

# İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: I

Sayı: 1

Bahar 2014



**Sahibi**

İstanbul Medipol Üniversitesi adına  
Prof. Dr. Sabahattin AYDIN

**Yazı İşleri Müdürü**

Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal

**Yayın Kurulu**

Prof. Dr. M. Âkif Aydın  
Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal  
Doç. Dr. H. Eyüp Özdemir  
Yrd. Doç. Dr. Müjgân Tunç Yücel  
Yrd. Doç. Dr. Serdar Kale  
Yrd. Doç. Dr. Harun Demirbaş

**Adres**

İstanbul Medipol Üniversitesi  
Kavacık Kampüsü  
Kavacık Mah. Ekinciler Cad.  
No: 19 34810 Beykoz/İSTANBUL  
Tel: 0216 681 51 00  
hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr

**Baskı**

Aktif Matbaa ve Reklam Hiz. San. Tic. Ltd. Şti.  
Söğütlüçeşme Mah. Halkalı Cad. No: 245/1A  
SEFAKÖY Küçükçekmece - İSTANBUL  
Tel: 0212 698 93 54 - 55  
Faks: 0212 696 09 54

**ISSN**

ISSN: 2148-6883

**İstanbul Medipol Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Danışma Kurulu**

Prof. Dr. Mehmet Akman  
Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk  
Prof. Dr. M. Âkif Aydın  
Prof. Dr. Yavuz Atar  
Prof. Dr. Nihat Bulut  
Prof. Dr. Talat Canbolat  
Prof. Dr. Nuray Ekşi  
Prof. Dr. Fethi Gedikli  
Prof. Dr. Yusuf Şevki Hakyemez  
Prof. Dr. Hüseyin Hatemi  
Prof. Dr. Mehmet Helvacı  
Prof. Dr. Serap Helvacı  
Prof. Dr. Macit Kenanoğlu  
Prof. Dr. Mahmut Koca  
Prof. Dr. Nevzat Koç  
Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu  
Prof. Dr. İzzet Özgenç  
Prof. Dr. Yücel Sayman  
Prof. Dr. Pervin Somer  
Prof. Dr. Cevdet Yavuz  
Doç. Dr. Halit Eyüp Özdemir  
Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal  
Yrd. Doç. Dr. Harun Demirbaş  
Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut  
Yrd. Doç. Dr. Salih Önder Yeşiltepe  
Yrd. Doç. Dr. Volkan Dülger

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi Dergisi senede iki sayı  
yayımlanan, hakemli bir dergidir.

## İÇİNDEKİLER

Başlarken .....	5
<b>Nevzat KOÇ</b> .....	7
6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi <i>An Assesment of New Arrangements on Rental Agreement in the Code of Obligations Law No. 6098</i>	
<b>Mehmet Emin ARTUK</b> .....	37
Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu (TCK. M.181) <i>Offense of International Contamination of the Environment</i>	
<b>Ahmet Hamdi TOPAL</b> .....	49
Uluslararası Hukuk Açısından Diplomatik Sığınma ve Assange Olayı <i>Diplomatic Asylum According to International Law and the Assange Case</i>	
<b>Levent KORKUT</b> .....	75
Türkiye’de Tutukluluk Sürelerinin İnsan Hakları Boyutu: Hukuki Çerçeve ve Uygulama Üzerine Bir Değerlendirme <i>Human Rights Dimesion of Long Arrest Periods in Turkey: An Evaluation of Legal Framework and Implementation</i>	
<b>Murat Volkan DÜLGER</b> .....	107
Kültür Varlıklarının ve Sanat Eserlerinin Hukuki Açıdan Korunması <i>Legal Protection of Cultural Property and Work of Arts</i>	
<b>M. Hasanali AKAY</b> .....	163
Ticari İşletme Devrinde Güncel Sorunlar (6102 sayılı TTK m. 11/3 kapsamında) <i>Current Discussions in Transfer of the Enterprise (Within the Scope of Turkish Code of Obligations n. 6098)</i>	



## BAŞLARKEN

2011-2012 eğitim- öğretim yılında ilk öğrencilerini alarak eğitim ve öğretime başlayan İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, geçtiğimiz üç yıl içinde gelişme yolunda önemli mesafeler kat etmiştir. Başlangıç itibariyle Yüksek Öğretim Kurulu'nun aramış olduğu altı ayrı anabilim dalında kadrolu öğretim üyesi bulundurma şartını yerine getirerek eğitime başlayan Fakültemiz, bu süre zarfında kadrolu öğretim üyesi sayısını on üçe araştırma görevlisi sayısını da yediye yükseltmiştir. Bunun yanı sıra İstanbul'da bulunan muhtelif üniversitelerden on kadar öğretim üyesi meslektaşımız da eğitim ve öğretim faaliyetlerimize katkı sağlamaktadır. Hedefimiz her geçen gün akademik kadromuzu geliştirerek gerek lisans ve gerekse lisansüstü eğitim alanda eğitim ve öğretim kalitemizi ve araştırma imkânlarımızı daha da yükseğe çıkarmak, **öğrencilerimize akademik niteliği yüksek bir hukuk öğrenim imkânı sunabilmektir.** Bunu yaparken öğretim üyesi başına düşen öğrenci sayısını mümkün olduğunca az sayıda tutmayı ve öğrencilerimizin öğretim üyeleriyle yakın bir işbirliği içerisinde daha iyi yetişmelerini sağlamayı da hedeflemekteyiz.

2011-2012 eğitim ve öğretim yılında Haliç yerleşkesinde eğitime başlayan Fakültemiz, 2012-2013 yılından itibaren ana kampüsümüz olan Kavacak yerleşkesine taşınmış ve lisans eğitimini burada sürdürmeye başlamıştır. Öte yandan **2013-2014 eğitim-öğretim yılında faaliyete geçen kamu hukuku, özel hukuk ve sağlık hukuku yüksek lisans programları ile fakültemizin kendi akademik geleceğini oluşturma ve zenginleştirme sürecine başlamış bulunmaktayız.** Yüksek lisans programlarımız halen Haliç yerleşkesinde sürdürülmektedir. 2013-2014 yılından itibaren doktora programı açmak öncelikli hedeflerimiz arasında yer almaktadır. Yine 2012-2013 eğitim-öğretim yılında Üniversitemiz bünyesinde Adalet Meslek Yüksek Okulu da faaliyete geçmiş ve eğitime başlamıştır.

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi geleceğin hukukçularını yetiştirmenin yanı sıra Türk hukuk biliminin şekillenmesine katkıda bulunmak ve her seviyedeki akademisyen kadromuzun bilimsel faaliyetlerinin neşrine müsait bir ortam hazırlama düşüncesiyle elinizde bulunan hakemli İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'ni çıkarmaya karar vermiştir. Dergimiz senede iki sayı çıkacak ve sadece fakültemiz akademik kadrosunun değil, tüm hukukçuların bilimsel çalışmalarına neşir imkânı sağlayacaktır. Düzenli çıkarmayı ümit ettiğimiz bu dergimizle Türkiye'nin hukuk bilimine bir nebze de olsa katkıda bulunursak kendimizi bahtiyar sayacağız. Dergimiz Türk hukuk camiasına hayırlı olsun.

**M. Âkif AYDIN**  
DEKAN  
25 Şubat 2014



# 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi

An Assessment of New Arrangements on Rental Agreement  
in the Code of Obligations Law No. 6098

**Prof. Dr. Nevzat KOÇ**

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı ve Özel Hukuk Bölümü Başkanı

## ABSTRACT

Rental agreement is regulated by the articles 299-378 of the Turkish Code of Obligations (Law no. 6098) entered into force on 1st of July, 2012 by replacing old Code (Law no. 818) which had remained in effect 86 years, 8 months and 27 days since 4 October 1926.

In the new Code of Obligations, especially in the area of the rents of commercial and residential estates, the principle of protection of the tenant and justifiable benefits of the landlord, as it was in the abolished Law Concerning the Rents in Real Estate (Law no. 6570), have been observed and regulated in a much better way than the old Code.

In this article only amendments and new rules in Code of Obligations are focused on whereas the provisions similar to the previous Code are not analyzed deeply.

**Keywords:** the Turkish Code of Obligations (Law no. 6098), rental agreement, rents of real estate

## I. Genel olarak

Kira sözleşmesi, 1 Temmuz 2012 tarihinde, 4 Ekim 1926 tarihinden başlayarak 86 yıl 8 ay 27 gün uygulandıktan sonra, önceki 818 sayılı Borçlar Kanunumuzun<sup>1</sup> yerini alarak yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun<sup>2</sup> 299 ilâ 378. maddelerinde düzenlenmiştir. Önceki Borçlar Kanunumuzun 248 ilâ 298. maddelerinde kira sözleşmesi, 51 maddede düzenlendiği hâlde, yeni Türk

1) RC (Resmî Ceride). 22.4.1926, S. 359.

2) RG. 4.2.2011, S. 27836.

Borçlar Kanununda, aynı sözleşmenin 80 maddede düzenlendiği görülmektedir. Her iki kanun arasındaki 29 maddelik fark, bir yandan 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun<sup>3</sup> 10. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış olan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun<sup>4</sup> hükümlerinin, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Dördüncü Bölümünde, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları” başlıklı 339 ilâ 356. maddelerine aynen veya değiştirilerek alınmasından, diğer yandan kaynak İsviçre Borçlar Kanununda da yer verildiği hâlde, mülga 818 sayılı Kanunda karşılığı bulunmayan bazı hükümlere de yer verilmesinden oluşmuştur.

Fakültemiz Dergisinin ilk sayısında yayımlanmak üzere hazırladığım bu makalede, Adalet Bakanlığınca oluşturulan ve 1998 yılından, yasalaştığı 11 Ocak 2011 tarihine kadar geçen süreçte, Adalet Bakanlığı tarafından, rahmetli hocamız Prof. Dr. Turgut Akıntürk’ün başkanlığında, 1998 yılında oluşturulan “Borçlar Kanunu” Komisyonu”nunda, önce üye ve Komisyon çalışmalarının son döneminde de, adı geçen hocamızın rahatsızlığı nedeniyle, Komisyon Başkanı ve alt komisyon başkanlıkları yapma onuruna erişmiş bir akademisyen olarak, kira sözleşmesine ilişkin yeni düzenlemeler hakkında genel bir değerlendirme yapmak istedim.

Türk Borçlar Kanununda da, özellikle konut ve çatılı işyeri kiralarında, mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunda olduğu gibi, kiracının korunması ilkesi yanında, kiraya verenin haklı menfaatleri de, aşağıda açıklanacağı üzere, birçok yönüyle, adı geçen Kanundan daha ileri biçimde gözetilmiştir.

Yeni ve önceki Borçlar Kanunumuzun sistematüğinde de önemli değişiklikler yapılmıştır. Kira sözleşmesi, mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun İkinci Kısımının “Akdin Muhtelif Nevileri” üst başlıklı Sekizinci Bâbında (m.248 – 298), “Kira” başlıklı iki fasılda düzenlenmiş idi. Birinci Fasıll, “Âdi kira” başlığı altında yer verilen 248 ilâ 269. maddelerden, İkinci Fasıll ise, “Hâsılat kirası” başlıklı 270 ilâ 298. maddelerden oluşuyordu. Yeni Türk Borçlar Kanununda ise, kira sözleşmesi, Kanunun “Özel Borç İlişkileri” üst başlıklı İkinci Kısımının Dördüncü Bölümünde (m.299-378), “Kira Sözleşmesi” başlıklı üç ayırımda düzenlenmiştir. Birinci Ayırımda, “Genel Hükümler”e (m.299-338), İkinci Ayırımda, “Konut

3) RG. 4.2.2011, S. 27836. Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 1. maddesine göre: “Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Ancak, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tâbidir.” Aynı Kanunun 2. maddesine göre de: “Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır.”

4) RG. 27.5.1955, S.9013.



ve Çatılı İşyeri Kiraları”na (m.339-356), nihayet Üçüncü Ayırımında da, “Ürün Kirası”na (m.357-378) yer verilmiştir.

Önceki Borçlar Kanunumuzda 29 madde hâlinde düzenlenmiş olan hâsılat kirası (m.270-298), yeni Türk Borçlar Kanununda, öğreti ve uygulamada da yaygın biçimde kullanılan “Ürün Kirası” terimiyle ifade edilerek, 22 madde olarak düzenlenmiştir. Aradaki 7 maddelik fark, yeni Kanunun 358. maddesinde de belirtildiği gibi, ürün kirasına ilişkin özel hüküm yoksa, kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerin uygulanacağını kabul edilmesinin bir sonucudur. Bu sistematik düzenleme farklılığı sebebiyle, önceki Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Sekizinci Bâbının Birinci Faslında kullanılan “Âdi kira” şeklindeki başlığa da, bu ifadeye de, yeni Türk Borçlar Kanununda yer verilmemiştir. Ayrıca, ürün kirası konusunda, yürürlükteki Türk Borçlar Kanununda yapılmış olan düzenlemenin, terminolojik ve sistematik birkaç değişiklik dışında, önceki Borçlar Kanunumuzdaki düzenleme ile tam bir uyum içinde olduğu söylenebilir. Bu nedenle, makalemizde kira sözleşmesine ilişkin olarak değindiğimiz yenilik ve değişiklikler, ağırlıklı olarak, genel hükümler ile konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin olacaktır. Ayrıca, bu çalışmanın amacı, genel bir çerçevede, söz konusu yenilik ve değişiklikleri, okuyucuların dikkatlerine sunmak olduğu için, doktriner görüşlerin ve mahkeme kararlarının ayrıntılı bir değerlendirmesine girilmemiştir; sadece sınırlı sayıdaki bazı noktalara ilişkin kişisel değerlendirmemiz açıklanmıştır. Kaldı ki, Türk Borçlar Kanununun kira sözleşmesine ilişkin yenilik ve değişikliklerinin, öğreti ve uygulama ışığında ayrıntılı biçimde tartışılıp değerlendirilmesi, bir makalenin sınırlarını aşar. Nitekim, bu konuda son zamanlarda yayımlanmış monografik çalışmalar<sup>5</sup> da yapılmıştır.

Makalemizde de, yeri geldikçe belirtileceği gibi, Türk Borçlar Kanununun kira sözleşmesine ilişkin hükümleri kaleme alınırken, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun ilgili hükümleri de göz önünde tutulmuştur. Ancak, Türk Borçlar Kanununun Genel Gereğesinde de belirtildiği gibi, bazı madde gereğelerinin son cümlelerinde, İsviçre Borçlar Kanununda da yer verilen benzer hükümlerin “göz önünde tutulduğu” şeklindeki ifade, onların aynen alınması anlamına gelmemekte, alınması uygun görülmeyenlerin ilgili madde kapsamı dışında bırakıldığı veya bazı değişikliklerle madde kapsamına dâhil edildiği anlamını da içermektedir. Kira sözleşmesine ilişkin hükümler bakımından da durum böyledir. Özellikle belirtilmelidir ki, makalemizin ilgili yerlerinde de bazı örneklerine rastlanacağı üzere, Hükümet Teklifi olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulan Türk Borçlar Kanunu Tasarısının, Meclis Adalet Komisyonunda görüşülmesi

5) Örnek olarak bkz. Gümüş, Mustafa Alper, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi*, İstanbul 2011.

sırasında, Komisyon üyelerince bazı öneriler sunulmuş; çok az sayıda da olsa, bunların bir kısmının kabulü sonucunda, Tasarı Genel Kurulca da benimsenen bazı değişikliklerle yasalaştırılmıştır.

Ayrıca, makalemizde Türk Borçlar Kanununda kira sözleşmesine ilişkin olarak yapılan yenilik ve değişikliklerden sadece esasa ilişkin olanları üzerinde durulmuş ve önceki düzenlemeyle paralellik arz eden hükümlerinin tekrarından kaçınılmıştır.

## II. Yeni Türk Borçlar Kanununun Kira Sözleşmesine İlişkin Yenilik ve Değişiklikleri

### 1. Genel Hükümler Bakımından

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun, genel hükümler bakımından içerdiği yenilik ve değişiklikler, aşağıda 25 madde hâlinde açıklanmıştır.

Hemen belirtelim ki, yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Gereğesinde de belirtildiği gibi, “yenilik” sözcüğüyle, herhangi bir maddede öngörülen ve önceki Borçlar Kanunumuzda yer verilmeyen yeni hüküm veya hükümler; “değişiklik” sözcüğüyle de, önceki Kanunda yer verilen herhangi bir maddenin, ifadesi veya kapsamı ya da ifadesiyle birlikte kapsamı da kısmen değiştirilmiş hüküm veya hükümler kastedilmektedir.

#### 1. Kira sözleşmesinin tanımı

Önceki Borçlar Kanunumuzun 248. maddesinde, âdi kira sözleşmesi tanımlandığı hâlde, yeni Türk Borçlar Kanununun “Genel Hükümler” başlıklı Birinci Ayırımın ilk maddesi olan 299. maddesinde, kira sözleşmesinin tanımında, yerinde olarak, kiraya verenin, kiracıya sadece bir şeyin kullanılmasını değil, “kullanmayla birlikte ondan yararlanma” hakkını da bırakmayı üstlendiği belirtildiği gibi, kiracının aslı edimi de, önceki Kanunda hatalı olarak kullanılan “ücret” sözcüğü yerine, “kira bedeli ödeme” şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca, önceki Borçlar Kanununda, kira sözleşmesinin taraflarından birini oluşturan “kiralayan”ın, zaman zaman, kiracı ile karıştırıldığı göz önünde tutularak, bunun yerine, yeni Türk Borçlar Kanununda “kiraya veren” teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

#### 2. Kira süresi

Önceki Borçlar Kanunumuzun bazı maddelerinde, meselâ, 249. maddesinin birinci fıkrasında, “*kira müddeti zarfında*”, 250. maddesinde “*kiralama müddeti zarfında*”, 257. maddesinde, “*akit ile muayyen olan zamanda*” şeklindeki ibarelerle, kira sözleşmesinin belirli süreli veya 262. maddesinin birinci fıkrasında “*Kira için müddet tayin edilmemiş olursa*”, 263. maddesinde “*...gayri muayyen bir müddet için*”, 298. maddesinde “*gayri muayyen bir zaman*” şeklindeki iba-

relerle, belirsiz süreli olabileceği belirtilmiş idi. Yeni Türk Borçlar Kanununun 300. maddesinin birinci fıkrasında, kira sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olabileceği belirtildikten sonra, aynı maddenin ikinci fıkrasında, belirli süreli ve belirsiz süreli kira sözleşmesi tanımlanmıştır.

### 3. Kiraya verenin kiralananı teslim borcu

Yeni bir hüküm olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 301. maddesinin ikinci cümlesinde, kiraya verenin kiralananı teslim borcunun, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı aleyhine değiştirilemeyeceği; diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamayacağı kabul edilmiştir.

Hemen belirtelim ki, genel işlem koşulları, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 20 ilâ 25. maddelerinde, reform niteliğindeki bir düzenlemenin konusu olmuştur.

### 4. Kiralananın vergi ve benzeri yükümlülüklerine katlanma borcu

Önceki Borçlar Kanunumuzun 258. maddesi ile kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 256b maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, yeni Türk Borçlar Kanununun 302. maddesinde “aksi kararlaştırılmamış...ise” şeklinde bir ibareye yer verilerek, kiralananın vergi ve benzeri yükümlülüklerine kiraya verenin katlanması gerektiğine ilişkin bu hükmün, emredici nitelikte olmadığı belirtilmiştir.

### 5. Kiralananın kullanımı ile ilgili yan giderlere katlanma borcu

Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 302. maddesine ilişkin Hükümet Teklifinde, kiralananın kullanımı ile ilgili yan giderlere katlanma borcunun, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 257a maddesinin ikinci fıkrasının zıt anlamından çıkan sonuçtaki gibi, sözleşmede aksi öngörülmemişse, kiraya verene ait olacağı öngörülmüş idi. Ancak, bu madde, teselsül nedeniyle, 303. madde olarak, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonunda “sözleşmede aksi öngörülmemişse” şeklindeki ibare metinden çıkarılmak suretiyle kabul edilmiş ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda da, böylece yasalaştırılmıştır. Kanaatimizce, kira sözleşmesinin genel hükümleri arasındaki bu hükme, kiraya verenin aslı edimi olan kiralananı teslim ve kira ilişkisi devam ettiği sürece kiralananı, kiracının kullanmasına ve yararlanmasına elverişli biçimde bulundurma borcu göz önünde tutularak emredici nitelik kazandırılmıştır<sup>6</sup>.

6) Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, Kaynak İsviçre Borçlar Kanununun, emredici nitelikte olmayan 257a maddesinin birinci fıkrasında, yan giderlere katlanma, kiracının borçlarından biri olarak düzenlenmişse de, bu borcun, gerçekte kiraya verene ait olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 257a maddesinin ikinci fıkrasına göre de, yan giderlere katlanma borcunun kiracıya ait olması için, sözleşmede özel bir hükmün bulunması aranmıştır.

Buna karşılık, Türk Borçlar Kanununun 341. maddesinde, konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmede aksi öngörülmemişse veya aksine yerel âdet yoksa, ısıtma, aydınlatma ve su gibi kullanma giderlerine kiracının katlanmakla yükümlü olduğu belirtilmişse de, o maddede, kiraya verenin aslî ediminin değil, kiralananın olağan kullanımının gerektirdiği yan giderler söz konusudur.

### 6. Kiraya verenin kiralananın ayıplarından sorumluluğu

Türk Borçlar Kanununun 304. ve 305. maddelerinde, kiraya verenin kiralananın ayıplarından sorumluluğu düzenlenmiştir. Önceki Borçlar Kanunumuzda da, kiraya verenin bu sorumluluğu düzenlenmiş idi. Ancak, yeni düzenlemede, kiraya verenin kiralananının tesliminden önceki ayıplarından sorumluluğu (TBK.m.304) ile kiralananın tesliminden sonraki ayıplarından sorumluluğu (TBK.m.305), iki ayrı maddede düzenleme konusu yapılmıştır. Bir yenilik olmak üzere, yeni Türk Borçlar Kanununun 304. maddesinde, kiralananın önemli ayıplarla teslimi hâlinde kiracıya, borçlunun temerrüdüne (TBK.m.117 vd., özellikle TBK.m.126) veya kiraya verenin, kiralananın sonradan ayıplı duruma gelmesinden doğan sorumluluğuna (TBK.m.305) ilişkin hükümlere dayanabilme konusunda bir seçim hakkı tanınmıştır.

Kiracı, kiralananın önemli olmayan ayıplarla teslimi (TBK.m.304/II) veya sonradan önemli ya da önemli olmayan ayıpların ortaya çıkması hâlinde, Türk Borçlar Kanununun 305 ve devamındaki hükümlerden yararlanabilir.

Ayrıca, Türk Borçlar Kanununun 305. maddesinin birinci fıkrasında, önceki Borçlar Kanunumuzda yer verilmeyen bir hüküm olmak üzere, zararın giderilmesi isteminin, kiracının diğer seçimlik haklarını kullanmasını önlemeyeceği belirtilmiştir.

### 7. Kiracının ayıbın giderilmesi isteme hakkı

Türk Borçlar Kanununun 306. maddesinin birinci fıkrasında, kiralananın ayıplı olması hâlinde, kiracıya, önceki Borçlar Kanunumuzda yer verilmeyen yeni bir seçimlik hak olarak, kiralananın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme hakkı tanınmış ve aynı maddenin ikinci fıkrasında da, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 259c maddesinde öngörüldüğü gibi, kiraya verene, kiralandaki ayıbı giderme yerine, uygun bir süre içinde, kiralananın ayıpsız bir benzeri ile değiştirme yetkisi verilmiştir.

Türk Borçlar Kanununun 306. maddesinin son fıkrası, hem önceki Borçlar Kanunumuzda hem de kaynak İsviçre Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu hükme göre: *“Kiraya veren, kiracıya aynı mahlû ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek, onun seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir”*<sup>7)</sup>.

7) Bu yeni düzenleme, Türk Borçlar Kanununun 227. maddesinin üçüncü fıkrasında, satılanın ayıplı olması hâlinde satıcıya tanınan ve alıcının ayıptan doğan haklarını kullanmasını önleme olanağı sağlayan hükümlerle benzerlik göstermektedir.

## 8. Kiralananın el değiştirmesi veya sözleşmenin kurulmasından sonra üçüncü bir kişinin, kiralanan üzerinde aynı hak sahibi olması

Üçüncü kişinin sözleşmenin kurulmasından sonra, kiralananın el değiştirmesi, doktrinde “gerçek olmayan zapt” olarak nitelendirilmektedir. Önceki Borçlar Kanunumuzun 254. maddesinin kenar başlığında kullanılan, “*Satım ile kiranın infisahı*” şeklindeki ibare, doktrinde ileri sürülen haklı eleştiriler göz önünde tutularak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 310. maddesinin kenar başlığında, “*kiralananın el değiştirmesi*” şeklinde bir ibare kullanıldığı gibi, hükmün içeriği de farklılaştırılmıştır. Gerçekten, her şeyden önce satış sözleşmesi, borçlandırıcı bir işlem olması nedeniyle, tasarruf işlemiyle (teslim veya tescil) tamamlanmadıkça, taşınırın veya taşınmazın mülkiyeti el değiştirmez. Ayrıca, mülkiyetin el değiştirmesinin ilk adımı niteliğindeki borçlandırıcı işlem, sadece satış sözleşmesinden ibaret değildir. Bağışlama ve mal değişim sözleşmeleri de borçlandırıcı işlemlerdir. Bu nedenle, yeni düzenlemede, “Kiralananın el değiştirmesi” şeklinde bir ibarenin kullanılması yerindedir.

Bu maddenin içeriğinde yapılan hüküm değişikliğiyle, kamulaştırmaya ilişkin hükümler saklı olmak kaydıyla (TBK.m.310/II), sözleşmenin kurulmasından sonra kiralananın herhangi bir sebeple el değiştirmesi hâlinde, yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı olacağı, başka bir ifadeyle hukuken (ipso jure; kendiliğinden) kiraya veren sıfatını kazanacağı kabul edilmiştir<sup>8</sup>.

Sözleşmenin kurulmasından sonra üçüncü bir kişi, kiralanan üzerinde kiracının hakkını etkileyen bir aynı hak (meselâ, intifa hakkı veya üst hakkı) sahibi olursa, kiralananın el değiştirmesiyle ilgili hükümler, kıyas yoluyla uygulanır (TBK.m.311).

## 9. Kiracının kira bedelini ödeme zamanı

Türk Borçlar Kanununun “İfa zamanı” kenar başlıklı 314. maddesinde, önceki

8) Kanaatimizce, bu hüküm, Türk Borçlar Kanununun 127. maddesinin son fıkrasında saklı tutulan, yasal halefiyetin özel bir uygulama hâli niteliğindedir. Ayrıca, Türk Borçlar Kanununun 310. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi, kiralananın el değiştirmesi hâlinde, yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı olmasına ilişkin hüküm, koşulları gerçekleşmişse, İcra ve İflâs Kanununun 135 inci maddesinin uygulanması olanağını ortadan kaldırmamaktadır. Aksi görüşte: Gümüş, s.143. Yazar (s.145 ve dn.386), kiralanan taşınmazın cebri icra yoluyla satışı hâlinde, kira sözleşmesinin ihale ile birlikte devralana intikal edeceğine ilişkin bir Federal Mahkeme Kararına (BGE 128 III 82) yollamada bulunmuşsa da, İsviçre hukukunda, İcra ve İflâs Kanunumuzun 135. maddesini karşılayan bir düzenleme bulunup bulunmadığı ve söz konusu kararın, böyle bir hükme dayandırılıp dayandırılmadığı konusunda bir açıklama yapmamıştır. Ayrıca, Türk Borçlar Kanununun 310. maddesinin ikinci fıkrasında, kamulaştırmaya ilişkin hükümlerin saklı tutulduğu ve maddenin, gerçek olmayan zaptı düzenleyen birinci fıkrasında, kiraya veren durumundaki malikin kiralananı hukukî işlemle devretmesi söz konusu olduğu için, kanaatimizce, cebri satış sonucunda kiralananın el değiştirmesinin, bu hükmün kapsamına girmediği sonucuna varılmalıdır.

Borçlar Kanunumuzun 257. maddesinin ikinci fıkrasından farklı olarak, kiracının, aksine sözleşme ve yerel âdet olmadıkça, kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri, her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Böylece, sözleşmede kira bedelini ödeme borcunun kapsamına, kiracının ödemekle yükümlü olduğu yan giderler de dâhil edilmiş; ayrıca sözleşmede kararlaştırılmamış veya yerel âdet de bulunamamış olması durumunda, ödeme zamanının, kira süresine göre belirlenmesinden de vazgeçilmiştir.

#### **10. Kiracının temerrüdü**

Türk Borçlar Kanununun 315. maddesine göre, kiraya veren, kiralananın teslimiden sonra muaccel olan kira bedeli yanında, önceki Borçlar Kanunumuzun 260. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, yan giderleri (elektrik, su vb. tüketim bedelleri gibi) ödeme borcunu ifa etmeyen kiracıya da, yazılı olarak en az on günlük, konut ve çatılı işyeri kiralalarında ise en az otuz günlük bir süre verip, bu sürede de ifa gerçekleşmezse, sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir. Bu süre, kiracıya yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlar (TBK.m.315/II, c. son). Maddede öngörülen sürenin, kiracıya verilmesi zorunluluğu bakımından, önceki düzenlemeden farklı olarak, sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olması önemsizdir.

#### **11. Kiracının kiralananı özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcu**

Kiraya veren, kiralananı sözleşmeye uygun olarak özenle kullanma ve kiralananın bulunduğu taşınmazda oturan kişiler ile komşulara gerekli saygıyı gösterme yükümlülüğüne aykırı davranan kiracıya karşı, konut ve çatılı işyeri kirasında, en az otuz gün süre vererek, aykırılığın giderilmesini, aksi takdirde sözleşmeyi feshedeceği konusunda yazılı bir ihtarda bulunarak, diğer kira ilişkilerinde ise, önceden bir ihtarda bulunmaksızın, kiracıya yapacağı yazılı bir bildirimle sözleşmeyi hemen feshedebilir (TBK.m.316).

Bu yeni düzenlemeye göre, önceki Borçlar Kanunumuzun 256. maddesinin ikinci fıkrasından farklı olarak, konut ve çatılı işyeri kirasında, kiraya verenin, özenle kullanma borcuna aykırılığın giderilmesi istemiyle, kiracıya “ihtar”da bulunması yeterli değildir. Bu ihtarın geçerli olması için, hem yazılı olması hem de kiralananın sözleşmeye uygun olarak özenle kullanma ve saygı gösterme yükümlülüğüne aykırılığın giderilmesi amacıyla en az otuz günlük bir süreyi içermesi de şarttır.

#### **12. Kiracının, ayıpların giderilmesine ve kiralananın gösterilmesine katlanma borcu**

Türk Borçlar Kanununun 319. maddesinde, önceki Borçlar Kanunumuzda yer verilmemekle birlikte, İsviçre Borçlar Kanununun 257h maddesinin ikinci fık-

rasında olduğu gibi, kiracının yeni bir yan yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre, kiracı, bakım, satış ya da sonraki kiralama için zorunlu olduğu ölçüde, kiraya verenin ve onun belirlediği üçüncü kişinin kiralananı gezip görmesine izin vermekle yükümlüdür (TBK.m.319/II).

Aynı maddenin son fıkrasında, İsviçre Borçlar Kanununun 257h maddesinin üçüncü fıkrasında olduğu gibi, önceki Borçlar Kanunumuzda bulunmayan ve kiraya verenin bir yan yükümlülüğü olarak nitelendirilebilecek yeni bir hükme daha yer verilmiştir. Buna göre kiraya veren, kiralandaki ayıpların giderilmesi veya zararların önlenmesi amacıyla çalışmaların yapılacağını ve kiralananın gezilip görüleceğini, uygun bir süre önce kiracıya bildirmek ve bunların yapıldığı sırada kiracının yararlarını göz önünde tutmak zorundadır.

### 13. Kiraya veren tarafından, kiralanda yenilik ve değişiklik yapılması

Türk Borçlar Kanununun 320. maddesinde, kiraya verene, önceki Borçlar Kanunumuzun 251. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeden daha kapsamlı olarak, kiralanda yenilik ve değişiklikler yapabilme hakkı tanınmıştır. Gerçekten, önceki Kanunun söz konusu fıkrasında, kiracının kiralananın “zorunlu onarım”ına izin vermekle yükümlü olduğu belirtildiği hâlde, yeni düzenlemede, kiraya verenin, kiralanda, kira sözleşmesinin feshini gerektirmeyen ve kiracıdan katlanması beklenebilecek olan yenilik ve değişiklikleri yapabileceği kabul edilmiştir (TBK.m. 320/I).

*“Bu yenilik ve değişikliklerin yapılması sırasında kiraya veren, kiracının men-faatlerini gözetmekle yükümlüdür. Kiracının, kira bedelinin indirilmesine ve zararının giderilmesine ilişkin hakları saklıdır”* (TBK.m.320/II).

### 14. Kiracı tarafından, kiralanda yenilik ve değişiklik yapılması

Türk Borçlar Kanununun 321. maddesinde, kiracının kiralanda yenilik ve değişiklik yapılması konusunda yeni düzenlemeler yapılmıştır.

Her şeyden önce kiracı, ancak kiraya verenin yazılı rızasıyla kiralanda yenilik ve değişiklikler yapabilir (TBK.m.321/I).

*“Yenilik ve değişikliklere rıza gösteren kiraya veren, yazılı olarak kararlaştırılmış olmadıkça, kiralananın eski durumuyla geri verilmesini isteyemez”* (TBK.m. 321/II).

Maddenin üçüncü fıkrası, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 320. maddesine ilişkin Hükümet Teklifinden, dolayısıyla bu hükmün kaynağını oluşturan İsviçre Borçlar Kanununun 260a maddesinden de farklı biçimde yasalaştırılmıştır. Çünkü, Hükümet Teklifinde söz konusu fıkra, şöylece kaleme alınmış idi: “Kiracı, aksine yazılı bir anlaşma yoksa, kiraya verenin rızasıyla yaptığı yenilik ve değişiklikler sonucu ortaya çıkan önemli değer artışının karşılığının ödemesini kira sözleşmesi sona erdiğinde isteyebilir. Daha yüksek bir bedel öden-



mesini öngören yazılı anlaşmalar saklıdır.” Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonunda yapılan görüşmeler sırasında, fıkrada kullanılan “*aksine yazılı bir anlaşma yoksa,*” şeklindeki ibare, metinden çıkarılmıştır. Bu nedenle fıkra hükmü, kiracıyı koruyucu bir hüküm olmaktan çıktığı gibi, kiraya verenin sebepsiz zenginleşmesi sonucunu doğuracak bir hüküm hâlini almıştır. Türk kanunkoyucusu, fıkrayı bu şekliyle yasalaştırmakla, kiracının kiraya verenin yazılı rızasıyla yapabileceği yenilik ve değişiklikler, kiralanda önemli değer artışına sebep olsa bile, kiracının ancak yazılı bir anlaşma “varsa”, bunun karşılığını kiraya verenden isteyebileceğini kabul etmiş bulunmaktadır. Kanaatimizce, İsviçre kanun ko-yucusunun, aksine yazılı bir anlaşma “yoksa”, kiracının önemli değer artışının karşılığını isteyebileceği; buna karşılık, sadece “daha yüksek bir bedel ödenmesi isteminin, ancak yazılı bir anlaşma “varsa” kabul edilebileceği hükmüne yer vermesi, kural olarak, hakkaniyete daha uygun bir çözümdür. Ancak, kiracının kiralanda yaptığı yenilik ve değişikliklerin kiralanda sebep olduğu önemli değer artışının, kiraya verenin, kira ilişkisinin devam ettiği süre içinde, kiracıdan aldığı kira bedelinden fazla olması durumunda, bunun da kiraya vereni ödeme güçlüğüne sokabileceği için hakkaniyete aykırı olduğu söylenebilir. Bu nedenle, en azından, kiraya verenden istenebilecek karşılığın üst sınırının, kira ilişkisinin devam ettiği süre içinde, kiracının ödemiş olduğu kira bedeliyle orantılı biçimde belirlenmesi, daha yerinde bir çözüm olurdu.

