



HUKUK FAKÜLTESİ

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

Yıldırım Beyazıt Law Review

YBHD • Yıl 8 • Sayı 2023/1

ISSN: 2149-5831
E-ISSN: 2791-8971



YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

YBHD'nin Temmuz 2023'te çıkacak yeni sayısı için 30.04.2023 tarihine kadar Türkçe, İngilizce, Almanca veya Fransızca dillerinden birinde yazılmış çalışmalarınızı <http://yghukukdergisi.com> adresinden ulaşabileceğiniz Dergipark sayfamızdan bizlere ulaştırabilirsiniz. E-mail ile makale kabulü yapılmayacaktır.

YBHD

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
Yıldırım Beyazıt Law Review

MAKALE ÇAĞRISI CALL FOR PAPERS

Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmış hukukun çeşitli alanlarıyla ilgili makale, çeviri ve karar tahlillerinizi Dergipark sistemi üzerinden bize ulaştırabilirsiniz.

Yıldırım Beyazıt Law Review accepts submissions in the form of articles, commentaries and case notes in Turkish, English, German and French in all fields of law, for any query or submissions kindly contact via YBHD-Dergipark web site.

FOR THE ISSUE OF
2023/2
SAYISI İÇİN

Son Gönderim Tarihi / Deadline For Submissions: 30.04.2023

Web Sitesi / Web Site: <https://www.aybu.edu.tr/ybhd/>

Dergipark: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ybuhukuk>

İletişim / Contact: ybhukukgergisi@ybu.edu.tr

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi 15 Temmuz Şehitleri Binası Etlik-Keçiören/ANKARA

<https://www.aybu.edu.tr/ybhd/> • ybhukukdergisi@ybu.edu.tr



ANKARA YILDIRIM BEYAZIT
ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

Yıldırım Beyazıt Law Review

YBHD • 2023/1

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review

Adına Yayın Sahibi / Owner on Behalf

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Managing Editor

Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

EDİTÖRLER KURULU

Baş Editör

Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Editörler

Dr. Öğr. Üyesi Belkıs VURAL ÇELENK

Dr. Öğr. Üyesi Anıl Güven YÜKSEL

Yabancı Dil Editörleri

Dr. Öğr. Üyesi Ebru DEMİR (*İngilizce Dil Editörü*)

Dr. Öğr. Üyesi Tuğrul ÇAKIR (*Fransızca Dil Editörü*)

Arş. Gör. Dr. Koroğlu KAYA (*Almanca Dil Editörü*)

Editör Yardımcıları

Arş. Gör. Emre İkbal AÇIKGÖZ - Arş. Gör. Ömer Vehip ÖNEN

Arş. Gör. Dilara KARLI - Arş. Gör. Hatice ATALAY

Arş. Gör. Mehmet Zahid YENER - Arş. Gör. Sıdıka BULUŞ

Arş. Gör. Muhammed Emin YILDIZ - Arş. Gör. Elif Banu ÜNAL

Arş. Gör. Miray ÖZHAN

ISSN: 2149-5831

E-ISSN: 2791-8971

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD) 6 aylık yaygın süreli hakemli bir dergidir.

"Dergide yayınlanan yazılardaki görüşler yazarlarına aittir."

Yayın Türü / Publication Type: Uluslararası Süreli Yayın / *International Periodical Publication*

Yönetim Yeri Adresi / Place of Management: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
15 Temmuz Şehitleri Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Etlik / ANKARA

Tel. / Phone: (+90) 312 906 21 02 • **Belge Geçer / Fax:** (+90) 312 906 29 62

Elektronik Ağ / Website: www.ybhukukdersisi.com

E-posta / E-mail: ybhukukdersisi@ybu.edu.tr - ybhukukdersisi@aybu.edu.tr

YAYIN KURULU

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakóltesi</i>
Prof. Dr. Murat ATALI	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi</i>
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	<i>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi</i>
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakóltesi</i>

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Yücel ACER	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakóltesi</i>
Prof. Dr. Murat ATALI	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi</i>
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ	<i>İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakóltesi</i>
Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakóltesi</i>
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	<i>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi</i>
Prof. Dr. Murat DOĞAN	<i>Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakóltesi</i>
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi</i>
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi</i>
Prof. Dr. Cemil KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi</i>
Prof. Dr. Mahmut KOCA	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakóltesi</i>
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi</i>
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi</i>
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	<i>Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi</i>
Prof. Dr. Kemal ŐENOCAK	<i>Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi</i>
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŐKAN	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakóltesi</i>
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi</i>
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi</i>
Assoc. Prof. Dr. Pablo FERNANDEZ	<i>Carballo-Calero Univeristy of Vigo Faculty of Law</i>

Saygıdeğer Okuyucularımız,

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nin (YBHD) 15. sayısını (2023/1) sizlerle buluşturmanın heyecanını ve sevincini yaşıyoruz. Tr Dizin, EBSCO, Heinonline ve Asos indekslerinde taranan Dergimiz, siz değerli okuyucularımızın da katkısı ve ilgiyle, yayın hayatına başladığı 2016 yılından bugüne kadar istikrarlı bir şekilde faaliyetini sürdürmektedir.

Gelinen noktada, makalelerin takibinden, hakemlik sürecine ve dizgi aşamasındaki en ufak ayrıntılarına kadar çok emek harcayarak yayına hazırladığımız dergimiz gerek akademisyenler gerekse de uygulayıcılar tarafından tercih edilen bir dergi olmayı başarmış; her yeni sayı için daha çok okuyucuya ulaşmayı hedeflemeye devam etmiştir.

YBHD'nin bu sayısında hukukun çeşitli alanlarından hem teori hem de uygulamaya ilişkin beşi kamu hukukuna, beşiyse özel hukuka ilişkin değerli on makale yer almaktadır.

Makale gönderen bütün yazarlarımıza ve makaleleri titizlikle inceleyen, değerli görüşlerini bizlerle paylaşan ve herhangi bir karşılık beklemezsizin hakemlik yaparak katkılarını esirgemeyen bütün Hocalarımıza bu vesileyle teşekkürü bir borç biliriz.

Yayın aşamasındaki çalışmalarımızda desteklerini sunan herkese ve özellikle de Yayın Kurulu'ndaki bütün arkadaşlarımıza teşekkür eder, hepinize saygılarımızı sunarız. Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle...

YBHD Editörler Kurulu

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review (YBLR)

İÇİNDEKİLER / CONTENTS^(*)

Editörler Kurulundan	vi
İçindekiler	vii

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Fayda ve Zarar Unsurlarının Varlığının İntihal Yargılamasına Tesiri

Impact of Existence of Benefit and Loss Factors on Plagiarism Judgment

Dr. Yalçın ARSLANTÜRK - Arş. Gör. Refika SOYAL 1

Ceza Muhakemesi Kapsamında Vergisel Arama

Tax Research in Scope of Criminal Procedure

Dr. Öğr. Üyesi Ömer ÇELEN..... 43

Noterin Hukuki Statüsü ve Hukuki Sorumluluğu Sorunu

The Problem of the Notary's Legal Status and Legal Liability

Bahar ERDOĞDU BİLGİLİ..... 71

Karşılaştırmalı Hukukta Şüpheli İşlem Bildirimi ve Mali İstihbarat Birimleri

Suspicious Transactions Report and Financial Intelligence Units in Comparative Law

Orçun KİREMİTÇİ 107

Vatandaşlıktan Yoksun Bırakmada Gözetilmesi Gereken İlkeler: İnsan Hakları Açısından Bir Değerlendirme

Principles to be Considered in Deprivation of Citizenship: An Evaluation from the Perspective of Human Rights

Dr. Ertuğrul YAZAR..... 165

(*) Makaleler yazarların soyadlarına göre sıralanmıştır.

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Uluslararası Yatırım Tahkiminde Vatandaşlık Meselesine (Yeniden) Bakış:

Serafin Garcia Armas v Venezuela

Nationality of Investor in Investment Arbitration Revisited:

Serafin Garcia Armas v Venezuela

Öğr. Gör. Dr. Aysun BOLACA223

Türk Hukukunda Konkordatonun Feshi

Termination of the Concordat in Turkish Law

Mine ERCEVAHİR243

A Comparative Study on the Transfer of Workplace (or Business) and Protection of Employees

İşyerinin (veya İşletmenin) Devri ve İşçilerin Korunmasına İlişkin Karşılaştırmalı Bir İnceleme

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN - Assoc. Prof. Dr. Hüsnü TURANLI285

Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Kişisel Verilerinin Korunması

Protection of Consumers' Personal Data in Distance Contracts

Dr. Miray ÖZER DENİZ311

Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedeli Artış Oranının Belirlenmesine İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi

The Evaluation of Limitations on Determining of the Rate Increase of Rent in Leases of Residential and Roofed Workplaces

Arş. Gör. Dr. Özlem SARI FİDAN345

DÜZELTME

Siyasi Partilerin Kapatılması ve Demokratik Toplumda Gereklik İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep HAZAR381

KAMU HUKUKU

FAYDA VE ZARAR UNSURLARININ VARLIĞININ İNTİHAL YARGILAMASINA TESİRİ^(*)

Dr. Yalçın ARSLANTÜRK^()**

Arş. Gör. Refika SOYAL^(*)**

ÖZET

Bilimsel çalışmaların özgünlüğü temel olarak etik kurallara riayetle sağlanabilmektedir. Bu kuralların başında ise intihal yasağı gelir. İntihal yasağının herhangi bir fikrin, ortaya atıldığı ilk eser ile irtibatının korunmasına yönelik mahiyette olduğu söylenebilir. Doktrinde genel kabul gören görüşe göre yazarın bilerek ya da bilmeyerek başkalarına ya da kendisine ait mevcut eserlerden aşırma yaparak oluşturduğu eserin, intihalin tespitiyle birlikte bilimsel bir geçerliliğinin bulunmadığı ortaya çıkmaktadır. Konuya ilişkin ulusal mevzuatta ise yalnızca başkalarına ait eserlerden yapılan aşırımlar intihal olarak kabul edilmektedir. Esere ilişkin bilimsel alandaki yaptırımın yanında intihalin, fail açısından birtakım hukuki sonuçları da bulunmaktadır. Bu çerçevede kanun koyucu tarafından idari ve cezai yargılama öngörülmüştür. Genellikle göz ardı edilmesi nedeniyle intihale ilişkin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki cezai hüküm ile Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddelerinin karşılaştırmalı olarak değerlendirilmesi, makalenin odak noktasını oluşturmaktadır. Çalışmada özellikle intihal barındıran eser üzerinden sağlanan fayda ile uğranan zararın, söz konusu iki kanuna başvuru noktasındaki önemi analiz edilmiştir. Zira akademik unvana ve dolayısıyla bu unvan karşılığındaki kadro ve ücretlere hak kazanılmasında dikkate alınmaları nedeniyle bilimsel çalışmalarda yapılan intihaller neticesinde haksız menfaat ve -başta kamu zararı olmak üzere- zarar oluşmaktadır. Ayrıca Türk Ceza Kanunu kapsamındaki dolandırıcılık ile nitelikli dolandırıcılık arasındaki ayırım gözetilerek intihal eylemiyle bu iki suçtan hangisinin unsurlarının gerçekleştiği değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmelerde yazarın kendi eserlerinden yapmış olduğu aşırımların durumu da analiz edilmiştir. Çalışmada son olarak intihal eylemine iştirak hâlinde uygulanabilecek cezai müeyyideler de değerlendirme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Akademik Unvan, Fayda, İntihal, Kamu Görevlisi, Zarar.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1184565 - **Geliş Tarihi:** 05.10.2022 - **Kabul Tarihi:** 15.01.2023.

^(**) Uzman, Tarım ve Orman Bakanlığı,
E-posta: yalcintrabzon@gmail.com; **Orcid Id:** <https://orcid.org/0000-0002-0895-0022>.

^(***) Giresun Üniversitesi, İslami İlimler Fakültesi, Tefsir Bölümü,
E-posta: refika.soyal@giresun.edu.tr; **Orcid Id:** <https://orcid.org/0000-0002-4250-2338>.

IMPACT OF EXISTENCE OF BENEFIT AND LOSS FACTORS ON PLAGIARISM JUDGMENT

ABSTRACT

The originality of scientific studies can be fundamentally ensured by complying with ethical rules. The prohibition of plagiarism can be accepted as the first rule. It can be said that the prohibition of plagiarism has the essence which is intended to protect the connection of any idea with the first work in which it was put forward. According to the generally accepted view in the doctrine, it turns out that the work created by the author knowingly or unknowingly by plagiarizing from the existing works belonging to others or himself, does not have a scientific validity with the detection of plagiarism. In the national legislation on the subject, only plagiarism made from works belonging to others is accepted as plagiarism. In addition to the sanction in the scientific field regarding the work, plagiarism has some legal consequences for the perpetrator. In this context, administrative and criminal proceedings had been envisaged by the legislator. The comparative evaluation of the criminal provision in the Law on Literary and Artistic Works regarding plagiarism because it has been generally neglected and the relevant articles of the Turkish Criminal Law have formed the focus of the article. In the study, the importance of the benefit that has been provided by the work and the loss which has been caused by the work containing plagiarism, in terms of applying to the two laws in question, had been analyzed in particular. Forasmuch, unfair benefits and losses - especially public losses - have occurred as a result of plagiarism in scientific studies due to the fact that they are taken into account in gaining the right to the academic title and therefore to the staff and wages in return for this title. Furthermore, by considering the distinction between fraud and qualified fraud within the scope of the Turkish Criminal Law, it had been evaluated which elements of these two crimes are realized with the act of plagiarism. In these evaluations, the situation of the author's plagiarism from his own works was also analyzed. Finally, the penal sanctions that can be applied in the case of participation in the act of plagiarism had been also evaluated in the study.

Keywords

Academic Title, Benefit, Plagiarism, Public Official, Loss.

GİRİŞ

Bilimsel çalışmaların en önemli özelliklerinden biri özgünlüktür. Özgünlük çalışmada öne sürülen temel fikirlerin yeni ve yazara ait olmasıyla sağlanabilmektedir. Zira bilimsel üretimin amacı mevcut olanın tekrar edilmesi değil, aksine yeni kuram ve tez ortaya koyarak bilim dünyasına katkı sunmaktır. Çalışmalarda bilimin birikimlilik esasına bağlı olarak mevcut literatürün dikkate alınması da elzem olup bu kapsamda yazar tarafından destekleyici ya da itiraz unsuru olarak alıntı yapılan fikirlere ancak yazarlarına atıfla yer verilebilir. Kas-ten ya da sehven bu ilkenin ihlal edilmesi durumunda ise iktibas edilen fikirlerin yazar tarafından ilgili eserde öne sürülmüş olduğu şeklinde gerçek dışı bir izlenim doğabilmektedir. Bu da literatürde aşırma olarak nitelendirilen intihali gündeme getirmektedir. Hattâ yazarın bizzat kendisi tarafından daha önceki eserlerinde öne sürmüştüğü fikirlerini alıntı ve atıf yapmaksızın zikrederek yeni eserinde ilk defa öne sürüyormuş izlenimi vermesi de aynı şekilde intihal kapsamına girmektedir. Zira intihalin yasaklanma amacı, kişilere bağlı olmaksızın fikirlerin korunmasıdır. Böylece her ortaya atılan fikrin özgün olması ya da kimin tarafından hangi eserde ortaya atılmış olduğunun yeterli açıklıkta gösterimi yoluyla korunması sağlanmaktadır.

Bu gerekçeler doğrultusunda intihalin varlığı, çalışmanın bilimsel geçerliliğini kaybetmesine yol açan temel unsurlardan biridir. Ancak intihale ilişkin yaptırım yalnızca çalışma özelinde kalmamaktadır. Söz konusu intihale başvuran kimse de bu eyleminden dolayı farklı yaptırımlara maruz kalmaktadır. İntihale çoğu kez- bilimsel ve dolayısıyla akademik çalışmalarda rastlanması nedeniyle yaptırımlar da akademik personel özelinde yoğunlaşmaktadır. Öğretim mesleğinden ve kamu görevinden çıkarmanın yanı sıra söz konusu intihal nedeniyle kamu zararı oluşması durumunda 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu (5018 sayılı Kanun)¹ uyarınca tazmin hükümlerinin uygulanması gibi mali yaptırımlar söz konusu olmaktadır. Bu itibarla çalışmada öncelikle intihale ilişkin olarak idare hukuku kapsamında öngörülen yaptırımlar üzerinde durulmuştur.

¹ 24/12/2003 tarihli ve 25326 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

İdare hukukunda öngörülen yaptırımlara ilaveten intihalin faili için 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)² hükümleri doğrultusunda cezai yaptırım da mevcuttur. Bununla birlikte genellikle göz ardı edilmesine rağmen belirli koşulların oluşması durumunda intihal -kanaatimizce- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu³ (TCK) kapsamında da değerlendirilebilmelidir. İntihal neticesinde elde edilen maddi fayda ve uğranan zarar, intihal failinin TCK kapsamında yargılanmasının gerekçesini oluşturmaktadır. Zira FSEK’de yer alan cezai hüküm, neticesinde maddi bir fayda ve zarar unsuru gözetmeksizin salt intihal eyleminin gerçekleşmesine yöneliktir. Eylem neticesinde maddi fayda sağlanması ya da zarara uğranması durumunda, diğer unsurları da içermesi nedeniyle intihalin TCK’deki dolandırıcılık, hattâ nitelikli dolandırıcılık suçu kapsamında ele alınması gerektiği değerlendirilmektedir. Ayrıca intihale iştirak eden kimse-lerin de TCK’nin suça iştirak bölümündeki hükümler doğrultusunda yargılanması söz konusu olacaktır. Bu itibarla çalışmada intihale ilişkin hangi cezai hükümlerin uygulanması gerektiğine ilişkin detaylı bir analiz yapılmıştır.

Bu açıklamalar doğrultusunda çalışmaya literatür dikkate alınarak intihal eyleminin tanımına ilişkin açıklamalarla başlanmış, ardından intihal eylemi ile maddi fayda sağlama ve zarara uğrama ilişkisinin nasıl gerçekleşebileceği hususu ele alınmıştır. İntihale yönelik olarak uygulanması gerekli yaptırımlar öncelikle idare hukuku; akabinde ise ceza hukuku kapsamında, mevzuatta ilgili olabilecek diğer hükümlerle birlikte mukayeseli olarak değerlendirme konusu yapılmıştır.

I. İNTİHALİN TANIMI

İntihal genel olarak gerekli atıfları yapmadan ve kaynak göstermeden başkalarının fikir ve sözlerini kendisine aitmiş gibi göstermek şeklinde tanımlanabilmektedir⁴. Türk Hukuk Sözlüğüne göre başkasına ait bir telifi, güzel sanatlar sahasına ait bir eseri kendisine nispet etmek; bir kitabın ibarelerini, musiki bes-tesinin namelerini, takdim veya tehir ile veya aslının baştanbaşa hissedilecek

² 13/12/1951 tarihli ve 7981 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

³ 12/10/2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁴ **İnci, Osman** (2015) “Bilimsel Yayın Etiği”, Türk Kütüphaneciliği, C: 29, S: 2, s. 288.

derecede ifade tarzını tahrifle kendi namına vermek, intihal olarak belirtilmektedir⁵.

Aşırmacılık olarak da anılan intihale ilişkin bir başka tanım; bir başkasına ait olan bir fikrin, buluşun, araştırma sonuçlarının veya araştırma ürünlerinin bir bölümünün ya da tümünün, hattâ kitapların tümünün ya da bir bölümünün kaynak gösterilmeksizin istemli olarak kopya ya da tercüme edilip yazarın kendi üretimi gibi gösterilmesidir⁶.

Yüksek Öğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde ise intihal; başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek olarak tanımlanmıştır⁷. Aynı Yönergede “*Bir başkasının özgün üslup ve ifadesinin aynen kullanmamak şartıyla, anonim bilgilerin, bilim alanlarının temel bilgilerinin, matematik teoremleri ve ispatları gibi önermelerin çalışmalarında kullanılması etik ihlal olarak değerlendirilemez.*” hükmüne⁸ yer verilmek suretiyle intihal ya da diğer etik ihlallerinin, vasat bilgi yahut temel kuramları dışarda bırakarak özgün fikir ya da metotlara ilişkin olabileceği kabul edilmiştir.

Ana hatlarıyla verildiği üzere intihale ilişkin tanımlarda önemli bir eksiklik bulunmaktadır. O da eser sahibinin daha önceki bir başka telifinde öne sürmüş olduğu fikri, gerekli atfı yapmadan yeni bir fikir gibi sunmasıdır. Zira kendisine ait de olsa daha önceki eserde ortaya atılan bir fikrin daha sonraki eserde alıntı yapmadan aynı kişi tarafından yeni bir fikirmiş gibi gösterilmesi, mevzuat kapsamında olmasa da özellikle uluslararası literatürde⁹ intihal olarak genel kabul

⁵ **Tekinalp, Ünal** (2004) Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 147.

⁶ Türkiye Bilimler Akademisi (2002) Bilimsel Araştırmada Etik ve Sorunları, 2. Baskı, Ankara, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, s. 39.

⁷ Madde 4/1-a.

⁸ Madde 5/1.

⁹ Bkz. **Yaşar, Ecmel** (2018) “Akademik İntihal, Nedenleri ve Çözüm Önerileri”, Uluslararası Eğitim Araştırmacıları Dergisi, S: 1(1), s. 38; **Özenç Uçak, Nazan/Birinci, Hatice Gülşen** (2008) “Bilimsel Etik ve İntihal”, Türk Kütüphaneciliği, C: 22, S: 2, s. 191’den Plagiarism.org. (2007) Types of Plagia-

görmektedir. Bu durum literatürde ayrıca tanımlanarak *araştırmacının kendi eserinden kaynak göstermeden yararlanması* ‘kendinden aşırma’ kavramıyla ifade edilmiştir¹⁰.

İntihalin bazı yazarlarca yağmalama şeklinde nitelendirildiğini belirten bir yazara göre intihal şu yollarla gerçekleşebilmektedir: Eseri olduğu gibi aşırma, eserin sadece bazı kısımlarını olduğu gibi aşırma, eseri aşırandan aşırma, eserin tümünü ya da kısımlarını değiştirerek aşırma, başkasının fikrini kendi fikriymiş gibi sunmak, kendi eserinden gönderme yapmadan alıntı yapmak ve istem dışı bir şekilde gönderme yapmadan bir fikri almak¹¹.

Bilimsel yanıltmalar içerisinde intihali diğerlerinden ayıran temel özellik, atıftır¹². Zira intihal ile sahibine yeterli atıf yapmaksızın ya da hiç atıfta bulunmaksızın özgün bir fikir sunulmaktadır.

Kavram olarak yer almamakla birlikte intihal, mahiyet itibarıyla mevzuatta tanımlanmıştır. FSEK’nin konuya ilişkin cezai hükümlerde intihalin içeriği belirtilmektedir. Madde 71/1-2, 71/1-3 ve 71/1-5 hükümleri dikkate alındığında intihal; failin, bir başkasının eserini kendi eseri gibi adlandırması veya bir eserden kaynak göstermeden alıntılar yapması ya da bir eserden yaptığı alıntılara ilişkin olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak göstermesi şeklinde ifade edilebilir¹³. Görüldüğü üzere mevzuatta yer alan intihal tanımlamasının odak noktasını, alıntının yokluğu ya da yetersizliği oluşturmaktadır. Doktrinde başkasından aşırma yanında kendinden aşırma da genel olarak intihal kabul edilmekle birlikte gerek FSEK hükümlerinden gerekse yukarıda aktarıldığı üzere Yüksek Öğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi’nde intihale ilişkin yapılan tanımdan; başkalarına ait eser, fikir, metot veya veriler-

rism, <http://www.plagiarism.org/learning_center/types_of_plagiarism.html>; **Streefkerk, Raimo** (2022) “The 5 Types of Plagiarism/Explanations&Examples”, Scribbr, (Revised by Jack Caulfield), <<https://www.scribbr.com/plagiarism/types-of-plagiarism/>> s.e.t. 08.01.2023.

¹⁰ Yaşar, s. 38.

¹¹ Yazıcı, Hasan (1994) “Üniversitede Özgün Bilim Üretimi”, ANKEM Dergisi, C: 8, S: 4, s. 352.

¹² Özenç Uçak, /Birinci, s. 191.

¹³ Yazıcıoğlu, R. Yılmaz (2009) Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 233.

den yapılan aşırımların intihal olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla ilerleyen bölümlerde, idare hukuku ve FESK hükümleri kapsamında değerlendirmelere konu edilen intihal eylemi, söz konusu mevzuat dikkate alınarak başkalarına ait eser, fikir, metot veya verilerden yapılmış olan aşırımlardır. Bununla birlikte diğer intihal eylemleriyle birlikte kendinden aşırmanın, özellikle eylemin neticeleri açısından, mevzuatta yapılan intihal tanımı dışında ihtiva etmiş olduğu unsurlar dikkate alınarak intihal suçu yerine TCK'deki dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği analiz edilmiştir.

II. İNTİHAL EYLEMİ İLE FAYDA VE ZARAR İLİŞKİSİ

İntihal, bilim ve sanat sahalarında üretilen pek çok eser türünde işlenebilen bir haksız fiildir. Tanımlarda ifade edildiği üzere bilimsel eserlerin yanı sıra musiki bestesi gibi telif gerektiren birçok eserde intihal eylemi söz konusu olmaktadır. İntihal eylemini gerçekleştiren fail hakkında 5018 sayılı Kanun kapsamında tazmin hükümlerine başvurulup başvurulamayacağı ile FESK ve TCK olmak üzere hangi kanundaki cezai hükümlerin uygulanabileceğine ilişkin değerlendirmede, intihal eylemi neticesinde maddi fayda ve zarar unsurunun varlığının tespiti önem arz etmektedir. Söz konusu tespiti mümkün kılması bakımından, çalışma kapsamında intihal ve buna ilişkin hukuki sonuçlar, akademik çalışmalar bağlamında değerlendirilmiştir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda¹⁴ öğretim üyeleri için akademik unvanlar belirlenmiştir¹⁵. Kanun'un 3/1-m maddesi uyarınca en yüksek düzeydeki akademik unvana sahip kişi profesör; Üniversitelerarası Kurul tarafından verilen doçentlik akademik unvana sahip kişi doçent; doktora çalışmalarını başarıyla tamamlamış, tıpta, diş hekimliğinde, eczalıktaki ve veteriner hekimlikte uzmanlık unvanını veya Üniversitelerarası Kurulun önerisi üzerine Yükseköğretim Kurulunca tespit edilen belli sanat dallarının birinde yeterlik kazanmış olan akademik unvana sahip kişi doktor olarak tanımlanmıştır. Öğretim üyeleri ve

¹⁴ 06/11/1981 tarihli ve 17506 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

¹⁵ **Tekinsoy, M. Ayhan/Mısır, Mustafa Bayram** (2012) "Öğretim Üyeliğine Atanma Sürecinin Başlangıcı, Ek Koşullar ve Jüri Raporları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 61(1), s. 353.

diğer öğretim elemanlarının özlük hakları da 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu¹⁶ ile düzenlenmiştir.

Akademik unvanlara bilimsel çalışmalar doğrultusunda hak kazanılmakta olup bu çerçevede genel atama hükümlerine 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun ilgili maddelerinde¹⁷ yer verilmiştir. Doktor unvanına hak kazanarak ilgili kadroya atanabilmek için öncelikle yüksek lisans ve doktora programlarının başarıyla tamamlanmış, dolayısıyla yüksek lisans ve doktora tezlerinin kabul edilmiş olması gerekmektedir. Doçent unvanına hak kazanmak için yeterli sayı ve nitelikte özgün bilimsel yayın ve çalışma yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Aynı şekilde profesör unvanına hak kazanmak için bilimsel araştırma ve yayım yapmak gerekmektedir. Bu nedenle tez, makale ve diğer bilimsel yayınlar doğrudan yeterlilik şartı ya da yeterlilik kriterlerinden olup herhangi bir intihal barındırmaları durumunda söz konusu unvan haksız bir şekilde kazanılmış olur. Nitekim Yükseköğretim Kanunu uyarınca öğretim elemanlarının sicilleri genel hükümlere ve Yükseköğretim Kurulu tarafından hazırlanacak yönetmelik esaslarına göre tutulmakta ve her türlü atama, yükselme, akademik unvanların kazanılması ve diğer özlük işlemlerinde bu siciller esas alınmaktadır¹⁸. Atamayla yapılan görevlendirmenin yanı sıra akademik unvana sahip olan kimselerin üniversitelerde geçici süreli istihdamları da söz konusu olmaktadır. İntihalin bu kapsamdaki kişilerce yapılması durumunda akademik unvan sayesinde elde edilen ücretler de haksız kazanç olarak değerlendirilebilecektir.

Haksız kazanca dayanak olan ücretin ödenmesi ise üniversiteler açısından zarar unsurunu oluşturmaktadır. Bu zarar kamu zararı şeklinde de olabilmektedir. Zira akademik unvanı haksız bir şekilde kazanma neticesinde akademik personelden kamu görevlisi olanların söz konusu kadrolara atanması, kamu kaynağının haksız kullanılması nedeniyle kamu zararı ortaya çıkarmaktadır. Vakıf üniversitelerindeki akademik personelce intihal nedeniyle elde edilen haksız kazanç ise özel zarar kapsamında değerlendirilebilecektir. Nitekim söz konusu üniversitelerin personel ücretleri kamu kaynağıyla karşılanmamaktadır. Devlet üniversiteleri,

¹⁶ 13/10/1983 tarihli ve 18190 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

¹⁷ Madde 23, 24, 26.

¹⁸ Madde 63.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda¹⁹ belirtilen merkezi yönetim bütçe türlerinden özel bütçe kapsamında yer almaktadır. Aynı Kanuna göre özel bütçe “*Bir bakanlığa bağlı veya ilgili olarak belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulan, gelir tahsis edilen, bu gelirlerden harcama yapma yetkisi verilen, kuruluş ve çalışma esasları kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenen ve bu Kanuna ekli (II) sayılı cetvelde yer alan her bir kamu idaresinin bütçesi*” olarak tanımlanmıştır²⁰. Tanımdan anlaşılacağı üzere özel bütçe kapsamındaki kuruluşlara gelir tahsis edilmiştir. Merkezi bütçeden ödenek ayrılması ve aktarılması dolayısıyla devlet üniversitelerinin harcamaları, kamu kaynağının tüketilmesine yol açmaktadır. Bununla birlikte bu kuruluşlara nakit ihtiyaçlarını karşılamaları için ilgili yıl bütçe kanunlarıyla belirlendiği şekilde Hazine yardımları da yapılmaktadır. Bu itibarla devlet üniversitelerinin kamu görevlisi personelinin ücretleri söz konusu kamu kaynaklarından karşılanmış olmaktadır. Dolayısıyla haksız bir şekilde akademik kadroya atanmış olan personele ödenmiş olan ücret, kamu kaynağının haksız bir şekilde kullanılması dolayısıyla doğrudan kamu zararının konusunu oluşturmaktadır. Bununla birlikte devlet üniversitelerinin kamu görevlisi olmayıp geçici görevle istihdam etmiş olduğu akademik personele ödenen ücretlerin de aynı kaynaktan karşılanması dolayısıyla söz konusu personelin intihal gibi haksız bir yolla elde ettiği akademik unvan ve kadro karşılığında almış oldukları ücret de kamu zararı kapsamına girmektedir.

Akademik unvan, intihal ve kamu zararı arasındaki ilişkileri ortaya koymak için yapılan bu açıklamalarla birlikte bu çerçevede dikkate alınabilecek intihal kapsamını da belirlemek faydalı olacaktır. Bu konuda öncelikle Yüksek Öğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi'nde intihale ilişkin yapılan “*Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kural-lara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek*” tanımı dikkate almak uygun olacaktır. Zira akademik çalışmalar bu Yönerge kapsamında değerlendirilmektedir. Yönerge hükmü²¹ doğrultusunda oluşturulan

¹⁹ 24/12/2003 tarihli ve 25326 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

²⁰ Madde 12/4.

²¹ Madde 6.

Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Kurulu yine Yönerge'nin ilgili hükmü²² uyarınca bu çalışmalara ilişkin etik ihlal incelemelerini gerçekleştirmektedir. Bununla birlikte Yönerge'de intihal, başkalarının fikirlerinin atfı yapmadan kendi eseri gibi gösterilmesi şeklinde tanımlansa da kendisine ait olsa da önceki eserinden bir fikri yeni bir fikirmiş gibi sunmak da I. no.lu başlık altında açıklandığı üzere özellikle uluslararası literatürde intihal olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla kendinden aşırma, FSEK kapsamında suç olarak değerlendirilmese de ilerleyen bölümlerde açıklanacağı üzere konuya ilişkin olarak TCK'nin ilgili maddelerince yargılamanın yapılmasında, kamu zararı veya hileli davranış neticesindeki fayda ve zarar unsurlarının varlığı aranmakta olduğu için her türlü aşırmanın, sonuçları dikkate alınmak suretiyle bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Ayrıca sıklıkla karıştırılması dolayısıyla Yönerge hükmünde de yer alan başkalarının eseri ile kendi eseri arasındaki farka kısaca değinmek uygun olacaktır. Bir yazar başka yazarla ya da yazarlarla ortak bir çalışma yürütmüş ise ortaya çıkan eser artık yazarın kendi eseri değildir. Bu çalışma, yazarların ortak bir eseri olup yazarların hiçbiri bu eseri kendi eseri olarak gösteremez ve değerlendirmelerde bu şekilde kabul edilemez. Zira bilimsel çalışmalarda ortaya konan fikir önemli olup ortak eserlerde ortaya konan fikirler, eğer eser içerisinde ayrıca şerh düşülmediyse yazarların ortak fikridir. Dolayısıyla bir yazarın daha önce başka yazarlarla ortaya koyduğu eserdeki bir fikri, daha sonra kendi yazmış olduğu bir eserde hiç alıntılama yoluyla göstermeksizin kullanması, kendi eserinden değil, başkasının eserinden aşırma anlamına gelecektir.

Bu itibarla tazmin ve ceza hukuku kapsamında yapılacak yargılamada intihal unsurları olarak dikkate alınması gerekli husus, özgün fikir ya da metotların atfı yapmadan gösterilmesidir. Doktrinde intihalin unsurları olarak kabul edilebilen diğer hususların bu kapsamda değerlendirilmesi ise uygun olmayacaktır. Örneğin bilimsel özgünlük açısından, sonradan meydana getirilen eserde alıntılarla gösterimi yapılmasına rağmen orijinal eser, büyük ölçüde tekrarlanıyor ya da kendini hissettiriyorsa da intihalden söz edilebilmektedir²³. Tazmin ve cezai

²² Madde 7.

²³ **Tekinalp**, s. 146.

yaptırımlar açısından bu gibi eylemleri intihal suçu olarak değerlendirmek, eylem ile sonuçları arasında ciddi bir orantısızlık oluşturacaktır.

III. İDARE HUKUKU AÇISINDAN İNTİHALE İLİŞKİN YAPTIRIMLAR İLE FAYDA VE ZARAR İLİŞKİSİ

İntihale ilişkin idare hukuku kapsamında, fayda ve zarar unsurunun varlığına dayanan yaptırımlar bulunduğu gibi söz konusu unsurlar bulunmaksızın yalnızca eylemin varlığı yaptırım gerekçesi olarak da kabul edilebilmektedir. Zira Yükseköğretim Kanunu uyarınca intihal eylemine ilişkin bu eylem neticesinde herhangi bir fayda elde edilmesi ya da zarar oluşturulması şartına bağlı olmaksızın disiplin cezaları uygulanmaktadır. 5018 sayılı Kanun uyarınca tazmin hükmünün uygulanması için ise intihal neticesinde kamu zararının oluşması gerekmektedir. Bu hususlar aşağıda kısaca açıklanmıştır.

Akademik personele ilişkin disiplin ve ceza işleri, Yükseköğretim Kanunu'nda hüküm altına alınmıştır. Amaç ve kapsam maddelerindeki hükümler gereği Kanun tüm yükseköğretim kurumlarını kapsamaktadır. Dolayısıyla devlet üniversitelerinin yanı sıra vakıf üniversitelerinin akademik personelinin disiplin ve ceza işleri de bu Kanun hükümleri doğrultusunda yürütülmektedir. Zira Kanun'un 53/b maddesinde yer alan *“Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumlarının öğretim elemanlarına uygulanabilecek disiplin cezaları uyarı, kınama, aylıktan veya ücretten kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme, üniversite öğretim mesleğinden çıkarılma ve kamu görevinden çıkarılma cezalarıdır.”* hükmü söz konusu cezalar ve bunlara vakıf üniversitesi öğretim elemanlarının da muhatap olacağı açıkça belirtilmiştir.

Yükseköğretim Kanunu uyarınca intihal, disiplin suçlarından birini teşkil etmektedir. Kanun'un 53'üncü maddesinin beşinci fıkrasında, akademik kadroya bir daha atanmamak üzere öğretim mesleğinden çıkarılma cezası düzenlemiştir. Fıkranın (a) bendinde *“Başkalarına ait özgün fikir, metot, veri veya eserleri bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendisine ait gibi göstermek”* hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca intihal yaptığı tespit edilen akademik personel, bir daha akademik kadroya atanmamak üzere üniversite öğretim mesleğinden çıkarılmaktadır. Söz konusu hükümde intihal nedeniyle

öğretim mesleğinden çıkarma cezası için herhangi bir fayda ya da zarar unsurunun varlığı aranmamış, intihal eyleminin gerçekleştirilmiş olması tek başına bahse konu ceza için yeterli koşul olarak belirlenmiştir. Aynı Kanun maddesindeki “Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında yetkili makamlarca inceleme başlatılabilir, inceleme sonucunda soruşturma açılmasına karar verilmesi ya da doğrudan soruşturma başlatılması hâlinde aşağıdaki hükümler uygulanır.” hükmü doğrultusunda soruşturma usul ve süreci de madde kapsamında belirtilmiştir. Bu çerçevede yapılan soruşturmalar neticesinde, Kanun’un 53/Ç maddesi uyarınca üniversite öğretim mesleğinden ve kamu görevinden çıkarma cezaları, atamaya yetkili amirin teklifi üzerine Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla verilmektedir. Bu nedenle soruşturma neticesinde intihalde bulunmuş olduğu tespit edilen -kamu veya vakıf yükseköğretim kurumları bünyesindeki öğretim elemanları mevzuat gereği meslekten ihraç edilmelidir.

Disiplin cezalarına konu olmasının yanı sıra intihal, kamu zararına da yol açabilmektedir. Zira kamu görevlisi akademik personelin gerçekleştirmiş olduğu intihallerin katkısıyla elde etmiş olduğu unvan ve dolayısıyla bu kadro üzerinden almış olduğu ücret, kamu zararına neden olmaktadır. Ayrıca daha önce belirtildiği üzere devlet üniversitelerinde kamu görevlisi olmayıp geçici görevle istihdam edilen akademik personelin de aynı şekilde haksız yere elde etmiş olduğu unvan ve kadro neticesinde aldığı ücret de kamu zararı kapsamına girmektedir.

İdare hukuku açısından kamu zararı kavramını, 5018 sayılı Kanun kapsamında değerlendirmek gerekmektedir. Zira kamu maliyesi ve yönetimi açısından kamu zararı kavramı 5018 sayılı Kanun’da düzenlenmiştir²⁴. Kanun’un 71’inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya

²⁴ **Hepaksaz, Engin/Şahin İpek, Elif Ayşe** (2018) “Kamu Zararının Tespiti ve Tahsili Sürecinde Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C: 32, S: 4, s. 922.

eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır. Hüküm doğrultusunda, kamu görevlisi akademik personelin intihal nedeniyle haksız kazanç elde etmesi kamu zararı tanımına girmektedir. Zira intihal nedeniyle akademik unvanı elde etmek ve bu unvana uygun kadroya atanmak mevzuata aykırı işlemi oluştururken bu kadro karşılığı elde edilen haksız ücret de kamu kaynağının eksilmesine neden olmaktadır. Aynı hüküm uyarınca kamu zararı için ihmal unsuru yeterli koşul kabul edilmişken intihal eylemi yapan kamu görevlisi, bu eylemi kasıt unsuruyla işlemektedir.

Kamu zararına kamu görevlilerince yol açılabileceği gibi üçüncü kişilerce de neden olunabilmektedir. 5018 sayılı Kanun'un 71/1 hükmü uyarınca kamu görevlilerinin mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri neticesinde kamu zararının oluşacağı belirtilmiştir. Ancak Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükmünce kamu görevlisi olmayan üçüncü kişiler tarafından kamunun zarara uğratılması da kamu zararı kapsamında değerlendirilmektedir. Nitekim Yönetmeliğin 5'inci maddesinin ikinci fıkrası "*Kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararının geri ödenmesi sürecine, kamu görevlileri ile birlikte ilgililer de dâhil edilir.*" hükmünü ihtiva etmektedir. Bu hüküm uyarınca üçüncü kişilerin verdiği zararlar hakkında da tazmin hükümlerinin uygulanması ve tebligata rağmen tazmin kararı doğrultusunda ödeme gerçekleştirilmeyen kimseler hakkında adli yargıda dava açılması gerektiği değerlendirilmektedir²⁵. İlk bakışta, kanunda sayılmayan bir hususun yönetmelikle düzenlenemeyeceği şeklindeki itiraz, 5018 sayılı Kanun'un ilgili hükmünün analizi karşılığında bertaraf edilebilmektedir. Kamu kaynağında artışa engel olunması ya da eksilme için karar alıcı, tahakkuk eden, tahsil eden ya da ödeme yapan başta olmak üzere kamu kaynağının kullanımına ilişkin süreçlerde etkin olan bir kamu görevlisinin varlığının söz konusu olması dolayısıyla 5018 sayılı Kanun'un 71/1 hükmünde mevzuata aykırı karar, işlem veya eylem, kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerine bağlanmıştır. Ancak söz konusu hükmü, kamu zararının yalnızca

²⁵ Akalan, Abdullah Recai (2011) "Kamu Zararlarının Tazmini Konusunda Mevzuattan ve Uygulamadan Kaynaklanan Problemler ve Çözüm Önerileri", Türk İdare Dergisi, S: 473, s. 35.

kamu görevlisiyle gerçekleştirilebileceği şeklinde sınırlandırmak mümkün değildir. Zira madde metninden kamu zararına; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda neden olunacağı ancak eylemin asıl failinin her zaman kamu görevlisi olmayabileceği anlaşılmaktadır. Çünkü madde metninde kamu zararı dolayısıyla fayda temin edene ilişkin bir tanım bulunmamaktadır. Nitekim kamu kaynağındaki eksilme, kamu görevlisinin kastı nedeniyle olabileceği gibi kusuru ya da ihmali nedeniyle de olabilmektedir. Kamu görevlisinin kusuru ya da ihmalinin olduğu durumlar ise genellikle kamu kaynağı aleyhine olmak üzere üçüncü kişilerin lehine sonuçlar doğurmaktadır. Bu durumlarda ise genel olarak üçüncü kişilerin yanılıcı ya da aldaticı iş ve işlemleri rol oynamaktadır. Yönetmelik de bu hususu dikkate alarak ilgili üçüncü kişileri de kamu zararından sorumlu tutmuştur. Böylece Kanun hükmüyle açık bir şekilde belirtilmeyen ancak aksi de kesin bir şekilde iddia edilmeyen bu husus, Yönetmelikle hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla akademik unvanın elde edilmesinde rol oynayan bilimsel eserlerden birisinde intihal yapan akademik personel, kamu görevlisi olmasa da devlet üniversitesinde geçici statüyle istihdamı nedeniyle almış olduğu ücret kaynaklı olarak ortaya çıkan kamu zararından sorumlu tutulabilecektir.

5018 sayılı Kanun uyarınca kamu zararı, söz konusu Kanun ve Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre zararın tespitinden tazminine kadar olan süreci kapsamaktadır²⁶. Kanun ve yönetmelikteki kıstaslar esas alınarak kamu zararı; ilgili kamu kuruluşunca gerçekleştirilen kontrol, denetim veya inceleme, Sayıştay'ca kesin hükme bağlama ve adli veya idarî yargılama sonucunda tespit edilebilmektedir²⁷. Bununla birlikte yargı yoluyla kamu zararının tespiti, 5018 sayılı Kanun kapsamında doğrudan kamu zararının tazminine yönelik bir dava sonucunda olabileceği gibi farklı bir dava sonucunda mahkemece kamu zararına hükmedilebilmesiyle de mümkün olabilmektedir²⁸.

²⁶ Koçberber, Seyit (2015) “Kamu Zararı Kavramı Üzerine Yargı Kurumları Arasındaki Hüküm Uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesinin Rolü ve Önemi”, Sayıştay Dergisi, S: 97, s. 60.

²⁷ Koçberber, s. 60.

²⁸ Koçberber, s. 62.

IV. CEZA HUKUKU AÇISINDAN İNTİHALE İLİŞKİN YAPTIRIMLAR İLE FAYDA VE ZARAR İLİŞKİSİ

İntihale ilişkin açık bir ceza hükmünün bulunduğu kanun, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'dur (FSEK)²⁹. FSEK'de intihale ilişkin cezai hükümler madde 71'de yer almaktadır. Şöyle ki madde 71/2'de *“Başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koyan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır. Bu fiilin dağıtmak veya yayımlamak suretiyle işlenmesi hâlinde, hapis cezasının üst sınırı beş yıl olup, adli para cezasına hükmolunamaz.”* hükmü bulunmaktadır. 71. maddenin 3. ve 5. fıkralarında ise *“Bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır.”* ve *“Bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldattıcı mahiyette kaynak gösteren kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* hükümleri bulunmaktadır.

İntihal suçunun maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurları, FSEK'nin 71'inci maddesinde hüküm altına alınan intihal eylemlerindeki farklılıklar dikkate alınarak aşağıdaki şekilde açıklanabilir.

Suçun maddi unsurları; hareketin konusu, hareket unsuru, fail ve mağdur olarak sıralanabilir. İntihal eyleminde hareketin konusu; “kendi eseri olarak ad konulan başkasına ait eser”, “kaynak göstermeksizin iktibasta bulunulan eser” veya “yetersiz, yanlış veya aldattıcı mahiyette kaynak gösterilen eser” şeklinde üzerinde intihal eylemi gerçekleştirilen eserdir. Hareket unsuru ise ya bir eserin tamamen kendi eseri gibi gösterilmesi ya da bir eserden hiç kaynak göstermeksizin veya yetersiz, yanlış veya aldattıcı mahiyette kaynak gösterilmesi eylemleridir. Fail, söz konusu eylemleri gerçekleştiren kişidir. Bu kişi için ise özel faillik niteliği aranmamıştır³⁰. İntihal eylemi, herkes tarafından işlenebilen suçlardan kabul edilmiştir³¹. Mağdur ise öncelikle eseri tamamen başkası tarafından kendi eseri gibi adlandırılmış olunan veya eserinden iktibasta bulunulan veya yetersiz, yan-

²⁹ 13/12/1951 tarihli ve 7981 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

³⁰ **Demiral Bakırman, Büşra** (2016) “İntihal Suçları”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C: 3, S: 2, s. 69.

³¹ **Hafizoğulları, Zeki** (1999) “Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 48, S: 1-4, s. 3.

lış ya da aldatıcı mahiyette kaynak gösterilen eserin sahibidir. Bununla birlikte intihal eyleminde tek mağdur, eseri intihale maruz kalan kişi değildir. Tüm kamuoyu intihal eyleminin mağdurudur. Nitekim başka bir eserden intihal yoluyla eser oluşturan kişinin söz konusu eserini okuyan kişiler, intihale konu fikirlerin sahibi olarak intihal eylemini gerçekleştiren kişi olduğu konusunda aldatılmış olmaktadır. Bu aldatma neticesinde kamuoyunda failin kendisine haksız değer atfedilmesinin yanı sıra faile fikir danışma veya onunla muhtelif çıkar ilişkileri kurulması şeklinde pek çok belirsiz kimse mağdur olabilmektedir. Zira ceza kanunlarında suç ihdası ile yalnızca bireysel değer değil, ya bununla birlikte ya da tek başına toplumsal değer de korunabilmektedir³². Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda intihal eylemiyle toplumsal değer de zedelenmesi nedeniyle intihal suçunun ihdasıyla yalnızca eseri intihale uğramış kişinin değil ayrıca tüm toplumun hakkının korunması amaçlanmaktadır. Bu ise kişinin kendi eserinden olsa dahi gerçekleştirmiş olduğu aşırmanın, toplumsal değer korunması açısından, intihal kabul edilerek cezai yargılamaya muhatap olması gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Doktrinde intihal olarak kabul edilmesine rağmen kendinden aşırma eyleminin, FSEK ve Yüksek Öğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi'nde intihal tanımına girmemesi ve bu itibarla yargılamaya konu olmaması ciddi bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir.

İntihal suçunun manevi unsuru, kasıttır. İntihal suçu, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi şeklinde tanımlanan³³ kasıt (doğrudan kasıt) ile işlenebileceği gibi kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemi şeklinde tanımlanan³⁴ olası kasıtle da işlenebilir. TCK'nin "*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*" hükmü³⁵ ile "*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandı-*

³² Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 112.

³³ TCK madde 21/1.

³⁴ TCK madde 21/2.

³⁵ TCK madde 5/1.

*rılır.*³⁶ hükümleri karşısında intihal suçuna ilişkin FESK madde 71/2, 71/3 ve 71/5 fıkra hükümlerinde taksir unsurunun belirtilmemesi nedeniyle intihal suçuna konu eylemlerde doğrudan veya olası kasıt şeklinde mutlak olarak kastın varlığı kabul edilmektedir. Örneğin FESK madde 71/5 fıkrasında belirtilen “Bir eserle ilgili olarak aldatici mahiyette kaynak göstermek” eylemi doğrudan kasıtlı yapılabilirken aynı fıkradaki “Yetersiz ya da yanlış kaynak göstermek” eylemi doğrudan kastın yanı sıra olası kasıtlı da gerçekleşebilir.

İntihal suçunda maddi ve manevi unsurların gerçekleşmesiyle birlikte kari- ne olarak hukuka aykırılık unsuru da söz konusu olacaktır³⁷. Hukuka aykırılık unsurunun varlığı için ayrıca hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı da araştırılmaktadır. Bununla birlikte intihal eyleminde hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır. Bunun sebebi ise eseri intihale maruz kalmış kişinin söz konusu intihale ilişkin yazılı izni gibi bir durumun, intihal eylemini suç olmaktan çıkaramayacak olmasıdır. Zira yukarıda açıklandığı üzere tüm kamuoyu intihal eyleminin mağdurudur.

Bunların yanı sıra FSEK'nin 71'inci maddesinde ya da diğer maddelerinde, intihalden elde edilen menfaate ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla intihale başvurarak bir eser hazırlayan kimsenin, bu çalışması nedeniyle ücret ya da herhangi bir menfaat elde edip etmesine bakılmaksızın bu hükümler uyarınca yargılanması söz konusu olacaktır.

Genel cezaî hükümleri belirtilen intihal unsurunun mevcut olduğu eserlerden -başta akademik personel olmak üzere- yazarlarının önemli menfaatleri bulunmaktadır. Örneğin doktora, doçentlik ve profesörlük unvanları sahiplerinin manevi kazançlarını; unvanlara dayanılarak elde edilen ücretler de maddi menfaatlerini oluşturmaktadır; bu unvanların kazanılmasında esas alınan puanlamaya dâhil edilen makale ya da diğer eserlerde intihal yapılması durumunda ise tüm bu kazanç ve menfaatler haksız yere elde edilmiş olur. Ayrıca haksız olarak elde edilen unvanlar nedeniyle ödenen ücretler de devlet ya da vakıf üni-

³⁶ TCK madde 22/1.

³⁷ **Demiral Bakırman**, s. 72.

versitelerinin zararını oluşturmaktadır. Bu itibarla intihal eylemiyle haksız kazanç sağlandığı ve zarara neden olunduğu durumlarda, farklı cezai yaptırımların uygulanabilirliğinin sorgulanması gerekmektedir. Bu kapsamda TCK hükümleri önem arz etmektedir.

TCK'nin 257'nci maddesinde görevi kötüye kullanma suçu düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında *“Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* hükmü bulunmaktadır. Bu hükümlerle korunmak istenen hukuki menfaate ilişkin farklı ancak birbiriyle yakından ilişkili görüşler mevcuttur. Bunlardan biri, kamu görevinde disiplinin sağlanmak suretiyle kamu idaresinin uğrayacağı olası zararların engellenmesidir³⁸. Bir diğeri ise kamusal görevlerin düzenli, etkili ve dürüst bir biçimde yerine getirilmesidir³⁹. Farklı hususlara vurgu yapılsa da görevi kötüye kullanma suçuyla sağlanmak istenen hukuki menfaate ilişkin görüşlerde ortak nokta, kamu menfaatidir.

Akademik unvana hak kazanmak için eserlerin intihale başvurmadan hazırlanması, 257'nci madde hükmünde yer alan “görevinin gereklerine aykırı hareket etmek” ifadesindeki “görevinin gereği” kapsamına girmektedir. Zira Yükseköğretim Kanunu'nun 53'üncü maddesinin beşinci fıkrasının (a) bendinde, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezasının gerektiren fiillerden biri olarak *“Başkalarına ait özgün fikir, metot, veri veya eserleri bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendisine ait gibi göstermek”* yer almaktadır. Hükmün aksinden yola çıkmak suretiyle yapılan değerlendirmeye göre çalışmalarında bu şekilde bir eylemde bulunmamak, akademik personelin görevi olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle akademik personelin çalışmalarını intihale başvurmadan gerçekleştirmesi kendileri için kanuni bir görevdir. Bu itibarla akademik personelin intihale başvurması durumunda, görevi kötüye

³⁸ Erman, Sahir/Özek, Çetin (1992) Ceza Hukuku Özel Bölüm - Kamu İdaresine Karşı Suçlar, 1. Baskı, İstanbul, Alfa Yayınları, s. 207.

³⁹ Toroslu, Nevzat (2012) Ceza Hukuku Özel Kısım, 6. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s. 302.

kullanma suçunun, görevinin gereklerine aykırı hareket etme unsuru gerçekleşmiş olacaktır.

TCK 257/1'e göre görevi kötüye kullanma suçunun diğer bir unsuru, kamu zararının oluşmasıdır. Bir önceki bölümde açıklandığı üzere çalışmalarında intihal yapmış olan akademik personelden, devlet üniversitelerinde daimi ya da geçici görevle istihdam edilenlere ödenen ücretler kamu zararı kapsamına girmektedir. Vakıf üniversitelerinde istihdam edilenler için kamu kaynağının kullanımının söz konusu olmaması dolayısıyla kamu zararı doğmayacaktır.

Bununla birlikte kamu zararının mahiyet ve niteliğine de değinmek faydalı olacaktır. Söz konusu TCK maddesinde zararın içeriğine ilişkin bir açıklama getirilmemiş olmakla birlikte maddenin gerekçesinde bahse konu zarar "kamu-nun ekonomik zararı" olarak ifade edilmiştir⁴⁰. Yargıtay da konuya ilişkin olarak aldığı farklı kararlarda⁴¹ kamu zararını, ekonomik zarar olarak kabul etmiştir⁴². Çalışmalarında intihale başvuran akademik personele ödenen ücretler, kamu kaynaklarında azalmaya sebebiyet vermesi dolayısıyla söz konusu zarar ekonomik zarar kapsamında değerlendirilmektedir.

TCK'nin söz konusu maddesi kapsamındaki görevi kötüye kullanma suçunun bir başka unsuru ise kamu görevlisi olmasıdır. TCK'nin 6'ncı maddesine göre ceza kanunlarının uygulanmasında kamu görevlisi; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla devlet üniversitelerinde sürekli pozisyonda çalışan akademik personelin yanı sıra süreli ve geçici statüde çalışan akademik personel de TCK kapsamında kamu görevlisi olarak değerlendirilmektedir. Vakıf üniversitelerinin söz konusu akademik perso-

⁴⁰ **Sucuoğlu, Arif Naci** (2010) "Ceza Hukuku'nda Görevi Kötüye Kullanma Suçu", (Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 54.

⁴¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2005/4-96, K: 2005/118; Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E: 2007/2636, K: 2007/6041; Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E: 2007/2915, K: 2009/3623 (**Üzülmez, İlhan** (2012) "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK M.257)", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XVI, S: 1, s. 201'den **Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa** (2010) Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C: 6, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 7335-7339).

⁴² **Üzülmez**, s. 201.

neli de ceza kanunlarının uygulanması açısından TCK'nin 6'ncı maddesi uyarınca kamu görevlisi olarak değerlendirilmektedir. Zira doktrinde⁴³ ve yargı kararlarında⁴⁴ vakıf üniversitelerinin de kamu hizmeti görmüş olduğu kabul edilmektedir.

TCK 257/1'de görevi kötüye kullanma suçunun unsurları arasında “kamuunun zararına neden olma” hususunun yanı sıra “kişilerin mağduriyetine neden olma” ve “kişilere haksız bir menfaat sağlama” ayrıca belirtilmiştir. Bu itibarla ister kişilerin mağduriyetine isterse kamu zararına neden olsun bir kamu görevlisinin intihal nedeniyle bir mağduriyet veya zarar oluşturduğu ya da haksız bir menfaat elde etmiş olduğu durum, bu madde kapsamında değerlendirilebilecektir.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında, devlet üniversitelerinde sürekli, süreli ya da geçici olarak istihdam edilen akademik personelden herhangi birinin çalışmasında intihale başvurmuş olması durumunda, görevinin gerekliliklerine aykırı hareket etmesi nedeniyle elde etmiş olduğu ücretlerin kamu zararı oluşturduğu ve TCK 257/1'e göre görevi kötüye kullanma suçuyla yargılama yapılabileceği düşünülebilir. Ayrıca vakıf üniversitelerindeki söz konusu akademik personelin intihal suçu kapsamına giren eylemlerinin yargılaması, bahse konu personelin de kamu görevlisi olarak değerlendirilmesi nedeniyle, vakıf üniversitelerinin mali yapısı dikkate alındığında, “kamu zararı” yerine intihal suçunun unsurlarında ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere “kişilerin mağduriyetine” yol açması gerekçesiyle TCK 257/1 hükmü kapsamında yapılabilecektir. Bunlarla birlikte TCK 257/1'de “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında...*” ifadesi bulunmaktadır.

⁴³ Bkz. **Gürbüz, Rana/Akkaya, Yüksel** (2014) “Türkiye’de Vakıf Üniversiteleri: Eğreti Bir Özel-lik”, Toplum ve Demokrasi, Y: 8, S: 17-18, Ocak-Aralık, s. 72; **Ay, Yunus Anıl** (2022) “Vakıf Yükseköğretim Kurumu Personelinin Hukuki Niteliği ve Bu Personelin Ücret Gelirinin Vergilendirilmesinde 2914 sayılı Kanun’da Öngörülen Vergi Kolaylıklarının Uygulanıp Uygulanmaması Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 8, S: 2, s. 286.

⁴⁴ İstanbul 14. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2020/474, K. 2021/1115, T: 16.12.2021 (**Ay, Yunus Anıl**, s. 287); Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, E: 2012/189, K: 2012/234, T: 5/11/2012, <<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>> s.e.t. 06.01.2023; Danıştay 8. Daire Başkanlığı, E: 2017/6130, K: 2021/1639, T: 17.03.2021, <<https://karararama.danistay.gov.tr/>> s.e.t. 06.01.2023.

Dolayısıyla intihal eyleminin ancak başka bir suç kapsamında değerlendirilemesi durumunda, görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirmesi mümkün olacaktır. Nitekim madde gerekçesinde⁴⁵ görevi kötüye kullanma suçu; genel, tali ve tamamlayıcı bir suç tipi olarak tanımlanarak bu nedenle görevin gereklerine aykırı davranışın başka bir suçu oluşturmadığı hâllerde, kamu görevlisinin bu suça istinaden cezalandırılması gerektiği belirtilmektedir. Yargı kararları da bu hususu teyit etmektedir. Yargıtay bir kararında⁴⁶; “... TCK'nin 257'nci maddesinin genel, tali ve tamamlayıcı bir hüküm olup görevi kötüye kullanma suçunun oluşumu için eylemin Kanun'da ayrıca suç olarak tanımlanmamış olması gerektiği, sanıkların eylemlerinin ise TCK'nin 121/1 maddesinde 'kişinin belli bir hakkı kullanmak için yetkili kamu makamlarına verdiği dilekçenin hukukî bir neden olmaksızın kabul edilmemesi' şeklinde tanımlanan dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunu oluşturduğu...” belirterek sanıkların eylemlerinin, genel nitelikteki “görevi kötüye kullanma suçunu” değil daha özel nitelikte olan “dilekçe hakkının engellenmesi suçunu” oluşturduğuna hükmetmiştir.

TCK madde 157'de “Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp onun veya başkasının zararına olarak kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası verilir.” hükmü bulunmaktadır.

TCK'de bu şekilde hüküm altına alınan dolandırıcılık suçunun kanuni unsuru (tipiklik), eylemin; TCK madde 157, 158 ve 159'uncu maddelerinde tarif edilmiş olmasıdır. Zira doktrinde kanuni unsurla belirtilmek istenen ve TCK madde 2/1'deki “kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez” hükmüyle de kesinleştirilmiş olan, fiilin kanunda düzenlenen suç tanımına uygun düşmesi ve o fiil için bir cezanın öngörülmüş olmasıdır⁴⁷.

⁴⁵ TBMM, Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>> s.e.t. 09.01.2023.

⁴⁶ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E: 2013/7283, K: 2015/11885, T: 26.05.2015, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 07.01.2023.

⁴⁷ **Özcan, Nisa** (2012) “Dolandırıcılık Suçu”, (Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 25.

Dolandırıcılık suçunun hukuki konusu, asıl olarak kişilerin malvarlığı değerleri olmakla birlikte kişilerin irade özgürlükleri ve iyi niyetleri de korunmak istenen diğer hukuki değerler olarak kabul edilmektedir⁴⁸. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da almış olduğu bir Kararda⁴⁹ belirtmiş olduğu “... Görüldüğü gibi dolandırıcılık suçunu malvarlığına karşı işlenen diğer suç tiplerinden farklı kılan husus, aldatma temeline dayanan bir suç olmasıdır. Birden fazla hukuki konusu bulunan bu suç işlenirken, sadece malvarlığı zarar görmemekte, mağdurun veya suçtan zarar görenin iradesi de hileli davranışlarla yanıltılmaktadır. Madde gerekçesinde de, aldatıcı nitelik taşıyan hareketlerle, kişiler arasındaki ilişkilerde var olması gereken iyi niyet ve güvenin bozulduğu, bu suretle kişinin irade serbestisinin etkilenip irade özgürlüğünün de ihlâl edildiği vurgulanmıştır.” ifadeleriyle bu görüşü benimsemiştir.

Hareketin konusu (suçun maddi konusu), hareket unsuru (fiil), fail ve mağdur olarak sıralanan suçun maddi unsurlarını dolandırıcılık suçu için aşağıdaki şekilde açıklayabiliriz:

Dolandırıcılık suçunda hareketin konusu, malvarlığına ilişkin değerdir. Bunun ekonomik bir değer olup olmaması ise öğretide tartışmalı bir konudur. Bir yaklaşıma⁵⁰ ve bazı yargı kararlarına⁵¹ göre söz konusu değer ekonomik değer

⁴⁸ Aydın, Devrim (2021) “Dolandırıcılık Suçu”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 11(2), s. 654’ten Cadoppi, Alberto/Canestrari, Stefano/Manna, Adelmo vd. (2011) Trattato di Diritto Penale, Parte Speciale, I Delitti Contro il Patrimonio, UTET Ed. Torino, s. 513 ve Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem (2016) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yay., 5. Baskı, Ankara, s. 401.

⁴⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2014/399, K: 2015/372, T: 15.09.2015, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 09.01.2023.

⁵⁰ Bkz. Eker Kazancı, Behiye/Zeyrek, İlker (2019) “TCK’da Dolandırıcılık Suçu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C: 21, Özel Sayı, s. 521’den Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker (2017) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık ve Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Önok, Murat (2018) Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

⁵¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2014/319, K: 2017/66, T: 14.02.2017, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 10.01.2023.

olması gerekmektedir. Aksi görüşe⁵² göre ise suçun tanımında yer alan “başkasının zararı” ile yalnızca ekonomik değer kastedilmemektedir. Kanaatimizce bu görüş daha isabetlidir. Zira korumuş olduğu haklar dikkate alındığında ceza hukukunda malvarlığı kavramı, özel hukuktan daha kapsamlı bir şekilde kabul edilmelidir. Aksi bir durumda sevilen bir kimseye ait bir tutam saç veya mektup, dini bir resim ve hattâ şans getiren eşya gibi ekonomik bir değeri olmayan ancak manevi değer taşıyan eşyalara dolandırıcılık suçu kapsamında meydana getirilen zararlar yaptırma tâbi tutulamayacaktır⁵³. Bu itibarla özel hukukta ekonomik bir değeri olan, bu nedenle parayla ölçülebilir bir şey veya bir değerle ilişkili haklar ve borçlar bütünü olarak dikkate alınan malvarlığının ceza hukukunda, ekonomik değeri olan şeyler yanında ekonomik anlamda hiçbir değeri olmayan şeyleri de kapsamı gerektiği değerlendirilmektedir⁵⁴.

Dolandırıcılık suçunda hareket unsuru, bir başka deyişle fiil, tek bir eylem değildir. Suçun oluşabilmesi için tanımda belirtilen 4 farklı unsurun birlikte bulunması gerekmektedir: 1- Failin hileli davranışlarda bulunması, 2- Bu hileli davranış neticesinde aldanma meydana gelmesi, 3- Aldanan veya bir başkasının bundan zarar görmesi, 4- Bu zararla bağlantılı olarak failin kendisine veya bir başkasına yarar sağlaması.

Suçun faili herhangi bir kişi olup fail açısından dolandırıcılık suçu özellik göstermemektedir. Bu suçta hileli davranışları gerçekleştiren ile yararına menfaat elde edilenin aynı kişi olması gerekmektedir; bu ikisinin farklı olması hâlinde, hileli davranışları gerçekleştiren kişi suçun faili kabul edilmektedir⁵⁵. Bununla birlikte hileli davranışları gerçekleştiren ile yararına menfaat elde edilen kişi arasında iştirak iradesi söz konusu olabilir. Yararına menfaat temin edilen kişi

⁵² Bkz. **Eker Kazancı, Behiye/Zeyrek, İlker**, s. 522; **Ercan, İsmail** (2016) Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, Kuram Kitap Yayınları, s. 204; **Antolisei, Francesco** (1962) Genel Olarak Mameleke Karşı Suçlar, (Çev. Uğur Alacakaptan), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 19, Ankara, s. 69.

⁵³ **Antolisei**, s. 69.

⁵⁴ **Antolisei**, s. 69.

⁵⁵ **Aydın, Devrim**, s. 655'ten **Marini, Giuliano** (1976) “Truffa”, Novissimo Digesto Italiano, C: XIX, Milano, s. 870 ve **Cadoppi/Canestrari/Manna**, s. 515.

ile hileli davranışları gerçekleştiren kişi suçu birlikte işlediklerinde müşterek fail olarak sorumlu olurlarken yararına menfaat temin edilen kişi, suçu işlemesi konusunda hileli davranışları işleyeni ikna etmiş ise azmettiren olarak sorumlu olacaktır⁵⁶.

Bu suçta mağdur, zarara uğrayan kişidir. Aldatılan kişi ile zarara uğrayan kişinin farklı olması hâlinde, aldatılan kişinin de dolandırıcılık suçunun mağduru olduğunu ileri süren görüşler⁵⁷ olmakla birlikte dolandırıcılık suçuyla asıl olarak korunmak istenen hukuki değer malvarlığı değeri olması nedeniyle malvarlığı yönünden zarara uğrayan kişinin suçun mağduru olarak kabul edilmesine ilişkin görüşlere⁵⁸ katılmak mümkündür. Zira madde gerekçesinde⁵⁹ açıkça “Söz konusu suç tanımı ile kişilerin sahip bulunduğu malvarlığı hakkının korunması amaçlanmıştır.” ifadesi yer almaktadır. Bununla birlikte aldatılan kişi ile zarara uğrayan kişinin aynı kişi olmaması durumunda, söz konusu eylemin dolandırıcılık suçu olarak değerlendirilebilmesi için aldatılan kişinin zarar gören kişinin malvarlığıyla hukuki veya fiili ilişkisi olmalı; dolayısıyla yapılan hileli hareket ile ortaya çıkan zarar arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır⁶⁰. Aksi durumda suç dolandırıcılık suçunu değil, işleniş biçimine göre hırsızlık veya güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır⁶¹.

Dolandırıcılık suçunun manevi unsuru, kasıttır. Zira bu suç, kasten (genel kastla) işlenen bir suçtur⁶². Burada kast; hileli davranışa, aldatmaya, aldanan

⁵⁶ Aydın, s. 655.

⁵⁷ Bkz. Eker Kazancı/Zeyrek, s. 524.

⁵⁸ Bkz. Hafızoğulları, Zeki (2011) “Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Zabunoğlu Armağanı, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 407-408.

⁵⁹ TBMM, Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>> s.e.t. 09.01.2023.

⁶⁰ Özcan, s. 21-22’den Önder, Ayhan (1994) Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 366, 378.

⁶¹ Özcan, s. 22’den Taşdemir, Kubilay (2009) Bilişim/Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması ve Dolandırıcılık Suçları, Ankara, s. 21.

⁶² Ercan, s. 214.

veya bir başkasının zararına ve nedensellik bağı çerçevesinde failin veya bir başkasının yarar sağlamasına yönelik olmalıdır. Dolandırıcılık suçu, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi şeklinde doğrudan kastla işlenebileceği gibi “*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi*” olarak tanımlanan⁶³ olası kastla da işlenebilir.

Dolandırıcılık suçunda hukuka aykırılık; kanuni unsurun (tipikliğin) gerçekleşmesi, dolayısıyla eylemin TCK’de tarif edilen dolandırıcılık suçu unsurlarını karşılamasıdır. Kanun hükmünü yerine getirme, amirin emri, meşru savunma ve zorunluluk hâli, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası olarak belirtilen hukuka uygunluk nedenleri genel olarak dolandırıcılık suçu için geçerli olmayacaktır. Zira bir eylemin dolandırıcılık suçu olabilmesi için gerekli olan “hile” ve “aldatma” unsurları, söz konusu hukuka uygunluk gerekçelerini ortadan kaldırmaktadır. Örneğin TCK’de⁶⁴ hüküm altına alınan rızanın, fiili hukuka uygun hâle getirmesi ancak kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olması, kişinin bu rıza açıklamaya ehil olması ve rızanın suç işlenmeden önce açıklanmış olması gerekmektedir⁶⁵. Hukuka uygunluk için rızanın suç işlenmeden açıklanmış olması gerekliliği ve dolandırıcılık suçunun ise ancak hileli davranışla işlenebilmesi karşısında, dolandırıcılık suçu işlenmeden önce mağdurun rızasının ancak hileli davranışlarla elde edilebilmesi sebebiyle fiili hukuka uygun hâle getiren geçerli bir rıza söz konusu olmayacaktır⁶⁶.

İntihal, hileli bir davranıştır. Zira bu eyleme başvuranlar; başkalarına ait özgün fikir, metot, veri veya eserleri, bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendilerine ait gibi göstermektedir. İntihalle oluşturulan eseri okuyanlar, söz konusu görüşlerin yazara ait olduğuna yönelik alda-

⁶³ TCK madde 21/2.

⁶⁴ Madde 26/2.

⁶⁵ Bkz. **Eker Kazancı/Zeyrek**, s. 539’dan **Ekici Şahin, Meral** (2012) Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 43 ve **Hakeri, Hakan** (2017) Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınları, s. 373.

⁶⁶ **Eker Kazancı/Zeyrek**, s. 539.

tılmış olmaları nedeniyle madde hükmündeki aldatma unsuru da gerçekleşmektedir. Aldatma, yalnızca eseri okuyanlar açısından değil, ayrıca tez jürisi ya da hakem heyeti gibi intihal yapılmış tez ya da makaleleri değerlendirenler⁶⁷ bakımından da söz konusu olmaktadır. İntihal nedeniyle haksız bir şekilde akademik unvan elde eden kimsenin bu unvan sayesinde elde etmiş olduğu ücret “kendine yarar sağlama”; üniversitenin ödediği ücret ise “başkasının zararı” kapsamında değerlendirilebilir. Böylece intihal eylemiyle TCK madde 157’de hüküm altına alınan dolandırıcılık suçunun; hileli davranışla aldatma, başkasını zarara uğratma, kendisine yarar sağlama şeklinde sayılabilecek unsurların tamamı gerçekleşebilmektedir. Bu nedenle fayda ve zarar unsurlarının varlığı hâlinde yargılamanın intihal için özel hüküm barındıran FESK yerine TCK madde 157, dolayısıyla dolandırıcılık suçu kapsamında yapılması gerektiği değerlendirilmektedir.

Bu değerlendirme, özel ve genel kanun ile önceki ve sonraki kanun ayrımı ile fikri içtimaya ilişkin yargı kararlarında yapılan açıklamalarda da kendine dayanak bulmaktadır.

Şöyle ki Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir Kararı’nda⁶⁸ “Şayet önceki kanun özel, yeni kanun genel ise bu durumda kanun koyucunun genel yasayı çıkarırken hangi amacı taşıdığına bakmak gerekir. Kanun koyucu önceki tarihli özel kanunla düzenlenen hususlarda yeni bir bakış açısıyla sonraki tarihli genel kanunla bir değişiklik öngördüğü takdirde olaya sonraki tarihli genel kanunun uygulanması gerekir.” yorumunda bulunmuştur. FESK, intihal eylemi açısından TCK’ye göre özel kanun olmakla birlikte TCK, FESK’ye göre daha sonraki tarihte kanunlaşmıştır. Dolayısıyla tartışılmakta olan konuda, genel kanun olan TCK sonraki

⁶⁷ Aldatılan (jüri üyesi veya hakem) ile zarar görenin (üniversite) farklılaşmış olduğu bu durumlarda, aldatılanın zarar görenin malvarlığıyla hukuki ilişkisi bulunmakta; dolayısıyla yapılan hileli hareket ile ortaya çıkan zarar arasında nedensellik bağı bulunmaktadır. Şöyle ki akademik tezlerin veya makalelerin kabulü neticesinde verilen akademik unvanlarda ve buna bağlı hak kazanılan ücretler ile teşvik ücretlerinde, üniversiteler söz konusu jüri veya hakem değerlendirmelerine göre işlem tesis etmektedir.

⁶⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2014/516, K: 2018/47, T: 20.02.2018, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 10.01.2023.

kanun durumundadır. Bu da Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yorumuyla, bir değişiklik öngörülmüş olması itibarıyla sonraki tarihli genel kanun olan TCK'nin uygulanması sonucunu doğurmaktadır. Zira TCK'de dolandırıcılıkta fayda veya zarar unsurlarının varlığı aranmış, FSEK'de ise intihal için bu unsurlar aranmamıştır. Dolayısıyla intihal olarak kabul edilebilecek eylem neticesinde fayda veya zarar oluşması durumunda, bu unsurları ihtiva eden sonraki genel kanun olan TCK'deki dolandırıcılık suçuyla yargılama yapılmasında hukuki isabet bulunacaktır. Neticesinde fayda veya zararın oluşmadığı intihal eyleminin ise özel kanun olan FSEK hükmü doğrultusunda yargılamaya tâbi tutulması yerinde olacaktır.

Bu değerlendirme TCK'deki⁶⁹ “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” şeklinde tanımlanan fikri içtima hükmüne uygun düşmektedir. Nitekim içtima öğretisinin özünde, bir taraftan failin gereksiz ve kusurunu aşan şekilde cezalandırılmaması; diğer taraftan haksız bir yarar sağlamaması esasına dayanan adil ve rasyonel bir ceza yaptırımının uygulanması düşüncesi yatmaktadır⁷⁰. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir Kararında fikri içtima ile ilgili olarak⁷¹ “Bir suçun temel ve nitelikli şekillerinin dışındaki suçlar, fikri içtima uygulamasında farklı suç olarak kabul edilmelidir... Fikri içtima için eylemin tek olması ve aynı eylemle birden çok suçun işlenmesi gerekir” açıklamalarında bulunmuştur. Dolayısıyla aynı eylemle hem FESK'de yer alan intihal suçu hem de TCK'deki dolandırıcılık suçu işlenmiş olmakta; aradaki farkı ise söz konusu eylem neticesinde oluşan fayda veya zarar unsurlarının varlığı oluşturmaktadır. Bu itibarla birden fazla suç tipinin ihlali hâlinde adil cezanın belirlenebilmesi için öngörülen içtima uygulamasına binaen, intihal olarak değerlendirilebilecek olan eylem neticesinde fayda veya zararın oluştuğu durumlar, dolandırıcılık suçu kapsamında ele alınmalıdır. FESK'de intihal için öngörülen cezaya göre TCK'de do-

⁶⁹ Madde 44.

⁷⁰ **Göktürk, Neslihan** (2014) “Türk Hukuku'nda Suçların İçtima”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C: 2, S: 1-2, s. 32.

⁷¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2018/310, K: 2019/62, T: 05.02.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 10.01.2023.

landırıcılık için daha yüksek ceza belirlenmesi de bu görüşü desteklemektedir. Zira neticesinde fayda veya zarar söz konusu olan hileli davranış, fayda ve zarara sebebiyet vermeyen hileli eylemlere göre daha ağır cezalara bağlanarak suç ve cezalarda orantılılık gözetilmiştir.

Bunlarla birlikte TCK madde 158’de nitelikli dolandırıcılık düzenlemiştir. Dolandırıcılık suçunu nitelikli hâle getiren unsurların sayılmış olduğu maddenin birinci fıkrasında, dolandırıcılık suçunun “*Kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu meslek kuruluşlarının, siyasi parti, vakıf veya dernek tüzel kişiliklerinin araç olarak kullanılması suretiyle*” işlenmesi zikredilmektedir. Doktor, doçent ve profesör şeklindeki akademik unvanlara; tez ve diğer bilimsel eserler ortaya koyularak hak kazanılmaktadır. Tezler tez komisyonlarınca; doçentlik ya da profesörlük için değerlendirmeye alınan makale ve kitap gibi bilimsel eserler de bunlara yönelik diğer komisyonlarca değerlendirilip kabul edilmektedir. Dolayısıyla tezlerde ve diğer eserlerde yapılan intihal dolayısıyla gerçekleşen dolandırıcılıkta, bu eserlerin kabul edilmiş olduğu komisyonlar ve bu komisyonları görevlendiren üniversite ya da Yüksek Öğretim Kurumu araç olarak kullanılmış olmaktadır. Bunların da kamu kurum ve kuruluşları olması dolayısıyla intihal eyleminin 158’inci madde ve dolayısıyla nitelikli dolandırıcılık kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Üniversitenin vakıf üniversitesi olması da bu değerlendirmeyi değiştirmeyecektir. Zira madde metninde kamu kurum ve kuruluşlarının yanı sıra vakıf tüzel kişilerinin de araç olarak kullanılması, nitelikli dolandırıcılıkta suç unsuru olarak kabul edilmiştir. Bu itibarla akademik unvanın kazanılmasında rol oynayan intihal eylemi, bu kapsamda değerlendirilmelidir. Dolandırıcılığın TCK madde 158/1’de sayılan unsurlarla işlenmesi hâlinde aynı fıkra uyarınca “... üç yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası...” söz konusu olmaktadır. TCK madde 157’ye göre verilebilecek ceza ise “... bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası...” şeklindedir. Dolayısıyla intihal eyleminin, TCK madde 157 yerine nitelikli dolandırıcılık suçunun düzenlendiği madde 158/1 uyarınca yargılanmasıyla daha yüksek cezaların uygulanması söz konusu olacaktır. Kanun koyucu böylece hileli davranışlarla kendisine yarar sağlayan dolandırıcıların, bu eylemlerinde kamu kurum ve kuruluşları ile vakıf tüzel kişileri gibi organizasyonları aracı olarak

kullanmalarına daha ağır bir yaptırım öngörmüştür. Kamu güveni ve itibarının zedelenmesine yol açan intihal eyleminin failinin bu kapsamda daha yüksek bir yaptırımla karşılaşması da kanun koyucunun iradesine uygunluk teşkil etmektedir.

TCK’de intihalin nitelikli dolandırıcılık kapsamında değerlendirilmesi failin FESK’deki ceza hükmüne göre daha ağır bir yaptırımla karşılaşmasına yol açmaktadır. Bu da hukuki sistematik açısından doğal bir sonuçtur. Zira FSEK’de belirlenen ceza hükmü için sonucuna bakılmaksızın intihal eyleminin yalnızca işlenmiş olması yeterli kabul edilmektedir. Böylece maddi fayda ve zarardan bağımsız olarak salt intihal eylemine ilişkin özel hüküm teşkil eden bu madde hükmü sadece aşırma eyleminin gerçekleştiğinin ispatı ile uygulanabilecek niteliktedir. Ancak akademik unvanın kazanılmasında dikkate alınan eserlerde intihal yapılması durumunda, haksız yere elde edilen manevi menfaat yanında maddi kazanç ve zarar söz konusu olduğu için bu eylemin TCK kapsamında daha ağır bir yaptırıma bağlanan dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilmesi rasyonel bir hukuk yargılamasının gereğidir. Nitekim hiçbir haksız kazanç ya da zarar oluşturmayan bir eylem ile haksız kazanç ve zarar oluşturan eyleme uygulanacak yaptırımların birbirinden farklılığı, adilane bir yargılama yönteminin gerekliliklerindedir. Kazanç ve zarar unsurlarının varlığı durumunda intihal eylemi de kendisi için özel hüküm niteliğini haiz cezai hükmün kapsamından çıkarak bu unsurları içermesi nedeniyle daha ağır cezayı gerektiren genel bir suçun kapsamına girmektedir.

Bu makalede, intihal neticesinde haksız kazanç ve zararın varlığının bulunup bulunmadığı ve buna göre uygulanacak cezai hükmün belirlenmesine verilen önem, yargı kararlarında söz konusu hususun genellikle göz ardı edilmesinden kaynaklanmaktadır. Buna, Manisa 3. Asliye Ceza Mahkemesi’nde görülen dava örnek teşkil etmektedir. Dava, bir kitapta daha önce yayımlanmış olan makaleden yapılan intihale ilişkindir. Mahkemenin gerek 09/11/2006 tarihli duruşmada vermiş olduğu Kararı gerekse bu Kararın Yargıtay tarafından temyizden bozulması üzerine 25/03/2010 tarihli duruşmadaki Kararı incelendiğinde, intihal eyleminin varlığı kabul edilerek süreleri ve hafifletici unsurları değişmekle birlikte fail için FSEK hükümleri doğrultusunda cezaya hükmedildiği anlaşıl-

maktadır⁷². Ancak Kararda söz konusu eylemin değerlendirilmesi yapılırken fayda ve zarar unsurlarının varlığı araştırılmamıştır. Bu husus, bu makalenin odak noktası olan, intihal eylemi neticesinde fayda ve zarar unsurlarının varlığının sorgulanmasının önemini ortaya koymaktadır. Zira söz konusu unsurların bulunmaması hâlinde bahse konu davadaki gibi intihalin faili için özel hüküm içermesi dolayısıyla FESK'nin ilgili hükmüne göre cezaya hükmedilmesinde isabet bulunmaktadır. Ancak bu unsurların varlığı hâlinde daha önce yapılan açıklamalar doğrultusunda TCK'de hüküm altına alınan ve FESK'e göre daha ağır bir yaptırıma sahip olan dolandırıcılık ya da nitelikli dolandırıcılık suçuna ilişkin cezanın uygulanması gerekmektedir. Nitekim bahse konu davada intihal, kitap yazımında gerçekleşmiştir. Dolayısıyla yazarın söz konusu kitaptan bir gelir elde etmiş olması durumunda intihal neticesinde haksız kazanç söz konusu olacaktır. Kitaptan gelir elde etmese dahi yazarın akademisyen olması durumunda, doçentlik unvanına hak kazanmada kitap ya da kitap bölümü yazma şartı bulunması nedeniyle yazarın doçentlik şartlarından birini bu kitapla yerine getirmiş olması hâlinde yazar için haksız kazanç nedeni oluşacaktır. Zira doçentlik unvanı haksız olarak elde edilmiş ve dolayısıyla doçentlik unvanına bağlı olarak elde etmiş olduğu ücret, kişi için haksız kazanç; bu ücreti ödeyen üniversite için ise zarar unsuru olacaktır. Yazarın doçent ya da profesör unvanına sahip bir akademisyen olması durumunda ise kitabın puanlamaya dâhil olarak akademik teşvik ücretini artıran bir unsur olması da yazar için haksız kazancın; bu ücreti ödeyen üniversite için ise zararın konusunu oluşturacaktır. Bu varsayımlardan görüldüğü üzere gerçekleştirilen her bir intihal eylemi neticesinde fayda ve zarar unsurlarının varlığının araştırılması, suça ilişkin cezai hükümü barındıran kanunun belirlenmesi açısından büyük önem arz etmektedir.

İntihal eyleminde faile yönelik tüm bu açıklamaların yanı sıra intihale iştirak konusuna da değinmek önem arz etmektedir. Zira bu konu yargılamada genellikle göz ardı edilmektedir. Suça iştirak için suçun faili dışında en az ikinci bir kişinin suçun işlenişine katkı sağlaması gerekmektedir. İştirak, bir amaca yönelmiş irade-

⁷² **Bilgi, Nejd** (2016) "Bir İntihal Hikâyesi", Cihannüma Tarih ve Coğrafya Araştırmaları Dergisi, S: II/2, s. 222, 225.

yi gerektirmekte olup bu amacın kanunun suç saydığı neticeyi istemek olması dolayısıyla iştirakte söz konusu neticeye götürecek hareketler de bilinip istenmekte; neticesiz suçlarda ise hukuken korunan menfaatin ihlali istenmektedir⁷³. Kasıtın, iştirakin bu unsurlarını içerecek şekilde, “suçun kanuni tanımında yer alan unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” olarak tanımlanması⁷⁴ dolayısıyla ancak kasten işlenebilen suça ve yine ancak kasıtlı iştirak edilebilir. Nitekim bu husus TCK’de⁷⁵ “Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir” şeklinde açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla bir suça iştirak etmiş olduğunu bilmeyen bir kimsenin bu bilmemezliği iştirakin maddi unsuru hakkında fiilde bilmemezlik hâline sebebiyet verir ve kasıtı da ortadan kaldırır⁷⁶. Suça iştirakte taksir de söz konusu olamamaktadır. Hata neticesinde işlenmiş suçta, netice iradî olmadığından böyle bir suç hakkında iradelerin birleşmesi hâlinden bahsedilemez ve hata neticesinde işlenmiş suçlarda ceza kanununun aradığı şartlara uygun bir kusur mevcut ise taksirli suçtan dolayı ve her fail kendi fiilinden mesul tutulur⁷⁷. İştirakin hukuki anlamı, bir işin yapılmasında fikir birliğine varma olan kelime anlamına uygun bir şekilde, işlenmek istenen suçun bütün şerikler/suçta katılanlar için aynı olmasını gerektirmekte olup suça katılanlar aynı suçu işleme iradesi içerisinde olmalıdır⁷⁸. Ayrıca suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekmektedir⁷⁹. Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilmekte, bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulmaktadır⁸⁰.

⁷³ **Özen, Mustafa** (2007) “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, TBB Dergisi, S: 70, s. 240.

⁷⁴ TCK madde 21/1.

⁷⁵ Madde 40/1.

⁷⁶ **Erem, Faruk** (1946) “Suça İştirak”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 3, S: 1, s. 66.

⁷⁷ **Erem**, s. 67.

⁷⁸ **Özen**, s. 241-242.

⁷⁹ TCK madde 40/3.

⁸⁰ TCK madde 40/2.

Akademik unvanın elde edilmesine katkı sağlayan intihalle oluşturulan esere bu konuda yardımcı olunması, azmettirme ya da eylemin birlikte yapılması durumlarında bu kimseler için TCK Birinci Kitap İkinci Kısım Dördüncü Bölümde yer alan suça iştirakten yargılama söz konusu olacaktır. İntihale katkı, intihalin birlikte yapılması şeklinde gerçekleşirse söz konusu kişi madde 37 uyarınca suçtan müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır. İntihale azmettirme söz konusu ise madde 38 hükmünce azmettirici olarak işlenen suçun cezasıyla cezalandırılacaktır. İntihal suçunun işlenmesine yardım eden kimse ise madde 39 uyarınca faile göre daha düşük sürelerle cezalandırılacaktır. Bu kapsamda intihale iştirak edenin suça iştirak hükümleriyle yargılanması için bu eyleminden yarar elde etme şartı bulunmamaktadır. Zira suça iştirak çeşitlerinin hüküm altına alındığı TCK madde 38 ve 39'da iştirak için menfaat şart koşulmadığı gibi madde 40/1'deki "Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir." hükmüyle bu hususta bir tereddüde yer bırakılmamıştır. Ayrıca iştirak edenin kamu görevlisi olup olmamasının bir önemi de yoktur. Zira madde 157 ve 158'de dolandırıcılık yapan için kamu görevlisi şartı bulunmamaktadır. Kaldı ki TCK iştirak bölümündeki maddeler dikkate alındığında, asıl fail için kamu görevlisi şartının bulunduğu suçlara iştirakte yalnızca fail olarak sorumlu tutulmada bu unsur dikkate alınmakta; azmettirme ve yardım eden olarak sorumlu tutulmada, iştirak eden kimse için böyle bir şart bulunmamaktadır. Zira suça iştirak için düzenlenen TCK madde 40/2'deki bağlılık kuralında; "Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur." hükmü bulunmaktadır. Özgü suçlar, belirli kişiler tarafından işlenebilen suçlar olarak tanımlanmaktadır. Suçun temel şekli için failde insan olma unsuru dışında bazı nitelikler aranmışsa "gerçek özgü suç" geçerli olmaktadır⁸¹. Örneğin görevi kötüye kullanma suçunun temel şekli, düzenlemiş olduğu madde hükmü gereği ancak kamu görevlisi tarafından işlenebileceği için bir özgü suçtur. Bu itibarla kamu görevlisi dışındaki kimseler, bu suça birlikte işleme bakımından iştirak etseler dahi TCK madde 40/2 hükümce, fail olarak sorumlu tutulma yerine azmettiren ya da

⁸¹ Yeşil, Eyüp (2015) "Kasten Öldürme Suçlarında Bağlılık Kuralı", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C: 3, S: 2, s. 98.

yardım eden olarak sorumlu tutulabilmektedir. Bunun yanı sıra suçun temel şekli herkes tarafından işlenebilmekte birlikte failde belli özellikler aranıyorsa “görünüşte özgü suç” geçerli olmaktadır⁸². Örneğin resmî belgede sahtecilik suçu herkes tarafından işlenebilirken⁸³ bu suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi⁸⁴, kasten öldürme suçunun üstsoy, altsoy, eş ya da kardeşe karşı işlenmesi⁸⁵, kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun kamu görevlileri tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılarak işlenmesi⁸⁶ gibi suçlar görünüşte özgü suçlara örnek olarak gösterilebilir⁸⁷.

SONUÇ

İntihal, bilimsel eserler ile telif gerektiren diğer eserlere yönelik ve faili hakkında ciddi hukuki müeyyideler uygulanan bir eylemdir. Ortaya koymuş oldukları eserleri doğrultusunda akademik unvanlara hak kazanmaları ve böylece doğrudan istihdama ve devam eden maddi bir kazançla konu olması dolayısıyla akademik çevrelerce gerçekleştirilen intihal çok daha büyük önem arz etmektedir. Bu itibarla çalışmada özellikle bu bağlamda intihal eyleminin hukuki sonuçları tartışma konusu edilmiştir.

İdare hukuku açısından intihale ilişkin hem disiplin hem de tazmin hükümleri bulunmaktadır. Disiplin hükmü en ağır şekliyle Yükseköğretim Kanunu’nda yer almaktadır. Yükseköğretim Kanunu hem devlet hem vakıf üniversitelerini kapsamaktadır. Böylece Kanun’da intihale ilişkin disiplin cezası her iki statüdeki üniversite mensuplarını da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun uyarınca intihalin faili; öğretim mesleğinden, kamu görevlisi olması durumunda da kamu görevinden çıkarılmaktadır.

⁸² **Önder, Ayhan** (1992) Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 169.

⁸³ TCK madde 204/1.

⁸⁴ TCK madde 2014/2.

⁸⁵ TCK madde 82/1-d.

⁸⁶ TCK madde 137/1-a.

⁸⁷ **Yüksel Kitapçoğlu, Tülay** (2021) “Özgü Suç”, (Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 149.

Tazmin hükmü ise genel olarak 5018 sayılı Kanun'da kendine yer bulmuştur. Ancak bu Kanun'daki tazmin için intihal nedeniyle uğranılan zararın kamu zararı olması şartı bulunmaktadır. Kamu görevlisi akademik personelin gerçekleştirmiş olduğu intihallerin katkısıyla elde etmiş olduğu unvan ve dolayısıyla bu kadro üzerinden almış olduğu ücret kamu zararının konusunu oluşturmaktadır. Ayrıca gerekçeleri çalışmanın ilgili bölümünde detaylı bir şekilde açıklanmış olduğu üzere devlet üniversitelerinde kamu görevlisi olmayıp geçici görevle istihdam edilen akademik personelin intihal sebebiyle haksız olarak elde etmiş olduğu unvan ve dolayısıyla kazanmış olduğu ücret de kamu zararı kapsamına girmektedir. Bu nedenle tüm bu kapsamda intihal nedeniyle uğranılan kamu zararının 5018 sayılı Kanun uyarınca ilgililerden tazmini gerekmektedir. Bununla birlikte vakıf üniversitelerindeki söz konusu akademik personelin intihal suçu kapsamına giren eylemlerinin yargılaması, söz konusu personelin de kamu görevlisi olarak değerlendirilmesi nedeniyle, vakıf üniversitelerinin mali yapısı dikkate alındığında, "kamu zararı" yerine intihal suçunun unsurlarında ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere "kişilerin mağduriyetine" yol açması gerekçesiyle TCK 257/1 hükmü kapsamında yapılabilecektir.

Ceza hukuku bakımından intihale ilişkin ilk müracaat edilecek mevzuat FSEK'dir. Kanun'un ilgili maddesinde intihal için hürriyeti bağlayıcı ceza hükmü bulunmaktadır. Söz konusu hükümde intihal sonucu meydana gelen olumlu ya da olumsuz menfaat durumuna ilişkin bir ibare yer almamaktadır. Dolayısıyla intihal neticesinde bir fayda sağlanmasa ve bir zarar oluşmasa da intihalin faili hakkında bu hüküm uygulanabilecektir. Burada fayda ve zararın, maddi unsur olarak değerlendirilmesi uygun olacaktır. Zira hiçbir maddi faydası olmasa dahi intihal yoluyla kendisine ait olmayan bir fikri kendisininmiş gibi sunan kişi manevi bir fayda temin etmektedir. Yine hiçbir maddi zarar söz konusu olmasa dahi fikri başkası tarafından kendi fikriymiş gibi sunulan kişi de manevi bir zarara uğramaktadır. Kişinin kendisine ait bir eserinde sunmuş olduğu fikri daha sonraki bir eserinde yeni bir fikir gibi sunmasında da -maddi kazancın varlığından bağımsız olarak- manevi kazanç daima bulunmaktadır. Zira aynı fikirle tek bir eser yerine birden fazla eser ortaya koymak suretiyle kişi, olması gerekenden daha fazla sayıda esere sahip olarak mesleki tanınırlık ve saygınlığını

haksız bir şekilde artırabilmektedir. Bu gerekçelerle manevi fayda ve zarar, intihal eyleminin ayrılmaz unsuru olup varlığı için intihalin gerçekleşmesi yeterlidir. Bu itibarla FSEK’de yer almayan fayda ve zarar kavramlarının ancak maddi fayda ve zarar olarak dikkate alınabileceği değerlendirilmektedir.

Ceza hukuku açısından intihale ilişkin yargılamada başvurulacak diğer mevzuat ise TCK’dır. Maddi bir fayda ve zarar olması durumunda, TCK’nin dolandırıcılık ve buradan hareketle nitelikli dolandırıcılık suçu, intihal suçunun unsurlarını karşılamaktadır. TCK madde 157’de “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp onun veya başkasının zararına olarak kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası verilir.*” hükmü bulunmaktadır. Hileli bir davranışla aldatmanın söz konusu olması dolayısıyla intihal neticesinde maddi bir fayda ve zarar olması durumunda bu madde hükmünce yargılamanın yapılması gerektiği değerlendirilmektedir. Özellikle intihal nedeniyle haksız bir şekilde akademik unvan elde eden kimsenin bu unvan sayesinde almış olduğu ücret “*kendine yarar sağlama*”; üniversitenin ödediği ücret ise “*başkasının zararı*” kapsamına girmektedir.

Bununla birlikte TCK 158/1’e göre dolandırıcılık suçuna konu olan eylem, “*Kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu meslek kuruluşlarının, siyasi parti, vakıf veya dernek tüzel kişiliklerinin araç olarak kullanılması suretiyle*” işlenmesi hâlinde eylem nitelikli dolandırıcılık olarak kabul edilmiştir. Akademik unvanlara hak kazanılmasında dikkate alınan akademik tez ve diğer akademik eserlerde yapılan intihal dolayısıyla gerçekleşen dolandırıcılıkta, bu eserlerin kabul edilmiş olduğu komisyonlar ve bu komisyonları görevlendiren üniversite ya da Yüksek Öğretim Kurumu araç olarak kullanılmış olmaktadır. Bunların da kamu kurum ve kuruluşları olması dolayısıyla intihal eyleminin 158’inci madde ve dolayısıyla nitelikli dolandırıcılık kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Üniversitenin vakıf üniversitesi olması da bu değerlendirmeyi değiştirmeyecektir. Zira madde metninde kamu kurum ve kuruluşlarının yanı sıra vakıf tüzel kişilerinin de araç olarak kullanılması, nitelikli dolandırıcılıkta suç unsuru olarak kabul edilmiştir. Bu itibarla akademik unvanın kazanılmasında rol oynayan intihal eylemi, bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Nitelikli dolandırıcılık için TCK'deki "... üç yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası..." hüküm ile FESK'deki "Bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır." ve "Bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösteren kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır." hükümleri karşılaştırıldığında intihalin nitelikli dolandırıcılık kapsamında değerlendirilmesi failin, daha ağır bir yaptırımla karşılaşmasına yol açmaktadır. Bu da hukuki sistematik açısından doğal bir sonuçtur. Zira FSEK'de belirlenen ceza hükmü için sonucuna bakılmaksızın intihal eyleminin yalnızca gerçekleştirilmiş olması yeterli kabul edilmektedir. Akademik unvanın kazanılmasında dikkate alınan eserlerde intihal yapılması durumunda ise maddi bir haksız kazanç ve zarar söz konusu olduğu için bu eylemin TCK kapsamında daha ağır bir yaptırıma bağlanan dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilmesi rasyonel bir hukuk yargılamasının gereğidir. Nitekim hiçbir maddi yarar ve zarar oluşturmayan bir eylem ile haksız kazanç ve zarar oluşturan eyleme uygulanacak yaptırımların birbirinden farklılığı, adilane bir yargılama yönteminin gerekliliklerindedir. Böylece intihal için belirlenen özel bir hükümden, genel bir hükme geçiş söz konusu olmaktadır.

Bunların yanı sıra akademik unvanın elde edilmesine katkı sağlayan intihalle oluşturulan esere çeşitli şekillerde iştirak edilmesi durumunda da kanaatimizce TCK hükümleri uygulanmalıdır. İntihal eylemine yardımcı olunması, buna azmettirme ya da eylemin birlikte yapılması durumlarında, bu kimseler için TCK Birinci Kitap İkinci Kısım Dördüncü Bölümde yer alan suça iştirakten yargılama yapılmalıdır.

İntihal eylemiyle toplumsal değer de zedelenmesi nedeniyle intihal suçunun ihdasıyla yalnızca eseri intihale uğramış kişinin değil ayrıca tüm toplumun hakkının korunması amaçlanmaktadır. Bu ise kişinin kendi eserinden olsa dahi gerçekleştirmiş olduğu aşırmanın, toplumsal değer korunması açısından, intihal kabul edilerek cezai yargılamaya muhatap olması gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Kaldı ki bu şekilde bir kişi üretmiş olduğu aynı fikirden, haksız bir şekilde, birden fazla fayda temini söz konusu gerçekleştirebilmektedir. Aynı fikrin yeni bir fikir gibi tekrar sunulması ile çalışmaya bağlı olarak fazladan alı-

nan akademik teşvik puanı kaynaklı teşvik ücreti, doktor ya da daha üst akademik unvanlara hak kazanma gibi haksız kazançlar söz konusu olabilmektedir. Bu itibarla özellikle uluslararası literatürde intihal olarak kabul edilmesine rağmen kendinden aşırma eyleminin, FSEK ve Yüksek Öğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi'nde intihal tanımına girmemesi ve dolayısıyla gerek FSEK gerekse idare hukuku kapsamında yargılamaya konu olmaması ciddi bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte kendinden aşırma her ne kadar ulusal mevzuatta intihal tanımını içerisinde yer almasa da söz konusu eylem neticesinde fayda veya zarar meydana gelmesi hâlinde, söz konusu eylemin TCK kapsamında dolandırıcılık ve hattâ duruma göre nitelikli dolandırıcılık suçuyla yargılanması gerektiği çalışmada gerekçeleriyle ortaya konulmuştur. Zira böyle bir durumda artık eylem intihal suçunun değil, dolandırıcılık suçunu oluşturmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akalan, Abdullah Recai** (2011) “Kamu Zararlarının Tazmini Konusunda Mevzuattan ve Uygulamadan Kaynaklanan Problemler ve Çözüm Önerileri”, *Türk İdare Dergisi*, S: 473, s. 9-41.
- Antolisei, Francesco** (1962) Genel Olarak Mameleke Karşı Suçlar, (Çev. Uğur Alacaktan), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 19, Ankara, s. 65-94.
- Ay, Yunus Anıl** (2022) “Vakıf Yükseköğretim Kurumu Personelinin Hukuki Niteliği ve Bu Personelin Ücret Gelirinin Vergilendirilmesinde 2914 sayılı Kanun’da Öngörülen Vergi Kolaylıklarının Uygulanıp Uygulanmaması Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 8, S: 2, s. 277-307.
- Aydın, Devrim** (2021) “Dolandırıcılık Suçu”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 11(2), s. 649-705.
- Bilgi, Nejdett** (2016) “Bir İntihal Hikâyesi”, *Cihannüma Tarih ve Coğrafya Araştırmaları Dergisi*, S: II/2, s. 211-227.
- Cadoppi, Alberto/Canestrari, Stefano/Manna, Adelmo vd.** (2011) *Trattato di Diritto Penale, Parte Speciale, I Delitti Contro il Patrimonio*, UTET Ed. Torino.
- Demiral Bakırman, Büşra** (2016) “İntihal Suçları”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C: 3, S: 2, s. 57-78.
- Eker Kazancı, Behiye/Zeyrek, İlker** (2019) “TCK’da Dolandırıcılık Suçu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C: 21, Özel Sayı, s. 517-583.
- Ekici Şahin, Meral** (2012) *Ceza Hukukunda Rıza*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Ercan, İsmail** (2016) *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Kuram Kitap Yayınları.
- Erem, Faruk** (1946) “Suça İştirak”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 3, S: 1, s. 62-107.
- Erman, Sahir/Özek, Çetin** (1992) *Ceza Hukuku Özel Bölüm - Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, 1. Baskı, İstanbul, Alfa Yayınları.
- Göktürk, Neslihan** (2014) “Türk Hukuku’nda Suçların İçtimar”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C: 2, S: 1-2, s. 31-59.
- Gürbüz, Rana/Akkaya, Yüksel** (2014) “Türkiye’de Vakıf Üniversiteleri: Eğreti Bir Özellik”, *Toplum ve Demokrasi*, Y: 8, S: 17-18, Ocak-Aralık, s. 67-80.

- Hafizoğulları, Zeki** (1999) “Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 48, S: 1-4, s. 1-14.
- Hafizoğulları, Zeki** (2011) “Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Zabunoğlu Armağanı, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 405-440.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem** (2016) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yay., 5. Baskı, Ankara.
- Hakeri, Hakan** (2017) Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınları.
- Hepaksaz, Engin/Şahin İpek, Elif Ayşe** (2018) “Kamu Zararının Tespiti ve Tahsili Sürecinde Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C: 32, S: 4, s. 921-940.
- İnci, Osman** (2015) “Bilimsel Yayın Etiği”, Türk Kütüphaneciliği, C: 29, S: 2, s. 282-295.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Koçberber, Seyit** (2015) “Kamu Zararı Kavramı Üzerine Yargı Kurumları Arasındaki Hüküm Uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesinin Rolü ve Önemi”, Sayıştay Dergisi, S: 97, s. 55-75.
- Marini, Giuliano** (1976) “Truffa”, Novissimo Digesto Italiano, C: XIX, Milano, s. 864-888.
- Önder, Ayhan** (1992) Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Önder, Ayhan** (1994) Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker** (2017) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Özcan, Nisa** (2012) “Dolandırıcılık Suçu”, (Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Özen, Mustafa** (2007) “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, TBB Dergisi, S: 70, s. 239-253.
- Özenç Uçak, Nazan/Birinci, Hatice Gülşen** (2008) “Bilimsel Etik ve İntihal”, Türk Kütüphaneciliği, C: 22, S: 2, s. 187-204.
- Streefkerk, Raimo** (2022) “The 5 Types of Plagiarism/Explanations&Examples” (Revised by Jack Caulfield), Scribbr, <<https://www.scribbr.com/plagiarism/types-of-plagiarism/>> s.e.t. 08.01.2023.

- Sucuoğlu, Arif Naci** (2010) “Ceza Hukuku’nda Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, (Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Taşdemir, Kubilay** (2009) Bilişim/Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması ve Dolandırıcılık Suçları, Ankara.
- TBMM**, Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>> s.e.t. 09.01.2023.
- Tekinalp, Ünal** (2004) Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Tekinsoy, M. Ayhan/Mısır, Mustafa Bayram** (2012) “Öğretim Üyeliğine Atanma Sürecinin Başlangıcı, Ek Koşullar ve Jüri Raporları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 61(1), s. 351-382.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Önok, Murat** (2018) Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Toroslu, Nevzat** (2012) Ceza Hukuku Özel Kısım, 6. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.
- Türkiye Bilimler Akademisi** (2002) Bilimsel Araştırmada Etik ve Sorunları, 2. Baskı, Ankara, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları.
- Üzülmez, İlhan** (2012) “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK M.257)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XVI, S: 1, s. 191-216.
- Yaşar, Ecmel** (2018) “Akademik İntihal, Nedenleri ve Çözüm Önerileri”, Uluslararası Eğitim Araştırmacıları Dergisi, S: 1(1), s. 34-44.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa** (2010) Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C: 6, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Yazıcı, Hasan** (1994) “Üniversitede Özgün Bilim Üretimi”, ANKEM Dergisi, C: 8, S: 4, s. 352-354.
- Yazıcıoğlu, R. Yılmaz** (2009) Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Yeşil, Eyüp** (2015) “Kasten Öldürme Suçlarında Bağlılık Kuralı”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C: 3, S: 2, s. 95-101.
- Yüksel Kitapçoğlu, Tülay** (2021) “Özgü Suç”, (Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Mahkeme Kararları

Danıştay 8. Daire Başkanlığı, E: 2017/6130, K: 2021/1639, T: 17.03.2021,

<<https://karararama.danistay.gov.tr/>> s.e.t. 06.01.2023.

Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, E: 2012/189, K: 2012/234, T: 5/11/2012,

<<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>> s.e.t. 06.01.2023.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E: 2013/7283, K: 2015/11885, T: 26.05.2015,

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 07.01.2023.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2014/399, K: 2015/372, T: 15.09.2015,

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 09.01.2023.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2014/319, K: 2017/66, T: 14.02.2017,

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 10.01.2023.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2018/310, K: 2019/62, T: 05.02.2019,

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 10.01.2023.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2014/516, K: 2018/47, T: 20.02.2018,

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 10.01.2023.

CEZA MUHALEMESİ KAPSAMINDA VERGİSEL ARAMA^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Ömer ÇELEN^(**)

ÖZET

Vergisel arama (aramalı inceleme), Vergi Usul Kanunu (VUK) m.142 ila 147'de düzenlenmiş olup ceza muhakemesinde yer alan arama ve elkoymanın, vergi hukukundaki özel bir görünüş biçimidir. VUK'ta ayrıntılı ve muhatabı açısından daha korunaklı olarak düzenlenmiş olan vergisel arama müessesesinin uygulayıcılar tarafından yeterince uygulanmayıp doğrudan Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) hükümlerine göre işlem yapılması nedeniyle bu işlemler sonucu elde edilen delillerin kanun yolu incelemesinde hukuka aykırılığına karar verildiği görülmektedir. Vergi kaçakçılığı suçuna yönelik olarak suç delili elde etme amacına yönelik olarak gerçekleştirilen bir işlem olması nedeniyle niteliği itibarıyla bir adli arama oluşturan vergisel arama, elkoyma işlemini de kapsayacak şekilde, CMK'dan farklı bir usul öngörülerek düzenlenmiştir. İdari makamın talebi üzerine sulh ceza hakiminin kararı ile gerçekleştirilecek arama işleminin kanunda gösterilen vergi idaresi yetkililerince gerçekleştirilecek olması kurumun vergi hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun ortak konusu olarak ele alınmasını zorunlu kılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Arama, Vergisel Arama, Adli Arama, Ceza Muhakemesi, Vergi Ceza Hukuku.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1117762 - Geliş Tarihi: 17.05.2022 - Kabul Tarihi: 13.01.2023.

^(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı,

E-posta: omercelen@hotmail.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-0065-148X>.

TAX RESEARCH IN SCOPE OF CRIMINAL PROCEDURE

ABSTRACT

Tax search (examination with search) is regulated in Articles 142 to 147 of the Tax Procedure Law and is a special form for tax law of search and seizure in criminal procedure. The tax search, which is regulated in detail and more protective for the addressee in the Tax Procedure Law, is not sufficiently implemented by the implementation bodies, and the tax search is processed directly in accordance with the provisions of the Criminal Procedure Code. Therefore, it is seen that the evidence obtained because of these proceedings was decided to be unlawful in the legal remedy examination. Tax search, which constitutes a judicial search due to its nature as a process carried out for the purpose of obtaining criminal evidence in the crime of tax evasion, has been regulated by a different procedure from the Criminal Procedure Code so as to include seizure process. The fact that the search process, which will be carried out with the decision of the criminal judge of peace upon the request of the administrative authority, is carried out by the tax administration authorities as specified in the law, necessitates that tax search is considered as a common subject of tax law and criminal procedure law.

Keywords

Search, Tax Search, Juridical Search, Criminal Procedure, Tax Criminal Law.

GİRİŞ

Vergi, devletin egemenlik gücüne dayanarak, kişilerden karşılıksız aldığı parasal değerler olarak tanımlanmaktadır. Asli amacı kamu giderlerinin karşılanması olan vergi ödevinin mükellef ve sorumlularınca yerine getirilmesi ise vergi idaresinin temel görevini oluşturmaktadır. Ülkemiz vergi sisteminde vergi idaresi, bu temel görevini gerçekleştirirken 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK)'nda düzenlenen yoklama, vergi incelemesi, arama ve bilgi toplama yöntemlerine başvurmaktadır¹.

İnceleme konumuzu oluşturan vergisel arama (aramalı inceleme), VUK m.142 ila 147'de düzenlenmiş olup ceza muhakemesinde yer alan arama ve elkoymanın, vergi hukukundaki özel bir görünüş biçimini oluşturur. Anayasamızda güvence altına alınan temel haklardan özel hayatın gizliliği, kişi hürriyeti, mülkiyet, konut dokunulmazlığı ve vücut dokunulmazlığı haklarına müdahale mahiyetinde bulunan arama ve elkoymaya dair temel düzenlemelere yine Anayasa m.20 ve 21'de yer verilmiştir. Anayasa'nın mezkûr maddelerinde aramanın yapılabileceği haller ile gerçekleştirilme usulüne dair sınırlar belirlenmiştir.

Ceza muhakemesinde sıklıkla başvuru koruma tedbirlerinden olan arama ve elkoyma müesseseleri, VUK'ta ayrıntılı ve muhatabı açısından daha korunaklı² olarak düzenlenmiş olmasına rağmen bu müessesenin uygulayıcılar tarafından yeterince tanınmadığı kanaatindeyiz. Nitekim yakın tarihli Yargıtay ve bölge adliye mahkemesi kararlarıyla VUK'un mezkûr hükümlerinin uygulanması yerine, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) uyarınca gerçek-

¹ **Bilici, Nurettin** (2014) Vergi Hukuku, 34. Baskı, Ankara, Savaş, s. 81.

² Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 02.10.2017 tarihli ve E: 2017/7764 K: 2017/6204 sayılı ilamı özetle: *"...Emniyet Müdürlüğü görevlileri tarafından, sanığın VUK'nun 359/b maddesi kapsamında kalan suçu işlediğinin tespit edilmesi üzerine, bu aşamada gecikmesinde sakınca bulunduğuna ilişkin bir hâlin varlığı da gösterilmediğine göre, genellikle vergi mükellefleri olan failler için kanun koyucunun öngördüğü ve daha güvenceli olan 213 sayılı Kanun'un 142 ve devamı maddelerindeki özel usule uygun olarak arama ve elkoyma işleminin gerçekleştirilmesi, diğer bir ifade ile Cumhuriyet Başsavcılığının, vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların sulh ceza hâkiminden talepte bulunması ve arama kararı verilmesi halinde arama işlemini gerçekleştirilmesine imkân sağlaması gerekirdi..."* şeklindedir. <<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>> s.e.t. 03.01.2018.

leştirilen arama işlemi neticesinde elde edilen delillerin hukuka uygun olmadığına hükmedilmektedir³.

³ Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 02.10.2017 tarihli ve E: 2017/6923 K: 2017/6955 sayılı ilamı özetle: “...Ceza usul hukukunda, re’sen araştırma ilkesi ve vicdani delil sistemi geçerli olup, amaç maddi gerçeğe ulaşmaktır. Maddi gerçek, hukuka uygun elde edilen her türlü delille ispatlanabilir. Anayasa’ya göre, kanuna aykırı olarak elde edilen bulgular delil olarak kullanılamaz (m.38/6). CMK uyarınca, yüklenen suç, ancak hukuka uygun şekilde elde edilmiş olan delillerle ispat edilebilir (m.217/2). Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse, reddolunur (m.206/2-a). Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması, hukuka kesin aykırılık sebebidir (m.289). Açıklanan pozitif hukuk normları ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu (29.11.2005, 2005/144 Esas, 2005/150 Karar, 17.11.2009, 2009/7-160 Esas, 2009/264 Karar) kararları ile aynı yöndeki Özel Daire Kararları karşısında; “hukuka aykırı biçimde” elde edilen deliller, Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınmaz. Bu husus, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde yer alan ve Anayasamıza da eklenen (m.36) adil yargılanma hakkının gereğidir...”

Somut olayda sanıkların VUK’nın 359. maddesi kapsamında olan sahte fatura ticareti yaptığı en başından tespit edilerek, bu suçun delillerinin elde edilmesi amacıyla arama kararı talep edilmiştir. Bu durumda aramanın VUK’nın 142. maddesindeki özel hükümlere uygun gerçekleştirilmesi yerine belirtilen şekilde yapılması hukuka aykırıdır. Anayasa’nın 38/6 maddesi ile CMK’nın 217/2 ve 289/1-i maddeleri gereğince hukuka aykırı yöntemlerle ele geçirilen deliller hükme esas alınmaz. ... Dosyadaki hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin değerlendirme dışı tutulması halinde, sanığın cezalandırılmasına imkân bulunmamaktadır. Gerekçeli kararda gösterilen esaslı deliller arasında, vergi denetmen raporu, sanığın işyerinde elde edilen sahte faturalar ve tüm dosya kapsamı gösterilip mahkumiyete esas alınmış ise de, VUK hükümlerine, dolayısıyla hukuka aykırı arama elkoyma sonucunda elde edilen deliller üzerinden harekete geçilerek düzenlenen vergi tekniği ve vergi inceleme raporları mahkumiyete esas alınmaz...” şeklindedir. (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/> s.t.e.: 03.01.2018).

Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesinin 01.06.2017 tarihli ve E: 2017/157 K: 2017/890 sayılı ilamı özetle “... 213 sayılı Kanun’un 359. maddesi kapsamındaki bir suç soruşturmasında arama kararı ve aramanın gerçekleştirilmesi işleminin aynı Kanun hükümlerine göre yapılması gerekir. Aksi halde elde edilecek delil hukuka aykırı olacağından, hükme esas alınmayacaktır... Somut olayda CMK’nın 119/1 maddesi uyarınca arama yapılmasına ilişkin Şiran Sulh Ceza Mahkemesi’nin 06/09/2013 tarih ve 2013/78 D.İş sayılı kararı üzerine yapılan aramalar sonucunda delil oluşturabilecek fatura koçanları, pompa fişleri, gider belgeleri, satış raporları ve yevmiye defteri gibi belgeler ile sanığın işyerinde bulunan kamera kayıt cihazına el konulduğu... Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen bu delilin değerlendirme dışında tutulması halinde sanığın cezalandırılmasına yeterli delil bulunmadığımın anlaşılmasına rağmen, yetersiz gerekçelerle sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi...” şeklindedir. (Yayınlanmamış karara UYAP’tan ulaşılmıştır.).

Aynı yönde görüş için bkz. **Yenisey, Feridun/Nuhoglu, Ayşe** (2021) Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 416.

Çalışmamızda, ceza muhakemesinde arama ve elkoyma tedbirlerine dair genel açıklamalara yer verildikten sonra VUK m.142 ila 147’de düzenlenen arama ve elkoyma müesseseleri incelenecektir. Bu inceleme esnasında arama ve elkoymaya dair VUK’ta yer verilen özel düzenlemelere, bu düzenlemelerin CMK ile olan rabitasına, Aramalı Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönergenin ilgili hükümlerine ve konu hakkındaki yargı kararlarına çalışma kapsamının el verdiği ölçüde ayrıntılı olarak değinilecek ve ayrıca konu üzerinde doktrin ve uygulamada ihtilafa düşülen bazı sorunlara dair görüşümüz ve çözüm önerilerimiz de ilgili bölümlerde sunulacaktır.

I. CEZA MUHAKEMESİ AÇISINDAN ARAMA VE ELKOYMA

Doğrudan veya dolaylı olarak delil elde etme yöntemi olan koruma tedbirleri⁴ soruşturma ve kovuşturmanın sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi (ya da infazını mümkün kılması) amacıyla gerektiğinde zor kullanmak suretiyle başvuru- lan, Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetlere geçici müdahaleyi gerektiren işlemlerdir⁵.

Özel hayatın gizliliği başlıklı Anayasa m.20/2’de kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyasının aranamayacağı ve bunlara elkonulamayacağı; konut dokunulmazlığı başlıklı m.21’de kimsenin konutuna dokunulamayacağı; mülkiyet hakkı başlıklı m.35’te herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Mezkûr hükümlerde bu hakların hangi hallerde ve ne şekilde sınırlandırılabileceğine dair düzenlemelere de yer verilmiştir. Buna göre millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı veya yine bu sebeplere bağlı olarak

⁴ Bkz. **Özbek, V. Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar** (2021) Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 222 vd.; **Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Gezer, Ö. Sırma/Saygılar Kırıt, Yasemin F./Alan Akcan, Esra/Özaydın, Özdem/Erden Tütüncü, Efser/Altınok Villemin Derya/Tok, M. Can,** (2021) Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 441 vd.; **Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan,** Ceza Muhakemesi Hukuku I, 12. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 263 vd.; **Yenisey/Nuhoğlu,** s. 322 vd.

⁵ **Şahin/Göktürk,** s. 263.

gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile bu hakların sınırlandırılması mümkündür. Hâkim kararının bulunmadığı haller için Anayasa, yetkili merciin kararının yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağını ve hâkimin, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklayacağını; aksi halde, elkoymanın kendiliğinden kalkacağı düzenlemelerine yer vererek temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında hâkim kararına dayalı bir güvence sağlanmıştır.

Anayasa'nın mezkûr maddelerinde düzenlenen temel hak ve hürriyetlere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin "*Mülkiyet Hakkı*" başlıklı 1'inci maddesi ile "*Özel ve Aile Hayatına Saygı*" hakkı başlıklı 8'inci maddesinde de yer verilmektedir. Anayasa ve AİHS'in anılan hükümlerinin normlar hiyerarşisi gereği kanunlar ile daha alt düzeydeki düzenlemeler açısından da bağlayıcı olduğu tartışmasızdır. Bu itibarla öncelikle CMK olmak üzere arama tedbirine dair hüküm içeren Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, VUK, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu gibi kanunlar ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği (AÖAY) ve Suç Eşyası Yönetmeliği gibi daha alt düzey normlarla temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması açısından Anayasa'da belirtilen sınırın aşılamayacağı da muhakkaktır.

Hukuk sistemimizde arama tedbiri, amacına göre yapılan bir tasnifle adli arama ve önleme araması olarak iki başlık altında incelenmektedir⁶. CMK'da bir koruma tedbiri olarak arama, m.116 ila 134'te elkoyma ile bir arada düzenlenmiştir. Adli arama, ceza muhakemesinde şüpheli ya da sanığın yakalanması veya suç delillerinin ya da müsadereye konu eşyanın ele geçirilmesi amacıyla kişilerin üzerinde, eşyalarında, konut veya işyerleri vb. mekânlarda gerçekleştirilen araştırma işlemidir⁷. Arama işlemi sonrasında gerçekleştirilecek olan elkoyma ise

⁶ Centel, Nur / Zafer, Hamide (2022) Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Beta, s. 455; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 291.

⁷ Yenisey/Nuhoğlu, s. 409; Şahin/Göktürk, s. 321.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği 5'inci maddesinde adli arama: "*bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makûl şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konu-*

ceza muhakemesinde delil olabilecek veya müsadere konusu eşyanın kişinin rızası hilafına elinden alınmasıdır⁸.

İkinci arama türü olan önleme araması ise millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin yazılı emriyle mevzuatta belirtilen bazı yerlerde (toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde, halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde, umumî veya umuma açık yerlerde veya öğrenci yurtlarında veya eklentilerinde, yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışlarında, her türlü toplu taşıma veya seyreden taşıt araçları gibi), kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemi olarak tanımlanabilecektir⁹.

