve analiz yeteneğinin gelişimi ve aynı zamanda kültürün kuşaklara aktarılması açısından da çok önemli olduğunu düşünüyorum. Hocamla bir gün sohbet ederken dantel

ördüğümden bahsetmiştim. O da kendisinin de dantel örmeyi bildiğini söylemiş ve örmüş olduğu bir dantel parçasını göstermişti. Hocamızın akademik hayatta ürettiği bilimsel eserler gibi titizlikle işlenmiş dantele baktığımda kusursuz bir el işçiliği gördüğümde hayran kalmıştım.

Hocanın bir özelliği de öğrencilerinin eleştirilerine açık olmasıdır. Bu da kendisinin ne kadar hoşgörülü ve özgüven sahibi olduğunun bir göstergesidir.

Değerli hocama sağlıklı, mutlu ve huzurlu uzun bir ömür dileğiyle sevgi ve saygılarımı sunuyorum.

Prof. Dr. Ayşe YİĞİT ŞAKAR
İstanbul Arel Üniversitesi İİBF Dekanı

Prof. Dr. Dilek Yılmazcan ile...

Uzun müddet boyunca yakınında olduğunuz, kimi zaman hayatınızdaki herkesten daha fazla gördüğünüz ve sayısız şey paylaştığınız birisi için anı kaleme almak gerçekten zor. Üstelik bu kişi Dilek Hoca gibi güçlü ve renkli bir karaktere sahipse çok daha zor...

Söz konusu kişi Dilek Hoca ise, tüm anıları yazmaya çalışmak beyhude bir çaba olur elbette. Böyle bir çabanın, bir ömre sığmayacak kadar uzun bir yolculuk olacağı aşikâr. Hal bu olunca, benim burada yazacaklarım, benzersiz ve uzun soluklu bir anlatının birkaç sözü olabilir ancak...

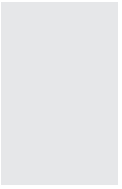
Hoca'yı tanıyan istisnasız herkes, hiç itiraza yeltenmeden, şu öngörüğü kabul edecektir: Dilek Hoca'nın tükenmeyen enerjisinin, sosyal ilişki kurabilme konusundaki meziyetlerinin ve yenilikçi özgür ruhunun ardında yatan en büyük sır, dünyayı yaşanabilir kılan her şeye duyduğu büyük ilgidir. Adımını attığı her yere ışığını götüren ve hemen fark edilen birisi için bunun aksini düşünmek büyük bir hata olur zaten. Öte yandan sevgisini hiç esirgemeyen Hoca'nın saygısını ve güvenini kazanmanın pek de kolay olmadığını söylemek gerek. Evet, Hoca mükemmeliyetçidir. Tam da mesleğine büyük bir saygıyla bağlı olan ve bu uğurda tarifsiz emek harcayan birisinden bekleneceği gibi... Sürekli araştıran, paylaşan ve tüm yaşamını bu tutkuyla inşa eden birisinin, sıradanlığa ve özensizliğe kabul vermemesi de zaten şaşırtıcı değil.

Yaptığı işten usananlara ve dert yananlara çok alışkınız ama her güne bir önceki günden daha büyük bir hevesle başlayan insanlara pek alışkın değiliz sanırım. Tam da bu noktada Dilek Hoca ezberinizi derinden sarsar. Bir tek gün bile ders anlatmayı mecburi bir yük olarak görmeyen Hoca, kimi zaman sağlığı pahasına bile olsa, öğrencileriyle birlikte olmaktan, onlarla konuşmaktan büyük bir haz alır. Hoca'nın bu şevkinin ve çabasının derslerine ve öğrencilerine yansımaması düşünülemez elbette. Onunla konuşmak isteyen ve dünyaya dair merakı olan her öğrencisi bilir ki Hoca'nın odasının kapıları daima sonuna kadar açıktır.

Hoca'yı izlediğim dersler, birlikte katıldığımız konferanslar, sempozyumlar, hatta düğünler, yemekler ve uzun kahve sohbetleri... Birlikte geçirdiğimiz anları düşününce, Hoca'nın hayat yolculuğundaki etkisini ve aldığım kararlardaki rolünü bir kere daha fark ediyorum. Üstelik bu etkiler salt mali hukuk ya da akademiyle sınırlı değil. Endonezya'nın doğal güzelliğinden, Hindistan'daki sosyal yaşantıya; Amerika tarihinden, tıp dünyasındaki yeni gelişmelere kadar aklımıza gelen ya da gelmeyen onlarca konuda Dilek Hoca'nın söyleyecek bir sözü vardır. Hayatın geneline ilişkin geliştirdiği bu öğrenme ve araştırma düsturu ile beni yetiştirmek için verdiği emek tarifsiz bir kıymete sahip. Öğrendiğim ve öğreneceğim her şey için Hocama ne kadar anlatılırsa anlatılsın eksik kalacak bir şükranla...

Cansu DAĞ BEREKET

*Doktora Adayı, Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,
Mali Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi (2012-2019)*



Prof. Dr. H. Dilek Yılmazcan'ın
Hayatı ve Eserleri

Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN'ın Hayatı

Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN 25 Nisan 1953 tarihinde Çorum'un İskilip ilçesinde dünyaya geldi. İlkokul ve liseyi İskilip'te tamamladıktan sonra Marmara Üniversitesi İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi'nde İktisat eğitimine başladı. Eğitimini 1975 yılında birincilik derecesiyle tamamladı. Ardından İsviçre'de Neuchâtel Üniversitesi'nde Fransızca dil eğitimi gördü. Yurda döndükten sonra, Boğaziçi Üniversitesi'nde İktisat alanında yüksek lisans yaptı ve 1980 yılında "Externalities" başlıklı tezini sunarak mezun oldu.

Marmara Üniversitesi'nde Maliye Teorisi alanında doktora eğitimine başladı ve Prof. Dr. Ömer Faruk BATIREL'in asistanlığını üstlendi. 1986 yılında "Hazine Yönetimi" başlıklı doktora teziyle doktor unvanını aldı. Prof. Dr. Halil NADAROĞLU'nun başkanlığı döneminde Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Maliye bölümünde Bütçe ve Mali Planlama anabilim dalı başkanı olarak yardımcı doçent unvanıyla çalışmaya başladı. Aynı üniversitede 1993 yılında doçent ve 1999 yılında profesör oldu.

1992-1997 yılları arasında Uluslararası Kamu Maliyesi Enstitüsü (IIPF - International Institute of Public Finance) üyesi olarak pek çok uluslararası bilimsel etkinliğe katıldı. 1997-1998 yılları arasında Türkiye Barbaros Lions Kulübü'ne başkanlık yaptı ve yönetim çevresinde uluslararası düzeyde birincilik elde etti, mükemmellik ödülü aldı. 2001 yılından itibaren Dünya Bankası'na bağlı Uluslararası Şeffaflık Derneği'nin Türkiye bölümünde (o zamanki adıyla Toplumsal Saydamlık Hareketi Derneği) başkan yardımcılığını üstlendi ve pek çok organizasyonda görev aldı. 2005 yılında Kırgızistan Manas Üniversitesi'nde Maliye bölüm başkanı olarak görevlendirildi ve dersler verdi. İstanbul Yüksek Ticaret ve Marmara Üniversitesi İİBF Mezunlar Derneği'nde ve İSTİVAK'ta yönetim kurulu üyeliği yaptı. ÇEKVA Çorum Eğitim ve Kültür Vakfı'nda aldığı görevi sürdürmektedir.

1972 yılında girdiği Marmara Üniversitesi'nden, tam 34 yıl sonra, 2006 yılında emekli oldu. 2007 yılında, 1999 yılından itibaren dersler verdiği Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin kadrosuna katıldı. Vergi hukuku, mali hukuk, hukukçular için iktisat, Türk vergi sistemi, vergi politikası, bütçe hukuku gibi konularda çok sayıda ders verdi. Ulusal ve uluslararası düzeyde eserler yayımladı, tebliğler sundu, sayısız toplantıya başkanlık etti. 2012-2013 eğitim döneminde dekan vekili olarak görev yaptı. Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Mali Hukuk anabilim dalı başkanı olarak görevine ve çalışmalarına devam etmektedir.

Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN'ın Eserleri

A. Kitaplar

1. H. Dilek Yılmazcan ve Murat Çiftçi, *Refah Devletinin Kurumsallaşma Süreci ve Ülke Grupları İtibarıyla İncelemeler*, Marmara Üniversitesi Yayınları, 2002.
2. H. Dilek Yılmazcan, Yunus Kışalı ve Sadi Işıklılar, *Enflasyon Muhasebesi: Yöntemler ve Standartlar*, Türkmen Kitabevi, 2002.
3. H. Dilek Yılmazcan, *Avrupa Topuluğu Bütçe Politikası*, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, 1999.
4. H. Dilek Yılmazcan, *Arz Yönlü İktisat ve Vergi Politikası*, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, 1992.
5. H. Dilek Yılmazcan, *Uluslararası Maliye Ders Notları*, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, 1992.
6. H. Dilek Yılmazcan, *Transfer Ödenekleri Politikası*, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, 1991.
7. H. Dilek Yılmazcan, *Türkiye'nin Dış Borçları ve Yönetimi (1970-1991 Dönemi)*, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, 1991.

B. Kitap Bölümleri

1. H. Dilek Yılmazcan (katkıda bulunanlar arasında), *Covid-19 Salgınının Vergi Hukuku Alanındaki Etkileri*, Türkiye Bilimler Akademisi Covid-19 Küresel Salgını: Hukuki Değişim ve Etkileşimler Raporu, Türkiye Bilimler Akademisi Yayını, 2020.
2. H. Dilek Yılmazcan ve Cansu Dağ, *Mali Düzenlemelerin Enerji Alanına Etkileri*, Güncel Maliye Tartışmaları - Prof. Dr. Ömer Faruk Batirel'e Armağan (Editörler: Ayşe Güner, Gülay Akgül Yılmaz ve A. Bumin Doğrusöz), Seçkin Yayınları, 2019.
3. H. Dilek Yılmazcan (Çeviri), *Türkiye'deki Vergilendirme Hakkında Majestelerinin Büyükelçilik Sekreteri Mr. Barron'un Raporu*, Osmanlı Maliyesi Hakkında İngiliz Raporları, (Derleyen: Nezh Varcan), Maliye Bakanlığı Yayını, 2000.

C. Makaleler

1. H. Dilek Yılmazcan, *Türkiye'de Katma Değer Vergisi Uygulaması ve Avrupa Birliği ile Dolaylı Vergilerin Uyumlaştırılması*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, 2008.
2. H. Dilek Yılmazcan, *Türkiye'de Mali Saydamlık*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, 2005.

3. H. Dilek Yılmazcan, *Kamu Kesiminde Yolsuzlukla Mücadele*, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 127, 1999.
4. H. Dilek Yılmazcan, *Eğitime Katkı Payları ve Son Düzenlemeler*, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 76, 1999.
5. H. Dilek Yılmazcan, *Yolcu Beraberi Eşya İstisnasının Kişisel Tüketim İçin Alınan Mal ile Sınırlı Olduğu*, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 75, 1999.
6. H. Dilek Yılmazcan, *Emekli ve Yardım Sandıkları ile Sigorta Şirketlerince Yapılan Ödemeler*, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 74, 1999.
7. H. Dilek Yılmazcan, *1990-1995 Yıllarında Dünya'da Askeri Harcamaların Eğilimi*, Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 12, 1999.
8. H. Dilek Yılmazcan, *Kara Para Aklama ve Uluslararası Mali Sistem*, Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 9, 1998.
9. H. Dilek Yılmazcan, *Yabancı Ülkelerin Türkiye'de Bulunan Konsoloslukları ve Diplomatlarla Yapılan Satışlarda K.D.V. İstisnası*, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 65, 1998.
10. H. Dilek Yılmazcan, *Sanayileşmiş Ülkelerde Devletin Büyümesi, Kamu Açıkları ve Devlet Borçlanması*, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 109, 1997.
11. H. Dilek Yılmazcan, *Okul, Dershane ve Kurslardaki Eğitim ve Öğretimde K.D.V.*, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 51, 1997.
12. H. Dilek Yılmazcan, *Türkiye'de ve Dünyada Servetin Vergilendirilmesi*, Marmara'nın Sesi Dergisi, Aralık 1995.
13. H. Dilek Yılmazcan, *Optimal Vergileme*, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Sayı: I-II, 1992.
14. H. Dilek Yılmazcan, *Debt Management*, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Prof. Dr. Mübeccel Kıray'a Armağan, Sayı: I-II, 1990.
15. H. Dilek Yılmazcan, *A View on Air Pollution and Energy*, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Sayı: I-II, 1984.

D. Tebliğler

1. H. Dilek Yılmazcan ve Hasan Basri Çifci, *Yolsuzluk ve Makroekonomi Üzerindeki Etkileri*, Uluslararası Avrasya Ekonomileri Konferansı, 2-4 Eylül 2020, İstanbul, Türkiye.
2. H. Dilek Yılmazcan ve Hüseyin Çakmak, *İklim Değişikliğinin Önlenmesinde Mali/İktisadi Araç Olarak: Karbon Emisyon Vergisi mi? Karbon Emisyon Ticareti mi?*, Uluslararası İşletme ve Pazarlama Kongresi, 29 Kasım-1 Aralık 2019, İstanbul, Türkiye.
3. H. Dilek Yılmazcan ve Cansu Dağ, *Financial Regulations in the Field of Energy Policies*, Uluslararası Avrasya Ekonomileri Konferansı, 10-20 Haziran 2019, Taşkent, Özbekistan.

4. H. Dilek Yılmazcan, *Kamu Maliyesi Hukukunda Anayasal Beklentiler*, Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler Sempozyumu, 1 Haziran 2012, İstanbul, Türkiye.
5. H. Dilek Yılmazcan, *Improving the Expenditure Management System*, Dünya Bankası ve Kore Kalkınma Enstitüsü Ortak Konferansı, 7 Aralık 2005, Seul, Güney Kore.
6. H. Dilek Yılmazcan, *Fiscal Transparency in Turkey, Fiscal Management Reform*, 6-8 Haziran 2005, İstanbul, Türkiye.
7. H. Dilek Yılmazcan, *Kamu Kesiminin Mali Disiplininin Bugünkü Durumu*, Türkiye VII. Vergi Kongresi, 16-17 Nisan 2004, İstanbul, Türkiye.
8. H. Dilek Yılmazcan, *Türkiye'de Dış Borç Yönetiminin Koordinasyonu ve Yabancı Ülke Uygulamaları*, XVIII. Uluslararası Maliye Sempozyumu, 12-16 Mayıs 2003, Girne, Kıbrıs.
9. H. Dilek Yılmazcan, *Bütçe Hakkı ve Bütçe Uygulamaları*, XIII. Uluslararası Maliye Sempozyumu, 14-16 Mayıs 2000, İstanbul, Türkiye.
10. H. Dilek Yılmazcan, *Vergilendirmede Devlet Vatandaş Uzlaşması*, Türkiye IV. Vergi Kongresi, 8-9 Mayıs 1998, İstanbul, Türkiye.
11. H. Dilek Yılmazcan, *Türkiye'de Mali Reform*, Maliye Bakanlığı Gelir Kontrolörleri Paneli, Mayıs 1996, Türkiye.

E. Diğer Eserler

1. H. Dilek Yılmazcan, *Vergi Ödeyen Vatandaşların Kamu Harcamaları Üzerindeki Hak ve Sorumlulukları*, Frederich Ebert Vakfı Yayını, 2000.
2. H. Dilek Yılmazcan, *Uygulanan Tasarruf Genelgelerinin Getirdikleri ve Göttürdükleri*, Frederich Ebert Vakfı Yayını, 2000.

F. Projeler

1. *Uluslararası Yerel Yönetimler Eğitim Programı*, Bişkek Belediyesi, TİKA ve Kırgızistan Cumhuriyeti Yerel Yönetim Ulusal Ajansı ortak projesi, 2006.
2. *Theoretical Structure of the Modular Training Program on Treasury, Debt and Risk Management*, Dünya Bankası, Hazine Müsteşarlığı ve Marmara Üniversitesi ortak projesi, Program Koordinatörlüğü, 1999.
3. *Principles and Techniques of Fund Raising*, Indiana Üniversitesi Filantropi Merkezi, 1997.



Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi'nden birincilikle mezun olduğu yıl, 1975.



Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN (sağdan üçüncü sırada) asistanken, Prof. Dr. Fehim ÜÇİŞİK ve Prof. Dr. Güzin ÜÇİŞİK'in nişan töreninde İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi'nin akademik kadrosu ile birlikte.



1989. Avrupa Birliği Bütçe Brifinginde, Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN soldan ikinci sırada.



1993. Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN doçentlik unvanını aldığında kutlama yemeğinde, hocaların hocası Prof. Dr. Halil NADAROĞLU, eski YÖK Başkanı Prof. Dr. Mehmet SAĞLAM, Marmara Üniversitesi eski rektörü Prof. Dr. Ömer Faruk BATIREL ve Prof. Dr. Turgay BERKSOY ile birlikte.



1993. Berlin IIPF Kongresi'nde Prof. Dr. Bedi Necmettin FEYZİOĞLU ve IMF Mali İşler Başkanı Prof. Dr. Vito TANZI ile birlikte.



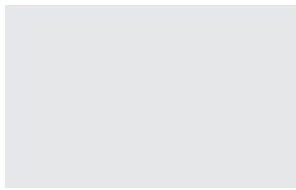
1998. XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu'nda Prof. Dr. Gülsen GÜNEŞ ve Prof. Dr. Bedi Necmettin FEYZİOĞLU ile birlikte.



2001. Günüşığında Kamu Yönetimi Sempozyumu'nda Prof. Dr. İl Han ÖZAY ile birlikte.



2013. Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN'ın dekan vekili olarak Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde organize ettiği Uluslararası Vergi Hukuku Sempozyumu'na İspanya ve Japonya'dan katılan konuklarla ve Prof. Dr. Ömer Faruk BATIREL ile birlikte.



Kamu Hukuku

Public Law

Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat İstemiyle Ağır Ceza Mahkemelerinde Açılan Davalarda Yargı Harcı

Judicial Fees in Lawsuits Held in High Criminal Courts for Indemnification Due to Criminal Coercive Measures

Prof. Dr. Uğur YİĞİT(*)
Doç. Dr. İlhami ÖZTÜRK(**)

Öz:

Harçlar Kanunu ile yargı harcı ve yargı harcına ilişkin çeşitli muafiyet ve istisnalar düzenlenmiştir. Harçlar Kanunu dışında diğer bazı kanunlarda da yargı harcına ilişkin muafiyet ve istisna hükümleri mevcuttur. Buna göre, ceza davaları kural olarak yargı harcına tabi değildir. Ancak, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemli ve ağır ceza mahkemelerinde görülen davaların yargı harcına tabi olmadığına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna rağmen, uygulamada mahiyeti itibarıyla ceza davası niteliğinde olmayan bu tür davaların açılması aşamasında yargı harcı alınmamakta ve yargı harcı hükme konu edilmemektedir. Bu çalışma ile koruma tedbirleri nedeniyle tazminata konu olan ve ağır ceza mahkemelerinde görülen davaların, aksi yöndeki yerleşik uygulama ve doktrindeki hâkim görüşe rağmen, şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması kapsamında yargı harcına tabi olması gerektiği hususu irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Yargı Harcı, Ceza Davası, Ceza Mahkemesi, Koruma Tedbirleri, Tazminat.

Abstract:

Judicial fees and various exemptions and exceptions thereof are regulated by the Law on Fees. Various regulations other than Law on Fees also provide exemptions and exceptions to judicial fees. Accordingly, criminal cases are not subject to judicial fees in

(*) İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Öğretim Üyesi, (E) Ağır Ceza Hâkimi, Cumhuriyet Savcısı.

E-posta: uyigit@ticaret.edu.tr.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2611-5047>.

(**) İzmir Bakırçay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Öğretim Üyesi, Kamu Hukuku Bölüm Başkanı, Mali Hukuk Anabilim Dalı Başkanı.

E-posta: ilhami.ozturk@bakircay.edu.tr.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-9828-8861>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 11.09.2020.

Makale Kabul Tarihi: 28.12.2020.

principle. On the other hand, there is no regulation providing that lawsuits that are held in high criminal courts for indemnification due to criminal coercive measures are not subject to judicial fees. Nevertheless, judicial fees are not required to be paid at the time of the filing of such lawsuits which, by their nature, do not have the characteristics of criminal cases. In this study, we examine the fact that despite opposing views dominant in doctrine and settled in practice, lawsuits that are held in high criminal courts for indemnification due to criminal coercive measures should be subject to judicial fees under the scope of judgements on rights pertaining to personal law.

Keywords:

Judicial Fee, Criminal Case, Criminal Court, Criminal Coercive Measures, Damages.

GİRİŞ

Yargılama hizmeti diğer birçok kamu hizmeti gibi devlet tarafından sunulmaktadır. Devlet bu hizmeti önemli ölçüde vergi ve diğer kamu gelirleri ile finanse etmesine rağmen hizmetin niteliği gereği çoğu durumda harç alma yoluna da gitmektedir. Zira yargılama hizmeti kural olarak ilgililerin başvurusu üzerine sağlanmakta ve sağlanan yargı hizmetinden doğrudan bu kişiler yararlanmaktadır. Diğer bir ifade ile yargı hizmetinden sadece ilgilileri doğrudan yararlanmakta, sunulan hizmet hızlı ve adil olduğu ölçüde toplumsal barışa ve huzura hizmet ettiğinden toplumun geneline de dolaylı olarak hizmet sağlanmış olmaktadır.

İşte bu nedenle yargı yoluna başvuranlardan hem hizmetten yararlanması karşılığı olarak hem de hizmetin keyfi kullanılmasını önlemek amacıyla harç alınması yoluna gidilmektedir.

Harçlar Kanunu'nun 2'nci maddesinde; yargı işlemlerinden bu kanuna bağlı (1) sayılı tarifede yazılı olanların, yargı harçlarına tabi olduğu, ceza mahkemelelerinde *şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması halinde* de celse harçları hariç olmak üzere (1) sayılı tarifeye göre harç alınacağı belirtilmiştir. Harçlar Kanunu'na bağlı (1) sayılı tarifenin, (A) Mahkeme Harçları bölümünde hukuk, ceza ve ticaret davalarında yargı harçları; başvurma harcı, celse harcı, karar ve ilam harcı, temyiz, istinaf ve itiraz harçları şeklinde düzenlenmiştir.

Ceza mahkemelerinde görülen davalar tarihi süreç içerisinde sadece Cumhuriyet savcıları tarafından açılan kamu davasından ibaret değildir. Bunun yanında "*şahsi dava*", "*şahsi hak davası*", "*kanun dışı yakalama ve tutuklama nedeniyle tazminat davası*", "*koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası*", "*hâkimler ve cumhuriyet savcılarının suç soruşturması veya kovuşturması sırasında, koruma tedbirleri dışında verdikleri tüm kararlar veya yaptıkları işlemler ile kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri nedeniyle tazminat davası*" ve "*infaz edilen mahkûmiyet kararının sonradan yargılamanın yenilenmesi sonucu kaldırılması nedeniyle tazminat davası*" ceza mahkemelerinde görülen davalar arasında yer almıştır.

466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki Kanun'un yürürlüğe girdiği 15 Mayıs 1964 tarihinden 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 6'ncı maddesi uyarınca Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141 ilâ 144'üncü maddelerinde düzenlene koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin hükümlerin yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihine kadarki 466 sayılı Kanun'un yürürlük dönemi ile 5520 sayılı Kanun'un yürürlükte bulunduğu 1 Haziran 2005 tarihinden bugüne kadarki toplam 55 yılı aşkın bir süre devam eden uygulama boyunca ceza mahkemelerinde görülen Harçlar Kanunu'nun ifadesiyle *şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması* kapsamında değerlendirilmesi gereken tazminat davalarında yargı harcı alınmadan ve yargılama giderleri arasında hükme konu edilmeden işlem tesis edilmiş olup uygulama bu istikamette sürdürülmeye devam etmektedir. Bu durum vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerin kanunla konulacağı, değiştirileceği ve kaldırılacağı şeklindeki Anayasal kanunilik ilkesine aykırı olarak bir harcın fiilen kaldırılması anlamına gelmektedir. Kanunla alınması emredilen bir harcın alınmaması hukuki değildir. Ayrıca, yargı harçlarının önemli fonksiyonlarından biri olan hakkın kötüye kullanılmasını önleme işlevi koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemiyle açılan davalarda hukuka aykırı olarak harç alınmaması nedeniyle yerine gelememektedir. Yargı kararlarının¹ yanı sıra uygulamaya yönelik eserlerde ileri sürülen görüşler² de kanun dışı yakalama veya tutuklama ile koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davalarının harca tabi olmadığı yönündedir.

Bu çalışmada, ceza mahkemelerinde görülen koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemli davalar ve bu davaların niteliği ile yargı harcına tabi olup olmadıkları hususu irdelenecek, konuya ilişkin yargı harcı uygulaması ile mevzuat hükümleri karşılaştırmalı olarak analiz edilecektir.

I. HARÇ VE YARGI HARÇLARI

Çağdaş hukuk sistemlerinde, kişilerin haklarını kendi kendilerine almaları kural olarak yasaktır. Kişiler haklarını yargılama gücüne sahip olan devlet eliyle alır. Ancak, Devlete başvurulduğunda, yargı harcı adı altında bir bedel ödenmesi zorunludur.

¹ Davanın niteliği gereği harca tabi olmadığı yönündeki Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 1. C.D., 05.04.2011, 2010/5611-211/2023; 7. C.D., 28.04.2009, 2006/17028-2009/5666; 8. C.D., 20.6.2006, 2005/2242-5481; 8. C.D., 29.06.2006, 2006/13-2006/5888; 8. C.D., 29.03.2011, 2008/17913-2011/2515; 9. C.D., 12.04.2007, 2007/252-2007/3221; 11. C.D., 25.03.2010, 2009/23855-2010/3494.

² Hülya Poyraz Giyik, *Kanun Dışı Yakalama, Tutuklama, Arama ve Elkoymaya İlişkin Tazminat Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 75.

A. Harç

Harç,³ kamusal güce dayalı olarak, kamusal harcamaların finansmanı için, kamu idaresi tarafından belirli edimlerden ya da belirli kamu hizmetlerinden “*yararlanma*” karşılığı alınan paradır.⁴ Bu anlamda harçların hukuki niteliğinin belirlenmesinde, “*yararlanma ilkesine dayalı olma*” temel ölçüt olarak kendini göstermektedir.⁵ Ancak, çoğu harç yararlanılan hizmetin tam karşılığı değildir.⁶ Harcı doğuran olay bir kamu hizmetidir. Sunulan hizmetin harç konusu olabilmesi için; kişinin bir kamu kuruluşundan yararlanması, kişiye kamu tarafından bir menfaat sağlanması ve kamu kuruluşunun kişinin bir işiyle uğraşması gerekir.⁷

Harç yükümlülüğü teoride “*masrafi karşılama*” ve “ *faydalanma*” ilkeleri ile açıklanmaktadır. Masrafi karşılama ilkesinde harca konu hizmetin maliyeti ölçülürken; faydalanma ilkesinde yükümlü için taşıdığı değer esas alınmaktadır.⁸ Bu kapsamda tanımlar, her iki ilkeyi de içine alacak şekilde yapılmaktadır.

Devletin, hizmet karşılığı aldığı harçlar, devlet işletmelerinin hizmet ve ürünlerinin maliyet karşılığı olarak aldığı bedel (ücret/fiyat) nitelik itibarıyla birbirinden farklıdır.⁹ Hizmet ve ürünlerin fiyat karşılığı sunulmasında üretim, piyasa talebi doğrultusunda düzenlenmekte olup hizmetin kalitesi de onu talep edenlerin yaptıkları ödemelere bağlıdır. Oysa kamu hizmetlerinden yararlanma

³ “Nazari olarak maliye ilminde harç, idarece kamu hizmetlerinden ziyade fertlerin şahsi menfaatlerine müteallik olarak yapılan hizmetler karşılığında o hizmetle alakalı şahıslardan alınan paralar olarak tarif edilmektedir. Alınacak harç miktarı hizmetin istilzam ettiği masraflar ile o hizmet karşılığında şahısların temin ettikleri menfaat derecesiyle orantılı olacaktır. Bu izahata göre harçlar Devlet tarafından yapılan hususi hizmetler mukabilinde doğan külfetlerdir.” (5887 sayılı Mülga Harçlar Kanunu gerekçesi).

⁴ Selim Kaneti, *Vergi Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul 1989, s. 5, Nihal Saban, *Vergi Hukuku*, 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2014, s. 5; Mehmet Arslan, *Vergi Hukuku*, 5. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, 2006, s. 331, Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, 13. Bası, Ankara, 2005, s. 445; Akif Erginay, *Vergi Hukuku Prensipleri*, Ankara 1953, s. 184, Kazım Yılmaz, *Türk Vergi Hukuku*, Ce-Ka Yayınları, 2003, s. 282; Özhan Uluatam, *Kamu Maliyesi*, İmaj Yayınevi, 2012, s. 297-298.

⁵ Burak Pınar, *Yargı ve İcra Harçları*, Adalet Yayınevi, 2009, s. 1-2.

⁶ İsmail Türk, *Kamu Maliyesi*, Turhan Kitapevi, 2011, s. 103.

⁷ Senai Olgaç, *Açıklamalı ve Uygulamalı Harçlar Kanunu*, Ankara 1964, s. 3; Hüsnü Aldemir, *Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000, s. 174; Mehmet Akif Eranıl, “*Harçlar Kanunu Üzerine İnceleme ve İzah*”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt. 8, Sayı. 103-104, s. 22.

⁸ Hakki Şinasi Ünver/İsmail Arslan, *Esbabi Mücibeleriyle Birlikte Yeni Damga Vergisi ve Harçlar Kanunu*, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1964, s. 69; Galip Çelik, *Servet ve Harcamaya Vergileri*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995, s. 239.

⁹ Halil Nadaroğlu, *Kamu Maliyesi Teorisi*, 11. Baskı, İstanbul 2000, s. 217; Kenan Bulutoğlu, *Kamu Ekonomisine Giriş*, İstanbul 2003, s. 405, Abdurrahman Akdoğan, *Kamu Maliyesi*, Genişletilmiş 11. Baskı, Gazi Kitapevi, Ankara 2006, s. 103.

karşılığı alınan harçlarda sadece sunulan hizmet maliyetinin tamamı değil bir miktar paranın alınması söz konusudur. Bu para miktarını belirleyen ise hizmete duyulan talep değil, siyasal süreç içinde alınan kararlar ve bütçe ödenekleridir.¹⁰

Harçların alınmasındaki en temel amaç kamu harcamalarının finansmanı olmakla birlikte bunun yanında toplumsal adaleti sağlama ve kötüye kullanımları önleme gibi amaçlar da söz konusudur. Bu itibarla ceza mahkemelerinde görülen koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemli davalardan harç alınması harç tanım ve amacına uygundur.

B. Yargı Harçları

492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 1'inci maddesinde bu Kanun'a göre alınacak harçlar arasında yargı harçlarına da yer verilmiştir.¹¹ Yargılama hizmetlerini karşılamak üzere faydalananlardan devlet tarafından alınan paralara “*yargılama harçları*” denir.¹²

Yargılama hizmetleri karşılığı alınan harç, bu hizmetin gerçek maliyeti olmayıp hizmetten bireysel olarak yararlanma karşılığında alınan bir bedeldir. Yargı harçları da diğer harçlar için olduğu gibi yararlanan hizmetin maliyetinin bir kısmına hizmetten yararlanma karşılığında katılma bedelidir. Bu noktada harcı vergiden ayıran en önemli etken cebirlik unsuru yerine yararlanma unsurunun söz konusu olmasıdır.¹³

Haklarına kavuşmak isteyenlerden parasal bir katkıda bulunmalarının istenmesi, adalet hizmetinin bedelsizliği ilkesi ile ters düşmez.¹⁴ Mahkemeleri, sürekli görev ya-

¹⁰ Bulutoğlu, a.g.e., s. 405.

¹¹ Harç, kişilerin özel olarak, kamu kurumları ve hizmetlerinden yararlanmaları karşılığında yaptıkları ödemelerdir (Anayasa Mahkemesi'nin 20/10/2000 tarih ve 24206 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 16/09/1998 tarih ve E. 1997/62, K. 1998/52 sayılı kararı). Harç kamu hizmetinden yararlananların bu hizmetler dolayısıyla hizmetin maliyetine bir ölçüde katılmak üzere ödedikleri meblağlardır. İdarece yapılan belirlenmiş bir hizmet sonucu, kamu hizmetinden yararlanma karşılığı olarak bu hizmetten yararlananlar tarafından ödenmesi gereken kamu geliri niteliği taşımaktadır (Danıştay 9. Dairesi'nin 15/10/2008 tarih ve E. 2008/278, K. 2008/4607 sayılı kararı). Harç, kamu kurum ve kuruluşlarının sunduğu hizmetlerden yararlananlardan, bu yararlanmaları karşılığı alınan bedeldir. Yargı hizmetleri de kuşkusuz kamu kurumlarının sunduğu en önemli hizmetlerden biridir. Anayasa'da herhangi bir yargı hizmetinin, ücretsiz olarak verileceğine ve kategorik olarak devletin harç alma yetkisi dışında tutulduğuna dair hüküm bulunmamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 29/12/2011 tarih ve 28157 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 20/10/2011 tarih ve E. 2011/54, K. 2011/142 sayılı kararı).

¹² Baki Kuru/ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 695.

¹³ İlhami Öztürk, “*Bir Hükümün Bozulmasını Takiben Verilen Kararda Hesaplanan Yargı Harcından Bozulan Hüküm Dolayısıyla Ödenmiş Olan Harcın Mahsubu*”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 2, Aralık 2015, s. 142.

¹⁴ Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özekes/ Oğuz Atalay, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 980-981.

par bir şekilde hak arayanların hizmetinde tutabilmek için yapılan giderlerin bir kısmı yargı hizmetinden yararlananlardan harç olarak alınır. Harçların bir türü olan ve aynı zamanda yargılama giderlerinin de bir kısmını teşkil eden yargı harçları, Devletin mahkemeler aracılığıyla yaptığı adli hizmete, ondan yararlananların katkısı olup ancak kanunla belirtilen durumlarda alınır.¹⁵ Yargı harcı adli hizmetlerde ve bu hizmetin gerektirdiği kırtasiye ve formalite masraflarını karşılamak mülahazasıyla hakiki ve hükmi şahıslardan Hazinece alınan paralardır. Yapılan işler ve görülen hizmet amme hizmetinden ziyade, kişilerin şahsına ve menfaatine ilişkindir.¹⁶

Harçlar Kanunu'nun 2'nci maddesinin birinci fıkrasında yargı işlemlerinden bu kanuna bağlı (1) sayılı tarifede yazılı olanların, yargı harçlarına tabi olduğu belirtilmiştir. Harçlar Kanunu'nun 5'inci maddesinde Bölge İdare Mahkemeleri ile Danıştay'da açılacak davalardan (1) sayılı tarife gereğince harç alınacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezalarla ilgili olup Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay'ın görevi içinde bulunan işlemler (3) sayılı tarifeye göre harca tabidir. Harçlar Kanunu'na bağlı (1) sayılı tarifede "yargı harçları", (3) sayılı tarifede ise "vergi yargısı harçları" düzenlenmiştir.

Harçlar Kanunu'na bağlı (1) sayılı tarifede hukuk, ceza ve ticaret davalarıyla, idari davalarda ihtilafsız yargı konularında, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurularda ve icra tetkik mercilerinde yargı harçları olarak; başvurma harcı, celse harcı, karar ve ilam harcı, temyiz, istinaf ve itiraz harçları olmak üzere "mahkeme harçları"; icra harçları, iflas harçları olmak üzere "icra ve iflas harçları"; kayıt ve tescil harçları, kayıt ve belge suretleri ve tasdikname harçları olmak üzere "ticaret sicili harçları"; suret harçları, muhafaza harçları, defter tutma harçları, miras işlerine ait harçlar, vasiyetname tanzimine ait harçlar olmak üzere "diğer yargı harçları" düzenlenmiştir. Harçlar Kanunu'nun eki (3) sayılı tarifede ise vergi yargısı harçları başlığı altında; başvurma harcı, nispi harç, maktu harç, suret harçları düzenlenmiştir.

Harçlar Kanunu'nun 2'nci maddesinin birinci fıkrasında "Yargı işlemlerinden bu kanuna bağlı (1) sayılı tarifede yazılı olanları, yargı harçlarına tabidir." denilmiş, ikinci fıkrasında "Ceza mahkemelerinde şahsi hukuka ait hakların hükmü altına alınması halinde de, celse harçları hariç olmak üzere (1) sayılı tarife göre harç alınır." hükmüne yer verilmiştir.

Harçlar Kanunu ve eki 1 sayılı tarife tetkik edildiğinde ceza davalarının yargı harcına konu teşkil etmediği görülmektedir. Nitekim Harçlar Kanunu gerekçesinde de ceza davalarından alınacak harçların bütün olarak harç mevzuu dışına çıkarıldığı belirtilmiştir. Harçlar Kanunu gerekçesinin umumi kısmında yer alan; "Ceza dâvalarından alınacak harçlar (şahsi haklarla ilgili dâvalar hariç) ile

¹⁵ 16.11.1983 tarih ve 5/6 sayılı Yargıtay İBK.

¹⁶ 23.12.1976 gün ve 7/6 sayılı Yargıtay İBK.

avukatlık işlerine mütaallik harçlar bütün olarak harç mevzuu dışına çıkarılmıştır. Gerçekten ceza dâvalarının bir harç mevzuu ve sebebi yapılması harçların dayandığı prensip ile bağdaştırılamamış, Devletin âmme menfaatine kullandığı ceza, tedip ve ıslah hakkının suçlulara yönelen bir harç mükellefiyeti meydana getiremeyeceği neticesine varılmıştır. Diğer taraftan ceza dâvası harçlarının gerçek bir fiskal değeri de bulunmamaktadır. Maliye idaresini füzuli olarak işgal etmekte, küçük miktarlardan tereküb etmesine karşılık binlerce mükellefe taallük etmektedir. Bunlardan harcın takip ve tahsili güç, verimsiz ve çok düşük nisbetlidir. Bütün bu sebepler ile ceza dâvalarından alınacak harçların mevzu dışına çıkarılmasının uygun olacağı düşünülmüştür.” şeklindeki açıklamadan da anlaşılacağı üzere “ceza davaları” harca konu değildir.

Kanun gerekçesinin bölümlere ilişkin kısmında yer alan; “*umumi kısımda açıklandığı üzere ceza mahkemelerinde görülen davalar sebebiyle, bundan böyle harç alınmayacaktır. Ancak ceza mahkemelerinde şahsi hukuka ait hakların da hüküm altına alınması halinde, bunlar hukuk mahkemelerinde görülen davalardan mahiyet itibarıyla farklı bulunmadıklarından mükellefiyette eşitlik sağlamak maksadiyle, bu nev’i davalardan da celse harcı hariç olmak üzere (1) sayılı tarife gereğince harç alınacağı 1. maddenin 2. fıkrasıyla hükme bağlanmıştır.*” açıklamasından da ceza mahkemelerinde görülen ceza davalarının harç mevzuu dışında bırakıldığı ancak ceza mahkemelerinde görülen şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınmasına ilişkin davaların celse harcı hariç (1) sayılı tarife gereğince harca tabi tutulacağı anlaşılmaktadır. Daha açık bir ifade ile ceza mahkemelerinde görülmekte olan tüm davalar değil “ceza davaları” yargı harcının mevzuu dışında tutulmuştur.

Bunlara ek olarak Harçlar Kanunu gerekçesinde geçici ikinci maddeye ilişkin olarak yer alan; “*Geçici 2’nci maddeyle, ceza dâvaları sebebiyle 5887 sayılı Harçlar Kanunu gereğince tahakkuk etmiş olan fakat henüz tahsil edilmemiş bulunan harçların, bu tasarının kanunlaşmasından sonra terkin olacağı nizamlanmıştır. Gerçekten bu tasarı ile ceza dâvaları harç mevzuu dışına çıkarıldığından tasarının kanunlaşması halinde, bu dâvalar sebebiyle tahakkuk edip de henüz tahsil edilmemiş harçların terkinin zaruretidir. Geçici madde bu sebebe müsteniden sevk edilmiş bulunmaktadır.*” açıklaması da 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle artık ceza davalarının harca mevzu olmaktan çıkarıldığını bir kez daha ortaya koymaktadır. Bu suretle ceza mahkemelerinde görülen sadece “ceza davaları” harçtan bağımsızdır. Ceza mahkemelerinde görülmekle birlikte şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması müteallik davalar ise yargı harcına tabidir. Bu çalışmanın konusunu teşkil eden ceza mahkemelerinde görülen koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemli davalar ceza mahkemelerinde görülmekle birlikte hukuki nitelikleri itibarıyla şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması kapsamında olduğundan (1) sayılı tarife uyarınca harca konu teşkil ederler.

Öte yandan, Harçlar Kanunu'nun 13'üncü maddesinin (i) bendine, 31/3/2011 tarih ve 6217 sayılı Kanun'un 12'nci maddesiyle eklenen “*ceza mahkemelerinden verilen kararlara karşı kanun yolu başvuruları*” ibaresi nedeniyle ceza mahkemelerince ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilen kararlara karşı istinaf ve temyiz başvuruları da yargı harcından bağıştıktır. Dolayısıyla bir kamu davası olan ceza davaları ve bu davalar neticesinde verilen kararlara karşı kanun yolu başvuruları da yargı harcına konu değildir. Ayrıca, anılan bent uyarınca kamu adına Cumhuriyet savcılarını tarafından hukuk mahkemelerinde açılan davalar ve bunlara ilişkin kanun yolu başvuruları da yargı harcından bağıştık tutulmuştur.

1. Yargı Harçlarının Mükellefi

Mükellef, vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettüb eden gerçek veya tüzel kişidir. Vergi kanunlarıyla kabul edilen haller müstesna olmak üzere, mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna müteallik özel mukaveleler vergi dairelerini bağlamaz (Vergi Usul Kanunu, md.8). Burada, aslında kanuni mükellefin tarifi yapılmaktadır.¹⁷ Buna göre, vergi mükellefi olabilmek için herhangi bir vergi kanununa göre vergi mükellefi olarak sayılmak yeterli görülmüştür. Verginin mükellefi, verginin asli unsurlarındandır. Bu nedenle, vergi kanunları, vergi mükellefini açık bir şekilde belirler.¹⁸ Yasadan kaynaklanmayan vergi yükümlülüğü, idari bir işlemle yaratılamaz.¹⁹ Vergi borcu kanundan doğar ve vergi borcunun miktarı, ne zaman doğduğu, mükellefin kim olduğu kanunda belirtilir.²⁰ Bir kişinin vergi mükellefi olabilmesi için iki şartın varlığını aramak gerekecektir. Bunlardan biri vergiyi doğuran olayın ilgilinin kişiliğinde gerçekleşmesi, diğeri ilgilinin vergiyi kendi mal varlığından ödeyecek olmasıdır.²¹

Anayasa'nın 73'üncü maddesinde²² teminat altına alınan “*vergilerin kanuniliği*” ilkesi²³ gereğince mükellefin de “kanun” ile belirlenmesi zorunludur.²⁴ Buna paralel olarak, yargı harcının mükellefi Harçlar Kanunu'nun 11'inci maddesi ile

¹⁷ Selahattin Tuncer, *Vergi Hukuku ve Uygulaması*, Yaklaşım Yayınları, 2003, s. 128.

¹⁸ Mehmet Arslan, *Vergi Hukuku*, Alfa Yayınları, 2000, s. 25.

¹⁹ Selim Kaneti, *Vergi Hukuku*, Filiz Kitapevi, 1987, s. 70.

²⁰ Özhan Uluatam/ Yaşar Mehtibay, *Vergi Hukuku*, İmaj Yayıncılık, 2001, s. 94-95.

²¹ Şükrü Kızılot/ Doğan Şenyüz/ Metin Taş/Recai Dönmez, *Vergi Hukuku*, Yaklaşım Yayıncılık, 2007 s. 74.

²² Vergi, resim harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır.

²³ Doktrinde kanunilik ilkesine dayanak olarak gösterilen Anayasa'nın 73'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan “*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır.*” hükmü dışında, yükseköğretime ilişkin olarak Anayasa'nın 130'uncu maddesinde yer alan “*alınacak harçlar... kanunla düzenlenir.*” hükmü de “*harçların kanuniliği*” ilkesine bir diğere Anayasal dayanak olarak gösterilebilecektir.

²⁴ Bulutoğlu, a.g.e., s. 369; Sıddık Sami Onar, *İdare Hukuku*, İsmail Akgün Matbaası, 1944, s. 1077.

belirlenmiştir. Anılan maddede, “*Genel olarak yargı harçlarını davayı açan veya harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişiler ödemekle mükelleftir. Vasinin hesabının görülmesi dolayısıyla alınacak harçlar, vesayet altındaki şahsa izafeten vasiden alınır. Herhangi bir istek olmaksızın resen yapılacak işlemlere ait harçlar, aksine hüküm yoksa lehine işlem yapılan kişilerden alınır.*” hükmü yer almaktadır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere yargı harcının mükellefi davayı açan kişi yani davacı veya harca mevzu işlemin yapılmasını isteyen kişidir.²⁵ Öte yandan, yargı harcının mükellefinin davacı olduğu yönündeki kuralın bazı istisnaları da mevcuttur.²⁶

Yargı harcının mükellefi²⁷ Harçlar Kanunu’nun 11’inci maddesi uyarınca davayı açan kişidir ve harcın bu kişi tarafından mükellef sıfatıyla ödenmesi gerekir.

²⁵ Yargı harcının mükellefinin davayı açan veya harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişi olarak belirlenmesi Harçlar Kanunu’nun genel sistematiğine uygundur. Nitekim, Harçlar Kanunu’nda noter harçlarını harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişilerin (md.40), vergi yargısı harçlarını harca mevzu olan işlemlerden dolayı Vergi Mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay’a başvuruların (md.53), konsolosluk harçlarını, harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişilerin (md.73), pasaport, ikamet tezkeresi ve tasdik harçlarını, harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişilerin (md.84), imtiyazname, ruhsatname ve diploma harçlarını kendilerine bu belgeler verilen kişilerin (md.109), trafik harçlarını, harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişilerin (md.120) ödemekle mükellef oldukları hükme bağlanmıştır. Söz konusu madde hükümlerinden de anlaşıldığı üzere, harçların mükellefi belirlenirken yararlanma ilkesi esas alınmıştır.

²⁶ Harçlar Kanunu’nun “*Celse harçlarında mükellef*” başlıklı 12’nci maddesinde, “*Hukuk ve ticaret mahkemelerinde celse harcı, muhakeme tarafların talep ve muvafakatleri üzerine talik edilmiş ise taraflardan ve evvelce yapılması mümkün olan bir işlemin yapılmamış olmasından dolayı talik edilmişse, talike sebebiyet veren taraftan alınır. Her iki halde talike vekiller sebebiyet vermişse celse harcı vekillere yüklenir. Vekil veya taraflara yüklenilen celse harcı müteakip iki celsede ödenmezse bir misli fazlasıyla alınır. Ödenmediği takdirde harcın bu miktar üzerinden tahsili için Maliye’ye tezkere yazılmasına karar verilir.*” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm ile yargı harcının davacı tarafından ödeneceği kuralına istisna getirilmiş, yargı harçlarının bir türü olan celse harcından dolayı davacı dışında davalının ya da taraf vekillerinin de mükellef olması mümkün kılınmıştır.

²⁷ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrasında; ilgili yerlere verilen dava dilekçelerinin harç ve posta ücreti alındıktan sonra derhal deftere kayıtlarının yapılacağı ve davanın bu kaydın yapıldığı tarihte açılmış sayılacağı, 2’nci fıkrasında; *davacılara* kayıt tarih ve sayısını gösteren imzalı ve mühürlü, pulsuz bir alındı kağıdı verileceği, 3’üncü fıkrasında; idare ve vergi mahkemesi bulunmayan yerlerde asliye hukuk hakimliklerine veya yabancı memleketlerde Türk konsolosluklarına verilen dilekçelerin en geç üç gün içinde Danıştay veya ait olduğu mahkeme başkanlığına taahhütlü olarak gönderileceği, bu yerlerde harç pulları bulunmadığı takdirde bunlara karşılık alınan paraların miktarı ve alındı kağıdının tarih ve sayısının dilekçelere yazılacağı, 4’üncü fıkrasında; herhangi bir sebeple harcı veya posta ücreti verilmeden veya eksik harç veya posta ücreti ile dava açılmış olması halinde durumun ilgiliye tebliğ olunacağı, tebligata rağmen gereği yerine getirilmediği takdirde bildirim aynı şekilde bir daha tekrarlanacağı, harç ve posta ücreti süresi içinde verilmez veya tamamlanmaz ise davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği ve *davacıya* tebliğ olunacağı hükmü yer almaktadır. Bu madde uyarınca yapılan işlemlerde harcın ödenmesi, eksik harcın tamamlanması ve tebligat hususunda muhatap alınan kişinin *davacı* olarak belirlenmiş olması da yargı harcının

Dava açılırken karar ve ilam harcının sadece dörtte birinin peşin olarak ödeniyor olması yükümlüde bir değişiklik yapmak için değil hak arama özgürlüğü ile mahkemeye erişim hakkı açısından getirilmiş bir kolaylıktır.²⁸ Peşin ödenen dörtte bir karar ve ilam harcı ve başvuru harcı için olduğu gibi dava karara bağlandıktan sonra ödenmesi gereken karar ve ilam harcının bakiye dörtte üçlük kısmının mükellefi de davayı açan kişidir. Karar ve ilam harcının bir kısmının peşin alınmayarak daha sonra tahsil edilmesi bu kısmın mükellefini değiştirmemektedir.

Hâkimin, burada harcın mükellefi konusunda bir takdir hakkı yoktur. Anayasal bir kural olan vergilerin kanuniliği ilkesi uyarınca mükellef kanun ile belirlenir. Hâkim, harcın matrah, oran, ödeme zamanı gibi unsurlarını belirleyemediği gibi mükellefini de belirleyemez. Davanın açılması anında Harçlar Kanunu'nun 11'inci maddesi uyarınca mükellef davayı açan, yargı hizmetinden yararlanmayı talep eden kişidir. Bu aşamada davanın lehine mi yoksa aleyhine mi sonuçlanacağı belli değildir. Yargı harcının mükellefi olarak davacının belirlenmiş olması yargılama faaliyetinin doğasına uygun ve en doğru seçenektir. Başvuru harcı ile dörtte bir peşin harca ilişkin davanın açılması aşamasında "ödeme" ve "mükellef" hususunda bir tereddüt ve çelişki bulunmamaktadır. Karar aşamasına gelindiğinde de Harçlar Kanunu'nun 11'inci maddesi uyarınca mükellef hala davayı açan taraf yani davacıdır. Kanun ile belirlenmiş olan mükellefin yargısal bir tasarrufla değiştirilmesi mümkün değildir.

Bu itibarla, koruma tedbirlerinin haksız uygulandığı gerekçesi ile tazminat talep eden yani şahsi haklara ilişkin ağır ceza mahkemesinde dava açan kişi (davacı), bu davanın açılması aşamasında gerekli harcı ödemekle mükelleftir. Dava

mükellefinin *davacı* olduğu yönündeki Harçlar Kanunu hükümlerine paralellik göstermektedir. Benzer şekilde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 120'nci maddesinde yer alan; "davacının yargılama harçları ile her yıl Adalet Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorunda olduğu" hükmü de kural olarak yargı harcının mükellefinin *davacı* olduğuna işaret etmektedir.

²⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Teltronic - CATV v. Poland* (2006) kararında; harç miktarının, başvurucunun bunu ödeme yeteneğinin olup olmadığı ve davanın hangi aşamasında uygulandığı açısından bir değerlendirmeye tâbi tutularak mahkemeye ulaşma hakkını engelleyip engellemediğinin açıklığa kavuşturulmasını gerekli görmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, uygulamalarında mahkemeye ulaşma hakkının özellikle medeni uyumsuzluklarda aşırı yargı harçları nedeniyle engellendiği konusuna dikkat çekmiş, *Kruez v. Poland* (2001) kararında da; başvuranın (davacının) yargı harçlarından bağışık tutulmasına dair istemini reddeden (davalı) devletin yargı harçlarını toplamadaki menfaatinin yakınmacının mahkemeye ulaşma hakkı ile uygun biçimde dengelenmediği sonucuna vararak devletin, bu konuda birtakım pozitif önlemleri alma yükümlülüğü altında olduğundan mahkemeye ulaşma hakkına etkin biçimde olanak tanıma adına harçlardan vazgeçmesinin gerektiğine karar vermiştir (Müslüm Akıncı, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Turhan Kitapevi, 2008, s. 192-194). Harçlar adil ve mutedil bir ölçüde olmalıdır ki, bunları ödemek hak arayanlar için büyük bir yük teşkil etmesin. Yani, bu ölçü hak arayanları dava açmaktan vazgeçirtecek derecede yüksek tutulmamalıdır (Baki Kuru/ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 1986, s. 537).

neticesinde haklı ya da haksız bulunması bu davaya ilişkin harç mükellefiyetini etkilemez. Dava neticesinde haklı görülürse mükellef sıfatıyla ödemiş olduğu harç yargılama gideri olarak kendisine ödenecektir. Dava neticesinde haksız bulunursa haksız yere dava açması nedeniyle harç mükellefi sıfatıyla ödemiş olduğu harç üzerinde kalacak bir başka ifade ile harcın nihai yüklenicisi olacaktır. Benzer şekilde ödenmesi gereken harcın belli bir oranının davanın açılması sırasında peşin, kalan kısmının kararın tebliğinden bir ay sonra ödenmesi mükellefiyeti de koruma tedbirlerinin haksız uygulandığı gerekçesi ile tazminat talep eden kişiye yani davacıya ait olacaktır. Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 141'inci maddesi uyarınca, bu maddede belirtilen koruma tedbirleri nedeniyle kişilerin maddî ve manevî her türlü zararlarını Devletten istemeleri, bu tazminatların ancak Devlet aleyhine açılacak davalar ile talep edilmesi,²⁹ Harçlar Kanunu'nun 13/j maddesiyle Genel Bütçeye dahil idarelerin yani Devletin bu Kanun'un 1 ve 3 sayılı tarifelerine giren bütün işlemlerinin harçtan müstesna tutulmuş olması³⁰ nedeniyle

²⁹ Gerek 466 sayılı Kanun döneminde, gerekse 5271 sayılı Kanun döneminde, haksız yakalama ve tutuklamadan doğan zararların giderilmesi için yapılan talepler bakımından husumet "Devlet"e yani onu temsilen "Maliye Hazinesi"ne yöneltilmiştir.

³⁰ *Uygulamada, yargı harcından bağışık tutulan idarelere karşı açılan davalarda, davacı tarafından ödenen harcın yargılama gideri olarak davalı idareye yükletilmesi hususunda mahkemeler iki farklı içtihat benimsemişlerdir. Bunlardan biri; davacı tarafından ödenen harç miktarının yargılama gideri olarak davalı idareden alınarak davacıya verilmesi, diğeri ise; yargı harcından muaf tutulan idare aleyhine sonuçlanan davada başvurma ve karar harçlarının, harcı ödemiş olan davacıya iade edilmesi gerektiği yönündedir. İkinci yöntemde peşin ödenen harcın dışında kalan harcın tamamlanması yoluna gidilmemektedir. Harçtan bağışık olan kamu idarelerinin haksız çıktığı davalar dolayısıyla davacı tarafından ödenen harcın yargılama gideri olarak, davalı idareden alınıp davacıya ödenmesi uygulamasının, harçtan muaf ya da işlemleri istisna edilmiş bir idarenin her ne suretle olursa olsun, harç ödemekle yükümlü tutulmasına sebebiyet vermesi nedeniyle kanun ile tesis edilen yargı harcı muafiyeti ve istisnası yoluyla kanun koyucunun ulaşmak istediği amaca ve vergi muafiyet ve istisna müessesesinin özüne tam olarak uygun olmadığını söylemek mümkündür. Davalı idareden alınarak davacıya verilmesine hükmedilen miktarın, idarenin kanunla bağışık tutulduğu harç değil, yine kanun gereği, davada haksız çıkması nedeniyle davacıya ödemek durumunda bulunduğu yargılama gideri olması, sonuçta bu tutarın davalı idare bütçesine gider olarak yansıdığı gerçeğini değiştirmemektedir. Ayrıca, karar verildiği tarih itibarıyla artık haklı taraf olduğu tespit edilen davacının haklı bulunduğu bir dava için, haklılığının tespiti tarihinden sonra bakiye harç ödemek zorunda bırakılması nedeniyle de bu uygulamanın hakkaniyete uygunluğu kuşkuludur. Öte yandan, davacı tarafından karar ve ilam harcının ödendiği tarih ile dava neticesinde yargılama giderlerinin yargı harcından muaf idare tarafından kendisine ödendiği tarih arasındaki zaman farkı ile bu zaman dilimi için yargılama giderlerine faiz işletilmemesinin davacıların aleyhine sonuçlar doğuracağı açıktır. Bilhassa, yüksek tutarlı nispi karar ve ilam harcı ödenmesi gereken davalar ile hükmün icrası için kesinleşme şartı öngörülen davalarda, ödemeye konu tutarların enflasyon nedeniyle uğradıkları reel değer kaybının davacıların mağduriyetini daha da artıracığı muhakkaktır. Diğer taraftan, yargı harcından muaf tutulan idare aleyhine sonuçlanan davalarda yargı harçlarının yargılama gideri olarak idareye yükletilmeyerek, bu harçların, harcı ödemiş olan davacıya iade edilmesi yönündeki diğer uygulama ise yargılama giderlerinin; kararda belirtileceği ve davada haksız çıkan tarafa yükletileceği yönündeki usul hukuku kurallarına aykırılık teşkil etmektedir. Buna ek*

le bir kısmı dava açılırken bir kısmı dava karara bağlandıktan sonra yargı harcı ödenmesi yönündeki davacının mükellefiyetini ortadan kaldırmayacaktır.

2. Yargılama Harçlarına İlişkin İstisna ve Muafiyetler

1982 Anayasası'nın, "Vergi Ödevi" başlıklı 73'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasına göre; "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır". Bu itibarla bir muafiyet ya da istisnanın söz konusu olabilmesi için, bu konuda açık bir kanun hükmünün bulunması gerekir.

Harç muafiyet ve istisnaları 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda ve özel kanunlarda düzenlenmiştir. Nitekim Harçlar Kanunu'nun onuncu kısım (Kısımlar Arasında Müşterek Hükümler) birinci bölümde (Genel Muafıklar ve İstisnalar) yer alan "Özel kanunlardaki hükümler" başlıklı 123'üncü maddenin birinci fıkrasında da özel kanunlarla harçtan muaf tutulan kişilerle, istisna edilen işlemlerden harç alınmayacağı hükme bağlanmıştır.

a. Harçlar Kanunu'nda Düzenlenen İstisna ve Muafiyetler

492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 13'üncü maddesinde "Aşağıda yazılı mevzular harçtan müstesnadır." denilmek suretiyle bazı konular harç dışında bırakılmıştır. Bu maddede davalar için tanınan istisnanın bu dava ile ilgili işlemler için de geçerli olacağı; kararlar bakımından getirilen istisnanın bu kararların verildikleri dava ve işleri de kapsayacağı sonucuna varılmaktadır.³¹

i. İstisnalar

Aşağıda belirtilen mevzular Harçlar Kanunu ile yargı harcından istisna tutulmuştur:

- Değeri 50 Türk Lirasını geçmeyen dava ve takipler (Ticari senetlere ait takipler hariç). Bu miktar, hükmedilen miktar değil, dava edilen miktardır. Bu nedenle 50 Türk Lirasından fazla bir miktar üzerinden açılan bir dava sonunda hükmedilen miktar 50 Türk Lirasından az olsa bile dava harca tabidir.³²
- Türk Medeni Kanunu uyarınca vasi tayini ve azli kararları ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca verilen hakim reddi talebinin kabulü ve hakimin çekilmesine ait kararlar.

olarak, yargılama gideri kapsamında mahkeme kararı ile hüküm altına alınmayan ve mahkeme kararı ile haksız çıkan davalı idareye yükletilmeyen yargı harçlarının iadesi, müstakil bir idari işlem konusu olarak yeniden dava açılmasına yol açabilecektir. Bu uygulama, yargı harçlarının davada haklı çıkan davacıya ödenmesi işlemi, mahkeme kararında hükme bağlanan yargılama giderlerine tanınan hukuki güvenceden de mahrum bırakılmaktadır (İlhami Öztürk, 'Kamu İdarelerine Kanunla Tanınan Yargı Harcı Muafiyetinin Yeniden Düzenlenmesi İhtiyacı', Maliye Dergisi, S: 169, Temmuz - Aralık, 2015, s. 46-52).

³¹ Semih Öktemer, "Başvurma Harcı", Adalet Dergisi, Ağustos-Eylül 1966, Cilt. 57, Sayı. 8-9, s. 574.

³² Baki Kuru, *Hukuk Usulü Muhakemeleri*, 6. Baskı, Cilt: V, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 5320.

- c) Ayda 100 Türk Lirasını geçmeyen nafakalara ait dava ve takipler (Birden fazla kişi lehine nafakaya hükmedilmesine dair ilamlarda her kişi lehine hükmedilen miktar müstakil olarak nazara alınır).
- d) İcra ve iflas dairelerinin kusuru yüzünden yanlış yapılmış olan işlemlerin ıslahı ve iptaline dair tetkik mercileri kararlarıyla, bu iptal veya ıslah dolayısıyla yeniden yapılacak işlemler.
- e) Ticaret sicilinde re'sen yapılan düzeltmeler.
- f) İcra tetkik mercilerinin cezaya mütedair³³ kararlarıyla bu kararların temyizi işlemleri.
- g) İcra ve İflas Kanunu'nun 270'inci maddesine göre yapılacak defter tutma işlemleri.
- h) Yetkili makamların isteyecekleri ilam ve sair evrak suretleri.
- i) Kamu adına Cumhuriyet savcıları tarafından hukuk mahkemelerine açılan davalar³⁴ ve kanun yolu başvuruları ile ceza mahkemelerinden verilen kararlara karşı kanun yolu başvuruları.

ii. Muafiyetler

Harçlar Kanunu'nun 14'üncü maddesine göre erler ve ihtiyaçları Devlet tarafından deruhde ve temin olunan onbaşı ve çavuşlar adliye işlemlerinden ötürü harçtan muafırlar.

İş Kanunu'na tabi işçilerin ve çırakların iş mahkemelerindeki dava ve bu mahkemelerden almış oldukları ilâmların takiplerinde, harçtan muafiyet, gündelikleri veya aylık ücretleri 16 yaşını doldurmuş işçiler için belirlenen asgarî ücreti geçmeyen işçiler ve çıraklar hakkında uygulanır (Harçlar Kanunu, md.123/2). Yabancı devletlerin Türkiye'de bulunan elçi, maslahatgüzar ve konsolosları ile elçilik ve konsolosluklarına mensup olan ve o memleketin uyrukluğunda bulunan memurları ve Türkiye'de resmi bir göreve memur edilenlerin bu sıfatlarından dolayı yapacakları harca mevzu işlemler, karşılıklı olmak şartıyla harçtan muafırlar (Harçlar Kanunu, md.124).

b. Diğer Kanunlarda Düzenlenen Yargı Harcına İlişkin İstisna ve Muafiyetler

Özel kanunlarla harçtan muaf tutulan kişilerle, istisna edilen işlemlerden harç alınmaz (Harçlar Kanunu, md.123). Buna göre, çeşitli kanunlardaki yargılama harcına ilişkin bağımsızlık getiren bazı hükümlere aşağıda yer verilmiştir.

- 221 sayılı Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun'un 7'nci maddesi,

³³ Cezai hükümler 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 331 ile 354'üncü maddeleri arasında düzenlenmiştir.

³⁴ Hasan Özkan/Kifayet (İştîp) Ataç, *Nüfus Davaları ve Nüfus İşlemleri*, Ankara, 2004, s. 64.

- 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu'nun 19'uncu maddesi,
- 1606 sayılı Bazı Dernek ve Kurumların Bazı Vergilerden, Bütün Harç ve Resimlerden Muaf Tutulmasına İlişkin Kanun'un 1'inci maddesi,
- 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 33'üncü maddesi,
- 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu'nun 34'üncü maddesi,
- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 64'üncü maddesi,
- 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'nun 58'inci maddesi,
- 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73'üncü maddesi,
- 4473 sayılı Yangın, Yersarsıntısı, Seylap veya Heyelan Sebebiyle Mahkeme ve Adliye Dairelerinde Ziya Uğrayan Dosyalar Hakkında Yapılacak Muamelelere Dair Kanun'un 46'ncı maddesi,
- 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 134'üncü maddesi,
- 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 37'nci maddesi,
- 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında Kanun'un 49'uncu maddesi,
- 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 114'üncü maddesi,
- 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 92/3 maddesi.

Yukarıda belirtilen kanun hükümlerinden de görüleceği üzere yasa koyucu bazen doğrudan yargı harcına yönelik bir istisna ya da muafiyet düzenlemiş bazen harç ve vergilere ilişkin genel olarak istisna ya da muafiyet hükmü getirerek yargı harçlarını da buna dahil etmiştir. Bazen de yargı harçlarının tamamı için değil kurumun görev alanına giren davalara münhasıran yargı harçları ile sınırlı bir istisna ya da muafiyet getirmiştir. Sonuçta tam ya da kısmi bir muafiyet ya da istisna şeklinde de olsa bir yargı harcı bağışıklığından söz etmek mümkündür. Daha açık bir ifade ile tüm bu hallerde yargı harcı ödenmeden dava açılabilen ve dava sonucunda da harçtan bağışık tutulan tarafa yargı harcı yükletilmemektedir.

Ancak, yukarıda yer verilen kanun hükümlerinden de anlaşılacağı üzere korumaya tedbirlerinin haksız uygulandığı gerekçesi ile tazminat talep eden yani şahsi haklara ilişkin ağır ceza mahkemesinde dava açan kişilere yönelik bir muafiyet ya da bu dava türüne ilişkin bir istisna hükmü bulunmamaktadır. Dolayısı ile söz konusu tazminat davaları açılırken yargı harcı ödenmesi gerekir. Davacının, dava neticesinde haklı bulunması bu davaya ilişkin harç mükellefiyetini etkilemez. Dava neticesinde haklı görülürse mükellef sıfatıyla daha önce ödemiş olduğu yargı harcı, yargılama gideri adı altında davalı tarafça, hükmedilen tazminat ile birlikte kendisine ödenecektir. Dava neticesinde haksız bulunursa haksız yere dava açması nedeniyle mükellef sıfatıyla ödemiş olduğu harç davacının üzerinde

kalacak bir başka ifade ile davacı harcın nihai yüklenicisi olacaktır. Buna rağmen, uygulamada ağır ceza mahkemelerinde açılan koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemli davalarda; “*ceza davaları harca konu değildir*” kuralından hareketle yargı harcı alınmamakta ve hüküm tesis edilirken de yargılama giderleri arasında harca ilişkin bir hesaplama yapılmamaktadır. Oysaki yukarıda açıklandığı üzere yargı harcına konu edilmeyen “*ceza davaları*” olup, bu çalışma ile irdelenen tazminat davaları kanunla ceza mahkemelerinin görev alanına verilmiş olmakla birlikte hukuki mahiyetleri itibarıyla ceza davası niteliğinde değildir. Nitekim Harçlar Kanunu’nun gerekçesinde³⁵ de belirtildiği üzere; ceza davalarından alınacak harçlar (şahsi haklarla ilgili davalar hariç) bütün olarak harç mevzuu dışına çıkarılmıştır. Bu itibarla harca konu olmayan ceza davaları olup şahsi haklarla ilgili davalar ise harca tabidir. Bu çalışmanın konusunu teşkil eden, koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davaları şahsi haklarla ilgili dava niteliğinde olup ceza davası olarak nitelendirilmeleri mümkün değildir. Bir başka anlatımla, bir davanın ağır ceza mahkemesinin görevinde olması ve bu mahkemede görülüyor olması tek başına bu davanın “*ceza davası*” olarak nitelendirilmesine yetmez. Aşağıda yer alan, ceza mahkemelerinde görülen davalara ilişkin bölümde irdelendiği üzere, hukuki niteliği itibarıyla ceza davası olmadığı halde, ceza mahkemelerinde görülen dava türleri de bulunmaktadır.

II. CEZA MAHKEMELERİNDE GÖRÜLEN DAVALAR

Anayasa’nın 142’nci maddesi uyarınca mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir. Ceza mahkemelerinde görülecek dava türlerine ilişkin hükümler; Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK), 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun Ceza Muhakemesi Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunundaki³⁶ (CMK) ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’da düzenlenmiştir.

Bu kanunlarda yer alan ceza mahkemelerinde görülen davaları ceza davası ve tazminat davası olmak üzere iki tür olarak tasnif edebiliriz.

A. Ceza Davaları

Ceza davası, suç konusu eylem nedeniyle failin TCK’da sayılan hapis, adli para cezası ve diğer yaptırımlara çarptırılmasını amaçlayan davadır. Tarihi süreç içerisinde ceza yargılama sistemi içerisinde kamu davası ve şahsi dava olmak üzere iki tür ceza davası uygulamasını görmekteyiz.

³⁵ https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c025/mm__01025037ss0282.pdf.

³⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu (Kanun Numarası: 5271 Kabul Tarihi: 4/12/2004 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 17/12/2004 Sayı: 25673).

1. Kamu Davası

Kamu davası, soruşturma evresi sonunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa, Cumhuriyet savcısı tarafından iddianame ile açılır. Davanın amacı suç oluşturan eylemlerin ve bunları yapanların ortaya çıkarılması, failerin yargılanması ve sonuca ulaşılmasıdır.³⁷ Yargılama sonunda mahkeme beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi gibi hükümlerden birini verir.

Asıl ceza yargılamasının yapılabilmesi için, kovuşturma zaruridir, yani suç isnadı yargılama makamı önüne getirilmelidir. Bu kovuşturma görevinin, Devlet adına yapılmasına, Devletin kovuşturması denir. Buna, devlet ithamı, toplumsal itham da denildiği vardır. Uyuşmazlığın yargılama makamı önüne getirilmesine dava denildiği için, Devletin kovuşturmasına “*kamu davası*” da denilmektedir. Nitekim kanunumuzda Devletin mahsus makamının açtığı davaya kamu davası (CMK, md.175/1) (amme davası, action publique, azione pubblica) adı verilmiştir. Fertler tarafından kovuşturma yapılması ve asıl ceza davası açılması çok istisnai olduğundan, sadece “*ceza davası*” denilince akla “*kamu davası*” gelmektedir. Kaldı ki her suçta, Devlet, zarar gören taraflardan biridir. Bu sebeple her suçtan dolayı ceza davası açmak, toplum yararına olduğundan, bu görev Devlet dediğimiz siyasi aygıttır. Bir kısım suçların kovuşturulmasında kamu yararı görmemek, bazı suçların sadece fertleri ilgilendirdiği fikrinin hâkim olduğu ve suçların kamu suçları-özel suçlar diye ayrıldığı eski devirlerin kalıntısıdır. Ceza yargılamasının yapılabilmesi için, suç isnadının yargılama makamı önüne getirilmesi gerekir. Buna “*kamu davası*” denilir. Ceza muhakemesinde iddia makamının görevi, uyuşmazlığı yargılama makamı önüne getirmek ve orada tutmaktır. Yargılama makamı harekete geçince davacı ile davalı arasında bir dava ilişkisi doğar. Muhakeme sadece dava açıldığı hallerde yürür: “*davasız yargılama olmaz*”.³⁸

Harçlar Kanunu, kanun gerekçesi ile kanunun eki 1 sayılı tarifenin tetkikinden de anlaşılacağı üzere “*ceza davaları*” yargılama harcına konu oluşturmazlar. Bu konuda uygulamada ve doktrinde herhangi bir tereddüt ve duraksama bulunmamaktadır.

2. Şahsi Dava

Ceza muhakemesinde ana kural ceza davalarının kamu adına savcılar tarafından açılmasıdır. Ancak mülga CMUK 344’üncü maddede sayılan hallerde Cumhuriyet savcısı dışında suçtan zarar gören kimsenin veya kanuni mümessi-

³⁷ Nur Centel/ Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, Ekim 2012, s. 3.

³⁸ Nurullah Kunter/ Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı, Beta, İstanbul, Ekim 2010, s. 295.

linin de ceza mahkemesinde dava açmasına imkân tanınmıştır. Buna şahsi dava denilmektedir.³⁹ Cumhuriyet savcısının açtığı dava “*kamu davası*” olarak, suçtan zarar görenin açtığı dava ise “*şahsi dava*” olarak adlandırılmaktaydı.

Şahsi dava niteliği açısından bir ceza davasıdır. Bir ceza davası olan ve yukarıda açıklanan kamu davasından farkı iddia ve kovuşturma faaliyetlerinin bizzat fert tarafından yapılmasıdır.⁴⁰ Ferdin tek başına iddia makamını işgal edebilmesi her suçta kabul edilmemiştir. Hangi suçlardan dolayı şahsi dava açılabileceği mülga CMUK 344’üncü maddesinde tahdidi bir şekilde gösterilmiştir. Bunların hepsi, kovuşturması şikâyete bağlı suçlardır. Fakat kovuşturması şikâyete bağlı suçların hepsi şahsi davaya imkân vermemekte idi. Dar manada ceza muhakemesinde Devletin iddia makamı olması kaideyi teşkil eder. Ceza Muhakemesi Kanunu kaideyi uygulamış ve şahsi davayı kaldırmıştır. Bununla birlikte, icradaki ceza davaları (İcra ve İflas Kanunu, md.349-352) da şahsi davanın özel çeşidi olduğu için, şahsi davanın devam ettiği söylenebilir.⁴¹ Ancak, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 9’uncu maddesine göre, özel kanunlarda öngörülen şahsi davalar kamu davasına dönüşmüştür. Halan şahsi dava usulüne göre yürütülen davalar da kamu davası olarak sürdürülür. Şahsi davacılar, katılan sıfatını alırlar. Bu durumda İcra ve İflas Kanunu’nda bulunanlar dâhil, nerede düzenlenmiş olursa olsun, tüm şahsi davalar kamu davasına dönüşmüştür.⁴²

“Ceza davası” niteliğini haiz şahsi davanın da kamu davasına benzer şekilde, harç mevzuu dışına çıkarıldığını, yargı harcına konu olmadığını kamu davasının harç mevzuu dışında tutulduğuna ilişkin gerekçelere dayanarak söylemek mümkündür.

B. Tazminat Davaları

Ceza mahkemelerinde görülen tazminat davaları;⁴³

- mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 365’inci maddede düzenlenen “*şahsi hak davası*”,
- 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun uyarınca *kanun dışı yakalanan ve tutuklanan kişilerin tazminat taleplerine ilişkin davalar*,
- 5271 sayılı CMK’da 141 vd. maddelerde düzenlenen

³⁹ Centel/ Zafer, s. 789.

⁴⁰ Yurtcan, s. 849-850.

⁴¹ Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, a.g.e., s. 367-368.

⁴² Bahri Öztürk, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s. 247.

⁴³ Uğur Yiğit/İlhami Öztürk, *Yargı Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara Temmuz 2020, s. 221-222.

- *Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası,*
- *Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları,*
- *Yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddî ve manevî zararlar nedeniyle tazminat davalarıdır.*

1. Şahsi Hak Davası

Şahsi davacı veya katılanın ceza mahkemesinden, esas olarak bir hukuk mahkemesinin yetkisinde olmakla birlikte, yargılanmakta olan uyuşmazlıkla bağlantılı olması sebebiyle, medeni hukuka ilişkin uyuşmazlığı da karara bağlamasını istemesine şahsi hak davası; böyle bir istemde bulunan şahsi davacı veya katılana da şahsi hak davacısı denir.⁴⁴

Mülga CMUK 365'inci madde uyarınca suçtan zarar gören her şahıs tahkikatın her halinde müdahale yolu ile hukuku amme davasına iltihak edebilir. Bu suretle amme davasına iltihak edenler şahsi haklarını da isteyebilirler. İşte suçtan zarar görenin kendisine karşı işlenen suç nedeniyle uğradığı maddî ve manevî zararları talep maksadıyla ceza mahkemesinde açtığı davaya şahsi hak davası denir. Şahsi hak davası bir "*hukuk davası*" olduğundan dava sonunda uygulanacak yaptırımlar ceza yaptırımı değil medeni yaptırımlardır.⁴⁵

Şahsi hak, malın geri verilmesini, suç eserlerinin ortadan kaldırılmasını, tazminat ve muhakeme masraflarının ödettilmesini istemek şeklinde tecelli ederdi. Ancak bu imkân hem neticede sanığın mahkûm olmasına hem de şahsi hak muhakemesinin ceza muhakemesini uzatmaması şartlarına bağlı idi (CMUK, md.358). Bu şartlar gerçekleşmezse, ceza mahkemesince şahsi hakka hükmedilmezdi. Şahsi davacı, şahsi hak davası açmamış ise ceza mahkemesinin kendiliğinden şahsi hakka hükmetmesine imkân yoktu.⁴⁶

Şahsi hak için ceza mahkemesine gidilmesi zorunlu değil ihtiyaridir. Kişi isterse hukuk mahkemesinde şahsi haklarını talep edeceği bir dava açabilir. Suçtan zarar gören, bu davayı ceza mahkemesinde açmakla, hukuk mahkemelerinde ikinci bir dava açmaktan kurtulmakta ve haklarına daha ekonomik bir yoldan kavuşmakta idi.⁴⁷

⁴⁴ Öztürk, a.g.e., s. 247.

⁴⁵ Erdener Yurtcan, *CMUK Şerhi*, 3. Bası, Beta Basın Yayın, İstanbul, Mart 2000, s. 952.

⁴⁶ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, a.g.e., s. 370-371.

⁴⁷ Centel/ Zafer, a.g.e., s. 790.

Şahsi hak davası Ceza Muhakemesi Kanunu ile kaldırılmıştır.⁴⁸

İlgilinin bu davayı hukuk mahkemesinde açmayı tercih etmesi durumunda, Harçlar Kanunu ve (1) sayılı tarife uyarınca gerekli yargı harçlarını ödeyeceği tartışmasızdır. Bu davanın ceza mahkemesinde açılması durumunda da Harçlar Kanunu'nun 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Ceza mahkemelerinde şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması halinde de celse harçları hariç olmak üzere 1 sayılı tarifeye göre harç alınır.*" hükmü uyarınca yargı harcı ödenmesi gerekir. Nitekim, kanun gerekçesinde de ceza mahkemelerinde görülen davalar sebebiyle, bundan böyle harç alınmayacağı, ancak ceza mahkemelerinde şahsi hukuka ait hakların da hüküm altına alınması halinde, bunların hukuk mahkemelerinde görülen davalardan mahiyet itibarıyla farkı bulunmadığından mükellefiyette eşitlik sağlamak maksadıyla, bu nev'i davalardan da celse harçları hariç olmak üzere 1 sayılı tarife gereğinde harç alınacağı açıklamasına yer verilmiştir.

2. Kanun Dışı Yakalama ve Tutuklama Nedeniyle Tazminat Davası

CMK yürürlüğe girmeden önce, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat verilebilmesini düzenleyen 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki Kanun geçerliydi.

Anılan Kanun'un 1'inci maddesi uyarınca Anayasa ve diğer kanunlarda gösterilen hal ve şartlar dışında yakalanan veya tutuklanan veyahut tutukluluklarının devamına karar verilen; yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar kendilerine yazılı olarak hemen bildirilmeyen; yakalanıp veya tutuklanıp da kanunu süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan; hâkim önüne çıkarılmaları için kanunda belirtilen süre geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetlerinden yoksun kılınan; yakalanıp veya tutuklanıp da bu durumları yakınlarına hemen bildirilmeyen; kanun dairesinde yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturma yapılmasına veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına veyahut beraatlarına veya ceza verilmesine mahal olmadığına karar verilen; mahkûm olup da tutuklu kaldığı süre hükümlülük süresinden fazla olan veya tutuklandıktan sonra sadece para cezasına mahkûm edilen kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar bu kanun hükümleri kapsamında Devletçe ödenmekte idi. Kanun'un 1'inci maddesinde yazılı sebeplerle zarara uğrayanlar, kendilerine zarar veren işlemlerin yapılmasına esas olan iddialar sebebiyle haklarında açılan dâvalar sonunda verilen kararların kesinleştiği veya bu iddiaların mercilerince karara bağlandığı tarihten itibaren üç ay içinde, ikametgâhlarının bulunduğu yer ağır ceza mahkemesine bir dilekçeyle başvurarak uğradıkları her türlü zararın tazminini isteyebilmekte idiler. Bu dilekçelerde; zarar isteminde bulunan kimsenin açık adresinin, zarara sebebiyet verdiği ileri sürülen işlemlerin özetinin,

⁴⁸ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, a.g.e., s. 370.

zararın dayandığı sebepler ile sübut delillerinin ve tazmini istenen zararın neden ibaret olduğunun yazılı olması ve sübut delillerinin dilekçeye bağlı olarak verilmesi gerekli olup belirtilen hususları içermeyen dilekçeler mahkeme kararıyla reddedilmekte idi. Tazminat istemine esas olan işlem, işi hükme bağlayan ağır ceza mahkemesince yapılmışsa, bu istemi incelemeye en yakın yer ağır ceza mahkemesi yetkili idi.

Yetkili mahkeme zarar istemine dair dilekçe üzerine, üyelerinden birisini işin incelemesiyle görevlendirir. Görevlendirilen üye, ilk önce, istemin kanuni süresi içerisinde yapılmış olup olmadığını inceler. İstem süresi içerisinde yapılmışsa, görevli üye hüküm ve karar dosyasını aldırtmak, her türlü incelemeleri yapmak ve gerekiyorsa tazminat isteminde bulunan kimseyi de dinlemek suretiyle delilleri topladıktan sonra yazılı düşüncesini bildirmesi için evrakı Cumhuriyet savcılığına gönderir. Mahkeme, Cumhuriyet savcısının yazılı görüşü üzerine duruşma yapmaksızın kararını verir. Bu karar aleyhine tebliğ tarihinden başlayarak bir hafta içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 18/c maddesi ile 7.5.1964 tarihli ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 6'ncı maddesi uyarınca Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141 ilâ 144'üncü maddelerinde düzenlene koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin hükümler, 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren yapılan işlemler hakkında uygulanır. Bu tarihten önceki işlemler hakkında ise 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

CMK ile düzenlenen koruma tedbirleri nedeniyle tazminat talep edilebilecek haller kanun dışı yakalama ve tutuklamaya kıyasla çok daha geniştir.

Kanun dışı yakalanan veya tutuklanan kimselere tazminat verilmesine ilişkin davalar mahiyetleri itibarıyla ceza davası değildir. Bu davalara ilişkin olarak ağır ceza mahkemeleri görevli mahkeme olarak belirlenmeyip hukuk ya da idare mahkemeleri belirlenmiş olsaydı açılan bu davalar yargı harcına konu olacaktı. Yukarıda açıklandığı üzere ceza mahkemelerinde görülmekte olan ceza davaları harç konusu dışında tutulmuş ancak ceza mahkemelerinde şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması halinde, bunlar hukuk mahkemelerinde görülen davalardan içerik itibarıyla farklı bulunmadıklarından mükellefiyette eşitlik sağlamak amacıyla bu tür davalardan da celse harçları hariç olmak üzere 1 sayılı tarife gereğinde harç alınacağı açıktır. Buna rağmen uygulamada, 466 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönem içerisinde açılan kanun dışı yakalanan veya tutuklanan kimselere tazminat verilmesine ilişkin davalarda harç alınmadığı ve mahkemeler tarafından harca hükmedilmediği konuya ilişkin mahkeme kararlarından anlaşılmaktadır.

3. Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davası

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası, bir suç soruşturması veya kovuşturması sırasında CMK 141'inci maddede sayılan görevlilerin usul kurallarına uymama veya keyfi adli işlemler nedeniyle kişilerin uğradıkları maddi ve manevi her türlü zararın giderilmesi için Devleti temsilen Hazineye karşı ağır ceza mahkemesinde açtıkları davalardır.

Bu dava şahsi hak davasının konu ve fail/davalı yönüyle sınırlanmış özel bir türüdür. Şahsi hak davası, suç konusu olan her türlü eylem nedeniyle uğranılan her türlü maddi ve manevi zararın giderilmesi için açılırken, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası, ceza mahkemelerinde yargılanan bir suç soruşturması veya kovuşturması sırasında CMK 141'inci maddede sayılan usul kurallarına uymama veya keyfi adli işlemler nedeniyle ortaya çıkan maddi ve manevi her türlü zararın giderilmesi ile sınırlı olarak açılabilir. Diğer bir farklılık ise zararı doğuran fail yönündendir. Şahsi hak davasında zarara neden olan eylemi işleyen herhangi bir kişi dava edilebilirken, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası yalnızca Devleti temsilen Hazine aleyhine açılabilir.

CMK'nın aşağıda ayrıntılı olarak irdeleneceği üzere 141'inci maddesinin birinci ve üçüncü fıkrası hükümleri birlikte değerlendirilmesinden kanunda sayılan tüm koruma tedbirlerinin haksız uygulanması nedeniyle ağır ceza mahkemesinde tazminat davası açılabileceği anlaşılmaktadır.

Koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davasına ilişkin olarak idari yargı görevli olabileceken kanun koyucu bu uyumsuzluğun adli yargıda (ağır ceza mahkemelerinde) görülmesini istemiştir.⁴⁹ Kanun koyucu, koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davalarının ağır ceza mahkemesinde görülmesini istemiş olmakla birlikte tazminatın hesaplanması konusunda tazminat hukukunun genel prensiplerine yollama yapmıştır.

Aşağıda ayrıntılı olarak izah edildiği üzere koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davaları ceza davası niteliğinde değil, ceza mahkemelerinde şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması kapsamında değerlendirilmesi

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, "Anayasa Mahkemesinin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasada adli ve idari yargı ayrımına gidilmiş ve idari uyumsuzlukların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, genel olarak idare hukuku alanına giren konularda idari yargı, özel hukuk alanına giren konularda adli yargı görevli olacaktır. Bu durumda, idari yargının görev alanına giren bir uyumsuzluğun çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda kanun koyucunun mutlak bir takdir yetkisinin bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Ancak, idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyumsuzluğun çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması hâlinde kanun koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir." yönünde hüküm tesis etmek suretiyle, kanun koyucunun görevli mahkemeyi belirleme konusundaki takdir hakkına vurgu yapmıştır (Anayasa Mahkemesi'nin, 27/3/2014 tarih ve 28954 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 26.12.2013 tarih ve E. 2013/68, K. 2013/165 sayılı kararı).

gereklî bir dava niteliğinde olduğundan, yargı harcına konu olması gerekir. Tazminat hesaplanmasının, diğêr tazminat davalarında olduğu üzere hem Anayasa hem de ilgili kanun hükmü uyarınca tazminat hukukunun genel prensiplerine göre yapılacak olması bu davaların ceza davası değil hukuk/tazminat davası olarak nitelendirilmesi gerektiği yönündeki kanaati güçlendirmektedir. Anılan dava, hukuk mahkemelerinde ya da idare mahkemelerinde görülen tazminat davalarından mahiyet itibarıyla farklı bulunmadığından mükellefiyette eşitlik sağlamak maksadıyla, bu nev’i davalardan da celse harçları hariç olmak üzere Harçlar Kanunu’nun eki 1 sayılı tarife uyarınca harç alınması gerektiğini söylemek mümkündür. Nitekim bu davalara ilişkin olarak kanun koyucunun idare mahkemelerini ya da hukuk mahkemelerini görevli kılması durumunda yargı harcı alınması söz konusu olacaktır.

4. Hâkimler ve Cumhuriyet Savcılarının Suç Soruşturması veya Kovuşturması Sırasında, Koruma Tedbirleri Dışında Verdikleri Tüm Kararlar veya Yaptıkları İşlemler ile Kişisel Kusur, Haksız Fiil veya Diğêr Sorumluluk Hâlleri Nedeniyle Tazminat Davası

18/6/2014 gün ve 6545 sayılı Kanun’un 70’inci maddesi ile CMK’nın 141’inci Maddesine eklenen üçüncü fıkrada yer alan “*Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğêr sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir.*” hükmü ile koruma tedbirleri dışında tazminat doğurran kararlar ve işlemlere dava yolu açılmıştır.

Bu düzenlemeyle Hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının suç soruşturması veya kovuşturması sırasında, koruma tedbirleri dışında verdikleri tüm kararlar veya yaptıkları işlemler ile kişisel kusur, haksız fiil veya diğêr sorumluluk hâlleri nedeniyle de dâhil olmak üzere ceza mahkemelerinde tazminat davası açılabilmesine imkân sağlandığını hatırlatmakta yarar vardır.

5. İnfaz Edilen Mahkûmiyet Kararının Yargılamanın Yenilenmesi Sonucu Kaldırılması Nedeniyle Tazminat Davası

Yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddî ve manevî zararlara ilişkin tazminat davaları da ağır ceza mahkemelerinde görülür.

CMK’nın 311 ve 314’üncü maddelerinde sayılan nedenlerin varlığı durumunda yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir.

Yargılamanın yenilenmesi istemi hükmün infazını ertelemeyiz. Ancak mahkeme, infazın geri bırakılmasına veya durdurulmasına karar verebilir (CMK, md.312). Hükmün infaz edilmiş olması veya hükümlünün ölümü, yargılamanın

yenilenmesi istemine engel olmaz. Ölenin eşi, üstsoyu, altsoyu, kardeşleri yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunabilirler. Bu kişilerin yokluğu hâlinde, Adalet Bakanı da yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunabilir (CMK, md.313). Kanun yollarına başvurma hakkındaki genel hükümler, yargılamanın yenilenmesi istemi hakkında da uygulanır. Yargılamanın yenilenmesi istemi, bunun yasal nedenleri ile dayandığı delilleri içerir (CMK, md.317).

Yargılamanın yenilenmesi istemi, hükmü veren mahkemeye sunulur. Bu mahkeme, istemin kabule değer olup olmadığına karar verir (CMK, md.318). Mahkeme, yargılamanın yenilenmesi istemini yerinde bulursa delillerin toplanması için bir naip hâkimi veya istinabe olunan mahkemeyi görevlendirebileceği gibi kendisi de bu hususları yerine getirebilir. Delillerin mahkemeye veya naip hâkim tarafından veya istinabe suretiyle toplanması sırasında, soruşturmaya ilişkin hükümler uygulanır. Delillerin toplanması bittikten sonra Cumhuriyet savcısı ve hakkında hüküm kurulmuş olan kişiden yedi günlük süre içinde görüş ve düşüncelerini bildirmeleri istenir (CMK, md.320).

Yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddî ve manevî zararlar CMK'nın 141 ilâ 144'üncü maddeleri hükümlerine göre tazmin edilir (CMK, md.323).

Bu halde herhangi bir koruma tedbiri söz konusu değildir. Tazminatın konusu kısmen veya tamamen infaz edilen mahkûmiyet kararı nedeniyle uğranılan zarardır.⁵⁰ Bu şekilde kişilerin uğramış oldukları maddî ve manevî zararlar nedeniyle açılan davalar da CMK'nın 141 ilâ 144'üncü maddeleri hükümlerine tabi kılınmış olduğundan tıpkı koruma tedbirleri nedeniyle açılan davalar gibi ağır ceza mahkemelerinde görülürler.

Yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddî ve manevî zararların tazmini talebiyle açılan davalar mahiyetleri itibarıyla ceza davası niteliğinde değildirler. Bu davalar, Harçlar Kanunu'nun ifadesiyle ceza mahkemelerinde şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması kapsamında değerlendirilebilecek nitelikte olup yargı harcının konusuna girerler. Hukuk ya da idare mahkemelerinde görülen tazminat davalardan mahiyet itibarıyla farklı bulunmadığından mükellefiyette eşitlik sağlamak amacıyla, bu nev'i davalardan da Harçlar Kanunu'nun eki 1 sayılı tarife uyarınca harç alınması gerekir.

⁵⁰ Nabi Özalp, "Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m.141-144)", TBB Dergisi, 2019 (145), s. 84.

III. KORUMA TEDBİRLERİ NEDENİYLE TAZMİNAT DAVALARINDA YARGI HARCİ

A. Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları

1. Koruma Tedbirleri

Ceza muhakemesinin yapılmasını ve yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararların kâğıt üzerinde kalmamasını ve muhakeme masraflarının karşılanmasını sağlamak amacıyla, kural olarak, ceza mahkemesinde karar verme yetkisini haiz olan yetkililer tarafından, gecikmede sakınca bulunan durumlarda, geçici olarak başvurulmuş ve hükümden önce bazı temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren kanuni çarelere koruma tedbirleri denir.⁵¹

Soruşturma evresinde elde edilen bilgi veya bulguların ileride duruşmada delil olarak kullanılabilmesi için bunların bozulmadan saklanmaları gerekir. Bu saklamaya hizmet eden araçlar koruma tedbirleridir. Koruma tedbiri, hukukun diğer dallarında da rastlanılan bir müessese olup “tehlike tedbiri”nin bir çeşididir. Tehlike dediğimiz ve korktuğumuz “zarar ihtimali”ne karşı aldığımız tedbirlere “tehlike tedbiri” adını veriyoruz.⁵²

Koruma tedbirleri, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Birinci Kitap Dördüncü Kısım’da düzenlenmiştir. Birinci Kitap Dördüncü Kısımın Birinci Bölümünde *yakalama ve gözaltı* (md.90-99); İkinci Bölümünde *tutuklama* (md.100-108); Üçüncü Bölümünde *adli kontrol* (md.109-115); Dördüncü Bölümünde *arama ve elkoyma* (md.116-134); Beşinci Bölümünde *telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi* (md.135-136); Altıncı Bölümünde *gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme* düzenlenmiş ve Yedinci Bölümünde de koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hükümlerine (md.141-144) yer verilmiştir.

2. Koruma Tedbirleri Nedeniyle Açılan Tazminat Davası

Ceza soruşturması veya kovuşturması yapılırken şüpheli veya sanıklara hukuka aykırı olarak verilen zararın giderilmesi fikri ilk defa 1961 Anayasası’nın 30’uncu maddesi ile ortaya çıkmıştı. Anayasa hukuka uygun özgürlük kısıtlamalarının koşullarını düzenledikten sonra, maddenin son fıkrasında “*Bu esaslar dışında işleme tabi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar kanuna göre devletçe ödenir.*” diyerek 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan ve Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun’un alt yapısını oluşturmuştur. Daha sonra 1982 Anayasası’nın 19’uncu maddesi⁵³ de aynı düzenlemeyi sürdür-

⁵¹ Öztürk, a.g.e., s. 439.

⁵² Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, a.g.e., s. 833.

⁵³ “Madde 19 - Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir. Şekil ve şartları kanunda gösterilen: Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin

müş, fakat 4709 sayılı Kanun ile Anayasa’da yapılan değişikliklerle, zararın “*tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenmesi*” esası benimsenmiştir. 1/6/2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK, tazminat kapsamını sadece haksız yakalama ve tutuklama ile sınırlı tutmayarak daha geniş düzenlenmiş ve CMK 141’de gösterilen bazı koruma tedbirlerini tazminat kapsamına almıştır.⁵⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5/5 maddesinde yer alan; işbu maddenin hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tevkif muamelesinin mağduru olan her şahsın tazminat istemeye hakkı olduğu yönündeki hüküm de tazminat davasına dayanak teşkil eder.

CMK 141’inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

- a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen,
- b) Kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan,
- c) Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan,

yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir. Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hakim huzuruna çıkarılmaya kadar bildirilir. (Değişik birinci cümle: 3/10/2001-4709/4 md.) Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal ve savaş hallerinde uzatılabilir. (Değişik fıkra: 3/10/2001-4709/4 md.) Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir. Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir. Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir. (Değişik: 3/10/2001-4709/4 md.) Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir.”

⁵⁴ Nurullah Kunter/ Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoglu, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Cilt I, Beta, İstanbul, Haziran, 2013, s. 1587-1588.

- d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen,
- e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen,
- f) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan,
- g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan,
- h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen,
- i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen,
- j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen,
- k) Yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını Devletten isteyebilirler.

CMK'nın 142/2'nci maddesi uyarınca bu istemler, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır.

Görüleceği üzere, CMK'nın 141'inci maddesinin düzenlendiği, Birinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölüm'ün başlığı "*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*" olmasına rağmen CMK'nın 141'inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında açılacak olan tazminat davaları bu Kanun'un "*Koruma Tedbirleri*" başlıklı Birinci Kitap Dördüncü Kısımda sayılan tüm koruma tedbirlerinin haksız uygulanması nedeniyle ortaya çıkacak maddi ve manevi zararların giderilmesini kapsamamaktadır. Halbuki bireylerin belki de en çok hukuka aykırı müdahaleye maruz kalabileceği haller gizli soruşturma tedbirleri denilen ve anılan madde kapsamına dahil edilmeyen; iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirleridir.⁵⁵ Bu bakımdan CMK'nın 141'inci maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa'ya göre, daha ileri bir aşamayı ifade etse de tüm koruma tedbirlerinin tazminat kapsamına almaması önemli bir eksiklik idi. Örneğin, gözlem

⁵⁵ Veli Özer Özbek/ Mehmet Nihat Kanbur/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2012, s. 480.

altına alma koruma tedbirinin hukuka aykırı olarak uygulanması, tazminat nedeni olarak öngörülmemiştir. Ayrıca CMK'nın 141/1 maddesinin (a) ve (e) bentlerinde yakalama ve tutuklama bakımından tazminat öngörülmesine karşın gözaltı için tazminatın öngörülmemesi de bir eksikliklerdir. Keza arama tedbiri açısından sadece *“arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi”* tazminat nedeni olarak öngörülmüştür. Koşulları oluşmadan verilen ve bu nedenle de hukuka aykırı olan bir arama kararı nedeniyle tazminat talep edilememesi bir başka eksikliklerdir. Yine CMK'nın 141/1 maddesinin (c) bendinde, kanuni hakları hatırlatılmadan tutuklama kararı verilmesi tazminat nedeni olarak düzenlemesine karşın kanuni haklar hatırlatılmadan yakalama ve gözaltına alma işlemlerinin yapılması tazminat nedeni olarak düzenlenmemiştir. Tutuklama ile gözaltı ve yakalama arasındaki bu ayrımın mantıklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Yargıtay da CMK'nın 141'inci maddesinin birinci fıkrasında sayılmayan adli kontrolün (CMK m.109) kanuna aykırı olarak uygulanması⁵⁶ ve iddianamede yer almaması gereken mağdura ait bilgilerin yer alması⁵⁷ nedenleriyle açılan tazminat davalarını kabul eden az sayıdaki kararları dışında, tazminat nedenlerinin sınırlı olarak düzenlendiği gerekçeyle sayılan nedenlerin dışında açılan davaların reddi yönünde karar vermiştir.⁵⁸

CMK'nın 141'inci maddesinin birinci fıkrasında sayılanların dışında kalan diğer koruma tedbirleri nedeniyle birtakım haksızlıkların ortaya çıkmış olması durumunda zararın giderilmesine ilişkin tazminat davaları ceza mahkemelerinde açılmamıştır. Ceza mahkemelerinin maddi ve manevi zararların giderilmesine ilişkin yetkisi istisnai nitelikte kalmıştır. Söz konusu istisnai düzenlemenin kıyas yoluyla genişletilememesi sonucunda tahdidi olarak sayılan koruma tedbirleri dışındaki diğer tedbirler bakımından ortaya çıkan tazminat taleplerine uygulanmamıştır.⁵⁹

CMK'nın 141'inci maddesine, 18/06/2014 gün ve 6545 sayılı Kanun'un 70'inci maddesiyle 28/06/2014 tarihinden geçerli olmak üzere üçüncü fıkra olarak eklenen; *“Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir.”* hükmü ile birinci fıkranın kapsamı genişletilmiştir. Böylece CMK'nın 141'inci maddesinin birinci fıkrasında sayılmayan koruma tedbirleri nedeniyle uğranılan zararların da ağır ceza mahkemelerinde talep edilmesi mümkün kılınmıştır. Bu

⁵⁶ Yargıtay 12. CD., 20.3.2017, E. 2016/12408, K. 2017/2139; Yargıtay 12. CD., 16.2.2015, E. 2014/13444, K. 2015/2705.

⁵⁷ Yargıtay 12. CD., 11.11.2015, E. 2015/13049, K. 2015/17584.

⁵⁸ Özalp, s. 85, 152-153.

⁵⁹ Buna karşılık, haksızlıkların giderilmesine ilişkin söz konusu düzenlemelerin, kıyas yoluyla diğer tedbirler bakımından da kabul edilebileceğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır.

düzenlemeyle hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının suç soruşturması veya kovuşturması sırasında, koruma tedbirlerine ilişkin olmayanlar da dahil olmak üzere, verdikleri tüm kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere ceza mahkemelerinde tazminat davası açılabilmesine imkân sağlandığını vurgulamakta yarar vardır. CMK'nın 141'inci maddesinde yapılan bu düzenlemenin bir sonucu olarak açılmış olan mevcut davalar ve Yargıtay incelemesinde bulunan dosyalar bakımından geçiş hükümlerinin düzenlenmesi amacıyla 5320 sayılı Kanuna geçici 8'inci madde⁶⁰ eklenmiştir.

CMK'nın 141 ila 144 maddelerinin yanı sıra Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 46 ila 49'uncu maddelerinde, yargılama faaliyeti nedeniyle Devletin sorumluluğu düzenlenmiştir. Her iki sorumluluk nedeniyle de Devlet kanuni hasım olarak düzenlenmekte ise de düzenlemelerin hareket noktası ve gerekçeleri farklı olup; genel olarak hâkimlerin sorumluluğunu düzenleyen HMK'nın 46 ve devamı maddeleri, yargılama faaliyetini yürüten hâkim ve savcıların çeşitli etkilere karşı teminat altına alınması, yargılama faaliyetlerine dayalı tazminat davalarının doğrudan hâkim ve savcılara karşı açılmasının adil yargılama ortamını yok etme tehdidinin önlenmesi ve bu itibarla, hem meydana gelebilecek tehlikeli ve zararlı durumun düzeltilip tamir edilmesi, hem de haksız davaların önlenmesi amacına yönelik olduğu halde; koruma tedbirlerinden kaynaklanan tazminatı düzenleyen CMK'nın 141 ve devamı maddeleri toplum yararına yapılan soruşturma ve kovuşturma ile açılan ceza davası sonucu bireyin zarar görmesi durumunda zararın tazminini öncelikle Devletin yüklenmesi gereği ve amacına yöneliktir. Her iki kurumun amacı, kaynağı, koşulları, yargılama mercii, yargılama usulleri farklı olup, aralarında özel kanun-genel kanun veya önceki kanun-sonraki kanun ilişkisi bulunmamaktadır.⁶¹ Bu nedenle 6545 sayılı Kanun'un 86'ncı maddesi ile 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a eklenen geçici 8'inci maddenin yürürlüğe girdiği 28/06/2014 tarihinden önce, her iki kurumda tazminat nedeni olarak öngörülen bir koşul gerçekleşmiş ise biri diğerinin yerine geçmemekte; davacının her iki başvuru yolundan birine ya da ikisine başvurmasına kanuni bir engel bulunmamaktaydı. Nitekim Yargıtay kararları da bu istikamette idi. Keza

⁶⁰ **Geçici Madde 8-(Ek: 18/6/2014-6545/86 md.)**

(1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce suç soruşturması ve kovuşturması sırasında yapılan her türlü işlem veya alınan karar nedeniyle hâkimler ve Cumhuriyet savcıları hakkında hukuk mahkemelerinde açılan ve hâlen derdest olan tazminat davasına ilişkin dosyalar mahkemesince, Yargıtay incelemesinde bulunan dosyalar ise esası incelenmeksizin ilgili dairece yetkili ağır ceza mahkemesine gönderilir. Bu davalar ağır ceza mahkemelerince, Ceza Muhakemesi Kanununun 141'inci ve devamı maddeleri uyarınca Devlet aleyhine yürütülmek suretiyle karara bağlanır.

⁶¹ Özalp, s. 88-89.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141/1 maddesinde belirtilenler dışındaki koruma tedbirleri nedeniyle de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46'ncı maddesinde⁶² sınırlı olarak belirtilen nedenlere dayanılarak, koruma tedbirlerinden doğan zararın giderilmesi için dava açılmasına kanuni bir engel bulunmamaktaydı. Örneğin iletişimin denetlenmesi kararı (CMK m.135), katalogta yer almayan bir suç nedeniyle verilmesi ve HMK'nın 46'ncı maddesinde belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde zarara uğrayan kişi, HMK'nın 47'nci maddesinde öngörülen görevli ve yetkili mahkemede⁶³ maddi ve manevi zararının tazmini talebinde bulunabilmekteydi. Ancak 6545 sayılı Kanun'un 86'ncı maddesi ile 5320 sayılı Kanun'a eklenen geçici 8'inci madde⁶⁴ ile suç soruşturması ve kovuşturması sırasında yapılan her türlü işlem veya alınan karar nedeniyle açılacak tazminat davalarında görevli mahkemenin ağır ceza mahkemesi olacağına açıkça düzenlemesi nedeniyle, 28/06/2014 tarihinden sonra, koruma tedbirleri nedeniyle açılacak tazminat davaları, seçimlik olarak, HMK'nın 46 ila 49'uncu veya CMK'nın 141 ila 144'üncü maddelerine göre değil, sadece CMK'nın 141 ila 144'üncü maddelerine göre ağır ceza mahkemesinde açılacaktır. Ayrıca söz konusu düzenleme nedeniyle CMK'nın 141/1 maddesi kapsamı dışında kalan koruma tedbirleri nedeniyle HMK'nın 46 ila 49 maddelerine dayanılarak tazminat davası açılması da mümkün değildir.

Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında, CMK 141'inci maddesinin birinci fıkrasında sayılanlar ile bu haller dışında hâkimler ve Cumhuriyet savcısı

⁶² “Hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı; kayırma veya taraf tutma yahut taraflardan birine olan kin veya düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması, sağlanan veya vaat edilen bir menfaat sebebiyle kanuna aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması, farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması, duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması, duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif edilmiş veya söylenmeyen bir sözün hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş ve buna dayanılarak hüküm verilmiş olması ve hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması sebeplerine dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir.”

⁶³ “Devlet aleyhine açılan tazminat davası, ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hâkimlerinin fiil ve kararlarından dolayı, Yargıtay ilgili hukuk dairesinde; Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinde ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülür. Dava, bu dairenin Başkan ve üyelerinin fiil ve kararlarından dolayı ise yargılama Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesinde yapılır. Verilen kararların temyiz incelemesi Hukuk Genel Kurulunca yapılır. Temyiz incelemesine, kararı veren başkan ile üyeler katılamaz.”