### 15. Konut ve çatılı işyeri kiralarda alt kira ve kullanım hakkının devri

6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 10. maddesiyle yürürlükten kaldırılan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 12. maddesinin metni, “*Kiracı, mukavelede hilâfına sarahat olmadıkça, kiralanan yeri kısmen veya tamamen başkasına kiralayamaz yahut istifade hakkını veya mukavelesini başkasına devredemez veyahut kendisi gayrimenkulü bırakmış olduğu halde hiçbir sebeple bu yeri kısmen veya tamamen başkalarına işgal ettiremez.*” şeklinde idi. Ancak, kira sözleşmesi, kural olarak geçerlilik şekline tâbi olmadığı için, söz konusu maddede kullanılan “*mukavele*” sözcüğü, yazılı veya sözlü kira sözleşmelerini ifade ettiği için, aynı maddede kullanılan “*hilâfına sarahat olmadıkça*” şeklindeki ibare, bazı tartışmalara yol açabiliyordu. Türk Borçlar Kanununun 322. maddesinin ikinci fıkrasının: “*Kiracı, konut ve çatılı işyeri kiralarda, kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça, kiralananı başkasına kiralayamaz, kullanım hakkını da devredemez.*” (TBK.m.322/II) şeklindeki yeni ve açık düzenlemesi, bu tartışmayı da ortadan kaldırmıştır<sup>9</sup>.

9) Yargıtay’ın, “*aksine sarahat olmadıkça*” ibaresini, genişletici bir yorumla, örtülü saklı tutmayı da yeterli gören kararları, yeni düzenlemenin yürürlüğe girdiği 1 Temmuz 2012 tarihinden sonra, kanaatimizce, geçerliliğini yitirmiştir. Bu kararlar ve değerlendirme için bkz. Tandoğan, Halûk, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, C.1/II, B.3, Ankara 1985, s.161, dn.109.



## 16. Kira ilişkisinin devri

Türk Borçlar Kanununun 323. maddesinde, kira ilişkisinin devri, önceki Borçlar Kanunumuzda yer verilmeyen, yeni bir düzenlemedir.

Maddenin birinci fıkrasına göre: *“Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kiraya veren, işyeri kiralalarında haklı sebep olmadıkça, bu rızayı vermekten kaçınmaz.”*

Kira ilişkisinin devri, önceki Borçlar Kanunumuzda düzenleme konusu yapılmamış olan “sözleşmenin devri”nin (TBK.m.205) özel bir uygulama hâlini oluşturmaktadır. Kira ilişkisinin devrinin hukukî sonucu, maddenin ikinci fıkrasında şöylece açıklanmıştır: *“Kiraya verenin yazılı rızasıyla kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer ve devreden kiracı, kiraya verene karşı borçlarından kurtulur.”*

Maddenin birinci fıkrasının son cümlesinde, haklı sebep olmadıkça, işyeri kiralalarında, kira ilişkisinin devrine yazılı rızasını vermektan kaçınmayacağı öngörülen kiraya verenin, katlanması gereken bu zorunluluk nedeniyle, kira sözleşmesinden doğan borçlardan, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle, devralan yanında, müteselsil borçlu sıfatıyla devreden kiracıyı da sorumlu tutabileceği kabul edilmiştir (TBK.m.323/III). Böylece, belirli bir süre için de olsa, kiraya verenin kira sözleşmesinden doğan alacak hakları, mal varlığının veya işletmenin devralınmasına ilişkin Türk Borçlar Kanununun 202. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemede olduğu gibi, daha güvenceli bir hâle getirilmiştir.

Bununla birlikte, bu madde de dâhil olmak üzere, Türk Borçlar Kanununun 325, 331, 340, 342, 343, 344, 346 ve 354. maddelerinin uygulanması, 6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun<sup>10</sup> 53. maddesiyle, 1/3/2011 tarihli ve 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Geçici 2. maddesi değiştirilerek, 1.7.2012 tarihinden itibaren sekiz yıl (1.7.2020 tarihine kadar) ertelenmiştir. Bu değişikliğe göre, söz konusu dokuz madde, kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralalarında, erteleme süresinin sonuna kadar, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği, kira sözleşmesi hükümleri, kira sözleşmelerinde hüküm bulunmayan hâllerde ise, mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Kanaatimizce, ayrı bir incelemenin konusunu oluşturabilecek nitelikteki söz

10) RG. 12.7.2012, S. 28351.

konusu dokuz maddenin uygulanmasının sekiz yıl süreyle ertelenmesine ilişkin değişiklik isabetli değildir. Çünkü, bu dokuz madde, sözleşmenin kiracı tarafını, tacir olan gerçek kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerinin oluşturduğu işyeri kiraları bakımından da gözetilmesine gerek olmadığı söylenemeyecek olan kiracının korunması ilkesine, dolayısıyla bu nitelikteki işyeri kiracıları ile diğer işyeri kiracıları arasında farklı uygulamaya yol açacağı için, eşitlik ilkesine aykırılık sebebiyle sözleşme hükmü bulunsa bile, emredici hukuk kurallarına aykırılık sebebiyle sözleşme hükmü uygulanamayabilir. Ayrıca, söz konusu dokuz madde içinde, sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde uygulanması öngörülen mülga 818 sayılı Borçlar Kanununda, tamamlayıcı (yedek) hukuk kurallının bulunmadığı durumlara ilişkin düzenlemeler de söz konusudur. Meselâ, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunumuzda, kira ilişkisinin devri ve kira bedelinin belirlenmesi düzenlenmemiştir. Bu nedenlerle, söz konusu geçici 2. madde hükmü, kanaatimizce, somut norm denetimi yoluyla, Anayasa Mahkemesince iptal edilebilecek niteliktedir.

### **17. Kiracının, kiralananı sözleşmenin bitiminden önce geri vermesi hâlinde sorumluluğu**

Türk Borçlar Kanununun 325. maddesinde<sup>11</sup>, önceki Borçlar Kanunumuzda yer verilmeyen, yeni bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, “*Kiracı, sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri verdiği takdirde, kira sözleşmesinden doğan borçları, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için devam eder.*” Bu çözüm tarzı, Yargıtay’ın yerleşmiş içtihadında da kabul edilmiştir. Ancak, yeni düzenlemede, bu durumda “kiralananın aynı koşullarla” değil, “*benzer koşullarla*” kiraya verilebileceği makul sürenin göz önünde tutulması gerektiğine dikkat edilmelidir.

Maddenin, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 324. maddesi iken kaleme alınan gerekçesinde de şu açıklamaya yer verilmiştir: Tasarının 113 üncü maddesinin ikinci fıkrasında (TMK.m.114/II) yapılan yollama uyarınca uygulanması gereken Tasarının 52 nci maddesinin birinci fıkrasında, zarar görenin zararın artmasında birlikte kusurunun bulunması hâlinde, hâkime tazminatı indirme yetkisi verildiği gibi, Yargıtay’ın yerleşmiş içtihadında da, kiraya verenin, bu durumda, bilirkişi mütalâası göz önünde tutularak belirlenecek olan, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için, kiracıdan tazminat isteyebileceği kabul edilmektedir.

Türk Borçlar Kanununun 325. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi geçince, kiracının bu sürenin geçmesinden önce, kiraya verenden kabul etmesi

11) Bkz. yuk. dp. 10 ve buna ilişkin açıklamalar.

beklenebilecek, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması hâlinde, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçları sona erer. Bu hüküm, kiraya verenin, kiracının bulduğu bu nitelikleri taşıyan bir kiracı adayı ile, kira sözleşmesi yapmaktan kaçınması hâlinde de uygulanır.

### 18. Takastan feragat yasağı

Türk Borçlar Kanununun 326. maddesinde, önceki Borçlar Kanunumuzda yer verilmeyen, takastan feragat yasağına ilişkin yeni bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, kira sözleşmesinin tarafları, bu sözleşmeden doğan alacaklarını takas etme hakkından önceden feragat edemezler. Bu hüküm, borçlunun takas hakkından önceden de feragat edebileceğine ilişkin Türk Borçlar Kanununun 145. maddesinin emredici bir istisnası niteliğindedir.

### 19. Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde fesih bildirim

Türk Borçlar Kanununun 328. maddesinde, önceki Borçlar Kanunumuzun 262. maddesinde, böyle bir hüküm olmamakla birlikte, fesih dönemlerinin hesabında, kira sözleşmesinin başlangıç tarihinin esas alınacağı belirtilmiştir<sup>12</sup>.

Maddenin ikinci fıkrası, önceki Borçlar Kanunumuzda yer verilmeyen, yeni bir hüküm niteliğindedir. Bu yeni düzenlemeye göre, sözleşmede veya kanunda belirtilen fesih dönemine veya bildirim süresine uyulmamışsa, bildirim bir sonraki fesih dönemi için geçerli olur. Yeni düzenleme karşısında, Yargıtay'ın aksi yönde olup, fesih bildiriminin etkili olduğu dönem geçirilmişse, bu bildirim bir sonraki fesih döneminin sonu için yeniden yapılmasını arayan kararlarında<sup>13</sup> kabul edilen görüş, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 1. maddesi gereğince, 1 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla, geçerliliğini yitirmiştir.

### 20. Belirsiz süreli taşınmaz ve taşınır yapı kiralalarında fesih bildirim

Türk Borçlar Kanununun 329. maddesinde, önceki Borçlar Kanunumuzun 262. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, kiralanan taşınmazın döşeli (mobilyalı) olup olmadığına bakılmaksızın, taraflardan birinin, bir taşınmaza veya aynı hükmün kapsamına dâhil edilen taşınır bir yapıya ilişkin belirsiz süreli bir kira sözleşmesinin, yerel âdetle belirlenen kira döneminin sonu için veya

12) Bu hükmün, “malûmu ilâm” niteliğinde olduğu düşüncesiyle, gereksizliği ileri sürülerek eleştirilmesi mümkün olmakla birlikte, kanaatimizce uygulamada karşılaşılabilecek bazı problemlerin çözümünde açıklık ve kolaylık sağlayacağı için, böyle hükümlere katı bir tutumla karşı çıkılmamalıdır. Bkz. ve karşı. *Serozan, Rona, Yeni Borçlar Kanununda İfa Engelleri Alanında “Malumu İlâm” Örnekler*, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s.1041-1047.

13) Örnek olarak bkz. 6. HD., 8.2.2007 tarihli ve 90-1053 sayılı karar (www.kazanci.com.tr); YHGK., 29.1.2003 tarihli ve E. 2003/13-66, K. 2003/38 sayılı karar (www.kazanci.com.tr); 6. HD., 21.4.1998 tarihli ve 3424-3395 sayılı karar (YKD. 1998, S.6, s.847).

böyle bir âdetin bulunmaması durumunda, altı aylık kira döneminin sonu için, üç aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Bu maddede söz konusu edilen taşınır yapı, madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, Türk Medenî Kanununun 728. maddesinde<sup>14</sup> tanımlanmış bulunmaktadır.

### 21. Belirsiz süreli taşınır kiralarda fesih bildirim

Türk Borçlar Kanununun 330. maddesinin ikinci fıkrasında, belirsiz süreli taşınır kiralaları bakımından, önceki Borçlar Kanunumuzda öngörülme, yeni bir fesih bildirim düzenlenmiştir. Buna göre: *“Kiraya verenin meslekî faaliyeti gereği kiraya verdiği ve kiracının da özel kullanımına yarayan taşınır bir malın kiracısı, kira sözleşmesini, üç aylık kira dönemi sonu için en az bir ay önceden yapacağı bir fesih bildiriyle sona erdirebilir. Bu durumda kiraya verenin, zararının giderilmesini isteme hakkı yoktur.”*

### 22. Kira sözleşmesinin önemli sebeplerle feshi

Önceki Borçlar Kanunumuzun 264. maddesinin birinci fıkrasında kullanılan *“Muayyen bir müddetle akdedilen gayrimenkul kirasında”* şeklindeki ibare, Türk Borçlar Kanununun 331. maddesinin<sup>15</sup> birinci fıkrasına alınmayarak, taraflardan birinin önemli sebeplerle kira sözleşmesini fesih hakkının, belirli süreli taşınmaz kiralalarıyla sınırlandırılmasından vazgeçilmiştir.

Ayrıca, 331. maddenin ikinci fıkrasında, kira sözleşmesinin olağanüstü sona erme sebeplerinden biri olarak düzenlenmiş bulunan önemli sebeplerle feshi hâlinde, önceki Borçlar Kanunumuzun 264. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeden farklı olarak, asgari bir tazminat miktarına yer verilmemiştir. Yeni düzenlemeye göre: *“Hâkim, durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildirimini parasal sonuçlarını karara bağlar.”*

### 23. Kiracının ölümü sebebiyle kira sözleşmesinin feshi

Türk Borçlar Kanununun 333. maddesinde, önceki Borçlar Kanunumuzun 265. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, kiracının ölmesi durumunda, bu olağanüstü sona erme sebebine dayanarak, her iki tarafın da değil, sadece ölen kiracının mirasçılarının, yasal fesih bildirim süresine uyarak, en yakın fesih dönemi sonu için sözleşmeyi feshedebilecekleri kabul edilmiştir.

### 24. Kiralananın geri verilmesi

Kiralananın geri verilmesine ilişkin Türk Borçlar Kanununun 334. maddesi-

14) Türk Medenî Kanununun 728. maddesine göre: *“Başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir.–Bu tür yapılar, taşınır mal hükümlerine tâbi olur ve tapu kütüğünde gösterilmez.”*

15) Bkz. yuk. dn. 10 ve buna ilişkin açıklamalar.

nin son fıkrası, önceki Borçlar Kanunumuzda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Söz konusu emredici hükümle, kiracının, sözleşmenin sona ermesi hâlinde, sözleşmeye aykırı kullanmadan doğacak zararları giderme dışında, başkaca bir tazminat ödeyeceğini önceden taahhüt etmesine ilişkin anlaşmaların geçersiz olacağı kabul edilmiştir. Aynı hükme, bu hükmün kaynağını oluşturan İsviçre Borçlar Kanununun 267. maddesinin ikinci fıkrasında da yer verilmiştir.

### **25. Kiralananın gözden geçirilmesi ve ayıpların kiracıya bildirilmesi**

Türk Borçlar Kanununun 335. maddesinde, kiralananın geri verilmesi sırasında kiraya verenin bir yükü (kulfeti) niteliğinde olmak üzere, önceki Borçlar Kanunumuzda yer verilmeyen, yeni bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, kiraya verenin, kiracının sorumlu olduğu eksiklikler ve ayıplar nedeniyle kiracıyı sorumlu tutabilmesi için, kiralananın geri verilmesi sırasında, kiralananın durumunu gözden geçirmesi ve bunları hemen, yazılı olarak, kiracıya bildirmesi zorunludur. Kiraya verenin, bu bildirim yapmaması durumunda, kiracı her türlü sorumluluktan kurtulur. Bununla birlikte, aynı madde gereğince, *“teslim alma sırasında olağan incelemeyle belirlenemeyecek olan eksikliklerin ve ayıpların varlığı hâlinde, kiracının sorumluluğu devam eder. Kiraya veren, bu tür eksiklikleri ve ayıpları belirlediğinde, kiracıya hemen yazılı olarak bildirmek zorundadır.”*

Aynı düzenleme, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 267a maddesinde de bulunmaktadır.

### **26. Kiraya verenin hapis hakkını kullanması**

Kiraya verenin yasal hapis hakkına ilişkin Türk Borçlar Kanununun 338. maddesinde, önceki Borçlar Kanunumuzun 269. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeden farklı olarak, onun bu hakkını sulh hâkiminin kararı yanında, icra müdürünün kararıyla da kullanabileceği kabul edilmiştir. Böylece, kiraya verene, yasal hapis hakkını bu iki merciden birinin vereceği kararla uygulama konusunda seçim hakkı tanınmak suretiyle, İcra ve İflâs Kanunumuzun 271. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesiyle uyumluluk sağlanmıştır.

## **2. Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Bakımından**

### **1. Uygulama alanı**

Mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun uygulama alanına ilişkin 1. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, Türk Borçlar Kanununun 339. maddesinde, belediye sınırları içinde veya dışında, şehirde ya da köyde olmasına bakılmaksızın, konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin, bunlarla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşya hakkında da uygulanacağı; ancak bu hükümlerin,

niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazların altı ay<sup>16</sup> ve daha kısa süreyle kiralanmalarında uygulanmayacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin son fıkrasına göre de: “*Kamu kurum ve kuruluşlarının, hangi usul ve esaslar içinde olursa olsun yaptıkları bütün kira sözleşmelerine de bu hükümler uygulanır.*”

Kanaatimizce, bu hüküm gereğince, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun “*Ecrimisil ve Tahliye*” kenar başlıklı 75. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen Devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malların ve Vakıflar Genel Müdürlüğü ile idare ve temsil ettiği mazbut vakıflara ait taşınmaz mallara ilişkin kira sözleşmelerinin bitim tarihinden sonra, aynı maddenin dördüncü fıkrasının “*İşgal edilen taşınmaz mal, idarenin talebi üzerine, bulunduğu yer mülkiye âmirince en geç 15 gün içinde tahliye ettirilerek, idareye teslim edilir.*” şeklindeki hükmün de, önceki uygulamayı teyit eden yeni bir düzenleme yapılmadıkça, örtülü olarak yürürlükten kaldırıldığı sonucuna varılmalıdır. Çünkü, söz konusu fıkra hükmü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun, kira sözleşmesinin sona ermesini düzenleyen 350 ve devamı maddelerinin emredici hükümlerine aykırıdır. Ayrıca, yeni düzenlemede “*Özel kanun hükümleri saklıdır.*” şeklinde bir hükme yer verilmemiş olması da, bu değerlendirmemizi doğrulayıcı niteliktedir. Bu nedenle, kanaatimizce, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 22.12.2010 tarihli ve E. 2010/13-671, K. 2010/696 sayılı aksi yöndeki kararında kabul edilen görüş, 1 Temmuz 2012 tarihinde ve sonrasında yapılan kira sözleşmeleri bakımından, geçerliliğini kaybetmiştir.

## 2. Bağlantılı sözleşmenin geçersizliği

Mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunda karşılığı bulunmayan Türk Borçlar Kanununun 340. maddesinde<sup>17</sup>, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 254. maddesinde olduğu gibi, konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmenin kurulması veya sürdürülmesi, kiracının yararı olmaksızın, kiralananın kullanımıyla doğrudan ilişkisi olmayan bir borç altına girmesine bağlanmışsa, kiracının korunması ilkesinden hareketle, kirayla bağlantılı sözleşmenin geçersiz olduğu kabul edilmiştir. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, meselâ, kiracının kiraya verene karşı kiralananı veya önceki kiracının bıraktığı eşyayı satın alma yükümlülüğü altına girmesi ya da kiralananla ilgili bir sigorta sözleşmesi yapmayı üstlenmesi hâlinde, kira sözleşmesiyle bağlantılı olan bu sözleşmeler geçersiz olacaktır.

Ayrıca belirtilmelidir ki, kiracının kiracılıkla bağlantılı bulunmayan borçlanmasının, kiraya verene veya üçüncü kişiye karşı olması farksız olup, her iki durumda da uygulanacak yaptırım, Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinin birinci fıkrası anlamında olmak üzere, kesin hükümsüzlüktür.

16) Maddenin birinci ve ikinci fıkralarının kaynağını oluşturan İsviçre Borçlar Kanununun 253a maddesinin ikinci fıkrasında bu süre, “üç ay”dır.

17) Bkz. yuk. dn. 10 ve buna ilişkin açıklamalar.

### 3. Kullanma giderleri

Konut ve çatılı işyeri kiralalarında kullanma giderlerine ilişkin Türk Borçlar Kanununun 341. maddesinin birinci fıkrasına göre kiracı, sözleşmede aksi öngörülmemişse veya aksine yerel âdet yoksa, ısıtma, aydınlatma ve su gibi kullanma giderlerine katlanmakla yükümlüdür<sup>18</sup>.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında, giderlere katlanan tarafın, bu giderleri ispat edici belgelerin birer örneğini, istem üzerine diğer tarafa vermek zorunda olduğu belirtilmiştir<sup>19</sup>. Bu hükme, önceki Borçlar Kanunumuzda da, mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunda da yer verilmemiş idi.

18) Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, kiralananın sözleşme süresince kullanıma elverişli durumda bulundurulmasıyla ilgili olan, başka bir ifadeyle, kiraya verenin aslı ediminin ifasını kolaylaştıran veya buna yardımcı olan diğer yan edimlerin gerektirdiği giderler (çatının onarılması giderleri gibi), Türk Borçlar Kanununun 303. maddesine tâbidir. Bkz. yuk. II, 5. Gümüş'ün (s.177-178), Türk Borçlar Kanununun 303. maddesinin gerekçesinde, önceki Borçlar Kanunumuzun 258. maddesinin ikinci fıkrasındaki "tamir kiralayana aittir." şeklindeki hükmün, 341. madde metnine alınmamış olmasının, bunun 303. maddede düzenlenmiş olmasından kaynaklandığı yönündeki açıklamayı doğru bulmadığı anlaşılmaktadır. Yazar, 303. maddede söz konusu edilen yan gider kavramının, doğrudan eşyaya (kiralanan) yönelik olarak, eşya yararına yapılan harcamaları ifade eden teknik anlamıyla "gider" kavramından farklı olduğunu, oysa 303. maddede, kiralananın kullanımı ile bağlantılı olarak ortaya çıkan (sıcak su, ısıtma vb.) harcamaların kime yükleneceği düzenlendiği için, burada kanun koyucunun yanlış değerlendirmesinden doğan kanun boşluğunun, kiralananın olağan kullanımına bağlı küçük onarım giderlerinin, Türk Borçlar Kanununun 317. maddesine göre kiracıya ait olduğu kabul edilerek doldurulabileceği düşünülse de, bu yola gitmeden, temizlik ve bakım giderlerinin genişletici yorumla küçük onarımların da kiracıya yüklenebileceğini ileri sürmektedir. Kanaatimizce, yazarın kullandığı anlamıyla "gider" kavramı, teknik olarak "masraf" kavramından daha geniştir. Çünkü, hukukta masraf, kişinin iradi olarak yaptığı ve mal varlığında azalmaya sebep olan harcamaları ifade eder. Gider ise, kişinin iradesi dışında, kamusal bir yükümlülüğünden doğan harcamaları da kapsayan bir üst kavramdır. Bu nedenle, Türk Borçlar Kanununun 303. maddesinin kenar başlığında "Yan giderlere katlanma borcu" şeklinde bir ibare kullanılması yerindedir. Bu nedenle, madde gerekçesinde verilen örnekte olduğu gibi, çatının onarım giderlerinin de bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca, Türk Borçlar Kanununun 317. maddesinde, "kiralananın olağan kullanımını için gerekli temizlik ve bakım giderleri"ni, kural olarak, kiracının ödemekle yükümlü olması nedeniyle, bu ibarenin, küçük onarım giderlerini de kapsadığının kabul edilmesi gerektiği için, bizzat de Türk Borçlar Kanununun 303. maddesinde bir kanun boşluğundan söz edilemez. Şüphesiz ki, burada, kiraya verenin kiralananın ayıplarından sorumluluğu kapsamındaki küçük onarım giderlerinin söz konusu olmadığı belirtilmelidir.

19) Bu hükmün kaynağını oluşturan İsviçre Borçlar Kanununun 257b maddesinin birinci fıkrasında "konut ve işyeri kiralalarında yan giderlerin, ısıtma, sıcak su ve diğer işletme masrafları gibi, kiralananın kullanımıyla ilgili edimler için kiraya verenin fiili harcamaları yanında, kiralananın kullanılmasından kaynaklanan kamusal katkı paylarını da ifade ettiği belirtilmekte ve aynı maddenin ikinci fıkrasında da, kiraya verenin kiracının istemi üzerine, ona bu yan giderleri ispat edici belgeleri inceleme olanağını sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmektedir. Böylece, Türk Borçlar Kanununun 341. maddesinin kenar başlığındaki "Kullanma giderleri" şeklindeki ibarenin, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 257b maddesinin birinci fıkrasındaki anlamıyla "yan giderleri"; Türk Borçlar Kanununun 303. maddesinin kenar başlığında kullanılan "Yan giderlere katlanma borcu" şeklindeki ibarenin ise, kiraya verenin asli ediminden kaynaklandığı için, teknik anlamıyla, eşyaya (kiralanan) yönelik harcamaları, yani "gider" kavramını ifade ettiği kabul edilmelidir.



#### 4. Kiracının güvence vermesi

Önceki Borçlar Kanunumuzda ve 6570 sayılı mülga Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunda yer verilmeyen, “Kiracının güvence vermesi” kenar başlıklı Türk Borçlar Kanununun 342. maddesinde<sup>20</sup>, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 257e maddesi göz önünde tutularak, şu üç hususta düzenleme yapılmıştır:

a) Konut ve çatılı işyeri kiralalarında sözleşmeyle kiracıya güvence verme borcu getirilmişse, bu güvence üç aylık kira bedelini aşamaz (TBK.m.342/I).

Güvence olarak para veya kıymetli evrak verilmesi kararlaştırılmışsa kiracı, kiraya verenin onayı olmaksızın çekilmemek üzere, parayı vadeli bir tasarruf hesabına yatıracak, kıymetli evrakı ise bir bankaya depo edecektir. Banka, güvenceleri ancak iki tarafın rızasıyla veya icra takibinin kesinleşmesiyle ya da kesinleşmiş mahkeme kararına dayanarak geri verebilecektir (TBK.m.342/II).

Kiraya veren, kira sözleşmesinin sona ermesini izleyen üç ay<sup>21</sup> içinde kiracıya karşı kira sözleşmesiyle ilgili bir dava açtığını veya icra ya da iflâs yoluyla takibe giriştiğini bankaya yazılı olarak bildirmemişse banka, kiracının istemi üzerine güvenceyi geri vermekle yükümlü olacaktır(TBK.m.342/f.son).

Kanaatimizce, bu düzenleme, hukukumuzdaki bir boşluğu dolduran ve sözleşmeyle güvence (depozit) verme borcunu üstlenen kiracıların, bu borcun ifası için ayırdıkları paraların veya kıymetli evrakın değer kaybını önlemek amacıyla yapılmış koruyucu bir düzenleme olması nedeniyle yerindedir<sup>22</sup>.

#### 4. Kira bedelinin belirlenmesi dışında, kiracı aleyhinde değişiklik yapma yasağı

Önceki Borçlar Kanunumuzda yer verilmemekle birlikte, kira sözleşmelerinde, kira bedelinin belirlenmesi dışında, kiracı aleyhinde değişiklik yapma yasağı, mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 9. maddesinde öngörülmüş idi. Kiracının korunması ilkesinden hareketle, aynı yasağa, Türk Borçlar Kanununun 343. maddesinde de yer verilmiştir.

#### 5. Kira bedelinin belirlenmesi

Mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 2. ve 3. maddelerinin, Anayasa Mahkemesince iptalinden sonra, kira sözleşmelerinde kira bedelinin belirlenmesi konusunda ortaya çıkan ve 1963 yılından beri Yargıtay kararlarıyla doldurulmaya çalışılan boşluk, 1 Temmuz 2012 tarihinden itibaren, Türk Borçlar Kanununun, uygulama da göz önünde tutularak hazırlanan 344.

20) Bkz. yuk. dp. 10 ve buna ilişkin açıklamalar.

21) Kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 257e maddesinin üçüncü fıkrasında, bu süre bir yıldır.

22) Aksi görüşte: Kılıçoğlu, Ahmet, *Türk Borçlar Kanunu'na Eleştiriler*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 140, Ankara 2008, s.73-76.



maddesindeki<sup>23</sup> yasal hükümlerle doldurulacaktır. Maddenin dört fıkradan oluşan ve kira bedelinin belirlenme yöntemine ilişkin hükümleri, kısaca şöyledir.

a) Bir yıl veya daha uzun süreli kira sözleşmelerinde, tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir (TBK.m.344/I). Kanaatimizce, sözleşmede kararlaştırılan süre doluncaya kadar, “yenilenen” bir kira sözleşmesinden, dolayısıyla “yeni kira dönemi”nden söz edilemeyeceği için, meselâ, üç yıl süreli bir kira sözleşmesinde taraflar, bu üç yılın her yılında ödenecek kira bedelini, bir önceki yılın üretici fiyat endeksindeki artış oranıyla bağlı olmaksızın, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, serbestçe kararlaştırabilirler. Kanaatimizce, söz konusu fıkroda veya kira sözleşmesine ilişkin herhangi bir hükümde, süresi bir yıldan daha uzun süreli olsa da, her bir yılın “bir kira dönemi” sayılacağı şeklinde bir ifadeye yer verilmediği için, meselâ, üç yıl süreli bir kira sözleşmesinin de “bir kira dönemi” olarak kabulü gerekir.

b) Taraflarca yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeli konusunda bir anlaşma yapılmamışsa, kira bedeli, bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla, hâkim tarafından, kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenir (TBK.m.344/II).

c) Taraflarca yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeli konusunda bir anlaşma yapılmış olup olmadığına bakılmaksızın:

aa) Beş yıldan uzun süreli veya

bb) Beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda,

yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli, hâkim tarafından, üretici fiyat endeksindeki artış oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak hakkaniyete uygun biçimde belirlenir. Her beş yıldan sonraki kira yılında, böylece belirlenen kira bedeli, önceki fıkralarda yer alan ilkelere göre değiştirilebilir (TBK.m.344/III).

d) Sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz. Ancak, bu Kanunun, “Aşırı ifa güçlüğü” başlıklı 138 inci maddesi hükmü saklıdır<sup>24</sup>. Beş yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesinde, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önünde tutularak üçüncü fıkra hükmü uygulanır (TBK.m.344/f.son).

23) Bkz. yuk. dn. 10 ve buna ilişkin açıklamalar.

24) Türk Borçlar Kanununun 138. maddesi hükmünün saklı olduğuna ilişkin cümle, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından metne dâhil edilmiş ve böylece yasalaştırılmıştır. Serozan (s.1046-1047), Türk Borçlar Kanununun 344. maddesinin son fıkrasıyla, âdeta panik atak içinde iki kez üst üste yapılan bu hatırlatmanın, “malûmu ilâm”ın en göze batıcı, en sivri örneği olduğu görüşündedir.

## 6. Kira bedelinin belirlenmesi davasının açılma süresi ve kararın etkisi

Uygulamada “kira tespit davası” olarak bilinen, kira bedelinin belirlenmesi davasının açılma süresine ve mahkemece belirlenen kira bedelinin hangi tarihten itibaren kiracıyı bağlayıcı etkisinin olacağı, önceki Borçlar Kanunumuzda ve mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 2. ve 3. maddelerinin iptalinden sonra da yasal bir düzenleme konusu yapılmamış idi. Yeni Türk Borçlar Kanununun 345. maddesinde, bu hukukî problem, uygulama da göz önünde tutularak, yasal bir çözüme kavuşturulmuştur.

Söz konusu maddede, üç fıkra hâlinde yapılan düzenleme şöyledir:

a) *“Kira bedelinin belirlenmesine ilişkin dava her zaman açılabilir”* (TBK.m. 345/I). Bu hüküm, Yargıtay’ın 1964 tarihi içtihadı birleştirme kararında da kabul edilmiş olan görüşün yasalastırılmış bir ifadesidir.

b) Kira bedelinin belirlenmesi davası, *“yeni dönemin başlangıcından en geç otuz gün önceki bir tarihte açıldığı ya da kiraya veren tarafından bu süre içinde kira bedelinin artırılabacağına ilişkin olarak kiracıya yazılı bildirimde bulunmuş olması koşuluyla, izleyen yeni kira dönemi sonuna kadar açıldığı takdirde, mahkemece belirlenecek kira bedeli, bu yeni kira döneminin başlangıcından itibaren kiracıyı bağlar* (TBK.m.345/II).

Hükûmet Teklifinde, bu hükümde yer verilen *“Ancak, bu dava, dava dilekçesinin, yeni dönemin başlangıcından en geç otuz gün önceki bir tarihte kiracıya tebliğ edilmiş...olması koşuluyla”* şeklindeki ibare, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonundaki görüşmeler sırasında, *“Ancak, bu dava yeni dönemin başlangıcından en geç otuz gün önceki bir tarihte açıldığı...takdirde”* şeklinde değiştirilmiş ve böylece yasalastırılmıştır<sup>25</sup>.

c) *“Sözleşmede yeni kira döneminde kira bedelinin artırılabacağına ilişkin bir hüküm varsa, yeni kira döneminin sonuna kadar açılacak davada mahkemece belirlenecek kira bedeli de, bu yeni dönemin başlangıcından itibaren geçerli olur.”* (TBK.m.345/f.son). Bu hüküm de, Yargıtay’ın yerleşmiş içtihadının yasalastırılması niteliğindedir.

25) Değişiklik önergesi, kiracının yeni dönemde sözleşmeyi sürdürebilme kararı için gerekli enformasyon ihtiyacının, Tasarıda yapılan düzenlemeyle büyük ölçüde karşılandığı, içtihatla artış kriterlerini değiştirme ve belirsizlik döneminin, Tasarının yürürlüğe girmesiyle kapanacağı ve davanın belirtilen sürede açılmış olmasına, kiralayanın bu konudaki girişiminin kendisine ait olan bölümünü tamamlamasına rağmen, çeşitli sebeplerle dava dilekçesinin tebliğ edilememe riskini kiralayana yüklemenin hukukî bir zemininin bulunmadığı gerekçelerine dayandırılmıştır.

## 7. Kiracı aleyhine düzenleme yasağı

Önceki Borçlar Kanunumuzda ve mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunda yer verilmeyen, Türk Borçlar Kanununun “*Kiracı aleyhine düzenleme yasağı*” kenar başlıklı 346. maddesi<sup>26</sup>, kiracının korunması ilkesine uygun bir düzenleme içermektedir. Maddeye göre: “*Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir*”<sup>27</sup>. Bu yeni düzenleme karşısında, Yargıtay’ın, kira sözleşmelerine konulan “muacceliyet kaydı”nın geçerli olduğunu kabul eden içtihadı, 1 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla geçerliliğini yitirmiştir.

## 8. Konut ve çatılı işyeri kiralalarında, sözleşmenin bildirim yoluyla sona ermesi

Türk Borçlar Kanununun 347. maddesinde, konut ve çatılı işyeri kiralalarında, sözleşmenin bildirim yoluyla sona ermesi, üç fıkra hâlinde düzenlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracının, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az onbeş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşmenin aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılacağı ve kiraya verenin, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremeyeceği kuralına yer verilmiştir. Ancak, aynı fıkranın son cümlesinde, bu kuralın bir istisnası niteliğinde olmak üzere, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya verenin, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin, tek taraflı olarak, sözleşmeye son verebilecektir<sup>28</sup>. Bu istisnaî hüküm gereğince kiraya veren, sözleşmeyi en erken on uzama yılını izleyen yılın (yani, onbirinci yılın) sonu itibarıyla, en az üç ay önce bildirimde bulunarak sona erdirme hakkını kullanmamış veya üç aylık bildirim süresine uymadığı için kullanamamışsa, sonraki her uzama yılının

26) Bkz. yuk. dn. 10 ve buna ilişkin açıklamalar.

27) Bu madde, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonunda yapılan görüşmeler sırasında verilen bir önerenin kabulü sonucunda, “*Kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde, sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersiz olup, en fazla doğmuş olan borcun iki katı tutarında ceza koşulu öngörülebilir.*” şeklinde değiştirilmiş; ancak madde hakkında TBMM İçtüzüğü’nün 43 üncü maddesi gereğince yeniden görüşme talep edilmiş ve yapılan müzakere sonucunda madde, Hükümet Teklifine uygun olarak, Alt Komisyon-daki biçimiyle kabul edilmiş ve böylece yasalaştırılmıştır.

28) 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun (RG. 4.2.2011, S.27836) Geçici 2. maddesi uyarınca, Türk Borçlar Kanununun 347. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde öngörülen kira sözleşmelerinden on yıllık uzama süresi dolmamış olmakla birlikte geri kalan süre beş yıldan daha kısa olanlar hakkında, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl; on yıllık uzama süresi dolmuş olanlar hakkında da yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl sonra uygulanacaktır.

sonu itibarıyla, üç aylık yasal bildirim süresine uymak koşuluyla, sözleşmeyi tek tarafı olarak sona erdirme hakkını kullanabilir.

Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca, belirsiz süreli kira sözleşmelerinde, kiracı her zaman, kiraya veren ise kiranın başlangıcından on yıl geçtikten sonra, genel hükümlere göre fesih bildiriyle sözleşmeyi sona erdirebilir. Kısmen yeni sayılabilecek bu düzenlemeye göre, kiracının sözleşmeyi tek tarafı olarak sona erdirebilmesi için, önceki Borçlar Kanunumuzda olduğu gibi, kural olarak, feshi ihbar dönem ve sürelerine uyması gerekir. Ancak, belirsiz süreli konut ve çatılı işyeri kiralarda kiraya veren, önceki Borçlar Kanunumuzdaki düzenlemeden farklı olarak, bu hakkını en erken, kiranın başlangıcından on yıl geçince, yasal fesih bildirim dönem ve sürelerine uyarak kullanabilir.