II. VERGİSEL ARAMA

A. TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

İnceleme konumuzu oluşturan vergisel aramaya ilk olarak 1949 tarihli ve 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu m.132 ila 137’de yer verilmiştir¹⁰. 1961 yılında ise bu hükümlerin birkaç maddesi değiştirilerek söz konusu müessese VUK m.142 ila 147’de yeniden düzenlenmiştir. Kanunda bir tanımına yer verilmemiş ise de yürürlüğe girdiği 1961 yılından bu güne herhangi bir değişikliğe uğramayan bu maddelerden yola çıkılarak vergisel aramanın “*ihbar üzerine veya yapılan vergi incelemesinde, bir mükellefin vergi kaçırdığına delalet eden emarelerin ortaya çıkması halinde, bu mükellef veya vergi kaçakçılığıyla ilgisi görülen diğer şahıslar*

tunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemi” olarak tanımlanmaktadır.

⁸ Şahin/Göktürk, s. 331; Centel/Zafer, s. 473.

⁹ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.19. Ayrıca bknz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 291; Centel/Zafer, s. 463 vd.

¹⁰ Erdem, Tahir (2011) 6009 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Sonrası Vergi İncelemesi, Ankara, Yaklaşım, s. 161.

nezdinde (ikamet, işyeri, vb.) ve üzerinde, sulh ceza hâkimi veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararıyla arama yapılması ile arama neticesinde elkonulan defter, belge ve sair kayıtların vergi incelemesine tabi tutulması” olarak tanımlanması mümkündür¹¹.

VUK’un mezkûr maddelerinin düzenlendiği bölüm başlığı elkoyma ifadesine yer verilmeksizin arama olarak adlandırılmasına rağmen vergisel aramanın, ceza muhakemesi anlamındaki arama ve elkoyma tedbirlerinin birlikte düzenlendiği kendine özgü (sui generis) bir tedbir olduğu madde içeriklerinden anlaşılmaktadır¹². Şöyle ki, VUK m.143 ila 145’te aramada bulunan ve incelemesine lüzum görülen defter ve vesikaların ayrıntılı bir tutanakla tespit edilmesi ve bunlar üzerindeki incelemenin en geç üç ay içinde bitirilerek sahibine yine tutanakla iade edilmesi öngörülmektedir.

Arama sonucu elde edilen belgeler üzerinde incelemelerin üç ay içinde bitirilmemesi halinde sulh ceza hakimince sürenin uzatılması mümkündür. Aynı şekilde arama esnasında tespit edilen kanuna aykırılıkların yer aldığı tutanağın mükellefçe imzalanmaması halinde, tespite dayanak defter veya vesikaların ilgili vergi ve cezalar kesinleşinceye kadar mükellefe verilmemesini öngören düzenleme, maddenin elkoyma işlemini de kapsadığını göstermektedir. VUK m.145’in son fıkrasında da defter ve vesikaların suç delili teşkil etmesi halinde mükellefe iadesinin mümkün olmadığı açık bir şekilde ifade edilmektedir. Bu itibarla farklı usulî hükümler içerse de bu düzenlemeler özü itibarıyla elkoyma mahiyetindedir.

¹¹ **Daşdelen, Aziz**, (2003) “Vergisel Arama” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 2, s. 166; **Erol, Ahmet**, (2009) “Aramalı Vergi İncelemesi ve İhbar İkramesi-I”, Yaklaşım Dergisi, S: 197, s. 22; **Pınar, Burak / Taylar, Yıldırım**, (2013) “Türk Vergi Hukukunda Kamusal Bir Denetim Yolu Olarak Vergi Araması”, Ceza Hukuku Dergisi, C: 8, S: 21, s. 139-180, s. 142.

¹² **Ağar, Serkan** (2016) Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu, Ankara, Seçkin, s. 329; **Öz, Ersan/Çevikcan, Fatih/Hepaksaz, Engin** (2011) “Aramalı Vergi İncelemesi ve İşlerliği” Vergi Dünyası Dergisi, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, S: 354, s. 150; **Şen, Ersan**, <Vergi Usul Kanununa Göre Arama ve Elkoyma, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2287563-vergi-usul-kanununa-gore-arama-ve-elkoyma>>, s.e.t. 08.12.2017); **Yaşın, Mehmet** (2009) “Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Yer Alan Düzenlemeler Bağlamında Aramalı Vergi İncelemesinde Özellikli Bazı Durumlar-I”, Yaklaşım Dergisi, S: 199, s. 55.

B. VERGİSEL ARAMANIN AMACI

VUK'ta yoklama, vergi incelemesi, arama ve bilgi toplama olmak üzere dört çeşit denetim mekanizması bulunduğu yukarıda belirtilmişti. Çalışma konumuza oluşturan vergisel arama, esasen vergi incelemesinin nitelikli bir halini oluşturmaktadır. VUK m.134'te belirtildiği üzere vergi incelemesiyle genel olarak, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve ödenmesini sağlamak amaçlanmaktadır. Bu genel amacın, incelemenin aramalı olarak gerçekleştirilmesinde de geçerli olduğu tabiidir. Ancak, yine yukarıda zikredildiği üzere Anayasal koruma altında olan temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına dair bir hal olan arama ile bu genel amacın ötesinde ceza muhakemesi anlamında suç delillerinin elde edilmesinin hedeflendiği kanaatindeyiz¹³. Ayrıca, vergisel aramanın konusunu kişiler değil, sadece defter ve vesikalar oluşturacağından ceza muhakemesinden farklı olarak şüphelinin yakalanması amacıyla vergisel arama yapılması mümkün değildir¹⁴.

VUK m.359 ila 363'te vergi suç ve cezaları düzenlenmiştir. Bu suçlardan bizzat mükellefe dönük olanı ise m.359'da düzenlenen vergi kaçakçılığı suçudur. Bu itibarla, vergisel aramanın asli amacının, vergi kaçakçılığı suçuna dair diğer denetim yollarıyla elde edilemeyen delillerin temini olarak özetlenmesi mümkündür. Genel kanaat vergi kaçakçılığı dışındaki vergi suçlarında vergisel arama tedbirine başvurulamayacağı yönündedir¹⁵. Kanaatimizce de VUK m.359'da düzenlenen vergi kaçakçılığı suçları dışında vergisel aramaya başvurma olanağı bulunmamaktadır. Vergisel arama bir adli işlem olup kabahat niteliğindeki eylemler açısından da bu tedbire başvurulması mümkün değildir.

Aksi görüşte olan *Erdem*, VUK m.142'de geçen "bir mükellefin vergi kaçırıldığına delalet eden emareler" ibaresinin VUK m.359'da düzenlenen vergi kaçak-

¹³ Benzer yönde görüş için bkz. **Alpsoy, Zeliha** (2021) "Vergi Hukukunda Arama İşlemi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 29, S: 1, s. 429.

¹⁴ **Yücesoy, A. Aslı** (2018) "Vergi Hukukunda Arama ve Arama Sürecindeki İşlemlerde Kamu Yararı Kavramı", TBB Dergisi, S: 135, s. 154; **Pınar/Taylar**, s. 146.

¹⁵ **Doğrusöz, A. Bumin** (2010) "Aramalı Vergi İncelemesi" Yaklaşım Dergisi, S: 206, s. 31; **Alpsoy**, s. 427; **Ağar**, s. 332; **Öz/Çevikcan/Hepaksaz**, s. 153; **Daşdelen**, s. 167; **Yücesoy**, s. 159; **Pınar/Taylar**, s. 148.

çılığı suçuna işaret etmediğini, tarihsel süreç de nazara alındığında arama müessesesinin suç tespiti için değil, devletin vergi alacağını korumak ve doğru vergilendirmeyi sağlamak amacıyla düzenlendiğini savunmakta ve bu aramanın Anayasal temellerini de Anayasa m.20 ve 21’de yer verilen kamu düzeni ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gerekçesiyle açıklamaktadır¹⁶. *Akkoca* da aynı görüştedir¹⁷. Ancak belirttiğimiz üzere bu görüşe katılmamaktayız. Şöyle ki, Devletin sadece vergi alacağını korumak maksadıyla, arama ve elkoyma tedbirleriyle temel hak ve özgürlüklere müdahale edebileceğinin kabulü isabetli değildir. Anayasa m.13’te yer verildiği üzere temel hak ve özgürlüklere dair sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. *Erdem*’in savunduğunun aksine vergi alacağını korumasının kamu düzeni ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasındaki geniş bir yorumu dayanan aksi düşünce Anayasa m.13’te belirtilen ölçütlerle bağdaşmayacaktır. Yargıtay da vergisel aramanın adli arama mahiyetinde¹⁸ ve VUK m.359’da tanımlanan suça ilişkin olduğuna hükmetmektedir¹⁹.

¹⁶ **Erdem**, s. 163-165.

¹⁷ **Akkoca, Muhammed Şükrü** (2015) “Aramalı İnceleme ve Avukatların Aranması”, E-Yaklaşım Dergisi, S: 271, s. 625.

¹⁸ Yargıtay 11. Ceza Dairesinin E: 2016/8717 K: 2017/7481 sayılı ilamı özetle “*Ceza muhakemesinde, arama olağan bir koruma tedbiri iken, Vergi Hukuku’nda istisnai, olağandışı bir denetim yoludur. Niteliği itibariyle adli arama olmasına rağmen, bu aramanın genel suç kolluğu tarafından değil, vergi inceleme elemanlarınca yapılabilmesi, vergi suçlarına ilişkin olarak yapılacak aramanın özelliğidir. Bir araç koruma tedbiri olarak vergi araması, vergi incelemesi denetim yolunun ön basamağıdır. Amaç, vergi kaçırıldığını ortaya çıkaracak ve destekleyecek belge ve kayıtların bulunmasıdır.*” şeklindedir. <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/s.t.e.: 03.01.2018>). Bu faaliyetin adli kolluk faaliyeti olarak nitelendirilemeyeceği yönündeki görüş için bkz. **Yücesoy**, s. 160.

¹⁹ Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 25.11.2015 tarihli ve E: 2015/8888 K: 2015/7752 sayılı ilamı özetle “*CMK’nın 116 ve devamı maddelerinde “arama ve elkoyma” işlemine dair usul ve esaslar düzenlenmiş ise de 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesindeki suçlar yönünden anılan Kanun’un 142 ve devamı maddelerinde aramanın usul ve şartları ayrıca hükme bağlanmıştır. Buna göre vergi kaçırıldığına delalet eden emarelerin bulunması halinde, vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar, arama yapılmasını gerekli kılan bir yazıyla sulh ceza hâkiminden ta-*

III. VERGİSEL ARAMANIN ŞARTLARI

A. VERGİSEL ARAMAYA İHTİYAÇ DUYULMASI

İhbar veya yapılan incelemeler dolayısıyla, bir mükellefin vergi kaçırdığına delalet eden emareler bulunması, inceleme elemanında vergisel arama yapma ihtiyacını doğurabilecektir. Bu kanaat vergisel aramanın ilk şartıdır.

“*Bildirim, haber verme*” anlamlarına gelen ihbar²⁰, ceza muhakemesi hukukunda şikâyete tabi olmayan bir suçun işlendiğinin yetkili makamlara haber verilmesi olarak anlaşılmaktadır²¹. Vergi hukukunda ise ihbar, vergi kayıp veya kaçığına ilişkin olayın yetkili mercilere bildirilmesidir.

İhbarın şekli açısından VUK'ta herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde, bildirim 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun hükümlerine uygun olarak yapılması gerektiği görüşü yaygındır²². Bu görüş uyarınca, ihbara itibar edilip edilmeyeceği hususunda 3071 sayılı Kanun hükümleri uyarınca değerlendirme yapılmalıdır. Görüşün gerekçesi ise, VUK m.142'nin son fıkrasında yer verilen “*İhbar üzerine yapılan aramada ihbar sabit olmazsa nezdinde arama yapılan kimse muhbirin adının bildirilmesini isteyebilir, bu takdirde, vergi dairesi muhbirin ismini bildirmeye mecburdur.*” düzenlemesi nedeniyle muhbire ulaşılabilecek bilgilerin var olması gerekliliği şeklinde açıklanmaktadır. Bu gerekliliğin istisnasına ise 2014/12 sayılı Başbakanlık Genelgesinde yer verilmiştir. Genelge uyarınca kimlik ve iletişim bilgilerine dair lüzumlu unsurları ihtiva etmemekle birlikte, olayla ilgili inandırıcı mahiyette bilgi ve belgeler eklenmiş veya somut nitelikte bilgi, bulgu ya da olaylara dayanılmış başvurular ihbar kabul edilerek idarece işlem yapılabilir²³.

lepte bulunacak, arama kararının verilmesi halinde de, arama işlemini genel kolluk görevlileri değil, vergi inceleme elemanları gerçekleştirecektir” şeklindedir. <<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>> s.e.t. 03.01.2018.

²⁰ <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 11.05.2022.

²¹ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 154; **Centel/Zafer**, s. 104.

²² **Ün, Raci** (2008) “Aramalı Vergi İncelemesi Usul ve Esasları - I”, *Yaklaşım Dergisi*, S: 191, s. 69; **Taşdelen**, s. 168; **Ersan/Çevikcan/Hepaksaz**, s. 156.

²³ <https://www.basbakanlik.gov.tr/genelge_pdf/2004/2004-0320-01327.pdf> s.e.t. 03.01.2018.

Kanaatimizce vergi kaçakçılığı suçunun işlendiğine dair ihbarlarda 3071 sayılı Kanunun katı şekilde uygulanmasına gerek bulunmamaktadır.

Vergi idaresine yapılacak ihbarlar her ne kadar CMK m.158 anlamında bir ihbar mahiyetinde olmasa da sonuçları itibariyle bir suça ilişkin incelemeyi gerektirecek hususlar ihtiva etmesi durumunda anonim şekilde, telefonla, imzasız mektupla vb. şekillerde yapılan ihbarlar gibi bu kanunun re'sen öğrenmeye dair 160'ıncı maddesi uyarınca dikkate alınması gereken bir husus olacaktır²⁴. Bu maddede yer verilen “*Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar*” düzenlemesi uyarınca nasıl Cumhuriyet savcılarında re'sen soruşturma ödevi verilmiş ise aynı şekilde söz konusu bildirim idare tarafından kendiliğinden öğrenme olarak değerlendirilmesi gerekir. Zira VUK m.142 hükmünde aramanın “*ihbar veya yapılan incelemeler dolayısıyla, bir mükellefin vergi kaçırdığına delalet eden emareler bulunması*” halinde yapılacağı öngörülmektedir. VUK m.134 hükmü ile “*incelemeye yetkili olanlar tarafından lüzum görüldüğü takdirde inceleme, işletmeye dahil iktisadi kıymetlerin fiili envanterinin yapılmasına ve beyannamelerde gösterilmesi gereken unsurların tetkikine da teşmil*” edilebileceği belirtilmekle re'sen vergi incelemesinin ihbar ya da şikâyet üzerine yapılma zorunluluğu olmadığını, re'sen inceleme kararı alınabileceğini göstermektedir.

Her ihbar bu açıdan ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmede 15/8/2017 tarihli ve 694 sayılı Kanun Hükmünde Kararname m.145 ile CMK m.158'e eklenen altıncı fıkranın da bir ölçüt olabileceği kanaatindeyiz. Lekelenme hakkı koruyan söz konusu düzenleme uyarınca ihbar konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda kişilere şüpheli sıfatı dahi verilmeksizin soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilecektir. Netice olarak ihbar üzerine doğrudan arama tedbirine başvurulması zaten beklenilmediği için somut nitelikteki ihbarların vergisel aramada

²⁴ Centel/Zafer, s. 104.

kolluk vazifesi gören inceleme elemanlarınca tahkikata konu edilmesi ve neticesine göre de lüzumlu bulunması halinde arama tedbirine başvurulması gerektiği kanaatindeyiz.

Vergisel arama, olağan vergi incelemesi esnasında vergi inceleme elemanının vergi kaçakçılığına dair emarelere rastlaması nedeniyle ortaya çıkması da mümkündür. Bu halde inceleme elemanı, olağan denetim yollarıyla kaçakçılık suçuna dair sübuta ulaşılamayacağı ve bu nedenle arama yapılması gerektiği kanaatine varmalıdır.

Gerek ihbar üzerine gerekse re'sen oluşan vergisel arama görüşünde temel ölçütlerden ilki bir mükellefin vergi kaçırdığına delalet eden emareler bulunması iken diğeri ihbar veya incelemede tespit edilen bu emarelerden yola çıkılarak konunun normal vergi incelemesiyle ortaya çıkarılmasının mümkün olmaması ve bu nedenle kanıtların ancak arama ile elde edilebileceğine dair kanaatin oluşmasıdır²⁵.

“*Emare*” sözcüğünden ne anlaşılması gerektiği de önemlidir. Emare, sözlük anlamıyla belirti, iz, ipucu anlamlarındadır²⁶. Vergisel arama kararını oluşturan emarenin CMK m.116 ile AÖAY m.6'da düzenlenen makul şüphe kavramıyla özdeş olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz²⁷. Yönetmeliğin mezkûr maddesine göre makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenecektir. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması ve şüphenin somut olgulara dayanması şarttır²⁸.

²⁵ Aramalı Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönerge m.5 ve 7.

²⁶ <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 11.05.2022.

²⁷ Benzer yönde görüş için bkz. **Yücesoy**, s. 60.

²⁸ Bkz. **Öztürk ve arkadaşları**, s. 506; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 412.

B. VERGİSEL ARAMA TALEBİNDE BULUNULMASI

Vergisel aramanın yapılabilmesi için, inceleme elemanınca, arama kararı vermeye yetkili sulh ceza hakiminde gerekçeli olarak yazılı talepte bulunulması gerekmektedir. Talebin gerekçesini inceleme elemanının ihbar üzerine incelediği vergi dosyalarından ya da re'sen yürüttüğü inceleme esnasında elde ettiği emareler ile bunlara dayalı görüşleri oluşturacaktır.

Talep yazısında, gerekçe dışında arama kararının talep edildiği yer ve zamana da açıkça yer verilmelidir. Ayrıca, aramanın bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde gerçekleştirilmesi gerekmekte ise arama talebinde VUK m.147 delaletiyle CMK m.134 nazara alınarak buna ilişkin gerekçeye ve isteme ayrıca yer verilmesi gerekmektedir.

Aramalı Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönerge m.17 ve 18'de talep yazısının hazırlanmasına ve arama kararının alınmasının usulüne dair düzenlemelere yer verilmiştir²⁹.

C. VERGİSEL ARAMA KARARININ ALINMASI

Vergisel arama kararını verme yetkisi sulh ceza hâkimliklerine aittir. VUK m.142/3'te özel bir yetki kuralına yer verilerek irtibatları sebebiyle muhtelif şahıslar nezdinde ve mahallerde yapılmasına lüzum gösterilen aramalardan birine

²⁹ “Arama kararı talep yazısının hazırlanması

MADDE 17- (1) Arama kararı için Cumhuriyet Başsavcılığına hitaben yazılan gerekçeli yazıda;

a) Vergi kaçırıldığına ilişkin delillerin ancak arama yapılması yoluyla elde edilebileceği hususu ile 27'nci maddenin birinci fıkrasında belirtilen hususlar açık biçimde ortaya konulur.

b) Nezdinde arama yapılması düşünülen kişilerle ilgili olarak neden arama yapılması gerektiği hususu açık olarak belirtilir.

c) Arama yapılacak yerlerin adresi ve bu yerlerde arama yapılmasının zorunluluğu açıklanır.

ç) Kara, deniz ve hava taşıtlarında arama yapılması durumunda, bunların tescil kayıtlarından faydalanılarak bu araçlara ait belirleyici bilgiler ile arama gerekçelerine yer verilir.

Arama kararının alınması

MADDE 18- (1) Arama kararı isteme yazısı Vergi Müfettişince Cumhuriyet Başsavcılığına elden götürülür.

(2) Sulh yargıcına intikal ettirilen arama talebine ilişkin karar elden alınır.”

karar vermeye yetkili olan sulh ceza hakimliğinin tüm aramalar hakkında da karar vermeye yetkili olduğu belirtilmiştir.

VUK m.142 ve CMK m.119 birlikte değerlendirildiğinde arama kararında; hakkında arama kararı verilen mükellef veya kaçakçılık suçuyla ilgili görülen diğer kişilerin kimlik bilgileri, arama konusu defter ve belgelerin kapsamı, aramanın nedenini oluşturan fiil, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresinin açıkça gösterilmesinin gerektiği sonucuna ulaşılabileceği kanaatindeyiz. AÖAY m.7’de bu bilgilere ilaveten “*aranılacak eşyanın elde edilmesi hâlinde elkonulup konulmayacağı*” hususunun da kararda belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenleme bazı yazarlarca arama kararının elkoyma kararını da içerir hale getireceğinden kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir³⁰. Ancak bu eleştirinin vergisel arama için geçerli olmadığı kanaatindeyiz. Zira, VUK m.143’ten, vergisel aramanın elkoymayı da içerir bir şekilde düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Sıklıkla belirtildiği üzere arama işlemi temel hal ve hürriyetlere tesir eden bir tedbir olduğundan arama kararının içeriği oldukça önemlidir. Bu nedenle vergisel aramanın gerçekleştirileceği yer ve zamana, kararda açıkça ve eksiksiz yer verilmedir. Vergisel arama mükellef ya da suçla ilgili diğer şahısların üzerlerinde, araçlarında, konut veya işyeri gibi mekanlarında, mükellefin muhasebe kayıtlarına ilişkin defter ve belgelerin muhasebecisinde bulunması halinde muhasebeciye ait büro vb. yerlerde gerçekleştirilebilecektir. Ancak kararda zikredilmeyen bir yerde yapılan arama neticesinde ele geçirilen deliller hukuka aykırı olacaktır.

Vergisel aramanın zamanı hususunda da VUK’ta herhangi bir hüküm bulunmadığından CMK’daki hükümlerin uygulanması gerekmektedir. CMK m.118 uyarınca suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller dışında konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde vergisel arama yapılamayacaktır. Ancak gündüz başlayan aramaya gece vakti devam edilebilecektir³¹.

³⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 311.

³¹ Benzer yönde görüş için bkz. Yücesoy, s. 160.

Önemli bir husus da talep bulunması ve koşulların oluşması halinde, bilgisayar ve bilgisayar programları ile kütüklerinde arama gerçekleştirilmesine izin verildiği hususunun arama kararında açıkça belirtilmesi gerekliliğidir. Çünkü CMK m.134'te bu arama biçimi özel olarak düzenlendiğinden, CMK m.119 uyarınca alınacak arama kararında ayrıca zikredilmedikçe bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama gerçekleştirilemeyecektir.

Avukat bürolarında arama ve elkoyma da CMK m.130'da özel olarak düzenlenmiştir. Mükellef ya da kaçakçılıkla ilgili diğer şahsın avukat olması ve bürosunda arama yapılacak olması halinde bu madde hükümleri işlerlik kazacaktır. Madde uyarınca avukat büroları ancak mahkeme kararıyla ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde, baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın da aramada hazır bulundurulmasıyla aranabilecektir³².

Arama talebinin her zaman kabul edilmeyeceği muhakkaktır. Kararın reddi halinde izlenecek usule dair VUK'ta herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Ancak, VUK m.147 delaletiyle, sulh ceza hakimliğince arama talebinin reddine karar verilmesi halinde, Cumhuriyet savcısınca CMK m.267 uyarınca bu kararın kaldırılması istemiyle itirazda bulunulması mümkündür. İtiraz mercii, CMK m.268/3-a³³ hükmüne göre belirlenecektir.

D. GECİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN HALLERDE VERGİSEL ARAMA

Vergisel aramanın düzenlendiği VUK m.141 ila 147'de gecikmesinde sakınca bulunan hale ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber VUK m.147'de “*bu bölümde açıkça yazılı olmayan hallerde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun arama ile ilgili bulunan hükümleri uygulanır.*” hükmü yer almaktadır.

³² Bkz. **Öztürk ve arkadaşları**, s. 512 vd.

³³ “Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir”

CMK m.119/1 ile aramaların hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile gerçekleştirilebileceği öngörülmüştür. Gecikmesinde sakınca bulunan hâl kavramı AÖAY m.4'te “*derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâli*” olarak tanımlanmaktadır³⁴.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallere ilişkin CMK hükümlerinin vergisel aramada uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalı bir husustur.

Bir görüşe göre VUK'da düzenlenmemiş olsa da VUK m.147 uyarınca CMK'nın ilgili hükümleri işlerlik kazanacağından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının emriyle arama yapılabilecektir³⁵. Diğer görüş ise Danıştay kararından yola çıkarak arama kararının sadece sulh ceza hakimliğinden istenebileceği yönündedir³⁶.

Görüşe dayanak teşkil eden Danıştay kararına konu olayda³⁷ hakim kararı olmaksızın gerçekleştirilen arama işleminin hukuka aykırı olduğuna hükmedil-

³⁴ Yönetmelikte gecikmesinde sakınca bulunan hal,

“a) Adli aramalar bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini, b) Önleme aramaları bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini ifade eder” şeklinde adli ve önleme aramaları bakımından ikiye ayrılarak tanımlanmaktadır. Yukarıdaki başlıklarda açıklandığı üzere vergisel aramalar, niteliği itibarıyla adli arama mahiyetinde bir arama oluşturmaktadır.

³⁵ Ersan/Çevikcan/Hepaksaz, s. 157; Taşdelen, s. 166; Yaşın, s. 56.

³⁶ Akkoca, s. 632.

³⁷ Danıştay 4. Dairesinin 20.10.2006 tarihli ve E: 2006/451 K: 2006/2009 sayılı ilamı özetle: “... İncelenen olayda, Anayasa'ya ve Vergi Usul Kanunu'nun 142'nci maddesinde öngörülen usule uygun olarak sulh ceza hakimine yapılmış bir başvuru ve bu hakim kararından, davacı-

miştir. Ancak söz konusu olaylarda gecikmesinde sakınca bulunması nedeniyle yapılan aramaların Cumhuriyet savcısı kararı ile değil mülki amir olan kaymakam kararı ile yapılmış olması gözden kaçırılmamalıdır. Vergisel arama, niteliği itibarıyla adli arama kapsamında değerlendirilmektedir. Dolayısıyla VUK m.147 hükmü delaletiyle uygulanacak olan CMK m.119 hükmünün vergisel arama açısından uygulanmasında işlemin niteliğine uygun bir değerlendirme yapılmamıştır. Buna göre gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığı durumunda hakim kararına başvurmaksızın Cumhuriyet savcısı, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile arama yapılabilecektir. Söz konusu arama, bir adli arama olduğu için kolluk; idari kolluk olarak değil, adli kolluk olarak görev yapmaktadır. Zira maddede “*kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirileceği*” açık bir şekilde belirtilmiştir. Dolayısıyla bu işlem sırasında kaymakam kolluğun amiri konumunda bulunmadığından kaymakamın emri ile gerçekleştirilen bir arama işlemi hukuka aykırı olacaktır.

Bu itibarla isabetli olan Danıştay kararını yanlış yorumlayan ikinci görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, VUK m.147 delaletiyle CMK m.119/1³⁸ nazara alındığında gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının emriyle vergi inceleme memurlarınca arama yapılabileceğinde şüphe bulunmadığı

nın kapalı durumda olan işyerine Babaeski Kaymakamının 28.1.2000 günlü ve B.07.4.DEF.4.39.25.30/618 sayılı yazısı üzerine aynı gün polis yardımı ve çilingir marifetiyle girilerek tüm defter ve belgelerine elkonulmuş olup, olay yerinde düzenlenen tutanak esas alınarak hazırlanan vergi inceleme raporu ile, defterlerde gider kayıtlarının bulunmadığı, dolayısıyla katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilemeyeceği iddiasıyla dava konusu tarhiyat yapılmıştır. Bu durumda davacının işyerinde yapılan arama ve defterlere elkonulması işlemlerinin Anayasada ve Kanunda öngörülen usule aykırı olması nedeniyle, usulüne uygun olarak başlanılmayan vergi incelemesine dayanılarak yapılan tarhiyatta ve bu tarhiyata karşı açılan davanın reddine ilişkin Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir...” şeklindedir. (UYAP) Benzer mahiyetteki kararlar için bkz. Danıştay 4. Dairesinin 20.10.2006 tarihli ve E: 452-455 sayılı aynı ilamları.

³⁸ Fıkra metni, “*Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir.*” şeklindedir.

kanaatindeyiz³⁹. Yargıtay 11. Ceza Dairesi de aynı görüştedir. Ancak Daire isabetli olarak gecikmesinde sakınca bulunan halin ispat edilmesini istemektedir⁴⁰.

IV. VERGİSEL ARAMANIN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

Vergisel aramaya yetkili olanlar VUK m.135'te belirtilmiştir. Maddeye göre vergi incelemesi; vergi müfettişleri, vergi müfettiş yardımcıları, ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi müdürleri tarafından yapılır. Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar da her hal ve takdirde vergi inceleme yetkisine sahiptir.

VUK m.135'te sayılan kişilerin gerçekleştirdikleri vergisel arama işlemi ceza muhakemesi anlamında adli arama niteliğinde olduğundan bu işlemle ilgili olarak gerçekleştirdikleri faaliyet de adli kolluk faaliyetidir. Ayrıca VUK m.367'ye göre yaptıkları inceleme sırasında VUK m.359'da yazılı suçların işlendiğinin tespiti halinde ilgili raporun değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla birlikte Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir. Yine VUK m.359'da yazılı suçların işlendiğinden sair suretlerle haberdar olan Cumhuriyet başsavcılığının ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep etmesi ve neticesinin beklenilmesi için kamu davasının açılmasının ertelenmesi gerekmektedir. Bu nedenlerle vergisel arama işlemi gerçekleştiren inceleme memurlarının vergisel suç kolluğu⁴¹ olarak adlandırılmasının isabetli olduğu kanaatindeyiz.

³⁹ Bu hususa ilişkin açık bir düzenleme yapılması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. **Alpsoy**, s. 446.

⁴⁰ Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 02.10.2017 tarihli ve E: 2017/7764 K: 2017/6204 sayılı ilamında özetle: "Genel hükümlere tabi bir suç ihbarı üzerine, delil elde edilmesi amacıyla CMK uyarınca yapılan arama işlemi sonucunda, vergi suçunun da işlendiğini gösteren delillerin bulunması veya VUK'nın 147. maddesi hükmü karşısında, vergi suçuna ilişkin olmasına rağmen gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin varlığı halinde, CMK hükümlerine göre arama işlemi yapılabilir ve bu şartlarda yapılan arama sonucunda elde edilen deliller de hukuka uygun kabul edilebilirdi. Ancak somut olayda Asayiş Şube Müdürlüğü Yankesicilik Dolandırıcılık Büro Amirliğince sanığın VUK'nın 359. maddesi kapsamında olan sahte fatura ticareti yaptığı en başından tespit edilerek, bu suçun delillerinin elde edilmesi amacıyla arama kararı talep edilmiştir. Bu durumda aramanın VUK'nın 142. maddesindeki özel hükümlere uygun gerçekleştirilmesi yerine belirtilen şekilde yapılması hukuka aykırıdır." şeklindedir. <<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>> s.e.t. 03.01.2018.

⁴¹ **Taşdelen**, s. 167.

Vergisel aramanın genel kolluk tarafından gerçekleştirilmesi mümkün değildir⁴². VUK m.7⁴³ uyarınca arama işlemi esnasında görev alan kolluk personelinin arama işlemine katkısı sadece güvenliği sağlamakla sınırlı olacaktır. Arama işlemi bizzat m.135'te sayılan görevliler tarafından gerçekleştirilmelidir.

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılacak vergisel aramanın CMK m.134'e istinaden verilmiş bir karara dayalı olması gerektiği yukarıda belirtilmişti. Gerçekleştirilecek arama esnasında da CMK'nın mezkûr hükmüne ve AÖAY m.17'ye uygun hareket edilmelidir. Aramalı Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönerge m.12 ve bilhassa m.27'de de bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılacak vergisel aramaya dair ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

Mükellef olan avukatın bürosunda da arama yapılabilir. Ancak, yukarıda zikredildiği üzere bu aramanın CMK m.130'a uygun olması gereklidir. Avukatların, arama kararında zikredilen ve incelenmesi gerekli görülen defter ve belgeleri incelemeye ibraz etmeleri gerekmektedir. İnceleme elemanları, serbest meslek makbuzlarını ve serbest meslek kazanç defterlerini inceleyebilir, iş yerinde çalışan sayısını tespit edebilir ve bu minvaldeki denetimlerini sürdürebilir. Ancak ortada, ağır cezayı gerektirecek bir suçüstü hali bulunmadığı için aramalı vergi incelemesi esnasında avukatın üzeri aranamayacaktır⁴⁴.

Avukat bürolarında yapılan aramalarda, arama konusu eşyanın avukatlık mesleğinden kaynaklı sır saklama yükümlülükleri kapsamında kaldığı ileri sürü-

⁴² “Ceza muhakemesinde, arama olağan bir koruma tedbiri iken, Vergi Hukuku’nda istisnai, olağandışı bir denetim yoludur. Niteliği itibarıyla adli arama olmasına rağmen, bu aramanın genel suç kolluğu tarafından değil, vergi inceleme elemanlarınca yapılabilmesi, vergi suçlarına ilişkin olarak yapılacak aramanın özelliğidir.”; Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E: 2021/9749, K: 2021/6445, T: 14.09.2021.

⁴³ “İdarenin yardımı:

Madde 7 - Bilümmü mülkiye amirleri, emniyet amir ve memurları, belediye başkanları, köy muhtarları ve kamu müesseseleri vergi kanunlarının uygulanmasında uygulama ile ilgili memurlara ve komisyonlara ellerindeki bütün imkanlarla kolaylık göstermeye ve yardımda bulunmaya mecburdurlar.”

⁴⁴ Avukatlar İçin Vergi İnceleme Rehberi, <<http://web.e-baro.web.tr/uploads/27/bavi.pdf>> s.e.t. 11.05.2022.

lebilecektir. CMK m.130/2’de bu husus düzenlenmiştir. Fıkraya göre, arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden istenir. Hâkim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkrada öngörülen kararlar, yirmidört saat içinde verilir⁴⁵.

V. VERGİSEL ARAMANIN GERÇEKLEŞTİRİLMESİNDEN SONRAKİ İŞLEMLER

Vergisel aramanın gerçekleştirilmesinden sonra ele geçirilen defter ve belgeler ile sair delillerin kaydı, incelenmesi ve iade edilip edilmeyeğine dair hükümlere VUK m.143 ila 146’da yer verilmiştir. Bu maddeler, defter ve belgelere elkonulma ile suç delillerinin ele geçirilmesi amacıyla yapılacak incelemenin usulünü, mükellefin bu süredeki haklarını ve incelemenin neticelenmesini düzenlemektedir.

A. ARAMADA BULUNAN DEFTER VE BELGELERİN KAYIT ALTINA ALINMASI

Vergi Usul Kanunu’na göre aramada bulunan ve incelemesine lüzum görülen defter ve vesikalar VUK m.143/1 gereği müfredatlı olarak bir tutanakla tesbit olunur. Düzenlemede öngörülen müfredatlı tespit, VUK md 143/2’de “*vesikalaların dosya ve dosya içinde sayı itibariyle tespit olunması*” olarak tanımlanmıştır.

CMK uyarınca yapılan aramalarda düzenlenecek tutanağın içeriğine adli arama tutanağı başlıklı AÖAY m.11’de yer verilmiştir⁴⁶. Bu düzenlemenin niteli-

⁴⁵ Bkz. Şahin/Göktürk, s. 352; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 301 vd.

⁴⁶ Madde 11 - “... Tutanakta, a) Arama kararının tarih ve sayısı, hâkim kararı yoksa verilmiş olan yazılı emrin tarih ve sayısı ile emri veren merci,

b) Aramanın yapıldığı yer, tarih ve saat,

c) Aramanın konusu,

ğine uygun düştüğü ölçüde vergisel aramalarda da dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Zira, vergisel aramalar da adli arama niteliğinde olup VUK'ta arama tutanağının içeriğine dair ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemiştir.

Mezkur maddedeki temel kural, arama esnasında ele geçirilen defter ve belgelerin ayrıntılı bir şekilde tutanak altına alınmasıdır. Ancak, arama yapıldığı sırada zaman müsaadesizliği ve sair sebeplerle bu tutanağın tanzimi mümkün olmazsa bu işlemin daha sonra gerçekleştirilmesi de mümkündür. Buna ilişkin usule anılan maddenin üçüncü fıkrasında yer verilmiştir. Fıkra uyarınca arama tutanak tanziminin yapılamaması halinde, bulunan ve incelemesine lüzum görülen defter ve vesikalar, mükellef nezdinde emin bir yere konulacak veya kaplar (torba vb.) içinde daireye nakledilecektir. Bu defter ve vesikaların konulduğu yerlerin veya torbaların aramayı yapan vergi inceleme görevlileri tarafından mühürlenmesi ve mümkün olması halinde mükellefin mührünün de bulunması şarttır. Mühürleme işlemleri tutanakla tespit edilmelidir. Arama işleminden sonraki münasip en kısa sürede mühürlerin mükellef huzuruyla tutanağa bağlanarak açılması ve aramada ele geçirilen defter ve belgelere ilişkin ayrıntılı tutanakların tanzim edilmesi gerekmektedir. Ayrıntılı tutanak örnekleri her durumda mükellefe verilerek imzası alınmalıdır.

Mükellefin aramada hazır bulunmaz veya mühürleme tutanağını imzadan imtina ederse bu husus aramayı yapan görevlilerce, mührün açılmasına ilişkin tutanağı imzadan imtina ederse de aramayı yapan görevli ve iki memur tarafından imzadan imtinaya dair tutanak tanzim edilmelidir (VUK m.143/4).

d) Aranılan kişinin kimlik bilgileri, adını söylemediği takdirde eşkâl bilgileri,

e) Araçta, konutta, işyeri ve eklentilerinde arama yapılmışsa, aracın plaka numarası, markası, konutun, işyerinin ve eklentilerinin açık adresi, su üstü aracının aranmasında su üstü aracının cinsi, ismi, sahibi ve kullananı, deniz aracının aranması hâlinde ise deniz aracının cinsi, ismi, donatıları, bağlama limanı, tonajı, acentesi, kaptanı ve arama mevkiî,

f) Aramanın sonuçları, elkonulan suç eşyasına ilişkin belirleyici bilgiler,

g) Aramada yakalanan kişiler varsa kimlik bilgileri, kimliği belirlenemiyorsa eşkâl bilgileri,

h) Arama sonucunda yaralanma veya maddî bir zarar meydana gelip gelmediği,

i) Arama işlemi yapanların adı, soyadı, sicili ve unvanı,

hususları yer alır...”

İnceleme işleminin daha sağlıklı gerçekleştirilmesi için aramada bulunan defter ve vesikaların inceleme memurunun çalıştığı yere nakli mümkündür.

VUK m.143'te açıkça zikredildiği üzere vergisel aramada ele geçirilen defter ve vesikaların zarar görmemesi için iyi saklanması gereklidir. Aksi halde meydana gelecek zarar idarece tazmin olunacaktır.

Vergisel arama sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilmesi halinde CMK m.138 uyarınca işlem yapılması, bu delilin muhafaza altına alınarak durumun Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁴⁷.

B. ARAMADA ELKONULAN DEFTER VE BELGELERİN İNCELENMESİ

Arama yapılan hallerde incelemenin ivedilikle ve hızlı bir şekilde yapılması gerekmektedir. VUK m.144'teki bu amir hüküm ile vergisel aramanın yol açabileceği kişi hak ve hürriyeti ihlalleri önlenmiş olacaktır. İncelemenin kısa sürede neticelenmesinin kişilerin lekelenmeme hakkı ve makul sürede yargılanma hakkının temini açısından olumlu sonuçlar doğuracağı kanaatindeyiz.

VUK m.145'te arama neticesinde alınan defter ve belgeler üzerindeki incelemelerin en geç üç ay içinde bitirilerek bu eşyaların sahibine bir tutanakla geri verilmesi, incelemelerin haklı sebeplere binaen üç ay içinde bitirilmesine imkan bulunmaması halinde sulh ceza hakimi kararı ile bu sürenin uzatılabileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Bu sürenin birden fazla kez uzatılması da mümkündür. Ancak aramalı incelemelerin süresi, her koşulda VUK n. 140/1'in (6)'ncı bendinde düzenlenen süreden fazla uzatılamayacaktır. Bu düzenlemelerden, ceza muhakemesinin aksine vergisel aramada elkoyma işleminin geçici süreli olduğu ve nihayetinde azami bir haddinin bulunduğu anlaşılmaktadır.

⁴⁷ Aynı yönde görüş için bkz. **Döner, B. Vehbi** (2018) "Vergi Araması Sırasında (VUK md.142 - 147) Rastlantı Sonucu Elde Edilen Bulguların (CMK md.138) Hukuki Niteliği", Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 7, s. 131.

Defter ve belgelerin incelenmesi sırasında kanuna aykırı görülen olaylar ve hesap durumları tutanakla tespit olunacaktır. Mükellef bu tutanakları imzadan çekindiği takdirde, bahis mevzu olayları ve hesap durumlarını ihtiva eden defter veya belgeler aramanın mevzuu ile ilgili vergi ve cezalar kesinleşinceye kadar kendisine geri verilmeyecektir. İlgililerin tutanaklara diledikleri itiraz ve mülahazaları kaydettirmeleri ve bu tutanakları her zaman imzalayarak defter ve vesikalarını geri almaları mümkündür.

Suç teşkil teşkil eden defter ve belgelerin teslimi hiçbir şekilde mümkün değildir. Bu defter ve belgeler hakkında kovuşturma aşamasında hükümle birlikte karar verilecektir.

İnceleme sırasında vergi ile ilgisi olmayan şahsi ve özel mektup ve diğer evrak makbuz karşılığında sahiplerine geri verilecektir. Bu hüküm CMK m.122/3'te yer verilen *“inceleme sonucu soruşturma veya kovuşturma konusu suça ilişkin olmadığı anlaşılan belge veya kâğıtlar ilgisine geri verilir”* düzenlemesi ile aynı mahiyettedir.

C. MÜKELLEFİN HAK VE ÖDEVLERİ

Vergisel aramanın, ceza muhakemesindeki arama ve elkoymadan ayrı kendine özgü yapısı nedeniyle VUK m.144'te aramanın muhatabı mükellef açısından bazı ödev ve haklara yer verilmiştir. Maddeye göre mükellef, ilgili memurun huzurunda, aramada ele geçirilen defterler ve vesikalar üzerinde inceleme yapmaya ve bunlardan suret ve kayıt çıkarmaya yetkilidir. İnceleme hakkı, örnek almaksızın sadece kayıtlara bakılarak izlenmesi anlamındayken, örnek alma hakkı ile elkonulan defterlerden suret çıkartılmasına olarak tanımlanmaktadır⁴⁸.

Bu yetki mükellef açısından kabahat ya da suç mahiyetinde isnat edilebilecek eylemlere karşı savunma hakkının kullanımını açısından önemli olduğu gibi mükellefin vergi ödevini yerine getirebilmesi açısından da önemlidir. Zira mezkur maddenin dördüncü fıkrasında belirttiği üzere defter ve vesikaların muhafaza altına alınmış olması, süresi gelen vergi beyannamelerinin verilmesi ödevini

⁴⁸ Taşdelen, s. 181.

kaldırmamaktadır. Bu nedenle mükellefin beyannamesini tanzim için gerekli bilgileri defter ve vesikalardan çıkarmasına yönelik yazılı isteği yetkililerce derhal yerine getirilecektir. Maddede mükellef için öngörülen olumlu bir düzenleme de beyanname verme süresinin uzamasıdır. Defter ve vesikaların muhafaza altına alındığı tarihten vergi beyannamesinin verileceği tarihe kadar olan süre bir aydan az ise beyanname verme süresi kendiliğinden bir ay uzayacak ve ek süre bu müddetin sonundan başlayacaktır. Bu halde VUK m.13'ün 1 ila 3'üncü firkaları ve m.17 hükümleri de saklıdır.

Vergisel aramanın vergi hukuku açısından meydana getirdiği bir diğer sonuç da VUK m.146'da düzenlenmiştir. Madde uyarınca, arama neticesinde bulunan defter ve vesikaların muhafaza altına alınması sebebiyle m.219 gereğince yapılamayan kayıtlar defterlerin geri verilmesinden sonra idare ile mükellef arasında kararlaştırılan ve bir aydan az olamayacak münasip bir süre içinde ikmal edilecektir. Mükellef dilerse defterlerinin muhafaza altına alındığında işlemlerini yeniden tasdik ettireceği defterlere kayıt ve iadesi halinde iade edilen defterlere de intikal ettirebilecektir.

Gerek ihbar gerekse vergi inceleme elemanınca gerekli görülmesiyle yapılan talep üzerine verilen hakim kararına dayalı vergisel aramanın muhtelif surette hukuka aykırılıklar içermesi de mümkündür. Bu hallerde CMK m.141/1-i ve j bentleri uyarınca kişilerin maddi ve manevi her türlü zararlarını Devletten isteyebilecekleri kanaatindeyiz⁴⁹.

⁴⁹ "Tazminat istemi

Madde 141 - (1) Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında; ...

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, ... Kişiler, maddi ve manevi her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler."

Aynı yönde görüş için bkz. **Alpsoy**, s. 458.

SONUÇ

Ceza muhakemesinde suç delillerinin elde edilmesi açısından önemli tedbirler olan arama ve elkoymanın özel bir haline VUK m.142 ila 147'de yer verilmiştir. Anayasa'da güvence altına alınan özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve mülkiyet haklarının hâkim kararıyla sınırlandırılmasına dair mezkûr maddelerde düzenlenen ve ceza muhakemesindeki arama ve elkoyma tedbirlerini birlikte barındıran vergisel arama tedbiri, VUK m.359'da düzenlenen vergi kaçakçılığı suçları açısından işlerlik kazanabilecek istisnai bir tedbirdir. Vergisel aramanın amacı, vergi kaçırıldığını ortaya çıkaracak ve destekleyecek belge ve kayıtların bulunmasıdır.

Vergisel arama, ihbar üzerine veya yapılan olağan vergi incelemesinde vergi inceleme elamanının gerek duyması üzerine sulh ceza hâkimliğinin veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararı üzerine uygulanabilecektir. Arama kararının ifası genel kolluk tarafından değil, VUK m.135'te sayılan ve vergisel suç kolluğu olarak adlandırılan görevlilerce gerçekleştirilecektir. Ancak vergisel aramanın bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde ya da avukat bürolarında gerçekleştirilmesi halinde CMK'nın ilgili maddelerine uygun hareket edilmesi gerekmektedir. Bunun dışında VUK'ta yer almayan haller için CMK'nın arama ve elkoymaya dair ilgili hükümleri uygulanacaktır.

Vergisel aramanın gerçekleştirilmesinden sonra ele geçirilen defter ve belgeler ile sair delillerin kaydı, incelenmesi ve iade edilip edilmeyeğine dair hükümlere VUK m.143 ila 146'da yer verilmiştir. Bu hükümlere uygun hareket edilmesi de hukuka aykırı delil iddialarını önleyecektir.

Vergisel arama, ceza muhakemesindeki tedbirlere nazaran mükellef açısından daha korunaklı olduğundan yargı kararlarında vergisel aramaya olanak tanınmaksızın genel arama ve elkoyma hükümlerine göre elde edilen delillerin hukuka uygun olmadığına hükmedilmektedir. Bu şekilde hukuka aykırı yöntemlerle gerçekleştirilen arama ve elkoyma neticesinde elde edilen delillere dayalı vergi raporları da mahkûmiyete esas alınamayacaktır. Sonuç olarak usul hukukuna ilişkin söz konusu yanlışlık nedeniyle suçun sübutuna dair çok sayıda delil hukuka aykırı hale gelmektedir. Bu nedenle uygulamacılarca vergisel arama hükümlerinin tanınması ve uygulanması vergi kaçakçılığı suçuyla mücadele açısından ziyadesiyle önemlidir.

KAYNAKÇA

- Ağar, Serkan** (2016) Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu, Ankara, Seçkin.
- Akkoca, M. Şükrü** (2015) “Aramalı İnceleme ve Avukatların Aranması”, E-Yaklaşım Dergisi, S: 271.
- Alpsoy, Zeliha** (2021) “Vergi Hukukunda Arama İşlemi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 29, S: 1, s. 405-467.
- Bilici, Nurettin** (2014) Vergi Hukuku, 34. Baskı, Ankara, Savaş.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide** (2022) Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Beta.
- Daşdelen, Aziz** (2003) “Vergisel Arama”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 2, s. 159-191.
- Doğrusöz, A. Bumin** (2010) “Aramalı Vergi İncelemesi”, Yaklaşım Dergisi, C: 18, S: 206, s. 31-32.
- Döner, B. Vehbi** (2018) “Vergi Araması Sırasında (VUK md.142-147) Rastlantı Sonucu Elde Edilen Bulguların (CMK md.138) Hukuki Niteliği” Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 7, s. 111-135.
- Erdem, Tahir** (2011) 6009 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Sonrası Vergi İncelemesi, Ankara, Yaklaşım.
- Erol, Ahmet** (2009) “Aramalı Vergi İncelemesi ve İhbar İkramiyesi-I”, Yaklaşım Dergisi, S: 197, s. 22-24.
- Öz, Ersan/Çevikcan, Fatih/Hepaksaz, Engin** (2011) “Aramalı Vergi İncelemesi ve İşlerliği” Vergi Dünyası Dergisi, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, S: 354, s. 149-157.
- Özbek, V. Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar** (2021) Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Gezer, Ö. Sırma/Saygılar Kırıt, Yasemin F./Alan Akcan, Esra/Özaydın, Özdem/Erden Tütüncü, Efser/Altınok Villemin Derya/Tok, M. Can** (2021) Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Ankara, Seçkin. (Öztürk ve arkadaşları).
- Pınar, Burak/Taylar, Yıldırım** (2013) “Türk Vergi Hukukunda Kamusal Bir Denetim Yolu Olarak Vergi Araması”, Ceza Hukuku Dergisi, C: 8, S: 21, s. 139-180.

- Şahin, Cumhuri/Göktürk, Neslihan** (2021) Ceza Muhakemesi Hukuku I, 12. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Şen, Ersan**, Vergi Usul Kanununa Göre Arama ve Elkoyma, <<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2287563-vergi-usul-kanununa-gore-arama-ve-elkoyma>> s.e.t. 08.12.2017.
- Ün, Raci** (2008) “Aramalı Vergi İncelemesi Usul ve Esasları - I”, Yaklaşım Dergisi, S: 191, s. 67-70.
- Yaşın, Mehmet** (2009) “Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Yer Alan Düzenlemeler Bağlamında Aramalı Vergi İncelemesinde Özellikli Bazı Durumlar-I” Yaklaşım Dergisi, S: 199, s. 55-58.
- Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe** (2021) Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Yücesoy, A. Aslı** (2018) “Vergi Hukukunda Arama ve Arama Sürecindeki İşlemlerde Kamu Yararı Kavramı” TBB Dergisi, S: 135, s. 151-184.
<https://www.basbakanlik.gov.tr/genelge_pdf/2004/2004-0320-01327.pdf> s.e.t. 03.01.2018.
- “Avukatlar İçin Vergi İnceleme Rehberi”, <<http://web.e-baro.web.tr/uploads/27/bavi.pdf>> s.e.t. 11.05.2022.
- <<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>> s.e.t. 03.01.2018.
- <<https://sozluk.gov.tr>> s.e.t. 11.05.2022.

NOTERİN HUKUKİ STATÜSÜ VE HUKUKİ SORUMLULUĞU SORUNU^(*)

Bahar ERDOĞDU BİLGİLİ^()**

ÖZET

Noterin hukuki statüsü belirsizdir. Bu belirsizlik, farklı kanunlarda, özellikle hukuki sorumlulukları tarif edilirken kullanılan kamu görevlisi gibi sayılma ve serbest meslek mensubu sayılma ifadelerinden kaynaklanmaktadır. Noterin hukuki statüsü ile ilgili mevzuatta açık bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu belirsizlik noterin hukuki sorumluluğunda da kendini göstermektedir. Sui generis bir hukuki statüye sahip olan noterin sorumluluğu da sui generistir. Noterlerin kusursuz sorumlu oldukları mevzuatta görülmekte ise de kusursuz sorumlulukta var olan kuruluş kanıtı getirme olanağı noterlere verilmemiştir. Mahkeme kararlarında noterin kusursuz sorumluluğu ifade edilirken ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk kavramı kullanılmaktadır. Bu kavramın kişilerin noterin yaptığı işlemlere güveninin sağlanması amacıyla oluşturulduğu belirtilse de bu sorumluluk kişilerin de zarara uğramasına sebebiyet vermektedir. Diğer yandan kamu hizmeti sunan noterin yaptığı işlemlerin bazıları mahkemelerde ve idarece de yapılmaktadır. Bu durumda idarenin sorumluluğu söz konusudur. İdarenin sorumluluğu ağır bir sorumluluk olarak görülebilir. İdarenin sorumluluğunun ağır olması, idarenin, kamu gücü ayrıcalığına sahip olmasından kaynaklanmaktadır. İdarenin sorumluluğu, hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk bağlamında yargı kararları ile incelendiğinde noterin ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğunun kamu hizmetinin aksamasına sebep olacak nitelikte ağır olduğu görülmektedir. Bu nedenle noterin ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğu mevcut düzenlemedeki ve uygulamadaki haliyle sürdürülebilir olmaktan çıkmıştır. Noterlerin yaptıkları iş dolayısıyla, devlete dava açılması sonrasında kusur oranında rücu mekanizmasının devreye sokulması, zarar gören kişilerin muhatapsız kalmasını önleyecektir. Devlete karşı dava açılması ile kusur oranında rücu mekanizmasının gelmesi, mesleğe kabulden başlayan, mesleğin icrasının her aşamasında devam eden devlet denetimine tabi olan noterlerin, sorumluluğunun da paylaşılmasına imkân sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler

Noterin Hukuki Statüsü, Noterin Hukuki Sorumluluğu, İdarenin Sorumluluğu, Kamu Hizmeti, Kusursuz Sorumluluk.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1181318 - **Geliş Tarihi:** 28.09.2022 - **Kabul Tarihi:** 26.12.2022.

^(**) Avukat; Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi,

E-posta: baharerdogdu93@gmail.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-4587-4097>.

THE PROBLEM OF THE NOTARY'S LEGAL STATUS AND LEGAL LIABILITY

ABSTRACT

The legal status of the notary public is uncertain. This uncertainty arises from the expressions of being considered as a public official and being considered as a self-employed member, which are regulated in different laws, especially when describing their legal liability. There is no clear provision in the legislation regarding the legal status of the notary. This uncertainty also manifests itself in the legal liability of the notary. Although it is seen in the legislation that notaries are responsible for their actions, notary publics are not given the opportunity to bring proof of emancipation in their legal liability. Although it is stated that the concept of aggravated strict liability is created to ensure the trust of individuals in the transactions made by the notary, this liability also causes material damage to individuals. On the other hand, some of the actions performed by the notary, which provides public service, are also carried out in the courts and by the administration. In this case, it is the legal liability of the administration. The fact that the administration has the privilege of public power makes the administration superior to individuals. Therefore, the responsibility of the administration can be seen as a heavy responsibility. When the responsibility of the administration is examined with judicial decisions in the context of service fault and strict liability, it is seen that the aggravated strict liability of the notary is heavy enough to cause disruption of public service. For this reason, the aggravated strict liability of the notary has ceased to be sustainable as it is in the current regulation and practice. Activating the recourse mechanism at the rate of fault after filing a lawsuit against the state due to the work done by the notary publics will prevent the injured persons from remaining unaddressed. With the filing of a lawsuit against the state, the establishment of a recourse mechanism at the rate of fault, the responsibility of the notary, who are subject to state control, starting from the admission to the profession and continuing at every stage of the practice of the profession, will be shared.

Keywords

Legal Status of Notary, Legal Liability of Notary, Responsibility of Administration, Public Service, Strict Liability.

GİRİŞ

Noterin hukuki statüsü belirsizdir. Noterlik Kanunu md.1’de noterin kamu hizmeti gören kişi olduğu belirtilmişse de noterlerin hukuki statüleri konusunda mevzuatta açık bir hüküm bulunmamaktadır. Noterlik Kanunu md.152 gereği, noterler görevleri sebebiyle işlenen suçlarla ilgili olarak Türk Ceza Kanunu’nun uygulanması bakımından kamu görevlisi sayılırlar. Gelir Vergisi Kanunu’nda ise noterlerin serbest meslek erbabı oldukları söylenmektedir. Çeşitli kanunlarda farklı hukuki statüde bulunan noterler için kamu görevlisi ile serbest meslek mensubu arasında kendine özgü bir hukuki statüye sahip oldukları ifade edilmektedir. Hukuki statüdeki bu belirsizlik, uygulamada birtakım sıkıntılara yol açmaktadır. Adalet Bakanlığı’nın noterler üzerindeki denetimini hiyerarşik denetime yaklaşan bir denetim olarak görülmektedir. Noterlerin kamu görevlisi olmadıkları düşünüldüğünde Adalet Bakanlığı’nın noterlerle ilgili yetki ve denetiminin bu denli fazla olmasının mevcut durumla bağdaşmadığı düşünülmektedir. Zira noterler kamu görevlilerine tanınan birçok ayrıcalıktan da mahrumdur. Hukuki statünün belirsizliği, inceleneceği üzere, yargılamada da karmaşaya yol açmaktadır. Noterlerin taraf olarak bulunduğu davalardaki kararlarda noterin hukuki statüsü tartışılmaktadır. Kararlarda yer alan karşı oy yazılarındaki gerekçelerde, noterin hukuki statüsüne dair tartışmalar yer almaktadır. Diğer yandan, bu belirsizlik benzer durumlarda farklı kararların verilmesine yol açmaktadır. Noterin hukuki statüsünün tartışılması ve mevcut sorunların saptanması, içtihat farklılıklarının da önüne geçilmesi için önem arz etmektedir.

Noterin hukuki statüsündeki belirsizlik, noterin hukuki sorumluluğuna da sirayet etmektedir. Noterin hukuki sorumluluğu da hukuki statüsüne benzer şekilde kendine özgü bir sorumluluk türü olarak uygulamada karşımıza çıkmaktadır. Bu sorumluluk, yargı kararlarında ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk olarak ifade edilmektedir. Ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk ifadesi, noterin çalıştırdığı kişilerin işlemlerinden de sorumlu olması ve adam çalıştırmanın sorumluluğunda mümkün olan kurtuluş kanıtı olanağının (gerekli özeni gösterdiğinin ispatı) noterlerin sorumluluktan kurtulması için tanınmamasından kaynaklanmaktadır. Noterler hem kendi işlemlerinden hem de

çalıştırdıkları kişilerin işlemlerinden kaynaklanan hukuki sorumluluktan, ancak illiyet bağının yokluğunda kurtulabilmektedirler. Noterin ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğunun, yapılan işlemlerin güvenilirliği adına gerekli olduğu söylenmektedir. Noterin yaptığı işlemler göz önüne alındığında, meydana gelebilecek zararların tazmini güç veya imkânsız olabilmektedir. Ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğun amacı, noterin yaptığı işlemlere olan güvenden kaynaklanmakta ise kişilerin noter işlemlerinden doğabilecek zararlarının tazmininden şüphe duymamalıdır. Oysa uygulamada, kişilerin muhatapsız kalabildiği görülmektedir. Hem kişilerin muhatapsız kalmasının önüne geçilmesi hem de gerçek kişi olan noterin bu denli ağır bir sorumluluk dolayısıyla işlem yapmaktan kaçınması ile kamu hizmetinin sürekliliğinin sekteye uğramaması için çözüm önerileri tartışılacaktır. Hem bu sorunların çözümü hem de ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğun işlevsel olup olmadığı ancak idarenin sorumluluğu kavramı ile karşılaştırılmalı olarak yargı kararları eşliğinde incelendiğinde saptanabilecektir. Ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğun yer yer idarenin sorumluluğundan da ağır olduğu, bu nedenle hem noter hem de zarar gören kişi için işlevsel olmadığı görülecektir.

Çalışmamızın ilk bölümünde noterlik kavramına değinilerek, noterlik sistemleri incelenecek ve günümüzde en fazla uygulanan Latin noterlik sisteminde, noterin hukuki sorumluluğu kısaca ele alınacaktır. İkinci bölümde ise, noterin hukuki statüsü, kamu görevlisi sayıldığı haller, serbest meslek mensubu sayıldığı haller ve kendine özgü bir hukuki statüleri ile ilgili açıklamalar ve tartışmalara yer verilecek, bu tartışmaların uygulamaya yansımaları, yargı kararları ile incelenecektir. Üçüncü bölümde ise noterlerin ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğunun uygulanabilirliği kamu hizmetinin sürekliliği bağlamında değerlendirilecek ve idarenin sorumluluğu ile yargı kararları üzerinden karşılaştırmasına yer verilecektir. Son olarak, ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğun işlevsel olup olmadığına, bu sorumluluğun hem zarar gören kişi hem de noter açısından dezavantajlarına ve bunların ortadan kaldırılabilmesi için çözüm önerilerine değinilecektir.

I. NOTERLİK KAVRAMI VE NOTERLİK SİSTEMLERİ

“*Noter kelimesi Latince den gelmektedir. Not tutan, süratli yazı yazan anlam-larına gelen ‘notarius’ kelimesinden türetilmiştir.*”¹ Noterliğin tanımını birçok yazar benzer şekilde yapmaktadır. Noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek amacıyla çeşitli belge ve işlemlere resmiyet kazandıran ve kanunun öngördüğü diğer görevleri yerine getiren, kendine özgü bir hukuki statüsü olan kamu hizmeti gören kişilerdir.² Noterlik Kanunu md.1’e göre: “*No-terlik bir kamu hizmetidir. Noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirir ve kanunlarla verilen başka görevleri yapar-lar.*” Kapsayıcı tanımların yanında noter, “*çeşitli belge ve işlemlere geçerlik ka-zandırmak ve yasanın öngördüğü diğer görevleri yerine getirmekle yükümlü, belli nitelikleri ve kendine özgü bir hukuk statüsü olan kamu görevlisi, kâtibiadil*”³ olarak da tanımlanmaktadır.

Görüldüğü üzere Noterlik Kanunu md.1’de noterin kamu hizmeti gören ki-şi olduğu belirtilmişse de noterlerin hukuki statüleri konusunda mevzuatta açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum tartışmaları da beraberinde getirmek-tedir. Hukuki statü tartışmaları, hukuki sorumluluk açısından da önem arz et-mektedir. Yabancı ülkelerdeki noterlik kurumunun tarihine bakıldığında da hukuki statülerinin farklılaştığı görülmektedir. Statü sorununa değinirken farklı hukuk sistemlerindeki durumdan bahsetmenin, ülkemizdeki sorunları değer-lendirirken yarar sağlayacağı kanaatindeyiz.

Noterler, bahsedileceği üzere bazı ülkelerde devletten bağımsız bir nitelik kazanmış iken bazı ülkelerde ise devlet organlarının bir parçası olarak görev-lerini ifa etmişlerdir. Devletten bağımsız olan noterler ve devlete bağlı noterlerin

¹ **Ülker, İbrahim** (2018) Osmanlı Noterlik Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 9.

² **Ülker**, s. 10; **Kurt, Leyla Müjde** (2014) “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 18, S: 2, s. 86.; **Memiş, Yusuf** (2016) Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 21.; **Erdoğan, Ersin** (2016) “Noterlerin Hazırlan-masına Katılmış Oldukları Senetler Sebebiyle Zarar Gören Üçüncü Kişilere Karşı Hukukî So-mumluluğu”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S: 1, s. 257.

³ <<https://sozluk.adalet.gov.tr/noter.>> s.e.t. 23.12.2021.

dışında ülkemizdeki gibi karma yapılar da mevcuttur. Günümüzde noterlik sistemleri Latin noterlik sistemi, Anglosakson noterlik sistemi ve devletçi noterlik sistemi olmak üzere üç ana kategoride toplanmaktadır.⁴

Latin noterlik sistemi, Fransa, Almanya, İtalya ve İspanya gibi birçok Avrupa ülkesinde görülmektedir. Ayrıca, bazı Afrika, Güney Amerika ülkelerinde, aynı zamanda Türkiye, Japonya ve Çin’de bu sistem kabul edilmektedir. Bu sistemde, noterler nitelikli hukukçular olmalıdır. Noterlerin, yaptıkları işlemlerde, tarafların iradelerine uygun ve doğru bir şekilde kayıt alma yükümlülükleri bulunmaktadır. Noter, yapmış olduğu işlemler karşılığında ücret almaktadır. Sistemde, noterlerin konumları ve fonksiyonları hukuk kuralları ile belirlenmiştir ve devlet tarafından koruma altına alınmıştır. Noterlerin tarafsız hukuk uzmanları olduğu kabul edilmektedir ve düzenledikleri belgeler, başka bir delile ihtiyaç olmaksızın mahkeme önünde kesin delildir. Bu sistemin ayırıcı özelliklerinden biri de noterliğin evrak tescil memurluğu olmaktan çıkarılıp bir meslek statüsüne yükseltmiş olmasıdır.⁵ Farklı bir mesleki statüye sahip olan noterler bir meslek kuruluşu etrafında örgütlenirler. Ülkemizde bu meslek kuruluşu, Türkiye Noterler Birliği’dir. “Türkiye Noterler Birliği, Anayasa’nın 135’inci maddesine göre Noterlik Kanunu ile kurulmuş olup, kamu kurumu niteliğinde tüzel kişiliğe sahip bir meslek kuruluşudur. Bu Kanun’da gösterildiği şekilde Devletin idari ve mali denetimine tabidir. Birliğin merkezi Ankara’dadır.”⁶ Noterlik Kanunu md.165’e göre, Türkiye’de faaliyet gösteren noterler, birliğin tabii üyesi sayılmaktadır.

Latin noterlik sisteminde evrak tescil memuru olmaktan çıkmış olan noterlerin hukuki sorumluluğu da farklılaşmıştır. Latin noterlik sisteminde noterin hukuki sorumluluğu ağırdır; ancak bu sorumluluğun doğurabileceği maddi zarar için birtakım mekanizmalar öngörülmüş ve genel olarak tazmin yükümlülüğü yalnızca notere ait olmaktan çıkarılmıştır. Noterin hukuki sorumluluğunun ağırlığı, diğer uzman veya kişilerin sorumluluklarını yok etmemiştir. Örneğin; Almanya’da noter zarar göreni öncelikle müşterek sorumluya gönderir ve o

⁴ Ülker, s. 14.

⁵ Ülker, s. 15.

⁶ Türkiye Noterler Birliği İç Çalışma Yönetmeliği md.5.

sorumlu bu zararı tazmin ederse noterin sorumluluğu ortadan kalkar. Diğer yandan, zarar gören kişi aynı işle ilgili olarak bir avukatla istişarede bulunmuşsa tazmin yükümlülüğü kusur oranında avukata ait olur. Noter odaları da zarar tazmininde aktif olarak rol oynar. Noterlerin sigorta yaptırmaları zorunludur ve sigorta sistemi büyük tutarları tazmin edebilecek şekilde düzenlenmiştir. Bunun dışında noter odaları, noterlerin görevi kötüye kullanmaları riskini de sigorta ettirmektedir.⁷ Böylece hem noter ağır hukuki sorumluluğu dolayısıyla ortaya çıkabilecek tazmini neredeyse imkânsız zararlardan korunmuş olur hem de zarar gören kişi, zararını sadece noterden değil, müşterek sorumlulardan ve zararı tazmin edebilecek etkili bir sigorta sisteminden tazmin edebilir. Bu durum zarara uğrayan kişinin muhatapsız kalmasını önler ve zararını tamamen tazmin edebilen kişinin noterdeki işlemlere güveni korunmuş olur.

Anglosakson noterlik sistemi ise İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri, İskandinav ülkelerinin çoğunda uygulanmaktadır. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde de bu sistem uygulanmaktadır ve hukuki işlemleri içeren belgeleri kayıt altına alan kişilere "tasdik memurları" denilmektedir.⁸ Bu sistemde noterlik bağımsız bir meslek değildir. Devlet tarafından görevliler belirlenmekte ve bu görevliler kanunun düzenlediği şekilde evrak tasdik işlemi yapmaktadırlar.⁹ Evrak tasdikini yapacak kişilerin sorumlulukları noterlerle kıyaslandığında çok sınırlıdır.¹⁰ Tasdik memurlarının düzenlemiş oldukları evrakların delil niteliği, ilgili kişilerin kimlik bilgileri ve imzalarının o kişilere ait olup olmadığına ilişkindir

⁷ **Türkiye Noterler Birliği** (1990) Avrupa Topluluğu Ülkelerinde Noterlik, Tisamat Basım Sanayii, s. 11 ve devamı.

⁸ KKTC Tasdik Memurları Yasası: "*Bakanlar Kurulu, belgelere atılan imzaların ve basılan mühürlerin imzayı atan veya mühürü basanların imza veya mühürleri olduğunu belgelemeleri için, zaman zaman, uygun göreceği kişileri veya herhangi bir Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti makamını veya memurunu atayabilir. Atananlar "tasdik memuru" unvanını taşır ve Maliye ve Ekonomi Bakanının imzalayacağı bir atama belgesi ile atanırlar. Bu biçimde yapılan her atama Bakanlar Kurulu tarafından aynı biçimde sona erdirilebilir. Yapılan veya sona erdirilen her atama Resmi Gazete' de yayımlanır. Her tasdik memuruna, atandığında, biçimi Kıbrıs Türk Federe Devleti Bakanlar Kurulunca onaylanan bir mühür verilir. Tasdik memuru, Devlete, böyle bir mühürün değeri olan iki yüz elli mil bir harç öder.*"

⁹ **Ülker**, s. 16.

¹⁰ **Ülker**, s. 21.

ve bu şekilde sınırlanmıştır.¹¹ Devletçi noterlik sisteminde ise noter vazifesini yapan kişiler doğrudan devletin memurlarıdır. Bazı Orta Doğu ülkeleri ile Doğu Avrupa ülkeleri bu sisteme tabiidir; ancak devletçi noterlik sistemini uygulayan ülkelerde, yeni kanun düzenlemeleri ile Latin noterlik sistemine geçiş görülmektedir.¹²

II. NOTERLERİN HUKUKİ STATÜSÜ

Çeşitli hukuk sistemlerinde noterlerin farklı görev ve statülerinin olduğu görülmektedir. Bazı sistemlerde noter devlet memuru statüsünde iken bazı sistemlerde ise serbest meslek mensubu statüsündedir. Bununla birlikte ülkemizde karma bir sistem söz konusudur. Noterlik Kanunu md.1'e göre: "Noterlik bir kamu hizmetidir. Noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirir ve kanunlarla verilen başka görevleri yaparlar." Kanun maddesinde noterliğin kamu hizmeti olduğu açık şekilde ifade edilmiştir; ancak noterlerin hukuki statüsü hakkında bir ibare görülmemektedir. Dolayısıyla noterin farklılaşan hukuki statüsü ve bu durumun uygulamadaki sonuçları hakkında farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Çalışmamızda bu görüşler, noterin kamu görevlisi sayıldığı hallerin incelenmesi, noterin serbest meslek mensubu olarak kabul edildiği durumların incelenmesi ve noterin hukuki statüsünün öğretilde ve yargı kararlarında kendine özgü bir hukuki statü olarak tanımlanması dolayısıyla noterin sui generis hukuki statüsünün incelenmesi ile sunulacaktır. Bu görüşlerin yanında noterin hukuki statüsünün uygulamada açtığı birtakım sorunlara yer verilerek, hukuki statü sorunu tartışılacaktır.

A. KAMU GÖREVLİSİ SAYILMA

Anayasa Mahkemesi bir kararında, Noterlik Kanunu md.82'de noterlik işlemlerinin resmi nitelikte olduğunu belirterek Adalet Bakanlığı'nın noterler ile ilgili düzenleme yapabileceği alanları sıralamaktadır;

¹¹ KKTC Tasdik Memurları Yasası md.9: "Bir tasdik memurunun bu Yasa kuralları uyarınca hazırladığı herhangi bir tasdik belgesi, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Mahkemelerinde, onunla tasdik edilen olguların delili olarak kabul edilir."

¹² Ülker, s. 16.

“Ücret tarifesinin Bakanlık tarafından düzenlendiği, noterliklerin Birliğin yanı sıra Bakanlığın gözetim ve denetimi altında olduğu, noterliklerin Cumhuriyet savcıları ile adalet müfettişlerinin denetimine tabi olduğu, soruşturma veya kovuşturma sebebiyle işten el çektirmeye Bakanlığın yetkili olduğu, soruşturma yapılmasını gerektiren hâllerde soruşturmanın adalet müfettişleri veya Cumhuriyet savcılarınca yaptırılacağı, noterler hakkında verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar ile disiplin cezalarının itiraz üzerine Bakanlıkça inceleneceği, itiraz üzerine Bakanlığın verdiği kararın kesin olduğu, disiplin cezalarının Bakanlığın onayıyla kesinleşeceği, para cezaları dışındaki disiplin cezalarının Bakanlık tarafından yerine getirileceği, noterlerin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlar ile görevleri yerine getirmeleri sırasında veya görevleri sebebiyle kendilerine karşı işlenen suçlardan dolayı 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun uygulanması bakımından kamu görevlisi sayıldıkları, görev suçları sebebiyle haklarında kovuşturma yapılabilmesinin Bakanlığın iznine tabi olduğu, yetersizlik sebebiyle noterlerin görevlerine son vermenin Bakanlığın yetkisi kapsamında bulunduğu ve noterlik işlem formüllerinin Bakanlığın onayına tabi olduğu Kanun’un 112., 121. ila 124., 131., 140., 141., 145., 151. ila 153., 196. ve 200. maddelerinde düzenlenen diğer hususlardır¹³.”

Kararda, mesleğe kabulde noterlerin kamu görevlisi gibi görülmeleri olağan görülmüştür. Noterliğe kabul edilmeme terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı bulunmama koşulu ile kamu hizmetine girme hakkının sınırlandırıldığından sözü edilmektedir. Karşı oy yazısında ise noterliğin kamu hizmeti olduğu hususunda bir belirsizlik bulunmadığı; ancak noterlerin kamu görevlisi olup olmadıklarının tartışmalı bir husus olduğu belirtilmiştir. Noterin hukuki statüsünün tartışıldığı karşı oy yazısında, noterlerin dar anlamda bir devlet memuru olmadıkları, diğer yandan özel statülü kamu görevlisi olarak da nitelendirilmelerinin zor olduğu söylenmektedir. Bazı kanunlarda noterler kamu görevlisi sayılsa da Anayasa md.128’de belirtilen diğer kamu görevlileri; sözleşmeli personel, işçi ve geçici işçiler olarak sayılı olduğu ve noterlerin bu kategorilerden birine ait olmadığı belirtilmiştir. Bununla birlikte, karşı oyda noterlerin idare ile aralarında bağ olmasına rağmen idare tarafından istihdam edilmemelerinin kamu görevlisi olmadıklarını gösterdiği söylenmektedir. Noterlerin, mali yönden kamudan bağımsız olması, gelirlerinin hizmet verdikleri kişilerin bu hizmete karşılık ödedikleri bedelden oluşması ve sosyal güvenlik mevzuatı yönünden de özel sektör

¹³ AYM, E: 2018/89, K: 2019/84, T: 14.11.2019.

işyeri dosyası açtırarak işveren olmalarının devletin maaşlı veya ücretli görevlisi olmadıklarının göstergesi olduğu vurgulanmıştır.

Karşı oy yazısında noterin hukuki statüsü tartışılırken, noterliğin kamu görevlisini andıran yönleri olmakla birlikte noteri tam bir kamu görevlisi saymak mümkün olmadığı, diğer yandan serbest meslek mensubu olarak görülemeyeceği de belirtilmiştir. Noterlerin kamu görevlisi ile serbest meslek mensubu arasında kendine özgü bir hukuki statüsü olduğu söylenmektedir. Karşı oy yazısında, noterlerin kamu görevlisi sayılmamaları doğrultusunda konunun kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen Anayasa md.70 kapsamında değil, çalışma özgürlüğü ve hakkını güvence altına alan Anayasa md.48 ve 49 yönünden değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁴ Görüldüğü üzere noterlerin hukuki statü-

¹⁴ Karşı oy yazısı: “(...) Çoğunluk görüşünde, Noterlik Kanunundaki birtakım düzenlemelerden (bkz. §§19-24) hareketle noterliğin Anayasa'nın 70. maddesi kapsamında bir kamu hizmeti ve noterlerin de bir kamu görevlisi olduğu kabul edilerek kuralın, noterliğe kabul edilmede terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı bulunanların kamu hizmetine girme hakkını sınırladığı belirtilmiştir (§ 25). Çoğunluk, kuraldaki terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı bulunmama şartının görevin gerektirdiği niteliklerden olduğunu, dolayısıyla kuralla getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 70. maddesinde belirtilen sınırlama sebebine uygun olduğunu vurgulamıştır (§ 27). Noterliğin bir kamu hizmeti olduğu hususunda bir belirsizlik bulunmamakla beraber noterlerin kamu görevlisi olup olmadıkları tartışmalı bir husustur. Noterlerin dar anlamda bir devlet memuru olmadıkları açık olduğu gibi özel statülü kamu görevlisi olarak da nitelendirilmeleri zor görünmektedir. Sadece Türk Ceza Kanunu'nda ve Noterlik Kanunu'nda noterlerin kamu görevlisi olduğu belirtilmiştir. Anayasanın 128. maddesinde belirtilen diğer kamu görevlileri “sözleşmeli personel, işçi ve geçici işçiler” den ibaret olup, noterler bu kategorilerden herhangi birine ait bulunmamaktadır. Noterlerin idare ile aralarında kamusal bağları olmasına rağmen idare tarafından istihdam edilmemeleri kamu görevlisi olmadıklarının en önemli göstergesidir. Mali yönden kamudan bağımsız olup, gelirleri hizmet verdikleri kişilerin bu hizmet karşılığı ödedikleri bedellerden oluşmaktadır. Üstelik noterler sosyal güvenlik mevzuatı yönünden özel sektör işyeri dosyası açtırarak işveren olmaktadır. Kısacası, noterler devletin maaşlı veya ücretli bir görevlisi değildirler. Noterliğin kamu görevlisini andıran yönleri olmakla beraber özü itibarıyla noterleri tam bir kamu görevlisi saymak mümkün olmadığı gibi tabi oldukları kurallar dikkate alındığında onları serbest meslek mensubu olarak görmek de doğru olmayacaktır. Noterlerin, kamu görevlisi ile serbest meslek mensubu arasında kendine özgü bir hukuki statüleri olduğunu kabul etmek gerekir. Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında noterler kamu görevlisi sayılmadığından iptali talep edilen kuralın kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen Anayasanın 70. maddesi kapsamında değil çalışma özgürlüğü ve hakkını güvence altına alan 48. ve 49. maddeleri yönünden değerlendirilmesi gerekmektedir. (...)”

sünün belirsizliği, mesleğe kabul edilmedeki şartların tartışılmasında dahi belirsizlik yaratabilmektedir.

Noterlik Kanunu md.152¹⁵ gereği, noterler görevleri sebebiyle işlenen suçlarla ilgili olarak Türk Ceza Kanunu'nun uygulanması bakımından kamu görevlisi sayılırlar. Yargıtay bu hususu şu şekilde açıklamıştır:

*“Kanun’da kamu görevlisi “Kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” olarak tanımlanmıştır. Gerekçede de belirtildiği üzere kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Kişinin kamu görevlisi olup olmadığı belirlenirken dikkat edilmesi gereken nokta, ifa edilen görevin niteliğidir.”*¹⁶

Avrupa Birliğine dâhil ülkelerdeki noterliklerde Devletlerin özel bir denetimi söz konusudur. Devlet adına bu denetimi, noterlerin yaptığı işlemlerin adalet hizmetiyle ilişkisi dolayısıyla Adalet Bakanlıkları yapmaktadır. Adalet Bakanlığı tarafından yapılan bu denetimin, mesleğin organizasyonuna ve karar alma süreçlerine katı bir müdahale olmamasına özen gösterilmektedir. Noterlerin gözetim ve denetimi noterlik mesleğindeki en üst kuruluşa ve onun bölgesel düzeyde kuruluşları olan noter odalarına bırakılmaktadır. Bakanlığın denetimi ise üst kuruluşun idari ve mali denetimi ile sınırlıdır. Ülkemizde, Adalet Bakanlığının noter odaları ve Türkiye Noterler Birliği üzerindeki denetiminin idari vesayet denetimini aştığı, hiyerarşik denetime yaklaştığı dolayısıyla noterliklerin Bakanlık karşısındaki bağımsızlığının zedelendiği görüşü mevcuttur.¹⁷ Noterlik Kanunu’nda yer alan bazı hallerde Türkiye Noterler Birliği’nin düzenleme yetki-

¹⁵ Noterlik Kanunu md.152: “Yukarıdaki maddede gösterilen kişilere karşı, aynı maddede yazılı görevleri yerine getirmeleri sırasında veya görevleri sebebiyle işlenen suçlarla ilgili olarak Türk Ceza Kanunu’nun uygulanması bakımından kamu görevlisi sayılırlar.”

¹⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2016/1419, K: 2020/38, T: 28.01.2020.

¹⁷ **Tanrıver, Süha** (2011) Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler (1993-2011), 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 43.

sinin bulunmaması veya yalnızca görüş alınması ile Adalet Bakanlığının tasarrufuna bırakılan haller mevcuttur. Boşalan veya yeni açılacak noterliklerin ilanı¹⁸, stajdan beklenen yararın gerçekleşip gerçekleşmediği¹⁹, noterliğe atanmak için yapılan başvuruların kabulü²⁰, noterliklere yapılan atamalar²¹, noterin geçici olarak işten el çektirilmesine karar verme²², noterin görevine son verme²³ gibi tasarruflar Bakanlık tasarruflarına örnek verilebilir. Bu yetkilerin vesayet denetimini aştığı açıkça görülmektedir.²⁴ Bazı hallerde adeta noterlerin kamu görevlisi gibi konumlandırıldıkları, denetimlerinin ve noterlerle ilgili birçok düzenle-

¹⁸ Noterlik Kanunu md.22: “Boşalan, açılan veya dördüncü sınıftan üçüncü sınıfa geçirilen noterlikler Resmî Gazete’de ilan olunur. Şu kadar ki, yaş tahdidi sebebiyle boşalacak noterliklerin, noterin yaş tahdidine tabi tutulmasından önce ilanı zorunludur. 4859 Yapılacak ilanda, boşalan ve üçüncü sınıfa geçirilen noterliğin bir evvelki yıla ait gayrisafi geliri, açılan noterliğin ise emsallerine göre Adalet Bakanlığınca tahmin edilecek gayrisafi geliri ve isteklilerin hangi belgelerle birlikte başvurmaları gerektiği gösterilir.”

¹⁹ Noterlik Kanunu md.17: “Adalet Bakanlığı tarafından, dosyanın gelmesinden itibaren 15 gün içinde, stajdan beklenen maksadın hasıl olup olmadığına dair bir karar verilir. (...)”

²⁰ Noterlik Kanunu md.23: “İlan edilen noterliğe başvuranlar, 7’nci maddenin (1), (5) ve sonraki bentlerinde yazılı şartları kaybetmediklerini gösterir belgeleri ile askerlik hizmetini yaptıklarına veya askerlik hizmetine elverişli olmadıklarına ilişkin belgeyi Adalet Bakanlığına veya Bakanlığa gönderilmek üzere buldukları yer Cumhuriyet Savcılığına verecekleri dilekçelerine iştirik zorundadırlar. (...)”

²¹ Noterlik Kanunu md.24: “(...) Adalet Bakanlığı, Resmî Gazete’de ilan tarihinden itibaren bir ay tamamlandıktan ve her halde 23’üncü maddenin 2’nci fıkrasına göre verilen sürenin bitiminden sonra isteklilerden 18’inci maddede gösterilen defterdeki sırada en önde bulunanı, engel bir hali olmamak şartıyla, noterliğe atar.”

²² Noterlik Kanunu md.123: “Suç teşkil eden fiillerden dolayı haklarında Adalet müfettişi, Cumhuriyet savcısı veya ceza mahkemesi tarafından soruşturma veya kovuşturma yapılan noterler, soruşturma ve kovuşturmanın selameti bakımından Adalet Bakanlığı tarafından gerekli görüldüğü takdirde, soruşturma veya kovuşturma kesin bir karar veya hükümlerle sonuçlanıncaya kadar işten el çektirilirlir.”

²³ Noterlik Kanunu md.196: “Noterin, 7’nci maddenin ikinci bendi hariç olmak üzere, bu maddede yazılı yetenek ve şartlardan birini kaybetmiş olması veya Adalet müfettişleri tarafından yapılan teftişler sonunda hakkında düzenlenen, birbirini izleyen son iki hal kâğıdında meslekte yeterli olmadığı belirtilmiş ve son teftişten itibaren en az altı ay hizmet gördükten sonra yaptırılacak üçüncü teftişte de Adalet Müfettişininin meslekte yeterli olmadığı kesin kanısına varmış olması halinde Adalet Bakanlığınca görevine son verilir.”

²⁴ **Tanrıver**, s. 45.

menin doğrudan Bakanlıkça yapılması göz önüne alındığında noterlerin yapılan işlemler dolayısıyla sorumlulukla baş başa kalmasının mevcut düzenlemeyle örtüşmediği kanaatindeyiz.

B. SERBEST MESLEK MENSUBU SAYILMA

Noter, Türk Ceza Kanunu'nda kamu görevlisi gibi değerlendirilmektedir. Diğer yandan Gelir Vergisi Kanunu'nda serbest meslek mensubu sayılmaktadırlar. Noterin hukuki sorumluluğuna ilişkin yargı kararlarında, noterin hukuki statüsü, noterin serbest meslek mensubu sayılması ve kamu görevlisi olarak değerlendirilmesi üzerinden tartışılmaktadır. Noterlerle ilgili bir genelgenin iptalinde dahi noterin hukuki statüsü kararda tartışılmıştır. Karara konu genelge, defter onaylama gelirlerinin ortak hesaba aktarılması ile ilgili bir genelgedir. Kararda Danıştay, noterlerin hukuki statüsünü tartışırken şu ifadeye yer vermiştir:

“(...) 1512 sayılı Noterlik Kanununun 1’inci maddesinde Noterliğin bir kamu hizmeti olduğu 40’ıncı maddesinde noterlik dairesinin, resmi daire sayıldığı 82’nci maddesinde, bu yasa kurallarına göre belgelendirilen işlemlerin resmi işlem sayıldığı, Kanunun çeşitli maddelerinde sınıflara ayrılma, atanma, yükselme, ücret tarifelerinin saptanması konularında Adalet Bakanlığının yetkili olduğu, noterlerin Adalet Bakanlığı ve Türkiye Noterler Birliğinin gözetim ve denetimi altında bulduklarının öngörüldüğü; 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 66’ncı maddesinde de noterlerin serbest meslek erbabı sayıldıkları 65’inci maddesinde ise serbest meslek çalışmasının sermayeden çok kişisel çalışmaya, ilmi ve mesleki bilgiye ve uzmanlaşmaya dayanan ve ticari nitelikte olmayan işlerin, işverene bağlı olmaksızın, kişisel sorumluluk altında kendi adına yapılması olarak tanımlandığı; bu kurallar göz önüne alındığında, noterliğin, kamu hizmetinin serbest meslek çalışması biçiminde yürütüldüğü, kamusal yanı ağır basan bir meslek olarak ortaya çıktığı; noterlik hizmetinin özel girişimcilik ilkelerine göre yürütülmediği (...)”

Gelir Vergisi Kanunu md.65²⁵ ve 66’ya²⁶ atıf yapılarak noterlerin serbest meslek erbabı oldukları söylenmektedir. Sonrasında Noterlik Kanunu’na atıf

²⁵ 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu md.65: “Her türlü serbest meslek faaliyetinden doğan kazançlar serbest meslek kazancıdır. Serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi ve ya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır. Tahkim işleri dolayısıyla hakemlerin aldıkları ücretler ile kolektif, adi komandit ve adi şirketler tarafından yapılan serbest meslek faaliyeti neticesinde doğan kazançlar da, serbest meslek kazancıdır.”

yaparak, işlemlerin resmi işlem sayıldığı, noterlerle ilgili birçok konuda Adalet Bakanlığının yetkili olduğu ve noterlik hizmetinin özel girişimcilik ilkelerine göre yürütülmediği dolayısıyla, noterliğin kamu hizmetinin serbest meslek çalışması biçiminde yürütüldüğü söylenmektedir. Kararlardaki ifadelerde belirsizliklerin olduğu görülmektedir. Bu durum, noterlerin hukuki statüsünün belirsiz olması, bazı hallerde kamu görevlisine yakın görülmesi, bazı hallerde ise serbest meslek mensubuna yakın görülmesinden kaynaklanmaktadır.

C. SUI GENERİS (KENDİNE ÖZGÜ) HUKUKİ STATÜ

Noterin kamu görevlisi ve serbest meslek mensubu sayıldığı haller hukuki statülerinde belirsizliğe neden olmuştur. Kamusal yanı ağır basan bir meslek olarak nitelendirilen noterlik, kamu hizmetinin serbest meslek biçiminde yürütülmesidir. Bu durum noterin hukuki statüsünün sui generis bir hukuki statü olmasına neden olmuştur. Noterin kendine has hukuki statüsü olduğu²⁷ söylene de bu durum uygulamada belirlilik ilkesi ile ilgili sorunlar yaratmaktadır. Anayasa md.128'e göre kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.²⁸ Noterler kamu hizmeti yürüt-

²⁶ 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu md.66: “Serbest meslek faaliyetini mutat meslek halinde ifa edenler, serbest meslek erbabıdır. Serbest meslek faaliyetinin yanında meslekten başka bir iş veya görev ile devamlı olarak uğraşılması bu vasfı değiştirmez. Bu maddenin uygulanmasında: 1. Gümrük Komisyoncuları, bilumum borsa ajan ve acentaları, noterler, noterlik görevini ifa ile mükellef olanlar; 2. Bizzat serbest, meslek erbabı tarifine girmemekle beraber serbest meslek erbabını bir araya getirerek teşkilat kurmak veya bunlara sermaye temin etmek suretiyle veya sair suretlerle serbest meslek kazancından hisse alanlar. 3. Serbest meslek faaliyetinde bulunan kolektif ve adi şirketlerde ortaklar, adi komandit şirketlerde komanditeler; 4. Dava vekilleri, müşavirler, kurumlar ve tüccarlarla serbest meslek erbabının ticarî ve meslekî işlerini takip edenler ve konser veren müzik sanatçıları; 5. Vergi Usul Kanununun 155’inci maddesinde belirtilen şartlardan en az ikisini taşıyan ebe, sünnetçi, sağlık memuru, arzuhalci, rehber gibi mesleki faaliyette bulunanlar (Şartlardan en az ikisini taşımayanlar ile köylerde veya son nüfus sayımına göre belediye içi nüfusu 5.000’i aşmayan yerlerde faaliyette bulunanların bu faaliyetlerine ilişkin kazançları gelir vergisinden muaftır); Bu işleri dolayısıyla serbest meslek erbabı sayılırlar.”

²⁷ Kurt, s. 86.

²⁸ Anayasa md.128: “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.”

seler de Anayasa’da bahsedilen diğer kamu görevlileri kapsamına girmemektedirler. Noterlikler, Noterlik Kanunu md.40’a²⁹ göre resmi daire sayılırlar. Burada kanunun lafzına bakıldığında, noterlikler doğrudan resmi daire olarak kabul edilmemiş, resmi daire sayılmışlardır. Noterliklerin her türlü giderinin notere ait olması da resmi daire olmadığını göstermektedir.³⁰

Hukuki statünün serbest meslek olarak belirlendiği durumda, noterlerin sorumluluğu farklılaşacaktır. Örneğin; avukatlık, Avukatlık Kanunu md.1’e³¹ göre serbest meslektir. Avukatların hukuki sorumluluğu ise kusur esasına tabidir.³² Oysa ileride bahsedileceği üzere noterlerin hukuki sorumluluğu kusursuz sorumluluk esasına dayanmaktadır.³³ Noterlerin hukuki statü sorunu sorumluluk kavramıyla da yakından ilgilidir. Noterlerin hukuki statüsünün ve sorumluluğunun düzenlenmesi kanun koyucunun elindedir. Bu durumun çözümünde kanun koyucunun noterin statüsüne netlik kazandırması gerekmektedir. Bununla ilgili birtakım görüşler mevcuttur. Kanun koyucu eğer noterliği serbest meslek faaliyetine daha yakın görüyorsa serbest meslek sahiplerinin tabi olduğu ana kuraldan noterleri de ayırmamalı ve noterin fiillerinden doğan zararlar bakımından kusur sorumluluğu esası kabul edilmelidir. Böylece, noterin çalışanla-

²⁹ Noterlik Kanunu md.40: “Noterlik dairesi, resmi daire sayılır. Kira sözleşmesi daire adına noter tarafından yapılır. Noterlik dairesinin her türlü gideri notere aittir.”

³⁰ **Topçuoğlu, Metin** (2000) “Noter ile İş Sahibi (İlgili) Arasındaki İlişkinin Niteliği”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: 20, S: 4, s. 95.

³¹ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu md.1: “Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.”

³² **Kurt**, s. 96. Ayrıca bkz: Yargıtay 13. HD, E: 2002/4738, K: 2002/5566, T: 14.05.2002: “Borçlar Kanunu’nun 390 maddesi hükmünce vekil, müvekkile karşı vekillik görevini “sadalet ve özen” ile ifa etmekle yükümlüdür. Vekilin iş görme ile amaçlanan sonucun başarılı olması için hayat deneylerine ve işlerin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması Özen borcunun kapsamını oluşturur. Başka bir anlatımla vekil, iş görürken kasten, ihmâl veya dikkatsizlikle müvekkile verdiği zarardan kusursuzluğunu ispat etmediği sürece özen borcunu yerine getirmiş sayılmayacağından sorumludur.”

³³ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E: 2014/9222, K: 2015/5398, T: 01.04.2015: “Noterin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu, Noterlik Kanununun 162. maddesinde hüküm altına alındığı gibi, kararlılık kazanan Yargıtay uygulamasına ve Doktrindeki baskın görüşe göre kabul edilmektedir.”

rının fiillerinden ötürü sorumluluğu da özen sorumluluğu esasına dayandırılmalı ve noterin kurtuluş kanıtı getirme imkânının bulunduğu bir kusursuz sorumluluk hali olarak düzenlenmelidir. Diğer yandan, kanun koyucu, noterlerin kamu hizmeti görmesi dolayısıyla noteri kamu görevlilerine daha yakın görüyorsa, o zaman devletin bu kamu hizmetini noterler eliyle sürdürdüğünü ve faaliyetin sahibinin devlet olduğu dikkate alınmalıdır. Bu durumda devletin, tapu sicilinin tutulmasından ötürü sorumluluğunda (MK. m.1007) olduğu gibi, noterlik faaliyetinden doğan zararlar bakımından kusursuz sorumluluk esasına dayalı olarak aslı sorumlu olması ve noterin kusuru halinde rücu mekanizmasını devreye sokması gerektiğine dair görüşler mevcuttur.³⁴ Noterlik mesleğinin, bağımsız olmayan bir serbest meslek olduğu, kamu hizmeti sunmasına rağmen kamu hizmeti yürütenlere devlet tarafından sağlanan pek çok güvenceden yoksun bırakıldığı düşünülmektedir.³⁵

III. NOTERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Noterin sunduğu hizmet dolayısıyla hukuki sorumluluğu Noterlik Kanunu md.162'de hüküm altına alınmıştır. İlgili maddeye göre, noterde yapılan işlem, stajyer, kâtip ve kâtip adayları tarafından yapılmış olsa bile, noterlerin, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar. Noterin, ödediği miktar için, işin yapılmaması, hatalı yahut eksik yapılmasına sebep olan stajyer veya noterlik personeline rücu edebileceği de hükme bağlanmıştır.

Yargı kararlarına bakıldığında noterin sorumluluğunun kusursuz sorumluluğa dayandığı ifade edilmektedir. Yargıtay bir kararında noterin kusursuz sorumluluğunu şu şekilde açıklamıştır;

“Noterlerin yaptıkları hizmet dolayısıyla sorumlulukları, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinde hüküm altına alınmış olup; stajyer, kâtip ve kâtip adayları tarafından yapılmış olsa bile, noterlerin, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik

³⁴ Kurt, s. 97.

³⁵ Batmaz, Mehmet Orhan (2015) Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 22.

yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumlu oldukları, noterin, ödediği miktar için, işin yapılmaması, hatalı yahut eksik yapılmasına sebep olan stajyer veya noterlik personeline rücu edebileceği hükme bağlanmıştır. Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinde kusurdan söz edilmemiş olup, bu özel bir "kusursuz sorumluluk" türüdür. Bu sorumlulukta noterin çalıştırdığı kişilerin hatalı işlemlerinden de noter sorumludur. Sorumluluktan kurtulması için notere bir hukuki yol tanınmamıştır. Bu bakımdan 162. maddedeki düzenleme, ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk niteliğindedir. Tüm kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu gibi zarar gören davacı, davalı noterin kusurunu kanıtlamak zorunda değildir. Zarar gören davacı yalnızca zararlar eylem arasındaki uygun illiyet bağımlı kanıtlamak zorundadır. İlliyet bağının kesildiği durumlarda kusursuz sorumlu olan kişi sorumlu tutulmayacaktır. Mücbir sebep, zarar görenin tam kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusuru ile illiyet bağı kesilir ve kusursuz sorumlu olan kişi sorumluluktan kurtulur. Buna göre noter, gerekli özeni gösterdiğini iddia ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ancak, gerekli özeni göstermiş olsa bile, zararın doğmasına engel olamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Bu husus nedensellik bağının kesilmesidir. Bunun ispatı da davalı notere aittir."³⁶

Bahsedilen kararda noterin kendi işleminden veya kâtip, stajyer gibi çalıştırdığı kişilerin işlemlerinden bir fark gözetilmeksizin aynı şekilde sorumlu olacağı ve çalıştırdığı kişilerin yaptığı işlemlerde sorumluluktan kurtulması için bir hukuki yol tanınmadığından, noterlerin kusursuz sorumluluğu ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilmiştir.

Yargı kararlarında ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk olarak adlandırılan noterin hukuki sorumluluğunun kapsamı hakkında doktrinde birtakım tartışmalar mevcuttur. Noterlerin hukuki sorumluluğu ile ilgili iki görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre; noterin kendi fiilinden dolayı oluşan sorumluluk kusur sorumluluğu iken, çalışanlarının fiillerinden dolayı sorumlulukları kusursuz sorumluluktur. Noterlik Kanunu md.162'de³⁷ kullanılan "bile" sözcüğü, noterin kendi işlemleri dışında yer almasına rağmen çalışanlarının eylemlerinden dolayı sorumlu olacağını belirt-

³⁶ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E: 2015/9288, K: 2016/6891, T: 02.05.2016.

³⁷ 1512 sayılı Noterlik Kanunu md.162: "Stajyer, kâtip ve kâtip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar. Noter, birinci fıkra gereğince ödediği miktar için, işin yapılmaması, hatalı yahut eksik yapılmasına sebep olan stajyer veya noterlik personeline rücu edebilir."

mek için kullanılmıştır. Dolayısıyla noterin kendi eylem ve işlemleri dolayısıyla sorumluluğunda Türk Borçlar Kanunu md.49³⁸ uygulanmalıdır. Hâkim görüşe göre ise, Noterlik Kanunu md.162'de kusur kavramından söz edilmemiştir. Dolayısıyla, noter hem kendi fiillerinden dolayı hem de noterlik çalışanlarının fiillerinden dolayı kusursuz sorumludur.³⁹ Noterin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğunu belirten görüşte ise kusursuz sorumluluğu yerinde görenler, kusursuz sorumluluğun ağır olduğunu kabul etmekle birlikte, işlemlerin doğruluğu konusunda iş sahiplerine güven verme gerekliliği ve noterlik işlemlerinin yanlış yapılması sonucunda büyük zararların meydana gelmesi ihtimali dolayısıyla mesleğin doğal bir sonucu olarak görmektedirler. Diğer yandan kusursuz sorumluluk düzenlemesini eleştirenler ise bu sorumluluğun ya kusur esasına dayandırılması gerektiği ya da noterin çalışanlarının fiillerinden dolayı sorumluluğu bakımından notere kurtuluş kanıtı getirme olanağı tanınması gerektiğini savunmaktadırlar.⁴⁰

Noterin kusursuz sorumluluk halinin ağır bir sorumluluk olarak görülmesinin temelinde, noterin çalıştırdığı kişilerin işlemlerinden dolayı sorumluluğu değil gereken tüm dikkat ve özen gösterilse bile yani kusurlu davranış olmasa bile noterlerin sorumlu tutulması vardır.⁴¹ Noterlere bu denli ağır bir sorumluluk yüklenmesinin sebebini Yargıtay şu şekilde açıklamıştır:

³⁸ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md.49: “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür.”

³⁹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu md.66'ya göre: “Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.” Noterin sorumluluğu adam çalıştıranın sorumluluğuna benzetilse de adam çalıştıranın sorumluluğunda mümkün olan kurtuluş kanıtı olanağı (gerekli özeni gösterdiğinin ispatı) noterlerin sorumluluktan kurtulması için tanınmamıştır.

⁴⁰ Kurt, s. 91.

⁴¹ İnan, Atilla (2000) “Kusursuz Sorumluluk Örneği Olarak Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, Sayıştay Dergisi, C: 11, S: 36, s. 30.

“Noterliğin bir kamu hizmeti olduğunu belirten kural, aynı zamanda noterin görev ve yetkilerini de düzenlemektedir. Bu derece önemli görev ve işlevleri nedeniyle sorumluluklarının da buna paralel biçimde düzenlenmesi gerekmiştir. Bundan dolayı noterin yapacağı işler son derece sıkı kural ve şekil şartlarına bağlanmıştır. Öte yandan; bir güven kurumu olan ve yaptıkları işlerde uzman olan noter, devlet adına bir takım kamusal yetkileri de kullanmak suretiyle; belgeleri ve beyanları resmileştiren ve aksinin kanıtlanmasını güçleştiren hatta neredeyse imkânsız hâle getiren, hukuki sonuçlar doğuracak belgelerin düzenlenmesi yetkisiyle donatılmıştır. Noterlik Kanunu’nun 82. ve İcra İflas Kanunu’nun 38. maddeleri gereğince; noterlerin düzenlemiş oldukları belgelere ispat gücü ve icra edilebilirlik açısından, özel ve ayrıcalıklı bir konum verilmiştir. Bu kadar önemli bir işin yapılmasıyla yetkili kılınan noterlerin sorumluluklarının da düzenlemeye paralel olması gerekir. Noterlerin uzmanlığına inanan ve güvenen iş sahipleri, yapılan iş ve işlemlerin tam ve sağlıklı olduğu konusunda kuşku duymamalıdır. Bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar doğmuşsa noterin bundan sorumlu olması doğaldır⁴².”

Noterin hukuki sorumluluğunun tartışma konusu olduğu bir kararda, mahkeme notere hakkaniyet indirimi uygulamıştır. Karşı oy yazısında öncelikle noterlik hizmetinin bir kamu hizmeti olduğu ve devlet adına birtakım kamusal yetkileri kullanmak suretiyle belgelere resmîyet kazandırdığından bahsedilmiştir. Noterlerin düzenlemiş oldukları belgelere ispat gücü ve icra edilebilirlik açısından, özel ve ayrıcalıklı bir konum verildiği söylenmiştir. Karşı oy yazısında kusursuz sorumluluk ve hakkaniyet indirimi çelişkisi şu şekilde ifade edilmektedir:

“Kusursuz sorumlu olan ve yapacağı işlemlerde kanun gereği bütün dikkat ve ihtimamı göstermesi gereken ve kusursuz sorumlu olan noterin sorumluluğundan hakkaniyet indirimi yapılması bu sorumluluğun amacına aykırı olduğu gibi, kusursuz sorumluluğu etkisiz kılmaya yöneliktir. Kusursuz sorumlu olan noter lehine hakkaniyet indirimi yapılması hukukî güvenliği de zedeler. Zira hakkaniyet indirimi bu sorumluluğun ruhuna aykırıdır. Noterin sorumluluğunda hakkaniyet indirimi yapılması 818 sayılı BK’nu ve 6098 sayılı TBK’ndaki hakkaniyet indiriminin sistem ve amacına da aykırıdır.”⁴³

Kusursuz sorumluluğu geçerli olan notere hakkaniyet indirimi verilmesinin bu sorumluluk türüyle bağdaşmadığı belirtilmiştir. Noterlerin belirsiz hukuki statüsü ve bunun hukuki sorumluluğa yansımaları ile ortaya çıkan bu denli ağır-

⁴² Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E: 2020/849, K: 2020/2393, T: 16.03.2020.

⁴³ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E: 2015/15513, K: 2016/7692, T: 12.05.2016.

laştırılmış kusursuz sorumluluğun, bazı durumlarda hakkaniyete aykırı olduğu da görülebilmektedir. Ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğun hakkaniyete uygun olmadığı hallerde bu durumun, kusursuz sorumlulukta yeri olmayan hakkaniyet indirimi gibi öngörülüp öngörülmeceği belirsiz bir indirim ile önüne geçilmeye çalışılmaktadır.

Yargı kararları incelendiğinde noterlerin ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğunun Noterlik Kanunu'nda da belirtilen hukuki güvenliğin sağlanması amacı ile bağdaştırıldığını görmekteyiz. Bahsedildiği üzere doktrinde de noterlerin yaptığı işlerin önemi göz önüne alındığında sorumluluğun da ağır olmasının doğal olduğu sonucuna varılmıştır. Noterlerin yaptıkları işlerin önemi ve bütünlüğü karşısında kişilerin, kendilerini güvende hissetmeleri gerekmektedir. Noterlik mesleğini gerçek kişilerin icra ettiği göz önüne alındığında, sorumluluğun ağırlığından dolayı noterlerin bazı işlemleri yapmaktan imtina etmesi ile kamu hizmetinin sürekliliğinde sorun yaşanması ihtimali akıllara gelmektedir. Diğer yandan, Yargıtay kararında⁴⁴ bahsedildiği gibi;

“Hukuki güvenliği sağlamak amacıyla çeşitli belge ve işlemlere resmiyet kazandırmakla görevli kılınan noterlerin, yaptıkları işlemler nedeniyle bizzat işlemin tarafı olan kişiler zarar görebileceği gibi işlemin tarafı olmayan üçüncü kişiler de zarar görebilir. Bu nedenle noterlerin yaptıkları işlemler dolayısıyla meydana gelecek zararlardan ötürü sorumlu tutulmaları bir zorunluluk olarak kendini göstermiş, kanun koyucu da bu sorumluluğun belirlenmesi açısından genel hükümler ile yetinmeyip Noterlik Kanunu içerisinde özel bir hükme yer vermiştir.”

Noterlerin yaptığı her işlem süreli değildir. Vekâletname, düzenlendiği tarihte veya yakın bir tarihte kullanılmayabilir. Düzenlendikten birkaç yıl sonra kullanılan bir vekâletnameden dolayı zarar doğduğunda, vekâletnameyi düzenleyen noterin kusuru olsa dahi zarar gören kişi bir muhatap bulamayabilir. Noterin vefatı ile mirasçısının olmaması veya mirasçılarının mirası reddi söz konusu olduğunda, zarar gören kişi ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğun vadettiği zarar tazminini bulamayacaktır. Bu durumda zarar gören kişi maddi zararıyla baş başa kalacaktır. Noterlerin gerçek kişiler olması ve işlemlerinin geçerliliğini

⁴⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2017/994, K: 2018/1048, T: 09.05.2018.

zamandan bağımsız olarak koruması sonucu meydana gelen zararda zarar gören kişi muhatapsız kalacaktır. İdarenin sorumluluğu düşünüldüğünde, kişinin zararı doğduğunda muhatapsız kalması söz konusu değildir. İdarenin bir ömrü yoktur. Noterlerin kamu görevlisi gibi sayıldıkları haller göz önüne alındığında, devletin noterler eliyle kamu hizmetini sürdürdüğü; ancak hukuki sorumluluğun paylaşılmadığı görülmektedir. Bu noktada noterin hukuki sorumluluğu ile idarenin sorumluluğu yargı kararları ışığında karşılaştırılacak, böylelikle noterin sorumluluğunun bu denli ağır olmasının uygulanabilirliği tartışılacaktır.

A. NOTERİN SORUMLULUĞU VE İDARENİN SORUMLULUĞU KARŞILAŞTIRMASI

Kural olarak, bir kişinin faaliyeti nedeni ile başka kişi zarar görürse haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde, zarar veren kişinin kusura dayanan sorumluluk esasına göre verdiği zararı tazminle yükümlülüğü bulunmaktadır. Temel ilke, zarar verenin kusurluluğu halinde sorumluluğun doğması, kusuru yok ise sorumlu olmamasıdır. İstisnai hallerde, zarar veren kusuru olmasa dahi verdiği zararı tazminle yükümlüdür. Gerek kusura dayanan gerekse kusursuz sorumluluk halinde zararın tazmini yükümlülüğünün doğması için zarar verenin fiili ile zarar arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır. İdare hukukunda da idare faaliyetleri ile kişilere zarar verdiğinde zararların tazmini için benzer temel kurallar geçerlidir.⁴⁵

Anayasa'nın 125. maddesine göre: "(...) İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." Madde 40'a göre: "(...) Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır." Madde 129'a göre ise: "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir." Bu hükümlerde kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk ayrımı yapılmamıştır.

⁴⁵ Ulusoy, s. 569.

Pozitif hukukta kabul edilen yaklaşıma göre idarenin kusur sorumluluğu esas; kusursuz sorumluluğu istisnadır. İdarenin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için bir zararın varlığı şarttır. Bu zararın idarenin faaliyetinden doğmuş olması gerekmekte, yani zarar ile faaliyet arasında bir illiyet bağının⁴⁶ bulunması gerekmektedir. Ayrıca kusursuz sorumluluk hali mevcut değil ise idarenin hizmet kusuru bulunmalıdır.⁴⁷ Danıştay bir kararında idarenin sorumluluğunu şu şekilde açıklamıştır:

“İdarenin hukuki sorumluluğu, kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler nedeniyle yönetilenlerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır.

İdarenin hukuki sorumluluğu, kişilere lütuf ve atıfet duygularıyla belli miktarda para ödenmesini öngören bir prensip olmayıp; demokratik toplum düzeninde biçimlenen idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuçtur. İdari yargı da bu anlayış doğrultusunda, idare hukukunun ilke ve kurallarını uygulamak suretiyle, idarenin hukuki sorumluluk alanını ve sebeplerini içtihadıyla saptamak zorundadır.”⁴⁸

İdare hukukunda sorumluluk türleri kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır. Tazminata hükmedilirken, hangi sorumluluğa dayandırıldığı açıkça belirtilmelidir.⁴⁹ Bu sorumluluğun kapsamını görebilmek adına sorumluluk türlerine kısaca değinilecektir.

⁴⁶ Sosyal risk ilkesine göre idarenin sorumluluğunda illiyet bağı konusunda bir istisna bulunmaktadır.

⁴⁷ **Ulusoy**, s. 570.

⁴⁸ Danıştay 10. Dairesi, E: 2007/3301, K: 2008/2939, T: 29.04.2008.

⁴⁹ “*Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.*” Danıştay 10. Dairesi, E: 2012/5814, K: 2015/2974, T: 15.06.2015.

İdare Hukukunda idarenin kusura dayanan sorumluluğu için hizmet kusuru kavramı kullanılmaktadır. Bu kavram tamamen idare hukukuna özgü bir kavramdır. Hizmet kusuru, idarenin belli bir görevlisi için bulunmuş bir kusur değildir.⁵⁰ İdarenin faaliyetinin organizasyonundaki eksiklik ile hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi durumunda oluşan kusura hizmet kusuru denir.⁵¹ Diğer yandan, idare adına görev yapan kişiler zarara neden olmuşsa hizmet kusurunun varlığının tespitinde bir şey değişmez. Kamu görevlilerinin, kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili kişisel kusurları bulunsa dahi zarar gören kişi, oluşan zararın tazmin edilmesini yine idareden istemek zorundadır. Bu durum Anayasa'nın 129. maddesine dayanmaktadır.⁵² Zarar gören kişinin zarara yol açan kamu görevlisini tespit etmeye ihtiyacı yoktur. Zaten Anayasa, zarar gören kişinin zararının tazmini için kamu görevlisinin şahsına veya idareye dava açma konusunda bir seçimlik hak tanımamıştır. İdare kamu görevlisinin sebep olduğu zararı öder ve kamu görevlisinin kişisel kusuru söz konusu ise görevliye rücu eder. Diğer yandan kamu görevlisinin, kendi görevinden tamamen alakasız bir kusuru olursa veya görev boyutunu açıkça aşacak şekilde ağır bir kusur veya suç işleyerek zarara neden olmuşsa, illiyet bağı kopmuş kabul edilirse, zarar gören kişi doğrudan ilgili kamu görevlisine adli yargıda tazminat davası açabilmektedir.

İdarenin hizmet kusurunu ve kişisel kusuru Danıştay bir kararında şu şekilde açıklamıştır:

“İdare kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkesi gereği tazmin edilmektedir. (...) geniş anlamda kişisel kusur olmakla birlikte, aslında hizmet kusuru niteliği taşıyan, ancak hizmet kusurunun anonimliğinden çıkarak, idare ajanının hizmetinde veya hizmet dolayısıyla, kendisine verilen ödev, yetki ve araçlardan yararlanarak

⁵⁰ Aksi yönde görüş; Hizmet kusuru kavramı kamu hizmetinin ifasında işlenen kusurdur. Kusur, hizmet tarafından değil, bu hizmette kullanılan kişilerce işlenebilir. Hizmetin ifasında kamu görevlilerinin işlediği kusurlar vardır. **Gözler**, s. 1085.

⁵¹ **Ulusoy**, s. 570.

⁵² Anayasa md.129: “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.”

*işlediği, kendisine atıf ve izafe edilebilecek nitelikteki hukuka aykırı davranışları olarak tanımlanabilecek görev kusurunun mevcudiyeti halinde de idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu anlamda görev kusuru, idarenin ajanının hizmet ve görevden ayrılamayan kişisel kusurudur.*⁵³

Danıştay bir kararında hizmet kusuru ve tazmin yükümlülüğü ile ilgili olarak şu ifadeyi kullanmaktadır:

*“Bir idari işlemin yasalara ve hukuka aykırılığı kural olarak hizmet kusuru sayılmakta ise de her aykırılığın tazminat sorumluluğuna yol açmayacağı da idare hukuku ilkelendindedir. Nitekim idari işlemlerin iptalini gerektiren nedenlerle hizmet kusurunu doğuran nedenler arasında tam bir özdeşlik yoktur. Bir işlemin herhangi bir yönden yasalara ve hukuk kurallarına aykırı görülerek iptal edilmiş olması hizmet kusurunun varlığını kabule yetmez. İdare işleminin yapılması ve uygulanmasında hizmet kusuru işlenmiş diyebilmek için saptanan hukuki sakatlığın ağır ve önemli olması gerekmektedir. (...) sonucunda hataya düşülmüş olması, hizmet kusuru sayılabilecek ve maddi tazminat ödenmesi sonucunu doğuracak ağır ve önemli bir hukuki sakatlık niteliğinde değildir. Bu nedenle idarenin maddi tazminat ödemekle yükümlü tutulması gerekmez.”*⁵⁴

Bu karardaki hizmet kusuruna ve tazmin yükümlülüğüne getirilen yorum başka kararlarda da yer almaktadır.⁵⁵ Öncelikle, Danıştay, idarenin hatası olduğunu, ancak bu hatanın ağır ve önemli bir hukuki sakatlık niteliğinde olmadığını söylemektedir. Kusurun ağır ve önemli bir hukuki sakatlık niteliği taşımaması, karara göre o kusurun tazmin yükümlülüğünü ortadan kaldırırsa bu durumda Anayasa md.125'te belirtilen idarenin kendi eylem ve işlemlerden doğan zararı ödeme yükümlülüğüne aykırılık meydana getirir. Anayasada idarenin ağır ve önemli hukuki sakatlık niteliği taşıyan işlemlerinden değil tüm eylem ve işlemlerinden doğan zararlardan sorumluluk söz konusudur. İdarenin genel olarak iyi işleyen bir kamu hizmetinde ara sıra ağır ve önemli bir hukuki sakatlığa sebep olmayan hukuka aykırılıkları ile oluşturduğu zarardan dolayı tazminat ödemekle yükümlü olmaması hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmaz.

⁵³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E: 2010/2740, K: 2012/194, T: 15.03.2012.

⁵⁴ Danıştay 8. Dairesi, E: 1995/4350, K: 1996/768, T: 19.03.1996.

⁵⁵ Danıştay 8. Dairesi, E: 1992/848, K: 1993/1389, T: 16.03.1993; İstanbul BİM 3. İdari Dava Dairesi, E: 2017/1422, K: 2017/1472, T: 04.10.2017; Danıştay 8. Dairesi, E: 1997/3635, K: 1997/1209, T: 08.04.1997; Danıştay 8. Dairesi, E: 2015/15225, K: 2017/1409, T: 07.03.2017.

Genel kural idarenin mali sorumluluğunda kusur esasıdır. İdarenin sorumluluğu esas olarak hizmet kusuruna dayanır. Bununla birlikte, idarenin kusursuz sorumluluğu da kabul edilmektedir. Kusursuz sorumluluk esasına göre, bir zarardan idarenin sorumlu tutulabilmesi için idarenin kusuruna ihtiyaç yoktur. Kural olarak zarar ile idarenin eylem veya işlemi arasında illiyet bağının bulunması yeterlidir. İdare üzerine düşen tüm yükümlülükleri yerine getirdiğini ve gerekli özeni gösterdiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamaktadır. Kusursuz sorumluluk hali, üç konuda söz konusu olmaktadır; tehlike (risk) ilkesi uyarınca kusursuz sorumluluk, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca kusursuz sorumluluk ve sosyal risk ilkesi uyarınca kusursuz sorumluluk.⁵⁶

Gözler'e göre, kusursuz sorumluluk istisnai bir sorumluluk olduğundan, bir sebep açıkça kusursuz sorumluluk sebebi değilse, o sebepten dolayı idarenin kusursuz sorumluluğuna başvurulamaz.⁵⁷ Bu görüşe paralel olarak verilmiş kararlar mevcuttur.⁵⁸ Danıştay bir kararında kusursuz sorumluluğun olup olmadığını incelemek gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir:

“Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağıın incelenmesi gerekmektedir.”⁵⁹

O halde Danıştay'a göre kusurun olmadığı her halde kusursuz sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Kusursuz sorumluluk halinin gerçekleşip gerçekleşmediği de birtakım ölçütlerle incelemeye tabi tutulacaktır.

Görüldüğü üzere, idarenin sorumluluğunda, Danıştay, birçok durumda idarenin bir kusuru olduğunu kabul etmekle birlikte, bu kusurun bir hizmet kusuru

⁵⁶ Ulusoy, s. 574.

⁵⁷ Gözler, s. 1188.

⁵⁸ Benzer yönde kararlar için bkz. Danıştay 10. Dairesi, E: 2012/5817, K: 2015/2974, T: 15.06.2015.; Danıştay 10. Dairesi, E: 2012/3117, K: 2016/136, T: 15.01.2016; Danıştay 8. Dairesi, E: 2017/4664, K: 2019/115, T: 16.01.2019; Danıştay 8. Dairesi, E: 2012/2686, K: 2018/2185, T: 18.04.2018; Danıştay 10. Dairesi, E: 2012/9279, K: 2016/155, T: 15.01.2016, Danıştay 10. Dairesi, E: 2012/7881, K: 2013/1702, T: 27.02.2013.

⁵⁹ Danıştay 10. Dairesi, E: 2011/10627, K: 2015/2632, T: 28.05.2015.

oluşturmadığı sonucuna vararak idarenin sorumsuz olduğuna karar vermiştir. Oysa bahsedildiği üzere idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararları tazmin yükümlülüğü Anayasa’da hüküm altına alınmıştır. Diğer yandan, kusursuz sorumluluk halinde de pek çok kararda, kusursuz sorumluluğa gidilebilmek için önce hizmet kusurunun oluşup oluşmadığına bakılmış, sonrasında ise her koşulda değil yalnızca belli koşulların varlığı halinde kusursuz sorumluluk üzerinden tazmin yükümlülüğü ortaya çıkmıştır. Devletin yani idarenin bile sorumluluğunda kusurun hizmet kusuru olarak anılması için kusurun ağırlığına bakılmıştır. Aynı şekilde kusursuz sorumluluğun uygulanıp uygulanmayacağı da incelenmektedir. Her halde kusursuz sorumludur şeklinde karar verilmemektedir.

Konumuz olan noterlerin kusursuz sorumluluğu incelendi. Bahsedilen kararlar göz önüne alındığında, noterlerin ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğunda yalnızca illiyet bağının olup olmadığına bakılmıştır. Oysa idarenin sorumluluğunda tartışılan kararlar düşünüldüğünde, illiyet bağı olmasına rağmen hem hizmet kusuruna katılmadığından hem de kusursuz sorumluluk hallerini karşılamadığından tazmin edilemeyen zararlar karşımıza çıkmaktadır. Bu aşamada, kanaatimizce noterlerin sorumluluğunun kapsamı ve uygulanış biçimi, devletin, idarenin sorumluluğundan da ağırdır. Noterlerin gerçek kişiler oldukları göz önüne alındığında, idarenin sorumluluğunun kapsamından daha ağır bir sorumluluk yüklenmesi adil görünmemektedir. Daha önce bahsettiğimiz üzere Bakanlık denetimi ve düzenlemeleri düşünüldüğünde, kanaatimizce noterlerin kamu görevlisi gibi değerlendirilmeleri gereken husus hukuki sorumluluktur.

Noterlerin yaptıkları iş dolayısıyla, devlete dava açılması sonrasında kusur oranında rücu mekanizmasının devreye sokulması, zarar gören kişilerin muhatapsız kalmasını ve zararlarını tazmin edememelerini önleyecektir. Bu durumda noterler görevlerini yaparken gerekli özeni göstermeye devam edeceklerdir. Zira, hukuki sorumlulukları kusurları oranında devam edecektir. İncelenen kararlar düşünüldüğünde gerekli özen yükümlülüğünü yerine getiren kusuru olmayan noterler, ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk dolayısıyla yine de sorumlu tutulmuş, bazılarında kusursuz sorumluluğun yapısına aykırı olmasına rağmen hakkaniyet indirimi uygulama gereği hissedilmiştir. Kusur oranında rücu mekanizmasıyla, mevcut durum hem noterler hem de noterde işlem yaptı-

ran ve zarara uğrayan kişiler için daha öngörülebilir olacaktır. Diğer yandan, noterde işlem yaptırıp zarara uğrayan kişi, noterin ölümü ve mirasçılarının yokluğu halinde, zararını tazmin etmeye çalışırken bir muhatap bulamayacaktır. Devletin sorumluluğu söz konusu olduğunda, zararın tazminine ilişkin her zaman muhatap bulunabilecek, kişiler zararlarının karşılanacağından emin olacak, dolayısıyla noterin yaptığı işlemlere olan güven, ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğun sağlayamayacağı kadar artacaktır. Devlete karşı dava açılması ile kusur oranında rücu mekanizmasının gelmesi, mesleğe kabulden başlayan, mesleğin icrasının her aşamasında devam eden devlet denetimine tabi olan noterlerin, sorumluluğunun da paylaşılmasına imkân sağlanacaktır.

B. NOTERİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNUN KAMU HİZMETİNİN SÜREKLİLİĞİNE ETKİSİ

Kamu hizmeti Anayasa Mahkemesi kararında şu şekilde tanımlanmıştır. “(...) Kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.”⁶⁰ Danıştay’ın tanımı da bu tanıma paraleldir. “En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.”⁶¹

Kamu hizmetinin sürekliliği, kamu hizmeti sunan faaliyetlerin sürekli ve düzenli şekilde yürütülmesini ifade etmektedir.⁶² Ulusal savunma, itfaiye, güvenlik, elektrik, telefon, su gibi yılın her günü ve günün her saatinde kesintisiz olarak yürütülmesi gereken hizmetler mevcuttur. Bununla birlikte, birçok kamu hizmeti bu nitelikte değildir. Kamu hizmetlerinden bazıları günde sadece sekiz saat hizmet vermektedir. Hafta sonu bu hizmetlerden yararlanma imkânı bulunmayabilir. Diğer

⁶⁰ Çağlayan, Ramazan (2021) İdare Hukuku Dersleri, 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 243.

⁶¹ Danıştay 13. Dairesi, E: 2008/5151, K: 2008/6509, T: 26.09.2008.

⁶² Çağlayan, s. 246.

yandan yılın bazı aylarında tatil dolayısıyla mevcut olmayan birtakım kamu hizmetleri de mevcuttur. Kamu hizmetinin sürekliliğinde önemli olan hizmetin kesintisiz olması değil, bu kesintinin kanun ve düzenleyici işlemlerin öngörmediği kesintiler olmamasıdır.⁶³ Kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi, idarenin kötü işleyişini engellemeyi amaçlamaktadır.⁶⁴ Süreklilik ilkesi, özel ticari faaliyet ile kamu hizmetlerini birbirinden ayıran en önemli ilkelerden biridir. Örneğin; bir öğretmenin izni veya mazereti olmaksızın ders yapmayı reddetmesi eğitim hizmetinin aksamasına neden olacağından süreklilik ilkesine aykırılık teşkil ederken, bir berberin sebep olmaksızın iş yapmaması veya işyerini kapatması hukuk düzenini ilgilendiren bir husus değildir.⁶⁵ Kamu hizmetinin sürekliliği, kamu hizmetlerinde grev yapılması yasağının, imtiyaz sözleşmelerindeki öngörülmezlik teorisinin, cari işlerin yürütülmesi prensibinin, kamu görevlisinin istifa etmesi veya görevinden alınmasında yerine gelecek kamu görevlisinin görevi devralmasına kadar görevde kalma zorunluluğunun, kamu mallarının haczedilmezliğinin vb. temelini oluşturmaktadır.⁶⁶

Noterler kamu hizmeti yürüttüğünden, çalışma saatleri belirlidir.⁶⁷ Noterler izinliyen dahi, noterlikteki çalışanlar bu kamu hizmetini yürütmeye devam

⁶³ **Gözler, Kemal** (2019) İdare Hukuku Cilt II, 3. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, s. 301.

⁶⁴ **Atay, Ender Ethem** (2012) İdare Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 580.

⁶⁵ **Ulusoy, Ali D.** (2021) Yeni Türk İdare Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 506.

⁶⁶ **Gözler**, s. 301-207.

⁶⁷ Noterlik Kanunu md.51: “*Noterlik dairesinde günlük çalışma, o yerdeki diğer resmi dairelerle birlikte başlar. Noter odaları, odada üye bulunan noterliklerin günlük çalışma ve tatil saatini odanın her yılki olağan genel kurul toplantısında, bir yıl süre ile uygulanmak üzere tespit eder ve Türkiye Noterler Birliği ile Adalet Bakanlığına bildirir. Şu kadar ki, noterlik dairesindeki iş kabulü süresi o yerdeki diğer resmi dairelerden en çok bir saat daha fazla olabilir. Noter, günlük çalışma süreleri dışında iş kabul edemez. 52’nci madde hükümleri saklıdır.*”

Noterlik Kanunu md.52: “*Noterler tatil günlerinde ve iş günlerinin tatil saatlerinde ancak vasiyetname tanzim ve tasdiki veya gecikmesinde zarar umulan noterlik işlemlerini yapabilirler. Tatil gün ve saatlerinde iş yapılması sebebinin evrakta gösterilmesi ve bu işlemin yevmiye defterinin tatilden sonraki ilk numarasına kaydedilmesi zorunludur.*”

Kanundaki düzenlemeler dışında, 06.04.2019 tarihi itibarıyla başlayan nöbetçi noterlik uygulaması, pandemi süresinde bazı kesintilere uğrasa da devam etmektedir. “*Nöbetçi Noterlik uygulaması Adalet Bakanı Abdulhamit Gül tarafından Yargı Reformu Strateji Belgesi kapsamında noterlik hizmetlerinin daha etkin, verimli ve hızlı yürütülmesi amacıyla 6 Nisan 2019 tari-*

etmektedir. Kamu hizmetlerinin sürekliliğine zarar gelmemesi adına diğer uygulama ise noterlerin hastalık dolayısıyla izinli sayılabilecekleri sürelerin kanunla belirlenmiş olmasıdır. Belirlenen süreler geçtiğinde hastalık geçmemişse ilgili noterin görevine Adalet Bakanlığınca son verilmektedir.⁶⁸

Noterin yaptığı işlerin öneminden hem yargı kararlarına hem de doktrin-deki görüşlere yer verilerek bahsedilmişti. Noterliğin bir kamu hizmeti oluşu ve kamu hizmetinin ilkelerinden olan süreklilik ilkesi göz önüne alındığında, noterde yapılan işler aksamamalıdır. Noterin sunduğu kamu hizmetinin kesintisi, tatillerin vb. durumların kanunla belirlenmesi ile kanun veya düzenleyici işlemlerin öngörmediği şekilde olmamalıdır. Noterin bir işi yapmaktan kaçınması kamu hizmetinin sürekliliğine aykırı olacaktır. İdare açısından bakıldığında, kamu hizmetinin süreklilik ilkesine uymayacak şekilde aksatılarak sunulması, idarenin hizmet kusurunu oluşturacak ve bu kusur idarenin sorumluluğuna yol açacaktır.⁶⁹

hinde başlatılmıştı.” <<https://basin.adalet.gov.tr/nobetci-noter-uygulamasi-yeniden-basladi.>> s.e.t. 23.12.2021. Nöbetçi noterlik uygulaması, Adalet Bakanlığı 2019/57 sayılı Genel Yazı ile “Noter odalarınca belirlenerek Türkiye Noterler Birliği internet sitesinde duyurulacak nöbetçi noterlerin, iş günlerinde yapılması kanunen zorunlu bulunan (protesto gibi) işlemler dışındaki noterlik işlemlerini Cumartesi ve Pazar günlerinde de yapabileceklerinin, ülkemiz genelinde mesai saatlerinin farklılık arz etmesi nedeniyle, nöbetçi noterliklerdeki yeknesaklığı ve mesai saatlerindeki farklılıktan kaynaklanabilecek sorunları önlemek amacıyla, nöbetçi noterliklerin resmi tatil günleri hariç olmak üzere, sadece hafta sonlarında, 09.00-17.00 saatleri arasında hizmet vereceklerinin” düzenlemesi yapılmıştır. <<https://www.noterlikrehberi.net/rehber/index.html?genel-yazilar.html>> s.e.t. 23.12.2021. Noterlik Kanunu md.52’de mesai saatleri dışında yapılabilir işler sayılı halde bulursa da bu yazı ile aslında kanuna aykırı bir düzenleme yapılmıştır. Kanaatimizce bu durumda nöbetçi noterlik uygulaması, ancak kanun değişikliği ile mümkün olabilirdi; ancak nöbetçi noterlik uygulaması bu genel yazı ile uygulamaya konulmuş ve devam etmektedir.

⁶⁸ Noterlik Kanunu md.59: “Noterler, hastalıkları nedeniyle alacakları rapor üzerine, hizmet sürelerine göre aşağıdaki esaslar dâhilinde izinli sayılırlar: 1. Beş yıla kadar (Beş yıl dâhil) hizmeti olanlara üç aya kadar, 2. Beş yıldan on yıla kadar (On yıl dâhil) hizmeti olanlara altı aya kadar, 3. On yıldan daha çok hizmeti olanlara bir yıla kadar izin verilir. Bu süreler sonunda hastalıklarının devam ettiği, resmi sağlık kurumlarının raporu ile belgelendirilen noterlerin izinleri, iki katı kadar daha uzatılabilir. Bu sürelerin sonunda da iyileşemeyen noterlerin görevlerine Adalet Bakanlığınca son verilir.”

⁶⁹ Çağlayan, s. 247.

Kamu hizmetinin sürekliliğini korumak için bazı kurallar vardır. Bu kuralardan biri idarenin hizmet kusurundan dolayı kişisel sorumsuzluk kuralıdır. Bu kurala göre; memurun hizmet kusuru teşkil eden eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararlardan memur değil, idare sorumludur. Bu kurala ihtiyaç duyulmasının temelinde, kamu görevlisi, eylem veya işlemleri dolayısıyla kişisel olarak sorumlu tutulduğunda, tazminat ödemekten korkarak hareketsiz kalmayı tercih etmesi yer almaktadır. Hata yapmamanın yolu hiçbir şey yapmamaktan geçer. Diğer neden ise, kamu görevlisine hizmet kusurundan dolayı şahsen sorumlu olmasının hakkaniyetle bağdaşmadığı görüşüdür. Kamu görevlilerinin yaptıkları işten kişisel bir menfaatleri yoktur. Kamu görevlilerin görevlerinin ifasında yaptıkları kusurlar parasal olarak yüksek meblağlarda zararlara yol açabilmektedir.⁷⁰ Bahsedilen kural göz önüne alındığında, kanaatimizce, noterleri bu aşamada da kamu görevlisine yakın görmek mümkündür. Noterlerin ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğu bazı işlemlerde noterleri, yüksek tazminatlarla karşılaşmamak maksadıyla hareketsiz kalmaya itebilir. Noterlerin yaptıkları işten ücret elde ettikleri ve menfaatleri olduğu söylenebilir; ancak noterlerin yaptıkları işin ücretinin tamamı kendi kazançları değildir. Devlet sunduğu hizmetin vergisini de noterler eliyle toplamaktadır. Ayrıca yapılan işin özü düşünüldüğünde, noterin yaptığı hiçbir işte kişisel menfaati yoktur, kamu hizmeti görevini ifa etmektedir. Noterlerin kamu hizmeti yürüttüğü göz önüne alındığında ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğun, kamu hizmetinin sürekliliğinde sıkıntılar yaratabileceği ifade edilebilir.

C. NOTERLERİN MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI

Noterlerin yaptığı işlerin öneminden dolayı sorumluluğun ağırlığının doğal karşılandığı tartışılmıştı; ancak noterler için öngörülen ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk dolayısıyla doğmuş veya doğabilecek zararların bir kişiye yöneltilmesi bu zararın karşılanmasını bazen imkânsız hale getirmektedir. Noterlerin mesleki sorumluluk sigortası ile bu zorluk aşılmaya çalışılmaktadır. Mesleki sorumluluk sigortası, sorumluluğun genişliği ve sınırı belirlenemeyen tazminat yükümlülüğü dolayısıyla güvence ihtiyacı ile ortaya çıkmıştır. Noterlerin, ağır-

⁷⁰ Gözler, s. 1138.

laştırılmış sorumluluk halinden korunmaları gerekmektedir. Diğer gereklilik ise zarara uğrayanın güvence altına alınmasıdır. Noterin işlemlerinin güvenilirliği ile işlem yaptıran kişinin, işlemin yanlış veya eksik yapılması sonucunda doğacak zararını, noterin şahsen karşılama olanağından yoksun bulunması halinde, bu durumun önüne geçebilme gerekliliği mesleki sorumluluk sigortası önleminin alınmasına neden olmuştur.⁷¹ Noterlerin mesleki sorumluluk sigortası, Almanya, İngiltere, Belçika, Fransa’da da mevcuttur.⁷²

Mesleki sigorta dışında, Türkiye Noterler Birliği, Türkiye Noterler Birliği Hukuki Sorumluluk Fonu’nu kurmuştur. Bu fon ile tazminat ödemek zorunda kalan noterleri korumayı amaçlamaktadır. Türkiye Noterler Birliği Hukuki Sorumluluk Fonu Yönetmeliğinin 1. maddesinde, fonun Noterlik Kanunu’nun 162. maddesinde yer alan, noterlerin hukuki sorumluluklarını güvence altına almak üzere kurulduğu belirtilmiştir. Noterler Birliği Hukuki Sorumluluk Fonu Yönetmeliği, noterin sorumluluğunu Türkiye Noterler Birliği’ne geçirmemektedir. Dolayısıyla zarar gören kişi Noterler Birliği’nden zararını talep edemez. Noterin, aleyhine açılan tazminat davasını kaybetmesi durumunda, zarar görene ödemek zorunda kaldığı tazminat, Türkiye Noterler Birliği yönetim kurulu kararı ile fondan notere ödenir. Fondan yapılacak yardım, sigortanın ödediği miktarın dışında kalan kısımlar içindir.⁷³

Noterlerin mesleki sorumluluklarını güvence altına alabilmeleri bakımından Hukuki Sorumluluk Fonu’nun yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle, Noterlik Kanunu’nun 162. maddesi sebebiyle noterin ve zarar görebilecek diğer kişilerin korunması ve güvence altına alınması için noter mesleki sorumluluk sigortası öngörülmüştür.⁷⁴ Daha önce bahsedildiği üzere noterin sorumluluğunu gerektiren olayın meydana gelmesi ile o olaya bağlı sonuçların meydana gelmesi ve zararın doğması

⁷¹ **Doğu, Engin** (Temmuz 1979) “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence”, Yargıtay Dergisi, C: 5, S: 3, s. 602.

⁷² **Türkiye Noterler Birliği** (1990), s. 11 vd.

⁷³ **Aslan Düzgün, Ülgen** (2013) “Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 17, S: 1-2, s. 501.

⁷⁴ **Aslan Düzgün**, s. 501.

aynı zamanda gerçekleşmeyebilir. Bu duruma karşı sigorta sisteminin çözüm üretip üretmediği incelendiğinde, sigorta işlemler üzerinde etki doğurur. Yani eğer sigorta o işlemin yapıldığı tarihte mevcut ise işlemde doğan zarar yıllar sonra dahi ortaya çıksa, zarar sigorta ile karşılanabilmektedir. Bununla birlikte, yine noterin vefatı veya mirasçısının olmaması durumunda, kişinin zararının tamamı karşılanmayabilir. Sigorta kapsamında karşılanacak zararın üstüne çıkan zararlar da, bu durumda yine zarar gören kişinin zararı tamamen karşılanmayabilir. Zarar gören kişinin hukuki sorumluluk fonuna başvurması, bu fonun noterin şahsi sorumluluğunu kaldırmadığından, mümkün değildir. Bu aşamada sigorta sistemi, zarar gören kişinin zararını tazminden yoksun kalabilmektedir.

Sigorta sisteminin varlığında da kişilerin, noterler eliyle sürdürülen kamu hizmeti dolayısıyla zararı meydana geldiğinde bu zararın tazmininde muhatapsız kalması sorunu devam etmektedir. Diğer yandan noterler için sağlanan sigorta, noterliklerde yapılan işlemler ve bu işlemlerden doğan sorumlulukta meydana gelebilecek zararın sınırlarının belirsizliği düşünüldüğünde, kanaatimizce yeterli değildir. Noterlerin hukuki sorumluluğunda yargı kararları ile de desteklenen ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk halinin hem kişiler hem de noterler için mevcut olan dezavantajları sigorta sistemi ile de çözülememektedir.

SONUÇ

Noterler bazı sistemlerde devlet memuru statüsünde iken bazı sistemlerde ise serbest meslek mensubu statüsündedir. Bununla birlikte ülkemizde karma bir sistem söz konusudur. Noterlik Kanunu md.1'e göre: "Noterlik bir kamu hizmetidir. Noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirir ve kanunlarla verilen başka görevleri yaparlar." Kanun maddesinde noterliğin kamu hizmeti olduğu açık şekilde ifade edilmiştir; ancak noterlerin hukuki statüsü hakkında bir ibare görülmemektedir. Böylece noterin hukuki statüsü hakkında farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Noteri, kamu görevlisi andıran yönleri olmasına rağmen kamu görevlisi olarak tanımlamak mümkün değildir. Noter, aynı şekilde serbest meslek mensubu tanımına da tam manasıyla uymamaktadır. Noterlerin kamu görevlisi ile serbest meslek mensubu arasında kendine özgü bir hukuki statüsü olduğu söylenmektedir. Bazı kanun-

larda kamu görevlisi statüsünde, bazılarında ise serbest meslek mensubu statüsünde görülen noterlerin karma hukuki statüsünün mahkeme kararlarında da belirsizlik yarattığı görülmektedir.

Noterlerin hukuki statüsü sui generis bir statü olduğu gibi hukuki sorumlulukları da farklıdır. Noterin hukuki sorumluluğu, adam çalıştırmanın sorumluluğuna benzemektedir; ancak noterlere kurtuluş kanıtı getirme imkânı sunulmamıştır. Ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk olarak anılan noterlerin hukuki sorumlulukları birtakım sorunları beraberinde getirmektedir. Noterliğin bir kamu hizmeti oluşu ve kamu hizmetinin ilkelerinden olan süreklilik ilkesi göz önüne alındığında, noterde yapılan işler aksamamalıdır. Ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk neticesinde, noter bazı işlemleri yapmaktan kaçınabilir; bu durum kamu hizmetinin sürekliliğine zarar verir. Hata yapmamanın yolu hiçbir şey yapmamaktan geçtiği için idarenin işlem ve eylemlerinde, kamu hizmetinin sürekliliğini korumak adına idarenin hizmet kusurundan dolayı kişisel sorumsuzluk kuralı getirilmiştir. Bu kuralın varlığı, işlemi yapan kişinin kişisel sorumluluğu söz konusu olduğunda o işi yapmaktan kaçınma ihtimali olduğunu göstermektedir.

Noterin ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğu, idarenin sorumluluğu ile karşılaştırmalı incelendiğinde Danıştay'ın, birçok tam yargı davasında, idarenin bir kusuru olduğunu kabul etmekle birlikte, bu kusurun bir hizmet kusuru oluşturmadığı sonucuna vararak idarenin sorumsuz olduğuna karar verdiği görülmüştür. Oysa bahsedildiği üzere idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararları tazmin yükümlülüğü Anayasa'da hüküm altına alınmıştır. Diğer yandan, kusursuz sorumluluğa gidilebilmek için önce hizmet kusurunun oluşup oluşmadığına bakılmış, sonrasında ise her koşulda değil yalnızca belli koşulların varlığı halinde kusursuz sorumluluk üzerinden tazmin yükümlülüğü ortaya çıkmıştır. Devletin yani idarenin bile sorumluluğunda kusurun hizmet kusuru olarak anılması için kusurun ağırlığına bakılmaktadır. Aynı şekilde kusursuz sorumluluğun uygulanıp uygulanmayacağı da incelenmektedir. Her halde kusursuz sorumludur şeklinde karar verilmemektedir.

Konumuz olan noterlerin kusursuz sorumluluğu incelendi. Bahsedilen kararlar göz önüne alındığında, noterlerin ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğun-

da yalnızca illiyet bağının olup olmadığına bakılmıştır. Oysa idarenin sorumluluğunda tartışılan kararlar düşünüldüğünde, illiyet bağı olmasına rağmen, zararın hem hizmet kusuruna katılmadığından hem de kusursuz sorumluluk halleri karşılanmadığından bahisle idarenin tazmin sorumluluğuna gidilmemiştir. Bazı hallerde adeta noterlerin kamu görevlisi gibi konumlandırıldıkları, noterlerle ilgili düzenlemelerin çoğunun Bakanlıkça yapılması göz önüne alındığında noterlerin ağırlaştırılmış kusursuz sorumlulukla baş başa kalmasının mevcut düzenlemeyle örtüşmediği kanaatindeyiz

Noterlerin yaptığı her işlem süreli değildir. Vekâletname düzenlendiğinde, vekâletname, düzenlendiği tarihte ve hatta yakın bir tarihte kullanılmayabilir. Düzenlendikten 30 yıl sonra kullanılan bir vekâletnameden dolayı zarar doğduğunda, vekâletnameyi düzenleyen noterin kusuru dahi olsa zarar gören kişi bir muhatap bulamayabilir. Noterin vefatı ile mirasçısının olmaması durumunda, zarar gören zararını tazmin etmek istediğinde muhatap bulamayacak ve zararı karşılanmayacaktır. Noterlerin gerçek kişiler olması ve işlemlerinin geçerliliğini uzun yıllar koruması sonucu meydana gelen zarar muhatapsız kalacaktır. İdarenin sorumluluğu düşünüldüğünde, kişinin zararı doğduğunda muhatapsız kalması söz konusu değildir. İdarenin bir ömrü yoktur. Noterlerin yaptıkları iş dolayısıyla, devlete dava açılması sonrasında kusur oranında rücu mekanizmasının devreye sokulması, zarar gören kişilerin muhatapsız kalmasını ve zararlarını tazmin edememelerini önleyecektir. Bu durumda noterler görevlerini yaparken gerekli özeni göstermeye devam edeceklerdir. Zira, hukuki sorumlulukları kusurları oranında devam edecektir. Devletin sorumluluğu söz konusu olduğunda, zararın tazminine ilişkin her zaman muhatap bulunabilecek, kişiler zararlarının karşılanacağından emin olacak, dolayısıyla noterin yaptığı işlemlere olan güven, ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğun sağlayamayacağı kadar artacaktır. Devlete karşı dava açılması ile kusur oranında rücu mekanizmasının gelmesi, mesleğe kabulden başlayan, mesleğin icrasının her aşamasında devam eden devlet denetimine tabi olan noterlerin, sorumluluğunun da paylaşılmasına imkân sağlanacaktır. Devlete karşı dava açılması ile kusur oranında rücu mekanizmasının gelmesi, mesleğe kabulden başlayan, mesleğin icrasının her aşamasında devam eden devlet denetimine tabi olan noterlerin sorumluluğunun da paylaşılmasına imkân sağlanacaktır.

KAYNAKÇA

- Atay, Ender Ethem** (2012) *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Aslan Düzgün, Ülgen** (2013) “Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 17, S: 1-2, s. 491-512.
- Batmaz, Mehmet Orhan** (2015) *Noterlerin Hukuki Sorumluluğu*, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Çağlayan, Ramazan** (2021) *İdare Hukuku Dersleri*, 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Doğu, Engin** (Temmuz 1979) “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence”, *Yargıtay Dergisi*, C: 5, S: 3, s. 579-610.
- Erdoğan, Ersin** (2016) “Noterlerin Hazırlanmasına Katılmış Oldukları Senetler Sebepiyle Zarar Gören Üçüncü Kişilere Karşı Hukukî Sorumluluğu”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S: 1, s. 255-282.
- Gözler, Kemal** (2019) *İdare Hukuku Cilt II*, 3. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi.
- Gündüz, F. Ebru** (2015) “Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi”, *Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 4, S: 2, s. 109-137.
- İnan, Atilla** (2000) “Kusursuz Sorumluluk Örneği Olarak Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Sayıştay Dergisi*, C: 11, S: 36, s. 25-35.
- Kurt, Leyla Müjde** (2014) “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 18, S: 2, s. 85-118.
- Memiş, Yusuf** (2016) *Noterlerin Hukuki Sorumluluğu*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Ulusoy, Ali D.** (2021) *Yeni Türk İdare Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Ülker, İbrahim** (2018) *Osmanlı Noterlik Hukuku*, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Tanrıver, Süha** (2011) *Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler (1993-2011)*, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Topçuoğlu, Metin** (2000) “Noter ile İş Sahibi (İlgili) Arasındaki İlişkinin Niteliği”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C: 20, S: 4, s. 191-213.
- Türkiye Noterler Birliği** (1990) *Avrupa Topluluğu Ülkelerinde Noterlik*, Tisamat Basım Sanayii.

İnternet Kaynakları

<www.portal.tnb.org.tr> s.e.t. 25.12.2021.

<www.sozluk.adalet.gov.tr> s.e.t. 23.12.2021.

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİMİ VE MALİ İSTİHBARAT BİRİMLERİ^(*)

Orçun KİREMİTÇİ^(**)

ÖZET

FATF Tavsiyeleri ve diğer uluslararası düzenlemeler sayesinde hemen her ülkede kurulan mali istihbarat birimleri, şüpheli işlem bildirimlerini almakla ve işlemekle yükümlüdürler. Türkiye'nin mali istihbarat biri olan Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) Başkanlığı da şüpheli işlem bildirimleri sonucunda analiz ve inceleme faaliyetlerini yerine getirmektedir. MASAK, FATF Tavsiyelerine tam uyumlu olsa da bağımsız ve özerk bir kurum olmadığından AB standartları ile uyumsuzdur. Şüpheli işlem bildirimleri (ŞİB) yükümlülüğüne sebep olan şüphe, yükümlünün nezdinde doğan ve sübjektif nitelikteki şüphedir ve işlemin hukuka aykırılığına ilişkindir. İşlemin, suçla ilişkisi olmasa dahi, yasa dışı olduğu değerlendiriliyorsa ŞİB yapılmalıdır. Bu şüphenin suçun işlendiğine dair bilgi veya başlangıç şüphesi düzeyinde bulunmaması gerekmektedir. MASAK, terörizmin finansmanı ve suç gelirlerinin aklanması suçu kapsamında adli kolluktur. Aklama ve terörizmin finansmanı suçu açısından ŞİB yapılması, bu suçları bildirme yükümlülüğünü kaldırır. Ancak aklama suçuna öncül başka bir suçun işlendiği biliniyorsa, suçun bildirme yükümlülüğü devam eder. Bu durumda aklama suçu açısından erteleme ŞİB yapılmalı ve öncül suç ayrıca ihbar edilmelidir. Şüpheli işlem açısından MASAK tarafından değerlendirme ve analiz faaliyetleri gerçekleştirileceğinden, aklama veya terörizmin finansmanı suçu ihbar edilse dahi ayrıca ŞİB yapılmalıdır. İşlemin yasa dışı niteliğine ilişkin şüpheyi destekleyen belge veya ciddi emare bulunması durumunda işlem yedi gün süre ile ertelenebilecektir.

Anahtar Kelimeler

Şüpheli İşlem Bildirimi, Mali İstihbarat Birimi, Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK), İşlem Erteleme, Kimlik Tespiti, Müşterini Tanı, Suçun Bildirmeme Suçu.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1180501 - Geliş Tarihi: 26.09.2022 - Kabul Tarihi: 03.12.2022.

^(**) Avukat, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası;
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Öğrencisi,
E-posta: orcunkiremitci@gmail.com; Orcid Id: https://orcid.org/0000-0002-3886-6753.

SUSPICIOUS TRANSACTIONS REPORT AND FINANCIAL INTELLIGENCE UNITS IN COMPARATIVE LAW

ABSTRACT

Financial intelligence units are established in almost every country in order to comply to the FATF Recommendations and other international regulations. These institutions are responsible for receiving and processing suspicious transaction reports. The Financial Crimes Investigation Board (MASAK), which is Türkiye's financial intelligence service, carries out analysis and investigation activities as a result of suspicious transaction reports. Although the MASAK is fully compatible with FATF recommendations, it is incompatible with the standards of the European Union, as it is not an independent and autonomous institution. Suspicion that causes the obligation to report transactions (STR) is the suspicion that arises before the obligator and is the result of subjective evaluation. STR should be made if the action is considered to be illegal even if it has no relationship with any crime. This suspicion does not need to be at the level of knowledge of crime or initial suspicion that the crime has been committed. MASAK is a judicial law enforcement within the scope of the crime of financing terrorism and laundering proceeds of crime. In terms of the crime of laundering and financing of terrorism, STR lifts the official complaint obligation to these crimes. However, if another predicate offence is committed before the crime of laundering, the obligation to official complaint continues. In this case, laundering crime and the predicate crime should be reported separately. Since the assessment and analysis activities will be carried out by MASAK in terms of suspicious actions. Thus, even if the crime of laundering or financing of terrorism is officially complained, STR must also be filed. If there is a document or serious sign that supports the doubt about the illegal nature of the transaction, the transaction may be postponed for seven days by MASAK.

Keywords

Suspicious Transaction Reporting, Financial Intelligence Unit, Financial Crimes Investigation Board (MASAK), Transaction Postponement, Identification, Know Your Customer Due Diligence, The Crime of not Reporting the Crime.

GİRİŞ

Kaynağı belirsiz fonların denetimsiz şekilde işlemlere tabi tutulması, finansal yapı ve istikrarın bozulması tehlikesini yoğun bir biçimde barındırmaktadır. Finansal sistemin uluslararası niteliği nedeniyle devletlerin ulusal düzeyde tesis ettikleri idari tedbirler yetersiz kalmış ve bu durum devletleri iş birliğine itmıştır. Bu kapsamda, Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği, üye devletleri yeknesak nitelikteki tedbirleri tesis etmeye sevk edecek düzenlemelere imza atmışlardır. Suç gelirlerinin aklanmasının önlenmesi amacıyla G-7 ülkelerince kurulmuş olan FATF (*Financial Action Task Force*-Mali Eylem Görev Gücü), kara paranın aklanmasının ve terörizmin finansmanının önlenmesi hususunda tavsiyeler, tipoloji rehberleri ve ülkeler özelinde değerlendirme raporları düzenlemek gibi faaliyetlerde bulunmaktadır.

Türk Hukukundaki düzenlemeler uluslararası düzenlemeler ve karşılaştırmalı hukuk dikkate alınarak yapılmıştır. Özellikle FATF Tavsiyelerine uyumun artırılması için gerekli düzenlemelerin gerçekleştirildiği, FATF'in 2007 yılındaki Türkiye değerlendirmesi ile 2019 yılındaki Türkiye değerlendirmesinin karşılaştırılması ile görülebilmektedir. Diğer yandan, çalışmamızda Türkiye'nin terörizmin finansmanı ve suç gelirlerinin aklanması ile mücadelede temel kuruluşu olan Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığının (MASAK) yapısı, görev ve yetkililerine de değinilmeye çalışılmıştır.

Aklama ve terörizmin finansmanı ile mücadelede bastırıcı ve önleyici tedbirler olmak üzere iki farklı yol bulunmaktadır. Bu çerçevede kanun koyucu, hem terörizmin finansmanı ve suç gelirlerinin aklanması fiillerini suç olarak düzenleyerek cezai/bastırıcı tedbirler almış, hem de bu fiillerin gerçekleşmesini önlenmesini teminen idari/önleyici tedbirler düzenlemiştir. Çalışmamızın ana konusunu oluşturan şüpheli işlem bildirimini de bu idari/önleyici tedbirler rejiminin merkezini oluşturmaktadır. Çalışmamızda, önleyici tedbirlerin temelini oluşturan şüpheli işlem bildiriminin yanında, mevzuatımızdaki müşterinin tanınması ilkesi ile kimlik bildirimini, uyum görevlisi atanması, uyum programı oluşturulması ve işlem erteleme yükümlülük ve tedbirleri de incelenmeye çalışılmıştır. Tedbirler rejiminin uluslararası kaynaklara ve standartlara dayanması nedeniyle, uluslararası kuruluşların düzenlemeleri ile farklı önleyici tedbirler rejimlerine sahip Almanya, Çekya, Belçika ve AB üyesi olmayan Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri'nin düzenlemeleri de incelenmiştir

I. GENEL HATLARIYLA SUÇ GELİRLERİNİN AKLANMASI VE TERÖRİZMİN FİNANSMANI

Terörizmin finansmanı ve suç gelirlerinin aklanmasının amaçları farklı olsa da çoğunlukla finansal sistem kullanılarak, genelde aynı yöntemlerle icra edilmektedirler. Bunun yanında, iki eylemin de konusunun “fon” olması, bu iki eylemi birbirine yaklaştırmaktadır. Dolayısıyla, finansal sistem açısından söz konusu fiillerin birisinin önlenmesine yönelik olarak alınacak tedbir büyük oranda diğer fiilin de engellenmesine hizmet edecektir. Bu nedenle, müşterini tanı ilkesi, kimlik bildirimini ve işlem erteleme gibi tedbirler hem aklama suçları ile hem de terörizmin finansmanı ile mücadelede hizmet etmektedir.

A. TERÖRİZMİN FİNANSMANI

Terör eylemlerine, insanlık tarihinin başından beri rastlanılmasına¹ rağmen, terör veya terörizm kavramları henüz üzerinde tanım birliğine varılamamış bir olguyu ifade etmektedir². Hatta, doktrinde bir terörizm tanımının üzerinde görüş birliğine varılmasının gereksiz olacağını³; bu durumda devletlerin terörizmle mücadeledeki serbestisinin kısıtlanacağını ve sırf tanım üzerinde anlaşma sürecinin dahi zaman kaybı olacağını⁴ hatta bir tanım yapmanın tehlike doğuracağını⁵ öne süren ve terörizmin mücadele eden taraflarca esnek bir şekilde duruma

¹ **Ortaylı, İlber** (2002) “Dünyada ve Türkiye’de Tarihte Terör”, Dünya’da ve Türkiye’de Terör, Ankara, TCMB Yayınları, s. 5.

² **Gödeklî, Mehmet** (2017) Terörizmin Finansmanı Suçu, Ankara, Seçkin, 2017, s. 30; **Genç, Fatma Umay** (2012) “Terörizmin Finansmanı ve Suçtan Elde Edilen Gelirlerin Aklanması, Aranması, Elkonması ve Müsaderesi Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, (Yüksek Lisans), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 10; **Schmid, Alex** (2004) “Terrorism - The Definitional Problem”, 36 Case W. Res. J. Int’l L., s. 376.

³ **Baxter, Richard Reeve** (1974) “A Skeptical Look at the Concept of Terrorism”, Akron Law Review, C: 7, S: 3, s. 380.

⁴ **Taşdemir, Fatma** (2005) “Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Ülkeleri Dışında Münferiden Kuvvete Başvurma Yetkisi”, (Doktora), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 12.

⁵ **Öktem, Emre** (2004) “Uluslararası Hukukta Terörizm; Tanım Sorunu ve Milli Bağımsızlık Hareketleri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, C: 3, S: 4, s. 147. Yazar, her tanım tehlike anlamına gelmek üzere “*Omnis definitio periculosa*” ifadelerini kullanmıştır.

ve olaya göre tanımlanması gerektiğini⁶, hiçbir tanımın tarih boyunca ortaya çıkan terörizm türlerinin tamamını kapsayamayacağını⁷ hatta sosyal bilimler açısından kullanılabilir bir terörizm kavramının bulunmadığını⁸ dahi savunan yazarlar bulunmaktadır.

Her terör eyleminin altında bir şekilde lojistik faaliyeti yatmakta⁹, her lojistik faaliyet de maddi kaynak gerektirmektedir. Bu nedenle, terör eylemlerinin gerçekleştirilmesi için finansman zorunlu bir ihtiyaçtır. Diğer taraftan, terörizmin net bir tanımına ulaşılamasa da terörizmin finansmanının önlenmesi hususunda somut tedbirlerin alınması ihtiyacı, terörizmin finansmanı hakkında nispeten daha açık tanımlamaların yapılması sonucunu doğurmuştur.

Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme¹⁰ terörizmin finansmanı, *“herhangi bir kişinin, her ne suretle olursa olsun, tümüyle veya kısmen, aşağıda tadat edilen eylemlerin”*¹¹ gerçekleştirilmesinde kullanılması niyetiyle veya kullanılacağını bilerek, doğrudan veya dolaylı olarak, yasa dışı bir

⁶ **Sorel, Jean Marc** (2003) “Some Questions About the Definition of Terrorism and the Fight Against Its Financing”, *European Journal of International Law*, C: 14, S: 2, s. 369.

⁷ **Laqueur, Walter** (2007) “A Brief History, Countering the Terrorist Mentality”, *United States Department of State, Foreign Policy Agenda*, C: 12, S: 5, s. 20.

⁸ **Schmid, Alex** (2013) ICCT - The Hague Research Paper, “Radicalisation, De-Radicalisation and Counter-Radicalisation”, s. 16, <<http://www.icct.nl/app/uploads/download/file/ICCT-Schmid-Radicalisation-De-Radicalisation-Counter-Radicalisation-March-2013.pdf>> s.e.t. 05.01.2022.

⁹ **Gödekli**, s. 53.

¹⁰ 2002/3802 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 1 Nisan 2002 tarihli ve 24713 sayılı Resmî gazetede yayımlanmıştır.

¹¹ Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşmenin 2. maddesinin birinci fıkrasının bentleri:

“a) Ekte tadat olunan andlaşmaların herhangi biri kapsamında ve vazettiği tanım çerçevesinde suç teşkil eden eylem,

b) Niteliği veya kapsamı itibariyle, bir halkı korkutmak, ya da bir hükümeti veya uluslararası örgütü herhangi bir eylemi gerçekleştirmeye veya gerçekleştirmekten kaçınmaya zorlamak amacını gütmesi halinde, bir sivilin ya da bir silâhlı çatışma durumunda muhasemata doğrudan katılmayan herhangi başka bir kişiyi öldürmeye veya ağır şekilde yaralamaya yönelik diğer tüm eylemler.”

şekilde ve kasten, fon¹² sağlaması veya toplaması” olarak tanımlamıştır. Türk Hukukunda terörizmin Finansmanı, 6415 sayılı Kanunun 4. maddesinde “3’üncü madde kapsamında¹³ suç olarak düzenlenen fiillerin gerçekleştirilmesinde tümüyle veya kısmen kullanılması amacıyla veya kullanılacağını bilerek ve isteyerek belli bir fiille ilişkilendirilmeden dahi bir teröriste veya terör örgütlerine fon¹⁴ sağlamak veya toplamak” olarak düzenlenmiştir.

¹² Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşmede fon kavramı; “her ne suretle edinilmiş olursa olsun, maddî veya gayri maddî, menkul veya gayrimenkul, her türlü kıymeti ve bu kıymetler üzerinde bir mülkiyet hakkı veya çıkarı kanıtlayan, elektronik veya dijital şekilleri dâhil olmak üzere, her türlü görünüşteki belge ve yasal araçları ve bu çerçevede banka kredilerini, seyahat çeklerini, para havalelerini, hisse senetlerini, teminatları, tahvilleri, kredi mektuplarını, işbu tadat sınırlayıcı olmaksızın” kapsamaktadır.

¹³ 6415 sayılı Kanunun 3. maddesine göre söz konusu yasak fiiller şunlardır:

“(1) Aşağıda sayılan fiillerin gerçekleştirilmesi amacıyla fon sağlanması veya toplanması yasaktır: a) Bir halkı korkutmak veya sindirmek ya da bir hükümeti veya uluslararası kuruluşu herhangi bir eylemi gerçekleştirmeye veya gerçekleştirmekten kaçınmaya zorlamak amacıyla, kasten öldürme veya ağır yaralama fiilleri.

b) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında terör suçu olarak kabul edilen fiiller.

c) Türkiye’nin taraf olduğu;

1) Uçakların Kanun Dışı Yollarla Ele Geçirilmesinin Önlenmesi Hakkında Sözleşmede,

2) Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Sözleşmede,

3) Diplomasi Ajanları da Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunmaya Sahip Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşmede,

4) Rehine Alınmasına Karşı Uluslararası Sözleşmede,

5) Nükleer Maddelerin Fiziksel Korunması Hakkında Sözleşmede,

6) Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Sözleşmeye Munzam, Uluslararası Sivil Havacılığa Hizmet Veren Havaalanlarında Kanun Dışı Şiddet Olaylarının Önlenmesine İlişkin Protokolde,

7) Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşmede,

8) Kıta Sahaneliğinde Bulunan Sabit Platformların Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Protokolde,

9) Terörist Bombalamalarının Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşmede, yasaklanan ve suç olarak düzenlenen fiiller.”

¹⁴ 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunun 2. maddesinde de fonun “para veya değeri para ile temsil edilebilen taşınır veya taşınmaz, maddi veya gayri maddi her türlü mal, hak, alacak ile bunları temsil eden her türlü belgeyi” ifade ettiği düzenlenmiştir.

Sonuç olarak, terörizmin finansmanı fiilinin konusu maddi nitelikteki fondur. Bu sebeple, malvarlığının dondurulması, işlem ertelenmesi gibi tedbirler de fon kavramı merkeze alınarak kurgulanmıştır.

B. SUÇ GELİRLERİNİN AKLANMASI

Aklama kavramı literatüre 20. yüzyılda girmişse de benzeri faaliyetler milattan 2000 yıl önce Çinli tüccarlarca gerçekleştirilmiş, 1920’lerde organize suç örgütlerince ABD’deki içki yasağı döneminde kapsamlı ve ciddi bir işlem haline gelmiştir¹⁵. Deyimin kökenine dair bir rivayet 1920’li yılların ABD’sinde sadece nakit para ile çalışan çamaşırhane vasıtasıyla mafyanın suç gelirlerini akladığı (laundering) ve deyim buradan geldiği yönündedir¹⁶.

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kanun koyucunun cezalandırmaya layık gördüğü eylemleri¹⁷ işleyen faillerin, bu fiilleri neticesinde veya bu fiilleri dolayısıyla elde ettikleri malvarlığı değerlerini çeşitli işlemler sonucunda suçla bağının kopartılarak; suçtan elden edilmemiş gibi mali sisteme sokulmasıdır. Türk Ceza Kanununun 282. maddesine göre “*Alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini*” aklama suç sayılmıştır. Aklama suçu açısından da merkezde “fon” kavramı yer almaktadır.

C. TERÖRİZMİN FİNANSMANI VE AKLAMA FİİLLERİNİN FARKLARI

Suç gelirleri elde edildikleri anda hukuka aykırıdır. Terörizmin finansmanı için yasal yollarla elde edilmiş fonların hukuka aykırı olma sebepleri ise kullanılma amacıdır¹⁸. Ayrıca aklama fiili halihazırda gerçekleşmiş bir suçun tespit, soruşturma ve kovuşturmasıyla ilgiliyken; terörizmin finansmanı henüz gerçekleşmemiş bir ey-

¹⁵ <https://www.antimoneylaundering.net/public/Counter-Money_Laundering/brief-history-money-laundering> s.e.t. 30.10.2021.

¹⁶ **Ergül, Ergin** (1998) Hukuki, Mali, Aktüel Boyutları ve İlgili Mevzuatıyla Kara Paranın Aklanması ve Suçları, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 2.

¹⁷ **Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2009) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 35-36.

¹⁸ **Aykın, Hasan/Sözmen, Kevser** (2008) Terörün Finansmanı ile Mücadele, Ankara, MASAK Yayın No: XX, s. 126.

lemde veya belirli bir eylemde kullanılmayacak olan fonla dahi ilgili olabilecektir¹⁹. Bu durumda suç gelirlerinin aklanmasına ilişkin önlemler, suç işlenmesinden ziyade, işlenmiş olan öncül suçun soruşturulmasına hizmet etmektedir. Terörizmin finansmanı ile mücadelede ise tedbirlerin temel amacı, finansman eyleminin önlenmesidir.

II. ULUSAL VE ULUSLARARASI KURULUŞLAR İLE DÜZENLEMELER

Terörizmin finansmanı ve suç gelirlerinin aklanması hakkında ceza muhakemesinin koruma tedbirlerinin uygulanacağı açıktır. Bunların yanında, 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun kapsamında malvarlığının dondurulması tedbiri ile 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun kapsamında şüpheli işlem bildirimleri (ŞİB) ve diğer önleyici tedbirler düzenlenmiştir. Ceza muhakemesi tedbirleri işlenmiş bir suç sonucunda uygulanacakken önleyici tedbirlerin uygulanması için suç işlenmesine gerek bulunmamaktadır. Hatta önleyici tedbirler suç işlenmesinin önlenmesi amacını taşımakta, suçun ön alanına müdahale etmektedirler.

Önleyici tedbirlerden olan malvarlığının dondurulması ve işlem ertelenmesi tedbirleri doğrudan muhabata yönelen ve işlemler üzerinde kısıtlayıcı etki doğuran tedbirlerdir. Bu iki doğrudan tedbirin yanında yine 5549 sayılı Kanun ile düzenlenmiş bulunan ve belirli yükümlülere şüpheli işlemleri bildirme ve müşterinin tanınması/kimlik tespiti yapılması ile mükellef tutan düzenlemeler de önleyici tedbirler başlığına dâhildir.

ŞİB doğrudan işlem veya fail üzerinde etki göstermese de işlem ertelenmesinin ve MASAK tarafından yürütülecek inceleme ve analiz faaliyetlerinin temelini oluşturmaktadır. ŞİB'lere ek olarak MASAK'a gönderilen resmi yazı, rapor, iddianame veya dilekçelerden ihbar mahiyetinde olanlar da analiz ve inceleme konusu yapılmaktadır. Ancak, şüpheli işlem bildirimleri şüphe başlangıcı açısından en büyük bilgi kaynağıdır²⁰.

¹⁹ Süer, Sançar Safa (2008) Uluslararası Hukukta Terörizmin Finansmanının Önlenmesi, (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 28.

²⁰ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı-MASAK (2021a) 2020 Yılı Faaliyet Raporu, s. 16.

A. ULUSLARARASI KURULUŞLAR VE DÜZENLEMELER

1. Avrupa Konseyi ve Terörizm Uzmanları Komitesi (Committee of Experts on Terrorism-CODEXTER)

Avrupa Konseyi 1972 yılından itibaren terörizm, suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin önlenmesi ile ilgili birçok sözleşme, direktif ve tavsiye kararları düzenlemiştir²¹. “*Terörizmin Finansmanı ve Suçtan Elde Edilen Gelirlerin Aklanması, Aranması, Elkonması ve Müsaderesi Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi*” de terörizmin finansmanının sadece yasadışı fonlarla sağlanmadığının bilincinde olarak 2005 yılında hazırlanmıştır. Sözleşme, hem suç gelirlerinin aklanmasının önlenmesi ve kontrolünü hem de terörizmin finansmanın önlenmesini aynı anda ele alan ilk düzenlemedir²². Sözleşme hem ceza hukukunun suç boyutunda hem de önleyici tedbirler boyutunda taraf devletlere yükümlülükler yüklemektedir²³. Sözleşmenin 2. maddesine göre taraf devletler suç gelirlerinin aklanması konusundaki tedbirleri terörizmin finansmanı için de uygulamakla yükümlü tutulmuşlardır. Sözleşmeye göre taraflar banka gizliliğini bahane ederek tedbirleri uygulamaktan imtina edemezler.

Taraf devletlerin Sözleşmenin 12. maddesi ile “*Mali İstihbarat Birimi*” kurmakla yükümlendirilmesi uluslararası işbirliği ve koordinasyon için son derece önemlidir. Mali istihbarat birimlerinin sözleşmeye göre veri paylaşması, adli yardım taleplerini karşılaması ve alınan tedbirlerin yeknesak olarak uygulanması gibi görevleri bulunmaktadır.

2. FATF (Mali Eylem Görev Gücü) ve Suç Gelirlerinin Aklanması ve Terörizmin Finansmanına İlişkin 40 Tavsiyesi

FATF, 1989’da OECD bünyesinde G-7 ülkelerince suç gelirlerinin aklanmasıyla mücadele amacıyla kurulmuş bir yapıdır. Yayımladığı 40 tavsiye kararı ve birçok tipoloji rehberiyle uluslararası mücadelede yeknesaklığa hizmet etmiştir.

²¹ Genç (2012), s. 54-55.

²² Genç (2012), s. 64.

²³ Yenidünya, Caner/Değirmenci, Olgun (2008) “Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda Terörün Finansmanı Suçu”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C: II, Ankara, TCHD Yayını, s. 1264-1265.

FATF tavsiyeleri, suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanı ile mücadelede uluslararası standartları belirlemiştir²⁴.

FATF'i devletler üzerindeki denetim aracı haline getiren ve devletleri bağlayıcı olmayan tavsiye kararları çerçevesinde düzenleme yapmaya iten şey, FATF'in tavsiyelerin uygulanıp uygulanmadığını belirli aralıklarla değerlendirme raporları ile belirlemesidir. Bu değerlendirmelere göre FATF, stratejik yeterliliği bulunan ülkeleri (gri liste) ve işbirliği yapmayan ülkeleri (kara liste) belirlemektedir. IMF, Dünya Bankası ve kredi derecelendirme kuruluşlarının FATF'in ülkesel değerlendirme raporlarını kıstas almaları, Görev Gücünü bu derece etkin bir hale getirmiştir.

FATF'in suç gelirlerine ilişkin 40 tavsiyesi ile terörizme ilişkin 9 özel tavsiyesi ile terörizmin finansmanı ile mücadelenin temeli ortaya konulmuştur²⁵. 9 özel tavsiye 2012 yılında suç gelirlerinin aklanmasına ilişkin 40 tavsiye ile birleştirilmiş böylece FATF'in suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanına ilişkin 40 Tavsiyesi son halini almıştır.

FATF'in şüpheli işlem bildirimlerine ilişkin olan tavsiyeleri²⁶ ve MASAK Başkanlığına göre Türkiye'nin tavsiyelere uyumu hakkındaki haksız değerlendirmelerin²⁷ de yer aldığı tespitleri²⁸:

²⁴ **International Monetary Fund-IMF** (2004) Financial Intelligence Units: an overview, Legal Dept., Monetary and Financial Systems Dept., World Bank, Financial Market Integrity Div., s. 118 vd.

²⁵ **Üstün, Oktay** (2005) "Mali Eylem Görev Gücü'nün (FATF) Dokuz Özel Tavsiyesi", Bankacılar Dergisi, S: 52, s. 10.

²⁶ Tavsiyelerin Türkçe metinlerine Hazine ve Maliye Bakanlığının internet adresinden ulaşılmıştır: <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/01/2012_FATF_Tavsiye.pdf> s.e.t. 26.10.2021.

²⁷ **T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı-MASAK** (2020a), 2019 Yılı Faaliyet Raporu, s. 51 "Rapor'un kabulü öncesi ve FATF Genel Kurul toplantısı sırasında Her ne kadar Rapor'da yer alan haksız eleştiri ve değerlendirmelerin ortadan kaldırılmasına yönelik yoğun çaba gösterilmiş ve bunda bir ölçüde başarı sağlanmış olsa da kabul edilen Rapor'un ülkemizin mevcut aklama ve terörizmin finansmanı ile mücadele sistemini doğru olarak yansıtmadığı değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, Rapor'da tespit edilen eksiklik ve eleştirilerin giderilmesine yönelik adımlar planlanmış olup, gerekli çalışmalara ivedilikle başlanmıştır."

a. 10 Numaralı Tavsiye (Eski 5 Numaralı Tavsiye)

“Finansal kuruluşların isimsiz veya bariz şekilde sahte isimlere ait hesap bulundurması yasaklanmalıdır.

Finansal kuruluşlar;

(i) iş ilişkisi tesis ederken,

(ii) Arızı işlemler gerçekleştirirken,

(iii) kara para aklama veya terörün finansmanı şüphesi olduğunda,

(iv) daha önce elde edilen müşteri kimlik bilgilerinin doğruluğu veya yeterliliği hakkında şüphe duyduğunda,

müşterini tanı tedbirlerini uygulamaya zorunlu tutulmalıdır.

Finansal kuruluşların müşterini tanı tedbirlerini uygulama zorunluluğuna ilişkin prensip yasa ile düzenlenmelidir...”

2007 yılındaki değerlendirmede, birden fazla temel eksiklik sebebiyle Türkiye'nin bu tavsiyeye uyumsuz olduğu belirlenmişti. 2019 yılında yapılan değerlendirmede tavsiyenin temel gereklerinin karşılandığı ancak ikincil eksikliklerin bulunduğu tespit edilmektedir. FAFT'a göre bu eksiklikler; gerçek faydalananın bir risk faktörü olarak belirlenmemesi ve iş ilişkisini sonlandırma zorunluluğunun sadece şüpheli hallerde uygulanması gibi sebeplerdir.

Müşterinin tanınması-kimlik tespiti aslen bir tedbirden öte yükümlülük niteliğindedir. FATF'in 10. ve 11. tavsiyeleri kapsamında küresel ölçekte standarda yakın bir uygulaması bulunmaktadır.

b. 20 Numaralı Tavsiye (Eski 13 Numaralı Tavsiye ve 4 Numaralı Özel Tavsiye)

“Bir finansal kuruluşun, fonların bir suç faaliyetinden elde edilen gelir olduğundan ya da terörün finansmanı ile ilgili olduğundan şüphe duyduğu veya şüphelenmesi için makul sebepleri olduğunda, bu şüphelerini mali istihbarat birimine derhal bildirmesi kanunla zorunlu tutulmalıdır.”

²⁸ Bölümde yer verdiğimiz FATF değerlendirme ve yorumları için: **FATF** (2019) “Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - Turkey”, Fourth Round Mutual Evaluation Report, Paris, FATF, s. 158-229.

Bir önceki değerlendirme dönemi olan 2007 yılı itibarıyla FATF kriterlerini kısmen karşılayan Türkiye'nin 2019 yılındaki değerlendirmede tüm kriterleri eksiksiz sağladığı belirlenmiştir. Çalışmamızda da Türkiye'nin şüpheli işlem bildirim sisteminin FATF Tavsiyelerine uygun olduğu ancak AB standartları açısından kısmi eksikliklerin bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

c. 29 Numaralı Tavsiye (Eski 26 Numaralı Tavsiye)

“Ülkeler,

(a) şüpheli işlem bildirimlerinin ve

(b) karapara aklama, buna bağlı öncül suçlar ve terörün finansmanı ile ilgili diğer bilgilerin alınması ve analiz edilmesinde ve bu analiz sonuçlarının dağıtılmasında ulusal bir merkez olarak hizmet veren bir mali istihbarat birimi kurmalıdır...”

Önceki değerlendirme döneminde Türkiye'nin bu tavsiyeye büyük ölçüde uyum sağladığı ancak bildirim yükümlülüklerinin yeterli kapsamda ve etkinlikte olmadığı tespit edilmişti. Son değerlendirme sonucunda Türkiye'nin tüm kriterleri eksiksiz şekilde yerine getirdiği belirlenmiştir.

3. AB Mevzuatı

a. 2015/847 sayılı AB Tüzüğü

Tüzüğün amacı, Avrupa Birliği sınırları dahilindeki ödeme hizmeti sağlayıcıları nezdinde gerçekleşen işlemler açısından aklama ve terörizmin finansmanı eylemlerinin önlenmesi, tespit edilmesi ve soruşturulmasıdır. Tüzüğün kapsamı ödemeler alanı ile sınırlı olduğundan, şüpheli işlem bildirimine ilişkin usul ve esaslara yer verilmeksizin ödemeler alanına ilişkin bazı bildirim yükümlülüklerine yer verilmiştir.

Tüzük ile müşterinin tanınması, kimlik bildirimini, üçüncü tarafa güven ve ödeme sağlayıcıları nezdinde yapılacak gözetim esaslarının yanında, ödeme hizmeti sağlayıcısının işlem sırasında ödeyene veya alıcıya ilişkin bilgilerin eksik veya yanlış olduğunu tespit etmesi halinde bu hususların mali istihbarat birimine bildirilip bildirilmeyeceğinin değerlendirme konusu yapılacağını düzenlemiştir.

b. 2018/843 sayılı Direktifi ile Değiştirilen 2015/849 sayılı AB Direktifi²⁹

Direktif, ulusal düzeydeki tedbirlerin yetersizlikleri nedeniyle düzenlenmiş olup, Birliğin finansal sisteminin aklama ve terörizmin finansmanı amacıyla kullanılmasının engellenmesini amaçlamaktadır. Bu anlamda, Avrupa Birliği dahilinde şüpheli işlem bildirim ve mali istihbarat birimlerine ilişkin temel usul ve esaslar belirtilmektedir.

Paris ve Brüksel’de 2015 ve 2016 yıllarında gerçekleştirilen terör eylemleri ile “*Panama leaks*” belgelerine karşı cevap olarak, 2015/849 sayılı Direktif üzerinde 2018/843 sayılı Direktif ile bazı değişiklikler yapılmıştır³⁰. 5. *Anti-Money Laundering Directive* olarak da adlandırılan bu değişiklikler ile mali istihbarat birimlerinin önceden ŞİB yapılmaya dahi yükümlüden bilgi alma yetkileri genişletilmiş ve mali istihbarat birimleri arasında işbirliğinin artırılmasına yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Öte yandan, Direktifin ulusal mevzuata kazandırılması yükümlülüğü AB üyesi devletlere yüklenmiştir.

Direktifle müşterini tanı ilkesi çerçevesinde FATF Tavsiyeleri doğrultusunda kurallar belirlenmiş ve finansal kuruluşların kimlik bildirim yapmayan, anonim müşterilerle ilişki kurmaları yasaklanmıştır. Üye devletlerin hamiline yazılı senet ve hisselerle dair gerekli tedbirleri alması gerektiğine de yer verilmiştir.

Direktifin “Bildirim Yükümlülükleri” bölümünde şüpheli işlem bildirimlerine ilişkin düzenlemelerin yanı sıra mali istihbarat birimlerine ilişkin hükümlere de yer verilmiştir. Direktifin 32. maddesine göre her üye devlet, aklama ve terörizmin finansmanına ilişkin bildirimlerin muhatabı ve analiz mercii olmak üzere mali istihbarat birimi kurmakla yükümlüdürler.

Her bir mali istihbarat biriminin, operasyonel olarak bağımsız ve özerk olması, belirli bilgileri analiz etme, talep etme ve yayma işlevlerini özgürce yerine

²⁹ Direktif doğrultusunda düzenlenmiş olan Almanya, Belçika ve Çekya mevzuatları Mali İstihbarat Birimleri, yükümlülükler, şüpheli işlem bildirim ve işlem ertelenmesi açısından ilgili başlıkları altında incelenmiştir.

³⁰ **Wahl, Thomas** (2018) Max Planck Institute, 5th Anti-Money Laundering Directive, Research Paper, <<https://eucrim.eu/news/5th-anti-money-laundering-directive/>>, s.e.t. 26.09.2022.

getirebilmesi gerekmektedir. Bağımsız ve özerk yapı, mali istihbarat biriminin bir kamu idaresi olarak değil, bir adli merci şeklinde örgütlenmesi gerektiğine işaret etmektedir. Üye devletler, mali istihbarat birimlerinin doğrudan veya dolaylı olarak ihtiyaç duydukları finansal kuruluşların veya adli makamların nezdindeki bilgilere zamanında ulaşmasını sağlamalıdır.

Diğer taraftan bu birimler, adli makamların terörizmin finansmanı ve aklama eylemleri konulu taleplerini de yerine getirmelidir. Ancak, istisnai durumlarda mali istihbarat birimince yürütülen faaliyetlerin sekteye uğratılma ihtimali halinde, mali istihbarat birimi bu taleple bağlı değildir. Bunun yanında, mali istihbarat biriminin aklama veya terörizmin finansmanı şüphesi nedeniyle, yapılmakta olan işlemleri erteleme veya engelleme yetkilerinin de bulunması gerekmektedir.

Direktife göre mali istihbarat biriminin analiz fonksiyonunun unsurları;

- Bireysel vakalara, özel hedeflere veya türüne, hacmine ve bilginin yayılmasından sonra öngörülen etkisine bağlı olarak uygun nitelikteki istihbarı bilgiye odaklanan operasyonel analiz,
- Aklama ve terörizmin finansmanı eğilimlerini ve kalıplarını ele alan stratejik analiz,

olarak belirlenmiştir.

Direktifin 33. maddesi ile şüpheli işlem bildirim yükümlülüğü düzenlenmektedir. Buna göre, işlem tutarı önem arz etmeksizin yükümlü nezdinde gerçekleştirilen veya gerçekleştirilmeye çalışan işlemin konusu tutarların suçtan elde edildiği veya terörizmin finansmanı için kullanıldığı biliniyor, şüphe ediliyor veya bu hususta makul şüphe sebepleri bulunuyorsa ŞİB yapılmalıdır.

Direktif, işlem erteleme hususunda da üye devletleri yükümlü kılmaktadır. Direktifin 35. maddesine göre yükümlüler, ŞİB tamamlanana kadar işlemi yapmaktan kaçınmakla zorunlu kılınmalıdır. Bunun yanında yükümlünün, ilgili devletin mali istihbarat birimi veya diğer ilgili kurumlarından gelecek talimat doğrultusunda işlemi gerçekleştirilmemesi de istenilebilir.

Ayrıca Direktif; avukatların, noterlerin, diğer bağımsız hukuk uzmanlarının, denetçilerin, dış muhasebecilerin ve vergi danışmanlarının ŞİB yükümlülüğünü konu bakımından daraltmaktadır. Bu meslek grubu mensuplarının, müşterilerinin/müvekkillerinin hukuki durumunu tespit etme, dava açılması, hukuki konularda tavsiye vermek de dahil olmak üzere müvekkilini savunma veya temsil etme görevleri ile ilgili olarak edindikleri bilgiler, ŞİB yükümlülüğü kapsamı dışındadır. Ancak karşılaştırmalı hukuk başlığında da inceleneceği üzere, üye devletlerin söz konusu meslek grupların bildirim yükümlülüğü kapsamını kanunla daha geniş düzenlemesi de mümkündür.

B. ULUSAL MEVZUAT VE MASAK BAŞKANLIĞI

1. 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun

5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun, hem ilga ettiği 4208 sayılı Kararparanın Aklanmasının Önlenmesi Kanununun FATF tavsiyeleri ile uyumlaştırılması, hem de aklama suçu ile 5237 sayılı Kanun arasında uyumun artırılması için düzenlenmiştir³¹. Böylece 5549 sayılı Kanun, Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik (Tedbirler Yönetmeliği) ile AB'nin 2005/60/EC sayılı Direktifine³² uygun, hatta daha kapsamlı bir hukuki çerçeve çizilmiştir³³. 5549 sayılı Kanunun 17. maddesinde, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama ve terörizmin finansmanı suçunun *“işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunan hallerde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesine göre malvarlığı değerlerine elkonulabileceği”* düzenlenmiştir. 5549 sayılı Kanun ile yükümlükler belirlenmiş, el koyma müessesesi de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uygulamasıyla uyumlaştırılmıştır.

³¹ **Üstün, Oktay** (2008) “5549 Sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun ile Getirilen Temel Değişiklikler”, Bankacılar Dergisi, S: 64, s. 44.

³² 2005/60/EC sayılı AB Direktifi çalışmamızda yer verilen 2015/849 sayılı AB Direktifi ile ilga edilmiştir.

³³ **Özgenç, İzzet/Karabulut, Efe Can** (2020) “Avrupa Birliği Mevzuatında ve Türk Hukukunda Özellikle Uluslararası Alanda Para Transferlerinin Denetlenmesine İlişkin Düzenlemeler ve Bu Bağlamda Ceza Hukuku Sorumluluğu”, 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri - Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler, C: 1, Ankara, Seçkin, s. 799.

5549 sayılı Kanununun 3. maddesinde “müşterinin tanınması-kimlik tespiti”, 4. maddesinde “şüpheli işlem bildirimini”, 5. maddesinde “eğitim, iç denetim, kontrol ve risk yönetim sistemleri ile diğer tedbirleri”, 6. maddesinde “devamlı bilgi verme”, 7. maddesinde “bilgi ve belge verme” ve 8. maddesinde “muhafaza ve ibraz”, 9. maddesinde ise “erişim sistemi kurulması” yükümlülük ve tedbirleri düzenlenmiştir. Kanun bu yükümlülüklerin MASAK denetim elemanlarınca denetleneceğini, yerine getirilmemeleri halinde ise yaptırım uygulanabileceğini düzenlemiştir.

2. Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) Başkanlığı

Mali istihbarat birimleri; bağımsız bir kurum, merkez bankaları³⁴ yahut ilgili bakanlıklara bağlı olarak “idari model”, kolluğun bir birimi olarak “kolluk modeli” veya savcılığa bağlı olarak “savcılık modeli/adli model” şeklinde teşkilatlandırılabilir. Birden fazla modele ilişkin özelliklerin birleştiği modeller de hibrit modeller olarak adlandırılmaktadır. Türkiye’nin mali istihbarat birimi olarak MASAK, 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun ile kurulmuş ve 17 Şubat 1997 tarihinde faaliyet göstermeye başlamıştır. İdari model esas alınarak teşkil edilen ve Hazine ve Maliye Bakanlığı bünyesinde faaliyet gösteren MASAK Başkanlığı, Türkiye’nin mali istihbarat birimi olarak FATF, Egmont Grubu³⁵ ve diğer uluslararası yapılara tanıtılmıştır.

Bazı yazarlar, MASAK Başkanlığının Hazine ve Maliye Bakanlığına bağlı olması nedeniyle bağımsız ve özerk olmadığını, dolayısıyla yukarıda yer verilen 2015/849 sayılı AB Direktifine ve AB standartlarına uymadığını ifade etmektedirler³⁶. Bir bakanlık hiyerarşisi içinde teşkilatmış olan MASAK Başkanlığının AB’nin “bağımsız ve özerk” kriterini karşılamadığı görüşüne biz de katılmakta-

³⁴ Merkez bankacılığı faaliyetinin yanında denetim ve düzenleme görevlerini de ifa eden bankalar daha ziyade “Ulusal Bankalar” olarak isimlendirilmektedir.

³⁵ 9 Haziran 1995 tarihinde, Brüksel’de kurulan “Egmont Grubunun” temel amacı; ülkelerin ulusal suç gelirlerinin aklanmasıyla mücadele sistemlerini geliştirebilmelerine yardımcı olmak, uluslararası bilgi değişiminin, işbirliğinin ve koordinasyonun önündeki engelleri kaldırmaktır. Grubun 139 üyesi bulunmaktadır.

³⁶ Özgenç/Karabulut, s. 801.

yız. Ancak, MASAK'ın FATF'in yukarıda zikredilen mali istihbarat birimlerine ilişkin tavsiyesi olan 29 numaralı tavsiyesine uyumunun tam ve eksiksiz olduğunun tespit edildiği ifade edilmelidir.

MASAK Başkanlığı, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması ve terörizmin finansmanı suçlarına ilişkin verileri ve şüpheli işlem bildirimlerini analiz ve değerlendirmenin yanında kolluk ve adli birimlerin yürüttükleri soruşturmalara dair taleplerini de analiz ve değerlendirmeye tabi tutmaktadır³⁷. Analiz ve değerlendirme faaliyetlerinin terörizmin finansmanı suçu, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu, yasadışı bahis ve kumar faaliyetleri³⁸ kapsamında kilit önemde olduğu söylenebilecektir³⁹. MASAK Başkanlığı, Türkiye'nin terörizmin finansmanı ve suç gelirlerinin aklanması ile mücadelesindeki anahtar yapısı olmakla birlikte, diğer yapılar arasındaki koordinasyonu da sağlamaktadır.

³⁷ MASAK (2021a), 2020 Yılı Faaliyet Raporu, s. 16.

³⁸ MASAK'a yapılan şüpheli işlem bildirimlerinin yaklaşık üçte biri, ertelenen işlemlerin ise yarısından fazlası biri yasadışı bahis ve kumar oynatma suçuna ilişkindir. MASAK (2021a), 2020 Yılı Faaliyet Raporu, s. 34.

Hazine ve Maliye Bakanlığının 2021 yılı Faaliyet Raporuna göre;

“Yasa dışı bahis oynatma suçu ile ilgili olarak da toplam 432 adet analiz dosyası sonuçlandırılmış ve bu dosyalar kapsamında 37.054 kişi hakkında istihbarat toplama ve analiz çalışmaları yürütülmüştür. Yapılan çalışmalar neticesinde 321 adet analiz raporu, 54 adet suçtan elde edilen değer raporu ve 65 adet bilgi notu düzenlenerek yasa dışı bahis oynatma suçlarının tespitinde kullanılmak üzere ilgili savcılıklara veya Emniyet Genel Müdürlüğü Siber Suçlar ile Mücadele Daire Başkanlığına gönderilmiştir”. T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı (2022) 2021 yılı Faaliyet Raporu, s. 98.

³⁹ Nitekim, 17 Temmuz 2021 tarihli Resmî Gazete yayımlanan “Türkiye’de Suç Gelirlerinin Aklanması ve Terörizmin Finansmanı ile Mücadelede ve Müsadere Uygulamalarında Etkinliğin Artırılması Strateji Belgesi (2021-2025)” metninde; *“Bu kapsamda, aklama ve terörizmin finansmanı suçları ile mücadelede “mali istihbarat birimleri” büyük önemi haiz bir fonksiyon icra etmektedir. Bu birimler, yükümlü grupları olarak nitelendirilen finansal sektör ve finansal olmayan belirli iş ve meslek gruplarından şüpheli işlem bildirimlerini almakta, bu bilgileri erişim sağladıkları diğer bilgileri de değerlendirerek analiz etmekte ve sonuçlarını ihtisaslaşmış kolluk birimlerine ve adli mercilere iletmektedir.*

... aklama ve terörizmin finansmanı suçlarına ilişkin ihtisas gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde MASAK'tan analiz ve inceleme desteği alınması, gerekmesi halinde dosya kapsamında birliktir rapor istenmesi ve olayın çok yönlü araştırmasının yapılması önem arz etmektedir.” ifadelerine yer verilmiştir.

Örneğin, adli merciler ile kolluk kuvvetlerince aklama ve terörizmin finansmanı suçlarının araştırılması faaliyetleri de MASAK tarafından yerine getirilmektedir.

5549 sayılı Kanununun 18. maddesi gereğince, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama ve terörizmin finansmanı suçlarından dolayı yapılan soruşturma sonucunda verilen “kovuşturmaya yer olmadığına dair karar veya düzenlenen iddianame, kovuşturma sonucunda verilen hüküm ve göre verilen elkoyma kararlarının bir örneğinin Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığına gönderilmesi” gerekmektedir. Ancak MASAK veya Hazine ve Maliye Bakanlığının bu dosyalara suçtan zarar gören veya katılan olarak dahil olmasına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Nitekim Yargıtay uygulamasında, Hazine ve Maliye Bakanlığının davaya katılma talepleri reddedilmektedir⁴⁰. MASAK Başkanlığının aklama veya görev alanına giren diğer suç tipleri açısından suçtan zarar gören sıfatını haiz olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu sebeple, MASAK’ın suçtan zarar gören veya katılan sıfatıyla aklama ve terörizmin finansmanı dosyalarına dahil edilmemesi yönündeki içtihadın isabetli olduğu kanısındayız.

MASAK Başkanlığının son yıllardaki iş yükü birkaç yıl öncesine göre katbekat artmıştır⁴¹. Örneğin, 2017 yılında MASAK’a sadece aklama ve bununla ilgili öncül suçlarla ilgili olarak (terörizmin finansmanı suçu hariç olmak üzere) sadece 138.774 adet bildirim gönderilmişken, 2021 yılında suç gelirlerinin aklanması konulu bildirimler yaklaşık %264 artış göstererek yaklaşık 505.000 olmuştur⁴². MASAK’a yapılan bildirimlerin⁴³ ezici çoğunluğunu teşkil eden ŞİB sayıları yıllık 500.000’leri aşmakta, bu sayıyı yaklaşık 10.000 bildirim ile savcılık ve mahkemeler gibi adli makamlar ile

⁴⁰ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2016/450-K. 2016/367 T: 1.2.2016: “Saniğa atılı suçla korunan hukuki yarar da nazara alındığında suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyen ve bu nedenle de davaya katılma hakkı bulunmayan Hazinenin davaya katılmasına ilişkin verilen karar hukuki değerden yoksun olup hükmü temyiz yetkisi vermeyeceğinden, Hazine vekilinin temyiz talebinin anılan Kanununun 317. maddesi gereğince REDDİNE,”

⁴¹ MASAK (2021a), 2020 Yılı Faaliyet Raporu, 16. Rapora göre, MASAK’a yapılan adli talep sayıları 2014 yılında yaklaşık 200 adet iken, 2020 yılında 22.939’a çıkmıştır.

⁴² T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı (2022), 2021 yılı Faaliyet Raporu, s. 97.

⁴³ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı (2022), 2021 yılı Faaliyet Raporu, 97. 2021 yılında MASAK’a yapılan bildirimlerin 504.995’ini şüpheli işlem bildirimleri, 9.765’ini adli/kolluk araştırma talepleri, 867’sini ise diğer ihbarlar oluşturmaktadır.

kolluk birimleri tarafından gönderilen adli/kolluk araştırma talepleri takip etmektedir⁴⁴. Bununla birlikte, MASAK yükümlülerin 5549 sayılı Kanunla düzenlenen yükümlülük ve tedbirlere uyumunu da denetlemektedir. Faaliyet raporlarına göre MASAK Başkanlığınca yükümlüler nezdinde 2018 yılında 59, 2019 yılında 17, 2020 yılında 135 adet yükümlülüklere uyum denetim yapılmıştır⁴⁵.

III. ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİMİ VE İŞLEM ERTELEMESİ DIŞINDAKİ TEDBİR VE YÜKÜMLÜLÜKLER

A. GENEL ÇERÇEVE

5549 sayılı Kanunla, aklama ve terörizmin finansmanı fiilleri üzerinde doğrudan etki yaratan başlıca üç önleyici tedbir düzenlenmiştir. Bunlar, iş ilişkisinin sonlanmasına sebep olduğundan müşterinin tanınması-kimlik tespiti, şüpheli işlem bildirim ve işlemlerin ertelenmesi tedbirleridir. Bunun yanında 5549 sayılı Kanun ile işlem üzerinde doğrudan önleyici/durdurucu etkisi olmayan ancak terörizmin finansmanı ve aklanma ile mücadele amacıyla, “eğitim, iç denetim, kontrol ve risk yönetim sistemleri ile diğer tedbirleri yerine getirme”, “devamlı bilgi verme”, “bilgi ve belge verme”, “muhafaza ve ibraz” ve “erişim sistemi kurulması” yükümlülük ve tedbirleri düzenlenmiştir.

5549 sayılı Kanununun 13. maddesinde tedbir ve yükümlülükler uymamanın ihlali halinde idari para cezası verilmesi öngörülmüştür. 14. maddede ise ŞİB’in yetkili merciler dışındakilere açıklanması, bilgi ve belge verme ile muhafaza ve ibraz yükümlülüklerinin ihlali halinde hapis cezasına hükmedileceği düzenlenmiştir. Ancak MASAK Başkanlığı tarafından gerçekleştirilen yükümlülük denetimlerinde, sayılan suç fiillerinden ziyade ihlalleri halinde idari para cezası gerektiren kimlik tespiti ve ŞİB yükümlülüklerine ağırlık verilmektedir⁴⁶.

⁴⁴ 2020 yılında 237.531 adet şüpheli işlem bildirim yapılmışken bu sayı 2021 yılında 505.000’e ulaşmıştır. MASAK (2021a), 2020 Yılı Faaliyet Raporu, 19; T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı (2022), 2021 yılı Faaliyet Raporu, s. 97.

⁴⁵ MASAK (2021a), 2020 Yılı Faaliyet Raporu, s. 16.

⁴⁶ T. C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı-MASAK (2019) 2018 yılı Faaliyet Raporu, s. 46.

B. YÜKÜMLÜLER

5549 sayılı Kanun kapsamındaki tedbirlerin uygulanması hususunda yükümlü tutulanlar Kanununun 2. maddesinde⁴⁷ ve Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmeliğin (Tedbirler Yönetmeliği) 4. maddesinde⁴⁸ sayılmıştır. Bankacılık, ödeme hizmetleri, finansal hizmetler, sigortacılık gibi kurumsal sektörlerde faaliyet gösterenler yanında noterler, mali müşavirler, bağımsız denetçiler, nakil vasıtası, iş makinesi ticareti ile uğraşanlar gibi kurumsal olmayan sektörlerde faaliyet gösterenler de yükümlülük kapsamına alınmıştır.

⁴⁷ 5549 sayılı Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi: “Yükümlü: Bankacılık, sigortacılık, bireysel emeklilik, sermaye piyasaları, ödünç para verme ve diğer finansal hizmetler ile posta ve taşımacılık, talih ve bahis oyunları alanında faaliyet gösterenler; döviz, taşınmaz, değerli taş ve maden, mücevher, nakil vasıtası, iş makinesi, tarihi eser, sanat eseri ve antika ticareti ile iştigal edenler veya bu faaliyetlere aracılık edenler ile noterler, spor kulüpleri, savunma hakkı bakımından diğer kanun hükümlerine aykırı olmamak ve 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35’inci maddesinin birinci fıkrası ile alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kapsamında ifa edilen mesleki çalışmalar nedeniyle edinilen bilgiler hariç olmak üzere, taşınmaz alım satımı, sınırlı ayni hak kurulması ve kaldırılması, şirket, vakıf ve dernek kurulması, birleştirilmesi ile bunların idaresi, devredilmesi ve tasfiyesi işlerine ilişkin finansal işlemlerin gerçekleştirilmesi, banka, menkul kıymet ve her türlü hesaplar ile bu hesaplarda yer alan varlıkların idaresi işleriyle sınırlı olmak üzere serbest avukatlar ve Cumhurbaşkanınca belirlenen diğer alanlarda faaliyet gösterenler”

⁴⁸ 5549 sayılı Kanundaki yükümlülere ek olarak ikincil mevzuata göre; “Bankalar dışında banka kartı veya kredi kartı düzenleme yetkisini haiz kuruluşlar, Kambiyo mevzuatında belirtilen yetkili müesseseler, Ödeme kuruluşları ile elektronik para kuruluşları, Yatırım ortaklıkları, Sigorta, reasürans ve emeklilik şirketleri ile sigorta ve reasürans brokerleri, Finansal kiralama şirketleri, Sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde takas ve saklama hizmeti veren kuruluşlar, Kıymetli Madenler ve Kıymetli Taşlar Piyasasına ilişkin saklama hizmeti ile sınırlı olmak üzere Borsa İstanbul Anonim Şirketi, Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi ile kargo şirketleri, Varlık yönetimi şirketleri, Kıymetli maden, taş veya mücevher alım satımı yapanlar ile bu işlemlere aracılık edenler, Cumhuriyet altın sikkeleri ile Cumhuriyet ziynet altınlarını basma faaliyeti ile sınırlı olmak üzere Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü, Ticaret amacıyla taşınmaz alım satımıyla uğraşanlar ile bu işlemlere aracılık edenler, Noterler, Bir işverene bağlı olmaksızın çalışan serbest muhasebeci, serbest muhasebeci mali müşavir ve yeminli mali müşavirler, Finansal piyasalarda denetim yapmakla yetkili bağımsız denetim kuruluşları, Kripto varlık hizmet sağlayıcılar, Tasarruf finansman şirketleri, Merkezi yurt dışında bulunan yükümlünün Türkiye’deki şube, acente, temsilci ve ticari vekilleri ile benzeri bağlı birimleri” yükümlü sayılır.

Ulusal Risk Değerlendirme Projesi verilerine göre⁴⁹, kurumsal olmayan yükümlülerden noterler ile mali müşavirlerin yükümlülükleri hakkında yüksek düzeyde farkındalığa sahip olduğu belirlenirken; kuyumculuk ve emlak işiyle uğraşanların yükümlülükleri hakkında farkındalığa sahip olmadığı anlaşılmıştır. Anket tarihi itibarıyla yükümlülük kapsamında olmayan avukatların ise aklama ve terörizmin finansmanı olgularından haberdar olmadığı anlaşılmıştır.

7262 sayılı Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanunla yapılan değişiklik sonrası serbest avukatlar da yükümlülerin arasına alınmıştır. Söz konusu düzenlemeyle serbest avukatların yükümlülüklerinin sınırı, savunma hakkı bakımından diğer kanun hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla *“taşınmaz alım satımı, sınırlı ayni hak kurulması ve kaldırılması, şirket, vakıf ve dernek kurulması, birleştirilmesi ile bunların idaresi, devredilmesi ve tasfiyesi işlerine ilişkin finansal işlemlerin gerçekleştirilmesi, banka, menkul kıymet ve her türlü hesaplar ile bu hesaplarda yer alan varlıkların idaresi”* işleriyle sınırlı olmak üzere belirlenmiştir. Ayrıca, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kapsamındaki faaliyetler ile Avukatlık Kanununun 35. maddesinde yer alan *“kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek”* faaliyetleri nedeniyle de yükümlülüklerin doğmayacağı düzenlenmiştir.

7262 sayılı Kanundan önce, 9 Ocak 2008 tarihli ve 26751 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesi ile mesleki faaliyetleri dışında serbest avukatlar yükümlü kapsamına alınmıştı. Ancak Danıştay, *“serbest avukatların, yasa koyucu tarafından sayma suretiyle belirlenen yükümlüler arasına alınmamasına karşın, maddenin devamında Bakanlar Kurulunca belirlenen ‘diğer alanlarda faaliyet gösterenler’ kapsamında değerlendirilmek suretiyle yasanın düzenlenme sistematığına uygun olmayan bir biçimde yö-*

⁴⁹ FATF (2019), s. 107.

netmelikle yükümlüler arasına alınmasının” yasa koyucunun iradesine uygun olmadığı gerekçesine yer vererek anılan hükmü iptal etmişti⁵⁰. Anılan Kararda, “ancak serbest avukatların da yaptığı bazı işlerden dolayı anılan Yasa kapsamına alınmak istenilmesi halinde bunun bir yasal düzenleme ile gerçekleştirilmesi her zaman mümkündür” belirlemesine de yer verilmişti. Bu çerçevede, serbest avukatların 7262 sayılı Kanun ile yükümlülük kapsamına alınması kanun hükmüne dayandığından, Danıştay’ın anılan Kararının gerekçesi somut hukuki durum uyumludur. Öte yandan, halihazırda FATF’in 22⁵¹ ve 23⁵² numaralı tavsiyeleri avukatların da yükümlüler kapsamına alınması yönündedir. Nitekim 2019 tarihli FATF Değerlendirme Raporu’nda, Türkiye’de avukatların yükümlü kapsamında olmaması eksiklik olarak belirtilerek, FATF’in 22 ve 23 numaralı tavsiyelerine kısmen uyulduğu tespit edilmiştir.

Sonuç olarak, avukatların da 5549 sayılı Kanun bakımından yükümlü kapsamına alınmasının, Türkiye’nin terörizmin finansmanı ve suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması konusundaki uluslararası kriterlere uyumunu arttıracığı düşünülmektedir.

Diğer taraftan noterler, bağımsız denetçiler ve mali müşavirler de Tedbirler Yönetmeliği ile yükümlüler arasına alınmışlardır. Noterler, bağımsız denetçiler ve mali müşavirler mesleki sır niteliğindeki bilgileri nedeniyle ŞİB yapma durumun-

⁵⁰ Danıştay 10. Dairesi E: 2008/1675-K: 2013/508, T: 24.01.2014.

⁵¹ 22 numaralı FATF Tavsiyesinin ilgili bölümü:

“10, 11, 12, 15, ve 17. Tavsiyelerde belirtilen müşterinin tanınması ve kayıt tutma yükümlülükleri aşağıdaki durumlarda finansal olmayan belirli iş ve mesleklere (FOBİM) uygulanır:

Avukatlar, noterler, diğer bağımsız hukuk işleri ile uğraşanlar ve muhasebeciler müşterileri için aşağıdaki faaliyetlerle ilgili işlem yapmaya hazırlandıklarında veya işlem yaptıklarında; gayri menkul alım satımı, müşterinin para, menkul kıymet veya diğer varlıklarının yönetilmesi, banka, mevduat veya menkul kıymet hesaplarının yönetilmesi, şirketlerin kurulması, faaliyette bulunması veya yönetimi için katkılarının organize edilmesi, tüzel kişi veya yasal oluşumların kurulması, faaliyette bulunması veya yönetimi ile işletmelerin alım satımı.”

⁵² 23 numaralı FATF Tavsiyesinin ilgili bölümü:

“Avukatlar, noterler, diğer bağımsız hukuk işleri ile uğraşanlar ve muhasebeciler, müşterileri adına veya onlar için 22. Tavsiyenin (d) maddesinde belirtilen faaliyetlerle ilgili bir finansal işlemlerle iştigal ettiklerinde, şüpheli işlemleri bildirmeye zorunlu tutulmalıdır.”

da kalabilecektir. Avukatların Tedbirler Yönetmeliği ile yükümlüler kapsamına alınması ile doğan hukuki çelişkinin benzeri sayılanlar açısından sürmektedir. Kanun koyucu tarafından sayma suretiyle belirlenen yükümlüler arasına alınmayan bu meslek gruplarının yönetmelik ile yükümlüler arasına alınması kanun koyucunun iradesine aykırılık teşkil etmektedir. Bunun yanında noterler, bağımsız denetçiler ve mali müşavirlerin tüm iş ve işlemleri açısından yükümlü kapsamında sayılması, Avrupa Birliği standartlarına da uygun değildir. Nitekim yukarıda zikredilen 2015/849 sayılı Direktifine göre noterler, bağımsız denetçiler ve mali müşavirlerin ŞİB yükümlülükleri, müşterilerinin hukuki durumunu tespit etme, hukuki konularda tavsiye vermek de dahil olmak üzere müşterilerini savunma veya temsil etme görevleri ile ilgili olarak edindikleri bilgiler açısından sınırlandırılmıştır. FATF'in 22. ve 23. Tavsiyeleri ile noterler, diğer bağımsız hukuk işleri ile uğraşanlar ve muhasebecilerin gayrimenkul alım satımı ve şirket yönetimi gibi faaliyetleri ile sınırlı olarak yükümlü kapsamına alınmaları ve bu faaliyetler kapsamında şüpheli işlemleri bildirmeye zorunlu tutulmaları tavsiye edilmiştir. Dolayısıyla noterler, bağımsız denetçiler ve mali müşavirlerin yükümlülük kapsamından tamamen çıkarılması da FATF Tavsiyelerine aykırılık oluşturacaktır. Bu durumda, noterler, bağımsız denetçiler ve mali müşavirleri açısından 2015/849 sayılı Direktifte belirtilen faaliyetler ile meslek sırrı niteliğindeki bilgiler açısından kanunen istisna getirilmesinin hukuken daha doğru olacağı düşünülmektedir.

C. UYUM PROGRAMI, UYUM GÖREVLİSİ VE DEVAMLILIK BİLGİ VERME

TCMB, kalkınma ve yatırım bankaları hariç olmak üzere bankalar, sermaye piyasası aracı kurumları, sigorta ve emeklilik şirketleri ve bankacılık faaliyetiyle sınırlı olmak üzere PTT, uyum programı oluşturmakla yükümlüdür. Uyum programı kapsamına, kurum politikası ve prosedürlerinin oluşturulması, risk yönetimi faaliyetlerinin yürütülmesi, izleme ve kontrol faaliyetlerinin yürütülmesi, eğitim faaliyetlerinin yürütülmesi ve iç denetim faaliyetlerinin yürütülmesi girmektedir. Uyum programında zikredilen faaliyetlerin yanında, MASAK Başkanlığı ile koordinasyonun sağlanması gibi yükümlülük/tedbirler uyum görevlisi veya uyum birimi tarafından yerine getirilecektir. Bunların yanında, uyum görevlisinin en önemli görevi ve işlevi şüpheli işlem bildirimlerinin gerçekleştirilmesi ve müşteri ile iş ilişkisinin sonlandırılmasıdır.

5549 sayılı Kanununun 6. ve Tedbirler Yönetmeliğininin 32. maddesi ile belli bir tutarı aşan işlemlerin şüphe barındırır da barındırmasa da devamlı bilgi verme kapsamında MASAK Başkanlığına iletilmesi yükümlülüğü de düzenlenmiştir. Bu yükümlülük, şüphe oluşmasa da yani otomatik olarak MASAK'a işlem bildirimini yapılmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, belirli miktarı aşan işlemler açısından objektif nitelikteki bir şüphenin her halde doğmuş olduğu kabul edilmektedir. Ancak, çalışmamız tarihi itibarıyla parasal sınırlara veya yükümlülüğe ilişkin bir düzenlemeye rastlanılmamıştır.

D. MÜŞTERİNİN TANINMASI-KİMLİK TESPİTİ

“*Müşterini tanı*” ilkesinden kaynaklanan kimlik tespiti, işlem üzerinde etki doğuran bir tedbirden ziyade ŞİB ve işlem erteleme açısından gerekli ve zorunlu bir unsurdur. Yükümlüler hem işlem yaptıkları müşterilerinin kimliğini tespit etmeli hem de bu kişilerin başkası adına işlem yapıp yapmadığını da gözetmelidir. Bu durumda, hesabına hareket edilenin de kimliği tespit edilmektedir. Bunun yanında yükümlüler, işlemin gerçek faydalanıcının ortaya çıkarılması için gerekli ve yeterli önlemleri resen almalıdırlar. Alınan bilgilerin doğruluğunun resmi kimlik hükmündeki belgelerle teyit edilmesi gerekmektedir.

Yükümlüler sürekli iş ilişkisi tesis ederken ve işlem veya müşteri ile ilgili şüphe hasıl olduğunda herhangi bir limit olmaksızın kimlik tespiti yapmalıdır. Ayrıca, kimlik tespiti gerektiren işlemlerin bazıları belirli bir tutarın üzerindeki işlemler olarak belirlenmiştir. Örneğin elektronik transferler açısından işlem tutarının yedi bin beş yüz TL'yi aşması veya kişinin yaptığı işlem veya işlemlerin toplam tutarının seksen beş bin TL'yi aşması halinde Tedbirler Yönetmeliğininin 5. maddesi gereği kimlik tespiti yapılması zorunludur. Bu çerçevede işlem tesis edilmemesi halinde ŞİB'e esas bir şüphenin oluşması halinde ayrıca şüpheli işlem bildirimini de yapılmalıdır.

Tedbirler Yönetmeliğininin 22. maddesi gereği kimlik tespiti yapılamayan veya iş ilişkisinin amacı hakkında yeterli bilgi edinilemeyen işlemler tesis edilemez veya bunlar ile iş ilişkisi kurulamaz. Önceden yapılmış bulunan kimlik tespitlerinin doğruluğuna veya yeterliliğine ilişkin yeni tereddütlerin doğması halinde de bu kişiler tarafından talep edilen işlemlerin tesis edilmemesi ve bu müşterilerle ku-

rulmuş olan iş ilişkileri sonlandırılması zorunludur. Müşterinin tanınması/kimlik bildiriminin işlemler üzerindeki önleyici tedbir niteliği söz konusu iş ilişkisinin sonlandırılması ve işlemin gerçekleştirilmemesi işlevinden kaynaklanmaktadır.

Kimlik tespiti tedbirine aykırılığın yaptırımını, yükümlüye verilecek idari para cezasıdır. Yükümlünün finansal kuruluşlardan birisi olması hâlinde idari para cezası işlem tutarının yüzde beşinden az olmamak üzere iki kat olarak uygulanacaktır. Yükümlü, müşterinin tanınmasını yükümlülüğünü ihlal etmek suretiyle aklama veya terörizmin finansmanı suçuna iştirak ettiyse, yükümlüye ayrıca idari para cezası verilmesi Kabahatler Kanununun 15. maddesine ve non bis in idem ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır⁵³. Bunun yanında, 5549 sayılı Kanunun 15. maddesinde, “*kendi adına ve fakat başkası hesabına hareket eden kimse nin*” hesabına hareket ettiği kişiyi yükümlüye yazılı olarak bildirmemesi bir gerçek ihmali suç olarak düzenlenmiştir⁵⁴.

E. ÜÇÜNCÜ TARAF GÜVEN

Tedbirler yönetmeliğinin 21. maddesine göre finansal kuruluşların⁵⁵, “*müşteriyle ilgili olarak başka bir finansal kuruluşun aldığı tedbirlere güvenerek iş ilişkisi tesis edebilmesi veya işlem yapabilmesi*” mümkündür. Diğer bir ifadeyle, daha önce bir başka finansal kuruluş tarafından yapılan kimlik tespitinin, diğer finansal kuruluş için de geçerli olabilmesi veya uygulanması gereken diğer tedbirin yerine getirilmiş sayılması mümkündür. Bu uygulama, “Üçüncü Tarafa Güven” olarak adlandırılmaktadır.

Üçüncü tarafa güven ilkesinin doğurabileceği tehlikeler nedeniyle, güvenilen tarafın müşterinin tanınmasına dair gerekli tedbirleri aldığına, kimlik bilgi-

⁵³ Özgenç, İzzet/Yurtlu, Fatih (2020) “Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçları Bakımından Teori ve Uygulamada Ortaya Çıkabilecek Sorunlara İlişkin Bir Değerlendirme”, 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri - Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler, Cilt 1, Ankara, Seçkin, s. 465.

⁵⁴ Özgenç/Yurtlu, s. 465.

⁵⁵ Kıymetli maden aracı kuruluşları, bankalar, PTT A.Ş. ile sermaye piyasası mevzuatına göre takas ve saklama hizmeti veren kuruluşlar Tedbirler Yönetmeliğinin 4. maddesinde finansal kuruluş olarak tanımlanmıştır.

leri ve diğer belgeleri sakladığına ve bunların ulaşılabilir olduğuna emin olunması şarttır. Bunun yanında, ne olursa olsun güvenilecek tarafın riskli ülkelerde yerleşik bulunmaması zorunludur⁵⁶. Örneğin, Türkiye’de bulunan bir finansal kuruluşun mevzuat gereği isimsiz veya hayali bir kişiye ilişkin hesap açamayacağına şüphe yoktur ancak riskli ülkeler arasında bulunan bazı ülkelerde rumuz veya kod adları ile hesap açılabilmesi mümkündür⁵⁷. Sayılan koşulların sağlanmaması halinde, üçüncü tarafa güvenilerek işlem tesis edilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Üçüncü tarafa güven ilkesine dayanarak yapılan işlemler açısından diğer finansal kuruluşun yaptığı ilk işlem temel teşkil etmektedir. Bu ilkenin zayıf noktası, işlem veya müşteri hakkında uygulanan ilk tedbir açısından ortaya çıkacak bir aykırılığın diğer işlemlere de sirayet edecek olmasıdır. Örneğin, ilk işlemde kimlik tespiti yükümlülüğünün eksik olarak yerine getirilmesi durumunda, üçüncü tarafa güven kapsamında bu işleme dayanılarak kimlik tespiti yapılan tüm işlemler aynı eksikliği barındıracaktır. Nitekim üçüncü tarafa güven ilkesi sıklıkla uygulama alanı bulmakta, güvenilen işlemin, işlemi tesis eden finansal kuruluş tarafından sorgulandığı varsayımıyla, üçüncü tarafa güvenen finansal kuruluşlarca çok özel ve açık belirtiler bulunmadıkça sorgulanmamakta ve ŞİB konusu yapılmamaktadır⁵⁸. Söz konusu yükümlülükler veya tedbirlere aykırılık içeren bir işleme güvenilerek işlem yapılması halinde, Tedbirler Yönetmeliğinin 21. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesine göre, “*nihai sorumluluğun üçüncü tarafa güvenerek işlem gerçekleştiren finansal kuruluşa ait*” olacaktır.

⁵⁶ Suç Gelirlerinin Aklanması ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmeliğe göre riskli ülkeler “*aklama ve terörün finansmanının önlenmesi konusunda yeterli düzenlemelere sahip olmayan, bu suçlarla mücadele konusunda işbirliği yapmayan veya yetkili uluslararası kuruluşlarca riskli kabul edilen ülkelerden Bakanlıkça duyurulan*” ülkelerdir. Ancak çalışmamız tarihi itibarıyla herhangi bir riskli ülkeler listesi tespit edilememiştir.

⁵⁷ Aydın, Sermet (2008) “Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesi Kapsamında Müşterinin Tanınması Prensibi”, Bankacılar Dergisi, S: 65, s. 74.

⁵⁸ <<https://www.hmb.gov.tr/aklamanin-asamalari>> s.e.t. 20.03.2022.

IV. ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİMİ

Şüpheli işlem bildirim sistemi ilk olarak mülga 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun ile düzenlenmiş, ilk ŞİB Eylül 1997’de yapılmıştır⁵⁹. Nezdinde işlem yapılan veya bir işleme aracılık eden yükümlü, “yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işlemin konusu fonun; yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına, bu kapsamda terörist eylemler için ya da terörü finanse edenler tarafından kullanıldığına veya bunlarla ilgili ya da bağlantılı olduğuna dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheyi gerektirecek bir husus” söz konusu ise ŞİB de yapılmalıdır⁶⁰.

ŞİB konusu fonun, suçtan elde edilmiş olması veya terörizmin finansmanında kullanılacak olması bildirim olmazsa olmazı değildir. Yani fonun suç teşkil etmeyen ancak yasadışı olan herhangi bir şekilde elde edilmesi veya yasadışı amaçlarla kullanılacağı kanaati dahi yeterlidir. Örneğin, yasal olarak elde edilmiş bir malvarlığı değerinin vergi kaçırma amacıyla işleme tabi tutulması halinde ŞİB yapılması gerekecektir⁶¹. Bunun yanında, işleme konu varlığın suçtan elde edilmesi veya suç işlemek amacıyla kullanılması değil, işlemin herhangi bir şekilde yasadışı olduğuna ilişkin bilgi, şüphe veya şüpheyi gerektirecek hususun varlığı da yeterlidir⁶². Yani, TCK’nın 282. maddesindeki eşğin altında kaldığından öncül suç niteliğinde olmayan fiiller ve hatta kabahat teşkil edecek işlemler açısından dahi bildirim yükümlülüğü doğabilecektir. Örneğin, “işlenmemiş

⁵⁹ **Aykin, Hasan** (2008) “Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi”, Bankacılar Dergisi, S: 65, s. 41.

⁶⁰ 5549 sayılı Kanununun 4. maddesinde yer alan şüpheli işlem bildirim tanımı, Tedbirler Yönetmeliğindeki tanımdan farklı olarak “Yükümlüler nezdinde veya bunlar aracılığıyla yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işlemlere konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheyi gerektirecek bir hususun bulunması hali” şeklinde tanımlanmıştır.

⁶¹ **Özgenç, İzzet** (2021) “Şüpheli İşlem Bildirimiminin Hukuki Mahiyeti, MASAK’ın Rolü, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu Üzerine Hukuki Değerlendirmeler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 25., S: 3, s. 275.

⁶² **Genç, Fatma Umay** (2021) “Şüpheli İşlem Bildirimi Yükümlülüğünün İhmal Halinde Yükümlünün Ceza Hukuku Sorumluluğu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 25, S: 4, s. 616.

kıymetli madenlerin yetkili kişi/kurum/kuruluşlarca yapılmaması” fiili 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanuna göre kabahat olmasına rağmen, MASAK Şüpheli İşlem Bildirimi Rehberlerine göre ŞİB’e konu edilebilir bir fiildir⁶³.

ŞİB yapılması, yükümlü nezdinde yapılacak işlemin engellenmesi veya ertelenmesi sonucunu doğurmaz. Ancak Tedbirler Yönetmeliğinin 4. maddesinin üçüncü fıkrası gereği ŞİB’in işlem erteleme talebiyle yapılması halinde, yükümlüler işlem erteleme hususundaki karar kendilerine tebliğ edilene kadar, söz konusu işlemi gerçekleştiremezler. İşlemden imtina edilirken işlemi gerçekleştirmek isteyen kişiye durumun açıklanmaması, durumun belli edilmemesi gerekmektedir. Zira erteleme talepli de olsa sonuçta ŞİB yapıldığından 5549 sayılı Kanun’un 4. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen *“yükümlüler, Başkanlığa şüpheli işlem bildiriminde bulunduğu, yükümlülük denetimi ile görevlendirilen denetim elemanları ile yargılama sırasında mahkemeler dışında, işleme taraf olanlar dahil hiç kimseye açıklayamazlar”* kuralı uygulanacaktır.

ŞİB’in gereklerine aykırılığın yaptırımını olarak, idari para cezası verilmesi öngörülmüştür. Yükümlünün finansal kuruluşlardan birisi olması hâlinde idari para cezası işlem tutarının yüzde beşinden az olmamak üzere iki kat olarak uygulanacaktır. Ayrıca ŞİB’in gizliliğini ihlal edenler ile 5549 sayılı Kanunun 7. maddesinde düzenlenen bilgi ve belge verme ile 8. maddesinde düzenlenen muhafaza ve ibraz yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür

A. BİLDİRİM YÜKÜMLÜSÜ

Uyum görevlisi atamakla yükümlü olan bankalar, sermaye piyasası aracı kurumları, sigorta ve emeklilik şirketleri veya bankacılık faaliyetleri ile sınırlı olmak üzere PTT A.Ş. nezdinde yapılmak istenen şüpheli işlemle ilgili bildirim bu kurumların uyum görevlisi gerçekleştirecektir. Tedbirler Yönetmeliğinin 2. maddesinde yer verilen diğer yükümlüler açısından ise gerçek kişi yükümlünün

⁶³ T.C. Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı-MASAK (2022) Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi (Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları), sürüm 1.0, s. 25.

kendisi, tüzel kişi yükümlünün yetkilileri şüpheli işlemleri bildirecektir. MASAK'a şüpheli işlem bildirimlerinin ezici çoğunluğu bankalar ve ödeme kuruluşları ile elektronik para kuruluşları olmak üzere kurumsal yükümlüler tarafından gönderilmektedir⁶⁴.

B. ŞÜPHENİN NİTELİĞİ

Şüpheli işlem bildirim, işlemin yasa dışı niteliğine ilişkin bilgi, şüphe veya şüpheyi gerektirecek hususun varlığı halinde yapılacaktır. ŞİB'e esas teşkil edecek şüphe, işlemi değerlendiren kişi nezdinde oluşan ve işlemin büyüklüğü, işlemi talep eden kişinin davranışları gibi nedenlerden doğacak subjektif kanaat iken, şüpheyi gerektirecek husus işlemin niteliği ve yönteminden kaynaklanan ve işlemi değerlendiren herkesin anlayabileceği veya anlaması gerektiği objektif durumu ifade etmektedir⁶⁵. Yani şüpheye dayanan bir işlem bildirim, bildirim yapan kişinin subjektif kanaatine dayandığından, kanaat oluşmadığından bildirim yapılmazsa yükümlülüğe aykırılık meydana gelmeyecektir. Söz konusu şüphenin de emarelere dayanması, kişideki salt bir huzursuzluk, sezgiden ibaret olmaması gerekmektedir⁶⁶.

Söz gelimi, sadece riskli bir ülkedeki bankanın çıkardığı kredi kartının kullanılması objektif nitelikli “şüphe” olduğundan ŞİB açısından yeterlidir. Ödeme araçlarının *alışılmıştan dışında* kullanılması şüpheli işlem tipi, subjektif nitelikteki “şüpheyi gerektirecek hususa” işaret etmektedir.

ŞİB yapan kişide doğacak olan şüphe, sadece yükümlü nezdinde yapılmak istenen işlemde kaynaklanmaktadır. Bir başka ifadeyle, işlemi gerçekleştirmek isteyen fonu suçtan elde etmiş olsa dahi ŞİB gerçekleştiren kişi sadece kendi nezdinde yapılan işleme vakıf olabilecek, öncül suçtan haberdar olmayacaktır. İşle-

⁶⁴ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı (2022), 2021 yılı Faaliyet Raporu, 97. Önceki yıllarda olduğu gibi 2021 yılında da MASAK tarafından alınan bildirimlerin cüzi bir kısmı kurumsal olmayan yükümlülerden alınmış olup, 504.995 adet şüpheli işlem bildiriminin, sadece 292 adeti kurumsal olmayan yükümlülerce gönderilmiştir.

⁶⁵ Aykın, s. 51.

⁶⁶ Genç (2021), s. 625.

min şüpheli olması, şüphenin doğduğu işlemi gerçekleştiren kişinin işlediği öncül suçun bilinmesi veya gerçekleştirdiği diğer işlem işlemlere vakıf olunacağı anlamına gelmemektedir. Ancak istisnai durumlarda, yükümlü nezdinde işlemin yasadışı niteliği hususunda kanaati aşan ve somut olgulara dayanan göstergeler bulunmaktaysa “bilginin” varlığından bahsedilecektir. İşlemin yasadışı niteliğinin suça ilişkin olması yani işlem konusunun bir suçtan kaynaklandığını veya işlemin bir suç işlemek amacıyla kullanıldığının bilinmesi halinde aşağıda detaylıca bahsedildiği üzere, yükümlünün ayrıca suçu bildirim yükümlülüğü de doğacaktır.

C. ÖRNEK ŞÜPHELİ İŞLEMLER

MASAK tarafından yükümlülerin suç gelirlerinin aklanması ve terörün finansmanında araç olarak kullanılmaları riskine karşı ortak bir tutum, anlayış ve işbirliği içinde olmalarının sağlanması ve şüpheli işlemlerin tespitinde yükümlülere yardımcı olunması amacıyla ŞİB Rehberlerinde şüpheli işlem tiplerine yer verilmiştir. Aşağıda da bazılarına yer verilen şüpheli işlem tipleri sınırlayıcı olarak sayılmamıştır. Dolayısıyla, yükümlü nezdinde subjektif anlamda şüphenin doğması halinde şüphe doğuran işlem, sayılan tiplerden herhangi birine uymasa dahi ŞİB yapılması gerekmektedir.

Örnek olarak:

- Müşterinin, genel müşteri davranış modellerinin dışına çıkması örneğin hakkında şüpheli işlem bildiriminde bulunulmasını engellemek amacıyla bazen çok yakın, bazen tehditkâr tavır takınması⁶⁷.
- Müşterilerin işi/mesleği, mali durumu ile işlemleri arasında makul bir orantı bulunmaması⁶⁸.
- Müşterinin küçük banknotlar ile yüksek tutarda nakit ödeme yapması veya sık kullanılmayan bir döviz ile ödeme yapmak istemesi gibi ödeme araçlarının alışılmışın dışında kullanılması⁶⁹.

⁶⁷ T.C. Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı-MASAK (2021b) Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi (Diğer Yükümlüler) sürüm 1.4, s. 19.

⁶⁸ MASAK (2021b), Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi (Diğer Yükümlüler), s. 19.

- Şahsın sürekli olarak belli kişilere kargo göndermesi⁷⁰.
- Riskli ülkeler veya off-shore merkezlerden veya bu ülke ve merkezlere; makul açıklama yapılmadan belli bir zaman aralığında önemli tutarlara ulaşan transferlerin yapılması⁷¹.
- Satın alınan kripto varlıkların derhal başka bir borsaya aktarılması⁷².
- Daha önce ŞİB'e konu olmuş bir IP'den yeni bir hesap açılması⁷³.
- Platform kullanıcılarının yaş ortalamasının oldukça üzerinde yer alan ve kripto varlıklara ilişkin teknolojilere aşına görünmeyen kişilerce işlem yapılması⁷⁴.
- İnternet sitesinde satışa sunulan ürün veya hizmetlerin içeriklerine ilişkin makul bir kullanıcı gözüyle herhangi bir bilgi edinilememesi⁷⁵.
- Mutat olmayan şekilde kısa süreli olarak gayrimenkul kiralaması yapılmak istenilmesi⁷⁶.
- Gayrimenkul satmak isteyen müşterinin, kayıtlarda, satış bedelini daha yüksek göstermek istemesi⁷⁷.

D. BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE SUÇU BİLDİRMEME SUÇU

Şüpheli işlem bildirimine konu işlemin yasadışı niteliği hakkında bilgi sahibi olunması halinde de ŞİB yapılacak olması, bu kurumun suçu bildirmeme suçu ile beraber değerlendirilmesini gerektirmektedir. Sağlık mesleği mensupla-

⁶⁹ MASAK (2021b), Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi (Diğer Yükümlüler), s. 19.

⁷⁰ MASAK (2021b), Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi (Diğer Yükümlüler), s. 20.

⁷¹ T.C. Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı-MASAK (2020b) Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi (Ödeme Kuruluşları ile Elektronik Para Kuruluşları) sürüm 1.4, s. 18.

⁷² MASAK (2022), Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi (Kripto Varlık), s. 22.

⁷³ MASAK (2022), Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi (Kripto Varlık), s. 22.

⁷⁴ MASAK (2022), Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi (Kripto Varlık), s. 23.

⁷⁵ MASAK (2020b) Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi (Ödeme Kuruluşları), s. 20.

⁷⁶ T.C. Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı-MASAK (2021c) Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi (Taşınmaz Alım/Satımına Aracılık Edenler) sürüm 1.1, s. 20.

⁷⁷ MASAK (2021c), Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi (Diğer Yükümlüler), s. 20.

rı açısından ŞİB yükümlülüğü bulunmadığından, sadece TCK'nın 278. maddesindeki suçu bildirmeme suçu ve 279. maddesindeki kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçları açısından inceleme yapılacaktır. TCK'nın 278. maddesindeki suçu bildirmeme suçunun oluşabilmesi için, suçun işlenmekte olması veya işlenmiş olsa da neticelerinin sınırlandırılmasının mümkün bulunması gereklidir. 279. maddede düzenlenen kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunun oluşması içinse işlenmiş olan bir suçun yetkili makamlara bildirilmemiş olması gerekmektedir.

Suçun, CMK'nın 158. maddesi⁷⁸ anlamında “yetkili makamlara” bildirilmesi halinde suçu bildirmeme suçları oluşmayacaktır. Nitekim Ünver'e göre, suçun CMK'nın 158. maddesinde sayılan makamlardan birisine bildirilmesi gerekli olup başka bir makama yapılan bildirim suçun oluşmasını engellemez⁷⁹. Bu durumda, MASAK'ın yetkili bir makam olup olmadığının belirlenmesi önem arz etmektedir.

Yetkili makam kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu doktrinde tartışmalıdır. Artuk, Gökçen ve Yenidünya'ya göre yetkili makam, bildirim üzerine soruşturma icrasına başlamak veya bildirimi soruşturma yapacak mercie iletmek yükümlülüğü olan makamdır⁸⁰. Tezcan, Erdem ve Önok'a göre bildirim suçun neticesini sınırlamaya, suçu önlemeye yetkili olan makama yapılmalıdır⁸¹. Koca

⁷⁸ CMK'nın 158. maddesi: “(1) Suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir.

(2) Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.

(3) Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya şikâyette bulunulabilir.

(4) Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.”

⁷⁹ Ünver, Yener (2012) Adliyyeye Karşı Suçlar, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 292.

⁸⁰ Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, A. Caner (2013) Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara, Adalet, s. 1189.

⁸¹ Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat (2014) Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 1028.

ve Üzülmöz'e göre yetkili makamdan kast edilen bildirim üzerine soruşturmaya başlamak veya bildirimi soruşturma yapacak makama iletmek yükümlülüğü altında olan merciidir⁸².

Bu çerçevede MASAK, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 231. maddesine göre “*analiz, araştırma ve inceleme sonucunda aklama ve terörizmin finansmanı suçunun işlendiği hususunda olguların varlığının tespiti halinde*” Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunmakla görevli ve yetkilidir. Bir başka ifadeyle, MASAK aklama ve terörizmin finansmanı suçu açısından “*bildirimi soruşturma yapacak mercie iletmek yükümlülüğünde olan*” veya işlem ertelemesi gibi müesseseler ile “*suçun neticesini sınırlamaya veya suçu önlemeye yetkili olan*” makamdır. AYM de MASAK'ın “*millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini ve ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilen kamu kurumu*” olduğu ve “*önleyici, koruyucu ve istihbarî faaliyetleri*” yerine getirdiği görüşündedir⁸³. Dolayısıyla, MASAK'ın terörizmin finansmanı ve suç gelirlerinin aklanması suçları açısından ve bu iki suç ile sınırlı olarak kolluk yetkilerine sahip olduğu açıktır⁸⁴.

⁸² **Koca, Mahmut/ Üzülmöz, İlhan** (2015) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s. 930.

⁸³ Anayasa Mahkemesinin E: 2016/125-K: 2017/143 sayılı Kararında; “*Öte yandan 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu gibi ilgili kuruluş kanunlarında görev ve yetki verilmiş polis teşkilatı ve MİT gibi veya 4208 sayılı Kanun’la kurulan, görev ve yetkileri 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun ile yeniden belirlenen Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) gibi kamu kurum ve kuruluşlarının dava konusu kuralda yer alan millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini ve ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilen kamu kurum ve kuruluşları olduğu açıktır. Bu kanunlarda, söz konusu kamu kurum ve kuruluşlarının görev ve yetkileri ayrıntılı şekilde düzenlenmiş ve bu düzenlemelerde söz konusu görevlerin Türkiye Cumhuriyeti’nin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve millî gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında millî güvenlik istihbaratını oluşturmak veya suç gelirlerinin aklanmasının önlenmesini sağlamaya yönelik olduğu belirtilerek bu kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülecek önleyici, koruyucu ve istihbarî faaliyetler de düzenlenmiştir.*” tespitlerine yer verilmiştir.

⁸⁴ Benzer yönde: **Özgenç** (2021), s. 277.

MASAK aklama ve terörizmin finansmanı suçları açısından bir nevi adli kolluk olduğundan yükümlünün suçu bildirme yükümlülüğünün erteleme talepli ŞİB yapılması ile yerine getirilmiş olacağı görüşündeyiz. Yani, bu iki suç hakkında ŞİB yapılması halinde ek olarak suç duyurusunda bulunulmamış olması suçu bildirmeme suçunu oluşturmayacaktır. Aksi görüşteki Genç⁸⁵, CMK m.158’de öngörülen makamlar arasında MASAK’ın yer almadığı ve ŞİB yapılmasının sorumluluğu kaldırmadığı görüşündedir.

Ancak, yükümlü nezdinde aklama/terörizmin finansmanı şüphesinden bağımsız olarak başka bir öncül suçun; “işlenmekte olduğu biliniyor” ise ŞİB yanında olarak öncül suç için ihbar yükümlülüğü doğacaktır. Bir başka ifadeyle, ŞİB ihbar niteliğinde olmadığından⁸⁶ öncül suçu bildirme yükümlülüğü de doğmaktadır. Zira 1 sayılı CBK’nın 231. maddesine göre MASAK’ın görev ve yetkisi aklama ve terörizmin finansmanı suçu ile sınırlıdır. ŞİB formlarında aklama şüphesini doğuran öncül suça da yer verilmişse de öncül suçların araştırılması MASAK görev ve yetkileri arasında sayılmamıştır. Bu halde, aklama suçu açısından ŞİB yapılmış olsa da bu işlemde bağımsız olan öncül suçla ilgili bir bildirim yapılmamış olacaktır. Örneğin, kargo firması çalışanının koli içinde tarih eser görmesi halinde hem ŞİB hem de suç duyurusu yapması gerekmektedir. Ancak yükümlü kargo içeriğini bilmiyorsa, yükümlünün koşulları oluşması halinde ŞİB yapması yeterli olacaktır. Sonuç olarak, yükümlü tarafından işlem konusunun suçtan kaynaklandığı *biliniyorsa*, ŞİB yapılması, öncül suçla ilgili suçu bildirme yükümlülüğünü kaldırmaz. Özgenç de “şüpheli işlem bildiriminde bulunulmasının, suçu bildirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı” ifade etmektedir⁸⁷.

⁸⁵ Genç (2021), s. 643.

⁸⁶ “Şüpheli işlem bildirimini ihbar ile karıştırılmamalıdır. Her şeyden önce idari bir birim olan MASAK Başkanlığına gönderilen şüpheli işlem bildirimlerinin, yükümlü nezdinde oluşan şüphenin somutlaştırılmasına çalışılmakta olup, aklama ve terörün finansmanı suçlarıyla bağlantısı kurulamayan şüpheli işlem bildirimlerine herhangi bir işlem tesis edilmemektedir.” T.C. Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı-MASAK (2021d), Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları için Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Yükümlülükler İlişkin Temel Esaslar, Ankara, s. 11.

⁸⁷ Özgenç (2021), s. 276. Aynı yönde: Genç (2021), s. 643-645. Ancak Genç’e göre suç duyurusunun yanında şüpheli işlem bildiriminin de yapılması gerekmektedir.

Bu durumda öncül suç için suç duyurusunda bulunmanın yanında aklama suçu için erteleme talepli ŞİB yapılması gerekecektir. Zira savcılık veya mahkeme tarafından MASAK'a başvurulmadığı takdirde işlem hakkında analiz ve değerlendirme çalışması gerçekleştirilemeyecek, nitelikli mali istihbarat elde edilemeyecektir. Bu ihtimal, aklama ve terörizmin finansmanı suçları açısından oldukça düşük olsa da diğer öncül suçlar açısından olasıdır. Dolayısıyla, suç duyurusunda bulunuluyorsa ayrıca erteleme talepli ŞİB de yapılmalıdır^{88,89}.

Fonun yasadışı niteliğini en geç işlem sırasında *bilen* yükümlünün erteleme talepli ŞİB yapmaması veya ihbarda bulunmak üzere işlemi gerçekleştirmekten imtina etmemesi halinde suçu bildirmeme suçu değil, aklama veya terörizmin finansmanı suçuna iştirak söz konusu olacaktır⁹⁰. Bu halde, yükümlünün işlem erteleme talebi reddedilirse dahi işlemi gerçekleştirmemesi gerekmektedir

E. BİLDİRİMİN YAPILMASI

Tutarı ne olursa olsun şüpheli bir işlemin, şüphenin oluştuğu tarihten itibaren 10 gün içinde MASAK Başkanlığına iletilmesi gerekmektedir. Şüphenin işlemin gerçekleşmesinden sonra doğma olasılığı da bulunmaktadır. Örneğin, lüks bir daire kiralayan kişinin daha sonradan hayat standardı ve gelir seviyesinin düşük olduğu öğrenilirse, şüphe işlemde sonra doğmuş olacaktır. Bunun yanında, sürekli olan işlemler açısından da şüphe, ilk işlemde sonra doğacaktır.

⁸⁸ **Genç** (2021), Şüpheli İşlem, s. 643. Ancak Yazar'a göre suç duyurusunda bulunulması halinde ayrıca şüpheli işlem bildiriminde bulunması anlamsızdır ancak 5549 sayılı Kanunun 13. maddesi kapsamındaki idari para cezasından kurtulmak için şüpheli işlem bildirimini yapılması gereklidir.

⁸⁹ Aksi yönde: "suçu bildirme yükümlülüğünün söz konusu olduğu bir durumda, şayet ilgili mercilere suç duyurusunda bulunulmuş ise, ayrıca şüpheli işlem bildiriminde bulunulmasına artık gerek bulunmamaktadır." **Özgenç** (2021), s. 275.

⁹⁰ **Özgenç** (2021), s. 275; **Genç** (2021), s. 642. MASAK tarafından çıkarılan Rehberlerde de bu hususa "şüpheli işlem bildirimini, bilmeyerek bir şekilde aklama ve terörün finansmanı suçlarıyla ilgili olan veya olduğu düşünülen kişi ve şirketlerle, müşteri, temsilci vekil vs. gibi her ne ad altında olursa olsun, iş ilişkisi tesis etmiş yükümlülerin kendilerini bu suçlara iştirak etmiş olma ihtimalinden de kurtaran bir müessese olarak karşımıza çıkmaktadır." ifadeleriyle dolaylı yoldan işaret edilmektedir. **MASAK** (2021d), Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları için Temel Esaslar, s. 12.

Örneğin, şahsın sürekli olarak belli kişilere kargo göndermesi halinde, ilk kargo işlemi de sonradan doğan şüphe sebebiyle bildirimde dahil olmak durumundadır.

İşleme ilişkin devamlı bilgi verme kapsamında bildirim yapılmış olması da ŞİB yükümlülüğünün yerine getirildiği anlamına gelmemektedir. Devamlı bilgi verme kapsamındaki işlem hakkında şüphe doğması halinde, şüpheye sebep olan olgularla bildirim formunda yer verilerek ŞİB yapılması gerekmektedir. Bunun yanında, bir işlemle ilgili ŞİB yapıldıktan sonra, aynı veya bağlantılı bir işleme farklı bir şüphe sebebi ortaya çıkarsa, yeniden ŞİB yapılmalıdır.

13 No.lu MASAK Genel Tebliğine göre, şüpheli işlem bildirim formunda bulunan “Bildirim Kategorisi” alanındaki “suç gelirlerinin aklanması” ya da “terörün finansmanı” seçeneklerinden en az bir tanesinin işaretlenmesi zorunludur. Terörizmin finansmanı suçu için yeterli düzeyde şüphenin olmadığı halde, yani öncül suçun ne olduğuna ilişkin bir fikir bulunmuyorsa sadece “suç gelirlerinin aklanması” işaretlenmelidir. Suç gelirlerinin aklanmasına ilişkin şüphe, terörizmin finansmanı suçu dışındaki öncül suçların tümünü kapsamaktadır. Ayrıca formda MASAK tarafından bazı öncül suçlar “şüphe kategorisi” sıfatıyla belirlenmiştir. Örneğin kumar, yasadışı bahis veya vergi kaçırma gibi suçlardan alakalı olanı form üzerinde işaretlenebilir.

Yapılan şüpheli işlem bildirimleri gizlidir. Yükümlüler, ancak denetim elemanları⁹¹ ve mahkemelere ŞİB sürecine ilişkin bilgi verebilirler. Hatta yükümlü, yurt dışında bulunan şube veya acente gibi birimlerine dahi bildirim süreci hakkında bilgi veremez.

F. MASAK TARAFINDAN ANALİZ VE DEĞERLENDİRME YAPILMASI

Bir işlem hakkında erteleme talebi olmaksızın şüpheli işlem bildirimini yapılması, o işlemin gerçekleştirilmesini engellemez. Ancak ŞİB’e konu işlem, engellenmesi bile MASAK Başkanlığınca analiz ve değerlendirmeye tabi tutula-

⁹¹ 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanuna göre denetim elemanları; “Vergi müfettişleri, Gümrük ve Ticaret Müfettişleri, Bankalar Yeminli Murakıpları, Hazine Kontrolörleri, Sigorta Denetleme Uzman ve Aktüerleri, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve Sermaye Piyasası Kurulu Uzmanları ile Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Denetçileri ve Uzmanlarını” ifade etmektedir.

caktır. Analiz, şüpheli işlem bildirimleri, ihbar veya diğer yollarla⁹² elde edilen verilerden nitelikli istihbarat elde etme faaliyetidir. Değerlendirme ise analizlere ve elde edilen bilgilere dayanarak aklama veya terörizmin finansmanı suçuyla ilgili ciddi şüphe ve emarelerin ortaya çıkarılmasıdır.