⁶⁴ “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce suç soruşturması ve kovuşturması sırasında yapılan her türlü işlem veya alınan karar nedeniyle hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının hakkında hukuk mahkemelerinde açılan ve hâlen derdest olan tazminat davasına ilişkin dosyalar mahkemesince, Yargıtay incelemesinde bulunan dosyalar ise esası incelenmeksizin ilgili dairece yetkili ağır ceza mahkemesine gönderilir. Bu davalar ağır ceza mahkemelerince, Ceza Muhakemesi Kanununun 141'inci ve devamı maddeleri uyarınca Devlet aleyhine yürütülmek suretiyle karara bağlanır.”

larının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemlere -kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere- karşı açılacak davalar ağır ceza mahkemelerinde Devlet aleyhine açılabilir.

B. Koruma Tedbirleri Nedeniyle Açılan Tazminat Davalarında Yargı Harcı

Harçlar Kanunu'nun 2'nci maddesinin birinci fıkrasında yargı işlemlerinden bu kanuna bağlı (1) sayılı tarifede yazılı olanların, yargı harçlarına tabi olduğu; ikinci fıkrasında ise ceza mahkemelerinde şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması halinde de celse harçları hariç olmak üzere (1) sayılı tarifeye göre harç alınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu husus yukarıda ayrıntılı olarak irdelendiği üzere Harçlar Kanunu gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir. Buna göre ceza mahkemelerinde görülen ceza davalarının harç mevzuu dışında bırakıldığı ancak ceza mahkemelerinde görülen şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınmasına ilişkin davaların celse harcı hariç Harçlar Kanunu eki (1) sayılı tarife gereğince harca tabi tutulması gerektiği açıktır. Bir başka söyleyişle, ceza mahkemelerinde görülmekte olan tüm davalar değil “ceza davaları” yargı harcının mevzuu dışında tutulmuştur. Bu itibarla, ceza/kamu davası olmadığı tartışmasız olan bir tazminat davası niteliğindeki dolayısıyla şahsi hukuka ait bir hakkın hüküm altına alınması niteliğindeki koruma tedbirleri nedeniyle açılan davalar yargı harcına tabidir.

Kanun koyucu, koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davalarının ağır ceza mahkemesinde görülmesini istemiş olmakla birlikte tazminatın hesaplanması konusunda tazminat hukukunun genel prensiplerine yollama yapmıştır. Benzer şekilde, Anayasanın 19'uncu maddesinde de tazminat hukukunun genel prensiplerine yollama yapan bir hükmün varlığı da koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davalarına ilişkin şahsi hukuka ait bir hakkın karara bağlanması kapsamında bir nitelendirme yapılması gerektiği yönündeki kanaati güçlendirmektedir. Söz konusu dava ağır ceza mahkemesinde görülmekle birlikte bu davada tazminat hukukunun yani özel hukuk kapsamındaki borçlar hukuku prensiplerinin uygulanacak olması da şahsi hukuka ait bir hakkın hükme bağlandığına delalet etmektedir.

Tazminat isteminin ağır ceza mahkemesinde karara bağlanacak olmasının Anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan davada Anayasa Mahkemesi; “5271 sayılı Yasa'nın 142. maddesinin (1) numaralı fıkrasında karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her halde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabileceği; aynı maddenin (6) numaralı fıkrasında ise tazminat istemi ile ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında mahkemenin gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hakimlerden birine yaptırmaya yetkili olduğu belirtilmiştir. Bu durumda tedbir niteliğindeki uygulamalar nedeniyle haksız olarak zarara uğradığı savıyla tazminat isteminde bulunan kişinin dava açma, her türlü

iddia ve savunmada bulunma, hür türlü delili ileri sürebilme hakkının bulunması yanında mahkemenin de gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya yetkili olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle kuralın, hak arama özgürlüğünü ve adil yargılanma hakkını zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.” şeklinde hüküm tesis etmiştir.⁶⁵ Bu hükümden de anlaşılacağı üzere “*haksız olarak zarara uğradığı savıyla tazminat isteminde bulunan kişinin*” talebinin karara bağlandığı dava mahiyeti itibarıyla Harçlar Kanunu’nun ifadesiyle “*ceza mahkemelerinde şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması*” kapsamında bir davadır.

Harçlar Kanunu’nun 2’nci maddesinde yer alan “*Ceza mahkemelerinde şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması halinde de, celse harçları hariç olmak üzere (1) sayılı tarifeye göre harç alınır.*” şeklindeki hüküm dışında yargı harcına ilişkin olarak CMK’da yer alan bazı hükümlere dayanılarak da ceza mahkemelerinde görülmekte olan koruma tedbirleri nedeniyle açılan davaların harca konu teşkil ettiğini söylemek hukuken mümkündür. CMK’nın 303’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında; hükme esas olarak saptanan olaylara uygulanmasındaki hukuka aykırılıktan dolayı hüküm bozulmuş ise bu maddede sayılı hallerde Yargıtay davanın esasına hükmedebileceği gibi hükümdeki hukuka aykırılığı da düzeltebileceği hükme bağlanmıştır. Sayılan hallerden biri de anılan maddenin (h) bendi uyarınca Harçlar Kanunu’na ilişkin hükümlere aykırılıktır. Daha açık bir ifade ile Harçlar Kanunu ile düzenlenen yargı harçlarına aykırılık mevcut ise bu hukuka aykırılık bozma sebepleri arasında sayılmıştır. Buradan anlaşılacağı üzere Harçlar Kanunu’na ilişkin aykırılık ceza yargılamasında hükmün bozulma sebebi olarak nitelendirilmiş olması karşısında CMK’nın uygulandığı davaların daha açık bir ifade ile CMK’daki usul kurallarına tabi davaların tamamının harç mevzuu dışına çıkarıldığını söylemek mümkün değildir. Buna ek olarak CMK’nın 324’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında yer alan; harçlar ve tarifesine göre ödemesi gereken avukatlık ücretleri ile soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yargılamanın yürütülmesi amacıyla devlet Hazinesinden yapılan her türlü harcamalar ve taraflarca yapılan ödemelerin yargılama gideri olduğu yönündeki tanımdan da “harçlar”ın CMK kapsamında yargılama giderleri arasında sayılması suretiyle bu Kanun’un uygulandığı bazı davaların harca tabi olduğu sonucunu çıkarmak mümkündür. CMK’nın 324’üncü maddesinin 4’üncü fıkrasında yer alan devlete ait yargılama giderlerine ilişkin kararların Harçlar Kanunu hükümlerine göre yerine getirileceği hükmü de bu kanaati güçlendirecek mahiyettedir.

Harçlar Kanunu’na kıyasla sonraki tarihli bir kanun olan CMK’da “ceza davaları” Harçlar Kanunu ile yargı harcından muaf tutulduğu halde yargı harcına ilişkin yukarıda belirtilen hükümlerin yer almış olması kanun koyucunun bilinçli bir tercihinin sonucu olup böyle bir tercihte bulunmasının nedeni ise koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davalarında olduğu gibi ceza mahkemele-

⁶⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 25/2/2010 tarih ve E. 2008/38 K. 2010/39 sayılı kararı.

rinde görülen CMK hükümlerinin uygulandığı şahsi hukuka ait hakların karara bağlandığı davaların yargı harcına konu teşkil etmesidir. Ceza mahkemelerinde görülen davaların tümü harç mevzuu dışına çıkarılmış olsaydı, CMK'daki harca ilişkin söz konusu hükümler anlamsız ve lüzumsuz olacak idi. Harçlar Kanunu ile ceza davaları harç mevzuu dışına çıkarılmış iken bu Kanunun yürürlükte olduğu sırada ve bu kanundan sonra çıkarılan CMK'nın yargı harcına ilişkin hükümler içermesinin tek mantıklı izahı ceza mahkemeleri tarafından hükme bağlanan şahsi hukuka ait haklara ilişkin davaların harca konu olmasıdır. Harca konu bu davalardan biri de koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davalarıdır.

Koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davalarında görevli mahkeme olarak yasa ile ağır ceza mahkemesi yerine hukuk ya da idare mahkemeleri belirlenmiş olsaydı Harçlar Kanunu hükümleri uyarınca yargı harcı ödeneceği tartışmasızdır. Yukarıda aktarılan CMK'nın ilgili hükümleri ile yalnızca ceza soruşturması veya kovuşturması sırasında yargısal faaliyetten veya yargı kararına istinaden gerçekleştirilen adli kolluk işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararların adli yargı yerince (ağır ceza mahkemeleri) çözümlenmesi amaçlanmıştır. Dolayısıyla adli kolluk hizmetiyle bağı kesilen hizmet sunumundaki kusurlardan ve hizmet kusuru olarak nitelenen eylem ve işlemlerden doğduğu iddia edilen zararların tazminine ilişkin uyuşmazlıkların, idari faaliyet alanına ilişkin olması ve özel bir yasa hükmü bulunmaması nedeniyle idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde idari yargı yerlerince çözümlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda idare mahkemelerinde açılacak tazminat (tam yargı) davalarının yargı harcına konu oluşturacağı açıktır. Benzer şekilde, suç soruşturması ve kovuşturması sırasında yapılan her türlü işlem veya alınan kararlar dışındaki nedenlerle hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının hakkında HMK'nın 46 ila 49 maddelerine dayanılarak hukuk mahkemelerinde açılan tazminat davaları da yargı harcına konudur. Bu itibarla, yargı hizmetinden kaynaklanan idare ve hukuk mahkemelerinde görülen tazminat davaları harca tabi kılınmış iken ceza mahkemelerinde görülen koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davalarının harçtan bağışık tutulduğunu söylemeyi mümkün kılacak hukuki bir dayanak mevcut değildir. Ayrıca, söz konusu tazminat davalarının bir kısmını harca tabi kılıp bir kısmını harca tabi kılmamanın hakkaniyet bakımından muteber bir izahı da bulunmamaktadır. Bunun kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğunu gösterir bir dayanak mevcut değildir. Örneğin yakalama, adli yakalama ve önleme yakalaması olarak ikiye ayrılmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141/1 maddesinde, "*suç soruşturması veya kovuşturması sırasında*" ifadesine yer verilmesi nedeniyle, sadece adli yakalamaya istinaden, CMK'nın 141/1-(a) maddesi kapsamında talep edilen tazminata ilişkin dava ağır ceza mahkemesinde açılacaktır. Önleme araması ile ilgili tazminat talebi ise genel hükümlere tabi olup önleme aramasının hukuka aykırı uygulanmasından kaynaklanan tazminat davası idare mahkemesinde açılacaktır. Bu durumda her ikisi de yakalamadan kaynaklanan tazminat davası niteliğinde olduğu

halde ağır ceza mahkemesinde açılan dava için harç ödenmemesi, buna karşılık idare mahkemesinde açılan dava için harç ödenmesi hakkaniyete ve kanunun koyucunun iradesine aykırılık teşkil edecektir. Adli arama ve önleme araması için de benzer şeyleri söylemek mümkündür.

Diğer taraftan, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.03.2002 gün ve 92/223 sayılı kararında belirtildiği üzere koruma tedbirleri nedeniyle dava açma hakkının kural olarak zarar görene ait olduğu, bu hakkın mirasçılara intikalinin ancak zarar görenin ölmeden önce dava açması veya dava açma iradesini açıkça izhar etmesi durumunda mümkün olacağı, mirasçıların ancak bu şartlarda açılmış davaya devam edebilecekleri veya dava açabileceklerine ilişkin kararı⁶⁶ da koruma tedbirleri nedeniyle açılan davanın Harçlar Kanunu'nun 2'nci maddesinde ifade edilen "*ceza mahkemelerinde şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması*" kapsamında bir dava olduğunu teyit etmektedir.

Tüm bunlardan hareketle ceza mahkemelerinde görülen şahsi haklara ilişkin davaların yargı harcına konu olduğu sonucuna varmak hukuken muteberdir. Buna rağmen uygulamada koruma tedbirleri nedeniyle ağır ceza mahkemelerinde açılan davalardan harç alınmamakta, mahkeme kararlarında da harca hükmedilmemektedir. Oysaki yukarıda yer verilen yargı harçlarına ilişkin muafiyet ve istisna hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, ağır ceza mahkemesinde görülen şahsi haklara ilişkin yargı harcı bağışıklığı getiren herhangi bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Uygulamada bu davaların yargı harcına konu edilmemesi, bu davaların ceza mahkemelerinde görülmesinden hareketle ceza mahkemelerinde görülmekte olan "*ceza davalarının*" harç mevzuu dışına çıkarılmış olmasının, ceza mahkemesinde görülmekte olan tüm davalar için geçerli olduğu yönündeki yanlış kabulden kaynaklandığı düşünülmektedir. Oysaki Harçlar Kanunu'nun ifadesi ile şahsi hukuka ilişkin hakların hüküm altına alınmasından ibaret olan koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davalarının da harca tabi tutulması gerekir.

C. Koruma Tedbirleri Nedeniyle Açılan Tazminat Davalarında Yargı Harcına İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

Yargı kararlarında ve doktrinde koruma tedbirleri nedeniyle tazminat talebine ilişkin davalarda harç alınmayacağına dayanak olarak gösterilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı⁶⁷ söz konusu davaların açılması sırasında tazminat talebinde bulunan bireylerin harç ödememesi yönünde verilmiş ya da bu tür davaların harca mevzuu olmadığı yönünde verilmiş bir karar değildir. Anılan içtihadı birleştirme kararında; kanun ile yakalanan veya tutuklanan kişilere tazminat

⁶⁶ Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 07.03.2016, E. 2015/9844, K. 2016/3398.

⁶⁷ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Ceza Bölümü Genel Kurul Kararı, 15.4.1974 tarih ve E. 1974/4, K. 1974/3 sayılı.

verilmesi hakkındaki 466 sayılı Kanun'a göre mahkemelerce tazminata hükmolunması halinde Hazineye nispi harç yükletilmesinin doğru bulunmadığı hususu hükme bağlanmıştır.

Karar 466 sayılı Kanun döneminde verilmiştir. Kararda, Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesine ilişkin 7.5.1964 gün ve 466 sayılı Kanuna göre mahkemelerce tazminata hükmolunması halinde Hazineye nispi harç yükletilip yükletilmeyeceği konusunda Yargıtay Birinci, İkinci, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Ceza Dairelerinin kararları arasında içtihat uyumsuzluğu bulunduğu görülerek içtihadı birleştirme yoluna gidildiği belirtilmiştir.⁶⁸ Bu itibarla içtihadı birleştirme kararı bu tür tazminat davalarının harca tabi olup olmadığı hususu ile değil tazminata hükmedilen davalarda Hazineden harç alınıp alınmayacağı hususu ile sınırlıdır.⁶⁹

İçtihadı birleştirme kararında dayanan gerekçe incelendiğinde bu gerekçenin kanunla alınması yönünde düzenlenme bulunan ve Anayasal kanunilik ilkesine tabi bir harcın hazineden bile olsa alınmamasını ve hükme konu edilmemesini haklı kılmaktan uzak olduğunu söylemek mümkündür.

⁶⁸ Önce, anılan daire kararları arasında içtihadın birleştirilmesini gerektirir nitelikte ayrılık bulunup bulunmadığı konusu üzerinde durulmuştur. Bir tarafta; Birinci Ceza Dairesinin 23/1/1974 gün ve 33/173 sayılı, İkinci Ceza Dairesinin 20/10/1973 gün ve 6371/8598 sayılı ve Beşinci Ceza Dairesinin 14/11/1973 gün ve 2898/2969 sayılı kararlarında, 466 sayılı Yasaya göre hükmolunan tazminatlarda Hazineye harç yükletilmeyeceği kabul edilmiştir. Öte yandan; Altıncı Ceza Dairesinin 13/11/1973 gün ve 8620/8584 sayılı karar ile Yedinci Ceza Dairesinin 21/9/1971 gün ve 9876/10473 sayılı kararlarında, harç alınması gerektiği görüşü benimsenmiştir. Bu durumda, iki grupta toplanan bu kararlar arasında harç alınması konusunda ayrılık bulunduğu oybirliğiyle kararlaştırıldıktan sonra işin esası üzerinde görüşme açılarak her iki düşünce, bütün yönleri ile açıklanıp gerekli tartışmalar yapılmıştır.

⁶⁹ Beşinci Ceza Dairesinin görüşünde özet olarak: 466 sayılı Kanun gereğince bakılan tazminat davalarında Hazinenin taraf olarak mahkemeye çağrılmadığı, incelemenin duruşmasız olarak evrak üzerinde yapıldığı ve verilen kararların mahkemece bildirilmesi üzerine Hazinenin temyiz yoluna başvurduğu, bu tür tazminat davalarının normal dava niteliğinde olmayıp türü kendine özgü bir dava niteliğinde bulunduğu, bu konuda mahkemece verilmiş bir hüküm olmadan, Devletin istese de zararı ödeyemeyeceğine göre Hazinenin nispi harçla sorumlu tutulmasının kabul edilemeyeceği, ayrıca harç alınmasında hiç bir yarar bulunmadığı, aksine Hazineden alınacak harcın yine Hazineye verilmesinin füzuli ve gereksiz bir işlem olacağı gerekçesine dayanılmıştır. Altıncı Ceza Dairesinin görüşünde ise: 492 sayılı Harçlar Kanununun ikinci maddesinde yer alan yargı işlemlerinden (I) sayılı tarifede yazılı olanların yargı harçlarına tabi olduğu, 13'üncü maddede harçtan istisna edilen işlemler arasında 466 sayılı Kanuna göre verilecek kararlar bulunmadığı gibi, 14'üncü maddede harçtan muaf tutulan kişiler arasında Devlet tüzel kişiliğinin (Hazinenin) sayılmadığı, özel kanunda dahi buna ilişkin bir hükme yer verilmediği, bu durumda 466 sayılı Yasadan daha sonra yürürlüğe giren 492 sayılı Harçlar Kanunundaki genel hükümler uyarınca Hazineden harç alınmasının zorunlu bulunduğu, buna göre bu çeşit yargı işlemlerinde Harçlar Kanunu'nun ikinci maddesine giren (I) sayılı tarife hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir.

İçtihadı birleştirme kararında dayanan, “466 sayılı Yasaya göre alınacak harç, Hazinesin doğrudan doğruya yetkili organı sayılan Maliye Bakanlığı Bütçesinden çıkacak ve yine aynı bütçeye girecektir. Aynı tüzel kişiliğın kasasından çıkış yapılarak yine bu kasaya giriş yapılmasında yasal bir zorunluluk ve pratik bir fayda düşünülemez. Ayrıca harç alınmasından yarar sağlayacak bir başka taraf söz konusu olmadığı gibi, alınmamasından zararlı çıkacak bir kişi de yoktur.” Şeklindeki gerekçe kanunla alınması emredilen bir harcın alınmamasına hukuki dayanak teşkil etmez. Sadece mevcut düzenlemenin pratik faydası olup olmadığının değerlendirmesi ile sınırlı bir değer taşır. Anılan içtihadı birleştirme kararında zikredilen “Nitekim Borçlar Kanunu’nun 116’ncı maddesinde alacaklılık ve borçluluk sıfatlarının bir kişide birleşmesi halinde borcun sona ereceği kuralı kabul edilmiştir.” gerekçesine dayalı olarak sadece hazinenin haksız çıktığı davalarda borcun sona erdiğini söylemeye imkân vardır. Tazminat talep edenin aleyhine sonuçlanan davalarda bu gerekçe işlemecektir. Günümüzde uygulanan vergiler bakımından örneğın; katma değer vergisinde genel ve katma bütçeli idarelerin bile verginin mükellefi olması karşısında alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi nedeniyle vergi borcunun sona erdiğini kabule imkân yoktur. Söz konusu vergiler mükellefi olan genel bütçeli idareler tarafında da kanunilik ilkesi kapsamında ödenirler. Kanunla belirlenmiş vergi mükellefi, vergiyi doğuran olay, muafiyet, istisna, matrah oran gibi hususlarda yargı kararı ile de olsa değişiklik yaratılamaz. Fakat tekrar hatırlatmakta yarar olacağı üzere, bahse konu içtihadı birleştirme kararı gerek içeriği gerek vardığı sonuç itibarıyla sadece Hazine aleyhine hükmedilen tazminatlara ilişkin harç alınması ya da harca hükmedilip hükmedilmeyeceği hususu ile sınırlı bir yargı taşır. Harcın tazminat davasının açılması sırasında ödenip ödenmemesi ile tazminat talep eden ve kendisine koruma tedbirlerinin haksız uygulandığı iddiasında bulunan kişinin davayı kaybetmesi durumundaki harç mükellefiyeti ve harcı doğuran olay hususunda bir yargı taşımaz.

Kararda yer verilen; “Bu durumda, Harçlar Kanununda yazılı kurallara dayanılarak Hazine aleyhine harca hükmolunması mümkün olamayacağından, yasa metinlerinin genel hukuk ilkelerine dayalı akli ve mantıki yorum yolu ile bir sonuca varılması gerekir. Şu hale göre, kamu kuruluşlarının yararsız birtakım işlemlerle uğraştırılmasını önlemek bakımından Hazineye harç yükletilmesinin doğru olamayacağı görüşünün, hukuk ilkelerine ve yasaların ruh ve amacına daha uygun bulunduğu kabul edilmelidir.” ibaresinden de anlaşılacağı üzere varılan sonuç hukuki bir değerlendirme ve kanunilik ilkesi kapsamında emredici bir hükmün bulunup bulunmadığını irdeleme yerine akli ve mantıki yorum suretiyle ulaşılan bir sonuçtur.

Bu itibarla İçtihadı Birleştirme Kararı bütün olarak değerlendirildiğinde her hal ve şart altında koruma tedbirleri nedeniyle harç alınmayacağı sonucuna ulaşmamış, Hazine aleyhine sonuçlanan davalarda harca hükmedilmemesi ile sınırlı bir sonuç içermektedir. Bu karara dayanılarak koruma tedbirleri nedeniyle açılan

bir davada söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararına dayanılarak harç alınmaması gerektiği sonucuna ulaşmada hukuki isabet yoktur. Vergilerin kanuniliği Anayasal kuralı gereğince bir harcın konulması, kaldırılması, değiştirilmesi ancak kanunla olur. Kanunla konulan bir harcın harç mükellefi olarak kanunla belirlenen kişilerden alınması yasal bir zorunluluktur. İçtihadı Birleştirme Kararı ile de olsa kanunla alınması emredilen bir harcın alınmaması mümkün değildir. Bu noktada İçtihadı Birleştirme Kararlarının kanuna ya da Anayasaya aykırılığı durumunda iptalleri için nasıl bir yöntem izleneceğinin ve iptal kararını vermekle görevli makamın kim olduğu hususundaki belirsizliğe işaret etmekle yetinelim.

D. Koruma Tedbirleri Nedeniyle Açılan Tazminat Davalarında Yargı Harcı Alınmasının Anayasaya Uygunluğu

Konunun Anayasaya uygunluk açısından analiz edilmesi daha açık bir ifade ile ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren ve şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması kapsamında değerlendirilmesi gereken koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davalarından harç alınmasının Anayasaya aykırı olup olmayacağı hususunun da irdelenmesinde yarar vardır.

Ceza davalarının harç mevzuu dışında tutulması Anayasal bir zorunluluk değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun ceza yargılaması için de harç alınabileceği bunun kanun koyucunun takdirinde olduğunu hükme bağlamıştır. Harçlar Kanunu'nun 1 sayılı tarifesindeki metne "ceza" ibaresini ekleyen 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13'üncü madde ile ceza davaları için temyiz, istinaf ve itiraz harçları⁷⁰ getirilmiş, Anayasa Mahkemesi Kararı⁷¹ ile söz konusu temyiz, istinaf ve itiraz harçları iptal edildiği ancak zikredilen Anayasa Mahkemesi kararındaki iptal gerekçesinden⁷² de anlaşılacağı üzere ceza yargısı

⁷⁰ "IV. Temyiz, istinaf ve itiraz harçları:

b) Yargıtay ceza dairelerine yapılacak temyiz başvurularında 40 TL
f) Bölge adliye mahkemeleri ceza dairelerine yapılacak istinafyolu başvurularında 20 TL

⁷¹ Anayasa Mahkemesi'nin 29.12.2011 tarih ve 28157 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 20.10.2011 tarih E. 2011/54, K. 2011/142 sayılı kararı).

⁷² "... İtiraz yoluna başvuran mahkemeler tarafından kuralın Anayasa'ya aykırılığına ilişkin doğrudan bir gerekçe gösterilmemiş ise de itiraz konusu diğer kuralla ilgili gerekçeler bir bütün halinde değerlendirildiğinde, niteliği gereği ceza yargılamasında harç alınamayacağı gerekçesiyle Anayasa'nın 2'nci ve 36'ncı maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. 492 sayılı Kanun'un (1) sayılı Tarifesinin 'A) Mahkeme Harçları' bölümünün 'Hukuk, ceza ve ticaret davalarıyla, idari davalarda ihtilafsız yargı konularında, Anayasa Mahkemesine bireysel başvurularında ve icra tetkik mercilerinde' biçimindeki başlığı, mahkeme harçlarına ilişkin genel bir başlık olup, bu bölüm altında kısımlar hâlinde yer alan harçların hangi yargı alanlarındaki hizmetlerden alınacağını ifade etmektedir. Dolayısıyla bir yargı alanında mahkeme harcı niteliğinde harç düzenlemesi yapılmak istendiğinde, öncelikle söz konusu başlığa, ilgili yargı alanına ilişkin bir ibare eklenmekte, daha sonra o yargı alanındaki somut bir yargı hizmetinden alınmak istenen harç veya harçlar ile bunların miktar ve oranlarına, türüne göre başlık altındaki

hizmetlerinden harç alınması bakımından Anayasal engel bulunmadığına hükmedilmiştir. Daha açık bir ifade ile ceza yargılaması kapsamında “ceza davaları” için bile harç alınması kural olarak Anayasaya aykırı bulunmamıştır. Buradan hareketle kanun ile ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren ve şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması kapsamında değerlendirilmesi gereken koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davalarından harç alınmasının Anayasaya aykırı olmayacağı açıktır.

Anayasa Mahkemesinin son derece isabetli yorumuyla verdiği hükümle, ceza mahkemelerinde harç alınmasının önünde Anayasal bir engel olmadığını tersine kanun koyucu istediği takdirde böyle bir düzenleme yapabileceğini belirtmektedir.

kısımlarda (‘I. Başvurma harcı’, ‘II. Celse harcı’, ‘III. Karar ve ilam harcı’ ve ‘IV. Temyiz, istinaf ve itiraz harçları’) yer verilmektedir. Kanun koyucu tarafından ceza yargılaması alanında da mahkeme harcı alınması öngörülmüş ve kuralla söz konusu başlığa ‘ceza’ ibaresi eklenmek suretiyle, genel olarak ceza yargılaması alanında mahkeme harcı alınabilmesi sağlanmıştır. Bu nedenle, kuralla ilgili Anayasa’ya aykırılık sorunu, kategorik olarak ceza yargılamasında harç alınıp alınamayacağına ilişkindir. Anayasa’nın 2’nci maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan ‘hukuk devleti’, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, konulan kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerini göz önünde tutan, hakların elde edilmesini kolaylaştıran ve hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri kaldıran devlettir. Anayasa’nın 36’ncı maddesinin birinci fıkrasında ‘Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir’ hükmüne yer verilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisidir. Devletin harç alma yetkisinin dayanağını oluşturan Anayasa’nın 73’üncü maddesinin üçüncü fıkrasında ‘Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur; değiştirilir veya kaldırılır.’ denilmektedir. Harç, kamu kurum ve kuruluşlarının sunduğu hizmetlerden yararlananlardan, bu yararlanmaları karşılığı alınan bedeldir. Yargı hizmetleri de, kuşkusuz kamu kurumlarının sunduğu en önemli hizmetlerden biridir. Anayasa’da herhangi bir yargı hizmetinin, ücretsiz olarak verileceğine ve kategorik olarak devletin harç alma yetkisi dışında tutulduğuna dair hüküm bulunmamaktadır. Ceza yargılamasının her aşamasında harç alınmasını düzenleyen önceki mevzuatı yürürlükten kaldıran 492 sayılı Kanun’un gerekçesinde ‘ceza dâvalarının bir harç mevzuu ve sebebi yapılması harçların dayandığı prensip ile bağdaştırılamamış, Devletin âme menfaatine kullandığı ceza, tedip ve islah hakkının suçlulara yönelik bir harç mükellefiyeti getiremeyeceği neticesine varılmıştır.’ biçimindeki ifadeye yer verilmişse de, ceza yargılaması hizmetlerinden harç alınmasından vazgeçilmesi de, daha sonra tekrar harç alınması da, kanunla yapılmak koşuluyla kanun koyucunun takdirindedir. Kaldı ki somut olayda aynı husustaki kanuni düzenlemeler farklı içeriktedir. Kanun koyucu, düzenleme yapma konusunda Anayasa kuralları ile bağlı olup, yukarıda açıklandığı üzere kategorik olarak ceza yargısı hizmetlerinden harç alınması bakımından Anayasal engel bulunmamaktadır.” şeklinde hüküm tesisi ederek itiraz konusu kuralın Anayasa’ya aykırı olmadığına hükmetmiştir (Anayasa Mahkemesi’nin 29.12.2011 tarih ve 28157 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 20.10.2011 tarih E. 2011/54, K. 2011/142 sayılı kararı).

SONUÇ

492 sayılı Harçlar Kanunu'na bağlı (1) sayılı tarifede hukuk, ceza ve ticaret davalarında yargı harçları olarak; başvurma harcı, celse harcı, karar ve ilam harcı, temyiz, istinaf ve itiraz harçları olmak üzere “mahkeme harçları”; suret harçları, muhafaza harçları, defter tutma harçları, miras işlerine ait harçlar, vasiyetname tanzimine ait harçlar olmak üzere “diğer yargı harçları” düzenlenmiştir.

Ceza mahkemelerinde görülen davalar, sadece ceza davalarından ibaret değildir. Ceza davaları yanında kanunda sayılan bir kısım tazminat davaları da ceza mahkemelerinde görülmektedir. Bu kapsamda tazminat davası olarak; Ceza mahkemelerinde görülen tazminat davaları; mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 365'inci maddede düzenlenen “şahsi hak davası”, 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun uyarınca kanun dışı yakalanan ve tutuklanan kişilerin tazminat taleplerine ilişkin davalar, 5271 sayılı CMK'da 141 vd. maddelerde düzenlenen; koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları, yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddî ve manevî zararlar nedeniyle tazminat davaları ceza mahkemelerinde görülmektedir.

Kamu davası dışındaki şahsi hak davası normalde hukuk mahkemelerinde, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası ise idare mahkemelerinde görülebilecek bir dava türü olmalarına karşın kanunla ceza mahkemelerinin görevine bırakılmıştır.

İdare mahkemelerinde açılan bu ve benzeri tazminat davalarından dolayı yargı harcı alınması hususunda bir duraksama yoktur. Ancak, uygulamada koruma tedbirleri nedeniyle ağır ceza mahkemelerinde görülen tazminat davaları için yargı harcı alınmadığı, hesaplanmadığı ve yargılama giderleri arasında hükme konu edilmediği müşahade edilmektedir. Oysaki vergilerin kanuniliği Anayasal kuralı gereğince bir harcın konulması, kaldırılması, değiştirilmesi ancak kanunla olur. Kanunla konulan bir harcın harç mükellefi olarak yine kanunla belirlenen kişilerden alınması yasal bir zorunluluktur. Yargı kararı ile de olsa kanunla alınması emredilen bir harcın alınmaması mümkün değildir.

Mülga CMUK 365'inci madde uyarınca açılacak şahsi hak davasında harç alınacağı Harçlar Kanunu'nun 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında ise ceza mahkemelerinde şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması halinde de celse harçları hariç olmak üzere (1) sayılı tarifeye göre harç alınacağı hükme bağlanmıştır. Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası şahsi hak davasının konu ve fail/davalı yönüyle sınırlanmış özel bir türüdür. Niteliği itibarıyla ceza davası de-

ğildir, hukuk/tazminat davasıdır. Tazminatın hesaplanması diğer tazminat davalarında olduğu üzere tazminat hukukunun genel prensiplerine göre yapılmaktadır. Bu nedenle Harçlar Kanunu'nun 2'nci maddesinin ikinci fıkrası hükmüne tabidir. Buna göre bu davalardan celse harçları hariç olmak üzere (1) sayılı tarifeye göre harç alınması gerekir.

Kamu hizmetlerinin finansmanını sağlama ve kamu geliri elde etme amacı dışında, kamu harcamalarının hizmetlerden yararlanma derecesi ile orantılı olarak karşılanması anlayışı uyarınca mahkeme, icra iflas, noter gibi adalet hizmetlerinden şahsen yararlanma suretiyle menfaatleri olan kişilerden yargı harcı almayarak hizmetten yararlanmayan diğer kişilere bu hizmetin sağlanmasında yapılan kamu giderlerini vergilerle ödetmek toplumsal barış, adalet ve hakkaniyet açısından tartışmalıdır. Yargı harçlarının alınma amaçları arasında mevcut olan bir diğer amaç da kamu hizmetlerinden yararlanma haklarının kötüye kullanılmasının sınırlandırılmasıdır. Koruma tedbirleri nedeniyle açılan davalarda yargı hizmetinden yararlanma karşılığı harç alınmaması haksız davaların açılmasını özendirilmektedir. Bu itibarla bir kötüye kullanım ağır ceza mahkemelerinin gereksiz yere meşgul edilmesine yol açabileceği gibi gerçekte bir hak peşinde olan kişilerin söz konusu hizmetlerden gereği gibi yararlanamamaları tehlikesini de doğurmaktadır. Uyuşmazlık hakkında bir karar vermek, uyuşmazlığı bir kararla sonuçlandırmakla görevli olan mahkemelerin bu görevlerini gereği gibi yerine getirebilmeleri, ancak gereksiz veya sadece davacı tarafı uğraştırma amacı güden davalarla işgal olmamaları ile mümkündür. Yersiz dava açmak suretiyle, dava açma hakkını kötüye kullananların sonuçlarına katlanmalarının sağlanması önemlidir. Koruma tedbirlerinin hukuka aykırı surette uygulanması neticesinde gerçekten mağdur durumda olup da haklarının himaye altına alınması zorunluluk gösteren kişileri ayırt edebilmek ve onların mağduriyetlerini giderebilmek bakımından bu gereklidir. Bu anlamda, gereksiz davaların açılmasının ve hazinenin haksız yere zarara uğratılmasının önlenmesi için kanunda mevcut olan yargı harçlarına ilişkin hükümlerin uygulanması kanunilik ilkesinin gereğidir.

Mevcut uygulamanın, Harçlar Kanunu'nun yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemlerin yapılmayacağı (md.32), bu kanunda ödeme zamanı gösterilen harçlardan süresinde ödenmeyenlerin ilgili mahkeme ve daireler tarafından sürenin sonundan itibaren on beş gün içinde bir yazı ile o yerin vergi dairesine bildirileceği ve vergi dairesince tahsil olunacağı (md.37), bu kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, harçların tamamı peşin olarak ödenmeden harca mevzu olan işlem yapılmayacağı (md.127), gerekli harçları tamamen almadan işlem yapan memurların harcın ödenmesinden mükellefler ile müteselsilen sorumlu oldukları (md.128) hükümleri kapsamında yeniden gözden geçirilmesinde ve kanunilik ilkesine uyum konusunda gerekiyorsa yasal düzenleme yapılmasında yarar olduğu düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- AKDOĞAN**, Abdurrahman, *Kamu Maliyesi*, Genişletilmiş 11. Baskı, Gazi Kitapevi, Ankara 2006.
- AKINCI**, Müslüm, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Turhan Kitapevi, Ankara 2008.
- ALDEMİR**, Hüsnü, *Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000.
- ARSLAN**, Mehmet, *Vergi Hukuku*, 5. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, 2006.
- ARSLAN**, Mehmet, *Vergi Hukuku*, Alfa Yayınları, 2000.
- BULUTOĞLU**, Kenan, *Kamu Ekonomisine Giriş*, İstanbul 2003.
- CENTEL**, Nur / **ZAFER**, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, Ekim 2012.
- ÇELİK**, Galip, *Servet ve Harcama Vergileri*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995.
- ERANIL**, Mehmet Akif, “*Harçlar Kanunu Üzerine İnceleme ve İzah*”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt. 8, Sayı. 103-104.
- ERGİNAY**, Akif, *Vergi Hukuku Prensipleri*, Ankara 1953.
- KANETİ**, Selim, *Vergi Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul 1989.
- KIZILOĞLU**, Şükrü / **ŞENYÜZ**, Doğan / **TAŞ**, Metin / **DÖNMEZ**, Recai, *Vergi Hukuku*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2007.
- KUNTER** Nurullah / **YENİSEY** Feridun / **NUHOĞLU** Ayşe, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Cilt I, Beta, İstanbul, Haziran, 2013.
- KUNTER** Nurullah / **YENİSEY** Feridun / **NUHOĞLU** Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı, Beta, İstanbul, Ekim 2010.
- KURU**, Baki / **ARSLAN**, Ramazan / **YILMAZ**, Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- KURU**, Baki, *Hukuk Usulü Muhakemeleri*, 6. Baskı, Cilt: V, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- NADAROĞLU**, Halil, *Kamu Maliyesi Teorisi*, 11. Baskı, İstanbul 2000.
- OLGAÇ**, Senai, *Açıklamalı ve Uygulamalı Harçlar Kanunu*, Ankara 1964.
- ONAR**, Sıddık Sami, (1944), *İdare Hukuku*, İsmail Akgün Matbaası.
- ÖKTEMER**, Semih, “*Başvurma Harcı*”, Adalet Dergisi, Ağustos-Eylül 1966, Cilt. 57, Sayı. 8-9.
- ÖNCEL**, Mualla / **KUMRULU**, Ahmet / **ÇAĞAN**, Nami, *Vergi Hukuku*, 13. Bası, Ankara, 2005.
- ÖZALP**, Nabi, “*Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m.141-144)*”, TBB Dergisi, 2019 (145.)
- ÖZBEK**, Veli Özer / **KANBUR**, Mehmet / **DOĞAN**, Nihat Koray / **BACAKSIZ**, Pınar / **TEPE** İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2012.
- ÖZKAN**, Hasan / **ATAÇ**, Kifayet (İştip), *Nüfus Davaları ve Nüfus İşlemleri*, Ankara, 2004.

- ÖZTÜRK**, Bahri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.
- ÖZTÜRK**, İlhami, “*Bir Hükümün Bozulmasını Takiben Verilen Kararda Hesaplanan Yargı Harcından Bozulan Hüküm Dolayısıyla Ödenmiş Olan Harcın Mahsubu*”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 2, Aralık 2015, s. 142.
- ÖZTÜRK**, İlhami, “*Kamu İdarelerine Kanunla Tanınan Yargı Harcı Muafiyetinin Yeniden Düzenlenmesi İhtiyacı*”, Maliye Dergisi, S: 169, Temmuz - Aralık, 2015.
- PEKCANITEZ**, Hakan / **ÖZEKES**, Muhammet / **ATALAY**, Oğuz, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- PINAR**, Burak, *Yargı ve İcra Harçları*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- POYRAZ GİYİK**, Hülya, *Kanun Dışı Yakalama, Tutuklama, Arama ve Elkoymaya İlişkin Tazminat Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- SABAN**, Nihal, *Vergi Hukuku*, 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2014.
- TUNCER**, Selahattin, *Vergi Hukuku ve Uygulaması*, Yaklaşım Yayınları, 2003.
- TÜRK**, İsmail, *Kamu Maliyesi*, Turhan Kitapevi, 2011.
- ULUATAM**, Özhan / **METHİBAY**, Yaşar, *Vergi Hukuku*, İmaj Yayıncılık, 2001.
- ULUATAM**, Özhan, *Kamu Maliyesi*, İmaj Yayınevi, 2012.
- ÜNVER**, Hakkı Şinasi / **ARSLAN**, İsmail, *Esbabi Mucibeleriyle Birlikte Yeni Damga Vergisi ve Harçlar Kanunu*, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1964.
- YILMAZ**, Kazım, *Türk Vergi Hukuku*, Ce-Ka Yayınları, 2003
- YİĞİT**, Uğur / **ÖZTÜRK**, İlhami, *Yargı Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara Temmuz 2020.
- YURTCAN**, Erdener, *CMUK Şerhi*, 3. Bası, Beta Basın Yayın, İstanbul, Mart 2000.
- https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM__/_d01/c025/mm__01025037ss0282.pdf.

Kısa Çalışma Ödeneğinin Vergi Mevzuatı Kapsamında Değerlendirilmesi

Evaluation of Short-Time Working Allowance in the Scope of Tax Legislation

Dr. Öğr. Üyesi Begüm DİLEMRE ÖDEN(*)

Öz:

Kısa çalışma, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ek madde 2’de ele alınmaktadır. Özetle kısa çalışma, genel ekonomik kriz, sektörel ve bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerin varlığı halinde çalışma süresinin azaltılması veyahut işin tamamen durdurulması olarak tanımlanabilir. Koronavirüs (Covid-19) salgını nedeniyle faaliyeti duran veya olağan çalışma süresi önemli ölçüde azalan işyerleri için kısa çalışma uygulamasına gidilebilmesine imkân tanınmaktadır. Kısa çalışmaya gidilmesi halinde işçilere, kısa çalışma ödeneği verilmektedir. Bu çalışma ile kısa çalışma ödeneğinin vergilendirilmesi meselesi üzerinde durulmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Kısa Çalışma, Kısa Çalışma Ödeneği, Vergi, Zorlayıcı Sebep, İşsizlik Sigortası.

Abstract:

Short-time working is regulated in the additional article 2 of the Unemployment Insurance Law No.4447. In summary, short-time working can be described as reduction of working time or fully shutdown in case of the existence of general economic crisis, sectoral and regional crisis and compelling reasons. It is possible to apply short-time working for workplaces that have stopped their activities due to the coronavirus (Covid-19) epidemic or have significantly reduced their usual working time. In case of going to short-time working, workers are given short-time working allowance. This study focuses on the taxation of short-time working allowance.

Keywords:

Short-Time Working, Short-Time Working Allowance, Tax, Compelling Reasons, Unemployment Insurance.

(*) Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı.

E-posta: begumdilemre@cankaya.edu.tr.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-4765-2634>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 30.09.2020.

Makale Kabul Tarihi: 26.04.2021.

GİRİŞ

Dünyayı etkisi altına alan koronavirüs (Covid-19) küresel salgını sebebiyle hükümetler, salgının yayılmasını önlemek için pek çok tedbir kararı almakta ve uygulamaktadır. Bu tedbirlerin bir kısmı, üretimin azalmasına, hatta kimi sektörlerde durmasına ve dolayısıyla da işsizliğe yol açmaktadır. Gelenen noktada ekonomik krizle mücadelede işsizlik sigortasının ve işsizlik sigortası kapsamında da kısa çalışma ödeneğinin önemi her geçen gün artmaktadır.

Bu çalışma ile asıl amacımız, konunun vergi mevzuatı kapsamında değerlendirilmesini yapmaktır. Bu sebeple ilk bölümde kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği kavramları ana hatlarıyla ele alınmaktadır. Konunun somutlaştığı ikinci bölümde ise kısa çalışma ödeneğinin vergi mevzuatı karşısında değerlendirilmesi yapılmaktadır. Çalışma kapsamında kısa çalışma ödeneğinin vergilendirilmesi meselesi; gelir vergisi, veraset ve intikal vergisi ve damga vergisi kapsamında irdelenmektedir.

I. KISA ÇALIŞMA VE KISA ÇALIŞMA ÖDENEĞİ

Bu bölümde öncelikle kısa çalışma kavramı üzerinde durulacak arkasından da kısa çalışma ödeneği ana hatlarıyla ele alınacaktır.

A. Kısa Çalışma

Çalışma sürelerinin azaltılması kapsamında işçilerin ücretlerinin telafisi için kısa çalışma uygulaması geliştirilmiş olup bu uygulama ile işçilere, bu süreler için ücretlerin kısmen de olsa ödenmesi amaçlanmaktadır.¹

Kısa çalışma kavramının ne anlama geldiğine ilişkin tanımlama 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu² ek madde 2’de yer almaktadır. Buna göre kısa çalışma; “*genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere yapılabilen çalışma*”dır.

Görüldüğü üzere işveren tarafından kısa çalışmaya başvurulabilmesi için ilk olarak, bir işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya o işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması gerekmektedir.

Ancak bir işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya o işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici ola-

¹ Talat Canbolat/Hasan Kayırgan, “Koronavirüs Salgınının İş Sözleşmesi ile İşçi İşveren İlişkilerine Etkisi ve Sonuçları”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1-1, Nisan-Mayıs 2020, ss. 637-688, s. 675.

² 08/09/1999 tarih ve 23810 sayılı Resmi Gazete.

rak durdurulması tek başına kısa çalışmaya başvurmak için yeterli değildir. Kısa çalışmaya hangi hallerde başvurulabileceği, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ek madde 2’de tek tek sayılmaktadır. Bu madde uyarınca, “*genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde*” kısa çalışma gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla bu sebeplerden herhangi biri olmaksızın salt bir işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak azaltılması veya o işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması, kısa çalışma için yeterli değildir.

Kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneğine ilişkin olarak Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik³ çıkartılmıştır. Bu Yönetmeliğin amacı, ilk madde de belirtildiği haliyle; “*25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa göre sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işverenin, genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerini geçici olarak önemli ölçüde azaltması veya işyerinde faaliyeti tamamen veya kısmen geçici olarak durdurması hallerinde, işçilere kısa çalışma ödeneği ödenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.*”

Yukarıda belirtildiği üzere hem İşsizlik Sigortası Kanunu hem de Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik uyarınca kısa çalışmaya; genel ekonomik kriz, sektörel kriz, bölgesel kriz veya zorlayıcı sebepler bulunması halinde gidilebilmektedir. Bu sebeple söz konusu kavramların ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşturulması önem taşımaktadır.

Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmeliğin tanımlara ilişkin olan 3. maddesi uyarınca;

- Genel ekonomik kriz ile “*ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisini ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumlar*”,
- Sektörel kriz ile “*ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olaylardan doğrudan etkilenen sektörler ve bunlarla bağlantılı diğer sektörlerdeki işyerlerinin ciddi anlamda sarsıldığı durumlar*”,
- Bölgesel kriz ile “*ulusal veya uluslararası olaylardan dolayı belirli bir il veya bölgede faaliyette bulunan işyerlerinin ekonomik olarak ciddi şekilde etkilenip sarsıldığı durumlar*”,
- Zorlayıcı sebep ile de “*işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine imkân bulunmayan, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tama-*

³ 30/04/2011 tarih ve 27920 sayılı Resmi Gazete.

men veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durumları ya da deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık, seferberlik gibi durumlar” anlaşılmaktadır.

Çalışma konumuz kapsamında, *koronavirüs kaynaklı kısa çalışma başvurularının, “zorlayıcı sebep” gerekçesiyle yapıldığını* ifade etmemiz gerekir.

Hem İşsizlik Sigortası Kanunu hem de Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik, kısa çalışmaya ilişkin olarak süre sınırlaması da getirmektedir. Kanun, madde metninde sayılan sebeplerle bir işyerinde üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma yapılabilmesinin mümkün olduğunu ifade ederken, Yönetmelik süre konusunda daha detaylı bir düzenleme getirmektedir. Yönetmelik m.3/ç uyarınca kısa çalışma; üç ayı geçmemek üzere işyerinde uygulanan çalışma süresinin, işyerinin tamamında veya bir bölümünde geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılmasını veya süreklilik koşulu aranmaksızın en az dört hafta süreyle faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulmasını gerekli kılmaktadır.

Yani işyerindeki faaliyetin kısmen veya tamamen durması hali en az 4 hafta, en fazla 3 ay sürmelidir. Çalışma sürelerinin geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılması hali ise, asgari bir rakam belirtilmemekle birlikte, yine en fazla üç ay sürmelidir.⁴

B. Kısa Çalışma Ödeneği

Genel ekonomik kriz, sektörel kriz, bölgesel kriz veya zorlayıcı sebepler bulunması sebebiyle kısa çalışmaya geçilmesi halinde işçiye, İşsizlik Sigortası Fonundan kısa çalışma ödeneği ödenmektedir.

Bu konuda belirtmeliyiz ki kısa çalışma ödeneği, işsizlik ödeneği ile karıştırılmamalıdır. İşsizlik ödeneği; sigortalı işsizlere belirli şartların varlığı halinde işsiz kaldıkları dönem için belirli bir süre ve miktarda yapılan ödemedir. Dolayısıyla işsizlik ödeneği, işçinin işini kaybetmesinden sonra devreye giren bir uygulamadır. Kısa çalışma ödeneğinin temel amacı ise işyerinin işçilik giderlerinin bir kısmını karşılayarak işyerinin kapanmasını önlemek, iş sözleşmesinin ve üretimin devamını sağlamaktır.⁵ Yani kısa çalışma ödeneği alan işçi, işten çıkarılma veya ücretsiz izne çıkarılma korkusunu yaşamadan iş ilişkisini devam ettirebilmektedir.

İşçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için, hizmet akdinin feshi hariç işsizlik sigortası hak etme koşullarını yerine getirmesi gerekir.⁶ Bu nedenle en az 600 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan işçinin,

⁴ Mustafa Oğuz Tuna, “Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 4, Temmuz 2014, ss. 337-353, s. 343.

⁵ Evran Kırmızı, “Son Değişiklikler Çerçevesinde Kısa Çalışma Ödeneği Uygulaması”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 164, Nisan 2020, ss. 820-892, s. 821.

⁶ 4447 sayılı Kanun ek m.2/2; Yönetmelik m.7/1.

aynı zamanda son 120 gününü de prim ödeyerek sürekli olarak çalışmış olması gerekmektedir.⁷ Ancak söz konusu bu şartlar koronavirüs salgını dolayısıyla esnetilmiş; 120 gün yerine 60 gün şartı getirilmiş ve toplam sigortalılık süresi de 450 gün olarak değiştirilmiştir.^{8,9}

Kısa çalışmaya ilişkin ödemelerin yapılabilmesi için normal şartlar altında iş yerinin kısa çalışma şartlarına haiz olduğuna yönelik iş müfettişlerince yapılan inceleme sonucunda uygunluk onayının verilmesi gerekmektedir. Ancak İşsizlik Sigortası Kanunu geçici m.25 ile *“koronavirüs (covid-19) sebebiyle işverenlerin yaptıkları zorlayıcı sebep gerekçeli kısa çalışma başvuruları için, uygunluk tespitinin tamamlanması beklenmeksizin, işverenlerin beyanı doğrultusunda kısa çalışma ödemesi gerçekleştirilir. İşverenin hatalı bilgi ve belge vermesi nedeniyle yapılan fazla ve yersiz ödemeler, yasal faizi ile birlikte işverenden tahsil edilir.”* hükmü getirilmiştir. Dolayısıyla koronavirüs kaynaklı kısa çalışma başvurularında uygunluk tespitinin tamamlanması beklenmeden işçilere kısa çalışma ödemesi yapılmaktadır.

Günlük kısa çalışma ödenek miktarı, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik m.7 uyarınca, *“işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin brüt tutarının %150’sini geçmemek üzere, sigortalının son on iki aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının %60’ıdır.”*

Son olarak, Yönetmelik m.7/2 uyarınca; *“kısa çalışma ödeneğinin süresi üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma süresi kadardır.”* Kanun Cumhurbaşkanı, bu süreyi uzatma yetkisini de tanımaktadır.

Özetle kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneğine ilişkin olarak sağlanması gereken şartlar şunlardır:

- İlk olarak bir işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya o işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması gerekmektedir.
- Ortada genel ekonomik, sektörel veya bölgesel bir kriz veya koronavirüs salgını gibi zorlayıcı bir sebep bulunmalıdır.
- İşyerindeki faaliyetin kısmen veya tamamen durması hali en az 4 hafta, en fazla 3 ay sürmelidir. Çalışma sürelerinin geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılması hali ise, asgari bir rakam belirtilmemekle birlikte, yine en fazla üç ay sürmelidir.

⁷ 4447 sayılı Kanun m.50/2.

⁸ 4447 sayılı Kanun geçici m.23.

⁹ Talat Canbolat/Hasan Kayırgan, agm., s. 677.

- Normal şatlar altında kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilmesi için işçinin en az 600 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olması ve aynı zamanda son 120 gününü de prim ödeyerek sürekli olarak çalışmış olması gerekmektedir. (Koronavirüs salgını nedeniyle en az 450 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan işçi, aynı zamandan son 60 gününü de prim ödeyerek sürekli olarak çalışmış ise ödenekten yararlanabilmektedir.)
- Kısa çalışma ödeneğinin süresi de üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma süresi kadardır.

II. KISA ÇALIŞMA ÖDENEĞİNİN VERGİ MEVZUATI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu kısımda konu, öncelikle Gelir Vergisi Kanunu kapsamında, arkasından Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu kapsamında, son olarak da Damga Vergisi Kanunu kapsamında ele alınacaktır.

A. Gelir Vergisi Kanunu Kapsamında

Bu başlık altında öncelikle kısa çalışma ödeneğinin gelir vergisi unsurları arasında yer alan ücret kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve vergilendirilip vergilendirilemeyeceği ele alınacak, ardından da ücret tamamlama ödemelerinin vergilendirilmesi meselesi üzerinde durulacaktır.

1. “Ücret” Olarak Vergilendirilme Meselesi

Kısa çalışma ödeneğinin, Gelir Vergisi Kanunu¹⁰ kapsamında vergilendirilebilmesi için, bu ödeneğin Kanun’un 2. maddesinde sayılan gelir unsurlarından bir tanesine dâhil edilebilmesi gerekmektedir. Kanunda yer alan gelir unsurları şunlardır: ticari kazançlar, zirai kazançlar, ücretler, serbest meslek kazançları, gayrimenkul sermaye iratları, menkul sermaye iratları, diğer kazanç ve iratlar.

Kısa çalışma ödeneğinin işçileri konu alan bir ödeme olması nedeniyle bu ödeneğin “ücretler” unsuruna dâhil edilip edilemeyeceğinin ve ücret olarak vergilendirilip vergilendirilemeyeceğinin tartışılması gerekmektedir. Zira ücret dışında kalan diğer gelir unsurlarının kapsamına girmeyeceği açıktır.

Gelir Vergisi Kanunu’nun 61. maddesi uyarınca; “*ücret, işverene tabi belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir.*” İlâveten “*ücretin; ödenek, tazminat, kasa tazminatı, tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması onun mahiyetini değiştirmemektedir.*” Yani işveren tarafından

¹⁰ 06/01/1961 tarihli ve 10700 sayılı Resmi Gazete.

işçiye yapılan ödeme ücret adı altında yapılabileceği gibi başka bir ad adı altında da yapılabilir. Bu durum onun ücret olarak vergilendirilmesine engel değildir.

Gelir Vergisi Kanunu'nda yer alan ücret tanımından ücretin; hizmeti karşılığında işçiye, tabi olduğu işvereni tarafından yapılan ödeme olduğu sonucu çıkmaktadır. Burada konumuz açısından önemli olan nokta, *ücretin işveren tarafından ödenmesi* gereğidir. İşveren tarafından yapılmayan bir ödeme, gelir vergisi kapsamında “ücret” olarak nitelendirilemeyecek ve vergilendirilemeyecektir.

Daha önce de üzerinde durduğumuz gibi kısa çalışmaya geçilmesi halinde işçiye, İşsizlik Sigortası Fonundan kısa çalışma ödeneği ödenmektedir. İşsizlik Sigortası Fonu'nun gelirleri de şu şekildedir:¹¹

- İşsizlik sigortası primleri,
- Bu primlerin değerlendirilmesinden elde edilen kazanç ve iratlar,
- Fon'un açık vermesi halinde Devletçe sağlanacak katkılar,
- İşsizlik Sigortası Kanunu gereğince sigortalı ve işverenlerden alınacak ceza, gecikme zammı ve faizler,
- Diğer gelir ve kazançlar ile bağışlar.

Görüldüğü üzere kısa çalışmaya geçilmesi halinde işçiye yapılan kısa çalışma ödemesi işveren tarafından değil, doğrudan devlet tarafından yapılmaktadır. Ayrıca bu ödeme, ücret kapsamında yapılan ödemelerin aksine, işçinin hizmeti karşılığında da yapılmamaktadır. Bu doğrultuda, kısa çalışmaya geçilmesi üzerine işçiye devlet tarafından yapılan kısa çalışma ödemesi, ücret kapsamında gelir vergisine tabi değildir.

Bu noktada akıllara, gelir vergisinden istisna edilen kazançları gösteren Gelir Vergisi Kanunu m.25/1'de yer alan bir düzenleme gelebilir. Söz konusu maddede, İşsizlik Sigortası Kanunu uyarınca ödenen işsizlik ödeneğinin gelir vergisinden istisna olduğu hükme bağlanmaktadır. Yine İşsizlik Kanunu'nun 50. maddesinde de bu ödeneğin damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmayacağı hükme bağlanmıştır.

Gelir Vergisi Kanunu'nun ilgili maddesi sadece *işsizlik ödeneğini istisna kapsamında saymakta, kısa çalışma ödeneğinden ise hiç söz etmemektedir*. Buradan yola çıkarak, kısa çalışma ödeneğinin gelir vergisine tabi olduğunu iddia etmek yanlış bir değerlendirme olacaktır. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere bu ödenek gelir vergisinin konusuna girmemektedir. Verginin konusuna girmediği için de, istisna hükmü kapsamında ele alınmasına doğal olarak gerek bulunmamaktadır.

Kanaatimizce, İşsizlik Kanunu'nun 50. maddesinde işsizlik ödeneğinin damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulamayacağı açıkça hükme bağlan-

¹¹ https://statik.iskur.gov.tr/tr/issizlik_sigortasi/issizlik_sigortasi_islemleri.htm (Erişim Tarihi: 20.09.2020).

dığından, bu ödeneğin de ayrıca istisnaya ilişkin olan maddede ele alınmasına gerek bulunmamaktadır.

Netice itibarıyla, diğer gelir unsurlarına da dahil olmadığı net olduğundan, kısa çalışma ödeneği gelir vergine tabi değildir.

2. “Ücret Tamamlama Ödemeleri”nin Vergilendirilmesi Meselesi

İş Kanunu¹² m.41 uyarınca, haftalık 45 saati aşan çalışma, “fazla çalışma” olarak adlandırılmaktadır. Dolayısıyla bir işçinin haftalık normal çalışma süresi en fazla 45 saat olmalıdır. Daha önce de üzerinde durulduğu üzere, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik m.3/ç uyarınca kısa çalışmaya geçme şartlarından bir tanesi de çalışma süresinin, işyerinin tamamında veya bir bölümünde geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılmasıdır. Buradan hareketle kısa çalışma kapsamında çalışan ve kısa çalışma ödeneği alan bir işçi, haftada en fazla 30 saat çalışabilir. Şayet işverenin, bazı işçilerin haftada 30 saatin üstünde çalışmasına ihtiyacı varsa, bu takdirde aşan saat ücreti işveren tarafından işçiye ödenmektedir. İşte buna “ücret tamamlama ödemesi” adı verilmektedir.

Bu noktada bir de ücret tamamlama ödemelerinin vergilendirilmesi üzerinde durmak gerekmektedir. Ücret tamamlama ödemeleri, kısa çalışma ödeneğinden farklı olarak, devlet tarafından değil, işveren tarafından işçiye ödenmektedir. Ayrıca bu ödemeler yine kısa çalışma ödeneğinden farklı olarak, işçinin hizmeti karşılığında ödenmektedir. Dolayısıyla ücret tamamlama ödemelerinin, Gelir Vergisi Kanunu m.61’de yer alan ücret unsuru tanımlamasına uyduğunu söyleyebiliriz.

Ücret tamamlama ödemeleri ücret olarak kabul edildiği için vergilendirilmesi de, ücretlerin vergilendirme esaslarına tabi olacaktır. İşveren işçiye bu ödemeyi yaparken, işçinin vergisini kesip vergi dairesine yatırmakla sorumludur. Ayrıca bu ödemeler işveren tarafından da ücret gideri olarak gelir vergisi matrahından veya kurum kazancından indirilebilecektir.¹³

B. Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu Kapsamında

Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu’nun¹⁴ 1. maddesi uyarınca; “*Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde bulunan şahıslara ait mallar ile Türkiye’de bulunan malların veraset tarihiyle veya her hangi bir suretle olursa olsun ivazsız bir tarzda bir şahıstan diğer şahsa intikali Veraset ve İntikal Vergisine tabidir.*”

Kanun’da yer alan tanımdan hareketle kısa çalışma ödeneğinin Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu kapsamında vergilendirilebilmesi için öncelikle ortada

¹² 10/06/2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmi Gazete.

¹³ Numan Emre Ergin, “*Kısa Çalışma Ödeneği-2 Vergisel Sorunlar ve Öneriler*”, Dünya Gazetesi, 14 Nisan 2020, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/kisa-calisma-odeneği-2-vergisel-sorunlar-ve-oneriler/467685> (Erişim Tarihi: 30.08.2020).

¹⁴ 15/06/1959 tarihli ve 10231 sayılı Resmi Gazete.

ivazsız yani karşılıksız bir intikal bulunması gerekmektedir. Karşılıksız intikal, malların bir şahıstan başka bir şahsa; veraset yoluyla veya bağış, yarışma ve çekilişlerde olduğu gibi ivazsız olarak geçmesini kapsamaktadır.¹⁵

Bu doğrultuda irdelenmesi gereken konu, kısa çalışma kapsamında işçiye devlet tarafından verilen kısa çalışma ödeneğinin karşılıklı olup olmadığıdır. Şayet karşılıklı (ivazlı) olduğu sonucuna ulaşırsa veraset ve intikal vergisi kapsamına girmeyecek, ivazsız (karşılıksız) olduğu sonucuna ulaşırsa ödenek veraset ve intikal vergisine tabi tutulacaktır.

Öncelikle bu konuda, gelir vergisine tabi olmama konusunda var olan görüş birliğinin bulunmadığını ve her iki ihtimali de savunanların bulunduğunu belirtmeliyiz. Bir görüşe göre; işçilere yapılan bu ödeme karşılıksızdır. Karşılıksız yapılan bu ödeme de, Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'nun konusuna girmektedir. VİV md.4/d uyarınca 2020 yılında yapılan karşılıksız intikallerin 7.060 TL'si VİV'den istisna edilmiştir. Dolayısıyla, bu tutarı aşan kısa çalışma ödemeleri üzerinden intikal vergisi ödenmesi gerekecektir.¹⁶ Diğer görüşe göre ise bu ödeme karşılıksız bir ödeme olmayıp veraset ve intikal vergisine tabi tutulamaz.¹⁷

Daha önce de üzerinde durulduğu gibi, koronavirüs kapsamında kısa çalışma ödeneğine hak kazanılabilmesi için, en az 450 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan işçinin, aynı zamandan son 60 gününü de prim ödeyerek sürekli olarak çalışmış olması gerekmektedir. Bu iki şartı bir arada sağlayan işçi bu ödenekten yararlanabilecektir. İşçinin daha evvel ödemiş olduğu primler, bu ödeneğin kaynakları arasında yer almaktadır. Dolayısıyla bizce de, kısa çalışma ödeneği devlet tarafından yapılan *karşılıksız bir ödeme değildir*. Ücretli olarak çalışan her işçinin bu ödenekten faydalanamadığı, sadece şartları taşıyan işçinin bu ödenekten faydalanabildiği de göz önünde bulundurulduğunda işçi tarafından ödenen primlerin bir karşılık olarak ifade edilmesi mümkündür.

Kaldı ki, kısa çalışma ödeneğinin karşılıksız bir yardım, bağış, sosyal bir ödeme vb. olduğu kabul edilse bile, Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu m.4/f uyarınca, aynı kanunun üçüncü maddesinin (a) ve (b) fıkraları şümulüne giren şahısların statüleri gereğince maksatları içinde usulüne uygun olarak yaptıkları yardımlar vergiden istisnadır. Yani, amme idareleri, emekli ve yardım sandıkları, sosyal sigorta kurumları, umumi menfaate hadim cemiyetler, siyasi partiler ve bunlara ait olan veya bunların aralarında kurdukları teşekküllerden Kurumlar Vergisine tabi olmayanların statüleri gereğince maksatları içinde usulüne uygun olarak yaptıkları yardımlar zaten kendiliğinden vergiden istisnadır. Dolayısıyla

¹⁵ Nurettin Bilici, *Türk Vergi Sistemi*, Ankara: Savaş Yayınevi, 43. Baskı, Eylül 2019, s. 191.

¹⁶ Numan Emre Ergin, agm., <https://www.dunya.com/kose-yazisi/kisa-calisma-odeneği-2-vergisel-sorunlar-ve-oneriler/467685>, (Erişim Tarihi: 30.08.2020).

¹⁷ Bkz. Ali Çakmakçı, “*Kısa Çalışma Ödeneğinin Vergi Uygulamaları*”, <https://www.alomaliye.com/2020/04/30/kisa-calisma-odeneğinin-vergi-uygulamaları/> (Erişim Tarihi: 20.09.2020).

kısa çalışma ödeneği ivazsız bir intikal olarak nitelendirilse bile bu ödenek veraset ve intikal vergisine tabi tutulamayacaktır.¹⁸

Netice itibariyle bizce karşılıksız olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan kısa çalışma ödeneği veraset ve intikal vergisine tabi değildir.

C. Damga Vergisi Kanunu Kapsamında

Damga vergisinin konusunu, kişilerin kendi aralarında veya devletle olan çeşitli ilişkilerinde hukukilik kazandırma amacıyla kullanılan ve Damga Vergisi Kanunu'na ekli (1) sayılı tabloda sayılan kâğıtlar oluşturmaktadır.¹⁹

Bu kapsamda İŞKUR tarafından işçilere her ay ödenen kısa çalışma ödeneğinden de damga vergisi kesintisi yapılmaktadır. Bu verginin oranı ise halen binde 7.59'dur.²⁰

SONUÇ

Çalışma sürelerinin azaltılması kapsamında işçilerin ücretlerinin telafisi için geliştirilmiş olan kısa çalışma uygulamasına, genel ekonomik, sektörel veya bölgesel bir kriz veya koronavirüs salgını gibi zorlayıcı bir sebep bulunması nedeniyle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya o işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması söz konusu ise gidilebilmektedir.

Bir işyerinde kısa çalışmaya geçilmesi halinde işçiye, İşsizlik Sigortası Fonundan kısa çalışma ödeneği ödenmektedir. Biz de bu çalışma ile kısa çalışma ödeneğinin nasıl vergilendirildiğini; gelir vergisi, veraset ve intikal vergisi ve damga vergisi kapsamında ortaya koymaya çalıştık.

Gelir vergisi kapsamında yaptığımız değerlendirmeleri “ücret” geliri ile sınırlı tuttuk. Zira kısa çalışma ödeneği işçileri konu alan bir ödeme olması nedeniyle bu ödeneğin “ücretler” unsuruna dâhil edilip edilemeyeceğinin ve ücret olarak vergilendirilip vergilendirilemeyeceğinin tartışılması önem arz etmektedir.

Kısa çalışmaya geçilmesi halinde işçiye yapılan ödeme işveren tarafından değil, doğrudan devlet tarafından yapılmaktadır. İlaveten bu ödeme işçinin hizmeti karşılığında da yapılmamaktadır. Bu doğrultuda, işçiye devlet tarafından yapılan kısa çalışma ödemesinin, Gelir Vergisi Kanunu m.61'de çerçevesinde ücret

¹⁸ Ali Çakmakçı, “Kısa Çalışma Ödeneğinin Vergi Uygulamaları”, <https://www.alomaliye.com/2020/04/30/kisa-calisma-odeneginin-vergi-uygulamaları/> (Erişim Tarihi: 20.09.2020).

¹⁹ Nurettin Bilici, age., s. 178.

²⁰ Maaş, ücret, gündelik, huzur hakkı, aidat, ihtisas zammı, ikramiye, yemek ve mesken bedeli, harcırah, tazminat ve benzeri her ne adla olursa olsun hizmet karşılığı alınan paralar (avans olarak ödenenler dahil) için verilen makbuzlar ile bu paraların nakden ödenmeyerek kişiler adına açılmış veya açılacak carî hesaplara nakledildiği veya emir ve havalelerine tekiye olunduğu takdirde nakli veya tekiyeyi temin eden kâğıtlarda vergi oranı binde 7.59.

kapsamında gelir vergisine tabi olmadığını ifade edebiliriz. Bizce de ödeneğin ücret olarak değerlendirilmemesi ve gelir vergisine tabi tutulmaması yerindedir. Aksi durum sosyal devlet ilkesine aykırı olacak, işçi üzerinde adaletsiz bir vergi yükü oluşturabilecektir.

Yine gelir vergisi kapsamında ikinci olarak konuyu, “ücret tamamlama ödemeleri” bakımından ele aldık. Detaylarına çalışma içerisinde değinildiği üzere, kısa çalışma kapsamında çalışan ve kısa çalışma ödeneği alan bir işçi, haftada en fazla 30 saat çalışabilmektedir. İşverenin bir işçiyi 30 saatin üzerinde çalıştırmak istemesi durumunda ona ücret tamamlama ödemesi yapması gerekmektedir. İşte buradaki ödeme, devlet tarafından değil, işveren tarafından yapılmaktadır. Ayrıca bu ödemeler işçinin hizmeti karşılığında ödenmektedir. Dolayısıyla ücret tamamlama ödemelerinin, Gelir Vergisi Kanunu m.61’de yer alan ücret unsuru tanımlamasına uyduğunu ve ücretlerin vergilendirilmesine ilişkin esaslara göre vergilendirileceğini rahatlıkla ifade edebiliriz. Yani, işveren işçiye bu ödemeyi yaparken, işçinin vergisini kesip vergi dairesine yatırmakla sorumlu olacaktır.

Ardından konuyu veraset ve intikal vergisi kapsamında değerlendirdik. Kısa çalışma ödeneğinin veraset ve intikal vergisine tabi olup olmadığı konusunda birden fazla görüş olduğunu belirtmeliyiz. Buradaki tartışmaların temelinde, yapılan kısa çalışma ödemesinin karşılıklı bir ödeme mi yoksa karşılıksız bir ödeme mi olduğu sorusu bulunmaktadır. Her ne kadar bu ödemelerin karşılıksız olduğu savıyla ödemenin veraset ve intikal vergisine tabi tutulacağını savunular bulunsa da biz aksi görüşte olduğumuzu belirtmeliyiz. Çünkü çalışan her işçi bu ödenekten faydalanamamakta sadece çalışma içerisinde değinilen şartları taşıyan işçiler bu ödenekten yararlanabilmektedir. Bizce işçi tarafından ödenen işsizlik sigortası primleri burada bir karşılık olarak ifade edilebilecektir. Dolayısıyla bu ödeme veraset ve intikal vergisine tabi tutulamayacaktır. Yine belirtmeliyiz ki yapılacak olan bir vergilendirme sosyal devlet ilkesi kapsamında, ödeneğin etkinliğine ve amacına ters düşecektir.

Son olarak da konuyu damga vergisi kapsamında irdeledik. Bu kapsamda İŞKUR tarafından işçilere her ay ödenen kısa çalışma ödeneğinden binde 7.59 oranında damga vergisi kesintisi yapılmaktadır. Gelir vergisi ile veraset ve intikal vergisine tabi olmayan kısa çalışma ödeneğinin sadece damga vergisine tabi tutulmasında bizce hakkaniyete aykırılık yoktur. Zaten vergi oranı da toplumun genel yararının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunması arasında olması gereken adil dengeyi bozmamaktadır.

KAYNAKÇA

- BİLİCİ**, Nurettin, *Türk Vergi Sistemi*, Ankara: Savaş Yayınevi, 43. Baskı, Eylül 2019, s. 191.
- CANBOLAT**, Talat / **KAYIRGAN**, Hasan, “*Koronavirüs Salgınının İş Sözleşmesi ile İşçi İşveren İlişkilerine Etkisi ve Sonuçları*”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1-1, Nisan-Mayıs 2020, ss. 637-688.
- ÇAKMAKÇI**, Ali, “*Kısa Çalışma Ödeneğinin Vergi Uygulamaları*”, <https://www.alo-maliye.com/2020/04/30/kisa-calisma-odeneginin-vergi-uygulamalari/> (Erişim Tarihi: 20.09.2020)
- ERGİN**, Numan Emre, “*Kısa Çalışma Ödeneği-2 Vergisel Sorunlar ve Öneriler*”, Dünya Gazetesi, 14 Nisan 2020, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/kisa-calisma-odeneği-2-vergisel-sorunlar-ve-oneriler/467685> (Erişim Tarihi: 30.08.2020)
- KIRMIZI**, Evran, “*Son Değişiklikler Çerçevesinde Kısa Çalışma Ödeneği Uygulaması*”, Terazı Hukuk Dergisi, S. 164, Nisan 2020, ss. 820-892.
- TUNA**, Mustafa Oğuz, “*Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 4, Temmuz 2014, ss. 337-353.
- https://statik.iskur.gov.tr/tr/issizlik_sigortasi/issizlik_sigortasi_islemleri.htm (Erişim Tarihi: 20.09.2020).

Cezaevi Sosyolojisi Açısından İşyurtları Faaliyetleri

Workplaces Activities in Terms of Prison Sociology

Dr. Vehbi Kadri KAMER^(*)

Öz:

Dünyada ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutuklu sayısı yıllara göre artış göstermektedir. Bu artışın ekonomik ve sosyal sonuçları bulunmaktadır. Başta hukuk, psikoloji, ekonomi ve sosyal hizmetler olmak üzere birçok disiplin tarafından araştırma yapılan ceza infaz kurumları özellikle 1940'lı yıllardan sonra sosyoloji biliminin ilgili alanı olmuş, bu kapsamda çok sayıda çalışma yapılmıştır. Bu çalışmalarda üzerinde durulan konulardan biri "cezaevileşme" kavramı olup, bunun sonuçları değerlendirilmiştir. Cezaevileşme kavramı sosyal sistem kavramı ile yakından ilgili olup, kısaca hükümlülerin ceza infaz kurumu kültürünü benimsemesini ifade etmektedir. Hükümlülerin suça sürüklenmesine neden olan davranışlarının değiştirilerek kurallara uyan ve sorumluluk duygusuna sahip birey olmasını hedefleyen ceza infaz sistemi, gerçekleştirilen genel eğitim, mesleki eğitim ve işyurdu faaliyetleri ile bir yandan hükümlülerin davranışlarının değişmesi ile sorumluluk sahibi birey olması, diğer yandan cezaevileşme sürecinin önlenmesi konusunda çalışmalar yapmaktadır. Bu çalışmalar içinde ceza infaz kurumlarında sürdürülen işyurdu faaliyetlerinin ayrı bir önemi bulunmaktadır. Bu faaliyetlerle; bir yandan meslek sahibi olmayan hükümlüler meslek sahibi olmakta ya da meslek sahibi olan hükümlülerin var olan meslekleri geliştirilmekte, diğer yandan hükümlüler çalışma disiplini edinmekte, iletişimleri güçlenmekte ve özgüvenleri gelişmektedir.

Anahtar Kelimeler:

Ceza İnfaz Kurumu, Sosyal Sistem, Cezaevileşme, Rehabilitasyon, İşyurtları.

Abstract:

The number of convicts and detainees in penitentiary institutions in the world has been increasing over the years. This increase has economic and social consequences. Penitentiary institutions, which have been researched by many disciplines, especially law, psychology, economics and social services, have been the relevant field of sociology especially after the 1940s, and many studies have been conducted in this context. One of the issues emphasized in these studies is the concept of "prisonization" and its results have been evaluated. The concept of prisonization is closely related to the concept of social system and in short it refers to the adoption of the prison culture by the convicts. The penal execution system,

^(*) Cumhuriyet Savcısı.

E-posta: vebikadrikamer@gmail.com.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-8752-3466>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 31.01.2021.

Makale Kabul Tarihi: 31.03.2021.

which aims to change the behavior of convicts to be dragged into crime and to be individuals who comply with the rules and have a sense of responsibility, is working on changing the behavior of convicts on the one hand, and preventing the imprisonment process on the other, with the training, vocational training and workplace activities. Workplace activities are also important among these studies. With these activities; On the one hand, convicts who do not have a profession acquire a profession, or convicts who have a profession improve their existing profession, on the other hand, they acquire a working discipline, their communication is strengthened and their self-confidence improves.

Keywords:

Penitentiary Institution, Social System, Prisonization, Rehabilitation, Workplaces.

GİRİŞ

Dünyada sosyal bilimciler tarafından üzerinde çalışılan konuların başında ceza infaz kurumları gelmektedir. 2018 yılı verilerine göre Dünyada on bir milyondan fazla kişi ceza infaz kurumlarında bulunmakta olup, bu kurumlarda Amerika Birleşik Devletleri'nde 2.094.000, Çin'de 1.710.000, Brezilya'da 755.274, Rusya'da 486.031 ve Hindistan'da 478.600 hükümlü ve tutuklu barındırılmaktadır.¹ Bu kapsamda; hapis cezalarının yerine getirildiği ceza infaz kurumları, bu kurumlarda gerçekleştirilen rehabilitasyon çalışmaları, ceza infaz kurumlarının hükümlülerin topluma kazandırılmasındaki rolü ve hükümlülerin yeniden suç işleme oranlarındaki etkisi gibi konular üzerinde çok sayıda araştırma yapılmış, uluslararası düzeyde konferanslar düzenlenmiş ve projeler hazırlanmıştır.

Dünyada hapis cezalarının infazında kabul edilen temel yaklaşım; suça sürüklenen bireylerin suça sürüklenme nedeninin belirlenerek bu kapsamda uygulanacak eğitim, mesleki eğitim ve rehabilitasyon programları ile bu nedenlerin ortadan kaldırılması, sorumluluk sahibi birey olarak toplum hayatında yer almasının sağlanmasıdır. Rehabilitasyon süreci olarak isimlendirilen bu yaklaşımda, bilimsel yöntemlerle "*risk ve değerlendirme araçları*" kullanılarak bireyin suça sürüklenme nedenleri ortaya konulmakta daha sonra bu nedenlerin ortadan kaldırılmasına yönelik "*bireyselleştirilmiş programlar*" uygulanmaktadır.

Ceza infaz kurumlarının hükümlü üzerinde birçok etkisi bulunmaktadır. Bu etkilerden biri Donald Clemmer tarafından ortaya konulan "*cezaevileşme*" kavramıdır. Cezaevi sosyolojisinin temel çalışma alanlarından biri olan bu kavram, ceza infaz kurumuna giren hükümlülerin ceza infaz kurumu kültürünü benimsemesini ve bu kurumdaki davranış biçimlerini içselleştirmesini ifade etmektedir. Bu içselleştirme ne kadar güçlü olursa hükümlünün topluma uyumu zorlaşmakta ve yeniden suç işlemesi kolay hale gelmektedir.

¹ World Prison Brief, 2021, https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All, (erişim tarihi 26.01.2021), s. 1.

Hükümlülerin cezaevileşmesinin önlenmesinde rehabilitasyon çalışmalarının büyük önemi bulunmaktadır. Rehabilitasyon çalışmaları kapsamında; eğitim, meslek eğitimi, rehabilitasyon programları, aile ve sosyal çevre ile ilişkiler önem kazanmaktadır. Rehabilitasyon çalışmalarının bireyselleştirilerek uygulanması, diğer bir ifade ile hükümlünün suça sürüklenmesine neden olan madde bağımlılığı, eğitim eksikliği, psikolojik rahatsızlıklar gibi faktörlerin belirlenerek rehabilitasyon çalışmalarının buna göre yürütülmesinin hükümlülerin cezaevileşmesini önlemede büyük rol oynadığı anlaşılmıştır.

Ülkemizde ceza infaz kurumlarında yürütülen rehabilitasyon çalışmaları içinde son derece önemli bir yere sahip olan “*mesleki eğitim çalışmaları*” işyurtları sistemi içinde gerçekleştirilmektedir. İşyurtları çalışmaları; “hukuk”, “psikoloji”, “sosyoloji” ve “ekonomi” gibi bilim dalları açısından mikro ve makro ölçüde değerlendirilebilir. Ancak bu sisteme hangi disiplin açısından ve hangi ölçekte bakılırsa bakılsın, işyurtları çalışmaları suça sürüklenen bireylerin cezaevileşmesinin önlenmesinde, topluma kazandırılmasında ve bu bireylerin sorumluluk taşıyan ve kurallara uyan bir kişi olarak hayatlarına devam etmesinde önemli rol oynamaktadır.²

Bu makalede; Ülkemizde akademik olarak henüz yeterince çalışma yapılamayan cezaevi sosyoloji içinde işyurtları faaliyetlerinin önemi konusu incelenecektir.

I. CEZA İNFAZ KURUMLARININ TARİHİ GELİŞİMİ

Dünyada ceza infaz kurumlarının tarihi gelişimine bakıldığında; İslam öncesi Arap toplumlarında hapsedmenin bir ceza çeşidi olarak uygulandığı,³ Babil, Yunan ve Romalılarda hapsedme ceza olarak değil ancak ceza belirleninceye kadar suçluların alıkonulduğu bir uygulama olduğu,⁴ ilk çağlarda hapis cezası ve hapisane uygulaması bulunmayan Cermenlerde bu ceza ve uygulamanın 8’inci yüzyılda karşımıza çıktığı,⁵ Hitit Hukukunda tedbir amaçlı veya ceza olarak hapis uygulamasının bulunmadığı, bunun yerine mağdura tazminat ödenmesinin benimsendiği⁶ görülmektedir.

Ceza infaz tarihine bakıldığında cezalandırma yöntemlerinin zaman içinde gösterdiği gelişim ve değişim farklı düşünürler tarafından birden çok tasnife tabi tutulmuştur. Bir görüşe göre cezalandırma yöntemleri bakımından üç ayrı uygulamanın olduğu görülmektedir. Cezalandırma yöntemlerinden *birinci uygulama*

² Vehbi Kadri Kamer, “2015 Yılında İşyurtları Kurumu-I”, Sesleniş Gazetesi, Sayı: 165, Ankara, 2015, s. 12.

³ Kurtuluş Demirkol, *I. Meşrutiyet Döneminde Edirne Vilayeti Hapishaneleri*, Yayınlanmış Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya, 2012, s. 25.

⁴ Demirkol, s. 25.

⁵ Demirkol, s. 28.

⁶ Demirkol, s. 25.

kefalet ve para cezası olup, Orta Çağ'ın ilk dönemlerinde uygulanan pratik bir cezalandırma yöntemi idi. İşkence ve idamlar Orta Çağ'ın son dönemlerinde uygulanan cezalandırma yöntemlerinden *ikinci uygulamaydı*. *Üçüncü ve son uygulama*, 17'nci yüzyılda uygulanan hürriyeti bağlayıcı cezalardı.⁷

Günther Kaiser'e göre hapis cezalarının infazının gelişiminde; *birinci dönem* Amsterdam cezaevlerinin doğuşu ve 17'nci yüzyılda Avrupa'ya etkisi, *ikinci dönem* Kuzey Amerika ceza infaz modellerinin etkisi ve 19'uncu yüzyılın sonuna doğru sistem konusunda tartışma, *üçüncü ve son dönem* ceza infaz kurumlarının açılması ve 20'nci yüzyılın ikinci yarısında hükümlülere muamelede asgari esasların hukuken gerçekleştirilmesi olarak belirlenmiştir.⁸

Son olarak Albert Krebs göre hürriyeti bağlayıcı cezaların infazında; *birinci dönem* 17'nci yüzyılın başından Fransız İhtilali'ne kadar süren ve toplumun güvenliği düşüncesiyle bütün araçlarla ve sıkı çalışma yöntemiyle iyileşme, *ikinci dönem* Aydınlanma'dan Birinci Dünya Savaşı'na kadar devam eden dönem ahlaki iyileşme, *üçüncü ve son dönem* günümüze kadar devam eden hürriyeti bağlayıcı cezanın infazının bir hukuki ilişki oluşturması ve manevi iyileşme olarak tasnif edilmiştir.⁹

II. CEZAEVİ SOSYOLOJİSİ KAPSAMINDA SOSYAL SİSTEM KAVRAMI

Sosyal sistem kavramını açıklamadan önce Cezaevi Sosyolojisinin kısa tarihçesine ve bu alanda yapılan ilk çalışmalar üzerinde durmak gerekmektedir. Cezaevi Sosyolojisi alanındaki çalışmalar 1940'lı yıllardan sonra hızla gelişmeye başlamış, bu kapsamda, hükümlü toplulukları, ceza infaz kurumu personelinin kültürü ve/veya ceza infaz kurumlarının idari teşkilat yapısı incelenmeye başlanmıştır.

1950'lerin sonlarında ve 1960'ların başında ceza infaz kurumları ile ilgili daha fazla araştırma ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu dönemde ceza infaz kurumları ile ilgili üç sosyolojik çalışma dikkat çekmektedir. 1958'de Gresham Sykes, New Jersey Eyalet Ceza İnfaz Kurumundaki araştırmaya dayanarak "Tutuklular Topluluğu: Maksimum Güvenlikli Hapishanenin İncelenmesi" başlıklı çalışmasını yayınlamıştır. Bu çalışmada Sykes, "hükümlü kodlarının" (inmate code) içeriğini, bunların ceza infaz kurumu sosyal hayatı ve hükümlü deneyimi üzerindeki etkisini incelemiştir.¹⁰ Bu çalışmada belirtilen hükümlü kodu kavramı, ceza infaz

⁷ Timur Demirbaş, *Hapishane Kitabı*, Editörler Naskali Gürsoy, Emine, Altun, Hilal Oytun, Çalış Ofset, İstanbul, 2010, s. 3.

⁸ Ufuk Adak, *XIX. Yüzyılın Sonları XX. Yüzyılın Başlarında Aydın Vilayeti'ndeki Hapishaneler*, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2006, s. 12.

⁹ Adak, s. 12.

¹⁰ Deborah H. Drake/ Earle Darke/ Rod Sacha, *Prison Life, Sociology of: Recent Perspectives from the United Kingdom*, 2015, <http://oro.open.ac.uk/40428/1/Elsevier%20encyclopedia%20entry.pdf>, (erişim tarihi 26.01.2021), s. 3.

kurumu sosyal sistemi içinde hükümlüler tarafından geliştirilen kural ve değerleri ifade etmektedir.¹¹

Sykes'in tutuklular toplumu üzerine yaptığı çalışmayla hemen hemen aynı zamanlarda, kurumsal hapsedilme deneyimine ilişkin başka bir alternatif araştırma yapılmıştır. Washington'daki bir akıl hastanesinin katılımcı gözlem çalışmasına dayanarak, Chicago Okulunda sosyolog olarak çalışan Erving Goffman 1961'de "Barınak" isimli eserini yayınlamıştır. Goffman, hapsedilme deneyimini değerlendirmek için sembolik bir etkileşimci (veya yorumlayıcı) yaklaşım kullanmış ve ceza infaz kurumunun doğası gereği hükümlülerin "benliğini değiştirdiğini" ve bu değişim sonucu hükümlülerde yeni kimliklerin şekillendiğini savunmuştur.¹²

Bu çalışmalardan sonra 1962'de John Irwin ve Donald Cressey, "Hırsızlar, Hükümlüler ve Mahkum Kültürü" başlıklı önemli bir makale yayınlamıştır. Bu makalede araştırmacılar, ceza infaz kurumu ortamının hükümlü kültürünün gelişimi üzerindeki etkisine çok fazla vurgu yapıldığını, ancak hükümlülerin dış kültürel etkilerine ve davranış kalıplarına yeterince dikkat edilmediğini vurgulamışlardır. Irwin ve Cressey, hükümlülerin, ceza infaz kurumunu dışında kendileri için anlam taşıyan belirli alt kültürel değerleri, inançları ve gelenekleri ceza infaz kurumu dünyasına "ithal ettiklerini" ifade etmişlerdir. Irwin ve Cressey'in bu makalesi, hükümlülerin ceza infaz kurumuna alınmadan önce buldukları sosyal rolleri ve "gizli kültürün" ceza infaz kurumu kültürünü ne ölçüde etkilediğini ilk değerlendiren çalışma olmuştur.¹³

Cezaevi sosyolojinin tarihçesi bakımından kısa girişten sonra sosyal sistem kavramını incelediğimizde, bu kavramın işlevselçiler tarafından sosyolojinin erken dönemlerinde kullanılmaya başladığını görmekteyiz. Bu kapsamda sosyal sistem olarak ceza infaz kurumu farklı nedenlerle özel araştırma konusu olmuştur. *Birinci neden*; ceza infaz kurumları göreceli olarak diğer kurumlara göre çok daha kolay analiz edilebilmektedir. Buna karşın toplumun doğrudan araştırılması daha karmaşık ve uzun bir süreci gerektirmektedir. *İkinci neden*; ceza infaz kurumlarında hükümlüler ve personel olmak üzere iki ayrı toplum bulunmaktadır. *Üçüncü olarak*; ceza infaz kurumları kontrol mekanizmaları açısından diğer kurumlardan farklılık göstermektedir. Aynı zamanda bu kurumların dış çevre ile bağlantısı bulunmaktadır.¹⁴

¹¹ Wikipedia, 2021, https://en.wikipedia.org/wiki/Inmate_Code, (erişim tarihi 07.02.2021).

¹² Drake/ Darke/ Sacha, s. 3.

¹³ Drake/ Darke/ Sacha, s. 3.

¹⁴ Barbara Pabjan, *Researching Prison-A Sociological Analysis of Social System*, 2005, <https://core.ac.uk/download/pdf/14444444.pdf>, (erişim tarihi 26.01.2021), s. 102.

Ceza infaz kurumlarını bir sosyal sistem olarak incelemek öncelikle bu sistemin idari yönünü ortaya koymayı gerektirmektedir. Bu kapsamda; ceza infaz kurumunun türü, ceza infaz kurumu ile ceza infaz kurumu topluluğunun büyüklüğü ve ceza infaz kurumunun fiziksel dağılımı önem taşımaktadır. Hapis cezasının infaz koşullarına ve ceza türüne bağlı olarak kapalı ve açık ceza infaz kurumları olmak üzere iki tür ceza infaz kurumu çeşidi bulunmaktadır. Hapis cezasının infaz koşulları, grup ilişkilerini ve iletişim sistemini belirlemektedir. Bu kapsamda; açık ceza infaz kurumlarında hükümlüler arasında grup ilişkileri kolaylaşırken kapalı ceza infaz kurumlarında bu ilişkiler kolay olmamaktadır. Yine; açık ceza infaz kurumlarında iletişim kanalları sayısal olarak fazla iken, kapalı ceza infaz kurumlarında bu kanallar sınırlı bulunmaktadır.¹⁵

Sosyal Sistem Çeşitleri¹⁶

Kapalı Sistem

Bireylerin düşük derecede bağlanabilirliği.
Daha az etkili iletişim.

Küçük gruplar içinde güçlü sosyal bağlar.
Toplumla zayıf bağlar.
Az hareketlilik.

Açık Sistem

Bireylerin yüksek derecede bağlanabilirliği.
Etkili iletişim bağlantısı ve etkileşim çeşitliliği.

Daha az entegre topluluk.
Zayıf bağlar.
Daha fazla hareketlilik.

Grup yapısı türleri
Toplum türleri
İletişim sistemi türleri

III. CEZAEVİ SOSYOLOJİSİNDE “CEZAEVİLEŞME” KAVRAMI

Dünya literatüründe “cezaevileşme” kavramı konusunda iki temel eser bulunmaktadır. Bunlar; Donald Clemmer’in “Cezaevi Topluluğu” (The Prison Community) ve Erving Goffman’ın “Barınak”(Asylums) isimli eserleridir.

1931-1934 yılları arasında ceza infaz kurumlarında çalışan Donald Clemmer; çalışmasının başlığında belirttiği gibi ceza infaz kurumlarını bir topluluğun yaşam alanı olarak değerlendirmiştir. Clemmer yaptığı değerlendirmede; bu topluluğun cezaevi alt kültürünü ürettiği sonucuna ulaşmış, ayrıca ceza infaz kurumu atmosferinde hükümlülerin özel yaşamlarında ortaya çıkan değerleri ve bu

¹⁵ Pabjan, s. 102.

¹⁶ Pabjan, s. 103.

değerleri özümseme sürecine nasıl dahil olduklarını analiz etmiştir. Bu sürece Clemmer “cezaevileşme” adını vermiş olup bu süreçte; grup oluşumuna, hükümlü grupları arasındaki sosyal ilişkilere ve liderlik ile baskın karakterlik özelliklerine dikkat etmiştir.¹⁷

Clemmer’in bu çalışmasının özellikle Dokuzuncu ve Onuncu Bölümlerinde “Boş zamanın sosyal etkileri” ve “Emeğin sosyal önemi” hakkında açıklamalar yapmış olup, Dokuzuncu Bölümde özetle ceza infaz kurumu dışında toplumda “boş zaman” ile “boş zaman dışında kalan zaman” arasındaki ayrım, boş zaman olarak belirlenmiş olsun ya da olmasın her saatin “zaman” olduğu ceza infaz kurumuna göre daha az belirgin olduğunu ifade etmiştir. Diğer ifade ile boş zaman; ceza infaz kurumlarında örneğin, spor faaliyetleri, radyo dinleme, gazete ve dergi okuma, mektup yazma ve aile ziyaretleri gibi belirlenen “hem resmi hem de düzenlenmiş zamandan” oluşmakta olup, buna karşılık “düzenlenmemiş zaman” ise kumar gibi gizli faaliyetlerden meydana gelmektedir.¹⁸

Hükümlülerin çalışmaya yönelik bireysel ve kolektif tutumlarını bu eserin Onbirinci Bölümde açıklayan Clemmer, ceza infaz kurumlarında mesleki eğitim kapsamında çalışmanın grup oluşumunu ve liderlik kavramını zayıflatmadığını, çok az hükümlünün çalıştığını, çalışma sürelerinin önemli bir kısmının üretim dışı faaliyetlere ayrıldığını ifade etmiştir. Aslında Clemmer ceza infaz kurumunda yapılan çalışmaları sadece nicel terimler ile analiz etmiştir.¹⁹

Özetle Clemmer yaptığı araştırmada literatüre ilk kez giren hükümlülerin “cezaevileşmesi” süreci üzerinde durmuş, bu süreci ele almış, “cezaevileşme” kavramını ceza infaz kurumundaki ilişki biçimleri ve davranış şekillerini içeren yaşam tarzlarını öğrenme süreci olarak tanımlamıştır. Diğer bir ifade ile Clemmer, ceza infaz kurumuna giren hükümlülerin belli zaman içinde ceza infaz kurumunda bulunan kültüre uyum sağladığını, o kültürün davranış biçimlerini ve dilini içselleştirdiğini belirtmiştir. Clemmer hükümlülerin cezaevileşmesinin sonucu olarak ceza infaz kurumundan tahliye olduktan sonra toplumsal hayata uyum göstermekte zorluk yaşadığını ve bu durumun yeniden suç işleme riskinin artırdığını ifade etmiştir.²⁰

Bu alanda çalışma yapan Goffman “Barınak” isimli eserinde; ceza infaz kurumlarının dış dünyadan kopuk olduğunu, bu kurumların “hükümlü hayatı olarak” özetlenebilecek oldukça özel bir yaşam alanı oluşturduğunu ifade etmektedir. Yine

¹⁷ Fabrice Guilhaud, *Working in Prison: Time as Experienced by Inmate-Workers*, 2010, file:///C:/Users/ab33992/Downloads/RFS_515_0041.pdf (erişim tarihi 26.01.2021), 2010, s. 49.

¹⁸ Guilhaud, s. 50.

¹⁹ Guilhaud, s. 50.

²⁰ Zahir Kızmaz, “Cezaevinin ve Hapsetmenin Suçu Engellemedeki Etkisi”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 17, Kütahya, 2007, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/dpusbe/issue/4759/65374>, (erişim tarihi 26.01.2021), s. 10.

Goffman, hükümlüler için hayatın bütün yönlerinin aynı yerde ve aynı idare ortamı altında yürütüldüğünü belirtmiştir. Ceza infaz kurumlarında hükümlü dünyasının tek bir zaman çerçevesi içinde bulunduğunu ifade eden Goffman, ancak bu çerçeve içinde hükümlülerin birincil ve ikincil olarak tanımlanan gizli yaşam ayarlamalarının olabileceği “manevra odalarının” bulunduğunu vurgulamıştır.²¹

Özetle Goffman ceza infaz kurumlarını, ceza adalet sisteminin bir unsuru olması nedeniyle resmi bir kurum; diğer yandan belli davranış kurallarına sahip olması nedeniyle resmi olmayan bir kurum olduğunu, bu nedenle ceza infaz kurumlarının içerisinde suç davranışlarının öğrenilmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir.²²

IV. CEZAEVİ SOSYOLOJİSİNDE İŞYURLARI FAALİYETLERİ

A. Dünyada Ceza İnfaz Kurumlarında İşyurdu Çalışmaları

Avrupa Birliği ülkelerinde eğitim ve öğretim çalışmaları farklı alanlarda gerçekleştirilmektedir. Bu alanların biri de ceza infaz kurumlarında sürdürülen eğitim çalışmalarıdır. Ancak bu kurumlardaki eğitim çalışmalarının karşı karşıya kaldığı iki zorluk bulunmaktadır. Bunlardan *birincisi* Avrupa ceza infaz kurumlarında %105 oranındaki kalabalıklaşma sorunu, *diğeri* ceza infaz kurumlarındaki yabancı hükümlü ve tutuklu sayısındaki artıştır. Bütün bu zorluklara rağmen ceza infaz kurumlarındaki eğitim çalışmaları önem taşımaktadır. İngiltere’de ceza infaz kurumlarında eğitime yapılan yatırımın maliyeti ile elde edilen yarar konusunda gerçekleştirilen bir çalışmada, eğitime yapılan yatırımın Ülkeye iki kattan fazla yarar getirdiği sonucuna ulaşılmıştır.²³

Avrupa Birliği ülkelerinde ceza infaz kurumlarındaki mesleki eğitim çalışmaları ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Eğitim; bir kısım ülkelerde ceza infaz kurumlarında atölyelerde uygulamalı verilirken, bir kısım ülkelerde bu eğitim genel eğitim çalışmalarının bir bölümü olarak sürdürülmektedir. Ancak ceza infaz kurumları ile bu kurumların dışında verilen benzer meslek eğitim programlarının aynı standartta sunulması ve bunların işgücü piyasasının talep ettiği kalitede olması kolay olmamaktadır.²⁴

Ceza infaz kurumlarındaki eğitim çalışmaları konusunda İskandinav ülkelerinde gerçekleştirilen bir çalışmada; ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin yetersiz eğitim aldıkları belirlenmiştir. İnsanı merkeze alan bakış açısıyla

²¹ Guilbaud, s. 50.

²² Kızmaz, s. 10.

²³ Jo Hawley/ Ilona Murphy/ Manuel Souto-Otero, *Prison Education and Training in Europe Current State-Of-Play and Challenges*, 2013, http://www.antonioacasella.eu/nume/Hawley_UE_education_may13.pdf, (erişim tarihi 26.01.2021), s. 5.

²⁴ Hawley/ Ilona/ Souto-Otero, s. 25.

hükümlülerin eğitim ve öğretim hakkına sahip olmaları nedeniyle, hükümlülerin çalışma hayatındaki yeni istihdam alanlarında gerekli bilgi ve becerilerinin bulunmaması halinde ceza infaz kurumundan salıverildikten sonra iş piyasasında dışlanma ile karşı karşıya kalacakları vurgulanmıştır. Bu nedenle hükümlülerin rehabilitasyonu için ceza infaz kurumlarındaki eğitim ve öğretim çalışmaları daha geniş kapsamlı planlanmakta, bu kapsamda suçun önlenmesi için ceza infaz kurumundan salıverilen hükümlülerin eğitimlerinin devamı ve iş bulmaları sağlanmaktadır. Bu eğitim çalışmalarında öğretmenlerin görevlendirilmesi önem taşımaktadır. Danimarka’da ceza infaz kurumlarında meslek eğitimi veren eğiticiler Adalet Bakanlığı tarafından atanırken, Norveç’te Eğitim Bakanlığı tarafından tam zamanlı veya yarı zamanlı eğiticiler ceza infaz kurumlarında görevlendirilmektedir. Finlandiya bu iki modelin birleşmesinden oluşan bir sistemi kullanılmaktadır.²⁵

Avusturya’da, tüm hükümlü ve tutuklulara eğitim verilmesi ve iş olanağı sunulmasına ilişkin yasal düzenleme 1975 yılında yürürlüğe girmiştir. Ceza infaz kurumlarında eğitim ve iş fırsatı sunulma zorunluluğu karşılığında, Avusturya’daki hükümlülerin de çalışma yükümlülükleri bulunmaktadır. Çalışan hükümlü ve tutuklulara ücret ödenmekte, bu ücretin yaklaşık olarak %75’i, ceza infaz kurumu masraflarına katkı olarak kurum tarafından alınmaktadır. Geriye kalan %25’in yarısı hükümlülerin salıverilmelerinin ardından yeni bir hayata başlamalarına yardım edecek “başlangıç desteği” adı altında bir fonda biriktirilirken, diğer yarısı hükümlülerin ceza infaz kurumunda buldukları sürede yapacakları harcamalar için kendilerine verilmektedir.²⁶

İsveç’te ceza infaz kurumlarında genel eğitim farklı bir bakış açısıyla “Öğrenim Merkezi” modeli aracılığıyla sağlanmaktadır. Bu Ülkede bulunan ceza infaz kurumlarının her birinde, bir veya daha fazla öğretmenin görev yaptığı “Öğrenim Merkezi” isminde birim bulunmaktadır. Bu Merkeze ilave olarak “Ağ Merkezi” adı verilen internet tabanlı bir platform ile hükümlülere 130’dan fazla alanda eğitim alma olanağı sunulmaktadır. “Öğrenim Merkezi” sistemi ile hükümlülerin başka ceza infaz kurumlarına nakil olduklarında veya ceza infaz kurumlarından salıverildiklerinde eğitimlerine kesintisiz olarak devam etme imkanı sağlanmaktadır. Bu sistem, hükümlülere zaman sınırlaması olmaksızın eğiticilere erişim olanağı sunmaktadır. Yapılan araştırmada bu sistemin hükümlülerin eğitime katılımını ve motivasyonunu artırdığı tespit edilmiştir. Uzaktan veya harmanlanmış eğitim olarak da isimlendirilebilecek bu yaklaşımı ile ceza infaz kurumunda bulunanlar “hükümlü” yerine “öğrenen” olarak görülmeye başlamıştır.²⁷

²⁵ Susan Dawe, *Vocational Education and Training for Adult Prisoners and Offenders in Australia*, 2007, <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED499730.pdf>, (erişim tarihi 26.01.2021), s. 24.

²⁶ Kamer, s. 12.

²⁷ Hawley/ Hona/ Souto-Otero, s. 35.

Amerika Birleşik Devletleri'nde hükümlülerin meslek edinmeleri konusundaki çalışmalar "Yeniden Giriş Yuvarlak Masa" isimi bir Kurum tarafından planlanmaktadır. Bu kurumda; akademisyenler, politika yapıcılar, toplumun önde gelenleri ve eski hükümlüler bulunmaktadır. Bu Kurum; hükümlülerin ceza infaz kurumundan saliverilmelerinden sonra topluma uyum sağlamaları için barınacak ev bulma, sağlık hizmetleri alma ve iş bulmaları gibi alanlarda en iyi yöntemlerin belirlenmesi için çalışmalar yapmaktadır. Bu Kurumun amacı; çalışma alanına giren konularda yeni fikirler oluşturmak, projeler üretmek, bireyler, aileler ve toplum için politikalar geliştirmektir. "Yeniden Giriş Yuvarlak Masa" Kurumu tarafından hazırlanan bir Raporda ceza infaz kurumlarında uygulanan meslek eğitim çalışmalarının önündeki engellerin; ceza infaz kurumlarında atölye alanlarının olmaması, bu çalışmalar için yeterli bütçenin sağlanamaması, özel sektörün bu faaliyetleri desteklememesi, yerel işletmelerin ve halkın bu tür çalışmalara rekabet nedeniyle karşı olmaları olduğu belirtilmiştir.²⁸

İngiltere'de ceza infaz kurumlarında "Sanal Kampüs" uygulaması geliştirilerek hükümlülere topluma kazandırılmaları amacıyla, web sitelerine güvenli erişim dahil eğitim materyallerine ve araçlarına uzaktan erişim olanağı sunulmaktadır. Bu Sistemin; geleneksel "tebeşir ile tahtaya yazma" ve "konuşarak eğitim verme" yöntemlerine nazaran hükümlülere daha fazla motive ettiği ayrıca hükümlülerin eğitimlerine, öğretimlerine ve iş bulmalarına daha fazla destek verecek çağdaş bir uygulama olduğu değerlendirilmektedir. Yine bu Sistemle; ceza infaz kurumundan tahliye edilen hükümlülerin bu kurumda başladıkları eğitimlerine saliverilme sonrasında devam etmelerine imkan verilmektedir. Sanal Kampus Sistemi yüksek risk grubuna giren hükümlüler dışında kalan hükümlüler tarafından kullanılabilir. Bu kapsamda ceza infaz kurumunda her hükümlünün "risk değerlendirmesi" yapılmakta ve bunun sonucuna göre Sanal Kampüste kullanabileceği ve görüntülenebileceği içerikler belirlenmektedir. Bu sistemde hükümlüler "güvenli ileti aktarımı" yöntemiyle danışmanları ve öğretmenleri ile iletişim kurma ve onlardan destek alma imkanına sahip olmaktadır.²⁹

B. Ülkemizde Ceza İnfaz Kurumlarında İşyurtları Çalışmaları

1. İşyurtları Faaliyetlerinin Amacı ve Kapsamı

Ülkemizde 1997 yılında; meslek sahibi olan hükümlü ve tutukluların sahip oldukları meslek ve sanatı koruyup geliştirmek, meslek sahibi olmayan hükümlü ve tutukluların meslek ve sanat öğrenmelerini sağlamak amacıyla ceza infaz kurumlarında işyurtları çalışmaları başlamıştır. Bu çalışmaların amacı, suça sürüklenen bireylerin topluma kazandırılmasıdır.³⁰

²⁸ Dawe, s. 5.

²⁹ Hawley/ Ilona/ Souto-Otero, s. 36.

³⁰ Vehbi Kadri Kamer, "İşyurtları Faaliyetlerinin Amacı", Sesleniş Gazetesi, Sayı: 150, 2015, Ankara, s. 12.