Maddenin son fıkrasında ise, Türk Borçlar Kanununun kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerine göre fesih hakkının kullanılabilceği durumlarda, kiraya verenin (TBK.m.315-316; 331-332) veya kiracının<sup>29</sup> (TBK.m.331) sözleşmeyi sona erdirebileceği kabul edilmiştir.

### **9. Konut ve çatılı işyeri kiralarda fesih bildirimini geçerliliği**

Türk Borçlar Kanununun 348. maddesinde, konut ve çatılı işyeri kiralarda fesih bildirimini geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına bağlanmıştır. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 11. maddesinde öngörülen yasal geçerlilik şeklinin, konut ve çatılı işyeri kiralarnın fesih bildiriminde de aranması uygun görülmüştür<sup>30</sup>. Buna göre, konut ve çatılı işyeri kiralarda sözleşmenin bildirim yoluyla sona ermesine ilişkin Türk Borçlar Kanununun 347. maddesinde öngörülen fesih bildiri, duruma göre kiraya veren veya kiracı tarafından yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz; dolayısıyla sözleşmeyi sona erdirmez.

### **10. Aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin feshi**

Önceki Borçlar Kanunumuzda ve mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunda karşılığı olmayan Türk Borçlar Kanununun 349. maddesinin birinci fıkrasına göre, aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiracı, kural olarak, eşinin açık rızası olmadıkça, kira sözleşmesini feshedemez. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, evlilik birliğinin korunması amacıyla, eşlerden birinin, kiracı sıfatıyla, tek başına hareket ederek, diğer eşin açık rızası olmaksızın sözleşmeyi sona erdirmesi önlenmek istenmiştir.

Aynı maddenin birinci fıkrasındaki kuralın istisnasına, yine aynı madde-

29) Kiracının ölümü hâlinde mirasçuları da, Türk Borçlar Kanununun 333. maddesine uygun olarak sözleşmeyi sona erdirebilirler.

30) Buna karşılık, kira sözleşmesinin genel hükümlerine göre (TBK.m.328-331) yapılacak fesih bildirimleri, yazılı geçerlilik şekline bağlı değildir.

nin ikinci fıkrasında yer verilmiştir. Buna göre, eşin rızasının alınması mümkün olmazsa veya eş haklı sebep olmaksızın rızasını vermekten kaçınırsa kiracı, hâkimden bu konuda bir karar vermesini isteyebilir. Eşin ayırt etme gücünden yoksun olması, nerede olduğunun bilinmemesi ve bunlara benzer durumlarda eşin rızası alınamayabileceği gibi, ailenin sosyal ve ekonomik şartlarında meydana gelen değişimler (meselâ, çocuk sayısının, kira bedelinin veya kullanım giderlerinin artması) nedeniyle, aile konutu olarak kullanılan taşınmazın, artık ihtiyaca uygun olmaması karşısında, daha büyük veya konforlu bir aile konutu kiralanması gerektiği ve maddî durumları buna uygun olduğu hâlde, eşin mevcut kira sözleşmesinin feshine rızasını vermektan kaçınması, haklı sebebe dayanmaz. Kanaatimizce, böyle durumlarda hâkimin, başvuruda bulunan eşin fesih bildiriminde bulunmasına izin vermesine ilişkin kararı, rızasını vermektan kaçınan eşin rızası yerine geçer ve kendisine bu izin verilen eş, sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir.

Aile konutuna ilişkin Türk Borçlar Kanununun 349. maddesinin son fıkrası gereğince, kiracı olmayan eş, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanmışsa kiraya veren, fesih bildirimini ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorundadır. Bu hükme göre kiraya veren, konut ve çatılı işyeri kiralarında, sözleşmeyi Türk Borçlar Kanununun 347. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca fesih bildiriminde bulunarak sona erdirmek istiyorsa veya fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresi vermesi gerekiyorsa (TMK.m.315), fesih bildirimini ve en az otuz günlük yasal ödeme süresini, kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorundadır<sup>31</sup>.

31) Kanaatimizce, Türk Borçlar Kanununun 349. maddesinin son fıkrasında, kiraya verenn fesih bildirimini ve fesih ihtarına bağlı ödeme süresini, kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorunda olması, bu gereklerin noter aracılığıyla yerine getirilmesi durumunda, ayrı ihbarname veya ihtarname tebliği suretiyle yerine getirilmesini de zorunlu kılmaz. Bu tebligatın, kiracı ve eşinin muhatap olarak gösterilmesi koşuluyla, aynı ihbarname veya ihtarname ile yapılması hâlinde de geçerli sayılması gerekir. Hükümün amacı, kiraya veren ile aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini yapan eş yanında, bu sözleşmenin kurulmasından sonra, kiraya verene yaptığı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelen diğer eşin de, kiraya veren tarafından, Türk Borçlar Kanununun 347. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına dayanarak fesih bildiriminiyle sözleşmenin sona erdirilmek istenmesi durumunda, bu fesih bildiriminden haberdar edilmesi ve fesih ihtarına bağlı ödeme süresi (en az otuz günlük yasal süre) verilmesinin söz konusu olması durumunda da, bu süre içinde, kira borcunu ödemek suretiyle sözleşmenin, kiraya veren tarafından tek taraflı olarak sona erdirilmesini önleme olanağının bu eşe de sağlanmasıdır.

Fıkırada, fesih ihtarına bağlı ödeme süresi verilmesi gereken durumlarda, bu sürenin, sözleşmenin tarafı hâline gelen diğer eşe de yapılması zorunlu olduğu için, Türk Borçlar Kanununun 352. maddesinin ikinci fıkrasında da iki haklı ve yazılı ihtar, kira sözleşmesinin, kiraya veren tarafından, kiracıdan kaynaklanan sebeple sona erdirilmesi sonucunu doğurduğu hâlde, kanaatimizce, burada aynı Kanunun 349. maddesinin son fıkrası anlamında, fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresi verilmesi söz konusu olmadığı için, iki haklı ve yazılı ihtarın, sadece kira sözleşmesini yapan eşe yapılması yeterli olur. Ayrıca, söz konusu fıkranın, sonradan kiraya verene bildirimde bulunmadığı için, kanun gereği, sözleşmenin tarafı hâline gelmemiş olan eş bakımından uygulanamayacağı açıktır.

### **11. Konut ve çatılı işyeri kiralalarında, sözleşmenin kiraya verenden kaynaklanan gereksinim ve yeniden inşa ve imar sebepleriyle, dava yoluyla sona ermesi**

Türk Borçlar Kanununun 350. maddesinde, konut ve çatılı işyeri kiralalarında, sözleşmenin kiraya verenden kaynaklanan gereksinim (ihtiyaç) ve yeniden inşa ve imar sebepleriyle, dava yoluyla sona ermesi, tek fıkraya bağlı iki bent hâlinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci bendine göre kiraya veren, kiralanamı kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için, konut ya da işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa, kira sözleşmesini belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda, belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildirimini için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açacağı dava ile sona erdirebilir. Mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 7. maddesinin (b) bendinde, kiralayanın “*Gayrimenkulü kendisi veya eşi veya çocukları için mesken olarak kullanma ihtiyacında kalırsa*”, yine aynı maddenin (c) bendinde de, “*Gayrimenkulü kendisinin veya eşinin veya çocuklarının bir meslek veya sanatı bizzat icra etmesi için kullanma ihtiyacında ise*”, kira sözleşmesinin sonunda tahliye davası açabileceği öngörüliyordu.

Türk Borçlar Kanununun 350. maddesinde, kiraya verenin, mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 7. maddesinin (b) ve (c) bentlerindeki düzenlemeden farklı olarak, üstsoyunun, altsoyunun ve kanunen bakmakla yükümlü olduğu diğer kişilerin gereksinimi sebebiyle, dava yoluyla sözleşmeyi sona erdirebileceği kabul edilmiştir. Böylece, gereksinimleri ileri sürülecek kişilerin çevresi genişletilerek, eski düzenlemenin, kiraya verenin ana babasının ve yardım nafakası alacaklısı olan kardeşinin (TMK.m.364) “ihtiyacı”nın bile tahliye sebebi olarak kabul edilmemesine yönelik eleştiriler ortadan kaldırılmıştır. Ayrıca, yeni düzenlemede, “işyeri gereksinimi”nden söz edilmekle yetinilmiş, eski düzenlemedeki “*bir meslek veya sanatı bizzat icra etmesi için...*” şeklindeki daraltıcı yoruma sebep olabilen ibare, metne alınmamıştır.

Mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 7. maddesinin (b) ve (c) bentlerinde, tahliye davasının “akdın hitamında” açılabileceğini kabul eden ifadesi, uygulamada İcra ve İflâs Kanununun 272. maddesinin “kıyas yoluyla” uygulanması sonucunda, kira sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren bir aylık hak düşürücü süre olarak yorumlanıyordu. Yeni düzenlemede, gereksinim ve yeniden inşa ve imar sebebiyle dava açma zamanı, açıkça belirli süreli kira sözleşmelerinde, sürenin sonundan başlayarak, “bir ay”, belirsiz süreli kira sözleşmelerinde ise, genel hükümlere göre (TBK.m.328) fesih dönemi ve fesih bildirimini için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak “bir ay” olarak belirlendiği için, bu hak düşürücü süre, 1 Temmuz 2012 ve sonrasında açılacak davalarda “doğrudan doğruya” uygulanacaktır.

Türk Borçlar Kanununun 350. maddesinin ikinci bendine göre de, “*Kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esash onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi gerekli ve bu işler sırasında kiralananın kullanımı imkânsız ise,*” kiraya veren, bir önceki paragraftaki açıklamalara uygun olarak, yine “bir aylık” hak düşürücü süre içinde açacağı dava ile, kira sözleşmesini sona erdirebilecektir. Bu hükme, dava açma zamanını belirtmek üzere, “*akdın hitamında*” şeklinde bir ibare kullanılmış olması bir yana bırakılırsa, mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 7. maddesinin (ç) bendinde de, yeni düzenlemeye benzer biçimde yer verilmiş idi.

### **12. Konut ve çatılı işyeri kiralarında, yeni malikin gereksinimi sebebiyle kira sözleşmenin sona erdirilmesi**

Türk Borçlar Kanununun 351. maddesinde, mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 7. maddesinin (d) bendindeki düzenlemeden farklı olarak, tıpkı Türk Borçlar Kanununun 350. maddesinde olduğu gibi, gereksinimleri ileri sürülebilecek kişilerin çevresi, kiraya verenin kendisi, eşi ve çocukları yanında, üstsoyunu, altsoyunu ve kanunen bakmakla yükümlü olduğu diğer kişileri de kapsayacak biçimde genişletilmiştir. Bu dava, yeni malik tarafından, konut veya işyerini edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmesi koşuluyla, altı ay sonra açılarak, kira sözleşmesi sona erdirilebilir.

Maddenin son fıkrasında, 1 Temmuz 2012 tarihinden önceki uygulamada olduğu gibi, yeni malikin, gereksinim sebebiyle sözleşmeyi sona erdirme hakkını, Türk Borçlar Kanununun 350. maddesinin birinci bendinde öngörüldüğü biçimde, sözleşme süresinin bitiminden başlayarak bir ay içinde açacağı dava yoluyla da kullanabileceği belirtilmiştir.

### **13. Kira sözleşmesinin, kiracıdan kaynaklanan sebeplerle sona erdirilmesi**

Türk Borçlar Kanununun 352. maddesinde, kira sözleşmesinin, kiraya veren tarafından, kiracıdan kaynaklanan sebeplerle sona erdirilmesi, üç fıkra hâlinde düzenlenmiştir. Madde, mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 7. maddesinin (a), (e) ve son fıkralarını karşılamaktadır.

Maddenin, mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 7. maddesinin (a) bendini karşılayan birinci fıkrasında, kiracının yazılı tahliye taahhüdünün geçerli olması için, 1 Temmuz 2012 tarihinden önceki uygulama göz önünde tutularak, “*kiralananın teslim edilmesinden sonra*” verilmesi gerektiği belirtilerek, hükme açıklık kazandırılmıştır.

Maddenin, mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 7. maddesinin (e) bendini karşılayan ikinci fıkrasında, eski düzenlemeden farklı olarak, kiraya verenin, iki haklı ve yazılı ihtar sebebiyle, kira sözleşmesini dava yoluyla sona erdirme hakkını, bu koşulların, bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde veya bir kira yılını aşan süre içinde gerçekleşmesi durumunda da kulla-



nabileceği kabul edilmiştir. Böylece, Yargıtay'ın, altı ay süreli kira sözleşmesinde, mülga 6570 sayılı Kanunun 7. maddesinin (e) bendi hükmüne göre tahliye kararı verilemeyeceğine ilişkin lâfzî yorumla yetinen kararlarında kabul edilen görüş, 1 Temmuz 2012 tarihi ve sonrasında geçerliliğini yitirmiştir. Ayrıca, eski düzenlemeden farklı olarak, kiraya veren, bu davayı bir yıldan uzun süreli kiralarda, ihtarların yapıldığı kira yılının bitiminden başlayarak bir ay içinde açabileceği için, meselâ üç yıl süreli bir kira sözleşmesinin ilk yılında “iki haklı ve yazılı ihtar” koşulu gerçekleşmişse, sürenin sonunu beklemek zorunda olmaksızın, kira sözleşmesini sona erdirebilir.

Türk Borçlar Kanununun 352. maddesinin son fıkrasında, mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 7. maddesinin son fıkrasından farklı olarak, kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin “aynı şehir veya belediye sınırları içinde” değil, “aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde” oturmaya elverişli bir konutu bulunması durumunda kiraya veren, kira sözleşmesini dava yoluyla sona erdirebilecektir. Ancak, eski düzenlemede açıklık olmaması nedeniyle, öğreti ve uygulamada farklı görüşlerin ileri sürüldüğü göz önünde tutularak, yeni düzenlemede bu tartışmayı sona erdirmek amacıyla, fıkra metnine “...kira sözleşmesinin kurulması sırasında bunu bilmiyorsa”, şeklinde bir ibare eklenmiştir. Bu yeni düzenleme karşısında, 1 Temmuz 2012 tarihinden itibaren açılacak davalarda davalı kiracı, davacı kiraya verenin, kendisinin veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutunun bulunduğunu bildiğini ispat ettiği takdirde, davanın reddine karar verilmesi gerekir.

#### **14. Kira sözleşmesinin dava yoluyla sona erdirildiği durumlarda, dava açma süresinin uzaması**

Kira sözleşmesinin dava yoluyla sona erdirildiği durumlarda, mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunda böyle bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadında kabul edildiği gibi, kiraya veren, kiracıya en geç davanın açılması için öngörülen sürede dava açacağını yazılı olarak bildirmişse, dava açma süresi bir kira yılı için uzamış sayılır (TBK.m.353). Maddede söz konusu edilen dava açma süresiyle, “bir aylık” hak düşürücü süreler kast edilmektedir<sup>32</sup>.

32) Gümüş (s.326), Türk Borçlar Kanununun 353. maddesinin, sadece 350. maddede öngörülen tahliye sebepleriyle sınırlandırılmasının çok daha yerinde olacağını ileri sürmektedir. Ayrıca, Yargıtay'ın “dava hakkını koruyan ihtar” kavramına dayanan uygulamasının, hukukî temelden yoksun olduğu görüşünü ileri süren yazara göre (s.326-327), teleolojik redüksiyon ile gerçekleşecek bir örtülü boşluk doldurma işlemiyle, 353. maddenin 350. maddede öngörülen tahliye sebepleriyle sınırlı olarak uygulanması ve kiraya verenin dava açacağını kiracıya yazılı olarak bildirdiği anda, dayanılan tahliye sebebinin gerçekleşmiş olması gerekir. Kanaatimizce, “dava hakkını koruyucu ihtar” kavramına dayanan yasal düzenlemenin yerinde olup olmadığı tartışılabilirse de, yeni düzenlemenin, kanun koyucunun, Yargıtay'ın uygulamasının hukukî temelini oluşturacak bir çözüm tercihi olduğu söylenebilir. Ayrıca, 28.11.1956 tarihli ve 25/25 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre, her davanın açıldığı tarihteki hukukî duruma göre incelenip karara bağlanması gerektiği göz önünde tutulmalıdır.



### **15. Kira sözleşmesini dava yoluyla sona erdiren kiraya verenin, kiralananı yeniden kiralama yasağına aykırı davranması**

Türk Borçlar Kanununun 355. maddesinin son fıkrasında, mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 16. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, kira sözleşmesini dava yoluyla sona erdiren kiraya veren, kiralananı yeniden kiralama yasağına (TBK.m.355/I ve II) aykırı davranırsa, eski kiracısına, son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlüdür. Yeni düzenlemeyle, söz konusu yasağın yaptırımı, Avrupa Birliği normlarına da uygun olarak, ceza değil, tazminattan ibarettir.

### **16. Kira sözleşmesinin kiracının ölümünde sürdürülmesi**

Türk Borçlar Kanununun 356. maddesinde, kira sözleşmesinin kiracının ölümünde sürdürülmesi hâlinde, ortaklarının veya bu ortakların aynı meslek ve sanatı yürüten mirasçıları ile ölen kiracı ile birlikte aynı konutta oturanların, sözleşmeye ve kanun hükümlerine uydukları sürece, taraf olarak kira sözleşmesini sürdürebilecekleri kabul edilmiştir. Mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 13. maddesinden farklı olarak, “...*bu kanunun yürürlükten kaldırılmasından üç ay sonraya kadar aleyhlerine tahliye davası açılmaz.*” şeklindeki ibare, yeni düzenlemeye alınmamıştır. Gerçekten, kanun koyucu, yürürlükten kaldırdığı bir kanunun hükümlerini göz önünde tutarak, taraflarca yapılan kira sözleşmesinin, yeni kanun dönemindeki geçerlilik durumunu, kural olarak, yürürlük kanunu veya geçici maddelerde düzenlediği için, bu ibarenin yeni Türk Borçlar Kanununun 356. maddesinde de korunmasında bir zorunluluk bulunmamaktadır.

## **3. Ürün kirası bakımından**

### **1. Genel hükümlerin uygulanması**

Türk Borçlar Kanununun 358. maddesine göre: “*Bu ayırımında ürün kirasına ilişkin özel hüküm bulunmadıkça, kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler uygulanır.*”<sup>33</sup>

### **2. Ürün kirasında, kiracının kira bedeli yanında yan giderleri de ödeme yükümlülüğü**

Türk Borçlar Kanununun 362. maddesinde, önceki Borçlar Kanunumuzun 281. maddedeki düzenlemeden farklı olarak, ürün kirasında kiracının, sözleşmede aksine bir hüküm veya yerel âdet olmadıkça, kira bedeli yanında, yan giderleri de her kira yılının ve en geç kira süresinin sonunda ödemekle yükümlü olduğu

33) Ayrıca bkz. yuk. I altındaki açıklamalar.

belirtmiştir. Böylece, 362. maddenin ikinci fıkrasında da, kira sözleşmesinin genel hükümleri arasındaki 315. maddesinin birinci fıkrasında olduğu gibi, yan giderleri ödeme borcunun kiracının temerrüdüne esas olabileceği kabul edilmiştir.

### 3. Olağanüstü fesih

Türk Borçlar Kanununun 369. maddesinin birinci fıkrası gereğince, taraflardan birinin, ürün kirası sözleşmesini, koşulları bu fıkra da belirtilen önemli sebeplerle, fesih bildiriminde bulunarak sona erdirdiği takdirde, önceki Borçlar Kanunumuzun 286. maddesinin ikinci fıkrasından farklı olarak, diğer tarafa ödemekle yükümlü olacağı asgari tazminat miktarının belirtilmesinden vazgeçilmiştir. Bunun yerine, durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildirimini parasal sonuçlarını karara bağlama yetkisi, hâkime verilmiştir.

Yeni düzenlemede, taraflardan birinin bu olağanüstü fesih hakkını kullanması için, önceki Borçlar Kanunumuzun 286. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme-den farklı olarak, kira sözleşmesinin belirli süreli ürün kirası olması aranmamış ve son fıkrasının, kiracının asgari tazminat miktarı kendisine ödenmedikçe, kiralananı terke zorlanamayacağına ilişkin hükmü de madde metnine alınmamıştır. Böylece madde, kira sözleşmesinin genel hükümleri arasındaki Türk Borçlar Kanununun 331. maddesiyle de uyumlu hâle getirilmiştir.

### III. SONUÇ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda kira sözleşmesine ilişkin olarak yapılan yenilik ve değişikliklerin, bu makalede genel hükümleri bakımından 25 maddede, konut ve çatılı işyeri kiralaları bakımından 17 maddede ve ürün kirası bakımından da 3 maddede olmak üzere, 45 maddede toplanmasından da anlaşılacağı gibi, önceki Borçlar Kanunumuzda ve mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunda yapılmış olan düzenlemelere göre, çok önemli ve kapsamlı yenilik ve değişiklikler niteliğindedir. Yeni düzenlemelerin, öğreti ve uygulamanın görüş ve eleştirileri doğrultusunda yerleşeceği veya temel kanun olsa da, Türk Borçlar Kanununda bazı değişiklikler yapılabileceği öngörülebilir. Bununla birlikte, kanaatimizce, bir temel kanun olan Türk Borçlar Kanununun diğer düzenlemelerinde olduğu gibi, kira sözleşmesine ilişkin düzenlemesinin de, uygulamadaki sonuçlarının değerlendirilebilmesi için yeterli bir süre geçmeden değiştirilmesi uygun olmaz. Kaldı ki, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce ve sonra yapılmış ve ileride yapılabilecek değişikliklerin de teknik ve pratik gerçeklere uygunluğunun, her zaman tartışılabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

## KAYNAKÇA

- Gümüş, Mustafa Alper, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul 2011.
- Tandoğan, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.1/II, B.3, Ankara 1985.
- Serozan, Rona, Yeni Borçlar Kanununda İfa Engelleri Alanında “Malumu İlam” Örnekler” (Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s.1041-1047).
- Kılıçoğlu, Ahmet: Türk Borçlar Kanunu’na Eleştiriler (Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 140), Ankara 2008.
- Resmî Ceride (RC) 22.4.1926, S. 359.
- Resmi Gazete (RG) 4.2.2011, S. 27836.

## ÖZET

Kira sözleşmesi, 1 Temmuz 2012 tarihinde, 4 Ekim 1926 tarihinden başlayarak 86 yıl 8 ay 27 gün uygulandıktan sonra, önceki 818 sayılı Borçlar Kanunumuzun yerini alarak yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 299 ilâ 378. maddelerinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanununda da, özellikle konut ve çatılı işyeri kiralalarında, mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunda olduğu gibi, kiracının korunması ilkesi yanında, kiraya verenin haklı menfaatleri de, birçok yönüyle, adı geçen Kanundan daha ileri biçimde gözetilmiştir. Makalemizde Türk Borçlar Kanununda kira sözleşmesine ilişkin olarak yapılan yenilik ve değişikliklerden sadece esasa ilişkin olanları üzerinde durulmuş ve önceki düzenlemeyle paralellik arz eden hükümlerinin tekrarından kaçınılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, kira sözleşmesi, gayr-i menkul kiraları



# Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu (TCK. M.181)

Offense of International Contamination of the Environment

**Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## ABSTRACT

Offense of intentional contamination of the environment is an offense type, entered into our legislation with the Turkish Criminal Code number 5237 on 2005. It has been accommodated with European Union Directives by defining these actions as a crime. Depending on environmental pollution, especially the emergence and consequences of global warming mankind began to be sensitive in this area. In parallel, leaving neater and livable environment for the future concerns has led the legislators to organize such a crime. This is a positive development for our country, our article examined this kind of crime by seperating the crime elements.

**Key words:** Intentionally contaminating the environment, environmental pollution, environment, waste, debris.

## 1- Genel Olarak

İnceleme konusu suç, 5237 sayılı TCK'nun 181 inci maddesinde; "(1) İlgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten veren kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Atık veya artıkları izinsiz olarak ülkeye sokan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Atık veya artıkların toprakta, suda veya havada kalıcı özellik göstermesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza iki katı kadar artırılır.

(4) Bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan fiillerin, insan veya hayvanlar açığ-

*sından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıklarla ilgili olarak işlenmesi hâlinde, beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına ve bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.*

(5) *Bu maddenin iki, üç ve dördüncü fıkrasındaki fiillerden dolayı tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur*” şeklinde düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK'nun 344 üncü maddesinin 1 nci fıkrasının (b) bendi gereği, kanunun 181 inci maddesinin 1 inci fıkrası yayımı tarihinden (R.G. tarihi 12.10.2004) itibaren iki yıl sonra yani 12.10.2006 tarihinde yürürlüğe girerek, bu tarihten sonra işlenen suçlar hakkında uygulanacaktır. Bu tarihten önce işlenen ve 181 inci maddenin birinci fıkrası kapsamına giren eylemler suç sayılmayacak<sup>1</sup>, söz konusu eylemler yönünden şartları oluşmuşsa, 2872 sayılı Çevre Kanunu'na göre işlem yapılacaktır<sup>2</sup>. 12.10.2006 tarihinde yürürlüğe giren hüküm 181/1 ve bu fiilin nitelikli hali olarak kabul edilen aynı maddenin 3 ve 4 üncü fıkralarıdır. 181 inci maddenin 2 nci fıkrası ve bu fıkıyla bağlantılı 3, 4 ve 5 inci fıkralar ise, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Avrupa Birliği Konseyi'nin 27 Ocak 2003 tarihli ve 2003/80 sayılı “Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Hakkında Yönerge”sinde, Avrupa Birliğine üye devletler çeşitli çevre suçlarını ceza kanunlarında düzenleme ve bunlar için özgürlüğü bağlayıcı cezalar ve tüzel kişilere özgü yaptırımlar öngörme yükümlülüğü altındadır.

Bu yönergenin 3. maddesinde yer alan direktife göre, üye devletlere yalnız kast ile değil, taksirle işlenen eylemleri<sup>3</sup> de suç haline getirme, suçlara iştirak ve

- 1) Aynı yönde bkz. **Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: IV, Ankara 2010, s.5032; Malkoç ise, söz konusu hükmün 01.06.2007 tarihinde yürürlüğe gireceğini belirtmektedir. **Malkoç, İsmail**, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, 1. Cilt, Ankara 2007, s.1209. Benzer düşünce için bkz. **Parlar, Ali-Hati-poğlu, Muzaffer**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt:3, 2. Baskı, Ankara 2008, s.2758.
- 2) “5237 sayılı TCK'nun 344. maddesinin (b) bendi gereğince “çevrenin kirletilmesi” başlıklı 181.maddesinin birinci fıkrasının aynı yasanın yayım tarihinden itibaren 2 yıl sonra yürürlüğe gireceği düzenlemesi karşısında suç tarihi itibarıyla anılan maddeye göre mahkûmiyet hükmü verilemeyeceği gözetilip sanığın eyleminin 2872 sayılı Çevre Kanunu kapsamında değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde hükmü kurulması...” Yarg. 2. CD., 07.06.2007 tarih ve 2007/4298 E., 2007/8407 K. sayılı kararı.
- 3) Nitekim 5237 sayılı TCK'nun 182 nci maddesinde, çevrenin taksirle tehlikeye sokulması suçu, “(1) *Çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya verilmesine taksirle neden olan kişi, adli para cezası ile cezalandırılır. Bu atık veya artıkların, toprakta, suda veya havada kalıcı etki bırakması hâlinde, iki aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

azmettirmeyi cezalandırma, bu suçlara etkin, uygun ve korkutucu ceza öngörme yükümlülüğü yüklenmekte, üye Devletlere de bu yönergeyi en geç 27.01.2005 tarihine kadar iç hukuka aktarması istenmektedir.

1982 Anayasası'nın 56 ncı maddesinde; "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*"

*Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir*" denilmiş, bu kapsamda kanunkoyucu gerek Anayasada yer alan hakkı güvence altına almak gerek Avrupa Birliği Konseyi'nin yönergesine uygun hareket etmek için, 5237 sayılı TCK da bir takım suç tiplerine yer verilmiştir. Kanununun 181 inci maddesinde "çevrenin kasten kirlenmesi", 182 inci maddesinde "çevrenin taksirle kirlenmesi", 183 üncü maddesinde "gürültüye neden olma" ve 184 üncü maddesinde "imar kirliliğine neden olma" suçları yaptırım altına alınmıştır<sup>4</sup>. Aşağıda çevrenin kasten kirlenmesi suçu incelenecektir.

## 2- Korunan Hukuki Değer

Genel tehlike suçlarında korunan hukuki değer, kişilerin ve malların kapsamlı bir şekilde tehlikeye uğratılmalarının önlenmesidir. Zira bu fiiller sonucunda, insanların hayatı veya sağlığı ya da büyük bir ölçüde mallar veya hayvanlar ya da diğer ekonomik menfaatler zarar tehlikesine düşebilecektir. Hatta bu fiiller, insan için hayati önemi olan çevre üzerinde de olumsuz tesirler doğmasına neden olabilir.

Genel tehlike yaratan suçların cezalandırılması, tüm bu olumsuz etkilerin önlenmesi ve toplumun esenliğinin korunması bakımından şarttır. Diğer bir ifadeyle, belirli bir kimsenin değil ama bir bütün olarak toplumun ya da toplumun bir kesiminin esenliğini, güvenliğini sağlamak düşüncesi, bu fiillerin cezalandırılmasının temelini oluşturur<sup>5</sup>.

TCK'nun 181 inci maddesinde yer alan suç ile kişilerin temiz ve sağlıklı bir

---

(2) *İnsan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya taksirle verilmesine neden olan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" şeklinde düzenlenmiştir.

- 4) 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 20 inci maddesinde; çevrenin korunmasına yönelik konulan kurallara aykırı hareket edenlere uygulanacak idari yaptırımlara yer verilmiştir.
- 5) Bkz. **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Ahmet Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2011, s.412; **Heuermann, Rudolf**, "Die gemeingefährlichen Delikte", in: Materialien zur Strafrechtsreform. 2. Band, Rechtsvergleichende Arbeiten II, Besonderer Teil, Bonn 1955, s.433-435.

çevrede yaşayabilmeleri korunmak istenmiştir<sup>6</sup>. Çevreyi kirletenlerin cezalandırılması ile birlikte aynı zamanda insanların ve diğer canlıların yaşama hakkı, malvarlığı da korunmaktadır.

### 3- Tanımlar

09.08.1983 tarihli 2872 sayılı Çevre Kanunu<sup>7</sup>'nin 2 nci maddesinde;

**Çevre**; “Canlıların yaşamları boyunca ilişkilerini sürdürdükleri ve karşılıklı olarak etkileşim içinde buldukları biyolojik, fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel ortam”;

**Çevre kirliliği**; “Çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etki”;

**Atık**; “Herhangi bir faaliyet sonucunda oluşan, çevreye atılan veya bırakılan her türlü madde” olarak tanımlanmıştır.

Çevre Kanunu’nda tanımlanmayan “**Artık**” ise, sözlükte, “Bir şey harlandıktan sonra artan bölüm; içildikten, yenildikten veya kullanıldıktan sonra geriye kalan” olarak tanımlanmaktadır<sup>8</sup>.

Anılan Kanunun 8. maddesinde; her türlü atık ve artığı, çevreye zarar verecek şekilde, ilgili yönetmeliklerde belirlenen standartlara ve yöntemlere aykırı olarak doğrudan ve dolaylı biçimde alıcı ortama vermek, depolamak, taşımak, uzaklaştırmak ve benzeri faaliyetlerde bulunmak yasaklanmış, kirlenme ihtimalinin bulunduğu durumlarda ilgililerin kirlenmeyi önlemekle; kirlenmenin meydana geldiği hallerde kirletenin, kirlenmeyi durdurmak, kirlenmenin etkilerini gidermek veya azaltmak için gerekli tedbirleri almakla yükümlü oldukları belirtilmiştir.

Doktrinde artık; “katı, sıvı, gaz gibi maddelerin kullanıldıktan veya harlandıktan sonra artan bölümü” olarak tanımlanmıştır<sup>9</sup>.

Buna göre, atığın mutlaka katı olması gerekmemekte olup, sıvı veya gaz şeklinde de olabilir<sup>10</sup>.

6) **Parlar-Hatipoğlu**, s.2749; **Şen, Ersan**, Çevre Ceza Hukuku, İstanbul 1994, s.115.

7) Bkz. 11.08.1983 tarih ve 18132 sayılı Resmi Gazete.

8) Bkz. Büyük Türkçe Sözlük. <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

9) **Arslan, Çetin- Azizağaoğlu, Bahattin**, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s.756.

10) “*Kemalpaşa Kaymakamlığı Çevre Koruma Ünitesi görevlilerince suç tarihinde alınan 5 litrelik numunenin TÜRKAK laboratuvarında yapılan analizinde atık suyun çevreyi kirletecek nitelikte olduğu belirtilmesine rağmen, bu rapora neden itibar edilmediği karar yerinde açıklanıp tartışılmadan, fabrikanın değişik tarihlerde bildirdiği değerlerin ortalamasını dikkate alarak görüş bildiren bilirkişi raporuna dayanılarak beraat kararı verilmesi...*” Yarg. 4. CD., 02.11.2012 tarih ve 2011/1952 E., 2012/22799 K. sayılı kararı.



#### 4- Suçun maddi unsurları

##### a- Fiil

181 inci maddenin 1 inci fıkrasında, atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya kasten verilmesi yaptırım altına alınmıştır. Failin bu eylemden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, atık veya artıkların ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak toprağa, suya veya havaya verilmesi gerekir.

Çevreyi kasten kirletme suçunun oluşması için atık veya artıkların teknik usullere aykırı bir biçimde çevreye verilmesi yeterli değildir. Ayrıca teknik usullere aykırı bir şekilde çevreye verilen atık veya artıkların, çevreye zarar verecek nitelikte, boyutta, elverişlilikte olması da aranmıştır<sup>11</sup>. Diğer bir deyişle, çevrenin kasten kirletilmesi suçunun oluşabilmesi için kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak toprağa, suya veya havaya verilen atık veya artıkların çevreye zarar verecek nitelikte olması gerekir<sup>12</sup>. Çevresel değerleri somut bir biçimde tehlikeye sokması gerekir (somut tehlike suçu). Bu bakımdan bu suçun oluşması için örneğin bir dereye bırakılan fabrika atıklarının balıkları öldürücü nitelikte olması yeterlidir. Suç zarar suçu olmadığından atıkların balıkları öldürmüş olması şart değildir<sup>13</sup>.

Verme; atık veya artığın toprağa, suya veya havaya temas etmesini sağlayan her türlü eylem olarak geniş yorumlanması gerekmektedir.

Diğer bir deyişle, toprak, su, hava ile atık veya artığın temas edebileceği şekilde bırakma, atma, salıverme, gömme gibi her türlü eylem “verme” ibaresinin kapsamına dâhildir.

Atık ve artıkların ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere uygun olarak doğal ortama bırakılması halinde hukuka aykırı bir eylem olmayacağı için, çevrenin kasten kirletilmesi suçundan söz edilemeyecektir<sup>14</sup>. Burada “ilgili kanunlarla” belirlenmiş teknik usullere uygun hareket edilmesinin hukuka uygun sayılması bir takım tereddütlere neden olabilecektir. Zira genellikle teknik usuller kanunlardan ziyade “yönetmeliklerde” yer almaktadır<sup>15</sup>. Bu itibarla maddede yer alan “ilgili kanunlarla” ibaresinin “ilgili kanunlar ve bu kanunlara dayalı olarak çıkarılan yönetmeliklerle” şeklinde değiştirilmesi maddenin daha doğru uygulanmasını sağlayabilecektir.

11) **Parlar-Hatipoğlu**, s.2754.

12) **Katoğlu, Tuğrul**, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Çevreye Karşı Suçlar, Mülkiye Dergisi, Cilt:XXIX, Sayı:246, s.141.

13) **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.5036.

14) Bkz. Madde gerekçesi.

15) Örneğin, 26.12.2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan “Gemilerden Atık Alınması ve Atıkların Kontrolü Yönetmeliği”, 14.03.2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan “Tehlikeli Atıkların Kontrolü Yönetmeliği” gibi.

Atık veya artıkların “toprağa”, “suya” ya da “havaya” verilmesi yasaklanmıştır. Toprağa verildiğinde “toprak kirliliği”; suya verildiğinde “su kirliliği”, havaya verildiğinde “hava kirliliği” oluşacaktır<sup>16</sup>.

Atık veya artıkların verildiği arazinin mülkiyetinin faile ait olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Buna göre, kendi arazisine atık veya artık bırakan failin eylemi çevreye zarar verebilecek nitelikteyse, 181 inci maddeden dolayı cezalandırılacaktır<sup>17</sup>.