Analize tabi tutulan ihbar ve şüpheli işlem bildirimlerinden aklama veya terörizmin finansmanı suçu açısından nitelikli olduğu anlaşılanlar hakkında değerlendirme dosyası açılır. Analiz sonucunda elde edilen istihbarı bilgi, terörizmin finansmanı veya aklama suçuna ilişkin değerlendirme konusu olacak derecede şüphe veya emareye vücut vermeyebilir. Bu halde analizler ileride kullanılmak üzere veri tabanına kaydedilebilir veya başka makamlarca kullanılabilceği değerlendiriliyor ise, bunlara iletilebilir⁹³. Örneğin, fonların yasadışı bir ödeme hizmeti biçimi olan hawala yöntemiyle yurtdışına aktarılması durumunda, 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanununun 28. maddesinde düzenlenen izinsiz faaliyette bulunma suçu da oluşacaktır. Bu halde değerlendirme işlemlerinin yanında, mali istihbarat raporu TCMB'ye iletilecektir.

Bildirim sayılarının fazlalığına rağmen, analize değer görülen ve savcılıklara iletilen dosya sayısı oldukça azdır. MASAK'a 520.000'in üzerinde bildirim yapılsa da yıllık ortalama 10.000 dolaylarında analiz dosyası açıldığı ve yaklaşık 7.000 adet rapor veya bilgi notu hazırlandığı görülmektedir⁹⁴. Faaliyet Raporlarında;

⁹² MASAK'ın 2019 yılı faaliyet raporunda; *“Adli makamlar ve kolluk birimlerince; MASAK'tan analiz, değerlendirme veya inceleme yapılarak rapor tanzim edilmesi ya da mali işlemler veya malvarlıkları hakkında bilgi istenilmesi halinde bu tür talep yazıları “adli/ kolluk araştırma talepleri olarak nazara alınır.”*

Görevleri sırasında MASAK'ın görev alanına giren yasa dışı veya şüpheli durumlara vakıf olan kamu kurum veya kuruluşları, resmi yazı, teftiş raporu veya bilgi notu ile konuyu MASAK'a intikal ettirirler. Bu tür yazı veya raporlar kurumsal ihbar” olarak sınıflandırılırlar.

Gerçek kişiler ile şirketler ya da sivil toplum kuruluşları gibi özel nitelikli tüzel kişiler tarafından MASAK'a gönderilen dilekçeler ise “bireysel ihbarlar” olarak sınıflandırılırlar.” ifadeleri yer almaktadır. MASAK (2020a), 2019 Faaliyet Raporu, s. 22.

⁹³ T.C. Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı-MASAK (2019) 2018 Faaliyet Raporu, s. 29.

⁹⁴ MASAK (2021a), 2020 Yılı Faaliyet Raporu, s. 26.

2020 yılında 187 kişi hakkında⁹⁵, 2021 yılında ise 181 kişi hakkında⁹⁶ aklama suçundan dolayı suç duyurusunda bulunulduğu bilgisine yer verilmiştir. Ancak, MASAK Faaliyet Raporlarında rapor ve bilgi notlarının kaçısı hakkında kamu davası açıldığına ilişkin bir bilgi yer almamaktadır. Buna karşın, FATF'in 2019 karşılıklı değerlendirme raporunda, MASAK tarafından 2013 ile 2017 yılları arasında 135 dosya hakkında suç duyurusunda bulunulduğu ve bunların sadece 11'i hakkında mahkûmiyet hükmü kurulduğu tespit edilmiştir⁹⁷.

V. İŞLEM ERTELEME

Yalnızca ŞİB ile işlemin gerçekleştirilmesinin önüne geçilemeyeceğinden, fonun izinin sürülmesi zorlaşmaktadır⁹⁸. Bu nedenle, 5549 sayılı Kanun'un 19/A maddesi ile "(MASAK) Başkanlıkça şüpheli teyit etmek, işlemi analiz etmek ya da gerekli görüldüğünde analiz sonuçlarını yetkili makamlara intikal ettirmek amacıyla yedi iş günü süreyle askıya almaya veya bu işlemlerin aynı süreyle gerçekleşmesine izin vermemeye" Hazine ve Maliye Bakanı'nın veya yetki devri yapacağı yardımcısının yetkili olduğu düzenlenmiştir. İşlemlerin ertelenmesi; şüpheli işlem bildirimleri sırasında yükümlü tarafından talep edilebilir, MASAK Başkanlığı tarafından Bakan onayı ile resen uygulanabilir veya yabancı bir mali istihbarat birimi tarafından talep edilebilir.

A. İŞLEM ERTELEME TALEPLİ ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİMİ

Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kapsamında İşlemlerin Ertelenmesine Dair Yönetmeliğin (Ertelme Yönetmeliği) 4. maddesi gereği ŞİB koşullarının yanında "işleme konu malvarlığının aklama veya terörizmin finansmanı suçu ile ilişkili olduğuna dair şüpheli destekleyen belge veya ciddi emare bulunması durumunda" ŞİB, ertelme talepli olarak yapılmalıdır. Ertelme Yönetmeliğinin 4. maddesinin ikinci fıkrasında, işlem erte-

⁹⁵ MASAK (2021a), 2020 Yılı Faaliyet Raporu, s. 27.

⁹⁶ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı (2022), 2021 yılı Faaliyet Raporu, s. 98.

⁹⁷ FATF (2019), s. 55.

⁹⁸ Aydın, Sermet/Yel, Fatih (2016) "Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede İşlemlerin Ertelenmesi", Bankacılar Dergisi, S: 99, s. 40.

lemesi talebiyle yapılan şüpheli işlem bildirimlerinin “*olağandışı nitelikli olması, çeşitli veri tabanlarından ya da diğer kaynaklardan yapılan kontroller sonucunda işlemi yapan kişi ya da kişilerin suçla ilgili olduğunun veya olabileceğinin anlaşılması, işlemin tamamlanmasının terörizmin finansmanı ile ilgili olduğu düşünülen fonlara ya da suçtan elde edilen gelirlere el koymayı engelleyeceğine veya zorlaştıracağına ilişkin tehlikeli bir halin bulunması gibi göstergeleri haiz olması*” gerektiği düzenlenmiştir.

İşlem ertelenmesi kapsamında yedi günlük kısa bir sürenin belirlenmesinin altında, yükümlü tarafından işlemi gerçekleştirmek isteyen kişiye, işlemin ertelendiğine ilişkin bilgi verilmesinin ve işlemin ertelendiğine ilişkin şüphe oluşmasının engellenmesi yatmaktadır⁹⁹.

İşlem ertelenmesi yukarıda verilen 2015/849 sayılı AB Direktifinde yer almaktadır. Türk Hukukundaki işlem ertelenmesi kurumu da yukarıda yer verilen AB standartlarına uygun bir uygulamadır. Yedi iş günü gibi nispeten kısa bir süre için işlemin ertelenmesi, mülkiyet hakkı üzerindeki etkinin de oldukça sınırlı olması ve Türk Hukukundaki işlem ertelenmesi müessesesinin genel itibarıyla ölçülü olması sonucunu doğurmaktadır. Bununla birlikte, işlemin ertelenmesi hususundaki karar MASAK Başkanlığı tarafından değil, bakan veya bakan yardımcısı tarafından alınmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta, Almanya’da işlem ertelenme süresinin 30 güne kadar çıktığı, Almanya, Belçika ve Çekya uygulamasında işlemin ertelenmesine doğrudan mali istihbarat biriminin karar verdiği gözetildiğinde, ülkemiz uygulamasının daha ölçülü olduğu görülmektedir.

B. İŞLEMİN RESEN VEYA YABANCI BİR MALİ İSTİHBARAT BİRİMİ TALEBİYLE ERTELENMESİ

Erteleme Yönetmeliğinin 5. maddesi, “*işleme konu malvarlığının aklama veya terörizmin finansmanı suçu ile ilişkili olduğuna dair şüpheyi destekleyen belge veya ciddi emare bulunması durumunda*” Bakan veya Bakan Yardımcısı Kararı ile işlemin resen ertelenebileceği düzenlemiştir. Bu erteleme kararının yükümlüye tebliğinden itibaren yedi gün boyunca yükümlülerce işlem gerçek-

⁹⁹ Aydın/Yel, s. 44.

leştiremez. Bu halde erteleme kararının en geç işlemin gerçekleştirilmesi anında yükümlüye tebliğ edilmiş olması gerekmektedir.

Yabancı bir mali istihbarat biriminin yapacağı işlem ertelenmesi talebini MASAK Başkanlığı değerlendirecektir. Yabancı mali istihbarat birimince yapılan başvurunun değerlendirilmesinin ön şartı karşılıklılık ilkesidir. Ayrıca, yabancı MİB'in talebi gerekçeli olmak zorundadır¹⁰⁰. Yine Bakan veya Bakan Yardımcısı Kararı ile sonuçlandırılacak bu talebin yükümlülere tebliğinden itibaren yedi gün süreyle işlem ertelenir.

Erteleme Yönetmeliği ile erteleme işleminin ilgisine açıklanmamasına dair bir hüküm getirilmemiştir. ŞİB ile erteleme talep edilmesi halinde yükümlü tarafından işlem ilgisine bilgi verilememesi, ŞİB'in gizli olmasından kaynaklanmaktadır. Bazı yazarlar, ŞİB olmaksızın erteleme kararı verilmesinin bu gizlilik kapsamında olmadığı görüşündedir¹⁰¹. Bu durumda, bildirim konusu şüpheli işlemlerden daha ciddi verilerle aklama veya terörizmin finansmanı suçuna ilişkin olduğu belirlenen bir işlemin ertelenmesi kararı, sırf ŞİB konusu olmadığı için gizlilik korumasından yararlanamayacaktır. Resen gerçekleşen işlemin ertelenmesi sonucunda, işlemi gerçekleştirmek isteyen tarafa işlem hakkında erteleme kararının alındığından başka bilgi verilmemeli ve ŞİB'in gizliliği, ceza sorumluluğu hariç olmak üzere kıyasen uygulanmalıdır. Bir kanun boşluğundan doğan bu durumdan yararlanacak faillerin fonların izini kaybetirmesi mümkündür. Bu sonucun işlem ertelenmesi kurumuyla bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır.

¹⁰⁰ Erteleme Yönetmeliğinin 6. maddesine göre talepte asgari olarak;

"a) Erteleme işlemi gerçekleştirecek yükümlüye ve işleme ilişkin detaylı bilgilere,

b) İşlemin aklama veya terörizmin finansmanı suçu ile bağlantısına yönelik şüpheli destekleyici belge veya ciddi emarelere ilişkin bilgilere,

c) Talebe konu kişilerin açık kimlik bilgilerine,

ç) İlgili ülkede konuya ilişkin yürütülen sürecin mahiyetine ilişkin bilgilere,"

yer verilmesi şartları aranmıştır.

¹⁰¹ Aydın/Yel, s. 45.

C. ERTELEME KARARININ İCRASI

Erteleme Yönetmeliğinin 4. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, yükümlü tarafından erteleme talepli ŞİB yapıldıktan sonra erteleme kendilerine iletilmedikçe işlem gerçekleştirilmez. Bildirimden itibaren yedi günün geçmesi ve bu sürede erteleme Kararının yükümlüye iletilmemesi halinde, işlem talebi karşılanabilir. Bu sürede işlem “askıda geçersizlik” halindedir. Herhangi bir işlem erteleme kararı bulunmamasına rağmen, yükümlü tarafından işlemin yerine getirilmemesi Erteleme Yönetmeliğinin 4. maddesinde yer verilen “işlemin tamamlanmasının terörizmin finansmanı ile ilgili olduğu düşünülen fonlara ya da suçtan elde edilen gelirlere el koymayı engelleyeceğine veya zorlaştıracağına ilişkin tehlikeli bir halin bulunması” halinin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durum, söz konusu tehlikenin yoğunluğundan kaynaklanmaktadır. Erteleme kararı alınana kadar yükümlü tarafından işlemin yerine getirilmemesinin, işlemin yerine getirildiğinde doğurması muhtemel olan tehlikeyle orantılıdır.

Yedi günlük sürenin dolmasından sonra işlemin gerçekleştirilmesini engelleyen herhangi bir tedbir kalmayacağından, yükümlü tarafından işlem gerçekleştirilebilecektir. Erteleme kararı alınmaması durumunda 7 iş günlük askıda geçersizlik hali dayanaksız kalacaktır. Bir başka ifadeyle, işlemin yerine getirilmesinden imtina edilmesinin hukuken geçerli bir sebebi bulunmadığı anlaşılabilmektedir. Ancak yukarıda değinildiği üzere, erteleme talebinin reddedilmesi hali hukuka uygunluk veya kusurluluğu ortadan kaldıran hal teşkil etmemektedir. Dolayısıyla yükümlü tarafından işlemin yasa dışı niteliği biliniyorsa, işlemin gerçekleştirilememesi/iş ilişkisinin sonlandırılması uygun olacaktır. Buna karşın, işlemin yasadışı niteliğine ilişkin somut bir bilgi bulunmuyorsa, değerli madden, araç, antika alım satımı, posta-kargo veya para havalesi gibi işlemlerin iş ilişkisinin sonlandırılarak gerçekleştirilmemesi tercih edilebilir bir yoldur. Fakat işlemin bir miktar mevduatın çekilmesi gibi gerçekleştirilmezse mülkiyet hakkının ihlaline sebep olacak işlemlerden olması halinde, yükümlü tarafından işlemin gerçekleştirilmesi yükümlü açısından daha az risk barındırmaktadır.

Bununla birlikte, işlemlerin ertelenmesi kapsamında askıya alınan veya gerçekleştirilmesine izin verilmeyen işlemi, alınan karara aykırı şekilde gerçekleştiren yükümlülere MASAK’ca idari para cezası verilmesi öngörülmüştür.

MASAK tarafından 2016 yılında 2.790 tane erteleme talebi değerlendirilmiş 961 işlem ertelenmişken, 2018 yılında değerlendirilen talep sayısı 45.388'e ertelenen işlem sayısı 35.469'a fırlamıştır¹⁰². 2020 yılında ise yapılan 6.546 adet işlem erteleme talebinin 3.256 tanesi işlemin ertelenmesiyle sonuçlanmıştır¹⁰³.

VI. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİMİ VE MALİ İSTİHBARAT BİRİMLERİ

A. ALMANYA

1. Mali İstihbarat Birimi

Alman Para Aklama Yasasına (*Geldwäschegesetz-GwG*) göre, Alman Mali İstihbarat Birimi (MİB) (*Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen*) aklama ve terörizmin finansmanına ilişkin bildirimleri toplama ve analiz etmekle görevlidir. Bununla birlikte, Alman MİB'in bildirimler sonucu yaptığı analiz sonuçlarını ilgili kamu kurum kuruluşları ile savcılığa iletmek, işlemin ertelenmesini veya diğer acil tedbirlerin alınmasını istemek gibi yetkileri bulunmaktadır. Bunlara ek olarak Alman MİB'inin AB üyesi diğer ülkelerin finansal istihbarat birimleri ile bilgi paylaşılması, yükümlüye ŞİB sonucunun bildirilmesi veya yıllık faaliyet raporu düzenlenmesi gibi görevleri de bulunmaktadır. 2015/849 sayılı AB Direktifinde açıklandığı üzere, Alman MİB'i analiz fonksiyonları operasyonel ve stratejik analiz olarak ikiye şekilde icra etmektedir.

Alman MİB'i, kurumsal ve mali özerkliğe sahiptir¹⁰⁴. Görev ve yetkilerini bu işlevsel bağımsızlığı çerçevesinde yerine getirir. Alman MİB'i, Federal Maliye Bakanlığının denetimine tabidir. Ancak bu denetim; bildirimlerin toplaması ve analiz edilmesi, analiz sonuçlarının ilgili kamu kurum kuruluşları ile savcılığa iletilmesi, işlemin ertelenmesinin veya diğer acil tedbirlerin alınmasının istenmesinin yasal denetimiyle sınırlıdır. Alman MİB'i, Federal polis veri tabanına, savcılık kayıtlarına, vergi ve gümrük idaresi kayıtlarına doğrudan erişmektedir¹⁰⁵.

¹⁰² MASAK (2019), 2018 Yılı Faaliyet Raporu, s. 41.

¹⁰³ MASAK (2021a), 2020 Yılı Faaliyet Raporu, s. 32.

¹⁰⁴ FATF (2022) "Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures -Germany", Fourth Round Mutual Evaluation Report, Paris, FATF, s. 295.

¹⁰⁵ FATF (2022), s. 293.

2. Yükümlüler, Şüpheli İşlem Bildirimi

İşlemin aklama için öncül suç teşkil edebilecek bir suçtan türetilmiş olması, işlemin terörizmin finansmanı ile ilişkili olması veya işlem taraflarının kimlik bildirim yükümlülükleri aykırı davranması halinde, gecikmeksizin ve işlemin tutarı gözetilmeksizin Alman MİB'ine şüpheli işlem bildirim yapılmalıdır. Yükümlülüğün ihlali halinde, GwG'nin 56. maddesi kapsamında yaptırım uygulanacaktır. Şüpheli işlem, nakit paraya, kaydi paraya hatta menkul kıymetlere ve hediyelere ilişkin olabilir. Bir başkasının aynı işlem hakkında ŞİB yapması veya ihbarda bulunması, ŞİB yükümünü kaldırmaz. Hatta, adli mercilerce yükümlüden bilgi talebinde bulunulması halinde şüphe doğuyorsa, ayrıca ŞİB yapılması gerekmektedir.

ŞİB'e konu şüphe, Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesinde düzenlenen başlangıç şüphesi ile aynı derecede değildir¹⁰⁶. Hatta, olağan işlemlerden hacim, sıklık veya miktar olarak ayrılan işlemler dahi ŞİB konusu yapılabilmektedir¹⁰⁷.

Alman Mali İstihbarat Birimi, uygun bir sürede ŞİB'in uygunluğu/ilgisi hakkında yükümlüye geri bildirim yapar. Yükümlü, geri bildirimle elde ettiği kişisel verileri sadece risk yönetimi, durum tespiti ve raporlama süreçlerini iyileştirmek için kullanabilir. Yani, yükümlüce ŞİB'in akıbeti öğrenilerek, müşteriyle iş ilişkisi kurulup kurulmayacağı veya işlemin hangi şartlar altında gerçekleştirilebileceği gibi hususlar belirlenebilir. GwG'nin 48. maddesine göre, kasten veya ağır kusurla gerçeğe aykırı bir bildirim yapılmadıkça, ŞİB veya suç ihbarı yapan görevlilerin sorumluluğu doğmaz

3. İşlem Ertelemesi

GwG'nin 46. maddesine göre, ŞİB konusu işlem, MİB'in veya savcılığın onayı olmaksızın yapılamaz. Ancak, bildirim takip eden 3 gün içinde Mali İstihbarat Biriminin veya savcılık tarafından işlemin yasaklandığı yükümlüye

¹⁰⁶ BaFin (2020) Interpretation and Application Guidance in relation to the German Money Laundering Act (Geldwäschegesetz - GwG), <https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/EN/Auslegungsentscheidung/dl_ae_auas_gw2021_en.pdf?__blob=publicationFile&v=3> s.e.t. 26.09.2022, s. 69.

¹⁰⁷ BaFin, s. 70.

bildirilmezse, işlem gerçekleştirilebilir. Şüpheli işlem hususunda doğan şüphelinin oldukça güçlü olduğu durumlarda, örneğin işlemin taraflarından birisinin terör örgütü üyeleri listesinde yer alması halinde yükümlü tarafından işlemin gerçekleştirilmemesi de mümkündür¹⁰⁸. Yani Alman Hukukunda erteleme talebine gerek bulunmaksızın şüpheli işlemler ertelenmektedir.

GwG 'ye göre, yükümlü nezdinde gerçekleşen işlem ertelenebileceği gibi, MİB tarafından yükümlüye, kişinin emanet kasasına erişimini engelleme talimatını veya yükümlü kuruluşa işlemle ilgili başka emirler verilebilir. İşlem ertelenmesi kararı veya diğer emirler MİB tarafından bir süre belirlenmediyse yükümlüye bildirilmesinden itibaren 1 ay boyunca yürürlükte kalır. Şüpheli işlem bu süreçte kolluk makamına bildirildiyse, bildirildikten sonraki beşinci işgününün sonunda yürürlükten kalkar. Bu sürenin sonunda, işlemin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği yetkili kolluk kuvveti veya savcılık kararına bağlıdır.

İşlemin ertelenmesi talebi yabancı bir mali istihbarat biriminden de gelebilecektir. Diğer taraftan, erteleme kararı veya diğer emirlere karşı zarar görenlerin itiraz hakkı bulunmakla birlikte, bu itiraz erteleme kararının veya diğer emirlerin icrasını durdurmaz.

B. BELÇİKA

1. Mali İstihbarat Birimi

Belçika mali istihbarat birimi olan Finansal İstihbarat İşleme Birimi (*Financial Intelligence Processing Unit/CTIF-CFI*) tüzel kişiliği haiz, bağımsız ve otonom şekilde faaliyet gösteren bir idari otoritedir. CTIF-CFI, AB düzenlemeleri doğrultusunda yetkilendirilmiş, aklama ve terörizmin finansmanıya mücadele amacıyla verilerin işlenmesi ve ilgili makamlara iletilmesi ve ayrıca kitle imha silahlarının yayılmasının finansmanının önlenmesinden sorumlu olarak kurulmuştur. CTIF-CFI, Adalet Bakanlığı ve Maliye Bakanlığının idari denetimi altında faaliyet göstermektedir. 2015/849 sayılı AB Direktifinde açıklandığı üzere, CTIF-CFI'nin analiz fonksiyonları operasyonel ve stratejik analiz olarak ikiye ayrılmaktadır.

¹⁰⁸ BaFin, s. 75.

CTIF-CFI mali uzmanlardan ve Federal Polis kökenli memurlardan teşekküldür. CTIF-CFI'nin başkanı, Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Kral ve Bakanlar Kurulunun müşterek kararnamesi ile atanan bir sulh ceza hâkimidir.

2. Yükümlüler ve Şüpheli İşlem Bildirimi

Kara Para Aklama ve Terörün Finansmanının Önlenmesine ve Nakit Kullanımının Kısıtlanmasına İlişkin Kanun ile Belçika'da yükümlü kuruluşlar arasında ilginç bir şekilde profesyonel futbol kulüpleri, futbol menajerleri, Belçika Futbol Federasyonu ile sanat eseri tacirleri ile depo hizmeti sağlayanlar da eklenmiştir. Futbol sektörüne ilişkin hassasiyetin son zamanlarda gerçekleşen bazı skandallardan kaynaklandığı ifade edilmektedir¹⁰⁹.

Avukatlar da müvekkilin davada temsili, danışmanlık verilmesi veya benzer avukatlık faaliyetleri dışındaki işlemleri Kanun kapsamında yükümlüler arasında sayılmışlardır. Ancak, avukatlar doğrudan ŞİB yapmamakta, şüpheli işlemleri bağlı oldukları Baronun başkanına iletmektedirler. ŞİB'deki asli gerekliliklerin karşılanıp karşılanmadığını kontrol eden Baro, eksiklik varsa bunların giderilmesini takiben ŞİB'i gerçekleştirmektedir. Öte yandan Kanun ile avukatların yanında noterler, bağımsız denetçiler, mali müşavirler, icra memurları ve vergi danışmanları da faaliyetleri açısından bir sınırlama bulunmaksızın yükümlüler kapsamına alınmıştır.

Anılan Kanuna göre, yükümlüler, miktarı ne olursa olsun, fonların kara para aklama veya terörün finansmanı ile ilgili olduğuna veya işlemlerin veya işlem girişimlerinin (müşteri ile ilişki sonlandırılrsa dahi) kara para aklama veya terörün finansmanı ile ilgili olduğuna ilişkin makul şüphenin varlığı halinde ŞİB yapmak zorundadır. Bu iki durumun yanında, aklama veya terörizmin finansmanına ilişkin herhangi bir şekilde elde edilen bilgiler de CTIF-CFI'ya bildirilmelidir. Öte yandan, Kral tarafından bazı işlemlerin devamlı bilgi verme kapsa-

¹⁰⁹ **Mckenzie, Baker** (2020), Lexology, Belgium: Implementation of the EU's 5th Anti-Money Laundering Directive (AMLD5), <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ba99d475-9d42-492a-b503-60bfde986cd7>> s.e.t. 26.09.2022, s. 5.

mında CTIF-CFI'ya bildirilmesinin düzenlenmesi mümkün olup, henüz bu konuda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır¹¹⁰.

ŞİB, kural olarak işlem gerçekleştirilmeden önce yapılmalıdır. İşlemi geciktirmenin işlemin doğasından veya soruşturmanın akıbeti açısından mümkün olmadığı durumlarda ŞİB, işlemin gerçekleştirilmesini takiben zaman kaybedilmeksizin yapılmalıdır. Bu durumda, işlemin neden gerçekleştirildiğinin CTIF-CFI'ya açıklanması gereklidir.

CTIF-CFI, şüpheli işlem bildirimleri ve sair yollarla edindiği istihbarı bilgileri edindiğinde, kapsamlı bir analiz yoluyla, işleme dahil olan fonların, malların veya somut bildirim konusu verilerin bir suç faaliyetinin geliri olup olmadığını belirler. Analiz sonucunda, ciddi bir aklama veya terörizmin finansmanı belirtisi ortaya çıkardığında CTIF-CFI, savcılığa suç duyurusunda bulunur.

3. İşlem Erteleme

ŞİB alan CTIF-CFI, ilgili işlemin dondurulup dondurulmayacağına karar verir. ŞİB'in erteleme talepli olarak yapılmasına gerek bulunmamaktadır. CTIF-CFI, dondurma emrinin hangi işlemlere ve banka hesapları üzerinde uygulanacağı konusunda derhal ilgili yükümlüleri yazılı olarak bilgilendirir. İşlemlerin dondurulması, bildirimden itibaren 5 gün boyunca uygulanır. Sürenin uzatılması gerektiği değerlendiriliyorsa, bu süre içinde savcılıktan uzatma kararı alınmalı ve yükümlüye bildirilmelidir. Dondurma süresi içinde uzatma kararının bildirilmemesi halinde, yükümlünün işlemi gerçekleştirme söz konusu olabilecektir. Diğer taraftan, CTIF-CFI bir başka mali istihbarat biriminden de dondurma kararının icrasını talep edebilir.

C. ÇEKYA

1. Mali İstihbarat Birimi

Finansal Analitik Ofisi (The Financial Analytical Office-*Finanční Analytický Úřad-FAÚ*) Maliye Bakanlığına bağlı, Çekya'nın Mali İstihbarat Birimi olarak faali-

¹¹⁰ **National Bank of Belgium**, Reporting of Suspicions: Comments and Recommendations by the NBB, National Bank of Belgium, <<https://www.nbb.be/en/financial-oversight/combating-money-laundering-and-financing-terrorism/analysis-atypical-3#1-situations-requiring-the-reporting-of-a-suspicion-to-ctif-cfi>> s.e.t. 27.01.2022.

yet gösteren bir idari makam olarak kurulmuştur. Ofis, yükümlülere yapılan şüpheli işlem bildirimlerinin yanında Kolluk, İstihbarat Birimleri ve diğer kamu otoriteleri de bildirim yapabilir. Ofis, bu birimlerden ihtiyaç duyduğu bilgileri talep edebilir.

Ofis'in denetimi ve gözetimi, bu amaçla kurulup farklı siyasi parti veya siyasi hareketlere mensup 7 üyeden oluşan Temsilciler Komisyonu ve ayrıca Hükümet tarafından gerçekleştirilmektedir. Temsilciler Komisyonu üyeleri Meclis tarafından seçilmektedir. Komisyonun görev ve yetkileri gözetim ve denetimle sınırlı olup Ofis'in insan kaynakları veya yönetim işlemlerine müdahale edilemez. Buna göre, Ofis idari modelde örgütlenmişse de bağımsız ve özerk yapıdadır.

2. Yükümlüler ve Şüpheli İşlem Bildirimi

253/2008 sayılı Kanun ile Çekya 'da mali müşavirler, mahkeme katipleri, denetçiler, noterler ve avukatlar da müvekkillerinin davada temsili, hukuki danışmanlık verilmesi veya benzeri faaliyetleri dışındaki işlemleri yükümlüler arasında sayılmıştır. Ancak bu sayılanlar doğrudan ofise ŞİB yapmamakta, şüpheli işlemleri bağlı oldukları meslek örgütünün başkanına iletmektedirler.

253/2008 sayılı Kanuna göre yükümlü, faaliyeti çerçevesinde tespit ettiği herhangi bir şüpheli işlemi gecikmeksizin Ofise bildirmelidir. 69/2006 sayılı Kanuna göre şüphe, aklama veya terörizmin finansmanına ilişkin olabileceği gibi, işlemin uluslararası yaptırımlara konu olup olmadığına ilişkin de olabilir. Örneğin, yükümlü nezdinde işlem yapan kişinin Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin yaptırım listelerinde bulunduğuyla ilişkin makul sebepleri varsa, ŞİB yapmalıdır. 253/2008 sayılı Kanuna göre uluslararası yaptırımlara ilişkin olarak yapılacak bildirimlerde uygulanan uluslararası yaptırımın, uluslararası barış ve güvenliğin korunması veya yeniden tesis edilmesi, temel insan haklarının korunması veya terörle mücadele amacıyla uygulanan uluslararası yaptırımlardan hangisi olduğu belirtilir.

ŞİB'de şüpheli işleme dair tüm bilgi ve belgelere de yer verilmelidir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ŞİB işleme dair tüm belgeler bulunmaksızın da yapılabilir. Şüpheli işlem bildirimleri yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. Yükümlü, bildirim konusu malvarlığının yerini, kime ait olduğu, sebep olabileceği zararın boyutu veya hukuka aykırı kullanım potansiyeli hakkında da bilgiye sahipse, bu bilgilere bildirimde yer vermelidir.

3. İşlem Ertelemesi

253/2008 sayılı Kanuna göre yükümlü nezdinde gerçekleştirilmek istenen işlemin derhal yerine getirilmesinin, suç gelirlerine veya terörün finansmanına yönelik fonlara el konulmasını engellemesi veya önemli ölçüde zorlaştırması halinde yükümlü, söz konusu işlemi ŞİB yapıldıktan sonra en erken 24 saat sonra yerine getirir. İşlem konusu varlıklara, uygun bir şekilde elkonur hukuka aykırı olası işlemlere karşı korunur.

Yükümlü, şüpheli işlem raporunda işlemin askıya alındığını Ofise bildirir. ŞİB üzerine yapılan analizin gerektirmesi halinde, erteleme süresi Ofis tarafından 4 işgününe kadar uzatılabilir. Erteleme süresinin sonuna kadar Ofis tarafından suç duyurusunda bulunulmadıysa, yükümlü işlemi gerçekleştirerek Ofise bilgi verir. Ofis bir suç duyurusunda bulunursa işlemin ertelenme süresi, elkoyma veya müsadere kararı getirilmek üzere 3 işgünü daha uzar. Elkoyma veya müsadere kararı getirilmezse, işlem yükümlü tarafından yerine getirilir. 253/2008 sayılı Kanuna göre erteleme kararına karşı itiraz yolu kapalıdır.

D. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

1. Mali İstihbarat Birimi

Mali Suçlar İcra Ağı (*Financial Crimes Enforcement Network-FinCen*), hem ABD'nin mali istihbarat birimi hem de Banka Sırları Yasası'nın (*Banks Secrecy Act*) uygulayıcısıdır. Şüpheli işlem bildirimleri sadece FinCen'e yapılmaktaysa da ABD'deki 100'den fazla kolluk birimi bu bildirimlere erişebilir¹¹¹. Ayrıca finansal kuruluşlar da kendi aralarında şüpheli işlemler hususunda bilgi paylaşımında bulunabilirler. FinCen şüpheli işlem bildirimlerinin yanında finansal suçlara ilişkin devamlı bilgi verme gibi diğer bildirimlerin de muhatabı konumdadır. FinCen, ABD Hazinesinden görev, yetki ve bütçe açısından ayrı; bağımsız ve özerk bir kurum niteliğindedir.

¹¹¹ FATF (2016) "Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - United States", Fourth Round Mutual Evaluation Report, Paris, FATF, s. 55.

2. Yükümlüler, Şüpheli İşlem Bildirimi ve İşlem Erteleme

Finansal kuruluşların dışında sadece kumarhaneler ŞİB yükümlüsüdürler¹¹². Örneğin emlakçılar, finansal danışmanlar veya muhasebeciler yükümlü değildir. Bu sebeple ABD'nin bir çok FATF Tavsiyesi ile uyumsuz olduğu tespit edilmektedir¹¹³. Amerika Birleşik Devletlerinde finansal kuruluşlar, şüpheli işleme bildirim gerektiren şüphenin doğmasından itibaren, acil bir durum yoksa 30 gün içinde FinCen'e ŞİB yapmalıdırlar. Ancak finansal kuruluşların işlemle ilgili kişilerin kimliğini belirlemede güçlük yaşadıkları durumlarda bildirim süresi 60 günü bulabilmektedir¹¹⁴.

Toplam tutarı beş bin Doları aşan işlemler (ödeme hizmeti sağlayıcıları açısından iki bin Dolar) devamlı bilgi verme kapsamındadır. Bunun yanında, ak-lama veya terörizmin finansmanına ilişkin şüphenin varlığı halinde herhangi bir tutar eşiği söz konusu değildir. Devamlı bilgi verme sınırları, şüpheli işlem bildirim sürelerinin uzunluğu ve yatırım tavsiyecilerinin ŞİB konusunda yükümlü olmamaları nedenleriyle ABD'nin FATF'in şüpheli işlem bildirimlerine ilişkin olan 20 numaralı Tavsiyesine kısmen uyum sağladığı anlaşılmıştır¹¹⁵.

Ek olarak, soruşturma öncesinde müsadereye konu eşya/fon hakkında el-koyma veya tasarrufu kısıtlama konusunda federal mahkemeler yetkilidir. Diğer taraftan, FinCen ile işbirliği halindeki diğer kolluk kuvvetleri, kendilerine tanı-nan elkoyma veya tasarrufu kısıtlama yetkilerini kullanabileceklerdir.

E. BİRLEŞİK KRALLIK

1. Mali İstihbarat Birimi

Birleşik Krallık Mali İstihbarat Birimi (*UK Financial Intelligence Unit-UKFIU*), Ulusal Suç Ajansı (*National Crime Agency-NCA*) içinde teşkilatlanmış bir birimdir. UKFIU, bir adli makam olan NCA'nın parçası olduğundan, kolluk modelinde örgüt-

¹¹² FATF (2016), s. 37.

¹¹³ FATF (2016), s. 176 vd.

¹¹⁴ FATF (2016), s. 218. Ayrıca, şüpheli işlem bildirimlerinin %11'i şüphenin doğduğu gün gerçekleştirilmektedir.

¹¹⁵ FATF (2016), s. 219.

lenmiş bir mali istihbarat birimidir. NCA bir bakanlığa bağlı olmayan, operasyonel olarak bağımsız bir kurum olup NCA'nın bir parçası olan UKFIU da şüpheli işlem bildirimleri ve işlem erteleme için “*defence*” taleplerini değerlendirirken özerktir¹¹⁶.

Şüpheli işlem bildirimleri de dahil olmak üzere UKFIU'ya yapılan tüm bildirimlere, analiz faaliyetleri gerçekleştirilmemiş veya UKFIU tarafından herhangi bir kuruma iletilmemiş olsa da tüm ulusal kolluk makamları erişebilmektedir¹¹⁷. Hatta, Londra Emniyeti gibi bazı kolluk birimleri, şüpheli işlem bildirimlerine özgülenmiş birimler dahi kurmuştur¹¹⁸. Benzer şekilde UKFIU da ulusal polis, tapu, ticaret sicili veya kredi derecelendirme kütükleri gibi veri tabanlarına erişim sağlayabilmektedir.

2. Yükümlüler ve Şüpheli İşlem Bildirimi

Terörizm Kanunu ve Suç Gelirleri Kanunu'na göre, finansal kuruluşların tamamı, ödeme hizmeti sağlayıcıları, kumarhaneler, emlakçılar, kıymetli maden alım satımı ile uğraşanlar, avukatlar, noterler, bağımsız hukuk uzmanları, muhasebeciler ve yönetim hizmeti sunanlar (*trust and company service provider*) ŞİB yükümlüdür. Avukat, noter, bağımsız hukuk uzmanları ve muhasebecilerin yükümlülüğü, müvekkilleri için gayrimenkul ve ticari kuruluşların alım satımı, menkul kıymetlerin veya diğer varlıkların yönetimi, banka, tasarruf veya menkul kıymet hesaplarının açılması ve yönetimi, tüzel kişiliklerin kuruluşu veya yönetimi işlemleri ile sınırlıdır.

Yükümlünün, aklama veya terörizmin finansmanına ilişkin şüpheli veya makul sebeplerin varlığı halinde en kısa süre içerisinde ŞİB yapması zorunludur. “En kısa süre” ölçütü genel olarak derhal bildirim olarak uygulanırsa da yükümlü tarafından ayrıca araştırma yapılması gereken hallerde bildirim süreleri 30-60 günü bulabilmektedir¹¹⁹. ŞİB konusunda parasal bir sınır öngörülmemektedir.

¹¹⁶ FATF (2018) “Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - United Kingdom”, Fourth Round Mutual Evaluation Report, Paris, FATF, s. 223.

¹¹⁷ Şüpheli işlem bildirimleri, ülke genelindeki 77 kurumun erişimine açıktır. FATF (2018), s. 43.

¹¹⁸ FATF (2018), s. 47.

¹¹⁹ FATF (2018), s. 119.

Şüphe, Birleşik Krallık mevzuatında tanımlanmamakla birlikte, Temyiz Mahkemesinin 2006 tarihli R v Da Silva Kararında “*belirsiz bir huzursuzluk hissini aşan*”, “*ilgili gerçeklerin var olduğuna dair hayalden de öte bir olasılık*” olarak ifade edilmiştir¹²⁰.

3. İşlem Erteleme (DAML/DATF Rejimi)

Birleşik Krallık'ta Türkiye, Almanya, Belçika veya Çekya'da olduğu gibi bir işlem ertelenmesi kurumu bulunmamaktadır. Soruşturma öncesinde müsadereye konu malvarlıklarının transferinin engellenmesi veya ertelenmesi için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaktadır.

Buna karşın, işlemin aklama veya terörizm finansmanı için yapıldığından şüphe eden yükümlü, UKFIU'ya başvurarak “himaye” (*defence*) talepli ŞİB yapabilir. Himaye, UKFIU tarafından işlemin incelenmesi ve işlemin aklama/terörizmin finansmanı eyleminin bir unsuru olmadığı kanaatine ulaşılması halinde yükümlüye sağlanır. Himaye temin eden yükümlünün işlemi gerçekleştirilmesi halinde sorumluluğu doğmayacaktır. Yükümlünün, himayeyi edinene kadar işlemi gerçekleştirmekten imtina etmesi gerektiğinden bu kurum işlem ertelenmesinin Birleşik Krallık'taki muadilidir¹²¹. Himaye kurumunun kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olduğu değerlendirilmektedir.

Himaye talebini alan UKFIU, ilgili kolluk birimleri ile koordine şekilde çalışarak 7 gün içinde himaye verilip verilmediğini yükümlüye bildirir. 7 gün içinde bildirim yapılmazsa himaye sağlanmış sayılır, yani yükümlünün işlemi gerçekleştirilmesi halinde sorumluluğu doğmaz. Ancak himaye sağlansa dahi işlemi gerçekleştirip gerçekleştirmemek yükümlünün takdirindedir. Himaye sağlan-

¹²⁰ “*Suspicion is not defined in legislation; however, some reporters reflect upon the Court of Appeal case R v Da Silva [2006] EWCA Crim 1654 in which the judge defined suspicion as: ‘... a possibility, which is more than fanciful, that the relevant facts exist’, noting that ‘... a vague feeling of unease would not suffice...’.*” UKFIU (2020) SARs Regime Good Practice Frequently Asked Questions Suspicious Activity Reports, v2.0, London, <<https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/who-we-are/publications/462-sars-faq-july-2020/file>> s.e.t. 26.09.2022, s. 4.

¹²¹ Şüpheli işlem bildirimlerinin %4'e yakını himaye taleplidir. FATF (2018), s. 49.

maması halinde, ret bildirimini takip eden 31 gün içinde kolluk birimleri tarafından bildirim konusu hakkında harekete geçilmesi gereklidir¹²².

SONUÇ

Terörizmin finansmanı ve suç gelirlerinin aklanması sınıraşan nitelikte olduğundan bunlarla mücadele de uluslararası nitelikte olmak zorundadır. Ancak, ceza ve idare hukukuna hâkim olan mülkîlik ilkesi nedeniyle bu eylemlere karşı gerekli tedbirleri alacak uluslararası bir otorite bulunmamaktadır. Palermo Konvansiyonu¹²³ ile başlayan ve FATF düzenlemeleri ile son halini süreçte, bir otoritenin sınıraşan yetkisinden ziyade, dünya genelinde yeknesaklaşmış bir tedbirler rejimi söz konusu olmuştur. Özellikle AB müktesebatı doğrultusundaki düzenlemeleri hayata geçiren ülkeler arasında yüksek bir işbirliği ve uyum mevcuttur.

Türkiye'nin tedbirlerin uygulanmasını denetlemekle ve şüpheli işlem bildirimlerini almakla görevli mali istihbarat birimi olan MASAK Başkanlığı, FATF'in mali istihbarat birimlerine ilişkin standartlarını sağlamakla birlikte, Hazine ve Maliye Bakanlığına bağlı bir kuruluş olduğundan AB'nin bağımsız ve özerk bir kuruluş olma standartları ile uyumlu değildir.

Terörizmin finansmanının ve suç gelirlerinin aklanmasına yönelik olan müşterinin tanınması-kimlik tespiti, ŞİB ve işlemlerin ertelenmesi tedbirleri doğrudan işlem üzerinde etki doğurmaktadır. Yani bu tedbirler sonucunda finansman veya aklamaya fiilleri engellenebilmekte, bu fiillerin faillerine ulaşılabilir. Diğer taraftan 5549 sayılı Kanununun 6. maddesinde düzenlenen ancak uygulaması bulunmayan devamlı bilgi verme de aslında bir otomatik ŞİB niteliğindedir.

¹²² UKFIU (2019) SARs Regime Good Practice Frequently Asked Questions Defence Against Money Laundering (DAML), v2.0, London, <<https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/who-we-are/publications/167-defence-against-money-laundering-daml-faq-may-2018/file>> s.e.t. 26.09.2022, s. 5.

¹²³ 12-15 Aralık 2000 tarihinde de Palermo'da imzaya açılan Sözleşmede, suç geliri, öncül suç ve suç gelirlerinin aklanması konusunda düzenlemelere yer verilmiştir. Bu çerçevede, Sözleşmenin 7. maddesinde; “*şüpheli işlemlerin bildirilmesi ihtiyaçlarına cevap verileceği*” ve “*aklamaya ilişkin bilginin toplanması, analizi ve iletilmesi için ulusal bir merkez olarak hizmet verecek bir mali istihbarat biriminin kurulacağı*” düzenlenmiştir.

Noterler, bağımsız denetçiler ve mali müşavirlerin yükümlülük kapsamının 2015/849 sayılı Direktifte sayılan müşterilerinin hukuki durumunu tespit etme, hukuki konularda tavsiye vermek de dahil olmak üzere müşterilerini savunma veya temsil etme görevleri ve meslek sırrı niteliğindeki bilgiler açısından kanunen istisna getirilebilecektir.

Öte taraftan, ŞİB veya erteleme talepli ŞİB'e sebep olan şüphenin "bir suçun işlendiğini bilmek" düzeyinde olması gerekmemektedir. Dolayısıyla, erteleme talepli dahi olsa şüpheli işlemi bildirim yapılması, suçun bildirilmesi yükümlülüğünün doğduğunu göstermez. Kaldı ki, aklama ve terörizmin finansmanı suçları açısından bir nevi adli kolluk olan MASAK'a yapılan ŞİB, bu iki suç açısından bildirim yükümlülüğünü kaldırmaktadır. Ancak, aklama veya terörizmin finansmanı suçu dışındaki bir suçun ŞİB'e konu edilmesi, bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bir başka ifadeyle yükümlü, öncül bir suçun işlendiğini veya işlenmekte olduğunu biliyorsa suçu bildirme yükümlülüğü altındadır.

Yükümlü aklama veya terörizmin finansmanı suçlarının işlendiğini biliyorsa erteleme talepli olarak ŞİB yapmalı ve erteleme kararı yürürlükten kalksa dahi işlemi gerçekleştirilmeyi reddetmelidir. Aksi halde aklama veya terörizmin finansmanı suçuna iştirak söz konusu olacaktır.

Ancak yükümlü nezdindeki şüphenin "bilmek" boyutuna varmadığı halde erteleme talepli olarak ŞİB yapılması yeterlidir. İşlem erteleme talebinin reddedilmesi veya kararın yürürlükten kalkması halinde, değerli maden alım satımı, araç alım satımı, antika ticareti, posta-kargo veya para havalesi gibi işlemlerin iş ilişkisinin sonlandırılarak gerçekleştirilmemesi tercih edilebilir bir yoldur. Fakat işlemin bir miktar mevduatın çekilmesi gibi gerçekleştirilmezse mülkiyet hakkının ihlaline sebep olacak işlemlerden olması halinde, yükümlü tarafından işlemin gerçekleştirilmesi yükümlü açısından daha az risk barındırmaktadır.

Diğer taraftan, resen veya yabancı makamların talebi üzerine gerçekleşen işlemin ertelenmesi sonucunda, işlemi gerçekleştirmek isteyen tarafa işlem hakkında erteleme kararının alındığından başka bilgi verilmemeli ve ŞİB'in gizliliği kıyasen uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen Ahmet/ Yenidünya, A. Caner** (2013) Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara, Adalet.
- Aydın, Sermet** (2008) “Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesi Kapsamında Müşterinin Tanınması Prensibi”, *Bankacılar Dergisi*, S: 65, s. 66-88.
- Aydın, Sermet/Yel, Fatih** (2016) “Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede İşlemlerin Erteleme”, *Bankacılar Dergisi*, S: 99, s. 37-51.
- Aykın, Hasan** (2008) “Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi”, *Bankacılar Dergisi*, S: 65, s. 37-65.
- Aykın, Hasan/Sözmen, Kevser** (2008) Terörün Finansmanı ile Mücadele, Ankara, MASAK Yayın No: XX.
- Baxter, Richard Reeve** (1974) “A Skeptical Look at the Concept of Terrorism”, *Akron Law Review*, C: 7, S: 3, s. 80-387.
- Ergül, Ergin** (1998) Hukuki, Mali, Aktüel Boyutları ve İlgili Mevzuatıyla Kara Paranın Aklanması ve Suçları, Ankara, Adalet Yayınevi.
- FATF** (2016) “Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - United States”, Fourth Round Mutual Evaluation Report, Paris, FATF.
- FATF** (2018) “Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - United Kingdom”, Fourth Round Mutual Evaluation Report, Paris, FATF.
- FATF** (2019) “Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - Turkey”, Fourth Round Mutual Evaluation Report, Paris, FATF.
- FATF** (2022) “Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - Germany”, Fourth Round Mutual Evaluation Report, Paris, FATF.
- Genç, Fatma Umay** (2012) “Terörizmin Finansmanı ve Suçtan Elde Edilen Gelirlerin Aklanması, Aranması, Elkonması ve Müsaderesi Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, (Yüksek Lisans), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Genç, Fatma Umay** (2021) “Şüpheli İşlem Bildirimi Yükümlülüğünün İhmali Halinde Yükümlününün Ceza Hukuku Sorumluluğu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 25, S: 4, s. 613-653.

- Gödekli, Mehmet** (2017) *Terörizmin Finansmanı Suçu*, Ankara, Seçkin, 2017.
- International Monetary Fund-IMF** (2004) *Financial Intelligence Units: an overview*, Legal Dept., Monetary and Financial Systems Dept., World Bank, Financial Market Integrity Div., Washington, D.C.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2009) *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Koca, Mahmut/ Üzülmez, İlhan** (2015) *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara, Adalet.
- Laqueur, Walter** (2007) “A Brief History, Countering the Terrorist Mentality”, United States Department of State, Foreign Policy Agenda, C: 12, S: 5.
- Ortaylı, İlber** (2002) “Dünyada ve Türkiye’de Tarihte Terör”, Dünya’da ve Türkiye’de Terör, Ankara, TCMB Yayınları.
- Öktem, Emre** (2004) “Uluslararası Hukukta Terörizm; Tanım Sorunu ve Milli Bağımsızlık Hareketleri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, C: 3, S: 4, s. 133-147.
- Özgenç İzzet/Karabulut Efe Can** (2020) “Avrupa Birliği Mevzuatında ve Türk Hukukunda Özellikle Uluslararası Alanda Para Transferlerinin Denetlenmesine İlişkin Düzenlemeler ve Bu Bağlamda Ceza Hukuku Sorumluluğu”, 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri - Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler, Cilt 1, Ankara, Seçkin.
- Özgenç, İzzet/Yurtlu, Fatih** (2020) “Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçları Bakımından Teori ve Uygulamada Ortaya Çıkabilecek Sorunlara İlişkin Bir Değerlendirme”, 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri - Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler, Cilt 1, Ankara, Seçkin.
- Özgenç, İzzet** (2021) “Şüpheli İşlem Bildiriminin Hukuki Mahiyeti, MASAK’ın Rolü, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu Üzerine Hukuki Değerlendirmeler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 25, S: 3, s. 273-328.
- Schmid, Alex** (2004) “Terrorism - The Definitional Problem”, 36 Case W. Res. J. Int’l L., s. 375-385.
- Sorel, Jean Marc** (2003) “Some Questions About the Definition of Terrorism and the Fight Against Its Financing”, European Journal of International Law, C: 14, S: 2, s. 365-378.

- Süer, Sançar Safa** (2008) Uluslararası Hukukta Terörizmin Finansmanının Önlenmesi, (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Taşdemir, Fatma** (2005) “Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Ülkeleri Dışında Münferiden Kuvvete Başvurma Yetkisi”, (Doktora), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat** (2014) Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Ünver, Yener** (2012) Adliye Karşı Suçlar, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Üstün, Oktay** (2005) “Mali Eylem Görev Gücü’nün (FATF) Dokuz Özel Tavsiyesi”, Bankacılar Dergisi, S: 52, s. 10-27.
- Üstün Oktay** (2008) “5549 Sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun ile Getirilen Temel Değişiklikler”, Bankacılar Dergisi, S: 64, s. 43-50.
- Yenidünya, Caner/Değirmenci, Olgun** (2008) “Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda Terörün Finansmanı Suçu”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II, Ankara, TCHD Yayını s. 1263-1294.
- Yurdakul, Mehmet Onur** (2015) “Suç Gelirlerinin Aklanması ve Aklama ile Mücadelede Önleyici Tedbirlerin Suç Oranları Üzerindeki Etkileri”, Maliye Dergisi, S: 168, s. 227-248.

Rapor, Rehber ve Broşürler

- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı** (2022) 2021 yılı Faaliyet Raporu.
- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı-MASAK** (2019) 2018 yılı Faaliyet Raporu.
- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı-MASAK** (2020a) 2019 yılı Faaliyet Raporu.
- T.C. Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı-MASAK** (2020b) Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi (Ödeme Kuruluşları ile Elektronik Para Kuruluşları), sürüm 1.4.
- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı-MASAK** (2021a) 2020 Yılı Faaliyet Raporu.
- T.C. Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı-MASAK** (2021b) Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi (Diğer Yükümlüler) sürüm 1.4.
- T.C. Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı-MASAK** (2021c) Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi (Taşınmaz Alım/Satımına Aracılık Edenler) sürüm 1.1.

T.C. Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı-MASAK (2021d)
Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları için Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Yükümlülüklerle İlişkin Temel Esaslar, Ankara.

T.C. Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı-MASAK (2022)
Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi (Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları), sürüm 1.0.

İnternet Kaynakları

BaFin (2020) Interpretation and Application Guidance in relation to the German Money Laundering Act (Geldwäschegesetz - GwG), <https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/EN/Auslegungentscheidung/dl_ae_auas_gw2021_en.pdf?__blob=publicationFile&v=3> s.e.t. 26.09.2022).

Mckenzie, Baker (2020) Lexology, Belgium: Implementation of the EU's 5th Anti-Money Laundering Directive (AMLD5), <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ba99d475-9d42-492a-b503-60bfde986cd7>> s.e.t. 26.09.2022).

National Bank of Belgium, Reporting of Suspicions: Comments and Recommendations by the NBB, National Bank of Belgium, <<https://www.nbb.be/en/financial-oversight/combating-money-laundering-and-financing-terrorism/analysis-atypical-3#1-situations-requiring-the-reporting-of-a-suspicion-to-ctif-cfi>> s.e.t. 27.01.2022).

UKFIU (2019) SARs Regime Good Practice Frequently Asked Questions Defence Against Money Laundering (DAML), v2.0, London, <<https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/who-we-are/publications/167-defence-against-money-laundering-daml-faq-may-2018/file>> s.e.t. 26.09.2022).

UKFIU (2020) SARs Regime Good Practice Frequently Asked Questions Suspicious Activity Reports, v2.0, London, <<https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/who-we-are/publications/462-sars-faq-july-2020/file>> s.e.t. 26.09.2022).

Schmid, Alex (2013) ICCT - The Hague Research Paper, "Radicalisation, De-Radicalisation and Counter-Radicalisation", <<http://www.icct.nl/app/uploads/download/file/ICCT-Schmid-Radicalisation-De-Radicalisation-Counter-Radicalisation-March-2013.pdf>> s.e.t. 05.01.2022).

Wahl, Thomas (2018) Max Planck Institute, 5th Anti-Money Laundering Directive, Research Paper, <<https://eucrim.eu/news/5th-anti-money-laundering-directive>> s.e.t. 26.09.2022).

<<https://www.hmb.gov.tr/aklamanin-asamalari>> s.e.t. 20.03.2022).

<https://www.antimoneylaundering.net/public/Counter-Money_Laundering/brief-history-moneylaundering> s.e.t. 03.10.2022.

VATANDAŞLIKTAN YOKSUN BIRAKMADA GÖZETİLMESİ GEREKEN İLKELER: İNSAN HAKLARI AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME^(*)

Dr. Ertuğrul YAZAR^(**)

ÖZET

Bu çalışmada, ortaya çıkardığı hukuki, fiili ve sosyolojik sonuçları irdelenerek vatandaşlıktan yoksun bırakmanın ne denli tehlikeli bir yasal araç olduğu savunulmaktadır. Devletler kendi egemenlik alanları çerçevesinde, vatandaşlık hakkının kazanılması ve sona erdirilmesi gibi konularda belirli bir takdir marjına sahiptir. Ancak bu uygulama alanı, uluslararası insan hakları metinlerinin emredici hükümlerinin yanı sıra, bireyle devlet arasında kurulacak hukuki ve siyasi ilişkinin başka devletleri ve uluslararası toplumu ilgilendirmesi nedeniyle daralmaktadır. Çalışma, vatansızlığın getirdiği olumsuz sonuçların önlenmesi ve vatansızlıkla daha etkin mücadele edilmesi için devletlerin takdir marjını daraltıcı nitelikteki insan hakları ilkelerini tespit etmeyi amaçlamaktadır. Kanunilik ilkesi, keyfiliğin önlenmesi, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi, son çare olarak başvurma, yargı yolunun açık tutulması gibi insan hakları ilkeleri; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Anayasa Mahkemesi kararları ile uluslararası kuruluşların yayınları ve bilimsel görüşler çerçevesinde anlaşılır kılınmaya çalışılmaktadır. Uluslararası insan hakları hukuku ve sosyal bilimler alanı çalışanlarının görüşlerini harmanlayarak vatansızlık konusuna odaklanan çalışma, bu yönüyle özgün bir nitelik taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler

İnsan Hakları, Vatandaşlık Hakkı, Vatandaşlıktan Yoksun Bırakma, Vatansızlık, Keyfilik Yasağı, Kanunilik İlkesi, Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1179977 - Geliş Tarihi: 25.09.2022 - Kabul Tarihi: 02.01.2023.

^(**) İnsan Hakları ve Eşitlik Uzmanı, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu,
E-posta: yazarertugrul@gmail.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2508-1201>.

PRINCIPLES TO BE CONSIDERED IN DEPRIVATION OF CITIZENSHIP: AN EVALUATION FROM THE PERSPECTIVE OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

In this study, it is defended that deprivation of citizenship is a dangerous legal tool by revealing the legal, factual, and sociological consequences of being stateless. States, within the framework of their sovereignty, have a certain margin of appreciation in matters such as acquiring and terminating the right to citizenship. However, this application field is narrowing due to the fact that in addition to the mandatory provisions of international human rights texts, the legal and political relationship to be established between the individual and the state concerns other states and the international community. The study aims to identify the human rights principles that narrow the margin of appreciation of states to prevent the negative consequences of statelessness and to combat statelessness more effectively. Human rights principles such as the principle of legality, the prevention of arbitrariness, the principle of non-discrimination and equality, resorting to last resort, and keeping the judicial remedy open are tried to be made in compliance with the decisions of the European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and the Constitutional Court, publications of international organizations, and scientific opinions. The study focuses on the issue of statelessness by blending the views of experts in international human rights law and social sciences, which has a unique quality in this respect.

Keywords

Human Rights, Right of Citizenship, Deprivation of Citizenship, Statelessness, Prohibition of Arbitrariness, The Principle of Legality, Prohibition of Discrimination and Equality.

GİRİŞ

Genel olarak, devletin kendi egemenliği altında bulunan kişilerle girdiği ilişki “vatandaşlık hukuku” alanının konusunu oluşturmaktadır. Hatta ulus devlet yapısının doğal bir sonucu olan egemen olma anlayışının en güçlü hissedildiği alanlardan birinin vatandaşlık hukuku olduğu ifade edilebilir. Vatandaşlık hukukunun üzerinde durduğu konulardan biri, devletlerin kişi veya grupları vatandaşlıktan yoksun bırakması ve bu yetkinin kullanımında gözetilmesi gereken insan hakları ilkeleridir.

Kanunilik ilkesi, keyfiliğin önlenmesi, meşru amaç, gereklilik, orantılılık, ayrımcılık yasağı ve eşitlik, son çare olarak başvurma, yargı yolunun açık tutulması, gerekli tüm tedbirleri alma, uluslararası iş birliği gibi insan hakları ilkeleri gözetilmesi gereken insan hakları ilkelerinin başında yer almaktadır. Öte yandan bu ilkeler sayma usulüyle tüketilemez. Nasıl ki hak bazında birçok insan hakkı birbirine bağlı ve birbiriyle ilişkiliyse, benzer durum insan hakları ilkeleri için de geçerlidir.

Her ne kadar devletler kendi egemenlik alanları çerçevesinde, vatandaşlık hukukunun çerçevesini çizme konusunda belirli bir takdir yetkisine sahip olsa da birçok devlet uluslararası örgütlere taraf olma ve uluslararası insan hakları metinlerini onaylama suretiyle bu yetkinin sınırsız olmadığını kabul etmiş olurlar. Söz konusu metinlerin emredici hükümlerinin yanı sıra bireyle devlet arasında kurulacak hukuki ve siyasi ilişkinin başka devletleri ve uluslararası toplumu ilgilendirmesi de takdir yetkisinin daralmasında etkindir. Son olarak bu daralmada vatansızlığın hukuki, fiili ve sosyolojik olumsuz sonuçlarının çoğu kez insan hakları ihlallerini beraberinde getirmesi başat rol oynamaktadır.

I. VATANDAŞLIĞIN KAVRAMSAL VE TARİHSEL ÇERÇEVESİ

A. VATANDAŞLIK KAVRAMININ TANIMI VE KAPSAMI

Uluslararası hukukta tutarlı, üzerinde uzlaşmış bir vatandaşlık tanımı bulunmamaktadır. Bununla birlikte bazı tanımlar mevcuttur. Vatandaşlık, Uluslararası Adalet Divanı tarafından Nottebohm davasında ele alınmış bir kavramdır. Mahkeme vatandaşlığı; “*karşılıklı hak ve görevlerin varlığının yanı sıra, temel*

olarak sosyal bir bağlılık olgusuna, gerçek bir varoluş, çıkar ve duygular bağlantısına sahip yasal bir bağ” olarak tanımlamıştır.¹ Ulus devlet yapılarıyla birlikte, devletle kişi arasında oluşan hukuki aidiyetin adı olan “vatandaşlık” bir takım haklara sahip olmanın da temel dayanağıdır.²

Bir başka tanıma göreyse; “vatandaşlık: belirli bir devletle kişi arasındaki karşılıklı hak, görev ve yükümlülük ilişkilerini belirleyen hukuksal bağ (legal bond)” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu bağ kişinin etnik kökenini göstermemekte, ancak idare hukuku bağlamında kişiyi belirli bir statüye sokmakta ve buna bağlı olarak da hukuk düzeninde çeşitli sonuçları beraberinde getirmektedir. Hukuki bağın yanı sıra kültürel, dini, ekonomik, sosyolojik vb. açılardan kişinin kendini ait hissettiği toplumun ve/veya duygusal olarak yakın hissettiği devletle uyrukluğun kurulmasında önem arz ettiği yönündeki görüşlerin alan yazımında yer bulduğu ancak pozitif hukuk çerçevesinde göz önüne alınmamasının daha uygun olduğu ifade edilmektedir.³

Vatandaşlık kavramının, kişinin kimliğini uluslararası alanda takdim eden bir fonksiyonu içerdiği de belirtilmelidir. Batchelor, vatandaşlığın diplomatik koruma ile desteklenebilen bir kimlik tipinin temsilcisi olduğunu belirtmektedir.⁴

Yaygın olmamak ve tartışmaya açık olmakla birlikte, “tabiiyet”, “uyrukluğun” ve “yurttaşlık” kavramları da vatandaşlık kavramıyla yaklaşık aynı anlamı ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Uyrukluğun tabiiyetin, yurttaşlığı da vatandaşlığın Türkçe karşılığı olarak değerlendirmek mümkündür. Uyrukluğun (nationality), uluslararası yönü ağır basan ve daha çok Batı Avrupa ülkelerinde kullanı-

¹ **Nottebohm Liechtenstein v. Guatemala Davası**, International Court of Justice, K.T. 06.04.1955, International Court of Justice, Reports, para. 23.

² **Asar, Aydoğan** (2022) Vatansızlık: Uluslararası Temel Belgelerde Vatansız Kişiler ve Hakları, 1. Baskı, Ankara, GAV Perspektif Yayınları, Önsöz.

³ **Aybay, Rona/Özbek, Nimet/Perçin, G. Ersen** (2019) Vatandaşlık Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Ünal Sevindik Yayınları, s. 4.

⁴ **Batchelor, Carol A.** (1998) “Statelessness and the Problem of Resolving Nationality Status”, International Journal of Refugee Law, C: 10, S: 1-2, s. 160.

lan bir terimken, yurttaş (citizen) ve yurttaşlık (citizenship) iç hukukta kullanılagelen ve daha çok Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde tercih edilen bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu'na göre ise, vatandaşlık ve yurttaşlık “eş anlamlı” terimlerdir.⁵

B. VATANDAŞLIK KAVRAMININ TARİHSEL SÜRECİ VE MODERN VATANDAŞLIK OLGUSU

Vatandaşlık tarihsel olarak “modern devlet” olgusuyla ortaya çıkmış bir kavram olmayıp çok daha eskilere dayanmaktadır. Antik Yunanda “site devleti vatandaşlığı” ve Roma İmparatorluğu'nda “Roma vatandaşlığı” gibi kavramların kullandığı görülmektedir. Antik sitelerde halk, “aktif” ve “pasif” olarak ikiye ayrılmış, özellikle “yabancılar, kadınlar ve çocuklar ile köleler” “edilgen” kabul edilerek hak ve özgürlüklerin kullanımında saf dışı bırakılmıştır. Bu tarz ayrımların ve yaklaşımların insan haklarının tam merkezinde olduğu ifade edilebilir; zira devletler bu ayrımlarla halkı, “hak sahibi olan yurttaşlar” ve “hak sahibi olmayan yurttaşlar” olarak ayırma yolunu tercih etmiş ve ülke sakinlerinin hak ve özgürlüklerden eşit derecede faydalanmasının önüne geçmiştir.⁶

Tercihli ayrımcılığın, tarihsel süreçte site devletleri ile başladığı görülmektedir. Ayrıca kişisel monarşinin veya feodal yapının hâkim olduğu devletler döneminde de insanlar, siyasal gücü elinde bulunduran kişi karşısında “sadakat borcu olanlar” ve “sadakat borcu olmayanlar” şeklinde ikiye ayrılmıştır. Bu bağlamda “sömürge halkları” ana aktör olarak görülmeyip “nesne” bağlamında “subject” olarak ifade edilmiş ve “asıl halkı” ifade etmek üzere “yurttaş” anlamında “citizen” kavramı tercih edilmiştir.⁷ Görüleceği üzere, bir siyasi topluluk-taki tüm vatandaşların haklarının eşitliğine karşılık gelen vatandaşlık, resmi olarak pratikte nadiren gerçekleşmektedir.⁸

⁵ **Avrupa Konseyi** (1997) Explanatory Report to the European Convention on Nationality, 1. Baskı, Strazburg, Avrupa Konseyi Yayını.

⁶ **Aybay/Özbek/Perçin**, s. 7-10.

⁷ **Aybay/Özbek/Perçin**, s. 7-10.

⁸ **Haas, Hein De/Castles, Stephen/Miller J. Mark** (2022) Göçler Çağı: Modern Dünyada Uluslararası Nüfus Hareketleri, 1. Baskı, Ankara, GAV Perspektif Yayınları, s. 102.

Bununla birlikte vatandaşlık, modern devletle birlikte açık çizgilere kavuşmuş ve “modern vatandaşlık sistemi”, Fransız Devrimi’nin akabinde ulus-devletle ilişkili olarak ve tek bir ilkesel kategoriye dayanılarak düzenlenmiştir: “topluluk ve kimlik (etnisite ve milliyet)” bölünmelerini aşmayı sağlayan ulus kimliğinin bir ürünü olarak “ulusal vatandaşlık”. Bu kavram, toplumu bireysel temelde yurttaşların eşitliği üzerine inşa ettiğinden dolayı, her türlü etnik köken, dini veya inanç grubu, cinsiyet vb. yönlerden ayrımcılık içermeden bireysel özgürlük alanı sağlamaktadır.⁹

Günümüzde ise, vatandaşlığın anlamı değişmeye devam etmektedir.¹⁰ Devlet egemenliğinin zayıfladığı, “ulusal vatandaşlık kurumu”nun ayrıştığı veya farklı biçimlere bürünüp dağıldığı bir dönem içinde bulunduğumuzu ifade eden görüşler artmıştır. Örneğin Benhabib (2021), yeni üyeliklerin, “toplumsal üyelik tarzları” olarak ortaya çıktığını ve bunun sonucunda da ulus devlet tarafından tanımlanan sınırların üyeliği tanımlamak açısından yetersiz hale geldiğini ifade etmektedir.¹¹ Benzer şekilde Nuhoğlu Soysal (2021), ulus-devletin, ulusluluk kültürünün kaynağı ve vatandaşlığın temel kurumsal yapısı olma özelliğini sürdürdüğünü ancak vatandaşlığın yeni anlamlar ve içerikler kazandığını belirtmektedir. Ayrıca; insan hakları söyleminin küresel çapta genişlemesi ve yoğunlaşmasının ulus-devletleri, üyelik haklarını yabancılara dek genişletmeleri için artan bir dış baskı altına soktuğunu, ulusal vatandaşlığın artık bireysel hak ve ayrıcalıkların ana belirleyicisi olmadığını ve bu durumunda vatandaş ve vatandaş olmayanlar arasında gittikçe bulanıklaşan bir çizgi ile sonuçlanarak meşruiyetini ulusal aidiyetten ziyade, evrensel bireylikten alan ulus-sonrası bir üyelik modelinin doğduğunu ifade etmektedir.¹²

⁹ **Özel, Soli** (2007) “Küreselleşme Döneminde Vatandaşlık”, Anayasa Yargısı Dergisi, C: 23, S: 1, s. 580.

¹⁰ **Haas/Castles/Miller**, s. 104.

¹¹ **Benhabib, Seyla** (2021) Ötekilerin Hakları: Yabancılar, Yerliler ve Vatandaşlar, 5. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, s. 11.

¹² **Nuhoğlu Soysal, Yasemin** (2021) Vatandaşlığın Sınırları Avrupa’daki Göçmenler ve Ulus-Ötesi Üyelik, Çeviren: Ezgi Su Dağabak, 1. Baskı, İstanbul, GAV Perspektif Yayınları, Önsöz ve s. 1-26.

Bauman ise; bireylerden, bir grup ya da örgüte karşı mütekabiliyet esasına göre sadakat beklemenin irrasyonel olduğu, bir zamanlar vatandaşlığın ve sosyal devletin ortaya koyduğu hakların yerini bambaşka değerlerin aldığı, milyonlarca insanın dışlanma hayaleti tarafından lanetlendiği, göçmenlerin yaşadığı yerlerin ‘yer olmayan yerler’ ve/veya geri kalan ‘normal’ ve ‘tam’ insanların yaşayıp hareket ettiği alanlardan ayırt etmek üzere “mülteci veya sığınmacı kampları” olarak etiketlendiği, toplumsal huzursuzluk durumunda sınımlanabilecek “görünürde bir yuva”nın kalmadığı, internet ve sosyal medyanın hızlandığı, “vestiyer cemaatler”in¹³ türediği düşünceleri üzerinden açıklamaktadır.¹⁴

II. VATANDAŞLIĞIN HUKUKİ ÇERÇEVESİ VE İNSAN HAKLARINDAKİ YERİ

A. VATANDAŞLIK HAKKINA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER VE DEZAVANTAJLI GRUPLAR

Vatandaşlık hakkı, çeşitli sözleşmelerde ve devletlerin iç hukukunda yer bulmuştur. İnsan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerde, bilhassa dezavantajlı gruplara yönelik düzenlemelerin vatandaşlık hakkını içerecek şekilde ele alındığı görülmektedir. Bilhassa 1960’lardan sonra insan haklarının normlaşma süreci hem hak öznelerinin genişlemesi hem de yasalarla korunan hakların kapsamının genişlemesiyle sonuçlanmıştır. Bu dönemde vatandaşlık hakları kümesini de içine alan haklar, evrensel mahiyette tanınmış ve insan hakları sözleşmeleriyle resmiyet kazanmıştır.¹⁵

Sözleşme metinleri incelendiğinde; “herkesin bir vatandaşlık hakkına sahip olduğu” ve buna bağlı olarak “uluslararası hukukun temel ilkeleri doğrultusunda keyfi olarak vatandaşlıktan yoksun bırakmanın yasaklanması” gerektiği konu-

¹³ “Tıpkı tiyatroya gidenlerin kabanların astıkları vestiyelerler gibi, insanların en azından görünürde bireysel gailelerini astıkları vestiyer cemaatler... Vestiyer cemaatler gösteri için geçici olarak bir araya getirilir ve izleyiciler kabanlarını vestiyerdeki askılardan alır almaz dağılırlar. ...” Bkz. **Bauman, Zygmunt** (2017) *Kimlik*, Türkçe Söyleyen Mesut Hazır, 1. Baskı, Ankara, Heretik Yayınları, s. 43.

¹⁴ **Bauman**, s. 33-104.

¹⁵ **Nuhoğlu Soysal**, s. 3.

sunda güçlü bir “fikir birliği”nin bulunduğu görülmektedir. Bu iki ilkenin birbiriyle yakından bağlantılı olduğu ve karşılıklı olarak birbirini güçlendirdiği ifade edilmelidir.¹⁶

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin (İHEB) 15'inci maddesi uyarınca, “*Her ferdin bir uyrukluk hakkı bulunmaktadır ve hiç kimse keyfi olarak uyrukluğundan ve uyrukluğunu değiştirme hakkından mahrum edilemez*”.¹⁷ İHEB, bir bireyin vatandaşlıktan yoksun bırakılması konusunda devletlere “keyfiyetten kaçınılması yükümlülüğü” getirmekte ve aynı zamanda her bireyin “uyrukluk ve uyrukluğunu değiştirme hakkı”na sahip olduğunu düzenlemektedir. Bununla birlikte Beyanname, yabancı uyruklu mukimlerle, belli vatandaşlık haklarına sahip yabancı mukimlerin vatandaşlığına izin verme yükümlülüğü konusunda “sessiz” kalmaktadır. Bu hakların muhataplarının belli olmaması ve ikinci, üçüncü tarafların yükümlülüklerinin neler olduğu konusunda yaşanan belirsizlik İHEB'e yönelik eleştirilerin merkezini oluşturmaktadır. Bu noktada, Beyannamenin evrensel insan hakları ve bölgesel egemenlik arasında bir dizi “içsel çelişki” barındırdığı iddia edilmektedir.¹⁸

Diğer taraftan İHEB'in 28'inci maddesi, herkese, kişisel ve siyasi haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklara dayanan bir yapının gerçekleşmesini isteme hakkı tanımaktadır. Vatandaşlıktan yoksun bırakılanların veya vatansızların da bu hakka sahip olduklarının altı çizilmelidir.¹⁹

Birçok alanda olduğu gibi vatandaşlık hukuku alanında da en dezavantajlı grupların başında çocukları zikretmek mümkündür. Ulusal ve uluslararası birçok metinde “henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlanan çocukların özel önem gösterilerek korunması ihtiyacı, çocukların ayrı bir birey olduğu ve özel gereksinimlere ihtiyaç duyduğu düşüncesinden hareketle ayrı bir koruma alanı olarak tezahür etmiştir. Spesifik olarak çocuk haklarının korunması ve geliştiril-

¹⁶ BMMYK (2009) Extracts Relating to Nationality and Statelessness from Selected Universal and Regional Human Rights Instruments, 1. Baskı, Cenevre, BMMYK Yayını, s. 1.

¹⁷ BM Genel Kurulu (1948) İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Paris, 10 Aralık 1948, m.15.

¹⁸ Benhabib, s. 20.

¹⁹ BM Genel Kurulu (1948) İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Paris, 10 Aralık 1948, m.28.

mesi konusunda en önemli insan hakları belgelerinden biri, Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Hakları Sözleşmesi'dir. Sözleşmede, çocukların yasama, yürütme ve yargı organları ile kamu ya da özel sosyal yardım kuruluşları tarafından gerçekleştirilen ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde temel bir düşünce ve ilke olarak *“çocuğun üstün yararı”* kavramının esas alınması gerektiği vurgulanmaktadır. Sözleşmenin 3'üncü maddesinde yer alan *“Taraf Devletler, çocuğun (...) esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar”* hükmünden²⁰ hareketle çocuğun üstün yararının *“esenlik”* kavramıyla ilintili olduğu ve yine Sözleşmenin önsözünden²¹ hareketle *“eşitlik, adalet, barış, özgürlük, özel ilgi, mutluluk, sevgi, anlayış”* gibi değerlerle iç içe olduğu belirtilebilir. Mezkûr değerleri ve çocuğun üstün yararı ilkesini dikkate alan anlayışla, devletlerin çocuklar özelinde vatandaşlık hukukuna ilişkin kurumsallaşma ve normlaşma bağlamında ciddi yol kat ettiği ancak bu çalışmaların pratiğe dönüşmesinde sorunların devam ettiği ifade edilebilir.

BM Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (MSHUS) 24'üncü ve benzer şekilde Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 7'inci maddesinde ise, *“her çocuğun bir vatandaşlık kazanma hakkına sahip olduğu”* hüküm altına alınmaktadır. MSHUS, *“bir çocuğun başka bir devletin vatandaşlığına geçmesi veya vatansız kalması”* durumlarına ilişkin bir hüküm ihtiva etmezken²², Çocuk Hakları Sözleşmesi Taraf Devletlere, özellikle çocuğun tabiiyetsiz kalması durumunda, iç hukuk ve ilgili uluslararası belgeler çerçevesinde üstlendikleri yükümlülüklerine uygun olarak bu hakkın *“işlerlik kazanmasını taahhüt edecekleri”* yönünde bir düzenleme içermektedir.²³

BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi'nin 9'uncu maddesi ise; vatandaşlık edinme, değiştirme veya elde tutma ile çocuklarının uyruğu konusunda Taraf Devletlerin erkeklerle kadınlara *“eşit*

²⁰ **BM Genel Kurulu** (1989) Çocuk Hakları Sözleşmesi, New York, 20 Kasım 1989, m.3.

²¹ **BM Genel Kurulu**, Çocuk Hakları Sözleşmesi, Önsöz.

²² **BM Genel Kurulu** (1966) Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, San Francisco, 16 Aralık 1966 tarih ve 2200A (XXI) sayılı karar, m.24.

²³ **BM Genel Kurulu**, Çocuk Hakları Sözleşmesi, m.7.

haklar tanınması” yönünde bir yükümlülük içermektedir.²⁴ Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme’nin 5’inci maddesi de, medeni bir hak olarak bahsettiği “uyrukluk hakkı” konusunda benzer bir yükümlülüğü “ırk, renk veya ulusal veya etnik köken” ayrımı bağlamında getirmektedir.²⁵ Dolayısıyla bu iki sözleşmenin devletlere vatandaşlık hakkı konusundaki işlem ve tasarruflarında “eşitlik ilkesi”ni hatırlattığı belirtilmelidir.

BM Engelli Kişilerin Haklarına Dair Uluslararası Sözleşme’nin 18’inci maddesinde ise, Taraf Devletlerin engellilerin vatandaşlık edinme ve değiştirme hakkına sahip olmalarını ve engellilik nedeniyle vatandaşlıktan yoksun bırakılmamalarını sağlamaları gerektiği belirtilmektedir.²⁶ Bu bağlamda, sırf engelli bir birey olduğu gerekçesiyle kişinin vatandaşlık edinmesi veya değiştirmesinin engellenmesi ile vatandaşlıktan yoksun bırakılması ayrımcılık yasağının ihlali sonucunu doğuracaktır.

Vatandaşlık hukuku alanında dezavantajlı gruplardan biri olarak kabul gören mülteci ve göçmenlerin de özel düzenlemelere tabi olduğu görülmektedir. BM Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme’nin (Cenevre Sözleşmesi) 34’üncü maddesinde; “mültecilerin vatandaşlığa geçişini kolaylaştırma” hususunda taraf devletlere iki konuda yükümlülük yüklenmektedir. İlki, “mültecilerin entegrasyonu ve vatandaşlık kazanmaları” konusunu imkânlar çerçevesinde kolaylaştırmak, ikincisi ise, “vatandaşlığa geçiş prosedürlerini hızlandırmak ve bu doğrultuda ekonomik masrafları azaltmak için ekstra çaba gösterilmesi” konusudur. Bu bağlamda, Cenevre Sözleşmesi’nin taraf devletlere bir sonuç şartı yüklenmediği belirtilmelidir.²⁷

²⁴ **BM Genel Kurulu** (1979) Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, San Francisco, 18 Aralık 1979 tarih ve 34/180 sayılı karar, m.9.

²⁵ **BM Genel Kurulu** (1965) Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, San Francisco, 21 Aralık 1965 tarih ve 2106 (XX) sayılı karar, m.5.

²⁶ **BM Genel Kurulu** (2006) Engelli Kişilerin Haklarına Dair Uluslararası Sözleşme, New York, 13 Aralık 2006 tarihli ve A/RES/61/106 sayılı karar, m.18.

²⁷ **BM Genel Kurulu** (1951) Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme, Cenevre, 22 Nisan 1954 tarih ve 429 (V) sayılı karar, m.34.

Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'nin 29'uncu maddesinde ise, “göçmen bir işçinin her çocuğunun bir isim, doğum kaydı ve vatandaşlık hakkına sahip olduğu” hükmü yer almaktadır. Sözleşmede, temel hak ve özgürlüklerden yararlanmada vatandaşlara tanınan düzeyin ölçü alınması önem arz etmektedir. Ayrıca, “haklar konusunda ayırıcılık yapılmaması”nı konu edinen 7'nci maddede diğer cinsiyet, ırk, renk gibi temellerin yanı sıra “vatandaşlık” temelinin bilhassa zikredilmesi önemli bir güvencedir.²⁸

Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, “belli bir uyruğu elde etme hakkı” Sözleşme tarafından açıkça tanınmamıştır, ancak bu alan Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ile detaylı bir biçimde ele alınmıştır. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde, “vatandaşlık”; “kişinin etnik kökenini ifade etmeyen, kişi ile Devlet arasındaki yasal bir bağ” anlamında kullanılmaktadır.²⁹ Sözleşmede, vatandaşlığa ilişkin genel ilkeler, kurallar ve usul gibi alanlar geniş yer bulmaktadır. Bu bağlamda Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, vatandaşlık hukukuna ilişkin temelleri barındıran en önemli uluslararası insan hakları belgelerinden biri olarak değerlendirilmektedir.

Son olarak 2018 yılı Aralık ayında kabul edilen Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç İçin Küresel Mutabakat'ın bağlayıcı olmamakla birlikte, göç ve vatandaşlık konularında genel bir çerçeve çizdiği ve diğer amaçlarının yanı sıra vatansızlığı azaltmaya yönelik tedbirlerin güçlendirilmesini hedeflediği ifade edilmelidir.³⁰

Görüleceği üzere, vatandaşlık hakkı dezavantajlı grupları da içerecek şekilde birçok uluslararası insan hakları sözleşmesinde yer almaktadır. Ancak uluslararası belgelerde vatansızlara açıkça atıfta bulunmayan düzenlemeler bulunmak-

²⁸ **BM Genel Kurulu** (1990) Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, New York, 18 Aralık 1990 tarih ve 45/158 sayılı karar, m.29, 17 ve 7.

²⁹ **Avrupa Konseyi** (1997) Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, Strazburg, 6 Eylül 1997 tarih ve 166 sayılı karar, m.2/1-a.

³⁰ **BM Genel Kurulu** (2018) Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç İçin Küresel Mutabakat, New York, 10-11.12.2018.

tadır. Ayrımcılık yasağı konulu maddelerde ise örneklendirici bir metotla “vatandaşlık” ve/veya “yabancılık” terimleri bir temel olarak sayılmamaktadır. Son olarak sözleşmelerde yabancıların vatandaşlığa geçişinde devlete yüklenen yükümlülük konusunda “sessiz” kalınmakta ve pratikte vatansızlıkla nasıl mücadele edilmesi konusunda bir rehber sunulmamaktadır.

B. TEMEL BİR İNSAN HAKKI OLARAK VATANDAŞLIK

Belirli bir insan topluluğundan ayrı ve bağımsız olarak düşünülemez devlet kavramının kurucu öğelerinden biri, “insan ögesi”dir. Devletin, egemenliği uhdesinde bulunan topraklarda yaşayan insanlarla girdiği ilk ilişki biçiminin ve kurucu unsurun “vatandaşlık” olduğu ifade edilebilir. Devletler vatandaşlık statüsü verdiği kişilere, gerek uluslararası gerekse iç hukuk bağlamında “vatandaş olmayıp ülkesinde bulunan sakinlere”, “diğer milletlerden kişilere” veya “vatansızlara” nazaran “daha özel ayrıcalıklar” tanımaktadır. Bu ayrıcalıkların vuku bulduğu alanlardan biri de kişinin hak ve özgürlükleri yani “insan hakları”dır. Bu noktada, devletlerin kendi vatandaşlarına ya da çok yakın bağlantılara sahip olduğu ülkelerin vatandaşlarına “tercihli muamelede bulunması” “*ayrımcılık*” olarak değerlendirilmemektedir.³¹

Her bireyin “vatandaşlık edinme”, “değiştirme” ve “vatandaşlığı devam ettirme” hakkını ihtiva eden vatandaşlık hakkı, en temel insan haklarından biridir. Bu hakkın kullanımında devlete yükümlülükler düşmektedir. Her şeyden önce vatandaşlık, statü sahibi kişiye kendi içinde bir “koruma alanı” sağlamaktadır. Bu sayede vatandaş, başka devletlerden talep edemeyeceği “istemleri” kendi devletine karşı ileri sürebilmektedir. Bir başka ifadeyle kişi, kendi ülkesinde “yabancılardan esirgenmiş veya yabancılara kapalı tutulmuş” hak ve özgürlükleri “devletinden isteme hakkı”na sahip bulunmaktadır. Doğal olarak bu hak talebi devletin yükümlülüklerini beraberinde getirmektedir.³²

³¹ **Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 9214/80; 9473/81; 9474/81, K.T. 28.5.1985, para. 84-85.

³² **Erdem, Bahadır** (2013) *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s. 3.

Tercihli muamele veya ayrıcalıkların vuku bulduğu alanların başında kişinin hak ve özgürlükleri yani “insan hakları” gelmektedir.³³ Vatandaşlık statüsünün bir insan hakkı olarak pratiğe dönüştüğü alanların başında da siyasi haklar gelmektedir. Bir ülkenin vatandaşı olma, özellikle o ülkenin “siyasi faaliyetlerine katılabilme hakkına sahip olmak” ile eşdeğerdir.³⁴ Nitekim birçok ülke mevzuatında, en temel siyasi haklardan biri olan seçme ve seçilme hakkı yalnızca o ülkenin vatandaşlarına özgülenmiştir. Örneğin Türkiye’de de ancak onsekiz yaşını dolduran Türk vatandaşları seçme ve halk oylamasına katılma hakkına sahip bulunmaktadır.³⁵

Eski ABD Başyargıci Earl Warren’e göre; “*Vatandaşlık, insanın temel hakkıdır, çünkü haklara sahip olma hakkından başka bir şey değildir.*”³⁶ Dolayısıyla vatandaşlık hakkının bir insan hakkı olarak tezahür ettiği alan, yalnızca siyasi haklarla sınırlı değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Genovese v. Malta* kararında vatandaşlık hakkını, belirli koşullar altında özel hayata içkin kabul etmiştir.³⁷

Kuric ve diğerleri v. Slovenya davasında, AİHM, kalıcı Slovenya ikamet izni olanları ve halen kalıcı ikamet izni olan ama altı aylık süre içinde Slovenya vatandaşlığı talep etmeyen eski Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti (YSFC) vatandaşlarının “terkin edilmesi” konusunu incelemiştir. Bu “terkin” sonucunda, kişiler ya vatansız kalmış ya da ikamet haklarını kaybetmişlerdir. Diğer YSFC cumhuriyeti vatandaşı olmayan yabancılar bu uygulamadan etkilenmişlerdir. AİHM, kalıcı ikamet kayıtlarının kanununa aykırı şekilde “terkin

³³ **Yazar, Ertuğrul** (2022) “Mültecilerin İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 3, S: 1, s. 322.

³⁴ **Yazar, Ertuğrul** (2017) “Sığınmacı ve Mültecilerin Hak ve Özgürlüklerinin Güvenlik Kapsamında Değerlendirilmesi”, (Yüksek Lisans), Polis Akademisi, Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, s. 58.

³⁵ **Türkiye Büyük Millet Meclisi** (1961) Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, Resmî Gazete Tarihi: 02.05.1961, Resmî Gazete Sayısı: 10796, m.6.

³⁶ **Achiron, Marilyn** (2005) *Nationality and Statelessness: A Handbook for Parliamentarians*, 1. Baskı, Cenevre, BMMYK Yayını, s. 1.

³⁷ **Genovese v. Malta Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 53124/09, K.T. 11.10.2011, para. 33.

edilen” başvuru sahipleri özelinde devletin özel yaşama veya aile yaşamına etkili şekilde saygı gösterilmesine ilişkin pozitif yükümlülükleri olabileceğini belirterek AİHS’nin 8’inci maddesini ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, YSFC vatandaşı olmayan yabancılar ile önceden YSFC vatandaşı olanlara yapılan farklı muamelenin AİHS’nin 8’inci maddesi ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı başlıklı 14’üncü maddesini ihlal ederek uygulamanın ayrımcılık teşkil ettiğine karar vermiştir.³⁸

AİHM, Karassev v. Finlandiya kararında³⁹ ise, vatandaşlığın keyfi olarak reddinin ve Ramadan v. Malta kararında⁴⁰ da mevcut vatandaşlığın keyfi olarak sona erdirilmesinin belli şartlarda özel hayatı etkileyerek AİHS kapsamında sorun doğurabileceğini belirtmiştir.⁴¹ Benzer mahiyette özellikle çocuklar söz konusu olduğunda, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ve vatandaşlık hakkıyla yakından bağlantılı olarak kimlik hakkı gibi haklar da gündeme gelmektedir. Bir kişinin vatandaşlıktan yoksun bırakılması, kimliğinin diğer unsurlarından yararlanmasını baltalayarak o kişiyi “aşırı kırılğan bir duruma” sokabilir.⁴²

Nasıl ki bir kişinin doğum veya başka bir gerekçeyle bir ülkenin vatandaşı olması durumunda devletin yükümlülükleri başlıyorsa, vatandaşlığı sona erdirme durumlarında da çeşitli yükümlülükleri doğmaktadır. Vatandaşlığın sona ermesi, kişinin koruma alanını sona erdiren özel ve aşağıda detaylı biçimde izah edileceği üzere oldukça riskli bir durumdur. Söz konusu durumda devlete, bu tehlikeli durumun önüne geçme ve gerekli tasarruflarda bulunma yükümlülüğü getirilmektedir.

³⁸ **Kuric ve diğerleri v. Slovenya Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 26828/06, K.T. 26.2012.

³⁹ **Karassev v. Finlandiya Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 31414/96, K.T. 12.1.1999, para. 67.

⁴⁰ **Ramadan v. Malta Başvurusu**, AİHM, No: 76136/12, K.T. 17.10.2016, para. 85.

⁴¹ **Avrupa Konseyi** (2019) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi: Özel Hayata ve Aile Hayatına, Konuta ve Haberleşmeye Saygı Hakkı, 1. Baskı, Strazburg, Avrupa Konseyi Yayını, s. 57.

⁴² **UN Human Rights Council** (2015) Impact of the Arbitrary Deprivation of Nationality on the Enjoyment of the Rights of Children Concerned, and Existing Laws and Practices on Accessibility for Children to Acquire Nationality, Inter Alia, of the Country in which they are Born, If they Otherwise Would be Stateless Report of the Secretary-General, 1, Baskı, Cenevre, UN Human Rights Council Yayını, s. 10.

III. VATANDAŞLIKTAN YOKSUN BIRAKMA

Vatandaşlığın, yani belirli bir devletle kişi arasındaki karşılıklı hak, görev ve yükümlülük ilişkilerini belirleyen hukuksal bağın, sona erdirilme yöntemlerinden biri, kişiyi vatandaşlıktan yoksun bırakmadır. Vatandaşlıktan yoksun bırakma, birey tarafından gönüllü olarak talep edilmeyen herhangi bir kayıp, vatandaşlıktan çekilme veya vatandaşlıktan çıkma anlamına gelmektedir.⁴³

Vatandaşlıktan yoksun bırakma ve kişinin vatansız olma hali, esasen yabancılar hukuku içinde istisnai bir durumdur. İnsanların doğuştan sahip olduğu temel haklara erişmesine engel olan vatandaşlıktan yoksun bırakma, “*insan haklarını, sosyal uyumu, yasal eşitliği ve koşulsuz vatandaşlığı tehdit eden tehlikeli bir yasal araçtır.*”⁴⁴ Devletlerin kullanmayı tercih ettiği bu tehlikeli aracın hukuki ve fiili birçok farklı etkisi bulunmaktadır.

A. VATANDAŞLIKTAN YOKSUN BIRAKMA VE VATANSIZLIĞIN NEDENLERİ

Kişiyi vatandaşlıktan yoksun bırakmanın veya vatansızlığın çok çeşitli sebepleri olabilir. Bunlardan ilki, ülkelerin vatandaşlık kanunlarındaki düzenlemeler veya mevcut boşluklardır. Ülkelerin; vatandaşlığın kazanılması ve değiştirilmesi gibi konuları düzenleyen mevzuatının olmaması veya mevzuatlarının özenle yazılmaması ve doğru bir şekilde uygulanmaması bazı kişilerin vatandaşlıktan yoksun bırakılmasına yol açabilir. Vatansızlıkta bir diğer gerekçe, kişilerin doğdukları ülkeden taşınmasıyla ortaya çıkan durumdur. Kimi ülkelerin yalnızca doğumu esas alması durumunda, yabancı ülkede doğan birçok çocuk vatansız kalma riskiyle karşılaşabilmektedir. Ayrıca, kimlerin doğum yoluyla çocuklarına vatandaşlık kazandırıp kazandıramayacağını düzenleyen kuralların ırk ve etnik köken gibi ayrımcılık temellerinin gözetilerek uygulanması vatansızlığın bir

⁴³ **Aolain, N. Fionnuala** (2020) Principles on Deprivation of Nationality as a National Security Measures, 1. Baskı, The Hague, Institute on Statelessness and Inclusion Yayını, s. 8.

⁴⁴ **Jaghaj, Sangita** (2017) Citizenship Deprivation, (Non) Discrimination and Statelessness: A Case Study of the Netherlands, 1. Baskı, Tilburg, The Institute on Statelessness and Inclusion Yayınları, s. 17.

diğer nedenidir. Bir diğer önemli sebep ise, yeni devletlerin ortaya çıkması ve sınırlarda meydana gelen değişikliklere bağlı olarak belirli grupların vatansız kalmasıdır. Yeni bir ülkenin herkesin vatandaşlığına izin vermesi durumunda bile kişilerin ülkeleriyle bağlantılarını kanıtlamakta zorluklar yaşaması durumu oluşabilir. Dördüncü olarak vatansızlık, bir vatandaşın uyrukluğunu kaybetmesi veya bundan yoksun bırakılmasından da kaynaklanabilir. Bazı ülkelerde; vatandaşlar, yalnızca uzun süre ülkeleri dışında yaşadıkları için uyrukluğunu kaybederken bazı ülkelerde devletler, etnik köken, ırk gibi temellere dayalı ayrımcı kriterleri kullanarak, nüfusları vatansız bırakan kanun değişiklikleri yoluyla, kişileri vatandaşlıklarından yoksun bırakabilir.⁴⁵

Tüm bu hususlara ek olarak; “vatansız kişi” kavramını çevreleyen belirsizliklerin varlığı, hükümetlerin konuyla ilgili bilgi toplama veya yayma konusundaki genel isteksizliği, BM Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) ve vatansızlarla ilgili çalışan diğer kuruluşların sınırlı operasyonel katılımı ve uluslararası toplum tarafından bu konuya şimdiye kadar verilen düşük öncelik vatansızlığın diğer nedenleri arasında sayılmaktadır.⁴⁶

B. VATANDAŞLIKTAN YOKSUN BIRAKMANIN HUKUKİ VE FİİLİ SONUÇLARI

Vatandaşlıktan yoksun bırakmanın doğal bir sonucu, çoklu vatandaşlığa da sahip değilse vatansızlıktır. Kişinin vatansız kılınmasının neden olduğu sorunları ve vatansız kişiler açısından yarattığı hak kayıplarını, insanların bir devletin vatandaşı olmakla elde ettikleri “kazanımlardan yoksunluk” olarak görebiliriz. Bireyler vatandaşlık sayesinde kanunlar ihtilafının ve bir devlet tarafından diplomatik himaye görmenin muhatabı olabilmekte, ötekileştirilmemenin, eşit muamele görmenin ve ekonomik ve sosyal haklardan yararlanmanın güvencesini elde etmektedir.⁴⁷ Bir ülkeye vatandaşlık bağıyla bağlı olma ya da olmamanın

⁴⁵ BMMYK, “Vatansızlığın Sonlandırılması”, t.y., <<https://www.unhcr.org/tr/vatansizligin-sonlandirilmesi>> s.e.t. 30.09.2022.

⁴⁶ BMMYK (1997) The State of the World’s Refugees: A Humanitarian Agenda, 1. Baskı, Cenevre, BMMYK Yayını, s. 19.

⁴⁷ Asar, s. 249, s. 97.

kişiler açısından birçok hukuki sonucu bulunmaktadır. Bu sonuçların tümüne detaylıca değinilmesi çalışmanın kapsamını aşacağından yalnızca bazılarının açıklamasıyla yetinilecektir.⁴⁸

Vatandaşlık esasen kişiye “haklara sahip olma” imkânı vermektedir. Bu bağlamda bir kişinin vatandaşlıktan yoksun bırakılması haklarının da pratikte karşılık bulmaması sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla kişi genellikle potansiyel bir vatansız kişi olarak “hukuki arafta” kalacak ve hatta işkence görme ihtimali yüksek olan ülkelere gönderilebilecektir. Bu durum hem geri gönderme yasağı gibi ilkelerin ihlali riskini beraberinde getirecek hem de vatandaşlığı olmayan bir kişinin ve/veya vatandaşlıktan yoksun bırakılan bir kişinin çeşitli haklara sahip olamaması sonucunu doğuracaktır.⁴⁹ Örneğin; okula gitmesi, doktora görünmesi, iş bulması, banka hesabı açması, evlenmesi veya boşanması, yurt dışına çıkması gibi birçok durum yoksun bırakma nedeniyle olumsuz etkilenebilecektir. Bir başka ifadeyle kişi; eğitim, sağlık, istihdam ve hareket özgürlüğü gibi temel haklara erişimde zorluk yaşayabilecektir. Bu durumun, çocuk, yaşlı, engelli gibi bireyler üzerinde vuku bulması ise daha tehlikeli sonuçları beraberinde getirebilecektir. Dolayısıyla, kişinin hak ve özgürlüklerini kullanamaması ilk olumsuz sonuç olarak not edilmelidir.⁵⁰

Vatandaşlıktan yoksun bırakmanın sonuçlarından bir diğeri; vatandaşlıktan yoksun bırakılan kişinin “en yakınları olan çocukları, ailesi ve akrabaları ile arkadaşları ve komşuları gibi uzak çevresinin” etkileneceği gerçeğidir. Yani, belirli

⁴⁸ Bu sonuçlar arasında; diplomatik himaye görme, askerlik hizmeti, seyahat etme ve belge alma hakkı, ülkeye dönüş hakkı, karşılıklılık ilkesinin muhatabı olma, şahsılık ilkesinden yararlanma, çalışma ve meslek edinme hakkı, taşınmaz edinimi, seçme ve seçilme hakkı ile siyasi faaliyetlere katılım, sendika özgürlüğü ve örgütlenme, farklı hukuka tabi olma, sınır kapısı işlemleri, ülkede izin alarak kalma, sınır dışı edilme ve yasağı gibi hususlar bulunmaktadır. Bkz. **Asar**, s. 34, 47.

⁴⁹ **Yazar, Ertuğrul** (2021) İnsan Hakları Bağlamında Avrupa’da Yabancı Terörist Savaşçılar, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 187.

⁵⁰ **Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (BMİHYK)**, “About Nationality and Human Rights”, t.y., <<https://www.ohchr.org/en/nationality-and-statelessness>> s.e.t. 30.09.2022.

bir kişiye yönelik alınan karar, yalnızca o kişiyi değil, “çok daha geniş bir çevreyi” olumsuz etkileyebilmektedir.⁵¹ Bu sonuçlara kararlarıyla AİHM de değinmektedir. Vatandaşlıktan yoksun bırakma kararının keyfilikliğini ele aldığı Ramadan v. Malta kararında vatandaşlıktan yoksun bırakma kararının kişi ve ailesi üzerindeki etkilerini de değerlendirme kapsamına almıştır.⁵²

Bunlara ek olarak, vatandaşlıktan yoksun bırakmanın özellikle “sistemantik bir grubu” hedef aldığı durumlarda, ülkede ayrımcılık ve kutuplaşma derinleşmekte ve vatandaşlık sistemine duyulan güven duygusu kaybolabilmektedir. Bir ülkede oluşan eşitsiz vatandaşlık, sosyal uyumun istikrarsızlaşmasına, toplumda vatandaşlar arasında bölünmeye ve “farklı” olanlara karşı şüphe yaratarak toplumsal bölünmenin derinleşmesine yol açmaktadır.⁵³ Nitekim vatandaş devleti ile bir çeşit anlaşma yapmakta ve hak ettiği durumlar hariç iradesi dışında vatandaşlığından yoksun bırakılmayacağı taahhüdünü devletinden almaktadır. Kişinin bütün hayatını bu “öngörü”ye dayanarak kurduğu düşünüldüğünde, vatandaşlıktan yoksun bırakmanın ciddi olumsuz sonuçları olacaktır. Bu sonuçların tercihi “korku toplumu”nu doğururken, hukuka sınımsız bağlı vatandaşlık politikasının izlenmesi “güven toplumu”nun inşasına hizmet edecektir.⁵⁴

Vatandaşlıktan yoksun bırakma tedbiri, “toplumda radikalleşmenin azaltılması, rehabilitasyon, entegrasyon ve/veya yeniden entegrasyon” fırsatının engellenmesine de yol açabilmektedir.⁵⁵ Örneğin, çatışma bölgelerine savaş veya yardım gibi amaçlarla gidip çeşitli nedenlerle “hayal kırıklığına” uğradığı için yurduna dönmek isteyen ancak hakkında vatandaşlıktan yoksun bırakma kararı alındığı için ülkelerine dönemeyen kişiler, hem etkin pişmanlıktan faydalana-

⁵¹ **Paulussen, Christophe** (2018) Countering Terrorism Through the Stripping of Citizenship: Ineffective and Counterproductive, 1. Baskı, Lahey, The International Centre for Counter-Terrorism (ICCT) Yayınları, s. 1.

⁵² **Ramadan v. Malta Başvurusu**, AİHM, No: 76136/12, K.T. 17.10.2016, para. 85.

⁵³ **Jaghaj**, s. 17.

⁵⁴ **Alibaba, Arzu** (2021) Vatandaşlık Hakkı ve Vatandaşlığın Kazanılmasında ve Kaybında İnsan Hakları, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s. 43.

⁵⁵ **Yazar**, s. 146.

mamış olacak hem de yurduna döndüğünde çatışma bölgesine gitmek isteyebilecek diğer insanları vazgeçirme olasılığından yoksun kalmış olabileceklerdir.⁵⁶

Devletlerin vatandaşlıktan yoksun bırakma seçeneğine başvurmalarının bir diğer sonucu olarak ülkelerin birbiriyle sanki bir yarış içine girmesi ve olumsuz uygulama örneklerinin diğer ülkelere de sirayet ederek yayılması riski ifade edilebilecektir. Devletlerin vatandaşlıktan yoksun bırakma kararlarının arka planında çoğu kez savaş, iç çatışmalar, uluslararası terörizm, istikrarsızlık, artan güvensizlik ortamı ve yaşanan göç dalgası gibi gerekçeler mevcuttur. Öte yandan salt bu gerekçelere dayalı olarak, kişilerin vatandaşlıktan yoksun bırakılması suretiyle “risk ihracatı” yoluna başvurulmasının, hiper bağlı dünyamızda uluslararası sorunlarla baş etmede yetersiz kalacağı açıktır. Buna rağmen mevcut tedbirlerin karşılaşılan zorluklarla başa çıkmada “gerçekten yeterli” olup olmadığının “açıkça ve sakince” değerlendirilmeksizin vatandaşlıktan yoksun bırakma kararı alma süreçlerinin hukuki ve fiili olarak kolaylaştırılmaya çalışılması ve bu durumun diğer ülkelerde de benimsenmesi, literatürde “legislative fever”⁵⁷ olarak adlandırılmaktadır.⁵⁸

Vatandaşlıktan yoksun bırakmayla birlikte ortaya çıkan olumsuz sonuçlardan biri de “vatandaşlıktan yoksun bırakılan kişilere yönelik kontrolün kaybolması veya zayıflaması” ihtimalidir. Bu doğrultuda, vatandaşlığı elinden alınan insanların ne yapabileceklerinin bilinmemesi bir “güvenlik zafiyeti”ni de beraberinde getirebilecektir.⁵⁹ Ayrıca vatandaşlıktan yoksun bırakma kararına konu kişinin “karardan sorumlu aktör veya ülkeye karşı kin besleme” ve intikam almak için farklı yollara başvurma olasılığı da göz önünde bulundurulması gereken bir diğer neticedir. Bir kişi veya grubun “artık toplumun bir parçası” olarak görülmediği kanaatini haiz olması ülke içinde ve yakın bölgede bir güvenlik

⁵⁶ Paulussen, s. 1.

⁵⁷ Türkçeye mevzuat (yasama) ateşi şeklinde çevrilebilir. Bkz. Yazar, s. 186.

⁵⁸ Paulussen, s. 1.

⁵⁹ Maher, Shriaz, Twitter, “Stripping people of their citizenship makes the chances of prosecution - and therefore justice - much more unlikely. It also means a loss of control, we don't know where these people are or what they're up to”, 9 Ağustos 2018, <<https://twitter.com/ShirazMaher/status/1027534045184487425>> s.e.t. 30.06.2022.

sorununu beraberinde getirebilecektir. Dolayısıyla mevcut düşmanlığın artması ve/veya derinleşmesi ihtimali göz önünde bulundurulması gereken bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁰

Son olarak, dünya üzerindeki “vatansız” ve “zorla kaybedilen kişi” sayısının artması riski, göz önünde bulundurulması gereken sonuçlar arasındadır.⁶¹ Devletler salt güvenliği sağlama amacıyla vatandaşlıktan yoksun bırakma tedbirine başvurarak ulusal güvenliğe yönelik doğrulanmış veya şüphelenilen tehditlere ilişkin kişilerin tüm haklarını iptal edebilmektedir. Buna bağlı olarak da, dünya üzerindeki “vatansız” veya “yarı vatansız” nüfusu artmakta ve aynı zamanda kendi liberal demokrasilerinde vatandaş olmanın ne anlama geldiği değişime uğramaktadır.⁶²

Sayısal veriler dikkate alındığında, yalnızca Avrupa kıtasında yarım milyondan fazla ve dünya çapında en az 12 milyon vatansız insanın bulunduğu belirtilmektedir.⁶³ BM Küresel Eğilimler Raporu’na göreyse, 2021 yılı sonu itibarıyla dünya genelinde 4,3 milyondan fazla kişinin vatansız veya belirsiz uyruklu olduğu tahmin edilmektedir.⁶⁴ Her yıl en az 70.000 çocuk doğduğunda kendiliğinden vatandaşlık kazanamamakta ve vatansız duruma düşmektedir.⁶⁵ Dolayısıyla kadim bir vatandaşlık hukuku sorunu olan vatansızlık, kuşaktan kuşağa aktarılmaya devam eden ve gelecek nesilleri olumsuz etkileyen kötü bir uygulama örneği olarak belirginleşmektedir.

⁶⁰ **Reed, Alastair/Zuidewijn, D. R.V.Jeanine/Bakker, Edwin** (2015) Pathways of Foreign Fighters: Policy Options and Their (Un) Intended Consequences, 1. Baskı, Lahey, ICCT Yayınları, s. 13.

⁶¹ **Paulussen**, s. 1.

⁶² **Trimbach J. David/Reiz, Nicole** (2018) Unmaking Citizens: The Expansion of Citizenship Revocation in Response to Terrorism, 1. Baskı, New York, Center for Migration Studies of New York (CMS) Yayınları, s. 1.

⁶³ **European Network on Statelessness**, Basın Bülteni, “What happens to people with no nationality in a public health crisis?”, 1 Nisan 2020, <https://www.statelessness.eu/resources/what-happens-people-no-nationality-public-health-crisis?mc_cid=9467b42269&mc_eid=e49b4558ed>, s.e.t. 30.05.2022.

⁶⁴ **BMMYK** (2021) Global Trends Forced Displacement in 2021, 1. Baskı, Cenevre, BMMYK Yayını, s. 1.

⁶⁵ **BMMYK** (2015) I am Here, I Belong: The Urgent Need to End Childhood Statelessness, 1. Baskı, Cenevre, BMMYK Yayını, s. 8.

Birçok ülkede vatansızlara veya belirsiz uyruklulara ilişkin verilerin eksik olması nedeniyle, küresel rakam eksik sayılmaya devam etmektedir. Dolayısıyla, güvenilir niceliksel verilerin eksikliği, vatansızlığı etkin bir şekilde ele alma ve çözümler üretme konusunda zorluklar oluşturmaya devam etmektedir. Hükümetler ve uluslararası kuruluşlar, vatansız kişilere yardımcı olmak ve vatansızlığın nedenlerini ele almak için nitelikli verilere ihtiyaç duyar ve doğru istatistikler, vatansız insanların yaşamlarının iyileştirilmesinde ve vatansızlığın sona erdirilmesinde ayrılmaz bir rol oynar.⁶⁶ Söz konusu rakamların hem güvenilir verileri yansıtmaması hem de giderek arttığı gerçeği bir an önce yüzleşilmesi ve tedbir alınması gereken endişe verici bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁷

İzah edilen hukuki ve fiili sonuçlar göz önünde bulundurulduğunda, devletlerin öncelikle vatandaşlıktan yoksun bırakma kararlarının arka planında yatan savaş, iç çatışmalar, uluslararası terörizm nedenlerini derinlemesine irdeleyerek köktenci çözümler üretmesi gerektiği ifade edilmelidir. Dolayısıyla devletlerin bir *“kısır döngü doğurarak radikalleşmeyi artırıp artırmadığı”* sorusuna odaklanması ve *“sorunlara nasıl daha iyi hitap edileceğini”* araştırmaları gerekmektedir.⁶⁸

Ayrıca, ülkelerin politikalar geliştirirken demokratik bir ideal olarak “yurttaşlık fikrinin korunması”na riayet etmeleri önem arz etmektedir. Kendi ülke vatandaşlarını adaletsiz koşullarda bir “güvenlik merceği” aracılığıyla yeniden inşa etmeye çalışmak, dışlanmayı teşvik edebilir, vatansızlığı genişletebilir, devlete olan güvensizliği artırabilir, göçmen veya diğer yabancıların siyasi ve sivil entegrasyonunu engelleyebilir ve sonuçta vatandaşlığı zayıflatabilir. Vatandaşlık bağı zayıflayan devletler ise, demokratik kurumlarını, sistemlerini, süreçlerini ve

⁶⁶ **Nahmias, Petra**, BMMYK Blogs, “Better statistics to help end statelessness”, 21 Ocak 2020, <<https://www.unhcr.org/blogs/better-statistics-to-help-end-statelessness/>> s.e.t. 30.04.2022.

⁶⁷ **European Network on Statelessness**, Basın Bülteni, “What happens to people with no nationality in a public health crisis?”, 1 Nisan 2020, <https://www.statelessness.eu/resources/what-happens-people-no-nationality-public-health-crisis?mc_cid=9467b42269&mc_eid=e49b4558ed>, s.e.t. 30.05.2022.

⁶⁸ **Rumyana V. Ark** (2018) Incitement to Terrorism - Treating the Symptoms or Addressing the Causal Malady?, 1. Baskı, Lahey, ICCT Yayınları, s. 1.

ilkelerini aşındırarak adeta terör örgütlerinin ekmeğine yağ sürmektedir. Dolayısıyla, salt güvenlik amaçlı vatandaşlıktan keyfi yoksun bırakmaların yoğunlaşmasıyla birlikte vatandaşlık haklarının ‘kırılgan’ hale gelip gelmediği, devletlerce dikkate alınması gereken bir soru olarak değerlendirilmektedir.⁶⁹

C. SOSYOLOJİK AÇIDAN VATANSIZLIK VE SONUÇLARI

Ulus-devletin “homojenlik” miti ile küresel dünyanın yeni göç hareketleri arasındaki “gerilim” politika oluşturma sürecine de yansımakta ve toplumsal alanda farklı sorunları görünür kılmaktadır.⁷⁰ Bu sorun alanlarından biri de vatandaşlıktan yoksun bırakmanın toplumsal hayattaki olumsuz sonuçlarıdır. Bir kişinin vatansız olması ve/veya vatandaşlığının sona erdirilmesi, tam manasıyla “toplumun dışına itilmesi ve toplumsal yalnızlığa terkedilmesi” anlamını taşıdığından vatandaşlıktan yoksun bırakmanın ve vatansızlığın hukuki ve fiili sonuçlarının yanı sıra özellikle “uzun vadede istenmeyen” bir takım toplumsal ve sosyolojik sonuçları olabilecektir.⁷¹

Arendt, bir topluluğa ait olamamanın bir birey ya da topluluk için ne anlama geldiğini, insan haklarının ve ulus devlet formasyonlarının çelişkilerine atıfta bulunarak, “yurdun/evin ve siyasi statünün yitirilmesi” ve “beşeriyetten tamamen çıkarılmakla özdeş” olduğu üzerinden açıklamaktadır. Arendt; mülteci, azınlık ya da uyruksuz olarak nitelenmiş bir kişinin, kendisini üyeliğe kabul edecek bir devlet bul(a)madığı durumu, hiçbiri kendisine ikamet edeceği bir yer sunmaya gönüllü olmayan ülkeler arasında sıkışmış kalmış bir biçimde belirsizliğini koruduğu sürece, “yersiz-yurtsuz” kalacağı şekilde ifade etmektedir. Ona göre bu kişiler “Anayurtlarından ayrıldıklarında artık yurtsuzdular; devletlerini bıraktıklarında artık devletsizdiler; insan haklarından yoksun bırakıldıklarında artık haksızdılar, yeryüzünün posasıydılar.”⁷² Arendt ayrıca, mülteciliğin kitlesel bir görünüm alma-

⁶⁹ Trimbach/Reiz, s. 1.

⁷⁰ Özer, Yeşim (2015) Uluslararası Göç ve Yabancı Düşmanlığı, İstanbul, Derin Yayınları, s. 58.

⁷¹ Yazar, s. 147.

⁷² Arendt, Hannah (1998) Totalitarizmin Kaynakları-2 Emperyalizm, (Çeviren: Şener, B. Sina), 6. Baskı, İstanbul, İletişim Yayıncılık, s. 256.

şıyla beraber ulus devletlerin durumu sorunsallaştırma biçiminin kişilerin uyumsuz bırakılması ve/veya göç eden insanların sınır dışı edileceği olduğunu belirtmektedir. Arendt'in bu bakış açısıyla, vatansızlığın önündeki engelleri kaldırmak için ulus devlet sorgulaması yapılmasında yarar görülmektedir.⁷³

Vatansız olmak, toplumsal hayatta başlı başına bir sorun alanıdır. Du Bois bu sorun alanına; *“Bir problem olmak nasıl bir his?”* sorusuyla yaklaşır. Siyahilerin, vatansız kişilerin ve daha birçok toplumun dışına itilmiş kişinin içinde bulunduğu bu güvensiz evren bir başka soruyu da beraberinde getirir: *“Tanrı beni kendi evimde neden bir parya ve bir yabancı olarak yarattı?”*⁷⁴ Bu sorular vatansızlığın olumsuz sonuçları da dikkate alınarak sorgulanmasını beraberinde getirmelidir.

Bir başka kritik soruyu da Zygmunt Bauman sormaktadır: *“Bir kez nezhur olduğunuzda, yeni gelen olmaktan tam anlamıyla kurtulabilir misiniz?”* Bir yabancı için bir kere hareketli hale gelip her nereye gidecek olursa olsun, doğal habitatından koparıldığı için, artık yüzde yüz uyumlu olacağı hiçbir yer yoktur.⁷⁵ Yazar modern çağda kitlesel göçlerin “ihtiyaç dışı insanlar” üreten fabrikalar gibi etki gösterdiğini kabul ederek, yaşanan krizi insanlığın krizi olarak ele almaktadır. Bu “ihtiyaç dışı insanlar”ın ya yurtlarından kovularak ya da siyasi nedenlerle kabul görmeyerek evlerinden uzakta sığınacak bir yer veya daha umut vadeden bir hayat bir iş için yola çıkmak zorunda kaldıkları hatırdatutulmalıdır.⁷⁶ Ayrıca, vatansızların kabullenmesi gereken daha ağır bir bedel vardır: *“Kişi kendini her yerde evinde hissetmeye başlayabilir; fakat kişinin ödemesi gereken bedel, artık hiçbir yerin kendisi için gerçekten ve tam anlamıyla yuva olamayacağını kabullenmektir.”*⁷⁷

⁷³ **TİHEK** (2022) Sığınmacılar ve Düzensiz Göçmenlere Yönelik Geri İtme Eylemlerinin İnsan Hakları Perspektifinden Değerlendirilmesi Raporu, Ankara, TİHEK Yayınları, s. 20.

⁷⁴ **Du Bois, W. E. Burghardt** (2021) “Siyahi İnsanların Savaşları”: Ünsaldı, Levent (Derleyen), Yabancı: Bir İlişki Biçimi Olarak Ötekilik, 2. Baskı, Ankara, Heretik Yayıncılık, s. 41.

⁷⁵ **Bauman**, s. 17.

⁷⁶ **Evans, Brad/Bauman, Zygmunt**, The New York Times, “The Refugee Crisis is Humanity’s Crisis”, 2 Mayıs 2016, <<https://www.nytimes.com/2016/05/02/opinion/the-refugee-crisis-is-humanitys-crisis.html>> s.e.t. 30.04.2022.

⁷⁷ **Bauman**, s. 22.

Howard insanın temel niteliğinin, onun bu dünyaya ait olması, yani önünde hareket ettiği, sorumlu olduğu ve böylece sayesinde “ben” olduğu kişi haline geldiği başkalarıyla “yaşama hakkı” olduğunu ifade etmekte, insanı “hak sahibi olma hakkı” tanınan ve “benzersiz ve yeri doldurulamaz bir birey” olarak tanımlamaktadır. Bu bağlamda yerli, yabancı, vatandaş ve/veya vatansız ayrımı olmaksızın her kişi sırf insan olmasından ötürü değerlidir ve insan haklarının merkezinde de bu yatar. Vatandaş olmayan bir kişinin vatandaşlık talebi, aynı zamanda siyasal veya kamusal alana dâhil olma, yani “insana yakışan bir hayat sürme” veya “insani kalma talebi” olarak değerlendirilebilecektir. Dolayısıyla kişilerin vatansızlığın siyasal, sosyolojik vb. olumsuz sonuçlarından kaçınma arzusu ve vatandaşlık talebi bir bakıma, “ad-olmayan ad olmaktan” kurtulma ve “kendi adına kavuşma talebi”dir.⁷⁸

Bir ülkenin vatandaşı olmadan o ülkede mukim olarak bulunan kişilerin vatandaşlık talebi, aynı zamanda buldukları ülke vatandaşları ile bir bağ kurma açısından ele alındığında en güçlü “entegrasyon aracı”dır. Bu nedenle, vatandaşlık talebi veya sorununu, yabancı kişilerin “haysiyet sahibi bir insan” olarak yaşayabileceği “varoluşsal etik bir düzlem” üzerinden de değerlendirmek gerekmektedir. Bu bağlamda Ranciere, vatandaşlık konusundaki literatüre katkısını “*üreyenler, kentlin simgesel oluşumunda bir taraf olarak sayılmadan sadece yaşayan ve üreyenler*” anlamına gelen “*proletarii*” kavramı üzerinden sunmaktadır. Bu kavram üzerinden bakıldığında vatandaşlık talebi, kim olduğunun bir önemi olmayanların “özneleşme talebi” şeklinde okunabilir. Dolayısıyla sosyolojik olarak vatansızlık “nesneleşme” sürecinin toplumsal hayattaki bir tezahürü olacaktır.⁷⁹

Ulus-devletin sınırlarının “kutsallığı” ve bu sınırların dışından gelecek “tehditleri” önlemeye odaklanan devlet yönetimi ve genel olarak “kamu”yu vatandaşlarla sınırlayan ve gün geçtikçe daha fazla bireyi devlet karşısında “gö-

⁷⁸ **Howard, Katherine** (2017) “The ‘Right to Have Rights’ 65 Years Later: Justice Beyond Humanitarianism, Politics Beyond Sovereignty”, *The Journal of Global Justice Theory Practice Rhetoric*, C: 12, S: 1, s. 92.

⁷⁹ **Ranciere, Jacques** (2007) *Siyasalın Kıyısında*, (Çev. Aziz Ufuk Kılıç), 1. Basım, İstanbul, Metis Yayıncılık, s. 75.

rünmez” kılan geleneksel kamu yönetimi bakış açısı, doğal olarak uluslararası göçmenleri de “vatandaş olmayan”, “öteki” ve “yabancı” olarak nitelendirmektedir. Bu bakış açısına göre ulus-devletler; hem diğer halklar karşısında kendi halkının “homojenliğini” korumalı hem de “dışarıdan” yani “kendi halkından olmayanlardan” gelecek tehlikelere karşı hazırlıklı olmalıdır.⁸⁰

Bulunduğu yerde kabul görmemiş ve ayrıldığı yere de dönemeyecek olan kişi bir bakıma, bulunduğu toplumun “meşru bir üyesi olmayan” kişisidir. İçinde yaşadığı topluma yabancı olan, oraya ait olmayan veya ait olamayacak özellikler getiren kişi yani yabancı, Simmel’e göre “uzaktaki” değil, “içimizdeki öteki”dir. Ona göre “yabancı”, terimin anlaşılmalı anlamı dışında, bugün gelen ve yarın giden “gezgin” değil, “bugün gelen ve yarın kalan” insandır. Deyim yerindeyse yabancı, daha fazla ilerleyemediği halde gitme özgürlüğünden de tam olarak kurtulamamış potansiyel bir gezgindir. Yabancı kategorisine dâhil vatansızların durumu ve vatansızlığın sosyolojik sonuçları da bu bakış açısıyla değerlendirilmelidir.⁸¹

Schütz’e göreyse yabancı, yaklaşmaya çalıştığı grubun onu “kalıcı olarak kabul etmesi” ya da en azından ona “tahammül etmesi” için çabalayan, zamanımızın ve uygarlığımızın yetişkin bir bireyini ifade etmektedir. Esasen, “tahammül” vatandaşlığın kazanılmasıyla büyük oranda ortadan kalkacak bir süreç olup, aynı zamanda üst perdeden bir kavram olduğu için eşitlikçi bir bakış açısından da oldukça uzaktır. Yazarın bu kavramı tercih etmesinde ise yabancıların geldiği toplumla aynı deneyimlere sahip olmamasına bağlı olarak yaşanan “kriz süreci” temel etkindir. “Her zamanki gibi düşünme” varsayımına sekte vuran bu kriz “alışkanlığın akışını yarıda kesen ve bilinç ve pratiğin koşullarını değiştiren” bir süreçtir ve sonuçları dikkate alındığında bu krizin aşılmasında bize göre insan haklarının önemli bir yeri olduğu ifade edilmelidir.⁸²

⁸⁰ Özer, Önsöz.

⁸¹ Simmel, Georg (2021) “Yabancı”: Ünsaldı, Levent (Derleyen), Yabancı: Bir İlişki Biçimi Olarak Ötekilik, 2. Baskı, Ankara, Heretik Yayıncılık, s. 27.

⁸² Schütz, Alfred (2021) “Yabancı: Bir Sosyal Psikoloji Makalesi”: Ünsaldı, Levent (Derleyen), Yabancı: Bir İlişki Biçimi Olarak Ötekilik, 2. Baskı, Ankara, Heretik Yayıncılık, s. 35-40.