Ceza infaz kurumlarında suça sürüklenen bireylerin diğer ifade ile hükümlülerin topluma kazandırılması amacıyla sürdürülen rehabilitasyon çalışmaları kapsamında önce psikolog, sosyal hizmet uzmanı veya öğretmen hükümlü ile “bireysel görüşme” yapmakta, bu görüşme sonunda hükümlünün gerek psiko sosyal, gerekse eğitim ihtiyacı belirlenmektedir.³¹

Hükümlü ile gerçekleştirilen bireysel görüşme sonucu, hükümlünün suça sürüklenmesine neden olan faktörlerin ortadan kaldırılması amacıyla ihtiyaç duyduğu psiko sosyal ve eğitim çalışmaları belirlenmektedir. Psiko sosyal çalışmalar kapsamında; bireysel görüşmeler yapılmakta ve öfke kontrolü, madde bağımlılığı gibi programlar uygulanmaktadır. Örneğin hükümlünün öfkesini kontrol edememesi nedeniyle yaralama suçunu işlemiş olması halinde, rehabilitasyon çalışmaları kapsamında hükümlü ile bireysel görüşmeler yapılmakta, ayrıca öfke kontrolü programı uygulanmaktadır. Diğer yandan hükümlünün eğitim ihtiyacı kapsamında; bir yandan okuma yazma kurslarından lisans ve lisansüstü çalışmalara kadar devam eden temel eğitim faaliyetleri, diğer yandan meslek eğitim çalışmaları gerçekleştirilmektedir. Örneğin ilköğretim mezunu olmayan hükümlünün işsiz olması nedeniyle hırsızlık suçunu işlemiş olması halinde, bir yandan açık öğretim çalışmaları ile ilköğretim mezunu olması sağlanmakta, diğer yandan yeteneğine uygun meslek eğitim kursuna katılması gerçekleştirilmektedir.³²

Ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler ihtiyaçları doğrultusunda kaldıkları psiko sosyal faaliyetler ve temel eğitim çalışmaları dışında, işyurtları faaliyetleri kapsamında meslek edinmelerini sağlamak amacıyla kapalı ceza infaz kurumlarında atölyelerde; açık ceza infaz kurumlarında ise, hem atölyelerde, hem sosyal tesislerde veya kamu kurumlarında çalışabilmektedirler.³³

Hükümlülerin topluma kazandırılması çalışmalarında önemli bir yere sahip olan işyurtları çalışmaları sayesinde yeni bir meslek öğrenmeleri veya var olan mesleğin geliştirilmesi sağlanmakta, çalışma disiplini kazandırılmakta, iletişim becerileri geliştirmekte ve özgüvenleri güçlenmektedir.³⁴

Ülkemizin istihdam olanakları değerlendirilerek ceza infaz kurumlarında sürdürülen işyurdu çalışmaları beş alanda yürütülmektedir. Bunlar; endüstri ürünleri, eliş ürünleri, inşaat işleri, tarım ve hayvancılık işleri ile uygulamalı sosyal tesis işletmeciliği alanlarıdır.³⁵

Endüstri ürünleri çalışmaları kapsamında; mobilya, tekstil, ayakkabı, deri cüzdan, çanta, kemer, kartuş dolum, tabela, alüminyum ve pvc doğrama, parke

³¹ Kamer, s. 12.

³² Kamer, s. 12.

³³ Kamer, s. 12.

³⁴ Kamer, s. 12.

³⁵ Kamer, s. 12.

taşı, beton direk, demir ürünleri, yatak, yastık, matbaa ve cilt, teneke ve karton kutu, sabun ve deterjan, dokuma, çini-seramik, gümüş işleme, telkari, hediye-lik eşya, resim, ebru, müzik aletleri yapımı ve takı tasarım alanlarında meslek eğitimi verilmektedir. Tarım ve hayvancılık ürünleri kapsamında; büyükbaş, küçükbaş ve kümes hayvan besiciliği, süt ve süt ürünleri, yumurta, fidecilik, sebze ve meyveler, sera ve canlı çiçek, tahıl ve yem bitkileri, et ve et ürünleri üretimi gerçekleştirilmektedir. İnşaat işleri çalışmaları kapsamında hükümlüler; kamu kurumlarının onarımı, tarihi eserlerin restorasyonu ve işyurtları kurumunun ihtiyaç duyduğu tesislerin inşası faaliyetlerinde çalışmaktadırlar. El işi ürünleri çalışmaları kapsamında; sedef kakma, bakır, cam süsleme, mermer işleme, süs kabağı işlemeciliği, yapay çiçek, yarı kıymetli taş işlemeciliği, hamak ve ağ örme işleri yapılmaktadır. Uygulamalı sosyal tesis işletmeciliği kapsamında Ülkemizin çeşitli yerlerinde bulunan Hakimevleri ve sosyal tesislerde hükümlüler çalışarak meslek öğrenmektedir.³⁶

2. Ülkemizdeki İşyurtları Faaliyetleri ile İlgili İstatistikler³⁷

Ülkemizde Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü İşyurtları Kurumu Daire Başkanlığına bağlı 309 işyurdu müdürlüğünce hükümlülere hem teorik hem uygulamalı meslek eğitimi verilmektedir. İstatistikler incelendiğinde, yıllara göre yeni kurulan işyurdu sayısının arttığı, aynı zamanda eğitim alan hükümlü sayısının yükseldiği görülmektedir.

Yıl	İşyurdu Sayısı	Çalışan Toplam Hükümlü ve Tutuklu Sayısı
2010	217	14.012
2011	221	16.920
2012	228	27.387
2013	237	31.160
2014	242	37.090
2015	258	46.311
2016	277	50.349
2017		52.836
2018		59.150
2019	309	60.767

Bu tabloda; 2010-2019 yılları arasında ceza infaz kurumlarında işyurdu sayısı ile işyurdu faaliyetleri kapsamında meslekî eğitim alan ve aldığı bu meslekî eğitim sonucu çalışan hükümlü ve tutuklu sayısını göstermektedir. Bu verilerden, hem işyurdu sayısının hem çalışan hükümlü ve tutuklu sayısının arttığı anlaşılmaktadır.

³⁶ Kamer, s. 12.

³⁷ İşyurtları Kurumu Daire Başkanlığı, *Faaliyet Raporu 2019*, 2019, <https://iydb.adalet.gov.tr/Resimler/BilgiBankasi/2822020202750Faaliyet%20Raporu%202019.pdf>, (erişim tarihi 26.01.2021), s. 21.

Yıl	İşbirliği Yapılan Özel Sektör Sayısı	Çalışan Toplam Hükümlü ve Tutuklu Sayısı
2012	34	681
2013	79	1.194
2014	91	1.665
2015	72	1.528
2016	100	2.764
2017	74	2.272
2018	144	4.273
2019	138	4.470

Ceza infaz kurumlarında özel sektörle işbirliği kapsamında hükümlülere meslekî eğitimi verilmektedir. Bu tablodaki veriler 2012-2019 yılları arasında ceza infaz kurumlarında özel sektör ile yapılan işbirlikleri sonucu çalışan hükümlü ve tutuklu sayısını göstermektedir.

Yıl	İşbirliği Yapılan Kamu Kurumu Sayısı	Çalışan Toplam Hükümlü ve Tutuklu Sayısı
2012	71	938
2013	124	1.663
2014	124	1.976
2015	124	1.947
2016	149	1.827
2017	159	2.157
2018	174	2.481
2019	213	2.848

Ceza infaz kurumlarında kamu kurumları ile işbirliği yapılarak meslek eğitimi verilmektedir. Bu tablodaki veriler 2012-2019 yılları arasında ceza infaz kurumlarında işyurdu faaliyetleri kapsamında kamu kurumları ile yapılan işbirlikleri sonucu çalışan hükümlü ve tutuklu sayısını göstermektedir.

DEĞERLENDİRME

Ceza infaz kurumlarından salıverilen hükümlülerin yeniden suç işleme oranlarına bakıldığında Avustralya'da 2010 yılında yapılan bir araştırmaya göre %39, İrlanda'da 2013 yılında yapılan bir araştırmaya göre %62, Japonya'da 2013 yılında yapılan bir araştırmaya göre %43, İskoçya'da 2011 yılında yapılan bir araştırmaya göre %50, İngiltere'de 2011 yılında yapılan bir araştırmaya göre %46 ve Amerika Birleşik Devletleri'nde 2006 yılında yapılan bir araştırmaya göre %52 olduğu belirlenmiştir.³⁸ Diğer yandan başka bir araştırmada suçun ekonomik ve sosyal maliyetinin İngiltere'de 18,1 milyar sterlin olduğu, yetişkinler tarafından yeniden suç işlemenin tahmini ekonomik ve sosyal maliyetinin 16,7 milyar sterlin olarak gerçekleştiği belirlen-

³⁸ Carolyn W. Deady, *Incarceration and Recidivism: Lessons from Abroad*, 2014, http://www.antonioacasella.eu/nume/Deady_march2014.pdf, (erişim tarihi 2.2.2021), s. 1.

miştir.³⁹ Bu rakamlar suçta sürüklenen bireylerin diğer ifade ile hükümlülerin rehabilitasyonunun ne kadar önemli olduğunu göstermektedir.

Suçta sürüklenen bireylerin yeniden suç işlemesi; topluma, mağdurlara, ekonomiye büyük zararlar vermektedir. Bu nedenle suçta sürüklenen ve ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin rehabilitasyonu diğer ifade ile topluma kandırılması çalışmaları önem taşımaktadır. Ceza infaz kurumlarında farklı alanlarda sürdürülen bu çalışmalar arasında meslekî eğitim çalışmalarının ayrı önemi bulunmaktadır. Dünyada bu çalışmalar ile ilgili farklı yaklaşımların benimsendiği, yüz yüze eğitim modeli yanında uzaktan eğitim modelinin uygulandığı, özel sektörle işbirliklerinin geliştirildiği görülmektedir. Yine Dünyada, ceza infaz kurumlarında başlayan meslek eğitim çalışmalarının hükümlünün bu kurumdan salıverilmesinden sonra devam ettiği anlaşılmaktadır.

Yapılan araştırmalar kapsamında;

1. İşyurdu çalışmalarına katılan hükümlülerin ceza infaz kurumundan salıverildikten sonra suç işleme oranlarının bu çalışmalara katılmayan hükümlülere oranla daha düşük gerçekleştiği belirlenmiştir. 2007 yılında Colorado Ceza İnfaz Kurumlarında hükümlü kadınlar ilgili bir araştırma, mesleki eğitim programlarına katılan hükümlü kadınların tekrar suç işleme oranlarının %8,75 olduğunu, buna karşılık temel eğitim çalışmalarına katılan kadın hükümlülerde bu oranın %6,71 olarak gerçekleştiği, başka bir araştırmada hiçbir meslekî eğitim veya genel eğitim programına katılmayan hükümlü kadınlarda yeniden suç işleme oranının %26 olduğu belirlenmiştir. 2002’de Florida, Maryland, Massachusetts, New York, Ohio, Texas, Utah ve Virginia’da yapılan araştırmada; ceza infaz kurumlarında sürdürülen eğitim programlarının tekrar suç işleme oranını %49’dan %20’ye kadar düşürdüğü, yine Keys ve Jackson tarafından gerçekleştirilen ulusal çapta bir araştırmada, hükümlülerin üniversite eğitimi almasının tekrar suç işleme oranını %30 veya daha fazla oranda düşürdüğü belirlenmiştir.⁴⁰
2. İşyurtlarında hükümlüler mesleki eğitim almakta, aldığı meslekî eğitim kapsamında çalışmakta, tecrübe sahibi olmakta ve ceza infaz kurumundan salıverildikten sonra iş bulabilmektedirler. Bu konuda yapılan bir akademik çalışmada ankete katılan 123 hükümlünün %78,86’sinin ceza infaz kurumundan tahliye olduktan sonra iş kurmayı düşündüğü belirlenmiştir. Aynı çalışmada işyurtları ve

³⁹ Alexander Newton/ Xenner May/ Steven Eame/ Maryam Ahmad, *Economic and Social Costs of Reoffending Analytical Report*, 2019, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/814650/economic-social-costs-reoffending.pdf, (erişim tarihi 2.2.2021), s. 1.

⁴⁰ Clement Muinde Mbatha/ Bonaventure W Kerre/ Ahmed Ferej/ Kisilu Mashtakh Kitainge, “How Effective is Vocational Education and Training for Rehabilitation in Kenyan Prisons? A Study Protocol.”, *American Journal of Educational Research*, Sayı: 10, 2019, <http://article.scieducationalresearch.com/pdf/education-7-10-3.pdf>, (erişim tarihi 11.2.2021), s. 688.

atölye çalışmalarının hükümlülerin; %52,72'sine meslek öğrettiği, %32,52'sinin boş zamanlarını değerlendirdiklerini, %20,33'ünün tahliye sonrası iş bulduklarını, %16,26'sinin maddi durumlarına katkı sağladığını, %14,63'ünün mesleği unutmama ve ilerletme imkanı sağladığı, %11,38'inin sosyalleşme kazandırdığı belirtilmiştir.⁴¹ Bu konuda dikkate değer bir çalışma olan 2006-2010 Yılları Arasında İşyurtlarında Çalışıp Tahliye Olduktan Sonra İş Bulma başlıklı çalışmada; işyurtlarında çalışan hükümlü ve tutukluların 2006 yılında %39,2'sinin, 2007 yılında %33,9'unun, 2008 yılında %29,7'sinin ve 2010 yılında %53,7'sinin ceza infaz kurumlarından salıverildiği yıl sigortalı olarak iş bulduğu ifade edilmiştir.⁴²

3. Hükümlülere aldıkları mesleki eğitim yanında çalışacağı iş koluna göre iş güvenliği ile ilgili eğitim verilmektedir. Güvenli ve sağlıklı çalışma ortamlarının oluşturulmasında bu konudaki bilincin artırılmasında iş güvenliği eğitiminin rolü önemli olmaktadır. Aynı zamanda yasal bir zorunluluk olan bu eğitimler, işyurtlarında görevli personel tarafından hükümlülere verilerek, bir yandan bu alanda kültürün oluşması sağlanmakta, diğer yandan iş kazaları ve meslek hastalıkları önlenmektedir.
4. İşyurdu faaliyetleri kapsamında çalışan hükümlüler ücret almakta, sigortaları yapılmakta ve kendilerine kar payı ödenmektedir. 5510 sayılı Kanun'un 5/1-a maddesine göre işyurtlarında çalışan hükümlüler iş kazası ve meslek hastalığı ile analık sigortası kapsamına alınmıştır. İşyurtlarında çalışan hükümlülere ücret ödenmekte ve yılda bir kez kar payı verilmektedir.
5. İşyurdu faaliyeti kapsamında çalışan hükümlüler belirli bir program dahilinde sabah kalkmakta, atölyeye gitmekte, atölye sonrası eğitim çalışmalarına veya sosyokültürel çalışmalara katılmakta, akşam tekrar odasına dönmektedir. Hükümlü düzenli bir hayata sahip olmaktadır.
6. İşyurdu faaliyetlerine katılan hükümlüler bu çalışmalarının yanında ilkokul, lise ve üniversite eğitim çalışmalarına katılmaktadır. Bu konuda yapılan akademik çalışmada ankete katılan 123 hükümlünün %48,78'inin eğitim durumunda değişiklik olduğu, bu kapsamda eğitim durumunda değişiklik olanların %17,07'sinin lise ve dengi okula devam ettiği, %10,57'sinin lise ve dengi okul mezunu olduğu belirtilmiştir.⁴³

⁴¹ Ünal Göktaş, *Açık Ceza İnfaz Kurumlarında Çalışan Hükümlülerin İşyurtlarında ve İş Atölyelerinde Çalıştıkları Dönemlerde Elde Ettikleri Mesleki Beceriler, Kazanımlar ve Performans Yönetimi Uygulaması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, Bilecik, 2017, s. 109-111.

⁴² Mustafa Sarıdiken, *Hükümlü ve Tutukluların Meslek Edindirme Faaliyetlerinin İş Yaşamlarına Etkisi: Maltepe Ceza İnfaz Kurumları Kampüsünde Örnek Çalışma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı İnsan Kaynakları Yönetimi Bilim Dalı, Gaziantep, 2014, s. 50.

⁴³ Göktaş, s. 94.

7. İşyurtlarında çalışan hükümlülerin daha az disiplin suçu işledikleri, iletişimlerinin güçlendiği görülmüştür. Bu konuda yapılan bir akademik çalışmada ankete katılan 266 hükümlünün %54,1'inin "Ceza infaz kurumundaki katıldığım eğitim programlarının, kişilerarası iletişimimi olumlu yönde etkilediğine inanıyorum" şeklinde cevap verdiği tespit edilmiştir.⁴⁴

⁴⁴ Sarıdiken, s. 70.

KAYNAKÇA

- ADAK**, Ufuk, *XIX. Yüzyılın sonları XX. Yüzyılın Başlarında Aydın Vilayeti'ndeki Hapishaneler*, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2006.
- CULLEN**, Francis T. / **JONSON**, Cheryl Lero / **NAGİN**, Daniel S., *Prisons Do Not Reduce Recidivism: The High Cost of Ignoring Science*, 2011, file:///C:/Users/ab33992/Downloads/Prisons_Do_Not_Reduce_Recidivism_The_High_Cost_of_.pdf, The Prison Journal Supplement to 91(3), (erişim tarihi 2.2.2021).
- DAWE**, Susan, *Vocational Education and Training for Adult Prisoners and Offenders in Australia*, 2007, <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED499730.pdf>, (erişim tarihi 26.01.2021).
- DEADY**, Carolyn W., *Incarceration and Recidivism: Lessons from Abroad*, 2014, http://www.antonioacasella.eu/nume/Deady_march2014.pdf, (erişim tarihi 2.2.2021).
- DEMİRBAŞ**, Timur, *Hapishane Kitabı*, Editörler Naskali Gürsoy, Emine, Altun, Hilal Oytun, Çalış Ofset, İstanbul, 2010.
- DEMİRKOL**, Kurtuluş, *I. Meşrutiyet Döneminde Edirne Vilayeti Hapishaneleri*, Yayınlanmış Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya, 2012.
- DRAKE**, Deborah H. / **DARKE**, Earle / **SACHA**, Rod, *Prison Life, Sociology of: Recent Perspectives from the United Kingdom*, 2015, <http://oro.open.ac.uk/40428/1/Elsevier%20encyclopedia%20entry.pdf>, (erişim tarihi 26.01.2021).
- GÖKTAŞ**, Ünal, *Açık Ceza İnfaz Kurumlarında Çalışan Hükümlülerin İşyurtlarında ve İş Atölyelerinde Çalıştıkları Dönemlerde Elde Ettikleri Mesleki Beceriler, Kazanımlar ve Performans Yönetimi Uygulaması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, Bilecik, 2017.
- GUILBAUD**, Fabrice, *Working in Prison: Time as Experienced by Inmate-Workers*, 2010, file:///C:/Users/ab33992/Downloads/RFS_515_0041.pdf (erişim tarihi 26.01.2021).
- HAWLEY**, Jo / **MURPHY**, Ilona / **SOUTO-OTERO**, Manuel, *Prison Education and Training in Europe Current State-Of-Play and Challenges*, 2013, http://www.antonio-casella.eu/nume/Hawley_UE_education_may13.pdf, (erişim tarihi 26.01.2021).
- İŞYURLARI KURUMU DAİRE BAŞKANLIĞI**, *Faaliyet Raporu 2019*, 2019, <https://iydb.adalet.gov.tr/Resimler/BilgiBankasi/2822020202750Faaliyet%20Raporu%202019.pdf>, (erişim tarihi 26.01.2021).
- KAMER**, Vehbi Kadri, “2015 Yılında İşyurtları Kurumu-I”, Sesleniş Gazetesi, Yıl: 15, Sayı: 165, 2015.
- KAMER**, Vehbi Kadri, “İşyurtları Faaliyetlerinin Amacı”, Sesleniş Gazetesi, Sayı: 150, Ankara, 2015.
- KIZMAZ**, Zahir, *Cezaevinin ve Hapsetmenin Suçu Engellemedeki Etkisi*, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 17, Kütahya, 2007, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/dpusbe/issue/4759/65374>, (erişim tarihi 26.01.2021).

- MBATHA**, Clement Muinde / **W KERRE**, Bonaventure / **FEREJ**, Ahmed / **KİTA-İNGE**, Kisilu Mashtakh, “*How Effective is Vocational Education and Training for Rehabilitation in Kenyan Prisons? A Study Protocol.*”, American Journal of Educational Research, Sayı: 10, 2019, <http://article.scieducationalresearch.com/pdf/education-7-10-3.pdf>, (erişim tarihi 11.2.2021).
- NEWTON**, Alexander / **MAY**, Xennor / **EAME**, Steven / **AHMAD**, Maryam, *Economic and Social Costs of Reoffending Analytical Report*, 2019, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/814650/economic-social-costs-reoffending.pdf, (erişim tarihi 2.2.2021).
- PABJAN**, Barbara, *Researching Prison - A Sociological Analysis of Social System*, 2005, <https://core.ac.uk/download/pdf/14444444.pdf>, (erişim tarihi 26.01.2021).
- SARIDİKEN**, Mustafa, *Hükümlü ve Tutukluların Meslek Edindirme Faaliyetlerinin İş Yaşamlarına Etkisi: Maltepe Ceza İnfaz Kurumları Kampüsünde Örnek Çalışma*, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı İnsan Kaynakları Yönetimi Bilim Dalı, Gaziantep, 2014.
- WIKIPEDIA**, 2021, https://en.wikipedia.org/wiki/Inmate_Code, (erişim tarihi 07.02.2021).
- WORLD PRISON BRIEF**, 2012, https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All, (erişim tarihi 26.01.2021).

Bütçe Kanununda Yer Almayan Vergi Kanunlarının Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Uygulanabilirliği^(*)

Applicability of the Tax Rules Not Included in the Budget Law under the Principle of Legal Security

Arş. Gör. Hasan Basri ÇİFCİ^(**)

Öz:

Devletin hangi harcamaları yapabileceği ve bu harcamaları karşılamak üzere bireylere ne gibi mali yükümlülükler getirebileceği konusunda karar verme yetkisi yasama erkine aittir. Yasama erki bu yetkisini bütçe kanunuyla kullanır ve evvelce kanunen tesis edilmiş vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin ilgili bütçe yılı içinde toplanması için yürütme erkine izin verir. Önceden izin ilkesi olarak ifade edilen bu işleyiş, hukuki güvenlik ilkesinin bir unsuru olması sebebiyle hukuk devleti kavramıyla, bütçe hakkının bir sonucu olması sebebiyle de demokratik temsille yakından ilişkilidir. Türk hukukunda kamu gelirleri bakımından önceden izin ilkesi Anayasal boyutta ele alınmadığı gibi, 1050 sayılı Muhâsebe-i Umûmiye Kanunu'nu ilga eden 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte açık kanuni dayanakta da mahrum kalmıştır. Önceden izin ilkesinin, dolayısıyla hukuki güvenlik ilkesinin ve hukuk devletinin bir gereği, bütçe hakkınınsa bir sonucu olarak, bütçe kanununda kanuni dayanağıyla birlikte yer almayan bir verginin, her ne kadar yükümlülük doğmuş olsa da tahsil edilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmelidir.

Anahtar Kelimeler:

Önceden İzin İlkesi, Bütçe Kanunu, Hukuk Devleti, Hukuki Güvenlik İlkesi, Bütçe Hakkı.

Abstract:

The legislative power has the authority to decide what expenditures state can make and which financial obligations it can impose on individuals to meet these expenditures. The legislative power exercises such authority through budget law and allows the executive power to collect taxes, duties, charges, and similar financial obligations that

^(*) Bu makale, asistanı olarak çalışmaktan mutluluk duyduğum değerli hocam Prof. Dr. Hanife Dilek Yılmazcan'a armağan olarak hazırlanmıştır. Görüşlerini esirgemeyen meslektaşım Arş. Gör. Fatih İnan'a teşekkür ederim.

^(**) T.C. Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı.

E-posta: hasanbasricifci@maltepe.edu.tr.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-8301-8561>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 15.09.2020.

Makale Kabul Tarihi: 16.03.2021.

were previously established by law. This process, that is called the principle of prior authorization, is closely related to the concept of rule of law as it is an element of the principle of legal security, and to democratic representation as it is a result of the right to budget. In Turkish law, the principle of prior authorization is not protected in terms of public revenues under the constitutional dimension, and with the enactment of the Public Financial Management and Control Law No. 5018, that abolishes the General Accounting Law No. 1050, it has also been deprived of a clear legal basis. As a result of the principle of prior authorization, in relation with the principle of legal security under rule of law and the right to budget, it should be accepted that it is not possible to collect taxes that were not included in the budget law with their legal basis, even if the obligation has already incurred.

Keywords:

Principle of Prior Authorization, Budget Law, Rule of Law, Principle of Legal Security, Right to Budget.

GİRİŞ

Hukuk devleti, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan ve devletin temel hukuki düzenini tayin eden bir kavram olarak kurgulanmış ve bu kurgu esasını hukuki güvenlik ihtiyacından almıştır. Toplumsal yapıda meydana gelen değişimle birlikte okunduğunda hukuki güvenlik ihtiyacının, sosyoekonomik ilişkilerin öngörülebilirliğini teminat altına alma gereğinden ileri geldiği görülür.¹ Hukuk devletinde bireyler yaşantılarını hukuki düzene göre planlar ve bu planları ölçüsünde eylem ve işlemlerde bulunurlar. Bu doğrultuda, hukuki düzenin, devlete hangi vergiyi ödeyeceklerini, ödedikleri vergiyle devletin ne tür harcamalar yapacağını öğrenme konusunda bireylere imkân vermesi hukuki güvenliğin bir gereğidir. Bu gereklilik gelişigüzel bir yükümlülük olmayıp demokrasinin doğumuna ve parlamentoların temel işlevine dayanacak kadar köklü ve mühim bir ilke olarak karşımıza çıkar.

Bu çalışmada, devletin bütçe kanununda yer almayan bir vergi kanununa dayanarak vergi tahsil edip edemeyeceği sorusunu soracağız. Bu soruyu cevaplamak içinse, önce, hukuk devletinde hukuki güvenlik ilkesinin yasama erkine verilen devlet bütçesini hazırlama görev ve yetkisi bakımından nasıl bir etki doğurduğunu inceleyeceğiz. Bu inceleme, soruyu hangi bağlamda yanıtlamamız gerektiğine ilişkin tavrımızın da bir izdüşümünü oluşturacak. Ardından, bu çatışmayı ilk bölümde çizdiğimiz kuramsal düzlemde çözmeye çalışacağız.

¹ Mithat Sancar, *'Devlet Akli' Kıskaçında Hukuk Devleti*, 8. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s. 34.

I. VERGİ ÖDEVİ BAKIMINDAN HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ

A. Vergi Ödevi Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesinin Anlamı ve Kapsamı

Anayasa'nın 2. maddesi "*Türkiye Cumhuriyeti[nin] demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti [...]*" olduğunu tespit eder. Hukuk devleti, devletin eylem ve işlemlerini hukuk kurallarına bağlı olarak yürüttüğü ve bireyin de temel hak ve özgürlükleri vasıtasıyla devlet karşısında güvence altında olduğu devleti ifade eder.²

Hukuk devletinin muhtevasını tek bir tanımla tespit etmek mümkün olmasa da farklı durumlarda hukuk devleti açısından çözümlenmeler yapılabilmesi olanaklıdır.³ Anayasa'nın 73. maddesinin ilk fıkrası herkesi "*kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlü*" tutar. Vergi ödevi bakımından hukuk devleti kavramı, devletin vergilendirme yetkisini kullanması bireyin temel hak ve özgürlüklerine müdahale anlamına geldiğinden, bu yetkinin bir sınırını temsil eder.⁴ Vergilendirme yetkisini kullanırken devlet, hukuk devleti olmakla hukuki güvenliği de tesis etmek zorundadır. Çünkü hukuk devleti kavramı, içeriği itibariyle, bireylerin hukuki güvenliğe sahip olmasını gerektirir.⁵

Hukuki güvenlik ilkesi, bireylerin hukuki düzene güven duyması, yaşantısını ve eylemlerini bu güvene göre belirlemesi anlamına gelir.⁶ Hukuki güvenlik ilkesi, devletin vergilendirme yetkisini kullanması durumunda temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilecek bireylerin, henüz bu müdahale gerçekleşmeden öngörü sahibi olmasını ve bu öngörü çerçevesinde hareket etmesini temin eder. Tanımı itibariyle hukuki güvenlik ilkesi keyfilığe karşı güvence sağlar.⁷

Anayasa Mahkemesi 25.11.2015 tarihli ve E. 2015/63, K. 2015/106 sayılı kararında, hukuk devletiyle hukuki güvenlik ilkesi arasındaki ilişkiyi şu şekilde ifade eder: "*Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duy-*

² Bülent Tanör/ Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 103.

³ Nami Çağan, '*Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme*', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 1980, s. 137.

⁴ Muâlla Öncel/ Ahmet Kumrulu/ Nami Çağan/ Cenker Göker, *Vergi Hukuku*, 28. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 45.

⁵ Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker, s. 45.

⁶ Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker, s. 52. Ayrıca bkz. Yusuf Karakoç, "Anayasanın Vergi Ödevine İlişkin Hükümünün Değerlendirilmesi", Feridun Yenisey/ Gülsen Güneş/ Z. Ertunç Şirin (der.), *Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 92.

⁷ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 5. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 391. Ayrıca bkz. Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker, s. 53.

gusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar."⁸ Yani hukuki güvenlik ilkesi hukuk devletinin bir önkoşulu, hatta onsuz olmaz şartı⁹ niteliğindedir.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi hukuki güvenlik ilkesini belirlilik ilkesiyle beraber dile getirir ve hukuk devletinin önkoşulu olma niteliğini belirlilik ilkesine de atfeder. Öğretide belirlilik ilkesi hukuki güvenlik ilkesinin bir unsuru olarak değerlendirilir.¹⁰ Hukuki güvenliğin sağlanabilmesi için, yapılan düzenlemelerin belirlilik ilkesi uyarınca açık, net ve anlaşılır olması gerekir.

Vergi hukuku bakımından belirlilik ilkesinin en önemli unsuru, ifadesini bizzat Anayasa'nın 73. maddesinde bulan verginin kanuniliği prensibidir. 73. maddenin üçüncü fıkrası "*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır,*" demekle mali yükümlülüklerle ilişkin işlemlerin yasama erkinde konulacağını, değiştirileceğini veya kaldırılacağını hüküm altına alır. Verginin kanuniliği, yasama erkinin demokratik temsille kurulması vasıtasıyla, vergi yüküne, bizzat yükümlülerin iradesiyle konulduğu şeklinde bir meşruiyet zemini de kazandırır.¹¹ Böylelikle bireylerin temel hak ve özgürlüklerini etkileme potansiyeli taşıyan keyfi ve öngörülmesi güç uygulamaların da önüne geçilmiş olur.¹² Bu hususu aşağıda bütçe hakkı bağlamında daha detaylı olarak dile getireceğiz.

Hukuki güvenlik ilkesinin bir unsuru olarak belirlilik ilkesi, devlet bütçesine egemen ilkelerden mali saydamlık ilkesiyle de yakından ilişkilidir. Mali saydamlığın sağlanabilmesi, bütçenin anlaşılır ve açık olmasını zorunlu kılar. Bütçede yer alan hükümlerin yalnızca bütçenin yürütülmesinden sorumlu olanlarca değil, bizzat vergi verenler tarafından da açıkça anlaşılabilir olması gerekir.¹³ Nihayetinde, bütçe, vergiler başta olmak üzere kamu gelirlerine ilişkin önemli bir içeriğe temas eder ve bu da hukuki güvenlik ilkesinin kapsamına girer.

Hukuki güvenlik ilkesi, vergi kanunlarının zaman bakımından uygulanmasıyla da bağlantılıdır. Hukuki güvenlik, ancak vergi kanunlarının geriye yürümesiyle ve vergi yükünün sonradan ihdas edilen kanunlarla ağırlaştırılmamasıyla tesis edilebilir.¹⁴ Çünkü bireylerin ekonomik ve sosyal yaşantılarında yaptığı planlar yürürlükteki vergi kanunları doğrultusunda gerçekleşir.¹⁵ Dolayısıyla, ver-

⁸ Resmî Gazete, T. 4.12.2015, Sayı: 29552, s. 11.

⁹ Coşkun Can Aktan, *Anayasal Vergi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 80.

¹⁰ Aktan, s. 86. Ayrıca karş. Karakoç, s. 92-93; Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker, s. 53-54.

¹¹ Selim Kaneti/ Esra Ekmekci/ Gülsen Güneş/ Mahmut Kaşıkçı, *Vergi Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 55.

¹² Çağan, s. 141; Kaneti/Ekmekci/Güneş/Kaşıkçı, s. 57.

¹³ Kâmil Mutluer/ Erdoğan Öner/ Ahmet Kesik, *Bütçe Hukuku*, 4. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2018, s. 81.

¹⁴ Kaneti/Ekmekci/Güneş/Kaşıkçı, s. 65; Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker, s. 54.

¹⁵ Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker, s. 54.

gi ödeviyle ilgili işlem ve eylemlerin öngörülebilirliği adına, vergi kanunlarının kural olarak geriye yürümezliği hukuki güvenlik ilkesinin esaslı bir unsurudur.

Vergi ödevi bakımından hukuki güvenlik ilkesinin bir diğer gereği de kıyas yasağıdır. Vergi hukukunda, belirli bir olaya ilişkin mevcut bulunan kanuni düzenlemenin, niteliği ve kuruluşu bakımından bu olaya benzeyen ve fakat kanunda düzenlenmemiş başka bir olaya uygulanması mümkün değildir.¹⁶ Bunun temel sebebi, vergilendirme yetkisinin yasama erkinin yukarıda da ifade ettiğimiz temsil niteliğiyle bağlantısıdır. Verginin kanuniliğiyle kıyas yasağı sıkı bir akrabalık taşır. Kıyas yasağıyla yürütme ve yargı erklerinin yeni mali yükümlülükler koyması engellenmiş olur ve bu hukuki güvenliğe hizmet eder.¹⁷

Bu noktaya kadar, hukuki güvenlik ilkesini hukuk devletinin bir önkoşulu olarak değerlendirdiğimizi, verginin kanuniliğini de içeren belirlilik ilkesini, vergi kanunlarının geriye yürümezliğini ve kıyas yasağını hukuki güvenlik ilkesinin unsurları şeklinde ele aldığımızı söylemek mümkündür. Bütçe hukukundaki önceden izin ilkesi de vergi ödevi bakımından hukuki güvenlik ilkesinin bir unsuru olarak açıklanabilir.¹⁸ Takip eden başlıkta bu hususu değerlendireceğiz.

B. Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Unsuru Olarak Bütçede Önceden İzin İlkesi

1. Önceden İzin İlkesinin Anlamı ve Kapsamı

Önceden izin ilkesi, bireylerin kamu gelir ve harcamaları bakımından söz sahibi olmalarını sağlamasının yanında, katlanacakları mali yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin nereye harcanacağı hakkında bilgi sahibi olmalarına imkân verir. Böylelikle, hukuki güvenlik ilkesinin işlevine uygun biçimde, bireylerin, hukuk düzenine güven duyarak yaşantılarını bu güven ölçüsünde sürdürmesi mümkün olur. Verginin kanuniliği temelinde kendi kendini vergilendirmiş olan bireyler, bu yükümlülüklerinin sürmesine veya durmasına, parlamentonun temsil niteliği çerçevesinde her yıl yeniden izin vererek hukuki güvenliği bizzat tesis ederler.¹⁹ Böylelikle, vergilendirme yetkisinin keyfi biçimde kullanılmasının da önüne geçilmiş olur.²⁰

¹⁶ Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker, s. 33.

¹⁷ Aktan, s. 86.

¹⁸ Karakoç, s. 93.

¹⁹ Gülsen Güneş, *‘Hukuksal Teknik Açısından Bütçede ‘Önceden İzin İlkesi’nin Vergi Gelirleri Yönüyle İşlevini Kısmen Yitirmesinin Bütçe Hakkı Açısından İrdelenmesi’*, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi, Muğla, 2000, s. 179-180.

²⁰ Fakir Baykurt’un *“Kaplumbağalar”* romanında Kır Abbas isimli karakter her yıl ev başına birer çocuk doğurarak devlete borcunu ödediğini söyler ve sorar: *“Devlet bize ne yapıyor bakalım?”* Hamdi Bey cevap verir: *“Ne yapısın daha? Altı ay sonra yeni bir vergi çıkartır o da!”* İşte, önceden izin ilkesi burada şikâyet ve alay konusu olan keyfi vergi uygulamalarına karşı bireylere güvence sağlar. Bkz. Fakir Baykurt, *Kaplumbağalar*, 4. Bası, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1975, s. 98.

Önceden izin ilkesi, hukuki güvenlik ilkesinin bir unsuru olarak vergi kanunlarının geçmişe yürümezliğiyle de bağlantılıdır. İlgili bütçe yılı içinde yeni bir mali yükümlülük konması durumunda, bu yükümlülüğün takip eden yılda yürürlüğe girmesini savunmak gerekir.²¹ Bu hususa ileride tekrar döneceğiz.

Bütçe hukukunda önceden izin ilkesi, bütçenin yasama erkinin onayı ile yürürlüğe konulmasını ifade eder. Parlamentodan önceden izin alınmadıkça, kamusal gelir ve harcamalar tahsil ve sarf edilemez.²² Bununla birlikte, önceden izin ilkesi kamu gelirleri ve harcamaları bakımından farklı anlamlar ifade eder. Kamu gelirleri açısından önceden verilen onay bu gelirlerin tahsil edilebilmesini mümkün kılarken, kamu harcamaları açısından önceden izin verilen miktar bir üst sınır teşkil eder ve bu sınırın aşılamayacağını gösterir.²³

Kamu gelirleri bakımından önceden izin ilkesinin sonucu, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin toplanabilmesi için ilgili yılın bütçe kanununda izin verilmesi gerekliliğidir.²⁴ Kamu harcamaları bakımındansa, bütçe kanununda müsaade edilen miktara kadar harcama yapma veya borçlanma söz konusu olur. Bu sınırın geçilmesi durumunda yeniden yasama erkinin tasdikine ihtiyaç duyulur.²⁵

2. Önceden İzin İlkesinin Bütçe Hakkıyla İlişkisi

Bütçe hakkı, devletin hangi harcamaları yapabileceğine ve bu harcamaları karşılamak üzere bireylere ne gibi mali yükümlülükler yükleyebileceğine ilişkin karar verme yetkisinin parlamentoya ait olması anlamına gelir.²⁶ Başka bir deyişle, bütçe hakkı, yasama erkinin kamusal gelir ve harcamaları belirleme ve tasdik etme yetkisini ifade eder.²⁷

Bu yetki üç unsuru içerir: vergi toplama yetkisi, harcama yapma yetkisi ve yıllık bütçenin onaylanması yetkisi.²⁸ Üç unsurun ortak yanı birtakım tercih ve kararları gerektirmesidir.²⁹ Bu tercih ve kararların demokratik temsilin sağlandığı parlamento tarafından, yani yasama erkince düzenlenmesi bütçe hakkının özünü oluşturur.

²¹ Karakoç, s. 93.

²² Mutluer/Öner/Kesik, s. 84.

²³ Güneş, s. 175.

²⁴ Ömer Faruk Batirel, *Kamu Bütçesi*, 9. Bası, Marmara Üniversitesi Nihad Sayâr Eğitim Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004, s. 53-54.

²⁵ Güneş, s. 175.

²⁶ Güneş, s. 178.

²⁷ Dilek Yılmazcan, *'Bütçe Hakkı ve Bütçe Uygulamaları'*, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi, Muğla, 2000, s. 163.

²⁸ Batirel, s. 4; Yılmazcan, s. 163.

²⁹ Mehmet Selim Bağlı, *'Teorik ve Tarihsel Açından Bütçe Hakkı'*, Yasama Dergisi, Sayı: 20, Yıl: 2012, Ankara, s. 48.

Tarihsel süreçte, önce devletin bireylerin rızası olmaksızın vergi alması ve keyfi harcamalarda bulunması engellenmiş, daha sonra da devletin yaptığı harcamalarının yıllık periyotta onaylanması ilke olarak benimsenmiştir.³⁰ Bütçe hakkı kaynağını, bireylerin parlamentoda demokratik olarak temsil edilmesinden alır. Zahmetli demokrasi mücadelelerinin sonucu olarak, egemenin sınırsız vergileme ve harcama yetkileri kısıtlanmıştır.³¹ Demokrasi halkın egemenliğini, bütçe hakkıysa bu egemenliğin mali boyutunu temsil eder.³²

Bir tür arazi vergisi olan kalkan parasına karşı ayaklanan soyluların elde ettiği hukuki kazanımları işaretleyen 1215 tarihli *Magna Carta Libertatum*'da “*Krallığımızda, genel oylama olmadan hiçbir koruma veya yardım bedeli tarh edilemez,*” denir.³³ Soyluların ve din adamlarının temsil edildiği Krallık Meclisi'nin onayı olmadan vergi alınamayacağı şeklindeki bu düzenleme, vergi hukukunda “*temsilsiz vergi olmaz*” ilkesinin ilk örneği olarak kabul edilir.³⁴ Bu bağlamda, bütçe hakkının, mutlak monarşinin keyfi yapısına karşı yürütülen demokratik mücadelenin temelini oluşturduğunu söylemek mümkündür.³⁵ Bütçe hakkı vasıtasıyla, vergi mükellefleri, ödeyecekleri vergiye ve bu verginin nasıl harcanacağına demokratik temsil yoluyla kendileri karar vermiş olurlar.³⁶

Özü ve tarihi itibarıyla, bütçe hakkına ilişkin tüm müdahale ve kazanımların demokrasiye dair müdahale ve kazanımlarla akrabalık taşıdığını söylemek yerinde olur. Bütçe hakkı gelir ve harcamaların keyfilikliğini önleme, hukuk güvenliğini tesis etme ve yürütme erkini bu hususta sınırlandırma işlevini görür.

Demokratik devletlerde bütçe hakkı, bireylerin temsil edilmesi yetkisine sahip olan yasama erkine aittir, yürütme erkineyse bu hakkı yasama erkinin izniyle kullanır.³⁷ Parlamento, demokratik bir düzende bireylerin temsilcisi olarak yürütme kuvvetine gerçekleştirebileceği harcamalar ve toplayabileceği gelirler için bütçe kanunu vasıtasıyla yetki verir.³⁸

³⁰ Güneş, s. 177-178.

³¹ Ferhat Akbey, ‘*Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Bütçe Hakkı ve Kanunu*’, International Journal of Public Finance, Sayı: 5/1, Yıl: 2020, Bursa, s. 4.

³² Aktan, s. 52.

³³ Aktan, s. 54.

³⁴ Mehmet Şahin/ Özge Uysal, “Bütçe ve Mali Demokrasi”, Figen Altuğ/ Ahmet Kesik/ Murat Şeker (der.), *Kamu Bütçesinde Yeni Yaklaşımlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 206.

³⁵ Mutluer/Öner/Kesik, s. 43. Karş. Yılmazcan, s. 172.

³⁶ Vilfredo Pareto, *Demokrasinin Dönüşümü*, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 56. Ayrıca bkz. Kaneti/Ekmekci/Güneş/Kaşıkçı, s. 55.

³⁷ Mehmet Alpertunga Avcı, ‘*Yasamanın Birincil Güçlü Silahı Bütçe Hakkı - Teorik Bir Yaklaşım*’, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 19/1, Yıl: 2015, Erzurum, s. 73.

³⁸ Güneş, s. 178.

Parlamentonun yürütme erkine yetki vermesi, *önceden izin ilkesiyle* ifade edilir. Yukarıda açıkladığımız üzere, önceden izin ilkesi bütçenin parlamento tarafından onaylanması anlamına gelir. Bu doğrultuda kamu gelirleri ve harcamaları önceden belirlenir ve bu hususta son söz parlamentoya ait olur.³⁹ Önceden izin ilkesi, bu bakımdan parlamentoların mali işlevini temsil eder ve parlamentonun temel işlevlerinden biri olarak karşımıza çıkar.⁴⁰

Sonuçta, denebilir ki, bütçe hakkının ifası önceden izin ilkesi vasıtasıyla olur. Önceden izin ilkesinin bütçe hakkıyla ilişkisi bu örtüşmenin ta kendisidir. Bu örtüşme kaynağını parlamentonun temsil niteliğinden, yani bizzat demokrasinin yaşam öyküsünden almaktadır.

3. Türk Hukukunda Önceden İzin İlkesinin Düzenleniş Biçimi

Önceden izin ilkesi, kamu harcamaları bakımından Anayasa’da düzenleme altına alınmış durumdadır. Anayasa’nın 161. maddesinin ilk fıkrası “*Kamu idarelerinin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları[nın] yıllık bütçelerle yapıl[acağı]*” ifade eder. 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun⁴¹ 15. maddesi merkezi yönetim kapsamındaki idarelerin bütçesinin Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu’yla uygulanıp yürütüleceğini hüküm altına alır. Yine 5018 sayılı Kanun’un 13/(i) hükmü de Anayasal kuralı kanun seviyesinde tamamlayarak “*Bütçeler, ait olduğu yıl başlamadan önce Türkiye Büyük Millet Meclisi veya yetkili organlarca kabul edilmedikçe veya onaylanmadıkça uygulanmaz*” der. Bu doğrultuda, merkezi yönetim bütçesi parlamentoda onaylanırken, sosyal güvenlik kurumları ve yerel yönetimler bakımından kanun koyucunun yetki verdiği organlar bütçe kabulünde bulunurlar.⁴²

Buna karşılık, kamu gelirleri bakımından önceden izin ilkesi bir Anayasa kuralı olarak düzenlenmemiş, yalnızca kanun seviyesinde ele alınmıştır.⁴³ Kamu gelirleri bakımından önceden izin ilkesinin pozitif hukuktaki düzenleniş biçimini mülga 1050 sayılı Muhâsebe-i Umûmiye Kanunu⁴⁴ ve yürürlükteki 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu bakımından ayrı ayrı değerlendireceğiz.

a. Mülga 1050 Sayılı Muhâsebe-İ Umûmiye Kanunu Bakımından

Kamu gelirleri bakımından önceden izin ilkesi pozitif hukuktaki kaynağını, yürürlükte bulunduğu 1.1.2005 tarihine kadar 1050 sayılı Muhâsebe-i Umûmiye Kanunu’ndan almaktaydı.

³⁹ Güneş, s. 176.

⁴⁰ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 462.

⁴¹ Resmî Gazete, T. 24.12.2003, Sayı: 25326/42.

⁴² Mutluer/Öner/Kesik, s. 84.

⁴³ Güneş, s. 180.

⁴⁴ Resmî Gazete, T. 14.6.1927, Sayı: 607.

1050 sayılı Kanun'un 6. maddesinde devlet bütçesi “[...] Devlet devair ve müessesatının senevi varidat ve masarifi muhammenatını gösteren ve bunların tatbik ve icrasına mezuniyet veren bir kanun” şeklinde tanımlanmaktaydı. Bu doğrultuda, bütçe yıllık kamusal gelir ve giderlerinin tahmini değerlerini gösteren ve bunların uygulanmasına yetki veren bir kanun olarak tarif edilmekteydi.

1050 sayılı Kanun'un “Varidat bütçesi” başlıklı üçüncü faslında yer alan 39. maddede “Kanuna müsait olmadıkça hiçbir vergi ve resim tarh ve tevzi ve tahsil edilemez. Vergi ve resimlere mütaallik tarh ve cibayet usulleri kanun ve nizamlarına tabidir. Muvazene-i Umumumiye Kanunu her sene vergi ve resimlerin tahsiline mezuniyet verir;” denmekteydi.

Bu hükümle üç farklı hususa değinilmekteydi. Bunlardan ilki, kanuni dayanak bulunmaksızın vergi ve resim konulamayacağı, dağıtılamayacağı ve tahsil edilemeyeceği hususuydu. Esasında bu ifade verginin kanuniliği ilkesinin bir tek-rarı niteliğindeydi. Verginin kanuniliğinin belirlilik ilkesiyle ve dolayısıyla huku-ki güvenlik ilkesiyle bağlantısını yukarıda ifade etmiştik. İkincisi, vergi ve resim-lerin kanun ve tüzüklere göre tarh edileceği ve toplanacağı hususuydu. Bu da yine verginin kanuniliği ilkesinin bir uzantısı olarak ele alınabilmekteydi. Nitekim, idarenin kanun ve tüzüklere uygun davranması yükümü de idarenin kanuniliğinin bir yansımasını oluşturmaktaydı. Üçüncü husus ise odağımızı oluşturan önceden izin ilkesine ilişkindi. 39. madde hükmü vergi ve resimlerin tahsil edilebilmesi için her yıl Muvazene-i Umûmiye Kanunu'yla izin verilmesini aramaktaydı.

1050 Sayılı Kanun'un 39. maddesindeki açık düzenleme karşısında, ilgili yılın genel bütçe kanununda tarh ve tahsiline izin verilmeyen hiçbir vergi ve resmin tarh veya tahsil olunması mümkün değildi. İlgili yılın genel bütçe kanununa ekli C Cetveli'nde vergi ve resimlerin kanuni dayanakları listeleniyordu. Bu listede yer almayan vergi ve resimler tarh ve tahsil olunamıyordu.

Anayasa Mahkemesinin 30.1.1992 tarihli ve E. 1991/8, K. 1992/5 sayılı kararın-da bu husus “Bütçelerin (c) cetvelinde gelirlerin dayanağını gösteren yasalar tek tek belirtilmektedir. Başka bir anlatımla, belirtilen bu yasalar gereğince tahsil edilecek gelirleri toplamaya bütçe yasası ile izin verilmektedir;” şeklinde tespit edilmekteydi.⁴⁵

1050 sayılı Kanun, başta Avrupa Birliği müktesebatı olmak üzere uluslararası düzenlemelerle uyumlu bir kamu mali yönetimini tesis etmek üzere hazırlanan⁴⁶ 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 1.1.2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte ilga olmuştur.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 1991/8, K. 1992/5, T. 30.1.1992, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 30/1, Yıl: 1995, Ankara, s. 42.

⁴⁶ Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum ile Plan ve Bütçe Komisyonları Raporları (1/1121), s. 2. <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c098/tbmm22098020ss1014.pdf>, (Erişim: 7 Eylül 2020).

b. Yürürlükteki 5018 Sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu Bakımından

Yürürlükteki hukuk açısından, önceden izin ilkesinin kamusal gelirler bakımından Anayasal bir kural olarak mevcut olmaması durumu geçerliğini korumaktadır. Bununla birlikte, mülga 1050 sayılı Kanun'dakine benzer açıklıkta bir düzenleme de 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda mevcut değildir. Dolayısıyla, ilgili yılın bütçe kanununda yetki verilmeyen vergi kanunlarının uygulanıp uygulanmayacağı hususunda doğrudan bir düzenleme olmaması açıklanmaya muhtaçtır.

5018 sayılı Kanun nezdinde, kamu gelirleri bakımından önceden izin ilkesinin mevcut veya madûm olmasına ilişkin iki farklı yaklaşımdan bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilki, kanun koyucunun bu hususu açıkça düzenleyen hükmü ilga ederken, yerine benzer bir hüküm getirmemesinin bilinçli olduğu, bu yüzden de yeni düzenleme çerçevesinde bu minvalde bir yetkilendirme şartının aranmadığı şeklinde olabilir. Böyle bir yaklaşımı kabul etmek güçtür. Nitekim önceden izin ilkesi, yukarıda açıkladığımız üzere bizzat hukuki güvenlik ilkesinin bir unsuru olmakla hukuk devletiyle yakından ilişkilidir. Kanun koyucunun, bütçe hakkıyla akrabalığı ölçüsünde demokrasinin temel ilkelerinden birini oluşturan “*temsilsiz vergi olmaz*” ilkesini sessizce başından savdığını söylemek talihsiz olur.

İkinci yaklaşım, birinci yaklaşımı bertaraf edecek şekilde, önceden izin ilkesinin mevcut düzenlemelerin yorumlanması yoluyla tespit edilebileceğidir.⁴⁷ Bu doğrultuda, 5018 sayılı Kanun'un 15. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca “*Merkezi yönetim bütçe kanununda; [bütçe] yılı[nın] ve izleyen iki yılın gelir ve gider tahminleri, [...] vergi muafiyeti, istisnası ve indirimleri ile benzeri uygulamalar nedeniyle vazgeçilen vergi gelirleri, [...] bağlı cetveller, mali yıl içinde gelir ve giderlere yönelik olarak uygulanacak hükümler yer alır. Merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin her birinin gelir-gider tahminleri, merkezi yönetim bütçe kanununda ayrı bölüm veya cetvellerde gösterilebilir.*” Bu hükümden, bütçe kanununda ilgili yıldaki kamu gelirlerinin tahmin ve toplanmayacak vergilerin tespit edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu hüküm bakımından “*tahmin*” kelimesinin düşündürücü olduğu öne sürülebilir. Buna karşılık, bütçe kanununda ilgili yıldaki gelir tahminlerine yer verilmesi, bütçede yer almayan düzenlemeler bakımından bir esneklik sağlamaz. Bütçenin yalnızca bir tahmin olduğu savunması, bütçeyi yasama erkinin tasdiki olmaksızın değiştirmeye veya bütçe hilafına hareket etmeye temel oluşturamaz. Gelirlerin bir tahmin olması bütçenin plan niteliğiyle ilişkilidir. Bütçe bir plandır ve plan olmakla gelecek dönemde kamudan toplanacak gelirlerin nelerden oluşacağını öngörmektir.⁴⁸ Bu öngörü yasama erkinin tasdiki dışında değişime açık değildir. Bu çerçevede, gelirlerin tahmin edilmesi de önceden izin ilkesinden ayrı düşünülemez.⁴⁹

⁴⁷ Bu yönde bkz. Kaneti/Ekmekci/Güneş/Kaşıkçı, s. 59.

⁴⁸ Batrel, s. 7.

⁴⁹ Batrel, s. 53-54.

5018 sayılı Kanun'un 37. maddesinin ikinci fıkrasına göreyse “*Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin gelirlerinin kanuni dayanakları bütçelerinde gösterilir. Bütçelerde yer alan gelirler, ilgili kanunlarında belirtilen usullere göre tarh, tahakkuk ve tahsil edilir.*” Bu hükmün yukarıdaki 15/2 hükmüyle birlikte yorumlanmasından hareketle, gelir tahminlerinin yapılabilmesi ve kamu idarelerinin gelirlerinin kanuni dayanaklarının gösterilebilmesi için ilgili yıl bakımından tahsili mümkün olan vergilerin bütçe kanununda yer alması gerektiği söylenebilir.⁵⁰

Bu doğrultuda, önceden izin ilkesinin kamu gelirleri bakımından dayanağının 5018 sayılı Kanun'da olduğunu öne sürmek mümkün gözükmemektedir. Vergilerin tahsil edilebilmesi için, tıpkı mülga 1050 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi, bütçe kanununa ekli C Cetveli'nde kanuni dayanaklarıyla birlikte gösterilmesi lazımdır. C Cetveli'nde vergi, resim ve diğer kamu gelirlerinin kanuni dayanakları detaylı biçimde listelenir. Bu dayanakların çeşidi, tarihi ve numarası ayrıca belirtilir. 5018 sayılı Kanun'un yukarıda açıkladığımız 15/2 hükmünde bağlı cetveller Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun bir parçası olarak düzenlendiğinden, C Cetveli kanundan ayrı olarak düşünülemez. Nitekim, bağlı cetvellerde bütçe kapsamında olan gider, gelir ve kurumların detaylı listesi yapıldığından bu cetveller olmaksızın bütçe kanunu pek bir anlam ifade etmez.⁵¹

Cetvelin sonunda yer alan “*diğer hükümler*” başlığı altında cetvelde yer almayan diğer mevzuatın veya uluslararası anlaşmaların gelir, tarh, tahakkuk ve tahsile ilişkin hükümlerinin de bütçe kapsamına alındığına rastlanmaktadır.⁵² C Cetvelinde böyle bir düzenlemeye yer verilmesi, cetvelin anlam ve amacıyla çeliştiği gerekçesiyle öğretilde eleştirilmektedir.⁵³ Kamu üzerindeki bir mali yükümlülüğün, C Cetveli'nde doğrudan dayanağı listelenmemesine rağmen “*diğer hükümler*” çerçevesinde değerlendirilerek uygulanabilir kılınmasının, önceden izin ilkesine, bu ilkenin ilişkili olduğu bütçe hakkına ve hukuki güvenlik ilkesine, en nihayetinde demokrasiye ve hukuk devletine uygun düştüğünü söylemek pek güçtür. Bu müşkül durumu bir sonraki başlık altında etraflıca tartışacağız.

II. BÜTÇE KANUNUNDA YER ALMAYAN VERGİ KANUNLARININ UYGULANABİLİRLİĞİ

A. Vergi Kanunları Karşısında Bütçe Kanununun Kendine Has Özellikleri

1. Usul Bakımından

Anayasa'nın 87. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkileri düzenlenirken kanun koyma, değiştirme ve kaldırma görev ve yetkisi

⁵⁰ Kaneti/Ekmekci/Güneş/Kaşıkçı, s. 59.

⁵¹ Akbey, s. 8.

⁵² Resmî Gazete, T. 31.12.2019, Sayı: 30995 (Mükerrer).

⁵³ Güneş, s. 184.

bir grupta, bütçe ve kesinhesap kanun tekliflerini görüşme ve kabul etme yetkisi ayrı bir grupta sayılmıştır. Parlatentonun kanun koyma usulü ve bütçe kanununu kabul etme usulü birbirinden farklıdır.

Yasama erki, olağan kanun yapma sürecinden farklı bir usulde, her yıl merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin gelir ve gider tahminlerini gösteren, bunların uygulanmasını ve yürütülmesini düzenleyen bir kanun hazırlar. Bu kanun *Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu*'dur.

Yürürlükte bulunan Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle birlikte bütçe hazırlama süreci değişikliğe uğramıştır. Anayasa'nın 161. maddesinin üçüncü fıkrasından itibaren etraflıca tarif edilen yeni sistemde, Cumhurbaşkanı bütçeyi hazırlayıp kanun teklifi olarak mali yılbaşından en az 75 gün önce parlamentoya sunar. Mali yılbaşı 1 Ocak olduğu için, bütçe kanun teklifinin en geç 17 Ekim tarihinde parlamentoya sunulması gerekir.

Teklifin parlamentoya sunulmasından itibaren bütçenin onay aşaması başlar. Teklif öncelikle Bütçe Komisyonu'nda görüşülür. Yeni sistemde Bütçe Komisyonu'nda yer alan 30 üye, TBMM İctüzüğü doğrultusunda, 15 üye iktidar partisinden 15 üye muhalefet partilerinden olacak şekilde düzenlenmiştir. Komisyon, üyelerin salt çoğunluğuyla karar alır. Başka bir deyişle, komisyon onayı için en az 16 üyenin oyuna ihtiyaç vardır ve iktidar partisini temsil eden üyeler yeterli çoğunluğa sahip değildir. Bu durumun Cumhurbaşkanı'nın teklifiyle Bütçe Komisyonu'nun bütçeyi şekillendirme kabiliyeti bakımından bir çeşit denge mekanizmasına işlerlik kazandırdığı söylenebilir.⁵⁴

Bütçe Komisyonu kanun teklifini en fazla 55 gün içinde görüşür ve kabul eder. Komisyonun kabul ettiği teklif metni TBMM Genel Kurulu'nda görüşülür ve 1 Ocak tarihine kadar karara bağlanır. Olağan kanun yapma usulünde Anayasa'nın 89. maddesinin ikinci fıkrası Cumhurbaşkanı'na yayımlanmasını uygun bulmadığı kanunları TBMM'ye geri gönderme yetkisi vermektedir. Ancak bütçe kanunları bu usulden de ayrı tutulmuştur. Yani, Cumhurbaşkanı'nın bütçe kanununun tekrar görüşülmesini istemesi söz konusu olmaz.

Anayasa'nın 161. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, bütçe yasası bu süreler içinde yürürlüğe konulamazsa *geçici bütçe kanunu* çıkarılır. Bu da mümkün olmaz ve geçici nitelikte bir bütçe kanunu çıkarılamazsa, bir önceki yılın bütçesi, yeni yıla ait bütçe yasası usulünce hazır edilinceye kadar yeniden değerlemeye tabi tutularak uygulanır.

Genel Kurul'daki görüşmeler sırasında milletvekilleri bütçeye ilişkin düşüncelerini açıklarlar. Giderlerin artırılması veya gelirlerin azaltılması şeklinde bir

⁵⁴ Dürdane Küçükaycan/ Ferdi Çelikay, "Bütçe Teorisi Perspektifinden Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Bütçeleme Süreci ve Bütçe Hakkı Üzerindeki Etkileri", Ayşe Güner/ Gülay Akgül Yılmaz/ A. Bumin Doğrusöz (der.), *Güncel Maliye Tartışmaları - 1*, Prof. Dr. Ömer Faruk Batırel'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 346.

öneride bulunmaları mümkün olmaz. Öte yandan, giderlerin azaltılmasına veya gelirlerin artırılmasına yönelik konular da dâhil olmak üzere değişiklik önerebilirler. Değişiklik önermeleri ayrıca görüşülmeksizin okunur ve oylanır.

2. Esas Bakımından

Bütçe kanunu esası itibariyle, devlete ve diğer kamu tüzel kişilerine hangi kamusal harcamaları yapabileceğine ve hangi kamu gelirlerini toplayabileceğine ilişkin yetki veren bir şart-işlemdir.⁵⁵ Kamu gelirleri bakımından, bütçe kanununda bulunan hükümler başta vergiler olmak üzere kamu gelirlerinin toplanması için gerekli olan yetkilendirmenin bir şartını oluştururlar.⁵⁶

Kanunlar içerikleri itibariyle normatif olabileceği gibi, tespiti ilişkin teknik hükümler de barındırabilirler.⁵⁷ Bazı kanunlarsa içerik bakımından yalnızca yetki kanunu niteliğini taşırlar.⁵⁸ Bütçe kanunu genel nitelikte objektif emirler veya bir tespit içermez, sadece kamusal harcamaların yapılabilmesine ve kamu gelirlerinin toplanabilmesine yetki verir.⁵⁹ Bu açıdan, bütçe kanunu şekli anlamda bir kanun olsa da maddi anlamda kanun sayılmaz.⁶⁰ Bu ayrıma aşağıda tekrar döneceğiz.

Anayasa'nın 161. maddesinin ikinci fıkrası, bütçe kanununa bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konamayacağını hüküm altına alır. Esas bakımından yapılan bu kısıtlamanın sonucu olarak, bütçe kanunuyla mevcut kanunlarda bir değişiklik yapılması veya mevcut kanunların kaldırılması da engellenmiş olur.⁶¹ Bütçe kanununda yapılacak bir değişiklik de yine başka bir bütçe kanunuy-la yapılabilecektir.⁶²

Anayasa Mahkemesi "*bütçe ile ilgili hükümler*" kavramını "*bütçenin uygulanması ile ilgili, uygulamayı kolaylaştırıcı ve açıklayıcı nitelikte hükümler*" olarak yorumlamakta ve ancak kanun konusu olabilecek kuralları kapsam dışında tutmaktadır.⁶³

Anayasa Mahkemesi'ne göre, bir hükmün uygulanması durumunda kamu geliri elde edilecek olması veya kamu harcamasında bulunulması o hükmün

⁵⁵ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 226. Ayrıca bkz. Güneş, s. 187; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 303; Teziç, s. 462.

⁵⁶ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukuku (Birinci Cilt)*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1942, s. 82.

⁵⁷ Onar, s. 215.

⁵⁸ Onar, s. 216.

⁵⁹ Güneş, s. 186; Onar, s. 216, 1203.

⁶⁰ Onar, s. 1202.

⁶¹ Özbudun, s. 227.

⁶² Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 304.

⁶³ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/66, K. 2014/19, T. 29.1.2014, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 52/1, Yıl: 2015, Ankara, s. 171.

bütçe ile ilgili olduğu anlamına gelmez.⁶⁴ Sözgelimi, mahkeme, kamu kurum ve kuruluşlarının ihtiyaç fazlası gelirinin Türkiye Varlık Fonu'na aktarılmasına ilişkin bir hükmü,⁶⁵ Sağlık Bakanlığı bütçesinden ayrılan ödeneğin her yıl yeniden değerlendirilme yapılarak Yeşilay'a aktarılacağına ilişkin bir hükmü⁶⁶ ve Milli Emlak Genel Müdürlüğü'nün satın alma işlemlerine ilişkin düzenleme getiren bir hükmü⁶⁷ bütçe ile ilgili bulmamıştır.

3. Süre Bakımından

Bütçe kanunu bir yıllık dönem için yapılır ve yalnızca ilgili olduğu yılda gelir toplama ve harcama yetkisi verir. Bütçe kanununda ayrılan ödenekler yalnızca o yıl için kullanılabilir ve kullanılmayan ödenekler de ertesi yılda değerlendirilemez.⁶⁸

Anayasa'nın daha evvel de zikrettiğimiz 161. maddesinin ilk fıkrası "*kamu idarelerinin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamalarını yıllık bütçelerle yap[acağı]*" söylemekle bütçe kanununun bir yıl için yapılacağını Anayasa kuralı olarak benimsemektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında "*mali yıl başlangıcı ile merkezi yönetim bütçesinin hazırlanması, uygulanması ve kontrolü ile yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süre ve usuller[in] kanunla düzenlen[eceği]*" ifade edilmektedir. 5018 sayılı Kanun'un 3. maddesi mali yılı takvim yılı olarak tanımlar. Bu doğrultuda, bütçe kanunu ilgili olduğu takvim yılı için hazırlanır ve takvim yılının ilk gününde yürürlüğe girer.

İlke olarak, bütçede yer alan kamusal harcamaların ait olduğu yıl içinde yapılması ve kamu gelirlerinin de aynı yıl içinde toplanması gerekir. Ancak farklı sebepler doğrultusunda harcamaların yapılmasında ve gelirlerin toplanmasında gecikmeler söz konusu olabilir. Bu durumda bütçe hesaplarının kapatılması gündeme gelir.⁶⁹

Kamu gelirlerinin tamamı bakımından, bütçe hesaplarının kapatılmasında öğretilde "*yönetim dönemi sistemi*" olarak adlandırılan *jestiyon usulü* uygulanmaktadır.⁷⁰ Bu usulde, kamu gelirleri tahsil edildikleri yılın bütçe hesabına kaydedilir ve o yıl tahmin edilen, ama tahsil edilmeyip bakiye olarak kalan gelirler

⁶⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/66, K. 2014/19, T. 29.1.2014, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 52/1, Yıl: 2015, Ankara, s. 171.

⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2016/180, K. 2018/4, T. 18.1.2018, Resmî Gazete, T. 7.2.2018, Sayı: 30325, s. 42.

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2015/61, K. 2016/172, T. 2.11.2016, Resmî Gazete, T. 9.12.2016, Sayı: 29913, s. 40.

⁶⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2009/10, K. 2010/56, T. 1.4.2010, Resmî Gazete, T. 22.6.2010, Sayı: 27619.

⁶⁸ Mutluer/Öner/Kesik, s. 79.

⁶⁹ Mutluer/Öner/Kesik, s. 211.

⁷⁰ Mutluer/Öner/Kesik, s. 212.

hangi bütçe yılında tahsil edilirse o yıla ait kabul edilirler.⁷¹ 5018 sayılı Kanun'un 51. maddesi de bu usulü benimsemiş, bütçe kanununda yer alan kamu gelirlerinin tahsil edildiği, kamu harcamalarının ödemenin yapıldığı yılda muhasebeleştirileceğini öngörmüş ve kamu hesaplarının mali yıl hesabına göre tutulacağını hüküm altına almıştır.

Bu çerçevede, yasama erkinin kamu gelirlerinin toplanmasına bütçe kanunu yoluyla verdiği onay belirli bir dönem için geçerlidir. Bütçe kanunu ilgili olduğu yılın takvim başlangıcında yürürlüğe girer ve o yıl içinde tahsil edilen kamu gelirleri o yıla ait kabul edilerek hesapları kapatılır.

B. Bütçe Kanununda Yer Almayan Vergi Kanunlarının Bütçe Kanunuyla İlişkisi

1. Bütçe Kanunu Yürürlükteyken Yürürlüğe Giren Vergi Kanunları Bakımından

Bir önceki bölümde bütçe kanunun usul, esas ve süre bakımından olağan kanunlardan önemli farklar taşıdığını ortaya koyduk. Bu bölümde bütçe kanununda yer almayan vergi kanunlarının bütçe kanunu karşısındaki durumlarını değerlendireceğiz. İlk olarak, bütçe kanunu yürürlükteyken ihdas edilen yeni bir vergi kanununun uygulanabilirliğini ele alalım.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, bütçe kanununa ekli C Cetveli'nde o yıl toplanacak kamu gelirlerinin dayanakları listelenir. Yasama erki, bütçe kanunuyla bu cetvelde yer alan vergi, resim, harç ve diğer mali yükümlülüklerin toplanabilmesine yetki vermiş olur. Bütçe kanununda yer almayan, ancak vergisel yükümlülüklerin doğmasına dayanak oluşturacak yeni kanunlar çıkarılması her zaman mümkündür. Başka bir deyişle, kanun koyucu olağan bir kanunla her zaman vergi getirebilir.

Burada yeni gelen vergi kanununun uygulanıp uygulanmayacağı inceleme konusudur. Bu hususta iki farklı yaklaşım düşünülebilir. Bunlardan ilki, vergi yükümlülüğü getiren hükümlerin her yıl bütçe kanunuyla birlikte yeniden yürürlük kazandığı yaklaşımıdır.⁷² Bu yaklaşıma göre, bütçe kanunu yalnızca şekli bir kanun değildir. Yasama erki, vergi kanunlarında öngörülen vergi doğuran olayların vergi doğurma gücünü her yıl bütçe kanunuyla yeniden tesis eder.

İkinci yaklaşımsa, bütçe kanunun kamu gelirleri bakımından da şekli nitelik taşıdığını mutlak olarak kabul eden yaklaşımdır. Bu yaklaşıma göre, tüm vergisel yükümlülükleri vergi kanunları koyar, bütçe kanunuysa yalnızca bir tahsil yetkisi verir.⁷³ Bütçe kanunu hak, menfaat, yükümlülük veya yaptırım getirmekten ziya-

⁷¹ Bedi Necmettin Feyzioğlu, '*Fransa'da Bütçe Devresinin Kapanması Sistemi ve Bütçe Hesapları*', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 1, Yıl: 1953, Ankara, s. 724-725.

⁷² Onar, Duguit'nin bütçe kanununu kamu gelirleri bakımından bu şekilde ele aldığını ifade etmekte ve bu yaklaşımı eleştirmektedir. Bkz. Onar, s. 1202-1203.

⁷³ Onar, s. 1203.

de, kamu gelirleri ve kamusal harcamalar bakımından yürütme erkine yetki veren şekli bir kanun niteliği taşır.⁷⁴ O bütçe yılında doğmuş olan vergi yükümlülüğü vergi kanunundan ileri gelir ve bütçe yılı bitse de varlığını sürdürür.⁷⁵ Yani, vergi kanunlarında öngörülen vergi doğuran olay gerçekleştiğinde vergi yine doğar, ama tahsil edilebilmesi bütçe kanununun yetkilendirmesine bağlıdır.

Birinci yaklaşım yeni gelen vergi kanununun bütçe kanunu karşısındaki durumunu bir yürürlük sorunu olarak ele alırken, ikinci yaklaşım bunu vergi kanununun uygulanabilirliği sorunu olarak değerlendirmektedir. İlk yaklaşıma göre bütçe kanunu vergi kanununa yürürlük kazandırırken, ikinci yaklaşıma göre vergi kanunu zaten yürürlüktedir, ama bütçe kanunu yetki vermediği için henüz uygulanabilir değildir.

Öğretide baskın olan yaklaşım, bizce de isabetli olan ikinci yaklaşımdır. Nitekim, vergi yükümlülükleri yürürlükte bulunan vergi kanunlarından ileri gelir ve bütçe kanunu bunların doğmasına değil, tahsil edilmesine izin verir.⁷⁶ Bu bakımdan vergi kanunları “*eksik*” nitelik taşırlar.⁷⁷ Dolayısıyla bütçe kanununda yer almayan bir vergi kanunu da yükümlülüğü doğurma kabiliyetine sahiptir. Her ne kadar bu yükümlülük doğmuş olsa da tahsili mümkün olmaz. Bu eksikliğin giderilmesi de ancak bir şart-işlem olan bütçe kanunun yetkilendirmesiyle gerçekleşir.

Dolayısıyla, bütçe kanunu karşısında vergi yükümlülüğü getiren kanun yürürlüktedir, ama bu kanunun uygulanması mümkün değildir. Bu halde, vergi yükümlülüğü getiren ve yürürlükte bulunan kanunun bütçe kanununu bu yükümlülük bakımından ilga edip etmediği sorusu gündeme gelebilir. Nitekim, sonradan gelen kanunun önceki kanunu ilga etmesi kronolojik bir yorum prensibi olarak kabul edilir.⁷⁸

Bu durumda, kanun koyucu yeni vergi kanunu getirmekle, bütçe kanununda yetki vermediği bir verginin toplanması hususundaki iradesini ilga mı etmektedir? Bu sorunun cevabı olumsuz olmalıdır. Çünkü yukarıda açıkça ortaya koyduğumuz üzere bütçe kanunu olağan kanunlardan usul, esas ve süre bakımından ayrı bir yerde konumlanır. Evvelce ifade ettiğimiz gibi, Anayasa'nın 87. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkileri düzenlenirken kanun koyma, değiştirme ve kaldırma görev ve yetkisi bir grupta, bütçe ve kesinhesap kanun tekliflerini görüşme ve kabul etme yetkisi ayrı bir grupta ele alınmaktadır. Bu iki kanun birbirinden ayrıdır ve birinin diğerini ilga etmesi mümkün kabul edilemez.

⁷⁴ Burak Pınar, *Türk Bütçe Hukuku Açısından Kamu Mali Yönetim Sisteminin Hukuki Analizi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2009, s. 25.

⁷⁵ Onar, s. 1203.

⁷⁶ Güneş, s. 188-189.

⁷⁷ Kaneti/Ekmekci/Güneş/Kaşıkçı, s. 59; Onar, s. 1203.

⁷⁸ Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 18. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017, s. 158.

Anayasa Mahkemesi de bunu açık biçimde ifade eder: “*Anayasa’da birbirinden tamamen ayrı ve değişik biçimde düzenlenen bu iki yasalaştırma yönteminin doğal sonucu olarak, birinin konusuna giren bir işin, ötekisiyle ilgili yöntemin uygulanması ile düzenlenmesi, değiştirilmesi veya kaldırılması olanaklı değildir.*”⁷⁹

Bu ayrılık, hukuki güvenlik ilkesi bağlamında önceden izin ilkesinin bütçe kanununu kendine münhasır niteliklerle donatmasından ileri gelmektedir. Hukuk devletinde bireylerin devlet karşısındaki güvenliğini sağlamak ve davranışlarını planlamasına imkân vermek için önceden izin ilkesi önemli bir anlam taşır. Tarihsel süreçte bütçe hakkı bağlamında bütçe kanunu usul, esas ve süre bakımından farklı uygulamalarla donatılmıştır. Bu donanım olağan kanunlarla bütçe kanununun değiştirilmesini engelleyen bir işlevi haizdir.

Aynı sebeplerden, ilgili bütçe yılında ihdas edilmesi planlanan, ama henüz olağan kanunlaştırma sürecini tamamlamamış bir vergi kanununun bütçe kanununa önceden eklenmesi de mümkün değildir. Başka bir deyişle, tahmini dayanaklar bütçe kanununda kendine yer bulamaz. Bu bizzat hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir.

Öte yandan, vergi yükümlülüğü getiren bir kanun olağan kanunlaştırma sürecinden geçerek Resmî Gazete’de yayımlanmış, ancak yürürlüğü yayım tarihinden başka bir tarihe, bilhassa farklı bir bütçe yılına denk gelecek şekilde ertelenmişse, bu durumu farklı değerlendirmek gerekir. Henüz yürürlüğe girmemiş, ancak bir kanun olarak mevcudiyetini büsbütün kazanmış, üstelik yürürlük tarihi de belli olan bir kanunun dayanak olarak C Cetveli’nde gösterilmesi hukuki güvenlik ilkesini zedelemeyebilir. Kanunda yürürlüğün öngörüldüğü yıl için bütçe kanunıyla yetki verilmesi mümkün kabul edilmelidir. Bu kabul, önceden izin ilkesine de uygun olarak hareket edilmesi sayesinde hukuki güvenlik ilkesini tamamlayıcı bir etki taşır. Bu durumda vergi kanununun evvelce belli olan tarihte gerçekten yürürlüğe girmesi de hukuki güvenlik bakımından şarttır.

Son olarak, C Cetveli’ndeki “*diğer hükümler*” ifadesini değerlendirmekte fayda vardır. Evvelce belirttiğimiz üzere, “*diğer hükümler*” başlığı altında cetvelde yer almayan mevzuat da bütçe kapsamına alınmaktadır. “*Bu cetvellerde herhangi bir şekilde yer almayan kanun, kanun hükmünde kararname, cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik, tebliğ ve diğer mevzuat ile ikili veya çok taraflı her türlü anlaşmanın gelir, tarh, tahakkuk ve tahsiline ilişkin hükümleri*”⁸⁰ de cetvel içeriğine dâhil edilmektedir.

Burada “*cetvellerde herhangi bir şekilde yer almayan*” şeklindeki ifadeyi, bütçe kanunu hazırlanırken henüz ihdas edilmemiş kanunları da kapsayacak şe-

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 1998/56, K. 1998/89, T. 28.12.1998, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 35/2, Yıl: 1999, Ankara, s. 361-362.

⁸⁰ Resmî Gazete, T. 31.12.2019, Sayı: 30995 (Mükerrer).

kilde yorumlamak mümkün olmamalıdır. Zaten C Cetvelinde böyle bir düzenlemeye yer verilmesi, başlı başına cetvelin anlam ve amacıyla çelişmektedir.⁸¹ Böyle bir yorumun kabulü, önceden izin ilkesine, bu ilkenin ilişkili olduğu bütçe hakkına ve hukuki güvenlik ilkesine, en nihayetinde demokrasiye ve hukuk devletine aykırılık taşıyacaktır. Bütçe kanunun henüz ihdas edilmemiş bir kanunu “diğer hükümler” gibi belirsizlik taşıyan bir düzenlemeyle dayanak olarak göstermesi, hukuki güvenliğin sağlanması gereğine zıt düşer. Bunun “herhangi bir şekilde yer almayan” hükümleri içermesiyse öngörülebilirliği büsbütün zedeler.

Bu konunun somut bir örneği, 5.12.2019 tarihli ve 7194 sayılı Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’la konulan dijital hizmet vergisidir.⁸² Dijital hizmet vergisi, aynı kanunla 6802 sayılı Gider Vergisi Kanununa eklenen konaklama vergisinden ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununa eklenen değerli konut vergisinden farklı olarak, başka bir kanun içinde düzenlenmemiş, bizzat 7194 sayılı Kanun’un bir düzenlemesi şeklinde mevzuata dâhil edilmiştir. Bununla birlikte, 21.12.2019 tarihinde kabul edilen, 31.12.2019 tarihinde yayımlanan ve 1.1.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7197 sayılı 2020 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununa ekli cetvellerde dijital hizmet vergisini düzenleyen 7194 sayılı Kanun zikredilmemiştir.⁸³

7194 sayılı Kanun’un 52. maddesinde dijital hizmet vergisine ilişkin hükümlerin yürürlüğe gireceği tarih, “kanunun yayım tarihini izleyen üçüncü ay başı”na denk gelecek şekilde 1.3.2020 olarak belirlenmiştir. Yukarıda, bütçe kanunu yürürlüğe girmeden evvel yürürlükte bulunmayan, ama bir kanun olarak mevcudiyetini kazanmış durumda olan ve yürürlük tarihi belli olan vergi kanunlarının bütçe kanununda kanuni dayanak olarak gösterilmesinin hukuki güvenlik ilkesi bakımından bir sorun olmadığını açıklamıştık. Mevcut bulunan ama yürürlüğe girmemiş vergi kanunlarının da, eğer kanun koyucu o yıl o verginin toplanmasını istiyorsa, önceden izin ilkesine uygun biçimde bütçe kanununda yer alması gerekir. Aksi halde, böyle bir verginin toplanması hukuki güvenlik ilkesine aykırı olur. Dolayısıyla, dijital hizmet vergisine ilişkin mezkûr kanunun her halükarda bütçe kanununda zikredilmiş olması şarttır.

“Diğer hükümler” başlığı altında bulunan “cetvellerde herhangi bir şekilde yer almayan” şeklindeki ifadeyi, kanun koyucunun dijital hizmet vergisinin 2020 yılında toplanmasına cevaz verdiği şeklinde yorumlamak, başka bir deyişle, mezkûr kanunun bütçe kanununda bu başlık altında yer aldığını söylemek, önceden izin ilkesini dolanmak anlamına gelir ve bu da hukuki güvenlik ilkesine

⁸¹ Güneş, s. 184.

⁸² Resmî Gazete, T. 7.12.2019, Sayı: 30971.

⁸³ Resmî Gazete, T. 31.12.2019, Sayı: 30995 (Mükerrer).

aykırılık teşkil eder.⁸⁴ Kanun koyucunun, 5.12.2019 tarihinde kabul ettiği bir kanunu 21.12.2019 tarihinde unuttuğu da söylenemeyeceğine göre, dijital hizmet vergisinin 2020 yılında toplanmasını uygun bulmadığını kabul etmek gerekir.⁸⁵ 2021 yılı bakımındansa, 31.12.2020 tarihinde yayımlanan ve 1.1.2021 tarihinde yürürlüğe giren 7258 sayılı 2021 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununa ekli C Cetveli’nde 7194 sayılı Kanun zikredildiğinden dijital hizmet vergisinin toplanması mümkündür.⁸⁶

2. Bütçe Kanunu Yürürlüğe Girmeden Evvel Yürürlükte Bulunan Vergi Kanunları Bakımından

Bir önceki başlıkta bütçe kanunu yürürlükteyken ihdas edilen yeni bir vergi kanununun uygulanabilirliğini değerlendirdik. Bütçe kanununda yer almayan vergi kanunlarının bütçe kanunu karşısındaki durumu bakımından ikinci bir ihtimal, vergi yükümlülüğü getiren hükümlerin bütçe kanunu yürürlüğe girmeden evvel yürürlükte bulunması halidir.

Bu durumda öncelikle ifade edilmesi gereken husus, yine, bütçe kanunun vergi kanununa yürürlük mü kazandırdığı, yoksa uygulanmasına mı imkân verdiği şeklindeki ayrılıktır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, öğretilerdeki baskın yaklaşım vergi kanunlarının “eksik” bir nitelik taşıdığı şeklindedir.⁸⁷ Bütçe kanunu bir şart-işlem olarak, hüküm altına alınan verginin o yıl tahsil edilmesine müsaade etmek suretiyle zaman bakımından uygulanmasını tesis eder. Dolayısıyla, bütçe kanunu kendinden önce yürürlükte bulunan bir vergi kanununun uygulanabilirliğine imkân vermiş olur.

Bütçe kanununda yer almayan ve bütçe kanunun yürürlüğe girmesinden önce yürürlüğe girmiş bir vergi kanunu zaten yürürlükte, hüküm altına aldığı vergisel yükümlülüğü doğurma kabiliyetine zaten sahiptir. Ancak böyle bir verginin tahsiline izin yoktur. Devlet, kanunen yükümlülük doğmuş olsa bile, bütçe kanunu yetki vermediği için bu vergiyi toplayamaz.

Önceden izin ilkesi doğrultusunda, yürürlükte bulunan bir vergi kanununun bütçe kanununda gösterilmemesini, kanun koyucunun o yıl o verginin toplanmasını istemediği şeklinde yorumlamak yerinde olacaktır. Buna karşılık, sorun yine C Cetveli’ndeki “diğer hükümler” ifadesinde düğümlenmektedir. Cetvelde “herhangi bir şekilde yer almayan” mevzuatın kapsama alınmasını nasıl değer-

⁸⁴ Bumin Doğrusöz, Dijital Hizmet Vergisi ve Bütçe Kanunu, Dünya Gazetesi, 3.3.2020, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/dijital-hizmet-vergisi-ve-butce-kanunu/463933> (erişim tarihi, 12.3.2021).

⁸⁵ Bumin Doğrusöz, Dijital Hizmet Vergisi 2020 Yılında Alınabilir mi?, Dünya Gazetesi, 27.2.2020, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/dijital-hizmet-vergisi-2020-yilinda-alinabilir-mi/463525> (erişim tarihi, 12.3.2021).

⁸⁶ Resmî Gazete, T. 31.12.2020, Sayı: 31351 (Mükerrer).

⁸⁷ Güneş, s. 188; Kaneti/Ekmekci/Güneş/Kaşıkçı, s. 59; Onar, s. 1203.

lendirmek gerekir? Sözelimi, kanun koyucunun toplanmasını istediği, ama bütçe kanununda göstermeyi unuttuğu bir vergi kanununu bu bakımdan nasıl ele alınmalıdır?

C Cetveli’nde yer alan “*diğer hükümler*” şeklindeki düzenlemenin amacının unutulmuş hükümlerin de uygulanmasını sağlamak olduğu düşünülebilir.⁸⁸ Ancak, “*herhangi bir şekilde yer almayan*” demekle bilinçli veya bilinçsiz olarak bütçe kanununa konulmayan veya bir önceki başlıkta ele aldığımız gibi henüz var olmayan hükümleri bütçeye dâhil etme çabasına hiçbir zaman izin verilmemelidir. Böyle bir durum önceden izin ilkesine aykırılık teşkil eder.

Nitekim, bireylerin kanun koyucunun bütçe kanundaki iradesini ayrıca araştırma gibi bir yükümlülüğü de olmamalıdır. Bireylerden, hukuki güvenlik bağlamında kendi davranışlarını düzenlerken, kanun koyucunun bütçe kanununda yer vermediği hükümleri unutup unutmadığını tespit etmesi, bilinçli olarak mı yoksa bilinçsizce mi kapsama almadığını araştırması beklenemez. Bütçe kanunu ilgili yılda toplanacak kamu gelirlerine ilişkin yetki iradesinin tam ve kusursuz bir kaynağı olarak kabul edilmeli ve bu şekilde düzenlenmelidir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Önceden izin ilkesi, bir takvim yılında toplanacak vergilerin yasama erkince dayanaklarıyla birlikte önceden onaylanması gerektiğini işaretlemekle, demokrasinin mali temelini oluşturan bütçe hakkının ve hukuk devletinin temel içeriğini oluşturan hukuki güvenlik ilkesinin bir izdüşümü olarak karşımıza çıkar. Parlamentoların temsil niteliği ölçüsünde, bireyler kendi kendilerini vergilendirdikleri gibi, o yıl bunlardan hangilerinin uygulanacağına da kendileri karar vermiş olur.

Bu bağlamda, vergi kanunları “*eksik*” bir nitelik taşır ve bu eksikliğin bütçe kanunun verdiği tahsil yetkisiyle giderilmesi gerekir.⁸⁹ Bütçe kanununda kanuni dayanağıyla birlikte yer almayan bir vergi, her ne kadar yükümlülük doğmuş olsa da tahsil edilemez. Bu, hukuki güvenlik ilkesinin bir unsuru olarak önceden izin ilkesinin sonucudur.

Demokratik hukuk devletinin bir gereği olarak ortaya koyduğumuz önceden izin ilkesi, kamu gelirleri bakımından Anayasa’da açık bir düzenleme yapılmak suretiyle koruma altına alınmamıştır. Önceden izin ilkesinin kamu gelirleri bakımından da bir Anayasa kuralı olarak düzenlenmesinde yarar vardır.⁹⁰

Kamu gelirleri bakımından önceden izin ilkesi Anayasa’da koruma altına alınmamış olsa da mülga 1050 sayılı Muhâsebe-i Umûmiye Kanunu’nun 39. madde hükmünde açıkça düzenlenmekte ve kanuni bir yükümlülük olarak etkisi-

⁸⁸ Güneş, s. 184.

⁸⁹ Kaneti/Ekmekci/Güneş/Kaşıkçı, s. 59; Onar, s. 1203.

⁹⁰ Güneş, s. 194.

ni sürdürmekteydi. Oysa yürürlükteki 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda bu açıklıkta bir düzenleme maalesef mevcut değildir. 5018 sayılı Kanun'un çeşitli maddelerinin yorumlanmasından hareketle bu ilkenin kanunda yer aldığı söylenebilmektedir. Bu durum, önceden izin ilkesini kamu gelirleri bakımından eskiden olduğundan daha emniyetsiz bir hale getirmiştir. Dolayısıyla, önceden izin ilkesinin eskiden olduğu gibi açık bir kanuni düzenlemeye kavuşturulması önemli bir ihtiyaçtır.

Kamu gelirleri bakımından önceden izin ilkesinin bir Anayasa kuralı olarak düzenlenmesi ve/veya eskisi gibi bir açıklıkla kanunda yer alması da yeterli değildir. Bütçe kanunu yürürlükteyken ihdas edilen vergi kanunlarının sonraki bütçe yılından itibaren yürürlüğe gireceğine ilişkin açık bir hükmün de Anayasa'da ve/veya kanunla düzenlenmesi gereklidir.⁹¹ Bunun yanında C Cetveli'nde yer alan "*diğer hükümler*" şeklindeki hukuki güvenliği ortadan kaldıran ve bütçe kanununun anlam ve amacıyla çelişen uygulamadan da vazgeçilmesi elzemdir.

Hukuki güvenlik ve hukuk devleti, bütçe hakkı ve demokrasi gibi ilişkilendirmelerle kurgulanan önceden izin ilkesi, başta ifade ettiğimiz sosyoekonomik ilişkilerin öngörülebilirliğini teminat altına alma ihtiyacını ancak bu eksikliklerin giderilmesiyle gerçek mânâda karşılayabilir.

⁹¹ Karakoç, s. 93.

KAYNAKÇA

- AKBEY**, Ferhat, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Bütçe Hakkı ve Kanunu’, International Journal of Public Finance, Sayı: 5/1, Yıl: 2020, Bursa, s. 1-26.
- AKTAN**, Coşkun Can, *Anayasal Vergi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- AVCI**, Mehmet Alpertunga, ‘Yasamanın Birincil Güçlü Silahı Bütçe Hakkı - Teorik Bir Yaklaşım’, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 19/1, Yıl: 2015, Erzurum, s. 69-80.
- BAĞLI**, Mehmet Selim, ‘Teorik ve Tarihsel Açından Bütçe Hakkı’, Yasama Dergisi, Sayı: 20, Yıl: 2012, Ankara, s. 39-77.
- BATIREL**, Ömer Faruk, *Kamu Bütçesi*, 9. Bası, Marmara Üniversitesi Nihad Sayâr Eğitim Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004.
- BAYKURT**, Fakir, *Kaplumbağalar*, 4. Bası, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1975.
- ÇAĞAN**, Nami, ‘Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 1980, s. 129-151.
- DOĞRUSÖZ**, Bumin, ‘Dijital Hizmet Vergisi 2020 Yılında Alınabilir mi?’, Köşe Yazısı, Dünya Gazetesi, 27.2.2020, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/dijital-hizmet-vergisi-2020-yilinda-alinabilir-mi/463525>, Erişim Tarihi: 12.3.2021.
- DOĞRUSÖZ**, Bumin, ‘Dijital Hizmet Vergisi ve Bütçe Kanunu’, Köşe Yazısı, Dünya Gazetesi, 3.3.2020, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/dijital-hizmet-vergisi-ve-butce-kanunu/463933>, Erişim Tarihi: 12.3.2021.
- FEYZİOĞLU**, Bedî Necmettin, ‘Fransa’da Bütçe Devresinin Kapanması Sistemi ve Bütçe Hesapları’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 1, Yıl: 1953, Ankara, s. 722-741.
- GÜNEŞ**, Gülsen, ‘Hukuksal Teknik Açısından Bütçede ‘Önceden İzin İlkesi’ nin Vergi Gelirleri Yönüyle İşlevini Kısmen Yitirmesinin Bütçe Hakkı Açısından İrdelenmesi’, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi, Muğla, 2000, s. 173-197.
- GÜRİZ**, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, 18. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017.
- KABOĞLU**, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 5. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- KANETİ**, Selim / **EKMEKÇİ**, Esra / **GÜNEŞ**, Gülsen/ **KAŞIKCI**, Mahmut, *Vergi Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- KARAKOÇ**, Yusuf, “Anayasanın Vergi Ödevine İlişkin Hükümünün Değerlendirilmesi”, Feridun Yenisey/ Gülsen Güneş/ Z. Ertunç Şirin (der.), *Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 83-98.
- KÜÇÜKAYCAN**, Dürdane / **ÇELİKAY**, Ferdi, “Bütçe Teorisi Perspektifinden Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Bütçeleme Süreci ve Bütçe Hakkı Üzerindeki Etkileri”, Ayşe Güner/ Gülay Akgül Yılmaz/ A. Bumin Doğrusöz (der.), *Güncel Maliye Tartışmaları - I, Prof. Dr. Ömer Faruk Batirel’e Armağan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 329-356.

- MUTLUER**, Kâmil/ **ÖNER**, Erdoğan/ **KESİK**, Ahmet, *Bütçe Hukuku*, 4. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2018.
- ONAR**, Sıddık Sami, *İdare Hukuku (Birinci Cilt)*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1942.
- ÖNCEL**, Muâlla / **KUMRULU**, Ahmet / **ÇAĞAN**, Nami / **GÖKER**, Cenker, *Vergi Hukuku*, 28. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- ÖZBUDUN**, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- PARETO**, Vilfredo, *Demokrasinin Dönüşümü*, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- PINAR**, Burak, *Türk Bütçe Hukuku Açısından Kamu Mali Yönetim Sisteminin Hukuki Analizi*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2009.
- SANCAR**, Mithat, *'Devlet Akli' Kıskaçında Hukuk Devleti*, 8. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.
- ŞAHİN**, Mehmet / **UYSAL**, Özge, "Bütçe ve Mali Demokrasi", Figen Altuğ/ Ahmet Kesik/ Murat Şeker (der.), *Kamu Bütçesinde Yeni Yaklaşımlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 203-220.
- TANÖR**, Bülent / **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- TEZİÇ**, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- YILMAZCAN**, Dilek, *'Bütçe Hakkı ve Bütçe Uygulamaları'*, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi, Muğla, 2000, s. 163-172.

Çifte Vergilendirmenin Önlenmesinde Çözüm Yolu Olarak Uluslararası Vergi Anlaşmaları ve Türkiye Uygulaması

International Tax Treaties as a Solution to Prevent Double Taxation and Practice in Turkey

Arş. Gör. Mustafa KARATAŞ^(*)

Öz:

Günümüzde çifte vergilendirme, hem ulusal ve uluslararası boyuta, hem de ekonomik ve hukuki anlama sahip çok yönlü bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak uluslararası düzeyde özellikle çifte vergilendirmenin hukuki anlamı ön plana çıkmaktadır. Bu yönüyle çifte vergilendirme; iki ya da daha fazla devletin, aynı vergi yükümlüsü ya da vergi konusu üzerinden aynı vergilendirme dönemi içinde aynı niteliğe sahip vergiyi almak istemesi şeklinde tanımlanabilmektedir. Vergi mükellefleri açısından ciddi bir problem teşkil eden çifte vergilendirme, günümüzde devletin iç hukukunda getirdiği düzenlemeler ve devletler arasında imzalanan iki taraflı veya çok taraflı vergi anlaşmaları ile çözüme kavuşturulmaktadır. Söz konusu çifte vergilendirmeyi önlemeye yönelik yapılan uluslararası vergi anlaşmaları ise Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD) veya Birleşmiş Milletler (UN) tarafından kabul edilen model vergi anlaşmaları esas alınarak düzenlenmektedir. Keza Türkiye, söz konusu model vergi anlaşmaları çerçevesinde uluslararası vergi anlaşmaları imzalamakta ve kendi hukuk sistemine dâhil etmektedir. Bu çalışma ile uluslararası vergi anlaşmalarının vergi hukukundaki yeri ve öneminin ve Türkiye uygulamasının açıklığa kavuşturulması hedeflenmektedir.

Anahtar Kelimeler:

Çifte Vergilendirme, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, Türkiye Uygulaması, OECD Modeli, UN Modeli.

Abstract:

Nowadays, double taxation is a multi-perspective concept with its national and international dimensions, economic and legal meanings. However, at the international level, the international dimension and the legal meaning of double taxation come into prominence. In this respect, double taxation occurs when two or more states want to receive the same quality tax from the same tax payer or the same tax subject in the same

^(*) Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı.

E-posta: mustafa.karatas@atauni.edu.tr.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-4037-7518>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 31.12.2020.

Makale Kabul Tarihi: 22.04.2021.

taxation period. Double taxation which is a serious problem for taxpayers is solved by the regulations enforced in the domestic law and by the bilateral or multilateral tax treaties signed between the states. Tax treaties for the avoidance of double taxation are regulated on the basis of model tax agreements adopted by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) or United Nations (UN). Likewise, Turkey has signed international tax treaties as part of this model tax convention and has included into own legal system. In this study, the place and the importance of tax law on the prevention of double taxation and clarifying the practice of Turkey are aimed.

Keywords:

Double Taxation, International Tax Treaties, Practice in Turkey, The OECD Model, The UN Model.

GİRİŞ

Günümüzde küreselleşme ile birlikte uluslararası düzeyde ekonomik ilişkilerin gelişmesi, buna paralel olarak ülkeler arası ticari faaliyetlerin artması ve yabancı sermayenin yurt içine girişinin, yerli sermayenin yurt dışına çıkışının kolaylaşması, beraberinde ciddi problemleri getirmektedir. Özellikle kişi ya da kuruluşların farklı ülkelerde gelir elde etme, servet bulundurma ve harcama yapma imkânının kolaylaşması, vergilendirme noktasında büyük önem arz etmektedir. Çünkü elde edilen gelirin, buldurulan servetin ve yapılan harcamanın hem mali ikametgâh devleti hem de gelirin elde edildiği devlet tarafından vergilendirme ihtimali doğmaktadır. Çünkü uluslararası vergi hukukunda devletlerin vergilendirme yetkisine, geleneksel olarak, şahsılık ilkesi ve kaynak ilkesi çerçevesinde sahip olacağı kabul edilmektedir. Bu noktada (ikametgâh ve uyruklu ilkelerini ihtiva eden) şahsılık ilkesi ile kaynak ilkesinin çatışması, diğer bir ifadeyle belirli bir kişinin ikamet ettiği yahut uyrukluğunda bulunduğu ülke dışında gerçekleştirildiği iktisadi faaliyetleri, hem ikamet ve/veya uyruk devleti tarafından, hem de faaliyetin mali sınırları içinde gerçekleştiği kaynak ülkesi tarafından vergilendirilmek istenmesi, çifte vergilendirme sorununun temelini oluşturmaktadır.

İki ya da daha fazla devletin, aynı vergi yükümlüsü ya da konusu üzerinden aynı vergilendirme dönemi içinde aynı niteliğe sahip vergiyi almak istemesi; (hukuki) çifte vergilendirme olarak ifade edilmektedir. Günümüzde çifte vergilendirmenin önlenmesinde genellikle iki temel yola başvurulmaktadır. Bunlardan ilki devletlerin kendi iç hukuklarında çeşitli düzenlemeler getirmesidir. İkincisi ise devletlerin kendi aralarında çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları imzalamasıdır. Söz konusu çifte vergilendirmeyi önlemeye yönelik yapılan vergi anlaşmaları ise gelişmiş ülkeleri önceleyen Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) veya gelişmekte olan ülkeleri önceleyen Birleşmiş Milletler (UN) tarafından kabul edilen model vergi anlaşmaları esas alınarak düzenlenmektedir. Bu noktada Türkiye, 85 ülke ile çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması imzalamış

olup, yapmış olduğu bu anlaşmalarda gelişmiş ülkeler karşısında UN modeline, gelişmekte olan ülkeler karşısında OECD modeline ağırlık vermektedir.

Bu çalışma ile uluslararası vergi anlaşmalarının vergi hukukundaki yeri ve öneminin ve Türkiye uygulamasının açıklığa kavuşturulması ve bu doğrultuda mevcut durumun değerlendirilmesi hedeflenmektedir. Bu çalışma beş ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde çifte vergilendirme kavramsal açıdan ortaya konulmaktadır. Devamında; ikinci bölümde çifte vergilendirmenin varlık nedenlerine ve üçüncü bölümde çifte vergilendirmenin nasıl önlenebileceğine değinilmektedir. Dördüncü bölümde uluslararası vergi anlaşmalarının çifte vergilendirmenin önlenmesindeki yeri ve önemi, Türkiye uygulamasına da yer vermek suretiyle ele alınacaktır. Son olarak beşinci bölümde ise teorik ve uygulama itibarıyla ortaya konulan mevcut durumun değerlendirilmesine yer verilecektir.

I. ÇİFTE VERGİLENDİRME KAVRAMI

Ulusal ve uluslararası boyuta, hukuki ve ekonomik anlama sahip olan çifte vergilendirme her bir boyutu ve anlamı itibarıyla ayrı ayrı tanımlanabilmektedir. Öncelikle *ulusal boyutuyla çifte vergilendirme*; aynı devletin içinde, çeşitli nedenlerle, farklı idari ya da siyasi kademelere dağıtılmış vergilendirme yetkisinin aynı vergi yükümlüsü veya aynı vergi konusu üzerinde çakışması şeklinde tanımlanabilir. *Uluslararası boyutuyla çifte vergilendirme* ise iki ya da daha fazla devletin birbirlerinden bağımsız olarak kullandıkları vergilendirme yetkilerinin çakışması sonucunda aynı vergi yükümlüsünün aynı vergi konusu üzerinden iki defa aynı vergiye tabi tutulması şeklinde tanımlanabilir.¹ Bununla birlikte geniş anlamda çifte vergilendirme olarak kabul edilen *ekonomik anlamda çifte vergilendirme*, aynı vergi konusu üzerinden farklı vergi yükümlülerin tek bir devlet ya da birden fazla devlet tarafından vergi yükümlülüğüne tabi tutulmasıdır.² Buna yol açan temel neden, vergi konularının farklı devletlerde farklı biçimde tanımlanması veya vergi matrahının hesaplanmasında farklı yöntemlerin benimsenmesidir.³ Örneğin; bir ülke içerisinde vergi yükümlüsü olarak kabul edilen bir şirketin elde ettiği gelirin tüzel kişi olarak kabul edilen şirket nezdinde ayrı, gerçek kişi olarak kabul edilen şirket ortağı nezdinde ayrı vergilendirilmesi veyahut bir ülke vatandaşı kişinin, bir başka ülke vatandaşı kişiye ödediği tazminatın gider olarak düşülmesine izin verilmeyerek tazminatın ödendiği ülkede de gelir olarak kabul edilerek vergilendirilmesi bu tip bir çifte vergilendirme olarak kabul edi-

¹ Billur Yaltı Soydan, *Uluslararası Vergi Anlaşmaları*, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 1995, s. 2-3; Ateş Oktar, *Vergi Hukuku*, 10. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 56-57.

² Yusuf Karakoç, *Genel Vergi Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 138; Mualla Öncel / Ahmet Kumrulu / Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 61; Ersan Öz / Fatih Çavdar, “Çifte Vergilendirmenin Önlenmesine Yönelik OECD ve Türkiye Uygulamaları”, *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı: 371, Yıl: 2012, s. 52.

³ Karakoç, s. 139.

lebilir.⁴ Geniş anlamda çifte vergilendirme olarak kabul edilen *hukuki anlamda çifte vergilendirme* ise iki ya da daha fazla devletin, aynı vergi yükümlüsünü aynı vergi konusu kapsamında ve aynı vergilendirme dönemi içerisinde aynı nitelikteki vergilerle vergilendirmesidir.⁵ Bu kapsamda çifte vergilendirmenin hukuki anlamı ile uluslararası boyutunun örtüşüğünü söylemek mümkündür.

Ekonomik anlamda çifte vergilendirme ile (uluslararası) hukuki anlamda çifte vergilendirme arasındaki temel fark vergi yükümlüsü noktasında ortaya çıkmakla birlikte, çifte vergilendirmenin önlenmesinde uluslararası vergi anlaşmaları temelinde hukuki anlamı ve uluslararası boyutu temelinde şekillenmektedir.⁶

Uluslararası boyutu ve hukuki anlamı dikkate alındığında çifte vergilendirmenin temel unsurlarını şu şekilde sıralamak mümkündür:⁷

- Vergi yükümlüsünün aynı kişi olması,
- Vergi konusunun aynı olması,
- Verginin aynı nitelikte olması,
- Vergilendirme döneminin aynı olması,
- İki ya da daha fazla devletin aynı yükümlü ve konu üzerinde vergilendirme yetkisine sahip olması.

II. ÇİFTE VERGİLENDİRMENİN ORTAYA ÇIKIŞ NEDENLERİ

Devletin egemenlik göstergelerinden biri olan mali egemenlik, devletin ülkesi ve vatandaşları üzerinde sahip olduğu gelir toplama ve topladığı gelirleri harcama yetkisidir. Mali egemenlik devletin hem yasama hem de yürütme yetkisini ifade eder.⁸ Bu kapsamda mali egemenlik en temelinde devletin elinde bulunduğu vergilendirme yetkisini ve harcama yetkisini kapsar. Devletin mali alanda sahip olduğu en önemli yetki olan vergilendirme yetkisi, devletin münha-

⁴ Ferhan Berkay/ Ramazan Armağan, “*Vergilemenin Uluslararası Boyutlarından Çifte Vergilendirme Sorunsalının Türk Vergi Sistemine Etkisi*”, Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, Sayı: 5/3, Yıl: 2011, s. 89.

⁵ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Model Tax Convention on Income and Capital*, OECD Publishing, 2017, https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page1 (erişim tarihi 11.02.2020), s. 1-1; UNITED NATIONS, *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*, New York, 2017, https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf (erişim tarihi 11.02.2020), s. IV.

⁶ Yaltı Soydan, s. 87; Steven Van Weeghel, *The Improper Use of Tax Treaties, with Particular Reference to the Netherland and the United States*, Series on International Taxation 19, Kluwer Law International, Dordrecht, 1998, s. 34.

⁷ Osman Pehlivan/ Ersan Öz, *Uluslararası Vergilendirme*, Celepler Matbaacılık, Trabzon, 2011, s. 62-63.

⁸ Roy Rohatgi, *Basic International Taxation Second Edition Volume I: Principles*, Richmond Law&Tax Ltd, Richmond, 2005, s. 15.

sır yetkisi ve uluslararası hukukça belirlenen alan dâhilinde o devletin egemenlik sınırları içerisinde kullanılır.⁹ Ancak bu yetkinin kullanılması, uluslararası ilişkilerden doğan vergilendirme sorunlarına neden olur.¹⁰ Bu kapsamda uluslararası bir vergilendirme sorunu olan çifte vergilendirme de iki farklı devletin ülkesi sınırlarında kullandığı vergilendirme yetkisinin birbiriyle çakışması sonucu ortaya çıkar. Ancak burada önemli olan nokta, her bir devletin vergilendirmeye ilişkin farklı sistemler ve bu sistemler dâhilinde farklı ilkeler benimsemeleri neticesinde vergilendirme yetkilerinin birbiriyle çakışmasıdır.¹¹

Çifte vergilendirmenin ortaya çıkmasına neden olan vergilendirmeye ilişkin ilkeler; kaynak ilkesi, ikametgâh ilkesi ve uyrukluk ilkesidir.