181 inci maddenin 2 nci fıkrasında, atık veya artıkların izinsiz olarak ülkeye sokulması yaptırım altına alınmıştır. İkinci fıkra yönünden atık veya artığın çevre ve sağlık açısından tehlikeli nitelikte olup olmadığının araştırılmasına ihtiyaç yoktur<sup>18</sup>.

Diğer bir deyişle çevreye zarar verecek nitelikte olsalar dahi, yetkili mercilerin izniyle ülkeye sokulan atık veya artıklar 181/2 nci maddede öngörülen suç oluşturmaz.

Atık veya artıkların ülkeye izinsiz olarak sokulmaları suçun oluşumu bakımından yeterli olduğundan, 181/2’deki suç, soyut tehlike suçudur.

Suçun oluşumu bakımından atık veya artıkların ülkeye izinsiz olarak girmesi yeterli olup, ülkede toprağa, suya, havaya bırakılması zorunlu değildir. Başka bir ülkeye götürülmesi planlanan atık veya artıkların, ülkeye izinsiz olarak sokuldukları anda suç tamamlanmış olur. Söz konusu maddelerin ülkede belli bir süre kalmasına gerek yoktur. Bu niteliği itibariyle söz konusu suç ani suçlardandır.

Aynı şekilde atık veya artıkların ülkeye sokulduğu yerin önemi bulunmamaktadır<sup>19</sup>. Gümrük kapılarından olabileceği gibi, diğer yerlerden de olabilir. Bu fıkraya ile kanunkoyucu çevrenin kirletilmesinin sınıraşan boyutunu dikkate alarak, atık veya artıkların gelişmiş ülkelere taşınmasını önlemek istemiştir.

Burada özellikle her ne kadar 181 inci maddenin 2 nci fıkrasında “ülkeden”

16) **Parlar-Hatipoğlu**, s.2754, 2755. Ayrıca bkz. **Şen**, s.16 vd.; **Gezgin Kayan, Rahsan Bengi**, Çevre Hakkı ve Türk Ceza Kanununda Çevreye Karşı Suçlar, (Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Temmuz 2007, s.5 vd.

17) *“Mahkeme kirletildiği ileri sürülen arazinin kime ait olduğunun tespit edilmesini suçun sübutuna mutlak etki edecek bir kanıt olarak değerlendirmiş ise de 5237 sayılı TCY.nun 181. maddesinde kirletilen toprağın mülkiyetinin kime ait olduğu hususu suçun öğeleri veya nitelikli halleri açısından önemli olmadığından atık madde biriktirilen arazinin tapu kayıt ve krokinin dosya içerisinde bulunması da zorunlu değildir. Anılan yasal düzenlemenin ilgili kanun olarak gönderme yaptığı 2872 sayılı Çevre Yasasında da atık maddenin bırakıldığı toprağın, mülkiyetinin kime ait olduğu gözetilmeksizin korunması zorunluluğuna değinilmiştir”* Yarg. 4. CD., 21.05.2008 tarih ve 2008/6206 E., 2008/10019 K. sayılı karar.

18) **Katoğlu**, s.142.

19) **Parlar-Hatipoğlu**, s.2756.

bahsedilmişse de, TCK'nun 13 üncü maddesini dikkate aldığımızda esasen kanun koyucunun sadece atık veya artıkların Türkiye'ye sokulmasını değil, herhangi bir ülkeye herhangi bir vatandaş tarafından sokulmasını da cezalandırdığını görmekteyiz.

### **b- Konu**

Suçun konusu, çevredir<sup>20</sup>. 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 2 nci maddesinde **çevre**; "Canlıların yaşamları boyunca ilişkilerini sürdürdükleri ve karşılıklı olarak etkileşim içinde buldukları biyolojik, fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel ortam" olarak tanımlanmıştır.

5237 sayılı TCK'nun 181/1 maddesine göre, atık veya artıkların kasten çevreye verilmesi çevrenin kasten kirletilmesi suçunu oluşturur.

181 inci maddede yasaklanan fiilin, çevreye zarar verecek boyutta olması aranır.

Kişilerin ya da çevrenin eylemden doğrudan zarar görmüş olması aranmaz. Eylemin çevreye ve bu kapsamda bitki örtüsü, hayvan ve insanlara yönelik genel ya da somut tehlike meydana getirmiş olması gerekir. Bu itibarla bu suç somut tehlike suçu niteliği taşımaktadır.

Bu nedenle bu suç yönünden somut tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda, mahkeme tarafından bilirkişiye müracaat edilmesi de yerinde olacaktır<sup>21</sup>.

### **c- Fail**

Suçun faili herkes olabilir. 181/1 inci maddede "kişi" terimine yer verildiğinden, bu suçun faili herkes olabilir (Vatandaş, yabancı, erkek, kadın, işletme sahibi, işçi, kamu görevlisi veya kamu görevlisi olmayan)<sup>22</sup>. Çevrenin kasten kirletilmesi suçunun failinin belirli niteliklere sahip olması aranmadığından, suç faili açısından özgü (mahsus) suçlardan değildir. Buna karşılık maddenin iki, üç ve dördüncü fıkrasındaki fiillerden dolayı tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur (m.181/5)<sup>23</sup>. Bu durumda TCK'nun 60 ıncı maddesinde yer alan tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması gerekecektir.

20) Yaşar-Gökcan-Artuç, s.5034.

21) "Sanığın yöneticisi olduğu İnci Taş İnşaat San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin taş kesmede kullandığı atık suların havuzda dinlendirilip, dibe çöken çamurlu suların ve çökeltilerin pompa ile çekilip tankerlerle ocak sahasına dökülmesi biçiminde gerçekleşen somut olayla ilgili olarak kanunlarda belirli bir teknik usul olup olmadığı araştırılıp, kanuni usule aykırılığın varlığı durumunda atık ve artıkların, çevre ve bu çevrede yaşayan canlılar açısından ne gibi tehlike ve zarar doğuracağı uzman bilirkişi aracılığı ile tespit edilerek, sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik kovuşturma ile hüküm kurulması..." Yarg. 4. CD., 07.11.2012 tarih ve 2010/27735 E., 2012/23941 K. sayılı kararı.

22) Yaşar-Gökcan-Artuç, s.5033.

23) Bkz. Katoğlu, s.148 vd.; Şen, s.129 vd.

#### **d- Mağdur**

Suçun mağduru, toplumu oluşturan tüm bireylerdir. Hatta tüm insanlık bu suçun mağdurudur. Suçun mağduru, belli bir zaman ve yerde yaşayan insanlar olmadığından, diğer bir deyişle suç tüm nesilleri etkilediğinden suçun mağduru tüm insanlıktır. İşte bu nedenle birçok ülkede, çevreyi koruyucu dernek ve birliklere, işlenen suçtan doğrudan zarar görmeseler bile, çevre adına dava açma, davaya katılma hakkı verilmiştir<sup>24</sup>.

Bununla birlikte, çevreyi kasten kirleten bu fiilden, somut olarak müşahhas kişiler de mağdur olmuş bulunabilir.

Çevreyi korumak için kurulmuş dernekler her ne kadar doğrudan doğruya bu suçtan zarar gören olmasalar da, kanunda bu kuruluşların davaya katılmalarına imkân sağlayan hükümlere yer verilmesi uygun olacaktır.

#### **e- Nitelikli Haller**

181 inci maddenin 3 üncü fıkrasında, maddenin birinci ve ikinci fıkralarında tanımlanan suçların konusunu oluşturan atık veya artıkların toprakta, suda veya havada kalıcı özellik göstermesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal kabul edilmiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi için, mahkemenin atık veya artıkların toprakta, suda ya da havada kalıcı özellik gösterip göstermediği konusunda bilir-kişiyeye müracaat etmesi gerekmektedir<sup>25</sup>.

181 inci maddenin 4 üncü fıkrasında; maddenin birinci ve ikinci fıkralarında belirtilen eylemlerin, insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıklarla ilgili olarak işlenmesi hâlinde, cezanın artırılacağı öngörülmüştür. Örneğin mevzuatın öngördüğü usullere aykırı olarak toprağa, suya ya da havaya verilen atık veya artık kişilerin zehirlenmesine neden olabilecek nitelikte olması bu fıkranın uygulanmasını gerektirecektir. Diğer bir deyişle, bu fıkranın uygulanabilmesi için “insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, ürüme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliğe sahip atık veya artık olması” yeterlidir.

5237 sayılı TCK'nun 181/4. maddesinde düzenlenen suç da, bir somut tehlike suçudur. Nitelikli halin oluşması için, maddede öngörülen sonuçların ortaya çıkması aranmaz<sup>26</sup>. Şayet bu sonuçların (örneğin insanlar açısından tedavisi zor

24) Yaşar-Gökcan-Artuç, s.5033.

25) Yaşar-Gökcan-Artuç, s.5039.

26) Katoğlu, s.142.

hastalıklar) ortaya çıkması, başka bir suç oluşturuyorsa fail, (kastlar farklı ise) her iki suçtan da cezalandırılır. Örneğin eylem neticesinde kişilerin ayrıca sağlığı bozulmuşsa 181/4'ün yanı sıra kasten yaralama suçundan (m.86 vd.) söz edilebilecektir. Suça konu atık veya artıkların bu şekilde bir tehlike doğurup doğurmayacağı bilirkişi dinlenmesi suretiyle belirlenmelidir<sup>27</sup>.

Eylem neticesinde kişilerin ayrıca sağlığı bozulmuşsa, 181 inci maddenin yanı sıra, kasten ya da taksirle yaralama suçundan da söz edilebilecektir. Bu durumda farklı neviden fikri içtima durumu da ayrıca değerlendirilmelidir.

## 5- Manevi Unsur

Bu suç kasten işlenebilir. Failin olası kast ile hareket etmesi durumunda da sorumluluğu ortaya çıkabilir<sup>28</sup>. Failin çevreye zarar verme amacıyla hareket etmiş olması aranmaz. Çevrenin taksirle kirletilmesi halinde artık 182 nci madde gündeme gelecektir<sup>29</sup>.

## 6- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### a- Teşebbüs

5237 sayılı TCK'nun 181 inci maddesinin 1 inci fıkrasında objektif cezalandırılabilme şartı arandığı için söz konusu suç yönünden teşebbüsün mümkün olmadığı kanaatindeyiz<sup>30</sup>. Buna karşılık aynı maddenin ikinci fıkrasında öngörülen atık veya artıkların izinsiz olarak ülkeye sokulması suçuna teşebbüs mümkündür. 2 nci fıkrada yer alan atık veya artıkları izinsiz olarak ülkeye sokma suçunda, fail anılan maddeleri ülkeye sokarken yakalanır ise, eylem teşebbüs aşamasında kalmış sayılır. Bunun yanı sıra burada gönüllü vazgeçme hükümlerinin de tatbik imkânı bulunmaktadır.

### b- İştirak

Bu suçta iştirake ilişkin genel prensipler uygulanacaktır.

### c- İçtima

İzinsiz olarak ülkeye sokulan atık veya artık, daha sonra hukuka aykırı olarak

27) Yaşar-Gökcan-Artuç, s.5039.

28) Yaşar-Gökcan-Artuç, s.5037.

29) "Saniğin, 2872 sayılı Çevre Kanununun 8, 11. maddelerine aykırı olarak, sorumlusu olduğu akaryakıt istasyonunun yıkama-yağlama bölümünden çıkan atıkları, bilirkişi raporunda belirlendiği gibi kalıcı özellik oluşturamaz derecede ve çevreye zarar verecek şekilde toprağa verme biçiminde kabul edilen eylemi, sonuçlarını öngörerek bilinç ve iradeyle gerçekleştirdiği gözetilmeden, TCK'nın 181/1. maddesi yerine olayda uygulama yeri bulunmayan 182. maddesi ile hüküm kurulması..." Yarg. 4. CD., 08.11.2012 tarih ve 2011/14774 E., 2012/23991 K. sayılı kararı.

30) Farklı görüş için bkz. Yaşar-Gökcan-Artuç, s.5040; Parlar-Hatipoğlu, s.2758.

toprağa, suya veya havaya verilirse, burada hem 181/1, hem de 181/2 nci madde uyarınca failin sorumluluğu yoluna gidilmesi gerekecektir<sup>31</sup>.

Failin çevreyi değişik zamanlarda birden fazla defa kirletmesi durumunda TCK'nun 43 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının son cümlesine göre tek bir suçtan sorumlu tutulur ancak cezası dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılır.

Failin atık veya artığı komşusunun evinin önüne bırakması durumunda, hem TCK'nun 151 inci maddesindeki mala zarar verme (örneğin kirletme), hem de TCK'nun 181 inci maddesindeki çevrenin kasten tehlikeye sokulması suçu oluşacaktır. Bu durumda farklı neviden fikri içtima hükümleri uyarınca en ağır cezaya göre fail cezalandırılmalıdır.

Kabahatler Kanunu'nun 41 inci maddesinde çevreyi kirletme idari para cezası gerektiren bir eylem olarak düzenlenmiştir. Eğer failin eylemi hem Kabahatler Kanunu'nun 41 inci maddesindeki kabahati, hem de TCK'nun 181 inci maddesini ihlal ederse, Kabahatler Kanunu'nun 15/3 üncü maddesine göre sadece suçtan (m.181) dolayı fail cezalandırılmalıdır.

Ancak doktrinde bir görüşe göre, kişisel ve evsel ihtiyaçların giderilmesi sonucu ortaya çıkan atık ve artıklar, 181/1. maddedeki çevrenin kasten kirletilmesi suçunun konusunu oluşturmamaktadır<sup>32</sup>. Nitekim Kabahatler Kanunu'nun 41 nci maddesi bireysel atık ve artıklar, evsel atık ve artıklar (f.1), yemek pişirme ve servis yerlerinin atık ve artıkları (f.2), hayvan atıkları (f.3), inşaat atık ve artıkları (f.4), kullanılamaz hale gelen veya ihtiyaç fazlası ev eşyaları (f.5), kullanılamaz hale gelen motorlu kara veya deniz nakil araçları veya bunların mütemmim cüzleri (f.6) çevreyi kirletme kabahatinin konusu olduğundan, bütün bunlar çevreyi kirletme suçunun konusunu oluşturmazlar. Bu durumda sadece Kabahatler Kanunu'nun 41 inci maddesi uygulanır. Buna karşılık kanaatimizce burada önemli olan husus atık veya artığın türü değil, çevreye zarar verecek nitelikte olup olmamasıdır. Bu bakımdan çevreye zarar verecek nitelikte olan ve Kabahatler Kanunu'nun 41 inci maddesinde belirtilen atık ve artıklar da çevrenin kasten kirletilmesi suçunun konusunu oluşturabilir. Bu durumda Kabahatler Kanunu'nun 15/3 üncü maddesi gereği, sadece suçtan dolayı failin cezalandırılması gerekir.

Eğer kişinin yapmış olduğu eylem TCK'nun 181 inci maddesinin yanı sıra, Çevre Kanunu'nda yer alan bir kabahati de oluşturuyorsa, Çevre Kanunu'nun 27 nci maddesi gereğince, “verilecek idari nitelikteki cezalar, bu fiiller için diğer kanunlarda yazılı cezaların uygulanmasına engel olmayacaktır”.

31) Yaşar-Gökcan-Artuç, s.5037.

32) Yaşar-Gökcan-Artuç, s.5040, 5041.

Örneğin Çevre Kanunu'nun 20/t maddesine göre, "tehlikeli atıkların her ne şekilde olursa olsun ülkeye sokulması" idari para cezası ile yaptırım altına alınmıştır. Bu eylem aynı zamanda TCK'nun 181/2 nci maddesini de ihlal edeceğinden, failin hem Çevre Kanunu'nun 20/t maddesine göre, hem de TCK'nun 181/2 nci maddesine göre sorumlu tutulması gerekecektir (gerçek içtima).

## 7- Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

TCK'nun 181 inci maddesindeki suç re'sen soruşturulur. Bununla birlikte, bu suçun vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde bu suçtan dolayı Türkiye'de yargılama yapılması, Adalet Bakanının talebine bağlanmıştır<sup>33</sup> (TCK. m.13).

TCK'nun 181 inci maddesinin 1 inci fıkrası 12 Ekim 2006, 2 nci fıkrası ise 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (m.344)

Birinci fıkrada yer alan suç bakımından sulh ceza, ikinci ve üçüncü fıkralar bakımından asliye ceza, dördüncü fıkra yönünden ise ağır ceza mahkemesi görevlidir (5235 sayılı Kanun m.10 vd.).

Yabancı bayrağı taşıyan bir gemi tarafından Türk kara suları dışında işlendiği takdirde, yetkili mahkeme CMK'nun 15. maddesine göre, suçun işlendiği yere en yakın veya geminin Türkiye'de ilk uğradığı limanın bulunduğu yer mahkemesidir.

## 8- Zamaşımı

Maddenin 1. ve 2. fıkraları açısından dava zamaşımı süresi 8 yıl (TCK. m.66/1-e), üçüncü fıkra yönünden 15 yıl (TCK. m.66/1-d), dördüncü fıkra bakımından ise 20 yıldır (TCK. m.66/1-c).

## KAYNAKÇA

- **Artuk**, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2011.
- **Arslan**, Çetin- Azizağaoğlu, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004.
- **Gezgin Kayan**, Raşan Bengi, Çevre Hakkı ve Türk Ceza Kanununda Çevreye Karşı Suçlar, (Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Temmuz 2007.
- **Heuermann**, Rudolf, "Die gemeingefährlichen Delikte", in: Materialien zur Strafrechtsreform. 2. Band, Rechtsvergleichende Arbeiten II, Besonderer Teil, Bonn 1955.
- **Katoğlu**, Tuğrul, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Çevreye Karşı Suçlar, Mülkiye Dergisi, Cilt:XXIX, Sayı:246.
- **Malkoç**, İsmail, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, 1. Cilt, Ankara 2007.
- **Parlar**, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt:3, 2. Baskı, Ankara 2008.

33) Bkz. **Katoğlu**, s.140.

- **Şen**, Ersan, Çevre Ceza Hukuku, İstanbul 1994.
- **Yaşar**, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: IV, Ankara 2010.

## ÖZET

Çevrenin kasten kirletilmesi suçu 5237 sayılı TCK ile 2005 tarihinde mevzuatımıza girmiş bir suç tipidir. Bu eylemlerin suç olarak tanımlanmasıyla Avrupa Birliği Direktifleriyle de uyum sağlanmıştır. Özellikle çevrenin kirletilmesine bağlı olarak küresel ısınmanın ortaya çıkması ve sonuçlarının hissedilmeye başlanması ile insanlık bu alanda duyarlı olmaya başlamıştır. Buna paralel olarak yarınlara daha temiz ve yaşanabilir bir çevre bırakmak kaygısı yasa koyucuyu böyle bir suçu düzenlemeye sevk etmiştir. Bu ülkemiz açısından olumlu bir gelişme olup, makalemizde bu suç tipi unsurlarına ayrılarak incelenmektedir.

**Anahtar sözcükler:** Çevrenin kasten kirletilmesi, çevre kirliliği, çevre, atık, artık.



# Uluslararası Hukuk Açısından Diplomatik Sığınma ve Assange Olayı

Diplomatic Asylum According to International Law and the Assange Case

**Doç. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL**

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## ABSTRACT

The founder and chief editor of Wikileaks, Julian Paul Assange, made an application for asylum protection from Embassy of Ecuador in London on 19th of June, 2012 and this request was accepted by the Embassy. Assange, whose diplomatic asylum status was strongly objected by the UK government, has not been allowed to leave the country. Now, he lives in the Embassy premises. Diplomatic asylum, having a long historical background, is a controversial subject in international law. In this article, diplomatic asylum, becoming a popular issue again by the Assange case, is going to be handled. In this context, whether a person could be protected through diplomatic asylum by any state while criminal proceedings against him in process, would be discussed, and, if such protection is warranted to that person, the legal applications which could be used by the state that does not allow the person to leave the country and possible legal solutions would be examined.

**Key words:** Asylum, diplomatic asylum, diplomatic immunities, international law.

## GİRİŞ

Avustralya vatandaşı olan Julian Paul Assange, ABD Dışişleri Bakanlığı ile ABD Büyükelçilikleri ve Konsoloslukları arasındaki ayrıntılı yazışmaları içeren gizli belgeleri elde ederek bunları 2010 yılından itibaren kurucusu ve editörü olduğu WikiLeaks internet sitesinde yayınlamaya başlamıştır. Sayıları binlerle ifade edilen bu belgelerin, ABD ile başta Ortadoğu ülkeleri olmak üzere diğer devletler arasındaki ilişkiler hakkında bilgiler içerdiği ifade edilmektedir. Belgelerin sızdırılarak yayınlanması üzerine ABD tarafından başlatılan soruşturma kapsamında yargılanan ABD Ordusunda görevli Er Bradley Manning suçlu bulunmuş

ve 35 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır.<sup>1</sup> Öte yandan Assange'ın ABD'ye ait gizli belgeleri sızdırdığı gerekçesiyle mahkûm edilen Bradley Manning'i yönlendirip yönlendirmediği de araştırılmakta olup bu olayda dâhli olduğu tespit edildiği takdirde casusluk suçlamasıyla Assange aleyhine dava açılması söz konusudur.

Aynı dönemde Assange hakkında ırza tecavüz ve cinsel tacizde bulunduğu gerekçesiyle İsveç'te de bir soruşturma başlatılmış ve savcılık tarafından Avrupa Tutuklama Müzekkeresi (*European Arrest Warrant*) çıkarılmıştır.<sup>2</sup> İsveç makamlarının aksi yöndeki iddialarına mukabil Assange, şahsına yönelik suçlamaların siyasî olduğunu ve hakkında bir karalama kampanyası yürütüldüğünü belirterek bu konudaki masumiyetini ispatlayacağını ve İsveç'e gönderilmesinin Amerika'ya teslim sürecini kolaylaştıracağını iddia etmektedir. Bununla birlikte Assange, 7 Aralık 2010'da hakkındaki iddialarla ilgili olarak ifade vermeye gittiği Londra'daki polis merkezinde İsveç tarafından çıkarılan karar uyarınca tutuklanmış, ancak kısa bir süre sonra 14 Aralık 2010'da çıkarıldığı Mahkeme tarafından kefâletle şartlı tahliye edilmiştir. Ancak 24 Şubat 2011 tarihinde verilen nihâî karar, Assange'ın İsveç'e geri verilmesi şeklinde çıkmıştır. Söz konusu hukukî süreç, Yüksek Mahkemenin 30 Mayıs 2012'de Assange'ın İsveç'e geri verilmesine ilişkin karar aleyhine yaptığı başvuruyu reddetmesiyle neticelenmiştir. Kararda, İsveç'in çıkardığı uluslararası tutuklama kararının uygulanması zorunluğuna dikkat çekildiği görülmektedir. Yüksek Mahkemenin kararına karşı yapılan başvurunun 14 Haziran 2014'te reddedilmesiyle birlikte karar, iç hukuk açısından kesinleşmiştir.<sup>3</sup>

Karara karşı AİHM'ye başvurma imkânına sahip olan Assange, bu yolu tercih etmemiş ve 19 Haziran 2012'de Ekvator'un Londra Büyükelçiliğine girerek sığınma talebinde bulunmuştur. Ekvator, ırza tecavüz ve cinsel taciz suçlarından dolayı arandığı İsveç'e ve sonrasında da ABD'ye teslim edilmemek için sığınma

1) Paul Lewis, *Bradley Manning Given 35-Year Prison Term for Passing Files to WikiLeaks*, 21 August 2013, <http://www.theguardian.com/world/2013/aug/21/bradley-manning-35-years-prison-wikileaks-sentence> (29.11.2013).

2) Karara konu olan Avrupa Tutuklama Müzekkeresi usulü, 13 Haziran 2002'de Sevilla'da toplanan Avrupa Birliği Konseyi tarafından alınan "Avrupa Tutuklama Müzekkeresi ve Üye Devletler Arasında Teslim Usullerine İlişkin Çerçeve Karar"la kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç; üye devletler arasında uygulanan geri verme hukukunun basitleştirilmesi ve karşılıklı güvene ve kararların serbest dolaşımına dayanan bir sistem oluşturmak şeklinde özetlenebilir. Söz konusu kararın ilk maddesinde Avrupa Tutuklama Müzekkeresi; ceza soruşturmasının yürütülmesi, hapis cezasının infazı veya gözaltı kararının yerine getirilmesi amacıyla, talep edilen kişinin tutuklama veya teslimini isteyen ülke tarafından tutuklanması veya teslimiyle ilgili mahkeme kararı şeklinde tanımlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Ulutaş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Suçluların Geri Verilmesi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2012, s. 79-87.

3) Karar için bkz. [http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC\\_2011\\_0264\\_Judgment.pdf](http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC_2011_0264_Judgment.pdf) (11.29.2013).

talebinde bulunan Assange'ın başvurusunu kabul ederek kendisine diplomatik sığınma hakkı tanıdığını açıklamıştır.<sup>4</sup> Gerekçe olarak Assange'ın geri verilmesi sürecinde uluslararası sözleşmelere riayet edilmeyerek iç hukuk kurallarına öncelik tanınacağını ileri süren Ekvator, ABD'ye teslim edilmesi hâlinde askerî mahkeme önüne çıkarılacak olan Assange'ın âdil bir şekilde yargılanmayacağı, aşağılayıcı ve kötü muameleye tâbi tutulacağını ileri sürmektedir.

Ekvator'un Assange'a diplomatik sığınma hakkı tanınması, Assange açısından sorunu çözmektedir. Zira Assange'ın ülkeden çıkmasına izin verilmeyeceğini ifade eden İngiliz makamları tarafından yapılan açıklamalarda, Ekvator'un Assange'a diplomatik sığınma hakkı tanınmasına ilişkin kararını tanımadıklarını, Assange elçilik dışına çıkar çıkmaz hakkındaki karar uyarınca tutuklanarak İsveç'e teslim edileceğini belirtmişlerdir.<sup>5</sup> Buna mukabil Assange, İsveç'e geri verildiği takdirde Wikileaks sebebiyle hakkında soruşturma yürütülmekte olan ABD'ye gönderileceğini ileri sürerek elçilikten ayrılmamakta ısrar etmektedir.

Assange örneğinde de görüldüğü üzere diplomatik ilişkiler kapsamında ülke devletinin (*territorial state*) sahip olduğu egemenlik hakkı ile koruma sağlayan devlete (*protective state*) tanınan diplomatik dokunulmazlık arasında bir çatışma çıkmaktadır. Ülke devleti, suç işlediği iddia edilen şahsın üzerinde egemen yetkilere sahip olduğu ülke topraklarını terk ederek hakkında açılmış bulunan kovuşturmalardan kaçmasına engel olmayı amaçlamaktadır. Buna mukabil koruma sağlayan devlet, diplomatik temsilcilğe tanınan dokunulmazlıkları kullanarak sığınma arayışındaki şahsı koruma altına almakta ve bu şahsın yargılanmasına veya yargılanmak üzere ilgili devlete gönderilmesine engel olmaktadır. Ancak bu durumda sığınma hakkı tanıyan devlet, diğer devletin işlerine belirli bir oranda müdahil olmakta ve taraflar arasında siyasî ve hukukî ihtilaflar doğabilmektedir. Benzer uyuşmazlıkların diplomatik yollarla barışçı şekilde çözüme kavuşturulduğu örneklerle karşılaşmak mümkündür. Nitekim aşağıda da yer verilen Pekin'deki ABD Büyükelçiliğine sığınan Chen Guangcheng örneğinde, Çin her ne kadar bu olaydan ötürü işlerine karıştığı suçlamasında bulunduğu ABD'den özür talep etse de, Guangcheng ve ailesinin yurtdışına çıkarak ABD'ye gitmesine izin vermiştir. Ancak Assange ile ilgili olarak Ekvator ve İngiltere'nin mutabakata vararak sorunu çözüme kavuşturmaları, çalışmanın kaleme alındığı an itibarıyla mümkün olmamıştır.

4) Açıklama için bkz. <http://www.mmrree.gob.ec/eng/2012/como42.asp> (08.10.2013).

5) Assange'ın hakkındaki suçlamalardan dolayı sorgulanmak üzere İsveç tarafından istendiğini ve geri verme kararının Wikileaks'in çalışmalarıyla ilgisi olmadığını söyleyen İngiltere Dışişleri Bakanı William Hague, ülkesinin Assange'a dışarıya güvenli geçiş imkânı tanımayacağını, bunu yapmaları için hukukî bir zorunluluklarının bulunmadığını ifade etmiştir. Açıklama için bkz. <http://www.politics.co.uk/comment-analysis/2012/08/16/william-hague-assange-statement-in-full> (11.29.2013).

## I. Genel Olarak Sığınma ve Sığınma Hakkı Kavramı

### A. Sığınma Kavramının Tanımı ve Kapsamı

Sığınma arayışındaki şahıs (*asylum seeker*), temel haklarının ihlâl edildiği veya ihlâl tehlikesiyle karşı karşıya olduğu gerekçesiyle kendisini bu tehlike karşısında korumayan veya koruyamayan devlet ülkesinden kaçarak kurtulma çabası içinde olup, ihtiyaç duyduğu bu korumanın başka bir devlet tarafından karşılanmasını amaçlamaktadır. Buna göre sığınma (*asylum*); kişinin tâbiyetinde bulunduğu veya ikâmet ettiği devletin ülkesini maruz kaldığı baskılar ya da kovuşturmalar sebebiyle terk ederek yabancı bir devletin ülkesine, diplomasi temsilciliğine veya konsolosluk binasına, harp gemilerine ya da devlet uçaklarına girmesi ve koruma talebinde bulunması anlamına gelmektedir.<sup>6</sup> Sığınma talebinin yöneltildiği devletin, diğer bir devletin tâbiyetinde bulunan şahsın geldiği ülkeye ya da bir başka ülkeye geri verilmemesine ve ülkede kalmasına izin vermesi hâlinde sığınma talebi kabul edilmiş olmaktadır.

Söz konusu bilgilerden hareketle sığınma kavramının temel unsurları şu şekilde özetlenebilir. İlk olarak, sığınma arayışındaki şahıs, kabul eden devletin veya gönderen devletin vatandaşı olabileceği gibi Assange örneğinde görüldüğü üzere üçüncü bir devletin vatandaşı da olabilmektedir. Devlet, sığınma arayışı içindeki şahsın bu talebini kendi ülkesinde veya kontrolü altında bulunan diğer bir yerde kabul etmektedir. Bu kabul geçici değil uzun sürelidir, dolayısıyla devlet uzun süreli bir koruma sağlamaktadır. Sığınma hakkı tanıyan devlet, tanıma kararıyla birlikte ilgili şahsın korunmasına yönelik belirli tedbirler almakta ve bu şahsı muhtemel tehlikelere karşı koruma yoluna gitmektedir.<sup>7</sup> Öte yandan sığınma arayışındaki şahıs, genellikle siyasî suçlu olup (en azından sığınma hakkı tanıyan devlet açısından durum böyledir) hakkında yürütülen kovuşturmadan kurtulmayı amaçlamaktadır. Bu durumda sığınma hakkının, insan hakkı ihlâllerine karşı siyasî suçluları koruduğu söylenebilir. Belirtilmesi gereken diğer bir husus, sığınma devletin münhasıran egemen yetkiye sahip olduğu ülkesi sınırları içinde gerçekleşebileceği gibi, devletin ülkesi dışında da gerçekleşebilmektedir. O hâlde sığınma olgusu, devletin ülkesine sığınma (*territorial asylum*) ve devletin ülkesi dışında gerçekleşen ülke dışı sığınma (*extraterritorial asylum*) şeklinde ikiye ayrılarak ele alınabilir.

Devletin ülkesine sığınma, devletin sınırları içinde yer alan ve münhasıran egemen yetkiler kullandığı ülke parçasına sığınmayı ifade etmekte ve genellikle

6) Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri II. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 185-186.

7) René Värk, *Diplomatic Asylum: Theory, Practice and the Case of Julian Assange*, *Proceedings of the Estonian Academy of Security Sciences*, Sayı 11, 2012, s. 241.

devletin ülkesi üzerinde bulunan yabancılara sığınma hakkı tanınması şeklinde anlaşılmaktadır. Bu sebeple, sığınma hakkının tanınıp tanınmaması ilgili şahıs ve devlet arasında bir mesele olup söz konusu devletin takdirine bağlıdır. Devlet, suç işlediği iddiasıyla kovuşturulmak istenen şahsı diğer devletlere karşı korumak için, bu şahsa kendi ülkesi sınırları içinde sığınma hakkı tanıyabilir.<sup>8</sup> Bilindiği gibi uluslararası hukuka göre, her bir devlet yabancıların ülkesine girmesi ve ülkesinde kalması konusunda münhasıran yetkilidir. Dolayısıyla bir devletin yabancılara ülkesinde sığınma hakkı tanıyıp tanınamaması, o devletin uluslararası yükümlülükleri ve kendi iç hukuku çerçevesinde değerlendirilebilecek bir mevzudur. Nitekim BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen 1967 tarihli Birleşmiş Milletler Devletin Ülkesine Sığınmaya İlişkin Bildiri'de de, sığınma hakkı tanımak devlet egemenliğinin olağan bir görünümü, barışçı ve insanî bir hareket şeklinde nitelendirilmiştir.<sup>9</sup> Buna göre, bir devlet tarafı olduğu bir andlaşma ile birlikte bu konuda bir yükümlülük altına girmişse, söz konusu andlaşmada öngörülen şartları taşıyan yabancılar için sığınma hakkı tanımak mecburiyetindedir. Devlet böyle bir yükümlülük altına girmediği takdirde, sığınma talebinde bulunan yabancılara kendi iç hukuku doğrultusunda sığınma hakkı tanıyıp tanınamama yetkisine sahiptir.

Öte taraftan diplomasi temsilcilikleri ile konsolosluk binalarına, askerî tesislere veya askerî gemi ya da uçaklara ve diğer devlet araçlarına girmek suretiyle de sığınma talebinde bulunulduğu görülmektedir.<sup>10</sup> Ülke dışı sığınma şeklinde isimlendirilebileceğimiz bu tür bir sığınma, devletin münhasıran egemen yetkiye sahip olduğu ülkesi dışında gerçekleşmektedir. Hâlbuki devletin ülkesine sığınmada, sığınma arayışındaki şahsın sığınma talebini yönelttiği devlet ile başvuru anında üzerinde bulunduğu devlet aynı devlettir. Bu bağlamda diplomatik sığınma (*diplomatic asylum*) ise, ülke dışı sığınmanın özel bir görünümü olup diplomasi ve konsolosluk ayrıcalıklarının söz konusu olduğu alanlarda gerçekleştirilen sığınma türünü ifade etmektedir.

Diplomatik sığınma, devletin ülkesine sığınmada yaşanması muhtemel ihtilaf ve siyasî krizlerin ötesinde belirsizlikler içermektedir. Çünkü sığınma arayışın-

8) Värk, s. 241.

9) Yapısı gereği insan hakları ile yakın bir ilişki içinde bulunan sığınma hakkı, uluslararası hukuk bağlamında devletin egemenlik hakkı içinde değerlendirilmektedir. Bu kabul, devletlere sığınmacıyı ülkeye kabul etme ve sığınma sağlama sorumluluğu getirilmemesinin başlıca sebebi olarak görülebilir. Bkz. Neva Övünç Öztürk, *Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlihi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 2012, s.187.*

10) Nitekim 1954 tarihli Karakas Diplomatik Sığınma Sözleşmesi'nde, temsilciliklerde tanınan sığınma hakkının yanısıra harp gemileri ile askerî üslerde ya da uçaklarda tanınan sığınma hakkının da düzenlendiği görülmektedir.

daki şahıs, hakkında kovuşturma yürüten devletin ülkesinden ayrılmamış olup ülke toprakları üzerinde bulunan diğer bir devlete ait diplomatik temsilcilğe ya da konsolosluk binasına girerek sığınma talebinde bulunmaktadır.<sup>11</sup> Bu durumda diplomatik sığınma uygulaması, kabul eden devletin münhasıran egemen yetkilere sahip olduğu ülkesi üzerinde gerçekleşmekte ve kabul eden devletin egemenlik yetkilerini ihlâl etmektedir. Dolayısıyla bu tür bir uygulama, ancak uluslararası hukuk kapsamında bir dayanağa sahip olduğu takdirde kabul edilebilir.