Schütz'ün düşüncelerinden ilerleyecek olursak, yabancı, özünde yaklaşılmaya çalıştığı grubun üyeleri için “*sorgulanamaz görünen hemen her şeyi sorgulamak zorunda bırakan biri*” konumundadır. Bu bağlamda yabancı ana vatanından kopup geldikleri toplum için yeni bir sorgulama alanı doğurmuştur. Bu sorgulama alanının sona ermesi noktasında en güçlü aracın insan hakları perspektifiyle vatandaşlık statüsünün tanınması olduğu ifade edilebilir. Peki, bu statü tek başına Schütz'ün ifade ettiği kriz sürecini nihayete erdirmeye yeter mi? Bu soruya tek başına evet cevabını vermek zordur. Vatandaşlık statüsüne eşlik edecek birçok faktör bulunmaktadır. Bunların başında toplumsal uyum ve entegrasyon zikredilebilir. Toplumsal uyum, vatansızların da geçirmek zorunda olduğu bir süreçtir. Kültürel, sosyal vb. farklı alanlarda yaşanan bu sorgulama alanı eğer başarılı olursa, dünya halihazırdaki vatansızlar için yeni bir dünyaya dönüşecek, yeni vatanları onlar için tartışma götürmez bir yaşam tarzı, bir sığınak ve koruma alanı haline gelecektir.⁸³

IV. VATANDAŞLIKTAN YOKSUN BIRAKMADA GÖZETİLMESİ GEREKEN İLKELER

Her devletin vatandaşlık hukuku, temelde aynı olmakla beraber, kendine özgüdür. Hukuki bağın devlet ile vatandaş arasında kurulmasının temel sonuçlarından biri, vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi gibi konularda devletin koyacağı ilkelerle belirleyici bir role sahip olmasıdır. Bu bağlamda devletler ayrıntılar üzerinde takdir marjına sahiptir. Diğer taraftan bir insanla devlet arasında kurulacak hukuki ve siyasi ilişki, başka devletleri ve uluslararası toplumu da ilgilendirdiğinden, bu durum devletlere “mutlak bir hareket alanı” doğduğu şeklinde değerlendirilemez. Özellikle devletlerin tasarruf alanları, uluslararası hukuk ve insan hakları çerçevesinde kısıtlanmaktadır. Uluslararası hukuk, devletlerin vatandaşlarının kim olduğuna karar verme hakkının mutlak olmadığını; vatandaşlık verilmesi ve vatandaşlıktan yoksun bırakılmasında insan hakları yükümlülüklerine uyulması gerektiğinin altını çizmektedir.⁸⁴

⁸³ Schütz, s. 41.

⁸⁴ BMİHYK, “OHCHR ve Vatandaşlık Hakkı: Vatandaşlık ve İnsan Hakları Hakkında”, t.y., <<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/Nationality.aspx>> s.e.t. 30.04.2022.

Her devlet, kendi vatandaşlarını iç mevzuatı çerçevesinde belirleme hakkına sahip olmakla birlikte bu konuda oluşturacağı hukukun diğer devletlerce kabul edilebilmesi için kuralların uygulanabilir olmasına özen göstermelidir. Ayrıca, uluslararası sözleşmeler ve uluslararası hukukun yapılageliş kuralları ile vatandaşlık alanında genel kabul gören hukuki ilkelere uygun hareket edilmesi esastır. Vatandaşlığa ilişkin kurallar oluşturulurken kuralların özünde yer alan 3 temel ilke bilhassa belirtilmelidir:

1. Herkesin vatandaşlık hakkı vardır.
2. Vatansızlıktan kaçınılmalıdır.
3. Kimse keyfi olarak vatandaşlıktan çıkarılmamalıdır.⁸⁵

İnsan haklarının temel özelliklerinden biri “bölünmezliği ve birbiriyle ilişkili” olmasıdır. Bu nedenle insan hakları farklı konuları ihtiva ediyor olsa da bir bütün olarak anlam ifade eder ve birbirinden ayrı düşünülemez. Nitekim 1993 yılında yayınlanan Viyana Deklarasyonu’nda bu husus: “... *Tüm insan hakları; evrensel, bölünmez, birbirine bağımlı ve birbiriyle ilişkilidir. Uluslararası toplum, dünya çapında insan haklarına adil ve eşit bir şekilde yaklaşmalıdır; hepsine aynı derecede önem verilmeli, aynı derecede vurgu yapılmalıdır. ...*” şeklinde ifade edilmiştir.⁸⁶ Benzer durumun aşağıda detaylıca izah edilmeye çalışılacak olan vatandaşlıktan yoksun bırakmada gözetilmesi gereken insan hakları ilkeleri için de söz konusu olduğunu düşünmekteyiz. Söz konusu ilkeler, uluslararası hukuku ve BM Şartı, antlaşma hukuku, uluslararası teamül hukuku, genel hukuk ilkeleri, yargı kararları ve hukuk bilimi, bölgesel ve ulusal hukuk ve uygulama kapsamındaki yasal standartları yansıtmaktadır.⁸⁷

A. KANUNİLİK İLKESİ

Devletlerin vatandaşlık hukukunun kapsamına giren alanlarda takdir marjını daraltan temel ilkelerden biri kanunilik ilkesidir. Birçok devlet vatandaşlığın kazanılması, değiştirilmesi, çoklu vatandaşlık, vatandaşlıktan yoksun bırakılma,

⁸⁵ Asar, s. 15.

⁸⁶ **World Conference on Human Rights in Vienna** (1993) Vienna Declaration and Programme of Action, Viyana, 25 Haziran 1993, m.5.

⁸⁷ Aolain, s. 1.

itiraz yolları gibi konularla ilgili tüm detayları meclisleri tarafından çıkarılan bir kanunla düzenleme yoluna gitmektedir. Her bireyin vatandaşlık hakkına sahip olması ve uluslararası hukukun temel ilkeleri doğrultusunda keyfi olarak vatandaşlıktan yoksun bırakılmasının yasaklanması ancak açık ve net bir şekilde ifade edilmiş yasal bir zemin ile mümkündür.⁸⁸

Hukukun üstünlüğü ilkesinin temel unsurlarından biri olan “kanunilik ilkesi”, kanunların açık, anlaşılır ve belirli olması, vatandaşlık hakkı dâhil temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ve sınırlama gerekçelerinin ancak kanunda olması, kanunun da açıkça erişilebilir ve öngörülebilir olması gerektiğini ifade eden temel bir ilkedir. Bu ilke aynı zamanda lehe olan kanunun derhal uygulanmasını ve suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanun hükümlerinin farklı olduğu durumlarda failin lehine olan kanun hükmünün uygulanmasını içerir. Bu ilke ayrıca, hukukun genel ilkelerinden ve bilhassa ceza hukukunda kullanılan kıyas yasağını kapsar. Dolayısıyla kanunların genişletici bir biçimde yorumlanarak kıyas yolu ile benzer olaylara uygulanması yasaktır.⁸⁹

İnsan hakları bağlamında değerlendirildiğinde, kurulan vatandaşlık hukuki bağıyla birlikte devlet, statü sahibi kişiye karşı birtakım görev ve yükümlülük üstlenir. Bu yükümlülüklerin başında, statü durumunu kuran, değiştiren veya sona erdiren durumların ayrıntılı bir biçimde hukuken düzenlenmesi gelmektedir. Devletler, kendi egemenlik alanı altında bulunan kişilere özgü yasa/yasalarla, hangi hukuki gerekçelere dayalı olarak kişilere vatandaşlık statüsünün verileceği, hangi hallerde kişilerin vatandaşlıktan yoksun bırakılabileceği gibi hususları detaylı ve ayrıntılı bir biçimde düzenlemekle yükümlüdür. Kısacası devletler, “hukukun öngörülebilirliği” ve “kanunilik ilkesi” bağlamında vatandaşlık kanununu ve ihtiyaç halinde diğer alt düzenlemeleri hayata geçirmekle yükümlüdür. Devletlerin bu yükümlülüğü, milletlerarası sözleşmelere, uluslara-

⁸⁸ **Aygün Eşitli, Ezgi** (2013) “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C: 1, S: 4, s. 226.

⁸⁹ **Bozkurt, Enver/Kanat, Selim/Bektaş, Sezercan** (2021) Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 230-231.

rası yapılageliş (teamül) kurallarına ve hukukun tanınmış genel ilkelerine⁹⁰ aykırı olmamak kaydıyla, bir takdir alanını da içinde barındırmaktadır. Kısacası devletler, vatandaşlık statüsünün verileceği veya sona erdirileceği durumları, kendi egemenlik alanı çerçevesinde uluslararası insan hakları hukuku kurallarına aykırı olmamak kaydıyla özgürce belirleyebilmektedir.⁹¹

Uluslararası hukuk istisnai durumlarda vatandaşlıktan yoksun bırakmaya izin verirken, bunu sıkı kurallara bağlamıştır. İlk olarak, kanunilik ilkesi bağlamında; vatandaşlıktan yoksun bırakmaya ilişkin yetki ve kriterlerin, yasal kesinliği garanti altına almak için kanunla sağlanan, herkesin erişebileceği, açık, kesin, kapsamlı ve öngörülebilir olması şarttır. Bu sayede vatandaşlıktan yoksun bırakma sonucunu doğurabilecek suçlar ve bu suçlar karşısında uygulanacak müeyyideler önceden bilinecek, kişi özgürlüğünün sınırları çizilecek ve söz konusu sınırların içinde kalan davranışlarda kişi serbestçe hareket edebilecektir. İkinci olarak bu istisnai yetki, geçmişe dönük olarak yürürlüğe girmemeli ve uygulanmamalıdır. “Kanunların geriye yürümemesi” temel bir ilkedir.⁹² Son olarak, vatandaşlıktan yoksun bırakma yetkileri kanunla açıkça belirlenmiş, uygun ve yasal olarak yetkilendirilmiş bir yetkili makam tarafından gerçekleştirilebilir olmalıdır. Bu kriterlerin aynı anda sağlanmaması “kanunilik ilkesinin ihlali” sonucunu doğuracaktır.⁹³

B. KEYFİLİĞİN ÖNLENMESİ: MEŞRU AMAÇ, GEREKLİLİK VE ORANTILILIK

Vatandaşlıktan yoksun bırakmada en temel kriter, şüphesiz “keyfiliğin önlenmesi”dir. İnsan Hakları Konseyi, özellikle ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer görüşler, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi ayrımcı gerekçelerle, keyfi olarak vatandaşlıktan yoksun bırakmanın, insan hakları ve temel özgürlüklerin ihlali sonucunu doğurduğunu belirtmektedir. Bu durumdan endişe duyduğunu belirten Konsey, devletleri ayrımcı önlem-

⁹⁰ Burada, Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38’inci maddesine işaret edilmektedir. Bkz. **BM Genel Kurulu** (1945) Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, San Francisco, 26 Haziran 1945.

⁹¹ **Nomer, Ergin** (2012) Türk Vatandaşlık Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 10.

⁹² **Aygün Eşitli**, s. 225.

⁹³ **Aolain**, s. 11.

ler almaktan ve kişileri, özellikle bu tür önlemler ve mevzuat bir kişiyi vatansız kılıyorsa, keyfi olarak vatandaşlıklarından yoksun bırakacak yasalar çıkarmaktan veya sürdürmekten kaçınmaya davet etmektedir.⁹⁴

Vatandaşlıktan keyfi olarak yoksun bırakmanın örnekleri genel olarak üç başlık altında toplanabilir. Bunlar:

- Genel adli, yasal veya idari bir işlem yoluyla tüm bir etnik grup için vatandaşlığın otomatik olarak geri alınması;
- Bir mahkeme veya bağımsız organ önünde adil yargılanmadan bir kişinin vatandaşlığının geri alınması,
- Ayrımcı gerekçelerle vatandaşlığın kazanılmasının reddedilmesi.⁹⁵

Uluslararası hukuk, belirli durumlarda vatandaşlıktan yoksun bırakmaya izin verirken, bunun iç hukuka uygun olması ve başta orantılılık ilkesi olmak üzere belirli usul ve esaslara ilişkin standartlara uygun olması gerekir. Vatandaşlıktan yoksun bırakmaya yol açan tedbirler, uluslararası hukukla ve özellikle uluslararası insan hakları hukukunun amaçlarıyla uyumlu meşru bir amaca hizmet etmelidir. “Meşru amaca dayanma ilkesi” sayesinde temel hak ve hürriyetlerde kısıtlama veya sınırlamalar içeren uygulamaların gerçekleştirilme amacı belirlenmiş ve keyfi sınırlamalar ve insan hakları ihlalleri önlenmiş olur. Alınacak tedbirin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olması (elverişlilik ilkesi), istenen sonucu elde edebilecek olanlar arasında en az müdahaleci araç olması ve amaç ve aracın dengesi ekseninde korunacak menfaate orantılı olması (orantılılık ilkesi) ve sınırlayıcı tedbirin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşıması (gereklilik ilkesi) keyfiliğin önlenmesi bakımından elzem ilkelere dir.⁹⁶ Bu bağlamda, keyfilik kavramı; adli, idari ve yasama

⁹⁴ **UN Human Rights Council** (2009) Human Rights and Arbitrary Deprivation of Nationality, Tenth Session, Resolution 10/13, Cenevre, 26 Mart 2009, m.2.

⁹⁵ **BMMYK** (2020) Guidelines on Statelessness No. 5: Loss and Deprivation of Nationality under Articles 5-9 of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, Cenevre, 1 Mayıs 2020, para. 91.

⁹⁶ **Tümay, Murat** (2009) “Restrictions on the Fundamental Rights in the Strasbourg and Turkish Legal Orders”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 17, S: 2, s. 88.

dâhil tüm Devlet eylemleri için geçerlidir. Keyfilik kavramı, yalnızca yasalara aykırı eylemleri değil, daha geniş olarak “uygunsuzluk”, “adaletsizlik” ve “öngörülemezlik” unsurlarını da içerecek şekilde yorumlanabilir.⁹⁷

Vatandaşlıktan yoksun bırakmanın keyfi olarak değerlendirilmemesi için devletin birtakım kurallara uyması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle uluslararası hukuk uyarınca gözetilmesi gereken ilkeler bulunmaktadır. Her uyumsuzluğun kendine özgü somut özelliklerine göre değişmekle birlikte, Alibaba'nın (2021) görüşlerinden derlenen ve aşağıda sıralanan bu ilke veya kurallara aykırı tüm aksi durumlarda, vatandaşlıktan yoksun bırakmanın “keyfi” olarak nitelendirileceği kabul edilmektedir:

- Vatandaşlıktan yoksun bırakmanın ilgili iç hukukla uyumlu olması gerekmektedir.
- Uluslararası insan hakları hukukunun belli başlı maddi ve usule ilişkin standartlarına uygun olmalıdır.
- Kanunilik ilkesinin yanı sıra ölçülülük, gerekli sürecin izlenmesi gibi ilkelere uyulmalıdır.
- Ayrımcılık yasağı veya eşitlik ilkesi bağlamında, vatandaşlıktan yoksun bırakma hükümlerine dayalı olarak gerçekleştirilen idari işlemin ayrımcı nitelikte olmaması gerekmektedir.
- Gereklilik ve orantılılık ilkeleri bağlamındaysa, istenilen sonuca ulaşmada alınabilecek önlemlerden en az müdahaleci olanın tercih edilmesi ve korunan menfaat ile orantılı olması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle vatandaşlıktan yoksun bırakmaya son çare olarak başvurulmalıdır.
- Vatandaşlıktan yoksun bırakma kararının yazılı olması ve gerekçelendirilmesi gerekmektedir.
- Vatandaşlıktan yoksun bırakmanın etkili bir idari ya da yargısal denetime açık olması gerekmektedir.

⁹⁷ UN Secretary-General (2009) Human Rights and Arbitrary Deprivation of Nationality: Report of the Secretary-General, Cenevre, 14 Aralık 2009, para. 25.

- Vatandaşlıktan yoksun bırakmaya ilişkin düzenlemenin geriye yürür nitelikte olmaması gerekmektedir.
- Vatandaşlıktan yoksun bırakma nedenlerinin geniş yorumlanmaması gerekmektedir.
- Yeni bir yoksun bırakma nedeni öngörülürken, hâlihazırda başlamış bir davranıştan dolayı vatandaşlığın kaybını önlemek adına “makul bir geçiş hükmünün düzenlenmesi” gerekmektedir.
- Vatandaşlık kazanımına ilişkin bir düzenlemenin geriye etkili şekilde yürürlükten kaldırılmaması gerekmektedir.
- Bazı davranış veya gerçeklerden hareketle, bir kimsenin vatandaşlık kazanıp kazanmadığının ya da vatandaşlığının geri alınıp alınmadığının belirlenmesi sürecinde, bahse konu davranış ve gerçeklerin ortaya çıktığı anda yürürlükte olan kanun hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir.
- Vatandaşlıktan yoksun bırakmaya ilişkin hükümlerin öngörülebilir olması gerekmektedir.⁹⁸

BM Genel Sekreterliğinin vatansızlık sorununa ilişkin hazırladığı raporda, sonradan vatandaşlık kazananların ancak beş sebeple vatandaşlık haklarından yoksun bırakılmalarının hukuka uygun kabul edilebileceği öngörülmüştür. Aksi durumun keyfi sayılacağı bu durumları şu şekilde sıralamak mümkündür:

1. Vatandaşın ulusu ve ülkesi ile arasındaki bağın koptuğunu gösteren koşullar altında yurtdışında uzun süreli ikamet,
2. Bir yabancı ülkede, genellikle o yabancı ülkenin vatandaşlarına mahsus kabul edilen belirli faaliyetlere katılım,
3. Ülkenin vatandaşlığını kazanırken hile yapmak,
4. Özellikle ülkenin vatandaşlığını kazandıktan sonra belirli bir süre içinde cezai mahkûmiyet şeklinde kendini gösteren iyi karakter eksikliği;

⁹⁸ **Alibaba**, s. 42.

5. Özellikle ülkesi savaş halindeyken ülkesine karşı sadakatsiz (vatana bağlılıkla bağdaşmayan) eylemler veya tutumlar sergilemek.⁹⁹

Hile yoluyla vatandaşlığın kazanılması konusunda Avrupa Birliği Adalet Divanının (ABAD) Rottmann kararı örnek verilebilir. Doğuştan Avusturya vatandaşı olan Dr. Rottmann mesleğinin icrası sırasında ağırlaştırılmış dolandırıcılık suçunu işledikten sonra, Almanya'ya gitmiş ve Alman vatandaşlığını alabilmek için başvuruda bulunmuştur. Alman vatandaşlığını kazanınca, Avusturya vatandaşlığını da kanun gereği kaybetmiştir. Avusturya makamlarından Dr. Rottmann hakkındaki tutuklama kararı olduğu öğrenen Alman makamları, vatandaşlığın hileli olarak kazanıldığı gerekçesiyle Alman vatandaşlığını iptal etmek istemiştir. Ancak bu kararın kişiyi vatansız bırakma etkisi olduğundan davaya bakan mahkeme, Dr. Rottmann'ın vatansız kalmasının Birlik vatandaşlığını da kaybetmesine yol açacağı düşüncesiyle konunun AB hukuku kapsamına girip girmediğini öğrenmek için ABAD'a başvurmuştur. ABAD, bir üye ülkenin kişiyi vatandaşlıktan yoksun bırakma kararının, AB vatandaşlığı statüsünün ve buna bağlı hakların kaybı anlamına da gelmesi nedeniyle, AB hukuku kapsamına girdiğine karar vermiştir. ABAD söz konusu kararında, bir üye ülkenin verilen vatandaşlığı aldatılma nedeniyle geri çekmesinin, bunun sonucunda ilgili kişi hem Birlik hem üye ülke vatandaşlığını kaybetse bile, kanuna uygun olduğuna hükmetmiştir. Bununla birlikte, bu tür bir kararın, orantılılık ilkesine uygun olması gerekliliğinden hareketle kişiye menşe üye ülkede vatandaşlığını geri kazanabilmesi için makul bir süre tanınması gerektiğine hükmetmiştir.¹⁰⁰ Söz konusu ABAD kararının BM Genel Sekreterliğinin yaklaşımıyla uygun olduğu belirtilebilir. Bununla birlikte kişiye menşe üye ülkede vatandaşlığını geri kazanabilmesi için makul bir süre tanınması, vatandaşlıktan yoksun bırakmanın olumsuz sonuçlarının önlenmesine yönelik hassasiyetin varlığını göstermektedir. Bu yönüyle kararın insan haklarıyla uyumlu olduğu belirtilmelidir.

⁹⁹ UN Secretary-General (1952) The Problem of Statelessness: Consolidated Report by the Secretary-General, Nationality Including Statelessness, Cenevre, 26 Mayıs 1952, s. 151.

¹⁰⁰ Rottmann v. Freistaat Bayern Başvurusu, ABAD, Başvuru No: C-135/08 [2010] ECR I-01449, K.T. 02.03.2010, para. 41-45.

Vatandaşlıktan keyfi olarak yoksun bırakma yasağının asgari içeriğinin, vatandaşlığın geri alınmasının kanunla öngörülenlere uygun olması; meşru bir amaca ulaşmanın en az müdahaleci yolu olması ve uygun bir sürecin izlenmesi olduğu Genel Sekreterin insan hakları ve keyfi vatandaşlıktan yoksun bırakmaya ilişkin 2009 Raporunda da yer almıştır. Yaptırım veya cezanın uygulanması, sınır dışı etmeyi kolaylaştırmak veya girişe engel olmak, adaleti uygulama görev ve sorumluluğunu başka bir devlete ihraç etmek, vatandaşlıktan yoksun bırakma için meşru amaçlar oluşturmaz.¹⁰¹

Vatandaşlığın keyfi olarak reddinin ve/veya mevcut vatandaşlığın keyfi olarak sona erdirilmesinin belli şartlarda özel hayatı etkileyerek AİHS kapsamında sorun doğurabileceği belirtilmişti. AİHM, böyle bir müdahalenin keyfi olup olmadığını ve AİHS kapsamında özel hayata saygı hakkını ihlal edip etmediğini belirlemek için *Ramadan v. Malta*¹⁰² ve *K2 v. Birleşik Krallık*¹⁰³ kararıyla iki ayrı hususun ele alınması gerektiği kanaatini paylaşmıştır. Bunlar; orantılılıktan daha katı bir standart şeklinde dikkate alınarak vatandaşlığı kaldırma kararının “keyfi” olup olmadığı ve başvuru için bunun “sonuçlarının” ne olduğudur. Bu bağlamda devlet, kişinin haklarını sınırlayan tedbirlerin ne tür orantısız sonuçlar doğurabileceğini araştırma ve kişinin hak ve özgürlüklerinden etkili şekilde istifade etmesini temin etme görevini göz önünde bulundurmakla yükümlüdür. Örneğin; *Hoti v. Hırvatistan* kararıyla AİHM, vatansız bir göçmenin ikamet durumunun yıllarca düzenlenmeyerek kişinin “güvensiz” bir halde bırakılması davasında ihlal kararı vermiştir.¹⁰⁴

Bir temel hakkın kullanılmasını son derece zorlaştıran yahut imkânsız hale getiren sınırlamalar keyfiliği de beraberinde getirir. Keyfiliğin önlenmesi hususunda temel ilkelerden biri olan “hakkın özü”, dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan asli çekirdeği ifade etmektedir. Bu yö-

¹⁰¹ **UN Secretary-General** (2009) Human Rights and Arbitrary Deprivation of Nationality: Report of the Secretary-General, Cenevre, 14 Aralık 2009, para. 25.

¹⁰² **Ramadan v. Malta Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 76136/12, K.T. 17.10.2016, para. 85-89.

¹⁰³ **K2 v. Birleşik Krallık Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 42387/13, K.T. 7.2.2017, para. 49-50.

¹⁰⁴ **Hoti v. Hırvatistan Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 63311/14, K.T. 26.7.2018, para. 122-126.

nüyle her temel hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan güvencesi sağlamaktadır.¹⁰⁵ Bu konuda AİHM'nin Anglikan Kilisesi dışında evlenmek isteyen mültecilerin bunun için izin almalarının gerektiği bir davada, Birleşik Krallık mevzuatının evlilik hakkını hakkın özüne dokunacak şekilde sınırlandırdığı kanaatine ulaşması örnek verilebilir.¹⁰⁶

Son olarak gerek AİHM gerekse yerel mahkemeler, vatandaşlıktan yoksun bırakma konusunda kararını, her davanın somut koşullarına göre değerlendirecektir. Bu değerlendirmede; alınan kararın keyfi olup olmadığı, başvuru için bunun sonuçlarının ne olduğu, kararın kanuni dayanağının olup olmadığı, meşru bir amaç taşıyıp taşımadığı ve amaca ulaşmanın en az müdahaleci yolunun kullanılıp kullanılmadığı, kararın ayrımcılık saikiyle alınıp alınmadığı, kararın korunan menfaat ile orantılı olup olmadığı ve karara son çare olarak başvurulup başvurulmadığı gibi hususlar detaylıca ele alınacaktır. Bu kısımda değinildiği üzere tüm bu değerlendirme başlıklarının “keyfilikğin önlenmesi” amacına hizmet ettiğini belirtmek yanlış olmayacaktır.

C. AYRIMCILIK YASAĞI VE EŞİTLİK İLKESİ

İnsan hakları, vatandaşlık veya göçmenlik statüsüne bakılmaksızın herkes için geçerli normları ihtiva etmektedir.¹⁰⁷ Nitekim insan hakları, kişilerin sırf insan olmaları hasebiyle, doğuştan¹⁰⁸ sahip olduğu, vazgeçilmez ve devredilmez haklardır. Uluslararası insan hakları hukuku da; cinsiyet, ırk, renk, dil, din, felsefi veya siyasi görüş, ulusal veya etnik/sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya başkaca bir statüye dayalı (vatandaşlık ve yabancı-

¹⁰⁵ **Serap Tortuk Başvurusu**, AYM, B. No: 2013/9660, Karar T. 21/1/2015, para. 47.

¹⁰⁶ **O'Donoghue ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 34848/07, K.T. 14.12.2010, para. 5-37.

¹⁰⁷ **Human Rights Committee**, General Comment No.15 (The Position of Aliens under the Covenant), 11 April 1986, m.1.

¹⁰⁸ Vatandaşlıktan yoksun bırakma insanların doğuştan sahip olduğu temel haklara erişmesine engel olmaktadır. Bu nedenle vatandaşlık gibi doğumla veya sonradan elde edilen bir statünün, yoksun bırakmayla insan haklarına erişimi engellemesi bir sorun alanı olarak varlığını korumaktadır.

lık dâhil) ayrımcılığı net bir biçimde yasaklamaktadır. Dolayısıyla, insan haklarının merkezinde yer alan ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi, vatandaşlıktan yoksun bırakılan veya vatansız kişiler için de geçerlidir. Bu bağlamda; ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin ne anlam ifade ettiği ve vatandaşlıktan yoksun bırakmadaki karşılığı önem arz eden bir konudur.

Genel olarak ayrımcılık; objektif ve makul bir neden olmaksızın, aynı durumdaki kişilere farklı muamelede bulunmak şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁰⁹ Eşitlik ise, herhangi bir nesnel ve makul dayanağı olmaksızın aynı durumdaki bireylere farklı muamelede bulunulmamasına ilişkin bir gerekliliği ifade etmektedir.¹¹⁰ Bazen yan yana bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. İnsan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçası olan eşitlik ilkesi, başlı başına bir hak olmanın yanı sıra diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmektedir.¹¹¹

Uluslararası insan hakları ve mülteci hukukunun yanı sıra vatansızlığa ilişkin belgeler göz önünde bulundurulduğunda, Taraf Devletler, ayrımcılık temeline dayalı olarak kişileri keyfi bir biçimde vatandaşlıktan yoksun bırakmamalı ve ayrımcı önlemler (özellikle mevzuat ve alınan önlemler bir kişiyi vatansız kılıyorsa) almaktan kaçınmalıdır.¹¹² İHEB’de ayrımcılık yasağını konu edinen, ister bağımsız memleket uyruğu ister vesayet altında bulunan, gayri muhtar veya sair bir egemenlik kayıtlamasına tabi ülke uyruğu olsun, bir şahıs hakkında, uyruğu bulunduğu memleket veya ülkenin siyasi, hukuki veya milletlerarası statüsü bakımından hiçbir ayrımcılık gözetilmeyeceği hüküm altına alınmıştır.¹¹³

¹⁰⁹ **Willis v. Birleşik Krallık Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 36042/97, K.T. 11.6.2002, para. 48; **Okpisz v. Almanya Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 59140/00, K.T. 15 Şubat 2006, para. 33.

¹¹⁰ **Aziz Turhan Başvurusu**, Anayasa Mahkemesi (AYM), Başvuru No: 2012/1269, K.T. 8.5.2014, para. 38.

¹¹¹ **Tuğba Arslan Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2014/256, K.T. 25.6.2014, para 107.

¹¹² **UN Human Rights Council** (2009) Human Rights and Arbitrary Deprivation of Nationality, Tenth Session, Resolution 10/13, Cenevre, 26 Mart 2009, m.4.

¹¹³ **BM**, İHEB, m.2.

Din, dil, ırk, cinsiyet, milliyet, etnik köken veya kimliğimizi oluşturan diğer tüm özelliklere dayalı olarak bir kişinin vatandaşlıktan yoksun bırakılması insan hakları ihlalidir. Bilhassa, ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılığın söz konusu olduğu durumlarda AİHM, devletlerin önemli gerekçeleri olduğu yönündeki savları dikkate almaktan uzaklaşıp taraf devletlerin takdir yetkisini ortadan kaldıran bir yaklaşım benimsemektedir.¹¹⁴ AİHM'e göre ırk veya etnik köken temeline ayrımcılıkla ilgili davalarda nesnel ve makul nedenin varlığının mümkün olduğunca kapsamlı incelenmesi gerekmektedir.¹¹⁵ Mahkeme, münhasıran veya belirleyici ölçüde bir kişinin etnik kökenine dayanan herhangi bir muamele farklılığının, çoğulculuk ve farklı kültürlerle saygı ilkeleri üzerine inşa edilmiş çağdaş demokratik bir toplumda nesnel olarak haklı gösterilemeyeceği kanaatinde.¹¹⁶

Devletler, etnik veya dini azınlıklar gibi belirli gruplara mensup kişilerin vatandaşlıktan yoksun bırakılmamasını ve vatandaşlıktan yoksun bırakılmayı içeren yasa, politika ve uygulamalardan orantısız bir şekilde etkilenmemesini sağlamak için gerekli tüm tedbirleri alarak ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesine uygun hareket etmelidir.¹¹⁷ Bu konuda iki AİHM kararını zikretmekte yarar görülmektedir. AİHM nezdinde zikredilmesi gereken ilk karar olan *Hoti v. Hırvatistan* kararına konu olayda; eski Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin (SSCB) dağılmasından sonra, 1991 yılında Hırvatistan'da etnik olmayan Hırvatlar için ikamet ve akabinde vatandaşlık statüsünü düzenlemeye yönelik prosedürler uygulamaya konulmuş, ancak bu idari prosedürler; yeterli kamu bilgisi olmaması, geçmişte ikamet ettiklerine ilişkin belgelere ilişkin gereklilikler gibi ağır idari yükleri karşılayamamaları ve yüksek başvuru ücretlerini ödeyememeleri gibi nedenlerle belirli kişiler için etkisiz kalmıştır. Mahkeme tarafından bilhassa birçoğu Hırvat veya eski SSCB'nin halefi başka bir devletin vatandaşlığını

¹¹⁴ **Karan, Ulaş** (2015) "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", C: 31, S: 1, *Anayasa Yargısı Dergisi*, s. 258.

¹¹⁵ **D. H. ve Diğerleri v. Çek Cumhuriyeti Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 57325/00, K.T. 13.11.2007, para. 196.

¹¹⁶ **Timishev v. Russia Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 55762/00, K.T. 13.12.2005, para. 58.

¹¹⁷ **Karan**, s. 243.

almaktan dışlanarak vatansız kalan kişiler için açık bir insan hakları ihlali tespit edilmiştir.¹¹⁸

AİHM nezdinde zikredilmesi gereken bir diğer önemli kararsa, *D. H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti* davasıdır. Söz konusu davada; Çek Cumhuriyeti'nin Ostrava şehrinde yaşayan 18 Çingene (Roman) asıllı vatandaşı, öğrenme güçlüğü olduğu gerekçesiyle psikolojik bir teste tabi tutularak “özel okul” olarak anılan okullarda diğer okullara göre oldukça geri bir müfredat ile eğitim görmeye zorlanmışlardır. Taraf devlet bu davada Çingene/Roman çocuklara uygulanan ve “özel okullara” kaydedilmelerine yol açan testin nesnel ve makul bir gerekçeye dayandığını gösterememiş ve ayrımcılık yasağıyla birlikte eğitim hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹¹⁹

Görülebileceği üzere devletler, ayrımcı gerekçelerle kişileri vatandaşlıktan yoksun bırakan yasa ve uygulamaları ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Bununla birlikte, dünya genelinde vatansızların sayısının her geçen yıl arttığı dikkate alınırse ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesine tam manasıyla riayet edilmediğinin de altı çizilmelidir. BMMYK'nın bir araştırmasına göre; etnik köken, ırk, din, yaş, cinsiyet, engellilik, dil ve benzeri temellere dayalı ayrımcılık şu anda 80'den fazla ülkenin vatandaşlık yasalarında yer almaktadır. Ayrıca ayrımcı vatandaşlık yasalarıyla bağlantılı vatansızlık riskleri, dünyadaki vatansız nüfusun %75'inden fazlasının etnik, dini veya dilsel azınlık gruplarına ait olması gerçeğiyle derinleşmektedir.¹²⁰ Diğer taraftan çocuklar özelinde bakıldığında; dünyadaki mevcut yasa ve uygulamalar, cinsiyet, ırk, din, etnik köken, ulusal köken, göç durumu, engellilik ve siyasi görüş gibi temellere dayalı sistematik ve yerleşik ayrımcılığın varlığını göstermekte ve çocukların keyfi olarak vatandaşlıktan yoksun bırakılmasına, yasal kimliklerine ve diğer insan haklarından yararlanmalarına zarar vermeye devam etmektedir.¹²¹

¹¹⁸ *Hoti v. Hırvatistan Başvurusu*, AİHM, Başvuru No: 63311/14, K.T. 26.7.2018, para. 106.

¹¹⁹ *D. H. ve Diğerleri v. Çek Cumhuriyeti Başvurusu*, AİHM, Başvuru No: 57325/00, K.T. 13.11.2007, para. 184 ve 204.

¹²⁰ **BMMYK** (2021) Background Note on Discrimination in Nationality Laws and Statelessness, 20 Ekim 2021, Cenevre, s. 3.

¹²¹ **UN Human Rights Council**, s. 14.

Ayrımcılık ve vatandaşlıktan keyfi yoksun bırakmanın getirdiği insan hakları ihlallerindeki artış dikkate alındığında, uluslararası toplumun akut bir vatansızlık kriziyle karşı karşıya olduğu ifade edilmelidir. Bu bağlamda İnsan Hakları Komitesi, Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, Çocuk Hakları Komitesi ve Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin, ülke raporları ve uygun olduğunda bireysel şikâyetler yoluyla vatandaşlığa erişim ve vatansızlık konularını ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi perspektifinden izlemesinde yarar görülmektedir. Ayrıca ayrımcılık yasağı dâhil olmak üzere; tüm insan hakları ilkelerini içeren vatansızlıkla mücadele konularındaki uluslararası sözleşmelerin imzalanması, onaylanması ve pratikte karşılık bulması teşvik edilmelidir.¹²²

D. SON ÇARE OLARAK BAŞVURMA

Vatandaşlıktan yoksun bırakma kararına son çare olarak başvurulması, hukuki, fiili ve sosyolojik sonuçların doğmamasını sağlamak için devletlerin söz konusu tedbiri yalnızca çok sınırlı koşullarda kullanması anlamına gelmektedir. Eğer devletler “son çare” (istisna olarak) olarak vatandaşlıktan yoksun bırakmaya başvuruyorsa bile, bu tedbirin “*meşru bir amaca hizmet etmesi, istenen sonucu elde etmek için en az müdahaleci araç olması ve vatansızlığın şiddetli etkisi dikkate alınarak korunacak çıkarla orantılı olması*”na dikkat edilmeli; kısacası bu istisnai tedbir “dar bir yoruma tabi tutulmalıdır”. Ayrıca, vatandaşlığın kaybı veya yoksunluğu vatansızlığa yol açmasa bile, devletler, kaybın veya vatandaşlıktan yoksun bırakmanın sonuçlarını korumak istediği çıkarla karşılaştırmalı ve seyahat yasakları veya seyahat belgelerine el konulması gibi uygulanabilecek alternatif tedbirleri de göz önünde bulundurmalıdır.¹²³

Benhabib, yeni üyeliklerin tarzlarının ortaya çıktığı veya üyelik sorunlarının yaşandığı çağımızda, bir çözüm önerisi olarak “adil üyelik” odaklı bir yaklaşım

¹²² **Open Society Justice Initiative** (2015) *Citizenship and Equality in Practice: Guaranteeing Non-Discriminatory Access to Nationality, Protecting the Right to be Free from Arbitrary Deprivation of Nationality, and Combating Statelessness*, 1. Baskı, New York, s. 13.

¹²³ **BMİHYK** (2018) *Guidance to States on Human Rights-Compliant Responses to the Threat Posed by Foreign Fighters*, 1. Baskı, New York, BMİHYK Yayını, s. 23.

sunmaktadır. Yazara göre adil üyelik; mültecilerin ve sığınmacıların ilk kabul için yaptıkları ahlaki talebin tanınması; göçmenler için sınırların geçirgen olması (geçirgen bir sınır rejimi); ulusal haklardan mahrum etme ve vatandaşlık haklarının kaybına karşı ihtiyati tedbir ile her insanın haklara sahip olması haklarını içermelidir. Bu hakları geri alınamaz haklar olarak ifade eden Benhabib, vatandaşlıktan yoksun bırakma statüsünün kişiyi temel hakların hiçbirinden tamamıyla yoksun bırakmamasını ve hatta belirli koşulları karşılamış olan yabancıya vatandaşlık hakkının verilmesi gerektiğini de vurgulamaktadır.¹²⁴

E. YARGI YOLUNUN AÇIK TUTULMASI / ETKİLİ BİR İÇ HUKUK YOLU

Uluslararası hukukun emredici bir kuralı olarak, idarenin tüm iş ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması gerekmektedir. AİHM, kişilerin medeni haklarını ileri sürmelerini sağlayacak etkili bir yargı yoluna sahip olunmasını, hukukun üstünlüğü ilkesi bağlamında AİHS’te güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir gerekliliği olarak değerlendirmektedir.¹²⁵

Bununla birlikte AİHM, savunulabilir bir iddianın varlığı halinde etkili başvuru hakkını düzenleyen 13’üncü maddeyle temel hakkın özünü göz önünde bulundurarak kişi aleyhine verilen karara karşı, AİHS’e taraf devletin etkili şekilde itiraz etme ve ilgili sorunları “bağımsızlık ve tarafsızlık” teminatını yeterli ölçüde sağlayan uygun bir ulusal forum nezdinde usule ilişkin “elverişli güvencelerle ve titizlikle” inceletme imkânını sunması gerektiğini belirtmektedir.¹²⁶ Dolayısıyla, kendisine karşı herhangi bir suç isnadının veya bir hukuk davasındaki hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde herkes, kanunla kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Bu güvencenin, vatandaşlıktan yoksun bırakılan bir kişi için işlevsel hale getirilmesi devletlerin yükümlülüğündedir. Genel olarak bu ilkenin karşılık bularak işlerlik kazanabilmesi için dört hususu içermesi gerektiği ifade edilebilir:

¹²⁴ Benhabib, s. 14.

¹²⁵ Naït-Liman v. İsviçre Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 51357/07, K.T. 15.03.2018, para. 113.

¹²⁶ De Souza Ribeiro v. Fransa Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 22689/07, K.T. 13.12.2012, para. 83.

- Kişilerin etkili bir hukuk yoluna pratik olarak erişmeleri: Kişinin yurtdışında olması, kararın kendisine ulaşmamış olması gibi durumlar göz önünde bulundurulmalıdır.
- Hukuk yolunun vatandaşlığın geri kazanılmasını mümkün kılması: Yargı yolunu kullanan kişinin haklı bulunması veya devletin tasarrufunun insan hakları ihlaline yol açtığına tespiti durumunda, mahkeme veya bir başka organ tarafından alınan yeni kararın mahrumiyet anına kadar geriye dönük bir etkiye sahip olması gerekmektedir.
- Tazminata ilişkin hükümlerin bulunması: Kişinin maddi ve manevi zararlarının tazmini etkili bir iç hukuk yolu ilkesinde önem arz etmektedir.
- Vatandaşlığa ilişkin esnek kurallar benimsemelidir: Vatandaşlıktan yoksun bırakılan bir kişinin resmi belgeleri üretme kabiliyeti zorlaşacağından, kimlik belgeleri yerine tanık ifadesine veya diğer belgesel kanıt kaynaklarına güvenilmesine izin verilebilir.¹²⁷

BMMYK, bir kişinin vatansız olarak tanınmak için başvuruda bulunması veya yetkililerin bir kişinin vatansız olup olmadığını belirlemeye çalışması durumunda, hukuki süreç ilkesi uyarınca belirli hak ve özgürlüklere sahip olması gerektiğinin altını çizmektedir. Bunlar; başvuru sahibinin katılabileceği talebin bireysel olarak incelenmesi hakkı, iddianın nesnel olarak ele alınması hakkı, prosedürün uzunluğuna ilişkin bir zaman sınırı, davacının anlayabileceği dilde prosedürle ilgili bilgilere erişim, yasal tavsiyeye ve tercümana erişim, gizlilik ve veri koruma hakkı, hem bir kararın verilmesi hem de kararın altında yatan sebepler ve bu kararın yasallığına itiraz etme olasılığının bulunmasıdır.¹²⁸

Vatandaşlıktan yoksun bırakma ile ilgili kararlar muhakkak yazılı olarak verilmeli ve esaslı konular da dâhil olmak üzere etkili idari veya adli incelemeye açık olmalıdır. Vatandaşlıktan yoksun bırakmaya muhatap kişinin yurtdışında

¹²⁷ **BMMYK** (2020) Guidelines on Statelessness No. 5: Loss and Deprivation of Nationality under Articles 5-9 of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, Cenevre, 1 Mayıs 2020, para. 106-107.

¹²⁸ **Achiron**, s. 21.

bulunması sırasında kararın alınmış olması, uygulamada karşılaşılan en büyük sorun alanlarından biridir. Her ne kadar uluslararası hukuka uygun olarak bir devlet itiraz hakkını iç hukukunda öngörmüş olsa da, kişinin yurtdışındayken yoksun bırakma kararını bilmemesi veya bu kararın kendisine tebliğ edil(e)memesi, yargı yoluna başvurmasını imkânsız hale getirebilir. Kişinin itiraz başvurusunda bulunmak için son tarihi kaçırmaması ihtimali de dâhil olmak üzere devletlerin alınan kararın kişiye tebliği ve yargı yoluna başvurması durumlarını hem göz önünde bulundurması hem de işlevsel hale getirmek için gerekli tüm önlemleri alması gerekmektedir.¹²⁹

Bu bağlamda BMMYK, bir devletin yurtdışında bulunan vatandaşının keyfi olarak vatandaşlıktan yoksun bırakılarak, bireyin Devlet topraklarına dönmesinin engellenmemesi gerektiğini; vatandaşlıktan yoksun bırakılmanın kişinin pasaportunun veya diğer kimlik belgesinin geri alınmasıyla ortaya çıktığı durumlarda ise, kişinin kendi ülkesine girişinin engellenmesinin keyfi olup olmadığı, bunun kanunda öngörülmesi ile meşru bir amaçla orantılı olup olmadığı da dâhil olmak üzere ayrıntılı biçimde değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Seyahat yasaklarının uygulandığı durumlarda da, etkilenen kişilere, orantısız bir önlem olarak gördükleri takdirde yasağa etkili bir şekilde itiraz edebilmeleri için gerekli tüm bilgilerin verilmesi gerektiğinin altı çizilmektedir.¹³⁰ Kişinin pasaportunun iptali veya kimlik belgelerinin geri alınması ile devletin yurtdışında bulunan vatandaşının vatandaşlıktan yoksun bırakılması uygulamaları çok yakın zamanda gündemi de işgal etmiştir. Irak ve Suriye topraklarında hüküm süren, başta DAEŞ olmak üzere terör örgütlerine yüzü aşkın ülkeden katılım sağlanınca, devletler bir tedbir olarak bu yola başvurmuş ve birçok insan hakkı ihlali ile karşı karşıya kalınmıştır.¹³¹

¹²⁹ **BMİHYK** (2018) Guidance to States on Human Rights-Compliant Responses to the Threat Posed by Foreign Fighters, 1. Baskı, New York, BMİHYK Yayını, s. 23.

¹³⁰ **BMMYK** (2020) Guidelines on Statelessness No. 5: Loss and Deprivation of Nationality under Articles 5-9 of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, Cenevre, 1 Mayıs 2020, para. 120.

¹³¹ **Yazar**, s. 147.

Benhabib, daimi olarak vatandaşlıktan yoksun bırakma prosedürünün liberal demokratik toplum düzeniyle veya liberal demokratik bir insan topluluğu kavrayışıyla uyummadığını ve bu durumun temel bir insan hakkı ihlali olduğunu belirtmektedir. Bu noktada, vatandaşlığa kabul ve vatandaşlıktan yoksun bırakma durumlarının; ayrımcılık içermeyen, şeffaf bir biçimde şekillendirilen ve uygulanan, devletler ve devlet benzeri organlar tarafından ihlal edildiği durumda da mahkemece karara bağlanabilen bir biçimde düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹³²

F. GEREKLİ TÜM TEDBİRLERİ ALMA VE ULUSLARARASI İŞ BİRLİĞİ

Vatansızlık başta olmak üzere, vatandaşlıktan yoksun bırakmanın hukuki ve fiili sonuçları göz önünde bulundurulduğunda, devletlerin gerekli tüm tedbirleri almaları ve bu konuda uluslararası iş birliğine açık olmaları gerekmektedir. Uluslararası Hukuk Komisyonu, vatansızlığın kötü durumuyla mücadele etmek için zorunlu ihtiyaç konusunda devletler arasında artan farkındalıkla, vatansızlığın ortaya çıkmasını önlemek için tüm uygun önlemleri almanın ilgili kişilerin vatandaşlık hakkına sahip olmalarının doğal bir sonucu olarak devletlerin yükümlülüğü olduğunu vurgulamıştır. Bu bağlamda, vatandaşlıktan yoksun bırakma dâhil olmak üzere devletlerin idari iş ve işlemlerinde uluslararası hukuka uygun hareket edebilmeleri için gerekli tüm tedbirleri alma ve uluslararası diyaloga açık olmalarının önemli ve tamamlayıcı bir ilke olduğu değerlendirilmektedir.¹³³

Özellikle çocuklar söz konusu olduğunda devletler; her çocuğun vatandaşlık edinme hakkını ve keyfi olarak vatandaşlıktan yoksun bırakma yasağını garanti etmeli, iç hukuklarının tüm çocukların vatandaşlık edinme hakkıyla ilgili güvenceler sağlamasını temin etmelidir. Aksi takdirde vatansız kalacak olan toplarlarda doğan çocukların ve başka türlü vatansız olacak bir vatandaşın yurt dışında doğan çocuklarının vatandaşlık alabilmelerini sağlamaya yönelik güven-

¹³² Benhabib, s. 14.

¹³³ BMMYK (2020) Guidelines on Statelessness No. 5: Loss and Deprivation of Nationality under Articles 5-9 of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, Cenevre, 1 Mayıs 2020, para. 88.

celer de dâhil edilmelidir. Ayrıca devletler, gemilerde ve uçaklarda doğan bebeklerin ve çocukların uluslararası standartlara uygun olarak vatandaşlık kazanmaları için hükümler koymalı, vatansız bir çocuğun doğumdan sonra mümkün olan en kısa sürede vatandaşlık kazanmasına izin veren güvencelere sahip olmalıdır. Son olarak, vatandaşlık yasalarındaki boşluklar, güvencelerden yararlanmak için gereken esasa veya usule ilişkin koşullar ile ayrımcılığın çocukların vatandaşlığa erişimlerinin önündeki başlıca engeller olduğu dikkate alınarak Devletler, vatansızlığı önlemeye yönelik kapsamlı güvencelerin iç hukuklarına dâhil edilmesini ve makul olmayan koşullara maruz kalmaksızın uygulamada etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamalıdır.¹³⁴

Görüleceği üzere devletler, vatandaşlığa erişim kurallarını belirlerken belirli bir takdir yetkisine sahip olsa da, belirleyeceği kuralların çocuğun yüksek yararı ve ayrımcılık yasağı gibi uluslararası hukuk ilkelerine uygun olmasını temin etmek için gerekli tüm tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu tedbir, gemilerde ve uçaklarda doğan bebekler dâhil olmak üzere mevzuat ve uygulamada hiçbir boşluk bırakmamayı gerektirmektedir.

Devletler, insan haklarını merkezine alan uluslararası örgütlere üye olmanın ve uluslararası insan hakları sözleşmelerine taraf olmanın doğal bir sonucu olarak “uluslararası iş birliğine” de açık olmalıdır. 61/137 sayılı BM Genel Kurul kararı¹³⁵ ve 26/14 sayılı Konsey kararı¹³⁶, vatansızlığın önlenmesi ve azaltılmasının, uluslararası toplumla uygun iş birliği içinde öncelikle Devletlerin sorumluluğunda olduğunu vurgulamaktadır. Bu bağlamda devletlerin, insan hakları alanı dâhil olmak üzere, uluslararası yükümlülükleriyle uyumlu bir şekilde vatandaşlığın kazanılması, terk edilmesi ve kaybedilmesine ilişkin yasalar çıkarması gerektiği ifade edilmektedir. Bir kişiyi vatandaşlıktan yoksun bırakmak veya üçüncü bir ülkeye sınır dışı etmek, böylece belirtilen güvenlik riskini üçüncü bir

¹³⁴ UN Human Rights Council, s. 13-14.

¹³⁵ BMMYK (2007) Resolution adopted by the General Assembly on 19 December 2006, Cenevre, 25 Ocak 2007, m.7.

¹³⁶ UN Human Rights Council (2014) Human Rights and Arbitrary Deprivation of Nationality, Resolution 26/14, Cenevre, 11 Temmuz 2014, m.3.

ülkeye ihraç etmek ve kendi vatandaşlarının sorumluluğunu üstlenmemek yoluyla devletler, karşılıklılık ilkesini veya uluslararası iş birliğine olan taahhütlerini baltalamamaya özen göstermelidir.¹³⁷

Buna ek olarak, 1970 tarihli Devletler Arasında Dostane İlişkiler ve İş birliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirgesi¹³⁸, devletlerin “uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında diğer Devletlerle iş birliği yapma” görevlerini ortaya koymaktadır. Bu çerçevede de bir devlet, vatandaşlıktan yoksun bırakma kararının, vatandaşlığın korunmasına ilişkin yükümlülükleri ile diğer devletlerin barış ve güvenliğin üzerindeki etkisini dikkatle değerlendirmelidir.¹³⁹

Vatansızlığın önlenmesiyle doğrudan ilişkili bir başka konu da savaş ile iç çatışmaların önlenmesi ve uluslararası terörizmle mücadeledir. Vatandaşlıktan yoksun bırakma konusunda itici güçlerden biri de artan güvensizlik ortamı ve yaşanan göç dalgasıdır. Bu bağlamda, çocuklar başta olmak üzere, kişilerin vatandaşlıktan keyfi olarak yoksun bırakılmasına yol açan gerekçelerin tespiti, yönetimi ve uygun çözüm yollarının uygulamaya yansması; devletlerin, uluslararası ve bölgesel kuruluşların, sivil toplumun ve daha birçok paydaşın topyekûn mücadelesini ve gerekli tüm tedbirleri alarak uluslararası iş birliğini gerektiren önemli bir konudur.¹⁴⁰

G. DİĞER İLKELER

İnsan haklarının evrensel, devredilemez, bölünmez, birbirine bağlı ve birbiriyle ilişkili özelliği göz önünde bulundurulursa; ayrımcılık yapmama, geri göndermeme, işkence yasağı, kendi ülkesine girme ve kendi ülkesinden ayrılma hakkı, seyahat hakkı, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı gibi birçok hak ve özgürlük ile insan hakları ilkeleri vatandaşlık hakkıyla doğrudan bağlantılıdır.

¹³⁷ Aolain, s. 16.

¹³⁸ **BM Genel Kurulu** (1970) UN General Assembly Resolution 2625, Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations, San Francisco.

¹³⁹ **BMMYK** (2020) Guidelines on Statelessness No. 5: Loss and Deprivation of Nationality under Articles 5-9 of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, Cenevre, 1 Mayıs 2020, para. 67.

¹⁴⁰ **UN Human Rights Council**, s. 2.

Bu bağlamda oluşturulmaya çalışılan vatandaşlıktan yoksun bırakmada gözetilmesi gereken ilkelerin sayma usulüyle tamamlanmasının doğru bir yöntem olmadığını ifade etmek gerekmektedir. Çocukların vatandaşlıktan yoksun bırakılması gibi bir durum söz konusu olduğunda, “çocuğun üstün yararı” ilkesinin merkezde tutulması bunun örneklerinden biridir.¹⁴¹

Geri göndermeme ilkesi, devletlerin bir mülteciyi, herhangi bir şekilde, yaşamına veya özgürlüğüne yönelik tehdit riski altında olacağı bir ülkeye sınır dışı etmesini veya geri göndermesini yasaklar. Vatandaşlıktan yoksun bırakmanın, özellikle vatansızlıkla sonuçlandığı durumlarda, zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza teşkil etmesi muhtemeldir. Bu nedenle devletler, uluslararası mülteci hukuku ilkelerine uygun olarak, vatandaşlıktan çıkardıkları kişiler de dâhil olmak üzere, ırk, din, milliyet, belirli bir sosyal gruba mensubiyet veya siyasi görüş gibi gerekçeler dâhil olmak üzere; herhangi bir kişiyi, işkence ve zulme uğrama ve yaşam hakkı, vücut bütünlüğü ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını riske sokacak nitelikte sınır dışı etmemeli veya geri göndermemelidir. Dolayısıyla, geri göndermeme ilkesi; yaşam, işkence ve kötü muamele yasağı ve özgürlük ve güvenlik hakkı gibi temel haklarla iç içeliği de dikkate alınarak vatandaşlıktan yoksun bırakılmada gözetilmesi gereken önemli bir ilke olarak dikkate alınmalıdır.¹⁴²

SONUÇ

Belirli bir devletle kişi arasındaki karşılıklı hak, görev ve yükümlülük ilişkilerini belirleyen hukuksal bağın yani vatandaşlığın sona erme hallerinden biri, devletlerin bir kişi veya grubu vatandaşlıktan yoksun bırakmasıdır. Kişinin vatandaşlıktan yoksun bırakılması, insan haklarını, sosyal uyumu, yasal eşitliği ve koşulsuz vatandaşlığı tehdit eden tehlikeli bir yasal araç olarak karşımıza çıkmakta ve birçok olumsuz sonucu da beraberinde getirmektedir.

Bu kapsamda; toplumda radikalleşmenin azaltılması, rehabilitasyon ve yeniden entegrasyon fırsatının önlenmesi, ülkelerin birbiriyle adeta yarış içerisine

¹⁴¹ UN Human Rights Council, s. 3.

¹⁴² Aolain, s. 13.

girerek bu uygulamayı yaygınlaştırması, vatandaşlıktan yoksun bırakılan kişilere yönelik kontrolün kaybolması veya zayıflaması, karardan sorumlu aktör veya ülkeye karşı kin beslenmesi, dünya üzerindeki “vatansızların” ve “zorla kaybedilen kişi” sayısının yükselmesi gibi sonuç ve riskler zikredilebilir.

Kişinin vatansız kılınmasının neden olduğu sorunları ve vatansız kişiler açısından yarattığı hak kayıplarını, insanların bir devletin vatandaşı olmakla elde ettikleri “kazanımlardan yoksunluk” olarak ifade edebiliriz. Ne yazık ki kadim bir vatandaşlık hukuku sorunu olan vatansızlık, kuşaktan kuşağa aktarılmaya devam eden ve gelecek nesilleri olumsuz etkileyen “kötü bir uygulama örneği” olarak belirginleşmektedir.

Vatandaşlık esasen kişiye “haklara sahip olma” hakkı verdiğinden, vatandaşlıktan yoksun bırakmayla birlikte kişinin vatandaşlık bağı sayesinde kullanabileceği birçok hak kullanılamaz hale gelecektir. Bu durumdan söz konusu kişinin eşi, çocukları, ailesi ve akrabaları ile arkadaşları ve komşuları gibi çok daha geniş bir çevre olumsuz etkilenebilecektir. Yoksun bırakmanın özellikle “sistemik bir grubu” hedef alması durumundaysa, ülkede ayrımcılık ve kutuplaşmanın derinleşmesi, vatandaşlık sistemine duyulan güven duygusunun kaybolması ve “korku toplumu”nun oluşması gibi süreçler diğer sonuçlara eşlik edilecektir.

Vatansız kılınmanın, hakkında karar alınan kişinin toplumun dışına itilmesi ve toplumsal yalnızlığa terk edilerek hukuki bir arafta bırakılması gibi sosyolojik açıdan da riskli yönleri ve olumsuz sonuçları mevcuttur. Arendt, kendisini üyeliğe kabul edecek bir devlet bulunamayan bu söz konusu durumu ulus devlet sorgulaması yaparak eleştirmektedir. Ona göre ulus devletler, “beşeriyetten tamamen çıkarılmakla özdeş” nitelikte alınan kararlarla beraber kişinin yurdunun ve siyasi statünün yitirilmesi ve “yeryüzünün posası” konumuna sürüklenmesini göz ardı etmeyi bırakmalıdır. Bu noktada devletler Du Bois’in ifadesiyle, “*Bir problem olmak nasıl bir his?*” ve “*Tanrı beni kendi evimde neden bir parya ve bir yabancı olarak yarattı?*” sorularıyla beraber vatansız kılınan kişilerin sosyopsikolojik durumunu dikkate almalı, Howard’ın yaklaşımıyla “insana yakışan bir hayat sürme” veya “insani kalma” ve “ad-olmayan ad olmaktan” kurtulup “kendi adına kavuşma” talepleri dikkate alınmalıdır. Bauman’ın ifadesiyle, mo-

dern çağda kitlesel göçlerin “ihtiyaç dışı insanlar” üreten fabrikalar gibi etki gösterdiği süreç göz ardı edilmemelidir. Bu kapsamda, küresel ölçekte giderek büyüyen bir sorun haline gelen vatansızlıkla daha etkin mücadele edilmelidir.

Tüm bu hususlar birlikte ele alındığında; vatandaşlıktan yoksun bırakma, ortaya çıkardığı hukuki, fiili ve sosyolojik sonuçlar itibariyle oldukça tehlikeli bir yasal araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada, vatandaşlıktan yoksun bırakmanın bir sonucu olarak vatansızlığın ve vatandaş olmayanların haklara erişiminin sanıldığından çok daha “karmaşık ve derinlikli” olduğu anlaşılmıştır. Ayrıca, vatansızların insan haklarının sorunlarını çözüme kavuşturmada atılan adımların yetersiz olduğu kanısına varılmıştır. Dolayısıyla mevcut hukuki ve yapısal durumun vatansızların geleceği açısından sürdürülebilir olmadığı vurgulanmaktadır.

Bahsi geçen sonuç ve risklerin önlenmesi ve vatansızlıkla daha etkin mücadele edilmesi için devletlerin vatandaşlıktan yoksun bırakmada gözetmesi gereken insan hakları ilkelerini benimsemesi önem arz etmektedir. Bunun için idari ve yasama organlarının yanı sıra mahkemelere de büyük görev düşmektedir. Vatandaşlıktan yoksun bırakma konusunda verilecek kararın hukukilik denetiminde mahkemeler, her davanın somut koşullarını da dikkate alarak; alınan kararın keyfi olup olmadığı, başvuru için bunun sonuçlarının ne olduğu, kararın kanuni dayanağının olup olmadığı, meşru bir amaç taşıyıp taşımadığı ve amaca ulaşmanın en az müdahaleci yolunun kullanılıp kullanılmadığı, kararın ayrımcılık saikiyle alınıp alınmadığı, kararın korunan menfaat ile orantılı olup olmadığı ve gerekli tüm tedbirlerin alınarak son çare olarak başvurulup başvurulmadığı, geri gönderme yasağı, özel ve aile hayatına saygı hakkı gibi insan haklarının ihlal edilip edilmediği gibi hususları detaylıca ele almalıdır. Böylelikle, keyfilik önlenilecek ve hukukun üstünlüğü ile adalet vatandaşlık hukukunun pratiğe yansımada başat rol oynayabilecektir.

Son olarak, tüm bireylerin vatandaşlığının bulunduğu bir dünyanın, vatansız kişiler kadar, bir gün vatansız kalma endişesi duyan insanların da bir beklentisi olduğu belirtilmelidir. Bu beklentinin yanında söz konusu çalışmanın; “kafalarımızın içinde yarattığımız sınırların kaldırılması” ve “bir arada yaşama kültürünün” yayılmasında ufak da olsa bir adım niteliğinde olması umulmaktadır.

Şüphesiz en büyük kazanım; “ihtiyaç dışı insanlar”, “yeryüzünün posaları”, “yersiz-yurtsuzlar”, “uluslararası göçmenler”, “vatansızlar”, “vatandaş olmayanlar”, “ötekiler”, “bizim dışımızdakiler”, “yabancılar” ve “bizden farklı yabancılar” gibi nitelendirmelerden vareste bir biçimde kişilerin “kendimize eşit bireyler” olarak algılanması ve üretilen tüm bu nitelendirmelerin olası muhatabı/adayı bir evrende yaşadığımızın farkında olunmasıdır.

KAYNAKÇA

- Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 9214/80; 9473/81; 9474/81, K.T. 28.5.1985.
- Achiron, Marilyn** (2005) *Nationality and Statelessness: A Handbook for Parliamentarians*, 1. Baskı, Cenevre, BMMYK Yayını.
- Alibaba, Arzu** (2021) *Vatandaşlık Hakkı ve Vatandaşlığın Kazanılmasında ve Kaybında İnsan Hakları*, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Aolain, N. Fionnuala** (2020) *Principles on Deprivation of Nationality as a National Security Measures*, 1. Baskı, The Hague, Institute on Statelessness and Inclusion Yayını.
- Arendt, Hannah** (1998) *Totalitarizmin Kaynakları-2 Emperyalizm*, (Çeviren: Şener, B. Sina), 6. Baskı, İstanbul, İletişim Yayıncılık.
- Asar, Aydoğın** (2022) *Vatansızlık: Uluslararası Temel Belgelerde Vatansız Kişiler ve Hakları*, 1. Baskı, Ankara, GAV Perspektif Yayınları.
- Avrupa Konseyi** (1997) *Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi*, Strazburg, 6 Eylül 1997 tarih ve 166 sayılı karar.
- Avrupa Konseyi** (1997) *Explanatory Report to the European Convention on Nationality*, 1. Baskı, Strazburg, Avrupa Konseyi Yayını.
- Avrupa Konseyi** (2019) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi: Özel Hayata ve Aile Hayatına, Konuta ve Haberleşmeye Saygı Hakkı*, 1. Baskı, Strazburg, Avrupa Konseyi Yayını.
- Aybay, Rona/Özbek, Nimet/Perçin, G. Ersen** (2019) *Vatandaşlık Hukuku*, 1. Baskı, Ankara, Ünal Sevindik Yayınları.
- Aygün Eşitli, Ezgi** (2013) “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C: 1, S: 4, s. 225-246.
- Aziz Turhan Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2012/1269, K.T. 8.5.2014.
- Batchelor, Carol A.** (1998) “Statelessness and the Problem of Resolving Nationality Status”, *International Journal of Refugee Law*, C: 10, S: 1-2, s. 156-182.
- Bauman, Zygmunt** (2017) *Kimlik, Türkçe Söyleyen Mesut Hazır*, 1. Baskı, Ankara, Heretik Yayınları.
- Benhabib, Seyla** (2021) *Ötekilerin Hakları: Yabancılar, Yerliler ve Vatandaşlar*, 5. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları.

- BM Genel Kurulu** (1945) Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, San Francisco, 26 Haziran 1945.
- BM Genel Kurulu** (1948) İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, Paris, 10 Aralık 1948.
- BM Genel Kurulu** (1951) Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme, Cenevre, 22 Nisan 1954 tarih ve 429 (V) sayılı karar.
- BM Genel Kurulu** (1965) Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, San Francisco, 21 Aralık 1965 tarih ve 2106 (XX) sayılı karar.
- BM Genel Kurulu** (1966) Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, San Francisco, 16 Aralık 1966 tarih ve 2200A (XXI) sayılı karar.
- BM Genel Kurulu** (1970) UN General Assembly Resolution 2625, Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations, San Francisco.
- BM Genel Kurulu** (1979) Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, San Francisco, 18 Aralık 1979 tarih ve 34/180 sayılı karar.
- BM Genel Kurulu** (1989) Çocuk Hakları Sözleşmesi, New York, 20 Kasım 1989 tarih ve 44/25 sayılı karar.
- BM Genel Kurulu** (1990) Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, New York, 18 Aralık 1990 tarih ve 45/158 sayılı karar.
- BM Genel Kurulu** (2006) Engelli Kişilerin Haklarına Dair Uluslararası Sözleşme, New York, 13 Aralık 2006 tarihli ve A/RES/61/106 sayılı karar.
- BMİHYK** (2018) Guidance to States on Human Rights-Compliant Responses to the Threat Posed by Foreign Fighters, 1. Baskı, New York, BMİHYK Yayını.
- BMİHYK**, “About Nationality and Human Rights”, t.y., <<https://www.ohchr.org/en/nationality-and-statelessness>> s.e.t. 30.09.2022.
- BMİHYK**, “OHCHR ve Vatandaşlık Hakkı: Vatandaşlık ve İnsan Hakları Hakkında”, t.y., <<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/Nationality.aspx>> s.e.t. 30.04.2022.
- BMMYK** (1997) The State of the World’s Refugees: A Humanitarian Agenda, 1. Baskı, Cenevre, BMMYK Yayını.
- BMMYK** (2007) Resolution adopted by the General Assembly on 19 December 2006, Cenevre, 25 Ocak 2007.
- BMMYK** (2009) Extracts Relating to Nationality and Statelessness from Selected Universal and Regional Human Rights Instruments, 1. Baskı, Cenevre, BMMYK Yayını.

- BMMYK** (2015) *I am Here, I Belong: The Urgent Need to End Childhood Statelessness*, 1. Baskı, Cenevre, BMMYK Yayını.
- BMMYK** (2020) *Guidelines on Statelessness No. 5: Loss and Deprivation of Nationality under Articles 5-9 of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness*, Cenevre, 1 Mayıs 2020.
- BMMYK** (2021) *Background Note on Discrimination in Nationality Laws and Statelessness*, 20 Ekim 2021, Cenevre.
- BMMYK** (2021) *Global Trends Forced Displacement in 2021*, 1. Baskı, Cenevre, BMMYK Yayını.
- BMMYK**, “Vatansızlığın Sonlandırılması”, t.y., <<https://www.unhcr.org/tr/vatansizligin-sonlandirilmasi>> s.e.t. 30.09.2022.
- Bozkurt, Enver/Kanat, Selim/Bektaş, Sezercan** (2021) *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- D. H. ve Diğerleri v. Çek Cumhuriyeti Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 57325/00, K.T. 13.11.2007.
- De Souza Ribeiro v. Fransa Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 22689/07, K.T. 13.12.2012.
- Du Bois, W. E. Burghardt** (2021) “Siyahi İnsanların Savaşmaları”: Ünsaldı, Levent (Derleyen), *Yabancı: Bir İlişki Biçimi Olarak Ötekilik*, 2. Baskı, Ankara, Heretik Yayıncılık.
- Erdem, Bahadır** (2013) *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- European Network on Statelessness**, Basın Bülteni, “What happens to people with no nationality in a public health crisis?”, 1 Nisan 2020, <https://www.statelessness.eu/resources/what-happens-people-no-nationality-public-health-crisis?mc_cid=9467b42269&mc_eid=e49b4558ed>, s.e.t. 30.05.2022.
- Evans, Brad/Bauman, Zygmunt**, *The New York Times*, “The Refugee Crisis is Humanity’s Crisis”, 2 Mayıs 2016, <<https://www.nytimes.com/2016/05/02/opinion/the-refugee-crisis-is-humanity-crisis.html>> s.e.t. 30.04.2022.
- Genovese v. Malta Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 53124/09, K.T. 11.10.2011.
- Haas, Hein De/Castles, Stephen/Miller J. Mark** (2022) *Göçler Çağı: Modern Dünyada Uluslararası Nüfus Hareketleri*, 1. Baskı, Ankara, GAV Perspektif Yayınları.
- Hoti v. Hırvatistan Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 63311/14, K.T. 26.7.2018.
- Howard, Katherine** (2017) “The ‘Right to Have Rights’ 65 Years Later: Justice Beyond Humanitarianism, Politics Beyond Sovereignty”, *The Journal of Global Justice Theory Practice Rhetoric*, C: 12, S: 1, s. 79-98.

- Human Rights Committee** (1986) General Comment No. 15 (The Position of Aliens under the Covenant), 11 Nisan 1986, Cenevre.
- Jaghai, Sangita** (2017) Citizenship Deprivation, (Non) Discrimination and Statelessness: A Case Study of the Netherlands, 1. Baskı, Tilburg, The Institute on Statelessness and Inclusion Yayınları.
- K2 v. Birleşik Krallık Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 42387/13, K.T. 7.2.2017.
- Karan, Ulaş** (2015) “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, C: 31, S: 1, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 235-306.
- Karashev v. Finlandiya Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 31414/96, K.T. 12.1.1999.
- Maher, Shriaz**, Twitter, “Stripping people of their citizenship makes the chances of prosecution - and therefore justice - much more unlikely. It also means a loss of control, we don’t know where these people are or what they’re up to”, 9 Ağustos 2018, <<https://twitter.com/ShirazMaher/status/1027534045184487425>> s.e.t. 30.06.2022.
- Nahmias, Petra**, BMMYK Blogs, “Better statistics to help end statelessness”, 21 Ocak 2020, <<https://www.unhcr.org/blogs/better-statistics-to-help-end-statelessness/>> s.e.t. 30.04.2022.
- Naït-Liman v. İsviçre Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 51357/07, K.T. 15.03.2018.
- Nomer, Ergin** (2012) Türk Vatandaşlık Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Nottebohm Liechtenstein v. Guatemala Davası**, International Court of Justice, K.T. 06.04.1955, International Court of Justice Reports.
- Nuhoğlu Soysal, Yasemin** (2021) Vatandaşlığın Sınırları Avrupa’daki Göçmenler ve Ulus-Ötesi Üyelik, Çeviren: Ezgi Su Dağabak, 1. Baskı, İstanbul, GAV Perspektif Yayınları.
- O’Donoghue ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 34848/07, K.T. 14.12.2010.
- Okpiz v. Almanya Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 59140/00, K.T. 15.2.2006.
- Open Society Justice Initiative** (2015) Citizenship and Equality in Practice: Guaranteeing Non-Discriminatory Access to Nationality, Protecting the Right to be Free from Arbitrary Deprivation of Nationality, and Combating Statelessness, 1. Baskı, New York.
- Özel, Soli** (2007) “Küreselleşme Döneminde Vatandaşlık”, Anayasa Yargısı Dergisi, C: 23, S: 1, s. 577-583.
- Özer, Yeşim** (2015) Uluslararası Göç ve Yabancı Düşmanlığı, İstanbul, Derin Yayınları.

- Paulussen, Christophe** (2018) *Countering Terrorism Through the Stripping of Citizenship: Ineffective and Counterproductive*, 1. Baskı, Lahey, The International Centre for Counter-Terrorism (ICCT) Yayınları.
- Ramadan v. Malta Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 76136/12, K.T. 17.10.2016.
- Ranciere, Jacques** (2007) *Siyasalın Kıyısında*, (Çev. Aziz Ufuk Kılıç), 1. Basım, İstanbul, Metis Yayıncılık.
- Reed, Alastair/Zuijdewijn, D. R.V.Jeanine/Bakker, Edwin** (2015) *Pathways of Foreign Fighters: Policy Options and Their (Un) Intended Consequences*, 1. Baskı, Lahey, ICCT Yayınları.
- Rottmann v. Freistaat Bayern Başvurusu**, ABAD, Başvuru No: C-135/08 [2010] ECR I-01449, K.T. 02.03.2010.
- Rumyana V. Ark** (2018) *Incitement to Terrorism - Treating the Symptoms or Addressing the Causal Malady?*, 1. Baskı, Lahey, ICCT Yayınları.
- Schütz, Alfred** (2021) “Yabancı: Bir Sosyal Psikoloji Makalesi”: Ünsaldı, Levent (Derleyen), *Yabancı: Bir İlişki Biçimi Olarak Ötekilik*, 2. Baskı, Ankara, Heretik Yayıncılık.
- Serap Tortuk Başvurusu**, AYM, B. No: 2013/9660, Karar T. 21/1/2015.
- Simmel, Georg** (2021) “Yabancı”: Ünsaldı, Levent (Derleyen), *Yabancı: Bir İlişki Biçimi Olarak Ötekilik*, 2. Baskı, Ankara, Heretik Yayıncılık.
- TİHEK** (2022) *Sığınmacılar ve Düzensiz Göçmenlere Yönelik Geri İtme Eylemlerinin İnsan Hakları Perspektifinden Değerlendirilmesi Raporu*, Ankara, TİHEK Yayınları.
- Timishev v. Russia Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 55762/00, K.T. 13.12.2005.
- Trimbach J. David/Reiz, Nicole** (2018) *Unmaking Citizens: The Expansion of Citizenship Revocation in Response to Terrorism*, 1. Baskı, New York, CMS Yayınları.
- Tuğba Arslan Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2014/256, K.T. 25.6.2014.
- Tümay, Murat** (2009) “Restrictions on the Fundamental Rights in the Strasbourg and Turkish Legal Orders”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 17, S: 2. s. 85-128.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi** (1961) *Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun*, Resmî Gazete Tarihi: 02.05.1961, Resmî Gazete Sayısı: 10796.
- UN Human Rights Council** (2009) *Human Rights and Arbitrary Deprivation of Nationality*, Tenth Session, Resolution 10/13, Cenevre, 26 Mart 2009.
- UN Human Rights Council** (2014) *Human Rights and Arbitrary Deprivation of Nationality*, Resolution 26/14, Cenevre, 11 Temmuz 2014.

- UN Human Rights Council** (2015) Impact of the Arbitrary Deprivation of Nationality on the Enjoyment of the Rights of Children Concerned, and Existing Laws and Practices on Accessibility for Children to Acquire Nationality, Inter Alia, of the Country in which they are Born, If they Otherwise Would be Stateless Report of the Secretary-General, 1, Baskı, Cenevre, UN Human Rights Council Yayını.
- UN Secretary-General** (1952) The Problem of Statelessness: Consolidated Report by the Secretary-General, Nationality Including Statelessness, Cenevre, 26 Mayıs 1952.
- UN Secretary-General** (2009) Human Rights and Arbitrary Deprivation of Nationality: Report of the Secretary-General, Cenevre, 14 Aralık 2009.
- Willis v. Birleşik Krallık Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 36042/97, K.T. 11.6.2002.
- World Conference on Human Rights in Vienna** (1993) Vienna Declaration and Programme of Action, Viyana, 25 Haziran 1993.
- Yazar, Ertuğrul** (2017) “Sığınmacı ve Mültecilerin Hak ve Özgürlüklerinin Güvenlik Kapsamında Değerlendirilmesi”, (Yüksek Lisans), Polis Akademisi, Güvenlik Bilimleri Enstitüsü.
- Yazar, Ertuğrul** (2021) İnsan Hakları Bağlamında Avrupa’da Yabancı Terörist Savaşçılar, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Yazar, Ertuğrul** (2022) “Mültecilerin İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 3, S: 1, s. 313-350.

ÖZEL HUKUK

ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNDE VATANDAŞLIK MESELESİNE (YENİDEN) BAKIŞ:

Serafin Garcia Armas v Venezuela^(*)

Öğr. Gör. Dr. Aysun BOLACA^(**)

ÖZET

Uluslararası yatırım tahkiminde yatırımcının vatandaşlığının tespiti kritik bir öneme sahiptir. Çünkü tahkimin kalbi olan yetki meselesi, vatandaşlık esasına göre saptanır. Yatırımcının, iki taraflı veya çok taraflı uluslararası yatırım antlaşmalarında kararlaştırılan koruma standartlarından yararlanabilmesi ve söz konusu koruma standartlarının ihlali durumunda yatırıma ev sahipliği yapan Devlete karşı tahkim yargılamasına başvurabilmesi için ise ‘yabancı’ olma niteliğini haiz olması gerekmektedir, bir diğer ifadeyle, yatırımcının yatırım yaptığı devletin vatandaşı olmaması şartı gözetilir. Uygulamada, yatırımcının aynı zamanda iki veya daha fazla vatandaşlığa sahip olduğu durumlarda uluslararası yatırım tahkimine ilişkin bazı soru(n)larla karşılaşabilmektedir. Örneğin yatırıma ev sahipliği yapan Devletin de vatandaşlığını taşıyan yabancı yatırımcının (çifte vatandaşlığı bulunması durumunda), ilgili yatırım antlaşmasına dayanarak kendi devletine karşı uluslararası tahkim prosedürünü başlatıp başlatamayacağı meselesi bu soru(n)ların başında gelmektedir.

Bu çalışma, antlaşma-temelli yatırım tahkiminde çifte vatandaşlığa sahip yatırımcının kendi devletine karşı tahkim prosedürünü başlatmasına geçit veren (yayınlanmış) ilk uluslararası tahkim kararını, *Serafin Garcia Armas v Venezuela*, inceleyecek ve bu kararın uluslararası yatırım tahkimi bakımından önemini, sonucunu ve gelecekteki tahkim uyumsuzluklarına ilişkin verilecek kararlar üzerindeki olası etkilerini tartışacaktır.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Tahkim, Uluslararası Antlaşma, Yatırım, İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları, Çifte Vatandaşlık.

(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1183523 - Geliş Tarihi: 03.10.2022 - Kabul Tarihi: 26.11.2022.

Bu çalışma, 27 Mayıs 2022 tarihinde Türk Tahkim Akademisi ve Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Uluslararası Tahkim Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından ortaklaşa düzenlenen “Tahkimde Güncel Sorunlar V” isimli sempozyumda tebliğ olarak sunulmuş; bazı ilavelerle son halini almıştır.

(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı,

E-posta: abolaca@ybu.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-1184-8774>.

NATIONALITY OF INVESTOR IN INVESTMENT ARBITRATION REVISITED:

Serafin Garcia Armas v Venezuela

ABSTRACT

Determining the nationality of an investor plays a critical role in international investment arbitration. This is because, jurisdictional matters - the heart of arbitration have been determined on the basis of nationality. In order for the investor to benefit from the protection standards agreed in international (bilateral or multilateral) investment agreements and to apply arbitration against the host State in case of any violations; the claimant/ investor must be a 'foreign' investor as a general rule. In instances, where the investor has two or more nationalities at the same time, some serious arbitration-related concerns/questions can come to the fore. For instance, can a foreign investor, who has the nationality of the host State, initiate an arbitration procedure against her or his own State through the relevant investment agreement?

This study will examine the very first international (published) award, *Serafin Garcia Armas v Venezuela*, which allows the investors with dual nationals to initiate the arbitration against their own State in investment treaty arbitration and will discuss the importance and potential impact of this award on future arbitral tribunals while rendering investment awards.

Keywords

International Arbitration, International Investment Agreements, Investment, Investor, BITs, Dual Nationality.

GİRİŞ

Uluslararası (ikili ya da çoklu) yatırım antlaşmalarının akdedilmesinin ardından yatan temel motivasyonlardan biri uluslararası piyasalarda para ve yabancı yatırım akışını sağlamak iken; bir diğeri de yatırımı teşvik ederek yabancı yatırımı ve yabancı yatırımcıyı korumaktır. Yatırımcının, bu tür antlaşmaların sağladığı korumadan yararlanabilmesi için aranan öncelikli şart ise ‘yabancı’, bir diğer ifadeyle ‘vatandaş olmama’, niteliğini haiz olmasıdır. Yatırımın yapıldığı Devlet vatandaşı için söz konusu koruma, doğal olarak, uygulama alanı bulmayacaktır.

Yatırımcının yabancılik vasfının taşıdığı kritik önem sebebiyle, uluslararası (yatırım) tahkim(i) yargılamasında hakem heyetinin öncelikli görevi: Yatırım uyuşmazlığının taraflarından biri olan ‘yatırımcı’nın vatandaşlığına ilişkin tespitte bulunmaktır. Hakem heyetinin söz konusu tespitinde ise yatırımcının milli hukuku, yani yatırımcının vatandaşlığını taşıdığı devletin kendi iç hukuku, belirleyen olacaktır. Yatırımcının aynı zamanda iki veya daha fazla vatandaşlığa sahip olduğu durumlar ise yatırım tahkiminde bazı sorunlara kapı aralamakta - örneğin, yatırıma ev sahipliği yapan Devletin de vatandaşlığını taşıyan yabancı yatırımcının (çifte vatandaş) ilgili yatırım antlaşmasına dayanarak ev sahibi Devlete karşı tahkim prosedürünü başlatıp başlatamayacağı meselesidir. Bu kapsamda, yatırım tahkiminde sıklıkla başvuru yapılan enstrüman olan ICSID Konvansiyonu; gerçek kişi-yatırımcının Konvansiyona taraf devlet vatandaşı olması yanı sıra yatırıma ev sahipliği yapan Devletin vatandaşı olmaması gerekliliğini hüküm altına almıştır.¹ Aksi takdirde çifte vatandaşlığa sahip yatırımcının tahkim başvurusu yetki bakımından ret ile sonuçlanacaktır. Uygulamada, çifte vatandaşlığa ilişkin açık hüküm bulunduran yatırım antlaşmaları olduğu gibi konu hakkında sessiz kalan birçok yatırım antlaşması da mevcuttur. Çifte vatandaşlığa ilişkin hüküm barındırmayan bu tarz antlaşmalarda, ICSID tahkimine başvuru mecburi değilse ya da tek yol değilse; meselenin çözümü hakem heyetlerinin takdirine bırakılmıştır.²

¹ Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon (**ICSID Konvansiyonu**), RG 06.12.1988/20011, md.25/2 (a).

² Bkz. İspanya - Venezuela İkili Yatırım Antlaşması (1995), *Serafin Garcia Armas and Karina Garcia Gruber v. Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Dava No. 2013-3, (UNCITRAL [yetkiye ilişkin] *ad-hoc* tahkim kararı, 15 Aralık 2014); Fransa - Mauritius İkili Yatırım Antlaşması

Bu çalışma, öncelikle, antlaşma-temelli-yatırım tahkiminde çifte vatandaşlığa yeşil ışık yakan (yayınlanmış) ilk uluslararası tahkim kararını, *Serafin Garcia Armas v Venezuela*³, mercek altına alacak, söz konusu kararda hakem heyetinin yetkiye ilişkin değerlendirmesini ve gerekçelerini inceleyecektir. Yatırımcı lehine sonuçlanan bu kararın ardından çifte vatandaşların vatandaşı olduğu Devlete karşı başlattığı tahkimde ciddi oranda bir artış gözlenmiş ve konuya ilişkin tartışmaları yeniden alevlendirmiştir. Bu tartışmalar devam ederken yatırıma ev sahipliği yapan Devlet/Venezuela da Paris Temyiz Mahkemesi'ne UNCITRAL tahkim kararının iptali için başvuruda bulunmuş ve temyiz yargılaması kararın iptali ile neticelenmiştir.⁴

Bu netice üzerinden ilerleyerek, söz konusu çalışma, *Serafin Garcia Armas v Venezuela* kararının tahkim mahkemeleri tarafından ne ölçüde dikkate alınacağı hususunu ve çifte vatandaşlığa ilişkin açık hüküm barındırmayan Yatırım Antlaşmaları (ICSID tahkimi zorunlu değilse) aracılığıyla başlatılan tahkimde, tahkim yeri hukukunun Paris olarak belirlenmesinin yaratabileceği olası sonuçları irdeleyecek; halihazırdaki ikili yatırım antlaşmaları ve yeni akdedilecek olanlar için vatandaşlık meselesine ilişkin bazı çözüm önerileri sunacaktır.

I. ULUSLARARASI ANTLAŞMA-TEMELLİ YATIRIM TAHKİMİNDE VATANDAŞLIK KAVRAMI

Uluslararası hukukta vatandaşlık, gerçek kişi ile devlet arasındaki siyasi ve hukuki bağa işaret eder.⁵ Konuya ilişkin Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi de

(1973), *Dawood Rawat v the Republic of Mauritius*, PCA Dava No. 2016-20, (UNCITRAL [yetkiye ilişkin] *ad-hoc* tahkim kararı, 6 Nisan 2018); Rusya - Fransa İkili Yatırım Antlaşması (1989), *Sergei Viktorovich Pugachev v. The Russian Federation* (UNCITRAL [yetkiye ilişkin] *ad-hoc* Tahkim Kararı, 18 Haziran 2020).

³ *Serafin Garcia Armas and Karina Garcia Gruber v. Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Dava No. 2013-3, (UNCITRAL *ad-hoc* tahkim [nihai] kararı, 26 Nisan 2019), *bkz.* <<https://www.italaw.com/cases/2869>> s.e.t. 01.08.2022.

⁴ Judgment of Paris Court of Appeal (Paris Temyiz Mahkemesi Kararı, 3 Haziran 2020), *bkz.* <<https://www.italaw.com/cases/2869>> s.e.t. 01.08.2022.

⁵ “**Tabiiyet**, gerçek kişi, tüzel kişi ve şeylerin (deniz gemileri ve hava araçları), **vatandaşlık** ise, sadece gerçek kişilerin bir devletle olan siyasi ve hukuki bağı...” *bkz.* **Güngör, Gülin** (2018) *Tabiiyet Hukuku: Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler - Şeyler*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, s. 1 vd.; **Doğan, Vahit** (2015) *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 12. Tıpkı Basım, Savaş Yayınevi, s. 5.

(madde 2) vatandaşlığı, kişi ile devlet arasındaki “hukuki bağ” olarak tanımlanmaktadır.⁶ Bir devletin vatandaşlığını haiz olmak ya da bir devletin vatandaşlığından keyfi olarak mahrum bırakılmamak en temel insan haklarından biridir.⁷

Uluslararası yatırım tahkiminde de vatandaşlık meselesi kritik bir öneme sahiptir.⁸ Yatırımcının, ikili ve/ya çoklu uluslararası yatırım antlaşmalarında ihdas edilen koruma standartlarından yararlanabilmesi için ‘yabancı yatırımcı’ olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.⁹ Bu nitelendirme yatırımın yapıldığı devletin vatandaşı olmamak şeklinde de yapılabilir. Fakat uygulamada tüzel kişi yatırımcı için bu gerekliliğe istisna getirilen haller mevcuttur. Örneğin ICSID Konvansiyonu’na göre tüzel kişi yatırımcı, yatırıma ev sahipliği yapan Devletin tabiiyetinde olsa bile bazı durumlarda yine yabancı yatırımcı olarak kabul görmektedir.¹⁰ Bir başka ifadeyle, eğer bu tüzel kişi yabancı kontrolündeyse ve bu yabancıların vatandaşı olduğu devlet ile yatırıma ev sahipliği yapan devlet arasında söz konusu tüzel kişinin yabancı yatırımcı sayılacağı yönünde bir anlaşma varsa, bu tüzel kişi de yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkta ICSID’e başvuru imkanını haiz olacaktır.¹¹

⁶ European Convention on Nationality (ETS No. 166), Strasbourg, 06.11.1997. Sözleşme metni için bkz. <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=166>> s.e.t. 01.08.2022.

⁷ İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi (10 Aralık 1948), md. 15.

⁸ **Demirkol, Berke** (2015) “Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde “Etkin Vatandaşlık” Sorunsalı”, Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi S: 2, s. 159- 193, s. 172: “Uluslararası hukukta gerçek kişinin vatandaşlığının tespitinin önem arz ettiği alanlardan biri de uluslararası yatırım tahkimidir. Uluslararası yatırım hukukunda bir yandan uluslararası hukuk koruması, öte yandan da uluslararası tahkimin yetkisi vatandaşlık esasına göre belirlenmektedir.”

⁹ Uluslararası yatırım antlaşmalarında yer alan söz konusu yatırımı ve yatırımcıyı koruma standartlarından ancak o antlaşmayı akdeden devletin vatandaşları yararlanabilecektir. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Dolzer, Rudolf/ Schreuer, Christoph** (2012) Principles of International Investment Law - Second Edition, Oxford University Press, s. 44-47.

¹⁰ **ICSID Konvansiyonu** md.25/2 (b).

¹¹ **Demir, Işıl Egemen** (2013) “Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Halli Merkezi (ICSID) Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki -Jurisdictio Rationae Personae-” (Doktora) İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, s. 128 vd.

Devletler tarafından akdedilen modern yatırım antlaşmaları ana-akım bir pratik haline gelmeden önce uluslararası hukukta yabancı yatırımcının doğrudan yatırıma ev sahipliği yapan Devlete karşı işletebileceği herhangi bir yasal mekanizma mevcut değildi; yatırıma ilişkin bir uyuşmazlık ortaya çıktığında yalnızca devletler bu uyuşmazlığın çözümünde aktif rol üstlenebilmekteydi ve bu hususta ‘Uluslararası Diplomatik Koruma’ mekanizması devletlerin yardımına koşmaktaydı.¹²

Fakat özellikle ‘İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları’nın¹³ uluslararası arenada akdedilmeye başlanması ve bunun da yaygınlaşması ile gerek gerçek kişi gerekse de tüzel kişi yatırımcı, yatırıma ev sahipliği yapan Devlete karşı, bizzat kendisi, harekete geçebilme imkanını yakaladı. Bir başka ifadeyle, yabancı yatırımcı, son yıllarda literatürde popülerite kazanan tahkim prosedürünü başlatıp ilgili yatırım antlaşmasında yer alan koruma standart(lar)ının ihlal edildiğini ileri sürerek bunun telafisini talep edebilmektedir. Davacı-yatırımcının bu imkandan yararlanabilmek için yatırıma ev sahipliği yapan Devlet dışında bir devletin vatandaşı olması gerekliliği daha evvel vurgulanmıştı. Uygulamada, yatırımcının vatandaşlığının tespitinden kaynaklanan sorunlar sıklıkla gündeme gelmektedir. Gerçek kişi-yatırımcının vatandaşlığını tespit etme yol gösterici olan hukuk da, hiç şüphesiz, kişinin milli hukuku/ vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devletin kendi iç hukukudur.¹⁴

¹² “Yatırım Tahkiminin Tarihsel Gelişim Süreci” hakkında *bkz.* **Çal, Sedat** (2009) Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, Seçkin Yayıncılık, s. 215- 223; **Pietro, Domenico Di/ Cheung, Kevin** (2021) “The Definition of Investor in Investment Treaty Arbitration: Overview of Common Issues in the Context of the ICSID Convention”: Chaisse, Julien/Choukroune, Leila/Jusoh, Sufian (Editörler), Handbook of International Investment Law and Policy, Springer, s. 46-47.

¹³ ‘Bilateral Investment Treaties’ (‘BITs’). Bugüne dek akdedilmiş İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları hakkında istatistiki bilgiye ulaşmak için *bkz.* UNCTAD, Investment Policy Hub, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> son erişim tarihi: 01.08.22.

¹⁴ **Dolzer/Schreuer**, s. 45; **McLachlan, Campbell/ Shore, Laurence/ Weiniger, Matthew** (2007) International Investment Arbitration - Substantive Principles, Oxford University Press, s. 161.

II. ÇİFTE VATANDAŞLIK MESELESİ VE TAHKİM MAHKEMELERİNİN KONUSYA İLİŞKİN YAKLAŞIMI

Uluslararası hukukta, kişinin aynı zamanda iki veya daha fazla vatandaşlığa sahip olması da sıklıkla rastlanan durumlardan biridir. Fakat, uluslararası yatırım tahkimi bağlamında bu durum bazen sorun teşkil edebilmektedir. Örneğin gerçek kişi yatırımcı bakımından, iki veya çoklu vatandaşlık halinde, hangi vatandaşlığın dikkate alınacağı meselesi bu sorunun merkezinde yer almaktadır.¹⁵ Daha da somutlaştırmak gerekirse; yabancı yatırımcı aynı zamanda yatırıma ev sahipliği yapan Devletin (host State) vatandaşlığını da taşıyor ise bu (ev sahibi) devlete karşı yatırım antlaşmasına dayanarak tahkim prosedürünü işler kılabilir mi?¹⁶ İşte bu soruya verilecek cevap uygulamada esaslı bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Devletlerin, uluslararası yatırım antlaşmalarında, kimi zaman, bu konuyu düzenlemekten yana bir tutum sergilediğini söyleyebiliriz: Yatırım antlaşmalarına, yatırımcının ikili veya çoklu vatandaşlığına ilişkin koydukları ‘açık’ bir hükümle yaşanabilecek olası problemlerin önüne geçmektedir. Örneğin Romanya ve Kanada arasında akdedilen iki taraflı yatırımların korunması ve teşvi-ki antlaşmasında, yatırımcı; “Romanya Hukukuna göre Romen vatandaşlığını

¹⁵ Tüzel kişi-yatırımcı bakımından ise vatandaşlığın, daha yerinde bir ifadeyle, “tabiiyetin” tespiti-nde hangi ölçütün esas alınacağı meselesi uygulamada ciddi sorunlar doğurmaktadır. ‘Kuruluş yeri sistemi’, ‘kontrol sistemi’ veya ‘merkez yeri sistemi’ uluslararası yatırım antlaşmalarında tüzel kişi yatırımcının tabiiyetini belirlemede sıklıkla başvurulan ölçütlerdendir. *bkz. McLachlan/ Shore/ Weiniger*, s. 142; *Zenginkuzucu, Dikran Migirdiç* (2012) “Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)’nin Kuruluşu ve İşlevi” (Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı, s. 117-121; *de Stefano, Carlo* (2021) “The Nationality of Natural and Juridical Persons in International Investment Law” s. 59-80: Gomez, Katia Fach (Editör), *European Yearbook of International Economic Law - Special Issue: Private Actors in International Investment Law*, Springer, s. 69-75. (Çalışma, gerçek kişi-yatırımcı bakımından vatandaşlık meselesini ele almaktadır. Tüzel kişi-yatırımcının vatandaşlığı hususuna ilişkin detaylar kapsam dışıdır.)

¹⁶ Konu hakkında detaylı *bkz. Olmedo, Javier Garcia* (2017) “Claims by Dual Nationals Under Investment Treaties: Are Investors Entitled to Sue Their Own States?”, *Journal of International Dispute Settlement*, C: 8, S: 4, s. 695- 727.

haiz ve Kanada vatandaşlığını taşımayan gerçek kişi” olarak tanımlanmıştır.¹⁷ İsviçre ve Mısır arasında akdedilen İki Taraflı Yatırım Antlaşması da, gerçek kişi yatırımcıyı tanımlarken “iki akit devletin vatandaşlığını birlikte taşıyan” kimse-leri kapsam dışı bırakmıştır.¹⁸

Yine konuya ilişkin ICSID Konvansiyonu, bu meseleyi (çifte vatandaşlık) ihtiva ettiği bir hükümlerle (madde 25/2 (a)) kristalize etmiştir. Konvansiyon, gerçek kişi-yatırımcı için Konvansiyona taraf devlet vatandaşı olma şartını ileri sürdükten hemen sonra yatırıma ev sahibi Devlet vatandaşı olmama gerekliliğinin de altını açıkça çizmiştir. Bu iki kıstası da aynı anda sağlamayan çifte vatandaşlığı haiz yatırımcının tahkim başvurusu yetki bakımından - ‘*ratione personae*’¹⁹ ret olunacaktır. Nitekim *Champion Trading v. Mısır* kararında, ICSID Hakem Heyeti de, 25. maddeye referansla “çifte vatandaşların, aynı zamanda vatandaşı oldukları yatırıma ev sahibi Devlete karşı Konvansiyon kapsamındaki korumayı talep edemeyeceklerine” hükmetmiştir.²⁰

Yukarıda da bahsi geçtiği üzere ICSID Konvansiyonu gibi çifte vatandaşlığa ilişkin açık hüküm bulduran başkaca uluslararası yatırım antlaşmaları olduğu gibi konu hakkında sessiz kalan birçok yatırım antlaşması da mevcuttur ve ikincisi uygulamada daha sık karşılaşılan türü teşkil etmektedir. Çifte vatandaşlığa ilişkin açık bir hüküm barındırmamakla birlikte ICSID tahkimine başvuruyu da zorunlu

¹⁷ Kanada - Romanya İki Taraflı Yatırım Antlaşması (1996), madde 1 (g). Antlaşma metni için bkz. <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/796/canada---romania-bit-1996->> s.e.t. 01.08.22.

¹⁸ İsviçre - Mısır İki Taraflı Yatırım Antlaşması (2010), madde 1 (2). Antlaşma metni için bkz. <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/1407/egypt---switzerland-bit-2010->> s.e.t. 01.08.22.

¹⁹ Uluslararası Yatırım Tahkiminde yetki meselesi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Demir, Işıl Egemen** (2013) “Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Halli Merkezi (ICSID) Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki -Jurisdiction Rationae Personae-” (Doktora) İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı; **Gölcüklü, İlyas** (2018) “ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar”, Public and Private International Law Bulletin C: 38, S: 2, s. 285- 309, s. 299- 301.

²⁰ *Champion Trading Co. v Mısır*, ICSID Dava No. ARB/02/9, Yetki Hakkında Karar, 21.10.2003, 3.4.1.

kılmayan (ya da ICSID tahkimine başvuruyu tek seçenek olarak sunmayan) yatırım antlaşmalarına uygulamada rastlanmaktadır. Çifte vatandaşlığa ilişkin değerlendirme, böyle durumlarda, çözüm mercii olan tahkim mahkemelerinin inisiyatifine bırakılmaktadır. Tahkim mahkemelerinin de bu hususu değerlendirirken farklı yaklaşımlar sergilediğini görmekteyiz: Çifte vatandaşlığa sahip yatırımcının, kendi devletine karşı tahkim iddiası ileri sürüp süremeyeceğine; ilgili/ uygulanabilir uluslararası yatırım antlaşmasını, ilgili/ uygulanabilir tahkim kurallarını ve uluslararası teamül hukukunu inceleyerek karar vermektedir.²¹

ICSID Konvansiyonu haricinde, tahkim yargılamasını düzenleyen diğer kurallarda, çifte vatandaşlığa ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Eğer ilgili yatırım antlaşması aksine bir hüküm barındırmıyorsa; ICSID dışında yürütülen tahkimlerde, çifte vatandaşların (kendi) devletine karşı tahkim başvurusu imkanı ‘kendiliğinden’ devre dışı bırakılmamıştır. (i) Bazı durumlarda, tahkim mahkemeleri, etkin vatandaşlık doktrini ışığında bir değerlendirme yaparak - eğer yatırımcının ‘etkin vatandaşlığı’, ev sahibi Devletin vatandaşlığı değil ise söz konusu tahkim iddiasını kabul edilir bulmaktadır. (ii) Bazı tahkim mahkemeleri ise “etkin ve baskın vatandaşlık” testini dikkate almaksızın çifte vatandaşların kendi devletine karşı antlaşma-temelli yatırım tahkimine başvurusuna geçit vermemektedir. (iii) Yine bir diğer yaklaşım da; tahkim mahkemelerinin, uluslararası yatırım antlaşmasını *lex specialis* kabul ederek (özel/ öncelikli uygulanacak hukuki enstrüman); uluslararası teamül hukuku yerine bu antlaşmaya sadık kalmak yönündedir.²² Bir diğer ifadeyle, eğer ilgili yatırım antlaşmasında çifte vatandaşın kendi devletine karşı tahkim iddiası ileri sürebilmesinin önünde açık bir engel yoksa, hakem heyeti, uluslararası teamül hukukunu referans göstererek yatırımcıyı bu imkandan mahrum bırakmamalıdır.²³ Aşağıda incelenecek tahkim kararı da bu yaklaşımın bir tezahürüdür.

²¹ **Macdonald, Laura P/ O’Reilly, Ronan**, The Law Reviews, (14 Haziran 2022) “The Investment Treaty Arbitration Review: Covered Investors”, <<https://thelawreviews.co.uk/title/the-investment-treaty-arbitration-review/covered-investors#footnote-064-backlink>> s.e.t. 01.08.2022.

²² **Macdonald/ O’Reilly**, “The Investment Treaty Arbitration Review: Covered Investors”.

²³ Farklı yönde *bkz. de Stefano*, s. 77-78: “Yazar, öncelikle uluslararası yatırım hukukunun diplomatik koruma hukukundan bütünüyle bağımsız düşünülmemeyeceğinin; her ikisinin de

III. SERAFIN GARCIA ARMAS V VENEZUELA KARARI

Uluslararası (antlaşma-temelli) yatırım tahkiminde çifte vatandaşlığa geçit veren yayınlanmış ilk tahkim kararı - ‘*Serafin Garcia Armas v Venezuela*’ çalışmanın temel odağını teşkil etmektedir.²⁴ Venezuela devletinin yabancı yatırımı kamulaştırma kararına istinaden davacı yatırımcı(lar),²⁵ İspanya ve Venezuela devletleri arasında akdedilen yatırım antlaşmasına²⁶ dayanarak tahkim prosedürüne başvurur. İlgili antlaşmada, yabancı yatırımcı ICSID tahkimine veya UNCITRAL (1976) kuralları çerçevesinde *ad-hoc* tahkime gidebilme imkanına sahiptir.²⁷ Davacı yatırımcı, ev sahibi Devlete karşı ikinci imkanını kullanarak tahkim yerinin Fransa (Paris) olarak belirlendiği bir tahkim başlatır. Bu antlaşmada çifte vatandaşlığa ilişkin bir hüküm bulunmazken; antlaşmaya taraf devletlerin (İspanya ve Venezuela) diğer devletlerle akdettiği yatı-

uluslararası kamu hukuku şemsiyesi altında yer aldığı ve hatta önemli kesişim noktalarının olduğunun altını çiziyor. Yine gerçek kişi-yatırımcının vatandaşlığını tespit, ‘etkin vatandaşlık’ testine başvurunun zorunlu olmamasına rağmen hakem heyetlerinin kararlarında sıklıkla buna vurgu yaptığna ve çifte vatandaşlık hususunu açıkça düzenleyen yatırım antlaşmalarında da, uluslararası teamül hukukunun bir bileşeni olan ‘etkin ve baskın vatandaşlık’ kuralının benimsendiğine vurgu yapıyor. Dolayısıyla çifte vatandaşlık konusunda sessiz kalan antlaşmalarda, hakem heyetlerinin bu hususu yorumlarken uluslararası teamül hukukuna başvurarak çözümleri gerektiği iddiasındadır - ‘etkin vatandaşlığı’ gözetmeli.” Ayrıca *bkz. Üstün, Esra Yıldız* (2018) *Parallel Proceedings in International Investment Treaty Arbitration*, On İki Levha Yayıncılık, s. 20-26.

²⁴ Söz konusu tahkim kararına ilişkin detaylı analizler için *bkz. Treves, Eva Paloma* (2017) “Investment Treaty Arbitration: Dual Nationals are Now Welcome: A Way Out of ICSID’s Dual Nationality Exclusion”, *International Law and Politics C*: 49, s. 607- 618; *Michalopoulos, Stavros/ Hicks Edward* (2019) “Dual nationality revisited: a modern approach to dual nationals in non-ICSID arbitrations”, *Arbitration International, C*: 35, s. 121-148; *Vijayvergia, Chitransh* (2021) “Dual Nationality of a Private Investor in Investment Treaty Arbitration: A Potential Barrier to the Exercise of Jurisdiction Ratione Personae”, *ICSID Review, C*: 36, S: 1, s. 150- 170.

²⁵ Serafin Garcia Armas ve kızı Karina Garcia Gruber 2001 ve 2006 yıllarında bazı Venezuela şirketlerinde hisse edinirler ve bu esnada da Venezuela vatandaşıdır. İspanyol vatandaşlığını daha sonraki süreçte kazanırlar.

²⁶ İspanya - Venezuela İkili Yatırım Antlaşması (1995), antlaşma metni için *bkz.* <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/2958/spain---venezuela-bolivarian-republic-of-bit-1995->> s.e.t. 01.08.2022.

²⁷ İspanya - Venezuela İkili Yatırım Antlaşması (1995), madde XI.

rım antlaşmalarında konu hakkında açık hükümlerin mevcut olduğu tespit edilmiştir.²⁸

Öncelikle bu tahkim yargılamasında UNCITRAL Hakem Heyeti; söz konusu ikili yatırım antlaşmasında çifte vatandaşlığa ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamasını, “ tarafların, çifte vatandaşın tahkim başvurusuna rıza gösterdiğinin kabulü” şeklinde yorumlamıştır. Hakem Heyeti kararını, uluslararası hukukta uzun zamandır tartışılmalı “etkin vatandaşlık doktrini”ne dayanarak temellendirmeyi reddetmiştir.²⁹ Bu doktrinın çıkış noktası, bilindiği üzere, Uluslararası Adalet Divanı’nın 1955 yılında verdiği *Guatemala v. Liechtenstein* (Nottebohm)³⁰ kararıdır. Divan, bu kararında ‘tabiiyetin/ vatandaşlığın gerçekliği’ ilkesine işaret etmiş ve bunun diplomatik korumaya ilişkin teamül hukukunun bir parçası olduğunu; kişinin, vatandaşlığını taşıdığı devlete ‘gerçek bir bağ’ (‘genuine connection’) ile bağlı olması gerekliliğini ifade etmiştir. Kastedilen gerçek bağ, kişinin ‘en yakın ilişki’ içinde bulunduğu yerin tespiti ile saptanacaktır. Örneğin kişinin yerleşim yeri, menfaatleri, aile bağı, alışkanlıkları, geleceğe yönelik niyetlerinin bulunduğu yer vs.³¹

Yukarıda bahsi geçen tahkim yargılamasında, Venezuela Devleti, etkin vatandaşlık doktrininin uygulanması gerektiği ve vatandaşın kendi devletini ulusla-

²⁸ *Serafin Garcia Armas v. Venezuela*, (UNCITRAL [yetkiye ilişkin] *ad-hoc* tahkim kararı) para. 176-181. Bu tespit şu bakımdan önem arz etmektedir: Hakem heyeti kararında, hem İspanya’nın hem de Venezuela’nın çifte vatandaşlığı koruma kapsamı dışında bıraktığı antlaşmaların varlığına işaret etmiş ve kararını, ‘mevcut antlaşmada (İspanya-Venezuela) çifte vatandaşın başvurusunu engellemek isteselerdi bunu da yine açık bir hükümlerle düzenleme yoluna giderlerdi’ şeklinde gerekçelendirmiştir. **Treves**, s. 612.

²⁹ “Etkin Vatandaşlık Doktrini” hakkında detaylı (güncel) değerlendirme için *bkz. Yılmaz, İlhan* (2021) “Gerçek Kişilerin Vatandaşlığında ‘Gerçek Bağlantı’ İlkesi: Nottebohm Romantizminin Sonu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 965- 1011; **Demirkol, Berke** (2015) “Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde “Etkin Vatandaşlık” Sorunsalı”, *Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi Sayı: 2*, s. 159-193.

³⁰ *Liechtenstein v Guatemala* (Nottebohm) ICJ Kararı, 06.04.1955, <<https://www.icj-cij.org/en/case/18>> s.e.t. 01.08.2022.

³¹ *Liechtenstein v Guatemala* (Nottebohm) ICJ Kararı.

rarası arenada dava edemeyeceği itirazını ileri sürmüştür.³² Hakem Heyeti ise çifte vatandaş(lar)ın da yatırımcı sıfatını haiz olabileceğini; uluslararası teamül hukukunun, mevcut İki Taraflı Yatırım Antlaşması'nın varlığı sebebiyle, uygulanamayacağını ifade etmiştir. Burada kastedilen, uluslararası yatırım antlaşmasının öncelikli olarak uygulama bulması (*lex specialis*); bu yüzden de, diplomatik koruma bağlamında uygulama bulacak uluslararası teamül hukuku normlarının yerini almasıdır. Özetle, hakem heyeti, Nottebohm kararında bahsi geçen 'gerçek bağlantı' ilkesini somut olayda aramaksızın, İspanya- Venezuela İkili Yatırım Antlaşmasının (açık ve net biçimde ifade edilen) hükümlerine öncelik vermiştir.³³

Venezuela Devletinin bir diğer itirazı ise yatırımcıların, İspanya vatandaşlığını yatırımın yapıldığı anda henüz kazanmamış olduğuna ilişkindir.³⁴ Antlaşma-temelli yatırım tahkiminde, yatırımcının vatandaşlığına ve ilgili yatırım antlaşmasına dayanarak ihlal iddiasında bulunup bulunamayacağına ilişkin bazı spesifik tarihler önem arz etmektedir. Dolayısıyla devletler, genellikle, bu tarihlere antlaşmalarında netlik kazandırır. Uygulamada vatandaşlığın gözetileceği tarih, yatırım antlaşmalarında aksine bir hüküm mevcut değilse (uluslararası yargılamada genel kabul gördüğü üzere) yargılama prosedürünün (tahkimin) başlatıldığı andır.³⁵ Söz konusu antlaşma hükmünün ihlali anı da, uygulamada önemli imlenen bir diğer spesifik tarihtir.³⁶ ICSID tahkimi bakımından ise (md.25/2 (a)) gerçek kişi yatırımcı; hem Konvansiyon'a taraf devletlerin yatırım uyuşmazlığının çözümü için ICSID'e başvurmaya rıza gösterdiği anda hem de tahkim talebinin ICSID Sekreteryası'na kaydedildiği anda Konvansiyon'a taraf

³² *Serafin Garcia Armas and Karina Garcia Gruber v. Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Dava No. 2013-3, (Yetki Hakkında Karar, 15 Aralık 2014) *bkz.* <<https://www.italaw.com/cases/2869>> s.e.t. 01.08.2022.

³³ Ayrıca hakem heyeti, "ancak ortada bir antlaşma mevcut değilse ya da söz konusu antlaşma geçersiz/ hükümsüz ise uluslararası teamül hukuku kurallarına başvurulabileceğini ifade etmiştir." *Treves*, s. 612.

³⁴ *Treves*, s. 613.

³⁵ *Dolzer/Schreuer*, s. 38- 39.

³⁶ *Macdonald/ O'Reilly*, "The Investment Treaty Arbitration Review: Covered Investors".

devlet vatandaşlığını taşımak zorundadır (ki tahkim yargılamasında kişi bakımından yetki şartı sağlanmış olsun).³⁷ Elbette, gerçek kişi yatırımcının bu iki tarihin hiçbirinde yatırıma ev sahipliği yapan Devletin vatandaşı olmaması gerekmektedir. Söz konusu davada, Hakem Heyeti dikkate alınması gereken tarihin; ihlalin gerçekleştiği (yani kamulaştırmanın yapıldığı an) ve tahkime başvurunun yapıldığı an olduğuna, oy çokluğuyla, karar vermiştir.³⁸ Tahkim yargılaması 2019 yılında davacı-yatırımcı lehine sonuçlanmış, yatırıma ev sahipliği yapan Devletin-Venezuela'nın tazminat ödemesi gerektiğine hükmedilmiştir.³⁹

Bu kararın da etkisiyle çifte vatandaşların vatandaşı olduğu Devlete karşı başlattığı yatırım tahkiminde ciddi bir artış gözlemlenmiştir ve bu durum, yatırım uyumsuzlukları çözüm mekanizmasının suiistimaline kapı aralanması endişesini de beraberinde getirmiştir.⁴⁰ Konuya ilişkin tartışmalar devam ederken,⁴¹ davalı Venezuela devleti kesinleşen tahkim kararının iptali için ilgili merciye (Paris Temyiz Mahkemesi Uluslararası Dairesi) başvurmuştur.

Venezuela, ilk iptal başvurusunu (yetki hakkında tesis edilen tahkim kararı) 2017 yılında yapmıştır.⁴² Paris Temyiz Mahkemesi (Uluslararası Daire) bu

³⁷ Dolzer/Schreuer, s. 40.

³⁸ Treves, s. 613. İspanya- Venezuela İkili Yatırım Antlaşmasında, gerçek kişi yatırımcı için taraf devletlerden birinin vatandaşı olması ve diğer taraf devlette yatırım yapması gerekliliği hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla antlaşma çerçevesinde yatırımın yapıldığı anda da vatandaşlığın gözetilmesi gerekirdi. Nitekim kararın iptali aşamasında da Temyiz Mahkemesi bu hususun altını çizmiştir.

³⁹ *Serafin Garcia Armas v. Venezuela* (UNCITRAL *ad-hoc* tahkim [nihai] kararı).

⁴⁰ Vijayvergia, s. 163: “the outcome of this case would encourage investors to acquire multiple passports and indulge in treaty shopping, which would result in an abuse of the process.”; Olmedo, Javier Garcia, EJIL: Talk!, (9 Aralık 2015) “Claims by Dual Nationals Under Investment Treaties: A New Form of Treaty Abuse?”, <<https://www.ejiltalk.org/claims-by-dual-nationals-under-investment-treaties-a-new-form-of-treaty-abuse/>> s.e.t. 01.08.2022.

⁴¹ *Bkz. Bregante, Pablo Mori*, Kluwer Arbitration Blog, (20 Ocak 2020) “The Passports’ Game: Chronicle of a Foretold Death of Dual Nationals’ Claims”, <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/20/the-passports-game-chronicle-of-a-foretold-death-for-dual-nationals-claims/>> s.e.t. 01.08.2022.

⁴² Decision of the Paris Court of Appeal on the Set Aside Application (Paris Temyiz Mahkemesi Kısmen-İptal Kararı, 25 Nisan 2017) *bkz.* <<https://www.italaw.com/cases/2869>> s.e.t. 01.08.2022.

kararı ‘kısmen’ iptal etmiştir: “Hakem heyetinin, yatırımların yapıldığı sırada yatırımcıların vatandaşlığını dikkate almaksızın söz konusu varlıkların antlaşma kapsamında koruma bulan yatırım olduğu sonucuna vararak yanlış yetki tesis ettiği ve bu yetkisini aştığı” sonucuna varmıştır.⁴³ Fransız Yüksek Mahkemesi (Fransız Yargıtayı: *Cour de Cassation*), hemen akabinde, eksikliklerinden ötürü bu kararı iade etmiş ve bunun üzerine de Paris Temyiz Mahkemesi (Uluslararası Daire), 3 Haziran 2020’de kararın ‘tamamını’ iptal etmiştir.⁴⁴ Mahkeme, İki Taraflı Yatırım Antlaşması’nda yer alan ‘yatırım’ tanımını yorumlayarak konu bakımından yetkisizlik -‘*ratione materiae*’ sebebiyle söz konusu iptale hükmetmiştir. Bu noktada Fransız mahkemelerinin, yetki meselesini yeni baştan (*de novo*) değerlendirdiğinin altını çizerek bazı tespitlerine işaret etmekte yarar var:

- i. Mahkeme, İkili Antlaşmadaki “**yatırım**” tanımını Antlaşmalar Hukukuna ilişkin Viyana Konvansiyonu⁴⁵ prensipleri ışığında yorumlamıştır: “Taraflar devletlerden birinin vatandaşı olan Yatırımcının, diğer taraf devlette yaptığı her türlü varlık.”
- ii. “**Yatırımcı**” ise “taraf devletlerden birinin vatandaşlığını haiz ve diğer taraf devlette yatırım yapan gerçek kişi.”

Mahkeme “Yatırımın, Antlaşma kapsamında koruma bulabilmesi için yatırımcının yatırım yapıldığı anda vatandaşlık şartını sağlaması gerektiğinin” altını çizmiştir.⁴⁶ Yani sadece ihlal anında ya da tahkim prosedürü başlatıldığındaki mevcudiyeti yeterli bulmamıştır. Bilindiği üzere davacılar, Venezuela şirketlerinden (ilk olarak) hisse satın aldıkları süreçte İspanyol vatandaşlığını haiz de-

⁴³ **Debevoise & Plimpton - Debevoise Update** (30 Haziran 2020) “Double Trouble: Paris Court Annuls Dual National Treaty Award (Again)”, <<https://www.debevoise.com/insights/publications/2020/06/double-trouble-paris-court-annuls-dual>> s.e.t. 01.08.2022.

⁴⁴ **Debevoise & Plimpton - Debevoise Update** (30 Haziran 2020).

⁴⁵ 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, madde 31: “Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütün, içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.” (*Object and purpose*).

⁴⁶ **Debevoise & Plimpton - Debevoise Update** (30 Haziran 2020).

ğildi,⁴⁷ dolayısıyla söz konusu yatırım antlaşması kapsamında korumadan yararlanamayacakları için Fransız Temyiz Mahkemesi (Uluslararası Daire), hakem heyetinin 'konu' bakımından yetkisiz olduğuna hükmetmiştir.⁴⁸

DEĞERLENDİRME/ SONUÇ

Kural olarak (yabancı) yatırımcının, yatırımına ilişkin ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta uluslararası tahkim mekanizmasına başvurabilmesi için; yatırıma ev sahipliği yapan Devlet dışında bir devletin vatandaşı olması şartı aranmaktadır. *Serafin Garcia Armas v Venezuela* kararı, uluslararası (antlaşma-temelli) yatırım tahkiminde çifte vatandaşlığa yeşil ışık yakan ilk karar olmasından mütevellit dikkat çekici, önemli bir karardır: UNCITRAL hakem heyeti, söz konusu kararda, ev sahibi Devletin de vatandaşlığını taşıyan (çifte vatandaş) davacı-yatırımcıya; kendi devletine karşı doğrudan tahkim iddiasında bulunabilmesinin önünü açmıştır.

Hali hazırda görülmekte olan benzer tahkim davaları bulunmakla birlikte, *Serafin Garcia Armas v Venezuela* kararının, ilerleyen zamanda, diğer tahkim mahkemeleri tarafından ne ölçüde dikkate alınacağı meselesi henüz bilinmemektedir.⁴⁹ Uluslararası tahkimin merkezi bir sistem olmayışı, yine kendi içinde

⁴⁷ **Treves**, s. 614: “*Serafin Garcia Armas v Venezuela* (UNCITRAL [yetkiye ilişkin] *ad-hoc* tahkim kararında karşı-oy yazan Hakem Oreamuno da vatandaşlığın, yatırımın gerçekleştiği anda gözetilmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Fakat bu halde bile Hakem Heyetinin yargılama yetkisinin hâlde görmeyeceğini, çünkü yatırımcıların İspanyol vatandaşlığını kazandıktan sonra da belli yatırımlar yaptığını dolayısıyla ilgili BIT korumasından yararlanabileceğini ifade etmiştir.” **Debevoise & Plimpton - Debevoise Update** (30 Haziran 2020): “Fakat Temyiz Mahkemesi, İspanyol vatandaşlığının kazanımından önce ve sonra yapılan yatırım şeklinde bir ayırım gözetmemiştir.”

⁴⁸ **Debevoise & Plimpton - Debevoise Update** (30 Haziran 2020).

⁴⁹ *Sergei Viktorovich Pugachev v. The Russian Federation* (UNCITRAL *ad-hoc* Tahkim Kararı [award on jurisdiction], 18 Haziran 2020) bkz. <<https://www.italaw.com/cases/3661>> s.e.t. 01.08.2022. Örneğin bu kararda da, hakem heyeti, tıpkı *Serafin Garcia Armas v Venezuela* kararındaki gerekçelerle, çifte vatandaşlığa sahip (hem Fransız hem Rus) Pugachev’in Rusya’ya karşı tahkim iddiasında bir sakınca görmemiştir. (bkz. paragraf 381-386) Ancak heyet, söz konusu yatırımın zamanlaması bakımından bir değerlendirme yapmış, Fransız vatandaşlığının kazanılmasından önce gerçekleştiğini tespit etmiştir. ve yargılamada yetkisizliğine hükmetmiştir.

bir kontrol mekanizmasının bulunmayışı (örneğin ulusal yargı sistemlerinde yer alan temyiz mekanizması gibi) hakem kararlarının bağlayıcılığı hususuna engel teşkil etmektedir. Sahiden de uluslararası tahkimde uyumsuzluk, ister *ad-hoc* ister tahkim enstitüleri (kurumsal tahkim) tarafından yürütülsün; somut olaya özgü teşekkül eden tahkim mahkemeleri/ hakem heyetleri tarafından çözüme kavuşturulur ve yargılama faaliyeti sonunda ilgili hakem heyetinin görevi son bulur. Sonrasında ortaya çıkan benzer, hatta neredeyse aynı, uyumsuzlukta bile tahkim mahkemeleri kendisinden önce verilen kararlarla bağlı değildir.⁵⁰ Somut olayı kendi hukuki argümanlarıyla tahlil ederek başkaca bir sonuca da varabilir ve bu sonuç tahkimin tarafları için kesin ve bağlayıcı bir hüküm teşkil eder.

Teknik olarak bağlayıcılığı olmasa da *Serafin Garcia Armas v Venezuela* kararının, çifte vatandaşlığa ilişkin açık hüküm barındırmayan İkili Yatırım Antlaşmalarında (ICSID tahkimi tek zorunlu mekanizma değilse) yatırımcıyı kendi devletine karşı tahkim başlatmaya teşvik edebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Fakat bu noktada, ilgili kararın, yakın zaman önce Paris mahkemeleri tarafından iptal edildiğini yeniden hatırla(t)makta yarar var. Çünkü bu şekilde başlatılacak bir tahkimde (çifte vatandaşın kendi devletine karşı), tahkim yeri hukukunun Paris olarak belirlenmesinin yaratabileceği olası tehlikeyi de göz önünde bulundurmak gerekir. Konuya ilişkin Fransız mahkemesinin yaklaşımının tahkim kararını yaşatmak, bir diğer ifadeyle geçerli kılmak, olmadığı aşıkardır.