1. *Kaynak ilkesi*: Bu ilke; vergi kanunlarının devletin egemenlik alanında geçerli olması, ülke sınırları içerisinde vatandaş ya da yabancı fark etmeksizin gerçekleştirilen bütün işlem, ekonomik faaliyet ve varlıkların o ülke kanunlarınca vergilendirilmesidir. Bu ilkeye göre bir devletin ülkesinde bulunan vergi konuları ve vergi doğuran olaylar, o devletin vergilendirme yetkisine tabidir.¹² Kaynak ilkesine göre hukuki ilişki ikametgâh ve uyrukluğa bakılmaksızın, ekonomik bağ çerçevesinde şekillenmektedir.¹³ Kaynak ilkesi, vergilendirme yetkisinin devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine dayanması ve bu yetkinin mali alandaki görünümünü oluşturması olgusuna dayanır.¹⁴

Bu ilkenin Türkiye uygulamasına Gelir Vergisi Kanunu'nun 6'ncı maddesi örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu hükme göre Türkiye'de yerleşik olmayan gerçek kişilerin, sadece Türkiye içinde elde ettiği kazançları kaynak ilkesi gereği vergilendirilir.

2. *İkametgâh ilkesi*: Bu ilkeye göre kişinin ikamet ettiği ve hizmetlerinden faydalandığı ülkenin, bu kişinin kendi ülkesi sınırları dâhilinde ve dışında gerçekleştirdiği bütün işlem, faaliyet ve varlıkları üzerinde vergilendirme yetkisine sahip olmasıdır.¹⁵ İkametgâh ilkesinin temelinde kamu harcamalarının kamu hizmetlerinden faydalananlar tarafından finanse edilmesi gerektiği düşüncesi yatar.¹⁶

Bu ilkenin Türkiye uygulamasına Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrası örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu hükme göre

⁹ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 153-154.

¹⁰ Karakoç, s. 132.

¹¹ Yaltı Soydan, s. 23.

¹² Doğan Şenyüz/ Mehmet Yüce/ Adnan Gerçek, *Vergi Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2015, s. 45; Öncel/ Kumrulu/ Çağan, s. 60.

¹³ Berkay/ Armağan, s. 91.

¹⁴ Karakoç, s. 131.

¹⁵ Yaltı Soydan, s. 19.

¹⁶ Öz/ Çavdar, s. 53; Berkay/ Armağan, s. 90.

vergi yükümlüsü olan kurumlardan kanuni merkezi ya da iş merkezi Türkiye’de olanların, gerek Türkiye içinde gerekse Türkiye dışında elde ettiği tüm kazançları ikametgâh ilkesi gereği vergilendirilir.

3. *Uyrukluk ilkesi*: Bu ilke; bir devletin, kendisine vatandaşlık bağı ile bağlı bulunanların hem ülkesi içinde hem de ülkesi dışında gerçekleştirdiği her tür işlem, faaliyet ve varlıkları üzerinde vergilendirme yetkisine sahip olmasını ifade eder.¹⁷

Bu ilkenin Türkiye uygulamasına GVK’nin 3’üncü maddesinin 2’nci fıkrası örnek olarak gösterilebilir. Bu hükme göre resmi daire ve müesseselere veya merkezi Türkiye’de bulunan teşekkül ve teşekküllere bağlı olup, işleri dolayısıyla yabancı memleketlerde oturan Türk vatandaşları, ister Türkiye’de ister Türkiye dışında elde etmiş oldukları gelirler üzerinden uyrukluk ilkesi gereği vergilendirilir.

Devletlerin vergi kanunlarının uygulanması noktasında yukarıda belirtilen kaynak, ikamet ve uyrukluk ilkelerinden birinin vergi sistemlerinde temel yapılması ve söz konusu ilkelerin uygulanması noktasında ülkeler arasında farklılıkların ortaya çıkması, birden fazla devletin aynı yükümlü veya vergi konusu üzerinde vergilendirme yetkisini kullanmasına, diğer bir ifadeyle çifte vergilendirmeye sebep olmaktadır.¹⁸ Örneğin; gelir vergisinde ikametgâh ilkesini kabul eden bir ülkeye yerleşen kimsenin, kaynak ilkesini benimseyen bir diğer ülkedeki faaliyetleri neticesinde gelir elde etmesi halinde her bir ülke açısından gelir vergisi kapsamında vergilendirmeye tabi tutulacaktır.¹⁹

III. ÇİFTE VERGİLENDİRMEYİ ÖNLEME YÖNTEMLERİ

Uluslararası hukukta yer alan kaynak ilkesi, yabancı kaynaklı gelirin ülke içinde vergilendirilmesine ilişkin bir yasak getirmemekte ve birden fazla devletin vergilendirme yetkilerinin çakışmasıyla ortaya çıkan çifte vergilendirme, her bir devletin iç hukuklarının uluslararası hukuku uygun olarak düzenlendiği sürece uluslararası teamüller çerçevesinde yasaklanmamaktadır.²⁰ Ancak çifte vergilendirme, benzer durumdaki kişilerin farklı vergi yükü altında kalmalarına, yani vergi adaletsizliğine neden olması; rekabet eşitsizliğini doğurması, uluslararası düzeydeki mal ve sermaye hareketlerini engellemesi, devletler arasındaki uluslararası ilişkilerin gelişmesini etkilenmesi gibi gerekçelerle önlenmesi gerektiği kabul edilen bir olgu niteliğindedir.²¹ Bu yönde çifte vergilendirmenin önlenmesi

¹⁷ Yaltı Soydan, s. 20.

¹⁸ Karakoç, s. 138; Öncel/ Kumrulu/ Çağan, s. 61.

¹⁹ Öncel/ Kumrulu/ Çağan, s. 61.

²⁰ Klaus Vogel, “*Double Tax Treaties and Their Interpretation*”, Berkeley Journal of International Law, Sayı: 4/2, Yıl: 1986, s. 7-8.

²¹ Karakoç, s. 139; Oktar, s. 57.

için temelde iki farklı yol mevcuttur. Bunlardan ilki, devletin tek yanlı olarak, iç hukukunda, vergilendirme yetkisini sınırlandırması; ikincisi ise çifte vergilendirmeyi önlemeye yönelik uluslararası anlaşmalardır.²²

Çifte vergilendirmenin kural olarak vergi yükümlüsünün vatandaşı olduğu ve/veya ikamet ettiği ülke tarafından giderilmesi ve önlenmesi gerektiği kabul edilir. Bu kapsamda çifte vergilendirmeyi önleme konusunda izlenebilecek ilk yol, devletin yabancı kaynaklı gelirler üzerindeki vergilendirme yetkisini tek taraflı olarak sınırlandırmasıdır.

Devletler, çifte vergilendirmenin önlenmesi noktasında tek taraflı olarak vergilendirme yetkisini sınırlandırırken belirli yöntemlere başvurur. Bunlar; indirim, mahsup ve istisna yöntemleridir. Mahsup ve istisna yöntemleri, OECD'nin örnek modelinde yer alan yöntemlerdir.²³

1. *İndirim yöntemi*: bu yöntem genellikle gelir ve servet üzerinden alınan vergilerde uygulama alanı bulmaktadır. İndirim yöntemine göre ikametgâh esasını kabul eden bir ülkede vergi hesaplanırken, yükümlünün tüm kaynakları dikkate alınarak hesaplanan vergi matrahından yabancı ülkede ödediği vergiler düşülmektedir.²⁴ Bu noktada indirim yönteminin çifte vergilendirmeyi tamamen ortadan kaldırmayıp, etkisini azalttığı söylenebilir.²⁵
2. *Mahsup yöntemi*: OECD örnek modelinin benimsediği yöntemlerden biri olan ve kredi yöntemi olarak da adlandırılabilen²⁶ mahsup yöntemine göre vergilendirmede ikametgâh esasını benimseyen bir ülke, yükümlünün vergi borcunu tüm kaynaklarını dikkate alarak hesaplarken, yabancı ülkede ödediği aynı nitelikteki vergileri hesaplanan toplam vergiden düşmektedir.²⁷ Bu noktada mahsup yönteminin çifte vergilendirmeyi tam anlamıyla önlemekle birlikte indirim yöntemine kıyasla çifte vergilendirmenin etkisini daha fazla azalttığı söylenebilir.²⁸
3. *İstisna yöntemi*: OECD örnek modelinin benimsediği yöntemlerden bir diğeri olan istisna yöntemine göre yükümlünün vergi borcu, yabancı bir ülkede sahip olduğu gelir ve servet unsurları dikkate alınmaksızın, sadece ülkesi içerisinde sahip olduğu kaynakları üzerinden hesaplanır.²⁹ İndirim ve mahsup yöntemlerinde ikametgâh ilkesi esas alınırken, istisna yönteminde kaynak

²² Öncel/ Kumrulu/ Çağan, s. 61-64.

²³ Karakoç, s. 140.

²⁴ Oktar, s. 57.

²⁵ Karakoç, s. 140.

²⁶ Berkay/ Armağan, s. 92.

²⁷ Öncel/ Kumrulu/ Çağan, s. 62; Oktar, s. 57.

²⁸ Karakoç, s. 140.

²⁹ Karakoç, s. 141; Oktar, s. 57.

ilkesi esas alınır. İstisna yönteminde, diğer iki yönetime kıyasla, çifte vergilendirmenin etkisinin azaltılmasından ziyade önlenmesi amaçlanır.³⁰

Sonuç olarak devletler, çifte vergilendirmenin önlenmesinde istisna, mahsup veya indirim yöntemlerini benimseyerek tek taraflı olarak vergilendirme yetkisini sınırlandırabilir. Ancak çifte vergilendirme iç hukukta sınırlandırabileceği gibi iki ya da daha fazla devletin imzalayacağı uluslararası vergi anlaşmalarıyla da sınırlandırabilir.

IV. ÇİFTE VERGİLENDİRMENİN ÖNLENMESİNDE ULUSLARARASI VERGİ ANLAŞMALARI

Devletlerin vergi sistemlerindeki farklılıklar ve devletlerin içinde bulunduğu ekonomik şartların çeşitliliği gibi sebeplerle çifte vergilendirmenin önlenmesinde iç hukuktaki düzenlemeler kimi zaman yetersiz kalabilmekte; ülkeler çifte vergilendirme hususunda uluslararası anlaşmalar yaparak daha kapsamlı ve kalıcı çözümler aramaktadır.³¹ Bu kapsamda yükümlüler üzerindeki çifte vergilendirmeye dayalı vergi yükünü asgariye indirebilmek amacıyla devletler, yükümlülerin ödeyecekleri vergiden tamamen veya kısmen vazgeçerek vergi anlaşmaları imzalamaktadır.³²

Uluslararası vergi hukukunun kaynağını oluşturan vergi anlaşmaları, devletlerin çifte vergilendirmeyi önleme noktasında başvurdukları en önemli ve etkili araçlardır. Uluslararası vergi anlaşmaları, iki ya da daha fazla devletin, vergilendirme yetkilerinin çakışması sonucu ortaya çıkan çifte vergilendirmenin önlenmesini hedefleyen çakışma kuraları bütünü olarak tanımlanabilir.³³

Uluslararası vergi anlaşmalarının en önemli işlevi, çifte vergilendirmenin ortadan kaldırılması amacıyla birden fazla devletin vergilendirme yetkisinin çakışmasının önlenmesi ve söz konusu devletlerin yetkilerinin sınırlarını belirlemektir.³⁴ Bu kapsamda vergi anlaşmalarında gözetilen temel amacın, çifte vergilendirmenin önlenmesi ve/veya azaltılması olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, sınırlar arası mali erozyonun önlenmesi, ekonomik ilişkilerin ve ticaretin geliştirilmesi, bilgi değişiminin sağlanması yoluyla idari birimler arasında yardımlaşmanın sağlanması ve vergi kaçakçılığının önlenmesi de uluslararası vergi anlaşmalarının imzalanmasında güdülen amaçlar arasında gösterilebilir.³⁵

³⁰ Öncel/ Kumrulu/ Çağan, s. 62.

³¹ Mehmet Akbay, “Milletlerarası Vergi Anlaşmaları”, Vergi Dünyası Dergisi, Sayı: 113, Yıl: 1991, s. 4; Karakoç, s. 143.

³² Hüseyin Işık, *Uluslararası Vergilendirme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 25.

³³ Yaltı Soydan, s. 55, 156.

³⁴ Yaltı Soydan, s. 31.

³⁵ Rohatgi, s. 25.

Çifte vergilendirmeye yönelik yapılan uluslararası vergi anlaşmaları genellikle gelir ve servet üzerinden alınan vergilere ilişkin olarak yapılmaktadır. Ancak, yukarıdan da anlaşılacağı üzere, bu anlaşma hükümleri içerisinde ülkelerin mali idareleri arasında işbirliği ve bilgi alışverişinin sağlanmasına ve ülkeler arası ekonomik ilişkilerin ve ticaretin geliştirilmesine yönelik maddeler de eklenebilmektedir.³⁶ Çifte vergilendirmenin önlenmesine yönelik yapılacak uluslararası vergi anlaşmaları, iki taraflı olabileceği gibi çok taraflı da olabilmektedir.

A. İki Taraflı Uluslararası Vergi Anlaşmaları

Uluslararası çifte vergilendirmenin önlenmesine yönelik anlaşmalar genellikle iki taraflı yapılmaktadır. İki taraflı vergi anlaşmaları, çifte vergilendirmenin önlenmesi noktasında bir tedbir mahiyetinde değil, yalnızca çifte vergilendirmeyi önleyici araçları içeren metinler olarak kabul edilmektedir. Zira vergi anlaşmalarıyla çifte vergilendirmenin önlenmesi, uluslararası hukukun sınırlama kuralları mahiyetindeki çakışma kuralları aracılığıyla sağlanmaktadır. Bu kapsamda vergi anlaşmaları, devlet vergi makamlarının yabancı nitelik taşıyan mali olaylara iç hukuku uygulayıp uygulamayacağını ve uygulanacaksa sınırının ne olacağını göstermektedir.³⁷

İki taraflı vergi anlaşmalarında yer alan çakışma kuralları, gelirin tamamı için değil, verginin belirli unsurları açısından düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemeler, gelir unsurları üzerindeki vergilendirme yetkisini kaynak veya ikametgâh devletine tamamen bırakabilir ya da her iki devlet arasında bu yetkiyi paylaşılabilir.³⁸ Vergilendirme yetkisinin paylaşılması durumunda; kaynak devleti gelir unsurları üzerinde sınırlı bir vergilendirme yapabilirken, ikametgâh devleti kendi ülkesinde ödenecek vergiden kaynak devletinde ödenen vergiyi düşebilir.³⁹

B. Çok Taraflı Uluslararası Vergi Anlaşmaları

Çifte vergilendirmenin önlenmesine yönelik anlaşmalar genellikle iki taraflı yapılmakla olup, çok taraflı vergi anlaşmalarına da rastlanılmaktadır. Çok taraflı vergi anlaşmaları, teorik yönden daha cazip olmakla birlikte; çok taraflı vergi anlaşmalarının, iki taraflı anlaşmalara göre daha karmaşık, uygulanması ve anlaşılması yönünden daha zor olması ve sona erdirmeye, revize etmeye veya değiştirme açısından esneklik sağlayamaması nedeniyle uygulamada çok tercih edilmemektedir.⁴⁰

³⁶ Karakoç, s. 143-144.

³⁷ Yaltı Soydan, s. 65-67.

³⁸ Berkay/ Armağan, s. 92.

³⁹ Yaltı Soydan, s. 66-67.

⁴⁰ Yaltı Soydan, s. 34-35.

Çok taraflı vergi anlaşmalarına; Danimarka, Finlandiya, İsveç, İzlanda ve Norveç arasında imzalanmış bilgi değişimi anlaşması, beş Güney Amerika ülkesi tarafından “Ant Paktı” adıyla 1971 yılında imzalanan Model Vergi Anlaşması ve Karayip ülkeleri tarafından 1973 yılında imzalanan CARICOM Vergi Anlaşması örnek olarak gösterilebilir.⁴¹ Ayrıca 4585 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunan 2000/1127 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul edilerek yürürlüğe giren “Türkiye Cumhuriyeti, Azerbaycan Cumhuriyeti ve Gürcistan Arasında Petrolün Azerbaycan Cumhuriyeti, Gürcistan ve Türkiye Cumhuriyeti Üzerinden, Bakü-Tiflis-Ceyhan Ana İhraç Boru Hattı Yoluyla Taşınmasına İlişkin Anlaşma” da içerdiği vergisel hükümler sebebiyle çok taraflı vergi anlaşmasına örnek olarak gösterilebilir.⁴²

Bu örneklerin yanı sıra, Avrupa Birliği’nde uluslararası vergi uyumlaştırmaları ve çifte vergilendirmeye yönelik yapılan çalışmalar ve verilen çeşitli direktifler, amaçsal yönden çok taraflı vergi anlaşmaları ile paralellik göstermektedir. Ancak uluslar üstü bir yapı olan Avrupa Birliği’nde çıkarılan direktiflerin uluslararası bir anlaşma niteliği taşınamaması dolayısıyla vergilendirme hususunda çıkan direktiflerin, uluslararası çok taraflı vergi anlaşması niteliğinde olmadığı gözden kaçırılmamalıdır.⁴³

C. Uluslararası Vergi Anlaşması Modelleri

Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları, konusu dikkate alındığında çeşitli sorunları bünyesinde barındırmaktadır. Özellikle ülkelerin ekonomik çıkar çatışmaları ve vergi sistemlerindeki farklılıklar, taraf devletlerin vergi anlaşmaları üzerinde mutabakata varmasını zorlaştırmaktadır. Söz konusu sorunlar dikkate alındığında, çifte vergilendirme ile ilgili uluslararası anlaşmalara örnek teşkil edebilmesi açısından OECD ve Birleşmiş Milletler tarafından model anlaşmalar oluşturulmuştur.⁴⁴

OECD tarafından 1963 yılında “Gelir ve Sermaye Üzerine Taslak Çifte Vergilendirme Anlaşması” başlığıyla kabul edilen ve 1977, 1992, 2010 ve 2014 yıllarında güncellenen⁴⁵ OECD modeli, temelde OECD üyesi ülkelerin kendi aralarında yapacakları vergi anlaşmalarına zemin hazırlamak amacıyla hazırlanmasına rağmen; önce OECD ülkelerinin diğer ülkelerle yaptıkları vergi anlaşmalarına, sonrasında OECD üyesi olmayan ülkelerin kendi aralarında yaptıkları vergi anlaşmalarına temel oluşturmuştur.⁴⁶ Keza Avrupa Komisyonu’nun bu konuda çı-

⁴¹ Rohatgi, s. 75-76.

⁴² Işık, s. 40.

⁴³ Başok, s. 38-39.

⁴⁴ Berkay/ Armağan, s. 92.

⁴⁵ Başok, s. 48.

⁴⁶ Ersin Nazal, “OECD Model Anlaşmasına Göre Temettü ve Faiz Gelirlerinin Vergilendirilmesi”, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 182, Yıl: 2008, s. 84.

kardığı direktiflerde Avrupa Birliği'nde çifte vergilendirmenin önlenmesi noktasında OECD modelinin temel alınacağı belirtilmektedir.⁴⁷

Türkiye'nin imzaladığı vergi anlaşmalarının büyük çoğunluğunda da esas alınan⁴⁸ OECD modeli (*Model Tax Convention on Income and Capital*), gelir ve servetin vergilendirilmesinde vergilendirme yetkisini devletler arasında paylaştırırken ikametgâh devleti esas alarak, kaynak devleti ikinci planda değerlendirilmektedir.⁴⁹ Bu kapsamda söz konusu model, özellikle gelir unsurları noktasında kişinin ikamet ettiği devlete sınırsız vergileme hakkı tanımaktadır.⁵⁰ Örneğin; modelin 11'inci maddesine göre, faiz gelirlerinde elde eden kişinin ikamet ettiği devletin vergilendirme hakkı sınırsız iken faizi ödeyen kişinin ikamet ettiği devletin vergilendirme hakkı en fazla yüzde 10 olarak sınırlandırılmıştır.⁵¹

OECD model anlaşması, çifte vergilendirmenin önlenmesinde aşağıda sıralanan çeşitli metotları göstermektedir.⁵²

- Bir kişinin ülke içindeki ve dışındaki gelir ve servetleri her iki devlet tarafından vergilendirilmek istendiğinde ortaya çıkabilecek çifte vergilendirme sorunu ikametgâh kurumu ile çözüme kavuşturulur. Buna göre bir kişinin taraf devletlerin her ikisinde birden ikamet etmesi durumunda, öncelikle hangi taraf devlette ikamet ettiğinin tespit edilmesi gerekmektedir.⁵³
- Bir kişinin ikamet ettiği ülke dışında elde ettiği gelir ve servet, her iki devlet tarafından vergilendirilmek isteniyorsa; ortaya çıkacak çifte vergilendirme sorunu, ikametgâh ve kaynak ilkelerini uygulayan devletlerden birisinin vergilendirme hakkından vazgeçmesi ile çözüme kavuşturulur. Vergilendirme hakkından kimin taviz vereceği ise yapılacak vergi anlaşması ile belirlenir. OECD modelinde düzenlenen istisna veya mahsup yöntemi bu yönde çıkacak bir sorunun önlenmesi amacıyla kullanılmaktadır.⁵⁴ Keza OECD modeli baz alınarak yapılan birçok vergi anlaşmasında ikamet edilen devletin çifte vergilendirmeyi önlemek amacıyla her iki yöntemi de uyguladığı göze çarpmaktadır.

⁴⁷ Berkay/ Armağan, s. 100.

⁴⁸ Başok, s. 48.

⁴⁹ Berkay/ Armağan, s. 93.

⁵⁰ Başok, s. 49.

⁵¹ OECD, s. M-31.

⁵² Levent Başak, "Çifte ve Mükerrer Vergileme Kavramının Analizi ve Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarının Uygulanacağı Kişiler", E-Yaklaşım, Sayı: 21, Yıl: 2005, s. 2.

⁵³ OECD, s. M-13.

⁵⁴ OECD, s. M-53; M-55.

- Bir ülkede daimi işyeri bulunan kişinin, bir diğer ülkede elde ettiği gelir veya servetin her iki devlet tarafından vergilendirilmek istenmesi durumunda ortaya çıkacak çifte vergilendirme sorununa dair OECD modelinde herhangi bir çözüm yolu gösterilmemiştir.

OECD modeli gelişmiş ülkeler arasındaki ekonomik ilişkiler dikkate alınarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla OECD modelinin özellikle gelişmekte olan bir ülke ile gelişmiş bir ülke arasında imzalanacak bir anlaşmaya esas alınması halinde, modelde yer alan ağır hükümler sebebiyle gelişmekte olan ülkeler önemli tavizler verebilmektedir. Bu nedenle, Türkiye gibi gelişmekte olan ülkeler OECD modelinde yer alan çeşitli maddelere çekinceler koymuştur.⁵⁵

OECD modelinin gelişmekte olan ve gelişmiş ülkeler arasında yapılan anlaşmalar açısından yetersiz kaldığı düşüncesiyle Birleşmiş Milletler tarafından alternatif bir model (*Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*) geliştirilmiştir. Bu modelde OECD modelinin ikametgâh ilkesine yönelik sert tutumunu yumuşatmak adına kaynak devletin vergilendirilmesi hususuna ağırlık verilmiştir.⁵⁶ OECD modeli ile aynı sistematik yapıya sahip olan Birleşmiş Milletler (UN) modeli, aşağıda yer alan hususlar noktasında OECD modelinden ayrılmaktadır:⁵⁷

- İkametgâh ve kaynak devletleri arasında paylaşılacak vergilendirme yetkisinin kaynak devlet lehine kabul edilmesi,
- Daimi işyeri kavramının tanımının, kaynak ülkenin vergilendirme yetkisini artıracak şekilde esnetilmesi,
- Ticari kazançla ilişkin vergilendirme yetkisinin paylaşılması,
- Deniz ticareti ve hava taşımacılığına ilişkin kaynak devletin vergilendirme yetkisinin tanınması,
- Menkul sermaye iradı kapsamına giren gelir unsurlarından kaynak devletin kesinti yaparak alacağı vergi üst sınırının esnek olması,
- Gayrimaddi hak bedellerinin vergilendirilmesi noktasında vergilendirme yetkisinin sadece ikametgâh devletine bırakılmayıp kaynak devletin de yer verilmesi.

D. Uluslararası Vergi Anlaşmalarında Türkiye Uygulaması

OECD modelinin gelişmiş ülkeler arasındaki ilişkilere yönelik düzenlenmiş olması, Türkiye'nin 1970 yılına değin çifte vergilendirmenin önlenmesine yönelik herhangi bir vergi anlaşması imzalamamasına yol açmıştır. Ancak özellikle vergi anlaşmalarının getireceği ekonomik ve hukuki güvenceye duyulan ihti-

⁵⁵ Başok, s. 55.

⁵⁶ Yaltı Soydan, s. 44-47.

⁵⁷ Michael Lennard, "The UN Model Tax Convention as a Compared with OECD Model Tax Convention: Current Points of Difference and Recent Developments", *Asia-Pacific Tax Bulletin*, Yıl: 2009, s. 4-9; Berkay/ Armağan, s. 93; Yaltı Soydan, s. 47; Işık, s. 51.

yaç sebebiyle Türkiye bu diğer devletlerle vergi anlaşmaları imzalama yoluna gitmiştir.⁵⁸ Ayrıca Avrupa Birliği üyeliğine adaylık sürecinde Avrupa Birliği ile uyumlu vergilendirme süreçlerinin oluşturulması (vergi uyumlaştırması) ve hukuki ve özellikle ekonomik çifte vergilendirmenin önlenmesine yönelik Avrupa Komisyonu'nun çıkardığı direktifler doğrultusunda Türkiye, Avrupa Birliği üyesi devletler ile ikili çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları yapmaya yönelmiştir.⁵⁹

Türkiye, çifte vergilendirmeyi önleme noktasında uluslararası anlaşma yoluna başvurmadan önce iç mevzuatta çeşitli hükümler yoluyla bu sorunu çözmeye çalışmıştır.⁶⁰ Türkiye'de iç mevzuatla çifte vergilendirmeyi önleme noktasında Gelir Vergisi Kanunu (GVK) ve Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK) ülke dışında ödenen vergilerin mahsup edilmesine imkân vermektedir. Bu kapsamda Türkiye'de ikamet eden mükellefler açısından gelir ve kurumlar vergisi açısından çifte vergilendirmenin önüne geçilmiş olmaktadır. Ancak GVK ve KVK kapsamında düzenlenen bu durum başka bir ülkede ikamet etmekte olup da Türkiye'de faaliyette bulunan yükümlüler açısından söz konusu değildir. Dolayısıyla aynı gelir unsuru hem Türkiye'de hem de ikamet edilen ülkede vergilendirilebilmektedir. Bununla birlikte Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'nda çifte vergilendirmeye ilişkin indirim yöntemi benimsenerek, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının yabancı ülkelerdeki malları ile ilgili borçları ve bu mallar üzerinden alınan veraset ve intikal vergileri indirilebilmektedir.⁶¹

Günümüzde ise Türkiye, çifte vergilendirme sorununun çözümü noktasında ağırlıklı olarak çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarını yöntem olarak kullanmaktadır.⁶² Türkiye yapmış olduğu bu anlaşmalarda gelişmiş ülkeler karşısında UN modeline, gelişmekte olan ülkeler karşısında OECD modeline ağırlık vermektedir.⁶³

Türkiye Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarıyla ilgili çeşitli genel tebliğ ve sirkülerler yayınlamaktadır:

1 Seri No.lu Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Genel Tebliği: Bu tebliğde; Türkiye ile Hollanda Krallığı arasında imzalanan ve kapsadığı vergiler bakımından 30.9.1988 tarihinde yürürlüğe giren ve hükümleri 1.1.1989 tarihinden itibaren uygulanmaya başlayan “*Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması*”nın; kapsamı, mukimlik, genel tanımlar ve temettü konularındaki hükümleri açıklanmaktadır.⁶⁴

⁵⁸ Yaltı Soydan, s. 48-49.

⁵⁹ Berkay/ Armağan, s. 100.

⁶⁰ Berkay/ Armağan, s. 94.

⁶¹ Öz/ Çavdar, s. 60.

⁶² Öz/ Çavdar, s. 59.

⁶³ Cevdet Okan Bahar, *Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşmaları ve Yabancıların Türkiye'de Vergilendirilmeleri*, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2008, s. 21.

⁶⁴ 1 Seri No.lu Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Genel Tebliği (1996), T.C. Resmî Gazete, 22637, 15.05.1996.

2 Seri No.lu Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Genel Tebliği: Bu tebliğde; yürürlükte bulunan Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları ile yabancı ulaştırma kurumlarına karşılıklılık esasında “0” oranda vergi uygulanmasına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararları ile ilgili olarak açıklamalara yer verilmiştir. Bu kapsamda ilk olarak Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının amacı, mahiyeti ve anayasal prosedür kapsamında nasıl yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Ayrıca tebliğde 3318 sayılı Kanun ile 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 25’inci maddesinde, 3319 sayılı Kanun ile de 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 103’üncü maddesinde yapılan değişikliklerle Bakanlar Kurulu’na bırakılan vergi oranlarına ilişkin değişiklik yapma yetkisi ifade edilmiştir.⁶⁵

3 Seri No.lu Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Genel Tebliği: Bu tebliğde ise Almanya’da ikamet eden gerçek ve tüzel kişilerin serbest meslek faaliyetleri nedeniyle Türkiye’den elde ettikleri gelirlerin, Türkiye’de kaynakta kesinti suretiyle vergilendirilmesi ve ödenen bu verginin Türkiye-Almanya Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması uyarınca iadesinin gerekmesi durumuna ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.⁶⁶

4 Seri No.lu Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Genel Tebliği: Tebliğde; Türkiye’nin imzalamış olduğu çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları kapsamında, anlaşmaya taraf diğer ülkede ikamet eden gerçek veya tüzel kişilerin Türkiye’de yürüttükleri serbest meslek faaliyetleri nedeniyle elde ettikleri gelirlerin vergilendirilmesine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.⁶⁷ Ayrıca bu tebliğle birlikte *3 Seri No.lu Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Genel Tebliği* de yürürlükten kaldırılmıştır.

Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Sirküleri / 1: Bu sirküler ile Türkiye’nin yapmış olduğu Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarının 4. Maddesinde yer verilen mukimlik kavramı ve mukimlik belgesi konularında gerekli açıklamalar yapılmıştır.⁶⁸

Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Sirküleri / 2: Bu sirkülerde; “Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi ve Vergi Kaçakçılığını Önleme Anlaşması”nın 27’nci ve bu Anlaşma’nın eki Protokolün 9’uncu maddesinin uygulanmasına dair açıklamalara yer verilmiştir.⁶⁹

⁶⁵ 2 Seri No.lu Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Genel Tebliği (1998), T.C. Resmi Gazete, 23286, 14.03.1998.

⁶⁶ 3 Seri No.lu Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Genel Tebliği (2015), T.C. Resmi Gazete, 29417, 15.07.2015.

⁶⁷ 4 Seri No.lu Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Genel Tebliği (2017), T.C. Resmi Gazete, 30192, 26.09.2017.

⁶⁸ Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Sirküleri / 1 (2007), 2007/1, 13.02.2007, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/CifteVergilendirme/cifte_ver_sirku_1.htm (erişim tarihi 11.12. 2020).

⁶⁹ Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Sirküleri / 2 (2012), 2012/1, 12.10.2012, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/CifteVergilendirme/cvoa_sirkuler_2.htm (erişim tarihi 11.02. 2020).

Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Sirküleri / 3: Bu sirkülerde; 2007 tarihli Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Sirküleri / 1 revize edilerek, mukimlik kavramına, mukimlik belgesi düzenlemeye yetkili makamlara ve mukimlik belgesi başvurularına ilişkin açıklamalar yapılmıştır.⁷⁰

Türkiye, 85 ülke ile çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması imzalamış olup, aşağıda yer alan Tablo 1’de söz konusu anlaşmaların taraf devletlerine ve yürürlük tarihlerine yer verilmiştir.

Tablo 1’e göre Türkiye’nin çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması imzaladığı ilk ülke Avusturya iken; bu anlaşmalardan en son yürürlüğe gireni Gambiya ile yapılan çifte vergilendirmenin önlenmesi anlaşması olmuştur. Bununla birlikte Türkiye’nin imzaladığı anlaşmalarda taraf devletlerin, 21 tanesi ortak olmak üzere 26’sı Avrupa Birliği, 31’i OECD üyesi ve geriye kalan 49 ülke diğer ülkelerden oluşmaktadır.

Türkiye’nin taraf olduğu anlaşmalarda çoğunlukla gelir üzerinden alınan vergiler (gelir ve kurumlar vergisi) konu edinmekle birlikte, bazılarında servet üzerinden alınan vergilere de yer verilebilmektedir. Bu kapsamda Türkiye’nin taraf olduğu anlaşmalar kapsamında; gayrimenkul varlıklardan elde edilen gelirler, ticari kazançlar, uluslararası taşımacılık kazançları temettü gelirleri, faiz gelirleri, gayrimaddi hak bedelleri, sermaye değer artış bedelleri, serbest meslek faaliyetlerinden elde edilen gelirler, ücret gelirleri gibi çeşitli gelir unsurları düzenlenmektedir.⁷¹ Ayrıca Türkiye, taraf olduğu anlaşmalarda çifte vergilendirmenin önlenmesi amacıyla farklı yöntemleri (mahsup ve/veya istisna yöntemi) esas alabilmektedir.⁷² Örneğin; Türkiye’nin Almanya ile yaptığı çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmasının kapsamını gelir üzerinden alınan vergiler çerçevesinde gelir unsurları olarak temettü, faiz ve gayrimaddi hak bedelleri oluşturmakta olup, istisna ve mahsup yöntemleri esas alınmıştır.⁷³ Türkiye’nin Mısır ile yaptığı çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmasında tüm gelir unsurlarına yer verilerek, sadece mahsup yöntemi esas olarak benimsenmiştir.⁷⁴

⁷⁰ Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Sirküleri / 3 (2013), 2013/1, 20.12.2013, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/CifteVergilendirme/cvoa_sirkuler_3.htm (erişim tarihi 11.12. 2020).

⁷¹ Gelir İdaresi Başkanlığı (GIB), *Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Çerçevesinde Vergilendirme Esasları*, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/CifteVergilendirme/cifte_vergilendirme.htm (erişim tarihi Ocak 2019).

⁷² Öz/ Çavdar, s. 62.

⁷³ Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi ve Vergi Kaçakçılığını Önleme Anlaşması (2011), T.C. Resmi Gazete, 28183, 24.01.2012.

⁷⁴ Türkiye Cumhuriyeti ile Mısır Arap Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması (1993), T.C. Resmi Gazete, 22746, 03.09.1996.

Tablo 1: Türkiye'nin Taraf Olduğu Yürürlükte Bulunan Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları: (GİB, Türkiye'nin Sonuçlandırdığı Vergi Anlaşmalarının Listesi (http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuat/uluslararası_mevzuat/VERGIANLASMALIST.htm) Erişim Tarihi: 11.12. 2020).

Taraf Devlet	Yürürlük Tarihi	Taraf Devlet	Yürürlük Tarihi	Taraf Devlet	Yürürlük Tarihi
Avusturya	01.01.1974	Malezya	31.12.1996	Sudan	31.01.2005
Avusturya (Revize)	01.10.2009	Mısır	31.12.1996	Lüksemburg	18.01.2005
Norveç	30.01.1976	Çin (Ç.H.C.)	20.01.1997	Estonya	21.02.2005
Norveç (Revize)	15.06.2011	Polonya	01.04.1997	İran	27.02.2005
Güney Kore	25.03.1986	Türkmenistan	24.06.1997	Fas	18.07.2006
Ürdün	03.12.1986	Azerbaycan	01.09.1997	Lübnan	21.08.2006
Tunus	28.12.1987	Bulgaristan	17.09.1997	Güney Afrika Cum.	06.12.2006
Romanya	15.09.1988	Özbekistan	30.09.1997	Portekiz	18.12.2006
Hollanda	30.09.1988	A.B.D.	19.12.1997	Sırbistan-Karadağ	10.08.2007
Pakistan	08.08.1988	Beyaz Rusya	29.04.1998	Etiyopya	14.08.2007
İngiltere	26.10.1988	Ukrayna	29.04.1998	Bahreyn	02.09.2007
Finlandiya	30.12.1988	İsrail	27.05.1998	Katar	11.02.2008
Finlandiya (revize)	04.05.2012	Slovakya	02.12.1999	Bosna-Hersek	18.09.2008
K.K.T.C.	30.12.1988	Kuveyt	13.12.1999	Gürcistan	15.02.2010
Fransa	01.07.1989	Rusya	31.12.1999	Umman	15.03.2010
Almanya (Eski)	30.12.1989	Endonezya	06.03.2000	Yemen	16.03.2010
Almanya (Yeni)	01.08.2012	Litvanya	17.05.2000	İrlanda	18.08.2010
İsveç	18.11.1990	Hırvatistan	18.05.2000	Yeni Zelanda	28.07.2011
Belçika	08.10.1991	Moldova	28.07.2000	Kanada	04.05.2011
Danimarka	20.06.1993	Singapur	27.08.2001	İsviçre	08.02.2012
İtalya	01.12.1993	Kırgızistan	20.12.2001	Brezilya	09.10.2012
Japonya	28.12.1994	Tacikistan	26.12.2001	Avustralya	05.06.2013
B.A.E.	26.12.1994	Çek Cumhuriyeti	16.12.2003	Malta	13.06.2013
Macaristan	09.11.1995	İspanya	18.12.2003	Meksika	23.07.2015
Kazakistan	18.11.1996	Bangladeş	23.12.2003	Kosova	15.10.2015
Makedonya	28.11.1996	Letonya	23.12.2003	Filipinler	11.01.2016
Arnavutluk	26.12.1996	Slovenya	23.12.2003	Vietnam	09.06.2017
Cezayir	30.12.1996	Yunanistan	05.03.2004	Gambiya	26.01.2018
Moğolistan	30.12.1996	Suriye	21.08.2004		
Hindistan	30.12.1996	Tayland	13.01.2005		

V. DEĞERLENDİRME

Günümüzde küreselleşme ile birlikte uluslararası ekonomik ilişkilerin ve uluslararası ticaretin gelişmesi ciddi problemler yaratmaktadır. Bu noktada birey ve kuruluşların farklı ülkelerde elde ettiği ticari ve ekonomik kazançların vergilendirilmesi, çifte vergilendirme problemini beraberinde getirmektedir. Mali egemenlik kapsamında devletlerin elinde bulundurduğu vergilendirme yetkileri, diğer bir ülkede elde edilen gelirin hem ikamet edilen hem de kaynak devlet tarafından vergilendirilmesine imkân sağlamaktadır. Bu durum ise çifte vergilendirme problemine neden olmaktadır.

Çifte vergilendirme, ulusal ve uluslararası boyuta, ekonomik ve hukuki anlama sahip çok yönlü bir kavramdır. Ancak uluslararası düzeyde çifte vergilendirmenin uluslararası boyutu ve hukuki anlamı ön plana çıkmaktadır. Bu çerçevede çifte vergilendirme; iki ya da daha fazla devletin, aynı vergi yükümlüsü ve/veya aynı vergi konusu üzerinden aynı vergilendirme dönemi içinde vergilendirilmesi şeklinde ifade edilmektedir.

Devletler, çifte vergilendirmeyi öncelikle iç hukuklarında getirdikleri düzenlemelerle önlemeye çalışmıştır. Ancak iç hukuktaki düzenlemelerin çifte vergilendirmenin önlenmesinde yetersiz kaldığının anlaşılması üzerine devletler, çifte vergilendirmeyi iki taraflı ya da çok taraflı uluslararası vergi anlaşmaları ile çözüme yoluna gitmiştir. Ancak ülkelerin ekonomik çıkar çatışmaları ve vergi sistemlerindeki farklılıklar, taraf devletlerin mutabakata varmasını zorlaştırmaktadır. Bu noktada ise çifte vergilendirmenin önlenmesine yönelik yapılacak uluslararası anlaşmalara örnek teşkil edebilmesi açısından OECD ve Birleşmiş Milletler (UN) tarafından model anlaşmalar oluşturulmuştur.

Türkiye’de ise 1970 yılına değin çifte vergilendirme iç hukukta getirilen çeşitli hükümler kanalıyla önlenmeye çalışılmıştır. Ancak özellikle vergi anlaşmalarının getireceği ekonomik ve hukuki güvenceye duyulan ihtiyaç, Türkiye’yi diğer devletlerle vergi anlaşmaları imzalama yoluna sevk etmiştir. Bu noktada özellikle OECD üyeliğinin; Avrupa Birliği üyeliğine adaylık sürecinde Avrupa Birliği ile uyumlu vergilendirme süreçlerinin oluşturulmasının (vergi uyumlaştırması) ve hukuki ve özellikle ekonomik çifte vergilendirmenin önlenmesine yönelik Avrupa Komisyonu’nun çıkardığı direktiflerin önemli etkisi olmuştur. 1970’den günümüze Türkiye 21 tanesi ortak olmak üzere 26’sı Avrupa Birliği, 31’i OECD üyesi olmak üzere toplamda 85 ülke ile çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması imzalamıştır.

Çifte vergilendirme sorunu günümüzde devletler açısından halen mevcudiyetini koruyan bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Hiç kuşku yok ki, uluslararası vergi anlaşmaları da bu sorunun en önemli çözüm mekanizması olma özelliğini korumaktadır. Vergi anlaşmaları ile birlikte devletlerin vergilendirme yetkileri paylaşılmakta, diğer bir ifadeyle devletlerin vergilendirme yetkilerini

kullanma sınırları belirlenmektedir. Ancak Model Vergi Anlaşmaları da dikkate alındığında uluslararası vergi sisteminin iki noktada yetersiz kaldığı dikkati çekmektedir. Bunlar; uluslararası vergi anlaşmalarında uyumsuzluğun çözümü ve dijitalleşme ile birlikte vergilendirme yetkisinin paylaşılmasına ilişkin mevcut kavram ve kurumların yetersizliği şeklinde ifade edilebilir.

1. *Uluslararası vergi anlaşmalarında uyumsuzluğun çözüm sorunu*: Uluslararası vergi anlaşmaları, çifte vergilendirmenin önlenmesi itibariyle vergi mükelleflerinin üzerindeki fazladan vergi yükünü azaltmayı hedefler. Ancak vergi anlaşmaları artık sadece çifte vergilendirmenin önlenmesi noktasında değil, aynı zamanda bilgi değişimine ilişkin hükümleri de ihtiva edecek şekilde ele alınmaktadır. Bu noktada uluslararası vergi anlaşmaları devletlere karşılıklı olarak çifte vergilendirmeyi önleme ve bilgi alışverişinde işbirliği konularında belirli sorumluluklar yüklemektedir.

Peki, devletler imzalanan vergi anlaşmalarında yer alan yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, diğer bir ifadeyle bir uyumsuzluk durumunda sorun nasıl çözüme kavuşturulacaktır? Bu hususta devletler nezdinde sorunların çözülmesi öngörülmüştür:

*“Anlaşmaya taraf Devletlerde mukim olanların, ilgili Anlaşmanın uygulanmasının kendileri bakımından Anlaşma hükümlerine uymadığı kanaatine varmaları halinde, sorunun çözülmesi bakımından durumu mukim oldukları Devletin yetkili makamına iletebilmektedirler. Anlaşmalarda uyruklu dikkate alınarak bir ayrımcılık yapılmış ise bu durumda başvuru, mukim olunan Devlete değil uyrukluğunu taşıdıkları Devlete yapılacaktır. Bu şekilde kendisine başvurulmuş yetkili makam vergilemede hata yapıldığı konusunda mükellefi haklı bulur ise, konuyu diğer Devletin yetkili makamına iletmekte ve sorun yetkili makamlar nezdinde çözülmeye çalışılmaktadır. Taraf Devletlerin yetkili makamları arasında sorunun çözümüne yönelik ulaşılan sonuç mükellefi tatmin ederse sorun giderilmiş olmakta; mükellef sonuçtan memnun kalmaz veya yetkili makamlar sorunun çözümü konusunda uzlaşmaya varamazlar ise konu, vergi tarihlerinin yapıldığı Devletin vergi mahkemesine taşınmaktadır”.*⁷⁵

Ancak devletler nezdinde sağlanmak istenen çözümün etkinliği, tutarlılığı veya uygulama birliği sağlama konuları ayrı bir soru işareti olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada kanaatimizce uluslararası vergi anlaşmalarına ilişkin uyumsuzlukların, uluslararası işbirliğine dayalı, çok taraflı bir sözleşme nezdinde bağlayıcılığının hüküm altına alındığı bir “Uluslararası Vergi Mahkemesi” eliyle çözüme kavuşturulması olacaktır.

⁷⁵ Gelir İdaresi Başkanlığı (GİB), *Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Çerçevesinde Vergilendirme Esasları*, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/CifteVergilendirme/cifte_vergilendirme.htm (erişim tarihi Ocak 2019).

2. *Dijitalleşme ile birlikte vergilendirme yetkisinin paylaşılmasına ilişkin mevcut kavram ve kurumların yetersizliği*: Uluslararası vergi anlaşmalarına ilişkin kavram ve kurumlar, vergilendirme yetkilerini devletlere tahsis ederken geleneksel hukuki ve ekonomik yapıyı dikkate aldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Kaynak ilkesi, ülkelerin mali sınırlarını dikkate alır, ülkenin vergilendirme yetkisini mükelleflerin fiziki bir varlığına bağlı olarak vergilendirmesini öngörür. Vergilendirme yetkisi, bir devletin egemenlik hakkının bir yansıması olup, devletin egemenliği, geleneksel olarak, ülkesi üzerinde tekemmül eder. Ancak dijitalleşme ile birlikte ilgili kavram ve kurumların yetersizliği tartışılmaya başlanmıştır.⁷⁶

Ekonominin dijitalleşmesi ile birlikte dijital ticaret olarak da nitelendirilen sınır ötesi e-ticaret genel ekonomik faaliyetler içerisinde önemli bir yere sahip olmaya başlamıştır. Dijital ticaretin yaygınlaşması ve alanın genişlemesi ile birlikte malların sınır ötesi hareketliliği, yani mobilitesi artmış, maddi olmayan varlıklara dayalı üretimin ve yapılanmanın kapısı aralanmıştır. Daha da önemlisi şirketlerin birden fazla ülkede fiziki varlığa ihtiyaç duymaksızın faaliyet göstermeleri olanaklı hale gelmiştir. İşte bu noktada ülkesinde fiziki bir varlığa ihtiyaç duymaksızın faaliyet gösterilmesi, kaynak ilkesine göre vergilendirme yetkisi tahsis edilen kaynak devletleri aleyhine sonuçlar doğurmaktadır.⁷⁷

Kaynak ilkesi sadece fiziki bir varlığa işaret eden daimi işyerinin ya da daimi işyerinin varlığının kabulünü gerekli kılan daimi temsilcinin varlığı halinde vergilendirme yetkisini kaynak ülkesine tahsis eder.⁷⁸ Kaynak ilkesine ve daimi işyeri kavramına ilişkin bu geleneksel yaklaşıma ilişkin günümüzde özellikle OECD'nin ve Avrupa Komisyonu'nun ciddi eleştirileri ve bu ilke ve kavramının tanım ve kapsamını güncelleme çalışmaları dikkati çekmektedir.⁷⁹ Henüz tam anlamıyla işlevsel bir görünüm kazanmayan bu çalışmalar, esas itibarıyla daimi işyeri kavramının kapsamını genişletme (daimi işyeri kavramını sadece fiziki bir varlığa dayandırılmaması ve dijital işyeri gibi kullanıcı katılımı ve dijital faali-

⁷⁶ Arthur J. Cockfield, “*Tax Wars: The Battle Over Taxing Global Digital Commerce*”, Tax Notes, Sayı: 161/11, Yıl: 2018, s. 1331.

⁷⁷ Karina A. Ponomareva, “*The Concepts of Legal Status of the Permanent Establishment in the Era of Digital Economy*”, Journal of Siberian Federal University Humanities & Social Sciences, Sayı: 11/2, Yıl: 2019, s. 2081-2082.

⁷⁸ Uluslararası Vergi Sistemi itibarıyla daimi işyeri kavramının tanımı ve kapsamı, OECD'nin Model Vergi Anlaşması (Model Tax Convention) esas alınarak ortaya konulabilir. Buna göre daimi işyeri; “*bir teşebbüsün faaliyetlerinin tamamen veya kısmen yürütüldüğü sabit yerdir*”. Daimi işyeri kavramının kapsamına da özellikle “*yönetim yeri, şube, ofis, fabrika, atölye, maden, petrol veya gaz kuyusu, taş ocağı veya diğer doğal kaynakların çıkarıldığı yerler; on iki aydan fazla sürmesi halinde inşaat şantiyesi, inşaat veya kurulum projesi*” girmektedir: OECD, s. M-19,20.

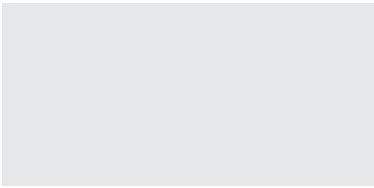
⁷⁹ Cockfield, s. 1331.

yetlere bağılı olarak varsayımsal işyerine dayalı bir kapsam oluşturma) ve kaynak ülkelerine daha fazla yetki tahsisi yönünde ilerlemektedir. Kanaatimizce daimi işyeri ve kaynak ilkesi itibariyle vergilendirme yetkisinin paylaşımına ilişkin tartışmalar ayrı bir makale konusu olmakla birlikte şunu belirtmek gerekmektedir: Türkiye, çokuluslu dijitalleşmiş/dijital şirketler karşısında, özellikle söz konusu şirketlerin kanuni merkezinin bulunduğu ülkeler dikkate alındığında, ikamet devleti olmaktan öte kaynak ülkesi konumundadır. Dolayısıyla kaynak ülkesinin vergilendirme yetkisinin pasif kalacağı bir uluslararası vergi sistemi Türkiye'nin vergi kayıplarını ciddi boyutlara taşımaktadır ve taşımaya devam edecektir. Bu noktada daimi işyerine bağılı olarak şekillenen kaynak ilkesine ilişkin uluslararası vergi anlaşmalarında ve buna bağılı olarak ilgili kanunlarda yer alan düzenlemelerin, dijitalleşmeye bağılı ortaya çıkan kavram ve kurum yetersizliklerinin dikkate alınarak güncellenmesi gerekli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

- AKBAY**, Mehmet, “*Milletlerarası Vergi Anlaşmaları*”, Vergi Dünyası Dergisi, Sayı: 113, Yıl: 1991, ss. 4-8.
- BAHAR**, Cevdet Okan, *Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşmaları ve Yabancıların Türkiye’de Vergilendirilmeleri*, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2008.
- BAŞAK**, Levent, “Çifte ve Mükerrer Vergileme Kavramının Analizi ve Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarının Uygulanacağı Kişiler”, *E-Yaklaşım*, Sayı: 21, Yıl: 2005, ss. 394-404.
- BERKAY**, Ferhan / **ARMAĞAN**, Ramazan, “Vergilemenin Uluslararası Boyutlarından Çifte Vergilendirme Sorunsalının Türk Vergi Sistemine Etkisi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi*, Sayı: 5/3, Yıl: 2011, ss. 88-106.
- COCKFIELD**, Arthur J., “Tax Wars: The Battle Over Taxing Global Digital Commerce”, *Tax Notes*, Sayı: 161/11, Yıl: 2018, ss. 1331-1339.
- GİB**, Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Çerçevesinde Vergilendirme Esasları (http://www.gib.gov.tr/fileadmin/CifteVergilendirme/cifte_vergilendirme.htm Erişim Tarihi: 29.11.2020).
- GİB**, Türkiye’nin Sonuçlandırdığı Vergi Anlaşmalarının Listesi (http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/uluslararası_mevzuat/VERGIANLASMALIST.htm Erişim Tarihi: 11.12.2020).
- İŞİK**, Hüseyin, *Uluslararası Vergilendirme*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- KARAKOÇ**, Yusuf, *Genel Vergi Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- LENNARD**, Michael, “The UN Model Tax Convention as a Compared with OECD Model Tax Convention: Current Points of Difference and Recent Developments”, *Asia-Pacific Tax Bulletin*, Yıl: 2009, ss. 4-11.
- NAZALI**, Ersin, “OECD Model Anlaşmasına Göre Temettü ve Faiz Gelirlerinin Vergilendirilmesi”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı: 182, Yıl: 2008, ss. 76-86.
- OECD**, *Model Tax Convention on Income and Capital*, OECD Publishing, 2017, (https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page1, Erişim Tarihi: 11.02.2020).
- OKTAR**, Ateş, *Vergi Hukuku*, 10. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2018.
- ÖNCEL**, Mualla / **KUMRULU**, Ahmet / **ÇAĞAN**, Nami, *Vergi Hukuku*, 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- ÖZ**, Ersan / **ÇAVDAR**, Fatih, “Çifte Vergilendirmenin Önlenmesine Yönelik OECD ve Türkiye Uygulamaları”, Vergi Dünyası Dergisi, Sayı: 371, Yıl: 2012, ss. 51-66.
- PAZARCI**, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- PEHLİVAN**, Osman / **ÖZ**, Ersan, *Uluslararası Vergilendirme*, 1. Baskı, Celepler Matbaacılık, Trabzon, 2011.
- PONOMAREVA**, Karina A., “The Concepts of Legal Status of the Permanent Establishment in the Era of Digital Economy”, *Journal of Siberian Federal University Humanities & Social Sciences*, Sayı: 11/2, Yıl: 2019, ss. 2079-2090.

- ROHATGI**, Roy, *Basic International Taxation Second Edition Volume I: Principles*, Richmond Law&Tax Ltd, Richmond, 2005.
- ŞENYÜZ**, Doğan / **YÜCE**, Mehmet / **GERÇEK**, Adnan, *Vergi Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2015.
- UNITED NATIONS**, *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*, New York, 2017 (https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf Erişim Tarihi: 11.02.2020).
- VAN WEEGHEL**, Steven, *The Improper Use of Tax Treaties, with Particular Reference to the Netherland and the United States*, Series on International Taxation 19, Kluwer Law International, Dordrecht, 1998.
- VOGEL**, Klaus, “*Double Tax Treaties and Their Interpretation*”, Berkeley Journal of International Law, Sayı: 4, Yıl: 1986, ss. 4-85.
- YALTI SOYDAN**, Billur, *Uluslararası Vergi Anlaşmaları*, 1. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1995.



Özel Hukuk
Private Law

Kamu Arazilerinde Turizm Amaçlı Kurulmuş Üst Hakkının Sona Ermesinde Yaşanan Problemler

Problems Experienced During the Ending of Construction Rights Established on Public Lands with Touristic Purposes

Prof. Dr. E. Sabâ ÖZMEN(*)
Av. Tuba KORKMAZ(**)

Öz:

Uygulamada kamu arazilerinin “*tahsis*” tabiri ile özel hukuk işlemlerine konu edildiği hallerde, idarenin kendi lehine koyduğu hükümlerle turizm işletmecilerinin bu kurumdaki beklentilerinin gerçekleşmediğini görmekteyiz. Öncelikle bilimsel araştırmamızda özel hukuk işlemlerine konu olamayacak arazilerin ayrılması yoluyla; özel hukuk işlemlerine konu olabilecek arazilerin niteliklerinden bahsedilecektir. Bu kapsamda turizm amaçlı değerlendirmede öne çıkan üst hakkının niteliğinin doğru anlaşılmasına ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır. Turizm amaçlı tesis edilen üst haklarının sona ermesine dayalı hukuki sorunlar irdelenerek bu hususta ortaya çıkan özel durumlara değinilecektir. Yine uyuşmazlık hallerinde yargı yolu seçimi hususunda yapılan yanlış ile beraberinde getirdiği sıkıntılar bu bilimsel çalışmamızın konusunu oluşturacaktır. İdarenin özel hukuk kişileriyle yaptığı sözleşmelerde adli yargı denetimine tabi olmakla; bu kapsamda Türk Medeni Kanunu “*üst hakkı*” hükümlerinin idare için de tatbik edilmesi gerekliliğini hissettirmeye çalışacağız. Turizmi Teşvik Kanunu m.8/I bendi ile getirilen hükmün “*mülkiyet hakkı ihlali*” hususunda Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne aykırılığını dile getireceğiz. Çalışmamıza söz konusu hukuk dışı uygulamaları ortadan kaldıracak nitelikte Kanun ve Yönetmelik Değişikliği önerileri ile son vereceğiz.

Anahtar Kelimeler:

Kamu Taşınmazları, Üst Hakkı, Turizmi Teşvik Kanunu, Türk Medeni Kanunu, Adli Yargı.

(*) Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı Başkanı.
E-posta: etemsabaozmen@maltepe.edu.tr.
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-8622-9660>.

(**) İstanbul Barosu Avukatı.
E-posta: tuba.korkmaz1@hotmail.com.
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2633-1743>.

Hakem denetiminden geçmiştir.
Makale Gönderim Tarihi: 24.03.2021.
Makale Kabul Tarihi: 05.05.2021.

Abstract:

In cases where public lands are made subject to private law transactions under the term “*allocation*”, we are witnessing that the expectations of tourism operators are not realized due to the fact that the Government put provisions on its own behalf. In our research, we will mention the qualities of the lands that can be subject to transactions of private law by distinguishing the lands that cannot be transactions of private law. In this scope we will make explanations to enable the correct understanding of the “*construction right*” that is prominent in utilizing the land for touristic purposes. We will examine the legal problems arising from the ending of the construction right established for touristic purposes and we will cover the special situations emerging in this regard. Furthermore, the errors made during the selection of judicial remedy as well as concomitant complications will constitute the subject of our work. Since the government is subject to supervision of judicial justice for the agreements it executes with private law persons, we will underline the necessity of the application of the provisions of Turkish Civil Law concerning “*construction right*” also on the government. We will also express the fact that the provision brought with the Article 8/I of Tourism Promotion Law is in breach of the Turkish Constitution as well as European Convention of Human Rights in terms of “*ownership rights*”. We will end our work with proposals of changes of laws and regulations that will remove the aforementioned illegal applications.

Keywords:

Public Lands, Construction Right, Tourism Promotion Law, Turkish Civil Law, Judicial Justice.

I. GENEL OLARAK KONUNUN SUNUMU

Kamu arazilerinde turizm amaçlı olarak “*tahsis*” tabiri ile üst hakkı kurulması yaygın bir uygulamadır. Ancak özel hukuk temelli bu sahada idarece yapılan hatalar kurumun sağladığı faydaları ortadan kaldırmaktadır.

İdare, “*ceberut*” devlet anlayışı ile kendi lehine koyduğu hükümlerle oluşturduğu kendine özgü bir kurum yaratarak, turizm işletmecilerinin bu kurumdan beklediği yararın elde edilememesine yol açmaktadır. Turizm işletmecilerinin bazı hukuk tanımaz fiilleri karşısında alınan kararlar ve hatta idare lehine getirilen yeni kanun hükümleri ile sorun daha da karmaşık hale gelmiş, çözümü güçleşmiştir.

Bu araştırmanın amacı, kesinlikle turizm işletmecilerinin hukuka aykırı fiillerine yasal kalıp uydurmak değildir. Aksine, bu gibi durumlarda hukuka saygılı işletmecilerin hak ettiği yasal uygulamalarla sıkıntılarının giderilmesine öneriler getirilmektir. Aksi takdirde uluslararası yatırımcılarla geliştirilebilecek ve türlendirilebilecek projeler sekteye uğramaktadır. Buna en güncel örnek, dünyanın en güzel kıyılarının birinde yer alan Haliç tersane arazisinin yıllardır hak ettiği projeye kavuşamamış olmasıdır.

II. KAMU ARAZİLERİNİN ÖZEL HUKUK İŞLEMLERİNE KONU OLMASINA DAYALI HATALI UYGULAMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Özel Hukuk İşlemlerine Konu Olmada “Arazi” Niteliği ve Özel Hukuk İşlemlerine Konu Olamayacak Arazilerin Ayrılması

Kamu taşınmazları üst başlığı altında, özel hukuk uygulamalarına konu olacak arazilerin “*özel mal*” niteliği taşıması gerekecektir. Bu nedenle, devletin hüküm ve tasarrufunda olan “*sahipsiz ve yararı kamuya ait taşınmazlar*” aşağıda irdeleyeceğimiz özel mal niteliğinden tamamen ayrılmaktadır. İdarenin özel hukuk işlemlerine elverişlilik özelliği taşıyan MK m.715 hükmünün “*Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait malların kazanılması, bakımı, korunması, işletilmesi ve kullanılması özel kanun hükümlerine tâbidir.*” şeklinde getirdiği kuraldan da anlaşılacağı üzere bu tür taşınmazlar, devletin üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olmadığı ve sahip olunan “*meşruiyet*” yani devlet yetkisi ile yararı kamuya ait kalma yolunda tedbir alması gereken taşınmazlardır. Hükmün “*Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz.*” şeklinde II. fıkrasında yer alan “*hiçbir şekilde*” ifadesinin abartılı bir düzenlemeye vücut vermekle daraltıcı yoruma tabi tutulması gerektiğini düşünmekteyiz. Çünkü konu başlığımız altında kamu yararı aksi sonuca varmamızı gerektirecektir. Aşağıda irdeleyeceğimiz üzere “*özel mal*”a vücut verecek KadK m.18 hükmünce “*hazine adına tespit*” başlığı altında Medenî Kanun siciline (MK m.997 vd.) kayıt sonrası taşınmaz, turizm yatırımlarına konu edilebilme yolunda özel mülkiyete konu olmaktadır.

Yine saf dışı bırakılacak olursa kamu hizmetine tahsisli orta malı ve hizmet mallarının kapsam dışı olduğunu görebiliriz. Ancak geline bu noktada hemen belirtelim, orta malı ve hizmet malları, kamu yararı bakımından idarenin takdiri ile üzerlerindeki tahsis işleminin geri alınması suretiyle turizm amaçlı değerlendirilebilecektir. Örneğin, şehir merkezi içinde kalan askeri kışla ve tatbikat sahası hizmet malı iken, özel mal niteliğine büründürülerek turizm amaçlı değerlendirilebilecektir.

Verdiğimiz özlü bilgiler doğrultusunda dörtlü kamu arazileri ayrımında geriye “*özel mal*” statüsü kalmıştır.

B. Özel Hukuk İşlemlerine Konu Olabilecek Kamu Arazilerinin Belirlenmesi

Andığımız dört alt başlıkta yer alan kamu arazilerinden, turizm amaçlı değerlendirmeye konu tür “*özel mal*” niteliğinde araziler (MK m.704/b.1) olacaktır. Bu başlık altında bu tür arazilere ait özellikleri sıralayalım.

1. Tapuya Kayıtlı Olma Özelliği

Özel mal, tapuya kayıtlı taşınmaz özelliği taşımaktadır. Bu özellik idarenin hükmü ve tasarrufundaki taşınmazlardan onu ayırır. Bu yolda devletin özel mallarının akla gelen ilk kaynağı Kadastro Kanunu m.18 hükmüdür. “*Yukarıdaki maddelerin hükümleri dışında kalan ve tescile tabi bulunan taşınmaz mallar ile tarım alanına dönüştürülmesi veya ekonomik yarar sağlanması mümkün olan yerler Hazine adına tespit olunur.*” şeklindeki hükümde yer alan “*ekonomik yarar*” ifadesi turizm amaçlı değerlendirmenin meşru sebebini oluşturur. Böylece arazide yapılan kadastro işlemi ile taşınmaz, tapuya kayıtlı taşınmaz halini alır. Diğer bir kaynak, zaten özel hukuk konusu tapuya kayıtlı arazide, idarenin, özel mal edinimine olanak tanıyan kanun hükmü ile -ki bu özellik “*özel mal*” statüsünün varlık sebebidir; kanun hükmüne dayanmayan özel mal edinimi olamaz- doğrudan hak sahibi olmasıdır. En yaygın örnek ile somutlaştıracak olursak, mirasçısız ölen kişinin arazisinin hazineye tescilsiz intikaline ilişkin MK m.501 hükmü gereği devletin özel mal sahibi olabildiğini görüyoruz. “*Mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası Devlete geçer.*” şeklindeki hüküm gereği özel malın turizm amaçlı özel hukuk ilişkilerine konu olması mümkün olabilir. Ayrıca emval-i metruke 2/B arazilerinin hazinenin malvarlığında özel mal olarak yer alabildiğini görüyoruz. Bu niteliği ile bu tür taşınmazların turizm amaçlı tahsisine engel bulunmamaktadır.

2. Mülkiyet Hakkı Konusu Olma Özelliği

Tapuya kayıtlı arazilerde mülkiyet karinesi, MK m.992 hükmünce adına tescil yapılan kamu tüzel kişiliği lehine doğar. Bunu, idare adına yapılan “*tescil*” sağlar (MK m.705/I). Artık bu arazi üzerinde malik sıfatı ile hareket etme erkine kavuşan idare, MK m.683 hükmünce mülkiyet hakkının tanıdığı tüm haklara sahip olup; kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkisine kavuşmuş olmaktadır. Ancak idarenin durumu özel hukuk kişilerinden farklı değildir, mülkiyet hakkını sınırsız kullanamaz. O da taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan sınırlamalarına tabi olur (MK m.731/I).¹

Eleştireceğimiz bir diğer yönü ile idare, bu tür arazilerde özel hukuk kişileri ile sözleşme yapma durumunda kendi lehine kanun hükümleri ile imtiyaz sağlamamalıdır. Çünkü aşağıda değineceğimiz gibi idare, bir özel hukuk kurumunun içeriğini -ve üstelik aynı hak söz konusu ise kural olarak içerik (*muhteva*) serbestisi bulunmamakla²- dilediği gibi değiştiremez. Bu tutum ilgili kanun açısından “*kanun önünde eşitlik*” ilkesine uygun düşmeyecek, Anayasa’ya aykırılık oluşturacaktır (Anayasa m.35, 48).

¹ Kanundan doğan kısıtlamalarla ilgili ayrıca bkz. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 22. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi 2020, N. 1936 vd.; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, 8. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2020, s. 455 vd.

² Aynî haklarda sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesi ile ilgili olarak bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, N. 127; Sirmen, s. 37.

3. Medeni Kanun Hükümlerine Tabi Olma Özelliği

Üzerinde mülkiyet hakkı bulunan özel mal, malik idarenin tamamen Medeni Kanun hükümleri ile hareket etmesini zorunlu kılar. Birkaç örnek ile pekiştirmek gerekirse, malik idare taşınmaz malikinin kusursuz sorumluluğu sonucu MK m.730 hükümlerine tabidir. Üzerindeki yapı ile ilgili olarak da kusursuz sorumlu olduğu açıktır (*BK m.69*). Özel hukuk kişileri idarenin borçlarından ötürü bu tür taşınmazları haczettirebilir. Sonuç olarak idare MK m.683 hükmünce mülkiyet haklarının tanıdığı tüm hak ve yetkilerle donatılmıştır.

Tüm bu yetkilere karşın Anayasa'mızın 35'inci maddesi hükmünce mülkiyet hakkı kamu yararı aleyhine kullanılmayacağı için, idare de; taşınmaz mülkiyetinin özel hukuktan doğan tüm kısıtlamalarına tabi olacaktır.

Özölçe malik idare, mülkiyet hakkının tanıdığı tasarruf yetkisi ile özel hukukun tanıdığı tüm hukuki imkânlarından yararlanabilecektir. Yeter ki tabi olduğu mevzuata dayalı herhangi bir bağlı yetki oluşturan kısıtlama olmasın. 6831 sayılı Orman Kanunu 17. madde hükmünce kurulabilecek sınırlı aynı hakların kısıtlanması ve diğer kamu tüzel kişiliği olan Belediyelere (*Belediye Kanun m.18/e bendi³ uyarınca*) kurulabilecek üst haklarının azami otuz yılla sınırlı kurulabilmesi bu konuda verilebilecek örneklerdendir.

4. Adli Yargıya Tabi Olma Özelliği

Yukarıda verdiğimiz bilgiler, yargı yolu uyuşmazlığında adli yargının yetkili olmasını zorunlu kılar. Bu sonuç doğaldır, çünkü; “*kanun önünde eşitlik ilkesi*” gereği idarenin özel hukuka tabi işlemleri Medeni Kanun hükümlerine dayalı olarak yürütülünce, uyuşmazlıkların da adli yargıda görülmesi gerekir.⁴ Bu konuda aşağıda gerekçeli olarak irdeleyeceğimiz üzere üst hakkına ilişkin uyuşmazlığın “*çifte yargı yolu*” denetimine tabi olması tamamen fahiş hatalı bir uygulamadır.

III. TURİZM AMAÇLI OLARAK KAMU ARAZİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Kamu arazilerinin özel hukuk işlemlerine konu olmasında (*kira, intifa gibi*) çeşitli modeller söz konusu olabilmektedir. Fakat turizm amaçlı değerlendirmede öne çıkan “*üst hakkı*” uygulamasıdır. Uygulama yoğunluğuna rağmen aşağıda değineceğimiz bilgisizlik örnekleri gözlemlendiğinde “*üst hakkı*” niteliğinin ye-

³ Taşınmaz mal alımına, satımına, takasına, tahsisine, tahsis şeklinin değiştirilmesine veya tahsisli bir taşınmazın kamu hizmetinde ihtiyaç duyulmaması hâlinde tahsisin kaldırılmasına; üç yıldan fazla kiralınmasına ve süresi otuz yılı geçmemek kaydıyla bunlar üzerinde sınırlı aynı hak tesisine karar vermek.

⁴ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, Ekin Kitapevi, Bursa 2009, s. 9; Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Turhan Kitapevi, Ankara 2011, s. 293; Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku*, C. I, Turhan Kitapevi, Ankara 2011 s. 471 ve Bu konuda bkz. diğer genel eserler.

terince bilinmediği anlaşılmaktadır.⁵ Bu husus idare bünyesinde uzman hukukçu bilgisinden yararlanılmadığı sonucu ile izah edilemez. Bırakın uzman hukukçuyu, idare bünyesindeki hukukçulardan yararlanılmadığı gözlenmektedir. Hukukçuları “*ayak bağı*” olarak nitelendiren pratik zekâlı bürokratlar her şeyi zaten mükemmel bilmektedirler. Doğal sonucuyla bu beyanların eseri metinler her konuda sorunları hemen ortaya çıkarmaktadır. Makalemizin amacı, bilimsellikten uzaklaşma dolayısıyla gündeme gelen üst hakkına dayalı sorunlara Medeni Kanun hükümleri çerçevesinde çözüm yolları önermektir.

B. Üst Hakkının Niteliğinin Doğru Anlaşılması Gerekliği

Bazı uygulamalarda karşımıza çıkan sözleşme metinlerinde “*üst hakkı*”nın yeterince anlaşılmadığını görmekteyiz. İlk olarak hukukçu olmayanların kullandığı “*üst kullanım hakkı*”, Medeni Kanun’umuzda karşılığı olmayan bir adlandırma. Anılan kişiler bunu bir üst kavram olarak arazi üzerindeki yapı ve diğer eserlerin kullanılması olarak tanımlamaktadır. Bunun doğru olmadığı hukuk fakültesi üçüncü sınıf Eşya Hukuku bilgileri ile sabittir. Aşağıda inceleyeceğimiz hukuki niteliği ile benzer bilgisizliğin uzantısı bir diğer kavram da “*yap-ışlet-devret*” modelidir. Kanunda bulunmayan bu terim, 3996 sayılı kanun ile Anglo-Sakson Hukukundan ithal edilmişse⁶ de Kara Avrupası Hukuk sistemine dâhil Medeni Kanun’umuzda sadece yanıltıcı sonuçlara yönelir. Eğer bir üst başlık olarak anlatım kolaylığı sağlamak amacıyla kullanılacak ise sözümüz yoktur.

Özel hukuk temelli şematik bir izahat yapmak gerekirse, başkasının arazisinde mevcut veya yapılacak yapıdan yararlanılmasına dayalı özel hukuk ilişkileri iki ana başlıkta değerlendirilmelidir. “*Nisbî alacak hakkı tanıyan sistemler*” ve “*ayni hak olarak irtifak haklarına konu olanlar*” olmak üzere yapılacak ayırım bilimsellik taşıyacaktır. Kira, hasılat kirası gibi isimli sözleşmeler yanında edimin karşılık ile bir taşınmazın zilyetliğinden yararlanılması şeklindeki karma sözleşmeler de malik idarenin karşısında diğer tarafa “*alacak hakkı*” bahşeder. Bu durumda alacak hakkı sahibinin şerh güvencesini sağlaması önerilecektir. Buna karşılık, ayni hak bahşeden sistemler söz konusu olduğunda eşya hukukunda kural olarak “*tip ve muhteva serbestisi olmaması*” ilkesi karşısında karşımıza üst hakkı ve intifa hakkı çıkacaktır. Tam bu noktada, idarelerde yine rastladığımız bilgisizlik ile sanki “*irtifak hakkı*” bağımsız bir sınırlı ayni hak türü imiş gibi söylemlere rastlamaktayız. Basitçe ifade edecek olursak, Tapu Sicil Müdürlüklerine başvurulduğunda irtifak hakkı kurma yolunda talep açamazsınız; bu üst başlık

⁵ Ayrıca bu konuda bkz. Etem Saba Özmen, “*Kamu Arazilerinde Üst Hakkı Uygulamalarına Yönelik Eleştiriler*”, Uluslararası Eşya Hukuku Sempozyumu, Ed: İlknur Serdar/Ayşe Fırat Şimşek, Yetkin Yayınları, İstanbul 2020, s. 245 vd.

⁶ Built Operateand Transfer (BOT) olarak adlandırılan bu kavram “*Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun*” başlıklı bir kamu imtiyaz sözleşmeleri ile ilgilidir.

altında Medeni Kanun’umuzda tip ve içerik belirleme özgürlüğü olmadığı hukuki gerçeği karşısında talebinizi, kanunda düzenlenmiş irtifak türlerine dayalı olarak somutlaştırmanız gerekecektir.

İşte kamu arazilerinin özel mal olarak turizm amaçlı değerlendirilmesinde yatırımcılara güvence oluşturan sistem temelinde “üst hakkı” ve “intifa hakkı” gündeme gelecektir. Bu konuda bazı intifa hakkı uygulamalarında rastladığımız idare aleyhine sakıncalar karşısında (*Ataköy sahili Emlak Bankası arazilerinde kurulmuş intifa hakkı uygulamalarının yarattığı sıkıntıların bilgisi ile*) intifa hakkı tesis edilmesini önermemekteyiz. Çünkü intifa hakkı, malik idareye karşı hak sahibine çok güçlü bir koruma sağlamaktadır. Bu idare açısından amaçsız ve de sakıncalı olgulara vücut vermektedir. Şöyle ki MK m.810 “*İntifa hakkı sahibi, kendisine tanınan uygun süre içinde güvence göstermez veya hakkın konusu olan malı malikin itiraz etmesine rağmen hukuka aykırı şekilde kullanmaya devam ederse; sulh hâkimi, yeni bir karara kadar intifa hakkı sahibinin zilyetliğini kaldırarak hakkın konusunu atayacağı bir kayyıma tevdi eder.*” şeklindeki hükmü ile Medeni Kanun’umuz intifa hakkı sahibinin borca aykırılık fiillerine bağlı olarak taşınmazı ancak kayyıma “yönettirme” imkânı vermektedir.⁷ Bu yönde talep kamu taşınmazlarında istenen bir durum olmayacaktır. Kanunda intifa hakkı kurulmasından söz edilen metin Milli Parklar Kanunu olup, 9. maddesinde ifadesini bulmuştur. Hemen belirtelim kanun yapma ciddiyetinden yoksun bu metin karşısında söylenecek söz bulamamaktayız. Çünkü “*Orman ve Su İşleri Bakanlığınca kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve özel hukuk tüzelkişileri lehine tesis olunan intifa hakları ve bu haklara dayanılarak yapılan ve yapılmakta olan tesislerin üçüncü şahıslara devri, Orman ve Su İşleri Bakanlığının muvafakatına bağlıdır.*” şeklindeki ifadesi ile devredilebilir bir intifa hakkından söz etmek devlet ciddiyeti ile bağdaşmamaktadır. Çünkü irtifak hakları başlığında, zorunlu olarak kişiye bağlı türde kurulabilen intifa hakkı, “*hakkın kullanılmasının devri*” başlıklı MK m.806 uyarınca ancak intifa hakkı sahibinin, zilyetliğin devrine yönelik işlemlerine konu olabilir. Başka deyişle hakkın başkasına devri mümkün değildir. Milli Parklar Kanunu’ndaki intifa hakkı şeklindeki terim seçimi isabetli olmamıştır. Ancak bu durum sıkıntı yaratmaz. “*Yanlış belirleme zarar vermez*” (*falso demonstratio non nocet*) şeklindeki Roma Hukuku ilkesinin karşılığı BK m.19’un “*Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.*” ifadesi gereği, kanunda yer alan bu tabiri düzeltici yoruma tabi tutarak Milli Parklar Kanunu uyarınca kurulmuş bu tür irtifak hakları konusunda üst hakkı nitelemesi yapılması doğru olacaktır.

⁷ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, “*İntifa Hakkına Konu Taşınmazın Hukuka Aykırı ve Niteliğine Uygun Düşmeyen Şekilde Kullanılması*”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye 80. Yıl Armağanı, Ed: Yasemin Güllüoğlu Altun, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018. s. 241-248 (Vardar Hamamcıoğlu, Hatemi’ye Armağan).

Sonuç olarak intifa hakkı bir yana bırakılacak olursa başkasının arazisinde bir yapı inşa ederek veya mevcut yapıda dolaysız fer'î zilyetliği elde ederek ondan yararlanmaya ilişkin aynı hakkın adı “üst hakkı” (MK m.726, m.826 vd.) olacaktır.

1. Üst Hakkı Bütünleyici Parça Kuralının İstisnasını Oluşturarak Yapı Üzerinde Mülkiyet Hakkı Bahşeder

Üst hakkına ilişkin kanuni düzenlemeler dikkatle irdelenecek olursa MK m.726’da tek madde ile düzenleme konusu yapılmış ve sonrasında MK m.826 ve devamı maddelerinde ise üst hakkına ilişkin hükümler sıralanmıştır.⁸ Sonuç bağlayacak olursak MK m.726’nın “Bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyeti, irtifak hakkı sahibine ait olur.” şeklindeki I. fıkra hükmü ile 2. ayırımında “taşınmaz mülkiyetinin içeriği ve kısıtlamaları” başlığı altında tek bir madde ile bütünleyici parça kuralına istisna getirmek istenmiştir. Böylece “üst toprağa bağlıdır” (superficies solo cedit) ilkesinin yansıması MK m.718/II hükmünde yer alan genel kurala istisna niteliğinde durumlar oluşturulmuştur.⁹ Böylece, bileşik eşyada (arazi/yapı birlikteliğine dayalı) arazi ve yapı ayrı ayrı aynı hak değeri haline getirilmiştir. Doğal olarak yapı, üzerinde veya altında aldığı yeryüzü parçasından (sathı zemin) ayrılmakla kendine özgü bir mülkiyet objesi haline gelmektedir.

Medeni Kanun’umuzun üst hakkına verdiği bu özellik ile MK m.826 ve devamı hükümlerinde tarafların karşılıklı hak ve borçları düzenlenmektedir. Bu arada yeri gelmişken değinmeden geçemeyeceğimiz eleştirimiz de şudur: MK m.726/son fıkrasındaki “bağımsız bölümler üzerinde ayrıca üst hakkı kurulamaz.” şeklindeki emredici kural amaçsız ve gereksiz olup turizm amaçlı üst hakkı kurulmasında sıkıntılar yaratacaktır. Anılan kanun hükmü Medeni Kanun’umuzun 2001 yılında kabulü ile gündeme gelmiştir. Buna göre, bu metni kaleme alanlar, klasik kat mülkiyeti olarak adlandırdığımız tek anayapı/bağımsız bölümler birlikteliğinde (Sungurbey’in güzel ifadesi ile katlarda yerleşmiş olan)¹⁰ üst hakkı kurulamayacağı düşüncesi ile hareket etmişlerdir ve bu nedenle bu hüküm daraltıcı yoruma tabi tutulabilir. Ancak bu hükmün, 5711 sayılı kanunla değişik “toplular yapı” kavramı¹¹ altında zeminde vaziyet planına göre dağılmış bağımsız

⁸ Ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 1815; Sirmen, s. 427.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Osman Berat Gürzumar, *Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı*, 2. Baskı, Beta Basım İstanbul 2001, Mehmet Ünal, *Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1988; Vecdi Aral, *İnşaat (Üst) Hakkı*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1962.

¹⁰ Kat Mülkiyeti niteliği hakkında bkz. İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Eleştirileri*, C. II, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1970, s. 110.

¹¹ 5711 sayılı kanun değişikliği öncesi 2814 sayılı kanunla getirilmiş ek 4. Maddenin “birden çok yapılar” başlığı altında düzenlenmiş hükmü gereği “yatay kat mülkiyeti” kavramı karşılığı

bölümlerin varlığına dayalı olarak amaçsız bir engel oluşturduğu söylenebilecektir. Şöyle ki, aynı parsel üzerinde alışveriş merkezi, mesken, ofis bloklarının ayrı ayrı bağımsız bölümler şeklinde zeminde (*vaziyet planında belirlilik ilkesince arz küre üzerinde yeri sabit olmak üzere*) dağılmış olarak varlıkları göz önüne alınır, fazla söze gerek bırakmayan yönü ile anılan emredici hükmün gereksizliği ve amaçsızlığı hemen anlaşılabilir. Konu başlığımız altında pekiştirmek gerekirse turizm kentleri ve turizm kompleksleri veya bu nitelikte olmaksızın bir tatil köyü yapılanmasında¹² toplu yapı niteliğinde (*KMK m.66 vd.*) vaziyet planında zeminde dağılmış yapıların turizm amaçlı kullanılmak üzere kat mülkiyetine konu olmasında ne sakınca olabileceği sorusu cevapsız kalmaktadır. Örneğin, toplu yapı özelliği taşıyan bir veya birden çok parselde, aynı işletme belgesi altında olma zorunluluğu bulunmaksızın, üst hakkından yararlanılmasına dayalı olarak ayrı ayrı kat mülkiyetine konu olabileme bakımından inanılmaz yararlar sağlayabilecektir. Örneğin; aynı parselde veya komşu parsel toplu yapı olarak¹³ otel bloğu, kongre merkezi, butik villalar, market, fotoğrafçı, kuyumcu, su sporları binası gibi bir turizm tesisinde rastladığımız ayrı ticari işletmelerin kat mülkiyetine konu yapılması hiçbir sakınca barındırmaz. Özellikle finansman tedarikinin en önemli girişim unsuru olduğu göz önüne alınacak olursa bu tür kat mülkiyetine dayalı bölünme ile andığımız türde her bir bağımsız bölüm ticari amaçla değerlendirilebilecektir.

Haklı gerekçelerimiz bu yönde en son Nitelikler Yönetmeliği değişikliği ile turizm tesislerinde kat mülkiyeti yapılanmasının yasaklanmış olması tamamen amaçsız ve yararsız bir mevzuat değişikliğine vücut vermiştir. “*Turizm belgeli konaklama tesisleri tek bir bağımsız bölüm olarak değerlendirilir ve bu tesislerin konaklama birimleri üzerinde devre tatil hakkı tesis edilebilir. Ancak bu tesislerin konaklama birimleri üzerinde devre mülk, kat irtifakı ve kat mülkiyeti gibi şerhe konu haklar tesis edilemez, bu tür tesislere turizm belgesi verilemez, bu sisteme kısmen veya tamamen geçen tesislerin belgeleri iptal edilir.*” şeklindeki (*Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik madde 18-a-6*) madde hükmü ilk fırsatta andığımız gerekçelere dayalı olarak değiştirilmelidir. Anılan

“*dikey kat mülkiyeti tabiri*” kullanılmaktaydı. Ancak 5711 sayılı kanun değişikliği sonrası artık yatay kat mülkiyeti oluşturan yapıların toplu yapı olarak anılması sonucu dikeyine yer olmamakla klasik kat mülkiyeti olarak tanımlanmıştır. Bkz. Etem Saba Özmen/Hafize Kır, *Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi* (5711/5792 Sayılı Kanunlar), Saba Özmen Avukatlık Ortaklığı Yayınları, İstanbul, 2010.

¹² “*Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik*” başlıklı Nitelikler Yönetmeliği olarak adlandırılan geldiğimiz kuralları ile ayrı ayrı tesis türleri olarak tanımlanmışlardır. (Turizm Kentleri m.37, Turizm Kompleksleri m.38, Tatil Köyleri m.20).

¹³ 5711 sayılı kanun değişikliği sonrası artık yatay kat mülkiyeti oluşturan yapıların toplu yapı olarak anılması sonucu dikeyine yer olmamakla klasik kat mülkiyeti olarak tanımlanmıştır. Bkz. Özmen/Kır, s. 125; Ayrıca bkz. Etem Saba Özmen/Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 239 vd.

hükmün gerekçesini oluşturan apart, butik villa gibi mesken niteliği taşıyan yapılanmaların İmar Kanunu m.3 hükmüne¹⁴ aykırı kullanımlarını önlemek amacıyla getirilmiş bu yasak, anılan yönde sakıncayı gidermek üzere getirilmiş tam bir ifrat-tefrit¹⁵ örneği oluşturarak hukuk hayatımızdaki yerini almıştır.

2. Üst Hakkı Bağımsız ve Sürekli Nitelikte Taşınmaz Mülkiyetine Konu Edilebilir

Hemen belirtelim ki bu başlık altında üst hakkına dayalı olarak yapıya ilişkin araziden bağımsız ayrı bir taşınmaz mülkiyeti konusu yaratılmasına bağlı sonuçlar irdelenecektir. Klasik yapılı arazi mülkiyetinin sağladıklarından farklı olarak tamamen hukuk tekniği ile getirilmiş bu kural, doğal olarak yapı üzerinde hak sahibinin arazideki kullanma ve yararlanma hakkını sağlamaz. Örneğin; oturduğu zemin üzerinde yükselen yapının dışında kalan toprak zeminde aynı hak sahibi olunmayacağı açıktır. MK m.827 “içerik ve kapsam” başlığı altında “üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ilişkin sözleşme kayıtları” ifadesi bu konuda daha fazla ayrıntıyı gereksiz kılar.

MK m.704 hükmünde sıralanmış arazi ve kat mülkiyetine konu bağımsız bölümler dışında üçüncü bir taşınmaz türü yaratılmıştır. MK m.826 hükmünce süresiz (*daimi*) veya en az 30 yıl (*dâhil*) ve de taşınmaz lehine irtifaklarda söz konusu olmayan (*MK m.779-793*), kişiye bağlı olarak devri yasaklanmamakla bağımsız (*müstakil*) nitelikte kurulan üst hakkı, bağımsız ve sürekli (*müstakil ve daimi*) hak olarak tapuda ayrı sayfaya kayıt ile taşınmaz mülkiyeti konusu (*MK m.704*) haline gelebilmektedir. Hemen belirtelim tapu dairelerinde yaşanan yanlış ile üst hakkına ilişkin resmi senette bağımsız ve sürekli hak olarak ayrı sayfaya kaydedilme yönünde hüküm aranmayacaktır. Eş deyişle, üst hakkı kurulmasına ilişkin resmi sözleşmenin doğumu esnasında taraflar bu yönde irade beyanında bulunmasalar dahi irtifak hakkının bağımsız ve sürekli olması halinde, üst hakkı sahibi kanundan aldığı yetki ile arazi mülkiyetinden bağımsız bir taşınmaz mülkiyeti sahibi olma yetkisiyle donatılmıştır. Çünkü MK m.826/f. son 1. cümlelerin “üst hakkı, bağımsız ve sürekli nitelikte ise üst hakkı sahibinin istemi üzerine tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilir.” şeklindeki ifadesi, üst hakkı sahibinin böyle bir sözleşme kaydından güç almaksızın tek tarafı başvurusu ile bağımsız ve sürekli hak olarak tapuya kayıtla oluşacak ayrı bir taşınmaz mülkiyeti sahibi olmasına hak tanınmıştır.

Bu sonuçla üst hakkıyla, yapının üzerinde bulunduğu tapuya kayıtlı araziden ayrı bir taşınmaz mülkiyeti oluşur. Unutulmamalıdır ki bu mülkiyet hakkı, yalnızca tapu kütüğünün irtifak sütununa tescille kurulan, klasik üst hakkına özgü oluşan yapı mülkiyetinden tamamen farklıdır; ayrı sayfaya kayıt ile ayrı bir taşın-

¹⁴ Madde 3: “Herhangi bir saha, her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına ve yönetmelik hükümlerine aykırı maksatlar için kullanılamaz.”

¹⁵ İfrat, herhangi bir konuda çok ileri gitme, ölçüyü aşma, aşırı davranma anlamına gelir. Tefrit ise herhangi bir konuda geri kalma, yeterli ölçüde olmama durumudur (Bkz. TDK sözlüğü).

maz mülkiyeti yaratır. Basitçe ifade edecek olursak, MK m.826 hükmünce irtifak hakkı sütununa tescil ile kurulan üst hakkı, sahibine, yapı ile sınırlı (belirlilik ilkesince) mülkiyet hakkı bahşeder. Anılan nitelikleri ile üst hakkı ayrı bir sayfaya kayıt edildiğinde artık karşımızda tapuya kayıtlı araziden bağımsız bir taşınmaz mülkiyeti söz konusu olur. İrtifak sütununa tescil ile kurulan (klasik) üst hakkında üst hakkı sahibinin asla yapısı ile ilgili olarak intifa, üst hakkı, ipotek, kira şerhi gibi hakları tesis etmesi mümkün olmaz. Buna karşılık ayrı sayfaya kayıt ile taşınmaz mülkiyeti konusu haline gelmiş üst hakkında artık üst hakkı sahibi sıfatından sıyrılmış taşınmaz mülkiyeti maliki söz konusudur; tapu kütüğünde şerh, irtifak, taşınmaz yükü ve ipotek tesisi imkânı doğar. Daha önce tek bir taşınmaz mülkiyeti varken, oluşan bu ikili ayırım hukukçu olmayanlar için yadırgatıcı olabilecektir. Bu sonuç da hukukun muhteşem ortak aklın eseri Roma Hukuku temeline gelmiş mucizesi olarak kabul edilmelidir. Böylece pekiştirmek gerekirse arazi maliki, mülkiyet hakkını arazi ile sınırlı kullanırken; üst hakkı sahibi de bütünleyici parça kuralına istisna ile yalnızca yapı maliki değildir, taşınmaz maliki sıfatı ile tapuya kayıtlı taşınmaz mülkiyetinin sağladığı “kullanma”, “yararlanma” ve asıl önemlisi “tasarruf” yetkisinden yararlanır. Böylece klasik üst hakkı sahibi bağımsız üst hakkını alacağın devri (*temlik*) BK m.183 vd. hükümlerince devredebilirken; ayrı sayfaya kayıtlı üst hakkı sahibi BK m.237 vd. hükümlerince taşınmaz mülkiyeti olarak devredebilir. Artık arazi mülkiyetinden bağımsız ayrı sayfaya kayıtlı taşınmaz mülkiyetinde kendine açılmış bağımsız sayfanın her sütununda sınırlı aynı hak ve şerhleri yaratabilir. Yeter ki, arazi mülkiyetine ait yararlanma, kullanma ve tasarruf yetkisi ile çatışmasın. Somutlaştıracak olursak, bağımsız ve sürekli üst hakkı sahibi yapısına ilişkin kira şerhi, intifa hakkı ve de ipotek tesis edebilecek, kendisine ayrılmış tapu kaydında ilgili sütunlara şerh ve tesciller yapılabilecektir. Ancak unutulmaması gereken yönü ile tapuya ayrı sayfaya kaydedilmiş olsa da üst hakkı sahibi, yapının bulunduğu arazide kaynak ve geçit irtifakı ile meyve ağaçlarında verme edimli taşınmaz yükünü kurma imkânına sahip değildir. Gerekçe basittir: “Hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını devredemez” (*nemo plus iuris ad alium transferrre potest quam ipse habet*) şeklindeki Roma Hukuku ilkesi aksi sonuca geçit vermez.

Üst hakkının bağımsız ve sürekli hak olarak tapuya ayrı sayfaya kaydedilmeye dayalı taşınmaz mülkiyeti için hukuki doğası gereği, sürenin bitimi halinde kendiliğinden (*ipso iure*) sona erecek (*MK m.1026/T*) ve “*Tapu sicilinin açıklığı*” ilkesince (*MK m.1020*) bu sona erme özelliğini hiç kimse bilmediğini iddia edemeyecektir.¹⁶

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, N. 3095 vd.; Sirmen, 607 vd.

3. Bağımsız ve Sürekli Hak Olarak Tapuda Kayıtlı Üst Hakkına Dayalı Kat Mülkiyeti Kurulabilme Özelliği

Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü gerçekten başarılı bir genelge hükmü¹⁷ ile bağımsız ve sürekli üst hakkına dayalı ayrı sayfaya kayıt ile taşınmaz mülkiyeti yaratılmasında kat mülkiyeti (*ve doğal olarak öncesinde kat irtifakı*) tesis edilmesinin mümkün olduğu sonucuna varmıştır. Bu hüküm gerçekten takdire şayandır. Özellikle turizm amaçlı kurulan üst haklarında Nitelikler Yönetmeliği'nde düzenlenen makro ölçekli tesis birlikteliğinde kat mülkiyeti tesisi tek arazi mülkiyetine dayalı olarak mülkiyetin bölünmesine hizmet edebilecektir. Özellikle başarılı bir terim ile “*ana yatırımcı*”¹⁸ tabirini Nitelikler Yönetmeliği'ne sokan bakanlık, bu yolda finansman tedarik eden girişimciye kat mülkiyeti ile turizm amacı doğrultusunda gelir elde edebilme imkânı tanıyabilecektir.

Ancak yararı tartışılmaz iken geçmişin olumsuz mirası, müstakil apart, butik villa, pansiyon tesisi türlerine bağlı olarak kurulan kat mülkiyeti uygulamalarında turizm amacına hizmet etmeksizin kişisel mesken amaçlı kullanımları engellemek amacıyla Nitelikler Yönetmeliği (*Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik: madde 18-a-6*) ile turizm tesisi arazilerinde kat mülkiyeti kurulmasının yasaklanması hatalı olmuştur.

4. Kamu Arazilerinde Üst Hakkının İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Temeli Üzerine Kurulması

Üst hakkı MK m.781 hükmüne tabi olarak ve resmi şekle tabi bir sözleşme olarak kanunen eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir. Ancak, bu sözleşme arazi malikinin sübjektif esaslı nokta olarak bedel veya irad şeklinde (*MK m.829-834*) (aralıklı edim) ücret ödemesinin varlığı halinde “*tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme*” (*sinallagmatik*) niteliği arz edecektir. Kamu taşınmazlarında karşılık ile (*ivazlı*) tanınan üst haklarında, bedelin ödenmesinde temerrüde düşülmesi uyuşmazlıklara neden olmaktadır. Aşağıda değinileceği üzere, üst hakkı bedelinin (*irat; MK m.834*) aralıklı olarak ödenmemesi, hakkı süresinden önce sona erdirme nedenidir ve uygulamada önemli sorunların kaynağıdır.

IV. TURİZM AMAÇLI TESİS EDİLEN ÜST HAKLARININ SONA ERMESİNE DAYALI HUKUKİ SORUNLAR

A. Genel Sona Erme Sebepleri

Bağımsız ve sürekli hak olarak tapuda ayrı sayfaya kaydedilen üst hakkı da, temelinde yatan borç ilişkisine bağlı olarak varlığını kaybeder. Eş deyişle, üst hakkı, kendisine vücut veren irtifak sözleşmesinin sona ermesine dayalı olarak sona

¹⁷ 15.06.2010 tarihli Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünün 1705 Sayılı Üst Hakkına İlişkin Genelgesi G bendi.

¹⁸ Bkz. Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik, Madde 37: Turizm Kentleri.

erer. Bu durumda üst hakkı, tapuda mevcut tescilin varlığına rağmen MK m.1026 hükmünce hukuki değerini kaybeder. “*Bir aynı hakkın sona ermesiyle tescil her türlü hukukî değerini kaybettiği takdirde, yüklü taşınmaz maliki, terkinini isteyebilir.*” şeklindeki hüküm uyarınca üst hakkı, irtifak hakkı olarak varlığını şeklen sürdürür. Ancak bu durum, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun m.187/II hükmünce¹⁹ ispatı gerekmeyen hallerde söz konusu olur. Örneğin, üst haklarının süresinin bitimi, bağımsız olmayan üst haklarında gerçek kişi hak sahibinin ölümü buna en güzel örnektir. Buna karşılık temelinde uyumsuzluk barındıran, yargılamayı gerektiren nedenin varlığında da mahkeme ilamı ile (*aynî neticeli olmakla kesinleşmesi de gereken*) MK m.1026 hükmünce sona erme sicil dışı olarak gerçekleşecektir.

Aşağıda değineceğimiz özel hüküm uyarınca süresinden önce sona erme hali dışında, ani edimli üst hakkı sözleşmesinin, zilyetliğin devrinden önce ifası gereken edimlere bağlı olarak dönme veya ifa sürecine girilmesini takiben Borçlar Kanunu genel hükümlerine bağlı olarak fesih yoluyla sona erip ermeyeceği sorusu sorulabilecektir.

Bu konuda görüşümüz olumsuz olacaktır. Kanun koyucu Medeni Kanun’unuzun ruhu (*özü tabirini benimsememekle*) kişinin aynı hakkı ile bağının kolay kopartılmasına müsaade etmemiştir.²⁰ Ancak aşağıda açıklanacak sona erme sebebine bağlı olarak aynı hakların bu yönde sınırlandırılabilmesi unutulmamalıdır.

Bu sonuçla sözleşme özgürlüğü, süre koyma, bozucu koşula bağlama gibi hallerde geçerli olacaktır. Güncel bir örnekle, arazide tarımsal yapıya ilişkin kurulmuş üst hakkının, kesinleşen yeni imar planlarıyla farklı fonksiyonda yapılaşmaya açılma halinde bozucu koşula bağlı olarak sona ereceği kararlaştırılabilir.

V. ÜST HAKKININ SÜRESİNDE ÖNCE SONA ERMESİNE DAYALI SONUÇLAR

A. Kanuni Düzenleme

Medeni Kanun m.831 ve 833 hükümlerinde üst hakkının sona erdirilmesi bakımından kuruma özgü bir düzenleme getirilmiş, 832. maddesinde de sona ermeye dayalı üst hakkı sahibi tarafından yapılmış yapıya ilişkin alacak haklarına vücut verilmiştir.

Hükümler şu şekilde kaleme alınmıştır:

Süresinden önce devir istemi

1. Koşulları

Madde 831- *Üst hakkı sahibi, bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşar veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranırsa; malik, üst hakkının ona bağlı bütün hak ve yükümlülükleri ile birlikte süresinden önce kendisine devrini isteyebilir.*

¹⁹ Herkesçe bilinen vakıalarla, ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmaz.

²⁰ Ayrıca benzer şekilde bkz. Vardar Hamamcıoğlu, *Hatemi’ye Armağan 2018*, s. 274 vd.

2. Hakkın kullanılması

Madde 832- Malik, üst hakkının devrini, kendisine geçecek yapılar için uygun bir bedel ödemek kaydıyla isteyebilir. Üst hakkı sahibinin kusuru, bedelin belirlenmesinde indirim sebebi olarak göz önüne alınabilir.

Üst hakkının malike devri, bedelin ödenmesine veya güvence altına alınmış olmasına bağlıdır.

3. Diğer hâller

Madde 833- Üst hakkı sahibinin yükümlülüklerine aykırı davranması hâlinde sözleşmede malik lehine saklı tutulan, üst hakkını süresinden önce sona erdirme veya devrini isteme yetkisi, süresinden önce devir istemine ilişkin hükümlere tâbidir.

Bu hükümlerin yukarıda varlığına işaret ettiğimiz üst hakkı sözleşmesi (MK m.781) açısından niteliğini irdelediğimizde ilginç sonuçlara gebe olduğunu belirtmemiz gerekir. Bu saptama ile borçlandırıcı işlem/tasarruf işlemi ayrımında irtifak sözleşmesinin sona ermesine dayalı olarak daha önce hak sahibi adına tasarruf işlemi ile yapılmış tescilin yarattığı aynı hakkın ortadan kaldırılması söz konusudur. Kamu arazilerinde Medeni Kanun’umuzun hükümlerince kurulmuş üst hakkının andığımız bu hükümler doğrultusunda sona erdirilebileceği hususunun tamamen atlandığını, hukuka aykırı sonuçların ortaya çıktığını görmekteyiz. Alt başlıklar halinde bu yöndeki uygulamalara dayalı eleştirilerimizi sıralayabiliriz.

B. Süresinden Önce Sona Ermenin Uygulanma Koşulları

Hükümlerin analizi ile idarenin taşınmazlarında tesis edilmiş üst hakkında ortaya çıkan hukuksuz uygulamaların temelsizliğini açıkça ortaya koyma arzusundayız. İlk olarak Medeni Kanun’umuzun ruhu (*Kanun ifadesi ile özü; MK m.1/II*) karşısında duraksamaksızın varacağımız sonuç şudur: Gerek birlikte mülkiyet ilişkisinde²¹ gerekse mülkiyet, irtifak ve taşınmaz yüklerinin sona erdirilmesinde, sözleşme özgürlüğü başlığı altında aynı hakları “sona erdirme özgürlüğü” “kısıtlanmıştır” diyebiliriz. Bunu değişik vesileler ile anlayabiliyoruz. Örneğin, veresiye satışta mülkiyet alıcıya geçince bedelin ödenmemesinden dolayı sözleşmeden dönme, bu konuda hakkın saklı tutulmasına bağlanmış (*BK m.235/III*) olup, Borçlar Genel hükümleri uyarınca dönme hakkı kullanımına geçit verilmemiştir.

Söz konusu irtifak hakkı olunca²² kanun koyucunun tutumu daha sıkı koşullara yönelmek olmuştur. Şöyle ki, “*bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşar veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı*

²¹ MK m.699 uyarınca paylı mülkiyette paydaşıktan çıkarma müeyyidesinin tabi olduğu koşullar bunun göstergesidir.

²² Taşınmaz yükünün temelinde yatan verme edimine dayalı sona erme sebeplerinde de genel hükümlerden farklı kurallar söz konusudur.

davranırsa...” şeklindeki ifade, vardığımız sonucun açık kanıtıdır. Üstelik ileri sürdüğümüz sav gereği sözleşme özgürlüğü ile üst hakkı resmi senedine (TMK m.781) konacak iradi sona erme sebeplerinin de varlığı bu koşula bağlanmakla, kanun koyucunun tutumu hakkında kuşkuya yer kalmamıştır. Özlüce ifade etmek gerekirse TMK m.831’de “*bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşar veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranırsa; ...*” şeklindeki hukuka aykırılık ve sözleşmeye konacak sözleşme özgürlüğüne dayalı tüm sona erme sebepleri hakkında hâkim, takdir hakkı ile (MK m.4) ortaya çıkan borca aykırılığın, aşağıda andığımız özellikte olup olmadığını ön sorun olarak tespit etmek zorunda olacaktır. MK m.833 hükmüne tabi bir örnek verecek olursak üst hakkı iradının ödenmesinde temerrüt halinde uygulanmak üzere sözleşmeye konan hükmün önemli ölçüde aykırılık oluşturup oluşturmadığı incelenecektir. Eş deyişle, para borcu niteliğinde üst hakkı iradının ödenmesinde salt temerrüdün oluşmasına dayalı üst hakkının sona ereceğine (bozucu koşul niteliğinde resmi senede konacak hükümlerle; TBK m.174) veya malikçe fesih hakkı kullanabileceğine (BK m.126) ilişkin sözleşme hükümleri geçerli olmayabilecektir.

C. Süresinden Önce Sona Erdirme ve Bu Hale Özgü Devri İsteme Kavramları

1. Klasik Borçlar Genel Öğretisinden Farklı Olarak Üst Hakkının Sona Erdirilmesinin Taşındığı Özellikler

MK m.831 “*süresinden önce devir istemi*” kenar başlığında aynı tabire bağlı hüküm ve sonuç getirmiş iken; MK m.833 hükmü ile “*süresinden önce sona erdirmeye*” kavramı getirilmiş bulunmaktadır. Özel hukuk sahasında karmaşıklık açısından çetin bir ayrım karşısında olduğumuz açıktır. Açıklamalarımız uyarınca, üst haklarının Borçlar Genel Hükümleri veya sözleşmeye irade serbestisi ile konacak özel hükümler uyarınca sona erdirilemeyeceğini biliyoruz. Bu nedenle “*üst haklarının sona erdirilmesi istemi*” öncelikle irdelenmelidir. Bu konuda ilk saptamamız gereken husus, üst haklarını bu nedenle sona erdirebilmek için yenilik doğurucu (*inşai*) bir dava açma zorunluluğu bulunmamasıdır. Taşınmaz maliki, sona erdirmeye hakkını üst hakkı sahibine karşı, bozucu yenilik doğurucu hak olarak bildirim ile kullanır. Bu irade beyanının karşı tarafa varması ile üst hakkı ileriye etkili olarak sona ermiş olur. Bu konuda kural olarak tüm bozucu yenilik doğurucu haklarda olduğu gibi yenilik doğurucu (*inşai*) bir dava açma zorunluluğu yoktur.

Ancak bu konuda hataya düşmemek gerekir. Bu beyanın karşı tarafa varması ile üst hakkının sona erdirilmesi, temelinde geçerli bir bozucu yenilik doğurucu hakkın varlığına bağlıdır.²³ Muhatap üst hakkı sahibi, “*itiraz*” hakkı ile konuyu

²³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Etem Saba Özmen/Müge Ürem, “*Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi*”, İstanbul Barosu Dergisi, 2016 (3), s. 193-218.

yargıya taşıyabilecektir. Adli yargı hâkimi, açılan davada, geçerli bir bozucu yenilik doğurucu hak doğmamış olması sonucu üst hakkının sona ermemiş olduğunu tespit edebilecektir.

Bu tür bir durumda adli yargı hâkimi önüne uyuşmazlık şu olasılıklarla gelebilecektir: İlk olarak üst hakkı sahibi, bozucu yenilik doğurucu hakkın kullanılmasını niteliğindeki beyan kendisine varmasına rağmen zilyetliği iade etmek istemeyecektir. Çünkü yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşılmadığı veya yükümlülüklerle önemli ölçüde aykırı davranmadığı savunması yapılabilecektir. İşte bu durumda malik tarafından açılmış zilyetliği iade davasında (*MK m.991*), davalı üst hakkı sahibinin itirazı ile ön sorun olarak andığımız koşulların değerlendirilmesiyle, bozucu yenilik doğurucu hakkın geçerli bir hakka dayanarak kullanılıp kullanılmadığı araştırılacaktır.