### **B. Diplomatik Sığınma Kavramının Ortaya Çıkışı ve Uluslararası Uygulama**

Egemenliğin bir göstergesi olarak koruma sağlanması anlamında sığınma olgusunun ortaya çıkışı, Eski Yunan site devletlerine kadar götürülmektedir.<sup>12</sup> Diplomatik sığınma uygulaması ise, 15 ve 16. yüzyıllarda Avrupa'da daimî temsilciliklerin açılmaya başlanması ve diplomatik imtiyazların genişlemesiyle birlikte ortaya çıkmıştır.<sup>13</sup> Yerel yetkililerin büyükelçilik ikâmetgâhına girmelerinin yasaklanmasıyla birlikte, hakkında tâkibat başlatılmış olan şahısların bu yola başvurmaya başladıkları görülmektedir. Ancak bu durum her zaman için sorun teşkil etmiş ve devletler arasında bir ihtilaf kaynağı olmuştur. Nitekim uluslararası uygulamaya bakıldığında da diplomatik sığınma yoluna nadiren başvurulduğu, devletlerin diplomatik sığınma hakkı tanımaktan çekindikleri söylenebilir. Ancak Assange olayında da görüldüğü üzere sınırlı da olsa bu tür uygulamalarla karşılaşmak mümkündür. Özellikle siyasî karışık ve iç savaşların sıklıkla yaşandığı Latin Amerika devletleri dâhil bazı ülkelerde siyasî amaçlı soruşturmalara muhatap kalan devlet yetkililerinin diplomatik sığınma yoluna başvurdukları görülmektedir. Bu bağlamda bilinen bazı örnekleri kısaca incelemek, söz konusu uygulamanın sebepleri ve doğurduğu sonuçların anlaşılabilmesi açısından önem arz etmektedir.

Diplomatik sığınma kavramıyla özdeşleşen ve aynı zamanda Milletlerarası Adalet Divanı (MAD) kararına da konu olan en önemli örnek Peru ile Kolombiya arasında krize neden olan Victor Raul Haya de la Torre olayıdır. 1948 yılında Latin Amerika devletlerinden Peru'da, Amerikan Popüler Devrimciler İttifakı (*American Popular Revolutionary Alliance*) isimli hükümet karşıtı hareket tarafından mevcut yönetimi devirmeye yönelik bir ayaklanma başlatılmıştır. Kısa

11) Värk, s. 243.

12) Zafer Gören, *Anayasa Hukuku Açısından Sığınma Hakkı*, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 10, 1993, s. 283.

13) Maarten Den Heijer, *Diplomatic Asylum and the Assange Case*, Leiden Journal of International Law, Cilt 26, Sayı 2, 2013, s. 401.

süren ve başarısızlıkla neticelenen ayaklanma teşebbüsünün ardından başlatılan soruşturma kapsamında, hakkında tutuklama kararı verilen Victor Raul Haya de la Torre, Lima'daki Kolombiya Büyükelçiliğine girerek sığınma talebinde bulunmuştur. Kolombiya, Torre'yi siyasi suçlu kabul ederek kendisine sığınma hakkı tanımış ve Torre'nin can güvenliğinin sağlanarak ülke dışına çıkarılmasını talep etmiştir.<sup>14</sup> Ancak Peru'nun ülkeden çıkış izni vermemesi üzerine 6 yıl süreyle elçilikten ayrılamayan Victor Haya de la Torre, söz konusu iznin 1954 yılında verilmesi üzerine Peru'dan ayrılarak Meksika'ya gidebilmiştir.<sup>15</sup>

Bilinen diğer bir örnek, Macaristan ile ABD arasında yaşanan Mindszenty olayıdır. Macaristan'da Katolik Kilisesinin başında bulunan ve komünizm karşıtı olan Kardinal Jozsef Mindszenty, ülkeye ihanet suçlamasıyla yargılanmış ve 1949'da müebbet hapse mahkûm edilmiştir. 1956 yılında Macaristan'da yaşanan ayaklanma sırasında kısa bir süre serbest kalan Mindszenty, tekrar tutuklanarak hapse gönderilmesi ihtimali karşısında Budapeşte'deki ABD Büyükelçiliğine sığınmıştır. ABD, Sovyetler Birliği'nin Macaristan'a yönelik müdahalesiyle birlikte Mindszenty'nin tutuklanması ve hatta öldürülmesi ihtimalinin ortaya çıkması karşısında sığınma hakkı tanıma yoluna gitmiştir. Mindszenty, Macaristan Hükümeti'nin elçilikten ayrılarak ülkeyi terk etmesine izin vermemesi üzerine elçilikten dışarı çıkamamış ve 15 yıl süreyle elçilikte ikâmet etmek zorunda kalmıştır. Mindszenty, ancak 1971 yılında izin verilmesiyle birlikte ülkeden ayrıla-

14) Ülkeden çıkış talebinin Peru tarafından reddedilmesi karşısında uluslararası hukuka göre sığınma hakkı tanyabileceğini iddia eden Kolombiya, Peru aleyhine MAD'ye başvurmuştur. Divan, diplomatik sığınma hakkının uluslararası hukuktaki yerini ortaya koyabilmek için önüne gelen bu fırsat karşısında dikkatli bir karar vermiş; sığınma talebinin yöneltildiği devletin diplomatik sığınma hakkı tanımaya karar vermesinin diğer devletin iç işlerine müdahale teşkil ettiğini ve devletin egemenlik haklarını ihlâl ettiğini ifade etmiştir. Divan; her iki ülkenin de taraf olduğu 1928 tarihli Havana Sözleşmesi'nin siyasi suçluların elçiliklere sığınması ve bu şahıslara sığınma hakkı tanınmasına saygı duyulmasını öngörmesine rağmen Kolombiya'nın Sözleşme'de öngörülen ancak zorunlu hâllerde bu yola başvurulabileceğine ve söz konusu şahsın güvenliğinin temini için gereken süre için sığınma hakkı tanınabileceğine ilişkin şartlara uygun davranmadığı tespitinde bulunmuştur. Sığınma hakkı tanınmasına ilişkin kararın suçluyu ülke devletinin yargı yetkisi dışına çıkardığına ve münhasıran devletin yetki sahası içinde bulunan konulara müdahale teşkil ettiğine işaret eden Divan, ülke egemenliğine yönelik bu tür bir ihlâlin somut her bir olayda ortaya konulan hukukî bir dayanak olmadığı sürece kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Divan, hem uluslararası hukukun hem de bölgesel örf ve adetin Kolombiya tarafından tanınan diplomatik sığınma hakkı için hukukî bir temel teşkil etmediği değerlendirmesinde bulunmuştur. Diplomatik sığınma uygulamasına dair belirsizlik ve farklılıklar bulunduğunu da belirten Divan, devletlerin uygulamalarına bakıldığında bu konuda yeknesak bir uygulamadan bahsedilemeyeceğine işaret etmiştir. Sorunun her iki tarafın da nezaket ve iyi komşuluk ilişkileri çerçevesinde çözüme kavuşturulması gerektiğini belirten Divanın, devletin ülkesine sığınma ile diplomatik sığınma arasındaki farklılığa dikkat çektiği de görülmektedir. Bkz. ICJ, *Columbian-Peruvian Asylum Case*, Judgment, 1950, para. 274-277, 287. Kararın metni için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/7/1851.pdf> (29.11.2013).

15) Yusuf Aksar, *Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-I*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 66, dn. 114.



bilmiştir.<sup>16</sup> Benzer şekilde Joseph Stalin'in kızı Svetlana Losifovna Alliluyeva'nın Yeni Delhi'deki ABD Büyükelçiliğine sığınması üzerine, ABD Alliluyeva'ya sığınma hakkı tanıyarak ülkeye yerleşmesine izin vermiştir.<sup>17</sup> Yine 1989'da Çin'de yaşanan rejim karşıtı gösterilerin ardından muhalif görüşleriyle bilinen Fang Lizhi ailesiyle birlikte Pekin'deki ABD Büyükelçiliğine sığınmış, burada 13 ay kaldıktan sonra ABD'ye gitmesine izin verilmiştir.<sup>18</sup>

Yakın geçmişte yaşanan örnekler bakıldığında ise, geçtiğimiz yıllarda Kuzey Kore'den Güney Kore'ye kaçmak isteyen Kuzey Kore'lilerin, Pekin'deki Güney Kore Büyükelçiliğine veya İspanya dâhil bazı batılı devletlerin büyükelçiliklerine sığındıkları görülmektedir. Yapılan müzakerelerin ardından Çin'in Filipinlere gitmesine izin verdiği bu kişilerin ekseriyetinin, Güney Kore'ye geçişleri sağlanmıştır. Ancak Çin, benzer durumların tekrar yaşanmaması için büyükelçilikler ve diğer diplomatik misyonların etrafında güvenlik tedbirleri alma yoluna gitmiştir.<sup>19</sup> Diğer önemli bir örnek ise, geçtiğimiz 2012 yılında Çinli insan hakları aktivisti Chen Guangcheng'in ülkesinde maruz kaldığı sıkıntılar ve son olarak ev hapsine alınması karşısında, Pekin'deki ABD Büyükelçiliğine sığınmasıdır. Çin tarafından kınanan ve iki ülke arasında kısa süreli bir krize neden olan bu olay, Guangcheng ve ailesinin ülkeden ayrılarak ABD'ye gitmesine izin verilmesi ile birlikte çözüme kavuşmuştur.<sup>20</sup>

Yukarıda sıralanan bu örneklerden sığınma hakkının devletlerce tanındığı ve yaygın bir kabul gördüğü sonucu çıkarılmamalıdır. Uluslararası toplum uzun bir süre diplomatik sığınma karşısında mesafeli davranmış, ancak Mindzensty, Alliluyeva, Fang Lizhi ve diğer örneklerden de anlaşıldığı gibi ABD dâhil pek çok devlet diplomatik sığınmayı bir seçenek olarak muhafaza etmeyi tercih etmiştir. Örneğin ABD, Mindszenty ve Guangcheng örneklerinde diplomatik sığınma yönünde bir tavır sergilemişken Assange olayında farklı davranmıştır. Özellikle batılı devletlerin bu konuda olaylara ve zamana bağlı olarak farklı davrandıkları görülmektedir. Buna mukabil üçüncü dünya ülkeleri ise, kendi iç işlerine yönelik bir müdahale aracı olarak kullanılacağı ve egemenliklerine bir tehdit teşkil edebileceği endişesiyle diplomatik sığınma uygulamasına karşı ihtiyatla yaklaşmışlardır. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında da görüleceği üzere bu konuda evrensel bir düzenleme yapılamamasının sebebi, devletlerin böyle bir durumda hareket

16) Värk, s. 249.

17) Heijer, s. 404.

18) Heijer, s. 405

19) Heijer, s. 405; Värk, s. 250.

20) Akiko Fujita, *Chen Guangcheng: Chinese Dissident Arrives US*, 19 May 2012, <http://abcnews.go.com/International/chen-guangcheng-chinese-dissident-arrives-us/story?id=16384545> (29.11.2013).



kabiliyetlerini sınırlayacak ve seçeneklerini ortadan kaldıracak hukukî bir yükümlülük altına girmek istemeyişleridir. Çalışmamızın konusunu teşkil eden Assange olayı da bunun tipik bir örneğidir.

### C. Bir Hak Olarak Sığınma Hakkı ve İlgili Uluslararası Düzenlemeler

Bir “hak” olarak diplomatik sığınma, hem bireyleri hem devletleri ilgilendirmekte olup sığınma arayışındaki şahıs ve sığınma arayışının yöneltildiği devlet açısından değişen bir anlama sahiptir.<sup>21</sup> Bireysel anlamda sığınma hakkı, sığınan (birey) odaklı bir bakış açısıyla sığınma arayışındaki bireylere sığınma sağlanma anlamını hâizken, sığınılan (devlet) boyutundan bakıldığında daha dar bir anlama sahiptir.<sup>22</sup>

Birey açısından ister vatandaş olduğu devletin ülkesinde olsun isterse yabancı bir devletin ülkesinde olsun, bireyler aralarında herhangi bir fark olmaksızın temel bazı haklara sahiptir. İnsan hakları kuramını esas alan bu bakış açısıyla hareket edildiğinde, sığınma hakkının bireye ait olan ve korunma ihtiyacı içerisinde olan bireye sığınma sağlanması anlamına gelen bir hak olduğu ve koruma sağlayacak devletin de birtakım yükümlülüklerinin doğduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Doktrinde bu yükümlülükler şu şekilde sıralanmaktadır: Sığınma arayışındaki şahsın ülkeye girmesine ve ülke sınırları içinde kalmasına izin verilmesi; bireyin sığınma talebinde bulunduğu devletin ülkesine girdiği gerekçesiyle cezalandırılmaması veya bir başka şekilde hürriyetinden mahrûm bırakılmaması; bireyin sınırdışı edilmemesi veya talep eden devletlere geri verilmemesi.<sup>23</sup>

Öte taraftan sığınılan devlet açısından bakıldığında bir “hak” olarak sığınma, devletin kurucu unsurlarından biri olan egemenlik yetkisi içinde yer almakta olup bireyden ziyade devlete ait bir haktır. Sığınma arayışındaki şahsın diğer bir devletin yargılama yetkisine karşı sürekli koruma altına alınması ve ülkeye yerleşme talebinin kabul edilmesi söz konusudur. Sığınmanın devlet egemenliğinin bir parçası olarak algılanması, uluslararası hukukun temel taşlarından biri olan ulusal egemenlik anlayışıyla da paraleldir.<sup>24</sup> Devlet, sığınma arayışındaki şahsı egemen yetkiler kullandığı ülke sınırları içine kabul ederek ona sığınma hakkı tanımaktadır. Ancak devletin sığınma imkânı tanınması şeklinde bir yükümlülüğü bulunmamakta, sığınma talebini kabul edip etmemesi tamamen kendi yetki ve

21) Sığınma hakkı, bir yandan devletin diğer bir devlet karşısında kovuşturulan kişiye sığınma tanınması anlamına gelirken, diğer yandan kovuşturulan kişinin bu durum karşısında yabancı bir devletten kendisine koruma verilmesini isteme hakkı şeklinde anlaşılmalıdır. Bkz. Gören, s. 285.

22) Öztürk, s. 196.

23) Öztürk, s. 198.

24) Öztürk, s. 199.

takdirindedir.<sup>25</sup> Bu durumda, söz konusu hak birey açısından “sığınma sağlanma” şeklinde anlaşılamayacağı gibi, devletin sığınma arayışındaki şahsı ülkesine kabul ederek ona sığınma sağlamakla yükümlü olduğu da söylenemez.<sup>26</sup> Bu durumda, bir devletin sığınma arayışındaki kişiye sığınma hakkı tanınmasının, uluslararası hukuk uygulaması değil iç hukuk uygulaması olduğu ortaya çıkmaktadır.

Sığınma hakkına ilişkin bu sınırlı anlayış, uluslararası düzenlemelerde de karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu düzenlemelerde sığınma hakkının tanımlanmış hak kategorileri içinde yer almadığı ve birey açısından bir hak olarak kabul edilmediği görülmektedir. Örneğin sığınma kavramına yer verilen ilk uluslararası düzenleme, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 14(1) maddesinde “*Herkes, zulüm karşısında başka ülkelere sığınmak ve sığınmadan faydalanmak hakkını haizdir*” hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu hükümden bireye sığınma hakkı tanınması şeklinde bir sonuca ulaşmak mümkün gözükmemektedir.<sup>27</sup> Metnin bu şekilde kaleme alınmasıyla birlikte sığınma hakkının anlamı, sığınma sağlanma hakkına nazaran sınırlandırılmıştır.<sup>28</sup> Benzer şekilde, 1967 tarihli Birleşmiş Milletler Devletin Ülkesine Sığınmaya İlişkin Beyanname’de de sığınma hakkı devlet egemenliği çerçevesinde ele alınmıştır.<sup>29</sup> Keza 1978’de yürürlüğe giren Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi madde 22(7)<sup>30</sup>

25) Öztürk, s. 199.

26) Örneğin Uluslararası Hukuk Enstitüsü, sığınmayı “*koruma arayışında olan kişiye, bir devletin kendi sınırları içerisinde veya kontrol alanı dâhilindeki bir başka yerde bu korumayı sağlaması*” şeklinde tanımlamıştır. Tanımdan da anlaşıldığı gibi, Uluslararası Hukuk Enstitüsü yapmış olduğu bu tanımda devleti esas alan yaklaşımı benimsemiştir. Bkz. Öztürk, s. 196, dn 23.

27) Madde metninde sığınma aramak ve sığınmadan faydalanmaktan bahsedilmekle birlikte, sığınma elde etmekten bahsedilmemektedir. Hazırlık çalışmalarına konu olan taslakta, sığınma arama hakkı (*right to seek asylum*) ve sığınma sağlanma hakkı (*right to be granted asylum*) bireysel hak olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, sığınma arayışındaki şahsın ülkeye kabul edilerek kendisine koruma sağlanmasını öngören “sığınma sağlanma hakkı” ifadesini yerine “sığınmadan faydalanma hakkı” (*right to enjoy asylum*) ifadesi tercih edilmiştir. Bkz. Öztürk, s. 207-208.

28) Sığınma hakkının düzenlendiği 14. maddenin görüşmeleri sırasında Bolivya ve Uruguay, sığınma hakkının elçilik ve temsilcilikleri de kapsar bir şekilde düzenlenmesi talebinde bulunmuş, ancak bu talep kabul görmemiştir. Teklif aleyhine söz alan SSCB delegesi, teklifin devletin yargı yetkisi içinde alan konulara müdahale yolunu açacağını ve ülke dışılık ilkesinin (*extraterritoriality*) suistimali anlamına geleceğini ileri sürerek teklife karşı çıkmıştır. Bkz. Heijer, s. 408.

29) BM Genel Kurulu, 2312 sayılı ve 1967 tarihli söz konusu kararının ilk maddesinde, sığınma hakkının tanınması yönündeki bir uygulamayı devlet egemenliğinin olağan bir uygulaması olarak görerek barışçıl ve insanî bir eylem şeklinde nitelendirmiş ve diğer devletlerin bu karara saygı göstermeleri gerektiğini ifade etmiştir.

30) Madde 22(7)’ye göre; herkes, siyasî suç veya bağlantılı diğer suçlardan kaynaklanan bir takibat durumunda, her bir ülkenin kanunlarına ve uluslararası andlaşmalara uygun olarak, bir yabancı ülkeye sığınma ve sığınmacı statüsü elde etme hakkına sahiptir.

ile Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı madde 12(3)'de<sup>31</sup> herkesin sığınma arama ve sığınma sağlanma hakkına sahip olduğu ifade edilmiş, ancak bu hak ilgili devletin kanunlarına ve uluslararası andlaşmalara bağlanmıştır.

Öte taraftan 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinde yer verilen ilkeleri hukukî normlara dönüştürmek amacıyla kaleme alınan 1966 tarihli Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi insan haklarına ilişkin temel metinlerde, sığınma hakkı düzenlenmemiştir. Keza 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Statüsüne Dair Cenevre Sözleşmesi'nde de mültecilerin hukukî statüleriyle ilgili ayrıntılı düzenlemelere yer verilmesine rağmen sığınma hakkına yönelik herhangi bir hükme yer verilmemiştir.<sup>32</sup>

Söz konusu düzenlemelere mukabil Latin Amerika devletleri arasında sığınma hakkını kabul eden ve düzenleyen çeşitli andlaşmaların yapıldığı görülmektedir. Geçmişte Latin Amerika'da sıklıkla görülen diplomatik sığınma örnekleri, 19. yüzyıldan itibaren diplomatik sığınma hakkını düzenleyen bölgesel bazı andlaşmaların yapılmasına sebep olmuştur. Ancak bu düzenlemelerin Latin Amerika devletleriyle sınırlı kaldığını ve diplomatik sığınma hakkının evrensel düzeyde tanınmasına ilişkin çabaların netice vermediğini özellikle belirtmek gerekir. Latin Amerika devletleri kendi aralarında yaşamış oldukları siyasî uyuşmazlıklara rağmen diplomatik sığınma konusunda görüş birliği içinde olmuşlardır. Bölgesel düzeyde akdedilen 1928 tarihli Havana Sığınma Sözleşmesi, 1933 tarihli Siyasî Sığınmaya İlişkin Montevideo Sözleşmesi, her ikisi de 1954 tarihli Karakas Diplomatik Sığınma Sözleşmesi ile Karakas Devletin Ülkesine Sığınmaya İlişkin Sözleşme bu uzlaşmanın metne yansımış hâlini göstermektedir. Bahse konu düzenlemelere bakıldığında; diplomatik sığınma hakkının ancak zorunlu hâllerde ve sığınma arayışındaki kişinin güvenliğinin temini için gereken süre boyunca tanınabileceği, devletlerin sığınma hakkı tanıyıp tanımama hususunda sahip olduğu bu yetkiyi suçluları adaletten kaçırmak başta olmak üzere keyfi bir şekilde kullanmamaları gerektiği, kabul eden devletin kendisine diplomatik sığınma hakkı tanınan şahsın ülkesinden ayrılmasını her zaman talep edebileceği öne çıkan hususlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca bu hakkın âdil bir şekilde yargılanmayacağı ve haksızlığa uğrayacağı düşünülen siyasî suçlularla sınırlandırıldığı ve âdi suçluların kapsam dışında tutulduğu da görülmektedir.

31) Madde 12(3)'e göre; herkes zulüm altında diğer devletlerin hukuk kurallarına ve uluslararası hukuka uygun olarak diğer devletlerden sığınma arama ve elde etme hakkını haizdir.

32) Sözleşme, sığınma hakkına dair bir hüküm içermemekle birlikte mülteci tanımı ve hakları ile sığınma hakkının hangi durumlarda tanınacağına dair bir çerçeve sunmakta ve sığınma hakkı tanındıktan sonra uyulması gereken kuralları düzenlemektedir. Sözleşme'ye göre, sığınma hakkı mutlak bir hak değildir, devletler herhangi bir yükümlülük altında olmaksızın sığınma hakkı tanıyabilecekleri kişiler konusunda yetki sahibidirler. Öte yandan Sözleşme'ye ek 1967 tarihli Protokol'de de sığınma hakkına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir.

Söz konusu düzenlemeler içinde, en son tarihli olması ve diplomatik sığınmaya dair taraf devletler arasında halen uygulanmakta olan hukuk kurallarını şekillendirmesi hasebiyle 1954 tarihli Karakas Diplomatik Sığınma Sözleşmesi'ni kısaca ele almak gerekir. Daha önceden de bahsedildiği üzere Peru ile Kolombiya arasındaki *Sığınma Hakkı Davası*'nda, verilen karardan ve yaşanan belirsizliklerden memnun olmayan bölge devletleri yeni bir düzenleme arayışına girmişlerdir. Bu arayışın bir neticesi olarak Amerikan Devletleri Örgütü bünyesinde 1954 tarihli Karakas Diplomatik Sığınma Sözleşmesi<sup>33</sup> ile 1954 tarihli Karakas Devletin Ülkesine Sığınma Sözleşmesi<sup>34</sup> akdedilmiştir. Taraf devletler arasında diplomatik sığınmayı da düzenleyen ve kendisine sığınma hakkı tanınan şahsın güvenli bir şekilde diğer devlet ülkesinden ayrılmasını kolaylaştıran 1954 Karakas Diplomatik Sığınma Sözleşmesi'nde, diplomatik sığınma uygulamasının hukukî dayanakları ortaya konulmuş ve diplomatik sığınma için aranan bazı şartlar açıklığa kavuşturulmuştur. 2. maddede her devletin diplomatik sığınma tanıma hakkına sahip olduğu, bunun bir yükümlülük değil hak olduğu ve 20. maddede de bu hakkın karşılıklılık ilkesine bağlı olmadığı ifade edilmiştir. 4. maddede, diplomatik sığınma hakkını tanıyan devletin, işlenen suçun niteliği ile sığınma arayışındaki şahıs hakkında yürütülen hukukî soruşturmanın arkasında yatan saikleri değerlendirme yetkisine sahip olduğu yönündeki kural teyit edilmiş, 7. madde de somut olaydaki aciliyetin değerlendirilmesi yetkisi yine söz konusu devlete tanınmıştır. 12. maddede ise, diplomatik sığınma hakkının tanınmasının ardından ilgili şahsın ülkeden ayrılması için izin verilmesi talebinde bulunulabileceği ve kabul eden devletin güvenli geçiş için gereken teminatları vermekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir. Öte yandan 19. maddeye göre, diplomatik ilişkilerin kesilmesi ve gönderen devletin misyonunu geri çekmeye zorlanması hâlinde, bu durum tanınmış olan diplomatik sığınma hakkını sonlandırmamaktadır. Diplomatik personel sığınma hakkı tanınan şahısla birlikte elçilikten ayrılmalı, bu mümkün olmadığı takdirde kendisine sağlanan korumayı sürdürmek isteyen diğer bir devlete teslim edilmelidir. Sözleşme'de diplomatik sığınmaya ilişkin bir tanıma yer verilmemiş, ancak ilk maddede gönderen devletin siyasî sebeplerden dolayı diplomasi temsilciliğine sığınan kişiye diplomatik sığınma hakkı tanınması karşısında kabul eden devletin bu karara saygı göstermesi gerektiği ifade edilmiştir.

33) 1954 Karakas Diplomatik Sığınma Sözleşmesi, Latin Amerika devletlerince imzalanarak onaylanmış olmasına rağmen ABD, Kanada ve Karayip devletlerinin Sözleşme'ye taraf olmadıkları görülmektedir. Sözleşme'nin metni için bkz. <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3823c.html> (29.11.2013).

34) Sözleşme, siyasî görüşlerinden dolayı baskı ve zulüm altında olan kişilere sığınma hakkı tanınmasını ve bu kişilerin suçluların geri verilmesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Sözleşme'nin metni için bkz. <http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/oasterritorialasylum.html> (29.11.2013).

Latin Amerika devletlerinin elçilik ve temsilciliklerden diplomatik sığınma hakkına yönelik evrensel bir düzenleme gerçekleştirme yönündeki çabaları, uluslararası toplum nezdinde sonuç vermemiş ve başarısızlıkla neticelenmiştir. Konu, hem Genel Kurul hem de Uluslararası Hukuk Komisyonu bağlamında BM'nin gündeminde yer almış olmasına rağmen herhangi bir karar ya da sözleşme tasarısı hazırlanamamış ve zamanla gündemden düşmüştür. Görüldüğü üzere, sığınma hakkını bireysel bir hak olarak düzenleme konusunda çabalar olsa da, uluslararası hukuk açısından bu çabaların başarıya ulaştığını ve sığınma arayışındaki kişinin kendisine sığınma sağlanması şeklinde devlete karşı ileri sürebileceği bir hakka sahip olduğunu söylenemez. Öte taraftan her ne kadar İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde baskı karşısında herkesin zulüm altında başka ülkelere sığınma ve bu ülkeler tarafından sığınmacı muamelesi görmek hakkına sahip olduğu (14. madde) ifade edilse de, devletlerin bu konudaki takdir yetkisini ortadan kaldıran ve sığınma talebinin kabulünü zorunlu kılan bir örfi uluslararası hukuk kuralı bulunduğunu söylemek mümkün değildir.<sup>35</sup> Diplomatik sığınma hakkını tanıyan bir ahdi veya örfi hukuk kuralı olmamasına rağmen insanî gerekçelere dayalı istisnâ bir uygulama olarak diplomatik sığınma hakkının tanınabileceğini ileri sürmek hukuken herhangi bir geçerliliğe sahip olmadığı gibi uygulamada da keyfi davranışlara ve devletler arasında uyumsuzluklara yol açabilecek bir durumdur. İnsanî nedenlerden ötürü zorunlu bazı hallerde sığınma hakkı tanınması meşru görülebilir. Ancak bu tür örnekler, diplomatik sığınma uygulamasının örfi uluslararası hukuk kuralı hâline geldiğini de göstermemektedir. Çünkü diplomatik sığınma, yeknesak bir uygulamaya sahip olmadığı gibi bir örfi uluslararası hukuk kuralı hâline gelebilmek için aranan şartları da karşılamamaktadır.

## II. Misyon Binalarının Hukukî Statüsü ve Assange'ın Geleceği

Diplomatik sığınmaya ilişkin özel bir düzenleme ve uygulama doğrultusunda şekillenen örfi uluslararası hukuk kuralı olmadığına göre, sorunun diplomasi ve konsolosluk ilişkilerini düzenleyen uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde çözüme kavuşturulması zorunludur. Öncelikle diplomatik sığınmanın fiilen mümkün olmasının, diplomasi temsilcilikleri ile konsolosluklara tanınan imtiyaz ve muafiyetlerden kaynaklandığını belirtmek gerekir.<sup>36</sup> Söz konusu imtiyaz ve mua-

35) Pazarıcı, II. Kitap, s. 190.

36) Doktrinde diplomatik imtiyaz ve muafiyetlerin hukukî dayanağı olarak farklı görüşlerle tartışılmaktadır. Bunlar arasında özellikle diplomatik temsilciliklerin kabul eden devletin ülkesi sayılmamasını öngören ülke dışılık (*extraterritoriality*) teorisi konumuz açısından önem arz etmektedir. Zira 19. yüzyıla kadar diplomatik sığınmanın bu gün itibarıyla geçersiz kabul edilen söz konusu ilkeye dayandırıldığı görülmektedir. 17. yüzyılda Hugo Grotius tarafından ileri sürülen bu teoriye göre, devletin diplomasi temsilciliği kabul eden devlet açısından ülke dışı

fiyetler, 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi (bundan sonra 1961 Viyana Sözleşmesi) ile 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nde (bundan sonra 1963 Viyana Sözleşmesi) düzenlenmiştir. Diplomasi temsilcilikleri ile konsoloslukların görevlerini hiçbir baskı altında kalmadan ve kolayca yerine getirebilmeleri için tanınan bu imtiyaz ve muafiyetler, diplomasi ve konsolosluk görevlileri için de geçerlidir.<sup>37</sup>

### A. Misyon Binalarına Tanınan Dokunulmazlık ve Diplomatik Sığınma Hakkı

Devletlerarası ilişkilerin düzenlenmesi ve yürütülmesine ilişkin kuralların ayrıntılı bir şekilde ele alındığı her iki düzenlemede de sığınmaya dair herhangi bir hükme yer verilmediği gibi, diplomatik sığınma diplomasi temsilciliklerinin ve konsoloslukların işlevleri arasında da sayılmamıştır. Dolayısıyla bu konunun diplomasi ve konsolosluk hukuku açısından belirsiz kaldığı söylenebilir. Ancak her iki Sözleşme'nin de bütününe bakıldığında bu kanaatin geçerli olmadığı görülmektedir. 1961 Viyana Sözleşmesi'nin 3. maddesinde diplomatik misyonun görevleri sıralanmaktadır. Mezkûr hükme göre; diplomatik misyonun başlıca görevleri devletini kabul eden devlet nezdinde temsil etmek, devletin ve vatandaşlarının uluslararası hukuk tarafından tanınan hak ve menfaatlerini korumak, kabul eden devlet hükümeti ile görüşmeler yapmak, kabul eden devlet hakkında hukuka uygun bir şekilde bilgi toplayarak değerlendirmeler yapmak ve bunlar hakkında gönderen devlete bilgi vermek, iki devlet arasındaki ilişkileri geliştirmektir.<sup>38</sup> 41(1) ve 42. maddede, bu görevlerin yerine getirilmesi sırasında, sahip oldukları imtiyaz ve muafiyetler saklı kalmak kaydıyla diplomatik

kabul edilerek gönderen devletin ülkesi sayılmaktadır. Kabul eden devletin misyon üzerinde yetki sahibi olmasını engellemek için ileri sürülen bu görüş esas alındığında, misyon binaları gönderen devletin yetkisi altında olduğu gibi dokunulmazlık da kazanmaktadır. Ancak ülke dışılık teorisi, günümüzde artık kabul görmemektedir. Nitekim 1961 Viyana Sözleşmesi'nde diplomatik imtiyaz ve muafiyetlerin hukukî dayanağı olarak Sözleşme'nin Giriş kısmında devletlerin egemen eşitliğine ve diplomatik misyonların görevlerini etkin şekilde yapmasını sağlamaya atıfta bulunulmuştur. Bkz. Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri III. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 87; Värk, s. 244.

37) 1961 ve 1963 Viyana Sözleşmeleri'nde tanınan söz konusu imtiyaz ve muafiyetlere dair ayrıntılı bilgi için bkz. Kamuran Reçber, *Diplomasi ve Konsolosluk Hukuku*, Dora Basım ve Yayın, Bursa, 2011, s. 50-73, 114-130.

38) Konsolosluk ilişkilerinin düzenlendiği 1963 Viyana Sözleşmesi'nin 5. maddesinde düzenlenen konsoloslukların görevleri şu şekilde özetlenebilir: Devletin ve bu devletin tâbiyetindeki gerçek ve tüzel kişilerin menfaatlerini kabul eden devlet ülkesinde korumak; iki devlet arasında ticarî, iktisadî, ilmî ve kültürel ilişkilerin gelişmesini kolaylaştırmak ve dostluk ilişkilerini güçlendirmek; kabul eden devlet ülkesindeki ticarî, iktisadî, ilmî ve kültürel gelişmeler hakkında kanunlara uygun bir şekilde bilgi toplamak ve değerlendirmeler yapmak; pasaport, seyahat belgesi ve vize vermek; noterlik görevi ile şahsî statüye ilişkin bazı işlemleri yapmak; gönderen devletin tâbiyetindeki gerçek ve tüzel kişilere yardım etmek; gönderen devlet tarafından verilen ve kabul eden devlet tarafından yasaklanmayan ve anlaşmalarla düzenlenen diğer görevleri yerine getirmek.

misyon üyelerinin uymaları gereken bir takım yükümlülükler yer verilmiştir. Buna göre misyon üyeleri; kabul eden devlet ülkesinde geçerli olan kanunlara ve diğer düzenlemelere riayet etmek, kabul eden devletin iç işlerine karışmamak, misyon binalarını, misyonun Sözleşme’de yer verilen görevler veya diğer uluslararası hukukun genel kuralları ya da andlaşmalarla bağdaşmayacak bir şekilde kullanmamak ve kabul eden devlet ülkesinde şahsî kazanç amacıyla herhangi bir meslekî veya ticarî faaliyette bulunmamakla yükümlüdürler.

Görüldüğü üzere diplomatik sığınma hakkı tanımak, diplomasi temsilciliklerinin ve konsoloslukların görev ve yetkileri arasında yer almamaktadır. Bununla birlikte her ne kadar Sözleşme metninde diplomatik sığınmaya cevaz verir bir hüküm bulunmasa da açıkça yasaklanmadığı sürece “yasağın olmadığı yerde serbestlik esastır” ilkesi esas alınarak diplomatik sığınma uygulamasının meşru olduğu ileri sürülebilir. Ancak temsilciliklerin görev ve statüleriyle bağdaşmayacak bir surette kullanılması açıkça yasaklanmıştır. 1961 Viyana Sözleşmesi madde 41(3)’de, misyon binalarının, misyonun bu Sözleşme’de belirtilen görevleri veya diğer genel uluslararası hukuk kuralları veya gönderen ve kabul eden devlet arasında yürürlükte olan özel andlaşmalar ile bağdaşmayacak bir şekilde kullanılmayacağı ifade edilmiştir.<sup>39</sup> Benzer şekilde 1963 Viyana Sözleşmesi madde 55(2)’de konsolosluk binalarının, konsolosluk görevlerinin yerine getirilmesiyle kabili telif olmayacak şekilde kullanılmayacağı ifade edilmiştir. Her iki hükümden de hareketle, diplomatik sığınma hakkı tanınmasına yönelik bir uygulamanın diplomasi temsilcilikleri ile konsoloslukların görev ve statüleriyle bağdaşmadığı açıktır. Bağdaşmamaktan kasıt, diplomatik fonksiyonun dışında kalan ve kabul eden devletin kanunlarına aykırı davranışların gerçekleştiriliyor olmasıdır.<sup>40</sup> Ayrıca bu yönde bir davranış, koruma sağlayan devlet ile kabul eden devlet arasındaki dostane ilişkileri de tehdit etmektedir. Kabul eden devletin muhafefetine rağmen devletin yargı yetkisinden kaçmayı amaçlayan kişilere sığınma hakkı tanınması, devletin içişlerine müdahale teşkil ettiği gibi tanınan imtiyaz ve muafiyetlerin suistimali şeklinde de yorumlanabilir. Sonuç olarak diplomatik sığınma hakkını tanıyan ve düzenleyen özel bir düzenleme olmadığı sürece 1961 ve 1963 Viyana Sözleşmeleri çerçevesinde diplomatik sığınma hakkının kabulü mümkün gözükmemektedir. Bu durumda temsilciliklerin sahip oldukları doku-

39) 1961 Viyana Sözleşmesi madde 1(i)’de, “misyon binaları” (*diplomatic premises*) kavramı açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre; “misyon binaları”, mülkiyetinin kime ait olduğuna bakılmaksızın misyon şefinin ikâmetgâhı dâhil olmak üzere ve bakılmaksızın misyonun maksatları için kullanılan binalar veya bina bölümleri ile bunlarla irtibatlı arazileri kapsamaktadır.