Son olarak, daha evvel de ifade edildiği üzere, halihazırda akdedilmiş İki Taraflı Yatırım Antlaşmalarının birçoğu yatırımcının çifte vatandaşlığı hususunda sessiz kalmakta, bu da söz konusu meseleyi hakem heyetlerinin yorumlamasına kapı aralamaktadır. Hakem heyetleri, önündeki uyumsuzlukla çok yakından ilintili olsa bile, daha önce verilen tahkim kararlarıyla bağlı olmadığından benzer (hatta neredeyse aynı) meselelerde farklı yaklaşımlar gözlemlenebilmektedir. Hakem kararları arasında oluşan bu tutarsızlık, hiç şüphesiz, yatı-

⁵⁰ *Bkz. Schreuer, Christoph/ Weiniger, Matthew* (2008) “A Doctrine of Precedent”: Muchlinski, Peter/ Ortino, Federico/ Schreuer, Christoph (Editörler), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, s. 1188-1206; *Kaufmann-Kohler, Gabriele* (2007) “Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? - The 2006 Freshfields Lecture”, *Arbitration International*, C: 23, S: 3, s. 357- 378.

rımcı-Devlet uyuşmazlıklarının (tahkim yoluyla) çözümü sisteminin meşruiyetini zedelemektedir. Dolayısıyla yaşanabilecek olası karmaşanın önüne geçmek, konuya dair belirsizlikleri ortadan kaldırmak için mevcut antlaşmaların yeniden gözden geçirilmesi gündeme gelebilir. İlk kez akdedilecek olan yatırım antlaşmaları bakımından ise taraf devletlerin konuya ilişkin yaklaşımlarını, antlaşma metninde açık ve net ifadelerle somutlaştırması daha öngörülebilir ve tutarlı hakem kararlarının verilebilmesine yardımcı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Bregante, Pablo Mori**, Kluwer Arbitration Blog, (20 Ocak 2020) “The Passports’ Game: Chronicle of a Foretold Death of Dual Nationals’ Claims”, <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/20/the-passports-game-chronicle-of-a-foretold-death-for-dual-nationals-claims/>> s.e.t. 01.08.2022.
- Çal, Sedat** (2009) Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, Seçkin Yayıncılık.
- Debevoise & Plimpton - Debevoise Update** (30 Haziran 2020) “Double Trouble: Paris Court Annuls Dual National Treaty Award (Again)” <<https://www.debevoise.com/insights/publications/2020/06/double-trouble-paris-court-annuls-dual>> s.e.t. 01.08.2022.
- Demir, Işıl Egemen** (2013) “Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Halli Merkezi (ICSID) Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki - Jurisdictio Rationae Personae” (Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı.
- Demirkol, Berke** (2015) “Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde “Etkin Vatandaşlık” Sorunsalı”, Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, s. 159- 193.
- Doğan, Vahit** (2015) Türk Vatandaşlık Hukuku - 12. Tıpkı Basım, Savaş Yayınevi.
- Dolzer, Rudolf/ Schreuer, Christoph** (2012) Principles of International Investment Law - Second Edition, Oxford University Press.
- Gölcüklü, İlyas** (2018) “ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar”, Public and Private International Law Bulletin, C: 38, S: 2, s. 285- 309.
- Güngör, Gülin** (2018) Tabiiyet Hukuku: Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler - Şeyler 6. Bası, Yetkin Yayınları.
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle** (2007) “Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? - The 2006 Freshfields Lecture’“, Arbitration International, C: 23, S: 3, s. 357- 378.
- Macdonald, Laura P/ O’Reilly, Ronan**, The Law Reviews, (14 Haziran 2022) “The Investment Treaty Arbitration Review: Covered Investors”, <<https://thelawreviews.co.uk/title/the-investment-treaty-arbitration-review/covered-investors#footnote-064-backlink>> s.e.t. 01.08.2022.
- McLachlan, Campbell/ Shore, Laurence/ Weiniger, Matthew** (2007) International Investment Arbitration - Substantive Principles, Oxford University Press.
- Michalopoulos, Stavros/ Hicks, Edward** (2019) “Dual nationality revisited: a modern approach to dual nationals in non-ICSID arbitrations”, Arbitration International, C: 35, s. 121-148.

- Olmedo, Javier Garcia**, EJIL: Talk!, (9 Aralık 2015) “Claims by Dual Nationals Under Investment Treaties: A New Form of Treaty Abuse?”, <<https://www.ejiltalk.org/claims-by-dual-nationals-under-investment-treaties-a-new-form-of-treaty-abuse/>> s.e.t. 01.08.2022.
- Olmedo, Javier Garcia** (2017) “Claims by Dual Nationals Under Investment Treaties: Are Investors Entitled to Sue Their Own States?”, *Journal of International Dispute Settlement*, C: 8, S: 4, s. 695- 727.
- Pietro, Domenico Di/ Cheung, Kevin** (2021) “The Definition of Investor in Investment Treaty Arbitration: Overview of Common Issues in the Context of the ICSID Convention”: Chaisse, Julien/Choukroune, Leila/Jusoh, Sufian (Editörler), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer.
- Schreuer, Christoph/ Weiniger, Mathew** (2008) “A Doctrine of Precedent”: Muchlinski, Peter/ Ortino, Federico/ Schreuer, Christoph, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press.
- Stefano, de Carlo** (2021) “The Nationality of Natural and Juridical Persons in International Investment Law” s. 59-80: Gomez, Katia Fach (Editör), *European Yearbook of International Economic Law - Special Issue: Private Actors in International Investment Law*, Springer.
- Treves, Eva Paloma** (2017) “Investment Treaty Arbitration: Dual Nationals are Now Welcome: A Way Out of ICSID’s Dual Nationality Exclusion” *International Law and Politics*, C: 49, s. 607- 618.
- UNCTAD, Investment Policy Hub**, <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>> s.e.t. 01.08.2022.
- Üstün, Esra Yıldız** (2018) *Parallel Proceedings in International Investment Treaty Arbitration, On İki Levha Yayıncılık*.
- Vijayvergia, Chitransh** (2021) “Dual Nationality of a Private Investor in Investment Treaty Arbitration: A Potential Barrier to the Exercise of Jurisdiction Ratione Personae”, *ICSID Review*, C: 36, S: 1, s. 150- 170.
- Yılmaz, İlhan** (2021) “Gerçek Kişilerin Vatandaşlığında ‘Gerçek Bağlantı’ İlkesi: Nottebohm Romantizminin Sonu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 965- 1011.
- Zenginkuzucu, Dikran Migirdiç** (2012) “Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)’nin Kuruluşu ve İşlevi” (Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı.

TÜRK HUKUKUNDA KONKORDATONUN FESHİ^(*)

Mine ERCEVAHİR^(**)

ÖZET

Konkordato, elinde olmayan nedenlerle ekonomik ve mali durumu bozulmuş borçluları korumak amacıyla kabul edilmiş ve iflâsa göre hafifletilmiş bir cebri icra müessesesidir. Konkordato ile borçluya, ekonomik ve mali durumu çerçevesinde, borçlarını yeniden yapılandırma imkânı sunulmaktadır.

Konkordato projesi, alacaklıların kanunda belirtilen çoğunluğu ile kabul edilmiş olsa dahi, süreç içerisinde birtakım nedenlerle, iyi niyetle sürdürülmesi amaçlanan konkordato sürecinden beklenen yararın sağlanamadığı durumlar ortaya çıkmaktadır. 7101 sayılı Kanun'un 37. maddesi ile İcra ve İflas Kanunu'na eklenen 308/e ve 308/f maddeleri uyarınca bu durumlarda alacaklıların konkordatoyla bağlı olma zorunluluğu kaldırılmış ve alacaklılara konkordatonun feshi imkânı tanınmıştır.

Çalışmamızın başında konkordato kavramı kısaca ele alınmış, devamında ise konkordato şartlarının tam ve gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle alacaklının konkordatonun kendisi bakımından sona erdirilmesini talep ettiği kısmen fesih ve borçlunun konkordatonun tasdiki kötü niyetli davranışlarıyla sağlaması durumunda tüm alacaklılar tarafından tamamen feshi ortaya konmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

İcra ve İflas Hukuku, Konkordato, Kısmen Fesih, Tamamen Fesih, Ödeme Güçlüğü.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1125385 - **Geliş Tarihi:** 02.06.2022 - **Kabul Tarihi:** 11.01.2023.

^(**) Bursa Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi,

E-posta: mine.ercevahir@gmail.com; **Orcid Id:** <https://orcid.org/0000-0002-0706-3608>.

TERMINATION OF THE CONCORDAT IN TURKISH LAW

ABSTRACT

Concordat is a compulsory enforcement institution accepted in order to protect the debtors whose economic and financial situation has deteriorated due to reasons beyond their control and mitigated according to bankruptcy. With the concordat, the debtor is offered an opportunity to restructure his debts within the framework of his economic and financial situation.

Even if the concordat project has been accepted with the majority of the creditors specified in the law, there are situations in the process where the expected benefit from the concordat process, which is intended to be continued in good faith, cannot be achieved for some reasons. Pursuant to Articles 308/e and 308/f added to the Execution and Bankruptcy Law with Article 37 of Law No. 7101, the obligation of creditors to be bound by concordat in such cases has been lifted and creditors have been given the opportunity to terminate.

At the beginning of our study, the concept of concordat was briefly discussed, and then the partial termination of the concordat requested by the creditor due to the failure to fulfil the concordat conditions fully and properly, and the complete termination of the concordat by all creditors in the event that the debtor ensures the approval of the concordat through bad faith behaviour.

Keywords

Execution and Bankruptcy Law, Concordat, Partial Termination, Complete Termination, Insolvency.

GİRİŞ

Borçlunun, alacaklılarıyla birlikte düzenlediği konkordato projesi çerçevesinde borçlarını tam ve gereği gibi yerine getirememesi hâlinde, alacaklılara konkordatoyu ortadan kaldırma imkânı tanınmıştır. Bu imkân, sadece borcu kendine ödenmeyen alacaklıya sağlanmış olduğu kadar, konkordatonun kötü niyete dayalı şekilde sakatlandığı durumlarda her alacaklıya sağlanmış bir imkân olarak da karşımıza çıkmaktadır.

Konkordato, her ne kadar kanunda açıkça yer almasa da temelde, borcunu ödemede iyi niyetli ve dürüst olan borçluları koruma niyetiyle getirilmiş bir kurumdur. Bu çerçevede, borçlarını ödemede hileye başvuran borçlunun konkordatonun nimetlerinden yararlanması da hakkaniyet çerçevesinde değerlendirilemez.

Çalışmamızda konkordatonun gerektirdiği “borcuna sadık/dürüst borçlu” tanımına aykırı hareketlerle konkordato projesine uygun davranmayan veya konkordato projesini sürecin başından sakatlayan borçluya karşı alınan bir önlem olarak karşımıza çıkan konkordatonun kısmen veya tamamen feshi işlenmektedir. Bu çerçevede ilk olarak, konkordatonun kısaca açıklaması yapıp işleyişi konusunda bilgi verilmekte, ardından da konkordatonun feshinin ne olduğu, amacı, türleri ve şartları incelenmektedir.

I. KONKORDATONUN HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜN MAHKEME TARAFINDAN BELİRLENMESİ İSTEMİ

Vadesi gelmiş borçların ödenememesi veya ödenememe tehlikesinin ortaya çıkması durumunda borçluya karşı icra ve iflâs takiplerinin artması, hem borçlunun ekonomik ve ticarî anlamda sarsılması hem de alacaklının alacağına kavuşamaması veya geç kavuşması sonucunu doğurur. Bu sebeple, temelde, takip prosedürleri ile korunması amaçlanan menfaat de tam ve gereği gibi korunamamış olur. Konkordato; elinde olmayan nedenlerle işleri iyi gitmeyen ve malî durumu bozulmuş dürüst borçluların bu durumlarını düzeltmesini ve ekonomik mevcudiyetlerinin devamını sağlamak, bu sayede alacaklıların da menfaatini korumak amacıyla kabul edilmiş takip ve tasfiye süreçlerine alternatif, bir tür kalan borçtan kurtulma prosedürüdür¹.

¹ Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel (2021) İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 571; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Er-

Konkordato ile borçlu; içinde bulunduğu malî durum çerçevesinde, ancak borçlarının vadelerinin ertelenmesi ve/veya bir kısmından kurtulmasına (tenzi-latı/ibrası) yönelik sunduğu planın kabulü hâlinde borçlarını ödeyebileceğini öngörmektedir ve alacaklılarıyla yaptığı anlaşma çerçevesinde bu ödemeyi taah-hüt altına almaktadır². Bu sayede hedeflenen projenin gerçekleşmesi durumun-da alacaklıların eşit şekilde tatmin edilmesi beklenmektedir³. Her ne kadar iflâsa tabi olmayan borçluların da konkordato talebinde bulunabileceği kabul edilse de

sin (2022) İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 625; **Börü, Levent** (2020) “Borçlunun Mali Durumunun İyileşme Ümidi Olmadığının Açıkça Anlaşılması Durumunda Konkordato Mühleti Kaldırılarak İflasına Karar Verilmesi Gerektiğine İlişkin İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi Kararı Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, C: 16, S: 46, s. 515; **Görgün, L. Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet** (2022) İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 625; **Kaman, Münir** (2021) Konkordatonun Hüküm ve Sonuçları, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 18; **Kuru, Baki** (1992) İflas ve Konkordato Hukuku, 3. Tıpkı Basım, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s. 404; **Muşul, Timuçin** (2019) İflas ve Konkordato Hukuku - Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 375; **Önen, Ergun** (1976) “İflastan Sonra Konkordato”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: 8, S: 3, s. 78; **Pekcanitez, Hakan/Erdönmez, Güray** (2018) “7101 Sayılı Kanunla Yürürlüğe Giren Konkordato Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Bankacılar Dergisi, S: 105, s. 110; **Sarisözen, M. Serhat** (2021) Konkordato, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 101; **Tanrıver, Süha** (2001) “Konkordato Prosedürünün İslahı ile İlgili Bazı Düşünceler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 50, S: 3, s. 1; **Tanrıver, Süha/Deynekli, Adnan** (1996) Konkordatonun Tasdiki, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 29; **Taşpınar, Sema** (2003) “Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflas Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: 22, S: 2, s. 58; **Uyar, Talih** (2019) Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, 2. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, s. 7; **Üstündağ, Saim** (1983) İflas Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul, Formül Matbaası, s. 214; **Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis** (2021) İcra ve İflas Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 595; **Yürekli, C. Ali** (2019) “Hukukumuzda Yeni Gündem: Konkordato Kurumu”, Bursa Barosu Dergisi, C: 43, S: 107, s. 114. Konkordato, “*yumuşatılmış toplu tasfiye*” olarak da adlandırılmaktadır. bkz. **Işıktaç, Muhip Şeyda** (2018) “Konkordato”, İstanbul Barosu Dergisi, C: 92, S: 3, s. 15.

² **Buruloğlu, Enver/Reyna, Yuda** (1968) Konkordato Hukuku ve Tatbikat, 1. Baskı, İstanbul, Yörük Matbaası, s. 4; **Çukacı, Yusuf Cahit** (2019) Konkordato, 1. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, s. 4; **Öztek, Selçuk/Budak, Ali Cem/Tunç Yücel, Müjgan/Kale, Serdar/Yeşilova Bilgehan** (2019) Yeni Konkordato Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 139; **Uyanık, Atilla** (2021) Konkordato, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 30; **Muşul**, s. 381; **Saraç, Şükrü** (2019) “7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato”, <<http://web2.e-baro.web.tr>>, s.e.t. 07.09.2022.

³ **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet** (2021) İcra ve İflas Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 477; **Ulukapı, Ömer** (2000) “Konkordatonun Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 8, S: 1-2, s. 9.

konkordato ile iflâsa tabi borçlunun muhtemel iflâsının önüne geçilmek istendiği de söylenebilmektedir⁴.

Uygulanmakta olan konkordatonun tasdikinin etkilerini ortadan kaldırmak suretiyle geçmişe dönük sona erdirilmesi/iptali, “*konkordatonun feshi*” olarak adlandırılmaktadır⁵. Bu çerçevede konkordatonun feshi ile alacaklılara kanaatimizce bir bozucu yenilik doğuran hak tanındığı söylenmelidir. Zira kısmen fesihle kendisine konkordato şartlarına uygun ödeme yapılmayan alacaklı, tamamen fesihle de alacaklılardan herhangi biri konkordatonun feshini talep edebilmektedir ve görülecek dava sonucunda konkordatonun feshine karar verilmesi hâlinde uygulanmakta olan konkordato geçmişe etkili şekilde ortadan kalkmaktadır. Bu noktada “*uygulanmakta olan konkordato*”dan anlaşılması gereken ise tasdik edilmiş, başarıya ulaşmış⁶ bir konkordato projesinin varlığıdır.

II. KAVRAM SORUNU

Konkordatonun feshine ilişkin ifade edilmesi gereken ilk husus, kanaatimizce, “*feshi*” ibaresinin yanlış bir kullanım olduğudur⁷. Zira fesih, sürekli edim-

⁴ **Candeğer, Hilal Pınar** (2003) “İcra ve İflas Kanunundaki Değişikliklerle Konkordato Hukuku”, Bursa Barosu Dergisi, C: 27, S: 73, s. 63; **Kaman**, s. 18; **Karslı, Abdurrahim** (2022) İcra ve İflas Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 848; **Muşul**, s. 375; **Postacıoğlu, İlhan E.** (1965) Konkordato, 2. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 11; **Yürekli**, s. 113.

⁵ Konkordatonun feshini sadece konkordatonun tasdiki kararının iptali olarak görmek kanaatimizce yerinde görülmemektedir, zira bu durumda konkordatonun feshi çekişmesiz yargı kapsamında değerlendirilmek durumunda kalacaktır. Aksi yönde bkz. **Yardımcı, Taner Emre** (2021) “Konkordatonun Bağlayıcılığını Sonlandırmak Üzere Yapılan Başvurunun Hukuki Niteliği”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 16, S: 201-202, s. 914.

⁶ Konkordatonun başarıya ulaşması, İİK m.287'nin gerekçesinde şu şekilde ifade edilmektedir: “... Konkordatonun başarıya ulaşması ile kastedilen husus, konkordato talebinde bulunanın mali durumunun düzelmesinin mümkün olup olmadığı veya konkordato teklifinin tasdiki şartlarının yerine gelip gelemeyeceğidir. ...” bkz. Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı (1/193) m.14, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/sirasayi_sd.sorgu_baslangic, s.e.t. 07.09.2022.

⁷ Aynı yönde bkz. **Akil**, s. 236; **Buruloğlu/Reyna**, s. 174; **Sarisözen**, s. 558; **Taşpınar Ayyavaz, Sema** (2019) “Konkordatonun Tamamen Feshi”, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, MİHBİR 16. Antalya Toplantısı/5-6 Ekim 2018, Ankara, s. 198.

li sözleşmelerin hüküm ve sonuçlarını ileri etkili şekilde ortadan kaldırmak anlamına gelmektedir⁸. Konkordato, taraflara birtakım edimleri belirli süreçlerde ve sürekli şekilde yerine getirme borcu yüklese de konkordatonun feshi, hüküm ve sonuçlarını yalnızca ileri etkili biçimde doğurmamaktadır⁹. Bu sebeple konkordatonun “*feshi*” yerine, ortadan kaldırılmak suretiyle hükümsüz kılınması şeklinde yorumlanmaya daha müsait bir kavram olan “*iptali*”, daha uygun bir kullanımdır. Nitekim Yargıtay’ın bir kararında¹⁰ da bu talep, “*konkordatonun iptali davası*” şeklinde ifade edilmiş ve bu görüş yargı kararlarında da yerini almıştır.

Konkordatonun feshine ilişkin ifade edilmesi gereken ikinci bir husus ise konkordatonun feshinin bir dava olup olmadığıdır. Bu noktada doğru bir sonuca varabilmek adına incelenmesi gereken ilk husus, “*dava*” kavramının ne olduğu ve bu kavramdan ne anlaşıldığıdır. Konkordatonun feshi süreci kapsamında taraflar arasında bir uyumsuzluk olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapıldığında; borcun ödenmesi veya ödenmesi niyeti bakımından taraflar arasında açık bir uyumsuzluk bulunmaktadır. Bu çerçevede husumetin, konkordatonun kısmen feshinde konkordato şartlarına uygun ifade bulunmayan borçluya, tamamen feshinde ise konkordatonun terkiğine kötü niyeti getiren kişiye karşı yöneltildiği de görülmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda bazı hâller, çekişmesiz yargı işi olarak sayılmıştır ve bu hâller dava olarak kabul edilmemek, çekişmesiz yargı işi olarak ifade edilmektedir¹¹. Çekişmesiz yargı işleri kapsamında bir değerlendirme yapıldığında ise; bu işlerin HMK m.382’de belirli ölçütler çerçevesinde ve sayılarak ifade edildiği görülmektedir. İlgililer arasında uyumsuzluğun olmaması, ilgililerin

⁸ **Eren, Fikret** (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 1289, 1290.

⁹ **Eren**, s. 1289, 1290; **Pekcanitez/Erdönmez**, s. 148; **Yılmaz, Ejder** (2013) Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 241.

¹⁰ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E: 2001/2228, K: 2001/3400, T: 03.05.2001, Sinerji Mevzuat Bankası. Aynı yönde bkz. **Yardımcı**, s. 911.

¹¹ **Kuru, Baki/Aydın, Burak** (2021) Medenî Usul Hukuku El Kitabı Cilt II, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 1829, 1834.

ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmaması gibi hâller, çekişmesiz yargı işleri olarak hüküm altına alınmıştır. Konkordatoya ilişkin sayımlara bakıldığında; HMK m.382/2-f gereği konkordatoya ilişkin olarak sadece konkordato mühleti verilmesi ve komiserin atanması ile konkordatonun tasdiki işleri çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmektedir. Konkordatonun feshi prosedürleri ise bu maddeye dahil edilmemiştir. Bu çerçevede dikkat edilmesi gereken husus, HMK m.382/1-c kapsamında mahkemenin re'sen harekete geçtiği bütün işler de çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmesidir. Her ne kadar, konkordatonun tamamen feshinin kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle¹², bu isteme sebep olan durumların hâkimin re'sen araştırmasını gerektirdiği kabul edilse de konkordatonun tamamen feshi isteminin yalnızca tasarruf ilkesi¹³ kapsamında belirli kimseler tarafından ileri sürülebileceği unutulmamalıdır. Bu noktada hâkimin re'sen araştırması ile re'sen harekete geçmesinin farklı durumlar olduğunu da ifade etmekte yarar vardır¹⁴. Tüm bu açıklamalar çerçevesinde kanaatimizce konkordatonun feshinin bir dava prosedürü olduğu yönünde herhangi bir şüphe bulunmamaktadır.

III. TÜRLERİ

15.03.2018'de yapılan 7101 sayılı Kanun değişikliği¹⁵ öncesinde İİK'nin 307. ve 308. maddelerinde düzenlenen konkordatonun feshi prosedürü, söz konusu değişikliğin 37. maddesi ile İİK m.308/e,f'de düzenleme alanı bulmuştur. Bu bağlamda konkordatonun feshi, borçlunun konkordato koşullarını yerine getirmemesi nedeniyle konkordatonun herhangi bir alacaklı bakımından/kısmen

¹² Konkordatonun tamamen feshinin kamu düzenine ilişkin olduğuna yönelik açıklamalar için bkz. III-B.

¹³ Tasarruf ilkesi, resen harekete geçme ilkesinin zıttı olarak karşımıza çıkmakta iken re'sen araştırma ilkesi taraflarca getirilme ilkesinin zıttıdır. bkz. **Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kâmil/Deren Yıldırım, Nevhis** (2006) Medenî Usul Hukuku Esasları, 6. Baskı, İstanbul, Alkım Yayınevi. s. 201-203; **Budak, A. Cem/Karaaslan, Varol** (2020) Medenî Usûl Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 82-87.

¹⁴ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Tahiroğlu, Fatih** (2021) Medeni Usul Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık,.

¹⁵ 15.03.2018 tarih ve 30361 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

(İİK m.308/e) ve konkordatonun hile ile sağlanmış olması durumunda tüm alacaklılar bakımından/tamamen (İİK m.308/f) feshi olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır.

A. KONKORDATONUN KISMEN FESHİ (İİK m.308/e)

Konkordatonun konkordatoya tabi tüm alacaklılar bakımından mutlak surette bağlayıcı olduğu kabul edilmekle birlikte, alacaklıların borçlunun içinde bulunduğu bu ekonomik ve malî sebepler ile borçlarını ödeyememe durumuna katlanma yükümlülüğünün de bir sınırının olduğu kabul edilmelidir ve bu sınır da borçlunun konkordato kapsamında belirlenen borç miktarına ve vadesine uygun ödeme yapmayarak alacaklıların haklarını hukuka aykırı şekilde ihlâl etmesidir¹⁶. Bu durumda alacaklının artık konkordato ile bağlı kalmasının hiçbir anlamı yoktur, zira borçlu da ödeme planına uygun davranmamış, konkordatonun gereklerini yerine getirmeyerek konkordatoyu ihlal etmiştir. Bu ihlal, ödenenin konkordatoda belirlenen zamanda yapılmaması şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi konkordatoda belirlenen nispette yapılmaması şeklinde de karşımıza çıkabilir¹⁷. Bununla birlikte konkordatoda belirlenen tutarın bir kısmının ödenmesi, ihlalin varlığını ortadan kaldırmamaktadır, zira konkordatoda amaç belirlenen tutarın tam ve gereği gibi ödenmesi suretiyle borçlunun bu ekonomik ve malî durumundan alacaklılarının da muvafakatini alarak kurtarılmasıdır¹⁸.

Alacağı konkordatoda belirlenen zamanda ve nispette ödenmeyen her alacaklı, borçlu hakkında, alacağının konkordato şartlarına göre ödenmesini sağ-

¹⁶ Nimet-külfet ilişkisinin bir gereği olarak, borçlunun konkordatonun şartlarına tam olarak riayet etmesi gerekir. bkz. **Kale, Serdar** (2018) “7101 Sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Adi Konkordato”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 1, s. 262; **Ulukapı, Ömer** (1998) Konkordatonun Feshi, 1. Baskı, Konya, Mimoza Yayıncılık, s. 205.

¹⁷ **Aydemir, Efrail** (2019) Konkordato ve Yeniden Yapılandırma, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 102; **Kale, Serdar** (2017) Sorularla Konkordato (İflas Dışı ve İflas İçi Adi Konkordato), 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 80.

¹⁸ **Altay, Sümer/Eskiocak, Ali** (2019) Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 402; **Eroğlu, Orhan** (2021) Uygulamada Konkordato, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 302.

lamak amacıyla ancak konkordato şartlarındaki nispetteki alacağı için icra ve iflâs takibi yapılabilmektedir. Bu noktada alacaklı, alacağının sadece konkordato şartlarına uygun ödenmesi bakımından takip yapmalıdır, aksi hâlde takibin iptali istenebilir¹⁹. Fakat alacaklı, alacağının tamamına kavuşmak isterse bu noktada konkordatonun kendisi bakımından feshini isteyebilmektedir²⁰. Bir diğer ifadeyle borçlunun konkordatonun gereklerini yerine getirmemesi veya getirememesi durumunda, herhangi bir alacaklı, konkordatonun kendi alacağı yönünden feshini sağlayarak bu “*zorunlu özveri zincirini koparma olanağı*”na²¹ ve konkordato hiç yapılmamış gibi alacağının tümünü borçludan isteme imkânına da kavuşur. Bu durumda konkordatonun feshi, sadece fesih kararı alan alacaklı bakımından sonuç doğurmaktadır²².

1. Şartları

a. Konkordatonun Tasdiki Kararı Kesinleşmiş Olmalıdır

Konkordatonun feshinden söz edilebilmesi için öncelikle bir konkordatonun varlığından söz edilmelidir, zira konkordatonun bağlayıcılığı tasdiki ile mümkündür (İİK m.308/c). Bağlayıcılığı olmayan bir konkordatonun borçlusuna, kendisine kesin olarak yüklenmeyen bir borcun yerine getirilmemesinden dolayı sorumlu tutulamaz²³.

Konkordatonun tasdiki kararı, karara karşı süresi içinde istinaf ve temyiz kanununun yoluna başvurulmaması ya da kanun yolunda bu kararın kabulü hâlinde ke-

¹⁹ Muşul, s. 531.

²⁰ Akil, Cenk (2019) Sorularla Adi Konkordato, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 237; Altay/Eskiocak, s. 408; Bilgen, Mahmut (2020) Konkordato İflas ve Yargılama Usulü, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 332; Buruloğlu/Reyna, s. 164; Candegir, s. 71; Coşkun, Mahmut (2019) Konkordato ve İflas Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 251; Kuru, Baki (2013) İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 1521; Önen, s. 94; Uyar, s. 149. Ayrıca bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E: 1992/3453, K: 1992/2252, T: 25.05.1992, Sinerji Mevzuat Bankası.

²¹ Altay/Eskiocak, s. 402.

²² Altay/Eskiocak, s. 402.

²³ Buruloğlu/Reyna, s. 164; Kale (2017), s. 85; Öztekin/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri, s. 643; Yardımçı, s. 905.

sinleşmiş olmaktadır. Bu noktada ifade edilmesi gereken husus, aynı zamanda, tasdik edilen konkordatonun feshine ilişkin hususların tasdik kararından sonraki sebep ve vakıalara dayandırılmasıdır. Buna ek olarak henüz tasdiki kesinleşmemiş bir konkordato çerçevesinde alacaklı, ödemelerin konkordato şartlarında tam ve gereği gibi yapılmadığından bahisle konkordatonun feshi için başvuramaz, yargılama sürecinin başladığı düşünülse bile mahkemenin bu kararı bekletici mesele yapması gerekmektedir²⁴. Zira kesinleşmemiş bir konkordatonun tasdiki kararı, kanun yolları aşamasında ortadan kalkma ihtimali ile karşı karşıyadır ve bu durumda konkordato alacaklısının fesih talebinde bulunmasında HMK m.114/1-h uyarınca dava şartı olarak hukukî yararının olmayacağı kabul edilmektedir²⁵.

Kanaatimizce fesih talebinde bulunabilmek için konkordatonun tasdiki kararının kesinleşmesinin aranması, temelinde yatan mantığın tarafımızca isabetli görülmele birlikte birtakım sorunlara da açık kapı bırakmaktadır. Nitekim kanun yolu süreci ne kadar uzun olursa konkordatonun feshini talep edebilmek de o kadar ertelenir. Böyle bir durumda borçlu, herhangi bir zor veya borcun ödettirilmesi tehlikesi altında bulunmayacağından bu borcunu ödemekten kaçınabilmektedir. Kaldı ki günümüzde kanun yolları ne yazık ki kendisinden beklenen verimlilikte değildir, istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulmuş dosyaların karara çıkması uzun zaman almaktadır. Bu süre zarfında zaten alacağı belirli bir vadeye yayılmış ve/veya indirilmiş alacaklı bir süre daha alacağına kavuşmamaktadır²⁶.

Konkordatonun feshi davalarının basit yargılama usulü ile görüldüğü dikkate alındığında dahi her duruşmada kesinleşme kararını bekletici mesele yapmak yerine vakıaları inceleyip karar aşamasına kadar gelmek usul ekonomisi yönünden de uygundur. Bu sebeple konkordatonun tasdiki kararının kesinleşmesinin fesih için bir ön koşul olarak kabulü doğru görülmemektedir. Yine konkordatonun bağlayıcı hâle gelmesi, İİK m.308/c uyarınca tasdik kararı ile ancak kanununun lafzından da anlaşılacağı üzere tasdik kararının kesinleşmesi

²⁴ Coşkun, s. 249.

²⁵ Coşkun, s. 249; Eroğlu, s. 303; Öztekin/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri, s. 645; Saraç, s. 73.

²⁶ Aynı yönde bkz. Pekcanitez/Erdönmez, s. 148; Sarısözen, s. 565; Ulukapı (1998), s. 218; Yardımcı, s. 913.

gerektiği taraflar arasında kararlaştırılabilecek bir husustur. Bu hususta Yargıtay'ın önüne gelen herhangi bir karar bulunmamakla birlikte bölge adliye mahkemeleri kararlarında ise birlik sağlayamamıştır²⁷.

b. Borçlu Borçlarını Konkordato Şartlarında Ödememiş Olmalıdır

Konkordato alacaklısının konkordatonun feshini talep edebilmesi için borçlunun kendisine konkordato şartlarına uygun şekilde ve kesinleşen proje çerçevesinde ödemede bulunmamış olması gerekmektedir²⁸. Bu koşul, konkur-

²⁷ Tasdik kararının kesinleşmesinin aranmasının isabetli olmayacağına yönelik bkz. "... Borçlunun kendisine yüklenemeyecek kusurlardan dolayı ödeme projesinde belirtilen günde, borcunu ödeyememiş olması, fesih davasının reddini gerektirmeyip, borçlunun TBK'nın 138 maddesinden yararlanması mümkün değildir. Diğer taraftan tasdik kararının kesinleşmediği ve dosyanın temyiz incelemesinde bulunduğu görülmektedir. İİK'nın 308/c maddesi uyarınca kabul edilen projede öngörülmediği sürece tasdik edilen konkordato derhal bağlayıcılık kazanmaktadır. Tasdik edilen konkordatonun derhal bağlayıcılık kazanması karşısında tasdik kararının kesinleşmesinin aranmasının gerekmediği, konkordato projesi ile büyük bir özveriye katlanmak zorunda kalan alacaklıların, bir de kendilerine karşı konkordato projesi uyarınca ifade bulunulmaması halinde tasdik kararının kesinleşmesini beklemenin ticari hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceği de dikkate alınarak mahkemece davacı alacaklı yönünden konkordatonun feshine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir..." İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi, E: 2021/917, K: 2021/1034, T: 23.09.2021. Konkordatonun tasdiki kararının kesinleşmesi gerektiğine ilişkin bkz. "Bu sırada tasdik kararının kesinleşmesinin gerekip gerekmediği, mülga 300. maddenin aksine yeni m.308/c, f.1, c.1 hükmüyle birlikte değinilmesi gereken meselelerdendir. Zira artık proje, tasdik kararıyla birlikte, alacaklılarını (ve doğal olarak borçlusunu) aksi alacaklılarınca oylanıp kabul edilen projede öngörülmediği sürece derhâl bağlamaktadır. Bu hâlde, ilk bakışta önceki dönemden farklı olarak konkordatonun kısmen feshi bakımından kesinleşmesinin de aranmayacağı söylenebilmekle beraber bu sonuç, yüzeysel kalacaktır. Zira Kanununun bu kez 308/a maddesinde öngörülen kanun yolu denetiminden geçemeyen bir projenin, tasdik edilmekle başta bağlayıcılık kazanmış olsa da, anılan özelliğini sürdürmesi zaten mümkün olamayacak; takiben feshini istemek de gerekemeyecektir. Kısacası, konkordatonun feshini talep etmek bakımından her hâlikârda [kesinleşmekle işlerlik kazanacak projeler içinse kaçınılmaz olarak, m.308/c, f.1, zira bu son hâlde elde, işler hâlde olup da ihlâl edildiğinden feshi istenebilecek bir proje de bulunmamaktadır], tasdik kararının kesinleşmiş olması şartını da aramak gerekir. (YENİ KONKORDATO HUKUKU 7100 ve 7155 Sayılı Kanunlarla Değişik İcra ve İflas Kanunu m.285-309 Şerhi sayfa 636)" Konya Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi, E: 2021/867, K: 2021/1080, T: 01.09.2021.

²⁸ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E: 2009/9529, K: 2010/7581, T: 16.06.2010; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2013/7931, K: 2014/1047, T: 14.02.2014 bkz. **Coşkun**, s. 255; **Eroğlu** s. 304; **Postacıoğlu**, s. 129; **Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 647.

datonun feshi davası bakımından bir dava şartı olarak kabul edilmektedir²⁹. Bu nedenle ödeme süresi gelmeden açılacak bir konkordatonun feshi davasının da reddedileceği açıktır³⁰. Ayrıca borçlunun “*konkordato projesine ... uymamak yoluyla kasten zarara sebebiyet vermesi*” de İİK m.334 uyarınca iflâs suçu olarak düzenlenmiştir³¹.

Borçlu borcunu konkordato şartlarına uygun şekilde, tam ve gereği gibi yerine getiriyorsa, konkordato alacaklısının bu feshi talep etmesinde hiçbir menfaatinin olmadığı kabul edilmelidir. Çünkü konkordato alacaklısı zaten bu ödeme şeklini kabul etmiştir ve/veya bu ödeme şekliyle mecburen bağlıdır.

Alacaklının kendisine konkordato şartlarına uygun şekilde ödeme yapılmasını isteyebilmesi için ise borçluya herhangi bir mühlet verme zorunluluğu bulunmadığı gibi kural olarak ödeme tarihi net ise borçluyu temerrüde düşürmesine de gerek yoktur³². Konkordatoya yazılmamış alacaklıların fesih davası açabilmesi içinse diğer alacaklılardan farklı olarak alacağın konkordato şartlarına göre ödenmesi için ihtar çekmek suretiyle borçluyu temerrüde düşürmeleri gerekmektedir³³. Ayrıca fesih davasında mahkeme, davanın açıldığı tarihte temerrüde düştüğü saptanan borçluya borcunu ödemesi için süre verememektedir³⁴. Bununla birlikte ticarî anlamda bir kayba neden olmamak koşuluyla bir iki gün gibi önem atfedilmeyecek gecikmelerin ise hukukî anlamda gecikme olarak kabul edilmesi ise bizim de katıldığımız görüşe³⁵ göre uygun değildir. Zira ödeme aşamasında gösterilecek bu kolaylık, konkordato borçlusuna karşılıklı iyi niyetin korunması gerekliliğine dair de bir ticarî güven göstergesi niteliği taşıyabilir.

²⁹ Saraç, s. 73.

³⁰ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi., E: 1998/7247, K: 1999/227, T: 28.01.1999, Sinerji Mevzuat Bankası.

³¹ Yıldız, Hasan (2007) “İcra ve İflas Suçları”, (Yüksek Lisans), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü., s. 76.

³² Akil, s. 238; Bilgen, s. 334; Eroğlu, s. 306; Kuru (2013), s. 1524; Öztekin/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri, s. 645; Postacıoğlu, s. 130; Saraç, s. 73. Aksi yönde görüş için bkz. Buruloğlu/Reyna, s. 164.

³³ Altay/Eskiocak, s. 407, 408; Candeğer, s. 71; Coşkun, s. 251; Kale (2018), s. 263.

³⁴ Altay/Eskiocak, s. 410.

³⁵ Postacıoğlu, s. 131.

Konkordatonun feshi davası açılmadan önce alacaklının, zamanında ve gereği gibi yapmadığı ödemeyi herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin kabul etmesi hâlinde fesih talebi reddedilmektedir³⁶. Buna karşın konkordatonun feshi davası açıldıktan sonra yapılan ödemelerin kabulü, fesih talebinin reddine vücut vermez³⁷. Ancak fesih davası açıldıktan sonra borçlunun, davacı alacaklının alacağını tamamen ödemesi durumunda davanın konusuz kalacağı kabul edilmelidir³⁸.

Konkordato borçlusu, borcunu konkordatonun şartlarına uygun şekilde tam ve gereği gibi ödediğini kesin bir delille ispat etmek durumundadır³⁹. Bu kapsamda borçlu, alacaklının ticarî defterlerine dayanabileceği gibi alacaklıya yemin teklifinde de bulunabilmektedir⁴⁰.

Borçlunun kendisine yüklenemeyecek kusurlardan dolayı konkordatonun gerektirdiği şartlarda ödeme yapamadığını veya konkordato iradesini sakatlandığını ileri sürmesi, fesih davasının reddini gerektirmez⁴¹. Bunun nedeni alacaklıların büyük bir özveri ile borçlunun içinde bulunduğu duruma katlanmak zorunda olmaları şeklinde ifade edilmektedir⁴². Zira alacaklıları konkordato borçlusuna bu imkânı tanımışken borçlunun kusursuzluk defi ileri sürme hakkına sahip olduğunu kabul etmek dürüstlük kuralına da uygun düşmemektedir⁴³. Kaldı ki borçlunun, alacaklıların konkordato yoluyla borçlarının ödenebileceği yönündeki düşüncelerinin, kendi iradesi sakatlanarak ortaya çıktığını ileri

³⁶ Akil, s. 237; Bilgen, s. 334; Eroğlu, s. 304; Kale (2017), s. 81; Öztekin/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri, s. 645.

³⁷ Kuru (2013), s. 1522.

³⁸ Akil, s. 237; Altay/Eskiocak, s. 405; Coşkun, s. 253; Kale (2018), s. 263; Kuru (2013), s. 1524; Öztekin/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri, s. 645.

³⁹ Altay/Eskiocak, s. 410; Bilgen, s. 339.

⁴⁰ Altay/Eskiocak, s. 410; Bilgen, s. 339; Coşkun, s. 253; Kuru (2013), s. 1524; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E: 2005/9024, K: 2005/3749, T: 07.04.2005, LegalBank Elektronik Hukuk Bankası.

⁴¹ Coşkun, s. 250; Postacıoğlu, s. 131; Sarısözen, s. 561.

⁴² Altay/Eskiocak, s. 404.

⁴³ Borçlunun Türk Borçlar Kanunu m.112 kapsamında kusursuzluk definden yararlanamaması da konkordatonun bir sözleşme olmadığı görüşünü destekler niteliktedir. bkz. Altay/Eskiocak, s. 404; Kuru (2013), s. 1524.

sürmesi ve bu sebeple konkordatonun feshinin önlenmesini istemesi abesle iştir. Zira konkordato süreci başlangıçta borçlunun, hem alacaklıları hem de mahkemeyi gerekli ödemeleri yaparak borçlarından kurtulabileceğine inandırabilmesine dayanmaktadır ve konkordato büyük ölçüde borçlu lehine sonuçlar doğuran bir kurumdur, bu sebeple borçludan artık bu noktada gerekli dikkat ve özeni göstermesi beklenir.

Alacaklıların konkordato kapsamındaki alacakları, borçlu nezdinde götürülecek bir borçtur⁴⁴. Dolayısıyla konkordatonun tasdiki aşamasında mahkemece herhangi bir ödeme yeri kararlaştırılmadığı takdirde söz konusu borcun vadesinde alacaklıya götürülüp alacaklının yerleşim yerinde ödenmesi gerekmektedir, aksi hâlde alacaklı vadenin geçmesi ile borçluya herhangi bir haber veya süre vermeksizin konkordatonun feshi davası açabilmektedir⁴⁵.

c. Davacı Konkordato Talebinden Önce Alacaklı Sifatını Taşımaldır

Fesih davası açılmadan önce feshi talep eden alacaklının konkordato şartlarına göre ödenmesi söz konusu olan alacağa sahip olup olmadığının saptanması gerekmektedir. Çünkü konkordatonun feshi talebinin kabulü için davacının konkordatoya tabi bir alacak nedeniyle alacaklı sıfatını haiz olması aranmaktadır⁴⁶. Diğer bir ifadeyle konkordatodan etkilenen ve alacağı konkordato koşullarına uygun şekilde ödenmeyen her alacaklı, konkordatonun kendisi için feshini isteyebilmektedir ancak hâkim, konkordatonun herhangi bir alacaklı bakımından feshi için re'sen harekete geçemez⁴⁷.

Konkordatonun konkordatoya yazılmamış alacaklılar için de bağlayıcı olması nedeniyle bu alacaklılar, alacaklarının konkordato şartlarına göre ödenmemesi durumunda konkordatonun feshini isteyebilmektedir⁴⁸. Ancak bu alacaklılar tara-

⁴⁴ Akil, s. 237; Altay/Eskiocak, s. 404.

⁴⁵ Altay/Eskiocak, s. 404; Coşkun, s. 250; Işıқтаç, s. 30; Kuru (2013), s. 1524.

⁴⁶ Altay/Eskiocak, s. 406; Buruloğlu/Reyna, s. 164; Coşkun, s. 250; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 647.

⁴⁷ Kale (2018), s. 263; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri, s. 527; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 647.

⁴⁸ Bilgen, s. 334; Buruloğlu/Reyna, s. 164; Eroğlu, s. 303; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 647.

findan fesih davası açılabilmesi için öncelikle mahkemece alacağın varlığının ve miktarının saptanması gerekmektedir. Konkordatoya alacağı yazılmamış alacaklı-
nın açacağı davada borçlu, bu borcu kabul etmezse asliye ticaret mahkemesi önce-
likle davacı alacaklının alacağının mevcut olup olmadığını ön mesele olarak ince-
ler, sonrasında konkordatonun feshi talebini karara bağlar⁴⁹.

Benzer bir durum, konkordatoya alacağını kaydettirdiği hâlde borçlu tara-
findan alacağına itiraz edilen çekişmeli alacaklılar için de geçerlidir. Bu kapsam-
da çekişmeli alacaklılar ancak İİK m.308/b gereği bir ay içinde dava açtıkları ve
alacağını ilamla tespit ettirdikleri takdirde fesih davası açabilmektedir. Dolayı-
sıyla İİK m.308/b uyarınca bir ay içinde dava açmayan çekişmeli alacaklıların
konkordatonun feshini talep edemeyeceği sonucuna ulaşılır⁵⁰. Fakat borçlu, söz
konusu ilama karşı istinaf veya temyize başvurmuş ve İİK m.36 uyarınca icranın
geri bırakılmasına yönelik bir karar almışsa kanaatimizce usûl ekonomisinin de
gereği olarak borçlunun fesih davası açabilmesi için mahkemenin istinaf veya
temyiz sonucunu beklemesi gerekmektedir⁵¹.

Alacaklının açılan davada alacağının varlığını ispat etmesi, borçlunun kon-
kordato projesi kapsamında kendisine borcunu ödemediğini tespit ettirmesi,
borçluyu ihtarla temerrüde düşürmesinin gerekliliği isabetli bulunsa da alacağı
konkordatoya yazılmamış alacaklılar ile alacaklı olduğunu iddia eden ve alacağı
konkordatoya yazıldığı hâlde borçlunun itirazı sebebiyle çekişmeli duruma dü-
şen alacaklılar arasında alacağa ulaşılması bakımından farklı süreçlerin öngö-
rülmesi hukuken istikrarsız kabul edilmektedir⁵². Kanaatimizce de bu görüş

⁴⁹ Altay/Eskiocak, s. 407, 408; Candegir, s. 71; Coşkun, s. 251; Kuru (2013), s. 1524; Pekcan-
tez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri, s. 527; Pekcanitez/Erdönmez, s. 147; Saraç, s. 73.

⁵⁰ Akil, s. 246; Kale (2017), s. 83; Kuru (2013), s. 1522; Saraç, s. 73; Sarisözen, s. 563.

⁵¹ Aynı yönde bkz. Akil, s. 238.

⁵² Bu durumda konkordatoya kayıt yaptırmayan alacaklı, kayıt yaptıran ve fakat borçlunun
itirazı üzerine İİK m.308/b uyarınca bir ay içinde dava açmak durumunda kalan alacaklıdan
daha avantajlı hâle gelmektedir. Ayrıca İİK m.308/b uyarınca dava açıp alacaklı olduğunu id-
dia eden alacaklı alacağını ilamla tespit ettirmek zorunda olmakla birlikte ilamdan sonra da
borçlunun konkordatoya tabi alacakların birikmiş taksitleri de tüm borcuyla birlikte ödemesi
hâlinde konkordatoya tabi borç ifa edilmiş olacağından konkordatonun feshi davası açamaya-

isabetlidir. Zira alacağını konkordatoya kaydettirmemiş alacaklı da alacağını isteme açısından kefile başvuramamaktadır ve alacağını sadece asıl borçludan konkordato şartları uyarınca isteyebilmektedir. Bu sebeple bu iki farklı alacaklı kesim için alacağı ulaşma bakımından farklı usullerin izlenmesi gerekli görülmektedir.

Alacakları konkordatoya tabi olmayan rehinli, imtiyazlı alacaklılar ile amme alacaklıları ve alacakları mühletten sonra doğan alacaklıların ise konkordatonun feshi davası açmakta hukukî yararlarının olmadığı kabul edilmektedir⁵³. Eğer rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipten sonra bir rehin açığı oluşmuşsa bu rehin açığı konkordato şartlarına göre istenebileceğinden alacağı rehinle teminat altına alınan alacaklı sadece rehin açığı kadar kısım için konkordatonun feshini talep edebilmektedir⁵⁴. Bunlar dışında konkordato borçlusu ile konkordato komiserinin veya kayyımının da fesih davası açma hakları bulunmamaktadır⁵⁵.

Konkordato projesinin oylanması sırasında alacaklıların çoğunluğu konkordatonun feshi davasının açılmayacağını kararlaştırsalar dahi bu karar fesih davasının açılmasına engel teşkil etmez⁵⁶.

caktır. Borçlu ise varlığı tartışmalı bir borca itiraz ettiğinde dahi alacağın mahkemece karara bağlanmasından sonra borcunu konkordato koşullarına göre ödeme imkanından mahrum kalmasının yanı sıra bir de söz konusu borcu sanki konkordato yapılmamışçasına tam ödemek durumunda kalacaktır. Oysa alacağını konkordatoya yazdırmamış alacaklı fesih davasında alacaklı olduğunu ispatladığı müddetçe konkordatoyu kendi alacağı bakımından fesih imkânına kavuşmaktadır. bkz. **Altay/Eskiocak**, s. 407, 408; **Coşkun**, s. 251.

⁵³ **Akil**, s. 238; **Altay/Eskiocak**, s. 408; **Coşkun**, s. 252; **Kale** (2018), s. 264; **Kuru** (2013), s. 1522; **Pekcanitez/Erdönmez**, s. 148; Alacağı ipotekle temin edilmiş alacaklının kendisi yönünden konkordatonun feshini talep edemeyeceğine ilişkin bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi., K: 3944/6440, T: 26.05.2010, <https://app.e-uyar.com>.

⁵⁴ “... Davacı alacaklının alacağı rehinle teminat altına alındığından konkordatodan etkilenmez. Ancak daha sonra rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipten sonra rehin açığı olduğundan ve rehin açığını alacaklı konkordato şartlarına göre istenebileceğinden konkordatonun feshi davası açmakta hukuki yararı bulunmaktadır. ...” bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E: 2007/8960, K: 2008/3405, T: 03.04.2008, <https://app.e-uyar.com>. **Bilgen**, s. 337.

⁵⁵ **Altay/Eskiocak**, s. 411; **Kale** (2017), s. 84; **Pekcanitez/Erdönmez**, s. 148; **Sarisözen**, s. 562.

⁵⁶ **Altay/Eskiocak**, s. 411.

ç. Borçlunun İflasına Karar Verilmemiş veya Konkordato Bütün Alacaklılar İçin Feshedilmemiş Olmalıdır

Bir alacaklının konkordatonun kendisi bakımından feshini isteyebilmesi için bu konkordatonun bütün borçlular bakımından (tamamen) feshinin gerçekleşmemiş olması gerekmektedir. Zira bu durumda alacaklının ayrı bir fesih davası açmasında hukuken korunmaya değer bir yararı bulunmamaktadır çünkü ortada konkordato projesi kalmamıştır⁵⁷. Borçlunun iflâsına karar verilmiş olması durumunda da alacaklının korunacak bir menfaati kalmadığı kabul edilmektedir, bu durumda kısmen fesih de tamamen fesih de mümkün değildir⁵⁸.

2. Yargılama Usulü

Konkordatonun feshi davalarının yargılama usulü açıklanmadan önce bu davaların konusunun ticarî olması sebebiyle zorunlu olarak arabuluculuğa tabi olup olmadığı değerlendirilmesi yapılmalıdır. Bu noktada öncelikle dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu davaların, konkordato projesine uygun şekilde ödeme yapmayan borçludan kaynaklandığıdır. Projeye uygun şekilde borcunu ödemeyen borçluya karşı ise konkordatonun feshi durumunda alacaklı, kesinleşen konkordato projesine dayanarak icra takibi yapabilmektedir, zira bir alacaklı vadesinde ödenmemiş borcu için icra takibinde bulunabilir.

Konkordatonun kısmen feshi davalarının zorunlu olarak arabuluculuğa tabi olup olmayacağı konusunda dikkat edilmesi gereken ikinci husus ise kanaatimizce, konkordatonun, alacaklılar ile müzakere edilerek ve kanunda belirlenen alacaklı çoğunluğu ile kabul edilen, ardından da geçerliliği mahkemenin tasdiğine bağlı kılınan bir proje olmasıdır. Konkordato, tarafların belirli bir ödeme projesi üzerinde arasında anlaşarak kabul ettiği bir yoldur. Dolayısıyla bu projeye uyulmadığında tarafları zorunlu şekilde arabuluculuğa yönlendirerek bir çözüm arayışına girmek sadece vakit kaybıdır. Bu açıklamalar çerçevesinde konkordatonun feshi davasından önce alacaklıya arabuluculuk sürecini zorunlu bir şart olarak dayatmak, bizim de katıldığımız görüşe göre alacaklının adaletle

⁵⁷ Akil, s. 237; Coşkun, s. 521; Eroğlu, s. 305; Kale (2017), s. 84, 85.

⁵⁸ Bilgen, s. 346; Öztekin/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri, s. 646.

erişim hakkının da kısıtlanması anlamına gelmektedir⁵⁹. Uygulamada da konkordatonun feshi davaları öncesinde zorunlu olarak arabuluculuk süreci işletilmemektedir.

Yargılama sürecine geçildiğinde ise konkordatonun feshi davası için görevli ve yetkili mahkeme, konkordatonun tasdikine karar vermiş olan asliye ticaret mahkemesidir (İİK m.308/e). Zira tüm konkordato sürecini yöneten ve borçlunun davranışlarını objektif şekilde tetkik edebilmesi için gerekli tüm bilgileri haiz mahkeme, tasdike karar veren asliye ticaret mahkemesidir⁶⁰.

5235 sayılı Kanun m.5/III,1 uyarınca da konkordatodan kaynaklı iş ve davalara ilişkin tüm yargılama safhaları, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütülür ve sonuçlandırılır. Asliye ticaret mahkemesi, davayı basit yargılama usulüne göre incelemektedir [Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m.316/I,e]⁶¹.

Konkordatonun feshi davası, kanundaki isimlendirmesi yerinde olmak üzere, bir davadır ve bu davada davalı, konkordatonun şartlarını tam ve gereği gibi yerine getirmeyen borçludur. Davacılar ise kısaca konkordatodan etkilenen ancak alacağını konkordato projesine uygun şekilde elde edemeyen alacaklılardır⁶². Birden fazla alacaklının bu davayı aynı sebebe dayanarak açması hâlinde ise davacılar arasında ihtiyarî dava arkadaşlığı bulunmaktadır, zira HMK m.57 çerçevesinde bu kişilerin açacakları davaların temelini oluşturan vakıalar ve

⁵⁹ **Ermenek, İbrahim/Azıklı Arslan, Betül** (2018) “İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabuluculuğa Başvuru Zorunluluğu (TTK m.5/A)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y: 33, S: 148, s. 183.

⁶⁰ **Buruloğlu/Reyna**, s. 169; **Eroğlu**, s. 305; **Kodakoğlu, Mehmet** (2022) “Konkordato Taleplerinde Görevli Mahkeme Kavramı ve İş Dağılımı Sorunu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 26, S: 2, s. 81; **Öztek/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri**, s. 639; **Sarisözen**, s. 564; **Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 647.

⁶¹ **Akil**, s. 241; **Candeğer**, s. 71; **Coşkun**, s. 252; **Eroğlu**, s. 306; **Özkan, Hasan** (2014) Konkordato - Seri 14 (Madde 258 - 309/ü) Açıklamalı - İçtihatlı İcra ve İflas Davaları ve Tatbikatı, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, s. 188; **Işıktaç**, s. 30; **Kuru** (2013), s. 1523; **Öztek/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri**, s. 639; **Pekcamtez/Erdönmez**, s. 147; **Saraç**, s. 74.

⁶² **Buruloğlu/Reyna**, s. 166; **Eroğlu**, s. 303; **Postacıoğlu**, s. 129; **Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 647.

hukukî sebepler aynıdır, ki bu da konkordato çerçevesinde belirlenen süreçtir⁶³. Borçlu dışında kötü niyeti tespit edilse dahi diğer alacaklıların, komiserin veya kayyımın davalı olarak gösterilmesi mümkün değildir, bu kimselerin fer'i müdahil olarak davaya katılmaları da kabul edilmemektedir⁶⁴.

Konkordatonun feshi talebi üzerine verilen hükmün tebliğinden itibaren on gün içinde istinaf kanun yoluna, bölge adliye mahkemesinin kararına karşı kararın tebliğinden itibaren on gün içinde ise temyiz kanun yoluna başvurma imkânı bulunmaktadır (İİK m.308/e,II).

3. Yargılama Giderleri

Konkordatonun kısmen feshi davasında ödenecek harcın konkordatonun türüne göre değişiklik göstermesi gerekmektedir. Tenzilat konkordatosunda borcun miktarında bir tenzilata (indirim) gidilmesi söz konusu olduğundan konkordatonun kısmen feshi davasında dava konusunun değeri ölçüsünde harçlandırma yapılacak ve tenzilata miktarı üzerinden/nispi harç alınmaktadır. Vade konkordatosunda alacaklının konkordatoyu feshettirmekle elde edeceği menfaat vadelerin düşmesi olacağından dava konusu henüz ödenmemiş olan alacak miktarıdır, bu sebeple vade konkordatosunda henüz ödenmemiş olan alacak miktarı üzerinden nispi harç alınmaktadır. Konkordatoya yazılmamış veya konkordatoya yazılmış olmakla birlikte alacağı itiraza uğramamış olan alacaklı ise bu dava ile alacağının tümünü hüküm altına aldirmek istediğinden alacağın tamamı üzerinden nispi harç ödemektedir⁶⁵.

Konkordatonun kısmen feshi kararında, aksi görüşler⁶⁶ bulunsa da harçta olduğu gibi yargılama gideri olarak davacı lehine hükmedilecek vekalet ücretinin de nispi tarife üzerinden hesaplanması daha yerinde bir uygulamadır, zira dava konusu para olarak belirlenebilir niteliktedir. Bununla birlikte Yargıtay, tasdik edilen konkordato şartlarına göre ödeme yapmayan borçluya yöneltilen

⁶³ Akil, s. 240; Coşkun, s. 252; Saraç, s. 74; Sarisözen, s. 562.

⁶⁴ Buruloğlu/Reyna, s. 170; Coşkun, s. 252; Kale (2017), s. 84; Saraç, s. 74; Sarisözen, s. 569.

⁶⁵ Kuru (2013), s. 1525.

⁶⁶ Altay/Eskiocak, s. 350; Uyar, s. 152.

konkordatonun feshi davasının reddi veya kabulüne ilişkin kararların maktu harç ve vekalet ücretine tabi olduğuna karar vermiştir ve bu görüşü benimsemeye devam etmektedir⁶⁷.

4. Zamanaşımı

Konkordatonun feshi zamanaşımı süresi içinde istenmelidir, aksi takdirde borçlu zamanaşımını ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir. Konkordatonun feshi, on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir, zira kanunda zamanaşımına ilişkin bir özel düzenleme mevcut değildir ve bu durumda TBK m.146'da düzenlenen genel zamanaşımı süresi esas alınır. Zamanaşımı, konkordatoya göre ödeme zamanından itibaren on yıldır. Başka bir ifadeyle bu on yıllık süre, konkordatonun tasdiki tarihinden değil, son vade/ödeme tarihinden itibaren başlatılarak hesaplanmaktadır⁶⁸. Çekişmeli alacaklılar için zamanaşımı, açılan davanın sonuçlanmasından itibaren başlar⁶⁹. Konkordatoya yazdırılmamış alacaklar için ise zamanaşımı süresi, o alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresidir⁷⁰.

Böyle bir zamanaşımı düzenlemesinin varlığı, konkordatonun sürekli bir belirsizlik içerisinde bulunmasını engellemekte ve alacaklıların konkordatonun güvenliğini sorgulamasına engel oluşturmaktadır⁷¹. Ancak ödeme planlarının on yılı aşkın bir süre olarak belirlenmesi durumu göz ardı edilmiştir. Bu durumda hâkimin, borçlunun ödeme iradesine aykırı hareket ettiği anı bulması beklenebilir. Bu durumda kanaatimizce zamanaşımının borçlunun son edim tarihi esas alınarak hesaplanması gerektiği görüşü⁷² isabetlidir.

⁶⁷ **Buruloğlu/Reyna**, s. 172; **Postacioğlu**, s. 132; **Sarisözen**, s. 564; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E: 1998/7356, K: 1999/223, T: 28.01.1999; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E: 2018/1499, K: 2019/9108, T: 30.09.2019, Sinerji Mevzuat Bankası.

⁶⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 1971/863, K: 1973/818, T: 24.10.1973, Sinerji Mevzuat Bankası.

⁶⁹ **Altay/Eskiocak**, s. 409; **Kuru** (2013), s. 1523; **Öztek/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri**, s. 646; **Sarisözen**, s. 567.

⁷⁰ **Altay/Eskiocak**, s. 409; **Kuru** (2013), s. 1523; **Öztek/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri**, s. 646; **Pekcanitez/Erdönmez**, s. 148; **Sarisözen**, s. 567.

⁷¹ **Kale** (2017), s. 87; **Ulukapı** (1998), s. 248.

⁷² **Eroğlu**, s. 314.

5. Sonuçları

Asliye ticaret mahkemesi, yaptığı inceleme sonucunda konkordatonun ke-sinleştiğini ve borcun konkordato şartlarına uygun şekilde ödenmediğini tespit ederse yalnızca davacı alacaklı bakımından konkordatonun feshine karar verir. Alacaklı konkordatonun kısmen feshiyle alacağına tümüyle kavuşur, borçlunun proje kapsamında yaptığı ödemeler ise alacağından mahsup edilmelidir⁷³.

Konkordatonun kısmen feshi, hüküm ve sonuçlarını, borçlunun iflâsına ka-rar verilmediği müddetçe, sadece kendi alacağının ödenmemesi üzerine fesih talebinde bulunan alacaklı için doğurmaktadır; diğer alacaklıların ise konkorda-toya bağlılıkları devam etmektedir⁷⁴. Bir diğer ifadeyle konkordatonun kendisi bakımından feshi kararının ardından alacaklı, eğer iflâs yoluyla takibe girer ve mahkemece borçlunun iflâsına karar verirse ancak bu durumda diğer alacaklı-lar bu durumdan yararlanabilmektedir⁷⁵.

Alacaklı, vadesinde ödenmeyen her alacağı için borçlu aleyhine doğrudan icra takibi başlatabilmekte ancak bu takiple sadece ödenmeyen alacağını talep edebilmektedir, zira borçlunun ödediği kısım bakımından borç konkordato kapsamında sona erer⁷⁶. Konkordato projesi kapsamında bulunan bu alacak için ilamlı icra yoluna başvurulabilmektedir⁷⁷. Çünkü borçlu, konkordato prosedü-ründe borçlu, alacaklılarla anlaşarak borçlarını mahkeme denetiminde ödeyece-ğini kabul etmiştir. Bu çerçevede konkordato, İİK m.38 kapsamında ilam niteli-ğindeki belgelerdendir. Alacaklı, başlatacağı icra takibiyle alacağının kalanını isteyemez, zira o kısım için daha vade gelmemiştir. Alacağının tamamının ödenmesini isteyen alacaklı ancak konkordatonun kendisi bakımından feshi hâlinde alacağının tamamını talep edebilir⁷⁸. Alacaklı, eğer vadesinde ödenme-

⁷³ **Buruloğlu/Reyna**, s. 173; **Eroğlu**, s. 307; **Ulukapı** (1998), s. 262.

⁷⁴ **Altay/Eskiocak**, s. 412; **Buruloğlu/Reyna**, s. 171; **Eroğlu**, s. 306; **Öztek/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri**, s. 638; **Yıldırım, Deren-Yıldırım**, s. 647.

⁷⁵ **Kale** (2017), s. 88; **Postacıoğlu**, s. 134.

⁷⁶ **Akil**, s. 243; **Bilgen**, s. 333; **Kale** (2017), s. 88; **Öztek/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri**, s. 647.

⁷⁷ **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 702; **Bilgen**, s. 333; **Sarısözen**, s. 561; **Yardımcı**, s. 910; **Yıldı-rım/Deren-Yıldırım**, s. 647.

⁷⁸ **Bilgen**, s. 342; **Eroğlu**, s. 307.

yen alacağı için icra takibinde bulunuyorsa bu noktada artık alacaklının konkordatonun kısmen feshi iradesini taşımadığının kabulü yerindedir. Ancak sonraki taksitin ödenmemesi durumunda alacaklı, bu sebeple kısmen fesih hakkına sahiptir.

Konkordatoyu feshettiren alacaklı, konkordato mühleti verilmesi ile duran takiplere de devam edebilmektedir⁷⁹. Zira bu noktada artık konkordato hükümden düşmüştür ve bu sebeple konkordatonun sonuçları da ortadan kalkmaktadır. Bununla birlikte konkordatonun tasdiki kararı ile hacizler düşeceğinden (İİK m.308/ç) alacaklının yeniden haciz talebinde bulunması gerekmektedir. Ayrıca öğretide alacaklının, fesih kararının kesinleşmesini beklemeksizin alacağının tamamı için de haciz yoluyla icra takibi yapabileceği ifade edilmiştir⁸⁰.

Borçlunun, alacaklının alacağını kabul etmesi durumunda alacaklı ilamlı icraya başvurabileceği gibi İİK m.177/IV uyarınca doğrudan borçlunun iflâsını da isteyebilmektedir, zira konkordato prosedüründe kabul edilen borç artık ilama müstenit bir borçtur⁸¹. Bu noktada fesih kararı kesinleşmeden alacağın tamamı için iflâs takibi yapıp yapılamayacağı sorusuyla karşılaşılmaktadır. Bir görüşe göre İİK m.308/e'ye göre verilen fesih kararı kesinleşmeden, konkordato kısmen veya tamamen bertaraf edilmedikçe alacağın tamamı için iflâs takibi açılmaz⁸². Diğer görüşe göre ise konkordatonun feshi sonrasında borçlu aleyhine icra veya iflâs takibinde bulunulabilmektedir, alacaklının alacağının tamamı için borçlu aleyhine takip yapabilmesi için konkordatonun feshi kararının kesinleşmesi şart değildir, icranın geri bırakılması kararı alınmadığı sürece konkordatonun feshi kararının kesinleşmesi beklenmeden icra ve iflâs takibi yapılabilmektedir⁸³. Kanaatimizce de fesih kararından sonra borçlu

⁷⁹ Altay/Eskiocak, s. 412; Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 647.

⁸⁰ Altay/Eskiocak, s. 412; Coşkun, s. 254; Pekcanitez/Erdönmez, s. 148; Postacıoğlu, s. 134; Saraç, s. 73.

⁸¹ bkz. III-A-5.

⁸² Altay/Eskiocak, s. 409.

⁸³ Bilgen, s. 344; Buruloğlu/Reyna, s. 171; Candeğer, s. 71; Kuru (2013), s. 1525; Öztekin/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri, s. 648.

aleyhine iflâs takibinde bulunulabilmesi için kararın kesinleşmesini beklemek hâlihazırda alacağını az da olsa alabilmek için uğraş veren alacaklının daha da bekletilmesi anlamına gelmektedir. Ancak mahkemenin iflâsa ilişkin hüküm tesis etmesinden önce fesih kararının kesinleşmesi, genel olarak, müstakbel karışıklıkların da önüne geçecektir⁸⁴. Ayrıca konkordato koşullarını yerine getirmeden iflâsına hükmolunan borçlunun İİK m.310/IX gereği taksiratlı iflâs suçunu işlediği de belirtilmelidir. Bununla birlikte fesih kararının kesinleşmesi, borçlunun iflâsının istenmesi ve buna karar verilmesi öncesinde bir zorunluluk olarak görülmemelidir.

Bu açıklamalara ek olarak konkordatonun kısmen feshinin, borçlu için doğrudan doğruya bir iflâs sebebi oluşturmadığını, alacaklının borçlunun iflâsını istemesi hâlinde genel hükümler çerçevesinde iflâs yollarına başvurması gerektiğini de belirtmekte fayda vardır⁸⁵.

Konkordatonun kısmen feshi hâlinde alacaklının konkordato uyarınca kazanmış olduğu yeni hakları muhafaza edeceği de kanunda açıkça düzenlenmiştir (İİK m.308/e,II). Bu çerçevede alacaklı, 308/e uyarınca konkordatonun kısmen feshi talebinde bulunmakla konkordatodan doğan haklarını yitirmemektedir⁸⁶.

B. KONKORDATONUN TAMAMEN FESHİ (İİK m.308/f)

Her alacaklı, kötü niyetle sakatlanmış konkordatonun feshini talep edebilmektedir. Her ne kadar 7101 sayılı Kanun'da getirilen hükümlerde açıkça ifade edilmese de İİK m.308/f gereği konkordatonun tasdikinin dürüst olmayan davranışlarla sağlandığının anlaşılması durumunda alacaklılara konkordatoyu fesih imkânı tanınması, konkordatonun dürüst borçluları korumak amacıyla kabul edilen bir hukukî kurum olduğunu göstermektedir⁸⁷. Kısacası borçludan beklenen dürüstlük, “*ratio legis*”tir ve TMK m.2 uyarınca değerlendirme yapılmasını

⁸⁴ Postacıoğlu, s. 133.

⁸⁵ Kale (2018), s. 265; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 658; Öztekin/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri, s. 647; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 648.

⁸⁶ Buruloğlu/Reyna, s. 173; Kale (2017), s. 89; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 647.

⁸⁷ Kale (2017), s. 82; Muşul, s. 533; Yardımcı, s. 906; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 648.

gerektirir⁸⁸. Fakat bu dürüstlük, konkordatoya başvurma açısından artık direkt bir ön koşul olarak kabul edilmemektedir⁸⁹. Ancak terkinde kötü niyet bulunan konkordatonun ayakta tutulmasında alacaklıların da kamunun da bir menfaati bulunmayacağından konkordatonun tüm alacaklılar bakımından feshi gerekmektedir⁹⁰. Tüm alacaklılar hem iflâs dışı hem iflâstan sonra konkordato bakımından, şartların varlığı hâlinde, konkordatonun feshini talep edebilme imkânına sahiptir⁹¹.

Kanaatimizce bu noktada, konkordatonun tamamen feshi davasının kamu düzenini etkileyen bir dava olduğu ifade edilmeli ve konuyla ilgili açıklamalar bu düzlemde şekillenmelidir. Şöyle ki konkordatonun tamamen feshi, borçlunun iflâsına da yol açabilmekte ve bu durumda iflâsın ağır sonuçları ile karşı karşıya kalılabilmektedir⁹². Türk hukuku açısından değerlendirildiğinde; konkordato müessesisiyle varlığını bir şekilde sürdürmeye çalışan kurumların, genellikle kanunlarda belirlenen asgarî parasal sınırlarla kuruldukları, aktif ve pasifleri dikkate alındığında azımsanamaz büyüklükte mevduatlara sahip oldukları ve bu bakımdan büyük maddî kaynak gerektiren faaliyetlerle uğraştıkları, bu sayede geniş bir istihdam imkânı da sundukları, bir kısmının bu faaliyetlerden uluşım, elektrik gibi kamu hizmetlerinin yerine getirilmesine ilişkin görevler dahi üstlendikleri görülmektedir. Bu noktada konkordatonun tamamen feshi yargılamasında, mahkemenin vereceği kararın kamu nezdinde de ağır sonuçlar doğurabilme ihtimali göz önünde bulundurulmalıdır. Kaldı ki asliye ticaret mahkemesi, önüne gelen bir konkordatonun tasdiki talebini karara bağlarken dahi

⁸⁸ **Bilgen**, s. 346; **Eroğlu**, s. 310; **Karabel, E. Gökçe** (2020) “Konkordato Mühletinin Kaldırılması Kararı Verilirken Uygulanacak Usul”: Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol (Editörler), İlamat Torbası, 1. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 165; **Tanrıver/Deynekli**, s. 77.

⁸⁹ **Sarısözen**, s. 102; **Taşpınar**, s. 58; **Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 648.

⁹⁰ **Coşkun**, s. 268.

⁹¹ **Önen**, s. 95; **Sarısözen**, s. 560.

⁹² Aynı yönde bkz. “İflâs talebi ilk aşamada tarafları ilgilendirse de, kamuya yönelmiş olmasından dolayı, son tahlilde kamusal bir talep mahiyetindedir. İflâs şeklindeki kamusal talebi borçlu değil, sadece devlet (kamu gücü) yerine getirebileceğinden, alacaklının talebinin muhatabı artık borçlu değil devlettir.” **Özbek, Mustafa Serdar** (2012) “İflâs Davasının Hukukî Mahiyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 61, S: 1, s. 267.

gerekli koşulların oluşup oluşmadığını kendiliğinden araştırmak durumunda dır⁹³.

Öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre⁹⁴, konkordatonun tamamen feshi hükmünün içinde dürüstlük koşulu yer almaktadır ve borçlunun ileride konkordatonun feshine neden olabilecek dürüstlüğe aykırı davranışlarının tasdik yargılaması aşamasında gözetilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, kanaatimizce, konkordatonun tasdiki şartlarına ilişkin incelemelerde kamu düzeni gerekçesiyle re'sen araştırma ilkesi kabul edilmişken, tasdiki kararının alınmasına etkili olan davranışlara dayalı olarak açılan konkordatonun tamamen fesih davasında da evleviyetle kamu düzeni dikkate alınarak re'sen araştırma yapılabilceği sonucuna ulaşılmalıdır.

Tüm bu açıklamalara ek olarak konkordatonun tamamen feshinde borçlunun hileli hareketlerle konkordato iradesine aykırı davranması söz konusudur⁹⁵. Her ne kadar dürüstlük, bir dava şartı olarak değerlendirilmese de dürüstlüğün göz ardı edilemeyeceği, konkordatonun tamamen feshi için aranan şartların da dürüstlük ilkesine dayandığı ve borçlunun söz konusu hareketlerinin TBK çerçevesinde de borca aykırılık hükümlerine tabi olacağı açıktır⁹⁶. Bu noktada konkordatonun tamamen feshini kamu düzenini ilgilendiren davalar olarak değerlendirmek yanlış olmaz. Çünkü konkordatonun kısmen feshinde yalnızca alacağını alamayan alacaklının menfaati dikkate alınırken konkordatonun tamamen feshinde dürüstlüğün korunmasının, kamu menfaatinin korunmasına yönelik olduğu kabul edilir⁹⁷.

⁹³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 1156/3387, T: 16.04.1990, Sinerji Mevzuat Bankası.

⁹⁴ **Börü**, s. 530; **Doğan, Emsalgül** (2020) Konkordatonun Tasdiki Yargılaması, 1. b., Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 177; **Karabel**, s. 165; **Sarısozen**, s. 568. **Tanrıver, Süha** (2009) "İflâs Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Güncel Sorunlar ve Bazı Değerlendirmeler", Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VIII, Abant, 9-10 Ekim 2009, s. 264.

⁹⁵ **Coşkun**, s. 268; **Taşpınar Ayvaz**, s. 200.

⁹⁶ Aynı yönde bkz. **Postacıoğlu**, s. 135.

⁹⁷ **Doğan**, s. 85.

1. Şartları

a. Konkordatonun Tasdiki Kötü Niyetli Eylemle Gerçekleşmelidir (Konkordato Suiniyetle Muallol Olmalıdır)

Dürüstlük, konkordatoya başvurma açısından artık direkt bir ön koşul olarak kabul edilmese de konkordatonun tasdiki borçlunun, üçüncü bir kişinin veya konkordato komiserinin hileli tutum ve davranışlarıyla sağlanmış ise bu durumda konkordatonun kötü niyetle sakatlandığı ifade edilmektedir⁹⁸. Bu eylemler, aynı zamanda İİK m.334'te "*konkordato mühleti elde etmek veya konkordato ... projesini tasdik ettirmek için hileli tutum ve davranışlarıyla malî durumu hakkında alacaklıları, komiseri ... hataya düşürmek yoluyla zarara sebebiyet vermek*" ve m.338'de "*istenen beyanı hakikate aykırı yapmak*" şeklinde açıklanmış olup icra ve iflâs suçları arasında sayılmaktadır. Zira borçlu, kendisinden istenen bilgiler hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunarak alacaklıları ve komiseri yanıltmakta ve konkordato projesine uygun davranmayıp alacaklıları zarara uğratmakta, dolayısıyla bu suçlara ilişkin maddi ve manevi unsurları gerçekleştirmiş olmaktadır⁹⁹.

İcra ve İflas Kanunu m.308/f'de düzenlenen kötü niyet vakiasının dayandığı hile ile Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.36'da düzenlenen hilenin kapsamının farklı olduğu zira TBK'de düzenlenen hilenin hukukî işlem ve sözleşmelerin iptaline yönelik bir düzenleme içerdiği, öğretilerde bir görüş olarak ifade edilmektedir¹⁰⁰. Kanaatimizce her ne kadar hukukî niteliği itibarıyla tartışmalar mevcutsa da konkordatonun bir sözleşme olmadığı, bu sebeple TBK m.36'da düzenlenen hile ile İİK m.308/f düzenlemesinin bir dayanağı hilenin farklı kapsamlarda değerlendirilebileceğinde doğruluk payı mevcuttur. Zira konkordatonun tamamen feshi için hile yapılmış olması değil kötü niyet aranmaktadır¹⁰¹. Bununla birlikte konkordatonun niteliği dikkate alındığında konkordatonun ortadan kaldırılmasına ilişkin "*fesih*" değil "*iptal*" kavramının daha uygun bir kullanım olacağını yukarıda ifade etmiştik¹⁰². Bu çerçevede bir değerlendiril-

⁹⁸ Kale (2018), s. 265; Pekcanitez/Erdönmez, s. 149; Postacıoğlu, s. 135; Taşpınar Ayvaz, s. 200; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 648.

⁹⁹ Yıldız, s. 76, 159.

¹⁰⁰ Altay/Eskiocak, s. 415.

¹⁰¹ Akil, s. 244.

¹⁰² bkz. II.

dirme yapıldığında da TBK m.36'da yer alan hile kavramının İİK m.308/f'ye uygun düşmediği görüşünün, TBK'deki kavramın iptal kapsamında bir dayanağı olduğu göz ardı edilerek ortaya konduğu düşünülmektedir¹⁰³ ve bu görüş kanaatimizce isabetli değildir. Bu noktada ele alınabilecek hükümlerin, TBK m.27 uyarınca konkordato ve *consensus* iradesine ve borca aykırılık bağlamında emredici hükümlere, ahlak, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık ve devamı hükümlerde yer alan aşırı yararlanma, irade sakatlıkları gibi iptal hâlleri olduğu görüşü¹⁰⁴ kanaatimizce isabetlidir. Zira MK m.27 hükmü, genel nitelikli bir hüküm olup herhangi bir hukuk ilişkisine niteliğine uygun düştüğü ölçüde, kıyasen uygulanabilmektedir¹⁰⁵.

Öğretide tamamen fesih sonucunu doğuracak sebepleri, konkordato mühletinin kaldırılmasını gerektiren sebepler ile konkordatonun tasdikine ilişkin şartların yerine getirilmemesinden kaynaklanan sebepler olmak üzere iki grupta inceleyen bir görüş¹⁰⁶ mevcuttur. Ancak kanunda hangi davranışın kötü niyetli olduğu veya kötü niyete karine teşkil edeceğine ilişkin bir açıklama yapılmamıştır. Bu sebeple konkordatonun kabulüne etkili olabilecek herhangi bir kötü niyetli davranışın konkordatonun tüm alacaklıları bakımından fesih nedeni olabileceği kabul edilmelidir, kanaatimizce İİK kapsamında dürüstlük şartı üstü kapalı olarak aransa da günümüzde bu dürüstlüğün sıkı yorumlanması hâlinde konkordato kurumundan yararlanabilecek pek kimse kalmayacağı açıktır¹⁰⁷. Ayrıca söz konusu hileli hareketlerin konkordatonun tasdikinden önce gerçekleşmesi gerektiği de bu çerçevede önem kazanmaktadır¹⁰⁸.

¹⁰³ Altay/Eskiocak, s. 415.

¹⁰⁴ Aydemir, s. 103.

¹⁰⁵ Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami (2015) Medenî Hukuk, 21. Bası, İstanbul Vedat Kitapçılık, s. 62.

¹⁰⁶ bkz. Kale (2018), s. 266.

¹⁰⁷ Sarısözen, s. 102, 571; Hileli davranış ile konkordatonun tasdiki arasında bir illiyet bağı kurulmasına gerek olmadığı, zira konkordatonun sadece dürüst kimselere açık tutulmuş olduğu yönündeki görüş için bkz. Öztekin/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri, s. 660; Postacıoğlu, s. 136; Taşpınar Ayvaz, s. 204; Yardımcı, s. 907.

¹⁰⁸ Sarısözen, s. 570; Hileli davranışın konkordatonun tasdiki öncesi veya sırasında gerçekleşmesi ancak o esnada ileri sürülmemiş olması gerekmektedir. bkz. III-B-1-c.

Borçlunun gelirini ve mal varlığını yanlış göstermesi veya gizlemesi, gerçeğe aykırı muvazaalı alacak yaratarak konkordatonun tasdiki için gereken çoğunluğu sağlaması, bazı alacaklılara özel yarar sağlaması ya da bu yönde vaatlerde bulunması (m.308/d), aldatma, korkutma gibi irade sakatlıkları hâllerinin oluşmasına sebep olma veya hazırladığı bilançoda bazı alacaklıları göstermemesi kötü niyetli davranışlara örnek olarak gösterilebilmektedir¹⁰⁹. Vaatlerin üçüncü kişilerce ve borçluya destek olmak amacıyla yapıldığı hâllerde ise konkordatonun feshi mümkün değildir, zira bu davranış borçlunun kötü niyeti çerçevesinde değerlendirilemez¹¹⁰. Konkordatonun feshine karar verilebilmesi için, borçlunun dürüstlüğü aykırı söz konusu davranışları sebebiyle bir ceza yargılamasına tabi tutulmaması veya mahkûmiyetinin olmaması gibi bir şart ise aranmamaktadır¹¹¹.

Borçlunun mühlet içinde yasaklı bulunduğu İİK m.297/II'deki tasarrufları (rehin tesis etmek, kefil olmak, ivazsız tasarruflarda bulunmak, taşınmazını devretmek ...) yapması hâlinde ise bu yönde bir sınırlama olmaksızın konkordatonun feshi istenebilmektedir, zira bu durumda artık borçlunun borcunu iyi niyetle ödeme iradesinden bahsedilememektedir¹¹².

Üçüncü kişilerin veya konkordato komiserinin hileli hareketini borçlunun bilmediği ve bilmesinin kendisinden beklenemediği hâllerde, yalnızca, üçüncü kişilerin veya komiserin hileli davranışı olmasa da konkordatonun tasdik edile-

¹⁰⁹ Bilgen, s. 347; Buruloğlu/Reyna, s. 177; Coşkun, s. 268; Eroğlu, s. 311; Işıқтаç, s. 30; Muşul, s. 533; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri, s. 528; Postacıoğlu, s. 22; Tanrıver/Deynekli, s. 79; Taşpınar Ayvaz, s. 200. “Konkordato, dürüst borçlular yararına kabul edilmiş bir kurumdur. Bu nedenle, onun kabulüne etkili olabilecek her çeşit kötü niyetli eyleme dayanılabilir. Kötü niyetli eylem olarak, borçlunun gelirini ve mal varlığını yanlış göstermesi veya gizlemesi, gerçeğe aykırı borçların ihdası ve beyan edilmesi, bazı alacaklılara özel yararlar sağlanması, hatta vaat olunması gibi eylemler sayılabilir. Alacaklı, konkordatonun tasdikinden sonra da, borçlunun kötü niyetlerini belirterek konkordatonun feshini mahkemedan isteyebilir. ...” bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 1977/12-1038, K: 1979/1358, T: 14.11.1979, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

¹¹⁰ Altay/Eskiocak, s. 415.

¹¹¹ Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 648.

¹¹² Coşkun, s. 268; Kale (2017), s. 85.

çeği hâllerde konkordatonun feshinin istenemeyeceği kabul edilmelidir¹¹³. Diğer hâllerde ise konkordatonun zaten kötü niyetle sakatlanmış olduğu açıktır.

b. Konkordatonun Tasdiki Kararı Kesinleşmiş Olmalıdır

Konkordatonun feshine karar verilebilmesi için görevli ve yetkili asliye ticaret mahkemesince konkordatonun tasdik edilmiş olması ve bu kararın kanun yollarına başvurulmayarak ya da kanun yollarında BAM tarafından esastan reddedilerek veya Yargıtay tarafından onanarak kesinleştirilmiş olması gerekmektedir¹¹⁴. Henüz kanun yolları aşaması tamamlanmamış bir tasdik kararının sonraki süreçte reddi söz konusu olabileceğinden konkordatonun feshini talep eden alacaklıların bu davayı açmakta hukukî yararının bulunmadığı kabul edilmekte ve fesih talebinin dava şartı (HMK m.114/1-h) yokluğu sebebiyle usûlden reddedileceği ifade edilmektedir¹¹⁵.

Kanaatimizce konkordatonun kısmen feshinde bahsedilen nedenlerin yanı sıra tüm alacaklılar bakımından feshi, kamu düzenini ilgilendiren bir dava niteliğinde olduğundan bu davada bir ön koşul olarak konkordatonun tasdiki kararının kesinleşmesinin aranması isabetli görülebilmektedir ancak yargı kararlarında bu yönde bir fikir birliği sağlanamadığını tekrar ifade etmekte yarar vardır¹¹⁶.

Açıklanan hususlara ek olarak konkordatonun tasdiki kararının ilan edilmemesi de konkordatonun feshini gerektirecek bir hâl olarak kabul edilmemektedir¹¹⁷. Zira konkordatonun tasdikinin ilanı görevi, mahkemeye verilmiştir. Bu sebeple tasdik kararının ilan edilmemesi konkordatonun feshi talebini haklı kılmayacak ve buna dayalı fesih istemleri de reddedilir.

¹¹³ Akil, s. 245; Kuru (2013), s. 1527; Öztekin/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri, s. 658; Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 649.

¹¹⁴ Buruloğlu/Reyna, s. 178; Coşkun, s. 268.

¹¹⁵ bkz. III-A-1-a.

¹¹⁶ Söz konusu kararlar için bkz. III-A-1-a/27. dipnot.

¹¹⁷ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E: 1997/4625, K: 1997/6973, T: 03.07.1997, Sinerji Mevzuat Bankası.

c. Kötü Niyetle Sakatlanmaya İlişkin Davranışlar/Vakıalar Konkordatonun Tasdikinden Önce veya Tasdiki Sırasında İleri Sürülmemiş Olmalıdır

Alacaklıların konkordatonun kötü niyetli davranışlar sebebiyle sakatlandığını konkordatonun tasdikinden önce veya tasdiki sırasında ileri sürmemiş olmaları gerekmektedir¹¹⁸. Zira tasdikten önce gerçekleşmiş, ortaya çıkmış ve tasdik kararının kesinleşmesine engel teşkil eden davranışlar, söz konusu kararının verilmesi veya kesinleştirilmesi sürecinde incelenecek hususlardır¹¹⁹. Alacaklı, konkordatonun yapıldığı sırada hileli hareketi bilmekle birlikte bunu konkordatonun tasdiki duruşmasında itiraz yolu ile ileri sürmemişse ya da söz konusu vakıalar ileri sürülmüş olmakla birlikte bu iddialar reddedilmişse, alacaklı bu hileye dayanarak konkordatonun feshini talep edememektedir¹²⁰. Ancak kusurları olmaksızın konkordato mühleti içinde veya en geç tasdik aşamasında alacaklıların ileri süremediği vakıaların fesih sebebi olarak kabul edilmesi mümkündür¹²¹.

2. Yargılama Usulü

Konkordatonun kısmen feshinde de anlatıldığı üzere konkordatonun feshi davaları, kısmen fesih istemli de olsa tamamen fesih istemli de olsa zorunlu olarak arabuluculuğa tabi değildir¹²². Kısmen fesihden farklı olarak bu bölümde ifade edilmesi gereken husus ise, konkordatonun tamamen feshi davasının temel nedeninin konkordato projesinin borçlunun dürüstlük kuralına aykırı davranışlarıyla tasdikinin sağlanması ve konkordatonun da bu kötü niyetli davranışlarla sakatlanmasıdır. Bu noktada borçluya söz konusu davranışları sonucunda parasal bir

¹¹⁸ Aydemir, s. 104; Buruloğlu/Reyna, s. 179; Kale (2017), s. 86; Muşul, s. 534; Özkan, s. 199; Öztekin/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri, s. 658; Postacıoğlu, s. 136; Yardımcı, s. 915.

¹¹⁹ Eroğlu, s. 311.

¹²⁰ Akil, s. 246; Postacıoğlu, s. 136. Aynı yönde bkz. "Konkordatonun feshi, tasdik kararından evvelki sebeplere dayandırılmıştır. Tasdik edilen konkordatonun feshi, ancak tasdik kararından sonraki sebep ve hadiselere dayanılarak istenebilir. İİK'nin 299'uncu maddesine göre, itiraz etmemiş alacaklıların tasdik kararını temyiz hakları olmadığına göre, tasdikten evvelki sebeplerle fesih istemeye hakları olmadığı kabulü gerekir. ..." bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E: 1976/9993, K: 1976/12467, T: 09.12.1976. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 1977/1308, K: 1979/1358, T: 14.11.1979, LegalBank Elektronik Hukuk Bankası.

¹²¹ Kale (2018), s. 266; Kuru (2013), s. 1528; Saraç, s. 74.

¹²² bkz. III-A-2.

külfet yüklenmemiş, konkordatonun tamamen feshi öngörülmüştür. Bu sayede alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesi de korunmaya çalışılmıştır¹²³. Öyle ki tamamen fesih sonrası iflâs kararı verilmesine ilişkin düzenlemeler ile kendi menfaatini dikkate alarak icra takibinde bulunmayan alacaklı dahi korunmuştur¹²⁴. Bu hususlar da kamunun güvenini tekrar tesis etme ve menfaatini korumaya yönelik önlemler olarak göz önünde bulundurulmalıdır.

İcra ve İflâs Kanunu m.308/f uyarınca alacaklı konkordatonun feshini tasdik kararını veren asliye ticaret mahkemesinden ister. Bu hükme göre iflâsa tabi olan borçlu için görevli ve yetkili mahkeme, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki, iflâsa tabi olmayan borçlu için ise yerleşim yerindeki asliye ticaret mahkemesidir (İİK m.154/III, İİK m.285/III).

Asliye ticaret mahkemesi, konkordatonun feshi davasını duruşmalı ve basit yargılama usulünce, heyet hâlinde incelemektedir¹²⁵. Borçlunun duruşmaya mazereti olmaksızın gelmemesi durumunda bu tutumu borçlunun dürüst olmadığına yönelik bir karine kabul edilmekte ve dosya kapsamında alacaklının ileri sürdüğü vakıa ve deliller de değerlendirilerek konkordatonun bütün alacaklılar bakımından feshine karar verilmektedir¹²⁶. Bu tutum kanaatimizce yerindedir, zira konkordatonun borçlusu olan kimsenin tarafların üzerinde anlaştığı bir proje kapsamında dahi ödeme yapmamasının, borcuna aykırı davranmanın sonuçlarını kabul etmesi gerekmektedir. Borçlu tarafın duruşmaya mazeretsiz olarak gelmemesi hâlinde, eğer alacaklı davaya devam etmek istemezse HMK m.150 hükmü yine geçerlidir ancak alacaklının lehine bir karine söz konusu iken davaya devam etmek istememesi de alacaklıdan beklenen bir davranış değildir.

Konkordatonun tamamen feshini tasdik duruşmasında itirazda bulunup bulunmadığına, alacaklılar toplantısında kabul oyu verip vermediğine bakılmaksızın tüm alacaklılar talep edebilmektedir. Bununla birlikte rehinli alacaklıların,

¹²³ Ermenek/Azaklı Arslan, s. 185.

¹²⁴ Ermenek/Azaklı Arslan, s. 185.

¹²⁵ bkz. III-A-2.

¹²⁶ Buruloğlu/Reyna, s. 179; Coşkun, s. 269.

alacakları kabul edilmiş imtiyazlı alacaklıların ve bir malın aynından doğan kamu alacaklılarının bu davayı açmada hukukî yararları olmadığı kabul edilmektedir, zira bu kimselerin konkordatodan etkilenmemiştir¹²⁷.

Konkordatonun feshi davasında ispat yükü ise konkordatonun kötü niyetle sakatlandığını iddia eden davacı alacaklıdır, davacı kötü niyetli eylemleri tannık dahil her türlü delille ispatlayabilmektedir¹²⁸. Kanaatimizce konkordatonun tüm alacaklılar bakımından feshi kamu düzenini ilgilendiren bir dava niteliğinde olması dikkate alındığında ise yapılan yargılamada re'sen araştırma ilkesi geçerlidir, bu sebeple taraflarca ileri sürülmeyen deliller de mahkemece re'sen incelenir. Dolayısıyla kısmen fesihle olduğu gibi tamamen fesihle vakıalara yönelik kesin delil aranması isabetli değildir¹²⁹.

Asliye ticaret mahkemesinin fesih talebi hakkındaki kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on gün içinde istinaf kanun yoluna, bölge adliye mahkemesinin kararına karşı ise bu kararın tebliğinden itibaren on gün içinde temyiz kanun yoluna başvurulabilmektedir (İİK m.308/f,III). Konkordatonun tamamen feshi kararı kesinleştiğinde, bu durum İİK m.288 uyarınca ilan edilmekte ve ilgili yerlere bildirilmektedir, kısmen fesihle ise ilan şartı bulunmamaktadır¹³⁰.

3. Yargılama Giderleri

Konkordatonun tamamen feshi davası maktu harca tabi olup vekalet ücreti de buna göre takdir edilmektedir¹³¹. Her ne kadar kanaatimizce konkordatonun kısmen feshinde dava ile ulaşılmak istenen amaç itibariyle nispi harçlandırma

¹²⁷ Eroğlu, s. 312; Kuru (2013), s. 1528; Postacıoğlu, s. 135; Uyar, s. 153.

¹²⁸ Akil, s. 248; Coşkun, s. 269; Saraç, s. 74.

¹²⁹ Coşkun, s. 269; Kale (2018), s. 253; Saraç, s. 74.

¹³⁰ Aydemir, s. 102; Buruloğlu/Reyna, s. 173, 182; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 658; Karşlı, s. 857; Kuru, Baki/Aydın, Burak (2021) İSTİNAF Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 519; Öztekin/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri, s. 646; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 649.

¹³¹ Altay/Eskiocak, s. 418; Buruloğlu/Reyna, s. 179; Öztekin/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri, s. 653; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E: 2018/1499, K: 2019/9108, T: 30.09.2019, Sinerji Mevzuat Bankası.

yapılmasının daha doğru olacağı düşünülse de tamamen feshinde maktu harca hükmedilmesi doğru kabul edilmektedir¹³².

4. Zamanaşımı

Konkordatonun tamamen feshi davasında zamanaşımına ilişkin açıklamalar yapılırken, fesih isteminin gerekçesinin “*konkordatonun kötü niyetle sakatlanması*” olduğuna dikkat edilmelidir. Zira bu durumda açık bir borca aykırılığın varlığı göze çarpmaktadır. Bu husus çerçevesinde konkordatonun tamamen feshi davasının genel hükümler itibariyle yine on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olduğu ifade edilmelidir¹³³. Bu süre tasdik kararının kesinleşerek ilanımdan itibaren başlamaktadır¹³⁴. Zira konkordato tasdik kararı ile bağlayıcı hâle geleceğinden ödeme planları da bu tarih esas alınarak uygulanmalıdır.

5. Sonuçları

Davacının fesih isteminin haklı olduğunun mahkemece tespit edilmesi durumunda konkordatonun tüm alacaklılar bakımından feshine karar verilmektedir. Bu durumda konkordato projesi çerçevesinde yapılan ödeme planları ve taahhütler tamamen ortadan kalkmaktadır ve konkordato geçmişe etkili¹³⁵ olarak sona erdirilmektedir¹³⁶. Fesih öncesi gerçekleştirilen ödemeler için ise geri verme zorunluluğu bulunmamaktadır ve bu ödemeler alacağın tümünden mahsup edilmektedir¹³⁷.

Konkordatonun tamamen feshi kararı ile konkordato bütün alacaklılar bakımından feshedilmiş sayılacağından her alacaklı alacağının tamamı için borç-

¹³² Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E: 1998/7356, K: 1999/223, T: 28.01.1999; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E: 2018/1499, K: 2019/9108, T: 30.09.2019, Sinerji Mevzuat Bankası.

¹³³ bkz. III-A-4.

¹³⁴ **Bilgen**, s. 349; **Buruloğlu/Reyna**, s. 179; **Kuru** (2013), s. 1528; **Öztek/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri**, s. 662; **Sarısözen**, s. 574; **Uyar**, s. 154.

¹³⁵ Bu noktada “*geçmişe etkili fesih*” ifadesinin hukukî açıdan yanlış bir kullanım olacağından da tekrar ifade edilmesinde fayda görülmektedir.

¹³⁶ **Akil**, s. 247; **Bilgen**, s. 348; **Yıldırım, Deren-Yıldırım**, s. 648.

¹³⁷ **Eroğlu**, s. 315; **Yıldırım, Deren-Yıldırım**, s. 649.

luya karşı icra veya iflâs takibi yapabilmektedir¹³⁸. Bu durumda mühletten önce var olan takipler konkordatonun tasdiki ile düşmediğinden konkordatonun feshinden sonra bu takiplere devam edilebilmektedir¹³⁹.

Konkordatonun tamamen feshi kararıyla birlikte mahkeme, borçlunun tüm mal varlığına teminatsız olarak ihtiyati haciz koymaktadır, bu karar İİK m.264 uyarınca da tamamlayıcı merasim yerine geçmektedir¹⁴⁰.

Konkordatonun tamamen feshi hâlinde, borçlunun iflâsa tabi olması ve doğrudan doğruya iflâs sebeplerinin varlığı hâlinde konkordatonun feshi ile borçlu hakkında iflâsın açılmasına da karar verilmektedir¹⁴¹. Her ne kadar Kanun'da konkordatonun tamamen feshi, İİK m.177'de yer alan doğrudan doğruya iflâs sebepleri arasında sayılmasa da feshe ilişkin 308/f-III maddesinin İİK m.308'e yaptığı atıf ile tamamen feshe ilişkin olarak 308. madde hükmü uygulanmaktadır. İİK m.308'de ise doğrudan doğruya iflâs sebeplerinden birinin varlığı hâlinde borçlunun iflâsına karar verileceği öngörülmüştür. Bu noktada İİK m.177'de 7101 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda konkordatonun feshi tek başına iflâs için yeterli değildir. Mahkeme ancak borçlu hakkında bir doğrudan doğruya iflâs sebebi varsa borçlunun iflâsına karar verebilmektedir. Oysa kötü niyetle sakatlanmış bir konkordatoda, borçlunun iflâsına karar vermek için başka bir iflâs sebebi aranması isabetli değildir, bu noktada konkordatonun tamamen feshi başlı başına bir iflâs sebebi olarak kabul edilmelidir¹⁴². Böylece konkordatonun feshi kararı ile ayrıca borçlunun re'sen iflâsına da karar verilebilmekte ve konkordatoya dahil alacaklılar borçludan tahsil edemedikleri alacaklarının tamamını iflâs masasına iflâs alacağı olarak kaydettirebilmekte-

¹³⁸ Kale (2018), s. 267; Muşul, s. 534; Postacıoğlu, s. 136; Sarısözen, s. 570.

¹³⁹ Akil, s. 247; Bilgen, s. 348; Kuru (2013), s. 1529; Sarısözen, s. 570; Uyar, s. 153.

¹⁴⁰ Aydemir, s. 105; Buruloğlu/Reyna, s. 181.

¹⁴¹ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 702; Buruloğlu/Reyna, s. 182; Eroğlu, s. 316; Kale (2017), s. 90; Muşul, s. 534; Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 649.

¹⁴² Akyol Aslan, Leyla (2019) "7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Borçlunun Doğrudan Doğruya İflasına Karar Verilebilecek Haller", Medeni Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi, C: 15, S: 42, s. 98; Aksi yönde bkz. Sarısözen, s. 573; Özbek/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri, s. 663.

dir¹⁴³. Zira bu hâlde konkordatoyu var eden iyi niyet ve dürüstlük ortadan kalkmış, konkordatonun başarıya ulaşma imkânı kalmamıştır ve sürecin devamında da hukukî yarar sağlanamaz durumdadır¹⁴⁴. Ayrıca tekrar belirtmek gerekir ki, kanaatimizce, iflâsın istenmesi için konkordatonun tamamen feshinde de kararının kesinleşmesine gerek bulunmamaktadır¹⁴⁵.

İflâs içi konkordatonun tamamen feshedilmesi durumunda ise iflâs hâlinin kendiliğinden geri geldiği ve müflis borçlu hakkındaki iflâs tasfiyesine kalınan yerden devam edileceği, aksi yönde bir görüşün¹⁴⁶ gerek zaman gerekse emek yönünden usûl ekonomisine aykırı olacağı kabul edilmektedir¹⁴⁷.

Konkordatonun feshi ile Türk parasına çevrilmiş yabancı para alacağı tekrar yabancı para alacağına dönüşmekte, alacaklı da alacağını yabancı para cinsinden talep edebilmektedir ancak takip esnasında alacak miktarı Türk Lirası üzerinden (İİK m.58/II,3) hesaplanmaktadır¹⁴⁸. Konkordatonun feshinden sonra borçlunun iflâsına karar verilmişse, bu durumda yabancı para alacaklısı alacağını iflâsın açıldığı tarihteki kur üzerinden hesaplanarak ülke parasına çevrilir ve alacaklı borçludan bu miktarı talep edebilir¹⁴⁹.

Konkordatonun tüm alacaklılar bakımından feshi durumunda alacaklılar müşterek borçlu ve kefillere karşı alacaklarının tamamı bakımından takip yapabilmektedirler, zira konkordatonun tüm alacaklılar bakımından feshi ile İİK m.303'ün konkordato üzerindeki etkisinin kalkacağı kabul edilmektedir¹⁵⁰.

¹⁴³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz ve diğerleri, s. 592; Altay/Eskiocak, s. 419, 420; Coşkun, s. 271; Pekcanitez/Erdönmez, s. 149; Uyar, s. 154.

¹⁴⁴ Börü, s. 525.

¹⁴⁵ Aynı yönde bkz. Buruloğlu/Reyna, s. 184; Postacıoğlu, s. 137.

¹⁴⁶ bkz. Önen, s. 96.

¹⁴⁷ Kuru (2013), s. 1541.

¹⁴⁸ Akil, s. 247; Kale (2017), s. 90; Pekcanitez/Erdönmez, s. 150; Sarısözen, s. 570; Uyar, s. 154.

¹⁴⁹ Kale (2017), s. 91.

¹⁵⁰ Akil, s. 251; Altay/Eskiocak, s. 420; Kale (2017), s. 89; Öztekin/Budak/Tunç Yücel ve diğerleri, s. 666; Sarısözen, s. 570.

Kanun koyucu kısmi fesihle alacaklının konkordato ile edinmiş olduğu haklarını muhafaza edeceğini düzenlemişken, konkordatonun tamamen feshi için böyle bir durum öngörmemiştir. Fesihle alacaklıların konumu konkordato-dan önceki hale döndüğünden, alacaklıların konkordato ile edindikleri hakları, fesih sonrasında muhafaza etmeleri hukuken mümkün değildir. Öğretide de bu hususta görüş birliği mevcuttur¹⁵¹.

Konkordatonun tamamen feshine karar verilmesinin ardından borçlunun yeniden konkordato talep etmesi hâlinde, bu talebin reddedileceği ifade edilmektedir, zira dürüst olmayan bir borçlunun tekrar konkordato talebinde bulunarak geçici mühletin sonuçlarından yararlanmaya çalışması hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmektedir¹⁵². Kanaatimizce bu görüş isabetli olmakla birlikte konkordatoya başvuran borçlunun daha önceki konkordato tecrübesinin hangi koşullar altında ve ne zaman gerçekleştiği, bu süreçten sonra borçlunun ödeyip ödeyemediği değerlendirilmeksizin salt kötü niyetle sakatlanmış, başarısız bir konkordato geçmişine bakılarak konkordato talebinin reddi doğru görülmemektedir.

SONUÇ

Konkordato, İcra ve İflas Kanunu'nda açıkça belirtilmese de dürüst borçluları, içinde buldukları ekonomik ve malî durumdan kurtarmak amacıyla hukuk sistemimize dahil edilen bir kurumdur. Konkordato ile borçlu, ödemelerini belirli şartlara bağlı olacak şekilde gerçekleştirerek borçlarından kurtulmaktadır. Fakat borçlunun kendisine tanınan bu imkân, kötüye kullanması durumunda borçlunun elinden alınır. Bu durum, kanunun ifadesiyle konkordatonun feshedilmesidir. Konkordatonun feshinden anlaşılması gereken, konkordatonun geçmişe etkili şekilde ortadan kaldırılması, başka deyişle iptalidir. Çalışmamızda da uygulamada sıkça karşımıza çıkmasa da konkordatonun feshi davaları açıklanmaya çalışılmıştır.

¹⁵¹ Buruloğlu/Reyna, s. 184; Kale (2018), s. 267.

¹⁵² Akil, s. 248; Coşkun, s. 271; Pekcanitez/Erdönmez, s. 150; Sarısözen, s. 574.

Konkordato borçlusunun alacaklılarına konkordato şartlarına uygun şekilde tam ve gereği gibi ödeme yapmaması durumunda her bir alacaklı İİK m.308/e uyarınca kendisi bakımından konkordatonun ortadan kaldırılmasını talep edebileceği gibi her alacaklı konkordatonun kötü niyetle sakat olduğunu ileri sürerek İİK m.308/f uyarınca konkordatonun tamamen ortadan kaldırılmasını talep edebilmektedir.

Konkordatonun kısmen ve tamamen feshinin hüküm ve şartları genel anlamda farklı olsa da kanunda açıkça düzenlenmeyen hususlarda alacaklı ile borçlu arasında bir dengenin kurulması gerektiği hiçbir zaman unutulmamalı ve durumun gereklerine göre bir sonuca varılmalıdır. Konkordatonun kısmen feshi ile tamamen feshinin farkları açısından dikkat edilmesi gereken asıl husus ise korunan menfaatler dikkate alındığında, tamamen feshin kamu düzeni ilgilendirmesidir.

KAYNAKÇA

- Akil Cenk** (2019) Sorularla Adi Konkordato, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Akyol Aslan, Leyla** (2019) “7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Borçlunun Doğrudan Doğruya İflasına Karar Verilebilecek Haller”, *Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi*, C: 15, S: 42, s. 41-104.
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kâmil/Deren Yıldırım, Nevhis** (2006) *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 6. Baskı, İstanbul, Alkım Yayınevi.
- Altay, Sümer/Eskiocak, Ali** (2019) *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel** (2021) *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2022) *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Aydemir, Efrail** (2019) *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Bilgen, Mahmut** (2020) *Konkordato İflas ve Yargılama Usûlü*, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Börü, Levent** (2020) “Borçlunun Mali Durumunun İyileşme Ümidi Olmadığının Açıkça Anlaşılması Durumunda Konkordato Mühleti Kaldırılarak İflasına Karar Verilmesi Gerektiğine İlişkin İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi Kararı Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, C: 16, S: 46, s. 515-532.
- Budak, A. Cem/Karaaslan, Varol** (2020) *Medenî Usûl Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Buruloğlu, Enver/Reyna, Yuda** (1968) *Konkordato Hukuku ve Tatbikat*, 1. Baskı, İstanbul, Yörük Matbaası.
- Candeğer, Hilal Pınar** (2003) “İcra ve İflas Kanunundaki Değişikliklerle Konkordato Hukuku”, *Bursa Barosu Dergisi*, C: 27, S: 73, s. 62-76.
- Coşkun, Mahmut** (2019) *Konkordato ve İflas Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Çukacı, Yusuf Cahit** (2019) *Konkordato*, 1. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi.
- Doğan, Emsalgül** (2020) *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması*, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık.
- Işıktaç, Muhip Şeyda** (2018) “Konkordato”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C: 92, S: 3, s. 15-34.

- Eren, Fikret** (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık.
- Ermeneek, İbrahim/Azaklı Arslan, Betül** (2018) “İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabuluculuğa Başvuru Zorunluluğu (TTK m.5/A)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y: 33, S: 148, s. 136-197.
- Eroğlu, Orhan** (2021) Uygulamada Konkordato, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Görgün, L. Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet** (2022) İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Kale, Serdar** (2017) Sorularla Konkordato (İflas Dışı ve İflas İçı Adi Konkordato), 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Kale, Serdar** (2018), “7101 Sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Adi Konkordato”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 1, s. 213-269.
- Kaman, Münir** (2021) Konkordatonun Hüküm ve Sonuçları, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Karabel, E. Gökçe** (2020) “Konkordato Mühletinin Kaldırılması Kararı Verilirken Uygulanacak Usul”: Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol (Editörler), İlamat Torbası, 1. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Karslı, Abdurrahim** (2022) İcra ve İflas Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Kodakoğlu, Mehmet** (2022) “Konkordato Taleplerinde Görevli Mahkeme Kavramı ve İş Dağılımı Sorunu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: 26, S: 2, s. 73-122.
- Kuru, Baki/Aydın, Burak** (2021) Medenî Usul Hukuku El Kitabı Cilt II, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Kuru, Baki/Aydın, Burak** (2021) İSTİNAF Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Kuru, Baki** (2013) İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Kuru, Baki** (1992) İflas ve Konkordato Hukuku, 3. Tıpkı Basım, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım.
- Muşul, Timuçin** (2019) İflas ve Konkordato Hukuku - Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami** (2015) Medenî Hukuk, 21. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

- Önen, Ergun** (1976) “İflastan Sonra Konkordato”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: 8, S: 3, s. 77-100.
- Özbek, Mustafa Serdar** (2012) “İflâs Davasının Hukukî Mahiyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 61, S: 1, s. 207-274.
- Özkan, Hasan** (2014) Konkordato - Seri 14 (Madde 258 - 309/ü) Açıklamalı - İçtihatlı İcra ve İflas Davaları ve Tatbikatı, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık.
- Öztek, Selçuk/Budak, Ali Cem/Tunç Yücel, Müjgan/Kale, Serdar/Yeşilova Bilgehan** (2019) Yeni Konkordato Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Pekcanitez, Hakan/Erdönmez, Güray** (2018) “7101 Sayılı Kanunla Yürürlüğe Giren Konkordato Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Bankacılar Dergisi, S: 105, s. 108-156.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet** (2021) İcra ve İflas Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Postacıoğlu, İlhan E.** (1965) Konkordato, 2. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Saraç, Şükrü** (2019) “7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato”, <<http://web2.e-baro.web.tr>>, s.e.t. 07.09.2022.
- Sarısözen, M. Serhat** (2021) Konkordato, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Tahiroğlu, Fatih** (2021) Medeni Usul Hukukunda Re’sen Araştırma İlkesi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Tanrıver, Süha** (2001) “Konkordato Prosedürünün Islahı ile İlgili Bazı Düşünceler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 50, S: 3, s. 1-9.
- Tanrıver, Süha/Deynekli, Adnan** (1996) Konkordatonun Tasdiki, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Tanrıver, Süha** (2009) “İflâs Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Güncel Sorunlar ve Bazı Değerlendirmeler”, Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VIII, Abant 9-10 Ekim 2009, s. 255-280.
- Taşpınar Ayvaz, Sema** (2019) “Konkordatonun Tamamen Feshi”, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, MİHBİR 16. Antalya Toplantısı/5-6 Ekim 2018, Ankara, s. 197-205.
- Taşpınar, Sema** (2003) “Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflas Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: 22, S: 2, s. 49-92.
- Ulukapı, Ömer** (1998) Konkordatonun Feshi, 1. Baskı, Konya, Mimoza Yayıncılık.

- Ulukapı, Ömer** (2000) “Konkordatonun Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 8, S: 1-2, s. 9-61.
- Uyanık, Atilla** (2021) Konkordato, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Uyar, Talih** (2019) Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, 2. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi.
- Üstündağ, Saim** (1983) İflas Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul, Formül Matbaası.
- Yardımcı, Taner Emre** (2021) “Konkordatonun Bağlayıcılığını Sonlandırmak Üzere Yapılan Başvurunun Hukuki Niteliği”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 16, S: 201-202, s. 903-925.
- Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis** (2021) İcra ve İflas Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Yıldız, Hasan** (2007) “İcra ve İflas Suçları”, (Yüksek Lisans), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Yılmaz, Ejder** (2013) Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Yürekli, C. Ali** (2019) “Hukukumuzda Yeni Gündem: Konkordato Kurumu”, Bursa Barosu Dergisi, C: 43, S: 107, s. 112-122.

Elektronik Kaynaklar

Sinerji Mevzuat Bankası, s.e.t. 07.09.2022.

LegalBank Elektronik Hukuk Bankası, s.e.t. 07.09.2022.

“Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı”, <http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/sirasayi_sd.sorgu_baslangic>, s.e.t. 07.09.2022.

A COMPARATIVE STUDY ON THE TRANSFER OF WORKPLACE (OR BUSINESS) AND PROTECTION OF EMPLOYEES^(*)

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN^()**

Assoc. Prof. Dr. Hüsnü TURANLI^(*)**

ABSTRACT

There are various regulations on the protection of employee (worker) in the situation of transfer of workplace or business in Turkish legislation. First, Article 202 of Turkish Code of Obligations (TCO) dated 2011, provides this issue in general. Furthermore Articles 428 and 429 regulate the conveyance of workplace and employment contracts. Article 6 of the Employment Act (EA) 2003, which provides the conveyance of workplace partly or fully, is based on the European Union (EU) Directive no. 2001/23/EC relating to the safeguarding of employees' rights in the situation of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses (also named as Acquired Rights Directive). Finally, Article 178 of Turkish Commercial Code (TCC) 2011 regulates the transfer of employment relationships in the case of organizational changes of companies such as merger, division and conversion (restructure of companies). Among these three Acts, the provisions relating to the transfer of workplace or business are partly in compliance with each other. On the other hand, in English law, the status of the employees in the transfer of business is laid down in revised the Transfer of Undertakings- Protection of Employment (TUPE) Regulations 2006. TUPE Regulations are also based on the EU Directive 2001/23/EC. There are similarities between Turkish and English legislations concerning the rights of the employees. These similarities and differences are examined in this article. Consequently, some arguments are proposed.

Keywords

Transfer of Business Place, The Rights of Employee, Several Liability.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1194759 - **Geliş Tarihi:** 26.10.2022 - **Kabul Tarihi:** 03.01.2023.

^(**) İstanbul Medeniyet University, Law School, Commercial Law Department,
E-posta: sabanmanas@hotmail.com; **Orcid Id:** <https://orcid.org/0000-0003-3778-0250>.

^(***) Northern Cyprus Final International University, Law School, Commercial Law Department,
E-posta: husnu.turanli@final.edu.tr; **Orcid Id:** <https://orcid.org/0000-0002-6907-5049>.

İŞYERİNİN (VEYA İŞLETMENİN) DEVRİ VE İŞÇİLERİN KORUNMASINA İLİŞKİN KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME

ÖZET

İşyerinin (İngilizcede genellikle "business" yani "işletme" veya "iş" kavramı bu anlamda kullanılmaktadır) devri durumunda işçinin korunması konusunda Türk mevzuatında çeşitli düzenlemeler mevcuttur. İlk olarak 2011 tarihli 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.202 genel olarak işletmenin devrini düzenlemiştir. TBK m.428 ve 429 hükümleri de işyerinin ve hizmet sözleşmesinin devrini ve işçilerin haklarını düzenlemiştir. Öte yandan 2003 tarihli, 4857 sayılı İş Kanunu'nun "*işyerinin veya bir bölümünün devrini*" düzenlenen 6. maddesi, AB'nin 2001/23/EC sayılı "*İşyerinin Devri Durumunda İşçi Haklarının Korunması (Kazanılmış Haklar Yönergesi: Acquired Rights Directive)* olarak da geçmektedir. Yönergesi esas alınarak hazırlanmıştır. Son olarak 2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 178. maddesi birleşme, bölünme ve tür değiştirme gibi yapısal değişikliklerde iş ilişkilerinin geçmesini düzenlemiştir. Üç farklı Kanun'daki bu düzenlemeler kendi içinde kısmen uyumludur. Öte yandan İngiliz hukuk sisteminde, işyerinin devri halinde işçinin statüsü ilkin 1981 tarihli TUPE (The Transfer of Undertakings- Protection of Employment: Yükümlülüklerin Devri- İşin Korunmasına Dair Düzenlemeler) ile ele alınmıştır. Türk hukukundaki düzenlemeler ile İngiliz TUPE düzenlemeleri benzeş olmakla birlikte farklılıklar da mevcuttur. Çalışmada sayılan tüm düzenlemeler incelenmiş, karşılaştırma yapılmış, bazı sonuçlara ulaşılmış ve önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

İşyerinin Devri, İşçi Hakları, Mütessesil Sorumluluk.

INTRODUCTION

In modern legal systems the first and foremost duty of law is to protect the parties in weaker positions compared to the corresponding ones. In this context, the employees, the consumers, the children need legal protection.

The employment law regulates the relationship between the employees and employers and obviously has a doctrine that aims to protect basically the rights of the employee. This does not mean that the employee shall always be protected even if he/she breaches the contractual relationship. However, the employees face the possibility of losing their job at any time and for any reason. Therefore, the protection of employees' rights is essential. In addition, "job security" has a great importance and needs to be considered as the crux of every employment contract and this principle has legal, historic, economic and social basis. The employee, who is vulnerable to various dangers including workplace accidents or dismissals without a reasonable ground, should be protected by the laws of that community.

The protection of employees in the situation of the transfer of workplace or business¹ has a particular importance. The employee gets worried when a transfer of business is planned by the employer. Because the employee usually have no idea about the attitude of the new employer and the new business conditions. Therefore, as it is explained below, many legislations impose on the employers a requirement to inform and consult the employees or their representatives about the transfer plan and possible consequences.

Whereas some legislations have an individual regulation pertaining to the rights of employees in the situation of the transfer of business e.g. English legislation, some legislations have specific provisions in employment acts, e.g. Turkish legislation. Furthermore, Turkish legislations have various rules in various acts.

¹ In Turkish there are various terms as "İşletme (business)" or "işyeri (workplace, business place)", which are used in various statutes. In this study we prefer to use "business" in the sense of "işletme" and "work place" in the sense of "işyeri".

In Turkish law, this topic is regulated in many different statutes. There are various provisions in Turkish Code of Obligations (TCO) 2011, in Employment Act (EA) 2003 and in Turkish Commercial Code (TCC) 2011, aiming to protect the rights of the employees in case of a transfer of business.

In English law the basic regulation relating to the rights of the employees in the situation of the transfer of business are laid down in the Transfer of Undertakings-Protection of Employees (TUPE) Regulations 2006.

The main purpose of this study is to compare the rules of Turkish and English legislations with respect to the rights of employees in transfer of the business. As is known the Turkish law is a part of civil law system where the English law is rooted back to common law and legislation. The basic difference between them is that the civil law system is based on legislation where the common law is based on precedents. Despite of the difference in these two legal systems, the rules relating to the transfer of business are quite similar.

Before getting into the details of this study, the first point to raise at this stage is to clarify the terms “employee” and “business” in Turkish law. The term “employee” is defined in Article 2 of the EA 2003 as “a real person who works on an employment contract”. Generally speaking, the rights and obligations of the employees and employers as well as employment relationships are laid down in EA 2003 however Article 4 of EA 2003 under the title of “exceptions” exclude some businesses and employees. There are some other laws relating to these groups of businesses and employees. On the other hand, Articles 428 and 429 of TCO 2011 provide the rights of the employees in general, therefore the excluded groups of employees in EA 2003 may be subject to the provisions of TCO 2011 in the situation of transfer of business and transfer of employment contract successively.

Beside the provisions of EA 2003 and TCO 2011, third law in Turkish legislation is the Turkish Commercial Code (TCC) 2011, which regulates the transfer of assets or businesses and the rights and liabilities of transferor and transferee as well as the rights of the employees in the situation of transfer of workplace due to merger, division and conversion of the companies.

As can be deduced from what is mentioned above, Turkish legislation is quite comprehensive on the rights of employees in the situation of transfer of business. Various acts have provisions on the transfer of business and sometimes they may be in conflict with each other.

In English law, the basic provisions relating to the transfer of business and the rights of employees are laid down in TUPE (Transfer of Undertakings- Protection of Employees) Regulations.

This study consists of three sections. In the first section, the sources of Turkish Legislation on the transfer of business are studied. Considering the varieties of rules concerning the transfer of business it is important to have an idea of this variation. In the second section, different Codes and Acts in Turkish Law regarding the transfer of business and rights of employees are studied. In the third section the rules regarding the rights of employees in English Law are introduced. In this part the similarities and the differences between the two legislations are also explored. In the final part, some arguments are proposed.

I. THE SOURCES OF TURKISH LEGISLATION ON THE TRANSFER OF BUSINESS OR WORK PLACE

There are basically three sources on the transfer of business or work place in Turkish legislation, which led the law-makers to lay down five different provisions in three different Acts, namely as Code of Obligations 2011 Articles 202, 428 and 429; Employment Act 2003 Article 6 and Turkish Commercial Code 2011 Article 178.

The first legal document which is used as a source is the Council Directive 2001/23/EC, the second one is the Swiss Code of Obligations Article 333 and the last one is the Swiss Merger Act 2003. Among these three sources the Swiss Merger Act Article 76 under the title of “Transfer of employment relationships” and Article 77 under the title of “Consultation with the employees’ representation body” refer to Swiss Code of Obligations Article 333 and 333a. Therefore, we have not evaluated the Articles 76 and 77 as they refer to Swiss Code of Obligations. We have tried to summarize the rules in Directive 2001/23/EC and Swiss Code of Obligations concerning the transfer of business and the rights of employees.

A. COUNCIL DIRECTIVE 2001/23/EC OF 12 MARCH 2001²

Before mentioning the rules in Turkish and English law on the rights of the employees in the situation of a transfer of business, it is more beneficial to study the European Council Directive 2001/23/EC³.

To mention about the history of EU Directives on safeguarding of employees' rights, we should first take a look at Directive 77/187/EEC dated 1977. Directive 77/187/EEC had obviously a narrower perspective with respect to Directive 2001/23/EC. There are significant differences between the two Directives. These differences *intel alia*, are:

1. The term of “economic entity” was introduced in the new one.
2. The obligations of the transferor and transferee were held joint and several in the new one.
3. The notification by the transferor to transferee of the rights and obligations that are to be transferred was introduced in the new one.
4. The observation of collective agreement was introduced as well.

Both Directives clearly laid down major rules like the transfer of undertaking shall not constitute a ground for dismissal and where there happens a termination of employment contract due to a substantial change in the working conditions after the transfer detriment of the employee, the transferee shall be held responsible.

In Chapter III of the Directive, the matter of information and consultation principles are laid down. The transferor and transferee are obliged to inform the representatives of the employees effected by the transfer. The aim of this rule is to ensure the employees be aware of the reasons of transfer, its legal, economic and social implications.

² <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0023>> l.a.d. 03.12.2021.

³ Directive on the Approximation of the Laws of the Member States relating to the Safeguarding of Employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses.

The above-mentioned rules are the pillars for the protection of employees in the situation of transfer of business. As we have mentioned before some of these rules have been directly copied where some of them have not at all. Despite the critics for the missing ones the law makers have taken no measure to comply with them.