Bu tür durumlarda tapu daireleri, *MK m.1026* hükmünce taşınmaz malikinin başvurusu ile üst hakkını terkine yanaşmayacaklardır. Çünkü uyuşmazlığın çözümlenmesi yargı kararına bağlı olması nedeniyle malikin bu yöndeki talebini reddetmekle yükümlüdürler. Böylece hüküm kesinleştiğinde, ilişki, bozucu yenilik doğurucu hakkın karşı tarafa varması ile sona ermiş olmasına rağmen; haklılığı mahkemece verilen tespit hükmü ile kesinleşmiş olacaktır. Bu ilamla üst hakkının bildirici terkinin ile tapudaki tescile dayalı varlığı sona ermiş olacaktır.

Diğer olasılık, ileride uyuşmazlık çıkacağını tahmin eden üst hakkı yükümlüsü taşınmaz malikinin, bozucu yenilik doğurucu hakkı kullanmadan önce, süresinden önce devir talebi hakkının doğduğuna yönelik bir tespit davası açarak bu yönde ilam elde etmesi olacaktır.

Görüldüğü üzere özellikle içine düşülen kavram kargaşasından kurtulmak gerektiğini vurgulamış oluyoruz. Bir hukuki ilişkinin bozucu yenilik doğuran hakla sona erdirilmesinde, somut araştırma konumuzla ilgili olarak bozucu yenilik doğuran hakların yargı denetimine tabi olmadığı irdelemesinde bulunulamayacaktır. Çıkar ve irade ölçütü ile hakkın niteliğine bağlı olarak, karşı tarafa varması gereken irade beyanı bildiriminde, irade ölçütü ile çıkar ölçütüne vücut veren olgunun aynı zamanda birlikte varlığı aranmalıdır.

2. Süresinden Önce Sona Erdirilen Üst Hakkına Bağlı Hukuki Nitelik

Kullanılan hakkın niteliği konusunda fikir sahibi olunmaması ve özellikle turizm amaçlı üst hakkında bu niteliğe dayalı hükümlerin uygulanmıyor olması gerçekten üzüntü vericidir. Çünkü idare, Medeni Kanun'a aykırı uygulama ve işlemleriyle hem hukuka aykırı hem de sonuçları itibariyle Anayasa'ya aykırı işlem tesis etmektedir.

Üst hakkının süresinden önce devri talebinde inisiyatif malikte olmasına ve aşağıda izah edeceğimiz yönü ile Medeni Kanun uygulaması tamamen kamu menfaatlerini koruyor olmasına rağmen anılan uygulamaların yaman bir çelişkiye

işaret ettiğini açıklamaya çalışacağız. Süresinden önce devir talebinin Borçlar ve Eşya Hukuku açısından sonuçları uygulamada değinilmemiş konulardan biridir.

Bu başlık altında üst hakkının sona erdirilmesi, yalnızca üst hakkı sahibi ile hukuki bağın kopması anlamında anlaşılmalıdır. Şöyle ki, üst hakkı sahibi, idarenin bozucu yenilik doğurucu hakkı kullanmasıyla ortaya çıkan uyuşmazlık devamında, MK m.831 hükmünce süresinden önce devir talebinde bulunma hakkının geçerliliğine bağlı olarak üst hakkı sahibinin aynî hakkı sona ermiş olacaktır. Ancak altı önemle çizilmesi gereken nokta ile kanun koyucu üst hakkının taşınmaz üzerinde irtifak hakkı varlığı ile sona ermesini arzu etmemiştir.

Vardığımız yargının hukukçularda bile ilk anda şüpheyle karşılanacağını tahmin etmekteyiz. Geldiğimiz bu noktada temelini ortak muhteşem aklın eseri Roma Hukukundan almış yönü ile “*süresinden önce devir talebine*” yer verilmiş olması, Atamızın hukuk reformu ile iktibas ettiğimiz Kara Avrupası sisteminin bir mucizesidir.

İlk olarak bu başlık altında önemle üzerinde durulması gereken yön olarak “*irtifak haklarının devri*” konusuna pek az eserde rastladığımızı belirtmek isteriz. Hemen nitelemek gerekirse bu konuda karşımıza çıkan kurum “*alacağın devri*”dir (BK m.183 vd.).²⁴ Bu sonuç şaşırtıcı bulunmamalıdır. Çünkü üst hakkı sahibi tarafından devre konu edilmek istenmesinde yeniden tesis söz konusu değildir. Yeniden tesis yetkisi maliktedir. Oysa karşımızda “*bağımsız*” nitelikte, devrine hukuki engel bulunmayan bir irtifak türü bulunmaktadır; selef üst hakkı sahibinden, halef yeni üst hakkı sahibinin malvarlığına geçecek bir ayni hak söz konusudur. İşte bu özellikler karşısında amaca hizmet eden ve Türk Borçlar Kanunu’nda, niteliği açıkça ifade edilmiş olmasa da alacağın devri, *tasarruf işlemi* özelliği ile irtifak hakkının bağımsız özelliğine dayalı olarak devralanın malvarlığına intikal edecektir. Gerçekten de irtifak hakkı, malvarlığının aktifinde yer alan para ile ifade edilebilir sınırlı ayni hak olarak, bağımsız (yani devir ve mirasçılara intikali mümkün) olmakla, alacağın devri işlemiyle artık halefin malvarlığında yer alacaktır. Tapu dairelerinde bu yönde bir işlem tesis edildiğine rastlanmamıştır. Ancak bu sonuç alacağın devrinin (*temlik*) adi yazılı şekilde yapılmakla geçerli olması özelliği karşısında sorun yaratmayacaktır. Sorun, halef yeni üst hakkı sahibinin adının tapu kütüğünde tescil edilmiş olmasını arzu etmesi halinde doğacaktır. Doğal olarak adi yazılı alacağın devri sözleşmesi ile halef yeni üst hakkı sahibi tapuya başvurduğunda geçersizlik yüzünden değil; ispat sorunu nedeni ile talebi reddedilecektir.

Bu durumda sorunun çözümü basittir. Alacağın devri sözleşmesinin BK m.17 hükmünce iradi şekle bağlı olarak noterde resmi şekilde (ve fakat düzen-

²⁴ Gürzumar, s. 175. Ayrıca bkz. Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 210.

leme şeklinde yapılması gerekmeksizin) yapılması yeterli olmalıdır.²⁵ Devamla, başvurunun kabul edilip, üst hakkını kazanan halef hak sahibinin adının irtifak sütununa yazılması gerekir.

İşte Medeni Kanun’umuzun üst hakkını “*süresinden önce sona erdirme talebi*” sonucunda yalnızca hak sahibi açısından sona erdirmekte olup, irtifak hakkının taşınmaz malikine ait olmasını muhteşem ve köklü hukuk bilimi eseri sonucu düzenleme konusu yapmıştır. Ancak bu ortak aklın eseri zekâ ürünü kurallarımızın varlığına rağmen Sakallı Celal’in muhteşem sözü ile “*cehlin ol mertebesi ancak tahsille mümkündür*” sözünü haklı çıkartırcasına hatalı idare uygulamaları karşısında söyleyecek söz bulamamaktayız.

D. Süresinden Önce Devir Talebinde Bulunma Koşulları

1. MK m.831 Hükmündeki Borca Aykırılığa İlişkin Özel Ağırlık Koşulu

Borçlar genel teorisi uyarınca borçlu, borcu hiç ya da gereği gibi ifa etmesine bağlı olarak her türlü kusurundan (*hafif ihmal da dâhil olmak üzere*) sorumlu iken (TBK m.112, 114); bu başlık altında borca aykırılığın özel bir ağırlıkta oluşması zorunluluğu aranmıştır. Bu sonuç hem kusurlu ifa imkânsızlığına hem de temerrüde dayalı tazmin taleplerini düzenleyen BK m.112’nin “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” şeklindeki kuralından açıkça anlaşılmaktadır. Ancak konu başlığımızda malikin üst hakkının süresinden önce devri talebinde bulunması ve bu yönde hakka sahip olabilmesi için borca aykırılığın fiil olarak aşağıda irdeleneceğimiz koşulları taşıması gerekecektir.

MK m.831 hükmünü aynen aktaracak olursak “*üst hakkı sahibi, bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşar veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranırsa*” şeklindeki düzenleme dolayısıyla taşınmaz malikinin süresinden önce devir istemi ancak bu koşulda doğacaktır. Araştırmanın hacmi bakımından bu konuda ayrıntıya girmeyerek yalnızca benzer bir monografik çalışmamızda yer alan bilgilere yollama yapmakla yetineceğiz.²⁶ Hükümde yer alan “*veya*” ifadesi ile iki süresinden önce devir talebi sebebinden birinin gerçekleşmesi yeterli olacaktır. Örneğin, geniş bir arazi üzerinde kurulu yapıya dayalı üst hakkı sahibi, -üzerinde yapı bulunmayan alandan yararlanma hakkı aynı hak kapsamında olmamakla- (MK m.827) yetkisinin sınırını aşacak

²⁵ Çünkü biliyoruz ki kira sözleşmelerinin adi yazılı yapılmakla geçerli olmasına rağmen şerhi konusunda (MK m.1009/I; BK m.312; Tapu Sicil Tüzüğü m.47-ç) haklı olarak tapu daireleri MK m.1015 hükmüne kiraya verenin başvurusu ya da kiracı başvuracaksa ispat şekli olarak şerhe imkan veren bir noter sözleşmesi aranmaktadır.

²⁶ Etem Saba Özmen, “*Türk Hukukunda Paydaşıktan Çıkarma Davası*”, Kazancı Kitap, Ankara 1992, s. 64.

olursa veya kullanılış amacı ile bağdaşmayan fiillerle yapıya müdahalede bulunacak olursa malikin devir talebi haklı olacaktır. Bilgilerimizi somutlaştırmak gerekirse üst hakkı sahibi, yapının arz küre üzerinde bulunduğu kısmın dışında kalan (*kanuni ifade ile üzerinde yapı bulunmayan alan*)²⁷ arazideki bütünleyici parça bitkileri (*ağaçlar*) kesip şöminede yakamaz, doğal ürün olarak (*MK m.685*) ürünleri toplayamaz. Diğer bir örnekle üst hakkı sahibi, restoran olarak işleteceği tarihi yapının ahşap rölyeflerine müdahale ile kasten veya ağır ihmâl ile hasar oluşturduğu takdirde hüküm uygulanacaktır.

Sözleşme özgürlüğüne irtifak hakkının içeriği bakımından müsaade edilen bir alanda yukarıda andığımız devir nedenleri dışında malikin dayattığı ve irtifak hakkı sahibinin kabulü ile üst hakkı sözleşmesi içeriğine dâhil edilen diğer sebepler de irtifak hakkının süresinden önce devri talebine hak kazandırabilecektir. Ancak uygulamada atlanmakla birlikte, hayati özelliği ile bu sebeplerin de MK m.831’de sayılan ağırlıkta olması gerekecektir. Özellikle kamu arazilerindeki üst hakkı uygulamalarında çok görülen üst hakkı bedelinin ve/veya iradının (*MK m.834 devri edim karşılığı kullanılmıştır*) ödenmemesine dayalı süresinden önce devir taleplerinde, temerrüdün önemli ölçüde aykırılık oluşturması özelliği ayrıca aranacaktır.²⁸

2. Süresinden Önce Devir Talebinin Bozucu Yenilik Doğurucu Hakla Kullanılmasına Dayalı Sonuçlar

Süresinden önce devir talebi bozucu yenilik doğurucu hakla kullanılabilir. İspat şartı getirilmemiş olmakla, bu yönde irade beyanının karşı tarafa varması gerekli olup, böylece üst hakkı sahibi bakımından sona erme gerçekleşmiş olacaktır. Araştırmanın hacmi bakımından bu konuda daha fazla ayrıntıyı gereksiz görüp genele eserlere yollama yapmakla yetineceğiz.²⁹ İdarenin asla farkında olmadığı bu özellik gereği, özel hukuka tabi üst hakkı ilişkisinde, sahibinin tek taraflı irade beyanı ile kullanılması gereken hakkın, kamu arazilerinde kurulu üst hakkı sahibine tebliği idari yargı denetimine tabi bir idari işlem olarak görülemez. İdarenin özel hukuka tabi olarak borçlar hukuku açısından kullandığı bozucu yenilik doğurucu haktan öte bir anlam taşımayan bu beyanlar hakkında aşağıda değineceğimiz üzere idari yargıda uzun bir yargı süreci yaşanması tam bir hukuki garabettir.

²⁷ MK m.827 hükmü gereği “*üzerinde yapı bulunmayan alan*” olarak ifade edilmiş arazi kısmı, MK m.973 vd. hükümlerince üst hakkı sahibinin fiili hâkimiyetine dâhil olmayıp, bu kısımda aynı hak olarak yararlanma yetkisi yoktur.

²⁸ Konu hakkında bkz. Barış Demirsatan, *Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2016.

²⁹ Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, Vedat Kitapçılık, 26. Baskı, İstanbul 2020, N. 555; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 66; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitapevi, Ankara 2012 s. 21; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019 s. 89; Vedat Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 191.

3. Alacağın Devri (Temlikli) Sonucu Doğurma

Üst hakkının MK m.831 hükmüne tabi olarak -gerek bu maddede sayılan nedenlerle gerekse sözleşmede yer alan ve fakat yine 831'inci madde koşullarına tabi nedenle- sona ermesi durumunda, aşağıda sıralayacağımız haklılık nedenleri ile üst hakkının yolsuz tescile dayalı terkinin düzenlenmemiştir. İşte kanun koyucu bu yönde hukuki yararı korumakla, bağımsız üst haklarının sona erdirilmeyip taşınmaz malikine geri devrine (*temlikine*) imkân sağlamıştır. Hâkim, talep ile bağılılık ilkesince bu konuda üst hakkının malike devrine hükmedecektir. Bu kararı ile (BK m.185'de sözü edilen ilam ile), alacağın devrine (*temlikine*) yol açmış olacaktır. Tasarruf işlemi olması dolayısıyla, bu yolda ilamın kesinleşmesi gerekeceğinde kuşku yoktur.

Bu şekilde vardığımız sonuç ile zihinler karışmamalıdır. Şöyle ki; alacağın ard arda (mütevali) devri sonucu, klasik borç ilişkisinde alacağın tekrar borçlu malvarlığına girmesi ihtimalinde Borçlar Kanun'unuz son derece mantıklı bir hüküm koymuş bulunmaktadır. Buna göre TBK m.135'in "*Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesiyle borç sona erer.*" şeklindeki hükmü bu konuda tereddüt uyandırabilecektir. "*Taşınmaz rehni ve kıymetli evraka ilişkin özel hükümler saklıdır (TBK m.135/III)*" şeklindeki hüküm genişletici yoruma tabi tutulmalı, kanunun tam karşımızda duran 831 ve 833. maddelerinde de anılan genel kurala istisna oluşturulduğu gözlenmelidir. Bu sonuçla bağımsız ve sürekli üst hakkına dayalı ayrı sayfaya kaydedilmese bile alacak hakkı olarak süresinden önce devir talebi ile üst hakkı ile kayıtlı bir taşınmaz yanında, bu taşınmaz mülkiyetini kayıtlayan üst hakkına dayalı bir alacak hakkı, aynı kişinin malvarlığında (*malikin*) iki bağımsız hak olarak yer alacaktır. Gerekçemiz gücünü kanun hükümünden almaktadır. İrtifak haklarına özgü Medeni Kanunun Eşya Hukuku kitabında yer alan üst hakkının süresinden önce devrine ilişkin maddeleri BK m.135 kuralına istisna oluşturmaktadır.

4. "Malik Lehine İrtifak" Niteliği

Bir üst başlıkta verdiğimiz bilgiler doğrultusunda karşımıza bir Eşya Hukuku kurumu olarak "*malik lehine irtifak*" çıkar. İki olasılıkta karşımıza çıkabilecek "*malik lehine irtifak hakkı*"³⁰ her ne kadar "*taşınmaz lehine irtifaklar*"a ilişkin (MK m.775 vd.) hükümlerde düzenlenmişse de kişiye bağlı (*doğal olarak bağımsız yani devredilebilen*) irtifaklarda da kıyasen uygulanabilecektir. Örneğin; kişiye bağlı kaynak hakkı, üst hakkı ve MK m.838 uyarınca kurulabilecek

³⁰ Malik lehine irtifak hakkı, taşınmaz lehine irtifaklarla ilgili olarak iki olasılığa dayalı olarak düzenlenmiştir. *Kendi taşınmazı üzerinde irtifak hakkı* başlıklı MK m.782 hükmü uyarınca "*Malik kendisine ait iki taşınmazdan biri üzerinde diğerinin lehine irtifak hakkı kurabilir.*" Her iki taşınmaza aynı kimsenin malik olması başlıklı MK m.784 hükmü uyarınca "*Yüklü ve yararlanan taşınmazlara aynı kimse malik olursa, bu kişi, irtifak hakkını terkin ettirebilir. Terkin edilmedikçe irtifak, aynı hak olarak varlığını sürdürür.*"

irtifak hakları ancak kamu taşınmazlarında malik lehine irtifak olasılığı olarak karşımıza çıkabilecektir. Hemen sınırlandırmak olursak araştırma başlığımızda malik lehine irtifak olasılığı yalnızca MK m.784 hükmüne dayalı olarak gündeme gelebilecektir. “Her iki taşınmaza aynı kimsenin malik olması” başlığında “Yüklü ve yararlanan taşınmazlara aynı kimse malik olursa, bu kişi, irtifak hakkını terkin ettirebilir.” şeklindeki kural uyarınca karşımızda bu olasılık durur. İdarenin özel malı üzerinde yine idare lehine üst hakkı kurmasında kanunen bir engel olmasa da bu ihtimale rastlanılmayacağı açıktır.

Bu ifademizle ilgili üst hakkında MK m.782 hükmüne “malik lehine irtifak” tesisine engel bulunmadığını söylemiş olmuyoruz. Malikin üst hakkını tesis tercihi olarak MK m.782 hükmüne kuruluş aşamasında kendi lehine oluşturma saikine (bu tür irtifak tesisi sonrası taşınmazı veya irtifak hakkını ya da ekonomik amaçla her ikisini ayrı ayrı ivazlı tasarruf işlemlerine konu etme arzusu gereği) dayalı malik lehine irtifak tescili taleplerine hiçbir hukuki engel bulunmadığı açıktır.

Vardığımız sonuçla sonradan oluşan malik lehine irtifak hakkına özgü olarak aynı hükmün “Terkin edilmedikçe irtifak, aynı hak olarak varlığını sürdürür.” şeklindeki II. fıkra hükmü malike, sahip olduğu tasarruf yetkisiyle dilediği zaman üst hakkını terkin yetkisi vermektedir. Ancak bu yetki kullanılmadığı takdirde üst hakkı varlığını sürdürür. Yalnızca temelde yatan üst hakkı sözleşmesinden doğan borçlar alacaklı-borçlu sıfatı birleşmesi nedeniyle tabiri caizse askıdadır. Hemen belirtelim ki, ayrı ayrı hukuki varlıklarını korumaları dolayısıyla, her iki hakka ilişkin birbirinden bağımsız tasarruf yetkisinin devam edeceğine asla unutulmamalıdır. İşte bu özelliğin farkında olmayan idareler, hatalı davranarak kamu arazi-lerindeki üst hakkını idari bir işlemle sona erdirdiklerini iddia etmekte, genellikle idari yargıda açılan iptal davasının idare lehine sonuçlanması üzerine bu defa taşınmazın bulunduğu yer Asliye Hukuk Mahkemesinde “tapu iptal davası”³¹ ile üst hakkının terkinine ilişkin taleplerde bulunarak inanılmaz hatalı sonuçlara yol açmaktadır. Bu konudaki sakıncalara ilgili başlık altında değineceğiz.

VI. BAĞIMSIZ VE SÜREKLİ HAK OLARAK TAPUYA KAYITLI ÜST HAKKINDA DURUM

Kişiye bağlı irtifaklar, diğer bir kişiye devrin mümkün olması halinde bağımsız olma niteliği ile ve ayrıca süresiz veya en az 30 yıl için kurulma halinde “bağımsız ve sürekli hak” olarak tapuda ayrı sayfaya kaydedilebilir. MK m.826/son fıkranın “Üst hakkı, bağımsız ve sürekli nitelikte ise üst hakkı sahibinin istemi üzerine tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilir. En az otuz yıl için kurulan üst hakkı, sürekli nitelik-

³¹ Etem Saba Özmen/Gülşah Sinem Aydın, “Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma ile Açılan Davalar (Tescile Zorlama Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)”, İstanbul Barosu Dergisi, 2014 (6), s. 179-215.

tedir.” şeklindeki hükmü bu sonucu amirdir. Doğal olarak bu hukuki nitelik uyarınca konu başlığımız altında süresinden önce devir talebi gündeme gelebilecektir.

Bağımsız ve sürekli üst haklarının tapuda ayrı sayfaya kayıt ile taşınmaz mülkiyeti niteliği kazanması halinde arazi maliki, yukarıda andığımız gerekçeler ile üst hakkının süresinden önce devrini bu defa alacağın devri niteliğinde değil; artık taşınmaz mülkiyetinin kendisine devri talebi ile yapar. Bu durumda üst hakları bütünleyici parça kuralının istisnası olmakla, arazi maliki aynı zamanda üzerindeki yapıya dayalı bağımsız ve sürekli üst haklarının da taşınmaz mülkiyeti konusu olarak maliki olur. Bu olasılıkta da her iki mülkiyet ayrı ayrı devredilinceye kadar üst haklarından doğan edimler askıdadır. Ancak arazi ve bağımsız ve sürekli üst haklarına ilişkin mülkiyet hakkından doğan tasarruf yetkisi ayrı ayrı geçerlidir. Malik dilerse, kendisi bağımsız ve sürekli üst hakkı sahibi olarak kalarak arazi mülkiyetini devredebilir. Dilerse de arazi maliki olarak kalıp, bağımsız ve sürekli üst hakları taşınmaz mülkiyeti olarak devredebilecektir.

VII. SÜRESİNDEN ÖNCE SONA ERDİRME İLE DEVİR TALEBİ ARASINDAKİ FARKLAR

Yukarıdaki açıklamalarımız uyarınca üst hakkının süresinden önce sona erdirilmesi talebinde bulunan taşınmaz maliki, terkine razı olunmadığı takdirde, hâkimden üst hakkının terkini; bağımsız ve sürekli hak olarak tapuda kaydedilen taşınmaza ilişkin ise “*sicilden çıkarılmak*” (*kütüğün kapatılması*) teklifinde bulunmalıdır.

Dikkat edilirse “*tapunun iptali*” uydurma tabirini kullanmamış bulunuyoruz. Bu kişisel kapisimiz değildir; tamamen kanuni terminolojiye riayetimiz sonucudur. Çünkü Medeni Kanun’umuzda hiçbir zaman “*tapu iptal*” tabiri kullanılmaz. Taşınmaza tapu kütüğünde sayfa açılması işlemi “*kayıt*”dır;³² kayıt hukuki değerini kaybettiği takdirde yapılacak işlem “*sicilden çıkarılma*”dır. MK m.999 hükmünde yer alan bu tabir kat mülkiyetinde “*sayfanın kapatılması*” olarak geçer. Yargıtay’ın bu konuda hukuki temeli olmayan ifadeler kullanmasını yadırgadığımızı belirtiriz. İşte bu niteliği ile süresinden önce sona erdirme talebi bu sonuca yol açar. Bu takdirde tapuda ayrı sayfaya kaydedilmiş bağımsız ve sürekli üst hakkına ilişkin taşınmaz mülkiyeti sona erer. Başlığımız altında bu sonuca yukarıda andığımız MK m.784/II hükmünce ulaşıyoruz. Şöyle ki; MK m.831 deyimiyile “*süresinden önce devir talebi*” hakkına kavuşan taşınmaz maliki “*malik lehine irtifak*” oluşumunu arzu etmeyerek üst hakkının terkini talebinde bulunabilecektir. Bu sonuca yine bir Roma Hukuku kuralına dayalı yorum türü ile varmış bulunuyoruz. Buna göre “*a fortiori*” yani “*evleviyel*” ile uygulama (*tablik*) sonucu, süresinden önce devir talebine sahip olan her malik, andığımız fıkra hükmünde yer alan “*terkin edilmedikçe*” (MK m.784II) ifadesi uyarınca MK m.1026 hükmünce “*malik lehine irtifak*” özelliğini sürdürmek istemediği takdirde, aynı davada terkin talebinde bulunma hakkına sahiptir.

³² Ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, N. 823 vd.; Sirmen, s. 182.

VIII. ÜST HAKKININ SÜRESİNDEN ÖNCE SONA ERDİRİLMESİ VEYA SÜRESİNDEN ÖNCE DEVİR TALEBİNDE BULUNULMASINA DAYALI HUKUKİ NİTELİK

Taşınmaz maliki, azami yüzyıl veya daha kısa süreli kurulmuş üst hakkını MK m.831 ve 833 hükümlerine dayalı hak ile sona erdirmek (*irtifak hakkı olarak veya üst hakkı sahibi açısından* [ne kastedildiği anlaşılmıyor]) istediği takdirde, kendisine tanınan bozucu yenilik doğurucu hakkını kullanabilir. Etkisini başka bir hak veya hukuki ilişki üzerinde gösteren yenilik doğurucu hakların, konu başlığımız altında bozucu türde olanları, sona erdirmeye özelliği ile karşımıza çıkmaktadır. Bu tür haklara özgü özellikler şöyle sıralanabilir:³³ Tek taraflı irade beyanı ile kullanılırlar, kullanılmakla etkisini göstermekle geri alınmaları mümkün değildir, kural olarak hak düşürücü süreye tabidirler. Bu tür haklara süresinden önce sona erdirmeye ve devir talebinde bulunmada söz konusu olurlar.

Bu niteleme ile yenilik doğurucu bir dava açılması zorunluluğu bulunmayınca, karşı tarafa varması gerekli irade beyanı ile hak kullanılınca sonuçları meydana gelmektedir. Ancak her hak gibi bozucu yenilik doğurucu hak da geçerli olarak doğmuş olmadıkça sahibine geçerli bir hukuki sonuç sağlamaz. Somut olayda süresinden önce sona erdirmeye etkisini yaratmaz. Üst hakkına uyarlayacak olursak, lehine böyle bir hak doğduğunu iddia eden malik, bozucu yenilik doğurucu hak ile karşı tarafa varması gerekli irade beyanını üst hakkı sahibine ulaştırmak durumundadır.

Anılan bildirim, üst hakkı sahibini bozucu yenilik doğurucu hakkın kullanılması sonucu tapuda iradi terkin veya idareye devir ve de zilyetliğin iadesi yolunda temerrüde düşürmüş olur, daha ötesi değil.

Doğal olarak terkin veya devir ve de zilyetliğin iadesi yolunda iradi sonuç (*mahkeme dışı sulh*) elde edilemeyince dava açılması kaçınılmaz olacaktır. Üst hakkı sahibi, yukarıda andığımız süresinden önce sona erdirmeye veya devir talebi konusunda, malikin bu hakka sahip olması için gerekli koşulların oluşmadığını öne sürebilecektir. Anılan savunma sebebi olgular itiraz konusu oluşturup, hâkim tarafından da re'sen gözetilmesi gerekecektir.

Malik, Borçlar Kanunu genel ilkelerince yerine getirilmesi gereken külfet ile üst hakkının süresinden önce sona erdirilmesi veya devri yolunda taleplerini üst hakkı sahibine temerrüt ihtarıyla bildirerek, BK m.124 hükmünce üst hakkının iradi terkin ve zilyetliğin iadesi yolunda yapma edimleri konusunda uygun süre verilmesi yolunda işlem tesis etmelidir.

Anılan süre sonunda tapuda, “*Bir tescilin terkin edilmesi veya değiştirilmesi, ancak bu kaydın kendilerine hak sağladığı kimselerin yazılı beyanı üzerine yapılabilir.*” şeklindeki MK m.1014 hükmünce, üst hakkı sahibinin terkin ve de

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. dn. 31.

zilyetliğin (*tahliye ile*) iadesi edimlerini gerçekleştirilmesi beklenmelidir. Aksi takdirde görüşümüzce MK m.716 hükmüne tabi süresinden önce devir talebinin idare lehine yapılması ve idarenin süresinden önce sona erdirilmesi talebinde bulunması halinde terkine muvafakat beyanı bulunması gerekecektir. Niçin MK m.1025 hükmüne tabi yolsuz tescil talebi ile dava açılmadığı kuşkusunu gidermek gerekecektir. Uygulamadaki cehalet ile “*tapu iptali ve davacı adına hükmen tescili*” şeklinde uydurma ifadelerle dava açılması gerçeği karşısında, bu ayırımın ne ifade edeceği yolundaki duyarlı hukukçu beyanlarını duyar gibiyiz. Gerekçemiz hazırdır: Roma Hukukundan gelen ilkelere dayalı Borçlar ve Medeni Kanun’umuzdaki, mülkiyetin geçişinde nedensellik (*illilik*) prensibi alt başlığında; borçlandırıcı işlem gerçekleşip (*sözleşmenin doğumu anında*) herhangi bir geçersizlik müeyyidesine tabi olmayan işleme dayalı olarak tasarruf işlemi yapıldığında, sonradan borçlandırıcı işlemin sona ermesi halinde tasarruf işlemi bu olgudan etkilenmeyecektir.³⁴ Buna göre tescilin asla geciktirici ve (konumuz açısından) bozucu koşula bağlanamayan hukuki niteliği bu sonucu amirdir. Bu olasılıkta sözleşmeden dönme durumunda, aynı neticeli olarak taşınmazın iadesinin yolsuz tescil davasıyla elde edilebileceğini savunan görüşler temelsiz kalmaya mahkûmdur.³⁵ Bu yolda Roma Hukuku’na dayalı ilkelerin yansımasının güzel bir örneğini BK m.136’da görmekteyiz. İkinci fıkradaki “*Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup*” şeklindeki hükümde sebepsiz zenginleşme davasından bahsediliyor olması, yeterli gerekçeyi oluşturmaktadır. Para borcunda karışma olasılığında sebepsiz zenginleşmenin kaçınılmaz olmasının yarattığı sonucun gerekçemizi zayıflatmaması için 136. Madde hükmünü mal değişim (*trampa*) sözleşmesine uyguladığımızda ne denli haklı olduğumuz ispatlanmış olacaktır. Mal değişim sözleşmesince kendi taşınır malını MK m.763/1 (*Taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir*) gereği (ve 977’de sayılan hallere bağlı olarak) devretmiş olan karşı edim taşınır alacaklısı, taşınırın sözleşmenin doğumundan sonra malikinin kusuru olmaksızın (*kaza, mücbir sebep*) yok olması halinde (*sel sularına karışması, depremde kaybolması gibi*) sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi karşısında devrettiği taşınırın hala karşı tarafın malvarlığında mülkiyet olarak yer alıyor olması karşısında açacağı dava belirlenmiştir. Buna göre açılacak dava,

³⁴ Vardar Hamamcıoğlu, s. 162 vd.

³⁵ Taşınmaz mülkiyetinin sonradan ortadan kalkan borçlandırıcı işleme dayalı olarak yolsuz tescil davası açılabilirliğini savunan görüşlere paralel arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde dönme halinde “*avans tapu*” tabiri ile varılan sonuçlar, özel hukuk alanında garabetin zirvesini oluşturmuştur. Bu konuda eleştirilerimiz için bkz.: Etem Saba Özmen/Müge Ürem, “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan “Avans Tapu” Kavramına Yönelik Eleştiriler*”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016 (1), s. 13-31.; Vardar Hamamcıoğlu, s. 142 vd.

istihkak (*rei vindicatio*) sonucu zilyetliğin iadesi değil; (*MK m.993 ve devamı hükümlerince*) sebepsiz zenginleşme (*condictio ob causam finitam BK m.79/II vd.*) davası sonucu zilyetliğin iadesi olacaktır. Roma Hukukundaki bu hukuki sonuçlar, kanunlarımıza; Atamızın muhteşem tercihi ile İsviçre Medeni ve Borçlar Kanunundan aktarılmış olup, aksi görüşün savunulmaz temellerini ortadan kaldırır.

IX. KAMU ARAZİLERİNDE TURİZM AMAÇLI KURULMUŞ ÜST HAKKI UYGULAMASINA YÖNELİK ELEŞTİRİLER

A. Turizmi Teşvik Kanunu m.8 ile Getirilen Hükümlerin Anayasa'ya Aykırılığı

Yukarıda gerekçeleriyle aktarılan bilgilerle, bir kamu taşınmazında kurulmuş üst hakkının sürekli edim olarak taraflara yüklediği borçların ifası ile ilişkide doğan uyuşmazlıkların özel hukuk alanına dahil olduğu açıktır. Bu yadsınamaz sonuca rağmen kamu taşınmazlarında kurulmuş üst haklarıyla ilgili olarak (*Milli Parklar Kanunu'nda hatalı tabirle intifa olarak ifade edilmiş irtifak hakkı da dâhil olmak üzere*) idareler, tamamen kendilerine mahsus bir hukuk sistemi ve “*tahsisin iptali*” ifadesiyle bir kavram yaratarak -mahkemelerin bilgisizliği ve duyarsızlığı sonucu- bir uygulama sahası açmış gözükmektedirler. Doğal olarak bilimsel temelden yoksun (de facto) her kurum gibi sancılar yaratmaya mahkûm olacaktır.

Yukarıda değindiğimiz gibi idare, özel hukuk kişileri ile “*özel mal*” statüsünde üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu taşınmazlara yönelik işlem tesis ettiği takdirde özel hukuka tabi olur. Bu durumlarda doğan uyuşmazlıkların da adli yargıda görüleceği açıktır. Hal böyle iken Turizmi Teşvik Kanunu m.8 hükmü uyarınca bilimsel temelden yoksun “*tahsis*” nitelemesi ile getirilen çok ağır eleştirilerde bulunacağımız düzenleme asla kabul edilemez. Özel hukuka tabi ve adli yargı hâkimi önünde “*tarafların eşitliği*” ilkesince Medeni Kanun ile getirilmiş hükümlerin aksine, idarenin lehine düzenleme oluşturması savunulamayacaktır. Kamu menfaatine sığınılacak olması da itibar görmeyecektir. Medeni Kanun’umuz özel hukuk kişisi taşınmaz malikini, üst hakkı sahibinin hukuka aykırılıklarında yeterince korumuştur. İdarelerin, Anayasa’mızın 10. maddesinde yer alan “*kanun önünde eşitlik*” ilkesine aykırı olarak idareyi koruma refleksi ile yaratılmış bir hukuki zırha ihtiyacı yoktur. Çünkü tabi olunan Medeni Kanunumuzda hukuki yararlar, idare ve özel hukuk kişileri açısından farklılık gözetilmeksizin korunmuştur.

B. Üst Hakkının Sona Ermesi veya Süresinden Önce Devir Talebi İdari Yargıya Tabi Bir İdari İşlem Değildir

İşte özel hukuka tabi bu uygulama karşısında idare de aynı hukuki sonuca tabi iken; adli yargı öncesine iptal davası sokuşturulması tam bir saçmalık örneğidir. Üstelik idari yargıda iptal davası lehe sonuçlanınca da adli yargıdaki uyuşmazlığı

formaliteden ibaret gören anlayışa söylenecek söz bulamamaktayız. Bu hukuktan nasibini almamış sonuçların hukukçu olmayan bürokrat iradesine dayalı oluştuğu ortadadır. Oysa duraksamaksızın söylenebilecek gerekçemiz hazırdir: Hiçbir şekilde idari yargı hâkimi kararı ile bağlı olmayan adli yargı hâkimi, Medeni Kanun hükümlerine göre 831. maddede yer alan sebeplerin oluşup oluşmadığını ön sorun olarak incelemeyen, idari yargıda verilmiş iptal davasının reddi kararını gerekçe olarak hükmüne esas alamaz. Ancak adli yargı hükümleri açısından bu doğruların farkında olunmayınca, hâkimler, tam da kast ettiğimiz gibi kendilerini bağlayan Medeni Kanun hükümlerinden habersiz uydurma tabirle tapu iptal hükümlerine yönelik karar tesis etmektedirler.

İdarenin kendi iç bünyesinde aldığı ve özel hukuk ile ilintilendirmeksizin kendine özgü bir kavram yaratarak “*tahsisin iptali*” olarak adlandırdığı kararın denetimi adli yargıda yapılacaktır. “*Tahsisin iptali*” ismini vererek aldığı icraî nitelikteki bu karar, kamu hukukuna ait olarak kendi bünyesinde denetime tabi olabilir. Ancak bu karar, özel hukuka tabi bir adli yargı uyuşmazlığında hiçbir şekilde dikkate alınmaz. Hele kendi iç bünyesinde görevlendirilen müfettiş sıfatı taşıyan kişilerce yazılmış, mahkemeye sunulan raporların, delil olarak bile değerlendirilemeyeceği açıktır. Bu tür sorunlarda, idarenin aldığı kararlara dayalı dava açılması veya özel hukuk kişilerince aleyhe açılan davalarda kamu avukatlarının bu müfettiş raporlarından güç almaya kalkışması mesleki açıdan utanç vericidir.

İdare kendi iç bünyesinde tabi olduğu mevzuat ve yönetmelikler doğrultusunda işlemi, üst hakkına ilişkin “*tahsisin iptali*” diye adlandırırsa da dava dilekçesine yansıyan bu tür taleplerin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerince yazılmış dava ve cevap dilekçelerinin MK m.5 hükmü atfıyla BK m.19 hükmünce yorumu kaçınılmazdır. İşte adli yargı hâkimi, bu yönde anılan garabet ifade ile açılan davaları özel hukuk temeline oturtarak uyuşmazlığı MK m.5 hükmünün yollamasıyla çözümlenmek zorundadır. Bu, kendisine HMK m.33³⁶ hükmüyle verilmiş görevinin gereğidir.

Uyuşmazlık kaynağı olması durumunda, idarenin taşınmaz maliki sıfatıyla Medeni Kanun’a tabi olarak üst hakkına yönelik MK m.831 ve m.833 hükmü uyarınca karar alması, uygulamada idari işlemiş gibi idari yargıda iptal davasına konu olmaktadır. Sonrasında çift yargı yoluyla uzayıp giden süreç, idarenin hatalı işlemlerini yüzümüze vurmaktadır. Şöyle ki, dört yıl ve hatta rastladığımız olayda on yıl sürmüş iptal davasında lehine karar almış bakanlık, bu defa Asliye Hukuk Mahkemesi’nde “*tapu iptal davası*” açmaktadır. İstinaf ve temyiz ile dört yıl da bu davanın sürmesi halinde sonucun trajikomikliğini anlatmaya gerek kalmadığı düşüncesindeyiz.

Bu konuda olması lazım gelen basiretli idare davranışı, yukarıda andığımız gibi üst hakkının süresinden önce sona erdirilmesine veya devrine dair icraî nitelikte karar alınmasını, bunun üst hakkı sahibine temerrüt ihtarıyla bildirilmesini,

³⁶ HMK m.33: “*Hâkim, Türk hukukunu re’sen uygular.*”

BK m.124 hükmünce üst hakkının iradi terkin ve zilyetliğin iadesi yolunda yapma edimleri konusunda uygun süre verilmesini gerektirmektedir.

Olması lazım gelen (*de lege ferenda*) uygulama bu şekilde değildir. Tartışmasız boyutu ile üst hakkının bozucu yenilik doğurucu hakla sona erdirilmesi veya önerdiğimiz yöntemle süresinden önce devir talebi asla idari yargı yoluna tabi olmaz. Bu sonuçla kamu taşınmazlarında özel mal niteliğinde olmakla malik idarenin üst hakkını sona erdirmeye yolunda oluşan bozucu yenilik doğurucu hakkını kullanma yolunda iradesi, idari yargı sürecine tabi değildir. Aynı olgunun özel hukuk kişileri üzerinde cereyan ettiğini düşünelim: Uygulamanın saçmalığı kendiliğinden anlaşılır. Çünkü özel hukuk kişisi, üst hakkı sahibinin hukuka aykırı davranışı (*MK m.831'de belirtilen koşullara bağlı*) karşısında bildirimde bulunduğu takdirde üst hakkı sahibi iptal yolunda dava açmaz. Böyle bir ihtar alan üst hakkı sahibinin “*menfi tespit davası*” açması öngörülebilecekse de uygulamada buna pek rastlanmayacağı açıktır. Çünkü üst hakkı sahibinin bu bildirim veya ihtar karşı böyle bir dava açma zorunluluğu bulunmamaktadır. İşin doğal akışı gözetildiğinde, yukarıda verdiğimiz bilgiler doğrultusunda idarenin, bozucu yenilik doğurucu hak olarak karşı tarafa varması gerekli irade beyanı ile süresinden önce sona erdirmeye veya devir ve de bu bildirimde BK m.123 hükmünce uygun süre tanınması ve hatta uygun süre verilmesini gerektirmeyen olgulara dayalı olarak (*bu sürede arazide üst hakkı sözleşmesine aykırı yapıların eski hale iadesinin veya baştan aykırı yapılması halinde projeye uygun hale getirilmesinin bu süre içinde de mümkün olmaması gibi BK m.124'te sayılan hallerde*) zilyetliğin iadesi talebinde bulunması gerekecektir. Bu ihtar karşılık anılan türde (“*haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşma veya yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranma*”) ihlallerde bulunmadığı düşüncesinde olan üst hakkı sahibinin, eğer adli yargıda menfi tespit davası açma niyetinde değilse aleyhine açılacak MK m.716'ya tabi terkin isteme davasını beklemesi gerekecektir. Çünkü üst hakkı sahibi, aleyhine üst hakkının sona erdirilmesi veya süresinden önce devir talebinde bulunulması halinde itirazlarını savunmada kalarak yapmak isteyecektir. Diğer olasılıkla üst hakkı sahibinin ihtar karşılık menfi tespit davası açılması halinde ise bu dava görülmekte iken; idarece terkin isteme davası da açılacak olursa, görevli Asliye Hukuk Mahkemesi hükme bağlayacağı uyuşmazlık açısından ön sorun teşkil eden menfi tespit davasının birleştirilmesi kararı vererek uyuşmazlığı sonlandırmakla yükümlüdür.

Bu bilimsel hukuki gerçeğe rağmen idarelerin malik olduğu taşınmazda tesis edilmiş üst hakkı sahiplerine karşı tahsisin iptali yolunda icraî nitelikte idari işlem oluşturmalarına dayalı açılan idari yargı iptal davalarında görevsizlik kararı verilmesini ve dosyanın adli yargıya gönderilmesini talep edecekleri yerde artık dört yılı aşması kanıksanmış idari yargı uyuşmazlığı ile boğuşuyor olmaları tamamen üst hakkı bağlamında idarenin özel hukuk ilişkilerinde uygulanacak hukuku idrak edememesinin sonucudur.

C. Sona Erdirme veya Devir Sebeplerine Dayalı Hareket Edilmemesi Kanuna Aykırıdır

Yukarıda izah ettiğimiz üzere idareler, kamu taşınmazlarında kurulu üst hakkı yükümlüsü taşınmaz maliki sıfatıyla Medeni Kanun hükümlerine tabi olmalarının sorumluluğu ile hareket etmemektedirler. Medeni Kanun'unuzun ruhu bir aynı hakkın geçerli olarak doğmasına bağlı olarak sözleşmeye son verme özgürlüğünün hak sahibi tarafından dilediği gibi kullanılmasına engeldir.

İdarenin bu tutumu (*üst hakkının yarattığı mülkiyet hakkının ayrı sayfaya kayıt ile taşınmaz mülkiyeti oluşturulması sonucu veya diğer hallerde*) Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırıdır.³⁷

D. Sona Erdirme veya Devri Talep Sonrası Yapıya El Konulması Anayasa'ya Aykırıdır

Hukuk devleti açısından Turizmi Teşvik Kanunu m.8/I bendinin I. Fıkrası, sağduyulu bir hukukçunun kanını donduracak niteliktedir. Hükmü aynen yazarak sonuç çıkartmak gerekirse: *“Bakanlık tarafından tahsisi iptal edilen taşınmazların üzerinde yatırımcılar lehine tesis edilen irtifak haklarına ilişkin terkin davalarında basit yargılama usulü uygulanır. Tahsisi iptal edilen ve irtifak hakları terkin edilen veya tahsis süreleri sona eren taşınmazlar üzerinde bulunan yapı, tesis ve müştemilatlar bedelsiz olarak Hazineye intikal eder. Yatırımcı, bunlar için herhangi bir hak ve bedel talep edemez.”*

Medeni Kanun'unuzun 832. maddesinde son derece adil ve hakkaniyete uygun bir çözüm getirilmiş olmasına rağmen; idare tarafından, tıpkı Ceza Kanunu'nda suç halinde müsadere cezası gibi bir uygulamaya vücut veren bu hükmün, bir hukuk devletinde kabul edilmesi mümkün değildir. Oysa bu hallerde Medeni Kanun'unuzun 832. maddesi hükmüyle, sona erdirilmiş üst hakkı sahibinin inşa etmiş olduğu yapıya ilişkin kanundan doğan bir alacak hakkına vücut verilmiştir. Hak, kanunun açık hükmünden doğmakta olup, sebepsiz zenginleşme niteliği görülmez ve zamanaşımı on yıldır (BK m.146).

İşte bu alacak haklarından peşinen vazgeçme niteliği taşıyan şartname ve oradan resmi senede taşınmış hükümler geçerli kabul edilemez. MK m.832 hükmü ayrıca emredici bir hüküm niteliğinde olduğu gibi, bu alacak haklarının ancak doğumu halinde ibraya konu olabileceği unutulmamalıdır. (*Alacak hakkı olmakla; aynı haklara hâkim feragat asla söz konusu olmaz.*) Feragat gibi ibra da tasarruf işlemi olmakla, her hukukçunun ezbere bildiği deyişle *“doğmamış haktan*

³⁷ *İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmeye Ek Protokol No. 1: Madde 1: “Mülkiyetin korunması: Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkılarının veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.”*

feragat/ibra edilemez” tabiri gereği anılan hükümlerin hiç bir geçerlilik taşımadığı anlaşılabilir.

Devlet ciddiyeti, özel mal niteliği ile mülkiyet hakkına sahip olduğu taşınmazda, yaptığı sözleşmelerin adli yargı denetiminde Medeni Kanun hükümlerine tabi olma olgusunu göz ardı edemez. Böyle bir tutumla sona erdirilen veya devri talebi ile idareye geçen hak sonrası, üst hakkı sahibi tarafından inşa edilmiş yapıya ilişkin hiçbir bedel ödenmemesi tam bir ceberut devlet anlayışının eseri olup, yabancı yatırımcıların önüne set çekmektedir.

Bu konuda m.8/1 bendinin yürürlükte bir kanun hükmü olmakla birlikte, yalnızca Medeni Kanun’da düzenlenmiş üst hakkı konusunda uygulanamayacağını belirtmek isteriz. Hüküm, “*tahsis*” adı altında üst hakkı dışında, örneğin kira veya ürün kirası niteliğinde yapılmış sözleşmelere konu hukuki işlemlerde uygulama alanı bulabilecektir.

Bu maddenin yukarıda eleştirdiğimiz şekilde üst hakkında uygulanmak istenmesi halinde üst hakkı sahiplerine önereceğimiz yol çok açıktır: Anayasa’nın 152. maddesinin “*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.*” hükmü gereği görülmekte olan davada aleyhine uygulanacak üst hakkı sahibi tarafından Anayasa’ya aykırılık itirazında bulunulmalıdır. Ayrıca itiraz niteliği taşımakla, hâkim tarafından re’sen göz önüne alınabilecektir.

Gerçekten de yukarıda gerektirici nedenlerle açıkladığımız bilgilere dayalı olarak bu makale ile ulaşabileceğimiz duyarlı hâkimlerin, idari yargıda iptal davası üst hakkı sahibi aleyhine sonuçlanmış olsa da, Asliye Hukuk Mahkemesinde formalite icabı açılmış gözükten davanın garabet sonuçlarını asla kabul etmemesi gerekir. Bu durumda hâkim, huzurda açılan MK m.831 ve m.833’ün uygulanması niteliğindeki süresinden önce devir talebi konulu idare adına tescili isteme davasında (*kıyasen süresinden önce sone erdirmeye talebi halinde terkinin isteme niteliği ile*) (MK m.716) idarenin öne sürdüğü sona erme sebeplerinin gerçekleşip gerçekleşmediğini itirazden delillendirilmiş olgulara bağlı olarak araştırmakla yükümlüdür.

X. KANUN DEĞİŞİKLİĞİ İHTİYACI VE SONUÇ

A. Öneriler

Aslında Medeni Kanun hükümlerine bağlılık ile bilimsel yaklaşımla hiçbir sorun olmayacak iken Turizmi Teşvik Kanunu m.8’de getirilen düzenleme ile tam bir kargaşaya vücut verilmiştir. Bu nedenle, anılan kanunun ilgili fıkralarının yürürlükten kaldırılarak yerine bir tek cümle getirilmesi ile sorun aşılabilecektir.

Bakanlık, özel mal niteliğinde mülkiyet hakkına konu hazine adına tapuya kayıtlı ve tescilli arazilerde bu kanunda belirtilen amaçlar doğrultusunda turizm amaçlı işletilmek üzere mevcut veya hak sahibi tarafından inşa edilecek yapılara bağlı olarak Medeni Kanun hükümlerince üst hakkı kurulabilir. Kadastro Kanunu m.18 hükmünce devletin hüküm ve tasarrufunda olan arazilerde bu amaçla hazine adına tespit ile arazi üretebilir.

Ayrıca yukarıda andığımız nitelikte karmaşa içeren bir diğer konu da düzenleme ile bertaraf edilebilir. **“Bu kanun hükümlerince kurulmuş üst haklarının süresinden önce sona erdirilmesi veya devrini isteme hakkı MK m.831 ve m.833 hükümlerine, bu hakların kullanılması halinde yapı sahibine ödenecek bedel MK m.832 hükmüne tabidir.**

Ancak bu hükümlere dayalı uygulama açısından araştırmamızda andığımız yargı yolu uyuşmazlıklarına düşülmemesi için, Nitelikler Yönetmeliği’ne de uygulayıcılara yol göstermek için daha ayrıntılı hükümler getirilmelidir. Bu yolda getirilecek hüküm önerisi şu olacaktır: **Üst haklarının kurulması, hakkın alacağın devri hükümlerince devri ve bağımsız ve sürekli hak olarak tapuya ayrı sayfaya kaydı ile taşınmaz mülkiyeti yaratılması Medeni Kanun hükümlerine tabi olmakla bu konuda doğacak tüm uyuşmazlıklar adli yargıda görülecektir.**

Belki de, üst hakkı tesisini özel hükümle kolaylaştırmak amacı ile borçlandırıcı işlem üst hakkı sözleşmesinin geçerlilik şeklinde MK m.781; TapuK. m.26 hükmünce istisna oluşturmak en doğrusu olacaktır. Çünkü bakanlık yetkilerinin resmi memur niteliği karşısında imzalanan metnin resmi şeklin gereğini yerine getirdiği kabul edilmelidir.³⁸ Buna göre önerimiz şu şekilde olacaktır: **“Bakanlık tarafından hazine arazilerinde kurulacak üst hakkına ilişkin sözleşme bakanlık yetkililerinin imzasıyla yazılı şekilde imzalanmakla bakanlık tarafından MK m.1023/1 hükmünce tapuya yazılacak talep beyanı ile üst hakkı hak sahibi adına tescil edilir.”**

B. Yönetmelik Değişikliği İhtiyacı

Yukarıda andığımız şekilde Turizmi Teşvik Kanunu’nda değişiklik gereksiz bu kanunun 18. maddesindeki tahsis iptaline dayalı müeyyideye tabi olmadan üst hakkı kurulması, yukarıdaki önerilerimiz doğrultusunda Yönetmelik ile düzenlemeye kavuşturulabilecektir. Savunduğumuz görüşler doğrultusunda Yönetmelik ile getirilecek doğru ve bilimsel kurallar ile hiç sorun yaşanmadan idarenin kamu taşınmazlarında turizm amaçlı üst hakkı tesisi uygulaması yürütülebilecektir.

³⁸ Kamulaştırma Kanunu 8’inci madde ile yapılan değişiklik bu niteliktedir.

Hüküm önerilerimiz şu şekildedir:

Genel Kural:

Madde: Bakanlık, özel mal niteliğinde hazine adına tapuya kayıtlı arazilerde turizm amaçlı yararlanılmak üzere özel hukuk kişileri ile sözleşme yapabilir ve sınırlı ayni haklar kurabilir.

Bakanlık, sahihsiz ve yararı kamuya ait devletin hüküm ve tasarrufundaki arazilerin ekonomik yarar elde etme amacı ile hazine adına tespitini talep edebilir.

Madde: Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Hükümlerine Tabi Olma

Bakanlık, özel mal niteliğinde hazine mülkiyetindeki arazilerde tesis edeceği sözleşme ve sınırlı ayni haklar konusunda Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu hükümleri ile diğer ilgili genel hükümlere tabidir.

Madde: Adli Yargı Denetimine Tabi Olma

Bakanlığın, özel hukuk kişileri lehine tesis ettiği sözleşme ve sınırlı ayni hak ilişkisinden doğan uyuşmazlıklar adli yargı denetimine tabidir.

Madde: Üst Hakkı Kurulması

Mevcut bir yapıya ya da irtifak hakkı sahibinin yapacağı imalatlara dayalı olarak MK m.726 ve m.826 vd. hükümlere tabi olarak üst hakkı kurulabilir.

Madde: Üst Hakkının Temel Özellikleri

Üst hakkı, tapuda en az otuz yıl süreyle (sürekli) ve kanundan doğan niteliği ile devri yasaklanmama koşulu ile (bağımsız) kurulabilir. (

Madde: Ayrı Sayfaya Kayıt ile Taşınmaz Mülkiyeti Oluşturabilme

Üst hakkı sahibi, bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkını, Bakanlık izni gerekmeksizin, MK m.826/son fıkra hükmünce ayrı sayfaya kayıt ile adına taşınmaz mülkiyeti (MK m.704/II; MK m.998/II) yaratabilir.

Madde: Üst Hakkının Devri

Üst Hakkı Üzerinde Alacağın Devri

Üst hakkının bağımsız ve sürekli hak niteliği ile MK m.826 son fıkra uyarınca taşınmaz mülkiyetine vücut veren ayrı sayfaya kayıt halinde taşınmaz mülkiyetinin devri hükümlerince tasarrufa konu edilebilir (MK m.705/II).

Üst hakkını devreden halefler, MK m.833 hükmünce eşyaya bağlı borç niteliğinde idareye karşı tüm borç ve yükümlülüklerden sorumludurlar.

Madde: Bağımsız ve Sürekli Üst Hakkına Dayalı Kat Mülkiyeti Kurulması

Üst hakkı sahibi, bağımsız ve sürekli hak olarak tapuda kayıt ile adına mülkiyet hakkı tescil edilmiş yapıda kat mülkiyeti tesis edebilecektir.

Madde: Kat Mülkiyetine Konu Bağımsız Bölümlerden Turizm Amaçlı Yararlanılma Zorunluğu

İmar Kanunu m.3 hükmünün emredici niteliği uyarınca kat mülkiyetine konu bağımsız bölümler turizm amacı dışında kullanılamaz.

Madde: Kat Mülkiyetine Konu Bağımsız Bölümlerde Devreli Tatil Sistemleri Kurulabilir

Turizm tesislerinde gerek kat mülkiyetine konu olmayan ünitelerde gerekse kat mülkiyetine konu bağımsız bölümlerde, bu amaçla tahsisi halinde mesken niteliği koşulları taşıyanlarda, KMK m.57 vd. hükümlerinde düzenlenmiş devre mülk hakları; bu nitelikte olmayan müstakil kullanıma elverişli ünitelerde paylı mülkiyete dayalı veya konusu olacak hakkı sağlayan ve fakat tüketici lehine kira sözleşmesine konu şerh edilmiş devre tatil sistemleri kurulabilir.

Madde: Turizm Kompleksi ve Konutlarda Kat Mülkiyeti Kurulması

Üst hakkına konu arazilerde bu yönetmelik hükmünce kurulacak turizm kompleksleri ve konutlarda kat mülkiyeti kurulması aşağıdaki ilkelere tabidir.

Anayarımcı statüsünde üst hakkı sahibi, kat mülkiyetine konu turizm tesislerini ayrı ayrı devre konu edebilir. Turizm amacı doğrultusunda turizm tesislerine bağlı faaliyet gösteren iş yerlerini (*alışveriş merkezinde yer alacak veya yer almaksızın butik, kuyumcu, market vb.*) kat mülkiyetine konu olarak ayrı ayrı devredebilir.

Bu yönetmelik hükümlerince ayrı işletme belgesine sahip tesis türleri turizm kompleksi veya kentlerinde ayrı ayrı kat mülkiyeti ile devre konu edilebilir.

Madde: Ek Alana Konu Üst Hakkına Dayalı Özellik

Sahibine ek alan tahsisi olarak kurulmuş üst hakkında, üst hakkı sahibinin kendi mülkiyetinde ve Kıyı Kanunu'na aykırılık oluşturmayan arazilerde kurulu kat mülkiyetinde mesken nitelikli kullanım turizm amacı dışında değerlendirilemez.

Madde: Mevcut Apartlarda Kurulu, Kat Mülkiyetine Konu Mesken Nitelikli Bağımsız Bölümlerin Adi Ortaklık Eliyle İşletilmesi

Turizm tesislerinde mevcut kat mülkiyetine konu bağımsız bölümlerden, mesken niteliği ile bağımsız bölümlerin kullanım hakkının sermaye olarak konması sonucu tesis edilen adi ortaklık eliyle, turizm amacı doğrultusunda yararlanılabilir.

KAYNAKÇA

- ANTALYA**, Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ARAL**, Vecdi, *İnşaat (Üst) Hakkı*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1962.
- BUZ**, Vedat, *Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- DEMİRSATAN**, Barış, *Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- EREN**, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- GÖZLER**, Kemal, *İdare Hukuku*, C. II, Ekin Kitapevi, Bursa, 2009.
- GÖZÜBÜYÜK**, Şeref / **TAN**, Turgut Tan, *İdare Hukuku*, C. I, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011.
- GÜRZUMAR**, Osman Berat, *Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı*, 2. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2001.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012.
- OĞUZMAN**, Kemal / **BARLAS**, Nami, *Medenî Hukuk*, Vedat Kitapçılık, 26. Baskı, İstanbul, 2020.
- OĞUZMAN**, Kemal / **SELİÇİ**, Özer / **OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe, *Eşya Hukuku*, 22. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2020.
- ÖZMEN**, Etem Saba / **AYDIN**, Gülşah Sinem, “*Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma ile Açılan Davalar (Tescile Zorlama Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)*”, İstanbul Barosu Dergisi, 2014 (6), s. 179-215.
- ÖZMEN**, Etem Saba / **KIR**, Hafize, *Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi* (5711/5792 Sayılı Kanunlar), Saba Özmen Avukatlık Ortaklığı Yayınları, İstanbul, 2010.
- ÖZMEN**, Etem Saba / **ÜREM**, Müge, “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan “Avans Tapu” Kavramına Yönelik Eleştiriler*”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016 (1), s. 13-31.
- ÖZMEN**, Etem Saba / **ÜREM**, Müge, “*Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi*”, İstanbul Barosu Dergisi, 2016 (3), s. 193-218.
- ÖZMEN**, Etem Saba / **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, Gülşah, *Kat İrtifakı*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ÖZMEN**, Etem Saba, “*Kamu Arazilerinde Üst Hakkı Uygulamalarına Yönelik Eleştiriler*”, Uluslararası Eşya Hukuku Sempozyumu, Ed: İlknur Serdar/Ayşe Fırat Şimşek, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2020.
- ÖZMEN**, Etem Saba, “*Türk Hukukunda Paydaşlıktan Çıkarma Davası*”, Kazancı Kitap, Ankara, 1992.
- SİRMEN**, Lale, *Eşya Hukuku*, Ankara, 8. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2020.
- SUNGURBEY**, İsmet, *Medeni Hukuk Eleştirileri*, C. II, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1970.
- TAN**, Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011.

ÜNAL, Mehmet, *Türk Medenî Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1988.

VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, “*İntifa Hakkına Konu Taşınmazın Hukuka Aykırılığı ve Niteliğine Uygun Düşmeyen Şekilde Kullanılması*”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye 80. Yıl Armağanı, Ed: Yasemin Güllüoğlu Altun, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 241-281 (Vardar Hamamcioğlu, *Hatemi’ye Armağan*).

VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, *Medenî Hukuk’ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Borçlu Arasındaki İlişkiler

The Relationship Between the Guarantor and the Debtor in the Guarantee Agreements

Av. Seren DÜDEN^(*)

Öz:

Bir borç ilişkisinin tarafları alacaklı ve borçludur. Borçlu borç muaccel olduğunda borcu ifa etmekle yükümlü kimsedir. Ancak bazen borçlu borç muaccel olsa bile borcu ifa etmeyip alacaklıyı zora sokmaktadır. Alacaklı bu durumu yaşamamak adına, alacağını garanti altına alabilmek için borçludan birtakım güvenceler isteyebilir. Uygulamada sıkça rastlanan kefalet sözleşmesi ile üçüncü bir kimse borçlunun borcu ifa etmediği takdirde kendisinin bizzat borcu ifa edeceğine dair alacaklıya güvence vermektedir. Kefalet sözleşmesi ile üçüncü kimse borçlunun borcuna kefil olacaktır ve borçlu borcu ifa etmediğinde alacaklı kefile başvurarak alacağını ifa ettirebilecektir. Böylece söz konusu borcun ödenmesi güvenceye bağlanmış olacaktır. Kefalet sözleşmesi yapılmış bir borç ilişkisinde borçlu borcunu ödemediği durumda, borcu ödemeyi üstlenen kişiye kefil denir. Kefalet bir şahsi teminat türüdür. Kefalet sözleşmesi borçlu ve alacaklı arasında asıl borca bağlı ayrı bir sözleşmedir. Asıl borç muaccel olduktan sonra alacaklının kefile gidebilmesi mümkündür. Asıl borç sona erdiğinde kefalet borcu da sona erecektir. Kefalet sözleşmesi alacaklı ile kefil arasında yapılmış olsa da kefilin kefalet sözleşmesine taraf olmayan esas borçluya karşı ileri sürebileceği hak ve yükümlülükleri de vardır.

Anahtar Kelimeler:

Kefalet Sözleşmesi, Kefil, Asıl Borçlu, Borçluya Rücu, Borcu Üstlenme.

Abstract:

The parties to a debt relationship are the creditor and the debtor. The debtor is the person who is obligated to perform the debt when it is due. However, sometimes, the debtor does not perform a debt even if it is due and places the creditor into hardship. The creditor may request certain assurances from the debtor for securing his/her receivable in order to avoid such a situation. With the guarantee agreement, which is frequently seen in practice, a third party gives assurance to the creditor that he/she will personally perform the debt of the debtor in case the debtor fails to do so. With the guarantee agreement, a

^(*) İstanbul Barosu Avukatı.

E-posta: serenduden08@gmail.com.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-7547-9835>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 22.01.2021.

Makale Kabul Tarihi: 04.05.2021.

third party becomes the guarantor of the debt of the debtor and the creditor will be able to have his/her receivable by applying to the guarantor in case the debtor fails to perform his/her debt. Thus, the payment of such debt will be secured. In a debt relationship where a guarantee agreement is concluded, the person who undertakes to pay the debt in case of non-payment by the debtor, is called the guarantor. Guarantee is a type of personal assurance. Guarantee agreement is a separate agreement between the debtor and the creditor depending on the principal debt. It is possible for the creditor to apply to the guarantor after the principal debt becomes due. When the principal debt ends, the guarantee debt will also end. Even though the guarantee agreement is concluded between the creditor and guarantor, there are rights and obligations that the guarantor may assert against the principal debtor, who is not a party to the guarantee agreement.

Keywords:

Surety Agreement, Surety, Principal Debtor, Recourse to the Borrower, Assumption of Debt.

GİRİŞ

Şahsi teminat sözleşmelerinin en sık rastlanan türlerinden biri olan kefalet sözleşmesi ile bir borcun yerine getirilmesi hususunda kişisel güvence verilmektedir. Alacaklı ile kefil arasında kurulan kefalet sözleşmesi, asıl borç sözleşmesinden bağımsız ancak fer'i nitelikte borç yükleyen bir sözleşme özelliği gösterir. Kefil, asıl borçludan başka bir borç için sorumluluk altına girerken, asıl borçlunun alacaklı karşısında sahip olduğu tüm savunma imkanlarına da sahiptir. Asıl borçlunun edimini yerine getirmemesi üzerine alacaklı, kefalet sözleşmesine istinaden kefile yönelecektir. Bu halde ise kefil, alacaklı karşısında kefalet sözleşmesinden kaynaklanan savunma sebeplerini de ileri sürebilecektir. Zira kefil, kefalet sözleşmesi uyarınca üstlendiği yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Alacaklıya ödemede bulunan kefil, ödeme yaptığı oranda alacaklının haklarını halef olacak ve asıl borçluya rücu edebilecektir.¹

Asıl borçlu, alacaklı ve kefil arasındaki üçlü ilişki, çalışmamızda kefil ile borçlu arasındaki ilişki kapsamında ele alınmaktadır. Buna göre, kefalet sözleşmesine istinaden kefilin sorumluluğunun kapsamı, kefilin alacaklı karşısında ileri sürebileceği savunma imkanları ile asıl borçlunun kefile karşı üstlendiği sorumluluklar ele alınmıştır.

Öncelikle çalışmanın birinci bölümde kefalet sözleşmesine ilişkin genel bir açıklama yapılmaya özen gösterilmiştir. Ardından, kefalet sözleşmesinin Türk Hukukundaki hukuki niteliği ve özellikleri incelenecektir.

Çalışmamızın devamındaki ikinci bölümde ise kefil ile borçlu arasındaki ilişkinin hangi hususlara dayandığı, kefilin yükümlülükleri ve savunmaları, asıl borçlunun sorumlulukları ve savunmaları incelenecektir.

¹ Senai Olgaç, Kefalet, Olgaç Matbaası, Ankara, 1978, s. 10.

I. BÖLÜM

A. Kefalet Sözleşmesi Tanımı, Konusu, Özellikleri

1. Tanımı

Kefalet ilişkisi bir sözleşmedir. Bu sözleşmede bir kimse borçlunun borcunu alacaklıya karşı ödemeyi ve borçtan şahsen sorumlu olmayı taahhüt eder. Kefalet borç doğuran ve amacı teminat olan bir sözleşmedir.² Kefalet sözleşmesi uygulamada en çok bankacılık sektöründe görülmektedir. Kredi talep eden müşterinin edimini güvence altına almak için bankaların en sık aradıkları kişisel teminat türlerinden biridir.³

Kefalet sözleşmesi, kişisel teminat sözleşmelerden biri⁴ olarak Borçlar Kanunu'nun özel hükümleri arasında yer almış ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 581. maddesinde tanımlanmıştır. Söz konusu hükme göre; “*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.*” Kefalet sözleşmesi kısaca, bir kişinin sözleşmeden doğan borcunu ödeyeceğini alacaklıya karşı üçüncü bir kişinin borca kefil olması ile garanti ettiği sözleşmedir.⁵

Kefil ile alacaklının arasında kurulan kefalet sözleşmesinde kefil daima tazminat borcu yüklenmekte olup, asıl borçlunun edimini aynen ifa etmekle mükellef değildir.⁶ Kefil alacaklının müspet zararını karşılamak üzere teminat vermektedir.⁷ Kefalet, alacaklıya kişisel güvence sağlayan alacaklı ile kefil arasında kurulan⁸ bağımsız nitelikte bir borç ilişkisidir.⁹

Kefalet sözleşmesi, başka bir kişinin borcunun üstlenilmesi dolayısıyla daima üç köşeli bir ilişkiyi zorunlu kılmaktadır. Ancak kefalet ilişkisinde asıl borçlu kefalet sözleşmesinin tarafı değildir. Kefalet sözleşmesi alacaklı ile kefil arasında

² Olgaç, s. 11.

³ Seza Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, Cem Basın Yayım, Ankara, 2013, s. 18.

⁴ Aslı Sücüllü, Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Şartları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 1.

⁵ Canan Ruhi/ Ahmet Cemal Ruhi, Türk Kefalet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 17.

⁶ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 757.

⁷ Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 778.

⁸ Gümüüş, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 533; Hüseyin Hatemi, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999, s. 118; Burak Özen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 86-87; Aydın Zevkliler/ Kadir Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2010, s. 529.

⁹ Gökhan Şahan, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2007, s. 5; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 47; Zevkliler/ Gökyayla, s. 530.

kurulan bir sözleşmedir.¹⁰ Asıl borçlu ile kefil arasında ise kefalet dışında akdi bir ilişki söz konusu olabilir.

2. Hukuki Niteliği

a. Kefalet Borcunun Fer'iliği

Kefalet sözleşmesi her zaman, mevcut ve geçerli bir esas borcun varlığını gerektirmektedir. Şöyle ki, kefilin sorumluluğu esas borçtan kaynaklanan asıl borçlunun sorumluluğuna bağlı olmaktadır.¹¹ Bu bağlılığı ifade etmek için kefalet sözleşmesinin fer'i bir sorumluluk doğurduğu söylenmektedir. Asıl borca bağlı olsa dahi kefil olunan miktar asıl borçtan daha az olabilecektir. Ancak, bu sorumluluk TBK m.589'un ilk fıkrasında belirtilen hüküm uyarınca, kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumludur.

Kefilin sorumluluğunun fer'iliği, hukuki dayanağını, kefalet sözleşmesinin alacaklıya teminat vermek amacıyla yapılmasında bulur.¹² Bu sözleşme ile asıl borçlunun borcunu alacaklıya ödememesi durumuna karşı kişisel teminat sağlar. Kişisel güvence verilince borçlu artık borcunu ödememe riskinden kurtulur.

Kefalet borcu, doğmuş veya doğacak olan asıl borca bağlı olarak hüküm ve sonuç doğurduğu için kefalet sözleşmesinin en belirgin ve asli özelliği fer'i olmasıdır. Asıl borcun sona ermesi halinde kefalet borcu da sona erecektir. Fer'ilik ilkesinin en önemli özelliği budur.¹³ Konuya ilişkin TBK m.598/1 hükmüne göre, "*Hangi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince, kefilde borcundan kurtulur.*" Bu hüküm sonucunda hangi sebeple sona ermiş olursa olsun borcun tamamen veya kısmen sona ermesi halinde, kefalet borcu da bu ölçüde sona ermiş olacaktır.

Kefalet borcunun fer'ilik özelliğinin bir diğer en önemli sonuçlarından biri ise kefile, asıl borçlunun durumundan daha ağır bir sorumluluk yüklenememesidir. Örneğin, asıl borçlu için öngörülemez cezai şart, kefil için de öngörülemez. Kefil, esas borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçları kapsamına girmeyen cezai şarttan da sorumlu değildir. Bununla birlikte kefilin halen 818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre esas borç kapsamında menfi zararı ve cezai şarttan sorumluluğu tekeffül edebileceği ve bunun hiçbir mahsuru olmadığı belirtilmektedir.¹⁴ Buna karşılık, kefil için asıl borçlunun sorumluluğundan daha

¹⁰ Reisoglu, Kefalet, s. 20.

¹¹ Hasan Ayrancı, "Şekil Şartına Uyulmadan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları", AÜHFD, C. 53, S. 2, 2004, s. 96; Gümüş, s. 533-534.

¹² Gümüş, s. 530; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 6; Sücüllü, s. 1; Yavuz, s. 589.

¹³ Necip Bilge, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1971, s. 382; Ruhi/ Ruhi, s. 18; Yavuz, s. 593; Zevkililer/ Gökyayla, s. 531; Gümüş, s. 534.

¹⁴ Seda Karakılıçarslan, "Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1-2, Ankara, 2009, s. 56; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 105.

hafif bir sorumluluk öngörülebilmektedir ve bu durum kefalet borcunun fer'ilik özelliğine ayrılık teşkil etmeyecektir. Örnek verecek olursak, kefil, borcun sadece bir kısmı için sorumluluk altına girmiş olabilir. Böyle bir kefalet geçerli olacaktır.¹⁵

Kefalet borcunun fer'ilik özelliğinin diğer sonuçları arasında, alacağın asıl borçluya karşı muaccel olmadan kefile karşı muaccel olmaması, ihbar yapılmasının gerekli olduğu hallerde asıl borçluya ihbar yapılmaksızın kefile yapılacak ihbarın geçersiz olması,¹⁶ şarta bağlı bir borç için kefilin kayıtsız şartsız borç altına girmesinin geçersiz olması, asıl borçlunun sadece ağır kusurdan sorumlu tutulduğu hallerde kefilin her türlü kusurdan dolayı sorumlu tutulamaması, asıl borçtan bağımsız şekilde kefalet alacağının temlikinin mümkün olmaması ve son olarak uyumsuzluk halinde alacaklının sadece kefaleti değil, asıl borcun varlığını da ispatının zorunlu olması hususları sayılabilir.¹⁷

Kefaletin fer'ilik niteliği kendini def'ilerde de göstermektedir. Şöyle ki, asıl borçlunun aciz hali dışındaki tüm def'ileri, kefil tarafından alacaklıya karşı ileri sürülebilmektedir. Örneğin, söz konusu borca ilişkin zamanaşımı def'i ileri sürülebiliyorsa kefil bu def'iyi alacaklıya karşı ileri sürebilecektir. Ancak asıl borçlunun ödemedi aczi haline ilişkin def'iler kefalet sözleşmesinin amacına aykırı olacağı için kefil alacaklıya karşı bu def'iyi ileri süremeyecektir. Yeni TBK'nın 589. maddesinin dördüncü fıkrası ise bu konuda 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almayan yeni bir hükme yer vermiştir. Artık, kefilin asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür. Bu emredici nitelikte düzenleme ile kefilin cezai şart ve menfi zarardan sorumlu olacağı kararlaştırılmayacak ve artık kefil, asıl borçlu ile alacaklı arasında kararlaştırılmış olan cezai şarttan ve sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan menfi zararların tazmininden sorumlu olmayacaktır.¹⁸

b. Kefalet Borcunun Talilîği (İkinciliği)

Talilik ile kastedilmek istenilen ön planda daima asıl borç ilişkisinin bulunması ve takibe öncelikle asıl borçludan başlanmasıdır.¹⁹ Bu ilke uyarınca alacaklı, borçluya başvurmadan kefile başvuramaz. Kefile başvuru için öncelikle asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi ve asıl borçluya başvurularak borcun tahsil edi-

¹⁵ Ruhi/ Ruhi, s. 18.

¹⁶ Fahrettin Aral, Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 465; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 97; Reisoğlu, Kefalet, s. 156; Yavuz, s. 850.

¹⁷ Ruhi/ Ruhi, s. 18.

¹⁸ Merve Yılmaz, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı", TBB Dergisi, S. 97, Ankara, 2011, s. 163.

¹⁹ Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 821; Eren, s. 777; Reisoğlu, Kefalet, s. 5.

lememiş olduğu kanıtlanması gerekecektir.²⁰ Asli borçlunun yanında kefil ikinci derecede sorumludur.

Kefalet sözleşmesi alacaklıya teminat verme amacı taşıdığından, alacaklının kefile başvurabilmesi için asıl borçlunun ifayı zamanında gerçekleştirilmemiş olması gerekecektir. Adi kefile başvurulabilmesi için borçluya takip yapıp alacağın elde edilememesi ve rehinler varsa rehinlerin paraya çevrilmesi gerekir (TBK m.585). Borçluya takip yapıp bu takip semeresiz kalmadan ve rehne başvurmadan adi kefile başvurulamaz.²¹ Adi kefalette talilik unsuru önce asıl borçluya veya mevcut ise rehinin paraya çevrilmesi yoluna başvurulması hususunda ortaya çıkmaktadır. Müteselsil kefalette alacaklı asıl borçluya başvurmadan önce ilk olarak kefile başvurabilmektedir ama mevcudiyette bir rehin var ise alacaklı önce rehinin paraya çevrilmesi yoluna başvurmalı, sonrasında kefile gitmelidir; talilik unsuru bu şekilde ortaya çıkmaktadır.

c. Kefalet Borcunun İvazsız Olma Özelliği

Kefalet sözleşmesinin taşıdığı bir diğer özellik de ivazsızlık özelliğidir. Şöyle ki olayların birçoğunda kefil borç altına girmektedir. Kefalet sözleşmesi kural olarak sadece kefile yükümlülük yüklemektedir. Kefalet sözleşmesinin borçlusu kefilidir. Borçlandığı kişi de alacaklıdır. Alacaklının borç altına girmesi söz konusu değildir.²²

TMK m.3 gereği asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Aksi, ispata muhtaçtır. Şayet kefaletin ivazlı olduğuna dair hükümlerde tereddüt hasıl olursa böyle bir durumda kefaleti yorumlarken bu hususun göz önünde tutulmasını ve şüphe halinde kefilin lehine sonuçlara varılmasını gerektirir.²³ Ancak alacaklının, kefilin yüklenmiş olduğu edimler karşısında karşı bir edim yüklenmeyi istemesi halinde herhangi bir engel söz konusu olmayacaktır ve alacaklı karşı edimi yüklenebilecektir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda ise karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümler kefalet sözleşmesi için de uygulanabilecektir.²⁴ Zira artık iki taraflı kabul edilecektir.

Kefaletin ivazsız bir sözleşme olması, borçlu ile kefil arasında iç ilişki yönünden bazı haklar doğurmayacağı anlamına da gelmemelidir. Kefalet borcunun ivazsız özelliğe sahip olmasından kasıt kefilin asıl borçlunun borcuna karşı alacaklıya yaptığı taahhüdün bir karşılığının düşünülmemesine yöneliktir.²⁵ Ancak kefil ile borçlu arasındaki iç ilişkide kefil, edimine karşılık asıl borçluya yönelik haklarını kullanabilecektir.

²⁰ Serkan Ayan, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 33; Eren, s. 777; Gümüş, s. 288; Reisoğlu, Kefalet, s. 25; Şahan, s. 22; Yavuz/Acar/Özen, s. 1405-1406; Zevkliler/Gökyayla, s. 655.

²¹ Ayan, s. 33; Yavuz/Acar/Özen, s. 1405-1406.

²² Reisoğlu, Kefalet, s. 27; Yavuz/Acar/Özen, s. 1406.

²³ Reisoğlu, Kefalet, s. 25.

²⁴ Ruhi/ Ruhi, s. 19.

²⁵ Olgaç, s. 12.

d. Sözleşme Olarak Kefaletin Bağımsız Niteliği

Yukarıda açıklandığı üzere kefaletin fer'i özelliğe sahip oluşundan, geçerli bir asıl borç olmaksızın hüküm ifade etmemesi anlaşılmaktadır. Bu bağıllığın dışında kefalet aslında kendi hukuki sebebi, içeriği olan tamamen bağımsız bir sözleşmedir. Kefalet ile teminat altına alınan asıl borç satış, kira, haksız fiil gibi birçok sebebe dayanabilir. Buna karşılık, kefaletin teminat şeklinde tek bir hukuki sebebi vardır. Kefaletin gayesi, asıl borcun sebebi ne olursa olsun alacaklının alacağını güvence altına almaktır.²⁶

Kefalet yükümlülüğünün hukuki içeriği, temin ettiği çeşitli içerikteki asıl borçlardan farklı olarak daima aynıdır. Asıl borç şahsi bir edim de olsa, misli bir edim şeklinde de ortaya 7 çıksa kefalet yükümlülüğü, asıl edimin yerine getirilmemesinden doğan zararın tazmini borcu olacaktır.²⁷ Kefil ödemede bulunurken asıl borcu değil; kendi borcu olan kefalet borcunu ifa edecektir. Kefil kefalet borcunu ifa ettiğinde ise kefalet borcu sona erecek asıl borç devam edecektir. Kefil devam eden borç bakımından ise alacaklının yasal halefi olacaktır. TBK m.596/1'de "*Kefil alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur. Kefil, bu hakları asıl borç muaccel olunca kullanabilir.*" şeklinde kefilin alacaklının yasal halefi olacağı hüküm altına alınmıştır.²⁸

Kefalet sözleşmesinin bağımsız niteliği gereğince, kefalet borcu asıl borçtan bağımsız olarak, şarta veya vadeye bağlı olarak kararlaştırılabilir. Asıl borç geçerli olsa bile söz konusu kefalet sözleşmesi yasadaki öngörülmüş olan geçerlilik koşullarını taşımıyorsa geçersiz olacaktır. Şekle aykırılık hususunda mutlak butlan mı yoksa tek taraflı hükümsüzlük mü olduğu tartışılmıştır. Görüşümüze göre şekle aykırılık, esaslı bir noktada ise, sözleşme tamamen hükümsüz kalır ve kefilen hiçbir suretle ifa talep edilemez. Hakim tarafından re'sen dikkate alınır. Ancak, kefilin şekle aykırılığı öne sürerek ifadan kaçınmasının hakkın kötüye kullanılması sayılabileceği durumlar söz konusu ise ve kefilin şekle aykırılığı biliyor olmasına rağmen ifadan kaçınmak için bunu göz ardı edip sözleşme geçerli gibi davranılması, hakkın kötüye kullanılması olarak düşünülebilir.²⁹ Bu durum, kefilin korumak için öngörülen şekil şartının kötüye kullanılması durumunu ortaya çıkarır ve kanunun amacı ile ters düşmektedir.³⁰ Böyle bir durumun varlığı durumunda, öngörülen şeklin var olduğu sayılacak ve kefilen ifa talep edilebilecektir.³¹

²⁶ Reisoğlu, Kefalet, s. 24.

²⁷ Reisoğlu, Kefalet, s. 25.

²⁸ Ruhi/ Ruhi, s. 20.

²⁹ Acar, s. 185; Hasan Ayrancı, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, AÜHFD, Cilt. 53, Sayı. 2, Ankara 2004, s. 105; Şefika Deren Gündüz, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 189; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 245.

³⁰ Oğuzman/Öz s. 159; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 245.

³¹ Gündüz, s. 187; Oğuzman/Öz s. 159; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 245.

II. BÖLÜM

A. Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Borçlu Arası İç İlişki

Kefalet sözleşmesi kefil ve alacaklı arasında akdedilmiş olsa da kefilin, kefalet sözleşmesine taraf olmayan esas borçluya karşı ileri sürebileceği bazı hakları ve sorumlulukları söz konusudur. Bu sorumluluk kefalet sözleşmesinin yansımasıdır. Kefalet sözleşmesinin taliliği ilkesi gereği kefil, asıl borçluya ait def'i ve itirazları ileri sürebilir (TBK m.591).

1. Kefilin Ödemeyi İhbar Külfeti

Kefilin asıl borçluya ödemeyi ihbar mükellefiyeti söz konusudur. Şayet, bu mükellefiyet yerine getirilmezse mükerrer ödeme söz konusu olabilecektir. Asıl borçlunun alacaklıya ikinci defa ödeme yapmasının önüne geçmek için getirilen bir düzenlemedir. Külfet olarak belirtilmesinin sebebi de yerine getirilmediğinde rücu hakkının kaybına sebebiyet vermesi, yaptırıma bağlanmasıdır. Mükerrer ödemeleri önlemek için asıl borçluya ödeme yaptığını bildirmesi gerekmektedir. Çünkü kefil ödeme yaptığını bildirmemiş olursa ödemenin yapıldığından habersiz olan asıl borçlu alacaklıya tekrar borcunu ifa edecek ve borç iki kere hem kefil hem de asıl borçlu tarafından ifa edilmiş olacaktır. Kanun koyucu da mükerrer ödemelerinin önüne geçmek için TBK 597. madde ile kefilin ödemesini asıl borçluya ihbar etmemesinden dolayı, ödemeyi bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen asıl borçlu, ikinci defa borcunu eda ederse kefilin rücu hakkını kaybedeceğini hüküm altına almıştır.³²

2. Kefilin Asıl Borçludan Güvence Verilmesini veya Borçtan Kurtarılmasını İsteme Hakkı

a. Genel olarak

TBK m.595'te belirtilen koşulların gerçekleşmesi ile kefil, asıl borçludan, teminat gösterilmesini isteyebileceği gibi asıl borç muaccel ise kendisini kefalet borcundan kurtarmasını da isteyebilecektir. Kefile tanınmış olan bu hak ile ileride doğma olasılığı olan rücu hakkının kullanılmasının kolaylaştırılması da hedeflenmiştir.³³

Kefile, kefalet sözleşmesine taraf olmayan asıl borçluya karşı ileri sürebileceği bazı haklar tanınmış olması ilgi çekicidir. Böyle bir düzenlemeye gidilmiş olmasının nedeni olayların büyük çoğunluğunda kefilin fedakârlık yapmış sayılmasıdır. Kanun koyucunun nezdinde kefilin bir başkasının borcu için hiçbir karşılık gözetmeksizin sorumluluk üstlenmesi bir fedakârlık olarak görülmüştür. Bazı durumlarda kefil olarak sorumluluk üstlenen kişinin bu durumdan çıkar elde etmiş olması kanun koyucunun kural olanı göz önünde tutmasına engel olmamış;

³² Gülçin Elçin Grassinger, "Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki", İHFM C. 55, S. 1-2, 1996, s. 390.

³³ Grassinger, s. 393; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 439.

asıl borçlu için fedakârlık yapmış sayılan kefil, asıl borçluya karşı birtakım haklara kavuşturmuştur.³⁴

Kefil alacaklıyı tatmin ettikten sonra asıl borçluya rücu edebileceksen de henüz rücu hakkı doğmadan önceki durumda, asıl borçludan teminat göstermesini veya kendini borçtan kurtarmasını isteyebilecektir. Buna karşılık, aralarındaki iç ilişki bakımından ileride açıklandığı üzere asıl borçluya rücu edemeyecek olan bir kefilin, henüz alacaklıya ödeme yapılmamış olması durumunda da asıl borçludan teminat gösterilmesini veya kendisini borçtan kurtarılmasını istemesi amaca aykırı olur.³⁵

Teminat gösterilmesini veya kefalet borcundan kurtarılmayı isteme hakkı alacaklıyı tatmin ettikten sonra esas borçluya rücu edebilecek her kefile tanınmıştır. Adi kefil veya müteselsil kefil sıfatını taşımak bu hakkın kullanılması konusunda bir fark yaratmayacaktır.³⁶

Kefil tarafından teminat talep edilmesi için borcun muaccel hale gelmiş olmasına gerek yoktur. Burada güdülen amaç asıl borcun muaccel olmasından önce asıl borçluyu takip imkânı yokken asıl borçlunun vaziyetinin bozulması durumunda kefilin korunmasıdır.³⁷

b. Koşulları

ba. Asıl Borçlunun, Kefile Karşı Olan Taahhütlerine Aykırı Hareket Etmesi

Borçlu, bir kimseye kefil olması için başvuruda bulunurken, aynı zamanda bir süre sonra onu kefalet borcundan kurtaracağını da veya bazı hareketlerden kaçınacağını da vaat etmiş olabilir. Kefalet borcundan kurtarma çeşitli şekillerde gerçekleşebilmektedir. Örneğin; asıl borçlu borcu ödeyebilir, başka kefiller bulabilir, aynı teminat vermek suretiyle alacaklının kefilini ibra etmesini sağlayacağını taahhüt edebilir. Asıl borçlu bazı davranışlarda bulunmaktan imtina edebilir. Örneğin; spekülatif oyunlara girmeyeceğini, taşınmazlarını rehinler ile kısıtlamayacağını, kumar oynamayacağını, kendisi kefalet taahhüdü altına girmeyeceğini, ticari işlemlerde defter tutacağını, kefile tutulan bu defterlerini inceleme yetkisi vereceğini kefile karşı taahhüt edebilir.³⁸ Kefilin teminat talebi için bu taahhütlerden birine aykırı davranması yeterli olacaktır. Teminat talebi için borçlunun bu yüzden kusuru olması şart değildir.³⁹ Asıl borçlunun kefile karşı taahhütlerine aykırı davranmış olması, kusurda tamamen bağımsız olarak Türk Borçlar Kanununun 595. maddesinin 1. fıkrasının “*Asıl borçlu, kefile karşı üstlendiği yükümlülüklerine,*

³⁴ Grassinger, s. 393; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 440.

³⁵ Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 440.

³⁶ Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 441.

³⁷ Grassinger, s. 394; Reisoğlu, Kefalet, s. 264.

³⁸ Grassinger, s. 395; Reisoğlu, Kefalet, s. 264.

³⁹ Reisoğlu, Kefalet, s. 265.

özellikle belli bir süre içinde kendisini borçtan kurtarma vaadine aykırı davranmışsa kefil asıl borçludan güvence verilmesi ve borç muaccel olmuşsa borçtan kurtarılmasını isteyebilir” uygulanmasına olanak vermektedir.⁴⁰ Asıl borçlu, hiçbir kusuru olmasa dahi teminat vermekle yükümlü olacaktır. Bu noktada asıl borçlunun taahhüt vermesi nedeni ile bu taahhüdü yerine getirmemekte kusuru olup olmadığına bakılmaksızın kefil hakkını kullanabilecektir.

bb. Asıl Borçlunun Temerrüde Düşmesi

Asıl borçlunun temerrüde düşmesiyle birlikte, kefil için teminat gösterilmesini veya borçtan kurtarılmasını isteme hakkı doğmaktadır. Asıl borçlunun temerrüde düşmesi yeterli olup, temerrüdün gerçekleşmesinden sonra asıl borçluya alacaklı tarafından süre verilmiş olması kefilin doğmuş olan hakkını ortadan kaldırmayacaktır.⁴¹ Kefilin sorumluluğunun doğması için bazı hâllerde borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması aranırken, bazı hâllerde kusur aranmamaktadır. TBK m.118’e göre, temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifa edilmesi sebebiyle alacaklının uğramış olduğu zararları gidermekle yükümlüdür. Böyle bir hâlde kefilin borçlunun temerrüdünün yasal sonuçlarından sorumlu olması için, borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekmektedir.⁴²

bc. Asıl Borçlunun Yerleşim Yerini Diğer Bir Ülkeye Nakletmesi Yüzünden Asıl Borçluya Başvurma İmkânının Önemli Ölçüde Güçleşmesi

Kefilin borçtan kurtarılmasını veya teminat gösterilmesini isteyebilmesi için EBK m.503/2 hükmünde sadece borçlunun temerrüde düşmesine ilişkin bir düzenleme mevcuttu. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 592 maddesinin 2. bendi ile borçlunun yerleşim yerini diğer bir ülkeye nakletmesi durumu da kefilin asıl borçludan talepte bulunabileceği bir hal olarak kabul etmiştir. Burada önemli olan husus asıl borçlunun yerleşim yerini ülke sınırları dışına nakletmesi sebebi ile takibin güçleşmiş olmasıdır. Bu doğrultuda borçlunun ülke sınırları içerisindeki yerleşim yeri değişiklikleri kefilin talepte bulunma hakkını doğurmaya- caktır.⁴³ Çünkü takibin güçleşmesi gibi bir husus söz konusu olmayacaktır.

bd. Kefilin Riskinin Sonradan Büyük Ölçüde Artması

TBK m.595/3. bent hükmündeki düzenlemeye göre, borçlunun ekonomik durumunun kötüleşmesi veya mevcut teminatların değer kaybetmesi ya da borçlunun kusuru sebebiyle kefilin üstlendiği rizikonun, kefalet sözleşmesinin kurulma tarihine oranla önemli ölçüde artması halinde kefil, asıl borçludan güvence verilmesini veya borçtan kurtarılmasını isteyebilecektir.

⁴⁰ Grassinger, s. 395; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 442.

⁴¹ Ayan, s. 474.

⁴² Acar, s. 208-209.

⁴³ Ruhi/ Ruhi, s. 78.

Yargıtay içtihatlarına yansıyan olayda itirazın iptaline ilişkin dava açılmış, davacı bankanın kredi sözleşmesinin teminatını oluşturan çekleri, keşidecisine vermek suretiyle davalının durumunu ağırlaştırdığı, bu durumda bankanın azalan teminat oranında kefile başvurma hakkını yitirdiği, teminat çeklerinin kredi borcunun tamamını karşılayacak miktarda olduğu, davacı bankanın teminat çeklerini iade etmek suretiyle davalı kefile karşı sorumlu olduğu, dolayısıyla davalının borçtan sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle davanın ve davalının tazminat talebinin reddine karar verilmiştir (Yargıtay 19. HD. E. 2009/11622, K. 2010/5847, T. 11.5.2010).

Yargıtay, itirazın iptaline ilişkin davada mahkemece, davacı bankanın kredi sözleşmesinin teminatını oluşturan çekleri, keşidecisine vermek suretiyle davalının durumunu ağırlaştırdığı, bu durumda bankanın azalan teminat oranında kefile başvurma hakkını yitirdiği, teminat çeklerinin kredi borcunun tamamını karşılayacak miktarda olduğu, davacı bankanın teminat çeklerini iade etmek suretiyle davalı kefile karşı sorumlu olduğu, dolayısıyla davalının borçtan sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle davanın ve davalının tazminat talebinin reddine karar verilmiştir (Yargıtay 19. HD. E. 2009/11622, K. 2010/5847, T. 11.5.2010).

Madde hükmünün uygulanabilmesi için kefilin, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonraki zamanda meydana gelen durumlardan kaynaklı olarak riski büyük ölçüde artmış ise teminat gösterilmesini veya borçtan kurtarılmasını isteme hakkı doğacaktır. Örneğin, kefilin mali durumu zora girmiş olabilir, konkordato talebi ile geçici mühlet verilmesi konusunda mahkemeye başvurmuş olabilir, ödemelerini geciktiriyor olabilir. Bu durumun değerlendirilmesi, kefilin riskinin büyük ölçüde artıp artmadığının kıstası, her somut olaya göre kendi içinde ele alınarak hâkim tarafından değerlendirilecektir.⁴⁴ Pandemi döneminde birçok iş yeri kapanmış, işletmeler çalışmamıştır. Esnaf olan borçluların mali durumları çok zorlaşmış, ödeyecek durumda olmadıkları devletimiz tarafından da kabul görmüştür. Bu durumda kefillerin teminat isteme hakkı olduğu aşikâr hale gelecektir. Ancak bu durumda dahi her esnaf aynı tutulmamalı, bazı esnaf grupları eskisine oranla daha çok güçlenirken bazıları kendi evine dahi bakamaz hale gelmişlerdir. Genel kriter koymak doğru olmadığı gibi olaya ve kişiye özel değerlendirme yapılması isabetli olacaktır.

Asıl borçlunun malvarlığı durumunun kötüleşmesi sebebiyle kefilin üstlendiği riskin artmasında borçlunun kusurunun bulunup bulunmadığı aranmaktadır. Asıl borçlunun kusuru söz konusu olmadan da mali durumun ciddi bir şekilde kötüleşmesi kefilin talepte bulunması için yeterlidir.⁴⁵ Buradaki önemli olan husus kefilin kefalet sözleşmesinin kurulduğu zamana göre üstlendiği riskin artıp artmadığıdır. Bu riskin de her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Riskin arttığı kanısına varılır ise de kefil asıl borçludan teminat gösterilmesini veya borçtan kurtarılmasını talep edebilecektir.

⁴⁴ Ruhi/ Ruhi, s. 78.

⁴⁵ Ruhi/ Ruhi, s. 78.

c. Kefil Tarafından İleri Sürülebilecek Talepler

ca. Asıl Borçlu Teminat Verilmesini Talep Edebilmesi

TBK m.595 hükmünde sayılmış olan hallerden birinin gerçekleşmesi halinde kefil, asıl borç muaccel olmasa bile borçludan güvence verilmesini talep edebilecektir. Söz konusu güvencenin niteliği konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Bu nedenle teminatın aynı teminat veya şahsi teminat olarak sağlanabilmesi olanaklıdır.

Kefilin teminata ilişkin talebinin nasıl yerine getirileceği kanun tarafından gösterilmemiş olsa bile somut olayın özellikleri dikkate alınarak teminatın belirlenmesi mümkün olabilecektir. Asıl borçlunun olanakları ölçüsünde aynı teminat göstermesi tercih edilebilecektir. Ancak olayların büyük çoğunluğunda kişisel teminatlarla, özellikle rücu işlemine karşı kefalet türünden teminatlarla yetinmek gerekecektir. Gösterilecek teminatın değeri bakımından ise kefilin müstakbel rücu alacağına kapsama belirleyici olacaktır. Teminat gösterilmesi sırasında henüz rücu alacağı doğmamış olsa bile kapsamı yaklaşık olarak tahmin edilebilecektir.⁴⁶

cb. Asıl Borçlunun Borçtan Kurtarılmayı Talep Edebilmesi

TBK m.595'te üç bent halinde sayılan koşullardan birinin gerçekleşmesi halinde ve borcun muaccel olması durumunda kefil, asıl borçludan kendisinin borçtan kurtarılmasını talep edebilecektir. Bunun en doğal yolu da borcun ifa edilmesi ve fer'i nitelik taşıyan kefalet borcunun sona erdirilmesidir.⁴⁷ Asıl borç muaccel olmuşsa ve kefil borçtan kurtarılmayı talep etmişse, asıl borçlu alacaklının katılımı olmaksızın bu talebi yerine getiremez. Asıl borçlunun kefalet sözleşmesinin tarafı olmadığı hatırlanırsa bu sonuç yadırganmayacaktır. Asıl borçlunun yapabileceği şeylerin başında asıl borcu ifa etmesi ve böylelikle fer'i nitelikteki kefilin sorumluluğunun son bulmasını sağlamak gelir. Bundan başka asıl borçlu, alacaklıyı, kefilini ibra etmesi için teşvik etmek yoluna da gidilebilmektedir. Bu amaçla, mesela asıl borçlu başka kefiller bulabilir veya alacaklıya aynı teminatlar sunabilir. Asıl borçlu tarafından alacaklıya sunulan kişisel teminatlar ve aynı teminatlar sayesinde, alacaklı mevcut kefilini ibra sözleşmesi yapmaya ikna edilebilir.⁴⁸ Bu şekilde de kefilin borçtan kurtarılma talebi asıl borçlu tarafından karşılanmış olacaktır. Asıl borca bağlılık ilkesi gereğince alacaklının teminat ile tatmin edilmesi neticesinde borç ilişkisi güvende olması nedeni ile kefil de güvende olacaktır.

⁴⁶ Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 445.

⁴⁷ Ruhi/ Ruhi, s. 79.

⁴⁸ Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 445.

3. Kefilin Alacaklının Haklarına Halef Olması ve Rehinlere Başvuru Hakkı

a. Kefilin Alacaklının Haklarına Halefiyeti

Kefil borcu ödemediği oranda asıl borçluya rücu hakkını haiz ve bu bakımdan hak ettiği şey nispetinde, alacaklının haklarına kanunen halef olmaktadır. Bu bakımdan alacaklının teminatı ve fer'ileri TBK m.596 gereği kendiliğinden kefile geçmektedir. Tarafların bu yönde iradelerini açıklamış olmalarına gerek yoktur. Asıl borcu ödeyen kefilin alacaklının haklarına halef olabilmesi için asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip olması ve bu hakkını elinde bulunduruyor olması gerekmektedir.⁴⁹

TBK m.596/1. fıkrasında ise, “*Kefil, alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur. Kefil, bu hakları asıl borç muaccel olunca kullanabilir*” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Kefilin alacaklıya ifade bulunmasıyla kefalet borcu sona erecektir ancak kefil alacaklıya borcu ödedikten sonra alacaklının yerine geçerek asıl borçluyu takip etme imkânı kazanmış olacaktır. Kanun koyucu kefilin koruma amacı ile alacaklının asıl borç ilişkisinde sahip olduğu haklara halef olmasını ve böylelikle asıl borçluya rücu edebilmesini öngörmüştür. Bu bağlamda kefilin alacaklıya halef olmasının amacını, asıl borçluya rücu hakkı oluşturmaktadır. Kefilin alacaklının haklarına halef olması kuralı bütün kefalet sözleşmeleri için geçerlidir.⁵⁰

Kefilin, alacaklının haklarına halef olması kanundan kaynaklanan bir durum olduğu için kefilin alacaklının haklarına halef olması kendiliğinden gerçekleşmektedir. Halefiyetin söz konusu olabilmesi için alacaklının rızasına da ihtiyaç yoktur.⁵¹

Kefil, halefiyet hakkından önceden feragat edemez ve feragat ettiğine ilişkin sözleşmeler yapamaz eğer ki bu tür sözleşmeler yapılır ise kesin hükümsüzdür. TBK m.27 gereği kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. TBK m.582/3 fıkrasında “*Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez*” şeklinde açıklanmıştır. Kefalet sözleşmesinden sonra ve rücu hakkı doğmadan halefiyeti kısmen veya tamamen ortadan kaldıran sözleşmeler de bu yasak kapsamı içinde kabul edilmektedir.

Yargıtay bir kararında, “*Kefilin alacaklının haklarına halefiyeti alacaklının hakları tatmin edildiği anda doğar. Kefilin ödeme yapması ile ilk alacak başka bir alacağa dönüşür ve alacaklının hakkından bağımsız olan yeni bir hak meydana*

⁴⁹ Mahmut Bilgen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 407.

⁵⁰ Ruhi/ Ruhi, s. 80.

⁵¹ Ruhi/ Ruhi, s. 80.

gelir ve kefil alacaklarının haklarına halef olur” demiştir.⁵² Bu kararda da belirtildiği üzere kefalet sözleşmesinin konusu bağımsız bir alacak talebidir. Alacaklının hakları kefil tarafından tatmin edildikten sonra asıl borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisinden bağımsız yeni bir alacak hakkı meydana gelir. Alacaklının haklarına halef olan kefil borçludan rücu hakkı adı altında alacak tahsil hakkını elde eder.

b. Kefilin Rehinlere ve Diğer Güvencelere Başvuru Hakkı

818 sayılı EBK’nın aksine, kefilin rehinler üzerindeki halefiyeti, kefalet sözleşmesinin kurulması anındaki kefil olunan alacak için asıl borçlu veya üçüncü kişiler tarafından verilmiş tüm rehinleri kapsamaktadır; buna karşılık sözleşmenin kurulmasından sonra üçüncü kişiler tarafından verilen rehinler üzerinde kefilin halefiyeti olmayacaktır. Yine bunun gibi, kefalet sözleşmesinden sonra asıl borçlu tarafından genel olarak verilen ve kefil olunan alacağı da kapsayan rehinler kefilin halefiyeti dışında kalmıştır.⁵³ Bu hükme 6098 sayılı TBK hükmü ile kefilin kanuni halefiyetine sınırlamalar getirerek yeni düzenlemeler getirmiştir.

TBK m.596/2’ye göre “*Kefil, aksi kararlaştırılmamışsa, rehin hakları ile aynı alacak için sağlanmış diğer güvencelerden sadece kefalet anında var olan veya bizzat asıl borçlu tarafından, sonradan özellikle bu alacak için verilmiş bulunanlara halef olur. Alacaklıya kısmen ifada bulunan kefil, rehin hakkının sadece bunu karşılayan kısmına halef olur. Alacaklının rehin konusu üzerinde geriye kalan alacak hakkı, kefilin rehin hakkından ön sırada gelir.*” Madde hükmünde “aksi kararlaştırılmamışsa” ibaresine yer verilmiş olduğu için kastedilen alacaklıya ödemedede bulunmuş olan kefile intikal eden rehinlerin ve diğer güvencelerin kefil ile alacaklı arasında yapılacak bir anlaşma ile genişletilmesi mümkündür.⁵⁴ Örneğin, kefaletin verilmesinden sonra üçüncü kişiler tarafından verilecek olan rehinlerin ve borçlu tarafından kefil olunan alacağı da kapsayacak şekilde verilecek genel nitelikteki rehinlerin de kefile intikali kararlaştırılabilmektedir. Rehin veren açısından alacaklının değişmesi -alacaklı yerine kefilin geçmiş olması- asıl borçlu tarafından bir farklılık oluşturmayacağından; borçlunun bu yasal düzenlemeye itirazı söz konusu olmayacaktır.⁵⁵

Öğretide, “buna karşılık kefil olunduğu sırada verilmiş olan veya kefaletten sonra özellikle kefil olunan alacak için verilmiş güvencelerin kefile intikal etmeyeceği kararlaştırılmaz” denilmiştir.⁵⁶ Bu tür bir anlaşma kefilin aleyhine husus teşkil edeceğinden ve kefil TBK 582/3. fıkrasında korunduğundan; TBK 596/2.

⁵² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2013/17-2350, K. 2015/1759, T. 16.9.2015, <https://www.kazanci.com.tr/>, (E.T: 30.11.2020).

⁵³ Ruhi/ Ruhi, s. 82.

⁵⁴ Ruhi/ Ruhi, s. 82.

⁵⁵ Reisoğlu, Kefalet, s. 267.

⁵⁶ Naklen atf: Reisoğlu, Kefalet, s. 268.

fıkrasında “aksinin kararlaştırılması”nın sadece kefil lehine yorumlanması yasa koyucunun iradesine daha uygun olacaktır.⁵⁷

Kefaletin sonuçlanmasından sonra üçüncü kişiler tarafından verilen rehinler paraya çevrilmiş olursa veya borç, taşınmazı ipotek veren üçüncü kişi malik tarafından ödenirse üçüncü kişinin Türk Medeni Kanun’un 884. maddesine göre alacaklının haklarına halef olacağı ve Türk Borçlar Kanunu’nun 596 maddesinin dördüncü fıkrasında kefile karşı rücu hakkını ileri sürebileceği düzenlenmiştir.⁵⁸

Kefilin alacaklıya yapacağı ifa ile halefiyet kuralı gereğince kendiliğinden geçecek olan haklar fer’i nitelikteki haklardır. Bu bağlamda rehin hakkının kefile geçişi kendiliğinden olmaktadır. Taşınmaz rehni söz konusu ise tapu sicilinde yapılacak tescil işlemi de açıklayıcı nitelikte olacaktır. Çünkü kefil, rehin hakkını tescil işleminden önce kazanmış bulunmaktadır. Taşınır rehininde ise taşınır malın kefile teslimi gerekmektedir. Bu bakımdan fer’i nitelikte olan teminatların kefile geçişi kendiliğinden olamayacak, alacaklının bu teminatlar üzerindeki tasarruf yetkisini kullanarak teminatları kefile devretmesi gerekecektir.⁵⁹

4. Kefilin Asıl Borçluya Rücu Hakkı

a. Hukuki Niteliği

Kefilin asıl borçluya rücu hakkının kaynağı TBK m.596’dır. Kefil, yaptığı ödeme oranında alacaklının haklarına halef olması sebebiyle rücu hakkı elde etmektedir. Böylece halefiyet ve rücu hakkı biri diğerinin sonucu olan iki farklı hukuki kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanuni halefiyet ilişkisi kefil ile alacaklı arasında, rücu ilişkisi ise kefil ile borçlu arasında söz konusu olan bir ilişkidir.⁶⁰

TBK m.596’da kefile tanınan halefiyet bir gaye hükmü değil, kefilin rücu hakkını temin için bir vasıta niteliğindedir. Kefil ödediği borç nispetinde alacaklı durumuna geçecek ve asıl borçluyu takip edebilecektir.⁶¹ Borcu ödediği miktarda kefil alacaklının yerine geçerek borçludan talep hakkını elde edecektir. Ödeme dışı ibra gibi bir sebeple borç sona erer ise halefiyet söz konusu olmayacaktır. Burada kefile tanınan halefiyet hakkı amaç değil bir araçtır.