40) Doktrinde de diplomasi temsilciliklerine tanınan imtiyazların fonksiyonel (görevle ilgili) olduğu ve temsilciliklerin suçlulara barınma imkânı sağlamak için kullanılmayacağı, aksi takdirde diplomatik temsilciliklerin suçlular için birer barınağa dönüşeceği ileri sürülmektedir. Bkz. Heijer, s. 402.



nulmazlıkların bu durumdan etkilenip etkilenmeyeceği sorusu karşımıza çıkar.

Misyon binalarına tanınan dokunulmazlık, 1961 Viyana Sözleşmesi madde 22(1)'de düzenlenmiştir. “*Misyon binaları dokunulmazlığı haizdir. Kabul eden devlet yetkilileri, misyon şefinin rızası olmadıkça bu binalara giremezler*” şeklindeki bu hüküm herhangi bir istisnaya yer vermemektedir. Diplomatik sığınma hakkı tanımaya yönelik bir uygulamanın hukuka aykırı olduğu kabul edilse dahi, misyonun sahip olduğu dokunulmazlık kendiliğinden ortadan kalkmadığı gibi tek taraflı bir şekilde de sonlandırılmaz. Herhangi bir istisna içermeyen bu kural, misyon binaları amaç ve görevleriyle bağdaşmayacak bir şekilde kullanılmış olsa da uygulanmaya devam edecektir. Dolayısıyla kabul eden devletin temsilciliğe müdahale ederek sığınma girişimini engellemesi veya sığınmayı sonlandırması söz konusu değildir.<sup>41</sup> Misyon binalarına tanınan bu dokunulmazlık, gönderen devlet açısından sığınma arayışındaki şahsın teslim edilmesi yönündeki talepleri görmezden gelmesine imkân sağlamaktadır.

1963 Viyana Sözleşmesi'nde düzenlenen konsolosluklara tanınan dokunulmazlıklar ise daha sınırlıdır. Madde 31(2)'de; konsolosluk şefinin, onun tarafından tayin edilmiş kimsenin veya gönderen devletin diplomatik temsilcilik şefinin muvafakati olmaksızın kabul eden devlet makamlarının konsolosluk binalarının münhasıran konsolosluk hizmetlerine tahsis edilmiş alanlarına girmeleri yasaklanmıştır. Hükümün lafzından hareketle, konsolosluk başka amaçlar için kullanıldığını gösteren yeterli ve inandırıcı bir sebebin varlığı hâlinde, kabul eden devlet yetkili makamlarının konsolosluk binasına girerek suç işlediği iddiasıyla hakkında kovuşturma yürütülen şahıs ya da şahısları gözaltına alabilecekleri neticesi çıkarılabilir. Bu durumda konsoloslukların, diplomasi temsilciliklerine nazaran diplomatik sığınma açısından daha az bir koruma sağladığı ve güvensiz olduğu söylenebilir. Uygulamada sığınma arayışındaki kişilerin, konsolosluklardan çok diplomatik temsilcilikleri tercih etmelerinin temel sebebi de budur.

### **B. Assange Olayının Çözümüne Yönelik Seçenekler**

Diplomatik sığınma, gönderen devlet ve kabul eden devlet açısından bir çatışma alanı teşkil ettiği gibi uluslararası hukukta da belirsizliklere neden olmaktadır. Bir taraftan gönderen devlet diplomatik sığınma hakkı tanıyarak diplomasi ve konsolosluk temsilciliklerine tanınan imtiyaz ve dokunulmazlıklarını suistimal etmektedir. Diğer taraftan da kabul eden devlet açısından, elçiliğe veya konsolosluka zorla girme ya da elçilik veya konsolosluk statülerinin tek taraflı

41) Kaldı ki madde 45(a)'da, iki devlet arasında diplomatik ilişkiler kesildiği veya bir misyon sürekli veya geçici olarak geri çekildiği takdirde kabul eden devletin, silahlı çatışma hâlinde bile, malları ve arşivleri ile birlikte misyon binalarına saygı göstereceği ve bunları koruyacağı hüküm altına alınmıştır.



olarak kaldırılması gibi uluslararası hukuk açısından tartışmaları da beraberinde getiren sorunlu alternatifler gündeme gelmektedir. Bu bağlamda Assange'ın tutuklanmadan elçilik binasından nasıl çıkacağı ve İngiltere'den nasıl ayrılacağı cevaplanması oldukça zor bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Assange'ın kendi iradesiyle elçilikten çıkması ve İngiliz makamlarına teslim olması kuşkusuz ihtimâl dâhilindedir. Nitekim geçmişte bunun örnekleri de yaşanmıştır. Mesela kendisini devirmek amacıyla ABD birliklerinin 20 Aralık 1989'da ülkeyi işgale başlamasından kısa bir süre sonra, bazı taraftarlarıyla birlikte ülkedeki Vatikan Büyükelçiliğine sığınan Panama Devlet Başkanı Manuel Noriega, elçilikte geçirdiği on günün ardından 3 Ocak 1990'da ABD'li yetkililere teslim olmuş ve uyuşturucu kaçakçılığıyla ilgili suçlardan yargılanmak üzere ABD'ye götürülmüştür.<sup>42</sup> Ancak Assange'ın elçilikten çıkarak İngiliz makamlarına teslim olması son derece düşük bir ihtimâldir. Bu durumda Assange'a Ekvator tarafından diplomatik statü tanınarak kendisine diplomatik pasaport verilmesi, diplomatik dokunulmazlığa sahip bir araçla İngiltere'den ayrılmak üzere havalanına götürülmesi veya diplomatik kargoyla ülke dışına çıkarılması gibi diğer seçeneklerin incelenmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Ancak bu seçeneklerin ya hukuken ya da uygulanışı itibarıyla sorunlu olduğunu öncelikle belirtmek gerekir.

### a. Müzakere Yolu ve Güvenli Geçiş Hakkının Tanınması

İlk olarak taraflar aralarındaki sorunu, müzakere yoluyla çözüme kavuşturabilirler. Nitekim *Sığınma Hakkı Davası* kararında, sorunun nezaket ve iyi komşuluk ilişkileri çerçevesinde müzakere yoluyla çözüme kavuşturulması çağrısında bulunulmuştur. Görüşmeler neticesinde Çinli insan hakları aktivisti Chen Guangcheng örneğinde görüldüğü üzere koruma sağlayan devlet tarafından kendisine sığınma hakkı tanınan şahsa güvenlik geçiş yolu açılarak ülkeden çıkışına izin verilebilir. Benzer şekilde 1973 yılında Şili'de Pinochet tarafından gerçekleştirilen askerî darbenin ardından işbaşına gelen yönetim, Meksika, Panama ve Venezuela Büyükelçiliklerine sığınan devrik lider Allande taraftarlarının ülkeden ayrılmasına izin vermiştir.<sup>43</sup> Ancak bu ve benzeri örneklerle karşılaşılmakla birlikte umumiyetle devletlerin güvenli geçiş hakkı tanımayı reddettiklerini belirtmek gerekir.

Assange açısından da kendisine güvenli geçiş hakkı tanınarak İngiltere'den

42) Andrew Rosenthal, *Noriega Gives Himself up to U.S. Military*, 4 January, 1990, <http://www.nytimes.com/1990/01/04/world/noriega-s-surrender-overview-noriega-gives-himself-up-us-military-flown-florida.html?pagewanted=all&src=pm> (29.11.2013).

43) Jovan Kurbalija, *The Assange Asylum Case: Possible Solutions and Probable Consequences*, <http://www.diplomacy.edu/blog/assange-asylum-case-possible-solutions-and-probable-consequences> (29.11.2013).

ayrılması gündeme gelebilir. Hatta Assange'ın avukatı, 1951 Mülteciler Sözleşmesi uyarınca İngiltere'nin Ekvator'un kararına saygı göstermek ve Assange'a geçiş izni vermekle yükümlü olduğunu iddia etmiştir.<sup>44</sup> Assange olayından bağımsız olarak bakıldığında Mülteciler Sözleşmesi madde 1(A)(2)'de; "... Irkı, dini, tâbiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî kanaatleri yüzünden takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu memleket dışında bulunan, oraya dönemeyen veya mezkûr korkuya binaen dönmek istemeyen şahıs" ifadesine yer verilmektedir. Görüldüğü gibi Sözleşme metninde zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan şahıstan bahsedilmektedir. Ancak Avustralya vatandaşı olan Assange, her ne kadar yabancı bir devletten sığınma arayışı içinde olup aranan yabancı olma şartını karşılarsa da, vatandaşı olduğu Avustralya'ya dönememesi veya siyasî vb kanaatleri yüzünden takibata uğrayacağı endişesiyle dönmek istememesi söz konusu değildir. Ayrıca madde 1(F)(b)'de; Sözleşme hükümlerinin mülteci sıfatıyla kabul edildiği ülkeye iltica etmeden önce, iltica ettiği ülkenin dışında ağır bir siyasî olmayan suç işlediğine dair hakkında ciddi kanaat bulunan kişi hakkında tatbik edilmeyeceği hükmüne yer verilmiştir. Aynı şekilde İsveç'te yürütülen soruşturmada Assange'a isnat edilen suçlar, siyasî nitelik taşımayan cinsel taciz ve ırza tecavüz suçlarıdır. Bahse konu her iki sebepten ötürü Assange'ın 1951 Mülteciler Sözleşmesi kapsamında yer aldığı ve Sözleşme'de sağlanan korumalardan faydalanacağını söylemek mümkün değildir.

Öte taraftan *Sığınma Hakkı Davası*'nda verilen kararı gerekçe gösteren İngiltere Dışişleri Bakanlığı, Assange'a ülke dışına çıkış izni verilmeyeceğini ve elçilik dışına çıkar çıkmaz Assange'ın tutuklanacağını açıklamıştır. İngiltere'nin Assange'a sığınma hakkı tanınmasına dair Ekvator tarafından verilen kararı tanımak ve Assange'ın ülkeden ayrılmasına izin vermek gibi bir yükümlülüğü bulunmadığı dikkate alındığında, söz konusu açıklamanın uluslararası hukuk açısından bir sorun taşımadığı açıktır.

### **b. Diplomatik Araç veya Diplomatik Valiz İçinde İngiltere'den Ayrılması**

Legal yollardan İngiltere dışına çıkması görünürde mümkün gözükmeyen Assange, elçiliğe ait bir araç veya diplomatik çanta içinde ülke dışına çıkarılmak istenebilir. Ancak geçmişte bu tür örneklerle karşılaşmış olsa da, günümüzde bu seçeneğin uygulanabilmesi pek mümkün gözükmemektedir.

44) R. Alleyne, *Wikileaks: Julian Assange Will Take Britain to the World Court*, Telegraph, 17 August 2012, <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/9482433/Wikileaks-Julian-Assange-will-take-Britain-to-the-World-Court.html> (29.11.2013).

1961 Viyana Sözleşmesi madde 22(3)'te; misyon binaları ile içindeki eşyalar ve diğer mallar ve misyonun nakil vasıtalarının arama, el koyma, haciz veya icradan muaf oldukları öngörülmüştür. Amaç, diplomatik temsilcilerin ve eşyaların diğer devlet ülkelerinde güvenli bir şekilde hareket edebilmesini sağlamaktır. Ayrıca, 26. madde uyarınca kabul eden devlet, ülkesinde bulunan misyonun bütün üyelerine hareket ve seyahat serbestliği sağlamakla mükelleftir. Bununla birlikte somut olay açısından bu seçeneğin uygulanması fiziken neredeyse imkânsızdır. Assange, elçilik binasından araçla ayrılrsa dahi ülkeden çıkmak için bir havaalanına veya limana ulaştığında bir noktadan sonra araçtan inmek zorunda kalacaktır. Daha da önemlisi misyon araçları aramadan muaf olmakla birlikte dokunulmaz değildir.<sup>45</sup> Hâlbuki aynı maddenin ilk fıkrasında misyon binalarının dokunulmazlığa sahip olduğu ifade edilmiştir. Buna mukabil 3. fıkrada ise, nakil vasıtalarının dokunulmaz olduğu yönünde bir ifadeye yer verilmemiş; ancak arama, el koyma, haciz veya icradan muaf oldukları belirtilmiştir. Dolayısıyla nakil vasıtalarına yönelik düzenleme dokunulmazlığa nazaran sınırlı bir korumayı içermekte olup diplomatik araçların durdurulması madde 22(3)'te yasaklanmamıştır. Durdurulmasına rağmen aracın herhangi bir aramaya konu olması hukuken yasaktır. Buna rağmen aracın hareket etmesine izin verilmeyerek ülkeden ayrılma teşebbüsünün engellenmesi mümkündür.

Diğer bir seçenek, Assange'ın diplomatik çanta içinde elçilikten ayrılmasıdır. 1961 Viyana Sözleşmesi madde 27(3)'te, diplomatik çantanın açılmayacağı ve alıkonulamayacağı ifade edilmiştir. Fakat hükmün devamında diplomatik çanta kapsamındaki paketlerin bu niteliğini gösterir haricî işaretler taşıması gerektiği ve bunların diplomatik evrak ile resmî maksatlar için kullanılan maddeleri ihtiva edebilecekleri belirtilmektedir. Bu durumda, Assange'ın diplomatik çanta içinde elçilik dışına çıkması madde 27(4)'ün ihlâline neden olacak ve karşımıza İngiltere madde 27(3)'te yer verilen yasağa rağmen çantayı açıp açamayacağı sorusu çıkacaktır. Uluslararası Hukuk Komisyonu, diplomatik çantada olması gerekenler dışında nesnelere içinde yer alsın dahi bu çantaların diplomatik çanta olarak koruma altında olduğunu ifade etmiştir.<sup>46</sup> Ancak Assange'ın tutuklanarak İsveç'e verilmesinde ısrarcı davranan İngiltere'nin Assange'ın diplomatik çanta içinde ülkeden ayrılmasına müsaade edeceğini düşünmek ihtimâl dışı gözükmektedir. 1984 yılında yaşanan benzer bir örnek de bu kanaati güçlendirmektedir. İngiltere'ye sığınan ve geçmişte ülkesinde bakanlık yapan Nijeryalı muhalif siyasetçi Umaru Dikko, Londra'da kaçırılmış ve baylıltılarak bir kutunun içine konul-

45) Alison Duxbury, *Assange and the Law of Diplomatic Relations*, Asil Insights, Cilt 16, Sayı 32, 2012, s. 3.

46) Duxbury, s. 3.

muştur. Nijerya diplomasi temsilcisi eşliğinde Nijerya'ya giden bir uçağa yerleştirilmek üzere havaalanına getirilen kutunun üzerinde bulunması gereken diplomatik çanta olduğunu gösterir haricî işaretlerin bulunmaması sebebiyle kutu açılmış ve Umaru Dikko kurtarılmıştır. Diplomatik çanta dokunulmazlığının bu şekilde kötüye kullanılması, devletlerin önleyici nitelikte çeşitli tedbirlere başvurmalarına neden olmuştur. Örneğin İngiltere, benzeri olayların gelecekte yaşanmaması için elektronik sistemler aracılığıyla diplomatik çantanın açılmasına gerek kalmadan içindekilerin kontrol edilmesi yönünde bir uygulamaya gitmiştir.<sup>47</sup>

### **c. Diplomatik Personel Statüsü Verilerek Assange'a Dokunulmazlık Kazandırılması**

Assange'ın İngiltere dışına çıkarılabilmesi için diğer bir seçenek, Ekvator'un Assange'a diplomat statüsü tanınmasıdır. Bu sayede diplomat ajanın kabul eden devletin cezaî yargı yetkisinden bağışık olduğunu ifade eden 1961 Viyana Sözleşmesi madde 31(1) hükmü uyarınca Assange İngiltere'nin yargı yetki sahası dışına çıkarılabilecektir. Ancak aynı Sözleşme'nin 8(1). maddesi bu ihtimâli geçersiz kılmaktadır. Söz konusu hükümde, misyonda görevli diplomatik personelin kural olarak gönderen devletin vatandaşı olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu durumda gönderen devletin vatandaşı olmayan şahısların ancak kabul eden devletin rıza göstermesi hâlinde diplomat olarak görevlendirilebileceği sonucu çıkarılmaktadır. Böylelikle İngiltere, madde 40(1) uyarınca Assange'a ülkeden geçişini veya dönüşünü sağlamak için dokunulmazlık ve gerekli diğer muafiyetleri tanıyabilecektir. İngiltere'nin Assange'ın ülke dışına çıkmasına izin vermeyeceğini dikkate aldığımızda, bu ihtimâlin de somut olay açısından geçersiz olduğu söylenebilir. Pratikte gerçekleşmesi imkânsız gözükken bu ihtimâlin, diplomat olabilmek için doğumla birlikte Ekvator vatandaşı olunmasını öngören Ekvator kuralları dikkate alındığında zaten uygulanamaz olduğu ortaya çıkmaktadır.<sup>48</sup>

### **d. Diplomatik İlişkilerin Kesilmesi ve Misyon Temsilciliğinin Kapatılması**

İngiltere'nin Ekvator ile diplomatik ilişkilerini kesebileceği ve Ekvator'un elçiliği kapatarak elçilik personelini geri çağırarak zorunda kalacağı da dikkate alınması gereken diğer bir ihtimâldir. Divan, *Tahran Rehineler Davası*'nda verdiği kararda diplomatik fonksiyonların kötüye kullanılması hâlinde başvurabilecek iki yola yer vermiştir.<sup>49</sup> Bunlardan ilki, diplomatik sığınma açısından doğrudan

47) Bu şekilde 1961 Viyana Sözleşmesi'nde düzenlenen açılmama ve alıkonulmama kuralının ihlâl edilmediği ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nasih Sarp Ergüven, *Uluslararası Hukukta Diplomatik Ayrıcalıklar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 86-87.

48) Duxbury, s. 3.

49) ICJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, Judgment, 1980, para. 85. Kararın metni için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf> (29.11.2013).

bir netice doğurması söz konusu olmayan diplomasi veya konsolosluk görevlerinin istenmeyen şahıs (*persona non grata*) ilan edilmesidir.<sup>50</sup> İkincisi ise, diplomatik ilişkilerin kesilerek gönderen devlete misyonu kapatması yönünde çağrıda bulunulmasıdır. Ancak bu yola başvurulduğu takdirde, sığınmanın mutlak surette sonlandırılacağını söylemek mümkün değildir. Kabul eden devlet, misilleme kapsamında bu yola başvurarak mevcut durumun kendisi açısından kabul edilebilir olmadığını karşı tarafa bildirmekte ve bu durumu sonlandırması talebinde bulunmaktadır.

İkinci yol olarak Divan tarafından gündeme getirilen diplomatik ilişkilerin kesilmesi ve temsilciliğin kapatılması daha etkili bir yol olarak ortaya çıkmaktadır. Diplomatik ilişkilerin kesilmesi, aynı zamanda soruna neden olan diplomatik misyonun kapatılması çağrısını da içermektedir. Hiç şüphesiz diplomatik sığınma olayı karşısında, kabul eden devletin devam etmekte olan diplomatik ilişkileri kesme yoluna gitmesi sorunun büyüklüğünü ve taraflar açısından taşıdığı önemi ortaya koymaktadır.

İngiltere, somut olayda tek taraflı olarak diplomatik ilişkileri kesme yoluna gittiği takdirde, Ekvator'dan Londra'daki Büyükelçiliğini kapatmasını ve diplomatlarının makul bir süre içinde ülkeden ayrılmalarını talep edecektir.<sup>51</sup> Elçiliğin kapatılması ve diplomatların ülkeden ayrılmasıyla birlikte Assange yalnız kalacak ve İngiliz makamları elçiliğe girebilecektir. Ancak 1961 Viyana Sözleşmesi, diplomatik ilişkilerin kesilmesi hâlinde dahi kabul eden devletin diplomatik misyonlara saygı göstermesini ve korumasını öngörmektedir. 45. maddede, iki devlet arasındaki diplomatik ilişkiler kesildiği veya bir misyon sürekli veya geçici olarak geri çekildiği takdirde, kabul eden devletin silâhlı çatışma durumunda dahi, malları ve arşivleri ile birlikte misyonun binalarına saygı göstereceği ve bunları koruyacağı hüküm altına alınmaktadır.<sup>52</sup> Ancak misyon binalarının ne kadar süre dokunulmaz kalacağı özel olarak düzenlenmemiştir.

50) 9. maddeye göre; kabul eden devlet, herhangi bir zaman ve kararının gerekçesini açıklamak zorunluluğunda olmaksızın, gönderen devlete misyon şefinin veya misyon diplomatik kadrosunun herhangi bir üyesinin istenmeyen şahıs (*persona non grata*) olduğunu veya misyon kadrosunun herhangi bir başka üyesinin kabule şayan olmadığını bildirebilir. Gönderen devlet de, duruma göre ilgili şahsı geri çağırır veya misyondaki görevine son verir.

51) Söz konusu makul süre tam olarak belirlenmemiştir, ancak 7 ile 30 gün arasında bir süre olarak kabul edildiği ifade edilmektedir. Bkz. Jovan Kurbalija, *International law and the Assange Asylum Case*, <http://www.diplomacy.edu/blog/international-law-and-assange-asylum-case> (29.11.2013).

52) Maddenin devamında gönderen devletin, malları ve arşivleri ile birlikte misyon binalarının nezaretini, kabul eden devletin rıza gösterdiği üçüncü bir devletin uhdesine tevdi edebileceği kabul edilmiştir. Divan da, *Tahrân Rehinelere Davası*'nda verdiği kararda taraflar arasında silâhlı çatışma olsa veya diplomatik ilişkiler kesilse dahi, 44 ve 45. madde uyarınca kabul eden devletin, diplomatik misyon üyeleri ile bunların konutlarının dokunulmazlığına saygı göstermekle yükümlü olduğuna dikkat çekmektedir. Bkz. para. 86.

1961 Viyana Sözleşmesi, 39. maddede diplomasi görevlilerine tanınan imtiyaz ve muafiyetlerin ne zaman başlayacağını ve sona ereceğini düzenlemektedir. Hükmün ikinci fıkrasında; diplomatik imtiyaz ve muafiyetlerden yararlanan şahsın ülkeyi terk etmesi veya terk etmesi için kendisine tanınan makul sürenin bitiminde, bu imtiyaz ve muafiyetlerin sona ereceği ifade edilmektedir. Diplomatik misyonun kapatılması durumunda misyon binaları için bu sürenin, eşya ve arşivlerin korunması ve gönderen devlet ülkesine gönderilebilmesi için uygun bir süre olması gerektiği açıktır. Diplomatik misyon binalarının dokunulmazlığının ne kadar süre devam edeceğine ilişkin belirsizlik dikkate alındığında, diplomatik ilişki devam etmediği takdirde söz konusu dokunulmazlığın devam edeceğini ileri sürmek anlamsız olacaktır. 1961 Viyana Sözleşmesi'nin önsözünde de belirtildiği gibi diplomatik misyona ve görevlilerine imtiyaz ve muafiyet tanınmasının özünde temsil edilen devlet adına diplomatik misyonun etkin bir şekilde görevini yapmasını sağlamak yatmaktadır. Bu durumda, uzun süredir diplomatik fonksiyonlar için kullanılmayan binalara dokunulmazlık tanımak anlamsız olacaktır. Dolayısıyla ilişkilerin kesilmesi durumunda, söz konusu imtiyaz ve muafiyetlerin misyonun faaliyetlerinin sonlandırılması için ihtiyaç duyulan süre dışında devam ettirilmemesi gerektiği söylenebilir.

Somut olaya dönecek olursak geçmişte bu yönde bir örnekle karşılaşılma- makla birlikte bu seçenek sığınma olayının sonlandırılması açısından netice doğurabilecek niteliktedir. Misyon binası için artık imtiyaz ve muafiyetin söz konusu olmadığı bir durumda, İngiltere elçilik binasına girebilir ve Assange'yi tutuklayabilir. Ancak sorunun diplomatik ilişkilerin kesilmesi ve elçilik binasına girerek Assange'ın tutuklanması şeklinde çözüme kavuşturulması, diplomatik imtiyaz ve ayrıcalıklar açısından risk taşımaktadır, bu nedenle de tercih edilebilir bir yöntem olarak görülmebilir. Ancak söz konusu riskin, İngiltere'nin bu yola başvurmayaacağı anlamına gelmediğini belirtmek gerekir.

#### **e. İngiltere'nin Fiilî Durum Karşısında Zor Kullanarak Elçiliğe Girmesi ve Diplomatik Sığınmayı Sonlandırması**

Kabul eden devletin rızası olmaksızın gönderen devletin sığınma hakkı tanınması durumunda, 1961 Viyana Sözleşmesi'nin ihlâl edildiği gerekçesiyle misyona fiilî müdahalede bulunulması gündeme gelen diğer bir ihtimâldir. Böyle bir müdahalede bulunulup bulunulamayacağı sorusunun cevabı, hem 1961 Viyana Sözleşmesi'nde hem de *Tahran Rehinelere Davası* kararında verilmiş olup elçiliğe müdahalede bulunabilmek hukuken mümkün değildir. Şüphesiz kabul eden devletin rızası hilafına sığınma hakkı tanınması, 1961 Viyana Sözleşmesi'ni ihlâl etmektedir. Böyle bir durumda kabul eden devlet

elçiliğin diplomatik statüsünü kaldırarak elçiliğe girmek isteyebilir. Nitekim İngiliz basınında İngiltere'nin Elçilik binasına zorla girerek Assange'yi tutuklayacağı yönünde haberler yer almıştır.<sup>53</sup> Assange'a diplomatik sığınma hakkı tanınmadan önce İngiliz diplomatlar tarafından Ekvator'un başşehri Quito'da sunulduğu belirtilen diplomatik notada; İngiltere'de yürürlükte bulunan kurallar uyarınca elçilikte bulunan Assenge'nin tutuklanabilmesi için gereken tedbirleri alma haklarının bulunduğu; sorunun bu noktaya gelmesini arzu etmemekle beraber Assange olayının çözüme kavuşturulmaması hâlinde bu seçeneğin İngiltere bakımından açık olduğu yönünde ifadelere yer verildiği ifade edilmektedir. Ekvator'a yönelik bir tehdit olarak algılanabilecek bu nota, İngiltere'nin tek taraflı müdahalede bulunmayı başvurulabilir bir yol olarak gördüğünü ortaya koymaktadır.

İngiltere'nin bu tehdidi 1987 yılında kabul edilerek yürürlüğe giren "Diplomatik ve Konsolosluk Alanları Kanunu" başlıklı düzenlemeden kaynaklanmaktadır.<sup>54</sup> Düzenlemede, diplomasi veya konsolosluk binası olarak kullanılan alanların, amaç dışı kullanılması veya Dışişleri Bakanlığının söz konusu binanın statüsüne ilişkin verdiği kabulü geri alması ya da gösterdiği rızadan vazgeçmesi hâlinde misyon binalarına tanınan imtiyaz ve dokunulmazlıkların kaldırılacağı hüküm altına alınmaktadır. Bununla birlikte bahse konu düzenleme, İngiliz polisinin elçiliğe zor kullanarak girmesi ve Assange'ı tutuklamasına iç hukuk açısından imkân sağlasa da yapılacak fiili bir müdahale uluslararası hukuk açısından hukuka aykırı olacaktır. Bilindiği üzere 1961 Viyana Sözleşmesi madde 41(3); misyon binalarının, misyonun Sözleşme'de belirtilen görevleri veya diğer genel uluslararası hukuk kuralları veya gönderen ve kabul eden devlet arasında yürürlükte olan özel anlaşmalar ile bağdaşmayacak bir tarzda kullanılmayacağı hüküm altına almıştır. Ancak bu kuralın ihlâli, 22. maddede düzenlenen misyon binalarının dokunulmazlığını kaldırmamaktadır. Misyon, diğer bir devleti temsil etmekte olup ev sahibi devlet tarafından koruma altına alınmıştır.

53) Wikileaks: *Government Threatens to Take Julian Assange out of Ecuador's Embassy*, 15 August 2012, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/wikileaks/9478896/Wikileaks-Government-threatens-to-take-Julian-Assange-out-of-Ecuador-embassy.html> (29.11.2013).

54) 17 Nisan 1984'te Londra'daki Libya Büyükelçiliği önünde dönemin Libya lideri Kaddafi aleyhine protesto yapan göstericilere elçilik binasından açılan ateş neticesinde on kişi yaralanmış ve bir polis memuru da hayatını kaybetmiştir. Olayın ardından İngiliz polisi tarafından kuşatma altına alınan elçiliğe zor kullanılarak girilmesi gündeme gelmiştir. Ancak elçilik binasının dokunulmazlığını dikkate alan İngiliz hükümeti, iki ülke arasındaki diplomatik ilişkilerin kesilmesine ve elçilikte bulunanların ülkeden ayrılmasına karar vermiştir. Yaşanan bu krizin ardından 1961 ve 1963 Viyana Sözleşmeleri'ne yönelik muhtemel ihlâlleri önleyebilmek adına söz konusu kanunî düzenleme kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur. Metin için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1987/46> (29.11.2013).



Taraflar arasında çatışma söz konusu olsa dahi diplomatik misyonlara tanınan dokunulmazlık kalkmamaktadır.

Misyon binalarına tanınan dokunulmazlıkların rastgele kaldırılması ve elçiliklere girilmesi durumunda, özellikle aralarında ihtilaf bulunan ve ilişkileri kötü devletlerin ülkelerinde bulunan diplomasi temsilciliklerinin ve diplomatlarının görevlerini layıkıyla yerine getirmeleri imkânsızlaşacaktır. Nitekim İngiltere de elçilik binasına zorla gireceği yönündeki açıklamalarını sonradan tekrar etmemiştir. Bu durum, söz konusu seçeneğin uygulanabilir bir seçenek olarak görülmediği şeklinde de yorumlanabilir.

## SONUÇ

Uluslararası hukuk açısından; diplomatik sığınma hakkını kabul eden ve sığınma hakkı tanınan kişilere güvenli geçiş sağlanmasını öngören bir kuraldan bahsetmek mümkün değildir. Sığınma hakkını bireysel bir hak olarak düzenleme konusunda çabalar olsa da, bu çabaların başarıya ulaştığını ve sığınma arayışındaki kişinin kendisine sığınma sağlanması şeklinde devlete karşı ileri sürebileceği bir hakka sahip olduğu söylenemez. Bu yönde genel kabul görmüş bir kuralın olmayışı, diplomatik sığınma uygulamasının meşru sayılmasına engel olmaktadır. Buna rağmen sığınma arayışındaki şahsın siyasî amaçlı bir soruşturmaya muhatap kaldığı, hayatı ve güvenliği tehdit altında olduğu dikkate alınarak insanî gerekçelerle yer yer bu yola başvurulduğu görülmektedir. Temel insan haklarını korumaya yönelik bir uygulama olarak ortaya çıkan diplomatik sığınma, kabul eden devletin iç işlerine müdahale şeklinde yorumlanmakta ve ilgili devletler arasında uyuşmazlıklara neden olmaktadır.

Tüm bu açıklamalar ışığında Assange'a diplomatik sığınma hakkı tanınması ve devamında yaşananlar açısından Assange lehine bir yorumda bulunmak mümkün gözükmemektedir. İsveç'in talebi üzerinde İngiltere tarafından bu ülkeye gönderilmesine engel olabilmek için Londra'daki Ekvator Büyükelçiliğine giderek sığınma talebinde bulunan Assange'a diplomatik sığınma hakkı tanınması, temsilciliklerin görev ve statüleriyle bağdaşmayacak bir surette kullanılmasının açıkça yasaklandığı 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi kapsamında savunulabilir bir davranış değildir. Ancak bu durum, İngiltere'nin elçiliğin sahip olduğu diplomatik dokunulmazlığı ihlâl eder nitelikte tedbirler almasını da haklılaştırmamaktadır. Sözleşme'de diplomatik temsilciliklere tanınan dokunulmazlık, sığınma arayışındaki şahsın yakalanması amacıyla zor kullanmak suretiyle elçilik binalarına girilmesine izin vermemektedir. Misyonun sahip olduğu dokunulmazlık kendiliğinden ortadan kalkmadığı gibi dokunulmazlık tek taraflı bir şekilde de sonlandırılmaz. Herhangi bir istisna içermeyen bu kural, misyon binaları amaç ve görevleriyle bağdaşmayacak bir şekilde kullanılmış olsa da uygulanmaya de-



vam edecektir. Dolayısıyla kabul eden devletin temsilciliğe müdahale ederek sığınma olayını engellemesi veya sonlandırması söz konusu değildir. Öte taraftan diplomatik sığınmanın ülke devletinin egemenliğini ihlâl ettiği kabul edilmekle birlikte, bir devletin başka bir ülkedeki diplomasi temsilciliğine sığınan şahsı kural olarak ülke devletine teslim etme yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

Ortaya çıkan bu çözümsüzlüğün her iki devlet açısından da kabul edilebilir bir durum olmadığı açıktır. Bir taraftan Ekvator, İngiltere'nin rıza ve onayı olmaksızın Assange'ın ülke dışına çıkarılmasını sağlayamamakta, diğer taraftan İngiltere fiili bir müdahalede bulunamadığı için mevcut durumu kabullenmek zorunda kalmaktadır. Mevcut uluslararası hukuk kuralları kapsamında bir çözüme ulaşmanın mümkün olmadığı dikkate alındığında, iki ülke arasındaki ilişkileri bozmasına izin vermeksizin sorunu müzakere yoluyla çözüme kavuşturmanın en makul yol olduğu görülmektedir. Aksi takdirde, Mindzenty örneğinde görüldüğü üzere, çözümsüzlüğe terk edilen sorun uzun yıllar devam edecek ve iki ülke arasındaki ilişkileri bozmaya devam edecektir.

## KAYNAKÇA

- Aksar, Yusuf, *Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-I*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Alleyne, R., *Wikileaks: Julian Assange Will Take Britain to the World Court*, Telegraph, 17 August 2012, <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/9482433/Wikileaks-Julian-Assange-will-take-Britain-to-the-World-Court.html> (29.11.2013).
- Den Heijer, Maarten, *Diplomatic Asylum and the Assange Case*, Leiden Journal of International Law, Cilt 26, Sayı 2, 2013, s. 399-425.
- Duxbury, Alison, *Assange and the Law of Diplomatic Relations*, Asil Insights, Cilt 16, Sayı 32, 2012.
- Fujita, Akiko, *Chen Guangcheng: Chinese Dissident Arrives US*, 19 May 2012, <http://abcnews.go.com/International/chen-guangcheng-chinese-dissident-arrives-us/story?id=16384545> (29.11.2013).
- Gören, Zafer, *Anayasa Hukuku Açısından Sığınma Hakkı*, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 10, 1993, s. 283-322.
- Kurbalija, Jovan, *The Assange Asylum Case: Possible Solutions and Probable Consequences*, <http://www.diplomacy.edu/blog/assange-asylum-case-possible-solutions-and-probable-consequences> (29.11.2013).
- Lewis, Paul, *Bradley Manning Given 35-Year Prison Term for Passing Files to WikiLeaks*, 21 August 2013, <http://www.theguardian.com/world/2013/aug/21/bradley-manning-35-years-prison-wikileaks-sentence> (29.11.2013).
- Öztürk, Neva Övünç, *Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlili*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 2012, s. 187-228.
- Pazarıcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri II. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

- Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri III. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- Reçber, Kamuran, *Diplomasi ve Konsolosluk Hukuku*, Dora Basım ve Yayın, Bursa, 2011.
- Rosenthal, Andrew, *Noriega Gives Himself up to U.S. Military*, 4 January, 1990, <http://www.nytimes.com/1990/01/04/world/noriega-s-surrender-overview-noriega-gives-himself-up-us-military-flown-florida.html?pagewanted=all&src=pm> (29.11.2013).
- Ulutaş, Ahmet, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Suçluların Geri Verilmesi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2012.
- Värk, René, *Diplomatic Asylum: Theory, Practice and the Case of Julian Assange*, Proceedings of the Estonian Academy of Security Sciences, Sayı 11, 2012, s. 240-259.
- *Wikileaks: Government Threatens to Take Julian Assange out of Ecuador's Embassy*, 15 August 2012, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/wikileaks/9478896/Wikileaks-Government-threatens-to-take-Julian-Assange-out-of-Ecuador-s-embassy.html> (29.11.2013).