B. SWISS CODE OF OBLIGATIONS ARTICLE 333

Swiss Code of Obligations is a code that contains the rules regarding the law of obligations, the employment law and the commercial law. The formulation of this Code is very different from Turkish laws. In Turkish legislation, there exist an individual Code of Obligations dated 2011, an Employment Act dated 2003 and a Commercial Code dated 2011. All these three regulations are based on Swiss Code of Obligations. Article 333 of the Swiss Code of Obligations regulates the rights of employees in the situation of the transfer of business. In Article 333, it is stated that if a company or a part of it is transferred, the employment relationship and the rights pertaining to this relationship are also transferred. But the employee has a right to refuse this transfer. If the employee refuses the transfer the contract terminates at the legal notice day. Interestingly, the right of refusal is not included in Article 6 of EA 2003 but included in Article 178 of TCC.

In Article 333 of Swiss Code of Obligations, beside the individual contracts, the collective employment contracts are also regulated. In this context, if the contract is a collective contract the new employer is supposed to comply with it for one year.

The liability of the transferor and transferee is another important issue provided in Article 333. According to this article, both parties shall be liable for the possible demands by an employee before the transfer or on the date the contract is terminated under normal conditions or because of refusal of transfer.

In 1993 Article 333a and in 2013 Article 333b were inserted into the Code. Article 333a provides the information and consultancy to the representative of the employees on the reasons of transfer and its legal, economic and social impacts. Article 333b. provides the transfer of a company on insolvency.

The following outcomes may be deducted from the provisions stated above:

1. The employee has a right to refuse the transfer. If he does so, the employment relationship ends on expiry of the statutory notice period. The grounds of the right of refusal by the employee to the transfer of business are explained as the protection of the right of identity and the characteristics of privacy of the employment relationship⁴.
2. The representatives are to be informed about the reasons and impacts of the transfer.

In Swiss Code of Obligations, the provisions laid down in Article 3 are almost in compliance with the Directive 2001/23/EC. But the matter of *economic entity* is not ever mentioned in Swiss Code.

As we have tried to highlight the sources of Turkish Laws concerning the rights of the employees, we may not discuss the provisions of different Turkish Codes and Statutes.

II. THE RIGHTS OF EMPLOYEES IN TURKISH LAW IN THE SITUATION OF TRANSFER OF BUSINESS

A. IN GENERAL

Historically, Turkish civil law has been mostly based on Swiss civil law. Civil Code 2001, Code of Obligations 2011, Commercial Code 2011 and Employment Act 2003, all were copied from Swiss Civil Code 1907 and Swiss Code of Obligations 1911 with some attributions to EU regulations and German Law. During the renewal of the Code of Obligations, not only the Swiss Codes and EU regulations but also precedents of Supreme Court (Court of Cassation) were taken into consideration as well. That is why one can see the influence of EU Directives and precedents beside the provisions of Swiss Code.

⁴ See **Astarlı, Muhittin** (2013) “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Vol: 1, No: 36, pp. 69-106, p. 72. <<https://www.calismatoplum.org/Content/pdf/calismatoplum-1450-96c32c7b.pdf>> I.a.d. 9.5.2021.

The topic of this study is the transfer of workplace or business and the rights of employee. In all legal systems the employee is protected against the employer and it should be so because the employer is far more powerful than the employee economically and socially. Therefore, all law systems try to establish a balance between the parties.

There are basically three statutes relating to this subject. The first one is Turkish Code of Obligations 2011, the second is the Employment Act 2003 and the third one is the Turkish Commercial Code 2011. The reason why we start with TCO 2011 is that the rules of this Code are deemed as general rules and may be implemented where there is a legal gap. It encompasses generic rules.

B. THE RULES RELATING TO THE TRANSFER OF BUSINESS IN TURKISH CODE OF OBLIGATIONS 2011

The Turkish Code of Obligations no.6098 dated 11.01.2011 and became effective on 01.07.2012, includes a number of provisions concerning the transfer of workplace or business and the rights of the employees. In this Code, there are three provisions directly or indirectly relate to the rights of employees. In this context, Article 202 with the title of “transfer of assets and business” is directly connected to the rights of the employees. Article 428 of TCO has the title of “total or partial transfer of workplace”. Finally, Article 429 provides the rights of employee in the situation of the transfer of employment act. In the following parts we have reviewed all these three provisions.

1. Transfer of Assets or Business (Article 202 of the TCO)

The TCO Article 202 is related to transfer of asset or business. Here the important point to raise is *several liability for two years*. In this context the transferor and the transferee shall be severally liable for these debts for the first two years from the transfer date. This period starts for mature debts from the date of announcement and for unmatured debts from the date of maturity. Several liability for two years shall not commence unless the obligation of announcement or publicity is carried out by the transferee.

One may ask the relationship between this provision and the rights of the employees. The liabilities of a business include the debts to the employees as

well. For that reason, when a business is transferred with its assets and liabilities, the liabilities to the employees are deemed within the liabilities of the business as well. Therefore, the transferor and transferee are severally liable for these debts for the first two years. But this two-year period starts for the debts due at the time of transfer and for the debts that will be due in future. The parties, while drafting the contract, may not exclude the debts of the business. This assures the rights of the creditors and the employees.

2. Transfer of Workplace (Article 428 of TCO)

Article 428 of TCO, with the title of “Total or partial Transfer of Workplace” is directly related to the rights of employees. The legal logic laid down in Article 202 is similar to this provision. Here, again major points in this article can be explained as below:

- a) When a workplace is transferred to a third party totally or partially, the employment contracts at the date of transfer are also transferred with all related rights and liabilities.
- b) Regarding the rights of the employee connected with service period, the date of contract with the transferor shall be deemed effective date.
- c) The transferor and transferee shall be severally liable for the debts borne before the transfer and due on the date of transfer. However, the liability of the transferor from these debts shall be limited to two years from the date of transfer.

This article was copied from Swiss Code of Obligations Article 333. But there are some differences between the two provisions. These differences may be listed as:

- a) In Swiss Code of Obligations Article 333, paragraph 1 second sentence, the provision about the “*collective employment contract*” was not included into Turkish version.
- b) In Swiss Code Article 333, paragraph 2 the issue of “refusal of the transfer by the employee” was not included in Turkish version.

- c) Paraph. 3 of the Swiss Code Article 333 was restated in Turkish version lacking some issues. While the transferors and transferees are held liable severally and jointly in Swiss version, they are held only severally in Turkish statement. Also, in Swiss version it is stated that “while the claims of a worker which becomes mature before to the transfer or which becomes mature between that period and the date on which the employment relationship could normally be expired or is expired.
- d) In paraph. 4 of Article 333 of the Swiss Code, it is stated that “the employer may not pass the rights arising from a work relationship to a third party unless otherwise conceded or mandated by the circumstances”, a provision which was not included in the Turkish version.

3. Transfer of Employment Contracts (Article 429 of TCO 2011)

Article 429 of TCO 2011 provides the transfer of employment contract separately. In this context, “the employment contract may be passed to another employer indefinitely only by the written approval of the employee”. Again, after the transfer, the transferee becomes the employer of the employment contract together with all rights and liabilities thereof. As seen in this provision, the consent of the employee is sought for passage of employment contract. However, the consequences where the employee does not give approval are not specified.

C. THE RULES CONCERNING THE TRANSFER OF WORKPLACE IN THE EMPLOYMENT ACT 2003

The rules relating to the transfer of workplace are laid down in Article 6 of EA 2003. Before introducing this issue, we need to clarify some innovations brought up with this Act. In the preceding Act no.1475 EA 1971, the term of “workplace” was defined though a narrow and solid perspective. In other terms that definition was stated like “a place where the business is performed is called a workplace (Article 1.1)”. In the present Act, a workplace is defined as “a unit where the tangible and nontangible elements together with the employees are organized in order to produce goods and services by the employers is called a workplace (Article 2.1)”. This new definition is a more comprehensive one and gave a more con-

temporary perspective to the term of “workplace”. It is not only a “physical place” but a “place” where the elements of a business composing the tangible items including the production tools, nontangible items including the preparation of contracts, market surveys and any other activity relating to business is performed by the employees and employers in an organized manner. Hence, the term “workplace” is meant a place where any activity relating to business is run.

Article 6, which regulates the rules for the transfer of a workplace or a part of it, is a thoroughly new provision. It is based on the Directive 2001/23/EC. It lays down the rules concerning the transfer of business place under the title of “Transfer of business place or a part of it”. According to this article, if the workplace or part of it is transferred to another person with a legal transaction, all employment contracts present on the date of transfer is transferred to the transferee together with all rights and debts. The transferee is obliged to treat for the rights based on service period of the employee according to the beginning date of the contract with transferor.

In this article, the transferor and transferee are held jointly liable for the debts borne before and due on the date of transfer. However, the liability of the transferor is limited to two years for these debts.

Interestingly, in the event that the legal personality terminates due to merger, division or conversion, joint liability rules do not apply.

The transferor or transferee may not terminate the employment contract solely due to the transfer of full or partial transfer of business place and for the employee the transfer may not constitute a basis for rightful dismissal. The right of termination of the contract by the transferor or transferee due to economic and technological reasons or based on the requirement of work reorganization or the rights of immediate termination on rightful reasons of employees or employers are reserved.

Finally, the abovementioned provisions may not be applied to the full or partial transfer of business place to a third party in the situation of liquidation of assets due to insolvency.

While the rules of transfer of business place are said to be based on 2001/23/EC Directive (ARD) there are certain issues that were not transferred from the said Directive. These issues can be listed as below.

1. The Doctrine of Economic Entity

Directive Article 1 1(b) focuses on the term “economic entity” to refer to a business. “Economic entity” can be defined as “*an existence which preserves its identity, in other words it is a systematic body of resources which aims to perpetuate an economic activity*”⁵. If the economic entity is not transferred, the conveyance of a business may not be mentioned at all⁶. In another definition of economic entity, it is stated that “each business entity is independent from its owner and different from others as well”⁷. The Turkish Court of Cassation adopted the doctrine of “economic entity” in a decision stating that “... Transfer means the whole or partly transfer of an enterprise or business which has an economic entity, through preserving its own peculiarity... Economic entity is meant an integrity of organization that pursues a technical purpose in the manufacture of goods or services”⁸. In this statement the term of integrity actually implies that an organization is a whole, if it is going to be split for example into two parts, both parts should keep their functionality.

Despite the fact that economic entity was emphasized in this provision it was not included in Article 6 of EA 2003.

According to Süzek, the lack of preservation of identity does not mean that this condition will not be sought in Turkish Law as he emphasizes that the con-

⁵ **Butcher, Robert Mccrate** (2008) *New TUPE Regulations*, London, Thorogood Reports, p. 12.

⁶ **Süzek, Sarper** (2018) *İş Hukuku*, 15. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul, Beta, p. 204.

⁷ **Saraa, Made/ Saputra, Komang Adi Kurniawan/ Utama, I Wayan Kartika Jaya** (2020) “Financial Statements of Micro, Small and Medium Enterprises Based on the Concept of an Economic Entity”, *Journal of Hunan University (Natural Sciences)*, Vol: 47, No: 12, pp. 125-132, p. 126, <<http://jonuns.com/index.php/journal/article/view/490/487#>> l.a.d. 24.05.2022.

⁸ **Süzek** (2018), p. 204, see fn. 27, **Süzek, Sarper** (2013) “İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Özel S., pp. 311-330, p. 314, <<https://dergipark.org.tr/en/pub/deuhfd/issue/46930/588782>> l.a.d. 20.09.2021.

tinuity of employment contracts is based on the existence of business where the employee may continue to work right after the transfer⁹. Süzek interestingly points that even the transfer of some parts of the criteria would suffice for the completion of transfer provided that they characterize the business¹⁰. The word characterization usually relates to the core of business, the main item that characterizes the business. In some cases, it is the manpower, in others it is the machinery and manpower together. It can also be the intellectual property that is the mainstream of business.

While talking about the economic entity, we need to explore whether the transfer of a part of business violates the economic entity. In this context, we need to refer to some decisions of the Court of Cassation. In a case dated 06.09.2009 and Decision no.19553 the defendant (employer) was accused of transferring a part of business (security business) to another employer and laid off the plaintiff without a legal ground¹¹. The plaintiff claimed reemployment award. Whereas the local court gave a reemployment award, the Court of Cassation overturned that award on the ground of redundancy and stated that employer had a right to lay off the employees in the case of redundancy.

The connection between this case and our topic is the issue of partly transfer of business and the concept of economic entity. The question here is whether the transfer of security service is meant to be a transfer of a part of business and its connection with the concept of economic entity. The transfer of security service, which is not a core but ancillary activity of the business, was deemed as not a transfer of a part of business but was deemed as an employer-sub employer by Bakırcı, a conclusion that we do not agree with¹². Yet this conclusion does not comply with the definition stated in the Directive as “... central or ancillary”.

⁹ Süzek (2018), p. 204.

¹⁰ Süzek (2018), p. 204.

¹¹ Bakırcı, Kadriye (2010) “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkinin İşyeri Bölümünün Devriyle Bağlantısı Asıl İşveren Alt İşvereni Kurulurken İş Sözleşmelerinin Feshi”, Sicil Dergisi, Yıl: 5, S: 2, pp. 114-127, p. 114.

¹² See, Bakırcı, p. 124.

2. Information and Consultation

The information and consultation matters were first discussed in Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977¹³. According to Article 6, the representatives were supposed to inform the employees on the reasons for the transfer, the legal, economic and social implications of the transfer for the employees and measures envisaged in relation to the employee. In this context the transferor was obliged to give this information in good time before the transfer was performed.

The same provision was included in 2001/23/EC Directive in Article 7 with some amendments. In this new version, the representative is supposed to inform the employee on “the date or proposed date of the transfer” in addition to other information.

Why do we emphasize the issue of information and consultation by the employees?

In modern labor law, it is deemed vital that the employees take place in the discussions of managerial issues. It is also deemed as appropriate for the employees to be consulted on the issues relating to the business¹⁴. Today the concept of “social dialogue” is adopted by all European countries¹⁵. ILO (International Labour Organization) has defined social dialogue as a tool that includes all types of negotiation, consultation or information shared among representatives of governments, employers and workers... (ILO Thesaurus). These issues were not included into the EA, which we believe an important absence in Article 6 of the EA 2003. On the other hand, there is a connection between the issue of information and consultation and the right of refusal. As Astarlı has rightfully stated that the worker needs to be informed before making his judgment on the use of

¹³ Directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses.

¹⁴ **Karaca, Ercüment** (2009) *İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul, Beta, p. 252; **Süzek**, p. 112.

¹⁵ See **Karaca**, p. 252. There are numerous Directive of EU relating to this concept.

the right of refusal¹⁶. Moreover, if there is no representative of the workers, the undertaking of information is supposed to be done to every and each worker¹⁷. Hence, it is deemed appropriate to include the institution of the representatives of the employees into EA and thereby provision of the undertaking of information and consultation¹⁸.

3. Joint and Several Liability

In Directive Article 3, there is no provision on the joint and several liability of the transferor and the transferee however this matter was left to the discretion of the member states.

D. THE RIGHTS OF EMPLOYEES IN THE SITUATION OF PASSAGE OF EMPLOYMENT RELATIONS DUE TO MERGER, DIVISION OR CONVERSION (ARTICLE 178 OF TURKISH COMMERCIAL CODE 2011)

Turkish Company Law rules are set out in the second Book of Turkish Commercial Code 2011 between the Articles of 124- 644. The matters relating to merger, division and conversion, which are also called as structural changes, are set out between the Articles of 134-194. The provisions concerning structural changes are transferred from Swiss Federal Merger Act (Fusionsgesetz: FUSG) 2003¹⁹. Of course, the EU Directive 2001/23EC has also an impact on the rules regarding this issue²⁰.

¹⁶ **Astarlı, Muhittin** (2013) “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyeri Devrinde İşverenin İşçiyi Bilgilendirme Yükümlülüğü, (Bilgilendirme)”, Türkiye Barolar Birliği, Vol: 1, No: 36, p. 154, <http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2013-104-1246.pdf> I.a.d. 09.11.2022.

¹⁷ **Astarlı** (Bilgilendirme), p. 155.

¹⁸ **Süzek** (2018), p. 203; **Süzek** (2013), p. 312; **Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat** (2017) İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Bası, İstanbul, Beta, p. 121.

¹⁹ See Legislative Intention (Gerekçe) article 134/2. The reason why the Swiss Act is preferred is explained with the closeness of Swiss Company Law to Turkish Company Law with respect to German and French Company Laws, <<https://www.muglabarosu.org.tr/Upload/files/pdf/TTK%20Madde%20Gerek%C3%A7eleri.pdf>> I.a.d. 10.12.2021.

²⁰ **Uşan, Muhammed Fatih/Erdoğan, Canan** (2022) “Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi veya Bölünmesinde İşverenlerin İşçi Alacaklarından sorumluluğu”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Vol: 8, No: 1, pp. 1-27, p. 2, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2120985>> I.a.d. 08.11.2022.

The rights of the employees in the situation of merger, division or conversion (called as restructure of companies) of companies are provided in Article 178 of TCC 2011. The term restructure is meant either merger, division or conversion. Article 178, under the title of “passage of employment relations” regulates the rights of the employees not only in divisions but also in merger or conversion as referred in Article 158 and 190 of TCC 2011. This article is a very comprehensive one. However, the basic principles are almost the same as those laid down in Directive. In this context, it is stated that employment contracts pass to the transferee with all rights and liabilities that came out until transfer date if the employee does not refuse. Here as seen the right of refusal is granted to the employee. If an employee refuses, the employment relationship ends on expiry of the statutory notice period, until then the transferee and employee are obliged to perform the contract.

Several liability is envisaged between the transferor and transferee for the due debts before the transfer or shall be due by the expiry date or on the date of termination because of the refusal of the employee.

Since this article lays down passage of employment relations in the restructure of the companies, it also regulates the liability of the partners. In this context, the partners of the transferred company liable for the debts borne before the transfer shall continue to be severally liable for the debts borne from the employment contract and due until the date of transfer as well as for the debts that would be due if the employment contract normally terminated or shall be due until the termination date because of objection²¹.

Although this article was copied from Swiss Code of Obligations Article 333, the second sentence of paragraph 1 was not included²². On the other hand, paragh. 5 and 6 were included into the Turkish version. Here we need to point

²¹ The point to remind here is that this paragraph regards only the mergers or division of a general or limited partnership. Because only in these types of companies shall the partners be liable for the debts of the company according to Turkish company law.

²² Para. 1 second sentence of article 333 states that “where the transferred relationship is governed by a collective employment contract, the acquirer is obliged to abide by it for one year unless it expires or is terminated sooner”.

out one more and a very important issue. Swiss Code of Obligations, Article 333.a and 333b were not included at all.

There are mainly two issues here: The first one is, the employment contract passes to the transferee in merger, division or conversion of the companies. The Second one is, an employee may object to the merger, division or conversion decision. In such a case, the service contract terminates at the end of the period of legal dismissal but the transferee and employee are obliged to perform the contract by that time.

Another issue to point out on which rules are to be implemented in a dispute between an employee and employer in case of a merger, division or conversion, say whether Article 6 of EA 2003 or Article 178 of TCC 2011 needs to be clarified. The rules of TCC on this dispute are more peculiar than that one in EA 2003, beside this Code is newer than EA 2003 by date.

E. COMPARISON BETWEEN TCC 2011 ARTICLE 178 AND EA 2003 ARTICLE 6

1. Similarities Between the Two Provisions

- a. In both provisions, it is stated that the employment relationships between the parties in the transferred business pass to the transferee per se with all rights and liabilities.
- b. Both provisions state that the transferor and transferee shall be liable for the credits of employees severally.

2. Differences Between the Two Provisions

a. Right of Refusal

One of the most significant differences between two provisions is the right of refusal of the employee to transfer in the situation of merger, division and conversion as stated in TCC 2011 Article 178 and does not exist in EA 2003 Article 6²³. If

²³ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, p. 127. The right of refusal is firstly legislated in article 178 of TCC 2011; See **Uşan/Erdoğan**, p. 7; **Sarikaya, Sinan** (2017) "Ticaret Şirketlerinin Yapı Değişikliklerinde İş İlişkilerinin Geçmesi, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları", (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, p. 11. <<https://www.academia.edu/12566349>

the employee objects to the restructure, i.e., merger, division or conversion, the employment contract shall terminate at the end of the legal dismissal period. In EA 2003, there is no such provision as the objection of the employee in the situation of transfer. Some authors propose a justification like the right of objection is not laid down just because the transfer of business does not constitute a material change in working conditions²⁴. Literally, the refusal of an employee to merger, division or conversion may not hinder the merger, division or conversion operation but it may prevent an employee to work for an employer he does not to work for²⁵. This is a manifestation of a freedom to choose whomever an employee would work for.

b. Basis for Termination

While it is stated in Article 6 of EA 2003 that the transfer of business does not constitute a rightful basis for abolition for the employee, the objection of the employee shall be a basis for the termination of the contract according to the Article 178 of TCC 2011.

c. Liability of the Partners

Article 178 of TCC states that the partners who are liable for the liabilities of the transferring company shall remain to be severally liable for the debts after the restructure. In Article 6/3 of the EA 2003, in the situation of termination of the legal personality the liability rule does not apply to these companies. At first sight, these two rules seem contradicting. But this approach is not true. Because, the rule at Article 6/3 applies to legal personality but not to the partners.

d. The Scope of Joint Liability

Clearly the liability of the transferor and transferee in Article 178 of TCC 2011 is provided in a larger sense than that of Article 6 of EA 2003. According to

/Ticaret_%C5%9Eirketlerinin_Yap%C4%B1_De%C4%9Fi%C5%9Fikliklerinde_%C4%B0%C5%9F_%C4%B0li%C5%9Fkilerinin_Ge%C3%A7mesi> I.a.d. 07.11.2022.

²⁴ **Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2014) *İř Hukuku*, Ankara, Lykeion Yayınları, p. 272- 273.

²⁵ **Çakrak, Recep** (2017) “Ticari Şirketlerin Yapı Değişikliği Sonucunda İř İlişkisinin Geçmesi: “İşçinin İtiraz Hakkı”, *Karatahta İř Yazıları Dergisi*, S: 7, pp. 147-159, p. 148.

Article 178 of TCC, the employee is entitled to object to merger, division or conversion. If the employee objects to merger, division or conversion, the joint liability of the transferor and transferee continues until the end of the date of legal dismissal. In Article 6 of EA, it is stated that the transferor and transferee are severally²⁶ liable for the debts due by the date of transfer. Additionally, the liability of the transferor for these debts is limited to two years. In other words, according to Article 6 of EA 2003, the transferor and transferee shall be severally held liable only for two years after the transfer. But in Article 178 of TCC 2011 there no such two-year limitation²⁷.

As seen above there is a conflict between the provisions of TCC and EA with respect to the right of objection. While the TCC Article 178 entitles the employee to object to merger, division or conversion, the EA 2003 Article 6 does not.

At first sight there seems to be a conflict between the two provisions. TCC was adopted in 2011 and EA was adopted in 2003. Therefore, TCC is more recent than the EA 2003. If the scope of the Acts were the same it would be said that TCC would prevail EA 2003 with respect to the right of objection, because of general Act and special Act relationship. But here is no general-special Act relationship between the two Acts. However, there is a general-special provision relationship solely between Article 178 of TCC 2011 and Article 6 of EA 2003. From this perspective, Article 178 of TCC 2011 is a special provision compared to Article 6 of EA 2003 because it provides the transfer of business and rights of employees only in merger, division and conversion²⁸. In this sense Article 178 of TCC is special provision where article 6 of EA is a general provision²⁹. Hence any business transfer except for merger, division and conversion are subject to

²⁶ Literally the word “jointly” is used but in literature it is argued that this should be interpreted as “severally”. See **Süzek** (2018), p. 206; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, p. 125. It is hard to say if the term “jointly” is used intentionally or by mistake however it is obvious that it was meant “severally”.

²⁷ **Uşan/Erdoğan**, p. 7.

²⁸ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, p. 127.

²⁹ **Uşan/Erdoğan**, p. 7; see fn. 26.

Article 6 of EA. We need to point that Article 178 of TCC is broader in the sense of liability but narrower in practice³⁰.

III. THE TRANSFER OF BUSINESS AND PROTECTION OF EMPLOYEES IN ENGLISH LAW

Common law, by character, is prone to protect the rights of employees in employment relationship. There are two basic acts in English law relating to the employee-employer relationships. The first one is the Employment Rights Act 1996 and the second one is the TUPE Regulations.

The Employment Rights Act 1996 sets out the rules on employment relationships. However, the basic document concerning the transfer of business is the TUPE Regulations³¹. TUPE Regulations first appeared in 1981³² but it was revoked completely by TUPE Regulations 2006. Therefore, we will attribute to TUPE 2006.

TUPE 2006 is also based on the Council Directive 2001/23/EC just like the Turkish EA 2003 Article 6 and TCC 2011 Article 178. As can be inferred from the following explanations, most of the TUPE Regulations rules are identical to Directive.

Let's try to paraphrase the significant features of TUPE Regulations.

A. THE FEATURES OF TUPE REGULATIONS

1. Preservation of employee status after the transfer

The first thing to bring out about TUPE Regulations is that the employees *automatically* become the employees of the new employer on the same terms and conditions³³.

³⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, p. 127.

³¹ <<https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2006/246/contents/made>> l.a.d. 15.12.2021.

³² <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/1981/1794/pdfs/ukxi_19811794_en.pdf> l.a.d. 15.12.2021.

³³ **Guide to TUPE** (2006), p. 6, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/271496/bis-09-1013-guide-to-tupe-regulations-2006.pdf> l.a.d. 01.12.2021.

2. Economic entity

The concept of economic entity is another thing to consider for the application of TUPE Regulations 2006. An economic entity test will be the best tool to determine whether an identifiable set of resources are assigned to a business or to a part of it and that set of resources retains its identity after the transfer³⁴. In Article 3(2) “economic entity” is defined as we have already stated previously³⁵. This definition is in compliance with Article 1, 1 (b) of the Directive. In this definition, the term of “grouping of resources” marks either workers or assets or both³⁶.

In TUPE Regulations it is stated that the transfer of a business is subject to the consent of the employee. At common law the rights of an employee may not be transferred without the consent of the employee³⁷.

3. Informing the transferee on the employee liability

In section 11 of the Regulations, it is stated that the transferor shall notify to the transferee the employee liability information of any person employed by him. What is more interesting is that according to section 12, the transferee may complain to the employment tribunal if the transferor does not comply with section 11, in other words does not provide with the information thereof³⁸. Section 11 is in compliance with Article 3(2) of the Directive³⁹.

4. Information and consultation to the representative of employees

In compliance with section 13 of the TUPE Regulations, the transferor is supposed to provide information and consultation to the representative of employees about

³⁴ **Guide**, p. 6.

³⁵ See page 3.

³⁶ **Butcher**, p. 13.

³⁷ **Smit, Nicola** (2001) “Labour Law Implications of a Transfer of an Undertaking” (Doctorate), Rand Afrikaans University, p. 1.

³⁸ **McMullen, John** (2006) “Transfer of undertakings: content and structure of the TUPE Regulations”, No: 66, pp. 10-15, p. 13, <https://sas-space.sas.ac.uk/2937/1/Amicus66_McMullen.pdf> l.a.d. 12.05.2022.

³⁹ **McMullen**, p. 13.

the details of the transfer. These details include the date, the reasons of transfer, the legal, economic and social implications on employees. For the question on the identification of the representatives, 3rd paragraph of section 13 states that the representatives are the representatives of the trade union. This section is in compliance with the EC 2001/23 Directive Article 7. If the employer fails to comply with section 13, a complaint may be presented to an employment tribunal as per section 15 (1).

CONCLUSION

In conclusion, Turkish law concerning the rights of employees in the situation of the transfer of business includes a number of provisions in various statutes. These provisions are copied from Directive 2001/23/EC and Swiss Code of Obligations Article 333. However, it is hard to say that all provisions were copied in accordance with the rules of the said references. For some reasons some of them were excluded and this has been criticized by the authors. On the other hand, there is not an exact unanimity between the provisions of various statutes in Turkish legislation. Despite the fact that there are many provisions regarding the rights of the employees in the situation of the transfer of business in Turkish law, some important rules that exist in EU Directive have never been included in Turkish versions. These missing issues may be listed as the doctrine of economic entity, provision of information and consultancy to the representatives of the employees about the transfer of business and its possible impacts in general terms. On the other hand, the lacking of the right of objection by the employee to transfer of business is an important shortage in EA 2003 Article 6⁴⁰.

Another issue is the discrepancy between the various provisions of different acts. There should be compatibility between the provisions of those acts. In other terms, Article 6 of the EA 2003 ought to be in compliance with the TCO Articles 428 and 429. As a matter of fact, there should be an alignment between all provisions.

In English law, TUPE as a whole is identical to Directive 2001/23/EC. However, after the Brexit, it is not clear yet what amendments shall be put into force.

⁴⁰ Uşan/Erdoğan, p. 23.

BIBLIOGRAPHY

- Astarlı, Muhittin** (2013) “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Vol: 1, No: 36, pp. 69-106, <<https://www.calismatoplum.org/Content/pdf/calisma-toplum-1450-96c32c7b.pdf>> I.a.d. 09.05.2021.
- Astarlı, Muhittin** (2013) “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyeri Devrinde İşverenin İşçiyi Bilgilendirme Yükümlülüğü, (Bilgilendirme)”, Türkiye Barolar Birliği, Vol: 1, No: 36, <http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2013-104-1246.pdf> I.a.d. 09.11.2022.
- Bakırcı, Kadriye** (2010) “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin İşyeri Bölümünün Devriyle Bağlantısı: Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Kurulurken İş Sözleşmelerinin Feshi”, Sicil Dergisi, Yıl: 5, S: 2, ss. 114- 127.
- Butcher, Robert Mccrate** (2008) New TUPE Regulations, Thorogood Reports, London, UK.
- Çakrak, Recep** (2017) “Ticari Şirketlerin Yapı Değişikliği Sonucunda İş İlişkisinin Geçmesi: “İşçinin İtiraz Hakkı” Karatahta İş Yazıları Dergisi, S. 7, pp. 147-159.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat** (2017) İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Bası, İstanbul, Beta.
- Karaca, Ercüment** (2009) İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Beta.
- McMullen, John** (2006) Transfer of undertakings: content and structure of the TUPE Regulations 2006, Amicus Curiae Issue 66 July/August 2006, <https://sas-space.sas.ac.uk/2937/1/Amicus66_McMullen.pdf> I.a.d. 12.05.2022.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2014) İş Hukuku, Ankara, Lykeion Yayınları.
- Phillippa A, Carrington** (2014) Re-conceptualising the Regulations: A Conceptual and Doctrinal Analysis of the UK TUPE 2006 Service Provision Change Regulations, <<https://www.proquest.com/pagepdf/2434081365?accountid=191764>> I.a.d. 12.05.2022.
- Saraa, Made/ Saputra, Komang Adi Kurniawan/ Utama, I Wayan Kartika Jaya** (2020) “Financial Statements of Micro, Small and Medium Enterprises Based on the Concept of an Economic Entity”, Journal of Hunan University (Natural Sciences), Vol. 47. No. 12, pp. 125-132, <<http://jonuns.com/index.php/journal/article/view/490/487#>> I.a.d. 24.05.2022.

Sarıkaya, Sinan (2017) “Ticaret Şirketlerinin Yapı Değişikliklerinde İş İlişkilerinin Geçmesi, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları”, (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü<https://www.academia.edu/12566349/Ticaret_%C5%9Eirketlerinin_Yap%C4%B1_De%C4%9Fi%C5%9Fikliklerinde_%C4%B0%C5%9F_%C4%B0li%C5%9Fkilerinin_Ge%C3%A7mesi> l.a.d. 07.11.2022.

Smit, Nicola (2001) “Labour Law Implications of a Transfer of an Undertaking” (Doctorate), Rand Afrikaans University, p. 1.

Süzek, Sarper (2013) “İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Özel S., p. 311-330, <<https://dergipark.org.tr/en/pub/deuhfd/issue/46930/588782>> l.a.d. 20.09.2021.

Süzek, Sarper (2018) İş Hukuku, 15. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul, Beta.

Uşan, Muhammed Fatih/Erdoğan, Canan (2022) “Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi veya Bölünmesinde İşverenlerin İşçi Alacaklarından sorumluluğu”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Vol: 8, No: 1, pp. 1-27, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2120985>> l.a.d. 08.11.2022.

İnternet Kaynakları

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0023>> l.a.d. 03.12.2021.

TUPE Regulations, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/271496/bis-09-1013-guide-to-tupe-regulations-2006.pdf> l.a.d. 01.12.2021.

Legislative Intention (Gerekçe), <<https://www.muglabarosu.org.tr/Upload/files/pdf/TTK%20Madde%20Gerek%C3%A7eleri.pdf>> l.a.d. 10.12.2021.

MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE TÜKETİCİNİN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASI^(*)

Dr. Miray ÖZER DENİZ^(**)

ÖZET

Tüketici ve mesafeli sözleşme kavramlarının tanımı 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda (TKHK) yapılmıştır. TKHK'nın başlıca amacı olan tüketicinin korunmasının kapsamına, tüketicinin kişilik hakkının bir parçası olan tüketicinin kişisel verilerinin korunması da girer. Tüketicilerin internet üzerinden kurduğu mesafeli sözleşmeler, aynı zamanda elektronik sözleşmelerdir. Dolayısıyla konu ile ilgili Elektronik Ticaret Kanunu (E-ticaret Kanunu) hükümleri de önem taşımaktadır. Kişisel verilerin korunması noktasında ne TKHK ne Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (MSY) ne de E-ticaret Kanunu'nda özel düzenleme mevcuttur. Hatta e-ticaret Kanunu'nda kişisel verilerin korunmasına ilişkin olan m.10 yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla, özel bir düzenleme olmaması nedeniyle artık tüketicilerin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin KVKK hükümleri uygulanacaktır. Satıcı/sağlayıcı ile tüketicinin fiziklen bir araya gelmeksizin akdettiği mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin kişisel verilerinin işlenmesi adeta kaçınılmazdır. Bu noktada, ayrıca çerez politikaları da tüketici açısından göz önüne alınmalıdır. Tüketicinin kişisel verilerinin işlenebilmesi için tüketicinin açık rıza göstermesi ya da hukuka uygunluk nedenlerinden birinin varlığı gerekir. Çalışmamızda, öncelikle tüketici kavramı açıklandıktan sonra mesafeli sözleşme incelenecek tüketicilerin mesafeli sözleşme kapsamında kişisel verilerinin işlendiği çerez ve ticari iletiler ile kişisel verilerinin işlenmesinde rıza ve rızanın gerekeceği hallerde değinilecektir.

Anahtar Kelimeler

Kişisel Veri, Tüketici, Mesafeli Sözleşme, Çerezler, Aracı Hizmet Sağlayıcı.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1184770 - **Geliş Tarihi:** 05.10.2022 - **Kabul Tarihi:** 10.01.2023.

^(**) Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
E-posta: mdeniz@cu.edu.tr; **Orcid Id:** <https://orcid.org/0000-0003-2443-6290>.

PROTECTION OF CONSUMERS' PERSONAL DATA IN DISTANCE CONTRACTS

ABSTRACT

The definitions of consumer and distance contracts are made in the Law No. 6502 on the Protection of the Consumer (TKHK). The protection of the consumer's personal data, which is a part of the consumer's personality right, is also included in the scope of consumer protection, which is the main purpose of the TKHK. Distance contracts that consumers establish over the internet are also electronic contracts. Therefore, the relevant provisions of the Electronic Commerce Law (e-commerce Law) are also included. Regarding the protection of personal data, there are no special regulations in the TKHK, the Regulation on Distance Contracts (MSY), or the e-commerce Law. In fact, in the e-commerce Law Article 10, the article on the protection of personal data, has been repealed. Therefore, KVKK provisions regarding the protection of personal data of consumers will now be applied. It is almost inevitable that the personal data of the consumer is processed in distance contracts concluded without the seller/supplier and the consumer coming together physically. At this point, cookies and cookie policies should also be considered from the consumer's point of view. In order for the personal data of the consumer to be processed, the consumer's express consent or the existence of one of the reasons for compliance with the law is required. In the study, first of all, after the concept of consumer is explained, the distance contract will be scrutinized. The cookies and commercial messages- in which the personal data of the consumers are processed within the scope of the distance contract- and the cases in which consent is required or not required in the processing of their personal data will be mentioned.

Keywords

Personal Data, Consumer, Distance Contracts, Cookies, Intermediary Service Provider.

GİRİŞ

Tüketicinin korunması, Anayasa m.172 ile güvence altına alınmıştır. TKHK m.1’de kanunun amacının, doğrudan tüketicinin kişisel verilerini korumak olduğu açıkça yer almasa da kişisel veriler, tüketicinin kişilik hakkının bir parçası olduğundan korunmalıdır. Tüketici işlemlerinde, tüketici zayıf konumdadır. Zira çoğu durumda, tüketici yapılacak sözleşmeye müdahale edememektedir. Mesafeli sözleşmelerde ise tüketici hiç görmediği ve fiziken bir araya gelmediği satıcı/sağlayıcı ile bir sözleşme kurmakta ve ürün/hizmetin hiç veya gereği gibi ifa edilememesi tehlikesiyle karşılaşabilmektedir. Bunun yanında, mesafeli sözleşmelerin kurulması ve ifası aşamasında, tüketicinin kişisel verileri işlenmek zorundadır. Sözleşmenin gereği gibi ifa edilebilmesi için tüketicinin adı, iletişim bilgileri, adresi, kredi kartı bilgileri gibi pek çok verisi işlenmektedir. Ayrıca, çoğu aracı hizmet sağlayıcı ve platform, pazarlama teknikleri ve performans değerlendirmesi yapma amacıyla çerezler (cookies) aracılığıyla tüketicilerin alışveriş alışkanlıklarına dair verileri işlemektedir.

I. TÜKETİCİNİN KİŞİSEL VERİLERİ

A. TÜKETİCİ KAVRAMI

6502 sayılı TKHK m.3’te tüketici, “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkarak tüketici, sözleşme kurma amacı gelir elde etmek ya da mesleki faaliyetlerini sürdürme niyeti olmayan taraftır. Örneğin, tekrar satma amacı olmadan beyaz eşya alan bir kişi tüketicidir.

Önemli olan nokta, tüketici olarak adlandıracağımız tarafın, sözleşmeye taraf olma iradesi ve amacıdır¹. Bunun belirlenmesinde ise bir defalık amaç değil;

¹ **Gümüş, M. Alper** (2014) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 30; **Çabri, Sezer** (2021) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 83; **Aydoğdu, Murat** (2015) Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 59; Akipek **Öcal, Şebnem/Kara, İlhan** (2021) Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 30 vd; **Bal, Yakup** (2022) “Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 50 s. 368.

süreklilik arz eden bir amaç olması dikkate alınır. Ticari amacın varlığının belirlenmesinde baskın görüş, alınan mal veya hizmetin bedelinin, daha sonra başka bir işlem vasıtasıyla tüketiciye geri dönüşü olup olmadığıdır. Örneğin, tüketici aldığı bir boyayı kullanarak resim yapıyor ve daha sonra bu resmi satıyor ise boyayı satın almak için harcadığı para, resim satışından geri döneceğinden bu kişi tüketici olarak kabul edilmemelidir.

Kanun metninde hem gerçek kişilerin hem de tüzel kişilerin tüketici sıfatına sahip olabileceği düzenlenmiştir. Gerçek kişi tüketiciye, tacir olmayan gerçek kişiler girer. TTK m.19'da yer alan karine gereğince gerçek kişi tacirlerin borçlarının ticari olması esastır ancak gerçek kişi tacirin işlemi yaptığı sırada işlemi yapma amacının ticari işletmesiyle ilgili olmadığını satıcı/sağlayıcıya açıkça bildirir ya da yapılan işin niteliğinin zaten işin ticari sayılmasına elverişli olmaması halinde bu iş, adi iş sayılır. Örneğin, çimento işi ile uğraşan bir gerçek kişi tacirin bebek beşiği almasında, kişinin bunu ticari veya mesleki amaçla almadığı bellidir ve bu kişi tüketici sayılmalıdır.

Tüzel kişi tacir kavramının içine ise yalnızca ticari işletme işletmeyen dernek ve vakıflar girer.² Gerçek kişi tacirler ve şirketlerdir. Doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte, ticari işletmeler tüketici kavramına girmemektedir³.

B. SATICI, SAĞLAYICI VE ARACI HİZMET SAĞLAYICI KAVRAMLARI

TKHK m.3'te satıcı ve sağlayıcı tanımlanmıştır. Buna göre, mesleki ve ticari amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi sağlayıcı; mesleki ve ticari amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi ise satıcıdır. Bir başka deyişle, bir tüketici işlemi tüketici ile işlem

² Gümüş, s. 30; Akipek Öcal, /Kara, s. 31; Aydoğdu, s. 61.

³ Konu ile ilgili detaylı bilgi için Bknz. Yücer Aktürk, İpek (2016) "Tüzelkişi Tacirin Tüketici Sıfatı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 2; Aynı Görüşte, Akcaal Mehmet / Uyumaz Alper, (2013) "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükmüne (M.1-16) İlişkin Bir İnceleme", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 2, s. 245. Akipek, Şebnem (2016) "Madde 3 Şerhi", *Milli Şerh*, Ankara, s. 55-56.

yapan kişi, satıcı veya sağlayıcıdır. Bir mobilya, telefon, gıda, araba satıcısı, TKHK kapsamında satıcı olarak kabul edilir. Doktor, avukat, kuaför, terzi, veteriner gibi tüketiciye hizmet sunan kişiler ise sağlayıcı olarak kabul edilir. Bu kişiler, veri hukuku bakımından tüketicinin kişisel verilerini işleyen veri sorumlusu olarak kabul edilmelidir.

Aracı hizmet sağlayıcı ise, Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m.2’de, “*Oluşturduğu sistem ile uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır. Aracı hizmet sağlayıcı kavramı, TKHK’nda düzenlenmemişken tanım olarak mevzuatımıza yeni eklenmiştir. Bu tanımın yanında, platform aracılığıyla kurulan mesafeli sözleşmelerde, aracı hizmet sağlayıcı ve tüketiciye karşı sorumluluğu da belirlenmiştir.

Aracı hizmet sağlayıcısı ve tüketiciye karşı sorumluluğu düzenlenmeden önce, aracı hizmet sağlayıcı ile tüketici arasında yalnızca üyelik sözleşmesi ve bundan doğan sorumluluk söz konusu olmaktadır. Bu durum ise aracı hizmet sağlayıcıya güvenerek işlem yapan tüketici tarafın mağdur olması ihtimalini doğurmaktaydı⁴. Bu sorun, 1 Nisan 2022 tarihinde yayımlanan 7392 sayılı Kanun ile TKHK m.48 hükmünde oluşturulan mesafeli sözleşme ilişkisine aracı hizmet sağlayıcı olarak yeni bir kavramın dâhil edilmesiyle son bulmuştur. Aracı hizmet sağlayıcı kavramının düzenlenmesi, çok yerinde olmuştur. Zira uygulama incelendiğinde, artık pek çok mesafeli sözleşme, çevrim içi platform ve aracı hizmet sağlayıcı vasıtasıyla kurulmaktadır; çünkü mesafeli sözleşmenin kurulabilmesi için düzenli ve organize sistemin varlığı gerekse de bu sistemin salt satıcı veya sağlayıcı tarafından kurulmuş olması aranmamaktadır⁵.

⁴ Değişiklik öncesi Çiçek sepetine ilişkin Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E: 2021/4000, K: 2021/11403 sayılı karar.

⁵ **Baş Süzel, Ece** (2022) Mesafeli Sözleşmeler ve İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 16; **Özbay Özdoğru, Zeynep** (2022) İnternet Ortamında Faaliyet Gösteren Aracılık Edenlerin Mesafeli Sözleşmeden Dolayı Tüketiciye Karşı Sorumluluğunun Şartları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 31.

C. KİŞİSEL VERİ

KVKK 3. maddesine göre, bir kişi ile ilişki kurulabilen her türlü veri kişisel veridir. Bu kapsamda, kişinin ismi, yaşı, mesleği, imzası, sosyal medya hesapları, fotoğrafları, banka hesap numarası, elektronik posta adresi, telefon numarası⁶, bilgisayarının IP adresi⁷, telefonunun IMEI numarası, kredi kartı bilgileri⁸, o kişinin kişisel verisidir⁹.

İlgili kişi olan tüketici özelinde örnek vermek gerekirse, tüketicinin platform üzerinde yaptığı yorumlar, profil fotoğrafları, çağrı merkezleriyle görüşme yaparken kaydedilen ses kayıtları, alışveriş alışkanlıklarına dair veriler de kişisel verileri olarak kabul edilebilir. Zira bu veriler, tüketici ile bağlantı kurulmasına imkân sağlayan verilerdir. Özellikle mesafeli sözleşmelerde, tüketicilerin kişisel verileri olmaksızın sözleşme kurulması dahi mümkün değildir.

Tüketicinin kişisel verileri, mesafeli sözleşme kurulabilmesi için gerekli olmasının yanında, tüketicinin alışveriş alışkanlığı, aldığı ürünler, bir ürün/hizmeti satın almak için kaç dakika platformda kaldığı, ürün/hizmet alırken nelere dikkat ederek karar verdiği, ürün/hizmet memnuniyet grafiği gibi veriler ile her tüketicinin, tüketici profilinin oluşturulmasında da kullanılmaktadır. Profillemeye sayesinde, platformlar tüketicinin beğenebileceği ürün/hizmetleri ön plana çıkarabilir; tüketiciye yönelik reklamlar ile ilgisini çekebilir. Bir kişinin alışveriş sitesinde tenis raketi aldıktan sonra tenis ekipman-

⁶ Yargıtay 12 Ceza Dairesi, E: 2014/11621 K: 2015/568 T: 19.1.2015; Yargıtay 12 Ceza Dairesi, E: 2014/11879 K: 2015/22 T: 12.1.2015, kazanci.com.tr.

⁷ ABAD, Scarlet v. SABAM davası detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Yücedağ, Nafiye** (2017) “Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri”, İÜHFİM, C: LXXV, S: 2, s. 767.

⁸ Yargıtay 12 Ceza Dairesi, E: 2013/10672 K: 2013/15772 T: 10.06.2013, kazanci.com.tr.

⁹ **Özer Deniz, Miray** (2022) Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bundan Doğan Sorumluluk, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 29; **Taştan, Furkan Güven** (2017) Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, On İki Levha Yayınları, İstanbul, s. 30; **Yücedağ**, s. 767; Ayrıca Bakınız AYM E: 2013/122 K: 2014/74; AYM E: 2014/ 149 K: 2014/151 T: 09.04.2014; AYM E: 2013/84 K: 2014/183 T: 04.12.2014; AYM E: 2014/74 K: 2014/201 T: 25.12.2014; AYM E: 2014/180 K: 2015/30 T: 19.03.2015.

ları reklamlarının belirmesinin sebebi bu profillemeye ve çerezler vasıtasıyla çevrim içi davranışsal reklamcılık uygulamalarıdır¹⁰.

Tüketicilere ait bu profiller, verileri elde eden şirketler tarafından tüketici ilişkisi olmayan diğer şirketler ile paylaşılmaktadır. OECD tarafından yayımlanan bir rapora göre, Amerika Birleşik Devletleri'nde verileri analiz eden Lexis-Nexis, DocuSearch, Experian gibi “*data broker*” şirketler bulunmaktadır. Aynı rapora göre 2013 yılında anılan şirketlerde kişilerin adres bilgileri 0.50 dolar, doğum tarihleri 2 dolar, sosyal güvenlik numaraları 8 dolar, ehliyet numaraları 3 dolar, askerlik bilgileri 35 dolara satılmaktadır¹¹. Görüldüğü üzere, tüketicinin kişisel verilerinin, pazarlama stratejileri, ürün performans geri dönüşlerinin sağlanması ve tüketici profillerinin oluşturulması noktasında önemli olmalarından dolayı ekonomik değeri de oluşmuştur.

D. İLGİLİ KİŞİ

Kişisel verisi işlenen gerçek kişi, “*ilgili kişi*” olarak tanımlanmıştır. KVKK koruma kapsamına sadece gerçek kişiler girmektedir¹². Konumuz açısından değerlendirildiğinde, sadece gerçek kişi tüketici, ilgili kişi olarak kabul edilir. Tüzel kişi tüketici olan ticari işletme işletmeyen dernek ve vakıflar, ilgili kişi olarak KVKK kapsamında korunmaz¹³. Dolayısıyla çalışmanın kapsamı, gerçek kişi tüketicilerin kişisel verilerinin korunmasıdır.

E. VERİ SORUMLUSU

KVKK m.3'e göre veri sorumlusu, *kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder*¹⁴. Tüzel kişiler, özel veya kamu

¹⁰ Keser Berber, Leyla (2014) Çevrim İçi Davranışsal Reklamcılık, İstanbul, On İki Levha Yayınları.

¹¹ OECD, (2013) “Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value”, OECD Digital Economy Papers, No. 220, OECD Publishing, Paris. <<http://dx.doi.org/10.1787/5k486qtxldmq-en>>, s. 30 vd.

¹² Özer Deniz, s. 31.

¹³ Aksi görüş, Taştan, s. 32-33.

¹⁴ <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5421>> s.e.t.: 02.10.2022.

tüzel kişisi olmaları dikkate alınmaksızın, bizzat kendileri veri sorumlusu sıfatıyla sorumludur¹⁵.

Tüketici işlemlerinde, ilgili kişi olan tüketici ile işlem yapan satıcı veya sağlayıcı veri sorumlusudur. Mesafeli sözleşmenin kurulmasına aracılık eden bir platform var ise platform da veri sorumlusu olarak kabul edilir. Bu durum hem MSY'den hem de tüketici ile aracı hizmet sağlayıcı arasındaki üyelik sözleşmesinden kaynaklanır.

Günümüzde kişisel veriler sadece elektronik ticaret veya hizmet almak için zorunlu hale gelmiştir. Bu sebeple, kişisel verilerini paylaşmak zorunda kalan müşterilerin, kişisel verilerinin korunması hem bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması hem de ticaret hayatının sağlıklı bir şekilde işlemesi için önemlidir¹⁶.

MSY'de tanımlanan aracı hizmet sağlayıcı ve elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı KVKK kapsamında veri sorumlusu olur. Keza Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun 'Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen' başlıklı rehberinde de aracı hizmet sağlayıcı konumunda olan ödeme servisi sağlayan çevrim içi çok taraflı platformlar, veri sorumlusu olarak kabul edilmiştir. Platform ve aracı hizmet sağlayıcı yanında, satıcı ve sağlayıcı da veri sorumlusu olarak kabul edileceğinden, bu noktada iki veri sorumlusu bulunmaktadır.

F. KALICI VERİ SAKLAYICISI

TKHK m.3'te "*Tüketicinin gönderdiği veya kendisine gönderilen bilgiyi, bu bilginin amacına uygun olarak makul bir süre incelemesine elverecek şekilde kaydedilmesini ve değiştirilmeden kopyalanmasını sağlayan ve bu bilgiye aynen ulaşılmasına imkân veren kısa mesaj, elektronik posta, internet, disk, CD, DVD, hafıza kartı ve benzeri her türlü araç veya ortamı*" ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Bu kavram, 4077 sayılı Kanun'da yer almamaktaydı. Yeni eklenen bu

¹⁵ **Kişisel Verileri Koruma Kurumu**, Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen, <kvkk.gov.tr> s.e.t.: 02.10.2022.

¹⁶ **Oğuz, Habip** (2013) "Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum", UMD, S. 3, s. 2.

kavram aslında, teknolojik alandaki gelişmelerle birlikte tüketicinin satıcı/sağlayıcı ile ilişkisinin kolaylaşmasını amaçlamaktadır. Gerçekten de kalıcı veri saklayıcısı, tüketicinin bilgilendirilmesini kolaylaştırmakta, sözleşme kurulması ve kurulmasından sonra satıcı/sağlayıcı ile tüketici arasında iletişim kurması ve tüketiciye ispat kolaylığını sağlamaktadır¹⁷.

Mesafeli sözleşmelerde, satıcı/sağlayıcı ile tüketici, sözleşmenin hiçbir safhasında bir araya gelmediğinden kalıcı veri saklayıcısı kavramı daha da önem kazanmaktadır. Bu ortam sayesinde tüketici hem bilgi alabilir hem de bilgi iletebilir. Ayrıca, kendisine sözleşmeye ilişkin ön bilgilendirme yine bu ortam üzerinden yapılır. Bu ortamda saklanan bilgilerin değiştirilememesi de tüketici açısından olumlu sonuç doğurmaktadır.

II. MESAFELİ SÖZLEŞME KAVRAMI

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte, satıcı/sağlayıcı ile tüketicinin bir araya gelmeden uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla mesafeli sözleşme kurmaları, özellikle pandemi döneminde, oldukça artmıştır. Taraflardan birinin tüketici olduğu ve tarafların fiziki olarak bir araya gelmeden akdettiği bu sözleşmeler, mesafeli sözleşme olarak kabul edilir¹⁸.

Mesafeli sözleşme, TKHK m.48'de, 29188 Sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde (MSY) ve 29253 Sayılı Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde (FHMSY) düzenlenmiştir. Mesafeli sözleşme, TKHK m.48/T'de, "*Satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve*

¹⁷ **Özdemir, Hayrunnisa** (2020) Türk Hukukunda Tüketicilerin Kişisel Verilerinin Korunması, İstanbul, Aristo Yayınevi, s. 10.

¹⁸ Mesafeli sözleşmeler hakkında detaylı bilgi için bkznz. **Baş Süzel**, s. 12 vd.; **Özbay Özdoğru**, s. 13 vd.; **Akipek Öcal / Kara**, s. 136 vd.; **Topaloğlu, Mustafa** (2016) "Madde-48 Mesafeli Sözleşmeler": Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem (Editörler), Milli Şerh (National Commentary), İstanbul, Aristo Hukuk Yayınevi; **Çakırca, Seda İrem** (2018) "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Mesafeli Sözleşmeler", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 34, S. 3, s. 108.

kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir” şeklinde ifade edilmiştir.

Kanuni tanımdan yola çıkarak mesafeli sözleşmelerin unsurları; tarafların fiziken bir araya gelmemesi, uzaktan iletişim araçlarının kullanılarak organize bir sistemin aracılığıyla kurulması ve MSY m.2’de sayılan kapsam dışı sözleşmelerden olmamasıdır. Birinci ve en önemlisi, satıcı/sağlayıcı ile tüketici gerek sözleşmenin kurulması gerekse sözleşme görüşmeleri sırasında fiziki olarak bir araya gelmemelidir¹⁹. Taraflar, sözleşmeyi MSY m.4’te sayılan vasıtalar aracılığıyla kurmalıdır.

TKHK m.48’in gerekçesinde, sözleşmenin kurulması anına kadar ifadesi “*Bu tanım aynı zamanda tüketicinin sadece mal veya hizmetler hakkında bilgi toplamak amacıyla bir satıcı veya sağlayıcının işyerini ziyaret etmesinin ardından uzaktan bir iletişim aracı vasıtasıyla sözleşmeyi müzakere ettiği ve kurduğu durumları da kapsar. Bu durumun tam tersine satıcı veya sağlayıcının işyerinde müzakere edildikten sonra uzaktan bir iletişim aracı kullanılarak kurulan bir sözleşme mesafeli sözleşme olarak kabul edilmez. Bir sözleşme uzaktan iletişim araçlarıyla başlatılırsa, fakat sonunda satıcı veya sağlayıcının işyerinde kurulursa bu da mesafeli sözleşme olarak kabul edilmez. Benzer şekilde mesafeli sözleşme kavramı bir profesyonelden hizmet almak amacıyla tüketici tarafından uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla rezervasyon yapılması durumunu kapsamaz. Örneğin saç tıraşı olmak için berberin aranarak rezervasyon yapılması” şeklinde açıklanmıştır. Dolayısıyla, sözleşme görüşmeleri ve sözleşmenin kurulması anında taraflar bir araya gelmemelidir.*

Bunun yanı sıra, taraflar arasındaki sözleşmenin kapsam dışı sözleşme olmaması gerekmektedir. Hangi sözleşmelerin mesafeli sözleşme kapsamında olmadığı MSY m.2’de sayılmıştır.

¹⁹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.48’in gerekçesine göre; tüketici, satıcı/sağlayıcının işyerine yalnızca mal veya hizmetler hakkında bilgi toplamak için gitmiş fakat sözleşme müzakereleri ve sözleşmenin kurulması uzaktan iletişim aracıyla gerçekleştirilmişse yine mesafeli sözleşmeden bahsedilir. **Topaloğlu**, (2016), s. 17-18; **Çakırca**, s. 108-109; **Avcı Braun, Cihan** (2016) “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, s. 29; **Özbay Özdoğru**, s. 16 vd; **Baş Süzel**, 2022, s. 13.

Üçüncü unsur, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik düzenli bir organizasyonun varlığıdır²⁰. Nitekim madde gerekçesinde “*Önemli olan uzaktan pazarlamanın tek seferlik, istisnai bir durum olmamasıdır*” şeklindeki ifadeyle sistemin sürekliliği vurgulanmıştır. Belirtmek gerekir ki, her uzaktan pazarlama sistemi değil; sözleşmeyi kurmaya elverişli bir sistem olması halinde sorumluluk gündeme gelecektir. Örneğin, çeşitli mal ve hizmetlerin fiyatlarını karşılaştırmaya imkân sağlayan bir internet sitesi, sözleşme kurmaya imkân sağlamadığından bu çalışma kapsamında uzaktan pazarlama sistemi olarak kabul edilmemelidir²¹.

Düzenli ve organize sistemin varlığı kurucu unsur olmakla birlikte bu sistemin satıcı veya sağlayıcı tarafından kurulması gerekmez²². Bir aracı hizmet sağlayıcı vasıtasıyla platform üzerinden sözleşme kurulması mümkündür. Günümüzde mesafeli sözleşmelerin pek çoğu çevrim içi çok taraflı platformlar ile kurulmaktadır. Aracı hizmet sağlayıcı ile platform üzerinden kurulan sözleşmelerin artmasıyla birlikte bu iki kavram, MSYDY m.2’de tanımlanmıştır.

İnternet üzerinden kurulan mesafeli sözleşmeler, aynı zamanda E-ticaret Kanununda düzenlenen elektronik sözleşme kapsamına da girer. 7 Temmuz 2022 tarihinde yürürlüğe giren 7416 sayılı E-ticaret Kanunu m.2/I(f)’de elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı kavramı tanımlanmıştır. MSYDY’deki tanımlar, E-ticaret Kanunu ile uyumludur. Aracı hizmet sağlayıcı kavramı, TKHK’da yapılan değişikliklerle birlikte hem TKHK hem de E-ticaret Kanunu nezdinde yeknesaklaşmıştır.

7416 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikte elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, “*Elektronik ticaret pazar yerinde elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlayan aracı hizmet sağlayıcıyı*” olarak tanımlanmıştır. Geniş anlamda e-ticaret çevrim içi çok taraflı platformlar ile gerçekleştirilebilecek tüm

²⁰ **Demir, Mehmet** (2015) Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara, Turhan Kitapevi, s. 25.

²¹ **Baş Süzel**, s. 18.

²² **Baş Süzel**, s. 16; **Özbay Özdoğru**, s. 31.

ticari aktiviteleri; dar anlamda e-ticaret ise tüketicilerin uygun çevrim içi ortamlardan mal ve hizmet satın almasına dayalı aktiviteleri ifade etmektedir²³.

III. MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE TÜKETİCİLERİN KİŞİSEL VERİLERİNİN İŞLENMESİ

A. TÜKETİCİNİN KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİNDE UYULMASI GEREKEN İLKELER

İlgili kişilerin, kişisel verilerinin güvenliğini sağlamaya yönelik verilerin işlenmesine ilişkin ilkeler belirlenmiştir. Bu ilkeler, KVKK m.4. maddede “Genel İlkeler” başlığında düzenlenmiştir. Bu ilkelerden ilki, hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olma ilkesidir. Türk Medeni Kanunu 2. maddesine paralel olan bu ilke kapsamında, verilerin hukuka ve dürüstlük kuralına uygun işlenmesi gerekir²⁴. Bu ilke, hakkın kötüye kullanılmasını da kapsar. Örneğin, tüketiciye düzenli ve rahatsız edici şekilde mesaj atılması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir²⁵.

İlgili kişi tüketicinin, işleme faaliyetleri hakkında hiç aydınlatılmaması ya da yetersiz aydınlatılması bu ilkeye aykırılık meydana getirir. Örneğin, *Innovations v. Data Protection Registrar* davasında, tüketiciler, sipariş verme aşamasını geçene kadar verilerinin üçüncü kişiler ile paylaşılmasına rıza gösterdikleri hakkındaki bilgiye erişemiyorlardı. Bu olayda, mail order şirketinin, tüketicilerinin verilerini üçüncü kişilerle paylaşacağına dair aydınlatmayı önceden yapmamasının dürüstlük kuralını ihlal ettiği sonucuna varılmıştır²⁶.

İkinci ilke, doğru ve gerektiğinde güncel olma ilkesidir. Bu ilke kapsamında, veri sorumlusu satıcı, sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı, tüketicilerinin verilerini

²³ **Doğan, Cihan** (2021) *Rekabet Hukuku ve İktisadi Bağlamında Dijital Platformlar*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 16.

²⁴ **Özer Deniz**, s. 77; **Bygrave, Lee A.** (1998) “Data Protection Pursuant to the Right to Privacy in Human Rights Treaties”, *IJ-IT*, C. 6, s. 263.

²⁵ Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 31.05.2019 tarihli ve 2019/159 sayılı karar özeti, <www.kvkk.gov.tr>.

²⁶ **Rogers, M. Kevin** (2011) *Internet and the Law*, Palgrave, s. 163.

doğru ve güncel tutmalıdır. Mesafeli sözleşmeler özelinde örneğin tüketicinin adresinin yanlış kaydedilmesi ve teslimatların yanlış adrese gönderilmesi hem KVKK hem de TKHK kapsamında, uygun değildir²⁷.

Üçüncü ilke, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlemedir. Tüketicinin kişisel verileri belirli ve meşru amaçlar için işlenmelidir. Tüketicilere yapılacak aydınlatmada bu açıklamalar önceden belirlenmeli, açık ve meşru olmalıdır²⁸. Tüketicilerin verileri, keyfi amaçlar ya da meşru olmayan sebepler ile işlenmemelidir. Örneğin, bir giyim mağazasının ürün performans değerlendirmesi yapmaya yönelik anket için tüketicilerin telefon numaralarını kaydetmesi makul bir sebep olabilecek iken tüketicilerin kan gruplarını kaydetmesi meşru olmayan bir sebep olacaktır.

Dördüncü ilke olan işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ilkesi üç kural getirmektedir. Öncelikle, tüketicilerin kişisel verileri işlendikleri amaç ile sınırlı olarak kullanılmalıdır. Örneğin, müşteri memnuniyeti kontrolü amacıyla edinilen iletişim bilgileri, reklam amaçlı kullanılmamalıdır. Ayrıca, veri asgarileştirme ilkesi gereğince yalnızca gerektiği kadar veri işlenmelidir. Bu kapsamda, tüketicilere teslimat sağlanması için gerekli olan T.C. kimlik, telefon ve adres bilgisi yeterli iken bir de araba plakasının istenmesi orantısız ve amaçla bağlantılı olmaz.

Beşinci olarak, ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmelidir. Mevzuatta veya amaç için gerekli olan sürenin aşılması ve veri işlenmesine devam edilmesi veri ihlalini oluşturur. Belirlenen sürenin aşılmasıyla beraber veriler, silinmeli, yok edilmeli veya anonim hale getirilmelidir.

B. AÇIK RIZA

1. Tanım

Sözleşme sırasında tüketicinin kişisel verilerinin işlenebilmesi için tüketicinin açık rıza göstermesi gerekir. Kişisel veriler bakımından ise rıza, kişisel veri-

²⁷ Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 22/06/2021 tarihli ve 2021/603 sayılı Karar Özeti, <www.kvkk.gov.tr>.

²⁸ **Özer Deniz**, s. 81.

leri işleme faaliyetlerini hukuka uygun hale getiren unsurlardan biridir²⁹. Kişisel verilerin korunması bakımından geçerli olan rıza, aydınlatılmış rızadır.

Açık rıza KVKK m.3'te tanımlanmıştır. Açık bir rızadan bahsedebilmek için ilgili kişi tüketicinin bilgilendirilmiş olması, rıza verilecek konunun belirli bir konuya ilişkin olması ve tüketicinin rızasını özgür iradeyle açıklaması gerekir. KVKK m.10'a göre, aydınlatma görevi veri sorumlusuna aittir³⁰. Dolayısıyla, tüketiciye kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin bilgiyi satıcı/sağlayıcı/hizmet sağlayıcı vermelidir.

Rızanın alınmasına yönelik, ticari elektronik iletiler bakımından, E-ticaret Kanununda düzenleme yapılmıştır. Buna göre, esnaf ve tacir olmayan kişilerin mal ve hizmet sözleşmesi sebebiyle elde edilen iletişim adreslerine benzer mal ve hizmetlere ilişkin ticari elektronik ileti gönderilmesi, ilgilinin önceden açık rıza vermesi koşuluna bağlanmıştır. Buna göre, ilgili kişi olan tüketicilere elektronik ileti gönderilmesi için mutlaka ileti öncesinde buna ilişkin rızanın varlığı gerekir. Bu kapsamda, örneğin, tüketicilere gönderilen “SMS ret için xxxx’e ret yazın gönderin.” şeklinde kısa mesajlar, aslında kişisel verilerinin işlenmesine yönelik geçerli bir rızanın var olduğu anlamına gelmemelidir³¹.

Keza, opt-out şeklinde verilen rıza beyanları da geçerli olarak kabul edilmemelidir. Zira opt-out yöntemi, varsayılan ayar olarak tüketicinin internet sayfasında rıza gösterdiğinde dair kutucuğun işaretli olarak bulunmasıdır. ABAD, Planet49 davasında, önceden işaretli kutucuğun açık rıza olarak kabul edilmeyeceğine karar vermiştir³². İnternet üzerinde kurulan sözleşmelerde, açık rıza verildiğine ilişkin internet sayfasında boş kutucuğun işaretlenmesi şeklinde opt-in rıza verilmelidir. Tüketicinin, geçerli bir rıza için aktif bir davranışta bulunması aranmalıdır.

²⁹ **Özer Deniz**, s. 96; **Braun, Cihan Avcı** (2018) “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza”, YÜHFD, C. 15, S. 1, s. 15; **Çekin, Mesut Serdar** (2018) Avrupa Birliği ile Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, On İki Levha Yayınları, İstanbul, s. 54; **Başalp, Nilgün** (2018) “Açık Rıza”, Kişisel Sağlık Verileri III. Ulusal Kongresi, s. 18.

³⁰ **Özer Deniz**, s. 96.

³¹ **Özer Deniz**, s. 100; **Braun**, 2018, s. 16.

³² **Keser Berber, Leyla/Atabey, Ayça/Mert, Melis** (2019) “E-Gizlilik Tüzük Taslağının Son Versiyonu Üzerine Düşünceler”, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C: 2, S: 1, s. 69.

2. Tüketicinin Bilgilendirilmesi

Açık rızanın birinci unsuru bilgilendirmeye dayanmasıdır. Bu kapsamda, öncelikle, tüketiciye kişisel verilerinin işlenmesi konusunda bilgi verilmesi gerekir. İlgili kişi tüketiciye, açık rıza vermeden önce, veri sorumlusu sıfatıyla satıcı/sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı kimliği, varsa veri işleyenler, veri işleme faaliyetleri ile hedefleri amaçları, verilerin ne şekilde ve ne kadar süre ile saklanacağı gibi konular hakkında bilgi verilmelidir³³.

İlgili kişinin bilgilendirilmesi konusunda, KVKK m.10-11 ile “*Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliği*” dikkate alınmalıdır. Bunun yanı sıra sözleşme özelinde fazladan bilgi vermek gerekiyor ise veri sorumlusu Tebliğ ile sınırlı olmaksızın daha kapsamlı bilgilendirme yapmalıdır³⁴. Örneğin, Amazon’un kişisel verilerin paylaşılması hakkında yaptığı bildirimde, paylaşım yapıldığında bildirim alacaksınız şeklindeki ifadesinden, tüketicilerin ancak paylaşım yapıldıktan sonra bilgi alabileceği sonucu çıkmaktadır. Kurum, hem paylaşım ilişkin açık rızanın alınacağı zaman konusunda hem de tüketiciye paydaşlar hakkında bilgi verilmemesi bakımından kanuna aykırılık tespit etmiştir³⁵.

Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin bilgilendirilmesi, TKHK m.48/2 ve MSY m.5-8 arasında düzenlenmiştir. Buna göre, tüketiciye mesafeli sözleşme kurulmadan önce, sözleşmenin tarafları, sözleşme konusu, sözleşme miktarı, cayma hakkının varlığı ve kullanım şekli, uyumsuzluk olması halinde çözüm yöntemleri gibi konularda bilgi verilmesi gerekir. Yalnızca, bu bilgilerin verilmesi yeterli

³³ **Özer Deniz**, s. 104; **Custers, Bart/Van Der Holf, Simone /Schermer, Bart/Appleby-Arnold, Sandra/Brockdorff, Noellie** (2013) “Informed Consent in Social Media Use - The Gap between User Expectations and EU Personal Data Protection Law” *SCRIPTed*, C: 10, S: 4, <<http://script-ed.org/?p=1232>>, s. 446; **Article 29 Working Party** Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679, <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=62305>.

³⁴ **Polater, Salih** (2022) “Kişisel Verilerin Reklam Amaçlı İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebepleri”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, C: 1, S: 1, s. 1-20.

³⁵ Amazon Turkey Perakende Hizmetleri Limited Şirketi hakkındaki başvuru ile ilgili Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 27/02/2020 Tarihli ve 2020/173 Sayılı Karar Özeti, <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6739/2020-173>>.

olmayıp ayrıca bu bilgilendirmenin yapıldığının teyidi de zorunludur. Bu bilgilendirmenin yapılmasından MSY değişikliği sonrası satıcı/sağlayıcı ile aracı hizmet sağlayıcı müteselsil sorumludur.

TKHK ve MSY bilgilendirme yükümlülüğü ile KVKK'da yer alan bilgilendirme yükümlülüğü, kapsadıkları konular bakımından birbirinden farklıdır. TKHK ve MSY, kurulan mesafeli sözleşmeye ilişkindir. Bu bilgilendirme, satıcı/sağlayıcı ile bir araya gelmeden ve satın aldığı mal/ürünü muayene etme imkânı olmayan tüketiciyi, özellikle sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ihtimallerinde korumaya yöneliktir. KVKK'da yer alan bilgilendirme yükümlülüğü ise kurulan bu sözleşme dolayısıyla tüketicinin işlenmesi zorunlu kişisel verilerinin güvenliğine ve işleme faaliyetleri hakkında tüketiciye bilgi verilmesine yöneliktir. Dolayısıyla, her iki bilgilendirme konu ve amaç itibarıyla birbirlerinden tamamen farklıdır.

TKHK ve KVKK'da yer alan bilgilendirme yükümlülükleri şekil itibarıyla da birbirlerinden farklıdır. MSY m.6'ya göre, mesafeli sözleşmedeki bilgilendirme, uzaktan iletişim aracına uygun olarak en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde, tüketicinin ödeme yükümlülüğü altına girmesinden hemen önce, satıcı/sağlayıcı veya aracı hizmet sağlayıcı tarafından yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile yapılmalıdır. KVKK bakımından ise açık rıza öncesi yapılacak bildirimle ilişkin bir şekil şartı yoktur. KVKK bakımından her ne kadar yazılı veya sözlü yapılması arasında bir fark olmasa da özellikle platform aracılığıyla kurulan mesafeli sözleşmeler özelinde değerlendirildiğinde, bilgilendirmenin, sözlü olarak yapılması mümkün değildir.

Bir diğer farklılık ise bilgilendirme zamanına ilişkindir. TKHK ve MSY'ye göre, bilgilendirme sözleşme yapılmadan ve tüketici ödeme yükümlülüğü altına girmeden önce yapılmalıdır. Tüketicinin kişisel verilerinin işlenmesine yönelik bilgilendirme ise özellikle platform aracılığıyla kurulan mesafeli sözleşmelerde tüketicinin platforma üye olması sırasında yapılmakta ve daha sonra işleme amacı değişmemiş ise yinelenmemektedir. Üyelik gereksiz mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden platformlar ise kişisel verilerin işlenmesine ilişkin bilgilendirmeyi ve rızayı, çerez uygulamasına yönelik talep etmektedir.

3. Açık Rıza Verilecek Konunun Belli Olması

Ayrıca rıza verilecek konunun sınırlarının belirli olması gerekir. Kapsamı belli olmayan ve amaca hizmet etmeyen işleme faaliyetlerine verilecek rıza, geçerli bir rıza olarak kabul edilmemelidir. Tüketici, açık rıza göstermeden önce tam olarak hangi verilerinin işleneceğini bilmelidir³⁶.

İşleme konusunun belli olması hususunda, tüketici işlemlerinde özellikle haksız şartlar ve şaşırtıcı şartlar ele alınmalıdır. Haksız şartlar TKHK m.5 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir. TKHK m.5/f.1'e göre, "*Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır*". Tanımdan yola çıkarak denilebilir ki, her sözleşme maddesi değil, yalnızca tüketicinin müdahale etme imkânı olmadığı ve tüketici aleyhine olan maddeler haksız şart olarak kabul edilir³⁷. Bir başka ifadeyle, tüketiciyle müzakere edilen veya tüketici aleyhine sonuç doğurmayan maddeler, haksız şart olmaz. Haksız şartın hukuki sonucu kesin hükümsüzlüktür.

Haksız şartları yanında *şaşırtıcı şartlar* da verilecek açık rızanın geçerliliği noktasında incelenebilir. Şaşırtıcı şartlar, kurulan sözleşmenin niteliğine tamamen yabancı olan şartlardır. Öyle ki sözleşmenin tarafı olan tüketicinin bu şartın varlığını bilmesi ondan beklenmemelidir³⁸. Örneğin, bir çevrim içi platformun, mesafeli sözleşme kurulurken tüketicinin kredi kartı bilgilerinin işlenmesine yönelik rıza talebi olağan ve beklenebilir karşılanır. Buna karşın, tüketicinin

³⁶ **Özer Deniz**, s. 101; **Custers/Van Der Holf /Schermer/Appleby-Arnold/Brockdorff**, s. 445; **Article 29 Working Party**, Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679, <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=62305>.

³⁷ **Aydın, Ramazan** (2016) "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m.5)", ERÜHFD, C. XI, S. 1, s. 86; **İnal, H. Tamer** (2014) "Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar", Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 89, s. 36; **Akipek Öcal, Şebnem** (2016) "Hukukumuzda Haksız Şartlar ve Sonuçları", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 11, S: 2, s. 254 vd.

³⁸ **Atamer, Yeşim M.** (2004) "Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 111; **Özdemir, Hayrunnisa** (2016) "Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar TBK. m.21/I", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 22, s. 2349-2360.

sağlığına ve cinsel yaşantısına dair verilerin işlenmesine yönelik bir rıza talebi şarttır. Türk Borçlar Kanunu m.21/2 uyarınca, şartlı şartlar sözleşmeye yazılmamış sayılır³⁹. Yine de tüketici lehine yorum ilkesi gereği, yazılmamış sayılma yaptırımını, tüketici lehine sonuç doğuracak ise uygulanmayabilir.

4. Özgür İradeyle Açıklanmış Olma

Tüketicinin rızasının geçerli olabilmesi için tüketicinin özgür iradesiyle açıklaması gerekir⁴⁰. Özgür iradede bahsedilebilir için tüketicinin iradesinin rızasını açıkladığı sırada sakat olmaması gerekir. Aynı şekilde, tüketicinin rıza vermemesinin, aleyhine sonuç doğurması gereklidir. Zira eğer ilgili kişi tüketici, verilerinin işlenmesine rıza vermemesi halinde hak kaybına uğramayacağını düşünerek rıza göstermek zorunda hissederse, burada kişinin özgür iradesinden bahsedilemez⁴¹.

Müşteri sadakat programı yürüten bir mağazanın, sadakat kart sahibi tüketicilere indirim yaptığı ve bu karta sahip olmak için tüketicilerin kişisel verilerinin işlenmesinin zorunlu tutulması üzerine, veri sorumlusu mağaza hakkında Kurum'a ihbarda bulunulmuştur. Bu olaya dair Kurul, her ne kadar sadakat kartı sahibi olan tüketicilere indirim yapılırsa da sadakat kartı olmayan müşterilere de satış yapılmaya devam edildiğini ve bu nedenle kişisel verilerin işlenmesine yönelik açık rızanın hizmet şartı olarak ileri sürülmediğine karar vermiştir⁴².

Pek çok internet sitesinde veya cep telefonunda kullanılan uygulamalar, kişisel verilerin işlenmesine dair rıza almadan sitede ilerlemeye veya kalmaya dahi izin vermemektedir (*take it or leave it choices*)⁴³. Tüketicinin, kişisel verilerinin

³⁹ Özdemir, s. 2356.

⁴⁰ Özer Deniz, s. 106; Polater, s. 11.

⁴¹ Özer Deniz, s. 107.

⁴² İlgili kişinin, bir sadakat programı kapsamında veri sorumlusunca hukuka aykırı kişisel veri işlendiği yolundaki ihbarı hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 05/07/2019 tarihli ve 2019/198 sayılı Karar Özeti, <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7348/2019-198>>.

⁴³ Borgesius, Frederik J. Zuiderveen/Kruikemeier, Sanne/Boerman, Sophie C./Helberger, Natali (2017) "Tracking Walls, Take-it-or-leave-it Choices, the GDPR and the e-Privacy Regulation", EDPL, S: 3, s. 358.

işlenmesine rıza göstermeden hiçbir işlem yapamayacağına yönelik beyanlar, özgür iradesinin varlığı noktasında şüphe doğurmaktadır. Bu kapsamda örneğin, “...com’u kullanmaya devam ettiğiniz sürece kullanım koşullarını kabul ettiğinizi varsayacağız.” gibi ifadeler ile alınan rıza, KVKK kapsamında geçerli olmamalıdır⁴⁴.

Keza bir başka kararda, farklı satıcı/sağlayıcıların ürün/hizmetlerini karşılaştırma imkânı sunan bir internet sitesinin üyelik koşulu incelenmiştir. Bu kararda Kurum, internet sitesinin ürün/mal satmadığını ve yalnızca fiyat karşılaştırması yaptığını, dolayısıyla tüketici bu çerezleri kabul etmese dahi ürün/hizmetleri satın alabileceğinden açık rızanın hizmet koşuluna bağlanmadığına karar vermiştir⁴⁵. Belirtmek gerekir ki, TKHK m.48, sözleşme kurulmasına aracılık etme ifadesini kullanmıştır. Dolayısıyla, bu şekilde sözleşme kurulma imkânı sağlamayan ve yalnızca ürün/hizmetlere ilişkin bilgi veren internet siteleri, aracı hizmet sağlayıcı olarak kabul edilmemelidir.

Kişisel verilerin işlenmesinin, tüketiciye hizmetten yararlanma şartı olarak sunulması, hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurur. Kurum’un Amazon hakkında verdiği kararda, Amazon’un, çerezlerin kabul edilmemesi halinde site üzerinden alışveriş yapılamayacağı şeklindeki çerez politikasının, hakkın kötüye kullanılması, özgür iradenin kısıtlanması ve çerezlere yönelik açık rızanın geçersiz olması olarak değerlendirmiştir⁴⁶.

Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik (TİTEY) m.7/9, “Hizmet sağlayıcı, alıcıdan ticari elektronik ileti onayı vermesini, sunduğu mal ve hizmetin temini için ön şart olarak ileri süremez.” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, kişisel verilerin işlenmesine rıza göstermenin yanında ticari ileti alınmasına rıza gösterilmesi konusunda da tüketiciye baskı kurulamaz.

⁴⁴ Özer Deniz, s. 110.

⁴⁵ Veri sorumlusunun, web sitesinde kişisel verilerin işlenmesini hizmet şartı olarak talep ettiği ve aydınlatma yükümlülüğünü usulüne uygun yerine getirmediği iddiaları hakkında” Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 08/07/2019 tarih ve 2019/206 sayılı Karar Özeti, <kvkk.gov.tr> s.e.t.: 02.10.2022.

⁴⁶ Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 2020/173 Sayılı Kararı, <kvkk.gov.tr> s.e.t.: 02.10.2022.

Veri Koruma Tüzük m.7'de iradenin özgürce verilip verilmediği değerlendirilirken, işlenmesi zorunlu olmayan verilerin işlenmesinin, sözleşmenin kurulması şartına bağlanıp bağlanmadığına bakılması gerektiğini belirtmektedir. Bu kapsamda, eğer sözleşmenin kurulması için zorunlu olmayan veri işleme faaliyetleri, sözleşmenin kurulması için şart koşulmuş ise özgür iradede bahsedilemez⁴⁷.

Çerezler konusunda ise çevrim içi platform ve internet sitelerinin, çerez kullanımına dair rızayı adeta tüketiciyi mecbur kılacak şekilde tasarlanması ve çerez duvarları oluşturması özgür iradeyi ortadan kaldırır. Çerez duvarları, internet sitesi veya platformun, tüketicinin tüm şartları kabul etmemesi halinde siteye erişim izni vermeyen türde çerezlerdir. Tüketicilerin bu şekilde çerez duvarları olduğunda, hizmet almak için çerez kullanımını kabul etmek zorunda kalması, özgür irade ile karar verme imkanını ortadan kaldırmaktadır. Çerez duvarları özgür iradeyi zedelemenin yanında rıza yorgunluğu yaratmaktadır⁴⁸. Rıza yorgunluğu, tüketicinin çok fazla rıza göstermesi gerektiği için artık bilgilendirmeleri okumadan ve bilinçsizce rıza vermesi olarak tanımlanabilir⁴⁹.

Veri Koruma Tüzüğü, tasarımıyla veri koruma ve varsayılan ayarlarla veri koruma (*data protection by design and by default*) sistemini kabul etmiştir. Ayrıca Article 29 Çalışma Grubu, varsayılan olarak tüm çerezleri reddeden ancak tüketici ilgili kişinin kutucuk işaretlemesiyle rıza göstermesine imkân sağlanmasını geçerli rıza olarak kabul etmiştir.

C. DİĞER HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

KVKK m.5'te ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin durumlara yer vermiştir. Çalışmamızın konusunu ilgilendiren ve açık rıza gerektirmeyen durumlardan biri KVKK m.5/2-c'dir. İlgili maddeye göre, sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması

⁴⁷ Polater, s. 12.

⁴⁸ Taştan, s. 158.

⁴⁹ Aksoy, Hüseyin Can/Halıoğlu, Mesut (2021) "AB ve Türk Hukuklarında Çerezler, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C: 3, S: 1, s. 66.

halinde açık rıza aranmaz. Buna göre, mesafeli sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan ilişkili kişisel veriler, tüketici açık rıza göstermese dahi işlenebilir. Örneğin, tüketiciye kargo aracılığıyla teslimat yapılacak ise tüketicinin isim, adres, telefon numarası gibi verileri sözleşmenin ifası amacıyla işlenmek zorundadır. Bu noktada, artık tüketicinin açık rızası aranmayacaktır. Buna karşın, tüketiciye reklam amaçlı bildirim yapılmak istenirse, sözleşmenin ifasıyla doğrudan alakalı olmadığından reklamlara ilişkin açık rıza alınmalıdır⁵⁰.

Bir diğer hukuka uygunluk nedeni ise KVKK m.5/2-ç'dir. Buna göre, veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması halinde, tüketici ilgili kişinin verileri açık rıza olmaksızın işlenebilir. Veri sorumlusunun olası bir uyumsuzluk halinde bir ispat aracı olarak kullanabilmesi için çağrı merkezi ile yapılan görüşmeleri muhafaza etmesi bu duruma örnek teşkil edebilir. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu'nun 2016/DK-YED/517 sayılı kararı ile düzenlenen Posta Gönderilerine İlişkin Usul ve Esaslar m.4'te haberleşme amacı dışındaki gönderilerde, sağlayıcıların edinmesi gereken bilgiler belirtilmiş ve bunların iki yıl saklanması gerektiği düzenlenmiştir. Bu kapsamda, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin m.4'te yer alan kişisel verilerinin iki yıl süreyle işlenmesi kanuni bir yükümlülüktür.

Son olarak KVKK m.5/2-f, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması halini düzenlemiştir. Buna benzer düzenleme olan Veri Koruma Tüzüğü'nün Giriş Kısmında bu duruma, ilgili kişinin, veri sorumlusunun müşterisi olması durumu örnek verilmiştir. Veri sorumlusu olan bir satıcının, müşteri memnuniyetini, ürün-kalite değerlendirmesi yapmak amacıyla tüketicinin alışveriş değerlendirmelerine veya alışkanlıklarına ilişkin verileri işleme örnek olabilir.

Belirtmek gerekir ki açık rıza alınması gerekmeyen bu hallerde, ayrıca açık rıza alınması dürüstlük kuralına aykırı olur⁵¹. Zira açık rıza gerektiği halde rıza alınması, ilgili kişide sanki rıza göstermeme ya da rızasını geri alma hakkı varmış gibi bir izlenim uyandırabilmektedir.

⁵⁰ Polater, s. 16.

⁵¹ <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6739/2020-173>>.

IV. ÇEREZ UYGULAMALARI İLE KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ

A. ÇEREZ TANIMI VE TÜRLERİ

Günümüzde, veriler adeta “yeni petrol” olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, veriler ve veri profillemeye başlı başına bir ticaret alanı haline gelmiştir. Yapılan araştırmaya göre, en çok kullanılan 500 internet sitesinin en az %90’ı, kullanıcılarından elde ettikleri verileri üçüncü kişilere satmaktadır⁵². Satılan veriler, her ne kadar anonim hale gelse de yapay zekâ uygulamalarıyla, yaş ve cinsiyet gibi gruplara ayrılması mümkündür. Bu nedenle de verilerin korunması noktasında sorunlar doğma ihtimali mevcuttur.

Dijital pazarlamacılar, yapay zekâ, sosyal ağ analizi, veri madenciliği gibi yöntemlerle veri toplama, profil oluşturma ve çevrim içi hedefleme gibi amaçlara ulaşmaya çalışır. Geleneksel reklamcılığın aksine dijital pazarlamacılar, kişiselleştirilmiş ve hedeflenmiş pazarlama tekniklerini veri optimizasyonu ile daha etkili kullanabilmektedir. Verileri etkili kullanabilmek adına “kendi kendini ayarlayan” algoritmalar, “amaç” verileri ve “sürükleyici” multimedya gibi tekniklere dayanarak tüketiciler, düzenli olarak sosyal ağlar, oyun platformları, sanal dünyalar ve çevrim içi videoların içinde gizlenen çerezler ile izlenir⁵³.

Çerez (*Cookie*), internet sitesi operatörleri tarafından kullanıcı cihazına yerleştirilen bir tür metin dosyasıdır⁵⁴. İnternet kullanıcılarının çevrim içi hareketlerinin terminal cihazlarında depolanmasını sağlar ve kullanıcının tarayıcısında saklanıp kullanıcıya ilişkin bu bilgileri aktarır. Çerezler, tüketiciler bakımından, profilleri oluşturularak reklam amaçlı kullanılmaktadır. Kişisel verileri işleyen

⁵² Neumann, Nico/Tucker, Catherine E./Whitfield, Timothy (2019) “Frontiers: How Effective is Third-Party Consumer Profiling? Evidence from Field Studies”, *Marketing Science*, C: 38, S: 6, s. 918-926.

⁵³ Chester, Jeff (2012) “Cookie Wars: How New Data Profiling and Targeting Techniques Threaten Citizens and Consumers in the “Big Data” Era”, Gutwirth, S., Leenes, R., De Hert, P., Poullet, Y. (edt.) *European Data Protection: In Good Health?* Springer, Dordrecht.

⁵⁴ KVKK Rehber, 2022; Luzak, Joasia (2013) “Much Ado About Cookies: The European Debate on the New Provisions of the E-privacy Directive Regarding Cookies,” *ERPL*, C. 1, s. 222-223; Keser Berber, 2014, s. 23; Aksoy ve Halicioğlu, s. 63; Cofone, Ignacio N., (2017) “The Way the Cookie Crumbles: Online Tracking Meets Behavioural Economics”, *IJ-IT*, C. 25, s. 39.

çerezler olabileceği gibi kişisel verileri işlemeyen çerezler de olabilir. Çalışmamız, tüketici hukuku özelinde ve kişisel verileri işleyen çerez ile sınırlıdır.

Çerezler, sürelerine, amaçlarına ve taraflarına göre üçe ayrılır.⁵⁵ Sürelerine göre çerezler, oturum çerezleri (session cookies) ile kalıcı çerezlerdir. Oturum çerezleri, tüketicinin internette kalmasını sağlayan ve sayfayı kapadıktan sonra silinen çerezleridir. Kalıcı çerezler ise internet sayfası kapatılsa da verileri saklamaya devam eden ancak belli bir süre sonra silinebilen çerezlerdir. Bunlar, hem banner şeklinde reklam amaçlı olarak hem de belli seçimlerin silinmemesi amacıyla kullanılmaktadır. Örneğin, tüketicinin alışveriş sepetindeki ürünlere tekrar dönebilmesi bu çerezler vasıtasıyla sağlanmaktadır.

Kullanım amaçlarına göre çerezler ise zorunlu çerezler, işlevsel, performans ve reklam amaçlı çerezler olarak dörde ayrılmaktadır. Zorunlu çerezler, internet sitesinin düzgün çalışmasını sağlayan çerez olduğundan açık rıza gerekmeyen hallerden KVKK m.5/2 ile m.6/3 kapsamında değerlendirilmelidir⁵⁶. İşlevsel çerezler daha çok kullanıcı açısından kolaylık sağlayan, dil ve benzeri tercihlerin hatırlanmasını sağlayan çerezlerdir. İşlevsel çerezler, internetten yararlanmayı engellemediğinden açık rızaya dayanmalıdır⁵⁷.

Performans çerezleri ise internet sitesinin, örneğin çevrim içi alışveriş platformunun, çeşitli verileri analiz edebilmesini sağlayan çerezlerdir. Bu çerezler vasıtasıyla platform, günlük ziyaretçi sayısını, tüketicinin bir ürünü satın almaya karar vermeden önce kaç dakika çevrim içi kaldığını, hangi ürünleri incelediğini analiz edebilir. Reklam amaçlı çerezler ise kişiye özel reklamların oluşturulması amacıyla kullanılmaktadır. Bu çerezler, tüketicileri ve onların tercihlerini izleyerek analiz eder ve her tüketiciye en uygun ürün /hizmet eşleşmesini bularak kişiye özel reklam oluşturur. Kişinin birkaç defa spor ayakkabı ürünlerini incelemesinden sonra diğer markalara ait spor ayakkabı reklamlarının banner olarak karşısına çıkması bu çerezler sayesinde olmaktadır.

⁵⁵ KVKK Rehber, 2022.

⁵⁶ <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7275/2022-229>>.

⁵⁷ KVKK Rehber, 2022.

Taraflarına göre çerezler ise birinci ve üçüncü taraf çerezleri olarak ikiye ayrılır. Birinci taraf çerezler, tüketicinin kullandığı internet sitesi tarafından yerleştirilen çerezler iken üçüncü taraf çerezleri internet sitesinden farklı tarafların yerleştirdiği çerezlerdir⁵⁸. Article 29 Çalışma Grubu, tüketicinin alışveriş sepetini ileten birinci taraf çerezlerini, hizmetin sunulması için zorunlu olarak belirlemiştir. Üçüncü taraf çerezleri, kimin tarafından izlendiği belli olmadığından kişisel verilerin güvenliği bakımından birinci taraf çerezlerine göre daha ciddi tehlike oluşturur⁵⁹.

Çerezler, KVKK'da düzenlenmemiştir. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu (EHK) çerezler bakımından kısmen uygulama alanı bulur. EHK, elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve elektronik haberleşme altyapısını işleten şirketler bakımından geçerlidir. Ancak, haberleşme sağlamayan diğer internet sağlayıcıları kapsama alanına girmez.

2002/58/EC sayılı Direktif'te Kriter A ve Kriter B olarak iki durum, ilgilinin açık rızası gerekmeksizin çerez kullanımı ile ilgilidir. Kriter A, iletişimin elektronik haberleşme şebekesi üzerinden sağlanması durumudur. Bu çerezler kullanılmadan iletişim sağlanamayacağından, açık rıza aranmamaktadır⁶⁰. Kriter B ise mesafeli sözleşme de dâhil olmak üzere çevrim içi olarak kurulan diğer hizmetlere ilişkindir⁶¹. Bu kriter kapsamında, tüketicinin almak istediği hizmetin sağlanması için çerez kullanımı şart olmalıdır. Çevrim içi alışveriş hizmeti sunan bir platformun, tüketicinin seçimlerini ödeme sayfasında hatırlaması bu kriter kapsamına girer⁶². Bunun gibi, sürekli olmayan kimlik doğrulama çerezleri de kriter B kapsamında değerlendirilmelidir. Bu çerezler, tüketici bir internet sitesine giriş yaptığında, kişinin kimlik doğrulamasını hatırlar ve böylece kişi, sayfayı her yenilediğinde tekrar giriş yapmak zorunda kalmaz. Sürekli olan kimlik doğrulama çerezlerinde ise tüketiciden aktif bir davranış beklenir ve bu davranış

⁵⁸ KVKK Rehber, 2022.

⁵⁹ Aksoy ve Halicioğlu, s. 63.

⁶⁰ Article 29 Data Protection Working Party, 2012.

⁶¹ Avrupa Veri Koruma Kurulu, 2020.

⁶² Aksoy ve Halicioğlu, s. 67.

genelde, “Beni hatırla” şeklinde kutucuğun onaylanması şeklinde talep edilir. Örneğin, Trendyol sitesine bir kez giriş yapıldıktan sonra her sayfa değişikliğinde tekrar kimlik doğrulama talep edilmemesinin nedeni sürekli çerezlerdir.

Article 29 Çalışma Grubu’na göre, üçüncü taraf pazarlama çerezleri ile performans (analitik) çerezleri, sözleşmenin kurulması için zorunlu olmadığından Kriter B kapsamında yer almaz⁶³. Dolayısıyla, günlük ziyaretçi sayısını öğrenmek isteyen veri sorumlusu platform, tüketicilerden bu veriyi sağlayacak çerez kullanımını için açık rıza talep etmelidir.

B. ÇEREZ POLİTİKALARI

Çerez ayarları, tüketicinin çerez hakkında bilgilendirilmesi, çerezlerin aktarım ve silinme yöntemleri çerez politikalarını oluşturur. Çerez politikalarına ilişkin müstakil bir düzenleme yoktur. AB vatandaşlarının erişebildiği internet sayfalarına Veri Koruma tüzüğü uygulanacağından çerez politikaları hazırlanırken 2002/58/EC sayılı Direktif hükümlerinin göz önüne alınması isabetli olur.

Çerez politikalarında en önemli iki konu tüketicinin yeterli ve anlaşılabilir şekilde bilgilendirilmesi ve açık rıza gereken durumlarda rızanın alınmasıdır. Bilgilendirme konusunda, tüketiciye çerezler hakkında güncel, doğru ve tam bilgi verilmelidir. Bu kapsamda, çerezlerin kimler tarafından kullanıldığı, ne kadar süre ve nerede depolandığı, silme ve imha politikaları hakkında yeterli bilgi verilmelidir.

Çerezler, açık rıza verilmesinin gerekip gerekmediği noktasında ikiye ayrılır. Bir tarafta açık rıza gerektirmeyen zorunlu çerezler; diğer tarafta açık rıza gerektiren zorunlu olmayan çerezler yer alır. Dolayısıyla, sistemin çalışması için elzem olan ve mutlak suretle işlenmesi gereken çerezler söz konusu ise artık tüketicinin açık rızası gerekmez⁶⁴. Buna karşın, izin verilmese dahi sistemin çalışabileceği ve daha çok performans, reklam ve analiz amaçlı kullanılan çerezler için açık rıza gerekir.

⁶³ Article 29 Data Protection Working Party, 2012.

⁶⁴ Kişisel Verileri Koruma Kurumu 2022/229 sayılı Karar Özeti, <kvkk.gov.tr> s.e.t.: 02.10.2022.

Bu onay, *pop-ups* şeklinde ekranda beliren açılır pencere şeklinde alınmaktadır. Bu açılır pencerelerde, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin bilgi verilmelidir. Özellikle, zorunlu olmayan çerezlerin varlığı halinde bunların neler olduğu, hangi amaçla ve kimlerle paylaşılacak üzere kişisel verilerinin işlendiğine dair bilgi verilmelidir. Kurum'un önün gelen olayda, *pop-ups* şeklindeki kutucukta “Çerez kullanımı sitemizi aktif şekilde kullanmanızı sağlamaktadır. Detaylı bilgi için ... adresi ziyaret ediniz.” şeklindeki ifadenin, zorunlu olmayan çerezlere ilişkin bilgi vermediğine karar vermiştir⁶⁵.

Bu açılır pencerelerin, tüketicieye mutlaka tercih hakkı sunması gerekir. Tüketicieye tercih hakkı sunmadan sadece açık rıza vermesine yönelik seçim yapmaya zorlanması özgür irade ile verilmiş bir rıza olmayacağından geçerli sayılmamalıdır⁶⁶.

Bir diğer önemli husus ise varsayımsal ayar olarak tüm çerezlere izin verilmiş şekilde seçim sunulmamasıdır. Kesin gerekli çerezler bakımından, varsayımsal ayarda onay verilmesi makul olacak iken örneğin reklam amaçlı çerezlere varsayımsal olarak rıza verilmiş olması tüketicieyi yanıltıcı nitelikte olur. Dolayısıyla, açılır pencerelerde varsayımsal olarak tüm çerezlere açık rıza verilmiş olması geçerli bir rıza olmaz.

V. MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE TÜKETİCİLERİN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASI

A. SATICI VE/VEYA SAĞLAYICININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

TKHK kapsamında, tüketicilerin kişisel verilerinin korunmasından en başta tüketici işleminin tarafı olan satıcı veya sağlayıcı, veri sorumlusu olarak sorumlu olur. Zira tüketici işleminin bir tarafında tüketici yer alırken diğer tarafında satıcı/sağlayıcı yer almaktadır. Satıcı/sağlayıcı, bu ilişkide veri sorumlusu sıfatına sahiptir. Dolayısıyla KVKK m.12 kapsamında kişisel verilerin işlenmesinden sorumlu olur.

⁶⁵ Kişisel Verileri Koruma Kurumu 2022/229 sayılı Karar Özeti, <kvkk.gov.tr> s.e.t.: 02.10.2022.

⁶⁶ KVKK Rehber, 2022.

Satıcı/sağlayıcı, internet üzerinden satış yapıyor ise alışveriş sitelerinin güvenliğini sağlamalı ve tüketicileri kişisel verilerinin güvenliğini sağlamaya teşvik etmelidir. Örneğin, Kurum'un önüne gelen olayda, iki faktörlü kimlik doğrulama yöntemi kullanmayan ve tüketicilerin üye girişi için kullanacağı şifreleri zor kombinasyonlar oluşturarak seçmeye zorlamayan, basit şifre kombinasyonları yapmasına izin veren, satıcı aleyhine gerçekleşen ihlal sonrasında idari para cezası hükmetmiştir⁶⁷.

B. ARACI HİZMET SAĞLAYICININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik m.12'de kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Buna göre, Bakanlıkça ticari elektronik ileti yönetim sistemini kurmakla yetkilendirilen kuruluşlar, sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı, kişisel verilerin muhafazası ve korunmasından sorumludur. Bu verilerin, üçüncü kişiler ile paylaşılması için ilgililerden aktarma öncesi rıza alınması gerekir.

MSY'deki değişiklik ile birlikte aracı hizmet sağlayıcı da platform üzerinden mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık etmesinden dolayı kişisel verilerin korunmasından satıcı/sağlayıcı ile birlikte müteselsil sorumlu olur. MSY'de yapılan değişiklik sonrası, aracı hizmet sağlayıcı, MSY'de yer alan satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları üç yıl boyunca tutmakla yükümlüdür. TKHK m.48/5'te aynı yükümlülüğü düzenlemiştir. Her iki maddede de aracı hizmet sağlayıcı, belli verileri kanunen işlemek zorundadır. Bunun dışında, TKHK veya MSY'de, kişisel verilerin işlenmesinden doğan sorumluluk bakımından bir düzenleme yapılmamıştır.

Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik m.10'a göre, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı, bu Yönetmelik çerçevesinde yaptığı işlemler ve sunduğu hizmetler nedeniyle elde ettiği kişisel verilerin, 23/2/2006 tarihli ve 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu ve diğer ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla muhafazasından ve hukuka aykırı olarak bunlara erişilmesini ve işlenmesini önlemek amacıyla gerekli tedbirlerin alınmasından sorumludur.

⁶⁷ Kişisel Verileri Koruma Kurumu 2020/567 sayılı Karar Özeti, <kvkk.gov.tr> s.e.t.: 02.10.2022.

E-ticaret Kanunu'nda 7416 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler öncesi m.10'da aracı hizmet sağlayıcı için kişisel verilerin korunması yükümlülüğü öngörülmüştü. Mülga hükme göre aracı hizmet sağlayıcı yapmış olduğu işlemler nedeniyle elde ettiği kişisel verilerin saklanması ve güvenliğinden sorumludur ve kişisel verileri ilgili kişinin onayı olmaksızın üçüncü kişilere iletmez ve başka amaçlarla kullanamaz. Bu hüküm 7416 Sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Tüketicinin kişisel verilerinin korunması hususunda aracı hizmet sağlayıcıya sorumluluk yükleyen bu hükmün kanun metninden çıkarılması, aracı hizmet sağlayıcının artık kişisel verilerin korunmasından sorumlu olmadığı anlamına gelmemektedir. Bu şekilde bir düzenleme yapılmasının sebebi, konu ile ilgili olarak özel olarak düzenlenen KVKK hükümlerinin uygulanmasıdır.

Aracı hizmet sağlayıcı ile satıcı/sağlayıcının, tüketiciye karşı tüketici işleminden doğan her türlü davranışından müteselsilen sorumlu olması TKHK ve MSY'de düzenlenmiştir. Kişisel verilerin korunması bakımından, bu şekilde düzenleme olmasa bile aynı sonuca KVKK m.12 ile ulaşılabilir. Zira KVKK m.12, veri sorumlularını her şekilde kişisel verilerin işlenmesinden sorumlu tutmaktadır. Aracı hizmet sağlayıcısı ile satıcı/sağlayıcı, veri sorumlusu olduğundan TKHK ve MSY'de yer almasa da KVKK m.12 uyarınca kişisel verilerin işlenmesinden dolayı tüketiciye karşı sorumludur.

C. TÜKETİCİNİN KVKK KAPSAMINDA SAHİP OLDUĞU HAKLAR

Kanun'un 11. maddesinde ilgili kişinin hakları belirlenmiştir. İlk hak olarak ilgili kişi, kişisel verilerinin işlenip işlenmediğini öğrenme hakkına sahiptir. Buna mukabil, kişisel verileri işlenmiş ise işleme faaliyetlerine ilişkin bilgi talep etme hakkı vardır. Bu hak kapsamında ilgili kişi, veri sorumlusuna başvurup kişisel verilerinin işlenmesine dair bilgi talep edebilir.

İlgili kişiye bu şekilde bir hak tanınmasının başlıca sebebi, ilgili kişinin kişisel verilerinin aktif olarak korunabilmesidir. Zira ancak kişisel verileri hakkında bilgi sahibi olan ilgili kişi, işlenmeden dolayı sahip olduğu hakları kullanabilir.

İkinci olarak, ilgili kişi kişisel verilerinin işlenme amacını ve verilerin amacına uygun işlendiğini öğrenme hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına

müteakip, verilerin işleme amacına aykırılık tespit ederse veri sorumlusuna başvurabilir. GDPR, veri sorumlularına, ilgili kişilerin kişisel verilerine erişim yükümlülüğü getirmiştir.

Üçüncü olarak ilgili kişi, kişisel verilerinin yurt içinde veya yurt dışına aktarıldığı üçüncü kişileri bilme hakkına sahiptir. Dördüncü olarak, kişisel veriler eksik veya yanlış işlenmiş ise ilgili kişi, veri sorumlusuna başvurarak eksikliklerin giderilmesini ve hataların düzeltilmesini isteme hakkına sahiptir.

Beşinci olarak, kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini talep etme hakkına sahiptir. Ayrıca, verilerin silindiğini ya da yok edildiğinin kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme hakkına da sahiptir. Veri sorumlusu, ilgili kişi bu hakkını kullandığında talebini en geç otuz gün içinde yerine getirmelidir. Ancak, veri sorumlusunun verileri saklaması için kanuni yükümlülük gibi, geçerli bir hukuki dayanağı varsa gerekçesini ilgili kişiye açıklayarak talebi yerine getirmeyebilir. Altıncı hak, işlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme hakkıdır. Tüketicinin bu haklarının yanı sıra, KVKK m.11/ğ ve m.14'e dayanarak tazminat davası açması da mümkündür⁶⁸

SONUÇ

Mesafeli sözleşmelerin kullanımı son yıllarda giderek artmıştır ve artmaya da devam edecektir. Zaman tasarrufu sağlaması ve internetin olduğu her yerden kurulabilir olması gibi avantajlarının yanında tüketici açısından belirli riskler barındıran noktalar olsa da mesafeli sözleşmeler artık hayatın vazgeçilmez parçasıdır. Mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin kişisel verilerinin işlenmesi kaçınılmazdır. İlgili kişi olan tüketicinin isim, iletişim bilgileri, kredi kartı gibi pek çok verisi işlenmek zorundadır. E-ticaret Kanunu'nun kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükmü yürürlükten kaldırılmış ve bu konuda KVKK uygulama alanı bulmuştur. Gerek satıcı/sağlayıcı gerekse aracı hizmet sağlayıcı, tüketici işleme-

⁶⁸ Özer Deniz, s. 311.

rinden dolayı tüketiciye karşı sorumludur. Her ne kadar, TKHK ve MSY’de kişisel veriler bakımından bir düzenleme olmasa da satıcı/sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı, KVKK uyarınca veri sorumlusu olarak tüketicinin kişisel verilerinin korunmasından sorumludur. Dolayısıyla, tüketicinin kişisel verilerinin korunması için öncelikle kişisel veriler, KVKK dikkate alınarak işlenmelidir. Bu kapsamda, KVKK’da belirlenen veri işleme ilkelerine riayet edilmelidir. Tüketicinin kişisel verilerinin en fazla işlendiği çerez politikaları ise varsayımsal ayar olarak veri asgarileştirme ilkesine uygun olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akçaal Mehmet/Uyumaz, Alper** (2013) “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (M.1-16) İlişkin Bir İnceleme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 2, s. 241-276.
- Akipek Öcal, Şebnem** (2016) “Hukukumuzda Haksız Şartlar ve Sonuçları”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 11, S: 2, s. 201-218.
- Akipek Öcal, Şebnem/Kara, İlhan** (2021) Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Akipek, Şebnem** (2016) “Madde-3 Mesafeli Sözleşmeler”: Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem (Editörler), Milli Şerh (National Commentary), İstanbul, Aristo Hukuk Yayınevi.
- Aksoy, Hüseyin Can/Halıcıoğlu, Mesut** (2021) “AB ve Türk Hukuklarında Çerezler”, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C: 3, S: 1, s. 61-88.
- Article 29 Data Protection Working Party** (2016) Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679, <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=62305>.
- Avcı Braun, Cihan** (2016) “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, S: 2, s. 17-45.
- Avcı Braun, Cihan** (2018) “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 15, S: 1, s. 13-35.
- Aydın, Rıza** (2016) “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m.5)”, ERÜHFD, C: XI, S: 1, 83-123.
- Aydoğdu, Murat** (2015) Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Bal, Yakup** (2022) “Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 50, s. 365-384.
- Baş Süzel, Ece** (2022) Mesafeli Sözleşmeler ve İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler, İstanbul, On İki Levha Yayınları.
- Başalp, Nilgün** (2018) “Açık Rıza Bağlamında Fiziki ve Sanal Ortamda Uygulama Sorunları”, s. 16-25, III. Kişisel Sağlık Verileri Ulusal Kongresi, İstanbul: İTTBY.
- Borgesius, Frederik J. Zuiderveen/Kruukemeter, Sanne/Boerman, Sophie C./Helberger, Natali** (2017). “Tracking Walls, Take-it-or-leave-it Choices, the GDPR and the e-Privacy Regulation”, EDPL, S: 3, s. 347-367.

- Bygrave, Lee A. (1998)** “Data Protection Pursuant to the Right to Privacy in Human Rights Treaties”, *International Journal of Law and Information Technology*, C: 6, s. 247-284.
- Chester, Jeff. (2012)** “Cookie Wars: How New Data Profiling and Targeting Techniques Threaten Citizens and Consumers in the “Big Data” Era.” In: Gutwirth, S., Leenes, R., De Hert, P., Pouillet, Y. (eds) *European Data Protection: In Good Health?* Springer, Dordrecht.
- Cofone, Ignacio N., (2017)** “The Way the Cookie Crumbles: Online Tracking Meets Behavioural Economics”, *IJ-IT*, C: 25, s. 38-62.
- Custers, Bart/Van Der Holf, Simone /Schermer, Bart/Appleby-Arnold, Sandra/Brockdorff, Noellie. (2013)** “Informed Consent in Social Media Use- The Gap Between User Expectations and EU Personal Data Protection Law”, *Scripted*, C. 10, S: 4, s. 437-457.
- Çabri, Sezer (2021)** *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Çakırca, Seda İrem (2018)** “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Mesafeli Sözleşmeler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C: 34, S: 3, s. 99-147.
- Demir, Mehmet (2015)** *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması*, Ankara, Turhan Kitapevi.
- Doğan, Cihan (2021)** *Rekabet Hukuku ve İktisadi Bağlamında Dijital Platformlar*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Eraslan Türkmen, Sevgi (2019)** *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller*, İstanbul, On İki Levha Yayınları.
- Gümüş, Mustafa Alper (2014)** *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, C: 1 İstanbul, Vedat.
- İnal, H. Tamer (2014)** “Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 9, S: 89, s. 32-57.
- Keser, Yıldırım (2020)** “Tüketicinin Kişisel Verisinin İşlenmesinde Açık Rıza”, *SÜHFD*, C: 28, S: 3, s. 1181-1215.
- Keser Berber, Leyla (2014)** *Çevrim içi Davranışsal Reklamcılık*, İstanbul, On İki Levha Yayınları.
- Keser Berber, Leyla/Atabey, Ayça/Mert, Melis (2019)**. “E-Gizlilik Tüzük Taslağının Son Versiyonu Üzerine Düşünceler”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, C: 2, S: 1, s. 66-74.

- Luzak, Joasia** (2013) “Much Ado About Cookies: The European Debate on the New Provisions of the E-privacy Directive Regarding Cookies,” ERPL, C: 1, s. 222-223.
- Neumann, Nico/ Tucker, Catherine E./ Whitfield, Timothy** (2019) “Frontiers: How Effective is Third-Party Consumer Profiling? Evidence from Field Studies”, Marketing Science, C: 38, s. 918-926.
- OECD**, “Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value”, OECD Digital Economy Papers, No. 220, OECD Publishing, Paris, 2013.
- Oğuz, Habib** (2013) “Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S: 3, s. 1-38.
- Özbay Özdoğru, Zeynep** (2022) İnternet Ortamında Faaliyet Gösteren Aracılık Edenlerin Mesafeli Sözleşmeden Dolayı Tüketicilere Karşı Sorumluluğunun Şartları, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Özdemir, Hayrunnisa** (2016) “Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar TBK m.21/II”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 22, S: 3, s. 2349-2360.
- Özdemir, Hayrunnisa** (2020) Türk Hukukunda Tüketicilerin Kişisel Verilerinin Korunması, Ankara, Aristo Yayınevi.
- Özer Deniz, Miray** (2022) Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bundan Doğan Sorumluluk, İstanbul, On İki Levha Yayınları.
- Polater, Salih** (2019) “Kişisel Verilerin Reklam Amaçlı İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebepleri”, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, 1(1), s. 1-20.
- Rogers, M. Kevin** (2011) Internet and the Law, Palgrave.
- Taştan, Furkan Güven** (2017) Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul, On İki Levha Yayınları.
- Topaloğlu, Mustafa** (2016) Madde-48 Mesafeli Sözleşmeler: Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem (Editörler), Milli Şerh (National Commentary), İstanbul, Aristo Hukuk Yayınevi.
- Wachter, Sandra** (2018) The GDPR and the Internet of Things: A Three-Step Transparency Model”, Law, Innovation And Technology, C: 10, S: 2, 2018.
- Yeşim M. Atamer**, (2004) “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Yücedağ, Nafiye (2017) “Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri”, İÜHFM, C: LXXV, S: 2, s. 765-789.

Yücer Aktürk, İpek (2016) “Tüzelkişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: XX, S: 2, s. 103-128.

KONUT VE ÇATILI İŞYERİ KİRALARINDA KİRA BEDELİ ARTIŞ ORANININ BELİRLENMESİNE İLİŞKİN SINIRLAMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Arş. Gör. Dr. Özlem SARI FİDAN^(**)

ÖZET

Konut ve çatılı işyeri kiralarda sözleşme belirli bir süre için yapılmış olsa dahi kararlaştırılan sürenin dolması kira sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmemektedir. Öyle ki kiracı aksine bir bildirimde bulunmadıkça sözleşmenin aynı koşullarla uzatılmış sayıldığı kabul edilmektedir. Fakat bunun istisnasını kira bedeli oluşturmaktadır. Zira kira bedeli enflasyondan etkilendiği için zaman içerisinde kira bedelinin artırılması gerekmektedir. Bu ise taraflar arasında kira bedelinin belirlenmesi sorununu ortaya çıkarmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun kira bedelinin belirlenmesine ilişkin hükmü olan m.344, ülkemizde görülen yüksek enflasyon oranlarından kiracıların korunması amacıyla Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih olan 01.07.2012'den bu yana çeşitli değişikliklere uğramıştır. Bu değişiklikler neticesinde ise belirli istisnalar dışında kira bedelinin yabancı para ile belirlenmesi yasaklanmış ve yeni kira dönemlerinde, kiraya verenin en fazla Tüketici Fiyat Endeksi artış oranı kadar ve geçici bir süre için yüzde yirmi beşi aşmayacak şekilde kira bedelini artırmaya hak kazanması kabul edilmiştir. Bu durum ise tarafların kira bedelinin belirlenmesine ilişkin iradelerinin önemli ölçüde kısıtlanmasına sebep olmuştur. Bu çalışma ile kira bedeline ilişkin söz konusu sınırlandırmalar, çeşitli açılardan; özellikle de sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Kira Sözleşmesi, Kira Bedeli, Kira Bedelinin Belirlenmesi, Kira Bedelinin Sınırlandırılması, Sözleşme Özgürlüğü İlkesi.

(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1196714 - Geliş Tarihi: 30.10.2022 - Kabul Tarihi: 24.12.2022.

(**) Kütahya Dumlupınar Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı,

E-posta: ozlem.sari@dpu.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-9101-6096>.

THE EVALUATION OF LIMITATIONS ON DETERMINING OF THE RATE INCREASE OF RENT IN LEASES OF RESIDENTIAL AND ROOFED WORKPLACES

ABSTRACT

For leases of residential and roofed workplaces, even if the contract is made for a certain period, the expiry of the agreed period does not automatically terminate the lease agreement. Unless the tenant states otherwise, it is accepted that the contract is extended under the same conditions. But the exception to this is the rent. Because the rent is affected by inflation, it is necessary to increase the rent over time. These reasons raise the problem of determining the rent between the parties. The provision of the Turkish Code of Obligations regarding the determination of the rent, m.344 has undergone various changes since 01.07.2012, the date of entry into force of the Code, to protect tenants from the high inflation rates in our country. As a result of these changes, it was forbidden to determine the rent in foreign currency, except for certain circumstances. Furthermore, it was accepted that the landlord could increase the rent in new rental periods up to the rate of increase in the Consumer Price Index and not exceeding twenty-five percent for a temporary period. This situation led to a significant restriction of the volition of the parties regarding the determination of the rent. In this study, the said limitations regarding the rent are evaluated in various aspects, especially within the framework of the principle of freedom of contract.

Keywords

Lease Agreement, Rent, Determination of Rent, Limitation of Rent, Freedom of Contract Principle.

GİRİŞ

Sözleşme özgürlüğü ilkesi borçlar hukukuna hâkim olan ilkelerden biri olup, tarafların sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme, istenilen tip ve içerikte bir sözleşme yapma ve kurulmuş olan bir sözleşmeyi ortadan kaldırma konusundaki özgürlüklerini ifade etmektedir¹. Sözleşme özgürlüğü, hem Anayasa m.48 ile hem de TBK m.26 ile korunmaktadır². Ancak bu özgürlük sınırsız değildir. Özgürlüğün yasal sınırını TBK m.27 oluşturmaktadır. Öyle ki kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu kabul

¹ Sözleşme özgürlüğü kavramı ve sözleşme özgürlüğünün görünüm şekilleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Gauch, Peter/Schlupe, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan** (2020) Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Auflage, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 611a ff; **Bucher, Eugen** (2011) Basler Kommentar Obligationenrecht I Art.1-529 OR, 5. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Vorbemerkungen zu Art.1-40, N. 5ff; **Huguenin, Claire** (2011) Basler Kommentar Obligationenrecht I Art.1-529, 5. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Art.19/20, N. 1ff; **Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal** (2022) Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C: I, m.1-48, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 24-25; **Tekinay, Selâhattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atilla** (1993) Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 362 vd.; **Tunçomağ, Kenan** (1976) Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. Baskı, İstanbul, Sermet Yayınları, s. 240 vd.; **Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin** (1976) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C: 1, 2. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 231 vd.; **Antalya, Osman Gökhan** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C: V/1, 1, Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 429 vd.; **Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 111 vd.; **Oğuzman, M. Kemal/Öz Turgut** (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C: I, 18. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 25 vd.; **Kaşak, Fahri Erdem** (2019) Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s. 7 vd.; **Erdoğan, İhsan** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s. 12; **Ercoşkun Şenol, H. Kübra** (2016) “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m.27”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 74, S: 2, s. 710 vd.; **Ateş, Derya** (2007) “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C: 20, S: 72, s. 76 vd.; **Özsöker, Gökberk** (2016) “Türk Borçlar Kanunu’nun Emredici Hükümlerinin Sözleşme Özgürlüğü Kapsamında Değerlendirilmesi”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 1, s. 61 vd.

² Anayasa m.48/I’e göre: “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir”. TBK m.26’ya göre ise “Taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler”.

edilmektedir. Ayrıca Anayasa’da, çeşitli hükümlerde devlete ekonomik hayata ilişkin olarak önlemler alma ve düzenlemeler yapma yetkisi verilmiştir. Bu yetki neticesinde yapılan düzenlemeler sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması sonucunu da doğurabilmektedir.

Kira sözleşmesi esas itibarıyla borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde olduğu için, bu sözleşmelerde, borçlar hukukuna hâkim olan ilkelerden biri olan sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerlidir. Bu çerçevede tarafların her aşamada sözleşmenin içeriğini ve dolayısıyla da kira bedelini belirlemekte serbest olduklarının kabul edilmesi gerekirdi. Fakat TBK’nın kanunlaştırılma aşamasında, dünya genelinde mevcut olan; liberal devlet anlayışından daha sosyal bir hukuk anlayışına geçilmesi eğilimi, kefalet, hizmet gibi sözleşmelerin yanı sıra kira sözleşmeleri açısından da etkili olmuştur³. Bu doğrultuda özellikle konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmelerindeki kiracıların, sözleşmenin zayıf/güçsüz tarafı oldukları kabul edilmiş ve bu sözleşmelerdeki kiracıları koruyucu düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca konut ve işyeri kirası sözleşmelerinin uygulamada en çok karşılaşılan sözleşmelerden biri olduğu ve bu sözleşmelerde kiracı dışındaki kişilerin de kiralananan faydalandığı göz önünde bulundurulduğunda, kira sözleşmelerinin toplumun genelini ilgilendiren sözleşmeler olduğu anlaşılmaktadır. Bu anlamda kira bedelinin belirlenmesi konusu da toplumsal hayatın sağlıklı işleyişine doğrudan etkisi olan bir konudur⁴. Dolayısıyla toplumsal düzenin sağlanabilmesi adına zaman zaman bu sözleşmelere ve kira bedeline ilişkin müdahaleler de olabilmektedir.

³ İsviçre Hukuku bakımından aynı görüş için bkz. **Higi, Peter/Bühlmann, Anton** (2019) ZK-Zürcher Kommentar, Die Miete Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art.253- 273c OR) Art.253-265 OR, 5. Auflage, Zürich-Basel-Genf, Schulthess Juristische Medien AG, Vorbem. Art.253-273, N. 7. Alman Anayasa Mahkemesi’ne göre ise günümüzde medeni hukukun temel görevlerinden biri, taraflar arasındaki güç farkı sebebiyle zarar görmüş olan sözleşme dengesinin düzeltilmesidir. Bkz. BVerfGE 89, 214 (s. 233) (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089214.html>).

⁴ **Kaya, İlkey** (2014) “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 123-124, s. 173; **Acar, Faruk** (2005) “Kira Sözleşmesi ve Kefalet”, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu-Legal Hukuk Dergisi, C: 3, S: 34, s. 3685.

Türk Borçlar Kanunu'nun kanunlaştırılması aşamasında konut ve çatılı işyeri kiracılarının sözleşmenin zayıf tarafı olarak nitelendirilip, kanuna bu kiracıları koruyucu hükümler koyulmasının yanında, kanun yürürlüğe girdikten sonraki dönemde de yine aynı amaçla kira sözleşmelerine çeşitli müdahalelerin olduğu görülmüştür. Öyle ki ülkenin içerisinde bulunduğu ekonomik sıkıntılarn da etkisiyle, Devletin ve kanun koyucunun, konut ve işyeri kirası sözleşmelerine zaman zaman müdahaleleri söz konusu olmuştur. Kira bedelinin belirlenmesine ilişkin bir düzenleme olan TBK m.344 ise bu müdahalelerden en çok etkilenen düzenleme olmuştur. Bu çalışma ile kira bedelinin belirlenmesi hususunda, öncelikle TBK m.344'ün yürürlüğe girdiği ilk hâlinde yer alan sınırlamalara değinilmiş; daha sonra ise esas değerlendirme konusu olarak TBK m.344'e sonradan eklenen yeni sınırlamalar üzerinde durulmuştur.