Kefalet ilişkisi kurulurken, borcun asıl borçlu tarafından ödenmemesi ihtimali genellikle kefilin yoğun şekilde üzerinde durmuş olduğu bir ihtimal değildir. Zira kefalet halinde kefil, normal şartlar altında borçlunun borcu ödeyeceğini ve kendisine bir sorumluluk düşmeyeceğini düşünmektedir. Kefalet esnasında, borcun borçlu tarafından ödeneceği düşüncesi kefilde hakim olduğu için genellikle asıl

⁵⁷ Reisoğlu, Kefalet, s. 268.

⁵⁸ Reisoğlu, Kefalet, s. 268.

⁵⁹ Ruhi/ Ruhi, s. 82.

⁶⁰ Ruhi/ Ruhi, s. 82.

⁶¹ Reisoğlu, Kefalet, s. 268.

borçlu ve kefil arasında bir anlaşma yapılmamaktadır. Kefil istisnai haller dışında karşılıksız olarak ekonomik durumunu ciddi şekilde etkileyecek bir kefalet yükümlülüğünü üstlenmektedir. Bu nedenledir ki kanun koyucu, kefilin korumak amacıyla, ödeme yapan kefilin kanun gereği kendiliğinden, diğer bir deyişle alacaklıyla, asıl borçluya veya diğer teminat verenlerle ayrıca bir anlaşma yapılmaksızın alacaklının haklarına halef olması ve asıl borçlunun yanı sıra TBK m.596/2 kapsamında diğer teminat verenlere karşı rücu hakkını kullanabilmesi imkanlarını sağlamıştır.⁶²

Niteliği itibarıyla kefaletten kaynaklanan borç için ödeme yapan kefil, aslında kendisine yabancı bir borcu ödediği için bunu asıl borçludan talep edebilme hakkına sahip olmaktadır. Buna ilişkin temel düzenleme TBK m.596'da yer almakta olup, esas olan, kefilin alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde onun haklarına halef olması ve asıl borçluya ifade bulunduğu ölçüde rücu edebilecek olmasıdır.

Konuya ilişkin Yargıtay 19. Hukuk Dairesi kararında da kefilin borcu ödedikten sonra asıl borçluya rücu etme hakkının bulunduğu, ödediği miktarı talep ettiği halde asıl borçludan tahsil edileceği karara bağlanmıştır.⁶³

b. Kefilin Borçluya Rücu Edebilmesi İçin İspat Edeceği Hususlar

Kefilin, borçluya rücu edebilmesi için asıl borcu kefil olarak ödediğini ispat etmesi gerekmektedir. Kefil hem geçerlilik şartlarına uygun bir kefalet akdinin varlığını hem de bu kefaletle istinaden alacaklıya ödemede bulunduğunu belgelemelidir. Aksi takdirde, alacaklıya bir halefiyeti söz konusu olmayacak; TBK'nın 83. maddesinde yer alan "*Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir*" hükmü gereğince borç asıl borçlu tarafından ifa edilmemiş de olsa, yapılan ödemeye göre borç sona ermiş olacaktır.⁶⁴ Kısacası kefilin asıl borçluya rücu edebilmesi için geçerli bir kefalet akdinin varlığını ve ifasını kefil olarak gerçekleştirdiğini ispat etmesi gerekmektedir.⁶⁵

Kefalet ilişkisi genel olarak ivazsız ve menfaat amacı gütmeyen asıl borçlunun yükümlülüğünü yerine getireceği inancına dayanarak kurulduğundan ve asıl borçlu ile kefil arasında kefalet ilişkisinin kurulmasından evvel bir rücu ilişkisi tesis edilemeyeceğinden, yasa koyucu kefilin asıl borçlu karşısında durumunu kuvvetlendirmek ve başvuru hakkını garanti altına almak amacıyla kefilin kanuni halef olmasını kabul etmiştir.⁶⁶

⁶² Ruhi/ Ruhi, s. 83.

⁶³ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2017/3006, K. 2019/1163, <https://www.kazanci.com.tr/>, (E.T: 28.11.2020).

⁶⁴ Reisoğlu, Kefalet, s. 269.

⁶⁵ Reisoğlu, Kefalet, s. 270.

⁶⁶ A. Özge Yenice, Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 94.

Kefil, kefalet taahhüdü altında, esas borcu değil, kendi borcunu ifa etmektedir ve halefiyet neticesinde, kefalet sözleşmesinin temelinde mevcut iç ilişki nazara alınmaksızın, sadece kefilin alacaklıyı tatmin etmesinin sonucu, alacaklıya halef olarak rücu hakkını kullanması, iç ilişki gereği yaşayacağı ispat güçlüklerini de bertaraf etmektedir.⁶⁷

c. Kefalet Dayanan Rücu ve İç İlişkiye Dayanan Rücu Hakkı

TBK'nın 596. maddesinde kefilin, alacaklının haklarına halef olarak kefilin rücu hakkı elde edeceği ayrıca TBK'nın 596/3 maddesinde “*Kefil ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişkiden doğan istem ve def’iler saklıdır*” denilerek kefilin asıl borçlu ile iç ilişkide rücu hakkını saklı tutulmuştur. Üçüncü fıkra gerekçesinde, “*kefilin alacaklıya halef olmasının, kefil ile asıl borçlu arasındaki iç ilişkiyi etkilemeyeceği, kefil ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişkiden doğan istem ve def’iler saklıdır.*” denilmek suretiyle belirtilmiştir.

Kefil ile asıl borçlu arasında iç ilişki olasılığı ve bu olasılığa dayalı rücu imkânı da söz konusudur. Kefilin iç ilişkiye istinaden rücu hakkından yararlanması, aralarındaki ilişkinin vekalet, vekaletsiz iş görme ve sebepsiz zenginleşme olarak söz konusu olduğu hallerde bu ilişkinin rücu imkân verdiğinin ispatı halinde mümkün olmaktadır.⁶⁸

Kefilin, ödemeyi talep eden alacaklıya karşı ileri sürebileceği def’ilerin yanı sıra; asıl borçlu da kendisine rücu etmek isteyen kefile karşı aralarındaki ilişkiye dayanarak def’iler ileri sürebilecektir.⁶⁹ Örneğin asıl borçlu, bankadan krediyi kefile vermek için almış ise, kefil borçluya bağışta bulunmuş ise veya kefilin borçluya rücu etmesi iyiniyet kurallarına aykırı ise asıl borçlu, kefile ödememe def’ini ileri sürebilecektir.

6098 sayılı Borçlar Kanunu’nda, kefaletin geçerliliği sıkı şekil şartlarına bağlanmış olup; bu şartlara uyulmaması halinde, kefalet geçersiz olacak ve alacaklıya ödemede bulunan kişinin kefil olarak asıl borçluya rücu etmesi mümkün olmayacak; ödemede bulunan kefil, kefalet sözleşmesine -halefiyete- göre değil; aralarındaki hukuki ilişkiye göre -vekalet, vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme- asıl borçluya başvurabilecektir.⁷⁰ Kefalet sözleşmesi geçersiz bir sözleşme

⁶⁷ Necip Bilge, “Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Meseleler”, AÜHF, C. 2, Sayı 1-2, 1954, s. 282; Burak Özen, “Kefilin Özel Rücu Talebi ve Bu Talebin Halefiyete Dayanan Genel Rücu Talebiyle İlişkisi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, İstanbul, 2010, s. 1445-1480.

⁶⁸ Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 16; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 443; Reisoglu, Kefalet, s. 467; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1987, s. 790.

⁶⁹ Nihat Yavuz, Öğretimde ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 313.

⁷⁰ Bilge, Kefilin Halefiyeti, s. 281; Hüseyin Murat Develioğlu, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 67; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 443; Yenice, s. 67.

olsa dahi aradaki ilişkinin mahiyetinden başka bir sözleşme olduğu kanaati hasıl olursa bu sözleşme hükümlerinin uygulanabilirliği tartışılmalıdır.

Kefil, tevkil edilmediği halde kefaleti yüklendiği takdirde vekaletsiz iş görme söz konusu olabilir. O takdirde BK 526. maddeye göre kefil, asıl borçlunun menfaatine hareket etmelidir. Fakat kefilin yabancı bir menfaat yanında kendi menfaatini de takip etmesinde bir sakınca yoktur. “Bir bira imalatçısının bira sattığı meyhane sahibi lehine kefil olması ve böylece meyhane sahibinin olduğu kadar kendi işinin de devamını düşünmesi bir örnektir”.⁷¹ Vekaletsiz iş görme şartlarının varlığı halinde kefil, TBK 529. maddeye dayanarak alacaklıya yaptığı ödemeyi asıl borçludan talep edebilecektir.

Kefilin ödemesi ile asıl borçlu, haklı bir sebep olmaksızın alacaklıya karşı olan borcundan kurtulmaktadır. Kefil, sebepsiz zenginleşme hükümlerine istinaden de asıl borçluya başvurabilecektir.

Kefilin alacaklıya yaptığı ödemeyi aralarındaki iç ilişkiye dayanarak, asıl borçludan talep edebilme hakkı bulunmasına rağmen, kanun koyucuyu TBK 596/1. maddede ayrıca bir rücu hakkı düzenlemeye iten başlıca sebep, hiç şüphesiz alacaklı için verilmiş olan teminatların - taşınmaz rehni, taşınır rehni vs. - halefiyet yoluyla kefile geçmesini sağlama arzusu olmuştur.⁷²

Kefil, alacaklıya ödemede bulunduğu takdirde; iki farklı rücu hakkına sahip olmaktadır. Kefil isterse iç ilişkiye, isterse kefalet hukukundaki rücu hakkına dayanarak asıl borçluyu takip edebilecektir. Taleplerden birinin reddi halinde, diğer rücu sebebi ileri sürülebilecektir.⁷³ Kefilin BK m.596 ile gerek halefiyete dayanan rücu imkânından gerekse iç ilişkiye dayanan özel rücu imkânından faydalanabilmesi aynı anda yararlanması şeklinde değil; kısmen halefiyet kısmen de iç ilişkiye göre rücu talebinde bulunmasıyla mümkündür.⁷⁴

İç ilişkiye göre rücu, çoğunlukla sonuca, yani mutlaka alacaklının tatmin edilmesine de dayanmaz. Zira örneğin vekilin sorumluluğu BK 506. maddeye göre belirlenebilmektedir.

Talebin kapsamı bakımında, iç ilişkiye dayanarak rücu etmenin kefil için daha elverişli olduğu da söylenebilir. Örneğin, kefil alacaklıya ödeme yerine geçmek üzere bir şey verse ve bu şeyin değeri asıl alaktan daha fazla olsa kefil ödediği şeyin değerinin tamamını asıl borçludan isteyebilir.⁷⁵

⁷¹ Reisoğlu, Kefalet, s. 275.

⁷² Reisoğlu, Kefalet, s. 270.

⁷³ Reisoğlu, Kefalet, s. 271.

⁷⁴ Seza Reisoğlu, Kefilin Rücu ile İlgili Meseleler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 1, S. 4, Ankara, 1962, s. 470.

⁷⁵ Reisoğlu, Kefalet, s. 271.

Kefil, her iki rücu imkanının fayda ve sakıncalarını göz önüne alarak, kısmen birinci, kısmen de ikinci talebe dayanabilecektir. Taleplerden biri halefiyet sebebi ile daha teminatlı veya daha kolay ispat edilebilir; diğeri de daha kapsamlı ise bu şekilde hareket kefilin yararına olacaktır. Ancak kefil asıl borçluya karşı rücu hakkını her iki yoldan birden -yani iki kere- kullanamayacaktır. Taleplerden birisi kabul edildiği nispette diğeri etkileyecektir.⁷⁶

Kefile iç ilişki ve dış ilişki dolayısıyla tanınan iki tür rücu imkânı kural olarak birbirinden tamamen bağımsız ise de iç ilişki nedeniyle asıl borçluya tanınan bir hak -örneğin, rücu için bir vade tayini- kefaletten doğan rücu halinde de ileri sürülebilecektir. Ancak iç ilişkiye dayanarak düzenlenen hususların kefaletin niteliğine aykırı olmamaları da zorunludur.⁷⁷ Örneğin, iç ilişkide rücu hakkının ortadan kaldırılması veya sınırlandırılması kefalet hukukunun emredici hükümleri ile çatıştıklarından bu yönde bir anlaşma geçerli değildir. Bu tür anlaşmaların, kefilin halefiyetten ve dolayısıyla rücutan önceden feragatinin geçerli olamayacağı kuralına aykırı olmamaları gerekmektedir.

d. Kısmi İfa Halinde Kefilin Rücu Hakkı

TBK m.596/1’de kefilin alacaklıya ifada bulunduğu miktarda alacaklının haklarına halef olacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre, kefalet borcunun bir kısmını ifa eden kefilin alacaklının haklarına halef olması da ifa ettiği kısım oranında olacaktır. TBK m.596/2’de “*Alacaklıya kısmen ifada bulunan kefil, rehin hakkının sadece bunu karşılayan kısmına halef olur*” düzenlemesi ile de kefilin sadece ödediği miktar kadar alacakların haklarına halef olacağı desteklenmektedir.

Kefilin yaptığı kısmi ifa oranında alacaklının haklarına halef olmasının bir sonucu olarak kefil alacaklıya yaptığı ödeme için asıl borçluya rücu etme imkanını elde edecektir. Çünkü TBK m.596/1 fıkrasında kefilin halefiyete dayanan haklarını asıl borç muaccel olduğunda kullanabileceği ifade edilmiştir. Bu nedenle kefilin asıl borçluya rücu edebilmesi için alacaklının tamamen tatmin edilmiş olmasına gerek yoktur. Başka bir deyiş ile kefil, alacaklının alacağının tamamını elde etmesini beklemeye gerek olmadan yaptığı ödemeyi derhal borçluya rücu edebilecektir. Ancak bunun için asıl borcun muaccel olması zorunludur.

Borcun tamamı muaccel olduğunda, alacaklı kısmi ifayı kabule zorlanamaz. TBK m.84/f.1’de borcun tamamı belli ve muaccel ise, alacaklı kısmen ifayı reddedebilir şeklinde düzenleme yer almakla bu durum açıkça düzenlenmiştir.⁷⁸ Ancak alacaklı alacağını hiç elde edemeyecek olması düşüncesiyle, kısmi ifayı kabul edebilir.⁷⁹ Böyle bir durumda, kısmi ödeme de bulunan kefil TBK m.596/2

⁷⁶ Reisoğlu, Kefalet, s. 272.

⁷⁷ Reisoğlu, Kefalet, s. 273.

⁷⁸ Oğuzman/ Öz, Genel Hükümler, s. 278.

⁷⁹ Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 526.

ikinci cümle uyarınca, ödeme nispetinde alacaklının haklarına halef olacaktır. Kefilin alacaklıya kısmi ödemede bulunması sonucu, kısmi ödeme dışında kalan kısım, alacaklıda kalmaya devam edecektir.⁸⁰

TBK m.596/2 c.2 ve c.3'te yer alan düzenlemeye göre, alacaklıya kısmen ödeme de bulunan kefil, ifade bulunduğu oranda alacaklının haklarına halef olmakla birlikte, rehin konusu üzerinde alacaklının geriye kalan alacak hakkı, kefilin rehin hakkından ön sırada gelecektir. Böyle bir durumda, teminatların paraya çevrilmesi üzerine elde edilen meblağ, öncelikle alacaklının kalan alacak hakkı için kullanılacaktır.⁸¹

Kefil, asıl borcun bir kısmını ifa etmiş ise yaptığı ödeme kadar alacaklının haklarına halef olacak, kalan miktar oranında alacaklı asıl borçluyu takip edecektir. Kefil ise ifa etmiş olduğu orandaki borç için asıl borçluya rücu edebilecektir. Ayrıca kefil asıl borcu daha erken ödemiş olsa dahi, rücu hakkına en erken asıl borcun muaccel olacağı tarihte kavuşacaktır.

e. Kefilin Rücu Hakkından Feragat Etmesi

TBK m.582/3'te kefilin kendisine tanınmış olan haklardan önceden feragat edemeyeceği düzenlenmiştir ve kefilin asıl borçluya rücu etmesi de niteliği itibariyle kefile tanınan bir hak olduğu için kefilin önceden rücu hakkından feragat etmesi mümkün değildir. Kefaletle ilişkin hükümlerin nispi emredici niteliği gereği bu yönde yapılan anlaşmalar geçersiz olacaktır. Alacaklı ve kefil, kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra da kefalet sözleşmesinde değişiklik yapmak suretiyle kefilin rücu hakkından feragat etmesi yönünde bir düzenleme yapamayacaklardır. Bu kapsamda, kefilin rücu hakkı doğmadan önce rücu hakkını ileri süremeyeceğine yönelik tüm anlaşmalar geçersiz sayılacaktır. Buna karşılık, kefilin rücu hakkı doğduktan sonra bu haktan feragat ettiğine dair düzenleme yapmasında hiçbir engel yoktur. Aynı şekilde, bu yönde bir anlaşma olmasa dahi kefil asıl borçluya rücu hakkını kullanmayarak da zımni bir şekilde hakkından feragat edebilmektedir.⁸²

Bu konuda şu hususa önemle değinmek gerekir ki, kefilin rücu hakkından feragatine ilişkin anlaşmaların hükümsüzlüğü sadece kefil ve alacaklı arasında yapılanlara ilişkindir. Kefil ve borçlunun iç ilişkisinden kefilin alacaklıya yaptığı ödeme dolayısıyla asıl borçluya rücu etmeyeceğini kararlaştırmaları konusunda herhangi bir engel yoktur.⁸³

⁸⁰ Bilge, Kefilin Halefiyeti, s. 286; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 526.

⁸¹ Berk Kenan Koyuncu, Kefilin Halefiyete Dayalı Rücu Hakkı, Yayınlanmamış, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s. 87.

⁸² Ruhi/ Ruhi, s. 84.

⁸³ Ruhi/ Ruhi, s. 84.

f. Kefilin Asıl Borçluya Rücu Hakkının Bulunmaması Durumu veya Asıl Borçluya Ait Defilerin Kullanılmamasından Dolayı Rücu Hakkının Kaybı

Kefil, asıl borçluya dava hakkı vermeyen veya yanılığ ya da ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçluyu bağlamayacak bir borç için ödemede bulunmuş ise asıl borçluya rücu hakkına sahip olamayacaktır.⁸⁴ Kefil, bazı durumlarda da rücu hakkına sahipken asıl borçlunun alacaklıya karşı ileri sürebileceği defileri ileri sürmeyip ödemede bulunur ise rücu hakkını kaybedecektir. TBK m.591/1’de kanun koyucu “*Kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def’ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır.*” diyerek kefilin bu defileri ileri sürmesi konusunda yükümlülükler getirmiştir. Kefil bu yükümlülüklere uymaksızın alacaklıya ifada bulunur ise rücu hakkını kaybetmesi söz konusu olabilecektir.

Borçluya ait savunma sebeplerinin tamamı bakımından kefilin rücu hakkını kaybedebileceğini söylemek tam anlamıyla doğru olmayacaktır. Kefilin rücu hakkını kaybetmesine sebep olabilecek borçluya ait savunmalar, yalnızca borçlunun borcundan tamamen kurtulmasına yol açan def’i ve itirazlar için söz konusu olacaktır. Bu bağlamda asıl borcun doğumuna, hüküm ifade etmesine yönelik savunma sebepleri ile borcun sona erdiğine yönelik savunmaların kefil tarafından alacaklıya karşı sürülmemesi, kefilin asıl borçluya rücu hakkını kaybetmesine yol açacaktır.⁸⁵ Örnek verecek olursak, asıl borç ilişkisinin geçerli olarak kurulmadığına ilişkin savunmaları alacaklıya ileri sürmeden ödemede bulunan kefil, bu durumda asıl borçluya karşı rücu hakkını kaybetme tehlikesi altına girecektir.

Kefilin asıl borçluya ait bazı savunma sebeplerini ileri sürmemesi ise rücu hakkının kaybı sonucunu doğurmayacaktır. Bu tür savunmalarda bulunmadan alacaklıya ifada bulunan kefil, geçici süreyle asıl borçluya rücu hakkını kullanmayacaktır. Örneğin, asıl borç muaccel olamadan kefil borcu öder ve borcun muaccel olmadığına ilişkin def’iyi ileri sürmez ise borç muaccel olana kadar asıl borçluya rücu edemeyecek, ödemeyi talep edemeyecektir. Görüldüğü gibi, bu durumda rücu hakkının doğma zamanı borcun muaccel olmasına kadar ertelenmektedir.⁸⁶

TBK m.591/3 hükmüne göre, “*Kefil, asıl borçluya ait def’ilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, rücu hakkına sahip olur. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu def’ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemededen kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybeder.*”

⁸⁴ Bilgen, s. 417.

⁸⁵ Ruhi/ Ruhi, s. 85.

⁸⁶ Ruhi/ Ruhi, s. 85.

Kefilin, def'ilerin varlığını bilip bilmediği ya da bilmemekte kusuru olup olmadığı hususundaki ispat yükü asıl borçluya aittir. Ayrıca ileri sürülmemesi suretiyle rücu hakkının kaybedilmesi sonucunu doğuracak olan def'iler, ileri sürülerek kefilin ödemediği tamamen kurtulabileceği, asıl borcun doğumu, hükümleri, dava edilebilmeleri ile ilgili kesin def'iler ile konkordato ve iflas ile ilgili def'ilerdir. Tali nitelikteki def'ilerin ileri sürülmemesi ise rücu hakkını ortadan kaldırmayacak, fakat geciktirecektir. Asıl borçlu takas def'ine sahip olduğu halde kefilin ödemediği bulunması durumunda rücu hakkı etkilenmeyecektir. Çünkü takas esasen bir def'i değil; kurucu bir haktır. TBK m.140'a göre; "*Asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı bulunduğunda, kefil de alacaklıya ifada bulunmaktan kaçınabilir.*" Ancak bu hüküm kefile bir yetki vermekte, bir yükümlülük yüklememektedir. Takası ileri süremeyerek ödeme yapan kefil borçluya rücu hakkını koruyacaktır.⁸⁷

g. Rücu Hakkının Zamanaşımına Uğraması

Kefilin yasal halefiyete dayanan rücu hakkı, TBK m.146 hükmü uyarınca genel zamanaşımına tabidir. Dolayısıyla kefilin rücu hakkı, on yılda zamanaşımına uğrayacaktır. TBK m.596/5 hükmü uyarınca kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımı süresi, kefilin alacaklıya ifada bulunduğu anda işlemeye başlayacaktır. Bu on yıllık sürede kefil asıl borçluya karşı rücu hakkını kullanmaz ise rücu hakkı zamanaşımına uğrayacak ve asıl borçlu zamanaşımı def'ini ileri sürebilecektir.

Kefilin, borçluya karşı rücu hakkının zamanaşımına uğraması ile alacaklıya karşı kefaletin zamanaşımına uğramasını birbirinden ayırt etmek gerekir. Asıl borç zamanaşımına uğramışsa, kefil, rücu alacağının zamanaşımına uğramadığını iddia edemeyecektir; zira asıl borç zamanaşımına uğramışsa kefil, zamanaşımı def'ini ileri sürerek alacaklıya ifadan kaçınabilecektir. Buna karşılık kefil, zamanaşımı savunmasında bulunmadan alacaklıya borcunu ifa ederse, asıl borçluya rücu etme imkanını kaybedecektir.⁸⁸

SONUÇ

Çalışmamızın konusunu oluşturan "Kefil ile Alacaklı Arasındaki İlişkilerin" kapsamı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 589 ile 596'ncı maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Kefalet sözleşmesinin tarafları alacaklı ve kefil olsa da kanun koyucu 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'na yenilikler getirerek 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda kefile korumayı amaçlamıştır. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile kefile asıl borçludan talep edebileceği birtakım haklar tanınmış ve hüküm altına alınmıştır.

⁸⁷ Ruhi/ Ruhi, s. 85-86.

⁸⁸ Reisoğlu, Kefalet, s. 278.

Kefalet sözleşmesine ilişkin 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile kefile asıl borçludan güvence verilmesini veya borçtan kurtarılmasını isteme hakkı kefilin alacaklının haklarına halef olma hakkı, kefilin rehinlere ve diğer güvencelere başvuru hakkı, rücu hakkı tanınmıştır.

Kefile tanınmış olan hakların yanında yükümlülükler de yüklenmiştir; kefilin mükerrer ödemeleri önlemek için asıl borçluya ödeme yaptığını bildirmesi gerekmektedir. Kefilin ödemeyi ihbar külfeti söz konusudur.

Kefil için kefalete ilişkin dış ilişkiye mi yoksa iç ilişkiye mi dayanan rücu hakkı daha faydalı olacaktır diye sorulacak olur ise kanaatimizce bu hususta kesin bir kural koymak mümkün olmamakla beraber, TBK 596. maddeye dayanılarak asıl borçluya rücu etmenin, genellikle iç ilişkiye dayanarak rücu etmeye nazaran daha avantajlı olduğunu söyleyebiliriz. Kefaletle istinaden rücunun şu avantajları vardır: Burada feri haklar da kefile geçmektedir. İspat bakımından kefilin sadece alacaklıya ödemede bulunduğu ispatı yeterlidir; asıl borçlu ile arasındaki iç ilişkiyi ispat etmesi kendisinden talep edilemez. Asıl borçlu ile kefil arasında hiçbir ilişki olmasa, hatta asıl borçlunun rızası dışında borç altına girilse bile, kefil rücu hakkını kullanabilir. Asıl borçlu bazı iddialarda bulunuyorsa ispat yükü kendisine ait olacaktır. Asıl borçlunun, kefilin kişisel borcunu yerine getirmek için ödemede bulunduğu veya ödemenin bir karşı edim oluşturduğunu yahut bir bağış kastıyla hareket edildiğini ileri sürmesi hallerinde durum böyledir.

Kanaatimizce kanun koyucunun güttüğü amaç oldukça yerindedir; çünkü kefaletten hiçbir fayda sağlamayan kefilin asıl borç ödenmediğinde karşılaşacağı rizikoya karşı kanundaki bu korumalara ve haklara ihtiyacı vardır. Kefile tanınmış olan asıl borçludan güvence verilmesini veya borçtan kurtarılmasını isteme hakkı, kefilin alacaklının haklarına halef olma hakkı, kefilin rehinlere ve diğer güvencelere başvuru hakkı, rücu hakkı ile kefil; asıl borçlunun borcunu ödeyeceğine güvenerek üstlenmiş olduğu karşılıksız rizikodan daha az maddi zarar görecektir.

KAYNAKÇA

- ARAL**, Fahrettin, Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- AYAN**, Serkan, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- AYDOĞDU**, Murat / **KAHVECİ**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- AYRANCI**, Hasan, “Şekil Şartına Uyulmadan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, AÜHFD, C. 53, S. 2, Ankara, 2004, s. 95-120.
- BİLGE**, Necip, “Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Bazı Meseleler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, 1954 s. 281-295. (*Anılış: Kefilin Halefiyeti*)
- BİLGE**, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1971. (*Anılış: Borçlar Hukuku*)
- BİLGİN**, Mahmut, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- DEVELİOĞLU**, Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- GRASSİNGER**, Gülçin Elçin, “Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki”, İHFM C. 55, S. 1-2, 1996, s. 389-412.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- GÜNDÜZ**, Şefika Deren, 6098 sayılı Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- HATEMİ**, Hüseyin, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.
- KARAKILIÇARSLAN**, Seda, “Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1-2, 2009, s. 43-59.
- KOYUNCU**, Berk Kenan, Kefilin Halefiyete Dayalı Rücu Hakkı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013.
- OLGAÇ**, Senai, Kefalet, Olgaç Matbaası, Ankara, 1978.
- ÖZEN**, Burak, “Kefilin Özel Rücu Talebi ve Bu Talebin Halefiyete Dayanan (Genel) Rücu Talebiyle İlişkisi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1445-1480.
- ÖZEN**, Burak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017. (*Anılış: Kefalet Sözleşmesi*)
- REİSOĞLU**, Seza, Kefilin Rücu ile İlgili Meseleler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 1, S. 4, Ankara, 1962.
- REİSOĞLU**, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Cem Basın Yayımları, Ankara, 2013. (*Anılış: Kefalet*)

- RUHİ**, Canan / **RUHİ**, Ahmet Cemal, Türk Kefalet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- SÜCÜLLÜ**, Aslı, Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Şartları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.
- ŞAHAN**, Gökhan, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2007.
- TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1987.
- YAVUZ**, Cevdet / **ACAR**, Faruk / **ÖZEN**, Burak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- YAVUZ**, Nihat, Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- YENİCE**, A. Özge, Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.
- YILMAZ**, Merve, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı", TBB Dergisi, S. 97, Ankara, 2011, s. 155-170.
- ZEVKLİLER**, Aydın / **GÖKYAYLA**, Kadir Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2010.
- <https://www.kazanci.com.tr>
- <https://www.sinerji.com.tr>

Dünyanın En Büyük ESporuna Sahip Olmak: Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakkı ve DotA^{(*)(**)}

David Nathaniel TAN^(***)
Çev.: Batuhan DEMİRTAŞ^(****)

I. Giriş

Elektronik spor veya diğer adıyla eSpor gelişen bir endüstridir. Sadece 2017 yılında bu endüstrinin küresel cirosu yüzde 41 artarak 696 milyon dolar seviyesine yükselmiştir.¹ Piyasa araştırma şirketi Newzoo söz konusu endüstrinin değerinin 2020 yılında 1.5 milyar dolar seviyesine çıkacağını tahmin etmektedir.² Gelir artışında ki aslan payı “Marka yatırım geliri” olarak da bilinen medya hakları, sponsorluklar ve reklamlardan kaynaklanmaktadır.³ Şüphesiz, medya hakları, fikri mülkiyeti de içinde barındırmaktadır. eSpor piyasası geliştikçe, söz konusu piyasayı korumaya yönelik olan fikri mülkiyet hukuku ve bu korumalardan faydalanmaya çalışan iş stratejileri de gelişecektir.

Bu makalenin ikinci bölümünde, eSpor tarihine kısa bir genel bakış ile başlanarak eSpor’un gelişen hukuki ortamının küçük bir kısmı açıklanmaktadır. Daha sonrasında ise dünyanın en büyük eSporlarının ortaya çıktığı, hayran yapımı bir video oyun modifikasyonu olan DotA’nın (Defense of the Ancients) tarihçesi incelenmektedir.⁴ Üçüncü bölümde ise DotA’nın mülkiyetine dair iki dava incelen-

(*) Owing The World’s Biggest ESport: Intellectual Property and DotA in: Harvard Journal of Law & Technology Volume31, Number 2, Spring 2018. Makale yazarın izniyle tercüme edilmiştir.

(**) Bu tercümede yardımlarını esirgemeyen kıymetli hocam Dr. Öğr. Üyesi Mete Tevetoğlu’na teşekkür ederim.

(***) J.D Candidate, Harvard Law School, 2018. Yazar, Profesör William Fisher’a bu makalenin hazırlanmasındaki rehberliği, Brian Yost’a ise bu makaleyi yayınlanmaya hazır hale getirdiği için şükranlarını sunar.

(****) Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 4. sınıf öğrencisi.

E-posta: bdemirtas38@gmail.com.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-9809-7722>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 20.11.2020.

Makale Kabul Tarihi: 12.03.2021.

¹ NEWZOO, 2017 GLOBAL ESPORTS MARKET REPORT 14 (2017).

² *Id.*

³ *Id.*

⁴ Bu makalede Defense of Ancients’dan “DotA”, Valve’nin sonraki oyunundan “Dota 2” ve bunlarla alakalı ticari markadan ise “DOTA” olarak bahsedilmektedir.

mektedir. Davaların ilki, önemli iki video oyun şirketi-Blizzard ve Valve-arasındaki DotA'nın ticari markası ile ilgili bir anlaşmazlığı karara bağlamıştır. İkinci davada ise büyüyen DotA imtiyazlarının sınırları belirsiz olan telif hakkı için bir savaş sahne almıştır. Bu iki dava birlikte değerlendirildiğinde; DotA'nın bir sahibi var mı sorusuna farazi bir cevap sunmaktadır.

Son olarak dördüncü bölümde ise, DotA'nın hukuki tarihçesi rehber alınarak, eSpora dair fikri mülkiyet, iş yönünden irdelenmektedir. Kuşkusuz mali açıdan değerli olsa da, video oyunlarına ilişkin fikri mülkiyet haklarının güvence altına alınması, DotA örneğinde olduğu gibi değiş tokuşlarla birlikte sağlanabilir. Bir video oyun şirketi, kullanıcı tarafından oluşturulmuş fikri mülkiyeti güvence altına alırken, yaratıcılığı özendiren fakat aynı zamanda potansiyel büyük başarıları da kontrol altına alabilecek uygun bir son kullanıcı sözleşmesini (EULA) nasıl hazırlayacağına dikkat etmelidir. Belki de daha da önemlisi; şirketin, kullanıcı tarafından oluşturulmuş fikri mülkiyetin güvence altına alınmasının kendi müşteri tabanını nasıl etkileyeceğini anlaması gerekmektedir.

II. Başlangıç: eSpor ve DotA

A. eSpor: Küllerinden Doğuyor

Video oyunu turnuvalarının popülerliği yeni bir şey değildir. İlk video oyunu turnuvaları bu tür organizasyonları kapsayan Life gibi dergilerle 1980'lerde ortaya çıkmıştır.⁵ Yeni oluşmaya başlayan video oyunu endüstrisi o zamanlarda başlıca oyun makinelerinden oluşmaktaydı ve değeri 8 milyar dolardan fazlaydı.⁶ Fakat teknolojinin de ilerlemesi ile sektörün faaliyet yeri oyun salonlarından evlere geçiş yapmıştır. 1990'lara gelindiğinde yerel ağ (LAN) partileri ya da bir diğer deyişle grupları, oyun salonlarının yerini aldı.⁷ Video oyunları aynı zamanda hem daha kişisel hem de daha toplumsal hale geldi.⁸ Turnuvalar da artık ev oyun sistemleri için bir reklamcılık türüne indirildi.⁹

Video oyun turnuvalarının eSpora evrimi, video oyun turnuvalarının bir tür reklamcılık türünden, kendi içlerinde başlıca bir etkinlik olmaya geçmesi ile baş-

⁵ Michael Borowy, Public Gaming: eSport and Event Marketing in the Experience Economy 39-40 (6 Temmuz, 2012) (yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Simon Fraser Üniversitesi) (Summit-Institutional Repository, Simon Fraser Üniversitesi).

⁶ DAVID SHEFF & EDDY ANDY, GAME OVER: HOW NINTENDO CONQUERED THE WORLD 149 (1999).

⁷ Borowy, supra note 5, sayfa 69-70.

⁸ *Id.*

⁹ SHEFF& ANDY'ye bakın, supra note 6, sayfa 190-91 (Bir grup çocuğun video oyun turnuvası için Kaliforniya'ya gidişlerini konu alan *The Wizard* filminin Nintendo'nun Super Mario Bros 3'ü için bir tanıtım olduğunu iddia etmektedir. Bu tanıtım "para ile yapılmış bütün reklamların yapabildiklerinden çok daha başarılı olmuştur.").

lar. 1990'ların sonlarında, video oyun endüstrisinde menfaati veya umudu bulunan şirketler video oyun turnuvalarına sponsor olmaya başladılar.¹⁰ Her lig birkaç endüstri devi tarafından desteklenmekteydi.¹¹ Bu ligler rekabetçi video oyunlarını teşvik etmek için oyuncuların coşkusunu kullandı ve böylece üst düzey donanım pazarını güçlendirdi.¹² Bu iş stratejisinin öngörülemez bir sonucu da eSporun bir kuluçka dönemine girmesidir.

1998'de PGL liginin ödül havuzu 250 bin dolardı ve bu mütevazı tutar iki oyun arasında paylaştırılmaktaydı.¹³ Ödül havuzu nispeten durgun kaldı -örneğin, 2007'de, o zamana kadar bir endüstri lideri olan CPL ligi ödül olarak 300.000 dolar önerdi.¹⁴ Fakat sadece dört yıl sonra, 2011 yılında, bir video oyun şirketi olan Valve, yeni video oyunu DotA 2'yi tanıttıkları "The International" (TI) adlı turnuvası için 1.6 milyon dolarlık bir ödül ilan etti.¹⁵ Böylece tek bir etkinlik ile eSpor milyon dolarlık bir endüstri haline geldi.

Endüstri olağanüstü bir düzeyde gelişmeye devam etmektedir. 2017'de, yedinci TI turnuvası, TI7, 23 milyon dolarlık bir ödül havuzu ile övünç duyulmuştur.¹⁶ Ayrıca bu ödül, ödül havuzlarındaki gelişmeyi temsil etmektedir. Sadece 6 yılda ödül havuzlarında yüzde 1400'lük bir büyüme yaşanmıştır. Bu turnuvayı kazanan takım evlerine 11 milyon dolar ile birlikte dönmüştür.¹⁷ Bu ödül havuzunun önemi, golf gibi daha müesses spor dallarıyla kıyaslandığında daha açık anlaşılmaktadır. Söz konusu golf olunca, iş sözleşmelerinin yerine oyuncuların performansı ücrete hak kazandırmaktadır.¹⁸ Bu durum en azından şu an

¹⁰ Borowy, supra note 5, sayfa 74.

¹¹ Örneğin; Intel, Nvidia ve Hitachi, Cyberathlete Professional League'i (CPL) destekledi. Jose Tavares & Licinio Roque, Games 2.0: Participatory Game Creation, VI BRAZILIAN SYMPOSIUM ON COMPUTER GAMES & DIGITAL ENT. Kasım 2007. Aynı şekilde AMD, Logitech ve Gamespot AMD Professional Gamer's League'i (PGL) desteklediler. Burowy, supra note, sayfa 74.

¹² Burowy, supra note 5, sayfa 94.

¹³ *Id.* sayfa 74.

¹⁴ *Id.* sayfa 75.

¹⁵ Mike Stubbs, *The History of the International "Dota 2" Tournament*, FORBES (31 Temmuz 2017) <https://www.forbes.com/sites/mikestubbs/2017/07/31/the-history-of-the-international-dota-2-tournament/#547719aa3caf> (en son giriş 5 Mayıs 2018).

¹⁶ *Id.*

¹⁷ Marissa Payne, *These Five Gamers Just Won 11\$ Million Playing "Dota 2"* WASH. POST (12 Ağustos 2017) https://www.washingtonpost.com/news/early-lead/wp/2017/08/12/these-five-gamers-just-won-11-million-playing-Dota-2/?utm_term=fd4e3466fc74 (<https://perma.cc/34AT-TDAB>).

¹⁸ Robert Damron, *Tour Secrets: Eight Things You Didn't Know About Being a Pro Golfer*, FOX SPORTS (3 Ağustos 2015) <https://www.foxsports.com/golf/story/pga-tour-secrets-eight-things-you-didnt-know-about-being-a-pro-golfer-080315> (<https://perma.cc/VXP9-LAGN>).

için eSpor için de geçerlidir.¹⁹ Dört büyük golf turnuvasından biri olan 2017 Amerika Açık Tenis Turnuvası'nın²⁰ kazananı, evine 2.2 milyon doların sadece biraz altında bir miktarla döndü.²¹ Ödül 5 takım arkadaşı arasında paylaştırıldığında, her bir TI7 turnuva kazananı da yaklaşık 2.2 milyon dolar kazanabilmektedir.²² eSpor, daha kazançlı diğer sporların biraz daha gerisinde olmasına rağmen;²³ kültürel, ekonomik ve hukuki etkisini şüphesiz ki artmaya devam edecektir. Bu endüstrinin merkezinde de DotA 2'nin öncüsü olan, topluluk yapımı video oyun modifikasyonu DotA bulunmaktadır.²⁴

B. DotA'nın Önemi

Her yıl düzenli olarak gerçekleştirilen TI turnuvaları, eSpor endüstrisini domine etmektedir. Bu turnuvalar ve dolayısıyla Dota 2, eSpor tarihinin en büyük dört ödül havuzunu temsil etmektedir.²⁵ En büyük ödül havuzuna sahip beşinci turnuva ise 5 milyon dolarlık ödül havuzu ile 2016'da düzenlenen League of Legends (LoL) Dünya Şampiyonasıdır.²⁶ Dota 2 ve LoL oldukça enteresan bir geçmiş paylaşmaktadır; her iki oyun da kökleri video oyun modifikasyonu DotA'ya dayanmaktadır.²⁷ Bu bölümde, başta Dota 2 ve LoL'ün öncüsü olan DotA ile başlanarak Dota 2'nin

¹⁹ Darren Heitner, *From Near Bankruptcy to Making Millions in eSports*, *FORBES* (30 Eylül 2015). <https://www.forbes.com/sites/darrenheitner/2015/09/30/from-near-bankruptcy-to-making-millions-in-esports/#4b0bfff6478a1> (en son giriş 5 Mayıs 2018) (Garantili tazminat eksikliği tartışılmakta) Jonathan Pan, *Better Humans Become Better Athletes*, *THE NEXUS* (25 Aralık 2015), <https://nexus.vert.gg/better-humans-become-better-athletes-c6fd451aa5fd> [<https://perma.cc/C2E5-PJ7P>] (League of Legends takımı Ember'da 92,000 dolara çıkan maaşlar olduğu belirtilmektedir).

²⁰ Monte Burke, *Which Golf Major is the Most Prestigious?*, *FORBES* (12 Haziran 2012) <https://www.forbes.com/sites/monteburke/2012/06/12/which-golf-major-is-the-most-prestigious/#238767806b5e> [<https://perma.cc/PRs5-N5VP>].

²¹ Kyle Porter, *2017 U.S Open Prize Money, Purse: Payouts for Each Golfer from \$12 Million Pool*, *CBS* (18 Haziran 2017) <https://www.cbssports.com/golf/news/2017-u-s-open-prize-money-purse-payouts-for-each-golfer-from-12-million-pool/> [<https://perma.cc/gAGf-YYTN>].

²² Payne, supra note 17.

²³ Jason Gerwitz, *World Cup Big Prize Money is Getting Even Bigger - Just as US Men are Fighting to Hang On*, *CNBC* (5 Ekim 2017), <https://www.cnn.com/2017/10/05/us-mens-soccer-team-fifa-boosts-prize-money-before-russia-world-cup.html> [<https://perma.cc/32A8-MYH5>] (2018 FIFA Dünya Kupasının 400 milyon dolar ödül havuzuna sahip olduğu gösterilmektedir).

²⁴ Video oyun modifikasyonu ya da mod, bir oyunda değişiklik yapılmasına denir. Bu değişiklikler "oyunun fiziksel ortamında değişiklik yapılmasından, oyunun olay örgüsünün değiştirilip oyun türünün değişikliğe uğratılmasına" kadar farklılık gösterebilmektedir. Hector Postigo, of Mods and Modders: Chasing Down the Value of Fan-Based Digital Game Modifications, *2 GAMES & CULTURE* 300, 301 (2017) Bu değişiklikleri yapanlara mod tasarımcı denmektedir.

²⁵ *Largest Overall Prize Pools in eSports*, *E-SPORTS EARNINGS* (2017), <https://www.esportsearnings.com/tournaments> [<https://perma.cc/B5YD-97F3>].

²⁶ *Id.*

²⁷ *Blizzard Entm't, Inc. v. Lilith Games (Shanghai) Co., No. 3:15-cv-04084-CRB*, 2017 U.S. Dist. LEXIS 74639, sayfa *15 (N.D. Cal. 16 Mayıs 2017).

ve LoL'in iç içe geçmiş tarihleri incelenmektedir. Sonrasında ise, Dota evreninden vücut bulan diğer video oyunları ana hatlarıyla incelenmektedir.

1. DotA'nın "Eul" Dönemi

DotA, Blizzard'ın ödüllü video oyunu Warcraft III'm bir oyun modu olarak başlamıştır.²⁸ Warcraft III; oyuncuların oyun motorunu kullanarak yeni ayarlar, haritalar ve karakterler oluşturabilmelerine imkân veren "World Editor" adlı bir özelliği bünyesinde bulundurmaktadır.²⁹ 2002 yılında, DotA, sadece kullanıcı adıyla bilinen -"Eul"- bir mod tasarımcısı tarafından yaratılmıştır.³⁰ Eul döneminde; DotA'nın temel mekanizması; kazanma koşulu, ayarları, kahramanları, kuralları ve ismi belirlenmiştir.³¹ Bütün Warcraft III modlarının hepsi açık kaynak olduğu için, Eul; izinsiz girişleri engellemek için kendi modunu, belirli veri elemanlarını bozarak kilitli hale getirdi.³² Fakat takvimler 2004'ü gösterirken; Eul, modunun kilidini kaldırarak söz konusu modu açık kaynak haline getirip bir forum postu ile emekliliğini duyurdu: "bu noktadan sonra, DotA artık bir açık kaynaktır. DotA'nın yeni bir sürümünü yayınlamak isteyen herkes bunu iznime gerek olmadan yapabilir. Sadece haritanızda bir selam vermenizi rica ediyorum."³³ Bununla birlikte DotA'nın Eul dönemi son erdi.

2. DotA'nın "Guinsoo" Dönemi

O zamanlar anonim olan bir başka mod tasarımcısı -Guinsoo- çeşitli DotA modlarını birleştirerek bunları kendi modlarının temeli olarak kullandı.³⁴ 2005'in başlarında Guinsoo'nun DotA sürümü, Warcraft III evreninde hâkim mod haline geldi.³⁵ Bununla birlikte DotA'nın Guinsoo dönemi başladı. Guinsoo'nun liderliğinde; DotA, sadece mod olmaktan çıkıp bir topluluğa dönüştü.³⁶ Eul'un aksine; Guinsoo, diğer insanlar tarafından geliştirilmiş tasarım çalışmalarını ve programcılık gibi özellikleri bir araya getirdi.³⁷ Aslında, Guinsoo kendisini bir çeşit "lider" olarak görmekteydi.³⁸

²⁸ *Id.* sayfa *7-9.

²⁹ *Id.* sayfa *7.

³⁰ *Id.* Sayfa *8-9 (Eul's gerçek ismi Kyle Sommer'dır.).

³¹ *Id.*

³² *Id.* sayfa *9 Eul DotA modunu açmadan önce bile DotA'nın farklı sürümleri ortaya çıktı. Gerçek adları bilinmeyen iki mod tasarımcısı, "Meian" ve "Madcow", bu modların en iyilerini birleştirerek DotA Allstars'ı oluşturdu. *Id.* sayfa *10-11.

³³ *Id.* sayfa *9-10.

³⁴ *Id.* sayfa *11 (Guinsoo'nun gerçek ismi ise Steve Feak'tır.).

³⁵ *Id.* sayfa *13.

³⁶ Paul Dean, *The Story of DOTA, EUROGAMER (4 Haziran 2014)* <http://www.eurogamer.net/articles/2011-08-16-the-story-of-dota-article> [<https://perma.cc/Y38J-V4C5>] (DotA topluluğunun gelişimini açıklamaktadır).

³⁷ Blizzard, 2017 U.S. Dist. LEXIS 74639, sayfa* 11-12.

³⁸ *Id.* sayfa *12.

Guinsoo'nun DotA'nın "lideri" olarak hükümdarlığı döneminde, bir normlar sistemi geliştirildi. Katkıda bulunanlar, farklı seviyelerde girdi ve yetki yaratan değişken düzeylerde girdilere sahipti.³⁹ Ayrıca; Guinsoo, DotA'nın bir sonraki sürümüne neyin eklenip neyin eklenmeyeceği hususunda son kararı vermeye yetkiliydi.⁴⁰ En nihayetinde, Guinsoo üzerine düşeni yaptı⁴¹ ve 2004'de Guinsoo'nun döneminde ilk DotA ligi oluştu.⁴²

3. DotA'nın "Icefrog" Dönemi

2005 yılına gelindiğindeyse Guinsoo, koltuğu Neichus'a⁴³ devretti. Neichus, tecrübeli bir yazılımcı ve bu topluluğun üyesi olan Icefrog'un kendisinin ortak geliştiricisi olduğunu açıkladı.⁴⁴ Bir müddet sonra, Neichus projeyi terk ederek, Icefrog'u, Guinsoo'nun yegâne varisi yaptı.⁴⁵ Guinsoo'nun biraz gayri resmî denetim ve gözetiminin aksine, Icefrog düzenli olarak bir yardımcı grubu sağladı.⁴⁶ "Pendragon" -topluluğun bir üyesi- DotA-allstars.com isimli bir internet sitesi aracılığıyla oyuncu tabanının korunmasına yardımcı oldu.⁴⁷ Icefrog'un liderliği altında, 2006 yılında DotA turnuvalarının sayısındaki artışla ve bu turnuvaların ödül havuzundaki hızlı yükselişle DotA'nın rekabetçi hali ortaya çıkmaya başladı.⁴⁸

4. DotA Efsaneleri: Topluluk Mülkiyetinden Kurumsal Hâkimiyete

DotA ücretsiz yazılımdan bir topluluğa, sonrasında bir lig ve en nihayetinde turnuva haline gelerek büyük bir yol kat etti. Ama bu sadece bir başlangıçtı. 2005'de, Warcraft III'ün sahibi Blizzard, ufuk açıcı video oyun toplantısı Blizzcon'un lansmanını gerçekleştirdi.⁴⁹ Blizzard lansmanlarında çoğunlukla yeni oyunlarının tanıtımını yaparken, bir DotA turnuvası gibi alışılmadık bir imkân da

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ Bazen kaynakça, oyun içerisinde kendini göstermektedir. Örneğin, topluluğun bir üyesi olan "Terrorblaze" in fikirlerinden ortaya çıkan bir oyun karakterine "Terrorblade" ismini vermiştir. *Id.*

⁴² DotA History, LIQUIPEDIA (2017) http://liquipedia.net/dota2/index.php?oldid=490288&title=Dota_History [<https://perma.cc/E3FF-AGE6>].

⁴³ Blizzard, 2017 U.S. Dist. LEXIS 74639, sayfa *12 (Neichus'un gerçek ismi Stephen Moss'dur.).

⁴⁴ *Id.* sayfa*13 (Icefrog'un gerçek ismi Abdul Ismail'dir.).

⁴⁵ *Id.* sayfa*13-14.

⁴⁶ *Id.* sayfa*14.

⁴⁷ *Id.* sayfa*14-15 15 n.10 (Pendragon'un gerçek ismi Steve Mescon'dur.).

⁴⁸ *See Events for Defense of the Ancients, E-SPORTS EARNINGS.* <https://www.esportsearnings.com/games/163-defense-of-the-ancients/events> [<https://perma.cc/EEK9-SRH4>].

⁴⁹ Phenteo (Shawn Silverman), *Blizzcon: A Look Back, BLIZZARD ENT. (22 Nisan 2014)* <https://blizzcon.com/en-us/news/13874223/%D1%80%D0%B5%D1%82%D1%80%D0%BE%D1%81%D0%B5%D0%BF%D0%B5%D0%BA%0%D1%82%D0%B2%D0%B0%blizzcon%C2%AE-22-04-2014> [<https://perma.cc/LA5X-XTDR>].

sundular.⁵⁰ Blizzard kendi yaratmadığı bir oyunun turnuvasına ev sahipliği yaptı. Blizzcon 2005, şirketlerin, topluluk tarafından yaratılmış bu video oyununa ilgisinin olduğunu ortaya çıkardı.

2006'da, video oyun geliştirme şirketi S2 Games, Icefrog'u bağımsız bir oyun olan Heroes of Newerth (HoN) adlı oyunda çalışması için işe aldı.⁵¹ HoN; Riot Games tarafından yaratılan LoL ve Valve tarafından yaratılan Dota 2 gibi birçok profesyonel seviyedeki DotA varislerinden sadece birisidir.⁵² DotA topluluğunun kadim üyeleri de bu oyunları destekledi. Riot; Guinsoo ve Pendragon'u kendi bünyesine dâhil etti.⁵³ Valve Eul'u, Icefrog'u ise S2'deki görev süresi bitince bünyesine dâhil etti.⁵⁴ Ana oyun Warcraft III'ün yapımcısı Blizzard bu gelişmelere geç de olsa dâhil olarak 2015 yılında kendi DotA sürümleri olan Heroes of the Storm'u (HotS) piyasaya sürdü.⁵⁵ Bütün bu oyunların DotA'dan türetilmesiyle akıllara bariz bir soru gelmektedir: DotA bir sahibi var mı?

Tablo 1: DotA Varisi Oyunlar ve Onların DotA ile Bağlantıları

DotA Varisi Oyunlar	Yıl	Geliştiren	Müdahil Olan DotA Topluluğu Üyesi
Heroes of Newerth ("HoN")	2010	S2	Icefrog
League of Legends ("LoL")	2009	Riot	Guinsoo, Pendragon
Dota 2	2013	Valve	Icefrog, Eul
Heroes of the Storm ("HotS")	2015	Blizzard	Kimse, fakat Warcraft 3'ün yaratıcıları tarafından tasarlanmıştır.

III. DotA'ya Dair Fikri Mülkiyet Davaları

A. Blizzard'a karşı Valve (The DotA Ticari Markası)

Blizzard ve Valve hala olduğu gibi o zamanlar da bu endüstrinin devleriydi. Blizzard'ın video oyun portföyü şu an için piyasaya sunulmuş 20 oyun,⁵⁶

⁵⁰ *Blizzcon Invitational, BLIZZARD ENT.* (3 Mart 2016), <https://web.archive.org/web/20070702160920/http://www.blizzard.com/blizzconO5/tournaments.shtml> [https://perma.cc/LK86-4VZV].

⁵¹ *Blizzard*, 2017 U.S. Dist. LEXIS 74639, sayfa*14.

⁵² *Id.* sayfa *15.

⁵³ Suzie Ford, *League of Legends: Marc Merill Q&A, WARCERY NETWORK*, (23 Ocak 2009) <http://www.warcry.com/articles/view/interviews/5686-League-of-Legends-Marc-Merrill-Q-A> [https://perma.cc/BLP4-STWA].

⁵⁴ *Blizzard*, 2017 U.S. Dist. LEXIS 74639, sayfa*15.

⁵⁵ Press Release, Blizzard Entm't, Inc. Blizzard's Worlds Collide When *Heroes of the Storm* Launches June 2 (20 Nisan 2015) <https://www.businesswire.com/news/home/20150420005352/en/Blizzard/E2/o80/99s-Worlds-Collide-Heroes-Storm/E2/o84%A2-Launches-June#.VTUx1VVhBe> [https://perma.cc/R4WL-DUUL].

⁵⁶ See Games, BLIZZARD ENT. (2018), <http://us.blizzard.com/en-us/games/> [https://perma.cc/TW29-C4Q4].

Valve'nin ise 18⁵⁷ oyundan oluşmaktadır. Halka açık bir şirket olan Activision Blizzard'ın bir alt kuruluşu olan Blizzard, 2010 yılında 1,5 milyar dolar gelir bildirmiştir.⁵⁸ Piyasa veri firması SuperData, özel bir şirket olan Valve'nin 2014 yılı gelirini 730 milyon olarak değerlendirmektedir.⁵⁹ 2011 yılında Amerika Birleşik Devletleri Patent ve Ticari Marka Ofisi; Valve'nin; Defense of the Ancients, DotA, Dota ve DOTA'ya dair marka başvurusunu yayınladı.⁶⁰ Bu noktadan sonra Blizzard ve Valve'nin bu hususta çatışması kaçınılmaz hale geldi.

Blizzard, Valve'nin DOTA'yı ticari marka olarak tescil ettirme niyetini Ekim 2010 gibi erken tarihten beri bilmekteydi. Blizzard oyun tasarımcısı Rob Pardo, oyun dergisi Eurogamer ile bir röportajında Valve'nin DOTA'yı marka olarak tescilleme hareketleri hakkında:⁶¹ “Blizzard, Valve'nin hareketleri karşısında şaşkın” diyerek en azından Valve'nin hareketlerinden haberdar olduklarını ortaya koymuştur. Pardo röportajın devamında kendi açılarından durumu şu şekilde açıklamaktaydı: “Blizzard “Blizzard DOTA” terimini ücretsiz oyunları StarCraft II Mod'da kullanmaya hakları olduğuna inanıyor.”⁶² Blizzard'ın bu hususta rakiplerine karşı ileri süreceği üç argümana dikkat çekmiştir. İlk olarak: “DOTA Blizzard topluluğu tarafından oluşturulmuştur.”⁶³ İkinci olarak ise Valve'nin uzun zamandır ücretsiz yararlanılan bir şeyi özel olarak ticari markalaştırmaya çalıştığıdır.⁶⁴ Üçüncü ve son argümanları ise: DOTA terimi, Blizzard'ın ve topluluğunun ulaşımına ve yararlanmasına açık olmaya devam etmelidir.⁶⁵

Bir yıl sonra Blizzard bu argümanlarını şiddetle tekrarladı. Blizzard'ın, Valve'nin marka tescil başvurusuna itirazının ana dayanakları: (1) öncelik (rüşhan) ve (2) karıştırılma ihtimaliydi.⁶⁶ Bu dayanaklar hangi şartlar altında bir mar-

⁵⁷ See *Games, VALVE* <http://www.valvesoftware.com/games/> [<https://perma.cc/4M2R-8SM6>]; *Games: Back Catalog, VALVE*, <http://www.valvesoftware.com/games/back-catalog.html> [<https://perma.cc/677G-EQ3K>].

⁵⁸ *ACTIVISION BLIZZARD, 2010 ANNUAL REPORT 1* (2010).

⁵⁹ Phil Savage, *Market Data Firm Claims Valve Made \$730 Million Last Year*, PC GAMER (2015) <http://www.pcgamer.com/market-data-firm-claims-valve-made-730-million-last-year/> [<https://perma.cc/7Z6U-38N9>].

⁶⁰ Notice of Opposition, *Blizzard Entm't Inc. v. Valve Corp.*, Opp'n No. 91202572 to App. Serial No. 85/102245 (TTAB, 16 Kasım 2011).

⁶¹ Oli Welsh, *Valve Shouldn't Trademark DOTA - Blizzard*, EUROGAMER (2010) <http://www.eurogamer.net/articles/2010-10-23-valve-shouldnt-tndemark-DotA-blizzard> [<https://perma.cc/692L-7HLB>]; Notice of Opposition, *supra* note 60.

⁶² Welsh, *supra* note 61.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ Notice of Opposition, *supra* note 60, ¶ 23-25.

kanın tescillenmesinin yasaklandığını düzenleyen Lanham Kanununun ikinci maddesinin (d) bendine tekabül etmektedir:

“Marka; Patent ve Ticari Marka Ofisine kayıtlı olan bir markanın çok benzerine dahilse veya benzerini meydana getiriyorsa ve yahut *Amerika Birleşik Devletlerinde bir başkası tarafından daha önce kullanılmış ve terk edilmemiş bir marka ya da ticari isimden oluşuyorsa*, büyük olasılıkla, başvuranın mallarında veya bunlarla bağlantılı olarak kullanıldığı zaman, *bir kafa karışıklığına mahal vermesi* veya bir hataya neden olması veya aldatması durumunda...”⁶⁷

Valve'nin başvurusuna başarılı bir şekilde itiraz edebilmesi için, Blizzard'ın ortaya koyması gereken şeyler şunlardı: “(1) DOTA markasının daha önce Amerika Birleşik Devletleri'nde kullanıldığı, (2) bu kullanımın başvuran dışında bir başkası tarafından yapılmış olduğu, (3) markanın kullanımın hala terk edilmediği ve (4) bu marka tescilinin tüketicide kafa karışıklığına neden olma ihtimalinin oldukça yüksek bir düzeyde olduğu”.

Blizzard itirazında, (1) DOTA markasının; Blizzard ve hayranları (Blizzard lisansı ile) tarafından tanıtılan, pazarlanan ve dağıtılan Warcraft III yazılımının bir modunun popüler adı olarak bu markanın Amerika Birleşik Devletlerinde daha önce kullanıldığını açıkça ifade etmektedir.⁶⁸ Parantez içinde belirtilen husus; Valve için değil DOTA'yı bir ticari marka olarak tescil etme hakkı olduğunu daha sonradan iddia eden Blizzard için önem arz etmektedir. Blizzard argümanlarına “DotA Modları daha önce Amerika Birleşik Devletleri'nde ve dünyada yüzbinlerce insan tarafından indirilip oynanmıştır.”⁶⁹ şeklinde devam etmiştir. Blizzard sonrasında, başvurudan önce (2) Valve'nin “DotA markasını “hâlihazırda halka açık olan herhangi bir ürün veya hizmette kullanmadığını” açıkça ifade etmiştir.⁷⁰ Bilakis Blizzard DOTA markasının kendisi tarafından kullanımının devamlı olduğunu ve (3) bu nedenle şirketin bu kullanımı terk etmediğini ileri sürmüştür.⁷¹ Son olarak; Blizzard, Valve'nin “tüketicilerin, Blizzard'ın sponsorluğu, üyeliği veya Valve ürünlerinin onaylanması konusunda kafasını karıştırmak için” başvuruda bulunduğunu iddia etti.⁷²

Blizzard'ın itirazında bir nüans daha vardı. Blizzard, Valve'nin başvurusuna sadece itiraz etmek yerine, DOTA markasını tescil etmek için ortam hazırlamak-

⁶⁷ 15 U.S.C. § 1052(d) (2012).

⁶⁸ Notice of Opposition, *supra* note 60 ¶ 1.

⁶⁹ *Id.* ¶ 14.

⁷⁰ *Id.* ¶ 2.

⁷¹ *Id.* ¶ 1 (DOTA markasının yedi yıldan fazla bir süredir Blizzard ve onun hayran topluluğu tarafından Blizzard lisansı altında kullanıldığını belirterek).

⁷² *Id.* ¶ 22.

taydı. Blizzard'ın parantez içerisinde belirtilen "Blizzard lisansı ile" iddiası bu kavgada attıkları ilk yumruktu. DotA'nın geliştirilmesinde kullanılan yazılımın, oyunun yaratıcılarına Blizzard tarafından lisans edilmesinin Blizzard'a bir mülkiyet hakkı verdiği teorisi ileri sürüldü. Sonrasında, Blizzard bir de hukuki argüman ileri sürdü. 2008 yılında, Guinsoo ve Pendragon'un "her ikisi de DotA Modları üzerindeki bütün haklarını DotA-Allstars, LLC'ye devretmişti.⁷³ Sonrasında DotA-Allstars, LLC Riot'a devredilmiş, Riot da daha sonra bu hakları Blizzard'a devretmişti.⁷⁴ Buna dayanarak Blizzard; Guinsoo ve Pendragon'un mülkiyet haklarına sahip olduğunu savunmuştur.⁷⁵

Muhtemel bir eşik sorunu olarak, Lanham Kanunu uyarınca Blizzard'ın itiraz etmekte bir geçerliliğinin olduğunu ortaya koyması gerekmektedir.⁷⁶ Patent davalarına itirazda münhasır yetkisi olan *Federal Circuit* "itiraz eden tarafın, markanın tescil edilmesi ihtimalinde zarara uğrayacağına inanmak için makul bir dayanağa sahip" olmasını şart koşmaktadır. Bu dayanak da gerçekten mantıklı ve makul bir nedene dayanmalıdır.⁷⁷ Tescilli bir markaya sahip olmak -taraf olabilmeyen en doğrudan yolu- Blizzard'ın durumunda geçerli değildi.⁷⁸ Blizzard, DOTA markasının değerlerini aşağıladığını da ispat edememiştir.⁷⁹ Hakikaten de, Blizzard'ın, DOTA ismini kendisinin de kullanması, bu argümanı olanaksız hale getirmekteydi.⁸⁰ Blizzard'ın "eyaletler arası ticarete DOTA markasını kapsamlı ve devamlı bir şekilde kullandığı"⁸¹ argümanı, DotA'nın başka birisi tarafından yaratıldığı gerçeğini göz ardı etmekteydi.⁸² Blizzard dava açabilmek için; mahkemeyi, bağımsız bireyler tarafından geliştirilen markaların şirketler tarafından ticari marka olarak tescil edilmesinin hukuki olarak mümkün olduğuna ikna etmesi gerekmektedir.

Blizzard davadan çekildiği için dosya hiçbir zaman mahkemede değerlendirilmedi. 11 Mayıs 2012'de, Blizzard, DOTA markasını ticari olmayan bir şekilde kullanmaya devam etme hakkını elinde tutacak olmasına rağmen, "Valve'nin DOTA markasını ticari olarak kullanmaya devam edeceğini" belirten bir basın

⁷³ *Id.* ¶ 21.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ 15 U.S.C § 1063 (2012) (ticari markanın tesciline itiraz eden tarafın ticari markanın tescil edilmesi nedeniyle zarara uğrayacağına inanması gerekmektedir.).

⁷⁷ *Coach Servs., Inc. v. Triumph Learning LLC*, 668 F.3d 1356, 1376 (Fed. Cir. 2012).

⁷⁸ *Cf. id.* sayfa 1377 (markaya karşı tarafın markayı tescil ettirdiğine dair kaydı olması).

⁷⁹ *Ritchie v. Simpson*, 170 F.3d 1092, 1098 (Fed. Cir. 1999) (markaya ülke çapında bir ahlaki itirazın olduğunu belirten bir dilekçenin Lanham Yasası'nın taraf olma şartını karşılamaktadır.).

⁸⁰ Notice of Opposition, *supra* note 60, ¶ 16.

⁸¹ *Id.*

⁸² *Supra* 2.Bölüm/B.

bülteni yayınladı.⁸³ Blizzard mahkemeye gitmenin kendileri için oldukça riskli olduğuna karar vererek muhtemelen Valve ile bir anlaşma yaptı.⁸⁴ Bu davanın oyun topluluğu içinde yarattığı tartışmalar göz önüne alındığında,⁸⁵ Valve ile anlaşmak yerinde bir hamleydi. DotA'yı Blizzard'ın yaratmadığı düşünülürse, anlaşmak büyük olasılıkla doğru bir hamleydi. Blizzard, Blizzard DOTA ismini önce Blizzard All-Stars, sonrasında da HotS'a çevirdi.⁸⁶ Bu sırada ise Valve, Dota 2'yi geliştirdi. DOTA ticari markası, 2018 itibarıyla hala Valve'ye tescillidir.⁸⁷

B. Blizzard'a karşı Lilith (The DotA Telif Hakları)

Blizzard ve Valve tarafından ulaşılan anlaşma, dostane bir yol ayrılığından daha fazlası, bir ortaklıktı. Telif hakkı kayıtlarından anlaşıldığı üzere Blizzard ve Valve birçok DotA telif hakkı üzerindeki mülkiyet haklarını paylaşmaktadır.⁸⁸ 2015 yılında, Blizzard, Valve ile birlikte Lilith ve uCool'a karşı DotA telif haklarını ihlal ettiği iddiasıyla dava açmıştır.⁸⁹ Bu şirketlerin her ikisi de, Blizzard ve Valve'nin, DotA evrenine dayandığını iddia ettikleri akıllı telefon oyunları yaratmışlardır: Lilith DotA Legends'ı, uCool Heroes Charge'ı yaratmıştır.⁹⁰ Bu davada, davacılar makul nedenlere dayanan geçerli telif haklarına sahip olduklarını iddia etmelerine rağmen, uCool'a ya da mahkemeye, Heroes Charge oyununun hangi karakterlerinin, Blizzard ve Valve'nin sayısız oyunlarındaki hangi oyun karakterlerini ihlal ettiğini göstermekte başarısız olmuştur.⁹¹ Bu nedenle mahkeme Blizzard ve Valve'nin ilk başvurusunu düzeltilmek üzere reddetmiştir.⁹²

⁸³ Mathew McCurley, *Blizzard and Valve Settle on DOTA*, *ENGADGET: THE LAWBRINGER* (18 Mayıs 2012) <https://www.engadget.com/2012/05/18/the-lawbringer-blizzard-and-valve-settle-on-Dota/> [<https://perma.cc/MVH3-MBYW>].

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ Richard Cobbett, *DOTA vs DOTA 2: Valve and Blizzard Go to War*, *PC GAMER* (23 Ağustos 2011) <http://www.pcgamer.com/dota-vs-dota-2-valve-and-blizzard-go-to-war/> [<https://perma.cc/Y4DQ-M3YX>] (“Bu anlaşmazlıkla ilgili ilginç olan avukatlar arasında bir düello yerine oyuncuların kalpleri ve zihinleri üzerine kurulmuş olmasıdır.”).

⁸⁶ Evan Narcisse, *Blizzard's Diablo/Starcraft/WoW Crossover Has a New Name*, *KOTAKU* (17 Ekim 2013) <https://kotaku.com/blizzard-s-diablo-starcraft-wow-crossover-has-a-new-name-1447238984> [<https://perma.cc/ZY4G-FKU6>].

⁸⁷ *Trademark Guidelines*, *VALVE* (2018), <http://www.valvesoftware.com/trademarkguidelines.html> [<https://perma.cc/DMQ5-C23F>].

⁸⁸ DOTA 6.68, Registration No. TX0008153084; DOTA 6.83, Copyright No. TX0008149056.

⁸⁹ *Blizzard Entm't, Inc. v. Lilith Games (Shanghai) Co. Ltd.*, 149 F. Supp. 3d 1167, 1169-70 (N.D. Cal. 2015).

⁹⁰ *Id.* sayfa 1170. Özetle, sadece isimsel olarak bile DotA ve DotA Legends arasında önemli benzerlikler vardır. Heroes Charge'a gelince ise, Blizzard ve Valve, uCool'un müzik, çizim, ve karakter isimlerini DotA'dan kopyaladığını iddia etti. First Amended Complaint ¶¶ 45-54, *Blizzard Entm't v. Lilith Games (Shanghai) Co. Ltd.*, No. 3:15-cv-04084-CRB (N.D. Cal. 16 Mayıs, 2017).

⁹¹ *Blizzard*, 149 F. Supp. 3d sayfa 1172, 1175.

⁹² *Id.* sayfa 1176.

İki yıl sonra, aynı mahkeme; uCool'un, Blizzard ve Valve'nin düzeltilmiş başvurusunun reddedilmesi istemini reddetmiştir.⁹³ uCool, daha sonra, ne Blizzard'ın ne de Valve'nin orijinal DotA'nın mülkiyetine sahip olduğuna dair bir ara karar almak için başvuruda bulunmuştur.⁹⁴ Mahkeme uCool'un başvurusunu reddederek üç ana konuya dikkat çekmiştir: ilk olarak DotA'nın telif haklarının geçerliliği, ikinci olarak telif haklarının orijinal mülkiyeti ve son olarak ise bu telif haklarının tahsis edilışıdır.⁹⁵ Sonrasında ise mahkeme, DotA'nın telif haklarının geçerli olmasına rağmen, orijinal mülkiyet ve uygun tahsis işlemleri hususunda gerçeklere dair özgün soruların olduğuna karar verdi.⁹⁶

1. DotA Telif Haklarının Varlığı: Bir Hukuk Sorunu

Geleneksel olarak, bir video oyununun değişiklik yapılmış hali, değişiklik yapılan oyunun telif hakkını ihlal eden bir türev çalışma olarak kabul edilir.⁹⁷ Bu konudaki emsal davalardan olan Midway Manufacturing Co. Vs Artic International Inc. davasında, esasında bir oyun modu olan⁹⁸ "hızlandırılmış" video oyunu ele alınmıştır.⁹⁹ Midway mahkemesi, "oyunun telif haklarını elinde bulunduran tarafın, hızlandırılmış sürümü de kendi tekeline alma hakkına sahip olması gerektiğine" karar vermiştir.¹⁰⁰ Bu yaklaşım 9. Bölge Mahkemesi tarafından da, Lewis Galoob Toys Inc. vs Nintendo of America Inc. davasında benimsenmiştir.¹⁰¹ Bu davada incelenen husus bir "oyun cini" (Game Genie) olarak da tanımlanabilecek, "oyuncuların Nintendo oyunun 3 farklı özelliğini değiştirmesine imkân veren" bir cihazdır.¹⁰² Lewis Galoob Mahkemesi, "telif haklarıyla korunan bir eserin bir bölümünü fiziksel olarak içermediğinden veya korunan esere duyulan talebin yerine geçmediğinden" Game Genie'nin Midway kararı çerçevesinde bir türev çalışma olmadığına karar vermesine rağmen Midway kararını 9. Bölge Mahkemesi için doğru bir ilke olarak kabul etmiştir.¹⁰³ Blizzard ve Lilith arasında-

⁹³ Blizzard Entm't, Inc. v. Lilith Games (Shanghai) Co. Ltd., No. 3:15-cv-0408-CRB, 2017 U.S. Dist. LEXIS 74639, sayfa 31 (N.D. Cal. 16 Mayıs 2017) Lilith uCool'un talebine destek vermemiştir. *Id.*

⁹⁴ *Id.* sayfa*16-17.

⁹⁵ *Id.* sayfa *18.

⁹⁶ *Id.* sayfa *21-27.

⁹⁷ Midway Mfg. Co. v. Artic Int'l, Inc., 704 F.2d 1009, 1013-14 (7th Cir. 1983).

⁹⁸ *Id.* sayfa 1013.

⁹⁹ Note 24 ile birlikte supra metni.

¹⁰⁰ *Id.* sayfa 1014.

¹⁰¹ Genel olarak 964 F.2d 965 (9th Cir. 1992).

¹⁰² *Id.* sayfa 967.

¹⁰³ *Id.* sayfa 969 (Midway kararının kısıtlanarak uygulanmasının nedeni "Midway kararının genişletilmesi yaratıcılığı durdurabileceği gibi toplumun fikir, bilgi ve ticaretin serbest akışındaki menfaatini korumayı başaramamasıdır.").

ki davada ise, süregelen yaklaşım kabul edilerek DotA modları türev eser olarak kabul edilmiş¹⁰⁴ ve bu nedenle söz konusu türev eserleri üzerinde telif hakkının tesis edilebileceği kabul edilmiştir.¹⁰⁵

uCool, Blizzard'ın ve Valve'nin DotA modlarının birer türev eser olarak, telif hakkına konu olabilecekleri yönündeki savlarına itiraz etmedi.¹⁰⁶ Fakat uCool, bütün DotA modları bir araya getirildiğinde bir "kolektif eser" ortaya çıktığını,¹⁰⁷ bir diğer deyişle "kendi içinde bağımsız ve ayrı eserlerin bir dizi katkı sonucunda kolektif bir bütün haline getirilmesinin" DotA modlarını bir bütün olarak eser haline getirdiğini savunmaktadır.¹⁰⁸ 17 U.S.C §201'e göre "kolektif eserdeki telif hakkı sahibinin, yalnızca bu belirli kolektif eserin bir parçası olarak katkısını yeniden üretme ve dağıtma ayrıcalığını elde ettiği varsayılır."¹⁰⁹ uCool'un teorisine göre; DotA modları üzerindeki telif hakkı, diğer şirketlerin kendi özgün türev eserlerini üretmelerini engellemektedir. Fakat Blizzard ve Lilith arasındaki davada, mahkeme, uCool'un DotA'nın tamamının kolektif bir eser olduğu yönündeki tezini reddetmiştir.¹¹⁰ DotA Allstars gibi bazı belirli DotA sürümleri, farklı DotA sürümlerini bir araya getirmiş olmasına rağmen¹¹¹ "DotA Allstars'ın her bir sürümü kolektif bir eser mahiyetinde değildir."¹¹² Bu nedenle DotA'nın her bir sürümü bölünmez bir türev eserdir ve Telif Hakkı Yasası çerçevesinde tam korunma hakkına sahiptir.¹¹³

2. DotA Telif Haklarının Mülkiyeti: Maddi Vakıa Sorunu

Blizzard ve Lilith arasındaki davada, DotA'nın fikri mülkiyet haklarına aslen kimin sahip olduğuna dair zor bir problem ele alındı. 9. Bölge Mahkemesinin ilkelerine göre bir eserin beyni, fikir babası Telif Hakkı Kanunu uyarınca o eserin sahibi olarak kabul edilmektedir.¹¹⁴ Belirli bir mod tasarımcısının, herhangi bir DotA sürümünün eser sahibi olup olmadığı tartışmalıdır.¹¹⁵ Mahkeme, birçok

¹⁰⁴ Blizzard Entm't, Inc. v. Lilith Games (Shanghai) CO., No. 3:15-cv0408-CRB, 2017 U.S. Dist. LEXIS 74639, sayfa *19 (N.D. Cal. 16 Mayıs 2017) (17 U.S.C. §101).

¹⁰⁵ 17 U.S.C. § 103 (2012).

¹⁰⁶ Motion to Dismiss First Amended Complaint filed by uCool, Inc. sayfa 5-11, *Blizzard*, No. 3:15-cv-04084-CRB, 2017 U.S. Dist. LEXIS 74639 (N.D. Cal. 8 Eylül 2015).

¹⁰⁷ *Blizzard*, 2017 U.S. Dist. LEXIS 74639, sayfa *20.

¹⁰⁸ 17 U.S.C § 101 (2012).

¹⁰⁹ 17 U.S.C § 201 (2012).

¹¹⁰ *Blizzard*, 2017 U.S. Dist. LEXIS 74639 sayfa *21.

¹¹¹ *Id.* sayfa *10.

¹¹² *Id.* sayfa *21.

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Cf. Aalmuhammed v. Lee*, 202 F.3d 1227, 1233 (9th Cir. 2000) ("yazarı eserin kaynağını aldığı kişi ve o eseri yöneten kişi olarak" tanımlamaktadır.).

¹¹⁵ *Id.* sayfa 1236 (eser sahipliğinin bir maddi vakıa sorunu olduğu belirtilmektedir).

DotA sürümünün mevcut olduğunu ve her birinin kim veya kimler tarafından yaratıldığının asla bilinemeyeceğini kabul etti.¹¹⁶ Hak sahipliğinin tartışmalı bir sorun olması ve bunun jüri tarafından çözülmesi gerektiğinden, mahkeme bu hususta ara karar verilmesinin uygun olmadığına hükmetti.¹¹⁷ Bu nedenle jüri, DotA telif haklarının kaderi hakkında nihai kararı verebilecektir.

Bu bekletme kararı yerinde ve makul bir tercihtir. DotA topluluğunun diğer üyelerinden destek ve katkı almalarına rağmen¹¹⁸ “Eul, Guinsoo ve Icefrog kendi sürümlerinin beyni ve fikir babalarıdır.”¹¹⁹ DotA topluluğunun diğer üyelerinden tavsiyeler almak, belirli bir DotA sürümünün eser sahipliğine itiraz edilebilmesi için yeterli değildir. Türev video oyunlarının eser sahipliğine ilişkin içtihat az olsa da, film eser sahipliği hakkında verilen yargı kararları bu hususta yol göstericidir. Aalmuhammed ve Lee arasındaki davada, Spike Lee, Malcolm X filmi- nin eser sahipliği hususunda dava edilmiştir.¹²⁰ Davacı Aalmuhammed; yeni karakterlerle en az iki sahnenin yapılmasında, altyazılar için Arapçadan İngilizceye çeviri yapılmasında, seslendirmelerde kendi sesinin kullanılmasıyla, karakterler için uygun duaların ve ayinlerin seçilmesinde ve yapım sonrasında filmin düzenlenmesindeki katkılarıyla film üzerinde ortak eser sahipliği iddia etmiştir.¹²¹ 9. Bölge Mahkemesi eser sahipliği hakkında yukarıda açıklanan ilkeye paralel olarak davacı Aalmuhammed’in iddialarını yetersiz bularak emsal bir karara imza atmıştır.¹²² Mahkeme, Aalmuhammed’in katkılarının bir tür tavsiye niteliğinde olduğunu ve Spike Lee’nin bu tavsiyelerin hiçbirleriyle bağlı olmadığını belirtmiştir.¹²³ Bu suretle, “Aalmuhammed’in eser üzerinde bir kontrole sahip olmadığına ve eser üzerinde kontrol sahipliğinin olmamasının eser sahibi olmadığı yönünde güçlü bir kanıt teşkil ettiğine” karar vermiştir.¹²⁴

Eul, Guinsoo ve Icefrog’un kendi DotA sürümlerinin kontrolü konusunda son sözü söyleyecek kadar kontrol sahibi olup olmadığı kanıtlarla ortaya konabilmektedir. Bir tavsiyenin filmde kullanılıp kullanılmadığı ya da bu durumda bir oyun modunda tavsiyeye uyulup uyulmadığı, Aalmuhammed kararına göre eser sahipliği hususuyla alakasızdır.¹²⁵ Spike Lee’nin aksine; Guinsoo, Eul ve Icefrog’un eserleri üzerinde başkalarıyla kontrolü paylaşıp paylaşmadığına, bu konuda doğru kararı

¹¹⁶ *Blizzard*, 2017 U.S. Dist. LEXIS 74639, sayfa *21.

¹¹⁷ *Id.* sayfa *23-24.

¹¹⁸ *Supra* II. Bölüm/B 2-3.

¹¹⁹ *Blizzard*, 2017 U.S. Dist. LEXIS 74639, sayfa *22.

¹²⁰ *Aalmuhammed v. Lee*, 202 F.3d 1227, 1229 (9th Cir. 2000).

¹²¹ *Id.* sayfa 1230.

¹²² *Id.* sayfa 1232-33.

¹²³ *Id.* sayfa 1235.

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ *Id.*

verecek olan jüri tarafından karar verilmelidir. Fakat Blizzard ve Lilith arasındaki davada mahkemenin dikkat çektiği üzere; başkalarının, DotA sürümlerinin yaratılmasında paylarının olup olmadığı “uCool tarafından dava edilebilecek bir husus değildir.”¹²⁶ Aalmuhammed’in aksine ne uCool ne de Lilith; Eul, Guinsoo ya da Icefrog kendi DotA sürümlerini yaratırken olaya dâhildi.¹²⁷ Yargıç Breyer’in bu konudaki ifadeleri önemlidir: “makul bir jüri; Eul, Guinsoo ve Icefrog’un burada söz konusu olan DotA sürümlerinin eser sahipleri olduğuna sonuca varmalıydılar (hatta belki de zorundadırlar).”¹²⁸ Bu, Lilith ve uCool’un “kolektif eser” argümanına dayanması halinde mahkemenin eğilime dair açık bir işaretidir.

3. DotA Telif Haklarının Devir İşlemlerinin Geçerliliği: Maddi Vakıa Sorunu

Söz konusu telif haklarının aslında hiçbir zaman aslen Eul, Guinsoo ya da Icefrog’a ait olmadığı ihtimaline rağmen, mahkeme, bu telif haklarının devir işleminin geçerliliğini incelemeye başlamıştır.¹²⁹ Mahkeme bu incelemesini, Eul ve Icefrog’un Valve’ye DotA’ya dair haklarını devretmesiyle sınırlandırmıştır.¹³⁰ Guinsoo’nun bu incelemenin dışında tutulması dikkate şayandır. Bir yandan da, Guinsoo’nun inceleme dışında tutulması mantıklıdır çünkü Guinsoo Riot ile bağlantılıydı ve bu nedenle ne Valve ne de Blizzard Guinsoo’nun DotA üzerindeki haklarına yönelik bir iddiada bulunamazdı.¹³¹ Fakat aynı zamanda mahkeme, Guinsoo’nun DotA’nın telif hakları üzerindeki etkisini ele almak için ciddi çaba sarf etti.¹³² Mahkeme, “kayıtların; Eul, Guinsoo ve Icefrog’un kendi sürümlerinin fikir babaları olduğuna dair birçok kanıt barındırdığını” bile belirtti.¹³³ Blizzard ve Lilith arasındaki davada ima edilen şey, yukarıda ele alınan analizin Guinsoo için de geçerli olduğudur. Üçüncü bölümde bu imanin önemi ele alınacaktır.

Devir işlemlerinin esasına dönülmesi gerekirse, incelenmesi gereken üç alt sorun vardır. Birincisi, bütün DotA sürümlerinin yaratılmasında kullanılan Blizzard’ın Warcraft III World Editor EULA (End User License Agreement (Son Kullanıcı Lisans Sözleşmesi)), DotA sürümlerinin yaratıcılarına geçerli telif haklarının tahsis edilmesini engellemekte midir?¹³⁴ İkinci olarak, Icefrog öncesinde HoN’u geliştirir-

¹²⁶ Blizzard Entm’t, Inc. v. Lilith Games (Shanghai) Co., No. 3:15-cv-04084-CRB, 2017 U.S. Dist. LEXIS 74639, sayfa *31 (N.D. Cal. 16 Mayıs 2017).

¹²⁷ En azından bu yönde bir iddiaları bulunmamaktadır. Blizzard, 2017 U.S. Dist. LEXIS 74639.

¹²⁸ *Id* sayfa *23.

¹²⁹ *Id.* sayfa *27.

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ *Cf. id.* (Valve, bu oyunlarda telif hakkı talep edebilmek için Eul ve Icefrog’un DotA ve DotA Allstars üzerindeki telif haklarını devir yoluyla geçerli bir şekilde elde etmiş olması gerektiğini kabul etmektedir.).

¹³² *Id.* sayfa *11-13.

¹³³ *Id.* sayfa *22.

¹³⁴ *Id.* sayfa *27-28.

ken haklarını S2'ye devretmiş midir?¹³⁵ Üçüncü olarak ise Eul “bu noktadan sonra, DotA bir açık kaynaktır” diyerek eser sahipliği haklarını terk etmiş midir?¹³⁶ Mahkeme ilk iki alt sorun hakkında uCool'un aleyhine karar verdi. İlk olarak, mahkeme, Blizzard'ın Warcraft III EULA'sında, Eul ve Icefrog'u “kendi DotA sürümlerini ticari amaçlarla kullanmaktan” alıkoyan açık bir hükmün bulunmasına rağmen uCool'un “Eul'un ve Icefrog'un telif haklarını Valve'ye devretmesinin engellenmediğini ortaya koyamadığına” hükmetti.¹³⁷ Anlaşılır bir şekilde, mahkeme uCool'un bu argümandan feragat ettiğine karar verdi.¹³⁸ İkinci olarak, mahkeme uCool'un; Icefrog'un bir S2 çalışanı iken daha öncesinde kendisinin DotA haklarını S2'ye devretmiş olduğu iddiasını reddetmiştir.¹³⁹ S2 gerçekten de “Icefrog'un Heroes of Newerth'u yaratırken ortaya çıkan fikri ve sınai mülkiyet haklarına” sahipti.¹⁴⁰ S2'in bu konudaki mülkiyeti Icefrog'un DotA sürümüyle alakalı fikri ve sınai mülkiyet haklarını kapsamamaktadır.¹⁴¹ Bu nedenlerle, ne EULA argümanı ne de S2 argümanı, Valve'nin DotA'daki telif hakkı menfaatini ortadan kaldırmayı başardı.

Fakat üçüncü argüman daha çekişmeli ve tartışılmalıydı. Eul'un forum gönderisi bu noktada hatırlanmalıdır: “bu noktadan sonra, DotA artık bir açık kaynaktır. DotA'nın yeni bir sürümünü yayınlamak isteyen herkes bunu iznime gerek olmadan yapabilir. Sadece haritanızda bir selam vermenizi rica ediyorum.”¹⁴² Hâkim Breyer, bu gönderiyi üç bölüme ayırmıştır. Bu üç parçadan ikisi Eul'un telif haklarını terk ettiğine işaret etmektedir. İlk olarak, DotA'yı açık kaynak olarak ilan etmek; makul bir jüriyi, telif haklarının tamamen terk edildiği yönünde ikna etmeye yeterlidir.¹⁴³ İkinci olarak, Eul'un “DotA'nın yeni bir sürümünü yayınlamak isteyen herkes bunu iznime gerek olmadan yapabilir.” ifadesi bir izin olarak yorumlanabilir.¹⁴⁴ Üçüncü bölüm ise terk edilmenin aksine işaret etmektedir. “Haritada selam verilmesinin istenmesi” bir sınırlandırılmış lisans olarak da değerlendirilebilir.¹⁴⁵ En nihayetinde, Hâkim Breyer; Eul'un eser sahipliği haklarını terk edip etmediği hususunda hakiki bir maddi vakta tartışması olduğuna karar verdi.¹⁴⁶ Bu nedenle; DotA telif haklarının kaderi, 2004 yılında o zamanlar bir lise

¹³⁵ *Id.* sayfa *30.

¹³⁶ *Id.* sayfa *9-10, 28-29.

¹³⁷ *Id.* sayfa *27-28.

¹³⁸ *Id.* sayfa *28.

¹³⁹ *Id.* sayfa *30.

¹⁴⁰ *Id.* (Icefrog ve S2 arasında 2006 yılından yapılan anlaşmadan alıntı.).

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² *Id.* sayfa *9-10.

¹⁴³ *Id.* sayfa *28 (Micro Star v. Formgen Inc., 154 F.3d 1107, 1114 (9th Cir. 1998)'den alıntı).

¹⁴⁴ *Id.* sayfa *28-29.

¹⁴⁵ *Id.* sayfa *29.

¹⁴⁶ *Id.* sayfa *29-30.

öğrencisi olan Kyle “Eul” Sommer tarafından yazılmış bir forum gönderisinin jüri tarafından yorumlanmasına kalmıştır.

DotA telif haklarının akıbeti belli değildir; Blizzard ve Lilith arasındaki dava halen devam etmektedir. 29 Eylül 2017’de, Valve ve Blizzard şikâyet dilekçelerini değiştirmek için başvurular¹⁴⁷ ve mahkeme bu dilekçelerini kabul etti.¹⁴⁸ O zamana kadar olaya müdahil olmayan Lilith başvurunun reddedilmesini talep etti.¹⁴⁹ uCool da aynı şekilde itiraz etti¹⁵⁰ fakat 8 Mart 2018 tarihinde, DotA’nın fikri ve sınai mülkiyetine ilişkin iki ret talebini de mahkeme reddetti.¹⁵¹ Bu nedenle yargılama süreci devam etmektedir.

IV. DotA Serüveninin Ticari Etkileri

DotA’nın fikri ve sınai mülkiyeti etrafında dönen uyuşmazlıklar durulmaya başladı. Fakat DotA’nın fikri ve sınai mülkiyeti üzerine yaşanan kavgaların artçı şokları, sadece DotA üzerinde değil, bir gün milyon dolarlık şirketler haline gelebilecek topluluk yapımı içerikler ya da oyun modları üzerinde de etkili olacaktır. Diğer eSporların fikri ve sınai mülkiyeti üzerine savaşlar henüz başlamadı. Bu bölümde DotA’nın geleceği ve eSpor endüstrisine yeni girenlerin fikri ve sınai mülkiyetlerini koruyabilmeleri için gelecekte kullanabilecekleri yöntemler değerlendirilmektedir.

A. DotA Ticari Markasının Akıbeti

Blizzard ve Valve arasındaki davadan sonra DOTA ticari markasının durumu oldukça istikrarlıdır. Hukuken, DOTA ticari markası Valve lehine tescillenmiş durumdadır.¹⁵² Fakat anlaşılan Blizzard ve Valve arasında bir tür sözleşmeli bir anlaşma mevcuttur: en nihayetinde Valve, Blizzard’ın DOTA markasını ticari olma-

¹⁴⁷ Plaintiff’s Motion for Leave to File Second Amended Complaint, *Blizzard*, No. 3:15-cv-04084-CRB (N.D. Cal. 29 Eylül 2017).

¹⁴⁸ Order by Judge Breyer Granting Motion for Leave to File Second Amended Complaint, *Blizzard*, No. 3:15-cv-04084-CRB (N.D. Cal. 17 Kasım 2017).

¹⁴⁹ Motion by Defendant to Dismiss Plaintiff’s Second Amended Complaint, *Blizzard*, No. 3:15-cv-04084-CRB (N.D. Cal. 17 Kasım 2017).

¹⁵⁰ Defendants’ Motion to Dismiss Plaintiffs’ Corrected Second Amended Complaint, *Blizzard*, No. 3:15-cv-04084-CRB (N.D. Cal. 5 Aralık 2017).

¹⁵¹ Order by Judge Breyer Granting in Part and Denying in Part 216 Motion to Dismiss by Lilith; Denying 228 Motion to Dismiss by uCool Defendants., *Blizzard*, No. 3:15-cv-04084-CRB (N.D. Cal. 5 Aralık 2017) Bölge mahkemesi, *Blizzard*, Lilith’in kendisinin Starcraft ve Diablo üzerindeki fikri mülkiyet haklarının ihlal ettiğini gösteren belirli örnekleri veremediği için Lilith’in isteğini kabul etmiştir. Id sayfa 10. Fakat Blizzard ve Valve, DotA, Dota 2, Hearthstone, HoS gibi Warcraft oyunlarıyla alakası yeterli örnekleri gösterebildiği için mahkeme, Lilith’in davayı red talebini reddetmiştir. Id.

¹⁵² *Trademark Guidelines*, VALVE (2018) <https://www.valvesoftware.com/trademarkguidelines.html> [<https://perra.cc/K4WP-BZ2A>].

yan bir şekilde kullanmasına izin vermektedir.¹⁵³ Çoğu anlaşma gibi Blizzard ve Valve arasındaki anlaşmanın şartları da açıklanmamıştır; bu nedenle Blizzard'ın DOTA markasını kullanmasına izin verildiği sadece tahmin edilmektedir. Blizzard ve Valve'nin; Blizzard ve Lilith arasındaki davadaki işbirliğine dayanarak söz konusu anlaşma bir fikri ve sınai mülkiyet ittifakına yol açmış olabilir. Lakin şu an için kesin olan tek şey; Valve'nin DOTA ticari markasını tescillemiş olduğu ve onu korumayı planladığıdır.¹⁵⁴

Blizzard ve Valve arasındaki dava sonuçlanalı beş yıldan fazla olmuştur ve artık bir ticari markanın tescilinin iptal edilmesi için nedenler 15 U.S.C § 1064 uyarınca daha da kısıtlanmıştır.¹⁵⁵ Ticari markanın iptali için, fiili zarar veya ticari markanın seyretilmesinden doğduğu iddia edilen zarar gibi nedenler, zaman içinde kanunen yasaklanmıştır.¹⁵⁶ Geriye kalan gerekçeler şunlardır: “hileli tanıtım”,¹⁵⁷ “terk etme”,¹⁵⁸ “tescilde sahtecilik”,¹⁵⁹ “genericide”¹⁶⁰ (bir ticari marka isminin bir süre sonra ürünün adının yerine geçmesi (*çevirmen notu*)) ve “hâkimiyet kaybı”.¹⁶¹ Valve, gelirinin kayda değer bir bölümünü Dota 2'den kazanan büyük bir şirkettir;¹⁶² bu nedenle DOTA markasını hileli tanıtım yaparak veya terk ederek kaybetme ihtimali oldukça düşüktür. Sektöründe baskın bir firma olup eSpor alanına erkenden giren bir şirket olan Valve'nin,¹⁶³ hileli tanıtım yaparak ticari markasını riske etmeye niyeti yoktur. Aynı sebeplerden ötürü Valve, ticari markasının geçerliliğini yitirmesine izin vermeyecektir. Ayrıca rakip bir şirketin, Valve'nin ticari markasını sahtekârlıkla elde ettiğini iddia etmesi de

¹⁵³ McCurley, *supra* note 83.

¹⁵⁴ VALVE, *supra* note 152.

¹⁵⁵ 15 U.S.C §1064 (2012) (Bir ticari markanın tescilinin iptali başvurusunda bulunabilmek için sayılan gerekçeleri düzenlemektedir.).

¹⁵⁶ *Id.*

¹⁵⁷ Karoun Dairies, Inc. v Karoun Dairies, Inc., No. 08cv1521-L(WVG), 2010 U.S. Dist. LEXIS 94872, at 27 (S.D. Cal. 13 Eylül 2010) (J. THOMAS MCCARTHY, MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION, § 20:60 (4th ed. 2010) (Hileli tanıtımın iptali iddiası için § 14 (3) uyarınca, tescil ettirenin, mallarını kasıtlı bir şekilde dilekçe sahibinin malları gibi göstermesi gerekmektedir.).

¹⁵⁸ 15 U.S.C. § 1064 (3).

¹⁵⁹ *Id.*

¹⁶⁰ 1-2 ANNE GILSON LALONDE & JEROME GILSON, GILSON ON TRADEMARKS § 202(7) (Ticari marka sahipleri, eğer tüketiciler ürünü ticari markayla değil, ürünün kendisiyle özdeşleştirirlerse, ticari marka üzerindeki haklarını kaybedeceklerdir. Bu duruma genel olarak ticari markanın “generic” bir isim haline gelmesi de denmektedir.).

¹⁶¹ 15 U.S.C § 1064(5).

¹⁶² Savage, *supra* note 59 (Valve'nin 2014 yılı geliri 730 milyon dolar olarak değerlendirilmektedir; aşığı yukarı 400 milyon dolarlık bölümü Dota 2 ve iki diğer oyundan kaynaklanmaktadır.).

¹⁶³ *Supra* II. Bölüm/A.

olası değildir. Blizzard ve Lilith arasındaki davada, başka bir büyük ve çok yönlü şirket olan Blizzard,¹⁶⁴ Valve'nin DOTA markasını tescil etmesine itiraz etmemiştir.¹⁶⁵ Muhtemelen Blizzard, ticari markanın sahtekârlıkla elde edildiği iddiasının başarısız olacağını öngörmekteydi ve diğer şirketlerin de aynı sonuca varması iştin bile değildir.

DotA'nın 15 U.S.C § 1064'te belirtilen "generic" bir isim haline gelmesi,¹⁶⁶ video oyun endüstrisinin "DotA kopyası" ifadesini kullanıcıların günlük dilinden çıkarma çabası nedeniyle pek olası gözükmemektedir.¹⁶⁷ 9.Bölge Mahkemesinin emsal kararına göre, bir ticari marka "halk diline girip kelime dağarcığımızın bir parçası haline geldiğinde" generic olmaktadır.¹⁶⁸ Diğer bir deyişle, Aspirin örneğinde olduğu gibi,¹⁶⁹ eğer bir ticari marka ismi günlük dilin tamamen bir parçası haline gelirse, geçerli bir ticari marka olmayı bırakır. Buna "generic" denmektedir.¹⁷⁰ 2009 yılından beri video oyun endüstrisine "DotA kopyası" denilen birçok oyun girerek yeni bir oyun türü yarattılar.¹⁷¹ Eğer endüstrisi bu yeni oyun türünü "DotA kopyaları" ya da daha da kötüsü basitçe "DotA" olarak adlandırsaydı, Valve'nin ticari markası DOTA "thermos (termos)", "cellphone (cep telefonu)" ve "escalator (yürüyen merdiven)" gibi generic hale gelmiş markaların arasında yerini alabilirdi.¹⁷²

Ancak Riot, "DotA kopyası" etiketinden kaçınmaya o kadar hevesliydi ki, oyun türü için kendi adını bile oluşturmuştur: Multiplayer Online Battle Arena (MOBA)¹⁷³ (Çok Oyuncululu Çevrimiçi Savaş Arenası). Riot, LoL'ü seleflerinden farklılaştırmak istemekteydi.¹⁷⁴ Aynı şekilde Valve de, DotA 2'yi diğerlerinden

¹⁶⁴ ACTIVISION BLIZZARD, 2010 ANNUAL REPORT 1 (2010) [http://files.share-holder.com/downloads/ACTI/5739601430x0x461467/F432BA16-3D54-4EDB-9269-4F744E33B771/Activision Blizzard 2010 ARS Final PDF.pdf](http://files.share-holder.com/downloads/ACTI/5739601430x0x461467/F432BA16-3D54-4EDB-9269-4F744E33B771/Activision%20Blizzard%202010%20ARS%20Final%20PDF.pdf) [<https://perma.cc/VXU8-X9ZX>].

¹⁶⁵ Blizzard Entm't, Inc. v. Lilith Games (Shanghai) Co., No. 3:15-cv-04084-CRB, 2017 U.S. Dist. LEXIS 74639, at 1-31 (N.D. Cal. 16 Mayıs 2017).

¹⁶⁶ 15 U.S.C § 1064(3).

¹⁶⁷ Alex P. Leith, *League of Legends*, in *100 GREATEST VIDEO GAME FRANCHISES 102, 102* (Robert Mejia, Jaime Banks & Aubrie Adams eds., 2017) (2009'da bir "DotA kopyası" etiketinin mevcut olduğunu açıklamaktadır) ayrıca Drew S. Dean, *Hitting Reset: Devising a New Video Game Copyright Regime*, 164 U. PA. L. REV. 1239 1249-50 (2016) ("clone" (kopya) teriminin aşağılayıcı bir biçimde bir oyunun dikkat çekici özelliklerini, mekanik, grafik ve hikaye gibi, kopyalanması anlamında kullanıldığı belirtilmektedir).

¹⁶⁸ Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc., 296 F.3d 894 900 (9th Cir. 2002).

¹⁶⁹ Bayer Co. Inc. v. United Drug Co. 272 F. 505 (S.D.N.Y 1921).

¹⁷⁰ GILSON LALONDE & GILSON, *supra* note 160.

¹⁷¹ Leith, *supra* note 167.

¹⁷² GILSON LALONDE & GILSON, *supra* note 160.

¹⁷³ Leith, *supra* note 167.

¹⁷⁴ *Id.*

farklılaştırmak istedi. 2011’de Dota 2 tanıtımında Valve CEO’su Gabe Newell kendi oyun türü ismini oluşturdu: “Action Real Time Strategy” (ARTS)¹⁷⁵ (Gerçek Zamanlı Aksiyon Stratejisi). Şans eseri veya bir tasarım başarısı, MOBA ve ARTS terimlerinin yaygın olarak kullanılması muhtemelen DotA’nın generic bir isim haline gelmesini engelleyecektir.¹⁷⁶ Evet, bir adet tür adı kullanılması daha fazla insanın bu tür oyunlara “DotA kopyası” ya da “DotA benzeri”¹⁷⁷ demesini engelleyebilirdi fakat iki adet oyun türü isminin kullanılması bir markalaşma savaşı başlattı.¹⁷⁸ Oyuncular taraf seçmeye itildiklerinden, bu tür oyunlara değinirken DotA ismini kullanacakların sayısı azalmaya devam edecektir.¹⁷⁹ Bu markalaşma savaşının sonucu ne olursa olsun, DOTA generic bir isim olmayacaktır.

Son olarak, Valve’nin DotA markasının hâkimiyetini kaybetmesi pek olası değildir çünkü bilinen tek lisans sahibi Valve’nin ta kendisidir. Hatırlanacağı üzere Blizzard aslında DotA markasını kullanmamaktadır. 9. Bölge Mahkemesine göre bir şirketin ticari markasının kontrolünü kaybetmesi için kontrolsüz lisanslama (naked licensing (bir ticari markanın, ticari markanın kullanımının kontrolü için gerekli önlemler alınmadan lisanslanması (*çevirmen notu*) yapması gerekmektedir.¹⁸⁰ Kontrolsüz lisanslama ise sayılan hallerin sağlanmasında şirketin başarısız olması durumunda gerçekleşir: “(1) ticari markasının kullanım kalitesini kontrol etmek için sözleşme haklarını saklı tutmakta, (2) ticari markanın kullanımının kalitesini gerçekten kontrol etmekte, (3) kalitenin sürdürülmesi için lisansa makul ölçüde güvenilmesinde.¹⁸¹ Blizzard’ın basın açıklamasından

¹⁷⁵ Christian Nutt, *The Valve Way: Gabe Newell and Erik Johnson Speak*, GAMASUTRA (29 Ağustos 2011) https://www.gamasutra.com/view/feature/6471/the_valve_way_gabe_newell_and_php?page=3 [<https://perma.cc/Y6BE-N8DU>].

¹⁷⁶ John Funk, *MOBA, DOTA, ARTS: A Brief Introduction to Gaming’s Biggest, Most Impenetrable Genre*, POLYGON (2 Eylül 2013), <https://www.polygon.com/2013/9/2/4672920/moba-DotA-arts-a-brief-introduction-to-gamings-biggest-most> [<https://perma.cc/4BCT-F8U8>].

¹⁷⁷ Cf. John Dwight Ingram, *The Genericide of Trademarks*, 2 BUFFALO INTELL. PROB. L.J. 154, 160 (2004) (Genericide’nin oluşabilmesi için ticari marka adı dışında o ürüne toplumsal olarak verilebilecek başka alternatif bir ismin bulunmaması gerektiğini açıklamaktadır.).

¹⁷⁸ *The Epic Brand War in Indian Advertisement*, LITMUS BRANDING (10 Mayıs 2017), <https://www.litmusbranding.com/blog/brand-war-in-indian-advertisement/> [<https://perma.cc/86NA-KMFC>].

¹⁷⁹ *Compare Search Results - Multiplayer Online Battle Arena*, REDDIT (9 Mart 2018) https://www.reddit.com/search?q=multiplayer+online+battle+arena&restrict_sr=&sort=relevance&t=all [<https://perma.cc/U35M-2S68>] (MOBA hakkındaki forum gönderileri listelenmektedir) *with Search Results - “Action Real Time Strategy,” REDDIT* (9 Mayıs, 2018), https://www.reddit.com/search?q=%22action+real+time+strategy%22&restrict_sr=&sort=relevance&tall&count=22&after=t3luakd [<https://perma.cc/JP43-UG57>] (ARTS hakkındaki forum gönderileri listelenmektedir).

¹⁸⁰ *Barcamerica Int’l USA Tr. v. Tyfield Imps., Inc.* 289 F.3d 589, 591 n.1 (9th Cir. 2002).

¹⁸¹ *FreecycleSunnyvale v. Freecycle Network*, 626 F.3d 509, 512 n.1 (9th Cir. 2010).

anlaşıldığı kadarıyla, Blizzard ve Valve arasındaki anlaşma, DotA isminin kullanımını açısından sadece bir imkân tanımaktadır: “Blizzard, oyuncular tarafından yaratılmış Warcraft III ve StarCraft II haritaları açısından DOTA markasını ticari olmayan şekilde topluluğunda kullanmaya devam edecektir.”¹⁸² Bu iki kısıtlama, Valve’nin Blizzard’ı DOTA markası konusunda sıkı kontrol altında tuttuğuna işaret etmektedir. Ticari olmayan kullanım sınırlandırılması, Blizzard’ın DOTA markasını kullanarak büyük bir yatırım yapma olasılığını düşürmektedir. Bir şirket, kar edemeyeceği bir proje için nadiren kaynaklarını harcayacaktır.

“Oyuncular tarafından oluşturulmuş haritalar” kısıtlaması, Blizzard’ın DOTA markasını kullanmasını, şu an yedi yıldan fazla süredir varolan iki oyunun sınırlarını aşmayacağını garanti etmektedir.¹⁸³ Bu nedenle, Blizzard ve Valve arasındaki anlaşmanın hükümleri açıkça bilinmese de, Valve’nin Blizzard’ın DOTA markasını kullanmasına ilişkin kısıtlamaları, kontrolsüz lisanslama riskini azaltacak kadar sınırlı görünmektedir.