## ÖZET

Wikileaks'in kurucusu ve editörü Julian Paul Assange, 19 Haziran 2012 tarihinde Londra'da bulunan Ekvator Büyükelçiliğine girerek diplomatik sığınma talebinde bulunmuş ve bu isteği Ekvator tarafından kabul edilmiştir. İngiltere'nin kendisine diplomatik sığınma hakkı tanınmasına şiddetle karşı çıktığı ve elçilikten çıkarak ülkeden çıkmasına izin vermediği Assange, elçilikte kalmaya devam etmektedir. Uzun bir geçmişe sahip olmakla beraber diplomatik sığınma, ilgili devletler arasında ihtilafa ve siyasî krizlere neden olduğu gibi uluslararası hukuk açısından da tartışmalı bir konudur. Çalışmada, Assange olayıyla birlikte tekrar uluslararası toplumun gündemine giren diplomatik sığınma kavramı, uluslararası hukuk açısından ele alınacaktır. Bu kapsamda; hakkında kovuşturma yürütülen bir şahsı koruma amacıyla herhangi bir devlet tarafından diplomatik sığınma hakkı tanınıp tanınmayacağı, tanındığı takdirde ülke devletinin hukuken hangi yollara başvurulabileceği ve sorunun nasıl çözüme kavuşturulabileceği ele alınmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Sığınma, diplomatik sığınma, diplomatik ayrıcalıklar, uluslararası hukuk

# Türkiye’de Tutukluluk Sürelerinin İnsan Hakları Boyutu: Hukuki Çerçeve ve Uygulama Üzerine Bir Değerlendirme

Human Rights Dimesion of Long Arrest Periods in Turkey:  
An Evaluation of Legal Framework and Implementation

**Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut**

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi

## ABSTRACT

Time limits established for arrest has been an important concern of human rights law in the context of right to liberty and freedom. Long arrest periods would unfairly limit the freedom of individuals. The Code of Criminal Procedures in Turkey has a provision on time limits of arrest. However, due to the unclear wording, provisions in other laws and some problems emerging from the implementation of the Code the European Court of Human Rights, international human rights bodies, lawyers and civil human rights organizations has continued to criticize long arrest periods in Turkey. In this article, Criminal Procedural Law and recent judgments on time limits of arrest given by the Constitutional Court will be evaluated in the light of the Constitution, European Court of Human Rights judgments and comparative law.

**Key words:** Arrest, upper time limits for arrest, European Court of Human Rights, Right to liberty and security, comparative criminal procedural law.

## GİRİŞ

Tutuklama ceza yargılama sistemlerinin önem taşıyan kurumlarından. Tutuklama, yakalama, gözaltı, adli kontrol, arama ve el koyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme ceza muhakemesinin yapılabilmesini ve sonucunda verilecek hükmün uygulanabilmesini sağlayan ve insan hak ve özgürlüklerine birtakım sınırlamalar getiren koruma tedbirleridir<sup>1</sup>. Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama

1) Bilge Adamlar Kurulu (2011), *Çağcıl Hukuk Sistemlerinde ve Türkiye’de Tutuklama*, Rapor no: 38, Bilge Adamlar Stratejik Araştırma Merkezi BİLGESAM Yayınları, İstanbul, s. 2.

nedeninin bulunması halinde şüpheli ve sanığın özgürlüğünün hakim kararı ile sınırlandırılarak tutukevi denilen yere konması tutuklamadır<sup>2</sup>. Bir başka tanıma göre, tutuklama, masumiyet karinesinden yararlanan şüpheli veya sanığın özgürlüğünün, hâkim kararı ile uluslararası insan hakları sözleşmeleri, anayasa ve yasalarda belirtilen şartlara göre, kesin hükümden önce, geçici olarak kısıtlanmasıdır<sup>3</sup>.

Bu tanımlar ışığında, tutuklama kararı ile hakkında suç işlediği şüphesi bulunan kişinin, yani sanığın, kendi hakkında nihai karar verilene kadar özgürlüğünden mahrum bırakılması mümkün olabilmektedir. Sanığın kaçmasının önlenmesini ve delillerin bizzat sanık tarafından karartılmasını engellemek için başvuru tutuklama ceza yargılamasının sağlıklı işlemini sağlayan bir araçtır. Ceza yargılaması bakımından bu önemli özelliğe sahip tutuklama aynı zamanda dikkatli kullanılması gereken bir tedbir kurumudur. Tutuklamaya ancak zorunlu durumlarda başvurulması gerekir. Çünkü tutuklama daha henüz suç sayılan fiili işlediği sabit olmayan, ancak kendisinden şüphe duyulan kişinin özgürlüğünü sınırlandırır. Tutuklu, henüz suçluluğu hakkında mahkeme tarafından kesin hüküm verilmeden önce, hakkında tutuklama kararı verilerek hürriyeti kısıtlanan kişidir<sup>4</sup>.

Tutuklama'nın bu ikili karakteri, yani ceza yargılamasının gerektiği gibi yapılabilmesini sağlayan bir araç olma özelliği ile henüz suçluluğu sabit olmayan kişilerin özgürlüğünü kısıtlaması, bu kurumun dengeli bir şekilde düzenlenmesini zorunlu kılar. Aksi halde ya etkili ve güvenilir bir yargılama sistemi kurulamaz ya da özgürlükler feda edilerek bireyler hukuki güvenceden yoksun bir konuma terkedilmiş olur. Diğer bir deyişle, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini dikkate alan bir hukuk devletinde, tutukluluk, özgürlüklerle kamu düzeni arasında makul bir denge kurulmak suretiyle meşrulaştırılabilir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, bireyin hareket serbestliğinden alınmaması, istediği gibi hareket edebilme özgürlüğüne ve bunun güvencesine sahip olması demektir<sup>5</sup>.

## I- Türkiye Hukuk Sisteminde Tutukluluğu Düzenleyen Hukuk Kuralları

Türkiye'de tutuklama temel olarak üç hukuk metninde düzenlenmiştir: Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 19 uncu maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 5 inci maddesinin 3 üncü fıkrası<sup>6</sup> ve Ceza Muhakemesi Kanunu.

- 2) Özbek, Veli Özer; Kanbur, Mehmet Nihat; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar ve Tepe, İlker (2013), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 290.
- 3) Tanım için bkz. Bilge Adamlar Kurulu, s. 2.
- 4) Tanım için bkz. Bilge Adamlar Kurulu, s. 2.
- 5) Kuzu, Burhan, (2001) "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Bağlamında Keyfi Tutuklamaya Karşı Korunma", *Aral Armağanı*, Kocaeli, s. 183.
- 6) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesine göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

## A- 1982 Anayasası

1982 Anayasası kişi özgürlüğü ve güvenliği ana başlığı altında yer alan 19 uncu maddesinde tutuklama ile ilgili temel kurallara yer vermiştir<sup>7</sup>.

Anayasanın 19 uncu maddesinin ilk fıkrası genel olarak tutuklama nedenlerini tahdidi olarak sınırlamış, bu nedenler dışında kişilerin özgürlüklerinden mahrum bırakılmayacağını hüküm altına almıştır. Maddenin ikinci fıkrasına göre, Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir.

Anayasanın orijinal halinde 19 uncu maddenin son üç fıkrası yer almamaktaydı. Bu fıkralar 2001 yılında gerçekleştirilen ve amacı anayasal hak ve özgürlükleri geliştirmek olan kapsamlı değişiklik ile metne eklenmiştir. Bu son üç fıkra kişi özgürlüğünü garanti altına almaya, özgürlükten mahrumiyet kararını

7) Madde 19 – Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu diğer hallerde alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir. Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hakim huzuruna çıkarılınca kadar bildirilir.

(Değişik birinci cümle: 3/10/2001-4709/4 md.) Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.

(Değişik: 3/10/2001-4709/4 md.) Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir. Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir. Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.

(Değişik: 3/10/2001-4709/4 md.) Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir.

keyfilikten kurtarmaya ve özgürlüğünden mahrum kaldığı dönemde kişiyi kötü muamele ve işkenceden korumaya yönelik düzenlemeler içerir. Gözaltı süresinin en fazla dört günle sınırlanması ve bu süre dolduğunda kişinin hakim önüne çıkarılması, yakalama ve tutuklamanın derhal kişinin yakınlarına bildirilmesi, tutuklanan kişilerin makul süre içinde yargılanma hakları ve tutukluk halinin sona erdirilmesini ve serbest bırakılmayı istemeye yönelik tutukluluğa itiraz hakları bu üç fıkranın önemli düzenlemeleridir.

Maddenin orijinal halinde ve değiştirilen fıkralarında tutukluğun süresi ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiş, sadece tutuklu kişilerin “makul süre içinde yargılanma hakları” olduğu vurgulanmıştır. Makul süre içinde yargılanma hakkı, tutukluluğun uzun sürmemesi ve yargılamanın bir an önce bitirilmesini sağlayacak bir düzenleme olmakla birlikte, tutukluluk süresi ile ilgili açık bir hükmün anayasada yazılmadığını vurgulamak gerekir. Bununla birlikte, “makul süre” ölçütünün AİHS'nin 5 inci maddesinde düzenlenmiş olması, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 101. maddesindeki süre ile ilgili düzenlemeler, tutukluluk süresi sınırının keyfiyete bırakmadan pozitif hukuk sistemi tarafından içerildiğini göstermektedir.

## B- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 5 inci maddesi kişi özgürlüğünü düzenler. Sözleşme, kişi özgürlüğünü esas almış, özgürlükten mahrumiyeti ise ayrı hükümlerle düzenlemiştir. Madde, “Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır” hükmüne yer verdikten sonra, bu maddede belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakamayacağına ilişkin bir hüküm içermektedir. Altı başlık içinde sayılan kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakabilecek durumlardan biri tutukluluktur. Sözleşmenin 5 inci maddesinin ilk fıkrasının “c” bendine göre suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması hukuka uygun bir özgürlükten mahrumiyet durumudur. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, “Kişinin **makul bir süre içinde** yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı bulunduğu düzenlemesi yer almaktadır. Salıverilmenin, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabileceği de Sözleşmede vurgulanmıştır.

AİHS, tutuklama süresi konusunda sınır getiren somut bir düzenleme yapmaktan kaçınmıştır. Bunun yerine Sözleşme “makul sürede yargılanma” ilkesine atıf yaparak, tutukluluk süresinin makul sınırları aşmaması gerektiğinin altını çizmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), neyin “makul” olduğunun

tespitinde, her olay için geçerli bir süre sınırlamasında bulunmamıştır<sup>8</sup>.

Mahkeme, tutukluluk süresinin devamını meşru gördüğü örneklerde kişinin kaçması riskini; yargı sürecine müdahale olasılığını, suçu önleme ve kamu düzenini muhafaza etme ihtiyacını dikkate almaktadır. Bu kıstaslar çerçevesinde, kişinin zor yakalanmış olması, dava türü ve konusu, ulusal makamların etkili, hızlı bir yargılama yürütüp yürütemedikleri ve sanığın tutumu ile kişiliği de dikkate alınarak tutukluluk süresinin makul olup olmadığına yönelik bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir.

Mahkeme, konuyu ilk olarak *Wemhoff-Almaya Davası*'nda ele almıştır<sup>9</sup>. Emniyeti suistimal suçundan yargılanan bir borsa görevlisi olan Karl Heinz Wemhoff 9 Kasım 1961 tarihinde yakalanmış, delilleri karartma şüphesi olduğundan ile Tiergarten Sulh Hakimi tarafından tutuklanmıştır. Sanığın tutukluluk süresi 1961 ve 1962 yıllarında uzatılmış, 1962, 1963 ve 1964 yıllarında sanığın serbet bırakılması amacıyla yaptığı başvurular rededilmiştir.

Wemhoff 7 Nisan 1965'te suçlu bulunmuş ve 6 yıl 6 ay hapis cezasına mahkum edilmiştir. Sanık bu kararı temyiz etmişse de 17 Aralık 1965 tarihinde temyiz davası reddedilmiştir. Toplam 4 yıl 1 ay 9 gün tutuklu kalan Wemhoff tutukluluk süresinin uzunluğu gerekçesiyle AİHM'ne başvurmuştur. AİHM bu davada, davanın karmaşıklığını, sanığın delilleri karartma olasılığını ve kaçma ihtimalinin bulunmasını ve yargılama süreçlerinin davanın karmaşıklığı nedeniyle uzun sürmesini dikkate alarak söz konusu tutukluluk süresini Sözleşmeye aykırı bulmamıştır<sup>10</sup>.

*Neumaister-Avusturya Davası*'nda, başvuru bir mali suç nedeniyle 1961 yılında iki ay onyediyedi gün ve 1962-1964 arasında iki yıl iki ay dört gün olmak üzere toplam iki yıl dört ay yirmibir gün tutuklu kalmıştır. AİHM, bu davada, başvuru- cunun kaçma riskinin Avusturya makamlarınca yeterince değerlendirilmemesi ve soruşturmanın gereksiz yere uzaması nedenleriyle, söz konusu tutukluluk süresinin Sözleşmeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır<sup>11</sup>.

Mahkeme, *Stögmüller-İsviçre Davası*'nda 25 Ağustos 1961 tarihinden 26 Ağustos 1963 tarihine kadar süren tutukluluk döneminde başvuru- cunun iki yıl bir gün tutuklu kalmasını Sözleşme'ye aykırı bulmuş ve İsviçre devletininin 5. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme bu davada sonuca ulaşırken

8) Macovei, Monica (2002), Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, *İnsan Hakları Kitapçıkları no. 5*, Strasbourg, s. 63.

9) *Wemhoff-Almanya Davası*, Başvuru Numarası: 2122/64, Karar Tarihi: 27 Haziran 1968.

10) *Wemhoff-Almanya Davası*, paragraf 13-17.

11) *Numister-Avusturya Davası*, Başvuru Numarası: 1936/63, Karar Tarihi: 27 Haziran 1968.

özellikle başvuruçunun kaçma riski taşımadığı tespitinde bulunmuştur<sup>12</sup>.

“W”-İsviçre Davası’nda işadımı olan “W” hileli iflas suçundan 27 Mart 1985 tarihinde tutuklanmıştır. “W” 1988 yılına kadar sekiz kez serbest bırakılmasını talep etmişse de bu başvuruların tümü ulusal makamlar tarafından reddedilmiştir. Şubat 1989’da başlayan yargılama 30 Mart 1989’da sonuçlanmış ve “W” onbir yıla mahkum olmuştur. “W” toplam olarak bin dörtyüz altmışbeş gün ( dört yıl beş gün) tutuklu kalmıştır. AİHM bu davada, sanığın kaçma riskine ilişkin güçlü belirtilerin bulunması, delillerin karartılması olasılığının yüksekliği ve davanın karmaşıklığı nedenleriyle tutukluluk süresini Sözleşmeye aykırı bulmamıştır<sup>13</sup>. Bu davada karşıoy yazan yargıç Pettiti, mali suçlara dört yıllık bir tutukluluk süresinin kabul edilemeyeceği, bu nedenle karara karşı olduğunu belirtmiştir. Pettiti’ye göre, dört yıllık bir tutukluluk süresini hukuka uygun bulmak başta masumiyet karinesi olmak üzere sanık haklarıyla bağdaştırmak mümkün değildir. Kaldı ki, Fransa, İngiltere gibi ülkelerde bu suçlarda benzer davalar en fazla bir yıl içinde sonuçlandırılmaktadır. Davanın zorluğu ne olursa olsun uzun sürmesi sanığın hatası değildir.

AİHM tutukluluk süresi ile ilgili verdiği bir kararında; “Bir davada alıkoyma halinin sürdürülmesi, ancak, masumiyet karinesine rağmen özgürlük hakkından feragat edilmesini gerektirecek ölçüde asli bir kamu menfaati bulunduğu dair açık bulgular olması halinde haklıdır” demek suretiyle, tutukluluk süresi ile ilgili genel geçer bir soyut süre belirlemek yerine olayın koşullarına karar verdiğini bir kez daha teyit etmiştir<sup>14</sup>.

Durum bu olmakla birlikte, AİHM’nin 5. maddenin üçüncü fıkrası ile ilgili içtihatlarına bakıldığında tutukluluk süreleri ile ilgili genel bazı gözlemler yapılabilir. AİHM esas itibari bir yıldan fazla tutukluluk sürelerine ihlal kararı verilebilmektedir<sup>15</sup>. Mahkeme, iki yıldan beş yıla kadar olan sürelerde diğer koşullara uygunsa ihlal kararı vermektedir. Ancak bu sürelerde ihlal kararı verilmeyen davalar da bulunmaktadır<sup>16</sup>. AİHM’in 2 yılı aşan tutukluluk süreleri için, çok

12) *Stögmüller-Avusturya Davası*, Başvuru Numarası: 1602/62, Karar Tarihi: 10 Kasım 1969.

13) *W-İsviçre Davası*, Başvuru Numarası: 14379/88, Karar Tarihi: 26 Ocak 1993.

14) *Bkz. Punzelt-Çek Cumhuriyeti Davası*, Başvuru Numarası: 31315/96, Karar Tarihi: 27 Temmuz 2000.

15) *Jecius-Litvanya Davası*, Başvuru no: 34578/97, Karar tarihi: 31 Temmuz 2000. Mahkeme bu kararda ondört ay yirmialtı günlük tutukluluk süresine ihlal kararı vermiştir.

16) Bu yazıda incelenen ve ihlal kararı verilen *Neumeister ve Stögmüller kararlarına* ek olarak *Bkz: Letellier-Fransa Davası* Başvuru no: 12369/86, Karar tarihi: 26 Haziran 1991 (Mahkeme iki yıl dokuz aylık tutukluluk süresini ihlal olarak değerlendirmişti); *Punzelt-Çek Cumhuriyeti Davası*, Başvuru Numarası: 31315/96, Karar Tarihi: 25 Temmuz 2000 (Mahkeme iki yıl altı aylık süreye ihlal kararı vermiştir); Buna karşın Mahkeme’nin, *Wemhoff ve “W” davalarında* olduğu gibi ihlal kararı vermediği iki, üç ve dört yıllık süreleri konu alan örnekler de bulunmaktadır.



inandırıcı nedenlerin varlığını, yargılama süreçlerinde çok dikkatli ve özenli davranıldığının gösterilmesini, yargılama sürecine ilişkin etkili ve hukuki koruma mekanizması ve imkânlarının bulunmasını, tek başına uzun süreli bir tutukluluk halini haklı göstermese bile, yeterli suç şüphesinin ve kaçma tehlikesinin bulunmasını ve bunun gerekçeli, somut olaya göre izahını aramakta<sup>17</sup>, bu koşullara uymayan başvurularda ihlal kararı vermektedir. Tutukluluk süresi beş yıl ve üzerinde olan davalarda ise ihlal kararı verilme olasılığı çok yüksektir<sup>18</sup>. AİHM'nin uzun süreli tutukluluk durumlarına ilişkin karar örneklerine bakıldığında, tutukluluk uzun süre dahi başvuru aleyhine sonuçlanan kararlarda, dolandırıcılık suçlarında olduğu gibi suçun özellikleri, karmaşıklığı, sanık sayısının fazlalığı, sanığın tutum ve davranışlarının bu sonuçta etkili olduğu görülmektedir<sup>19</sup>.

AİHM Türkiye'ye yönelik tutukluluk süresi davalarında çoğunlukla ihlal kararı vermektedir. 2012 yılında AİHS'nin 5 inci maddesi kapsamında Türkiye'nin Sözleşmeyi ihlal ettiği sonucuna ulaşılan 37 karardan 23'ü uzun tutuklulukla ilgilidir<sup>20</sup>. Geçmiş yıllarda Türkiye'ye yönelik davalarda beş yılı<sup>21</sup> ve on<sup>22</sup> yılı aşan tutukluluk süreleri sıklıkla Mahkeme önüne getirilmiş ve bu davalarda ihlal kararları verilmiştir. Bu davaların önemli bir kısmı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında gerçekleştirilen tutuklama faaliyetleri ile ilişkilidir.

AİHM tutukluluk süresini, kişinin gözaltına alındığı andan başlayan, yargılama tutuklu olarak neticelenmiş ise karar tarihinde, yargılama sürerken kişi serbest bırakılmışsa salıverme tarihinde sona eren bir süreç olarak kabul etmek-

- 
- 17) Özen, Muharrem, Güngör, Devrim ve Ergin, Güneş Okuyucu (2010), "AİHM Işığında Türk Hukukunda Tutukluluk Süresine İlişkin Değerlendirmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, Sayı:2010/4, s. 186.
- 18) Bkz: *Birou-Fransa Davası*, Başvuru Numarası: 13319/87, Karar Tarihi: 27 Şubat 1992 (dostça çözümlerle sonuçlanan bu davada başvurusu beş yıl iki ay yirmiyedi gün tutuklu kalmıştı); *I.A.-Fransa Davası*, Başvuru Numarası: 28213/95, Karar Tarihi: 23 Eylül 1998 (Mahkeme beş yıl üç aylık tutukluluk süresine ihlal hükmü vermiştir).
- 19) Macovei, a.g.e., s. 64.
- 20) Adalet bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü (2013), *2012 Faaliyet Raporu*, Ankara.
- 21) Türkiye aleyhine sonuçlanan dava örnekleri için Bkz. *Derici- Türkiye Davası*, Başvuru Numarası: 77845/01, Karar Tarihi: 24 Mayıs 2005 (Yedi yıl üç ay tutukluluk süresi); *Kalay-Türkiye Davası*, Başvuru Numarası: 16779/02, Karar Tarihi: 22 Eylül 2005 (Yedi yıl altı ay tutukluluk süresi); *Hüseyin Esen-Türkiye Davası*, Başvuru Numarası: 49048/99, Karar Tarihi: 8 Ağustos 2006 (Beş yıl dört ay tutukluluk süresi); *Solmaz-Türkiye Davası*, Başvuru Numarası: 27561/02, Karar Tarihi: 16 Ocak 2007 (Alti yıl sekiz ay tutukluluk süresi) *Cahit Demirel-Türkiye Davası*, Başvuru Numarası: 18623/03, Karar Tarihi: 7 Temmuz 2009 (Alti yıl üç ay tutukluluk süresi); *Hatice Duman-Türkiye Davası*, Başvuru Numarası: 43918/08, Karar Tarihi: 22 Mayıs 2012 (Sekiz yıl yirmiyedi gün tutukluluk süresi); *Namaz ve Şenoğlu- Türkiye Davası*, Başvuru Numarası: 69812/11, Karar Tarihi: 12 Haziran 2013 (Alti yıl altı ay tutukluluk süresi).
- 22) Türkiye aleyhine sonuçlanan dava örnekleri için Bkz. *Atıcı-Türkiye Davası*, Başvuru Numarası: 19735/02, Karar Tarihi: 12 Kasım 2007 (On yıl iki aylık tutukluluk süresi); *Hasdemir-Türkiye Davası*, Başvuru Numarası: 44027/09, Karar Tarihi: 22 Mayıs 2012 (On yıl sekiz ay tutukluluk süresi).

tedir<sup>23</sup>. Bununla birlikte AİHM istinaf ve temyizde geçen süreyi tutuklulukta geçen süre olarak değerlendirmemektedir. İlk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünden sonra tutukluluk durumu devam ediyorsa, bu durumda Sözleşmenin 5/3. değil, hakkında 5/1-a hükmünün uygulanacağı kabul edilmektedir. Mahkeme, temyiz aşamasında geçirilen tutukluluk süresini adil yargılanmanın düzenlendiği 6 nci madde kapsamında da inceleyebilmektedir.

## C- Ceza Muhakemesi Kanunu

Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) tutuklamayı 100-108 maddeleri arasında düzenlemiştir. Bu düzenlemeler çerçevesinde tutukluluk ile ilgili olarak Türkiye'de halen yürürlükte olan düzen aşağıdaki gibidir.

### 1- Tutuklama nedenleri

CMK'nun 100 üncü maddesine göre, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. Verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez. Ayrıca, şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa; şüpheli veya sanığın davranışları, delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa bir tutuklama nedeninin bulunduğu varsayılabilir<sup>24</sup>.

CMK yukarıdaki nedenlere ek olarak, soykırım ve insanlığa karşı suçlar, cinsel saldırı, kasten öldürme, işkence, çocukların cinsel istismarı, hırsızlık, yağma, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti, devletin güvenliğine karşı suçlar bakımından da bir tutuklama nedeninin varsayılabilceğini hüküm altına almıştır<sup>25</sup>. Tutuklama sanığın hem soruşturma<sup>26</sup> hem de kovuşturma<sup>27</sup> evresinde başvurulabilen bir tedbirdir. CMK'ye göre, tutuklama kararını soruşturma evresinde savcının istemi üzerine sulh ceza hakimi verir<sup>28</sup>.

### 2- Tutukluluk süresi

Mevcut Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe girmeden önce uygulanan 1412

23) Kazancı, Behiye Eker, (2012), "AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Koruma Tedbiri ile İlgili Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 98, s. 91.

24) CMK, madde 100.

25) CMK, madde 100.

26) CMK madde 2'ye göre, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade eder.

27) CMK madde 2'ye göre, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder.

28) CMK madde 101.

sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK)'nun 110 uncu maddesinin ilk fıkrası tutukluluk için azami iki yıllık bir süre öngörmüş olmakla birlikte aynı maddenin ikinci fıkrasında açık uçlu, yani süre sınırı olmayan bir tutukluluk düzeni öngörülmekteydi. Buna göre, soruşturmanın veya yargılamanın özel, zorlu ve geniş kapsamlı olması sebebiyle, birinci fıkrada belirtilen sürelerin sonunda kamu davası açılmaz veya hüküm tesis edilemezse, soruşturma konusu suçun gerektirdiği cezanın alt sınırı yedi yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiriyorsa, tutuklama sebebine, delillerin durumuna ve sanığın şahsi hallerine göre, tutukluluk halinin bir süre sınırı olmaksızın devamına karar verilebiliyordu.

2004 yılında kabul edilen, ancak tutukluluk süreleri ile ilgili hükümleri 2010 yılı sonunda yürürlüğe giren, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nun 102. maddesi tutukluluk sürelerine istisnası olmayacak şekilde bir azami üst sınır getirmiştir. CMK tarafından getirilen yeni düzenlemede tutukluluk sürelerinin uzunluğu dikkat çekmektedir. CMK'nun 101 inci maddesinin ilk fıkrasına göre, Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir. Maddenin ikinci fıkrası ağır cezalı işlerde tutuklama süresini düzenlemektedir. Bu fıkra göre, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı geçemez.

CMK'nun, 2 Temmuz 2012 tarihine kadar yürürlükte kalan ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Erteleenmesi Hakkında Kanun'un 105 inci maddesiyle yürürlükten kaldırılan, 252 nci maddesinde ise CMK'nun mülga 250 inci maddesinde yer verilen suçlar bakımından<sup>29</sup> "kanunda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır" hükmü bulunmaktaydı.

CMK'nun 252 nci maddesi yürürlükte iken bu maddede yer verilen "tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır" ibaresinden ne anlaşılması gerektiği konusunda hukukçular arasında ihtilaf ortaya çıkmıştır. Bazı hukukçular bu sürenin sadece normal tutukluluk süresine uygulanacağını, dolayısıyla azami tutukluluk süresinin dört yılı geçmeyeceğini, diğer bir grup hukukçu ise CMK'nun 102 nci maddesindeki hükmün toplam tutukluluk süresinin uzatma ile birlikte üç yıl olduğunu ve 252. madde hükmü ile birlikte kanunda işaret edilen suçlar bakımın-

29) CMK md. 250/1-c'de sayılan suçlar şunlardır: TCK'nun 2 nci Kitabının 4 üncü Kısımının Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar başlıklı 4., Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar başlıklı 5., Milli Savunmaya Karşı Suçlar başlıklı 6. ve Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk başlıklı 7 inci bölümlerinde yer alan suçlar.

dan toplam sürenin en fazla altı yıl olacağını ve nihayet bir grup yazar da uzatma süresi ile birlikte beş yıl olan tutukluluk süresinin 252 nci maddedeki özel düzenleme ile en fazla on yıl olarak uygulanacağını ileri sürmüştür.

Yargıtay bu tartışmayı pozitif hukuk bakımından sonlandıran bir kararı ile tutukluluk süresinin iki yıl olduğuna, uzatma ile birlikte beş yıl uygulanacağına ve 252 nci maddedeki özel düzenleme kapsamına giren suçlar bakımından azami tutukluluk süresinin on yıl olacağı sonucuna ulaşmıştır<sup>30</sup>.

CMK'nun 252 nci maddesini yürürlükten kaldıran 6352 sayılı Kanun benzer bir düzenlemeyi Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesine ekleyerek on yıllık azami tutuklama süresinin uygulanmaya devam etmesine zemin oluşturmuştur. 6352 sayılı Kanun'un 75. maddesi "Türk Ceza Kanununun 305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere, İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlarda, Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır" hükmünü içermektedir.

6352 sayılı Kanun'un 75. maddesi iptal davası yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmiştir. Bu dava sonucu Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu iptal kararını aşağıda ele alacağız.

#### D- Karşılaştırmalı Hukukta durum

Tutuklama kurumunun süre bakımından nasıl düzenlendiğine karşılaştırmalı hukuk bakış açısıyla bakıldığında bazı devletlerin mevzuatlarında azami tutuklama süresine yer vermediğini görmekteyiz. İngiltere ve Galler, Lüksemburg, İrlanda ve İsveç tutukluluk için azami bir süre öngörmeyen devletlerdir.<sup>31</sup> Romanya'da soruşturma aşamasında yüzseksen gün olarak belirlenen tutukluluk süresi, kovuşturma sürecinde bir süre sınırlandırmasına tabi tutulmamıştır<sup>32</sup>.

Federal Almanya'da tutukluluk süresi altı ay olarak belirlenmekle birlikte, bu süre mutlak olmayıp soruşturmanın olağan olmayan şekilde uzamasına neden olan faktörlerin varlığı, yargılamanın tamamlanamaması gibi nedenlerle uzatılabilmektedir<sup>33</sup>. İspanya'da üç yıldan az özgürlükten mahrum bırakacak suçlardan dolayı tutuklanan sanıklar en fazla bir yıl, üç yıldan fazla özgürlükten mahrum bırakacak suçlardan dolayı tutuklanan sanıklar ise en fazla iki yıl tutuklanabilir. Sanıklar ile ilgili ceza yargılamasının bu süreler içinde bitirilemeyeceği anlaşıldı-

30) Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12/4/2011 tarih ve E. 2011/1-51, K.2011/42 sayılı kararı.

31) Fair Trials International, (2011), Report, *Detained without Trial: Fair Trial International's Response to the European Commission's Green Paper on Detention*, London, p.24.

32) Fair Trials International, (2011), a.g.e., s. 78-80.

33) Fair Trials International, (2011), a.g.e., s. 55-57.

ğında bu sürelerin ilki altı ay ikincisi iki yıl uzatılabilir. Bu çerçevede maksimum tutukluluk süresi dört yıldır<sup>34</sup>. Yunanistan’da maksimum tutukluluk süresi onsekiz ay olarak tespit edilmiştir<sup>35</sup>. Polonya’da tutukluluk süresi üç ay olarak öngörülmüştür. Bu sürenin bitiminde dokuz aylık bir ek süre kullanılabilir. Temyiz aşamasında tutukluluk için bir süre sınırı öngörülmemiştir<sup>36</sup>. Portekiz’de karmaşık ve ağır cezayı gerektiren suçlarda tutukluluk süresi iki yıl altı ay olarak düzenlenmiştir<sup>37</sup>. Slovakya’da tutukluluk süresi en fazla dört yıla sınırlandırılmıştır<sup>38</sup>. Çek Cumhuriyetinde en ağır suçlar için onaltı ay olan tutukluluk süresi<sup>39</sup>, Fransa’da dört ay ile azami dört yıl arasında değişmektedir<sup>40</sup>.

### **E- Anayasa Mahkemesi’nin Tutukluluk Süresi ile İlgili Kararları**

Anayasa Mahkemesi 2 Temmuz 2013 tarihinden başlayarak vermiş olduğu bir dizi kararla tutukluluk sürelerinin düzenlenmesi konusunda önemli bir içtihad geliştirmiştir. Bu kararlardan biri hariç Anayasa Mahkemesi’nin 2012 Eylül ayından itibaren kabul etmeye başladığı bireysel başvurular sonucunda verilmiştir. Bir karar ise ana muhalefet partisi tarafından açılan iptal davası sonucu verilmiştir. Aşağıda bu kararların içerikleri aktarıldıktan sonra pozitif hukukta gelinen son durum değerlendirilecektir.

#### **1-Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümünün 2012/1137 sayılı bireysel başvuru üzerine verdiği karar**

a) Birden fazla suçtan dolayı tutuklanan kişinin tutukluluk süresinin hesaplanması sorunu

Bu davada, başvuru, suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olmak, birden fazla kişi tarafından birlikte yağma, ruhsatsız silah mermileri satın alma veya bulundurma suçu isnadıyla 24 Eylül 2007 tarihinde gözaltına alınmış ve İstanbul 11 inci Ağır Ceza Mahkemesinin 28 Eylül 2007 tarih ve 2007/118 sayılı kararı ile tutuklanmıştır. Başvurucu, Kanunda öngörülen azami beş yıllık tutukluluk süresini 28 Eylül 2012 tarihinde doldurduğu gerekçesiyle 8 Ekim 2012 tarihinde tahliye talebinde bulunmuştur. Bu talep, İstanbul 10 uncu Ağır Ceza Mahkemesince “iddianamede düzenlenen her bir suç için tutukluluk süresinin bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiği ve sanığın Ağır Ceza Mahkemesi’nin görevine giren birden çok suçtan tutuklanmış olduğu” gerekçesiyle 9 Ekim 2012 tarihinde reddedilmiştir.

34) Fair Trials International, (2011), a.g.e., s. 84-86.

35) Fair Trials International, (2011), a.g.e., s. 58-60.

36) Fair Trials International, (2011), a.g.e., s. 72-74.

37) Fair Trials International, (2011), a.g.e., s. 75-77.

38) Fair Trials International, (2011), a.g.e., s. 81-83.

39) Fair Trials International, (2011), a.g.e., s. 46-48.

40) Fair Trials International, (2011), a.g.e., s. 52-54.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin sınırlamaların, kanunda belirtilen esas ve usule uygunluğunu sağlama yükümlülüğü ilke olarak idari organlara ve derece mahkemelerine aittir. İdare organları ve mahkemeler esas ve usule ilişkin hukuk kurallarına uymakla yükümlüdürler. Anayasa'nın 19 uncu maddesinin amacı bireyi keyfi bir şekilde özgürlüğünden alıkoymaya karşı korumak olup, maddede öngörülen istisnai hâllerde kişi özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların maddenin amacına uygun olması ve keyfi uygulamaya yol açmaması gerekir. Bu nedenle Anayasa'nın 19 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan hürriyetten yoksun bırakmanın şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi kuralı gereğince, başvuruçunun tutukluluk durumunun "kanuni" dayanağının bulunup bulunmadığının, kanunun özgürlükten yoksun kılmaya izin verdiği hâllerde ise, hukuk devleti ilkesi gereği, keyfiligi önlemek için, uygulanmasında yeterli ölçüde erişilebilir, kesin ve öngörülebilir olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Somut olayda başvuruçunun 24 Eylül 2007 tarihinde gözaltına alınmış ve 28 Eylül 2007 tarihinde tutuklanmıştır. Başvuruçunun, 5271 sayılı Kanun'un hükümleri uyarınca tutukluluk için öngörülen azami sürenin 28 Eylül 2012 tarihinde dolduğu gerekçesiyle 8 Ekim 2012 tarihinde İstanbul 10 uncu Ağır Ceza Mahkemesine tahliye talebinde bulunmuştur. Davaya bakan mahkeme ile itiraz mercii, iddianamede düzenlenen her bir suç için tutukluluk süresinin bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiği ve sanığın ağır ceza mahkemesinin görevine giren birden çok suçtan tutuklanmış olduğu gerekçesiyle bu talebi reddetmiş ve tutukluluğun devamına karar vermişlerdir.

Anayasa Mahkemesi, tutukluluk konusundaki kanun hükümlerinin yorumu ve somut olaylara uygulanmasının derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamında olduğunu tespit etmekle birlikte, kanun veya Anayasa'ya bariz şekilde aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde açıkça keyfilik halinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren bu tür kararların bireysel başvuruda incelenmesi gereğinin altını çizmiştir.

5271 sayılı Kanun'un 102 nci maddesinde soruşturma ve kovuşturma evrelerinde kişilerin tutulabileceği azami kanuni süreler düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, madde metninde, ağır ceza mahkemesinin görevine giren ve girmeyen işler bakımından bir ayrıma gidilmiştir. Bireyler hakkındaki birden fazla suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmanın bir dosya üzerinden yürütülmesi veya bir dosyada birleştirilmiş olması halinde bu soruşturma ve kovuşturmanın belli bir bütünlük içinde yürütüleceği göz önüne alındığında, uygulanan bir tutuklama tedbirinin soruşturma ve kovuşturmanın tamamı açısından sonuç doğuracağı açıktır. Bu nedenle azami tutukluluk süresinin kişinin yargı-

landığı dosya kapsamındaki tüm suçlar açısından en fazla beş yıl olması gerektiği anlaşılmaktadır. Tutuklama tedbiri, bir yaptırım olmadığından aynı dosya kapsamındaki her bir suç için azami tutukluluk süresinin ayrı ayrı hesaplanması kabul edilemez. Suç ve sanık sayısı, davanın karmaşık olması gibi etkenler tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusundaki değerlendirmede ele alınabilecek faktörler olup kanuni tutukluluk süresinin belirlenmesinde esas alınmaları mümkün değildir. Normun lafzı ve amacı, tutuklama tedbirinin ceza adalet sistemi içerisindeki yeri ve 5271 sayılı Kanun'un 102 nci maddesindeki düzenleme ile kişi özgürlüğüne yönelik sınırlamaların dar yorumlanması hususları birlikte değerlendirildiğinde aksine bir sonuca varmak mümkün görünmemektedir.