I. TBK M.344'ÜN YÜRÜRLÜĞE GİRDİĞİ HÂLİYLE KİRA BEDELİNİN BELİRLENMESİ

A. GENEL OLARAK

Kira sözleşmesi kurulurken kira bedelinin belirlenmesi (başlangıç kira bedeli) konusunda TBK m.344'te ve diğer hükümlerde bir sınırlandırma bulunmadığı için, tarafların ilk kez düzenlenen bir konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesinde kira bedelini "aşırı yararlanma"yı düzenleyen TBK m.28'e aykırı olmamak şartıyla serbestçe kararlaştırabilecekleri kabul edilmektedir⁵. Nitekim TBK m.28,

⁵ **Akçaal, Mehmet** (2022) "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinde Artışa İlişkin 7161 Sayılı Kanun'la Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, S: 1, s. 366; **Özen, Burak** (2016) "Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 2035; **Demircioğlu, Huriye Reyhan** (2018) Kira Sözleşmesinde Yan Giderler, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 34-35; **Özer, Tülay** (2011) "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Kira Tespit Davasının Niteliği", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, C: 8, S: 2- C: 9, S: 1, s. 1014; **Özyakışır, Özkan** (2019) Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 193; **Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2022) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 281;

sözleşme özgürlüğüne ilişkin genel bir sınırlama niteliğindedir⁶. Sözleşmenin kurulması anında taraflarca belirlenen kira bedeline karşı hâkime hakkaniyete dayalı bir müdahale imkânı tanınmamıştır⁷.

Zevkililer, Aydın/Gökyayla, K. Emre (2021) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 255; Alman ve İsviçre hukuklarında ise belirli şartların bulunması hâlinde başlangıç kira bedelinin de sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir. Şöyle ki Alman Medeni Kanunu'nda (BGB §556d vd.) konut pazarının dar olduğu bir bölgede yer alan bir konuta ilişkin bir kira sözleşmesi yapılması hâlinde, başlangıçtaki kira bedelinin, emsal kira bedelini yüzde ondan fazla aşmaması gerektiği; aksi takdirde aşan kısmın sebepsiz zenginleşme hükümlerince istenebileceği kabul edilmiştir. Alman Ekonomik Suçlar Kanunu m.5'te ise idari para cezası öngörülerek kiraya verenin başlangıçtaki kira bedelini konut kiracısı aleyhine tamamen keyfi olarak belirlemesinin önüne geçilmek istenmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda (OR Art.269) ise konut ve işyeri kira sözleşmelerinde başlangıçtaki kira bedeli, hakkın kötüye kullanılması teşkil eden bir miktar olarak belirlenmesi hâlinde kiracının indirim isteme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **İnce Akman, Nurten/Özyakışır, Özkan** (2021) "Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 11, S: 2, s. 730 vd.

⁶ **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N. 748; **Huguenin**, Art.21, N. 10; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 458; **Eren/Dönmez**, s. 800; **Antalya**, s. 415; **Feyzioğlu**, s. 249; **Kılıçoğlu** (2020), s. 290-291. Aşırı yararlanmanın irade bozukluğu hâlleri ile yakınlık gösterdiği yönünde bkz. **Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat** (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 288. Kişiliğinde aşırı yararlanmanın subjektif unsuru gerçekleşmiş olan kiracı, TBK. m.28'de ayrıca aranan objektif unsur da gerçekleşmişse, bütünsel veya bölümsel iptal talebinde bulunabilir. Buna göre kira sözleşmesinde aşırı yararlanma söz konusu ise kiracı ilk seçenek olarak, kira sözleşmesinin feshi ile ödenen kira bedelinin geri verilmesini talep edebilir. Kira sözleşmesini feshetmeyip ayakta tutmak isterse de ikinci bir seçenek olarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini; yani kira bedelinin makul düzeye indirilmesini isteyebilir. Bkz. **Özyakışır**, s. 195; **Özen**, s. 2035.

⁷ Kira bedelinin ilk başta fahiş miktarda belirlenmesi sebebiyle indirilmesine Yargıtay uygulamasında rastlanmamıştır. Bkz. **Yavuz, Nihat** (2021) Yeni TBK ve HMK'ya göre Kira Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 702. Y. 3. HD.' ne göre, "tarafların her türlü etken dışında ve serbest iradeleri ile yaptıkları kira sözleşmesinde belirledikleri kira parasının aksi iddia edilip kanıtlanmadıkça dönemin olağan rayicine uygun olduğu kabul edilmelidir". Bkz. Y. 3. HD. E. 1996/5226, K. 1996/6102, T. 25.1.1996; Y. 3. HD., E. 1996/7797, K. 1996/8722, T. 10.9.1996. Tarafların sözleşmenin başında kararlaştırılan kira bedeline sözleşme süresi boyunca bağlılıkları, ahde vefa ilkesinin bir gereğidir; dolayısıyla kiracı söz konusu kira bedelini ödemekle, kiraya veren ise bunu kabul etmekle yükümlüdür. Bununla birlikte TBK m.138'de "aşırı ifa güçlüğü" başlığı altında düzenlenen sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması, kira sözleşmelerinde de uygulama alanı bulabilmektedir. Bkz. **Demircioğlu**, s. 35.

Kira sözleşmesi kurulduktan sonra devam eden ve yenilenen kira dönemlerinde kira bedelinin belirlenmesi hususu ise TBK m.344'te düzenlenmiştir⁸. Söz konusu düzenleme ile yeni kira dönemlerinde, kira bedeli artışlarının belirlenmesi hukuki bir altyapıya kavuşturulmuştur. Zira TBK öncesi dönemde kira sözleşmelerine uygulanan kanunlar olan 818 sayılı BK ve 6570 sayılı GKHK'da, TBK m.344'ü karşılayan bir hüküm bulunmadığı için uygulamada kira bedeli artışına ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, Yargıtay'ın geliştirdiği esaslar dikkate alınarak çözüm bulunmaktaydı⁹. TBK m.344'ün yürürlüğe girmesi ile yenilenen kira dönemlerinde tarafların kira bedelini ne ölçüde artırabileceğine iliş-

⁸ TBK m.343'te "*Kira sözleşmelerinde kira bedelinin belirlenmesi dışında, kiracı aleyhine değişiklik yapılamaz*" denilmektedir. Dolayısıyla kira bedeli hususunda söz konusu yasağa bir istisna getirilmiştir. Böylece, yenilenen kira dönemlerinde, başlangıçtaki kira bedelinden fazla bir miktarın, taraflarca ya da mahkeme yoluyla belirlenebilmesi mümkün kılınmıştır. Bkz. **Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak** (2019) Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 339.

⁹ 6570 sayılı GKHK'nın kira bedelini donduran ve belirlenmesine ilişkin sınırlamalar getiren 2. ve 3. maddeleri, mülkiyet hakkının özüne dokunan sınırlamalar oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından 1963 yılında iptal edildikten sonra, ortaya çıkan kira bedelinin belirlenmesine ilişkin kanun boşluğu büyük ölçüde Yargıtay içtihatlarıyla doldurulmuştur. TBK öncesi dönemde kira bedelinin belirlenmesine ilişkin gelişmeler ve Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihatları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan, Halûk** (2008) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C: I/2, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 18 vd.; **Altaş, Hüseyin** (2000) "Kira Parası Artışlarının Sınırlanması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 49, S: 1, s. 98 vd.; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 244 vd.; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 333 vd.; **Özyakışır**, s. 161 vd.; **Özer**, s. 1016 vd. Karar sonrasında oluşan kanun boşluğu sebebiyle Yargıtay daireleri arasında çıkan farklı kararlar sonucunda İçtihadı Birleştirme Kararı oluşturulmuştur. İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, yeni dönemdeki kira bedelinin, hâkim tarafından, bilirkişilerce çeşitli mal ve hizmetler, benzer kira sözleşmeleri dikkate alınarak tespit edilen rayiç bedele göre belirleneceği; rayiç bedelin bu şekilde tespit edilememesi hâlinde, bilirkişinin ekonomi esasları ve hak ve nesafet uyarınca tespit ettiği kira bedeline göre belirleneceği kabul edilmiştir. YIBHGK., E. 1964/2 K. 1964/4 T. 18.11.1964. Bu süreçte Yargıtay kira bedelinin tespiti hususunda, ekonomik koşullardaki değişmelere göre, işçi ve memur maaşlarındaki artış oranı, faiz oranlarındaki değişiklik, toptan eşya fiyatlarındaki artış oranı gibi çeşitli kriterleri esas almıştır. Fakat Yargıtay 1975 yılından itibaren verdiği kararlarda, o günkü ekonomik koşullarda oturmuş, uzun süredir uygulanagelen olağan rayicin saptanamayacağı gerekçesiyle, ekonomi esaslarına göre kira bedelini tespit etmiş ve yıllık toptan eşya fiyatları endeksini objektif ölçüt olarak esas almıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kılıç Öztürk, Gizem** (2017) "Kira Tespit Davası ve Esasları". Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 129, s. 243.

kin azami sınırlamalar getirilmiştir. Ancak hükmün uygulanması, kiracının Türk Ticaret Kanunu'nda tacir olarak sayılan kişilerden biri olduğu ya da özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişisi olduğu işyeri kiralalarında sekiz yıl süreyle ertelenmiştir. Erteleme süresince kiracı tarafında tacir veya tüzel kişi bulunan işyeri kiralalarında, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin meselelerde, 344. maddenin uygulanamaması ve mülga BK ve GKHK'da da bu hükmü karşılayan bir hükmün bulunmaması sebebiyle, Yargıtay'ın TBK öncesi dönemdeki içtihatlarından yararlanılmaya devam edilmiştir. Söz konusu kişiler açısından hükmün uygulanması, 1 Temmuz 2020'den itibaren başlamıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nun konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmelerine ilişkin düzenlemeleri ve bunlardan biri olan TBK m.344, yürürlüğe girdiği dönemde çeşitli açılardan eleştirilmiştir. En genel eleştiri, TBK'nın konut ve çatılı işyeri sözleşmelerindeki kiracıları sözleşmenin zayıf tarafı olarak kabul ederek koruma eğilimine yönelik olmuştur¹⁰. Kanaatimizce TBK'da, konut ve çatılı işyeri kirala-

¹⁰ Kılıçoğlu'na göre, "6570 sayılı kanun 1955 yılında ekonominin olağanüstü kötüleşmiş olduğu dönemde çıkartılmış ve sözleşmeler hukukuna aykırı istisnai hükümler içeren bir yasadır. Aradan 53 yıl geçmiştir. Bugün artık inşaat sektöründe durgunluktan, kiracı ile kiralayan arasında arz talep dengesinin kiracı aleyhine değiştiğinden söz etmek mümkün değildir. Devletin almış olduğu tedbirler, belediyelere imar planlarında değişiklik yapma yetkisinin tanınması sonucu hızlı bir şekilde konut ya da işyeri yapmaya elverişli arsalar üretilebilmesi, aradan geçen 53 yıllık dönem içinde sayısız kooperatifler vasıtasıyla sayısız konutlar inşa edilmesi, Toplu Konut İdaresi tarafından ülkenin her tarafından oldukça ekonomik konutlar yapması karşısında konut ve işyeri sıkıntısından ve dolayısıyla kiralayanların kiracıya dilediklerini kabul ettirebildiklerinden söz etmek mümkün değildir. Bugün birçok şehirlerimizde ihtiyaçtan fazla konut bulunmaktadır. Aylarca verilen ilanlara rağmen kiralık konut ya da işyerlerinin kiralanamadığı bir gerçektir. Bütün bunlardan daha önemlisi günümüz ekonomik anlayışında bundan 53 yıl önceki anlayıştan farklı olarak "ne kadar malik isem değil ne kadar kullanım hakkına sahip isem o kadar varlıklım" anlayışı hâkim olmuştur. Bugün ekonomik açıdan güçlü kişiler mülk edinme yerine kiralamayı tercih etmektedirler. Kiracıların büyük çoğunluğu sermaye, holding sahibi kişiler ya da şirketlerdir. Bu kişilerin korunmaya muhtaç kiracılar olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu gelişme özellikle işyeri kiralaları için çok daha bariz bir şekilde görülmektedir. İşyerini kiralamak isteyen kiracılar genellikle kiralayanlara nazaran daha güçlü kişilerdir. Bu nedenle işyeri kiralalarında kiracıları güçsüz saymak ve bu nedenle kiralayanların her istediğine boyun eğen kişiler olarak algılamak doğru değildir". Bkz. **Kılıçoğlu, Ahmet** (2008) Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler, 1. Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 68.

rına uygulanacak hükümler bakımından hiçbir konuda ayırım yapılmayarak, her iki kira türüne de aynı koruma imkânlarının sağlanması doğru olmamıştır. Nitekim öğretide de ifade edildiği üzere, konut kiralarında insanların “yaşadıkları yerden atılma endişesi taşımamaları” ve böylece kendilerini en güvende hissettikleri yerde huzurlu bir şekilde yaşayabilmeleri saiki ön planda iken; işyeri kiralarında ise “müşteri çevresini kaybetmeme” saiki ön plandadır¹¹. Bu anlamda konut kiracılarının kira sözleşmesinin zayıf tarafı kabul edilmesi çoğu zaman makul kabul edilebilirken, işyeri kiralarında böyle değildir. Dolayısıyla konut ve çatılı işyeri kiralarındaki kiracıların korunma ihtiyaçları farklı sebeplerle ortaya çıktığı için her iki kira türündeki kiracılara farklı koruma olanaklarının getirilmesi gerekirdi¹². Nitekim İsviçre ve Alman hukuklarına bakıldığında da pek çok düzenlemede konut ve işyeri kiralarının birbirinden ayrıldığı görülmüştür.

Türk Borçlar Kanunu m.344'e ilişkin diğer bir genel eleştiri ise böyle bir hükme ihtiyaç bulunmadığı yönünde olmuştur¹³. Gerçekten de 6570 sayılı GKMK'nın 2 ve 3. maddelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından 1963 yılında

¹¹ **İnceoğlu, M. Murat/Baş, Ece** (2011) “Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kira Parasının Belirlenmesi”, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 545.

¹² Bkz. aynı yönde **Ural Çınar, Nihal** (2018) “2020'ye 2 Kala 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Ertelenen Hükümler”, Fasikül Hukuk Dergisi, C: 10, S: 100, s. 161; **Arpacı, Abdülkadir** (2008) “Konut ve İşyeri Kiralarının Aynı Hükümlere Tabi Kılınması Doğru Mudur?”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 2, s. 4; **İnceoğlu/Baş**, s. 545.

¹³ “(...) Türk hukuku ve ekonomisinin halen bu düzeye erişmediği kamısı var ise bu yönde temel ve kalıcı bir yasa olan Borçlar Kanunu ile kira bedellerini dondurma yerine mevcut uygulamanın daha bir süre devam etmesi yolu tercih edilmelidir”. Bkz. **Kılıçoğlu** (2008), s. 77. Benzer yönde bkz. **Kuntalp, Erden/Barlas, Nami/Ayanoğlu Morali, Ahu/Çavuşoğlu Işıntan, Pelin/İpek, Mehmetap/Yaşar, Mert/Koç, Sedef** (2005) Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 1. Baskı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, s. 186. “Yüksek Mahkeme'nin konuyu ele alışının belirli bir sosyal duyarlılığı gözettiğini ve ülke gerçeklerine uygun başarılı çözümler getirdiğini düşünüyorum. Bu söylediğim elbette ki “kişisel” bir değer yargısıdır ve aksini düşünenler olacaktır. Konunun içtihatlarla düzenlenmesinin yerinde olduğunu, kira bedelinin tespiti gibi ekonomik parametrelerden amı anına etkilenen bir sorunun kesin yasal esaslara bağlanmasının sakınca taşıyacağını düşünmek de mümkündür. Ne var ki, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin kuralların yargıca geniş bir takdir alanı bıraktığı, yargıcın bu alanı kullanarak sözü edilen sakıncayı mümkün mertebe önleyebileceği belki söylenebilir”. Bkz. **Özen**, s. 234, dn. 1.

iptal edilmesinin ardından, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin uyuşmazlıklar, Yargıtay'ın geliştirmiş olduğu içtihatlar çerçevesinde çözüme kavuşturulmuştur. Fakat kanaatimizce böylesine önemli bir konuda bir hükmün bulunmaması önemli bir eksikliği ve TBK'da yer verilmesi yerinde bir tercih olmuştur¹⁴. Zira Yargıtay bu süreçte her ne kadar ülke gerçeklerine uygun yerinde içtihatlar ortaya koymuş olsa da TBK m.344 ile hem kiraya verenin yenilenen kira dönemlerinde kira bedelinde artış talep edebilme hakkının bulunduğu yasal olarak kabul edilmiş hem de bu hakkın sınırları belirlenerek kiracıların zarar görmesi engellenmek istenmiştir.

B. SINIRLAMALAR

1. Kira Artış Oranının Bir Önceki Kira Yılındaki Üretici Fiyat Endeksi Artış Oranını Geçememesi

Türk Borçlar Kanunu m.344/I'de yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin ilk sınırlama olarak, “*bir önceki kira yılındaki üretici fiyat endeksindeki artış oranı*” kriterine yer verilmiştir. Üretici fiyat endeksi (ÜFE), ülke ekonomisinde belirli bir dönemde üretimi gerçekleştirilen ve yurtiçinde satışa konu olan ürünlerin, üretici fiyatlarında meydana gelen fiyat değişikliklerini karşılaştırarak hesaplanan fiyat endeksidir¹⁵.

¹⁴ Kira bedeline ilişkin düzenlemenin kanunda yer almasının yerinde olduğuna ilişkin bkz. **Öncü, Özge** (2012) “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi”, İzmir Barosu Dergisi, Y: 77, S: 2 Mayıs, s. 322; **Burcuoğlu, Haluk** (2008) “Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira ile İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, s. 29. Tandoğan, Yargıtay'ın çözümünün geçici mahiyette olduğunu, kanun koyucunun kira bedeline ilişkin bir düzenleme yapmamasının çeşitli sorunlara yol açabileceğini; dolayısıyla kanunlaştırmada acele edilmesi gerektiğini 1968 yılındaki makalesinde ifade etmiştir. Bkz. **Tandoğan, Haluk** (1968) “Türk Hukukunda Kira Bedelinin Sınırlanması ve Tespiti”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: 4, S: 4 Temmuz, s. 613. Benzer yönde bkz. **Kaya**, s. 175; **Topuz, Seçkin/Topuz, Gökçen** (2008) “Yeni Dönem Artış Oranını Sınırlandıran Kanun Hükümlerinin İptalinden Sonraki Hukuki Durum ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Amacıyla Açılan Davaların Hukuki Niteliği”, Ankara Barosu Dergisi, Y: 66, S: 2 Bahar, s. 79.

¹⁵ ÜFE'nin oluşturulmasında ülke ekonomisi içinde üretimi yapılan tüm malların fiyatlarının takip edilmesinin zor olması nedeniyle, üretilen ürünün toplam satış değerinin, toplam satış gelirlerinden aldığı paya göre fiyat endeksi oluşturulmaktadır. 2005 yılı öncesinde Toptan eşya

Türk Borçlar Kanunu m.344'ün yürürlüğe girdiği dönemde, kira bedelindeki artışın, endeks oranına bağlı olarak değişmesi eleştirilmiştir¹⁶. Fakat yenilenen kira dönemlerinde kira bedelinde artırım yapılmasının temelinde, kiraya verenin enflasyondan korunması bulunmaktadır. Hâl böyle olunca kira artış oranında ÜFE'nin dikkate alınması anlamsız görünmemektedir. Zira ÜFE, TÜFE ile birlikte aylık ve yıllık enflasyon rakamlarının belirlenmesinde kullanılmaktadır. Ayrıca kanunda sadece ülkede yaşanan kira bedeli artışlarını esas almak yerine bütün mal ve hizmetlerin ortalama artışının dikkate alınması, kiracının gelirinin endeks değerinin üzerinde artmasının mümkün olmadığı düşüncesine dayanmaktadır. Özellikle kiracıların konut ihtiyacının hem hukuki hem de sosyal bir problem teşkil etmesi kanun koyucunun endeks artış oranını esas almasına sebebiyet vermiştir¹⁷.

Türk Borçlar Kanunu m.344/I gereğince tarafların yenilenen kira dönemlerinde geçerli olacak kira artışlarına ilişkin anlaşmalarının, ancak bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek kaydıyla geçerli olduğu kabul edilmiştir. Bu doğrultuda tarafların yenilenen kira dönemlerinde geçerli olacak kira bedeli artış oranını belirlemeleri hâlinde, bu anlaşmanın ancak bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksi artış oranını geçmemesi şartıyla geçerli olduğu sayılmıştır. Ayrıca 344/I'nin 2. cümlesinde, bu kuralın, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu durum ise öğretide farklı yorumlamaların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bir

fiyat endeksi (TEFE) olarak da ifade edilmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Terzi, Harun/Tütüncü, Asiye** (2017) "Türkiye'de Üretici Fiyat Endeksi ve Tüketici Fiyat Endeksi Arasındaki İlişkinin İncelenmesi: ARDL Sınır Testi Yaklaşımı", *Sosyoekonomi*, C: 25, S: 34, s. 174 vd.

¹⁶ "(...) Belirtmek gerekir ki, TEFE gibi değişken ve ekonomik şartlara göre yeniden yapılanabilen kriterlerin temel kod niteliğindeki Borçlar Kanununa alınması bir hatadır. Bu durumun özel bir kanunla çözülmesi yolu tercih edilebilir". Bkz. **Acar**, s. 3689. Benzer yönde **Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu ve diğerleri**, s. 186.

¹⁷ **Gökyayla, K. Emre** (2013) "Türk Borçlar Kanununun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin 344. Maddesinin Değerlendirilmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C: 9, S: 103-104, s. 33; **Öktem Çevik, Seda** (2022) "Türk Borçlar Kanunu m.344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 24, S: 1, s. 51.

görüşe göre, TBK m.344/I, c.1'de ifade edilen sınırlama, yalnızca TBK m.344/I hükmü gereğince gerçekleşen yenileme dönemlerinde uygulanabilir. Dolayısıyla bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde taraflar, sözleşme süresi içerisinde kira bedelinin belirlenmesi konusunda serbesttirler¹⁸. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, düzenlemenin isabetli olup olmadığı tartışılabilir olmakla birlikte, söz konusu cümleden sınırlamanın yalnızca uzayan kira dönemlerinde değil, kira sözleşmesi devam ederken yapılan anlaşmalarda da dikkate alınması gerektiği çıkarılmaktadır. Dolayısıyla tarafların uzun süreli kira sözleşmelerinde, bir yıldan sonraki kira dönemlerinde geçerli olacak kira artışlarına ilişkin yapmış oldukları anlaşmalarda da aynı sınırlamayı dikkate almaları gerekir¹⁹.

Kararlaştırılan artış miktarının bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksi artış oranını geçmesi hâlinde aşan kısım geçersiz sayılır; diğer bir ifadeyle bura-

¹⁸ **Kapancı, K. Berk** (2015) “Bir Yıldan Uzun Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Türk Lirası Üzerinden Belirlenmesinde TBK M.344 F.1 C.Son’un Yorumlanması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C: 2, s. 823-824; **Özyakışır**, s. 198-199; **Kılıçoğlu** (2008), s. 78.

¹⁹ **Gümüş, Mustafa Alper** (2012) “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 71; **Öktem Çevik**, (2022) s. 54 vd.; **Özen**, s. 2045; **Öncü**, s. 324. İnceoğlu da hükmü bu şekilde yorumlamakla birlikte, kira sözleşmesinin bir yıldan uzun bir süre için yapılması hâlinde, öngörülen süre boyunca tarafların kira bedelini serbestçe belirleyebilmelerinin gerektiğini; sözleşme süresi içerisinde belirlenmiş olan bedele emredici hükümlerle müdahale edilmesinin, sözleşme özgürlüğüne getirilmiş aşırı ve gereksiz bir müdahale niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **İnceoğlu, M. Murat** (2017) Kira Hukuku, C: 2, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, s. 133; **İnceoğlu/Baş**, s. 529. Benzer görüşteki Kaya’ya göre de hükmün getiriliş amacı kiracıyı korumak olmakla birlikte, kiracının henüz sözleşmenin başlangıcında ilerleyen yıllara ait kira bedellerine razı olduğu bir sözleşmede dahi getirilen sınırlama, sözleşme özgürlüğüne aşırı bir müdahale anlamına gelir ve hükmün konuluş amacını aşar. Zira hükmün amacı, kiracının sözleşme süresinin ortasında sürpriz bir bedele karşı korunmasıdır. Tarafların karşılıklı rızasına yapılan bu denli etki, aşırı olduğu kadar aynı zamanda işlevsizdir. **Kaya**, s. 185-186. Özen ise hem hükmü bu şekilde yorumlamakta hem de düzenlemeyi yerinde bulmaktadır. Yazara göre, “yenilenen kira dönemlerinde yapılacak artışlara ilişkin olarak taraflarca yapılan anlaşmalara sınırlama getiren bir sistemde, tutarlı olan tavır, sözleşme süresi içerisinde gerçekleştirilecek artışlara ilişkin anlaşmalara da aynı sınırlamanın uygulanmasıdır. Aksi takdirde, herhangi bir sınırlama olmaksızın kira bedelinin artırılmasını isteyen kiraya veren, sözleşme süresini dilediği kadar uzun tutar ve bu süre içerisinde yapılacak artışa ilişkin oranı dilediği gibi belirleyebilirdi”. Bkz. **Özen**, s. 2045.

da kısmî kesin hükümsüzlük söz konusu olur²⁰. Bu hâlde anlaşmanın söz konusu artış oranı için yapılmış olduğu varsayılır²¹. Kiraya veren sözleşme süresi içerisinde yapılacak artışa ilişkin anlaşmanın geçersiz olduğunu bilseydi kira sözleşmesini hiç yapmayacağını iddia edemez. Kiracının fazla ödediği kısmı sebep-siz zenginleşme davası ile geri isteyebileceği veya sonraki kira bedelleri ile takas edebileceği kabul edilmektedir²².

Hükümün üçüncü fıkrasında, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedelinin, hâkim tarafından; üretici fiyat endeksindeki artış oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde bulundurularak hakkaniyete uygun biçimde belirleneceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla kira artış oranının TBK m.344/I'e göre belirlenmesinin, kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren beş yıl ile sınırlı olduğu ve bu süre geçtikten sonra kira bedelinin hâkim tarafından "üretici fiyat endeksi" üst sınırı olmaksızın belirlenebileceği kabul edilmiştir. Bu anlamda TBK m.344/I ve II'de kira artış oranının tespitinde belirli sınırlamalar öngörülerek kiraya verenin rayiç bedelin altında kalan kira bedeline razı olması istenmiştir. TBK m.344/III ile de kira bedelinin, beş yıllık dönemlerde yukarıdaki sınırlamalara tabi olmaksızın rayice uygun olarak tespit edilmesi sağlanmıştır²³.

²⁰ Özen, s. 2037; Özyakışır, s. 200; Kapancı, s. 813; Acar, s. 3688, Kaya, s. 184; Akçaal, s. 379; Özer, s. 1025; İncoğlu, s. 128.

²¹ Bu durumda kanuna aykırılığı sebebiyle kesin hükümsüz olan bir sözleşme hükmünün yerini kanun hükmünün alması söz konusu olmakta ve bu durum öğretide "değiştirilmiş kısmi kesin hükümsüzlük" olarak ifade edilmektedir. Sözleşmenin sakat olan kısmının yerine, kanunun emredici veya tamamlayıcı bir hükmünün ya da hâkimin tarafların farazi iradelerine göre tespit ettiği bir hükmün/anlaşmanın geçirilmesi suretiyle sözleşmenin muhafaza edilmesine değiştirilmiş kısmi kesin hükümsüzlük (modifizierte Teilnichtigkeit) denir. Değiştirilmiş kısmi kesin hükümsüzlük, TBK m.27/II'de açıkça öngörülmüş olmamakla birlikte, kesin hükümsüzlüğün böyle bir türü bizzat kısmi kesin hükümsüzlük kurumunun amacına ve favor negotii ilkesine uygundur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 703 vd, Başpınar, Veysel (1998) Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 153 vd.

²² İncoğlu, s. 129; Özen, s. 2038.

²³ Aynı yönde Özen, s. 2054; Yavuz/Acar/Özen, s. 341.

2. Kiralananın Durumu Göz Önüne Alınarak Hakkaniyete Göre Artış Miktarının Belirlenmesi

Türk Borçlar Kanunu m.344/II'de tarafların kira bedeli artış oranına ilişkin bir anlaşma yapmamaları hâlinde de hâkim tarafından; kiralananın durumu da göz önüne alınarak, bir önceki kira yılındaki üretici fiyat endeksindeki artış oranını aşmayacak şekilde ve hakkaniyete göre bir belirleme yapılacağı ifade edilmiştir. Yani kanun koyucu, tarafların kira bedeli artış oranına ilişkin bir anlaşma yapmamaları hâlinde, söz konusu oranının belirlenmesi hususunda, ÜFE (aşağıda ele alınacağı üzere yeni düzenleme ile TÜFE olmuştur) artış oranının yanında, kiralananın durumu ve hakkaniyet gibi çok açık olmayan farklı sınırlamalara da yer vermiştir.

Öğretide kira artış oranının belirlenmesi hususunda üretici fiyat endeksine eklenen sınırlamalar eleştirilmiştir. Eleştirilerin temelinde kanun koyucunun, TBK m.344/I'de kira artış oranlarının belirlenmesi konusunda bir önceki yılın üretici fiyat endeks artış oranını adil bir çözüm olarak kabul ettikten sonra, ikinci fıkrada bu ölçü dışında hâkime ayrıca hakkaniyete göre karar verme yetkisini tanınması bulunmaktadır²⁴. Tarafımızca eleştirilere şu yönden hak verilmektedir: Bu durum kira artış oranının taraflarca belirlenmesi ya da belirlenmemesi arasında bir fark yaratmaktadır ve bunun haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır.

Türk Borçlar Kanunu m.344/II'de hâkime sınırlı da olsa bir takdir yetkisi tanınmıştır. Söz konusu düzenleme uyarınca hâkimin, taraflarca artışa ilişkin bir anlaşma yapılmaması halinde, üretici fiyat endeksinden daha fazla bir oranda artışa karar veremeyeceği; ancak kiralananın durumu ve hakkaniyetin gerektirdiği hallerde üretici fiyat endeksinden daha az bir artışa hükmedebileceği kabul edilmiştir. Öğretide bu durumun özellikle ÜFE/TÜFE artış oranının yüksek olduğu enflasyon dönemlerinde önem kazanacağı ifade edilmektedir²⁵.

²⁴ Bkz. **Kılıçoğlu** (2008) s. 78; **Gökyayla** (2013), s. 59. Aksi görüşteki Kaya'ya göre kanun koyucunun amacı kira artış oranı tespit edilirken bunun ÜFE oranını aşmamasıdır; bedel konusunda anlaşma olmayan her hâlde ÜFE artış oranının uygulanması değildir. Nasıl ki tarafların anlaşarak ÜFE artış oranının altında bir kira artış oranı belirlemeleri mümkün ise hâkimin kararı neticesinde de söz konusu oranın altında kira artış oranının belirlenebileceği kabul edilmiştir. Bkz. **Kaya**, s. 187.

²⁵ **İnceoğlu**, s. 137; **Gümüş**, s. 74; **Altaş**, s. 98; **Öktem Çevik** (2022), s. 59; **Özyakışır**, s. 206. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da GKHK döneminde endeksteki artışın gelirlerdeki

3. Kira Bedelinin Yabancı Para ile Belirlendiği Kira Sözleşmelerinde Beş Yıl Süreyle Kira Bedelinin Değiştirilememesi

Türk Borçlar Kanunu m.344/IV'de kira bedelinin yabancı para olarak kararlaştırılması hâlinde TBK m.138'de yer alan aşırı ifa güçlüğüne ilişkin düzenleme saklı kalmak kaydıyla, beş yıl süreyle hiçbir değişiklik yapılamayacağı kabul edilmiştir²⁶. Dolayısıyla kira bedelinin yabancı para ile kararlaştırıldığı durumlarda, beş yıl süre ile kira bedelinin dondurulması söz konusu olmaktadır. Aynı maddede bu kuralın iki istisnasına yer verilmiştir. Bunlardan ilki, TBK m.138 uyarınca aşırı ifa güçlüğü'nün şartlarının bulunması hâlinde kira bedelinin değişen şartlara uyarlanmasıdır²⁷. Diğer istisna ise kira bedelinin Türk lirası ile kararlaştırıldığı kira sözleşmelerinde de geçerli olan, beş yıllık süre sonunda kira bedelinin hâkim tarafından rayice göre belirlenmesidir.

Hüküm yabancı paranın Türk Lirası karşısında değer kazanacağı düşüncesi ile düzenlenmiştir. Bu düşünceye göre kira sözleşmelerinde yeni kira dönemi için artış ve kira bedelinin yeniden belirlenmesi gerekliliği enflasyon sebebiyle olmaktadır. Enflasyon dönemlerinde Türk Lirasının yabancı para karşısında değer kaybetmesi söz konusu olduğu için, kira bedelinin yabancı para olarak kararlaştırıldığı sözleşmelerde böyle bir sorun ortaya çıkmamaktadır²⁸. Bu sebeple kanun koyucu, her yeni kira dönemi için yeni kira bedeli belirlenmesi

artışın çok üstünde olduğu ve normal kazanç ölçülerini aştığı ve Toptan eşya fiyat endeksindeki artışın bir yıllık kira döneminde %65'i geçtiği hallerde, bunun kira bedeline yansıyan bölümünün %65 oranı ile sınırlandırılması gerektiğini kabul etmiştir. Bkz. YHGK, E. 1996/626, K. 1996/694, T. 16.10.1996.

²⁶ İnceoğlu'na göre kira bedelinin yabancı paraya endeksli olarak kararlaştırıldığı durumlarda da bu hüküm kıyasen uygulama alanı bulmalıdır; aksine bir yorum hükmün kolaylıkla dolanılmasına yol açar. Ayrıca kıymetli madene, örneğin altına endeksli olan kira sözleşmelerinde de aynı durumun geçerli olduğu kabul edilmelidir. Bkz. **İnceoğlu**, s. 151. Aynı yönde bkz. **Gökayla** (2013), s. 43; **Kaya**, s. 191.

²⁷ Türk Borçlar Kanunu m.138'e dayanan uyarılama kiraya verenlerden ziyade kiracılar için söz konusu olmaktadır. Kira bedeli yabancı para ile kararlaşırdıktan sonra, yabancı paranın Türk lirası karşısında öngörülemeyecek oranda bir değer kazanması hâlinde kira bedeli kiracı için oldukça ağır bir mali yük oluşturabilir. Bu hâlde kiracı beş yılın sonunu beklemeden aşırı ifa güçlüğü nedeniyle kira bedelinin uyarlanmasını talep edebilir. Bkz. **Kılıçoğlu** (2022), s. 285.

²⁸ **Kılıçoğlu** (2022), s. 285.

yolunu kira bedelinin yabancı para ile kararlaştırıldığı kira sözleşmelerinde kapatmıştır²⁹. Fakat bu hâlde kiraya veren açısından söz konusu olabilecek önemli bir tehlike göz ardı edilmiştir. Şöyle ki yabancı paranın Türk Lirası karşısında değer kazanması, enflasyon dönemleri için muhtemel olandır ve son yıllarda ülkede yaşanan ekonomik sıkıntılar neticesinde gerçekten de Dolar, Euro gibi yabancı para birimlerinin Türk Lirası karşısında ciddi oranda değer kazandığı görülmüştür. Fakat yabancı para birimlerinin Türk Lirası karşısında yaşamış olduğu değer değişimleri, esas olarak dünyada gerçekleşen çeşitli olaylardan etkilenmektedir³⁰. Dolayısıyla ülkede enflasyon olsa dahi yabancı paranın değer kazanmaması hatta kaybetmesi bile söz konusu olabilmektedir. Nitekim enflasyon hesabında bir kriter olarak Dolar, Euro gibi yabancı para türlerinin Türk Lirası karşısında kazandığı değer değil; ÜFE ve TÜFE artış oranları dikkate alınmaktadır. Kira bedelinin yabancı para ile belirlendiği ve yabancı paranın da Türk Lirası karşısında değer kaybettiği bir sözleşmede, bir yandan söz konusu değer kaybı nedeniyle kira bedeli Türk parası bazında azalmış olmakta; diğer yandan ise Türk parası üzerinden yapılan kira sözleşmelerinde tüketici fiyat endeksi oranında bir artış gerçekleştiği için yabancı para üzerinden yapılan kira sözleşmelerindeki bedel rayiç bedelin oldukça altında kalmış olacaktır. Rayiç bedel tespitinin de beş yıl boyunca istenemeyeceği de düşünüldüğünde bu hususun kiraya verenler açısından olumsuz sonuçlara yol açabileceği açıktır³¹.

Bir görüşe göre kira bedellerinin beş yıl süre ile dondurulmasının temelinde, kira bedelinin yabancı para olarak kararlaştırılmasının olabildiğince önlenmesi düşüncesi vardır³². Oysa Türk Borçlar Kanunu'nun yabancı para ile borç-

²⁹ **Öncü**, s. 335; **Gökayla** (2013), s. 41. Hüküm kiracı lehine nispi emredici nitelikte olduğu için tarafların kira bedelinin azaltılmasına yönelik kararlarının geçerli olduğu yönünde bkz. **İnceoğlu**, s. 151; **Öktem Çevik** (2022), s. 63.

³⁰ Döviz kuru dalgalanmaları ve sebepleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Uçan, Okyay** (2014) Döviz Kuru Dinamikleri Euro-Dolar Nasıl Değişir? - Dövizi Neler Etkiler?, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 118 vd.

³¹ **Kılıçoğlu** (2008), s. 79-80; **Altaş**, s. 111; **Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu ve diğerleri**, s. 186-187; **Kaya**, s. 191; **İnceoğlu**, s. 149.

³² **Burcuoğlu**, s. 34; **Özyakışır**, s. 219.

lanmayı önlemek ya da kira sözleşmelerinin yabancı para üzerinden kurulmasını engellemek gibi bir amacı olmamalıdır. Zira bu sözleşme özgürlüğüne haksız bir müdahale sayılır³³.

II. TBK M.344 YÜRÜRLÜĞE GİRDİKTEN SONRA HÜKME EKLENEN KİRA BEDELİNİN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN SINIRLAMALAR

A. KİRA ARTIŞ ORANI SINIRI OLAN ÜFE'NİN TÜFE OLARAK DEĞİŞTİRİLMESİ

17.01.2019 tarihli ve 7161 sayılı Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun³⁴'ün 56. maddesi ile TBK m.344'ün birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan “*üretici fiyat endeksindeki artış*” ibareleri “*tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim*” şeklinde değiştirilmiştir³⁵. Böylece konut ve çatılı işyeri kiralarında kira artış oranı için sınır ÜFE iken TÜFE olmuştur. Kanun koyucu 01.01.2019 tarihinden itibaren yenilenen tüm konut ve çatılı işyeri kiralarında kira bedeli artış oranı olarak TÜFE'nin uygulanmasını öngörmüştür³⁶.

Tüketici fiyat endeksi (TÜFE) belirli bir zaman aralığında hane halkları tarafından yapılan mal ve hizmet harcamalarındaki fiyat değişimlerini göstermektedir ve TÜFE'nin amacı, hane halklarının yapmış olduğu tüketim harcamaları-

³³ Bkz. aynı yönde **İnceoğlu**, s. 150; **İnceoğlu/Baş**, s. 537; **Kaya**, s. 191.

³⁴ RG. 18.01.2019, Sa. 30659.

³⁵ Konut ve çatılı işyeri kiralarında kira bedeli artış oranının sınırı olarak üretici fiyat endeksinin uygulandığı dönemde de kira bedeli artışının önceki oniki aylık üretici fiyat endeksinin artış oranının ortalamasına göre belirlenmesi gerektiği öğretide ve Yargıtay uygulamasında kabul edilmekteydi. Bkz. **İnceoğlu**, s. 130; **Özyakışır**, s. 37. Ayrıca bkz. Y. 6. HD. E. 2013/13435, K. 2013/16370, T. 05.12.2013. Dolayısıyla yeni düzenleme bu anlamda bir yenilik getirmemiştir; uygulamada zaten geçerli olan bir kural, kanun koyucu tarafından yasal bir düzenlemeyle açıkça düzenlenmiştir.

³⁶ 7161 sayılı Kanun'un 69. maddesinin b bendi gereğince, bu Kanun'un 56. ve 59. maddeleri, 01.01.2019 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Hükmün söz konusu tarihten itibaren TBK m.344'ün kapsamına giren tüm kira sözleşmelerinde derhal uygulanacağına ilişkin bkz. **Akcaal**, s. 379.

nın genel fiyat düzeyindeki değişimini ölçmektir³⁷. TÜFE, genel olarak tüketiciler tarafından satın alınan mal ve hizmet sepetinden oluşmakta iken; ÜFE, hammadde, ara mallar ve nihai mallar olarak üç farklı ana grubun birleşmesinden meydana gelmektedir³⁸.

Kira bedeli artış oranının tespitinde temel alınan endeks ÜFE iken TÜFE olarak değiştirilmesinin temelinde kiracının korunması düşüncesi vardır. Öyle ki TBK yasalaştığı dönemde ÜFE artış oranı, TÜFE artış oranından daha düşük olduğu için tercih edilmiştir. Fakat zaman içerisinde yaşanan kur dalgalanmaları ve diğer sebeplerle ekonomik göstergelerde büyük değişikliklerin olduğu ve kira sözleşmelerinde tarafların esas almaları gereken ÜFE artış oranının neredeyse %30'a yaklaşarak TÜFE artış oranını aştığı görülmüştür³⁹. Dolayısıyla 2019 yılından itibaren geçerli olmak üzere, kira bedeli artış oranı sınırının tespitinde TÜFE artış oranının esas alınması kabul edilmiştir. Fakat düzenleme her ne kadar kiracı lehine olsa da düşündürücüdür. Öyle ki öğretide de haklı olarak ifade edildiği üzere, ileride yeniden üretici fiyat endeksinin, tüketici fiyat endeksinden düşük olması halinde yine bir kanun değişikliğinin mi söz konusu olacağı hususu tartışmaya açıktır⁴⁰.

B. KİRA BEDELİNİN YABANCI PARA İLE BELİRLENMESİNİN BELİRLİ İSTİSNALAR DIŞINDA YASAKLANMASI

13 Eylül 2018'de yayımlanan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar (85 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı)⁴¹ ile Türkiye'de yerleşik kişilerin Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca belirti-

³⁷ **Terzi/Tütüncü**, s. 174. TÜFE kapsamında yer alan maddeler; gıda ve alkolsüz içecekler, alkollü içecekler, tütün, giyim eşyası, ayakkabı, konut, ev eşyası, sağlık, ulaştırma, haberleşme, eğlence, kültür, eğitim, lokanta, oteller ve çeşitli mal ve hizmetlerden oluşmaktadır (TÜİK, 2008: 20-24).

³⁸ ÜFE ile TÜFE arasındaki farklılıklara ilişkin bkz. **Terzi/Tütüncü**, s. 174-175.

³⁹ **Gökyayla**, K. Emre (2019) İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, C: 4-5 (Madde 207-392), 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, m.344, N. 53; **Öktem Çevik** (2022), s. 48.

⁴⁰ **Gökyayla** (2019a), m.344, N. 52.

⁴¹ 13.09.2018 tarihli, 30534 sayılı RG'de yayımlanan, "Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar" şu şekildedir:

"MADDE 1

7/8/1989 tarihli ve 32 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kararın 4'üncü maddesine aşağıdaki bent eklenmiştir.

len hâller dışında kendi aralarındaki her türlü gayrimenkul kiralama sözleşme bedelinin ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerinin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması yasaklanmıştır⁴².

Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanarak, 06.09.2018 tarihli, 30557 sayılı RG’de yayımlanan “Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Tebliğ No: 2018-32/51 ve 2018-32/52)” ile bu kararın ayrıntıları

“g) Türkiye’de yerleşik kişilerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında, kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul alım satım, taşıt ve finansal kiralama dâhil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılmaz.”

MADDE 2

Aynı Karara aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 8

Bu Kararın 4’üncü maddesinin (g) bendinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde, söz konusu bentte belirtilen ve daha önce akdedilmiş yürürlükteki sözleşmelerdeki döviz cinsinden kararlaştırılmış bulunan bedeller, Bakanlıkça belirlenen haller dışında; Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenir.”

MADDE 3

Bu Karar yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 4

Bu Karar hükümlerini Hazine ve Maliye Bakanı yürütür”.

⁴² Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar’ın (85 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı) kira sözleşmeleri hakkında uygulanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Öktem Çevik, Seda** (2019) “Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın Kira Sözleşmelerinde Uygulama Alanı”: Topuz Murat, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 89-110. Diğer ödeme yükümlülükleri kapsamında, TBK m.342’de kira güvencesi olarak ifade edilen, uygulamada depozito olarak bilinen nakdi teminatın da yabancı para ile kararlaştırılmasının yasaklandığına ilişkin bkz. **Sarı Fidan, Özlem** (2022) Kira Sözleşmelerinde Teminatlar, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 146. Fakat söz konusu yasağın, 16.11.2018 tarihli, 2018-32/52 No.lu ikinci tebliğ ile kira güvencesi açısından biraz esnetilmiştir. Şöyle ki, Tebliğ’de taşınmaz kira sözleşmeleri kapsamında verilen depozitolar, 13 Ekim 2018 tarihine kadar Türk lirasına çevrilmesi zorunluluğunun kapsamı dışına çıkarılmıştır.

ifade edilmiş ve kimlerin Türkiye’de yerleşik sayılacağı ve hangi kira sözleşmelerinin istisna kapsamında değerlendirileceği gibi konulara açıklık getirilmiştir. Söz konusu değişiklikler, 17.01.2019 kabul tarihli 7161 sayılı Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. 7161 sayılı Kanun m.56 ile TBK m.344/IV’ün ilk cümlesi, “*sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa ‘20/2/1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak şartıyla’ beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz*” şeklinde değiştirilmiştir.

1567 sayılı Kanun m.1 gereğince, Türk parasının korunmasına dair kararlar alınmasında Cumhurbaşkanı yetkili kılınmıştır. O hâlde yapılan değişiklik ile kira bedelinin yabancı para olarak kararlaştırılmasının ancak 85 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ve buna bağlı olarak Hazine ve Maliye Bakanlığınca yayımlanan 2018-32/51 ve 2018-32/52 No.lu Tebliğler çerçevesinde mümkün olduğu kabul edilmiştir⁴³.

1567 sayılı Kanun ile yürütme organına, Kanun’un yürürlük amacıyla bağlantılı olarak, sınırsız ve çok geniş kapsamlı düzenleme yetkisi verilmesi ve söz konusu yetki kullanılarak bakanlıkça belirlenen haller dışında, Türkiye’de yerleşik kişilerin belirli sözleşmeleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak yapmasının sınırlandırılması, idarenin düzenleyici işlemleriyle sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması sebebiyle çeşitli eleştirilere uğramıştır.

Günümüzde sosyal devlet olmanın bir gereği olarak devletin sözleşme özgürlüğüne müdahale edebileceği kabul edilmektedir. Nitekim sosyoekonomik açıdan güçlü tarafın, hukuk kurallarını kendi lehine kullanarak, güçsüz taraftan haksız bir şekilde fayda sağlamasını engellemek için, sözleşme özgürlüğüne müdahale edildiği görülmektedir. Sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin güçsüz tarafının korunması amacıyla sınırlanabileceği gibi, sözleşme dışındaki üçüncü kişilerin ve toplumun korunması amacıyla sınırlanabilmektedir. Bu anlamda sözleşme özgürlüğünün, ekonomik kamu düzeninin sağlanması amacıyla sınırlandırılması söz konusu olabilmektedir. Nitekim döviz cinsinden veya dövize en-

⁴³ Özyakışır, s. 186-187.

deksli sözleşme yapma özgürlüğünün bu amaçla sınırlandırıldığı düşünülmektedir⁴⁴. Fakat yürütme oranını sınırlandırmaya sevk eden amaçlar kamuoyu ile açık olarak paylaşılmamıştır. Döviz cinsinden veya dövize endeksli sözleşme yapma özgürlüğünün sınırlandırılması ile ekonomik kamu düzeninin sağlanması, piyasa aksaklıklarının önlenmesi, olumsuz ekonomik etkilerin önlenmesi arasında nasıl bir ilişkinin kurulduğu belirsizdir⁴⁵.

Temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahaleler, bu hak ve özgürlüklere ilişkin güvence mekanizmalarını sağlayan temel hukuk kurallarına aykırı olmadan gerçekleşmelidir. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğüne yönelik sınırlamaların Anayasa ile çelişmeyerek kanunla yapılması, ölçülü olması ve özgürlüğün özüne dokunmaması gereklidir⁴⁶. Nitekim öğretide de haklı olarak 1567 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile yürütme organına tanınan oldukça geniş nitelikteki düzenleme hakkı ve bu doğrultuda oluşturulan 85 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı eleştirilmiştir⁴⁷. Gerçekten normlar hiyerarşisi açısından bakıldığında da Anaya-

⁴⁴ **Gökayla, K. Emre** (2019) "32 Sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kararın Satış ve Eser Sözleşmelerinde Bedele Etkisi": Topuz Murat, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 73; **Kağıtçıoğlu, Mutlu** (2020) "Döviz Cinsinden veya Dövize Endeksli Sözleşme Yapma Özgürlüğünün Yürütmenin Düzenleyici İşlemleriyle Sınırlanması Sorunu". Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, C: 24, S: 3, s. 298.

⁴⁵ **Kağıtçıoğlu**, s. 298-299.

⁴⁶ **Altaş**, s. 106; **Kağıtçıoğlu**, s. 276; **Doğrul, Sefa** (2019) "Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar'ın 4/g ve Geçici 8. Maddelerinin Anayasaya Aykırılık Sorunu", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: 35, S: 2, s. 253; **Yeniocak, Umut** (2019) "Dövizle Sözleşme Kurma Yasağı ve Yasağa Aykırılığın Yaptırımı": Topuz Murat, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 69. Müdahalelerin sınırı Anayasa'da (m.13) ifade edildiği gibi, "Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine" uygun olmasıdır. Burada sözleşme özgürlüğüne müdahale açısından önem taşıyan sınırlamalar, Anayasa'nın sözü ve ruhu ile ölçülülük ilkesidir. Bkz. **Tan, Turgut** (2014) "Sözleşme Özgürlüğüne Kamunun Müdahalesi", Prof. Dr. Yıldırım Uluer'e Armağan, s. 515, 516.

⁴⁷ **Kağıtçıoğlu**, s. 270-271, 276; **Yeniocak**, s. 60, 63; Doğrul'a göre, 1567 sayılı Kanun m.1 ile idareye tanınan düzenleme yetkisi, devletin para piyasalarına ilişkin düzenleme yetkisinden ibarettir. 32 sayılı Karar'ın 4/g maddesiyle 1567 sayılı Kanun'la idareye verilen yetki, normlar

sa ve Türk Borçlar Kanunu ile teminat altına alınan sözleşme özgürlüğü ilkesine ilişkin sınırlamaların Anayasa ile çelişmemek kaydıyla ve kanun ile yapılması gerekirdi. Esasında 17.01.2019 kabul tarihli 7161 sayılı Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la TBK m.344/IV'e ekleme yapılmıştır; fakat yapılan *ekleme* "20/2/1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak şartıyla" şeklindedir. Yani bu hâlde yine 1567 sayılı Ka-

hıyerarşisine aykırı olarak genişletilmiştir. İdari düzenleme niteliğindeki 32 sayılı Karar'ın 4/g maddesi, Kanun'la verilen yetkiyi genişletmek suretiyle, borçlar hukuku ilişkisi kapsamında belirli nitelikteki kişiler yönünden bazı sözleşme türlerinde ödeme yükümlülüğünün döviz üzerinden belirlenmesini yasakladığından, normlar hiyerarşisine ve dolayısıyla Anayasa'nın 104/18 ve 124. maddelerine aykırıdır. Bkz. **Doğrul**, 246-247. Esasında 1567 sayılı Kanun'un 1. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı Anayasa Mahkemesi'ne karşı da ileri sürülmüştür. Fakat Anayasa Mahkemesi 1963 ve 1964 yıllarında verdiği kararlarında ilgili hükmün Anayasa'ya aykırı olduğunu kabul etmemiştir. 28.03.1963 tarihli ve 1963/4 E., 1963/71 K sayılı karar oyçokluğu ile alınmıştır. İlgili kararda şu ifadelere yer verilmiştir: "*Anayasamız yasama yetkisini, yürütme görevini, yargı yetkisini ayrı ayrı organlara vermekle Anayasa Komisyonu raporundaki tabirle yumuşak kuvvetler ayrılığı esasını kabul etmiştir. Buna göre şüphesiz yasama organı kanun yapma yetkisini başka ellere bırakamaz. Bu prensip Anayasanın 5. maddesinde açıklanmıştır. Yasama organı, herhangi bir sahayı Anayasaya uygun olması şartı ile düzenleyebilir. Bu düzenlemede bütün ihtimalleri gözönünde bulundurarak teferruata ait hükümleri de tesbit etmek yetkisini haiz ise de; zamanın gereklerine göre sık sık tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konulmasına lüzum görülen hallerde, yasama organının, yapısı bakımından, ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbirler almasının güçlüğü karşısında esaslı hükümleri tesbit ettikten sonra ihtisasa ve idare tekniğine taallük eden hususların düzenlenmesi için Hükümeti görevlendirmesi de yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Şu hale göre; bu durumu yasama yetkisinin yürütme organına bıraktığı anlamına almak doğru olamaz*". Karara ilişkin muhalefet şerhlerinde yapılan hukuki değerlendirmeler de gerçekten değerlidir. Özellikle Anayasa Mahkemesi üyesi Sn. Muhittin Gürün'ün şu ifadeleri önemli hukuki değerlendirmeler içermektedir: "*Buna mukabil maddenin (... ve Türk Parasının Kıymetinin Korunması zımında kararlar ittihazına) İcra Vekilleri Heyetinin yetkili olduğunu ifade eden hükmü Anayasa'ya aykırı bulunmaktadır. Zira bu hükümde görüldüğü üzere, sadece (Türk Parasının Kıymetinin Korunması gibi müphem ve her sahaya yayılabilecek bir istikâmet gösterilmekle iktifa edilerek fertlerin hususi hayatlarına ve gündelik alış verişlerine kadar gidilmesi mümkün olacak surette memleketin bütün iktisadi ve ticari hayatını kayıtlara sokabilecek bir yetki Hükümete verilmiş bulunmaktadır... Hâlbuki Anayasa'mıza göre, yurttaşların Devlet gücüne dayanılarak riayetle mükellef tutulacakları objektif kaideleri (Kanun) yürürlüğe koyma yetkisi (Yasama yetkisi). Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olup Anayasa'nın 5'inci maddesine göre bu yetkinin başka bir organa devri caiz değildir*".

nun'un 1. maddesi gereğince çıkarılan 85 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı'na ve buna bağlı olarak Hazine ve Maliye Bakanlığınca yayımlanan ilgili tebliğlere yollama yapılmıştır.

Karar bedel yönünden sözleşme özgürlüğü ilkesi aleyhine düzenlemeler içerdiği ve dolayısıyla temel bir ilkeye istisna niteliğinde olduğu için dar yorumlanmalıdır⁴⁸. Bu doğrultuda öğretide haklı olarak yükümlülüğe aykırılığın yaptırımının da kesin hükümsüzlük değil; idari para cezası olacağı çoğunlukla kabul edilmektedir⁴⁹. Düzenlemenin hem idari işlem niteliğindeki bir Cumhurbaşkanı Kararı ile yapılması hem de 1567 sayılı Kanun m.3/I'de söz konusu kanuna aykırılığın yaptırımını olarak idari para cezasının öngörülmesi bu sonuca ulaşılmasını gerektirmektedir.

Kira bedelinin yabancı para ile kararlaştırılmasının yasaklanması hususunda yukarıda ifade ettiklerimiz burada da geçerlidir. Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde, devletin sosyal devlet olmanın bir gereği olarak sözleşme özgürlüğüne müdahale edebileceği kabul edilmekle birlikte, bu müdahalenin sözleşmenin tarafları arasındaki denge gözetilerek ve ölçülü bir şekilde yapılması gerekir⁵⁰. Nitekim konut kirası sözleşmelerinde bu müdahale makul karşılanabilirken, bazı işyeri kirası sözleşmelerinde aşırı görülebilmektedir. Örneğin zaten döviz ile satış yaparak döviz kuru dalgalanmalarından etkilenmeyen kiracılar için sağlanan bu koruma, kiraya verenlerin durumunu ağırlaştırabilmektedir.

⁴⁸ **Gökyayla** (2019b), s. 73; **Yeniocak**, s. 65.

⁴⁹ **Gökyayla** (2019b), s. 81; **Yeniocak**, s. 66; **Kağıtçıoğlu**, s. 282. Yükümlülüğe aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olacağına ilişkin aksi görüş için bkz. **Aydoğdu, Murat** (2018) Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair 85 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ve bu Kararın Uygulanmasına İlişkin Tebliğ Uyarınca Döviz Cinsinden veya Döviz Endeksli Ödemeleri İçeren Sözleşmelerde Öngörülen Uygulamalara İlişkin Değerlendirmeler, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 19 vd.

⁵⁰ Kira bedelinin yabancı para ile belirlendiği kira sözleşmelerinde beş yıl süreyle kira bedelinin değiştirilememesi başlığı altında ifade ettiğimiz üzere, Türk Borçlar Kanunu'nun yabancı para ile borçlanmayı önlemek ya da kira sözleşmelerinin yabancı para üzerinden kurulmasını engellemek gibi bir amacı olmamalıdır. Zira bu sözleşme özgürlüğüne haksız bir müdahale sayılır. Bkz. aynı yönde **İnceoğlu**, s. 150; **İnceoğlu/Baş**, s. 537; **Kaya**, s. 191.

III. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA EKLENEN GEÇİCİ MADDE İLE KİRA ARTIŞ ORANININ YÜZDE YİRMİ BEŞ İLE SINIRLANDIRILMASI

Avukatlık Kanunu ile Türk Borçlar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁵¹ m.4 ile Türk Borçlar Kanunu'na geçici bir madde eklenmiştir. Söz konusu geçici maddeye göre “Konut kiralari bakımından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih ilâ 1/7/2023 (bu tarih dâhil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü, 344'üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanır”. Buna göre düzenlemenin, kira sözleşmesi devam eden ve 11 Haziran 2022 ile (sonradan bir uzatma olmazsa) 1 Temmuz 2023 tarihleri arasında yenilenecek kira sözleşmeleri için geçerli olacağı kabul edilmiştir.

Geçici madde ile konut kiracılarını korumak amacıyla kira artış oranları sınırlandırılmıştır. Çatılı işyeri kiralari açısından ise söz konusu düzenleme ve dolayısıyla kira artış oranındaki sınırlama geçerli değildir. Esasında TBK'nın konut ve çatılı işyeri kiralari'nin düzenlendiği hükümlerine bakıldığında, Kanun koyucunun hiçbir konuda ayırım yapmadığı ve her iki kira türüne de aynı koruma imkânlarını sağladığı görülmektedir. Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere, konut ve çatılı işyeri kiralari'ndeki kiracıların korunma ihtiyaçları farklı sebeplerle ortaya çıktığı için her iki kira türündeki kiracılara farklı koruma olanaklarının getirilmesi gerekirdi. Dolayısıyla geçici maddeye çatılı işyeri kiralari'nin dâhil edilmemesi yerinde bir tercih olmuştur.

Hükümde TBK m.344/III'e bir atıf yapılmadığı için, beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedelinin hâkim tarafından belirlenmesi için açıl-

⁵¹ RG, 11.06.2022, Sa. 31863.

lan davalarda yüzde yirmi beşlik sınırlama uygulanmayacaktır. Dolayısıyla beş yılın sonunda kira tespiti için kendisine başvurulduğunda hâkim, daha önceki dönemlerde olduğu gibi, TÜFE oniki aylık ortalamalara göre değişim oranını, kiralananın durumunu, emsal kira bedellerini göz önünde bulundurarak hakkaniyete göre bir belirleme yapacaktır.

Benzer bir sınırlama 2000 yılında 4531 sayılı Kanun⁵² ile de yapılmıştır. Söz konusu düzenleme ile tarafların anlaşarak kira bedelini 2000 yılında %25, 2001 yılında ise %10 oranında artırabilecekleri; taşınmazın bulunduğu bölgedeki rayiç bu oranların altında ise bu oranların uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Hüküm kiracı lehine nispi emredici olarak öngörülmüştür. Söz konusu kanun yürürlüğe girdiği dönemde sözleşme özgürlüğünü ve hatta mülkiyet hakkını ihlal ettiği gibi gerekçelerle eleştirilmiş ve iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi 2000 yılında yapılan başvuruyu oyçokluğu ile reddetmiş ve geçici 7. madde metninde yer alan "... 2000 yılında yıllık %25..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir⁵³. İlk başvuruyu redde-

⁵² Bkz 4531 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun, RG. 16.02.2000, Sa. 23968. Düzenlemeye ilişkin o dönemdeki değerlendirmeler ve eleştiriler için bkz. **Ruhi, Muhammet Emin** (2003) "Gayrimenkul Kiralarının Sınırlandırılması Hakkındaki 4531 Sayılı Yasaya İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararına İlişkin Bir Değerlendirme", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, C: 7, S: 1-2, s. 217-238; **Altaş**, s. 99 vd.

⁵³ "(...) Mahkeme, 4531 sayılı Yasa ile kira paralarının arttırılmasına ilişkin düzenlemenin, sosyal hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmadığını, kira sözleşmelerinde tarafların gelecek yıla ait kira artışlarını serbestçe belirleme olanağını sınırladığını, bunun taşınmaz sahipleri aleyhine sonuçlar yarattığını bunun Anayasa'nın 10. ve 48. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürerek iptalini istemektedir. (...) Konut ve işyeri darlığı bulunan ülkelerde devletçe önlem alınmadığı takdirde talebin fazlalığı nedeniyle kiraların aşırı şekilde yükseleceği, bu yükselişin tüketim maddelerinin fiyatları üzerinde etkili olarak hayat pahalılığına sebep olacağı açıktır. Türkiye'de kiraların tüketici fiyat endeksi içindeki oranının yüksek olduğu, bunun hak ve adaletin gerçekleşmesini engelleyen önemli faktörlerin başında geldiği bilinmektedir. Bu nedenlerle, taşınmaz mal kiralarının sürekli yükselişi ve içinde kira paralarının önemli etkisi olan fiyat artışlarının ekonomik ve dolayısıyla sosyal yaşamı olumsuz yönde etkilemesi karşısında Devletin, sosyal huzurun sağlanması, toplumsal barış ve kamu düzeninin korunması amacıyla kiracı kiralayan ilişkilerini düzenlemesi, böylece insanımızı hak ettiği yaşam düzeyine kavuşturması, gelir dağılımını düzeltmesi ve yoksullukla mücadele etmesi Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti olmanın gereğidir. (...) Konut ve işyeri olarak çeşitli yönleriyle toplumu etkileyen taşınmaz mal kirası, özel hukuk yanında kamu hukukunu da ilgilendirmektedir. Taşınmaz mal dar-

den Anayasa Mahkemesi, 2001 yılında yapılan başvuru üzerine, geçici madde metninde yer alan “... 2001 yılında ise yıllık %10...” ibaresini oybirliği ile Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir⁵⁴. Anayasa Mahkemesi’nin ilk başvuru red-

lığının, Devletçe önlem alınmaması durumunda kiralardan normalin üstünde artacağı açıktır. Kira olgusunun bu bakımdan toplumsal bir sorun olduğu kabul edildiğinde Devletin kira konusunda kamu yararı amacıyla kimi hak ve özgürlükleri sınırlandırmasında Anayasa’nın 2., 13., 35. ve 48. maddelerine aykırılık yoktur. İptal isteminin reddi gerekir”. AYM, E. 2000/26, K. 2000/48, T. 16.11.2000; RG. 15.03.2002, Sa. 24696. Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, ret kararının gerekçesinde devletin sosyal devlet olma yönüne vurgu yapmış ve sözleşme özgürlüğünün de Anayasal sınırlara uyulmak kaydıyla sınırlanabileceğini ifade etmiştir.

⁵⁴ “(...) Mahkeme başvuru kararında, itiraz konusu kuralla, sözleşmelerde kararlaştırılan kira paralarının 2000 yılında yıllık yüzde 25, 2001 yılında ise yıllık yüzde 10 olarak artırılabilirliği; 2000 yılı program hedefinde enflasyonun yüzde 25 olarak öngörülmesine karşın yüzde 39 oranında gerçekleştiğini; bu sapma sonucunda kiralayanların yüzde 14 oranında bir kayba uğradığını; 2001 yılında ise 22 Şubat 2001 tarihindeki ekonomik kriz nedeniyle, yeni enflasyon hedefinin yüzde 50’nin üzerine çıktığını; 2001 yılı kiralardan yüzde 10 oranıyla sınırlayan düzenlemenin uygulama olanağı kalmadığını; kira parasının belirlenmesinde mülkiyet hakkının özünün zedelenmemesi gerektiğini; bu nedenlerle, itiraz konusu ibarenin Anayasa’nın 2., 5. ve 35. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. (...) Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya kullanılamaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı kabul edilemez. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak ayırık durumlarda ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlama bununla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olmamalıdır. 4531 sayılı Yasa’nın gerekçesinde de belirtildiği gibi, ekonomi kurallarına göre hak ve adalete uygun, makul bir kira parasının saptanmasında kiracıların durumu ve tüketici fiyat endeksinin üstünde seyreden kira paralarındaki artışın diğer fiyatlar üzerindeki olumsuz etkileri gözetilerek taşınmaz mal kira bedellerinin kamu yararı amacıyla ve yasayla sınırlandırılmasının Anayasa ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır. Ancak, 4531 sayılı Yasa’nın yürürlüğe girdiği tarihte öngörülen fiyat artışlarına koşut olarak kiralarda 2001 yılı için kabul edilen %10 oranındaki artış, 2001 yılında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle oluşan fiyat artışlarının çok altında kalmıştır. Böylece, kira bedellerine getirilen sınırlama, amacını aşarak kiracı ile kiralayan arasında bulunması gereken adil dengenin kiralayan aleyhine demokratik bir toplumda makûl, kabul edilebilir olarak nitelendirilemeyecek biçimde bozulması sonucunu doğurmuştur. Bu durumda, itiraz konusu ibare ile mülkiyet hakkının özüne dokunacak biçimde yapılan ölçsüz sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı ileri sürülemez. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu “... 2001 yılında ise yıllık %10...” ibaresi, Anayasa’nın 2., 5., 13. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir”. AYM, E. 2001/303, K. 2001/333, T. 19.7.2001; RG, 15.09.2001, Sa. 24524.

dedip, ikinciyi kabul etmesinde, esas olarak ara dönemde krizin patlak vermesi ve enflasyon oranlarının beklenenin çok üzerinde olması etkili olmuştur. Öyle ki enflasyon oranı 2000 yılı sonu itibarıyla %50'lere, 2001 yılı sonu itibarıyla ise Şubat krizinin de etkisiyle %90'lara çıkmıştır⁵⁵. Anayasa Mahkemesi, iptal kararının gerekçesinde özetle yüksek enflasyon oranları karşısında kira artış oranının %10 ile sınırlanmasının, ölçsüz bir sınırlama olduğunu ve kiraya veren ile kiracı arasında bulunması gereken adil dengeyi kiraya veren aleyhine makul karşılanamayacak biçimde bozduğunu ifade etmiştir.

4531 sayılı Kanun'un geçici 7. maddesi, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildikten yaklaşık yirmi yıl sonra benzer bir düzenlemenin yürürlüğe girmesi düşündürücüdür. Kanaatimizce ülkemizde ekonomik olarak büyük sıkıntılar yaşadığımız ve enflasyon ile mücadele etmeye çalıştığımız dönemlerde, kanunla bazı eşyaların ve hizmet bedellerinin sınırlandırılması sözleşme özgürlüğünü ihlal etse de Anayasal koşullara uygun olması şartı ile kabul edilebilir. Zira hukukun bir işlevi de sosyal adaleti ve eşitliği sağlamak, kamu düzenini korumaktır. Nitekim bu amaçla daha en başta sözleşmelere güçsüz tarafın korunması amacıyla çeşitli hükümler konulduğu da görülmektedir. Dolayısıyla sosyal amaçların gerçekleştirilmesi için belirli dönemlerde devletin ekonomiye müdahalesi söz konusu olabilmektedir. Bu anlamda kira bedelindeki artış oranının kanun koyucu tarafından belirli bir oranla sınırlandırılması, her ne kadar sözleşme özgürlüğünü sınırlandırır da geçici bir süre için kabul edilebilir⁵⁶. Fakat burada kiraya verenlerden beklenen fedakârlığın da makul bir düzeyde olması gerekir⁵⁷. Zira bu Anayasa m.13'te hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda yer alan ölçülülük ilkesinin de bir gereğidir. Bugün için baktığımızda %25'lik kira bedeli sınırlaması, yıllık enflasyon oranının çok altında kalmıştır.

⁵⁵ **Ruhi**, s. 234.

⁵⁶ Bkz. aynı yönde **Altaş**, s. 107.

⁵⁷ **Altaş**, 4531 sayılı Kanun'un geçici 7. Maddesini değerlendirdiği 2000 yılındaki makalesinde, enflasyon oranının 2000 yılı için %25'in üzerinde çıkması hâlinde, taşınmaz kiraya verenlerinin de mağdur olacağını ve sınırlamanın mülkiyet hakkının özüne dokunarak sözleşme özgürlüğüne aykırılık teşkil edeceğini ve Anayasa Mahkemesince iptal edilebileceğini ifade etmiştir. Bkz. **Altaş**, s. 108-109.

Öyle ki TÜİK tarafından açıklanan eylül ayı verilerinde TÜFE yıllık %83.45 olarak belirlenmiştir⁵⁸. Dolayısıyla kira artış oranlarının %25 ile sınırlandırılması, 2001 yılında olduğu gibi ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşıy ve kiraya veren ile kiracı arasında bulunması gereken adil dengeyi kiraya veren aleyhine makul karşılanamayacak bir oranda bozar.

Ayrıca hükmün bu şekilde uygulanması, kiraya verenlerin yanı sıra kiracılar açısından da olumsuzluk oluşturabilecek niteliktedir. Öyle ki kira artış oranının enflasyonun çok altında bırakılarak yüzde yirmi beş sınırına çekilmesi, kiraya verenlerin mevcut kira sözleşmelerini sona erdirerek, sınırlamanın bulunmadığı yeni bir kira sözleşmesi yapma arayışına girmelerine sebep olabilecektir. Bu anlamda kiraya verenlerin, yeni malikin ihtiyacı sebebiyle tahliye imkânından yararlanabilmek için konutları tanıdıklarına satış gibi göstermeleri ya da intifa hakkı tesis etmeleri veya kiracılardan tarihi boş bırakılmış tahliye taahhüdü almaları gibi hukuk dışı yollara başvurmaları söz konusu olabilecektir⁵⁹. Böylelikle kiraya verenler, sözleşme devam ederken elde edemeyecekleri artış oranını, yeni kira sözleşmelerinde yüksek kira bedeli belirleyerek korumaya çalışacaklardır. Bu durumda ise yeni kiracılar daha yüksek bedelli kira sözleşmeleri ile karşı karşıya kalacaklardır⁶⁰.

SONUÇ

Kira sözleşmeleri uygulamada en sık rastlanılan sözleşmelerden biridir. Öyle ki hem barınma ve mesleki faaliyetlerin yürütülmesi gibi zorunlu ihtiyaçların hem de çeşitli kültürel ve lüks ihtiyaçların karşılanmasında kira sözleşmesine başvurulmaktadır. Fakat Türk Borçlar Kanunu'nda özellikle barınma ve mesleki faaliyetlerini yürütme ihtiyacını karşılamak amacıyla sözleşme akdeden kiracıların korunmaya daha muhtaç oldukları varsayılmış ve bu sözleşmelerdeki kiracı-

⁵⁸ <<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Tuketici-Fiyat-Endeksi-Eylul-2022-45798>>.

⁵⁹ Ancak kiraya verenler tarafından ilk yol tercih edildiğinde, “yeniden kiralama yasağı” ile karşı karşıya kalınacağı; ikinci yol tercih edildiğinde ise tahliye taahhüdünün geçersizliğinin ileri sürülebileceği unutulmamalıdır.

⁶⁰ Bkz. Nihal Ural Çınar'ın görüşleri: <<https://www.cumhuriyet.com.tr/ekonomi/kira-artistini-sinirlayan-duzenlemeye-iliskin-merak-edilenler-1951262>>.

ları korumaya yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemelerden biri de konut ve çatılı işyeri kiralarında, sözleşmenin ilerleyen dönemlerinde kira bedelinin belirlenmesine ilişkin TBK m.344'tür. Söz konusu düzenlemede kiracının korunması amacıyla, kira bedelinin belirlenmesi konusu çeşitli ölçütlerle sınırlandırılmıştır.

Konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmelerindeki kira artış oranını sınırlandıran TBK m.344 yürürlüğe girdikten sonra da zaman içerisinde kira artış oranını sınırlandırıcı nitelikte yeni düzenlemeler söz konusu olmuştur. Öyle ki konut ve işyeri kiralarında kiracı dışındaki kişilerin de kiralanandan faydalanması söz konusu olduğu için bu sözleşmeler doğrudan veya dolaylı olarak toplumun genelini ilgilendirmektedir. Dolayısıyla kira bedelinin belirlenmesi konusu, toplumsal hayatın sağlıklı işleyişine doğrudan etki ettiği için, özellikle enflasyonun yüksek olduğu dönemlerde toplumsal düzenin sağlanabilmesi adına, bu sözleşmelere ve özellikle kira bedeli artış oranına ilişkin Devletin ve kanun koyucunun müdahaleleri olmuştur.

Kiracının korunması amacıyla kira artış oranına ilişkin TBK m.344'te başlangıçta yer alan ve sonradan eklenen sınırlamalar ile TBK'ya geçici madde ile eklenen sınırlama genel olarak değerlendirildiğinde; kanun koyucunun kimi zaman yerinde, kimi zaman ise sözleşme özgürlüğünün sınırlarını ciddi ölçüde zorlayan hükümler ihdas ettiği görülmektedir.

Kira bedeli artış oranına ilişkin olarak TBK m.344'ün yürürlük hâlinde bulunan sınırlamalar açısından değerlendirme yapıldığında şu sonuçlara ulaşılmıştır: Öncelikle yenilenen kira dönemlerinde kira bedelinde artırım yapılmasının temelinde, kiraya verenin enflasyondan korunması vardır. Dolayısıyla yıllık enflasyon rakamlarının belirlenmesinde ÜFE ile TÜFE'nin birlikte kullanıldığı göz önünde bulundurulduğunda, kira artış oranında ÜFE'nin dikkate alınması mantıksız değildir. Ayrıca sadece ülkede yaşanan kira bedeli artışları yerine bütün mal ve hizmetlerin ortalama artışının dikkate alınması, kiracının gelirinin endeks değerinin üzerinde artmadığı düşüncesine dayanmaktadır.

Öğretide TBK m.344/II'de, kira artış oranının taraflarca belirlenmemesi hâlinde, hâkime bir önceki yılın üretici fiyat endeks artış oranını dikkate alarak

hakkaniyete göre karar verme yetkisinin tanınması eleştirilmiştir. Tarafımızca eleştirilere şu yönden hak verilmektedir: Bu durum kira artış oranının taraflarca belirlenmesi ya da belirlenmemesi arasında haklı sebebe dayanmayan bir fark oluşturmaktadır.

Son olarak TBK m.344/IV’te yabancı paranın Türk Lirası karşısında değer kazanacağı düşüncesi ile kira bedelinin yabancı para ile belirlendiği kira sözleşmelerde beş yıl süreyle kira bedeli artışının istenememesi düzenlendiği görülmektedir. Gerçekten de enflasyon dönemleri için beklenen yabancı paranın Türk Lirası karşısında değer kazanmasıdır ve son yıllarda ülkede yaşanan ekonomik sıkıntılar neticesinde yabancı para birimlerinin Türk Lirası karşısında önemli miktarda değer kazandığı görülmüştür. Fakat yabancı para birimlerinin Türk Lirası karşısında yaşamış olduğu değer değişimleri, esas olarak dünyada gerçekleşen çeşitli olaylardan etkilendiği için, ülkede enflasyon olsa dahi, yabancı paranın değer kazanmaması hatta kaybetmesi bile mümkündür. Böyle bir durumda ise yabancı para üzerinden yapılan kira sözleşmelerindeki bedel rayiç bedelin oldukça altında kalmaktadır. Beş yıl boyunca rayiç bedel tespiti de istenemediği için, kiraya verenler açısından oldukça sıkıntılı bir durum oluşmaktadır.

17.01.2019 tarihli ve 7161 sayılı Kanun ile TBK m.344’ün birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan “*üretici fiyat endeksindeki artış*” ibareleri “*tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim*” şeklinde değiştirilmiştir. TBK yürürlüğe girdikten sonra zaman içerisinde ÜFE oranının TÜFE oranını aşması sebebiyle kanun koyucunun, kiracıyı korumak amacıyla böyle bir değişikliğe gittiği görülmektedir. Fakat ileride yeniden ÜFE, TÜFE’den düşük olursa yine bir kanun değişikliğinin mi söz konusu olacağı hususu düşündürücüdür.

7161 sayılı Kanun m.56 ile TBK m.344’te gerçekleştirilen bir değişiklik de f. 4’ün ilk cümlesinin, “*sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa ‘20/2/1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak şartıyla’ beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz*” şeklinde değiştirilmesidir. 1567 sayılı Kanun m.1 gereğince, Türk

parasının korunmasına dair kararlar alınmasında Cumhurbaşkanı yetkili kılındığı için yapılan değişiklik ile kira bedelinin yabancı para olarak kararlaştırılmasının ancak 85 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ve buna bağlı olarak Hazine ve Maliye Bakanlığınca yayımlanan 2018-32/51 ve 2018-32/52 No.lu Tebliğler çerçevesinde mümkün olduğu kabul edilmiştir. Günümüzde sosyal devlet olmanın bir gereği olarak devletin sözleşme özgürlüğüne müdahale edebileceği kabul edilmektedir. Fakat sözleşme özgürlüğüne yönelik sınırlamaların Anayasa ile çelişmeyerek kanunla yapılması, ölçülü olması ve özgürlüğün özüne dokunmaması gereklidir. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğüne etki edecek nitelikteki böyle bir düzenlemenin, 1567 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile yürütme organına tanınan oldukça geniş nitelikteki düzenleme hakkı ile değil kanun ile yapılması gerekirdi. Ayrıca devletin sözleşme özgürlüğüne yönelik müdahalelerinin sözleşmenin tarafları arasındaki denge gözetilerek ve ölçülü bir şekilde yapılması gerekir. Bu anlamda söz konusu sınırlama, konut kiralari için makul karşılanabilirken, bazı işyeri kiralari için aşırı sayılabilmektedir.

Avukatlık Kanunu ile Türk Borçlar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.4 ile TBK'ya geçici bir madde eklenerek, konut kirası sözleşmelerinde kira artış oranı, m.344'te yer alan sınırlamaların yanında ayrıca bir de önceki kira yılına ait kira bedelinin %25'i ile sınırlandırılmıştır. Sosyal devlet olmanın bir gereği olarak, devletin belirli dönemlerde ekonomiye müdahalesi ve kira bedelindeki artış oranının kanun koyucu tarafından belirli bir oranla sınırlandırılması, her ne kadar sözleşme özgürlüğünü ihlâl etse de geçici bir süre için kabul edilebilir. Fakat bugün için %25'lik kira bedeli sınırlamasının, yıllık enflasyon oranının çok altında kaldığı görülmüştür. Dolayısıyla kira artış oranlarına ilişkin %25 oranındaki sınırlama, 2001 yılında olduğu gibi ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşır ve kiraya veren ile kiracı arasında bulunması gereken dengeyi kiraya veren aleyhine, fedakârlık gösterilemeyecek oranda bozar.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk** (2005) “Kira Sözleşmesi ve Kefalet”, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu- Legal Hukuk Dergisi, C: 3, S: 34, s. 3685-3691.
- Akcaal, Mehmet** (2022) “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinde Artışa İlişkin 7161 Sayılı Kanun’la Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, S: 1, s. 361-384.
- Altaş, Hüseyin** (2000) “Kira Parası Artışlarının Sınırlanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 49, S: 1, s. 97-116.
- Antalya, Osman Gökhan** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C: V/1, 1, Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Arpacı, Abdülkadir** (2008) “Konut ve İşyeri Kiralarının Aynı Hükümlere Tabi Kılınması Doğru Mudur?”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 2, s. 3-7.
- Ateş, Derya** (2007) “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C: 20, S: 72, s. 75-93.
- Aydoğdu, Murat** (2018) Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair 85 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ve bu Kararın Uygulanmasına İlişkin Tebliğ Uyarınca Döviz Cinsinden veya Dövizde Endeksli Ödemeleri İçeren Sözleşmelerde Öngörülen Uygulamalara İlişkin Değerlendirmeler, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Başpınar, Veysel** (1998) Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Bucher, Eugen** (2011) Basler Kommentar Obligationenrecht I Art.1-519 OR, 5. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Burcuoğlu, Halûk** (2008) “Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira ile İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, s. 17-46.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan** (2018) Kira Sözleşmesinde Yan Giderler, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Doğrul, Sefa** (2019) “Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar’ın 4/g ve Geçici 8. Maddelerinin Anayasaya Aykırılık Sorunu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: 35, S: 2, s. 235-269.
- Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal** (2022) Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C: I, m.1-48, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

- Ercöşkun Şenol, H. Kübra** (2016) “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m.27”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 74, S: 2, s. 709-737.
- Erdoğan, İhsan** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin** (1976) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C: 1, 2. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası.
- Gauch, Peter/Schlupe, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan** (2020) Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Auflage, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG.
- Gökyayla, K. Emre** (2013) “Türk Borçlar Kanununun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin 344. Maddesinin Değerlendirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C: 9, S: 103-104, s. 18-51.
- Gökyayla, K. Emre** (2019) İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, C: 4-5 (Madde 207-392), 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Gökyayla, K. Emre** (2019) “32 Sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kararın Satış ve Eser Sözleşmelerinde Bedele Etkisi”: Topuz Murat, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 71-88.
- Gümüş, Mustafa Alper** (2012) “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Higi, Peter/Bühlmann, Anton** (2019) ZK-Zürcher Kommentar, Die Miete Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art.253- 273c OR) Art.253-265 OR, 5. Auflage, Zürich-Basel-Genf, Schulthess Juristische Medien AG.
- Huguenin, Claire** (2011) Basler Kommentar Obligationenrecht I Art.1-529, 5. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag.
- İnce Akman, Nurten/Özyakışır, Özkan** (2021) “Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 11, S: 2, s. 725-770.
- İnceoğlu, M. Murat** (2017) Kira Hukuku, C: 2, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları.
- İnceoğlu, M. Murat/Baş, Ece** (2011) “Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kira Parasının Belirlenmesi”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 523-548.

- Kağıtçıoğlu, Mutlu** (2020) “Döviz Cinsinden veya Dövizle Endeksli Sözleşme Yapma Özgürlüğünün Yürütmenin Düzenleyici İşlemleriyle Sınırlandırılması Sorunu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, C: 24, S: 3, s. 265-303.
- Kapancı, K. Berk** (2015) “Bir Yıldan Uzun Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Türk Lirası Üzerinden Belirlenmesinde TBK M.344 F.1 C.Son’un Yorumlanması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C: 2, s. 809-834.
- Kaşak, Fahri Erdem** (2019) Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.
- Kaya, İlkey** (2014) “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 123-124, s. 171-196.
- Kılıç Öztürk, Gizem** (2017) “Kira Tespit Davası ve Esasları”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 129, s. 229-260.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2022) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Kılıçoğlu, Ahmet** (2008) Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Eleştiriler, 1. Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Kuntalp, Erden/Barlas, Nami/Ayanoğlu Morali, Ahu/Çavuşoğlu Işıntan, Pelin/İpek, Mehtap/Yaşar, Mert/Koç, Sedef** (2005) Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, 1. Baskı, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz Turgut** (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C: I, 18. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Öktem Çevik, Seda** (2022) “Türk Borçlar Kanunu m.344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 24, S: 1, s. 39-77.
- Öktem Çevik, Seda** (2019) “Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın Kira Sözleşmelerinde Uygulama Alanı”: Topuz Murat, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 89-112.
- Öncü, Özge** (2012) “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi”, İzmir Barosu Dergisi, Y: 77, S: 2 Mayıs, s. 300-348.

- Özen, Burak** (2016) “Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 2033-2062.
- Özer, Tülay** (2011) “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Kira Tespit Davasının Niteliği”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, C: 8, S: 2- C: 9, S: 1, s. 1013-1033.
- Özsöker, Gökberk** (2016) “Türk Borçlar Kanunu’nun Emredici Hükümlerinin Sözleşme Özgürlüğü Kapsamında Değerlendirilmesi”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 1, s. 59-78.
- Özyakışır, Özkan** (2019) Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Ruhi, Muhammet Emin** (2003) “Gayrimenkul Kiralarının Sınırlandırılması Hakkındaki 4531 Sayılı Yasaya İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi. C: 7, S: 1-2, s. 217-238.
- Sarı Fidan, Özlem** (2022) Kira Sözleşmelerinde Teminatlar, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Tan, Turgut** (2014) “Sözleşme Özgürlüğüne Kamunun Müdahalesi”, Prof. Dr. Yıldırım Uluer’e Armağan, s. 513-524.
- Tandoğan, Halûk** (2008) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C: 1/2, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Tandoğan, Halûk** (1968) “Türk Hukukunda Kira Bedelinin Sınırlanması ve Tespiti”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: 4, S: 4 Temmuz, s. 593-614.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altıp, Atillâ** (1993) Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat** (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Terzi, Harun/Tütüncü, Asiye** (2017) “Türkiye’de Üretici Fiyat Endeksi ve Tüketici Fiyat Endeksi Arasındaki İlişkinin İncelenmesi: ARDL Sınır Testi Yaklaşımı”, Sosyoekonomi, C: 25, S: 34, s. 173-186.

- Topuz, Seçkin/Topuz, Gökçen** (2008) “Yeni Dönem Artış Oranını Sınırlandıran Kanun Hükümlerinin İptalinden Sonraki Hukuki Durum ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Amacıyla Açılan Davaların Hukuki Niteliği”, Ankara Barosu Dergisi, Y: 66, S: 2 Bahar, s. 74-89.
- Tunçomağ, Kenan** (1976) Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C: I, 6. Baskı, İstanbul, Sermet Yayınları.
- Uçan, Okyay** (2014) Döviz Kuru Dinamikleri Euro-Dolar Nasıl Değişir?- Döviz Neler Etkiler?, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Ural Çınar, Nihal** (2018) “2020’ye 2 Kala 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Ertelenen Hükümler”, Fasikül Hukuk Dergisi, C: 10, S: 100, s. 161-168.
- Yavuz, Nihat** (2021) Yeni TBK ve HMK’ya göre Kira Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak** (2019) Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Yeniocak, Umut** (2019) “Dövizle Sözleşme Kurma Yasağı ve Yasağa Aykırılığın Yaptırımı”: Topuz Murat, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 55-70.
- Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre** (2021) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

DÜZELTME

Siyasi Partilerin Kapatılması ve Demokratik Toplumda Gereklilik İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nin Yıl 3, 2018/1 sayısında, 73-106 sayfa aralığında yayınlanan “*Siyasi Partilerin Kapatılması ve Demokratik Toplumda Gereklilik İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme*” başlıklı sayın Dr. Öğr. Üyesi Zeynep HAZAR’a ait makalenin 98. sayfasında, “3. Siyasi Partilerin Kapatılması ve Gerekliliğin Anlamı: Bastıran Bir Toplumsal İhtiyaç ve Ölçülülük” başlığı altında dizgi sürecinde sehven silinen kısımlar olduğu için ilgili başlık düzeltilmiş olarak aşağıda sunulmaktadır. Bundan dolayı yazardan ve değerli okuyucularımızdan özür dileriz.

YBHD Editörler Kurulu

3. Siyasi Partilerin Kapatılması ve Gerekliliğin Anlamı: Bastıran Bir Toplumsal İhtiyaç ve Ölçülülük

Mahkemeye göre “*gerekli*” nitelemesi 40. maddenin ikinci fıkrası anlamında “*zorunlu (indispensable)*” terimiyle eş anlamlı olmadığı gibi 2. maddenin 2. fıkrası ve 6. maddenin 1. fıkrasındaki “*mutlak surette gerekli (absolutly necessary)*” ve “*muhakkak gerekli (strictly necessary)*” kelimeleriyle ve 15. maddenin 1. fıkrasındaki “*tam tamına durumun gerektirdiği ölçüde (to the extent strictly required by the exigencies of the situation)*” ifadesiyle eş anlamlı olmadığı gibi, “*kabul görebilir (admissible)*”, “*normal ordinary)*”, “*yararlı (useful)*”, “*makul (reasonable)*” veya “*elverişli (desirable)*” terimlerinin yumuşaklığına da sahip değildir. Sözleşme kapsamında “*gereklilik*” meşru amacı korumak için daha az sınırlayıcı bir müdahalenin yapılmasının mümkün olmamasını ifade etmektedir¹⁰⁵.

¹⁰⁵ **Korff, Douwe**; “*The Standard Approach Under Articles 8-11 ECHR and Article 2 ECHR*”, 3, <http://ec.europa.eu/justice/news/events/conference_dp_2009/presentations_speeches/KORFF_Douwe_a.pdf>, s.e.t. 8.2.2017.

Mahkeme, siyasi partilerin kapatılmasında gereklilik incelemesi yaparken iki hususu göz önüne alır. Öncelikle Sözleşmeci devlet tarafından yapılacak müdahalenin “*bastıran bir toplumsal ihtiyaca (a pressing social need)*” cevap vermesi gerekmektedir¹⁰⁶. Böyle bir ihtiyacın var olup olmadığının tespiti, öncelikle müdahalenin yapıldığı tarihte ülkenin içinde bulunduğu duruma göre değerlendirilecektir. Aynı zamanda Sözleşmeci devletin müdahalesi, ülkenin içinde bulunduğu duruma ilişkin hususlara dayanan kabul edilebilir bir değerlendirmeye dayanmalıdır¹⁰⁷. Siyasi parti kapatma davalarında bastıran bir toplumsal ihtiyacın olup olmadığının tespiti başlıca üç sorunun cevabı ile aranmaktadır: (1) Demokrasi için tehlike oluşturan makul deliller yeterli derecede mevcut mudur? (2) Siyasi partinin liderleri ve üyelerinin eylemleri ve konuşmaları bir bütün olarak partiye atfedilebilir mi? (3) Partiye atfedilebilen eylem ve konuşmalar bir bütün olarak demokratik toplum kavramıyla uyumlu olmayan bir toplum modeli sunuyor mu?¹⁰⁸. Mahkeme bu üç sorunun cevabına göre partiye uygulanan kapatma tedbirinin demokratik toplumda gerekli olup olmadığına karar vermektedir.

Bunun yanında Mahkeme parti kapatma davalarında ülkenin içinde bulunduğu durum kadar tarihsel arka planı ve ülkenin siyasi sistemini de dikkate almaktadır. Nitekim Refah partisi kararında 11. maddenin ihlal edilmediği kararını verirken Anayasadaki laiklik ilkesinin Türkiye için ifade ettiği tarihsel, siyasi ve sosyolojik anlam üzerinde dururken¹⁰⁹, Herri Batasuna ve Batasuna kararında İspanya’daki özerklikler sistemini ve ayrılıkçı partilere tanınan geniş özgürlük alanını dikkate almıştır¹¹⁰. Benzer bir biçimde DTP kararında, DTP ile yakın siyasi söyleme sahip tüm siyasi partilerin Anayasa Mahkemesi kararı ile kapatıldığına dikkat çekmiş, DTP’nin Kürt sorununa barışçıl çözümler sunma hedefini her alanda vurgulamasının altını çizmiştir¹¹¹.

¹⁰⁶ *Handyside v. The United Kingdom*, p. 48, *Christian Democratic People’s Party v. Moldova*, p. 68.

¹⁰⁷ *Greer*, s. 14.

¹⁰⁸ *Refah Partisi v. Türkiye (Büyük Daire)*, p. 104.

¹⁰⁹ *Refah Partisi v. Türkiye (Daire)*, p. 52.

¹¹⁰ *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, p. 63.

¹¹¹ *DTP v. Türkiye*, p. 81.

Belirtilmelidir ki insan haklarının sınırlandırılması her durumda demokrasinin ilkeleri ile düzenlenmiş toplum hayatında meydana gelen düzensizliklere karşı alınan bir önlemdir. Bu nedenle bu sınırlandırmanın temel amacı toplumun olağan düzeninin yeniden kurulması olmalıdır. Bu sınırlandırma, gerçekleştirmek istediği amacı aşmayacak bir biçimde belirlenmelidir¹¹². Bu nedenle mahkemenin gereklilik incelemesinde değerlendirdiği ikinci husus korunmak istene meşru amaç ile müdahale arasında ölçülülük olup olmadığıdır¹¹³. Bastıran bir toplumsal ihtiyaca cevap verse dahi ölçüsüz olan bir müdahale, 11. maddeye ilişkin bir ihlal kararının çıkmasına sebep olacaktır.

Mahkeme gereklilik incelvesinin her iki ayağında da ulusal takdir marjının varlığından söz etse de bu takdir Avrupa denetimi ile mümkün görülmüştür¹¹⁴. Mahkeme gereklilik incelemesini yaparken ilgili ulusal otoritelerin yerine geçip bir karar vermektan ziyade kullanılan ulusal takdiri m.11 kapsamında gözden geçirmektir. Bu mahkemenin incelemesini, özellikle takdir hakkının makul, dikkatli ve hakkaniyete uygun kullandığının tespitine hasretmesi anlamına gelmemektedir. Mahkeme başvuru ışığında yakınılan müdahaleye bir bütün olarak bakmalı ve yapılan müdahalenin meşru amaçla ölçülü olup olmadığına ve ulusal makamların bu müdahaleyi haklı kılmak için ileri sürdüğü nedenlerin uygun ve yeterli olduğuna karar vermelidir. Mahkeme m.11'de ortaya konulan ilkelere uygun standartların ulusal makamlarca uygulandığına ve ulusal makamlarca verilen kararın ilgili bulguların kabul edilebilir bir değerlendirilmesine dayandığı konusunda tatmin olmalıdır¹¹⁵. Herri Batasuna ve Batasuna v. İspanya kararında İspanya'nın özerklikler sistemine ve ayrılıkçı partilere tanınan geniş alana vurgu yaparak, partilerin kapatılmasını haklı bulan Mahkeme; DTP kararında Türkiye'nin Güneydoğusunda yaklaşık 1985 yılından bu yana güvenlik güçleri ile PKK üyeleri arasında can kayıplarına yol açan ciddi sıkıntıların yaşandığı ve güvenlik bakımından var olan durumu ağırlaştırarak nitelikteki açıklamalar ya

¹¹² Tümay (2011), s. 3.

¹¹³ Handyside v. The United Kingdom, p. 48, Christian Democratic People's Party v. Moldova, p. 68.

¹¹⁴ Handyside v. The United Kingdom, p. 48, Christian Democratic People's Party v. Moldova, p. 68.

¹¹⁵ Christian Democratic People's Party v. Moldova, p. 70.

da eylemler konusunda mercilerin duyduğu endişelerin farkında olduğunu belirtmekle birlikte Partinin, kendi üyelerinin ya da yerel yöneticilerinin terörizme dolaylı bir destek olarak yorumlanabilecek nitelikteki eylem veya konuşmalarıyla açıkça mesafeli olmamasının kamu düzeni veya başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması üzerinde nispeten sınırlı bir potansiyel etki yarattığı kanısına varmıştır. Bu sınırlı etki nedeniyle Mahkeme, DTP'nin temelli kapatılmasının izlenen amaçlarla orantılı olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir¹¹⁶.

¹¹⁶ DTP v. Türkiye, p. 98, 109.

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review (YBLR)

YAYIN VE YAZIM KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi yılda iki kez yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir.
2. Editörler Kurulu, Derginin bir sayısını belirli bir temaya ya da armağana özgüleyebileceği gibi, ayrı bir “Özel Sayı” olarak da yayınlayabilir.
3. Dergide Türkçe, Almanca, Fransızca ve İngilizce çalışmalar yayınlanmaktadır.
4. Yazarların, Dergiye gönderdikleri çalışmalarının; denetimini yapmış oldukları, gönderdikleri haliyle basılabileceğini taahhüt ettikleri ve dergiye ait yayın ve yazım kurallarını kabul ettikleri varsayılır. Bilimsel ve etik ölçütler ile Dergi yayın ve yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışı içerdiği tespit edilen çalışmalar, Editörler Kurulu tarafından her aşamada geri çevrilir. Yayınlanması uygun bulunmayan çalışmalara ait hakem değerlendirme formları “DergiPark” yoluyla yazara iletilir. Yayınlanmayan çalışmalar, yazarlarına geri gönderilmez.
5. Editörler Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak en az iki hakemin denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazar, çalışmasında sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar hakem denetimine başvurulur. Hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda Editörler Kurulu çalışmanın üçüncü bir hakeme gönderilmesine karar verebilir.
6. Editörler Kurulu, Derginin çıkacak ilk sayısına daha önceden kabul edilen çalışmaların sayısı ile konu ve alan çeşitliliğini göz önünde bulundurmak suretiyle, değerlendirme aşamalarını tamamlayarak yayına hazır hale gelen çalışmanın hangi sayıda yayınlanacağına karar verir. Bu durum, gerekçesi ile birlikte yazarına bildirilir.
7. Son gönderim tarihinden sonra Dergiye gönderilen çalışmalar, kural olarak sonraki sayı için gönderilmiş kabul edilir. Son gönderim tarihinden sonra Dergiye ulaşan çalışmaların, hakem incelemelerinin yetişmesi kaydıyla, güncel sayıda yayınlanıp yayınlanmayacağı, ilgili sayıdaki çalışma sayısı, konu ve alanlar dikkate alınarak Editörler Kurulunca değerlendirilir.
8. Dergiye gönderilen çalışmalar, 3.000 kelimedenden az ve 12.000 kelimedenden çok olamaz. Her çalışmada 150-250 kelime arası özet ve 5-10 kelime arası anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın başlığı, özeti ve anahtar kelimeler ayrıca İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmalıdır. Çalışmanın özeti ve anahtar kelimeler, dil editörleri tarafından ayrıca incelenecek ve gerekli dil bilgisi düzeltmeleri yazarına bildirilerek yapılabilecektir.

9. Dergiye gönderilen çalışmalar daha önce başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
10. Dergide yayınlanan bir çalışmanın idari, bilimsel ve telif hakları sorumlulukları dahil olmak üzere tüm hukuki ve etik sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir. Dergide yayınlanacak olan çevirilerde, çevirisi yapılan çalışmanın yazarı ile varsa yazar dışındaki telif hakkı sahibinden alınan rıza beyanlarının çalışma ile eş zamanlı olarak Dergiye gönderilmesi zorunludur. Dergide yayınlanan çevirilerin telif hakları sorumluluğu başta olmak üzere tüm hukuki sorumluluğu çevirmene aittir.
11. Dergiye gönderilecek çalışmaların “DergiPark” sistemi üzerinden gönderilmesi zorunludur. Yazarlar ayrıca; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, ORCID kimliklerini, yazışma adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini içeren ayrı bir belgeyi de “DergiPark” sistemi üzerinden göndermelidirler.
12. Dergiye gönderilen bir çalışmanın yayınlanıp yayınlanmayacağı, yapılacak olan hakem denetimi ve Editörler Kurulunun incelemesi neticesinde belirlenir ve sonuç yazarına “DergiPark” yoluyla bildirilir.
13. Yazarlar, Dergiye gönderdikleri çalışmalarına ilişkin işleme, çoğaltma ve yayma haklarını Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi’ne devrettiklerini kabul etmiş sayılırlar. Dergide yayınlanacak çalışmaların, elektronik ortamda tam metin olarak yayınlamak da dahil olmak üzere, tüm yayın hakları Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi’ne aittir.
14. Yazara, yayınlanmak üzere Üniversite tarafından kullanılmasına izin verdiği haklara karşılık herhangi bir telif ücreti ödenmez. Dergiye yayınlanmak üzere çalışmasını gönderen yazar bu durumu kabul etmiş sayılır.
15. Dergide, makaleler dışında; kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesine ilişkin değerlendirme Editörler Kurulu tarafından yapılır.
16. Süresi içerisinde hakem incelemesi tamamlanmayan çalışmalar, yazarı tarafından yayınlanmaması yönünde ayrıca ve açıkça bir talepte bulunulmadığı sürece derginin sonraki sayısında/sayılarında değerlendirilir.
17. Çalışma içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. KALIN ve TÜMÜ BÜYÜK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

18. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça aşağıda belirtilen Atıf Kuralları'na uygun olarak yapılmalıdır.
19. Yayınlarımızın resmî web adresi www.ybhukukdergisi.com adresidir.

ATIF KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nde yayımlanacak makaleler aşağıda detayları belirtilen atıf usulüne uygun olarak hazırlanmalıdır.
2. Makalelerde sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır.
3. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) sistemi takip edilmelidir.
4. Özgün bir esere (arşiv belgesi vb.) atıf yapılması gerekiyorsa, tercih edilen yöntem tüm makalede yeknesak şekilde kullanılmalıdır.
5. Bir esere ilk atıf yapıldığı yerde tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (**Yazarın Soyadı**, **atıf yapılacak sayfa**) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin yayınlandığı yıl belirtilerek (**Yazarın Soyadı (YIL)**, **atıf yapılacak sayfa**) atıf yapılmalıdır. Yazarın aynı yıl içerisinde yayınlanmış iki eseri varsa yıl bilgisinin yanına a,b harfleri konulmalıdır (**Yazarın Soyadı (YILa veya YILb)**, **atıf yapılacak sayfa**).
6. Bir esere yapılan ilk atıfta ve kaynakçada sadece yazarın soyadı ve adı koyu karakterle yazılacak, sonraki atıflarda ise sadece soyad koyu karakterle yazılacaktır.
7. “^” işareti o kaynak türünde konuyla ilgili bir bilgi varsa, ilgili bilginin belirtilmesi gerekliliğini ifade eder.
8. “s.e.t.” ifadesi son erişim tarihini ifade eder.

KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek İlk Atıf ve Kaynakça Atfı:

Uşan, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.25.

Örnek Kısa Atıf:

Uşan, s.25.

İki yazar durumunda:

Yazarın Soyadı, Adı/İkinci Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Acer, Yücel/Kaya, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.

Dört veya daha fazla yazarlı durumlarda:

İlk atıfta ve kaynakçada yukarıdaki usul ile tam künyeye yer verilecek, sonraki atıflarda ilk üç yazarın soyadları yazıldıktan sonra ve diğerleri denilmek suretiyle atıf yapılacaktır.

Örnek İlk Atıf ve Kaynakça Atfı:

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Örnek Kısa Atıf:

Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri, s.13.

EDİTÖRLÜ KİTAP

Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Dülger, İbrahim (Editör) (2010) Hukuka Giriş, 4.Baskı, Konya, Sayram.

KİTAP BÖLÜMÜ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”: Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Uşan, M. Fatih (2014) “İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi”: Aydın, Ufuk / Kocabaş, Fatma (Editörler), Bireysel İş Hukuku, 1.Baskı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları.

ÇEVİRİ KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı (Yıl) Çeviri Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi).

Örnek:

Dworkin, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Baskı, London, Gerald Duckworth (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1.Baskı, Ankara, Dost).

ELEKTRONİK KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Demircioğlu, A. Murat (2010) Labor in Law Turkey,

<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> s.e.t. 10.08.2015.

ELEKTRONİK KİTAP BÖLÜMÜ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”: Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap Adı <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Keser, Leyla/Kaya, Mehmet Bedii (2015) “Multistakeholder as Governance Groups: Observations from Case Studies: Turkish Internet Improvement Board”: Gasser, Urs / Budish, Ryan / West, Sarah Myers (Editörler), The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, <http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet_governance> s.e.t. 10.08.2015.

MAKALE

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”, Dergi adı, C:(^Cilt), S:(^Sayı), s. İlk-Son sayfa aralığı.

Örnek Kaynakça Atfı:

Uşan, M. Fatih (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C:10, S:1, s.1-48.

Örnek İlk Atfı:

Uşan, M. Fatih (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C:10, S:1, s.20.

Örnek Kısa Atfı:

Uşan, s.22.

ELEKTRONİK MAKALE

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”, ^Dergi adı <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Uşan, M. Fatih (2003) “Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı”, e-akademi, <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> s.e.t. 28.07.2015.

KONFERANS TEBLİĞİ

Yazarın Soyadı, Adı (^Basım Yılı) “Tebliğin Başlığı”, Editörün Soyadı, Adı (Editör) Konferans adı, Tarih, Yer.

Örnek:

Uşan, M. Fatih “Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği”: Toprak, Ahmet (Editör), 7. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, 4-7 Mayıs 2014, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, İstanbul.

TEZ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Tez Başlığı”, (Türü: Yüksek Lisans-Doktora), Üniversite, Enstitü.

Örnek:

Kılınç, Ahmet (2013) “Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir” (Doktora), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

MAHKEME KARARI

Dava Adı, Mercı, ^Başvuru no, ^E; K; T; ^Kaynak

Örnek 1:

Burak Günay Başvurusu (2), AYM, Başvuru No:2013/6218, K.T. 10.6.2015.

Örnek 2:

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

İNTERNET ADRESİ

Soyadı, Adı, Mecra, Başlık, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Uşan, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

- İlgili internet adresinde metin tek bir internet sayfasından oluşuyorsa ilk atıfta yukarıdaki gibi tam künye yazıldıktan sonra diğer atıflarda ilk dipnota atıf yapılacaktır.

Örnek: Uşan, dn. 24.

RAPOR

Soyadı, Adı (Yıl) Kurum, Başlık, Rapor Adı, ^Rapor No; <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Oğuz, Fuat & Kent, Bülent (2011) İstanbul Ticaret Odası, "Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler", <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-anayasa-arastirmasi.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

GENERAL SUBMISSION GUIDELINE

1. Yıldırım Beyazıt Law Review is an internationally refereed journal published semiannually.
2. The Editorial Board may decide to dedicate an issue to a specific theme, publish a commemorative issue, or publish a 'Special Issue'.
3. The manuscripts can be written in Turkish, English, German, or French.
4. Submitted studies for the Review are understood to be the final versions. Therefore, the authors guarantee that they have reviewed manuscripts before submitting them to the Review, approve them to be published as they have submitted, and accept the rules of citation of the Review. The Editorial Board reserve the right to refuse manuscripts that do not conform with the scientific or ethical criteria or the submission guideline or include misspelling above average in any stage. For the rejected unqualified manuscripts, a referee assessment form is sent to the authors by 'Dergipark'. Unqualified manuscripts do not send back to the authors.
5. After the first review of the Editorial Board, the submitted manuscripts are sent to at least two blind referees for evaluation, without the authors' name. Upon the correction requests of the referees, the authors can only make the necessary alterations based on the referees' reports. Following these alterations, if compulsory, the referees may review the manuscripts again. If one referee assessment is affirmative and the other referee assessment is negative, the Editorial Board has the right to send the study to a third referee.
6. The Editorial Board remains the right to decide on the number of the studies that have previously been accepted for publishment in the first issue and in which issue to publish the manuscripts that have completed their assessment process and ready to be published, in accordance with the varieties of the topics and branches. This decision and the reason are sent to the author.
7. The manuscripts sent to the Review after the submission deadline, are considered for the next issue. However, if the refereed review is completed on time, with the Editorial Board's approval, these studies may be published on the current number. The Editorial Board will take the number of the manuscripts, the branches, and the topics of the present issue into consideration.
8. The submitted manuscripts should be more than 3,000 words and fewer than 12,000 words. The studies should consist of an abstract between 150-250 words and between 5-10 keywords. If the text is in Turkish, the title, the abstract, and the keyword should also be in English, German, or French. The abstract and the keywords will be reviewed, and if needed, the necessary alterations will be made by the Language Editors. The alterations will be reported to the authors.

9. The submitted manuscripts should not be published elsewhere nor submitted to other journals for publication.
10. The following rights remain reserved to the authors: legal and ethical responsibilities including administrative, scientific, and copyright responsibilities and criminal liabilities of the published manuscripts. In submitted translations, the authors'-and if necessary other copyright owners'-consent is sent to the Review simultaneously. Including the copyright responsibility, all the responsibility of the published translation belongs to the translator.
11. The Review requires the submission of manuscripts by 'Dergipark'. In this submission, the authors should also submit their ORCID numbers, degrees, mission agencies, contact addresses, phone numbers, and e-mails in a different document.
12. The acceptance for publishment of a submitted manuscript will be decided by the Editorial Board according to the blind referee reports and the Editorial Board's review. The acceptance and rejection decision will be sent to the authors by 'Dergipark'.
13. The submitted manuscripts' authors accept to alienate the rights to adapt, make copies, and distribute copies of the studies to Ankara Yıldırım Beyazıt University. The accepted manuscripts for publishment's all publication rights, including publishing the studies on the internet, belongs to the Ankara Yıldırım Beyazıt University.
14. The submitted manuscripts' authors accept not to receive any royalty or other payment.
15. In addition to articles, book reviews, legislative assessments, and informative remarks can be published on the Review. The acceptance or rejection decision of such manuscripts belongs to the Editorial Board.
16. If the refereed reviews are not completed on time unless otherwise directly and additionally stated by the authors, the submitted manuscripts will be considered for the next issue/issues.
17. Titles within the text should be organized as follows:

I. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD

A. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD

1. Only First Letters Capital and Bold

a. Only First Letters Capital and Regular

i. Only First Letters Capital and Regular

18. Bibliography should be arranged alphabetically based on the surname of the referenced authors at the end of the article. Citations should be showed as footnote at the end of each page. Citations and bibliography should be organized in conformity with the Rules of Citation.
19. Official web page of our publications is www.ybhukukdergisi.com.

RULES OF CITATION

1. The articles that are submitted to Yıldırım Beyazıt Law Review should be written according to the Rules of Citation detailed below.
2. The articles should be composed by footnote citation.
3. If there is no rules in this attribution system, OSCALA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) system must be followed.
4. When it is necessary to refer to an original work (like archive documents, etc.), preferred method should be used in a uniform manner throughout the article.
5. All details of treatise should be indicated in the first place where cited to it. In the ongoing parts of article, citation should be an abbreviation such as (**Author's Surname**, page to be cited). If more than one treatise of the same author has been cited, in order to distinguish the treatise in abbreviation, that should be cited thereby indicating the year (**Authors Surname** (year), page to be cited) which treatise is published.
6. Author's surname and first name should be bold in the first place of citation and bibliography. In the ongoing parts of article only the Author's surname should be cited bold in footnotes.
7. If there is information on the issue of resource type, “^” sign refers to the requirement to indicate the relevant information.
8. The “l.a.d.” expression refers to the date of last access.

BOOK

Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher.

Example in First Citation and Bibliography:

Uşan, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Edition, Ankara, Seçkin, p.25.

Short Citation Example:

Uşan, p.25.

In case of two author:

Author's Surname, Name/2. Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

Example:

Acer, Yücel/Kaya, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Edition, Ankara, Seçkin.

In case of four and more author:

All details of treatise should be indicated in first place where cited to it; in the ongoing parts of article after the first three authors' surnames the other authors should be represented with the shortening of "and others"

Example in First Citation and Bibliography:

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, Ilker (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Edition, Ankara, Seçkin.

Short Citation Example:

Özbek/Doğan/Bacaksız and others, p.13.

EDITED BOOK

Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher.

Example:

Dülger, İbrahim (Editor) (2010) Hukuka Giriş, 4. Edition, Konya, Sayram.

BOOK SECTION

Author's Surname, Name (Year) "Article title": Editor's Surname, Name (Editor/s), Book title, Edition, City, Publisher.

Example:

Uşan, M. Fatih (2014) "İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi": Aydın, Ufuk/Kocabaş, Fatma (Editors), Bireysel İş Hukuku, 1. Edition, Eskisehir, Anadolu University Publications.

TRANSLATION BOOK

Author's Surname, Name (Year), Book's Name, Edition, City, Publisher (Translator: Translator's Surname, Name (Year) Translation Book's Name, Edition, City, Publisher).

Example:

Dworkin, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Edition, London, Gerald Duckworth (Translator: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Edition, Ankara, Dost).

ELECTRONIC BOOKS

Author's Surname, Name (Year) Book's Name, <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Demircioğlu, A. Murat (2010) Labor in law Turkey, <<http://search.eschost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> l.a.d. 10.08.2015.

ELECTRONIC BOOK CHAPTER

Author's Surname, Name "Article's Name": Editor's Surname, Name (Year) Book's Name <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Keser, Leyla/Kaya, Mehmet Bedii (2015) "Multistakeholder as Governance Groups: Observations from Case Studies: Turkish Internet Improvement Board": Gasser, Urs/Budish, Ryan/West, Sarah Myers (Editörler), The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, <http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet_governance> l.a.d. 10.08.2015.

ARTICLE

Surname, Name (Year) "Article's Name", Journal's Name, I: (^Issue) V: (^Volume), The first-last page range.

Example in Bibliography:

Uşan, M. Fatih (2008) "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", Kamu İş, I:1, V:10, p.1-48.

Example in Firs Citation:

Uşan, M. Fatih (2008) "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları" Kamu İş, I:1, V:10, p.20

Short Citation Example:

Uşan, p.22.

ELECTRONIC ARTICLE

Surname, Name (Year) "Article's Name", Journal's Name <Internet address> I.a.d. Date.

Example: **Uşan, M. Fatih** (2003) "Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı", e-academy <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> I.a.d. 28.07.2015.

CONFERENCE PROCEEDING

Author's Surname, Name (^Year) "Title of the Annunciation", Editor's Surname, Name (Editor/s), Conference Name, Date, Place.

Example:

Uşan, M. Fatih, "Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği": Toprak, Ahmet (Editor), 7. International Occupational Health and Safety Conference, 4-7 May 2014, Labor and Social Security Ministry-Occupational Health and Safety General Directorate, İstanbul.

THESIS

Author's Surname, Name (Year) "Thesis Head" (Type: Masters-Doctorate), University, Institute.

Example:

Kılınç, Ahmet (2013) "Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir" (Doctorate), Gazi University, Institute of Social Sciences.

COURT DECISION

^Case Name, Mercier, ^Application No, ^E., K., T., ^Citation.

Example 1:

Burak Günay Başvurusu (2), AYM, Application No: 2013/6218, K.T. 10.6.2015.

Example 2:

Penal Department No. 2 of The Supreme Court. E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

WEB ADDRESS

Surname, Name, Authority, Title <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Uşan, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> l.a.d. 07/27/2015.

- If the cited web page hasn't got page numbers, the first citation should be made as per above and ongoing citations should include reference to first footnote.

Example:

Uşan, fn. 24.

THE REPORT

Surname, Name, Institution (Year) Title, Report Name, ^Report No, <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Oğuz, Fuat & Kent, Bülent, Istanbul Chamber of Commerce (2011) "Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler", <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-arastirmasi.pdf-constitution>> l.a.d. 07/27/2015.

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review (YBLR)

ETİK İLKELER

Giriş ve Tanımlar

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisine gönderilen makaleler ve çeviriler özgün olmalı, yayınlanmamış olmalı ve her koşulda başka bir yayında değerlendirme sürecinde olmamalıdır. İntihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayım, dilimleme (makale dilimleme veya dilimleyerek yayım), haksız yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi etik dışı eylem ve davranışlar olarak kabul edilmektedir.

Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi 4. madde hükmünün 1. fıkrasında etik dışı eylem ve davranışlar aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır:

İntihal: Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atfı yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek,

Sahtecilik: Bilimsel araştırmalarda gerçekte var olmayan veya tahrif edilmiş verileri kullanmak,

Çarpıtma: Araştırma kayıtları veya elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılan metod, cihaz veya materyalleri kullanılmış gibi göstermek, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek,

Tekrar yayım: Mükerrer yayınlarını akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak,

Dilimleme: Bir araştırmanın sonuçlarını, araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırıp birden fazla sayıda yayımlayarak bu yayınları akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak,

Haksız yazarlık: Aktif katkısı olmayan kişileri yazarlar arasına dâhil etmek veya olan kişileri dâhil etmemek, yazar sıralamasını gerekçesiz ve uygun olmayan bir biçimde değiştirmek, aktif katkısı olanların isimlerini sonraki baskılarda eserden çıkartmak, aktif katkısı olmadığı hâlde nüfuzunu kullanarak ismini yazarlar arasına dâhil ettirmek.

Araştırma Etiği

Hukuk alanındaki bilimsel çalışmalar ve çevirilerde araştırma konusu, makale veya çeviri tasarımı, araştırma verileri, araştırma veya çeviri metni ve geri bildirim aşamaları söz konusu olabilir. Bu aşamalarda gündeme gelecek etik ilkelere uygunluk yazarların sorumluluğundadır. Bu aşamalarda;

- Bütünlük, kalite ve şeffaflık ilkelerine riayet edilmeli,

- Eserin ortaya çıkarılmasında katkıda bulunan tüm özel ve tüzel kişiler (veri sağlayıcıları, geri bildirimde bulunanlar, yazar ekibi) eserin yayınlanması ile özellikle kişisel verilere dair gündeme gelecek durumlar hakkında bilgilendirilmeli,
- Eserin ortaya çıkarılmasında katkıda bulunan tüm özel ve tüzel kişiler gönüllülük esasıyla katılım sağlamalı ve bu kişilerden gerekli izin ve onaylar alınmalı,
- Bilimselliğin amacına uygun şekilde tarafsız, açık ve net olunmalıdır.

Yazarlarca yukarıdaki ilkelere uyulmaması halinde etik ilke ihlalleri sayılacak diğer davranışlar, Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi 4/2 madde hükmü kapsamında belirtilmiştir:

- Destek alınarak yürütülen araştırmalar sonucu yapılan yayınlarda destek veren kişi, kurum veya kuruluşlar ile bunların katkılarını belirtmemek,
- Henüz sunulmamış veya savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışmaları, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanmak,
- Yayınlarında hasta haklarına riayet etmemek,
- İnsanlarla ilgili biyomedikal araştırmalarda veya diğer klinik araştırmalarda ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranmak,
- İncelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri eser sahibinin açık izni olmaksızın yayımlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak,
- Bilimsel araştırma için sağlanan veya ayrılan kaynakları, mekânları, imkânları ve cihazları amaç dışı kullanmak,
- Bilimsel bir çalışma kapsamında yapılan anket ve tutum araştırmalarında katılımcıların açık rızasını almadan ya da araştırma bir kurumda yapılacaksa ayrıca kurumun iznini almadan elde edilen verileri yayımlamak,
- Araştırmacılar veya yetkililerce, yapılan bilimsel araştırma ile ilgili olarak muhtemel zararlı uygulamalar konusunda ilgilileri bilgilendirme ve uyarma yükümlülüğüne uymamak,
- Bilimsel çalışmalarda, diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgileri, izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanmamak, bu bilgilerin gizliliğine riayet etmemek ve korunmasını sağlamamak,
- Akademik atama ve yükseltmelerle ilişkin başvurularda bilimsel araştırma ve yayınlara ilişkin yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunmak,
- Akademik teamüllere aykırı olarak bir doçent adayında etik açıdan beklenmeyen tutum ve davranışlarda bulunmak,
- Başvuru dosyasında mevcut olmayan bir dergiyi mevcut yahut indekslerde taranmayan bir dergiyi taranıyor gibi göstererek, ya da hakemli olmayan bir dergiyi hakemli olarak belirterek yayın yapmak.

ETHICAL GUIDELINES

Introduction and Definitions

Articles and translations submitted to YBHD shall be authentic, unpublished and in all circumstances, shall not be in a peer reviewing process for another publishing. Plagiarism, fraud, distortion, repeated publication, slicing (slicing an article or salami-slicing), unfair authorship, research/data fabrication, copyright infringements and concealment of conflict of interests are regarded as unethical acts and behaviors.

Stated unethical acts and behaviors are defined under Clause 1 of the Council of Higher Education Scientific Research and Publication Ethics Directive, Article 4 as follows:

Plagiarism: Presenting others' ideas, methods, data, applications, writings, shapes or works as if it were their own work without reference to scientific ethical rules,

Fraud: To use produced or distorted data that is not based on research in scientific researches,

Distortion: Distorting or shaping research results to falsify research records or obtained data, to show methods, devices and materials that are not used in the research as used, to falsify the data or results in line with the interests of individuals and organizations that support is received,

Repeated publication: To present repeating publications as separate works in academic appointments and promotions,

Slicing: To present the results of a research as separate works in academic appointments and promotions, disrupting the integrity of the research and disassembling it inappropriately, and making numerous publications without reference to each other,

Unfair authorship: Adding people who do not have an active contribution to the articles authors or not including people who have an active contribution among the authors, changing the authors' order unjustly and inappropriately, removing the names of those who have an active contribution from the work during publication or in subsequent editions, including the name of others' among the authors who do not have an active contribution but exert their influence.

Research Ethics

For the scientific researches and translations in the field of legal studies, the phases of research subject, article or translation design, research data, research or translation text and feedback can be present. Compliance with the ethical principles to come up in these phases is under the Author's responsibility.

At these phases;

- Integrity, quality and transparency principles shall be abided,

- All private and legal entities (data providers, feedbackers, team of authors) who contribute to the creation of the work shall be informed about the issues that will come to the agenda, especially regarding personal data, upon the publication of the work,
- All private and legal persons who contribute to the creation of the work shall participate on a voluntary basis and the necessary permissions and approvals shall be obtained from them,
- Impartiality, clarity and transparency shall be sustained in accordance with the purpose of science.

Acts and behaviors that will be regarded as infringement of ethical principles in the event of noncompliance of the authors with the principles mentioned above, are stated under Clause 2 of the Council of Higher Education Scientific Research and Publication Ethics Directive, Article 4:

- Not indicating the sponsoring persons, institutions or organizations and their contributions in the publications in the researches conducted with their sponsorship, Using theses/dissertations or studies that are not defended or not submitted as a source, without the permission of the owner,
- Not complying with patient rights in their publications,
- To breach the provisions of the relevant legislations on human biomedical research or other clinical research,
- Sharing the information contained in a work that has been assigned for their review with others before it is published, without the explicit permission of the owner of the work,
- Misusing resources, places, facilities and devices provided or allocated for scientific research,
- To publish the data obtained in a questionnaire and attitude surveys conducted within the scope of a scientific study without the express consent of the participants, or if the research is conducted in an institution, also without the permission of the institution,
- Failing to comply with the obligation to inform and warn those concerned about possible harmful practices related to scientific research conducted by researchers or authorities,
- Not using the data and information obtained from other persons and institutions to the extent and as permitted in scientific studies, not respecting the confidentiality of this information or ensuring its protection,
- To make false or misleading statements regarding scientific research and publications in applications for academic appointments and promotions,
- To perform unexpected ethical attitudes and behaviors in an associate professor contrary to academic practices,
- To present a journal that is not included in the application file, or to show a journal that is not scanned in the indexes as it is scanned, or to specify a non-refereed journal as a refereed journal.