B. DotA Telif Haklarının Akıbeti

DOTA ticari markasının aksine, DotA telif haklarının durumu değişkendir. Blizzard ve Lilith davasına göre, tek bir DotA telif hakkından bahsedilmesi mümkün değildir; her DotA sürümü ve dolayısıyla her eser sahibinin kendi bağımsız telif hakkı vardır. Hâkim Breyer’in, aksi yönde karar verilme ihtimaline rağmen, Blizzard ve Valve’nin muhtemelen Guinsoo’nun ve Icefrog’un telif haklarına sahip olduğunu belirtmesine rağmen Eul’un DotA sürümünün durumu hakkında jüri karar verecektir.¹⁸⁴ Bu durumda olası üç sonuç vardır. Birincisi, Blizzard ve Valve üstün gelerek her üç sürümün de telif haklarını kolektif olarak elde edeceklerdir. İkinci olarak, uCool üstün gelecek ve Eul’un DotA sürümü kamuya ait olacaktır. Üçüncü ihtimalde ise taraflar kendi aralarında anlaşacaklardır.

Eğer jüri, Blizzard ve Valve’nin lehine karar verirse, üç DotA sürümünün telif hakları da etkili bir şekilde pekiştirilmiş olacaktır. Ancak bu yine de bu üç DotA sürümünün mülkiyetinin kimde olduğu sorusuna tam olarak cevap vermemektedir. Blizzard ve Valve arasındaki davadaki itirazda; Blizzard, Guinsoo’nun sürümü üzerinde mülkiyet iddiasında bulunmuştur.¹⁸⁵ Bu sırada ise Valve, Eul ve Icefrog’u Dota 2 üzerinde çalışmaları için bünyesine katmıştır.¹⁸⁶ Blizzard ve

¹⁸² McCurley, *supra* note 83.

¹⁸³ Warcraft III 2002 yılında piyasaya sürüldü. *Warcraft III: Reign of Chaos*, BLIZZARD ENT. <http://us.blizzard.com/en-us/games/war3/> [<https://perna.cc/SQ4V-C2QW>], *StarCraft II 2010 yılında piyasaya sürüldü. StarCraft H: Wings of Liberty*, BLIZZARD ENT., <http://us.blizzard.com/en-us/games/sc2/> [<https://perna.cc/8VE5-XRQN>].

¹⁸⁴ Blizzard Entm’t, Inc. v. Lilith Games (Shanghai)Co., No. 3:15-cv-04084-CRB, 2017 U.S. Dist. LEXIS 74639, sayfa *29-30 (N.D. Cal. 16 Mayıs 2017).

¹⁸⁵ Notice of Opposition, *supra* note 60, ¶ 21.

¹⁸⁶ *Blizzard*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 74639, sayfa *15.

Valve arasındaki telif haklarının sahipliği hakkındaki anlaşmanın detayları bilinmese de;¹⁸⁷ Blizzard'ın, Guinsoo'nun DotA'sına, Valve'nin ise hem Eul'un hem de Icefrog'un DotA'sına sahip olduğu makul bir varsayımdır. Anlaşmanın detayları iki şirket arasında gizli kalsa da, Blizzard ve Lilith arasındaki davadaki işbirlikleri göz önünde bulundurulduğunda, Blizzard ve Valve muhtemelen, olası telif hakkı uyuşmazlıklarıyla mücadele etmek için bir protokol yapmıştır.¹⁸⁸ Bu nedenle, aralarındaki telif haklarına ilişkin sorunları çözmek için mahkemeye başvurmaktan ziyade müzakereler gerçekleştirmeleri daha olasıdır.

Eğer jüri uCool'un lehine karar verirse, sadece Guinsoo ve Icefrog'un sürümlerine dair telif hakları pekiştirilmiş olacaktır. Jüri, Eul'un telif haklarından vazgeçtiğine karar verirse, Eul'un DotA'sı halka açık hale gelecektir. 17 U.S.C § 106 (2)'ye göre "telif hakkı sahibi, telif hakları alınmış esere dayanarak türev eserler hazırlamakta münhasır haklara sahiptir."¹⁸⁹ Bu yasal düzenlemeye dayanarak, Blizzard ve Valve; Guinsoo ve Icefrog'un DotA sürümlerinden türeyen DotA sürümlerini kontrol edebilmektedirler, fakat Blizzard ve Valve'nin; Eul'un kamuya ait sayılan DotA sürümünden türeyen DotA sürümlerini kontrol etmeleri mümkün değildir. Eul'un DotA sürümü, "farklı DotA sürümlerinin kendisinden hayat bulduğu" ilksel DotA sürümüdür.¹⁹⁰ Bir mahkemenin, oyunun ilk görünümünün ve kullanıcılarına verdiği hissiyatın, ya da en azından "DotA'nın ortamının, kahramanlarının, kurallarının ve isminin" Eul tarafından tasarlanıp oluşturulduğuna karar vermesi oldukça olasıdır.¹⁹¹

Eul'un telif hakkının kamu malı olduğunu gösteren bu alternatif bulgular Blizzard ve Valve için felaket olarak nitelendirilebilecek düzeydedir. 2014 yılında 7. Bölge Mahkemesi bu tür bir senaryoyla Sherlock Holmes karakteri bağlamında karşılaştı.¹⁹² Klinger ve Conan Doyle Estate arasındaki davada mahkeme, Eul'un DotA'sı gibi terk edilmiş bir öncül yerine geçerliliği kalmayan bir öncül ile ilgilenmiştir: ilk Sherlock Holmes hikâyeleri.¹⁹³ Mahkeme, hikâyenin tamamı kamuya arz edilene kadar hikâyelerin telif hakkı korumalarından yararlanmasını sağlayan "Sherlock Holmes ve Dr. Watson gibi karışık hikâye kahramanlarının karmaşık yapısının daha sonraki bir hikâyeye kadar ortaya konmadığı" iddiasını reddetmiştir.¹⁹⁴ Klinger davasından sonra erken Sherlock Holmes hikâyelerindeki

¹⁸⁷ DOTA 6.68, Registration No. TX0008153084; DOTA 6.83, Registration No. TX0008149056.

¹⁸⁸ *Blizzard*, 2017 U.S. Dist. LEXIS 74639 sayfa *3 (Kendi aralarındaki telif hakları sorunu çözüme kavuşturan Valve ve Blizzard, şimdi Lilith ve uCool'u dava etmekte).

¹⁸⁹ 17 U.S.C § 106(2) (2012).

¹⁹⁰ *Blizzard*, 2017 U.S. Dist. LEXIS 74639, sayfa *10.

¹⁹¹ *Id.* sayfa *9.

¹⁹² *Klinger v. Conan Doyle Estate, Ltd.*, 755 F.3d 496, 496 (7th Cir. 2014).

¹⁹³ *Id.* sayfa 497.

¹⁹⁴ *Id.* sayfa 498, 500-02.

karakterler artık telif hakkı korumalarından yararlanamadığından herkes tarafından kullanılabilen hatta değiştirilebilmektedir, fakat aynı şey Sherlock Holmes hikâyelerinin yeni çeşitleri için geçerli değildir; onlar hala telif hakkı korumalarından yararlanmaktadır.¹⁹⁵ Eul'un DotA'sı açısından da durum korumadan faydalanamayan erken dönem Sherlock Holmes hikâyeleriyle aynıdır. Bu nedenle Valve ve Blizzard'ın sonraki sürümler olan Guinsoo ve Icefrog üzerindeki telif hakları; uCool gibi şirketlerin Eul'un DotA'sı üzerine bir şeyler inşa etmesine engel teşkil etmemektedir.

Üçüncü ihtimal ise pek olası olmasa da tarafların anlaşmaya varmasıdır. Blizzard ve Valve, uCool ile anlaşmayı tercih ederse, bu anlaşma büyük ihtimalle bir ihtiyati tedbir barındıracaktır¹⁹⁶ veya telif ücreti karşılığında uCool'a lisans verilecektir.¹⁹⁷ Hatta belki de uCool'u, DotA'nın fikri mülkiyeti hususundaki ittifaklarına davet edeceklerdir. Ancak bu anlaşmanın yararı en iyi ihtimalle geçici olacaktır. Anlaşma, Eul'un DotA telif haklarının geçersiz olması gibi bir sonuca sebebiyet vermeyecek olsa da; Blizzard ve Valve, ihlal davası açtıktan sonra anlaşma yoluna gitmekte isteklilik açısından bir emsale neden olacaklardır. DotA'dan yararlanmak isteyen diğer şirketlerin söz konusu telif haklarını ihlal etmekten kaçınması için bir neden kalmayacaktır. Eğer Blizzard ve Valve söz konusu haklarla öncesinde herhangi bir bağı ve alakası olmayan bir şirketle anlaşmaya razı iseler muhtemelen herkesle anlaşma razıdırlar. Bu nedenlerle, uCool ile yapılacak olası bir anlaşma sadece davanın esasına ilişkin kaçınılmaz yargılama sürecini geciktirecektir.

İncelenen hususta sonuç ne olursa olsun, Blizzard ve Valve, DotA'nın telif hakları üzerindeki mülkiyetleri konusunda bir hukuki tehlikeyle daha karşı karşıyalar. Blizzard ve Lilith arasındaki davada, mahkeme, DotA'nın oluşturulmasında katkısı olan diğer kişilerin kendilerini aldatılmış hissetmeleri halinde mahkemeye başvurabileceklerini belirtmiştir.¹⁹⁸ Böylece DotA'nın diğer yaratıcıları da pastadan pay talep etmeye davet edilmiştir. Neichus, Meian, Madcow¹⁹⁹ gibi diğer

¹⁹⁵ *Id* sayfa 501. (Telif haklarının devam ettiği, on Holmes-Watson öykü, önceki öykülerin türevleridir; bu nedenle sadece sonraki öykülere ilk öykülerden eklenen orijinal öğeler korunmaktadır.).

¹⁹⁶ *Cf. Consent Judgment at 5, Augusta National, Inc. v. CustomPlay Games Ltd.*, No. 1:11-cv-00119 (S.D. Ga. 27 Eylül 2011) (bir video oyun şirketini telif haklarına ihlaline ilişkin bir anlaşma ile, bir ticari marka ailesini kullanmaktan alıkoymaktadır.).

¹⁹⁷ *Tomo Inc. iddia edilene göre korsan Atari yazılımı satmıştır. Complaint, Atari Interactive, Inc. v. Wan*, No. 2:11-cv-05224 (C.D. Cal. 22 Haziran 2011) Taraflar anlaşmaya varmış ve bu anlaşma lisanslama anlaşması da içermektedir. *Stipulation of Dismissal with Prejudice Pursuant to Federal Rule of Civil Procedure 41(a)* sayfa 2, *Atari*, No. 2:11-cv-05224 (C.D. Cal. 6 Ocak 2012).

¹⁹⁸ *Blizzard Entm't, Inc. v. Lilith Games (Shanghai) Co.*, No. 3:15-cv-04084-CRB, 2017 U.S. Dist. LEXIS 74639, sayfa *31 (N.D. Cal. 16 Mayıs 2017).

¹⁹⁹ *Supra* metni 32. Not ile birlikte.

DotA tasarımcıları iddialarını doğrudan ileri sürmeyi tercih etmeyebilir. Bunun yerine, DotA telif hakları imtiyazlarına sahip olmak için fırsat kollayan şirketler, sözü edilen tasarımcılar adına onların iddialarını ileri sürebilirler.²⁰⁰ Blizzard ve Valve arasındaki işbirliği, diğer şirketlerce desteklenerek DotA tahtında hak iddia edenlere karşı bir teste daha tabi tutulabilir.

C. DotA'dan Çıkarılacak Dersler: Ticari İşletmeler Ne Yapmalı?

Fikri ve sınai haklar koruma altına alınırken önalım hakkı kritik bir sorundur. Ticari marka bağlamında, erken tescil, rüçhan tarihi anlamına gelmektedir. Ayrıca 15 U.S.C § 1064 kapsamında ek bir fayda olarak iptal nedenlerinin sınırlandırılması imkânı tanınmaktadır.²⁰¹ Örneğin ticari markayı ilk olarak Blizzard tescil ettirseydi, markanın tesciline itiraz edecek taraf Valve olacaktı. Mod tasarımcılarının veya en azından Eul'un telif hakları koruma altına alınmış olsaydı, DotA'nın fikri ve sınai hakları Valve'den uzak tutulmuş olacaktı.

Blizzard, DotA'nın fikri ve sınai haklarını Valve'den önce güvence altına alacak araçlara sahipti: DotA'dan Valve'den önce haberi vardı ve DotA bir Warcraft III modu olarak başladığından ona herkesten önce erişimi vardı. Daha da önemlisi, DotA Warcraft III sınırları içerisinde geliştirildiğinden, Blizzard'ın EULA'sı yani son kullanıcı lisans sözleşmesi vardı.²⁰² Fakat son kullanıcı lisans sözleşmesi sadece “yeni materyallerin Blizzard'ın açık yazılı izni olmadan tekil bir herhangi ve tüm dağıtım yollarıyla dağıtılmasını” kısıtlamaktaydı.²⁰³ Buradan anlaşılacağı üzere DotA'yı oluşturan kişiler DotA modunu satamayacaklardı fakat son kullanıcı lisans sözleşmesi, söz konusu konseptin satılmasını yasaklamamaktaydı. Daha da önemlisi son kullanıcı lisans sözleşmesi (EULA) Blizzard'a haklarını tahsis etmemektedir. Gittikçe daha fazla oyuncu mod tasarlamaya başlayınca,²⁰⁴ bir sonraki DotA sürümünün bir profesyonel oyun geliştiricisi tarafından değil de bir amatör meraklı tarafından geliştirilme ihtimali artmaktaydı. Gerçekten de, video oyun endüstrisi, oyun modu tasarlamayı benimsedi ve hatta çoğu şirket mod tasarımı yapanlara yardımcı olacak araçlar temin etmeye başladı.²⁰⁵ Bu video

²⁰⁰ Aynı olay patent “trolleri” için de geçerlidir. Bu kişiler şirketlerden para isteyebilmek için patent satın almaktadır. Patricia S. Abril & Robert Plant. *The Patent Holder's Dilemma: Buy, Sell, or Troll?* 1 COMM. A.C.M. 36 (2007) Benzer mekanizma eSpor açısından da farklı kazançlarla ortaya çıkabilir: davayı kazanmak para yerine o “üyelige” giriş imkanı sağlayabilir.

²⁰¹ 15 U.S.C § 1064 (2012).

²⁰² Notice of Opposition, *supra* note 60, ¶ 8.

²⁰³ *Id.* ¶ 10.

²⁰⁴ *Cf. Mods, NEXUSMODS*, <https://www.nexusmods.com/mods/> [<https://Hperma.cc/3BTS-2CBC>] (mevcut 237,072 mod listelenmektedir).

²⁰⁵ Ryan Wallace, *Modding: Amateur Authorship and How the Video Game Industry is Actually Getting It Right*, 2014 B.Y.U.L. REV. 219, 252 (2014) (Valve'nin “Steam Workshop”ı tartışılmaktadır).

oyun geliştiricileri, kendilerine haklarını tescil eden son kullanıcı lisans sözleşmelerini kullanmaya dikkat etmelidirler.

Fakat dikkat edilmelidir ki aşırı derece kısıtlayıcı son kullanıcı lisans sözleşmeleri iyi mod tasarımlarının ortaya çıkmasını engelleyebilir. Blizzard'ın bu hususta yaptığı doğru şeylerden biri de yeniliği teşvik etmiş olmasıdır. Blizzard, Warcraft III'ün fikri ve sınai mülkiyetine sahipti ve bu fikri ve sınai mülkiyetini mod tasarımcıları lehine tescil etmeyi tercih etti. Açık lisans, yaratıcılığı teşvik etti.²⁰⁶ Sonuçta tek sınırlandırma kullanımın ticari olmayan şekilde kalmasıydı.²⁰⁷ Blizzard, tartışmasız olarak DotA'nın yaratılmasına yol açan ortamı yarattığını iddia edebilse de, DotA'ya sahip olduğunu iddia edemez. Hem yeniliği teşvik eden hem de pazarlanabilir varlıkları koruyabilen bir son kullanıcı lisans sözleşmesi oluşturmak hassas bir iştir. Fikri ve sınai mülkiyette olduğu gibi bu durum da bir teşvik ve kontrol meselesidir. Kontrolün aşırıya kaçması durumunda DotA'nın gelişme imkânı azalacaktır fakat kontrolün neredeyse hiç olmaması durumunda ise DotA'nın rakiplere kapırılması işten bile değildir.

Belki de çözüm önalm hakkının güvence altına alınmasıdır. Bu, son kullanıcı lisans sözleşmesinde "Blizzard, kullanıcılarının eserlerini herhangi bir başka kuruluşla satılmadan önce satın alma hakkını saklı tutar" şeklinde bir madde ile sağlanabilir. Ücretsiz olmasa da, bu yaratıcılığı korumakla kalmayıp hatta teşvik edecektir. Bu durum, mutlak kontrol sağlamasa da, rakiplerin patlama yapma potansiyeline sahip eserleri ele geçirmesini engelleyecektir. Ayrıca bu durumun en önemli artısı, topluluk içindeki bağlılık duygusunu arttırmasıdır. Blizzard'ın mod tasarımcılarına değer verdiğini ve ortaya koydukları eserleri maddi olarak ödüllendirmeye istekli olduğunu bilmek, Blizzard'ın imajı için de oldukça önemli ve yararlıdır.

Dikkate alınması gereken daha karmaşık bir durum fikri ve sınai mülkiyetin oyun topluluğunun iyi niyetiyle dengelenmesidir. DotA'nın hikâyesi aynı zamanda bir topluluğun da hikâyesidir. DotA topluluğunun birçok üyesi, DotA'nın yaratılışına katkıda bulunduğunu düşünmektedir.²⁰⁸ Bir bakıma, katkıları DotA oyunuyla birlikte ölümsüzleşmektedir. Dota 2 kahramanı Terrorblade, yukarıda açıklanan hususa güzel bir örnek olarak, topluluğun bir üyesi olan Terrorblaze'den

²⁰⁶ 2003 yılında piyasaya sürülen Warcraft III'ün 5,800'den fazla modu vardır. *Maps, HIVE (2018)*, <https://www.hiveworkshop.com/repositories/maps.564/> [<https://perma.cc/SG6N-GEJM>]; *cf. C & C Generals Zero Hour, MODDB, (2018)*, <http://www.moddb.com/games/cc-generals-zero-hour/mods> [<https://perma.cc/QVD59LA9>] (yine 2003'de yayınlanan, en çok moda sahip olan dördüncü oyun olan *C&C Generals Zero Hour* 'un sadece 266 modunun olduğunu göstermektedir.).

²⁰⁷ Notice of Opposition, *supra* note 60, ¶ 10.

²⁰⁸ Artyom Kutateladze, *DotaCinema Brings the Spirit of Community Created Heroes Back with New Custom Game Mode*, *CYBERSPORT* (16 Eylül 2017), <https://cybersport.com/post/dotacinema-brings-the-spirit-of-community-created-heroes-back-with-new-custom-game-mode> [<https://perma.cc/LL4D-7ECB>].

adını almıştır.²⁰⁹ Kunkka kahramanı ise adını, DotA oyununun yükleme ekranını tasarlayan Kunkka'dan almaktadır.²¹⁰ DotA oyuncu tabanı; Dota 2, Lol, HoN ve HotS fanları diye kendi aralarında bölünmüş olabilirler fakat bu oyuncu kitlesinin birçoğu, DotA'nın orijinal yaratıcılarına saygı duymaktadırlar.²¹¹ Bu nedenle DotA'nın fikri ve sınai mülkiyetini elinde bulunduran Blizzard ve Valve; bu oyuncu kitlesi, kendilerinin DotA'yla olan yasal bağları nedeniyle bu iki şirketin oyunlarını oynarlarsa, sözü geçen oyuncu tabanı üzerinde zayıf da olsa bir hâkimiyet kurabilirler. Gerçekten de DotA üzerinde bir fikri ve sınai mülkiyeti olmayan Riot, Blizzard ve Valve'nin en büyük rakibi.²¹² Neden? Muhtemelen Guinsoo ve Pendragon'un desteğini arkasına aldığı için.²¹³

DotA'nın şu an ki sahipleri piyasa güçlerini kullanmaya kalkarlarsa, kendi oyuncu tabanlarını uzaklaştırma riskini de beraberinde almış olurlar. Bilindiği üzere, bir telif hakkı ihlali davasının davalısı genel olarak ihlali gerçekleştirmediği veya davaya konu olan eyleminin adil kullanım olduğu argümanlarıyla kendisini savunur.²¹⁴ Konu DotA davaları olduğunda ise topluluğa başvurmak gibi bir seçenekleri de olabilir. DotA adının değeri, oyuncu kitlesinin oyuna olan bağlılığı ile iç içe geçmiştir.²¹⁵ Blizzard ve Valve; Neichus, Meian veya Madcow gibi isimlere erişimi olan şirketleri hedef alırsa muharebeyi evvela kazanabilir fakat savaşı kaybedecektir.²¹⁶ Dahası; Eul, Guinsoo, Icefrog ve hatta Pendragon'un toplu bir

²⁰⁹ Note 41 ile birlikte *supra* metni.

²¹⁰ G League, T14 Interview - Legendary DotA Artist Kunkka, YOUTUBE (20 Temmuz 2014) <https://www.youtube.com/watch?v=IRnQQgrk6s> (son giriş 5 Mayıs, 2018).

²¹¹ TheScore eSports, Ask the Dota 2 Pros: If You Could Have Launch with IceFrog, What Would You Say to Him. YOUTUBE (27 Ağustos 2016) <https://www.youtube.com/watch?v=9P50Te3La2A> (son giriş 5 Mayıs 2018); Corey Hospes, Valve, Dota 2 and the New Player Experience: Are We on the Right Path? CYBERSPORT (11 Eylül 2017) <https://cybersport.com/post/valve-dota-2-and-the-new-player-experience-are-we-on-the-right-path> [<https://perma.cc/9L2V-C7LM>] (“Büyük bir yama yayınlandığı zaman, hepimiz dizlerimiz üstüne çöker ve kudretli Icefrog’a şükrederdik.”).

²¹² David Segal, Behind League of Legends, E-Sports's Main Attraction, N.Y. TIMES (10 Ekim 2014), <https://www.nytimes.com/2014/10/12/technology/riot-games-league-of-legends-main-attraction-esports.html> (son giriş 5 Mayıs 2018) (League of Legends, MOBA oyun türünde en yakın rakibi Dota 2'den 8 kat daha büyük bir oyuncu kitlesine sahiptir.).

²¹³ Cf. Ford, *supra* note 53 (Lol'ün lansmanını güçlendirmek için Riot'un Guinsoo ve Pendragon ile olan ilişkisi).

²¹⁴ 4 WILLIAM F. PATRY, PATRY ON COPYRIGHTS § 10:9 (2017).

²¹⁵ Cf. Kevin Knocke, Why Prize Pools Don't Matter in eSports Anymore, IGN (10 Ağustos 2016), <http://za.igracom.com/dota-2/100366/feature/why-prize-pools-dont-matter-in-esports-anymore> [<https://perma.cc/ZTR9-PSRY>] (Kullanıcıları dalgalanan diğer esporların aksine, Dota 2'nin istikrarlı ve şiddetli bir şekilde sadık bir hayran kitlesine sahip olduğu iddia edilmektedir).

²¹⁶ Cf. Yan Chernyshev, Why Dota Fans Don't Like Riot Games, CYBERSPORT (28 Kasım 2017), <https://cybersport.com/post/why-dota-fans-don-t-like-riot-games> [<https://perma.cc/G6T-LBM3>] (Riot'un oyuncular tarafından sevilmemesinin nedeni olarak Riot'un Blizzard'ın Valve'yi dava edişine müdahil olması olarak gösterilmektedir).

şekilde başka bir şirkete geçmesi; Blizzard, Valve ve hatta Riot'a da aynı şekilde zarar verebilir.²¹⁷ Onlar nereye giderse topluluk da onları takip edebilir.

DotA'nın hikâyesi henüz bitmiş değil. Dota 2 ve LoL olgunlaşırken kendi topluluklarını da oluşturmaktadırlar.²¹⁸ Muhtemelen HoN ve HotS da aynı yolda ilerlemekteler.²¹⁹ En nihayetinde, orijinal DotA topluluğun etkisi, haleflerine kıyasla azalacaktır. Valve bu durumu şimdiden teşvik etmeye başladı. 2014 yılında, Valve, ilk Dota 2 turnuvası TI'da yarışmış üç esporcu hakkında olan *Free to Play* belgeselini yayınladı.²²⁰ 2016 yılında, bu belgeselde boy gösteren bir esporcu, Dendi, "Dota'nın Yüzü" haline geldi.²²¹ Bu tür yapımlar, oyuncuların zihnini ve kalbini esir alan yeni kişilerle birlikte bu oyun türü için yeni efsaneler yaratmayı planlamaktadır.

V. Sonuç

eSpor sektörünün gelir potansiyeli 1.4 milyar dolar seviyesine yaklaştıkça fikri ve sınai mülkiyetin önemi daha da artacaktır.²²² DotA modlarının ticarileştirilmiş video oyun halleri, eSpor çılgınlığına hayat verdi ve hala bu endüstriyi domine etmektedirler.²²³ Şimdiye kadar, DotA'nın fikri ve sınai mülkiyeti hakkında iki dava açılmıştır.²²⁴ DOTA ticari markasının şu an tescilli sahibi Valve'dir ve ticari marka tescilinin iptalinin gerçekleşme ihtimalinin düşüklüğünden dolayı sahibi olarak kalmaya muhtemelen devam edecektir. DotA ticari markasının akıbetine yönelik sorunlar durulmuşken, bu kez de DotA'nın telif hakları hakkında hüküm verilmek üzere bir dava jüriye gönderilmiştir. Blizzard ve Valve arasındaki dava hala devam etmektedir ve bu davanın bir olası sonucu da DotA telif haklarının

²¹⁷ Cf. *supra* II. Bölüm/B/4 (DotA'nın orijinal yaratıcılarını bünyesine katmak için şirketler arasında yaşanan rekabetten söz edilmekte.).

²¹⁸ *Most Watched Games on Twitch, NEWZOO* (Aralık, 2017) <https://hnewzoo.com/insights/rankings/top-games-twitch/> [<https://perma.cc/7VSM-3A9Y>] (2017 yılının Aralık ayında, insanlar 32.4 milyon saat Dota 2, 69.6 milyon saat LoL izlemişlerdir.).

²¹⁹ Daha az bilinen bu iki oyun hakkındaki bilgiler daha az.

²²⁰ Valve, *Free to Play: The Movie (US)*, YOUTUBE (19 Mart 2014), <https://www.youtube.com/watch?v-UjZYMIzB9s> (son giriş 5 Mayıs 2018).

²²¹ TheScore esports, *The Story of Dendi: The Face of Dota*, YOUTUBE (8 Haziran 2017), <https://www.youtube.com/watch?v-YCt-5gtlo9U> (son giriş 5 Mayıs 2018).

²²² NEWZOO, *supra* note 1, sayfa 14.

²²³ John Gaudisi, *These are the Most Popular ESports on Twitch*, FORTUNE (6 Nisan 2016), <http://fortune.com/2016/04/06/most-popular-esports-games-on-twitch/> (son giriş 5 Mayıs 2018), *Top Games Awarding Prize Money*, E-SPORTS EARNINGS (2017), <https://www.esportsearnings.com/games> [<https://perma.cc/9N2B-9S6K>]; NEWZOO, *supra* note 1, sayfa 19, *supra* bölüm II.A.

²²⁴ Blizzard Entm't, Inc. v. Lilith Games (Shanghai) Co., No. 3:15-cv-04084-CRB, 2017 U.S. Dist. LEXIS 74639 (N.D. Cal. 16 Mayıs 2017) Notice of Opposition, *supra* note 60.

asında daha en başında Valve'ye devredilmediği yönündedir.²²⁵ Dahası, DotA'nın doğuşuyla Lilith ve uCool'dan daha fazla bağlantısı olan diğer ilgili kimseler de, Valve ve Blizzard'ın telif hakkı imtiyazlarına itiraz edebilir.²²⁶ Bir topluluk tarafından oluşturulan projelerin milyar dolarlık teşebbüslere dönüşebileceği bir çağda, bu tür projelerin yeşermesi için sağlıklı bir ortam vadeden şirketler iki hususa dikkat etmelidir: İlk olarak, yaratıcılığı teşvik ederken aynı zamanda patlama yapma potansiyeli olan eserlerin kontrolünü sağlayabilecek uygun bir son kullanıcı lisans sözleşmesine sahip olmak; ikinci olarak ise, fikri ve sınai hakların güvence altına alınmasının topluluğun bağlılık duygusu üzerindeki etkisi.

²²⁵ *Blizzard*, 2017 U.S. Dist. LEXIS 74639, sayfa *27.

²²⁶ *Id* sayfa *31 (Eğer yardım edenler kendilerini aldatılmış hissederlerse mahkemeye başvurabilirler.) Fakat şu soru hala geçerliliğini korumaktadır: DotA eserlerinin yaratıcıları kimdi? DotA'nın birçok sürümü ve DotA Allstars için bu sorunun cevabını asla bulamayabiliriz. *Id* sayfa *21.



Hakemsiz Makaleler Non-Refereed Articles

Çoğalan Vergi Uyuşmazlıkları ve Azaltılmasına Yönelik Önlem Arayışları

Increasing Tax Disputes and Seeking for Reduction Measures

Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ^(*)

Öz:

Vergi uyuşmazlıklarının sayısı her geçen gün artmaktadır. Bu yüzden Hükümet tarafından uyuşmazlıkları azaltıcı yönde önlemler araştırılmaya başlanmıştır. Bu doğrultuda yeni düzenlemeler getirilmiştir. Çalışmada vergi uyuşmazlıklarının artış nedenleri üzerinde durulmaktadır. Ardından da getirilen yeni düzenlemeler ele alınmaktadır. Ayrıca, getirilen düzenlemelerin uyuşmazlık sayısını azaltıp azaltamayacağı da değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler:

Vergi, Vergi Uyuşmazlığı, İzaha Davet, Cezada İndirim, Uzlaşma.

Abstract:

The number of tax disputes are increasing day by day. Therefore, measures to reduce the disputes have been investigated by the Government. New regulations have been introduced in this direction. This study focuses on the reasons for the increase in tax disputes. Then, the new regulations introduced are examined. In addition, it is also evaluated whether it will reduce the number of disputes.

Keywords:

Tax, Tax Dispute, Invitation to View, Reducing of Punishment, Reconciliation.

GİRİŞ

Sayıları hızla artan uyuşmazlıklar Hükümeti uyuşmazlık azaltıcı önlem arayışına sevk etmiştir. 2019 yılı sonunda 7194 sayılı Torba Kanun ile yapılan düzenlemelerle vergi uyuşmazlıklarının azaltılmasına yönelik yeni uygulamalar yürürlüğe girdi. (RG 7.12.2019)

Bu uygulamalardan bir kısmı, mevcut cezalarda indirim (VUK m.376), izaha davet (VUK m.370), uzlaşma (VUK Ek maddeler) müesseselerinin alanlarının genişletilmesine yönelik; bir kısmı da yeni yöntemler getirilmesine yöneliktir.

^(*) Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

E-posta: nbilici@cankaya.edu.tr.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-0955-4811>.

Makale Gönderim Tarihi: 26.09.2020.

Makale Kabul Tarihi: 13.11.2020.

Getirilen yeni yöntemler arasında, açtığı davadan vazgeçene indirim (VUK m.379) ve vergi idaresine, kaçakçılık eylemleri içinde olduğu tahmin edilen mükellefin mükellefiyet kaydının terkinin yetkisi verilmesi (VUK m.160/A) gibi düzenlemeler bulunmaktadır.

Bu çalışma ile öncelikle vergi uyuşmazlıkları sayısındaki hızlı artışın tespiti yapılacak ve getirilen yeni düzenlemeler açıklanacaktır. Ardından artış nedenleri üzerinde durulacak ve artışı azaltmaya yönelik getirilen düzenlemelerin çare olup olmayacağı değerlendirilecektir.

Bu değerlendirme yapılırken Hükümetin aynı tarihlerde uygulamaya dâhil ettiği gelir artırıcı düzenlemeler üzerinde de durulacaktır.

I. UYUŞMAZLIKLAR ARTIYOR

Ceza mahkemelerinde özel kanunlar uyarınca açılan davalar içinde Vergi Usul Kanunu'na muhalefetten açılan dava sayısı ve oranı:

- 2004 yılında %0,6 iken
- 2016 yılında %5,9'a yükselmiştir.¹

Dosya sayısının yükselmesine paralel olarak asliye ceza mahkemelerinde **mahkûm olan kişi sayısı** da artmıştır. Bu sayı 2005 yılında 4.156 iken 2016 yılında 16.407 olmuştur.²

II. UYUŞMAZLIK AZALTMAYA YÖNELİK YENİ DÜZENLEMELER

A. Mevcut Düzenlemelerin Alanının Genişletilmesi

- **İzaha davetle ilgili VUK m.370** yeniden kaleme alınmış, uygulamanın sınırları genişletilmiştir. **Kaçakçılık suçuyla alakalı vergi kayıpları hususu da izaha davet yapılabilecek konular arasına dâhil edilmiştir.**
- **VUK m.376 (cezada indirim) değiştirilmiş, indirim oranı tüm durumlarda %50** şeklinde belirlenmiştir.
- **Uzlaşma:** Uzlaşmayı kabul eden ve **uzlaşılan vergi/cezanın %75'ini süresinde ödeyen mükellefe, cezanın %25'inin daha ilave olarak indirileceği** düzenlemesi yapılmıştır.

¹ %5.9 oranı sayı olarak 32.000 dosyaya tekabül etmektedir.

² **VUK kaynaklı suçların %70 civarı VUK 359/b (sahte belge), %25 civarı muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge, geri kalan %5 civarı da defter-belge ibraz etmeme fiilleri ile ilgili olarak açılmıştır.**

Veriler için bkz. Ersan Öz / Ayşe Armağan, 'Yargı Organları Kararlarına Göre Vergi Kaçakçılığı Suçlarını Önlemede Adli Vergi Cezalarının Rolü', TAAD, Yıl: 9, Sayı: 33 (Ocak 2018) Adalet Bakanlığı, <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr> (erişim tarihi 21.07.2017).

Aynı çalışmada "2016 yılı içinde düzenlenen 80.000 civarındaki inceleme raporundan 15.000'inin dava açılması için savcılığa intikal ettirildiği" bilgisi de verilmiştir.

B. İlave Düzenlemeler

1. Mükellefiyetin Terkini Yetkisi

Vergi idaresine, “*sahte belge düzenleme riski yüksek olduğu tespit edilenlerin mükellefiyetlerinin, analiz ve değerlendirme sonucunda terkin edilmesi*” yetkisi verilmiştir. (VUK m.160/A)

Bu şekilde İdareye tek taraflı mükellefiyet terkini yetkisi verilmiş olmaktadır.

2. Davasından Vazgeçene İndirim

VUK’a eklenen 379. madde ile dava yoluna gidenlere davadan vazgeçmeleri durumunda vergi/cezada bazı indirimlere gidilmektedir. Uygulama kaçakçılık kökenli dava konusu yapılan vergi ve cezaları da içermektedir.

Bu yeni düzenlemenin amacının (yargılama aşamasında) uyuşmazlığı sona erdirmek ve bu şekilde yargının yükünü azaltmak olduğu ifade edilmiştir.

Bu yeni müessese “*vergi borcunu sona erdiren/azaltan yeni bir uygulama*” olarak da nitelendirilebilir.

İndirim yüzdeleri davanın hangi aşamasında olduğuna ve gelinen aşamada durumun mükellefin lehine olup olmadığına göre değişmektedir.

a. Açılan Davayı Mükellef Kazanmışsa

İstinaftan/temyizden vazgeçtiği ve verginin %60’ını ödediği takdirde uyuşmazlık konusu yapılan diğer borçlar silinecektir. Bu %60’ın %80’i 1 ay içinde ödenirse ilave %20 indirim daha yapılacaktır.

Dava lehine yürüyen kişinin böyle bir davranış içine girmesi herhalde çok istisnai bir durum olacaktır.

b. Açılan Davayı Mükellef Kaybetmişse

Mükellef istinaftan/temyizden vazgeçerse ve verginin tamamını-cezalarının %75’ini öderse geri kalan borçları silinir. Ayrıca mükellef bu şekilde bulunan tutarın %80’ini 1 ay içinde öderse borcun geri kalan %20’si de silinecektir.

Böyle bir durumda (yani mükellefin davayı kazanılabileceğine ilişkin ümidi kalmamışsa) bu imkândan yararlanılması mükellefin yararına olabilecektir.

c. Ortak Düzenleme

Yukarıda açıkladığımız imkânlardan yararlanılabilmesi için ilave olarak:

- İlgili faizlerin ödenmesi gerekir.
- Vazgeçilen davaya ilişkin mahkeme masrafları, avukatlık ücretleri karşılıklı olarak talep edilmez. (VUK m.112/c)

III. UYUŞMAZLIKLARIN ÇOĞALMA NEDENİ

A. Kamu Geliri Yükünün Artırılması

Öncelikle 2002 yılında GSYH'nin %31'ine tekabül eden Genel Devlet anlamında kamu gelirlerinin 2018 yılında %41'e kadar yükseldiğini not edelim.³

Hükümet ekonomi içinden topladığı kaynak miktarını 16 yılda 10 puan civarında artırmıştır.

B. Kamu Gelirleri İçinde Verginin Payında Azalma

Toplamda kamu geliri artışına karşın, kamu gelirleri içindeki vergi payı azalmaktadır. Olağan dönemlerde Merkezi Yönetim Bütçesi içinde vergi gelirlerinin payı %85 civarında seyrederken bu oran 2018'de %82, 2019'da ise %76,8'e gerilemiştir. 2019 yılı seviyesi, son 18 yılın en düşük oranıdır.⁴

Vergi dışı gelirler 2019 yılında %23,2'ye yükselmiştir. (2019 yılında 673 milyar vergi geliri, 203 milyar vergi dışı gelir elde edilmiştir.)

Vergi gelirlerinin azalması hükümeti tek seferlik gelir kaynaklarına ve yeni vergi artışlarına yöneltmiştir.

C. Diğer

Uyuşmazlık sayısının artmasına yol açmış olabilecek aklımıza gelen başka bazı nedenleri de aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz:

- Denetim oranının teknolojinin de desteğiyle %1'den %2'ye çıkması,
- Müfettiş sayısının artırılması,
- İdarenin elindeki veri ambarının güçlenmesi: Vergi İdaresi artık tapu, trafik, nüfus idaresi bilgilerinin yanında bankalara ait verilere de rahatlıkla ulaşabilmektedir.
- Mükelleflerin hak arama bilinçlerinin yükselmiş olması da uyuşmazlık sayısının artmasına yol açmaktadır.

IV. VERGİLER TEKRAR ARTIRILMAK İSTENMEKTEDİR

A. 2019 Yılı Sonunda Enflasyonun Üzerinde Vergi Artışları Yapılmıştır

2019 yılı enflasyon (TEFE... TÜFE...) oranı %10 iken vergi/harçlar %23 nispetinde artırılmıştır.

%15 - %35 aralığında olan Gelir Vergisi tarifesine, bir yüksek oran (%40 oranı) daha eklenmiştir.

³ Nurettin Bilici, *Kamu Maliyesi I (Hukuki Boyut)*, 11. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 192.

⁴ En düşük seviye 2002 yılında %76 ile görülmüştü. Veriler için bkz. Talip Aktaş, *Vergi Gelirlerinin Payı 18 Yılın En Düşüğünde*, Dünya Gazetesi, 17.1.2020, s. 4.

Belli miktarı (2019 yılında 500 bin TL'yi) aşan ücret gelirleri, telif kazançları için beyan mecburiyeti getirilmiştir. Bu şekilde örneğin şimdiye kadar %17 vergi ödeyen telif kazancı sahiplerinin vergisi bir çırpıda %40'a yükseltilmiştir.

B. 2019 Yılı Sonunda 3 Yeni Vergi Uygulaması Başlatılmıştır

Bunlar aşağıda açıklanmaktadır:

- %7,5 oranlı Dijital Hizmet Vergisi,
- %2 oranlı Konaklama Vergisi,
- Binde 3'le binde 10 (yani %1) arası Değerli Konut Vergisi.

SONUÇ

Çoğalan vergi uyuşmazlıklarının sayısının azaltılması düşüncesiyle yeni düzenlemeler yapılmıştır.

Uyuşmazlıkların çoğalmasının temel sebebinin vergi yükü artışlarının sebep olduğu vergiye karşı direnç olduğu bilinmektedir. Vergiye karşı direncin artması denetimlerin sayısını artırmış dolayısıyla vergi suç ve kabahati işleyen ve yakalananların sayısı artmıştır.

Bu soruna çare olması düşüncesiyle getirilen düzenlemelerin etkin düzenlemeler değil "pansuman önlemler" olduğunu düşünüyoruz.

Sorunun temel sebebinin yüksek vergilerle ilgili olduğunu düşünüyoruz. Durum böyle iken 2019 yılı sonunda ilave vergiler getirilmesi bazı mevcut vergilerin artırılması sorunu daha da büyütecektir.

Vergi uyuşmazlıklarının azalmasını, vergi yükünün artırılması yerine azaltılması ile mümkün olacağına inanıyoruz.

İlave olarak, makul düzeye indirilen vergi yükünün, ülkede yaşayanlar arasında en adaletli şekilde dağıtılması da büyük önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

AKTAŞ, Talip, *Vergi Gelirlerinin Payı 18 Yılın En Düşüğünde*, Dünya Gazetesi, 17.01.2020.

BİLİCİ, Nurettin, *Kamu Maliyesi I (Hukuki Boyut)*, 11. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.

ÖZ, Ersan / **ARMAĞAN**, Ayşe, “*Yargı Organları Kararlarına Göre Vergi Kaçakçılığı Suçlarını Önlemede Adli Vergi Cezalarının Rolü*”, TAAD, Yıl: 9, Sayı: 33 (Ocak 2018) Adalet Bakanlığı, <http://www.adliscil.adalet.gov.tr> (erişim tarihi 21.07.2017).

Bir Vakanın Etik Analizi

(ABD Yüksek Mahkeme Başkanı Roberts, Senatör Schumer ve ABD Başkanı Donald Trump)

Ethical Analysis of a Case

(Chief Justice of the Supreme Court of the USA Roberts, Senator Schumer and President of the USA Donald Trump)

Dr. Mustafa SALDIRIM^(*)

Öz:

Yargı etiği; bağımsız, tarafsız ve etkin bir yargı sisteminin temel koşuludur. Karşılaştırmalı hukukta yaklaşık 50 yıl önce başlayan ve yargı pratiğinde uygun mekanizmalar ile işlerlik kazandırılan yargı etiği, ülkemizde Yargıtay'ın 2017 yılından itibaren güçlü bir şekilde sürdürdüğü reform hareketi ile yaygınlaşmaya başlamıştır. Yargıtay Etik İlkelerinin geliştirilmesi ile başlayan bu reform hareketinin sonucunda yargı etiği dersleri hukuk fakültelerinde okutulmaya başlamış, bağımsız ve tarafsız Yargı Etiği Danışma Kurulu oluşturulmuş, eğitim programları geliştirilmiş ve yargı etiği alanındaki temel eserler ile eğitim materyalleri Türkçe'ye çevrilerek tüm hukukçuların ve toplumun yararlanmasına sunulmuştur. Bu çalışmada ise Amerika Birleşik Devletlerinde yüksek mahkeme ile üst düzey bir politik kişilik arasında yaşanan bir vaka yargı etiği açısından analiz edilmiştir. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, halkın yargıya güveni, yargının iletişim stratejisi gibi birçok önemli kavram ve müessesenin dikkate alınmasını gerektiren bu vaka, Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ve Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'nin Yorumu ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin geliştirdiği içtihatlar çerçevesinde ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Yargı Etiği, Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Yargıtay Etik İlkeleri, Yargıya Güven, Popülizm, Siyasi Tartışma.

Abstract:

Judicial ethics is the main condition of an independent, impartial and efficient judicial system. Judicial ethics which started about 50 years ago in comparative law and which was made functional with appropriate mechanisms in legal practice, has started to disseminate in our country with the reform action that the Court of Cassation

^(*) Yargıtay Genel Sekreter Yardımcısı.

E-posta: msaldirim@gmail.com.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-7251-8923>.

Makale Gönderim Tarihi: 26.01.2021.

Makale Kabul Tarihi: 28.03.2021.

has been maintaining effectively since 2017. As a result of this reform action, which started with the development of the Court of Cassation Codes of Conduct, judicial ethics courses started to be given in law faculties, an independent and impartial Judicial Ethics Advisory Board was established, training programs were developed and the fundamental documents and educational materials in the field of judicial ethics were translated into Turkish and provided to all legal professionals and the society in order to benefit from them. In this study, a case between the high court and the high-level politician in the United States of America is analyzed in terms of judicial ethics. This case, which requires taking into consideration many important concepts and institutions such as the independence and impartiality of the judiciary, trust of the public in the judiciary, and communication strategy of the judiciary, is addressed within the framework of the Court of Cassation Codes of Judicial Conduct, the Bangalore Principles of Judicial Conduct and Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, and the caselaw developed by the European Court of Human Rights.

Keywords:

Judicial Ethics, Independence and Impartiality of the Judiciary, Court of Cassation Codes of Conduct, Trust in the Judiciary, Populism, Political Discussion.

GİRİŞ

Hukukun gerçek anlamda uygulanabilmesinin ön şartı hiç şüphesiz iyi işleyen bir yargı sistemidir. Bangalor Yargı Etiği İlkelerinde belirtildiği üzere, diğer tüm haklarla birlikte insan haklarının korunması, adaletin doğru bir şekilde yönetilmesine ve özellikle de yetkin, bağımsız ve tarafsız bir yargının varlığına bağlıdır. Uluslararası alanda kaydedilen ilerlemelere ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelere rağmen Avrupa (Bölgesi) İnsan Hakları Sistemi de dâhil olmak üzere yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kaygılar ve tartışmalar küresel ölçekte devam etmektedir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulanmasında karşılaşılan güçlükler, klasik ve genel bir sorun olarak varlığını korumaktadır.¹ Antik Yunan'da Sokrates'in yargılanması sırasında dahi karşımıza çıkan popülizm, çağlar boyu etkisini artırarak önemli bir tehdit hâline gelmiştir. Özellikle son yıllarda, gelişmiş demokrasilerde de gözlemlenebilen popülist politikalar, demokrasiyi ve insan haklarını tehdit ettiği gibi hukuk devletinin temel ilkelerini de olumsuz şekilde etkileyebilmektedir.² Eflatun'un "*hükümdarlar bilge veya bilgeler hükümdar olsaydı, kentlerin yüzü ışırdı*" sözü ile dile getirdiği sorun 2500 yıldır insanlığı meşgul etmeye devam etmektedir.

¹ Mustafa Saldırım, *Yargıtay Etik İlkeleri ve Yargıda Şeffaflığa İlişkin İstanbul Bildirgesi Çerçevesinde Yargı Yetkisinin Güncel Sorunlarının Değerlendirilmesi*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Adli Yıl Açılış Semineri, Yargıtay Başkanlığı Sunumu, Strazburg 2018 (Saldırım-Yargı Yetkisi), s. 3.

² World Forum for Democracy, *Is Populism a Problem*, Programme, Strasbourg, November 2017 (Is Populism a Problem), s. 16.

Medyadan gelen baskılar, kamuoyu tepkisi, resmi veya gayri resmi sivil toplum örgütlenmeleri, hâkimlerin dış ve iç bağımsızlığını etkileme potansiyeli taşımaktadır. Baş döndürücü bir hızla gelişen ve değişen dünyada, kartellerin ve holdinglerin ya da diğer baskı gruplarının etkileri, ağır etik sorunlara yol açabilmektedir.³

Yargıya yönelik olarak yargı dışından gelebilecek klasik tehditler ile küreselleşmeye bağlı güncel sorunlara ilaveten, hâkimlerin kendi bireysel ve kolektif çıkarlarını koruma isteklerine karşı nasıl direnecekleri de küçümsenmeyecek bir sorundur.

Yukarıda kısaca özetlenen yargı yetkisinin güncel sorunları ve riskler dikkate alındığında yargı organının etik açıdan nasıl davranması gerektiği önemli bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda canlı ve somut bir örnek olarak aşağıdaki vaka incelenecektir.

I. VAKA

ABD Yüksek Mahkemesinin toplumun yakın ilgi duyduğu kürtaj ile ilgili önemli bir davaya baktığı sırada Demokrat Parti Senatörü Schumer, Başkan Trump'ın tayin ettiği Yargıç Neil M. Gorsuch ve Brett M. Kavanaugh'a karşı "*Kasırgayı serbest bıraktınız, bedelini de ödeyeceksiniz.*" şeklinde ifadelerde bulundu. Ayrıca Schumer "*Bu korkunç kararları verme yolunda ilerlerseniz, sizi neyin vuracağını asla bilemezsiniz.*" şeklinde konuştu.

Federal yargıçlara yönelik eleştirilere çok nadiren yanıt veren Başhakim John G. Roberts Jr., Çarşamba günü Demokrat lider New York Senatörü Chuck Schumer'in Yüksek Mahkeme önünde bir mitingde söylediği sözleri kınayan bir açıklama yaptı.

Yüksek Mahkeme Başkanı Başhakim John G. Roberts Jr. "*Mahkemenin tüm üyeleri hangi odaktan gelirse gelsin, korkusuzca ya da herhangi bir fayda gütmenden işlerini yapmaya devam edecektir.*" dedi.

Yüksek Mahkeme Başkanı "*Yargıçlar uzmanlık alanlarından kaynaklı eleştiriler gelebileceğini bilirler; ancak hükümetin en üst seviyelerinden yöneltilen bu türden tehditkâr ifadeler yalnızca uygunsuz değil, aynı zamanda tehlikelidir. Mahkemenin tüm üyeleri hangi odaktan gelirse gelsin, korkusuzca ya da herhangi bir fayda gütmenden işlerini yapmaya devam edecektir.*" şeklinde ifadelerde bulundu.

Sonrasında Trump (Roberts'in eleştirilerine katılarak) Schumer'ı "*ABD Yüksek Mahkemesini doğrudan ve tehlikeli bir şekilde tehdit etmekle*" suçladı. Trump, Twitter üzerinden yaptığı açıklamada "*Bir cumhuriyetçi bu tür ifadelerde bulunsaydı, tutuklanır ya da suçlu bulunurdu*" dedi.

³ Saldırım, Yargı Yetkisi, s. 3.

Senatör Schumer’ın bir sözcüsü Başhâkim Roberts’in, Schumer’ın ifadele-
rini kasıtlı olarak yanlış yorumladığını belirtti. Sözcü Justin Goodman “*Senatör
Schumer’in yorumları, bu yargıçları mahkemeye çıkarmalarından ötürü Sena-
todaki Cumhuriyetçilerin ödeyecekleri siyasi bedele işaret eden bir referans ve
üreme hakları konusunda bu yargıçların büyük bir taban hareketi başlatacağını
belirten bir uyarıydı.*” şeklinde konuştu. Ayrıca “*Geçen hafta Başkan Trump’ın
Yargıç Sotomayor ve Roberts’a yönelik saldırılarına karşı sessiz kalırken, Se-
natör Schumer’in sözlerini kasıtlı olarak yanlış yorumlayarak sağ kanadı takip
eden (Yüksek Mahkeme Başkanı) Yargıç Roberts tarafsız davranmamaktadır.*”
şeklinde konuştu.

II. SORULAR VE CEVAPLAR

Soru a)

Yüksek mahkeme üyelerini bu şekilde hedef alan Senatör Schumer’in davra-
nışını etik açıdan değerlendiriniz.

Cevap a)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargı bağımsızlığının dört unsurunu vur-
gulamaktadır. Bunlar; hâkimlerin atanma yöntemi, görev süresi, bütçe konuları
da dâhil olmak üzere dış baskılara karşı güvenceler, yargının bağımsız ve tarafsız
görünüp görünmemesidir.⁴

AİHM, devam etmekte olan adli işlemler veya yargılamalar ile ilgili olarak
yürütmenin müdahalede bulunmasının yargının saygınlığını azaltabileceğine ve
bu durumun adil yargılanma ile sağlanan güvenceleri zayıflatabileceğine hük-
metmiştir. Hükümetin üst düzey siyasi kişiliklerinin devam eden davalara ilişkin
beyanları, haklı gerekçeleri olsa bile belli bir yönde karar vermeleri için mahke-
melere çağrıda bulunmaları, adil yargılanma hakkını güvence altına alan AİHS’in
6’ncı maddesindeki “bağımsız ve tarafsız mahkeme” fikriyle bağdaşmamaktadır.⁵

AİHM, üst düzey siyasi kişilerin beyanlarının mahkemeyi etkilediğine yöne-
lik somut bir delil olmasa dahi “tarafsızlık görüntüsünün” çok önemli olduğuna
ve söz konusu beyanlar ile “tarafsızlık görüntüsünün” adil yargılanma hakkını
ihlal edebileceğine hükmetmiştir.⁶ Bu konu yargı etiği bakımından da büyük
önem taşımaktadır. Nitekim, Yargıtay Yargı Etiği İlkelerinin 1.5 maddesine göre,
“*Hâkim, yasama ve yürütme erkleriyle uygunsuz ilişkilerden ve bu organların*

⁴ The Rule of Law Checklist, s. 35. (See in particular ECtHR Campbell and Fell v. the United Kingdom, 28 June 2014, 7819/77 and 7878/77, § 78).

⁵ AİHM, *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, no. 48553/99, ECHR 2002 VII; *Kinsky v. the Czech Republic*, no. 42856/06, 9 February 2012.

⁶ AİHM, In *Ivanovski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 29908/11, 21 January 2016.

etkisinden uzaktır; aynı zamanda, makul bir kişinin gözünde, bu türden ilişki ve etkilerden uzak olduğunu gösterir.”

Sonuç olarak Senatör Schumer’in yüksek mahkeme üyelerini hedef alan sözleri, yukarıda açıklanan nedenlerle etik açıdan uygunsuz ve adil yargılanma hakkını ihlal edebilecek bir davranıştır.

Soru b)

Senatör Schumer’in beyanlarının hedefi olan yüksek mahkemenin iki üyesi, Senatör Schumer’in uygunsuz açıklamalarına karşı kamuya açık şekilde doğrudan cevap vermeli midir?

Cevap b)

Bangalor Yargı Etiği İlkelerinin Yorumunun 29’uncu paragrafına göre, “Bakanlar, siyasi kişilikler, resmi görevliler, gazeteciler, aile veya tüm diğer kişiler dâhil olmak üzere, hangi kaynaktan gelirse gelsin ... yargı bağımsızlığını hedef alan ... hâkimi doğrudan veya dolaylı olarak etkilemek amacıyla dışarıdan yapılan tüm girişimler reddedilmelidir. Özellikle, bu girişimlerin reddedilmesine rağmen tekrar ettiği durumlarda, hâkim konuyu yetkili makamlara bildirmelidir. Hâkim, aile, sosyal veya siyasal ilişkilerinin herhangi bir yargısal kararı etkilemesine izin vermemelidir”

Hedef alınan yüksek mahkeme üyelerinin doğrudan Senatör Schumer’e karşı beyanda bulunmaları bu nedenle uygunsuzdur. Bir yanıt verilmesi gerektiğini düşünüyorsa, öncelikle bu yanıtın yüksek mahkeme tarafından verilmesini talep etmeleri gerekir. Ayrıca bazı sistemlerde yüksek mahkemeler yüce divan sıfatıyla ya da ilk derece mahkemesi olarak üst düzey kamu görevlilerini veya (devlet başkanı da dahil olmak üzere) yüksek düzeydeki politik kişileri görevleri ile ilgili suçlarda yargılamakla görevli olabilirler. Bu türden karşılıklı tartışmalar, daha sonra söz konusu tartışmanın tarafı olan yüksek hakimlerin reddedilmesine veya bu hakimlerin davadan çekilmesine haklı bir neden teşkil edebilir. Tarafsızlık ilkesi gereği hakimin bir yükümlülüğü de ileride reddedilmesine neden olabilecek olayları makul ölçüler çerçevesinde azaltmaktır. (Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri, m.2.5).

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Senatör Schumer’in eleştirilerinin hedefi olan yüksek hakimlerin doğrudan Senatöre karşı kamuya açık şekilde cevap vermeleri etik açıdan uygun değildir.

Soru c)

Senatör Schumer’in hedef aldığı yüksek mahkeme üyelerinin talebi üzerine veya yüksek mahkeme kendiliğinden bu durumda nasıl hareket etmelidir. Yüksek Mahkeme Başkanı Roberts’in doğrudan Senatör Schumer’i kınayarak ona cevap vermesi, etik açıdan doğru mudur? Siz yüksek mahkeme başkanı olsaydınız nasıl davranırdınız?

Cevap c)

Böyle bir sorunu yargı etiği alanında evrensel kabul gören Bangalor Yargı Etiği Sistemini esas alan Yargıtay Yargı Etiği İlkelerine göre değerlendirdiğimizde, şu şekilde analiz edebiliriz.

Genel kural: *“Hâkim kararıyla konuşur.”*

Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri m.4.18 “Hâkim esas olarak verdiği hüküm ile konuşur. Kendisinin veya meslektaşlarının kararlarını görev gereği olmadıkça etki altında bırakacak şekilde eleştirmez, bu tarz eleştirenler ile iletişime girmez, yetkili olmadığı sürece medyada çıkan bu nitelikteki haber ve yorumlar hakkında açıklamada bulunmaz.”

Ancak, her genel kuralın bir istisnası olduğu gibi bu kuralın da bazı istisnaları vardır. Bu istisnalardan bir tanesi de Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri, m.4.14’tür.

Somut olay bakımından ise başka istisnalara da göz atmak gerekir. Örneğin, Yargıtay Yargı Etiği Sisteminin dahil olduğu Bangalor Yargı Etiği İlkelerinin Yorumuna göre (p.137) hakimin eleştirilere karşı sessizlik politikası izlemesi önerilmektedir. Ancak bu paragrafın hemen sonrasında (p.138) ise bu konuda önemli bir istisna düzenlenmiştir. Bu paragrafta göre (p.138) “İlgili konu doğrudan mahkemelerin işleyişini, yargının bağımsızlığını, yargı yönetiminin temel özelliklerini ve hâkimin şahsi itibarını, kişisel dürüstlüğüne etkilediğinde, hâkimin siyasal açıdan tartışmalı bir konuda uygun biçimde konuşabileceği bazı sınırlı durumlar vardır. Ancak, bu konularda dahi hâkim büyük bir özenle hareket etmelidir.”

Buradaki temel sorun şudur. Senatör Schumer’in konuşması yargının işleyişini, yargının bağımsızlığını, yargı yönetiminin temel özelliklerini veya hakimin şahsi itibarını ya da kişisel dürüstlüğüne etkiler mi? Bu sorunun cevabı makul bir kişinin bakış açısına göre hiç şüphe yok ki evettir. Üst düzey bir siyasi kişilik, yargıya yönelik müdahale olarak nitelendirilebilecek yorumlarda bulunduğu, onun sözlerine cevap verilebilir. Somut olayda Senatör Schumer üst düzey bir siyasi kişilik olup yapmış olduğu beyan, yargı bağımsızlığı, yargının işleyişi ve hakimlerin şahsi itibarı ile dürüstlüğüne ve doğruluğuna yönelik olduğundan cevap verilebilir. O halde mahkemenin uygun bir tepki vermesi gerekir. Bu tepki nasıl olmalıdır ve kim tarafından verilmelidir?

Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri’nin 4.18’inci maddesinde yazıldığı üzere bu cevabı yetkili kişi vermelidir. Yetkili kişi “kurum sözcüsü”dür. Özel olarak böyle bir göreve atama yapılmamışsa, kurumun lideri olan yüksek mahkeme başkanının bu konuda konuşma yetkisi olduğu kabul edilir. O halde açıklama kurum sözcüsü aracılığıyla veya kurum lideri tarafından yapılabilir. Ancak yüksek mahkeme başkanının doğrudan basına açıklama yapması doğru olmaz. Onun yerine, Mahkemenin Basın ve Halkla İlişkiler Birimi aracılığıyla bir açıklama yapılması daha uygun olur.

Somut olayda yüksek mahkemenin halkla ilişkiler birimi aşağıdaki açıklamayı yapmıştır:

“4 Mart 2020 Başhakim John G. Roberts’ın açıklaması: Bu sabah Senatör Schumer, içeride (mahkemede) bir dava tartışılırken yüksek mahkeme önünde bir açık hava toplantısında konuştu. Senatör Schumer, Mahkeme’nin iki üyesine ismen atıfta bulunarak onlara “Kasırgayı serbest bıraktınız ve bedelini ödeyeceksiniz. Bu korkunç kararlarla ilerlerseniz sizi neyin etkilediğini bilemezsiniz.” demek istiyorum dedi. Yargıçlar, eleştirilerin işlerinin bir parçası olduğunu bilirler, ancak hükümetin en üst düzeylerinden gelen bu tür tehdit ifadeleri yalnızca uygunsuz değil, tehlikelidir. Mahkemenin tüm üyeleri, hangi odaktan gelirse gelsin, korkmadan ve çıkar gözetmeden işlerini yapmaya devam edecektir.”

Açıklamanın içeriğine bakıldığında, ölçsüz bir tepki yoktur. Makul sınırlar içerisinde, üst düzey siyasi kişiliğin yapmış olduğu açıklamanın yanlışlığına ve tehlikesine dikkat çekilmiş ki son derece yerindedir. Açıklamanın halka güven veren bir mesaj ile sonuçlandırılması da son derece isabetli olmuştur. Zaten buradaki temel amaç, halkın yargıya güveninin korunmasıdır. Bununla birlikte, açıklamanın doğrudan mahkeme başkanı tarafından yapılması, onun siyasi tartışmaların içine çekilmesine neden olabilir. Nitekim somut olay da bu şekilde gelişmiştir. Bu nedenle, aynı açıklamanın mahkeme başkanı yerine, bu işle görevlendirilen kurum sözcüsü tarafından yapılması daha uygun olabilirdi. Bir seçenek olarak da mahkeme başkanının açıklaması gibi değil de mahkemenin kurumsal bir açıklaması şeklinde ifade edilmesi düşünülebilirdi. Bu nedenle, doğrudan mahkeme başhakimi Roberts’ın açıklama yapması etik açıdan uygun değildir.

Soru d)

Yüksek mahkeme (başkanı) tarafından bir açıklama yapılmasaydı, hedef alınan yüksek hakimler basına açıklama yapabilir miydi?

Cevap d)

Senatör’ün hedef aldığı iki yüksek mahkeme hakiminin doğrudan Senatör’e cevap vermesi uygunsuzdur. Ancak, talep etmelerine rağmen yüksek mahkeme (veya yüksek mahkemenin ilgili veya yetkili birimi ya da kişisi) bir açıklama yapmasaydı, Senatörün hedef aldığı iki yüksek mahkeme üyesi açıklama yapabilir, yani cevap verebilirdi. Çünkü “bu konu doğrudan mahkemelerin işleyişini, yargının bağımsızlığını, yargı yönetiminin temel özelliklerini ve hâkimin şahsi itibarını, kişisel dürüstlüğü” etkilemeye yöneliktir.

Yüksek mahkeme (veya yüksek mahkeme başkanı) açıklama yaptıktan sonra hedef alınan yüksek mahkeme üyeleri de (ayrıca) açıklama yaparak tartışmaya katılmış olsalardı, böyle bir davranış uygun olmazdı.

Soru e)

Senatör Schumer’in bir sözcüsü Justin Goodman’ın başhakim Roberts’e yönelik ifadelerine karşı, başhakim nasıl davranmalıdır? Cevap vermeli midir?

Cevap e)

Senatör Schumer’in sözcüsü (politik kişilerle girilen tartışmanın kaçınılmaz bir sonucu olarak) başhakimi politik davranmakla suçlamıştır. Böyle bir iddiaya karşı başhakim Roberts’in doğrudan cevap vermesi uygun görülmez. Senatör’ün sözcüsü, yüksek mahkeme başkanına makam olarak denk gelen bir siyasi kişilik değildir. Ayrıca, politik kişilerle olan tartışmaların gereksiz yere sürdürülmesinin de riskleri vardır. Burada genel kuralın “politik sessizlik” olduğu unutulmamalıdır.

Soru f)

ABD Başkanı Trump’ın başhakim Roberts’in sözlerine destek olması ve Senatör Schumer’i eleştirmesi yüksek mahkemeye duyulan güveni artırır mı? Mahkemenin tarafsızlık görüntüsünü güçlendirir mi?

Cevap f)

Politik kişiler genellikle toplumun ilgi duyduğu her tartışmadan kendilerine bir pay çıkarma ve bu şekilde kendi siyasi taraftarlarına mesaj verme ya da onların takdirlerini veya beğenilerini kazanma gayreti içinde olurlar. Başkan Trump’ın yüksek mahkeme başkanına destek olması, bu nedenle yüksek mahkemenin tarafsızlık görüntüsüne ya da mahkemeye duyulan güvenin artırılmasına bir katkı sağlamaz. Sadece Başkan Trump’un taraftarları gözünde beğenilmesine veya takdir görmesine katkı sağlayabilir.

Soru g)

ABD Başkanı Trump’ın daha önce yüksek mahkemenin bazı üyelerini hedef alan açıklamalar yaptığını ve bu konuşmalara karşı başhakim Roberts’in cevap vermediğini varsayalım. Bu duruma rağmen başhakim Roberts, Senator Schumer hakkında mahkemenin basın ve halkla ilişkiler birimi aracılığıyla açıklama yapmalı mıdır? Yoksa daha önce Başkan Trump’ın sözlerine cevap vermediği için tutarlı olmak amacıyla Senatör Schumer’e de cevap vermemeli midir?

Cevap g)

ABD Başkanı Trump, Senatör Schumer’in sözlerine benzer açıklamalar yapmış ve başhakim Roberts, Başkan Trump’a cevap vermemiş olsa dahi somut olayda Senatör Schumer’e bir cevap verilmesi gerekirdi. Mahkemenin (veya mahkeme başkanının) daha önce sessiz kalması, bu olayda da sessiz kalmasını gerektirmez. Yanlışta ne kadar erken dönülürse, kârdır. Tutarsızlık riskine rağmen, en yakın zamanda doğrusunu yapmak gerekir. Elbette tutarlı olmak ve bir olayla karşılaşıldığında benzer olayların gelecekte de olabileceğini düşünerek hareket etmek sağduyulu bir davranış olacaktır.

KAYNAKÇA

Bangalor Yargı Etiği İlkelerinin Yorumu (Çev. Mustafa Saldırım, Nihal Eriş, Fulya Batur), Yargıtay Yayını, Ankara 2020.

Campbell and Fell v. the United Kingdom, no. 7819/77, 7878/77, ECHR, 28 June 2014.

Ivanovski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, no. 29908/11, ECHR, 21 January 2016.

Kinsky v. the Czech Republic, no. 42856/06, ECHR, 9 February 2012.

SALDIRIM, Mustafa, *Yargıtay Etik İlkeleri ve Yargıda Şeffaflığa İlişkin İstanbul Bildirgesi Çerçevesinde Yargı Yetkisinin Güncel Sorunlarının Değerlendirilmesi*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Adli Yıl Açılış Semineri, Yargıtay Başkanlığı Sunumu, Strazburg 2018.

Sovtransavto Holding v. Ukraine, no. 48553/99, ECHR, 25 July 2002.

The Rule of Law Checklist, (Hukuk Devleti Kontrol Listesi), Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu, Strazburg 2016.

World Forum for Democracy, Is Populism a Problem, Programme, Strasbourg, November 2017.

Yargıtay Etik İlkeleri, Ankara 2018 (Editörler: Mustafa Saldırım, Güzde Hülagü).

Sendika Kurma Hakkı

Right to Establish a Union

Bektaş KAR^(*)

Öz:

Temel hak niteliğinde olan sendika kurma hakkı, dernek kurma hakkı gibi başta İnsan Hakları Evrensel Bildirisi olmak üzere temel hakları düzenleyen uluslararası sözleşmelerde düzenlenmiş ve serbestlik ilkesi benimsenerek “herkesin çıkarlarının korunması amacıyla sendikalar kurmaya ve bunlara katılmaya hakkı” olduğu kabul edilmiştir. Uluslararası sözleşmelerde sendika kurma hakkının konu (faaliyet alanı) olarak sınırlandırılmadığı, keza kişi olarak silahlı kuvvetler ve polis teşkilatı ile Devlet idaresinde görevli olanlar dışında da bir sınırlama getirilmediği, genel ilke olarak çıkarlarını korumak şartı ile herkesin sendika kurabileceği anlaşılmaktadır. Türk hukukunda, esas olarak, meslek sendikaları kabul edilmemiş ve çalışanlar ile işverenlerin işkolu sendikası kurmaları benimsenmiştir. Ülkemizde sendika kurucuları, kuracakları sendikayı işkolu esasına göre ama Türkiye çapında faaliyet gösterme zorunluluğu olmaksızın kurmak durumundadır. 87 sayılı Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına ilişkin sözleşme ile Avrupa sosyal Şartı, sendika kurma hakkı öznesine çalışanları (151 sayılı sözleşmede kamuda istihdam edilenleri kapsamaktadır) koyarken, Türkiye'nin onayladığı Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler (BM) Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi sendika kurmada özne olarak herkesi kapsamış ve herkesin kendi çıkarlarını korumak için sendika kurabileceklerini belirtmişlerdir. Sendika kurma hakkında, uluslararası sözleşmelerin özne olarak “çıkartları olan herkesi” almışken, Anayasa'nın sadece “çalışanları” özne olarak alması nedeni ile Anayasa ile Anayasanın 90/son maddesi uyarınca iç hukuk normu haline gelen sözleşme hükümleri arasında çatışma olup olmadığı, çatışma var ise Anayasa'nın üstün norm olarak uygulanarak, sözleşme hükümlerinin dikkate alınıp alınmayacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada aktif çalışma hayatı içinde olmayan emekli ve işsizlerin sendika kurma hakkı olup olmadıkları iç hukuk mevzuatı ve temel hakları düzenleyen ve iç hukuk normu haline gelen uluslararası sözleşmeler kapsamında doktrin görüşleri ve yargı uygulamaları kapsamında ele alınmıştır.

^(*) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Üyesi.
 E-posta: bektaskar65@gmail.com.
 Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-5065-0173>.
 Makale Gönderim Tarihi: 13.01.2021.
 Makale Kabul Tarihi: 12.03.2021.

Anahtar Kelimeler:

Sendika Kurma Hakkı ve Sınırlandırılması, İç Hukuk Düzenlemeleri, Uluslararası Sözleşmeler, Uluslararası Sözleşmelerin Esas Alınması, Çalışan Kavramı, Emekliler ve İşsizler.

Abstract:

The right to establish a union, which is a fundamental human right like the right to establish an association, is stipulated under the Universal Declaration of Human Rights and other international contracts related with the human rights. The principle of liberty is applied in those before-mentioned texts and it is accepted that “everybody has the right to establish or be part of already established unions in order to protect their interest”. It is understood from international texts that the right to establish a union cannot be limited for the working area of workers and for the public officers like police or armed forces. In Turkish Law, craft unions are not accepted, it is accepted for employer and employees to establish a sector union. In Turkey, union establishers should establish their union according to the sector principle and without any necessity to act in all regions of Turkey. According to Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention (no.87) and European Social Charter only workers can establish a union. However, according to UN Declaration of Human Rights, ECHR, International Convention on Political and Civil Rights, International Convention on Economic, Social and Cultural rights and EU Charter of Fundamental Rights everybody can establish a union. As international conventions take “everybody” as establisher of a union and the Constitution of Turkish Republic takes only workers as establisher of a union, there is a problem arising from this controversy between Constitutional norms and other internal norms (as stated in art 90 of the Constitution of Turkish Republic, the international conventions are part of the internal law). In this study, the rights to establish a union of the retired and unemployed people will be explained under the debates made in doctrine and precedents, with respect to the international and national positive norms about the fundamental human rights.

Keywords:

Rights to Establish a Union and Its Limits, Internal Law, International Conventions, The Application of the International Conventions, Workers, Retired and Unemployed People.

GİRİŞ

“Sosyal devlet” anlayışının en belirgin özelliğini oluşturan sendikalar, gerek anayasalarda gerekse yasalarda belirtilen görev ve yetkileriyle, bir yandan imzaladıkları toplu iş sözleşmeleriyle işkolları düzeyinde sosyo-ekonomik hayatı etkilerken, öte yandan bazı devlet kuruluşlarının sosyo-ekonomik kararlarına ve çalışma mevzuatının hazırlanmasında sağladıkları katkılarla devlet hayatını da yakından etkilemektedir.¹ Bu nedenle günümüz devlet anlayışının örgütsel yapısı içinde çok önemli bir yeri olan sendikalar, toplum hayatında “kamu yönetimine katılan” ve “kamusal fonksiyonlar” ifa eden birer “resmi kuruluş” sayılmaktadır.²

¹ Fevzi Demir, *Sendikaların Kuruluşu ve İşleyişi*. Çalışma ve Toplum Dergisi. 2013/4. s. 17 vd.

² N. Çelik, *İş Hukuku II, Kollektif İş Hukuku, Sendikalar* (2. basım), İstanbul, 1979; Ö. Eyrenci, *Sendikalar Hukuku*, İstanbul, Banksis, 1984.

Toplu olarak kullanılmasından dolayı kolektif sosyal haklar arasında yer alan sendika hakkı; bir devlete sosyal niteliğini veren demokratik haklar arasında yer almakta olup temel haklardır. Sendika kurma hakkı, aynı zamanda (kolektif) sendika özgürlüğü olarak da nitelendirilmektedir.³

Çalışma hayatında, önemli bir yere sahip olan sendikaların, faaliyetlerini serbestçe düzenlemesi önem taşımaktadır. Serbestçe faaliyet gösterme, sendika özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğu gibi, üyelerin (çalışan-ışveren) haklarının korunmasında önemli bir yer tutar. Sendikaların çalışma yaşamında olduğu kadar, ekonomik kararların alınmasında da önemli işlevleri söz konusudur.⁴ Belirtmek gerekir ki sendika hakkı yaşam hakkı ile ilgili tutulduğundan, uluslararası sözleşmelerde en önce düzenlenen haklar arasında yer almıştır.

Bireysel sendika özgürlüğü ise, sendikaya üye olma ya da olmama özgürlüğünü içermektedir.

Temel hak niteliğinde olan sendika kurma hakkı, dernek kurma hakkı gibi başta İnsan Hakları Evrensel Bildirisi olmak üzere temel hakları düzenleyen uluslararası sözleşmelerde düzenlenmiş ve serbestlik ilkesi benimsenerek “herkesin çıkarlarının korunması amacıyla sendikalar kurmaya ve bunlara katılmaya hakkı” olduğu kabul edilmiştir.

Temel hak olarak sendikal haklar: Sendika kurma, sendikaya üye olma, çıkma veya sendikaya üye olmama da temel haklardır. Anayasa Mahkemesinin aşağıda da belirtilecek 2013/5447 bireysel başvuru sayılı kararında da açıklandığı gibi “Sendika, çalışanların mali ve sosyal haklarını korumak ve geliştirmek için meydana getirilen kuruluştur. Sendikal özgürlük kavramı, sendika kurma hakkı ile sendikaya üye olma ve sendikadan çıkma haklarını kapsamaktadır. Sendikaya üye olma özgürlüğü, bir kimsenin sendikaya üye olmasının iradî olmasını gerektirir. Bu özgürlük aynı zamanda, birden çok sendikadan istenilen sendikanın seçilmesi ve o sendikaya üye olma hakkını da içerir”.⁵

Serbestlik ilkesinin, kısaca sendika kurma hakkının sınırlandırılması ise sözleşmelerde “ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık veya ahlâk, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması olarak belirtilmiş ve hukuken öngördüğü ve demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamaların dışında başka hiçbir sınırlama sendika kurma hakkı için konulamayacağı belirtilmiştir. Keza görevleri kapsamında, silahlı kuvvetler ve polis teşkilatı mensupları ile Devlet idaresinde görevli olanların bu hakkı kullanmaları üzerine hukuki kısıtlamalar konulabileceği belirtilmiştir.

³ Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul: 17. B. Beta Yayım. 2004. s. 352.

⁴ Mesut Aydın, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendika Özgürlüğü*. TUHİS. Şubat-Mayıs 2006.

⁵ B. No: 2013/5486, 4/12/2013, § 68.

Sendikalar, uzmanlık temelinde aynı mesleği yapan işçileri bir araya getirebilir. Bu türden sendikalar, “meslek sendikası” olarak adlandırılır. Buna karşılık, aynı işkolunda veya işyerinde çalışanların kurdukları sendikalar da vardır. Bunlar ise, “işkolu sendikası” veya “işyeri sendikası” olarak adlandırılır.

Uluslararası sözleşmelerde sendika kurma hakkının konu (faaliyet alanı) olarak sınırlandırılmadığı, keza kişi olarak silahlı kuvvetler ve polis teşkilatı ile Devlet idaresinde görevli olanlar dışında da bir sınırlama getirilmediği, genel ilke olarak çıkarlarını korumak şartı ile herkesin sendika kurabileceği anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin değerlendirmesine göre;⁶ Anayasa'nın 51. maddesinde güvenceye bağlanan sendika hakkı, demokratik toplumun temeli olan örgütlenme özgürlüğünün bir parçasıdır. Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğüdür. Bu özgürlük, bireylere topluluk hâlinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlar. Sendika hakkı da çalışanların, bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirmekte ve bu niteliğiyle örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olarak görülmektedir (§ 23).

Sendika hakkı, çalışanların ve çalıştıranların sadece istedikleri sendikaları kurmaları ve bunlara üye olmaları yolunda bir hakla sınırlı kalmamakta, aynı zamanda oluşturdukları tüzel kişiliklerin varlığının ve bu tüzel kişiliklerin kendine özgü faaliyetlerinin garanti altına alınmasını da içermektedir. Üyelerinin ekonomik, sosyal ve kültürel ortak menfaatlerini korumak ve geliştirmek amacıyla kurulan sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının, iş uyuşmazlığı çıkarması, toplu görüşme ve toplu sözleşme yapması, grev ve lokavt kararı vermesi ve uygulaması da sendika hakkı kapsamında yer almaktadır (§ 24).

Sendikalar, çalışanlar ve işverenlerin hak ve menfaatlerini korumak amacıyla, yine bunların üretimden gelen güçlerine dayanarak faaliyet gösteren örgütlü yapılardır. Bireysel olarak zayıf durumda bulunan çalışanlar, örgütlenme ve sendikalaşmak suretiyle işveren karşısındaki pazarlık güçlerini artırmakta, gerek hak ve menfaatlerinin korunmasında gerekse sorunlarının çözümünde etkin bir konum elde etmektedirler (§ 57).

I. İŞ HUKUK DÜZENLEMELERİMİZE GÖRE SENDİKA KURMA HAKKI

Türk hukukunda, esas olarak, meslek sendikaları kabul edilmemiş ve çalışanlar ile işverenlerin işkolu sendikası kurmaları benimsenmiştir. Ülkemizde sendika kurucuları, kuracakları sendikayı işkolu esasına göre ama Türkiye çapında faaliyet gösterme zorunluluğu olmaksızın kurmak durumundadır.

⁶ 22.10.2014 gün ve 2013/1 Esas, 2014/161 Karar. R.G. Tarih-Sayı: 11.11.2015-29529 yayınlanan kararından.

İşyeri sendikası, işyeri sınırları içerisinde faaliyet göstermek için kurulan sendikalardır. 274 sayılı sendikalar kanunda serbest olan işyeri sendikaları 2821 sayılı kanunla yasaklanmış ve 6356 sayılı kanunda 2821'dekini benzer düzenleme içermektedir.

İş kolu sendikası ise işkolu esasına göre bir işkolunda faaliyette bulunmak amacıyla bu işkolundaki işçiler ve işverenler (kamu işverenleri hariç) tarafından kurulabilir.⁷

İşkolu, bir ülkede yapılan işlerin belirli sayıda gruplandırılarak her bir gruba iş kolu denilmesidir. İşkolu işyerindeki faaliyet esas alınarak yapılan bir gruplandırma olup bir işyeri sınırları içinde münferit olarak işçilerin yaptıkları işlerin veya mesleklerin bir önemi yoktur. Önemli olan işyerlerinde ağırlıklı olarak yürütülen faaliyetlerdir. İşkolu esasına göre sendikalaşma ilkesi, işçilerin sendika kurma veya sendikaya üye olmada mesleklerine ve yaptıkları işe bakılmaksızın sadece işyerinin girdiği işkoluna göre sendika hakkının kazanılmasıdır. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu yürürlükten kaldırılan 2821 sayılı eski sendikalar kanununda olduğu gibi sendikalaşmada işkolu esasını benimsemiştir. Bunun tek istisnası, 2821 sayılı kanunda da mevcut olan hüküm 6356 sayılı kanunda da korunmuş ve kamu işveren sendikalarının farklı işkolundaki kamu işverenleri tarafından kurulması ve faaliyette bulunması yolu açık tutulmuştur.⁸

Anayasa'nın sendika kurma hakkı başlığı ile düzenlenen 51. maddesine göre,⁹

“Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.”

Anayasanın bu düzenlemesini takiben iç hukuk mevzuatımızda 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu¹⁰ ile 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu kabul edilmiştir.

⁷ K. Tunçomağ/T Centel, *İş Hukukunun Esasları*, Beta Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, 2013, s 263.

⁸ F. Şahlanan, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalar İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi (Değerlendirme)”, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar*, 3, 22 Aralık 2012, İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2013, s. 13-50.

⁹ 4709 sayılı kanunla değiştirilmiş ve “işçiler” kavramı yerine “çalışanlar” kavramına yer verilmiştir.

Ayrıca 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı kanun ile maddenin 4 fıkrasında yer alan “Aynı zamanda ve aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olunamaz” hükmü yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁰ Bu düzenlemeden önce 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu uygulanmakta idi.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 1. maddesine göre; *“Bu Kanunun amacı, işçi ve işveren sendikaları ile konfederasyonların kuruluşu, yönetimi, işleyişi, denetlenmesi, çalışma ve örgütlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile işçilerin ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını belirlemek üzere toplu iş sözleşmesi yapmalarına, uyumsuzlukları barışçı yollarla çözümlenmelerine, grev ve lokavta başvurularını na ilişkin usul ve esasları düzenlemektir”*.

Kanunda sendikanın “İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlarını ifade edeceği tanımlanmışken (Mad.2/1.g), işçi, işveren kavramında 4857 sayılı İş Kanunu'nun tanımına atıfla yetinilmiştir (Mad.2/3).

4857 sayılı İş Kanunu ise işçiyi “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi”, işvereni ise, “işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar olarak işveren olarak tanımlamıştır.

6356 sayılı kanun işçi kavramının tanımını yapmazken “İş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayım, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak meslekî faaliyet olarak yürüten gerçek kişiler de bu Kanunun ikinci ila altıncı bölümleri bakımından işçi sayılacağını” belirterek (Mad.2/4) sendika kurma hakkı kapsamını kişi olarak genişletmiştir. Ancak bu iş sözleşmesi dışında mesleki faaliyet gösterenlere kanunun toplu iş sözleşmesi yapma ve grev hakkı tanınmamıştır.

Anayasa'nın 51. maddesinde yer alan sendika kurma hakkının sınırlanabileceği haller madde metninde belirtilmiş olup, sendika ve konfederasyonların işyeri veya meslek esasına göre kurulmasına anayasal bir engel bulunmamasına rağmen, 6356 sayılı Kanunun 3. Maddesinde “sendikaların bu Kanundaki kuruluş usul ve esaslarına uyarak önceden izin almaksızın kurulacağı hükme bağlanmış, ancak madde devamında açıkça “sendikaların kuruldukları iş kolunda faaliyet gösterecekleri” açıklanarak, faaliyet göstermesi iş koluna özgülenecek konu ve faaliyet alanı bakımından Anayasa'dan ayrılarak bir sınırlama getirilmiştir. Sadece Kamu işveren sendikalarının kurulması yönünden, aynı işkolundaki kamu işverenleri tarafından kurulması ve faaliyette bulunması şartı aranmayacağı belirtilmiştir. Kanun'un düzenlemesine göre işyeri ve meslek sendikaları kurulamamakta, kurulsa da yasal olarak faaliyet gösterememektedir.

İşkolu sendikacılığı, işyerindeki temel faaliyetin esas alındığı bir örgütlenme modeli olup, sendika işkolu esasına dayalı olarak kurulur ve mesleklerini dikate almaksızın o işkolunda çalışan bütün işçilerin örgütlenmesini amaçlar. Bu çerçevede ele alındığında işkolu, örgütlenmenin hedefleri ve faaliyet alanı ile

doğrudan ilgilidir. İşkolu düzeyinde örgütlenmiş sendikalar faaliyetlerini yerel, bölgesel veya ulusal farklı düzeylerde yürütebilir.¹¹

Anayasa'nın 51. maddesinin üçüncü fıkrasında “*Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir*” hükmü nedeniyle, kanun koyucunun sendikaların hangi alanda kurulabileceğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu, bu kapsamda işkolu sendikacılığını esas aldığı söylenebilir de, Anayasada yer almayan, bir sınırlandırma sebebini kanunla getirmek mümkün olmamalıdır.¹²

6356 sayılı Kanunun sendika kurma hakkını, kuruculuk şartları başlığı ile 6. maddesinde “*Fiil ehliyetine sahip ve fiilen çalışan gerçek veya tüzel kişiler sendika kurma hakkına sahiptir*” düzenlemesi ile fiilen çalışanlara tanıdığı anlaşılmaktadır. Anayasanın 51. maddesinde “fiilen çalışan” kavramına yer verilmemiştir. İşçi ve işveren yönünden sendikal hakları düzenleyen 6356 sayılı Kanunun fiilen çalışanların sendika kurucusu olabileceklerine dair hükmünün bir sınırlama getirdiği açıktır. Örneğin emekli olan veya iş sözleşmesi sona eren sendika kurucularının veya üyelerinin hakları ile emeklilikte veya işsizlikte çalışmaya dayalı hakları bulunanların sendikal haklarını sınırladığı görülmektedir.

Bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği yönünde yapılan başvuruyu değerlendiren Anayasa Mahkemesi, oy çokluğu ile “fiilen çalışan” ibaresini “Söz konusu tanımda “işçi” kavramına yer verilmiş olup bir kişinin işçi olarak kabulü için çalışıyor olması gerekmektedir. Nitekim Anayasa'nın 51. maddesinin birinci fıkrasında da bu hak açıkça çalışanlara tanınmış bir hak olarak kabul edilmiştir” gerekçesi ile Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.¹³ Oysa karşı oyda da açıkça belirtildiği gibi “bu düzenlemeyle çeşitli nedenlerle fiilen çalış(a)mayan, mesela geçici olarak işsiz kalan çalışanların sendika kurma hakları ihlal edilmektedir. Fiilen çalışma şartı, çalışanların hepsini kapsamadığından Anayasa'nın 51. maddesine aykırılık oluşturmaktadır”.

4688 sayılı sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun amacı, kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve meslekî hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi için oluşturdukları sendika ve konfederasyonların kuruluşu, organları, yetkileri ve faaliyetleri ile sendika ve konfederasyonlarda görev alacak kamu görevlilerinin hak ve sorumluluklarını belirlemek ve toplu sözleşme yapılmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek” olarak (Mad.1) ve 2. maddesinde de açıkça “... işçi statüsü dışında çalışan kamu

¹¹ Anayasa Mahkemesi. 22.10.2014. 2013/1 Esas, 2014/161 Karar.

¹² Anayasa Mahkemesi. 22.10.2014. 2013/1 Esas, 2014/161 Karar. Karşı oy gerekçesinden.

¹³ 22.10.2014. 2013/1 Esas, 2014/161 Karar. R.G. Tarih-Sayı: 11.11.2015-29529. Aynı kararda Kanun'un 2. maddesinin (ğ) bendinde yer alan “*bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere*.” ibaresi ile 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan “*Sendikalar kuruldukları işkolunda faaliyette bulunur*” ibareleri de oy çokluğu ile Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır.

görevlileri hakkında uygulanacağı” belirtilerek, kişi yönünden ve sadece çalışanlara özgü sendika kurma hakkı verilmiş, 6356 sayılı kanunda ki gibi kamu işverenlerine sendika kurma hakkı vermemiştir. Kanunda sendika ise “Kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve meslekî hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşları” olarak tanımlanmış (Mad.3/1.f), kamu görevlisinin ise, “bu Kanun kapsamında yer alan kurum ve kuruluşların kadro veya pozisyonlarında istihdam edilenlerden işçi statüsü dışında çalışan kamu görevlilerini ifade edeceği belirtilmiştir (Mad.3/1.a).

Kanunun 4. maddesinde, Anayasa’da bulunmayan, ancak 6356 sayılı kanunda da düzenlenmesine paralel olarak “Sendikalar hizmet kolu esasına göre, Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacıyla bir hizmet kolundaki kamu işyerlerinde çalışan kamu görevlileri tarafından kurulur. Bir hizmet kolunda birden fazla sendika kurulabilir. Meslek veya işyeri esasına göre sendika kurulamaz” iş (hizmet) kolu esasını benimsenmiş, meslek ve işyeri esasına dayalı kamu görevlilerinin sendika kuramayacakları kabul edilmiştir.

Kanunun 6. maddesinde ise “sendika ve konfederasyonlar önceden izin almaksızın serbestçe kurulacakları, sendika kurucusu olabilmek için ise kamu görevlisi olarak çalışmanın yeterli” olacağı açıklanmıştır. Kamu görevlisi olma istihdam şartına bağlandığına göre kanunda fiilen çalışan kavramına yer verilmiş ise de fiilen çalışan kamu görevlisi olacağı açıktır.

Kanun kamu görevlileri yönünden de sınırlamaya gitmiş ve 15. madde de sendikaya üye olamayacaklar ve sendika kuramayacaklar belirtilmiştir.

Buna göre;

- a) *Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı*, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde çalışan kamu görevlileri,
- b) Yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar,
- c) Bu Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların müsteşarları, başkanları, genel müdürleri, daire başkanları ve bunların yardımcıları, yönetim kurulu üyeleri, merkez teşkilâtlarının denetim birimleri yöneticileri ve kurul başkanları, hukuk müşavirleri, bölge, il ve ilçe teşkilâtlarının en üst amirleri ile bunlara eşit veya daha üst düzeyde olan kamu görevlileri, *100 ve daha fazla kamu görevlisinin çalıştığı işyerlerinin en üst amirleri ile yardımcıları*, belediye başkanları ve yardımcıları,
- d) Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri, üniversite ve yüksek teknoloji enstitüsü rektörleri, fakülte dekanları, enstitü ve yüksek okulların müdürleri ile bunların yardımcıları,

- e) Mülkî idare amirleri,
- f) Silahlı Kuvvetler mensupları,
- g) MSB ile Türk Silahlı Kuvvetlerinde çalışan sivil memurlar ve kamu görevlileri (İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 10/4/2013 tarihli ve E.: 2013/21, K.: 2013/57 sayılı Kararı ile.)
- h) Millî İstihbarat Teşkilâtı mensupları,
- ı) Bu Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların merkezi denetim elemanları,
- j) Emniyet hizmetleri sınıfı ve emniyet teşkilâtında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel, ile kamu kurum ve kuruluşlarının özel güvenlik personeli,
- k) Ceza infaz kurumlarında çalışan kamu görevlileri,
- l) **(Ek: 2/1/2017-KHK-682/36 md.)** Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında görevli subay, sözleşmeli subay, astsubay, sözleşmeli astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve sözleşmeli erler,
sendika kuramazlar ve sendika üyesi olamazlar.

Bu maddede ki sınırlamalar nedeni ile Anayasa aykırılık iddiası ile iptal yoluna başvurulmuş ve Anayasa Mahkemesi;

30/9/2015 tarihli ve E.: 2015/62, K.: 2015/84 sayılı Kararı ile (a) bendinde yer alan "Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı,

29/1/2014 tarihli ve E.: 2013/130, K.: 2014/18 sayılı Kararı ile (j) bendinde yer alan "... ve emniyet teşkilâtında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel" ibareleri,

10/4/2013 tarihli ve E.: 2013/21, K.: 2013/57 sayılı Kararı ile g bendinde yer alan "MSB ile Türk Silahlı Kuvvetlerinde çalışan sivil memurlar ve kamu görevlileri" fıkrası

iptal edilerek,

Ayrıca 4/4/2012 tarihli ve 6289 sayılı Kanunun 31'inci maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan "100 ve daha fazla kamu görevlisinin çalıştığı işyerlerinin en üst amirleri ile yardımcıları," ibaresi ile (j) bendinde yer alan "ile kamu kurum ve kuruluşlarının özel güvenlik personeli" ibaresi madde metninden çıkarılarak,

bu yerlerde çalışan ve fıkralarda yer alan personele sendika kurma ve üye olma hakkı tanınmıştır.

II. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERE GÖRE SENDİKA KURMA HAKKI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin¹⁴ 11. maddesine göre “Herkes, barışçıl nitelikli toplanma özgürlüğü ve çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikaya girme hakkı dahil, başkalarıyla birlikte örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir”.

Birleşmiş Milletler (BM) Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin¹⁵ 22. maddesine göre “Herkes başkalarıyla birlikte dernek kurma hak ve özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, herkesin çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkını da içerir (22/1). Bu hakkın kullanılmasına ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlâkın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuken öngörülmüş ve demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamaların dışında başka hiçbir sınırlama konamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler ve polis teşkilatı mensuplarının bu hakkı kullanmaları üzerine hukuki kısıtlamalar konulmasını engellemez (22/2)”.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin¹⁶ 23/4 maddesine göre “Herkesin çıkarlarının korunması amacıyla sendikalar kurmaya ve bunlara katılmaya hakkı vardır”.

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin¹⁷ 8. maddesine göre “Bu sözleşmeye taraf devletler herkese ekonomik ve toplumsal çıkarlarının korunup geliştirilmesi için sendika kurma ve ancak ilgili örgütün kurallarına bağlı olmak koşuluyla istediği sendikaya üye olma hakkını ve bu hakkın kullanılmasında demokratik bir toplumda ulusal güvenlik ya da kamu düzeni ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından zorunlu bulunan ve ancak yasayla konulmuş olanlar dışında bir kısıtlama uygulamamayı üstlenir (1/a bendi). Sendikaların serbestçe faaliyette bulunma hakkı, ulusal güvenliği veya kamu düzenini veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma amacıyla, demokratik bir toplumda gerekli olan ve hukuken öngörülen sınırlamaların dışında her hangi bir sınırlamaya tabi tutulamaz (1/c bendi). Bu madde, silahlı kuvvetler veya polis mensuplarının veya Devlet idaresinde görevli olanların bu hakları kullanmalarına hukuken öngörülen sınırlamalar koymalarını engellemez (8/2 bendi)”.

¹⁴ Türkiye tarafından 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı kanunla onaylandı.

¹⁵ Türkiye Sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Bakanlar Kurulu 07.07.2003 tarihinde sözleşmenin onaylanmasını kararlaştırmış ve 21.07.2003 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

¹⁶ Bakanlar Kurulu Kararı 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 Sayılı Resmi Gazete de yayınlanmıştır.

¹⁷ Türkiye Cumhuriyeti sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamış, sözleşme 04.06.2003 tarihli ve 4867 sayılı kanunla uygun bulunmuş ve Bakanlar Kurulu 10.07.2003 tarihinde sözleşmeyi onaylamıştır.

Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesinin 12. maddesine göre “Herkes, barışçıl bir biçimde toplanma özgürlüğü ile her düzeyde, özellikle siyaset, sendika ve yurttaşlıkla ilgili konularda örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu, herkesin kendi çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikalara girme hakkını da içerir”.

Gözden Geçirilmiş Sosyal Şartının (ve Avrupa Sosyal Şartı) 1. Bölüm 5. maddesine göre “Tüm çalışanlar ve işverenler, ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak amacıyla ulusal ve uluslararası kuruluşlar düzeyinde örgütlenme özgürlüğüne sahiptir”.

87 no.lu Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşmesinin¹⁸ 2. maddesine göre ise “Çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olmak hakkına sahiptirler”.

151 sayılı Çalışma İlişkileri (Kamu Hizmeti) Sözleşmesinin¹⁹ 4. maddesine göre ise “Kamu görevlileri, çalıştırılmaları konusunda sendikalaşma özgürlüğüne hanel getirecek her türlü ayrımcılığa karşı yeterli korumadan yararlanacaklardır”.

Belirtilen sözleşmeler Türkiye tarafından onaylanmış ve Anayasanın 90. maddesi uyarınca iç hukuk düzenlemesi haline gelmiştir. Sendika kurma ve üye olma temel hak olduğundan, sözleşme ile iç hukuk düzenlemelerinin çatışması halinde, Anayasanın 90/son maddesi uyarınca sözleşme hükümlerinin esas alınması gerekecektir.

87 sayılı Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına ilişkin sözleşme ile Avrupa sosyal Şartı, sendika kurma hakkı öznesine çalışanları (151 sayılı sözleşmede kamuda istihdam edilenleri kapsamaktadır) koyarken, Türkiye'nin onayladığı Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler (BM) Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi sendika kurmada özne olarak herkesi kapsamış ve herkesin kendi çıkarlarını korumak için sendika kurabileceklerini belirtmişlerdir.

87 sayılı ILO sözleşmesinde çalışanlar kavramına yer verilmesine rağmen, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), denetimler sonucu oluşturduğu “Komite Kararları”nda, komitenin, emekli çalışanlara yalnızca sendikaya katılma ve söz konusu örgütün kurallarına tabi biçimde işleyişinde yer alma hakkı verilmesinin

¹⁸ Kanun Tarih ve Sayısı: 25 Kasım 1992 / 3847, R.G. 22 Aralık 1992 / 21432 mükerrer, Bakanlar Kurulu Kararı 8 Ocak 1993 / 93-3967, R.G. 25 Şubat 1993 / 21507.

¹⁹ Kabul tarihi/kanun no: 25 Kasım 1992 / 3848. RG. 11 Aralık 1992 / 21432-Mükerrer. Yürürlük tarihi: 12 Temmuz 1993.

örgütlenme özgürlüğü ilkelerine aykırı bulmadığını (412. Sıra- Vaka No. 2888, paragraf 1085.), bir sendikanın özel çıkarlarını savunmaları için emekli çalışanları temsil edip edemeyeceğine karar verme hakkının, tüm sendikaların iç özerklikleriyle ilgili bir sorunu olduğunu (413. Sıra) belirtmiştir.

1996/279 sayılı bir ILO kararı, işçilerin temel düzeyde işyeri ya da işkolu veya meslek sendikası gibi ana örgütlenmelerin karar vermekte özgür olmaları gerektiğini söylemektedir. Burada, çalışanların “istedikleri kuruluşları” kurma hakları olduğuna vurgu yapılmaktadır. Dolayısıyla, çalışanlar ister işyeri, ister işkolu, isterse meslek esasına göre sendika kurabilmelidirler. Bu, onların kendi hür iradeleriyle verecekleri bir karardır. ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi de çalışanların hangi düzeyde (işyeri, işkolu, bölgesel gibi) ve hangi şekilde (meslek gibi) örgütlenmeleri konusunda karar vermekte özgür olmaları gerektiğini vurgulamıştır.²⁰

Keza Avrupa Sosyal Şartı'nın yerine getirilip getirilmediğini denetleyen Sosyal Haklar Avrupa Komitesi, Polonya raporunda açıkça “sosyal şart anlamında çalışanlar kavramının yalnızca aktif çalışanları değil aynı zamanda çalışmaya dayalı hakları kullanan kişileri (emekli, işsiz ve evde çalışanları) de kapsayacağını” belirterek, emeklilerin de Avrupa Sosyal Şartına göre sendika kurmaları gerektiğini vurgulamıştır.²¹

Görüldüğü gibi her ne kadar 87 sayılı sözleşme ile Avrupa Sosyal Şartında çalışanların sendika kurabileceği kuralına yer verilmiş ise de sözleşme ve şartın uygulanmasını denetleyen komiteler, açıkça çalışmaya dayalı hakları kullanan kişilerin de bu sözleşme hükümlerine göre sendika kurabileceklerini belirtmişlerdir.

Nitekim anılan sözleşmelere dayanılarak, Avrupa Sendikalar Konfederasyonuna (ETUC) bağlı Emekli ve Yaşlı Sendikaları Konfederasyonu (FERPA) örgütü kurulmuş olup, Avrupa da yaklaşık 10 milyon emekliyi temsil eden 23 ülkede sendika örgütlenmesi bağlıdır.²²

Birleşmiş Milletler (BM) Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesine dayanılarak da 2010 yılında Amerika Birleşik Devletlerinde İşsiz Sendikası (UCUBED) kurulmuştur.²³ İşsizlerin de çalışmaya dayalı haklarının olduğu unutulmamalıdır.

²⁰ Anayasa Mahkemesi. 22.10.2014. 2013/1 Esas, 2014/161 Karar. Karşı oy gerekçesi.

²¹ Anayasa Mahkemesi. 22.10.2014. 2013/1 Esas, 2014/161 Karar. Karşı oy gerekçesinden. [http://hudoc.esc.coe.int/eng# {"fulltext":\["poland pensioner"\],"ESCDIdentifier":\["XV-1/def/POL/5//EN"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng#{).

²² www.ferpa.online. Erişim tarihi. 04.01.2021.

²³ Özlem Kuşlu, *İşsiz Sendikası ve UCubed Örneği*, ÇSGB Çalışma Dünyası Dergisi. Cilt: 1. Sayı: 2. Ekim-Aralık 213. s. 85-104.

III. İÇ HUKUK NORMU HALİNE GELEN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN ESAS ALINMASI

Türk hukuk öğretisinde, 90. madde dolayısıyla uluslararası sözleşmelerin iç hukukta doğrudan doğruya uygulanabilir uygulanmayacağı sorunu, tartışmalı bir konu olma özelliğini korumuştur.²⁴

90. maddenin 2004 yılında değiştirilmesinden sonra da devam eden bu tartışmada, üçüncü cümlede yer alan “esas alınır” sözcüklerinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde de durulmuştur. 2004 değişikliğini incelerken “esas alınır” ifadesinin gerekçede “öncelik verilir” şeklinde açıklandığını belirten Aybay, bu açıklığa karşın ilginç bir yorumla, aksi sonuca ulaşmak gerektiğini belirtmektedir.²⁵

Aksi görüşü savunan Bilir’e göre ise, “maddede geçen “esas alınır” hükümünün, milletlerarası anlaşmalara üstünlük tanınması, milletlerarası anlaşmaların öncelikle uygulanması şeklinde anlaşılması gerekir. Yani kanunun bir kenara bırakılarak, milletlerarası anlaşmaların uygulanması demektir”.²⁶

Gülmez ise haklı olarak, üçüncü cümlenin “esas alınır” denilerek “emir kipi ile noktalandığına” işaret ederek, uyuşmazlığı çözecek yargı yerinin bu açık anlatım karşısında yasayı bırakarak sözleşme hükümlerini uygulama yükümlülüğü getirdiğinin altını çizmektedir.²⁷

Genel olarak söylemek gerekirse; bu konuda öğreti, hukuk düzenlerinin, birbirinden bağımsız ve birbirine karışmayacak şekilde uluslararası hukuk ve iç

²⁴ Bu konudaki tartışmaların ve farklı görüşlerin değerlendirilmesi için bkz.

a) M. Özveri, *Türk Hukukunda Sosyal Hakların Dava Yoluyla Gerçekleştirilmesi, Sosyal Haklar* Uluslararası Sempozyumu III. Bildiriler. Düzenleyen: Kocaeli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü. 25-26 Ekim 2011 Petrol-İş Yayını. Dergi eki. Ekim 2011.

b) M. Gülmez, *“İş Hukuku Öğretisi ve Anayasa madde 90/Son sorunu”*, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, İstanbul, 2010, Beta Yayını, Yayın No: 2319, s. 303-389.

²⁵ Rona Aybay, *“Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 70, Mayıs/Haziran 2007, s. 204 “Gerçekten de Aybay’a göre: “Madde gerekçesindeki bu anlatıma bakılarak, amacın “öncelik vermek” olduğu söylenebilir mi? Amaç bu ise, neden madde metninde bu açıkça belirtilmemiş ve ‘esas alınır’ gibi Anayasa düzeyindeki bir düzenlemede alışılmış olmayan bir deyim kullanılmıştır? Bu sorulara kesin ve açık bir yanıt verme olanağı yoktur. Gerekçede ‘öncelik verilmesi’nden söz edilmiş olmasına bakılarak, amacın bu olduğu söylenebilir mi? Kanımca, gerekçede ‘öncelik verilmesi’nden söz edilmişken, kabul edilen maddede, ‘esas alınır’ denilmesi, anayasa koyucunun ‘öncelik verilmesi’nden yana olmadığı; bu konunun uygulamadaki yorumlara bırakıldığı biçiminde anlaşılmalıdır”.

²⁶ F. Bilir, *“Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri”*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, 2005/1, Sayı. 1, s. 88.

²⁷ Gülmez, s. 372.

hukuk olmak üzere ayrıldığını, birinin diğerine üstün olamayacağını, birinde yer alan bir hükmün diğerine doğrudan uygulanmayacağını savunan ikici (dualist) görüş ile bu görüşün tam aksini ileri sürerek, ulusal ve uluslararası hukuk düzeninin tek bir hukuk düzeni olduğunu ve bir bütün oluşturduğunu savunan tekçi (monist) görüş olarak birbirinden kesin çizgilerle ayrılmıştır.²⁸

Özellikle, “Türk iş hukuku öğretisi ve uygulamasının uluslararası çalışma hukukunun iç hukuka etkisi konusunda oldukça temkinli bir tutum içinde olduğunu, uluslararası hukuka hak ettiği kadar ilgi gösterdiğini ve “pozitivist” bir yaklaşımı benimsediğini söylemek mümkündür. Öğretide uluslararası çalışma hukuku belgelerine ve ülkemizce onaylanan sözleşmelere kaynaklar arasında yer vermekle yetinilmiş, ancak bunların ulusal mevzuat karşısındaki durumu görmezden gelinmiş veya “tekçi” yaklaşıma aykırı biçimde onaylanmış uluslararası sözleşmeleri ulusal hukukun bir parçası olarak görmeyen yaklaşım benimsenmiştir. Bu tutum 90/son fıkraya 2004 yılında eklenen ifadeden sonra da devam etmiştir”.²⁹

Oysa, özellikle Anayasa’nın 90. maddesi ve maddede 2004 yılında yapılan değişiklikle birlikte, konu hukuken netleşmiştir. Bilindiği gibi 90. maddeye göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*”

Dolayısıyla; “demokratik ve laik Cumhuriyetin “insan haklarına saygılı ve dayalı” olması, Anayasadan daha elverişli ve ileri haklar ve güvenceler öngören uluslararası antlaşmaların üstün tutulmasını gerektirir. Bu yükümlülük, Anayasanın öngördüğü kurallara uygun olarak onaylayıp taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerin, Cumhuriyetin saygılı ve dayalı olduğu, varlık nedenini oluşturduğu ve üzerine yaslandığı insan haklarını tanımış olmasının doğal bir sonucudur. Aykırı kuralları Anayasada sürdürerek insan hakları sözleşmeleriyle bağdaşma-

²⁸ Aziz Çelik, “*Sendikal Haklar: Uluslararası Çalışma Hukuku ve Türkiye’nin Uyumsuzluğu*”, Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları. (Ed. Selda Çağlar). İstanbul: Beta Yayınları, 2010, s. 260.

²⁹ Çelik, s. 263. Yazar bu konuda; Gülmez’in yukarıda (dipnot 13) belirtilen çalışmasına dikkat çekerek, haklı olarak “Öğretideki bu egemen görüşe en önemli itiraz Gülmez’den gelmektedir. “Sözleşmeler onaylandı ama bunlarla ilgili yasal düzenleme yapılmadı” şeklindeki “pozitivist” gerekçeye itiraz ederek, 2004 değişikliği öncesinde onaylanan uluslararası sözleşmelerin de doğrudan uygulanması gerektiğini savunan Gülmez bunun da ötesinde, kamu görevlilerinin sendikal hakları ile ilgili 1995 Anayasa değişikliği yapılmadan önce “yasak yoktur” görüşünü ve 1982 Anayasası bağlamında memurların sendikal hakları olduğunu ilk kez dile getiren ve ısrarla savunan bir bilim insanı olarak dikkat çekmektedir” notunu düşmek zorunda hissetmiştir.

yan kuralların korunması ve insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmaların yalnızca çelişik kurallar içeren yasalar karşısında öncelikle uygulanması, ek cümleyle yapılan düzenlemenin amacına aykırı düşer ve bu düzenlemenin uygulama alanını daraltır”.³⁰

Kaldı ki, Anayasaya uygun ancak antlaşmaya aykırı bir kural içeren bir yasanın antlaşmayla çatışması durumunda, antlaşmanın uygulanması zorunlu olduğundan, bu sonuç Anayasanın “by pass” edilmesi, antlaşmanın Anayasaya üstün tutulmuş olması anlamına gelecektir”.³¹

Öte yandan uluslararası sözleşmelerin sosyal haklara ilişkin hükümlerinin çoğunlukla “ulaşılması istenen hedefleri gösteren program-hükümler” olduğunu ileri sürerek doğrudan uygulanamayacağını savunanların gözden kaçırdıkları en önemli nokta Anayasanın 90. maddesinde “geçen sözleşmelerin salt sözel/pozitif metinleriyle sınırlı olarak ele alınamayacağı, denetim organlarının kararlarını da kapsamaması gerektiridir”.³²

Gerçekten de; “Uluslararası antlaşmaların ve onayladığımız birçok sözleşmenin ayrıntıya girmeyen, yetkili koruma ve denetim organlarının yorumuyla açıklık ve anlam kazanan genel kurallar içerdiği anımsanırsa, yasalar ile uluslararası sözleşmelerin aynı konudaki farklı düzenlemesinden kaynaklanan bir uyumsuzluk bulunup bulunmadığı, salt antlaşmaların sözel metniyle sınırlı olarak” saptanamayacağı “koruma ve denetim organlarının o konuya ilişkin yerleşik ilke kararları ve içtihatları göz önünde bulundurulmak”³³ suretiyle açıklığa kavuşacaktır.

Artık birey, uluslararası insan hakları hukukunun “konusu” değil “öznesi”dir. Bireyin devleti önceleyerek doğuştan öznesi olduğu düşünülen ve söylenen hakları, uluslararası hukukça güvenceye bağlanmıştır, ihlal eden devlete karşı hak arama yolları vardır. Üstelik bireyin hakkını araması, kimi koruma ve denetim sistemlerinde, yalnızca yurttaş olduğu devletin sözleşmeye taraf olmasına ya da onaya ek olarak yetki bildiriminde bulunmasına bağlı değildir”.³⁴

³⁰ Gülmez, 2005 a: 99-100. Yazara göre “Madde gerekçesinde ve Anayasa Komisyonu Raporunda, “esas” almanın “öncelikle” uygulama anlamına geldiği belirtilmiştir. Artık bu düzenlemeden sonra, onayladığımız insan hakları sözleşmelerini, son fıkranın ilk cümlesindeki “kanun hükmünde” sözcüklerine dayanarak “kanun seviyesinde” biçiminde anlamak ve yorumlamak, çatışma sorununu da kimi yorum kurallarıyla (önceki yasa-sonraki yasa ya da özel yasa-genel yasa) çözmeye çalışmak olanaksızdır. Taraf olduğumuz insan hakları sözleşmeleri yasaların (ve bu değişiklikten önce de savunduğum gibi Anayasanın da) üstündedir, kurallar sıralamasının en başında yer almaktadır. Öte yandan, çatışma durumunda bu sözleşmelerin uygulanması için, ulusal hukukta özel düzenleme konusu olmasına, iç hukuka aktarılmış bulunmasına gerek yoktur ve yasalardaki aykırı kuralların değiştirilmesini beklemek gerekmez”.

³¹ Gülmez, 2005 a: 99.

³² Çelik, s. 262.

³³ Gülmez, 2005 a: 99.

³⁴ Gülmez, 2005 b: 3.

Belirtmek gerekir ki Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen hüküm dolayısı ile usulüne göre onaylanmış uluslararası sözleşme hükümleriyle yasalar arasındaki hiyerarşik ilişkiye ait tartışma, aynı konuyu düzenleyen yasalar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme hükümlerinin çatışması durumuna ilişkin olarak sona ermiştir. Usulüne uygun yürürlüğe konmuş uluslararası sözleşmeler üstün tutulmaları gereken hukuk normları olarak Türk yargı organlarınınca dikkate alınmalı ve uygulanmalıdır.³⁵

Sendika kurma hakkında, uluslararası sözleşmelerin özne olarak "çıkarları olan herkesi" almışken, Anayasa'nın sadece "çalışanları" özne olarak alması nedeni ile Anayasa ile Anayasanın 90/son maddesi uyarınca iç hukuk normu haline gelen sözleşme hükümleri arasında çatışma olup olmadığı, çatışma var ise Anayasa'nın üstün norm olarak uygulanarak, sözleşme hükümlerinin dikkate alınıp alınmayacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Belirtmek gerekir ki Anayasa'da bir hakkın yer almaması veya açıkça düzenlenmemesi, Anayasa'nın uluslararası sözleşme ile çatıştığı anlamına gelmez. Sözleşme hükmü, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmadıkça, hukuka uygun hükmü Anayasa'nın 138. maddesi uyarınca hâkim uygulamak zorunda olduğundan, Anayasa hükmü ile çatıştığından söz edilemez.

Sözleşme hükmünün Anayasa'ya hükmü ile çatıştığı kabul edildiğinde ise doktrin ve uygulama da tartışmalı olduğu görülecektir.

A. Doktrine Göre

Atar'a göre, "Anayasa ile uluslararası sözleşmenin çatışması durumunda Anayasa üstün tutulmalıdır".³⁶

Pazarıcı'ya göre ise "*İlke olarak uluslararası sözleşmeler ile kanunların birbirlerine üstünlüğü yok ise de, sadece temel haklara ilişkin sözleşmeler; Anayasa'da öngörülen koşul ve sınırlamalar içerisinde yasalara aykırı olabilir*".³⁷

Şahbaz'a göre, Anayasa, "hukuka" (m.138/1) uygun karar vermeden söz ederken, hukuku, sadece iç hukuk olarak değil, uluslararası hukukun da buna dâhil olduğu şeklinde anlamak gerekir. Yani buradaki hukuk sadece iç hukuk değildir. Yeter ki, ulusalüstü hukuk bir şekilde ulusal hukuka dâhil edilmiş olsun, sözleşmenin de hukuk kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Sözleşmelerin Anayasa'daki düzenleniş şekline göre, mademki sözleşmelerin Anayasa'ya aykırılıkları iddia edilemiyor, Anayasa'ya aykırı olsalar da uygulanmaları zorun-

³⁵ Aynı düşüncede, S. Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*. İstanbul. 2016, s. 132; S. Süzek, *İş Hukuku*, 19. Bası. İstanbul, 2020, s. 93.

³⁶ Y. Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, Konya, 2012, s. 353.

³⁷ H. Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, 2007, s. 28.

ludur, diyebileceğimiz gibi; mademki Anayasa sözleşmeleri yasa gücünde kabul ediyor, o halde, bunların Anayasa'ya aykırılıkları iddia edilemese bile yasa kabul edip, hiyerarşik bakımdan Anayasa'dan sonra geldikleri söylenebilir. Bir hukuk düzeninde hukukçuları böylesine farklı yorum ve sonuçlara götüren bir düzenlemeyle nereye kadar devam edileceği merak konusudur. Hukuk devletlerinde hukuk kurallarının mümkün mertebe açık ve anlaşılabilir olmaları asıldır.³⁸

Gözübüyük'e göre “*Anayasa, bir devletin en yüksek hukuk kuralı olup, normlar hiyerarşisinde en üst sırada bulunmaktadır*”.³⁹

Gözübüyük ve Gölcüklü'ye göre, Anayasa'ya aykırılığı öne sürülemeyen bir anlaşmanın, Anayasa'ya aykırı diye uygulanmaması, Anayasa'nın getirdiği sisteme ters düşer. Keza, bir anlaşmadan sonra yürürlüğe giren kanunun, “sonraki kanun” veya “özel hüküm” denilerek anlaşma karşısında öncelikle uygulanması da, aynı şekilde mümkün olmamalıdır. Anlaşmalar, kendi kurallarına göre değiştirilir; ulusal normlarla bunları tek taraflı değiştirmenin veya ilga etmenin imkânı yoktur.⁴⁰

Selçuk'a göre: “*Anayasa yapıcı, Anayasa'yı yaparken, uluslararası anlaşmaları yasa düzeyinde öngörmüş olabilir. Ancak bu, onun öznel iradesidir (ocasio legis). Aynı Anayasa yapıcısı, anayasaya aykırılık iddiasını engelleyerek, bu öznel iradeyi aşmış; o anda bile geleceğe yönelik nesnel iradeyi (ratio legis) açıklamıştır. Artık bugün, Anayasa'ya karşın dokunulmazlığını koruyarak yürürlükte kalan bir anlaşma hükmü varsa, bu hüküm, Anayasa'ya karşın uygulanacak demektir. Yargıçlar, yasaları, yasa koyucunun öznel değil; nesnel iradesine göre yorumlayarak uygulamak zorundadırlar*”.⁴¹

Benzer görüş olarak; “*... Anayasa'nın eksenini oluşturan 'insan haklarına saygı' ilkesi, sadece AİHS'in değil, fakat bütün uluslararası insan hakları normlarının anayasal değerinde sayılmasını zorunlu kılmaktadır... Bütün bir hukuk sisteminin uyum içinde olmak zorunda olduğu bir Sözleşmenin anayasal değerinde olduğunu, hatta kimi yönlerden anayasa üstü konumda bulunduğunu ayrıca söylemek fazladır*”.⁴²

³⁸ İbrahim Şahbaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri*. TBB Dergisi, Sayı 54, 2004, s. 178-216.

³⁹ A. Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, Ankara 2010, s. 10; E Teziç, *Anayasa Hukuku*, İstanbul 2018, s. 11.

⁴⁰ Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, 2002, s. 21.

⁴¹ Sami Selçuk, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Türk Uygulaması*, Yargıtay Dergisi, Cilt: 25, Temmuz 1999, s. 410.

⁴² Tekin Akıllıoğlu, *Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri*, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2-3, Mayıs-Eylül 1991, s. 41, 42.

Yüzbaşıoğlu'na göre ise, özellikle Başlangıç'ın 4. paragrafı ile 2. ve 5. maddeler bağlamında, 1982 Anayasası'nın, uluslararası hukuka açıklık ilkesini esas alan bir anayasa olduğu ve bu doğrultuda da, uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlüğü ilkesini öngördüğü kabul edilebilir. Böyle olunca, uluslararası hukuk düzeninin en önemli kaynağı olan anlaşmaların da, ulusal hukuk kurallarına üstün olduğunda şüphe yoktur.⁴³

Gülmez'e göre, *“İnsan hakları yazılı hukukunun ILO'nun kuruluşundan 2004'e uzanan 85 ve BM'nin kuruluşundan 2004'e uzanan 59 yıllık evrimi, “olanması gereken” kurallar niteliği taşıyan insan haklarını “olan” kurallara dönüştürmüştür; soyut düşünce ve ilkelere, gözle görülüp elle tutulan, yani belgelerde okunabilen, ihlal edildiği zaman da -büyük bir çoğunluğu yargısal nitelik taşımayan- koruma ve denetim yollarına başvurabilen “somut” kurallar özelliği kazandırmıştır. Artık birey, uluslararası insan hakları hukukunun “konusu” değil “öznesi”dir. Bireyin devleti önceleyerek doğuştan öznesi olduğu düşünülen ve söylenen hakları, uluslararası hukukça güvenceye bağlanmıştır; ihlal eden devlete karşı hak arama yolları vardır. Üstelik bireyin hakkını araması, kimi koruma ve denetim sistemlerinde, yalnızca yurttaşı olduğu devletin sözleşmeye taraf olmasına ya da onaya ek olarak yetki bildiriminde bulunmasına bağlı değildir”*. Gülmez, Anayasa'nın 90/son cümlesindeki “esas alınır” denilerek “emir kipi ile noktalandığına” işaret ederek, uyuşmazlığı çözecek yargı yerinin bu açık anlatım karşısında yasayı bırakarak sözleşme hükümlerini uygulama yükümlülüğü getirdiğinin altını çizmektedir.⁴⁴

B. Yargı Uygulamasına Göre

Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtilen 2013/5447 başvuru no ile verdiği kararda “Anayasanın 90. maddesindeki düzenleme uyarınca usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarda yer alan düzenlemelerin kanun hükmünde olduğu belirtilerek, 7/5/2004 tarihinde yapılan değişiklikle fıkraya eklenen son cümle ile hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyuşmazlık bulunması halinde andlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir andlaşma ile bir kanun hükmünün çatışması halinde, uluslararası andlaşma hükmünün öncelikle uygulanması gerekir. Bu durumda başta yargı mercileri olmak üzere, birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası andlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların, kanunu göz ardı ede-

⁴³ Necmi Yüzbaşıoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine*, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 1, Mayıs 1994, s. 30.

⁴⁴ Mesut Gülmez, *“Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar”*, Çalışma ve Toplum, Sayı 4, 2005/1, s. 11-56.

rek uluslararası andlaşmayı uygulama yükümlülükleri vardır (B. No. 2013/4439, 6/3/2014, § 35). Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır (B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 45).

Danıştay, 7.12.1989 tarih ve 6/4 sayılı içtihadı birleştirme kararında AİHS'nin iç hukukun bir parçası olduğunu, anayasaya aykırı olsa bile yasaların önce ya da sonra olmalarına bakılmadan uygulanacağını, yasanın sözleşmeyi değiştiremeyeceğini, çünkü yasalar üstü olduğunu belirtmiştir.

Danıştay 5. Dairesi'nin, 21.5.1991 günlü, E. 1986/1723, K. 1991/933 sayılı kararında "Anayasanın 90. maddesindeki hüküm karşısında, uluslararası antlaşmaların Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğine ve bu antlaşmalarla bir devletin diğer devletlere karşı antlaşmada yer alan hak ve hürriyetlerden kendi vatandaşlarını da yararlandırmak konusunda uluslararası yükümlülük altına girmiş olduğuna göre, usulüne uygun şekilde onaylayarak yürürlüğe konulmuş bu nitelikte bir antlaşmanın, Anayasaya aykırı hüküm taşısa bile uygulanmaktan alıkonulamayacağı, kendisinden önce veya sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı ya da sonradan çıkan yasanın antlaşma kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek uygulanmasının sarsaklanamayacağı Türk hukukunda genellikle kabul edilmektedir. Anayasa, antlaşmaların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini açıklamak suretiyle, ulusal hukuk yönünden antlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsemiş olduğunu belirtmiş olmaktadır." denilmiştir ve antlaşmalara üstünlük tanınmıştır.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu, tabii babalığına hükmolunan çocuğun, gayri sahih nesebi olarak, babasına mirasçı olacağına ilişkin, 22.02.1997 tarihli, 1/1 sayılı kararında, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine, 1950 tarihli AİHS'ne, 1959 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesine dayanmış ve kararını bunun üzerine kurmuştur.

Aşağıda ayrıntısı belirtilen ve emeklilerin sendika kurup kurmayacaklarının tartışma konusu olduğu uyumsuzlukta, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, Anayasa'nın üstün norm olması ve Anayasa'da çalışanlara yer verilmesi nedeni ile emeklilerin sendika kurmayacaklarına karar vermiş,⁴⁵ direnme üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da oy çokluğu ile aynı görüşü benimsemiştir.⁴⁶

⁴⁵ Y. 22. HD. 27.06.2019 tarih ve 2019/4095 E., 2019/14387 K.

⁴⁶ Y. HGK. 17.11.2020 tarih ve 2020/9(22)-189 Esas, 2020/888 Karar.

Anayasa'nın 11. maddesinde anayasanın bağlayıcı ve üstün olduğu ve kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağı belirtilmiş ise de aynı Anayasa 90. maddesinde uluslararası onaylanan ve iç hukuk normu haline gelen uluslararası sözleşmelere ayrı bir statü tanınmış ve Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir. Özellikle de temel haklar konusunda çatışma halinde ise uluslararası sözleşmelerin esas alınacağını belirterek, temel haklarda uluslararası sözleşmelerin üst norm olarak uygulanacağını kabul etmiştir. O halde Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca 90/son maddesinin göz önünde bulundurarak uluslararası sözleşmeleri, yargı makamlarının öncelikle uygulaması gerekir. Sonuç itibariyle temel haklara ilişkin iç hukuk normu haline gelen uluslararası sözleşme hükümlerini yerel mahkeme, bölge adliye mahkemesi ve temyiz mahkemesi uygulamak zorundadır. Uygulamak zorunda olan mahkeme, Anayasa veya yasa ile çatıştığını belirterek uygulamaz ise o zaman Anayasa Mahkemesinin yapmadığı bir denetimi yapar ve Anayasanın bağlayıcılığını ihlal etmiş olur.

IV. TÜRK YARGISININ SENDİKA KURMA HAKKINA BAKIŞ AÇISI

A. Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesi, iç hukuk düzenlemeleri olan kanunların Anayasaya somut veya somut denetimini yaparken, kanunların Anayasa'ya uygunluğuna bakmakta, denetimi yapılan normun Uluslararası Sözleşmelere uygun olup olmadığını denetlememektedir. Zaten böyle bir görevi de yoktur. Nitekim yukarıda belirtilen 22.10.2014 tarih ve 2013/1 Esas, 2014/161 Karar sayılı soyut norm denetiminde 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun bazı hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığını incelerken, kanundaki "fiilen çalışan" ve "işkolu esası" hükümlerini incelemiş, bu hükümlerin uluslararası sözleşmelere aykırı olup olmadığı incelenmeden çoğunluk görüşü ile sonuca varılmıştır. Ancak 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 15. maddesinde sendika hakkı verilmeyen kamu işyerleri ile kamu görevlileri ile ilgili soyut norm denetim kararlarında ise Anayasa'nın 13 ve 51. maddeleri yanında, 90/son maddesinden hareketle uluslararası sözleşmelere de atıf yaparak iptal yoluna gittiği görülmektedir.⁴⁷

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru da ise hak ihlallerinin denetimini yaparken, Anayasa hükümleri yanında Uluslararası Sözleşmelerin hükümlerine de atıf yapmıştır. Daha çok destek normu olarak kullandığı anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 16.04.2014 tarih ve 2013/5447 Başvuru no ile Bireysel Başvuruda, sendikal hakların ihlal edildiğine dair verdiği karara göre:

⁴⁷ 30/9/2015 tarihli ve E.: 2015/62, K.: 2015/84 sayılı Kararı ile (a) bendinde yer alan "Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı" ibaresini iptal ederken, 18. paragrafında AİHS'nin 11. maddesindeki örgütlenme hakkı düzenlemesi ile bu konuda AİHM'in Demir ve Baykara/Türkiye (BD), Başvuru No: 34503/97, 12.11.2008. par. 119 atıf yapılmıştır.

“Sendika, çalışanların mali ve sosyal haklarını korumak ve geliştirmek için meydana getirilen kuruluştur. Sendikal özgürlük kavramı, sendika kurma hakkı ile sendikaya üye olma ve sendikadan çıkma haklarını kapsamaktadır. Sendikaya üye olma özgürlüğü, bir kimsenin sendikaya üye olmasının iradî olmasını gerektirir. Bu özgürlük aynı zamanda, birden çok sendikadan istenilen sendikanın seçilmesi ve o sendikaya üye olma hakkını da içerir (B. No: 2013/5486, 4/12/2013, § 68). Sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı, örgütlenme özgürlüğünün şekli ve özel bir yönüdür (bkz. Belçika Ulusal Polis Sendikası kararı / Belçika, 27 Ekim 1975, B. No: 4464/70, § 17). Sendikaya üye olmama hakkına AİHS’de açıkça yer verilmemiş olması, örgütlenme özgürlüğünün negatif yönünün AİHS’in 11. maddesinin dışında bırakıldığı ve sendikaya üye olmaya zorlamanın bu hükmün amacına uygun olduğu anlamına gelmez. AİHS’in 11. maddesinin, sendika üyeliği anlamında her türlü zorlamaya izin verecek şekilde yorumlanması, bu hükmün amaçladığı özgürlüğün özünü zedeler (bkz. Young, James ve Webster / Birleşik Krallık, B.No: 7601/76; 7806/77, 13/8/1981, § 52). Belli bir sendikaya üye olmaya zorlama, AİHS anlamında her zaman sorun oluşturmaya da, somut olayın koşulları altında belirli bir zorlama şekli, AİHS’in 11. maddesi ile korunan örgütlenme özgürlüğünün özüne zarar verebilir (bkz. Gustafsson / İsveç, B.No: 15573/89, 25/4/1996, § 45). Örgütlenme özgürlüğünün amaçlarından biri, AİHS’in 9. ve 10. maddelerinde güvence altına alınan kişisel düşüncelerin korunmasıdır. Bu koruma, negatif ve pozitif örgütlenme özgürlüğünün birlikte güvence altına alınmasıyla sağlanabilir (bkz. Chassagnou ve Diğerleri / Fransa, B.No: 25088/94, 28331/95, 28443/95, 29/4/1999, § 103). Kişisel düşüncelerin korunması ise, AİHS’in 11. maddesinde zimni olarak kabul edilen kişinin seçim yapma hakkının önemli bir sonucu ve bu maddenin negatif yönünü ortaya koyan önemli bir unsurdur (bkz. Sorensen ve Rasmussen / Danimarka, B.No: 52562/99, 52620/99, 11/1/2006, § 54). Sendikal hakların kullanılması konusunda devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Anayasa’nın 51. maddesi uyarınca çalışanlar, önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptirler. Bu hakların gerçek ve etkili şekilde kullanılmasını sağlamak, devletin pozitif yükümlülüğü içindedir. 51. maddede ayrıca, hiç kimsenin bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamayacağı düzenlenmiş olup, bu hakların serbestçe kullanılmasını sağlamak ve buna ilişkin engelleyici durumları ortadan kaldırmak da devletin negatif yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmektedir. AİHS’in 11. maddesi temel olarak, maddede yer verilen haklardan etkili bir şekilde faydalanılmasını sağlama konusunda devletin pozitif yükümlülüğünü gerekli kılar. Bunun

yanında, sendikaya üye olmama hakkına AİHS’de yer verilmemiş olması, örgütlenme özgürlüğünün negatif yönünün AİHS’in 11. maddesinin dışında bırakıldığı anlamına gelmeyeceği için sendikaya üye olmaya zorlamanın da 11. maddeye aykırılık oluşturur. AİHS’deki bu düzenleme ve anlayışa paralel olarak, Anayasa’nın 51. maddesi de, sendikaya serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme hakları ile hiç kimsenin bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaması ilkesi devletin bu hak kapsamındaki pozitif ve negatif yükümlülüklerini içermektedir”.

B. Danıştay Uygulaması

Danıştay bazı kararlarının gerekçesinde Uluslararası Sözleşmelerdeki (AGİT’e, AİHS’ne, ILO Sözleşmesine ve diğer antlaşmalardaki) kurallara başvurmuş, açıklayıcı ve destekleyici gerekçe yapmıştır.

Danıştay 1. Dairesi 22.04.1992 tarih ve 1992/136 E, 1992/147 K. Sayılı kararı ile Anayasa’da o zaman için sadece işçiler sendika kurabilir düzenlemesine karşın “sendika kurma hakkının yalnızca işçi ve işverenlere özgü olduğu anlamına gelecek bir anlatımın yer almadığı, Anayasa bütünüyle incelendiğinde, kamu görevlilerinin sendika kurma hakkının anayasal bir hak olarak yer almadığı, ancak bunu yasaklayan bir hükmün de bulunmadığı, bir hakkın anayasada yer almamış olmasının, yasayla tanınmasına engel olamayacağı, nitekim, 1961 Anayasasının 47. maddesinde yalnızca toplu sözleşme ve grev hakkından söz edilmesine ve lokavta ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen, 275 sayılı Kanunun lokavtı, yasal bir hak olarak işverenlere tanıdığı, Anayasasının 51. maddesinde kamu görevlilerinin sendika ve üst kuruluş kurma hakkı konusunda bir düzenleme yer almamış olmakla birlikte Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) nün Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 sayılı Sözleşme ile Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunmasına ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine İlişkin 151 sayılı Sözleşmenin onaylanarak kamu görevlileri de dâhil olmak üzere herkese sendika kurma hakkı tanınmasına ve konunun yasal olarak düzenlenmesine Anayasal bir engel bulunmadığı” şeklinde görüş belirtmiştir.

Danıştay 10. Dairesi ise memurların sendika kurmaları ve sendikal faaliyette bulunmalarını engelleyen İçişleri Bakanlığı genelgesinin iptali istemiyle açılan davada, “Anayasamızda kamu personelinin sendikalaşma hakkı düzenlenmemiş olmakla birlikte söz konusu hakkın kullanılmasını engelleyen bir hükme de yer verilmemiştir. Temel hak ve özgürlükler kapsamı içindeki bir hakkın sadece Anayasada yer almadığı gerekçesiyle kullanılması engellenmez...” İfadelerine yer vermiş, kamu görevlilerinin sendikalaşma hakkının AİHS’nin 11. maddesiyle güvence altına alındığını açıkça belirtmiş ve söz konusu genelgenin iptaline karar vermiştir.⁴⁸

⁴⁸ Danıştay 10. Dairesi, 10.11.1992 gün ve 1991/1262 E, 1992/3911 K.

Keza Danıştay 10. Dairesi, “Emeklilik statüsü içinde bulunan kişilerin aktif olarak çalışmamakla beraber çalışanlar gibi korunması ve geliştirilmesi gereken hak ve çıkarları bulunan kişilerdir. Emekli ve yaşlılık aylıkları ile öteki sosyal güvenlik hakları, emeklilerin birey olarak tek başına sosyal güvenlik kuruluşlarına, yani kamu işverenine karşı savunabilecekleri, koruyup geliştirebilecekleri haklar değildir. Bu haklar da, aktif çalışma yaşamındaki ücretlilerin hakları gibi, sendikal örgütler aracılığıyla korunması ve geliştirilmesi gereken haklardır” içtihadı ile emeklilerin sendika kurabileceklerini belirtmiştir.⁴⁹

C. Yargıtay Uygulaması

Yargıtay, bazı kararlarında iç hukuk normlarından hareket ederken, birçok kararında uluslararası anlaşmaları kanun hükmünde değerlendirmekte ve kararlarında gerekçe olarak yer vermektedir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi yerel mahkemelerin işçi ve memur emeklileri tarafından kurulan sendikalar hakkında 2821 sayılı önceki Sendikalar Kanunu’nu ile 4688 sayılı Kanun kapsamında değerlendirme yaparak kapatma kararı veren yerel mahkeme kararlarını gerekçesiz olarak onarken⁵⁰ daha sonra verdiği kararlar da ise uluslararası sözleşmelerin iç hukuk normu haline geldiğini ve Anayasa’nın 90/son maddesi uyarınca uygulanması gerektiğini belirterek Emeklilerin ve Çiftçilerin sendika kurabileceklerine karar vermiştir.⁵¹

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin sendika kurabilirler kararlarındaki gerekçesi:

“T.C. Anayasasının 03/10/2001 tarihli 4709 sayılı Kanununun 20. maddesiyle değişik 51. maddesinin 1. fıkrasında çalışanlar ve işverenlerin önceden izin almaksızın sendika kurabilecekleri düzenlenmiştir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu ile sendikal haklar açısından işçiler ve işverenler hak öznesi; 4688 sayılı Yasada da kamu görevlileri hak öznesi kabul edilmiştir. Dolayısıyla iç hukukumuzda yapılan düzenlemeler çerçevesinde aktif olarak çalışma hayatına dahil olanlar için sendikal haklarla ilgili düzenleme yapılmıştır. Yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler ve ülkedeki yürürlükte bulunan tüm mevzuat gözönünde bulundurulduğunda, işçiler-işverenler ve kamu görevlilerinin sendikal haklarının düzenlendiği anlaşılmaktadır. Buna mukabil dava konusu sendikanın üyelerinin ve dolayısıyla emeklilerin sendikal hakları ile ilgili bir düzenleme olmadığı gibi emeklilerin sendika kurmalarının yasak olduğunu belirten bir düzenleme de yoktur. Ayrıca Anayasanın 17. maddesinde “Herkes, yaşa-

⁴⁹ 20.07.2007 gün ve 2004/11046 E, 2007/4117 K.

⁵⁰ 18.12.2006 gün ve 11979-14232 ve 28.01.2008 gün ve 14594-689 sayılı ilamları.

⁵¹ 14.11.2011 gün ve 2010/9354 E, 2011/11833 K. (Emekliler için), 27.11.2012 gün ve 2011/12583 E, 2012/18032 K. (Çiftçiler için).

ma, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” bu düzenlemede, herkesin dolayısıyla emeklilerinde maddi varlıklarını korumak ve geliştirmek amacıyla örgütlenmesi ve sendika kurmaları güvence altına alınmıştır.

Yine Anayasanın 90/son maddesine göre “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 07/05/2004-5170 S.K./7.mad.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” hükmü çerçevesinde, Türkiye tarafından kabul edilip usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalardan, B.M. Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 8. maddesi, B.M. Medeni ve Siyasi Sözleşmesinin 11. maddesi uyarınca sendikal haklardan herkesin yararlanacağı hususu düzenlenmiştir. Bu sözleşmelerde belirtilen “Herkes” kapsamına aktif çalışma yaşamı içinde bulunanların yanı sıra, aktif çalışma hayatından ayrılmış emekliler de dahildir. Dosya bilgileri ve sendikanın tüzüğüne göre adı geçen sendika emeklilerin maaş vb. gibi haklarını koruyacak ve geliştirecektir. Bu da tipik bir ekonomik çıkar savunması ve dolayısıyla sendika konusu olabilecek bir faaliyettir.

Yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler doğrultusunda, T.C. Anayasa’sı ve 2821, 2822 ve 4688 sayılı yasalarda işçiler, işverenler ve kamu görevlileri sendikal hakların öznesi olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde, emeklilere (çiftçilere) sendikal haklarını yasaklayan bir kural da yoktur. Yukarıda belirtilen ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan uluslararası andlaşmalarla da sendika hakkı “herkes”e tanındığına göre, emeklilerin (çiftçilerin) sendika kurma haklarının olduğunun kabulü ile açılan davanın reddine karar verilmesi gerektiği halde, kabulüne yönelik karar doğru görülmemiş bozulması gerekmiştir”.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de üretici köylülerin sendika kurabileceklerine ilişkin uluslararası sözleşmeleri esas alan yerel mahkeme kararını onarken⁵² (30.12.2010 gün ve 2010/33345-41972), yargı organını temsil eden yargıçların sendika kuramayacaklarına oy çokluğu ile karar vermiştir.⁵³

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise, 4688 sayılı yasa kapsamında “Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 87 sayılı Sözleşmesi’nin 2. maddesine göre “Çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri

⁵² 30.12.2010 gün ve 2010/33345 E, 41972 K.

⁵³ 2011/49782 E, 2012/4945 K.

kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olmak hakkına sahiptirler.” Aynı sözleşmenin 9. maddesine göre ise “Bu sözleşmede öngörülün güvencelerin silahlı kuvvetlere ve polis mensuplarına ne ölçüde uygulanacağı ulusal mevzuatla belirlenir.” 4688 sayılı Kanun’un “Sendika üyesi olamayacaklar” başlıklı 15. maddesinin (j) bendinin dava tarihinde yürürlükte bulunan metnine göre “Emniyet hizmetleri sınıfı ve emniyet teşkilatında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel”in sendika üyesi olamayacakları ve sendika kuramayacakları hususu belirtilmiştir. İnceleme konusu davada, davalı sendikanın, sendika üyesi ve kurucusu olamayacağı sabit olan emniyet hizmetleri sınıfına dahil polis memurları tarafından kurulduğu anlaşılmakla” gerekçesi ile polislerin sendika kuramayacağını⁵⁴ içtihat ederken, 9. Hukuk Dairesinin oy çokluğu ile kuramaz dediği yargıçların, sendika kurabileceklerine karar vermiştir.⁵⁵ Aynı Özel Daire Anayasa’nın 90/son maddesi uyarınca temel hak olan sendika kurma hakkını düzenleyen AIHS, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, 87 sayılı ILO sözleşmesi hükümleri ile AIHM’nin Demir-Baykara Türkiye kararına atıf yaparak köy ve mahalle muhtarlarının sendika kurabileceklerine karar vermiştir.⁵⁶

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi önüne gelen uyuşmazlıkta ise Danıştay 10. Daire ile Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin uluslararası sözleşmelere dayanarak emeklilerin sendika kurabilecekleri yönündeki içtihatlarının aksine, Bölge Adliye Mahkemesinin Türkiye tarafından onaylanan ve iç hukuk normu haline gelen Uluslararası Sözleşmeler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşmesi, 87 sayılı ILO sözleşmesi ve Kişisel ve Siyasal Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşmesi hükümleri ile emsal Anayasa, Danıştay ve Yargıtay kararlarına atıf yaparak “kurabilirler” kararını⁵⁷ “*Her ne kadar İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 11’inci maddesi, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 22’nci maddesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 8’inci maddesinde; sendika kurma hakkı tarif olunurken “Herkes” ibaresi kullanılmış ise de, söz konusu düzenlemeler sadece “çalışanlar ve işverenler”in sendika kurabileceğine dair Anayasa’nın 51’inci maddesi ile çeliştiği, Anayasanın 51. maddesinde açık bir şekilde sadece “çalışanlar ve işverenler” tarafından sendika kurma hakkının kullanılabilmesinin belirtildiği, Anayasa hükümleri ile uluslararası sözleşmelerin çatışması durumunda normlar hiyerarşisi ilkeleri gereği en üst norm olan Anayasa hükümlerinin uygulanması gerektiği, buna mukabil direnme kararında somut uyuşmazlıkta Anayasanın 51. maddesi-*

⁵⁴ 2016/12861 E, 2016/16434 K.

⁵⁵ 2015/8020 E, 2015/15117 K.

⁵⁶ 2015/1519 E, 2015/29700 K.

⁵⁷ Ankara BAM 6. Hukuk Dairesi. 26.03.2019 tarih ve 2019/481 E., 2019/421 K.

nin hangi hukuki sebep ile uygulanmadığına dair hiçbir gerekçenin yer almadığı, hukukumuzda ancak aktif çalışma hayatı içerisinde yer alan çalışanların sendika kurma hakkına sahip olup, aktif çalışma hayatı içerisinde yer almayan emeklilerin sendika kurma hakkına sahip olması, toplu iş sözleşmesi ve grev haklarını bünyesinde barındıramayacağından, esasen emekliler tarafından kurulacak sendikanın bir dernek niteliğinden öteye de geçemeyeceği” gerekçesi ile bozulmuş ve emeklilerin sendika kuramayacakları belirtilmiştir.⁵⁸

Bölge Adliye Mahkemesinin “Anayasanın 90/son maddesi uyarınca iç hukuk normu haline gelen uluslararası sözleşmelere göre emeklilerin de sendika kurma haklarının olduğu, Yargıtay bozma kararının İdare Mahkemesi ve Danıştay kararı ile çeliştiği, davalı sendikanın idari yargının verdiği kararlarla sabit olduğu üzere yasaya uygun olarak kurulduğu, bu nedenle yok hükmünde sayılmasının hukuken mümkün olmadığı, davalı sendika tüzüğüünün “üyelik, sendikaya üye olabilecekler” başlıklı 7. maddesinde “Sendikaya bu tüzüğün 3. maddesinde belirtilen kurum ve kuruluşlardan emekli olanlar; dul ve yetimler ile 65 yaş maaşı alanlar üye olabilir.” düzenlemesinin yer aldığı, iç mevzuatımızda çalışanların sendika kurabileceğine dair düzenleme yer almakta ise de, gerek uluslararası sözleşmeler içeriği, gerek emsal yargı kararları, gerekse Sosyal Haklar Avrupa Komitesinin (SHAK), sosyal şart anlamında “çalışanlar” kavramını yalnızca aktif çalışma yaşamındaki çalışanlarla sınırlı tutmaması ve bu kavramın emeklileri, evde çalışanları ve işsizleri yani çalışmaya (emeğe) dayalı hakları kullanan kişileri de kapsayacağı şeklindeki kararlarının bulunmasına göre emeklilerin sendika kurma haklarının bulunduğu kabulü gerektiği” gerekçesiyle verdiği direnme kararı⁵⁹ ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda oy çokluğu ile 22. Hukuk Dairesi gerekçesi benimsenerek “uluslararası sözleşme hükümleri ile Anayasa’nın 51. Maddesinin çeliştiği, Anayasa’nın üstün norm olduğu, Anayasa’da çalışanlar kavramına yer verildiği, hukukumuzda ancak aktif çalışma hayatı içerisinde yer alan çalışanlar sendika kurma hakkına sahip olup, aktif çalışma hayatı içerisinde yer almayan emekliler sendika kurma hakkına sahip olmadığı, aktif çalışma hayatı içerisinde yer almayan emeklilerin sendika kurma hakkına sahip olması, toplu iş sözleşmesi ve grev haklarını bünyesinde barındıramayacağından, esasen emekliler tarafından kurulacak sendika bir dernek niteliğinden öteye de geçemeyeceği, kurucuların tamamı aktif çalışma hayatı içerisinde yer almayan emekli olduğundan, bu eksiklik giderilemez nitelikte olup bu anlamda 4688 sayılı Kanunun 6. maddesi ve 6356 sayılı Kanunun 7. maddesi gereğince süre verilerek eksikliğin giderilmesinin mümkün olmadığı” gerekçesi ile direnme kararı bozulmuş ve emeklilerin sendika kuramayacakları kabul edilmiştir.⁶⁰

⁵⁸ Y. 22. HD. 27.06.2019 tarih ve 2019/4095 E., 2019/14387 K.

⁵⁹ Ankara BAM 16.10.2019 tarih ve 2019/2831 E., 2019/2213 K.

⁶⁰ Y. HGK. 17.11.2020 tarih ve 2020/9(22)-189 Esas, 2020/888 Karar.

Görüldüğü gibi Yargıtay içtihatlarında kişi kapsamında çelişkili kararlar olmakla birlikte, en azından Anayasa ve uluslararası sözleşmelere göre konu (faaliyet alanı) olarak işyeri ve işkolu dışında da mesleki olarak sendika kurabileceği anlaşılmaktadır. Ancak kişi kapsamında özellikle emekliler, işsizler ve ev kadınlarının sendika kurup kurmayacakları tartışmaları devam edecektir.

Belirtmek gerekir ki temel hak olan sendika kurma hakkı, Anayasa ve Uluslararası Sözleşmeler uyarınca yok hükmünde sayılamaz, ancak sınırlandırılabilir. Sınırlandırmaların da anılan hükümler kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

V. TEMEL HAK VE BU KAPSAMDA SENDİKA KURMA HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

İnsan haklarının anayasal deyimlenişi olarak adlandırabileceğimiz “temel hak”ın doktrinde bir diğer anlamca yakını “kamu hakları ve özgürlükleri”dir. Kamu özgürlükleri; “yasayla tanınan ve idareye karşı”; temel hak ve özgürlükler ise “Anayasa ile tanınan ve yaşamaya karşı” ileri sürülen hukuki çıkar ve değerleri ifade eder. “İnsan hakları”nın ifade ettiği ise, sadece belli bir ülkede belli bir alanda anayasayla ve yasalarla tanınan hak ve özgürlükler değil, insanlığın ulaştığı her gelişme aşamasında bütün insanlara tanınması gereken hak ve özgürlüklerdir. Temel haklar anayasalarda düzenlenen, güvence altına alınan, yasama ve yürütme organlarının tasarrufu ile kolayca kaldırılmayan haklardır.⁶¹

Anayasanın 12. maddesinde de temel hak ve hürriyetlerin niteliği belirtilmiş ve “herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olacağı” ifade edilmiştir. Devam eden 13. madde de ise genel olarak temel hak ve hürriyetlerin ne şekilde sınırlanacağı açıklanmıştır. Maddeye göre; “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”.

Sendika kurma hakkını düzenleyen Anayasa’nın 51. maddesine göre “*Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir (Fıkra 2).*

Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir (Fıkra 3).

İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir (Fıkra 4).

Sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz (Fıkra 5)”.

⁶¹ Yrd. Doç. Dr. Meltem Dikmen Caniklioğlu, *Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız*. <https://hukuk.deu.edu.tr/2020/01>. s. 461 vd. Erişim tarihi. 04.01.2021.

Bu düzenlemeler nedeni ile temel hak ve hürriyet olan sendika kurma hakkı özüne dokunulmaksızın, Anayasa'nın 51. maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Getirilecek sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır.

Anayasa Mahkemesi getirilecek sınırlamalar bakımından, 13. maddedeki kavramları da kararlarında değerlendirmiş ve madde de yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan, “*temel hak ve hürriyetlerin özü*”, “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ve “*ölçülülük ilkesi*” kavramları, bir bütünün parçaları olup, “*demokratik bir hukuk devleti*”nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturacağını belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 22.10.2014 gün ve 2013/1 Esas, 2014/161 Kararına göre;

Temel hak ve özgürlükler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'da öngörülen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabilir. Dokunulamayacak “öz”, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşımaması gerekir (§ 27).

Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamalar yönünden ise bu sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bir başka deyişle, öze dokunan sınırlamalar, “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ve “*ölçülülük*” ilkelerine evleviyetle aykırı olacağından, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ve “*ölçülülük*” ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır (§ 28).

Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” kavramı, öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. “*Demokratik toplum düzeninin gerekleri*”nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve ölçülü olmasını ifade etmektedir (§ 29).

Ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile sınırlama araçları arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple, kuralın hedeflenen amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir (§ 30).

Anayasanın 51. maddesinde sendika kurma hakkı, kişi olarak çalışan ve işverenlere verilmiştir. Bunun dışında ise işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin sendika kurma haklarının hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenleneceği öngörülmüştür.

Anayasa’da konu (faaliyet alanı) olarak bir sınırlamaya yer verilmemiş, uluslararası sözleşmelerde olduğu gibi sendika kurma hakkının ancak; millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir.

Sınırlanabilir bir hak olan sendika hakkı Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. Anayasa’nın 51. maddesinin ikinci ve izleyen fıkralarında sendika hakkına yönelik sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Ancak bu özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa’nın 13. maddesindeki ölçütler göz önüne alınmak zorundadır. Bu sebeple sendika hakkına getirilen sınırlandırmaların denetiminin Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve Anayasa’nın 51. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir.⁶²

Anayasanın 13. maddesinde temel hakların özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı açıkça belirtilmiştir.

Sendika kurma ile ilgili 51. maddenin ikinci fıkrasında ise “Sendika kurma hakkının ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabileceği” açıkça düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi kişiler veya meslek bazında Anayasa’da bir sınırlamaya yer verilmemiştir.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu gibi açıkça işyeri ve meslek esasına göre sendika kurulmasının yasak olduğunu düzenlememiş ise de kurulma ve faaliyetini iş koluyla sınırlayan düzenlemesi ile iş kolu dışındaki örgütlenme modellerine izin vermemiştir. Bu düzenlemelerin ILO Sendikal Özgürlükler Komitesi tarafından 87 ve 98 sayılı ILO Sözleşmelerine aykırı olacağı kolaylıkla söylenebileceği gibi Anayasa’nın 51 ve 53. maddesinde güvence altına alınan sendika ve toplu sözleşme özgürlüklerini, bu özgürlüklerin özlerine dokunacak şekilde sınırladığı için, anılan Anayasa hükümleriyle bağdaşmadığını da belirtmek gerekir. Kısaca ölçüsüz ve demokratik toplum düzenine aykırıdır.⁶³

⁶² Anayasa Mahkemesi. B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 38.

⁶³ Başterzi, s. 142.

Kişiler bazında da Anayasa açıklamaya ve yorumlamaya açık bir biçimde “çalışan” kavramı belirtilirken, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesinin “fiilen çalışan”, 4688 sayılı kanun ise istihdam edilen “kamu görevlileri” ile sınırlanmış, 4688 sayılı kanun kendi içinde bazı özellikle uluslararası sözleşmelerinde kapsam dışı bırakılabilir düzenlemesine uygun olarak “silahlı kuvvetler veya polis mensuplarının veya Devlet idaresinde görevli olanların” sendika kuramayacakları ve üye olamayacakları kabul edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki Anayasa’da açıkça çalışanlar dışında başka kişilerin, somut uyuşmazlıkta olduğu gibi emeklilerin veya işsizlerin sayılmaması, Anayasa’nın bunlar açısından yasak getirdiği, sendika kuramayacakları veya sendikaya üye olamayacakları anlamına gelmez. Nitekim Ekim 2003 değişikliğinden önce Anayasa’da sadece işçiler ve işverenlerin sendika kurma hakkı öngörülürken, kamu görevlileri olan memurların sendika kurmaları ve Türkiye içinde yargılama süreci sonrası kuramayacakları yönünde oluşan ve kesinleşen karara karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine hak ihlali yapıldığı gerekçesi ile başvurulması üzerine, AIHM “yasa koyucunun gecikmesinin neden olduğu kanun boşluğunun, sendika özgürlüğünün sınırlanabileceği koşullara uygun olan bir toplu iş sözleşmesinin iptal edilmesi için başlı başına yeterli olabileceğini kabul edemeyeceği, dava konusu müdahalenin, yani başvuruların sendikasının, yetkili makamla toplu görüşme yapmasının ardından imzaladığı toplu sözleşmenin geriye işleyecek biçimde iptal edilmesinin, Sözleşme’nin 11§2. maddesine göre “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı bulgusuna varıldığını, kamu görevlisi olarak başvuruların, sendika kurma haklarına müdahale edilmesinden ötürü Sözleşme’nin 11. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁴

Diğer taraftan kanun veya uluslararası sözleşme ile Anayasa’daki temel hakların genişletilmesi olanaklıdır ve bu Anayasa’da belirtilen sınırlamalara (millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleri) girmiyorsa, Anayasa’ya aykırılık teşkil etmeyecektir. Zira bu durumda Anayasa’da belirtilen temel hakların genişletilmesi, kanun hükmü haline gelen uluslararası sözleşmelere uygun yorumlanmasının bir sonucudur. Bu durumda Anayasa’nın sözleşme ile çatıştığından söz edilemez.

Kaldı ki Anayasa’ya göre çalışan kavramı içinde nitelendirilmeyen çiftçilerin, üretici köylülerin iç hukuk normu haline gelen uluslararası sözleşmelere göre sendika kurabilecekleri yukarda belirtilen yargı kararları ile de kabul edilmiş, Anayasa ile çatıştığından söz edilmemiştir.

Yukarda da açıklandığı üzere, 87 sayılı Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşme ile Avrupa Sosyal Şartı,

⁶⁴ Demir Baykara/Türkiye 12.11.2008 tarih ve 34503/97 Başvuru no.

Anayasa'nın 51. Maddesi gibi sadece çalışanlar kavramına yer vermesine rağmen, her iki sözleşmenin uygulanmasını denetleyen komite açıkça, çalışan kavramında fiilen çalışanlar yanında çalışmaya dayalı hakları kullanan kişilerin (emekli, işsiz ve evde çalışanları) de yer alması gerektiğini raporlarında belirtmişlerdir.

Anayasa'nın 51. maddesi “çalışan” kavramına yer vermiştir. 6356 sayılı kanun ise “fiilen çalışan” kavramına yer vermiştir. “Fiilen çalışan” kavramı Anayasa'da yer almadığından, Anayasa'nın uluslararası sözleşmelere göre yorumlanması gerekir. Sözleşmelerin uygulanmasını denetleyen denetim birimleri raporlarından da açıkça “çalışan” kavramının sadece aktif çalışanları değil, aynı zamanda “çalışmaya dayalı hakları kullananları” da kapsadığını belirtmişlerdir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Sendika kurma, sendikaya üye olma, çıkma ve üye olmama hakkı temel bir haktır. Temel haklar yok hükmünde sayılmaz, ancak sınırlamaya tabi tutulabilir. Sınırlamalar ise Anayasa ve Uluslararası Sözleşmelerde sayılıdır ve bu sayılmalar dar tutulmalı ve genişletilmemelidir.

Bu temel hakkın öznesi, iç hukuk normu haline gelen ve Anayasa'ya aykırılığı da ileri sürülemeyen Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler (BM) Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi hükümlerine göre kendi çıkarlarını korumak için herkeştir. Her ne kadar Anayasa'nın 51. Maddesi düzenlemesi gibi sadece 87 sayılı ILO Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı çalışanlar ve işverenler kavramına yer vermiş ise de, bu sözleşmeleri denetimle görevli komiteler çalışanlar kavramına çalışmaya dayalı hakları kullanan kişilerin de (emeklilerin, işsizlerin ve evde çalışanların) girdiğini belirtmişlerdir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 51. maddesinde çalışanlar ve işverenler bakımından sendika kurma hakkı belirtilmiş ise de aynı maddenin ikinci fıkrasında yasak kapsamında kişiler ve meslekler sayılmamıştır. Nitekim yargı kararları ile bu kapsama girmeyen, yargıçların, çiftçilerin ve üreticilerin sendika kurabilecekleri kabul edilmiştir.

Anayasa ile sözleşmeler arasında özne (çalışan-çıkarları olan herkes) bakımından bir çatışma yoktur. Kaldı ki çalışan kavramının, çalışmaya dayalı hakları kullananları da kapsadığı açıktır. Anayasa'nın yasak öngörmemesi nedeni ile Anayasa'nın sözleşmeye uygun yorumlanması gerekir. En önemlisi de temel hakkın genişletilmesi bir çatışma olarak değerlendirilemez.

Nitekim 1961 Anayasa'sında lokavt hakkı yokken, kanunla işverene tanınmıştır.

Keza Anayasa'da “yakalanan veya tutuklanan kişinin, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç 48 saat içinde hâkim

karşısına çıkarılması öngörülmesine” rağmen, Ceza Muhakemeleri Kanunu’nda gözaltı süresinin kişi için 24 saati geçemeyeceği kabul edilmiştir.

Diğer taraftan Anayasa’da yer almamasına rağmen, Anayasa Mahkemesi uluslararası sözleşme uyarınca sendikaya üye olmama (negatif temel hak) hakkının da olduğunu belirtmiştir.

Uluslararası sözleşmelerin bir an için Anayasa ile çatıştığı kabul edildiğinde ise konu oldukça tartışmalı olmakla birlikte, Anayasa’nın 90/son maddesi ile temel haklara ilişkin sözleşmelere üstünlük tanınması ve Anayasa’ya aykırılık yoluna başvurulmaması nedeni ile uluslararası sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekir. Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı kabul edilerek uygulanmaması, uluslararası sözleşme hükmünün Anayasal denetimi demektir ki, Anayasa Mahkemesinin yapmadığı bir denetimin, denetim görevi olmayan, kanunları ve özellikle temel haklara ilişkin sözleşme hükümlerini uygulamakla görevli ilk derece, istinaf veya temyiz mahkemesine verildiği anlamına gelecektir. Oysa Anayasa açıkça, “sözleşmelerin Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülemez” diyerek, bir anlamda uyuşmazlığı çözecek yargı makamlarına sözleşmelerin uygulanması gerektiğini düzenlemiştir. Sonuçta uluslararası sözleşmelerin uygulanması, Anayasanın hükmü olduğundan Anayasa’nın üstünlüğü de ihlal edilmiş olmayacaktır.

Diğer bir gerekçe olan “aktif çalışma hayatı içerisinde yer almayan emeklilerin, işsizlerin sendika kurma hakkına sahip olması, toplu iş sözleşmesi ve grev haklarını bünyesinde barındıramayacağından, esasen bunlar tarafından kurulacak sendika bir dernek niteliğinden öteye de geçemeyeceği” yönündeki gerekçe ise 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesinin işçiler dışında, sendika kurma hakkı tanıdığı, ancak toplu iş sözleşmesi yapma ve grev hakkı tanımadığı, iş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak meslekî faaliyet olarak yürüten gerçek kişiler dikkate alındığında isabetli değildir. Zira sendika kurma hakkı temel hak, toplu pazarlık yapma ve grev hakkı ise bu hakkın sonuçları olup, sonuçlarından olan toplu pazarlık ve grev hakları sınırlanabilir. Burada temel ölçü, menfaatlerinin olup olmadığıdır.

Emekliler, işsizler ve bu kapsamda ev hizmetinde çalışanlar da, aktif çalışanlar gibi korunması gereken hak ve çıkarları bulunan kişilerdir. Kaldı ki emekliler Devletten maaş almaktadırlar. Kamu kurumunda çalışanlar nasıl örgütlenme hakkı kapsamında özlük ve çalışma koşulları için sendika kurma hakkına sahip ise emeklilerde özlük hakları ve yaşam koşulları için bu hakka sahip olmalıdır.

Sonuç itibari ile çıkarları doğrultusunda herkes gibi temel hak olan sendika kurma hakkı olan emekliler ve işsizler, iç hukuk normu haline gelen uluslararası sözleşmelere göre sendika kurabilmelidir.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU, T.**, *Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri*, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2-3, Mayıs-Eylül 1991.
- ATAR, Y.**, *Türk Anayasa Hukuku*, Konya, 2012.
- AYBAY, R.**, “*Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 70, Mayıs/Haziran 2007.
- AYDIN, M.**, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendika Özgürlüğü*. TUHİS. Şubat-Mayıs 2006.
- BAŞTERZİ, S.**, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*. İstanbul, 2016.
- BİLİR, F.**, “*Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, 2005/1, Sayı. 1.
- CANIKLIOĞLU, M.** Dikmen, *Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız*. <https://hukuk.deu.edu.tr/2020/01>.
- ÇELİK, A.**, “Sendikal Haklar: Uluslararası Çalışma Hukuku ve Türkiye’nin Uyumsuzluğu”, *Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları*. (Ed. Selda Çağlar). İstanbul: Beta Yayınları, 2010.
- ÇELİK, N.**, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, 17. B. Beta Yayın. 2004.
- ÇELİK, N.**, *İş Hukuku II, Kollektif İş Hukuku, Sendikalar* (2. basım), İstanbul, 1979
- DEMİR, F.**, *Sendikaların Kuruluşu ve İşleyişi*. Çalışma ve Toplum Dergisi. 2013/4.
- EYRENCİ, Ö.**, *Sendikalar Hukuku*, İstanbul, Banksis, 1984.
- GÖLCÜKLÜ, F. / GÖZÜBÜYÜK, Ş.**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, 2002.
- GÖZÜBÜYÜK, A.** Şeref, *Anayasa Hukuku*, Ankara 2010.
- GÜLMEZ, M.**, “*İş Hukuku Öğretisi ve Anayasa madde 90/Son sorunu*”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, İstanbul, 2010, Beta Yayını, Yayın No: 2319, s. 303-389.
- GÜLMEZ, M.**, “*Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar*”, Çalışma ve Toplum, Sayı 4, 2005/1, s. 11-56.
- KUŞLU, Ö.**, *İşsiz Sendikası ve UCubed Örneği*. ÇSGB Çalışma Dünyası Dergisi. Cilt 1. Sayı: 2. Ekim-Aralık 2013, s. 85-104.
- ÖZVERİ, M.**, *Türk Hukukunda Sosyal Hakların Dava Yoluyla Gerçekleştirilmesi, Sosyal Haklar* Uluslararası Sempozyumu III. Bildiriler. Düzenleyen: Kocaeli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü. 25-26 Ekim 2011 Petrol-İş Yayını. Dergi eki. Ekim 2011.
- PAZARCI, H.**, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, 2007.
- SELÇUK, S.**, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Türk Uygulaması*, *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 25, Temmuz 1999.
- SÜZEK, S.**, *İş Hukuku*. 19. Bası. İstanbul, 2020.
- ŞAHBAZ, İbrahim**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri*. TBB Dergisi, Sayı 54, 2004, s. 178-216.

ŞAHLANAN, F., “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalar İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi (Değerlendirme)”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar, 3, 22 Aralık 2012, İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2013, s. 13-50.

TEZİÇ, E., *Anayasa Hukuku*, İstanbul 2018.

TUNÇOMAĞ, K. / CENTEL, T., *İş Hukukunun Esasları*, Beta Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, 2013.

YÜZBAŞIOĞLU, N., *Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzeneindeki Yeri Üzerine*, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 1, Mayıs 1994.

AET Hukuku Düzenlemeleri Işığında Tek Kişilik Anonim Şirket

A Single-Member Company in the Light of the European Economic Community Law Regulations

Av. Cüneyd GÜRCAN(*)

Öz:

Avrupa Topluluğu yönergeleri doğrultusunda, bir şirketin paylarının bir kişide toplanması ile bu şirketin tek kişilik şirket haline gelmesi durumunda bu şirketin tek kişilik şirket olduğu ile tek kişinin kimliğinin birlikte dosyasına işlenmesi veya kamuya açık bir sicile tescil edilmesi şarttır gibi düzenlemelerle Üye Devletler üçüncü kişilerin haklarını koruyucu önlemler alabilirler.

Bu çalışmada, bu uygulamanın Türk Ticaret Kanunu'nda nasıl düzenlendiği konusu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Avrupa Ekonomik Topluluğu, Tek Kişilik Anonim Şirket, Pay, Paydaş, Türk Ticaret Kanunu.

Abstract:

Considering the European Directives, certain safeguards may be taken for the protection of the interests of third parties by the Member States countries, likewise where a company becomes a single-member company because all its shares come to be held by a single person, that fact, together with the identity of the sole member, must either be recorded in the file or entered in the register and accessible to the public.

In this study, it has been studied, how this regulation has been adopted to Turkish Commercial Code.

Keywords:

European Economic Community, Single-Member Company, Share, Shareholder, Turkish Commercial Code.

(*) 1 Numaralı İstanbul Barosu Avukatı.
E-posta: cuneyd.gurcan@gurcanlaw.com.
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-9389-9710>.
Makale Gönderim Tarihi: 14.09.2020.
Makale Kabul Tarihi: 08.04.2021.

GİRİŞ

Resmi Gazete'nin 14.02.2011 tarih, 27846 sayısında yayınlanan 6102 Kanun numaralı Türk Ticaret Kanunu (bundan böyle "TTK" olarak anılacaktır) bir önceki yürürlükten kalkan 6762 sayılı Ticaret Kanunu'ndan (bundan böyle "Eski TK" olarak anılacaktır) farklı bir ticari düzenlemeyi uygulamaya getirmiştir.

Resmi Gazete'nin 14.02.2011 tarih, 27846 sayısında yayınlanan 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile de TTK'nın nasıl uygulaması gerekeceği hususlar belirlenmiştir.

TTK'nın uygulaması ile çeşitli yönetmelikler ve tebliğler yayınlanmıştır.¹

¹ YÖNETMELİKLER

1. Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik (RG: 28 Ağustos 2012 - 28395)
2. Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporlarının Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik - (RG: 28 Ağustos 2012 - 28395)
3. Ticaret Şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik - (RG: 28 Ağustos 2012 - 28395)
4. Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik - (RG: 28 Kasım 2012 - 28481)
5. Bağımsız Denetim Yönetmeliği - (RG: 26 Aralık 2012 - 28509)
6. Ticaret Sicili Yönetmeliği - (RG: 27 Ocak 2013 - 28541)
7. Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik - (RG: 31 Mayıs 2013 - 28663)

TEBLİĞLER

1. Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ (RG: 9 Ağustos 2012 - 28379)
2. Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ - (RG: 29 Ağustos 2012 - 28396)
3. Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi Hakkında Tebliğ - (RG: 29 Ağustos 2012 - 28396)
4. Ticaret Şirketlerinde Anonim Şirket Genel Kurulları Dışında Elektronik Ortamda Yapılacak Kurullar Hakkında Tebliğ - (RG: 29 Ağustos 2012 - 28396)
5. Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ - (RG: 19 Ekim 2012 - 28446)
6. Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Aynı Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ - (RG: 30 Ekim 2012 - 28453)
7. Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ - (RG: 15 Kasım 2012 - 28468)
8. Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ - (RG: 19 Aralık 2012 - 28502)
9. Mal ve Hizmet Tedarikinde Alacaklıya Yapılan Geç Ödemelere İlişkin Temerrüt Faiz Oranının Belirlenmesi Hakkında Tebliğ - (RG: 29 Aralık 2012 - 28512)
10. Münfesih Olmasına veya Sayılmasına Rağmen Tasfiye Edilmemiş Anonim ve Limited Şirketler ile Kooperatiflerin Tasfiyelerine ve Ticaret Sicili Kayıtlarının Silinmesine İlişkin Tebliğ - (RG: 30 Aralık 2012 - 28513)
11. Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ - (RG: 14 Şubat 2014 - 28913)
12. Şirket Kuruluş Sözleşmesinin Ticaret Sicili Müdürlüklerinde İmzalanması Hakkında Tebliğ (RG: 6 Aralık 2012 - 29910)

TTK'nın Gerekçesi'nde bu kanuna neden ihtiyaç duyulduğu detaylı olarak açıklanmıştır.

TTK'nın çıkarılmasında etkili olan sebepler olarak ana hatlarıyla;

I. 6762 sayılı Kanunu Doğrudan Etkileyen Gelişmeler

II. AB Tam Üyelğine Aday Olma, Müzakerelere Başlanması Kararı ve “Müzakere Eden Ülke” Konumu

III. Teknolojik Gelişmeler ve İnternet

IV. Uluslararası Piyasaların Bir Parçası Olmak

V. Ticaret Kanununu Etkileyen Yeni Kanunlar

C) Çeşitli Avrupa Ülkelerinde Ticaret Hukuku Reformu

II. Avrupa Ülkeleri

III. AET/AT Hukuku

olarak belirlenmiştir.

TTK'nın AET/AT ile ilgili Gerekçesi aşağıda yer almaktadır.

AET/AT'in uyumlaştırma yönergeleri ile ortak hukuk yaratan tüzükleri ortaya bir “Avrupa şirketler hukuku” çıkarmıştır. Bu yönergelerin ve tüzüklerin düzenlediği konular ve getirdiği kurumlar, şirketler hukukunun güncel sorunlarından kaynaklanmakta, yeni kuramlarla öğretileri yansıtmakta ve reform hedeflerini göstermektedir. 68/151 sayılı ve 09/03/1968 tarihli, “kamuyu aydınlatma yönergesi” diye anılan birinci şirketler hukuku yönergesi,² ultra vires kuralını kaldırmıştır. Ayrıca aynı yönerge tescil edilen bir şirketin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceğini, ancak kısa bir hak düşürücü süre içinde fesih davası açılabilceğini öngörerek tescilin sağlığa kavuşturucu etkisi öğretisine genellik kazandırmıştır. Bu yönerge genel olarak şeffaflığı ve organların işlemleri konusunda üçüncü kişileri koruyucu kuralları geliştirmiştir. 77/91 sayılı 13/12/1976 tarihli, kuruluş ve sermayenin korunmasına ilişkin “sermaye yönergesi” diye anılan ikinci yönerge,³ sermayenin korunması ilkesini pekiştirmiş, bir şirketin kendi hisse senetlerini iktisabı kurumuna devrimsel bir boyut kazandırmıştır. 78/855 sayılı ve 09/10/1978 tarihli şirketlerin birleşmeleri hakkında üçüncü yönerge,⁴ gerek birleşme türleri, gerek alacaklıların ve pay sahiplerinin korunması yönünden, yeni bir açılımdır. 78/660 sayılı ve 25/07/1978 tarihli, bazı ortaklıkların yılsonu finansal tablolarına ilişkin dördüncü yönerge,⁵ şeffaflık ve dürüst resim

13. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 376'ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ (RG: 15 Eylül 2018 - 30536)

² Official Journal (OJ) of European Union (EU) L 65 -14.03.1968.

³ OJ L 26 of EU 31.01.1977.

⁴ OJ L 295 of EU 20.10.1978.

⁵ OJ L 222 of EU 14.08.1978.

verme öğretilerinin şirketler öğretilerine egemen olmasını sağlayan ve Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarının uygulanmasının yolunu açan ayrıntılı bir metindir. 82/891 sayılı ve 17/12/1982 tarihli şirketlerin bölünmelerine ilişkin altıncı yönerge,⁶ bölünme kavram ve türlerinin tanımında, kısmî küllî halefiyet ilkesinin uygulamaya konulmasında, koruma ve sorumluluk hukukunda yol gösterici olmuştur. 83/349 sayılı ve 13/06/1983 tarihli, konsolide hesaplara ilişkin konseyin yedinci yönergesi⁷ ile 84/253 sayılı ve 10/04/1984 tarihli, kanunî denetleme sorumluluğu taşıyan kişilerin, yani denetçilerin şirket hesaplarına ilişkin finansal tabloları onaylamasına ilişkin sekizinci yönerge⁸ de, konusunda önemli bir düzenlemedir. 89/666 sayılı ve 21/12/1989 tarihli, başka bir ülkenin hukukuna tâbi bazı ortaklıkların üye ülkelerden birinde şube açmalarına ilişkin onbirinci yönerge⁹ ile 89/667 sayılı tek ortaklı, sınırlı sorumlu (kapalı) ortaklıklara ilişkin onikinci yönerge¹⁰ ve 2001/86 sayılı ve 08/10/2001 tarihli, Avrupa Ortaklığına İşçilerin Katılmalarına İlişkin Yönerge¹¹ de ulusal hukukları geliştiren metinlerdir.¹²

Yönergeler, sadece AB üyelerine ve üye adaylarına, şirketler hukuku ile ilgili bir reform konuları kataloğu sunmakla kalmamış, aynı zamanda bazı ülkelerde hakim, olumsuz görüşleri de etkisiz hâle getirmiştir. Tek kişilik anonim ve limited şirket yönergesi ve 19/07/2002 tarihli ve 1606/2002 sayılı, Uluslararası Muhasebe Standartlarının Uygulanmasına İlişkin Avrupa Tüzüğü (75 No.lu paragrafa bakınız) bu niteliktedir. Hemen hemen tüm ticaret hukukçularının karşı olduğu sınır aşan birleşmelere ilişkin onuncu yönerge tasarısı da bu konuda diğer bir örnektir.¹³

Gerekçeler arasında yer alan “Tek kişilik Anonim Şirket” ve “Limited Şirket” kavramı ilk olarak Official Journal of the European Union’un 30.12.1989 tarihli sayısında “Tek Kişilik (Üyeli) Sınırlı Sorumlu Ortaklıklara İlişkin Konseyin 89/667/EEC On İkinci Yönergesi”nde belirlenmiştir.^{14, 15}

⁶ OJ L 378 of EU 31.12.1982.

⁷ OJ L193 of EU 18.07.1983.

⁸ OJ L 126 of EU 12.05.1984.

⁹ OJ L 395 of EU 30.12.1989.

¹⁰ OJ L 395 of EU 30.12.1989.

¹¹ OJ L 294 of EU 10.11.2001.

¹² TTK Gerekçe III’üncü Bölüm AET/AT Hukuku 2 no.lu madde 34’üncü paragraf Şirketler Hukuku.

¹³ TTK Gerekçe III’üncü Bölüm AET/AT Hukuku 2 no.lu madde 34’üncü paragraf Şirketler Hukuku.

¹⁴ Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 2020 s. 3 ve ilgili sayfanın 1 numaralı dipnotu.

¹⁵ Twelfth Council Company Law Directive of 21 December 1989 on single-member private limited -liability companies (89/667/EEC), La douzième directive 89/667/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée a un seul associé.

Bu Yönerge 2009 yılında yeni bir sayı almıştır.¹⁶

Bu Yönerge “Directive 2009/102/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 in the area of company law on single-member private limited liability companies (codified version)”¹⁷ (16 Eylül 2009 tarihli 2009/102/AT sayılı tek kişilik (üyesi) sınırlı sorumlu Ortaklıklara ilişkin Avrupa Parlamentosu ve Konsey’in Yönergesi- yasalaşmış metin) olarak düzenlenmiştir.

TTK’nın Gerekçesi’nde de belirtildiği üzere tek kişi ile kurulan veya tek kişi ortaklığa dönüşebilen, tek pay sahipli anonim şirket ile tek pay sahipli limited şirket düzenlemeleri uygulamaya kazandırılmıştır.

Böylelikle Eski TK düzenlemesi uyarınca ortaklık sayısını sağlayabilmek için gerçek sermayedar olmayan kişilerin bir araya gelmesinin (iğreti kuruluş)¹⁸ önüne geçilmek istenmiştir.

Limited şirketlerde kurucu sayısına ilişkin düzenleme TTK 574. maddededir.

Ancak, bu çalışmada 6102 sayılı TTK düzenlemesi uyarınca tek kişilik anonim şirketin hukuki yapısı incelenmiştir.

I. 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU KAPSAMINDA ANONİM ŞİRKETLERİN TEK PAYDAŞLI YAPISI

TTK anonim şirkette bir paydaşın bulunduğu durumu III. Bölüm KURUCULAR başlıklı kısımda 338. maddede düzenlemiştir.

TTK 337. maddesindeki düzenleme kurucunun kim olduğuna ilişkindir.

Devam eden madde olan TTK 338 de ise anonim şirketin hem kuruluşunda hem ticari faaliyetlerine devam ederken sahip olabileceği asgari paydaş sayısı belirlenmiştir.

Buna göre;

2. Asgari sayı

MADDE 338- (1) Anonim şirketin kurulabilmesi için pay sahibi olan bir veya daha fazla kurucunun varlığı şarttır. 330’uncu madde hükmü saklıdır.

(2) Pay sahibi sayısı bire düşerse, durum, bu sonucu doğuran işlem tarihinden itibaren yedi gün içinde yönetim kuruluna yazılı olarak bildirilir. Yönetim kurulu bildirim aldığı tarihten itibaren yedi gün içinde, şirketin tek pay sahipli¹⁹ bir anonim şirket olduğunu tescil ve ilan ettirir. Ayrıca,

¹⁶ Tekinalp, s. 3 - 1 numaralı dipnot.

¹⁷ Directive 2009/102/CE Du Parlement Européen et Du Conseil du 16 septembre 2009 en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée a un seul associé (version codifiée).

¹⁸ Tanım için bkz Tekinalp, s. 19.

¹⁹ Şirket tek pay sahipli değildir. Şirket tek paydaşlı bir şirkettir. Maddede payın tek olduğu belirtilmektedir. Hâlbuki paydaş sayısı tektir.

hem şirketin tek pay sahipli²⁰ olarak kurulması hem de payların tek kişide toplanması hâlinde tek pay sahibinin adı, yerleşim yeri ve vatandaşlığı da tescil ve ilan edilir. Aksi hâlde doğacak zarardan, bildirimde bulunmayan pay sahibi ve tescil ve ilanı yaptırmayan yönetim kurulu sorumludur.²¹

(3) Şirket, tek pay sahibi²² olacak şekilde kendi payını iktisap edemez; ettiremez.

A. Kuruluş Aşaması

TTK 338. maddesi (1) uyarınca “Anonim şirketin kurulabilmesi için pay sahibi olan bir veya daha fazla kurucunun varlığı şarttır.” düzenlemesi sonrası Avrupa Birliği mevzuatlarına uygun olarak anonim şirketin bir paydaş tarafından kurulması imkanı getirilmiştir. Anonim şirket; TTK 329. maddesinde “Sermayesi belirli paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız mal varlığı ile sorumlu bulunan şirket” olarak tarif edilmiştir.

Ancak “Özel kanunlara bağlı anonim şirketler başlıklı MADDE 330- (1) Özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır.” denilmek suretiyle özel kanunlarla kurulmuş anonim şirketlerde ilgili kanunlar uyarınca hareket edilmesi gerekmektedir.

Anonim Şirket’in kurucuları gerçek ve/veya tüzel kişilerdir. 6762 sayılı Eski TK 277. maddesinde; Anonim şirket kurulması için şirkette pay sahibi en az beş (5) kurucu ortağın bulunması ve şirketin faaliyeti esnasında her zaman bu sayının muhafaza edilmesi gerekliliği ile bunun yanısıra ortak sayısının beşin (5)’in altına düşmesi Eski TK 434 madde uyarınca şirketin münfesihi sayılması sebebi olmasına karşılık TTK da şirket kurulurken veya şirketin faaliyeti esnasında bir paydaşın varlığı yeterli sayılmıştır.

Eski TK uygulaması döneminde, bu zorlayıcı düzenleme karşısında anonim şirketlerde sırf ortak sayısının beşi bulması için esasen gerçek sermayedar olmayan farklı miktarda paylara sahip gerçek ve/veya tüzel kişi ortaklar kurucu olarak gösterilir ve ticari faaliyetlerin devamında bu ortaklık sayısını muhafaza edebilmek için en az beş gerçek ve/veya tüzel kişi paydaş olarak belirlenirdi.

TTK bu zorlayıcı düzenlemeyi ortadan kaldırmayı hedeflemiştir

B. TTK Uyarınca Kuruluştan Sonra Paydaş Sayısının Bire Düşmesi

Paydaş sayısının kuruluştan sonra bir paydaşa düşmesi durumunda ise TTK özel bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenleme uyarınca anonim şirketin bir paydaşlı hale gelmesi durumunda tescil ve ilan zorunluğu getirilmiştir.

²⁰ Bkz. dipnot 18.

²¹ Madde gerekçesi şöyledir: “İkinci fıkra: İkinci fıkra, işlem ve hukuk güvenliği ile şeffaflık ilkelerinin gereği olarak öngörülmüştür; 574’üncü madde ile koşuttur.”

²² Bkz. dipnot 18.

TTK 338/2. maddesi uyarınca “*Pay sahibi sayısı bire düşerse, durum, bu sonucu doğuran işlem tarihinden itibaren yedi gün içinde yönetim kuruluna yazı ile bildirilir. Yönetim kurulu bildirim aldığı tarihten itibaren yedi gün içinde, şirketin tek pay sahipli bir anonim şirket olduğunu tescil ve ilan ettirir.*

Ayrıca, hem şirketin tek pay sahipli olarak kurulması hem de payların tek kişide toplanması hâlinde tek pay sahibinin adı, yerleşim yeri ve vatandaşlığı da tescil ve ilan edilir. Aksi hâlde doğacak zarardan, bildirimde bulunmayan pay sahibi ve tescil ve ilanı yaptırmayan yönetim kurulu sorumludur.”

Anonim şirketin pay sahibi sayısının bire düşmesi durumunda bildirimde bulunmayan ve bildirimde bulunmayan bunu tescil ve ilan ettirmeyen yönetim kurulu doğacak zararlardan sorumludur.

Anılan madde yeterince açık değildir.

1. Paydaş(lar) Yönünden

Şöyle ki; birden çok paydaşla kurulmuş veya ticari faaliyeti esnasında birden çok paydaşlı hale gelmiş bir anonim şirketin payları gerçek veya tüzel bir kişide toplanırsa bu sonucu doğuran işlem tarihinden itibaren yedi gün içinde yönetim kuruluna yazı ile bildirilecektir.

Bu bildirim kimin yapacağı hususu, TTK 338/2. maddesi bu bildirim yapılmamasından dolayı doğabilecek zarardan bildirimde bulunmayan “pay sahibi” sorumlu olacaktır denilmek suretiyle belirlenmek istenmiştir. Ancak, madde metni tekil olarak “pay sahibi” demek suretiyle bildirim yükünün bütün payları iktisap etmiş paydaşta mı yoksa, paylarını devir eden paydaş(lar)ın da bildirimde bulunması gerekip gerekmeyeceği madde metninden anlaşılmamaktadır. Son işlemin taraflarından herhangi birinin bu bildirimde bulunması yeterli olacaktır mıdır?

Anonim şirket payları satış, bağışlama, rehin, trampa, miras, miras sözleşmesi, intifa, alım, şufa, vefa gibi hukuki işlemlere konu olabilir. Anonim şirketlerde pay sahipliği iki şekilde kazanılır. Bunlarda ilki aslen iktisap, ikincisi ise devren iktisaptır. Aslen iktisap, şirketin kuruluşunda veya sermaye artırımında payın taahhüt edilmesi yoluyla olur. Bu kazanım hali, kuruluşta esas sözleşmenin veya sermaye artırımında genel kurul aracılığı ile tadil edilen esas sözleşme değişikliğinin ticaret sicil memurluğu tarafından tescil edilmesi ile tamamlanmış olur. Devren iktisap ise, senede bağlanmamış çıplak payın veya senede bağlanmış payın devir alınması yolu ile gerçekleşir.

Payın devrini takip eden hukuki prosedür pay devrinin şirket pay defterine yönetim kurulu kararı sonrası kaydedilmesidir. Şirketin paylarını devir alan kişi(ler) ve/veya paylarını devreden paydaş (lar) payların devredildiğini yönetim kuruluna bildirecek ve payın devrini pay defterine kaydedilmesini talep edeceklerdir.

Pay defterine kayıt yükümlülüğü yönetim kurulundadır.

Dolayısıyla her durumda pay defterine kayıt aranan bir hukuki düzenleme karşısında paydaş sayısının bir veya birden fazla olması arasındaki ayırım TTK da net biçimde belirlenmemiştir.

Bu madde düzenlemesi uyarınca birden fazla paydaşlı anonim şirketlerde her bir pay devrinin yönetim kuruluna işlem tarihinden itibaren yedi gün içinde bildirilmesi mi gerekecektir?

Bir başka örnekle açıklamak gerekirse; (A) şirkette sahip olduğu %30 payını (B) ye devretmiş ancak devir yönetim kuruluna yedi gün içinde bildirilmemiştir. (C) şirkette sahip olduğu %40 payını (B) ye devretmiş ancak devir yönetim kuruluna yedi gün içinde bildirilmemiştir, (D) şirkette sahip olduğu %30 payını (B) ye devretmiştir ancak devir yönetim kuruluna yedi gün içinde bildirilmemiştir. Sonuçta (B) şirketin tüm paylarına sahip olmuş ve şirket tek paydaşlı hale gelmiştir.

Yukarıda yer alan hukuki işlemlerin tarihleri farklı olabilmelerine karşılık herhangi bir hukuki işlemin sonuçlanması şarta bağlanmış, sonradan iptal edilmiş, feshedilmiş olması gibi durumlarda en son işlem ve tarihi hangisi olacaktır?

TTK 338. maddesi uyarınca pay sahibi sayısı bire düşerse, durum bu sonucu doğuran işlem tarihinden itibaren yedi gün içinde yönetim kuruluna yazılı olarak bildirilir.

Uğranılan zarardan bildirimde bulunmayan pay sahibi sorumludur. Cümleden de anlaşılacağı üzere maddede pay sahibi denilmektedir. Zararın ne olabileceği konusu madde metninden anlaşılacakla birlikte, zarara uğradığını iddia eden kişi kimi dava edecektir? Zarara uğrayan kişi önce şirketin hangi işlem sonucu tek paydaşlı duruma düştüğünü tespit edecek olup bunu bildirmeyen devreden paydaş mı yoksa devir alan paydaş mı veya her paydaş birlikte mi dava edecektir? Burada müteselsil bir sorumluluk var mıdır?

Paylarını devreden paydaş (lar) kendi pay devir işleminin şirketi tek paydaşlı şirket haline getirmediğini savunabilecekler midir?

Hayatın olağan akışına göre aykırı bir benzetme olsa da bir an için anonim şirkette tüm payların alınıp alınmadığının bilinemediği bir durumda bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen paydaş doğacak zararlardan sorumlu olacaktır.

TTK yeni düzenlemesi uyarınca tek paydaşa düşen anonim şirkette tek paydaşın sorumluluğu acaba kusursuz sorumluluk benzeri bir düzenleme midir?

Zararın saptanması, tazminatın belirlenmesi, yetkili mahkeme, zamanaşımı konularında, kusursuz sorumluluğu düzenleyen hükümlerde aksi belirtilmiş olmadıkça, Borçlar Kanunu'nun kusura dayanan sorumluluk hükümleri (TBK m.50-58, m.72) uygulanır.

TTK 338. maddede ise yazılı bildirimde bulunmayan paydaşın doğacak zarardan sorumlu olduğu belirtilmiştir.

Zararı, zarara uğrayan kişinin ispat etmesi gerekir. Bildirimde bulunmayan paydaşın kusurlu olup olmadığının bir önemi yok mudur? TTK 338. madde bu yönüyle de belirsizlik göstermektedir.

2. Yönetim Kurulu Yönünden

a. Süreler

Yönetim kurulu şirketin pay sahibi sayısının bire düştüğü bildirim alınıldığından paydaş tarafından bildirilmesi üzerine yazılı bildirim alınıldığı tarihten itibaren yedi gün içinde şirketin tek pay sahipli²³ bir anonim şirket olduğunu tescil ve ilan ettirir.

Yönetim kurulu yedi günü nasıl hesaplayacaktır?

Ancak, TTK 338. maddesinde yer alan yedi günlük süre bildirim alınıldığı tarihten itibaren başlamaktadır. Nitekim Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 23. maddesi TTK'nın yürürlüğe girmesinden önce tek ortaklı bir şirket haline gelen anonim ortak paydaşının TTK'nın yürürlüğe girmesinden itibaren 15 gün içinde yönetim kuruluna bildirimde bulunması gerektiğini belirtmekte ve devamında ise,²⁴ yönetim kurulunun tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde, Türk Ticaret Kanununun 338 ve 574'üncü maddelerinde öngörülen hususları tescil ve ilân ettirirler demektir.

Bu görüş doğru ise bildirim yönetim kurulu tarafından alındığı tarih ilk gün sayılacaktır. Sürenin hesabı bu şekilde yapılacak ise bu düzenleme genel kabul gören gün hesaplamalarına aykırı bir durum yaratmaktadır. Örneğin tebligat ile ilgili süre tebligatın alındığı tarihi takip eden günden başlamaktadır. Borçlar Kanunu madde 92 ye göre sözleşmenin kurulduğu gün dikkate alınmaz.²⁵

Bildirimi alan yönetim kurulu ayrıca bu süre içinde bir karar alıp pay devrini pay defterine işlemesi gerekmektedir.

Yönetim kurulunun pay devrinin TTK ve esas sözleşme uyarınca pay defterine kaydedilmesini uygun görmediği bir durumda ne olacaktır?

²³ Yukarıda 18 no.lu dipnot.

²⁴ IV - TEK PAY SAHIPLI ANONİM ŞİRKETLER İLE TEK ORTAKLI LİMİTED ŞİRKETLER Madde 23 - (1) Herhangi bir sebeple bir anonim şirketin tek pay sahibi ve bir limited şirketin tek ortağı olan gerçek veya tüzel kişi, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren onbeş gün içinde, bu sıfatını, adını, adresini, vatandaşlığını, anonim şirketlerde yönetim kuruluna, limited şirketlerde müdüre veya müdürlere noter aracılığıyla bildirir. Bildirimin muhatapları, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde, Türk Ticaret Kanununun 338 ve 574'üncü maddelerinde öngörülen hususları tescil ve ilân ettirirler; aksi hâlde anılan maddelerde öngörülen hukuki sonuçlar doğar.

²⁵ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 92 - Bir borcun veya taraflardan birine düşen herhangi bir yükümlülüğün sözleşmenin kurulmasından başlayarak belli bir sürenin sonunda ifası gerekiyorsa, ifa zamanı aşağıdaki biçimde belirlenir: 1. Gün olarak belirlenmiş süre, sözleşmenin kurulduğu gün sayılmaksızın, bu sürenin son günü dolmuş olur.

TTK 338. maddesinin tescil ve ilanın bildirimden itibaren yedi gün içinde yapılmasını istediği bir durumda bu düzenlemeyi nasıl anlamamız gerekecektir?

TTK 494. maddesi yönetim kurulunun pay devrine onay vermesi halini düzenlemiştir.

b) Hükümleri

MADDE 494- (1) Devir için gerekli olan onay verilmediği sürece, payların mülkiyeti ve paylara bağlı tüm haklar devredende kalır.

(2) Payların miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gereği iktisap edilmeleri hâlinde, bunların mülkiyeti ve bunlardan kaynaklanan malvarlığına ilişkin haklar derhâl; genel kurula katılma haklarıyla oy hakları ise ancak şirketin onayı ile devralana geçer.

(3) Şirket, onaylamaya ilişkin istemi, aldığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde reddetmemişse veya ret haksızsa, onay verilmiş sayılır.

Anılan maddeye göre yönetim kurulunun şirketteki pay devrini onaylama veya reddetme kararı verebilmesi için kanunen tanınan süre üç aydır. Üç ay içinde karar alınmadığı takdirde veya ret kararı haksızsa pay devrine onay verilmiş sayılmaktadır.

TTK 338. maddesi bu yönüyle de açık değildir. TTK 494. ile TTK 338. maddeleri süreler bakımından farklı bir düzenleme getirmektedir.

TTK 338. maddesinin özel bir düzenleme olduğu karinesi iddiası karşısında yönetim kurulu birden çok üyeye sahip olduğu bir durumda toplantı daveti, toplantı gündemi gibi esas sözleşmesinde yer alan düzenlemeler ne olacaktır?

Esas sözleşmesinde toplantı gününün toplantı davetinin yapıldığı tarihten sonra en erken on beş gün sonrasında toplanacağı öngörülen varsayımsal bir durumda yönetim kurulu TTK 338. maddesindeki düzenlemesine göre süresinde tescil ve ilanı yaptırılmayacak ve varsa doğacak zarardan sorumlu olacaktır.

b. Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu

Yönetim Kurulu üyelerinin sorumluluk durumları²⁶ TTK'nın farklı maddeleri içerisinde belirlenmiştir.

- TTK 451. maddesi uyarınca, yönetim kurulu bir kurul halinde veya üyelerinin kişisel olarak kötü niyetle genel kurul kararı aleyhine iptal davası açmasından doğan sorumluluk,²⁷

²⁶ Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu-2021- Dr. Öğretim Görevlisi Serhan Dinç - sayfa 91 ve devamı.

²⁷ 451(1) IV - Kötü niyetle iptal ve butlan davası açanların sorumluluğu
Madde 451 - (1) Genel kurulun kararına karşı, kötü niyetle iptal veya butlan davası açıldığı takdirde, davacılar bu sebeple şirketin uğradığı zararlardan müteselsilen sorumludurlar.

- TTK 549. maddesi uyarınca, esas sermayenin usulsüz olarak arttırılmasından veya azaltılmasından doğan sorumluluk,²⁸
- Şirketin iflası halinde Yönetim Kurulu üyelerinin sorumluluğu,
- TTK 393. maddesi uyarınca müzakerelere katılma yasağının ihlal edilmesinden doğan sorumluluk,
- TTK 395. maddesi uyarınca, ortaklıkla işlem yapma yasağının ihlal edilmesinden doğan sorumluluk,²⁹
- TTK 396. maddesi uyarınca Rekabet Yasağının ihlal edilmesinden doğan sorumluluk,³⁰
- TTK 549. maddesi uyarınca Belge ve beyanların kanuna aykırı olmasından doğan sorumluluk,

Yukarıda belirtilen yönetim kurulu ve üyeleri için getirilmiş bazı hukuki sorumluluk halleri dikkate alındığında şirketin bir paydaşa düştüğü bir durumda yönetim kurulu ve üyeleri kendileri için getirilmiş hukuki sorumluluklar ve en mühimi sahip oldukları haklar ve yetkiler nedeniyle tek kişilik anonim şirketini kendisine yapılan bildirimden itibaren yedi gün içinde tescil ve ilan ettiremeyebilir.

Şöyle ki: paydaş(lar) tarafından yapılmış bildirim alan yönetim kurulu öncelikle gündemi belirleyerek bir toplantı tarihini belirlemek zorundadır.

Toplantı davetini alan her bir üye TTK 392. maddesi uyarınca bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmak isteyebilir.³¹

²⁸ I - Belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması

Madde 549 - (1) Şirketin kuruluşu, sermayesinin artırılması ve azaltılması ile birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul kıymet çıkarma gibi işlemlerle ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanlar sorumludur.

²⁹ VI - Şirketle işlem yapma, şirkete borçlanma yasağı

Madde 395 - (1) Yönetim kurulu üyesi, genel kuruldan izin almadan, şirketle kendisi veya başkası adına herhangi bir işlem yapamaz; aksi hâlde, şirket yapılan işlemin batıl olduğunu ileri sürebilir. Diğer taraf böyle bir iddiada bulunamaz.

³⁰ Madde 396 - (1) Yönetim kurulu üyelerinden biri, genel kurulun iznini almaksızın, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticari işlemlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremez.

³¹ 3. Bilgi alma ve inceleme hakkı

Madde 392 - (1) Her yönetim kurulu üyesi şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilir, soru sorabilir, inceleme yapabilir. Bir üyenin istediği, herhangi bir defter, defter kaydı, sözleşme, yazışma veya belgenin yönetim kuruluna getirilmesi, kurulca veya üyeler tarafından incelenmesi ve tartışılması ya da herhangi bir konu ile ilgili yöneticiden veya çalışandan bilgi alınması reddedilemez. Reddedilmişse dördüncü fıkra hükmü uygulanır.

Herhangi bir yönetim kurulu üyesinin bilgi ve evrak talep etmesi anılan maddeye göre reddedilemez bir taleptir.

Bu durumda şirketin tek paydaşlı bir ortaklık haline geldiğinin paydaş tarafından bildirilmesi durumunda herhangi bir üye TTK 392. maddesi uyarınca bilgi alma hakkını kullanmak isterse, bilgi ve belge toplanmasının da yedi gün içinde tamamlanması gerekeceğinin mi anlaşılması gerekecektir?

Bilgi alma hakkının kullanılmasından sonra belki bir üyenin veya birden fazla üyenin müzakerelere katılmama kararı verebileceği de göz ardı edilmemesi gereken bir husustur.

Bu ve/veya sair sebeplerle TTK 494/3. maddesi “*Şirket, onaylamaya ilişkin istemi, aldığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde reddetmemişse veya ret hakkızsızsa, onay verilmiş sayılır.*” düzenlemesi için yönetim kuruluna üç aylık bir süre vermiştir.

Halbuki TTK 338. maddesi uyarınca yönetim kurulunun tescil ve ilan yaptırması için sadece yedi günlük bir süresi bulunmaktadır. Madde bu haliyle yönetim kurulu üyelerinin diğer sorumluluklarından muaf tutmamakta aksine bu sorumlulukları yanında yönetim kuruluna yeni bir sorumluluk daha yüklemektedir.

Çalışmamızda tespit etmeye çalıştığımız nokta paydaşın tek paydaşlı şirkete dönüştüğüne nasıl karar verdiği ile yönetim kurulunun bu bildirim almasından itibaren yedi gün içinde keyfiyeti tescil ve ilan etmemesi halinde doğacak zararlardan bildirim yapmayan paydaş(lar) ve bildirim alan yönetim kurulunun tescil ve ilanı yapmamasından doğan zararlardan sorumlu olduklarıdır.

Tek paydaşa düştüğünü iddia eden paydaş son işlemi ve bağlı olarak hukuki durumunu nasıl belirleyecektir?

Paydaş kendi belirlemesine göre son işleme göre bildirimde bulunmuş ve keyfiyeti yönetim kuruluna bildirmiştir.

Ancak, birden fazla paydaşla paylarının devri ile ilgili hukuki işlem yapmış olan paydaşın hukuki işlemlerinden önce gelenlerinden herhangi biri hakkında kanuni süreler içinde hukuki bir ihtilaf doğması ihtimali vardır.

Bu bakımdan paydaşa yedi gün içinde bildirim yükü getirilmesi ile yönetim kuruluna bildirim almasından sonra yedi günlük tescil ve ilan yükümlüğü getirilmesi hukuki sorunlar yaratabilecektir.

Ayrıca, yönetim kurulu, şirket paydaş(ları) tarafından ortaklığın tek paydaşlı şirket olduğuna ilişkin bildirim olmadığı halde çeşitli pay devirlerini pay defterine kayıt aşamasında ortaklığın tek paydaşa düştüğünü tespit etmesi durumunda madde metnine göre tescil ve ilan yükümlülüklerinin paydaş(lar) tarafından yapılması gereken bildirim şartına bağlı olan yönetim kurulunun böyle bir durumda re’sen hareket etme imkanı veya yükümlülüğü var mıdır? Yönetim kurulunun buna ilişkin sorumluluğu TTK 338. maddede belirlenmemiştir. 2009/102 sayılı

Yönerge 3'üncü maddesi şirketin paylarının bir kişide toplanması durumunda bu hususun ve tek paydaşın kimliğinin tescile ilişkin 68/151/CEE sayılı yönergeye atıf yaparak tescil ve ilan edilmesi gerektiğini belirtmektedir.³² 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 23. maddesi TTK'nın yürürlüğe girmesinden önce tek ortaklı bir şirket haline gelen anonim ortak paydaşının TTK'nın yürürlüğe girmesinden itibaren 15 gün içinde yönetim kuruluna bildirimde bulunmasını istemiştir.³³

Bu durumda tek paydaşlı hale gelen şirketin tek paydaşı keyfiyeti her durumda bildirme yükümlülüğü olduğu ve bu bildirim olmadan yönetim kurulunun re'sen hareket edemeyeceği düşünülmelidir.

Bu nedenlerle TTK 338. maddesi paydaşa bildirim yükümlülüğü getirerek farklı bir düzenleme getirmiştir. Bir başka deyişle tek paydaşlı bir şirkete dönülmüş olması sadece tek paydaş kalma iradesinin ilgili paydaş tarafından ileri sürülmesi bir ön şart mıdır?

Nitekim TTK 338/2. maddesi "... *Yönetim kurulu bildirim aldığı tarihten itibaren yedi gün içinde, şirketin tek pay sahipli bir anonim şirket olduğunu tescil ve ilan ettirir.*" Düzenlemesi altında tek paydaşlı olma iradesi bulunmaktadır.

Anonim şirket TTK 329. maddesi uyarınca "anonim şirket sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan şirkettir." Buna bağlı olarak TTK 487 uyarınca pay senedinin itibari değerinin, kaç payı içerdiğini belirtmesi gerekmektedir.

Bu durumda, yönetim kurulu bildirim aldıktan sonra tescil ve ilan edeceği husus TTK 338/2. Maddesine göre şirketin tek pay sahipli bir anonim şirket olacaktır.

Tek pay ile tek paydaş aynı hukuki kavramlar değildir. Bu sebeple tek paydaşa düşen bir anonim şirkette tek paydaş yönetim kuruluna şirketin tek paydaşlı olduğunu bildirmesindeki amaç sahip olduğu payları devir ve temlik etmeyeceği iradesi olmakta ve bu bildirim alan yönetim kurulu da çıkarılmış pay senetlerinin sayısı ve kupürleri dikkate almayarak şirketin sermayesini temsil eden bir tek pa-

³² Article 3

Where a company becomes a single-member company because all its shares come to be held by a single person, that fact, together with the identity of the sole member, must either be recorded in the file or entered in the register as referred to in Article 3(1) and (2) of Directive 68/151/EEC or be entered in a register kept by the company and accessible to the public.

³³ IV - Tek Pay Sahipli Anonim Şirketler ile Tek Ortaklı Limited Şirketler

Madde 23 - (1) Herhangi bir sebeple bir anonim şirketin tek pay sahibi ve bir limited şirketin tek ortağı olan gerçek veya tüzel kişi, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren onbeş gün içinde, bu sıfatını, adını, adresini, vatandaşlığını, anonim şirketlerde yönetim kuruluna, limited şirketlerde müdüre veya müdürlere noter aracılığıyla bildirir. Bildirimin muhatapları, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde, Türk Ticaret Kanununun 338 ve 574'üncü maddelerinde öngörülen hususları tescil ve ilân ettirirler; aksi hâlde anılan maddelerde öngörülen hukuki sonuçlar doğar.

yın bulunduğunu ve pay sahibinin kimliğini mi tescil ve ilan edecektir? Farklı bir ifade ile şirketin sermayesi tek bir payda mı toplanması gerekmektedir?

TTK 338. maddesi uyarınca paydaşın bilgilendirmesi iradesi şirketin paydaş sayısının bire düşmesi olurken TTK 338/2. maddesi uyarınca yönetim kurulunun tescil ve ilan ettireceği husus şirketin tek pay sahipli bir şirket olacaktır.

Kanaatimce, maddenin bu haliyle TTK ya dahil edilmesinde TTK gerekçesinde yer almış olmasına karşılık AT yönergelerinin belirlemelerinin dikkate alınmış olmasına karşılık tek paydaşlı bir şirkette tek paydaşın iradesi önem arz etmekte olduğu karinesi doğmaktadır.

Şöyle ki; Gerek TTK gerekçesinde gönderme yapılan yönergeler gerek tek kişilik sınırlı sorumlu ortaklıkların belirlendiği 21 Aralık 1989 tarih 89/667/EEC sayılı ve 16 Eylül 2009 tarih 2009/102/EC sayılı *Yönergelerde*,³⁴ genel olarak *şeffaflığı ve organların işlemleri konusunda üçüncü kişileri koruyucu kurallar sermayenin korunması, bir şirketin kendi hisse senetlerini iktisabı, şirketlerin birleşmeleri, birleşme türleri, yılsonu finansal tabloları, Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarının uygulanması, şirketlerin bölünmeleri, bölünme kavram ve türlerinin tanımı, kısmi küllî halefiyet ilkesi, konsolide hesaplar, kanunî denetleme sorumluluğu taşıyan kişilerin, yani denetçilerin şirket hesaplarına ilişkin finansal tabloları onaylaması, başka bir ülkenin hukukuna tâbi bazı ortaklıkların üye ülkelerden birinde şube açmaları, Uluslararası Muhasebe Standartlarının Uygulanması* esaslarının dikkat alınması gerekeceği saptanmıştır.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki anılan 2009/102/EC sayılı yönergenin 2. ve 3. paragraflarında hangi yönergelerin sınırlı sorumlu ortaklıklara uygulanacağını belirtmektedir. Buna göre 68/151 sayılı kamuyu aydınlatma yönergesi, 78/660/EC bazı ortaklıkların yılsonu finansal tablolarına ilişkin yönergesi, 89/349 sayılı konsolide hesaplara ilişkin yönergesi, 77/91 sayılı kuruluş ve sermayenin korunmasına ilişkin “sermaye yönergesi” yönergesinin tüm sınırlı sorumlu ortaklıklara uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

Kanaatimce, yukarıdaki düzenlemelere ilave olarak 2009/102/EC sayılı direktifin 5’inci paragrafı da TTK 338 in belirlediği zararının sınırlarını çizen bir başka düzenlemedir.³⁵

³⁴ Bkz. dipnot 14 ve 16.

³⁵ (5) A private limited liability company may be a single-member company from the time of its formation may become one because its shares have come to be held by a single shareholder. Pending the coordination of national provisions on the laws relating to groups, Member States may lay down certain special provisions and penalties for cases where a natural person is the sole member of several companies or where a single-member company or any other legal person is the sole member of a company. The sole aim of this power is to take account of the differences which exist in certain national laws. For that purpose, Member States may in specific cases lay down restrictions on the use of single-member companies or remove the limits on the liabilities of sole members. Member States are free to lay down rules to cover the

Buna göre anılan Yönerge tek kişilik sınırlı sorumlu ortaklık haline gelen şirketin bilhassa ödenmiş sermayesinin güvenceye alınmasının önemini vurgulamış ve üye devletlerin tek kişi ortaklı şirketlerin tek paydaşın birden çok tek paydaşlı şirkette ortak olup olmayacağı, tek paydaşlı bir şirketin başka bir tek paydaşlı şirkette paydaş olup olmayacağına ilişkin düzenlemeler, yasaklamalar getirebileceğini belirlemiştir.

Bu noktadan hareketle de tek paydaşa düşen bir şirketin ve tek paydaşın kimliğinin tescil ve ilan edilmesi gerektiğini önermiştir.

Bu karara dayanak yapılan 9 Mart 1968 tarihli İlk Konsey Yönergesi'nin Birinci Bölüm 3. maddesinde üçüncü kişilerin tescil edilen hususlardan ancak ilan sonrası öğrenebileceğini, tescil edilen hususun ise ancak şirketin üçüncü kişinin tescil keyfiyetinden haberdar olduğunu ispat etmesi halinde üçüncü kişiye ileri sürülebileceğini hüküm altına almıştır.³⁶

Netice;

Yönergeler ışığında çok paydaşlı bir şirketin tek paydaşlı bir şirkete dönüşmesinde tescil ve ilanın sebep ve amaçları belirlenmiş olup bunun gerçekleşmesi durumunda ise korunan menfaatler ile yükümlülükler belirlenmiştir.

Bir başka deyişle sebep sonuç ilişkisi içinde sorumluluklar belirlenmiştir.

Buna karşılık TTK 338. maddesi tek paydaşlı hale gelen bir şirkette yedi gün içinde bildirimde bulunmayan paydaş ve bildirim karşın yedi gün içinde tescil ve ilan yaptırmayan yönetim kurulunu doğabilecek zararlardan sorumlu tutmaktadır.

Bu hukuki düzenleme hem TTK hükümlerine aykırı hem zarar kavramının ve dava açabilmesi için hukuki yararı³⁷ arayan Hukuk Muhakemeleri Kanunu bakımından dava açacak üçüncü kişiler bakımından belirsizlikler içermektedir.

risks that single-member companies may present as a consequence of having single members, particularly in order to ensure that the subscribed capital is paid.

(6) The fact that all the shares have come to be held by a single shareholder and the identity of the sole member should be disclosed by an entry in a register accessible to the public.

³⁶ 5. The documents and particulars may be relied on by the company as against third parties only after they have been published in accordance with paragraph 4, unless the company proves that the third parties had knowledge thereof. However, with regard to transactions taking place before the sixteenth day following the publication, the documents and particulars shall not be relied on as against third parties who prove that it was impossible for them to have had knowledge thereof.

³⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu İKİNCİ BÖLÜM Dava Şartları ve İlk İtirazlar Madde 114

BİRİNCİ AYIRIM

Dava Şartları

(1) Dava şartları şunlardır:

a, b, c, d, e, f, g

h) Davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması.

Bilhassa zarar tanımının belirgin hale getirilmesi ve yukarıda temas etmeye çalıştığım sair konuların açıklığa kavuşturulması gerektiği kanaatimi paylaşmak isterim.

Aksi halde süreleri kaçıran paydaşın paylarından bir bölümünü gerçek sermayedar olmayan birine (saman adam, iğreti ortak) devrederek bu sorumluluktan kaçınma yollarını arama ihtimalini ortaya çıkarır.

Ayrıca tek paydaşlı bir şirketin çok paydaşlı bir şirkete dönüşürken, yapılmasının uygun olacağını düşünerek tescil ve ilan konularının da TTK düzenlemesinin de belirsiz olduğunu belirtmek isterim. TTK hükümleri uyarınca pay devirleri ve yeni paydaş isimleri ve unvanları tescil ve ilan edilmemektedir. Hatta genel kurul tutanaklarında bile toplantıya katılanların ismen belirlenmelerine de gerek yoktur. Tek paydaşlı iken çok paydaşlı bir şirkete dönüşen anonim şirket sicil kaydında tek paydaşlı şirket olarak gözükmeye devam edecektir.

KAYNAKÇA

DİNÇ, Serhan, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, 2021.

TEKİNALP, Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2020.

AVRUPA TOPLULUĞU YÖNERGELERİ

68/151 sayılı ve 09/03/1968 tarihli.

77/91 sayılı 13/12/1976 tarihli.

78/855 sayılı ve 09/10/1978 tarihli.

78/660 sayılı ve 25/07/1978 tarihli.

82/891 sayılı ve 17/12/1982 tarihli.

83/349 sayılı ve 13/06/1983 tarihli.

89/666 sayılı ve 21/12/1989 tarihli.

89/667 sayılı ve 30.12.1989 tarihli.

2009/102 sayılı ve 16 Eylül 2009 tarihli.

1606/2002 sayılı ve 19/07/2002 tarihli.

YÖNETMELİKLER

Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik - (RG: 28 Ağustos 2012 - 28395).

Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporlarının Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik - (RG: 28 Ağustos 2012 - 28395).

Ticaret Şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik - (RG: 28 Ağustos 2012 - 28395).

Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik - (RG: 28 Kasım 2012 - 28481).

Bağımsız Denetim Yönetmeliği - (RG: 26 Aralık 2012 - 28509).

Ticaret Sicili Yönetmeliği - (RG: 27 Ocak 2013 - 28541).

Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik - (RG: 31 Mayıs 2013 - 28663).

TEBLİĞLER

Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ - (RG: 9 Ağustos 2012 - 28379).

Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ - (RG: 29 Ağustos 2012 - 28396).

Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi Hakkında Tebliğ - (RG: 29 Ağustos 2012 - 28396).

Ticaret Şirketlerinde Anonim Şirket Genel Kurulları Dışında Elektronik Ortamda Yapılacak Kurullar Hakkında Tebliğ - (RG: 29 Ağustos 2012 - 28396).

Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ - (RG: 19 Ekim 2012 - 28446).

Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Aynı Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ - (RG: 30 Ekim 2012 - 28453).

Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ - (RG: 15 Kasım 2012 - 28468).

Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ - (RG: 19 Aralık 2012 - 28502).

Mal ve Hizmet Tedarikinde Alacaklıya Yapılan Geç Ödemelere İlişkin Temerrüt Faiz Oranının Belirlenmesi Hakkında Tebliğ - (RG: 29 Aralık 2012 - 28512).

Münfesi Olmasına veya Sayılmasına Rağmen Tasfiye Edilmemiş Anonim ve Limited Şirketler ile Kooperatiflerin Tasfiyelerine ve Ticaret Sicili Kayıtlarının Silinmesine İlişkin Tebliğ - (RG: 30 Aralık 2012 - 28513).

Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ - (RG: 14 Şubat 2014 - 28913).

Şirket Kuruluş Sözleşmesinin Ticaret Sicili Müdürlüklerinde İmzalanması Hakkında Tebliğ - (RG: 6 Aralık 2012 - 29910).

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 376'ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ - (RG: 15 Eylül 2018 - 30536).

Hamiline Yazılı Pay Senetlerinin Merkezi Kayıt Kuruluşuna Bildirilmesi ve Kayıt Altına Alınması Hakkında Tebliğ - (RG: 06 Nisan 2021 - 31446).