Mahkeme, Anayasa'nın 19 uncu maddesinin yedinci fıkrasının tutuklulukta makul süreyi güvence altına aldığı vurguladıktan sonra, kanunla tutukluluk süresi için getirilen üst sınırların makul sürenin aşılmadığı istisnai durumlar için geçerli olabileceği ve hiçbir şekilde kişinin bu süre doluncaya kadar tutulabileceği anlamına gelmeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Aksine, üst sınırın aşılmadığı durumlarda dahi, somut olaylarda tutukluluk makul süreyi aşmışsa, anayasal hakkın ihlal edildiği sonucuna varmak gerekir.

5271 sayılı Kanun'daki azami tutukluluk süresinin ağır cezalı işler bakımından uzatmalarla birlikte azami beş yıl olduğu, bu haliyle düzenlemenin öngörülebilir olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, kanunda, aynı kişi tarafından işlendiği iddia edilen birden fazla suç söz konusu olduğunda bir açıklık bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, kanundaki azami tutukluluk süresinin her suç için ayrı ayrı hesaplanması gerektiği yönündeki yorum, bireylerin tutuklu olarak yargılanabileceği azami süreyi belirsiz ve öngörülemez bir şekilde uzatmaya elverişlidir. Zira bir kişi hakkında birden fazla suç isnadı olması halinde azami tutukluluk süresi her biri için ayrı ayrı hesaplandığında kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği süre öngörülemez bir şekilde uzayacaktır. Bu durumun başvuru açısından öngörülebilir olmadığı açıktır. Bir hukuk devletinde henüz suçluluğu sabit hale gelmemiş bir bireyin mahkemenin benimsediği yorum nedeniyle belirsiz bir süre boyunca özgürlüğünden yoksun bırakılması düşünülemez.

Anayasa Mahkemesi bu nedenlerle kişinin birden fazla suç işlediği iddiasıyla yargılandığı durumlarda tutukluluk süresinin azami süre olan beş yıldan fazla olabileceği yolundaki ceza mahkemesi yorumunu uygun bulmamış ve Anayasa'nın 19 uncu maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

#### b) Tutukluluk süresinin “makul süre” ölçütüne uygunluğu sorunu

Anayasa Mahkemesi, bu davada, başvuruçunun uzun tutukluluğa yönelik şikâyetini de incelemiştir. Anayasa'nın 19 uncu maddesinin yedinci fıkrasında



bir ceza soruşturması kapsamında tutuklanan kişilerin, yargılamanın makul sürede bitirilmesini ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme haklarına sahip olduğu güvence altına alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, Tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusunun, genel bir ilke çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin *Labita-İtalya Davasında* ulaştığı karara atıfta bulunarak, bir sanığın tutuklu olarak bulundurulduğu sürenin makul olup olmadığı, her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Ayrıca, tutukluluğun devamı ancak masumiyet karinesine rağmen Anayasa'nın 19 uncu maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkından daha ağır basan gerçek bir kamu yararının mevcut olması durumunda haklı bulunabilir.

Somut olayda başvuru gözüaltına alındığı 4 Şubat 2007 tarihi ile ilk derece mahkemesinin hükmünü açıkladığı 25 Aralık 2012 tarihi arasında tutuklu kalmıştır. Buna göre tutukluluk süresi beş yıl on ay yirmibir gündür. Dava toplam altı sanık hakkında çok sayıda suç isnadına dayalı olarak görülmüştür. Yargılama boyunca onsekiz duruşma yapılmıştır. AİHM bu veriden hareketle davanın nispeten karmaşık olduğu görüşündedir.

Tutukluluğun sürdürülebilmesi ancak kuvvetli suç şüphesi ile birlikte haklı nedenlerin varlığı şarttır. Ancak, Anayasa Mahkemesi, mahkeme kararlarında gerekçelere yer verilmediğini ve ilk tutuklama müzakeresi dışında dosyaya herhangi bir karar örneği de sunulmadığını tespit eden Anayasa Mahkemesi beş yıl hayli aşan bir tutukluluk halinin bu şekilde devam etmesinin ihlal oluşturduğuna karar vermiştir. Mahkeme, kanundaki azami sürenin dolmuş olduğu iddiasıyla başvuruçunun tahliye talebinde bulunmuş olmasına rağmen davayı gören ve itirazı inceleyen mahkemelerin kararlarında tahliye talebini reddetmiş olmalarını da Anayasa'nın 19 uncu maddesine aykırı bulmuştur<sup>41</sup>.

## **2- Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümünün 2012/239 sayılı bireysel başvuru üzerine verdiği karar**

Başvuruçunun tutukluluk süresinin Kanunda öngörülen azami süreyi aşması nedeniyle tutulmasının hukuki dayanağının olmadığından ve aşırı uzun bir süredir tutuklu olduğundan şikâyet etmektedir. Somut olayda başvuruçunun 4 Şubat 2007 tarihinde İstanbul'da gözüaltına alınmış ve 8 Şubat 2007 tarihinde tutuklanmıştır. Sultanbeyli Sulh Ceza Mahkemesinin tutuklama kararında başvuruçuya isnat olunan fiiller hırsızlık, silahlı yağma, çıkar amaçlı suç örgütü kurmak ve yönetmek olarak sayılmıştır. Soruşturma ve kovuşturma bir bütün olarak yürütülmüştür.

41) Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2012/1137, Karar Tarihi: 2 Temmuz 2013.



a) Birden fazla suçtan dolayı tutuklanan kişinin tutukluluk süresinin hesaplanması sorunu

Anayasa Mahkemesi azami tutukluluk süresi 4 Şubat 2012 tarihinde dolduğuna, bu durumda başvuru tarihine bu tarihten önce hüküm tarihi olan 25 Aralık 2012 arasındaki 10 ay 21 gün süren tutukluluk halinin kanunda öngörülen şekil ve şartlara uymadığı sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi 2012/1137 sayılı kararlarla aynı gerekçelerle aynı kişinin birden fazla suç isnadıyla yargılanması halinde tutukluluk süresinin her suç için ayrı ayrı hesaplanmasının hukuka ve AİHS uygun olmadığına karar vermiştir.

b) Tutukluluk süresinin “makul süre” ölçütüne uygunluğu sorunu

Anayasa Mahkemesi yine 2012/1137 sayılı kararında olduğu gibi tutuklama müzekkeresi dışında dosyaya herhangi bir karar örneğinin sunulmamış olması nedeniyle başvuru tarihine tutuklu olarak geçirdiği sürenin makul olmadığı sonucuna ulaşmıştır<sup>42</sup>.

### **3- Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümünün 2012/521 sayılı bireysel başvuru üzerine verdiği karar**

Başvuru, 7 Ocak 2007 tarihinde Zeytinburnu 1. Sulh Ceza Mahkemesince tutuklanmıştır.

Başvurucuya karşı İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca 1 Haziran 2007 tarihli iddianameyle kasten öldürme, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, suç örgütüne yarar sağlama amacıyla yağma ve mala zarar verme suçlarından cezalandırılması talebiyle dava açılmıştır. Yargılama İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinde görülmüştür.

Tutuklamaya dayanak olan ve başvurucuya isnat olunan suçlar bağlamında davaya bakan mahkeme “6136 sayılı Kanun’a muhalefet ve silahlı örgüte (silah temin etmek ve suçlarda kullanılan silahları saklamak) suretiyle yardım ve yataklık etmek”; itirazı inceleyen mahkeme ise “suç işlemek amacıyla silahlı örgüte üye olmak, adam öldürmek, 6136 sayılı Kanun’a muhalefet, korku, kaygı ve panik yaratabilecek tarzda ateş etme” iddialarına yer vermiştir.

Anayasa Mahkemesi önceki iki kararda olduğu gibi birden fazla suçtan dolayı hakkında ceza yargılaması işlemleri yapılan kişilerin tutukluluk sürelerinin her bir suç için ayrı ayrı hesaplanması yöntemini Anayasa’nın 19 uncu maddesine aykırı bulmuştur.

Mahkeme’ye göre, kovuşturmayla konu bu kadar suç olmasına rağmen tu-

42) Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2012/239, Karar Tarihi: 2 Temmuz 2013.

tutukluğun bunlardan biri üzerinden devam edeceğini, kanuni sürenin dolmasıyla birlikte bir diğerinin devreye girerek yeni bir beş yıllık sürenin başlayacağını kabul etmek tedbirin tabiat ve mahiyetiyle bağdaşmaz. Somut olay bakımından 5271 sayılı Kanun'un 102 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasında öngörülen azami tutukluluk süresi 7 Ocak 2012 tarihinde dolmuştur. Bu durumda başvuru bu tarihle, hakkında mahkumiyet hükmünün kurulduğu 4 Nisan 2013 tarihi arasındaki tutukluluk hali kanunda aranan şekil ve şartlara uymamaktadır<sup>43</sup>.

#### **4- Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümünün 2012/1272 sayılı başvuru üzerine verdiği karar**

Başvurucu, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülmekte olan bir soruşturma kapsamında 5 Mart 2009 tarihinde Ankara'da gözaltına alındıktan sonra İstanbul'a götürülmüştür. Savcılık ifadesinin ardından tutuklanması talebiyle 6 Mart 2009 günü mahkemeye sevk edilmiştir. Nöbetçi mahkeme, sorgunun ardından başvuru tutuklanmasına karar vermiştir. Tutuklamaya gerekçe olarak, "atılı suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu, kuvvetli suç şüphesinin varlığı, suçun CMK. 100/3 maddesinde sayılı suçlardan olması, kaçma ve delilleri karartma şüphesi" gösterilmiştir. Başvurucu 12 Haziran 2011 tarihinde yapılan genel seçimlerde 24 üncü Dönem milletvekili seçilmiş ve 20 Haziran 2011 tarihinde mazbatasını almıştır (CHP milletvekili Mustafa Balbay). Bu durumun dikkate alınarak tahliyesine karar verilmesini talep etmiş, fakat bu talebi 13 üncü Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 23 Haziran 2011 tarihinde reddedilmiştir. Somut olayda, başvuru hakkında İstanbul 13 üncü Ağır Ceza Mahkemesi 5 Ağustos 2013 tarihinde mahkumiyet hükmü tesis etmiştir. Bu durumda makul süre açısından dikkate alınması gereken tutukluluk süresi 4 yıl 5 aydır.

##### **a) Anayasanın 19 uncu maddesinin yedinci fıkrası bakımından**

Anayasa Mahkemesine göre, tutukluluk süresinin makul olup olmadığı her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Anayasanın 38. maddesinde "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz" şeklinde ifadesini bulan masumiyet karinesi, yargılama süresince kişinin hürriyetinin esas, tutukluluğun ise istisna olmasını gerektirmektedir. Masumiyet karinesine rağmen tutukluluğun devamı, ancak kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına nazaran daha ağır bir kamu yararının mevcut olması durumunda haklı görülebilir. Bu nedenle bir davada tutukluluğun makul süreyi aşmamasını gözetmek, öncelikle derece mahkemelerinin görevidir. Bu amaçla, belirtilen kamu yararı gereği-

43) Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2012/521, Karar Tarihi: 2 Temmuz 2012.

ni etkileyen tüm olayların derece mahkemeleri tarafından değerlendirilmesi ile serbest bırakılma taleplerine ilişkin kararlarda bu olgu ve olayların ortaya konulması gerekir.

Mahkeme, tutuklama tedbirine, ancak kişilerin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunmasının yanı sıra bu kişilerin kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla başvurulabileceğine işaret etmektedir. Ayrıca, başlangıçtaki bu tutuklama nedenleri belli bir süreye kadar tutukluluğun devamı için yeterli görülebilirse de bu süre geçtikten sonra, uzatmaya ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin sürekli olarak devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. Bu gerekçeler “ilgili” ve “yeterli” görüldüğü takdirde, yargılama sürecinin özenli yürütülüp yürütülmediği de incelenmelidir. Davanın karmaşıklığı, organize suçlara dair olup olmadığı veya sanık sayısı gibi faktörler sürecin işleyişinde gösterilen özenin değerlendirilmesinde dikkate alınır. Tüm bu unsurların birlikte değerlendirilmesiyle sürenin makul olup olmadığı konusunda bir sonuca ulaşılabılır. Anayasa Mahkemesi AİHM’nin içtihadının da benzer yönde olduğunu örnek kararlara göstermiştir<sup>44</sup>.

Anayasa Mahkemesi, makul sürenin hesaplanmasında sürenin başlangıcının yakalama tarihi ya da doğrudan tutuklama tarihi, sürenin sonunun ise kural olarak kişinin serbest bırakıldığı tarih olduğu; kişinin tutuklu olarak yargılanmakta olduğu davada mahkûmiyetine karar verilmiş ise mahkûmiyet tarihi itibarıyla da tutukluluk hali sona ereceği görüşündedir.

Mahkeme, başvuru hakkında verilen tutukluluğa ilişkin kararlarda “atılı suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu, kuvvetli suç şüphesinin varlığı, suçun CMK’nun 100/3 maddesinde sayılı suçlardan olması, kaçma ve delilleri karartma şüphesi” ile “Dosya kapsamı, her sanığa iddianamede ayrı ayrı isnat olunan suçlamalar ve bunlarla ilgili sevk maddeleri, delillerin tamamen toplanmamış ve sanıkların halen savunmalarının bitmemiş olması, atılı suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığının devam etmekte ve bu suçların CMK’nun 100/3. maddesinde sayılan suçlardan olması” nedenlerine dayanıldığını belirlemiştir. Başvurucunun 12 Haziran 2011 tarihinde yapılan genel seçimlerde 24 üncü Dönem milletvekili seçilmesi üzerine, bu durumun dikkate alınarak tahliyesine karar verilmesi talebine karşılık, 13. Ağır Ceza Mahkemesi 23 Haziran 2011 tarihinde vermiş olduğu ret kararında ise, Anayasa’nın 83 üncü ve 14 üncü maddeleri ile Yargıtay 9 uncu Ceza Dairesi’nin bu konudaki emsal kararları dikkate alınmak suretiyle başvuru hakkındaki soruşturmanın seçim-

44) Bkz. *Contrada-İtalya*, Başvuru Numarası: 27143/95, Karar Tarihi: 24 Ağustos 1998; *Chraidi/Almanya*, Başvuru Numarası: 65655/01, Karar Tarihi: 26 Ekim 2006.

lerden önce başlatıldığını ve durumunun Anayasa'nın 14 üncü maddesine uyduğunu, milletvekili seçilmesinin başlı başına tahliye nedeni teşkil etmediğini belirtilerek, "sevk maddelerinin ağır cezalı ve CMK 250 inci maddesi kapsamında kalan suçlara ilişkin olduğu, isnatların kuvvetli suç şüphesini içerdiği, başvurunun milletvekili seçilmekle kaçma şüphesinin kalmadığı savının sübjektif bir değerlendirme olduğu, dosyadaki sanık sayısının çokluğu nedeniyle delillerin tamamının toplanamamış olduğu, iddianamede başvuruyla irtibatlı olduğu iddia edilen diğer sanıkların savunmalarının alınmasının tamamlanamamış olduğu, tanıkların dinlenmesine ise henüz geçilemediği" gerekçeleriyle tutukluluk halinin devamına karar verilmiştir. Bu karara itiraz üzerine incelemeyi yapan İstanbul 14 üncü Ağır Ceza Mahkemesi, 29 Haziran 2011 tarihli kararla, 13 üncü Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararında usul ve yasaya aykırı herhangi bir isabetsizlik görülmediğini belirterek itirazın reddine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesine göre, Anayasanın 83 üncü maddesinde 14 üncü maddeye atıfla getirilen istisna, Anayasa'nın 67 inci maddesindeki seçilme hakkı da dikkate alındığında dar ve özgürlük lehine yorumlanmalıdır. Bu nedenle tutukluluğunun devamı hakkında karar verilen kişi milletvekili olduğu takdirde, çatışan değerlere bir yenisi eklenmekte ve kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının yanında, seçilmiş milletvekilinin tutuklu olması nedeniyle yasama faaliyetine katılamaması sonucu mahrum kalınan kamu yararının da dikkate alınması gerekmektedir. Bu çerçevede mahkemelerin milletvekili seçilen kişilerin tutukluluğunun devamına karar verirken hem kişi hürriyeti ve güvenliği hakkından hem de seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının kullanılmasından kaynaklanan yarardan çok daha ağır basan korunacak bir yararın varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir. Bunun sonucu olarak makul sürenin aşıp aşılmadığı incelenirken, başvurunun milletvekili seçilmesiyle birlikte ileri sürmüş olduğu iddiaların tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğine de bakılmalıdır. Dolayısıyla, başvurunun seçilmiş bir milletvekili olarak siyasi faaliyette bulunma ve temsil hakkı ile davanın tutuklu sürdürülmesindeki kamu yararı arasında ölçülü bir denge kurulduğu takdirde, tutukluluğun devamına ilişkin gerekçelerin ilgili ve yeterli oldukları sonucuna varılabilir.

Anayasa'nın 83 üncü maddesinin, milletvekillerinin hiç bir baskı ve tehdit altında kalmadan serbestçe yasama faaliyetlerini yürütebilmelerini temin etmek için yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı kurumlarına yer verdiğine işaret eden Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda milletvekillerine yasama faaliyetleri sırasındaki oy ve sözleri nedeniyle mutlak bir sorumsuzluk tanıdığını, ayrıca işledikleri iddia edilen suçlar nedeniyle tutulma, tutuklanma, sorgu-

lanma ve yargılanmaya karşı, yasama faaliyetlerine aksatmadan katılmalarını temin etmek maksadıyla dokunulmazlık yoluyla koruma altına alındıklarını belirlemiştir. Mahkemeye göre, bu güvenceler, milletvekillerine tanınan bir ayrıcalık ya da imtiyaz olmaktan ziyade, temsil ettikleri seçmenlerinin görüş ve düşüncelerinin siyasal alanda gereği gibi yansıtılmasını sağlamaya dönük koruyucu tedbirlerdir.

Bu nedenle, Mahkeme, seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasa'nın 14 üncü maddesi kapsamındaki bir suç isnadıyla yargılanan bir milletvekilinin tutukluluk halinin incelenmesi sırasında, bu koruma tedbirinin seçilme hakkını işlevsiz hale getirebileceği göz ardı edilmemesi gerektiği düşüncesindedir. Halkı temsil etmek üzere belli bir süre için seçilen milletvekilinin, şayet varsa, bu hakkını kullanmasına engel olmayacak koruma tedbirlerinin uygulanabilirliği üzerinde özenle durulmalıdır. Anayasa Mahkemesi, 5271 sayılı Kanun'un 109 uncu maddesinin numaralı fıkrasında buna imkân tanıyan hükümlere yer verildiğine, maddede 6352 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler sonucunda bunların sayısının artırıldığına işaret etmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre, tutuklamanın devamına karar verilirken, davanın genel durumu yanında, tahliyesini talep eden kişinin özel durumunun dikkate alınması ve bu anlamda tutukluluk gerekçelerinin kişiselleştirilmesi bir zorunluluktur. Başvurucunun tahliye taleplerini inceleyen mahkemeler, bu talepleri reddederken gerekçelerini yeterince kişiselleştirmemiş, aynı zamanda milletvekili seçilmiş olan başvurucunun kaçacağına ya da delilleri karartacağına dair inandırıcı somut olgular ortaya koyamamıştır.

Mahkemenin, 6352 sayılı Kanun kapsamında tutukluluk halinin yeniden değerlendirilmesi talebi üzerine verdiği 27 Temmuz 2012 tarihli kararında yer alan, dava kapsamında yargılanan sanıklardan birkaçının kaçması ya da kaçmaya teşebbüs etmesi, yine bazı sanıkların delilleri karartma girişiminde bulunması şeklindeki gerekçeleri, diğer sanıkların da bunları yapabileceğine dair karine olarak değerlendirilemez. Aksi takdirde masumiyet karinesi ve bununla bağlantılı olarak kişi hürriyetine ilişkin ilkelerin zedelenebileceği açıktır. Bu nedenle, aynı davada yargılanan bazı sanıkların durumlarından hareketle genelleme yapılarak diğerlerinin de aynı davranışta bulunabileceğini varsaymak, kişiselleştirmeyi engellediği gibi, özgürlüğün esas, tutukluluğun istisna olduğu yönündeki anlayışla da bağdaşmaz. Bu çerçevede tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda ileri sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğu söylenemez.

#### b) Anayasanın 67. maddesi bakımından

Anayasa Mahkemesi, "serbest seçim hakkı"nın Avrupa kamu düzeninin temel unsuru olan demokrasinin en önemli ilkelerinden biri olarak kabul

edildiğini AİHM kararları ile temellendirmiştir. Başvuru konusu olayda, başvuru hakkındaki soruşturma, milletvekili seçilmeden çok önce başlatılmış, tutuklu olarak yargılanırken 12 Haziran 2011 tarihinde yapılan genel seçimde milletvekili seçilmiştir. Bu yönüyle gerek yürütülen kovuşturma, gerekse başvuru hakkındaki tutukluluk hali başvuru hakkındaki milletvekili seçilmesine engel teşkil etmemiştir. Bu anlamda başvuru hakkındaki seçilme hakkına bir müdahale söz konusu olmadığı gibi, buna yönelik bir iddia da ileri sürülmemiştir. Bununla birlikte başvuru, milletvekili seçildikten sonra tahliye edilmediğinden Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde yemin edememiş ve milletvekilliği görevini fiilen yerine getirememiştir. Bu görevin yerine getirilmesine engel olan tutukluluk halinin milletvekili olarak siyasi faaliyet ve temsil hakkını engellemesi nedeniyle Anayasanın 67 inci maddesinde düzenlenen seçilme hakkına bir müdahale teşkil ettiği açıktır. Anayasa Mahkemesi, başvuru hakkındaki makul olmayan bir şekilde tutuklu kalmasının yasama faaliyetlerine katılmasını engellediği, milletvekili olduktan sonra tutuklu kaldığı süre de gözetildiğinde, seçilme ve milletvekili olarak siyasi faaliyette bulunma hakkına yönelik bu ağır müdahalenin ölçülü ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı sonucuna ulaşmıştır<sup>45</sup>.

**5- Anayasa Mahkemesi'nin 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10 uncu Maddesine 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanunun 75 inci maddesiyle eklenen azami tutukluluk süresine ilişkin düzenlemeyi iptal kararı.**

Yargı alanıyla ilgili farklı düzenlemeler içeren, 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un 75 inci maddesiyle 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10 uncu maddesine, "Türk Ceza Kanununun 305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere, İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlarda, Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır." hükmü eklenmiştir. Aynı kanunla Ceza Usulü Kanunu'nda yer alan ve belli suçlar için tutukluluk süresinin iki katı olarak uygulanacağına dair düzenleme kaldırılmıştır.

Anamuhalefet Partisi (Cumhuriyet Halk Partisi) tarafından 6352 sayılı Kanun'un değişik hükümlerinin iptali istemiyle açılan davada, Anayasa Mahke-

45) Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2012/1272, Karar Tarihi: 4 Aralık 2013.

mesi davacının 6352 sayılı Kanun'un 75 inci maddesiyle ilgili istemine yerinde görerek söz konusu maddeyi iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Kanununun 75 inci maddesininin anayasaya uygunluğunu değerlendirirken, Anayasa'nın 13 üncü maddesinde düzenlenen ölçülülük ilkesini esas almıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, ölçülülük ilkesi, bir hak sınırlandırırken amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin zorunluluk taşımasını da içerir.

Mahkeme, ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihiyle bulunulmasının devletin ceza siyaseti ile ilgili olduğu görüşündedir. Bu bağlamda hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılaşmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahip olduğu gibi ceza yargılamasına ilişkin kurallar belirleme ve bu çerçevede mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri ve yapısı hakkında da Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir.

Anayasa Mahkemesi ceza yargılamasına ilişkin kuralların ve bu kapsamda suç türlerine göre tutukluluk sürelerini belirlemenin de kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında bulunduğu işaret etmekle birlikte, gerek ulusal mevzuatta ve uygulamada gerekse de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında, dava konusu kuralda düzenlenen azami tutukluluk süresinin demokratik bir hukuk devletinde kabul edilemeyecek kadar uzun olduğu, bu yönüyle kuralda tutuklamanın adeta bir ceza olarak uygulanabilmesine imkân tanınarak, tutuklama tedbiriyle ulaşılmak istenen hukuki yarar ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı arasındaki makul dengenin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı aleyhine bozulmasına neden olduğu tespitlerinde bulunmuş ve ilgili yasa maddesini bu tespitlere dayanarak iptal etmiştir<sup>46</sup>.

Anayasa Mahkemesi iptal edilen düzenleme bakımından iptal kararının Resmi Gazete'de yayınlanma tarihinde değil, bir yıl sonra yürürlüğe gireceğini kararlaştırmıştır.

46) Anayasa Mahkemesi'nin 4 Temmuz 2013 günlü E. 2012/100, K. 2013/84 sayılı kararı.

## II- Hukukumuzda Tutukluluk Süresi ve Uygulama Üzerine Bir Değerlendirme

### 1- Genel olarak

Türkiye tarihinde ceza yargılaması alanında tutuklama kurumu en fazla tartışılan konulardan biri olmuştur. Sanıkların gereksiz ya da keyfi bir şekilde uzun sürelerle tutuklu kalmaları hukukçuların gündeminden düşmemiş, bir tedbir olan tutuklama kararının kişileri cezalandırmak amacıyla kullanılması eleştirilmiştir. Bu nedenlerle önceki kanun döneminde açık uçlu bırakılan tutukluluk süresi yeni CMK tarafından süre sınırı getirecek şekilde yeniden düzenlenmiştir. Ancak bu kez de getirilen sürelerin uzunluğu tartışma konusu haline gelmiştir. Mahkemelerin söz konusu azami süreleri her davada sonuna kadar kullanma eğiliminde olmaları, sürelerin önemini daha da artırmıştır.

Gerçi, son yıllarda ceza ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutuklu sayılarının oranlarında bir düzelme gözlemlenmektedir. Aşağıdaki tabloda görüleceği üzere özgürlüğünden mahrum bırakılan tutuklu ve hükümlü toplamının %55'ine varan tutuklu oranları son yıllarda azalma göstermektedir. Bu oranlar %30'lara doğru çekilmiştir (Bkz. Tablo II). Ancak, tutuklama kurumunu yerinde ve gerekli olduğunda kullanan hukuk sistemlerinde bu oranlar %10 civarındadır. Öte yandan, konunun açılan ceza davalarının mahkûmiyetle sonuçlanma oranına göre de incelenmesi gerekir. İstatistiksel çalışmalar Türkiye'de bu oranın da düşük olduğu, açılan ceza davalarının yarısının beraat ya da diğer kararlarla (düşme, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi, durma ve görevsizlik) sonuçlandığını göstermektedir (Bkz. Tablo I). Bu oran, davaların önemli bir kısmında hakkında tutukluluk kararı verilen kişilerin boş yere özgürlüklerinden mahrum bırakıldığına da işaret etmektedir.

Türkiye ortalama tutukluluk süreleri bakımından önemli adımlar atmıştır. Nisan 2013 itibariyle tutuklu bulunanların ortalama tutuklu kalma süresi erkekler için dokuz ay altı gün, kadınlar içinse on ay yedi gün olarak hesaplanmıştır<sup>47</sup>. Ancak belli suç grupları bakımından ve toplu sanıklı karmaşık davalarda bireylerin hala beş yıl ve üzeri tutukluluk sürelerine maruz bırakıldığı ortadadır. Konu çok boyutlu olup, sadece tutukluluk sürelerinin aşağıya çekilmesi ile tutuklama tedbirinin uygulanmasından kaynaklanan tüm sorunları gidermeyi düşünmek işi fazla basitleştirmek anlamına gelir. Ama sürelerin sonuna kadar kullanılma çalışıldığı bir hukuk sisteminde, sürelerle disiplin getirilmesinin de sanık hak ve özgürlüklerinin korunmasına yardım edeceği ve gereksiz yere özgürlüğünden

47) Eskişehir Milletvekili Ruhsar Demirel tarafından sorulan soruya Adalet Bakanlığı'nın 29 Nisan 2013 tarih ve 56020453/2012-610.01-698/1259/2586 sayılı yazı ile verdiği cevap.



**Tablo I- 2002-2012 Yılları Arasında Açılan Ceza Davalarında Mahkûmiyet Oranları**

Yıllar	Mahkûmiyet	%	Beraat	%	Diğer	%
2002	1 028 572	42,3	406 531	16,7	997 511	41,0
2003	1 019 595	45,5	396 122	17,7	824 049	36,8
2004	1 091 358	46,7	485 253	20,8	761 137	32,5
2005	873 751	40,8	474 456	22,2	791 739	37,0
2006	941 532	46,1	405 368	19,9	694 359	34,0
2007	1 065 953	48,7	402 500	18,4	720 629	32,9
2008	845 716	35,2	508 296	21,2	1 047 336	43,6
2009	1 290 489	38,5	653 178	19,5	1 409 768	42,0
2010	1 213 990	36,5	676 089	20,3	1 437 426	43,2
2011	1 240 912	34,4	746 332	20,7	1 617 159	44,9
2012	1 514 825	34,1	949 134	21,4	1 978 323	44,5

Kaynak: Adalet Bakanlığı ([http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik\\_2012/35.pdf](http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2012/35.pdf))

**Tablo II- 1980-2012 Yılları Arasında Tutukluların Hükümlülere Oranı**

Yıllar	Hükümlü	Tutuklu	Toplam	Tutuklu %
1980	31 241	38 931	70 172	%55,47
1985	45 388	25 842	71 230	%36,27
1990	29 373	16 233	45 606	%35,59
1995	22 008	24 083	46 091	%52,25
2000	24 855	24 657	49 512	%49,80
2005	29 445	26 425	55 870	%47,29
2012	104 313	31 707	136 020	%30,39

Kaynak: Adalet Bakanlığı (<http://www.cte.adalet.gov.tr>)

mahrum kalan mağdurların sayısını azaltacağı gözden kaçırılmaması gereken bir gerçektir.

Bir makede belirtildiği gibi, “AİHS md. 5 uyarınca tutuklama makul süreyi aşamaz. Makul süre kavramı kesin olmadığı için, kanunkoyucu, temel hakların daha güçlü şekilde korunmasını amaçlayarak tutuklulukta azami süreler öngörmüştür. Suçlu olduğu kesin hükümlüyle sabit olmadığına göre, suçlu kabul edilmeyen bir kişinin on yıl tutuklu kalabileceğini peşinen kabul eden bu düzenlemenin

temel hakları koruma amacı taşımadığı açıktır. Bu düzenleme, olsa olsa, Anayasa gereği suçlu kabul edilmeyen bir kişinin on yıl süreyle tutuklu kalmasına neden olan kararları veren yargılama makamı mensuplarının hukuki ve cezai sorumluluklardan korunmasına hizmet eder. Buna bağlı olarak, hiç azami süre olmaması durumunda tutuklamanın geçici olduğundan yola çıkarak tutukluluk halini mümkün olan en kısa sürede bitirmesi gerektiğinin bilincinde olan bir hâkim, kanunkoyucunun on yıla kadar tutukluluğun devamına izin vermesinden olumsuz etkilenebilir.”<sup>48</sup>

## 2- Anayasa Mahkemesi'nin tutukluluk süreleri ile ilgili kararlarının değerlendirilmesi

Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı 2010 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile kabul edilmiş, yeni bir kurumdur. Bu hakkın bireyler tarafından fiilen kullanılması 2012 Eylül ayında başlamış ve Mahkeme bireysel başvuru sonucu açılan davalarda ilk kararlarını 2013 yılında vermeye başlamıştır. Mahkeme'nin bireysel başvuru ile önüne gelen davalarda verdiği ilk önemli kararlar, bu makalede incelediklerimizdir. Bu nedenle, söz konusu kararlar, bireysel başvuru yolunun anayasal özgürlüklerin güvence altına alınmasında önemini de ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvurular ve iptal davası sonucunda vermiş olduğu kararlar uzun tutukluluk süreleri bakımından konuyla ilgili anayasal ilkeleri ve AİHS kurallarını uygulamaya geçirecek ve bireylerin özgürlüklerini garanti altına alacak sonuçlar içermektedir. Bu kararlarda özellikle üç noktaya ışık tutulmaktadır. Bunlardan ilki, CMK'da öngörülen tutukluluk süresinin tek olduğu, her suç için ayrı ayrı hesaplanmaması gerektiğidir. İkinci olarak, Mahkeme, tutuklamanın devamına ilişkin kararların yerel mahkemelerce özenli bir şekilde ve temellendirilerek alınması gerektiğine, aksi takdirde tutukluluk kararının anayasal güvenceleri ihlal eden bir uygulamaya dönüşeceğine karar vermiştir. Son olarak, Anayasa Mahkemesi, on yıllık azami tutukluluk süresinin Anayasa ve AİHS ile bağdaşmadığını karar altına almıştır.

### a) Birden fazla suç işlediği iddiası ile yargılananların tutukluluk süreleri

CMK, önceki kanun olan CMUK'tan farklı olarak, azami tutukluluk süresini düzenlemiştir. Bu düzenlemeden “tutukluluk süresi”nden tekil olarak bahsedilmekte, sürenin kişi hakkındaki suç iddialarının sayısına bakılmaksızın tek bir süre olarak hesaplanacağı sonucuna ulaşılabilmektedir. Bununla birlikte, kanunda tutukluluk süresinin her suç için ayrı ayrı hesaplanmayacağına ilişkin

48) Feyzioğlu Metin ve Ergün, Okuyucu Güneş, (2010), “Türk Hukukunda Tutuklukta Azami Süre”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 59, Sayı: 1, s. 35-59.

açık bir hüküm bulunmamaktadır. Aslında ceza yargılaması sistemi, CMK'nun yorumu, Anayasanın 19. maddesi, AİHS ve AİHM kararları ışığında tutukluluğun tek süre şeklinde uygulanması sonucuna kolaylıkla ulaşabilir ve konunun Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesine hiç gerek kalmayabilirdi. Ancak, bu değerlendirmenin ceza yargılama sisteminde gereği gibi yapılamaması, Anayasa Mahkemesinin devreye girmesini ve temel hak ve özgürlükler bakımından tutukluluk sürelerinin yeniden ele alınması ihtiyacını doğurmuştur.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurunun Türkiye uygulamasında ilk belirlemeleri yapma olanağına kavuştuğumuz bu kararlarında etkili nihai bir ulusal denetleme mekanizması olarak devreye girebileceğini göstermiştir. Tutuklama süresinin her suç iddiası için ayrı ayrı hesaplanması yöntemi, AİHM standartları ile uyumlu olmadığı gibi CMK'da düzenlenen azami tutukluluk süresi düzenlemesinin etkili bir şekilde uygulamaya geçirilmesini de imkansız kılacaktır. Yasalarla belirlenen azami tutukluluk sürelerinin uzunluğunun tartışıldığı bir hukuk sisteminde, bir de bu sürelerin her suç iddiası için ayrı ayrı uygulanma yoluna gidilmesi "filen süre sınırı olmayan" bir tutuklama rejimine temel oluşturacaktır. Anayasa Mahkemesi, yargılama sisteminin bu yönüne önlemesini önleyecek bir standart oluşturarak tutuklama tedbiri için kabul edilen süre sınırının belirsizleşmesini önlemiştir.

### **b) Tutukluluk halinin devamına ilişkin mahkeme kararlarının Anayasa ve AİHS'ne uygunluğu sorunu**

Tutuklama kararları somut gerekçelere dayandırılmak zorundadır. AİHM'nin Türkiye hakkında verdiği kararlarda tutuklama kararlarının gerektiği gibi temellendirilmemesi önemli bir ihlal nedenidir. Ceza yargılama sisteminde yer alan mahkemelerin, soyut nedenlere dayanarak, yasada gösterilen nedenleri tekrar etmekle yetinerek, olaya özgü ve somut koşulları dikkate alan detaylı değerlendirme yapmaksızın, aynı soyut gerekçeleri defalarca şablon olarak kullanarak vermiş oldukları tutuklama ve tutuklamanın devamına ilişkin kararlar ihlal olarak değerlendirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda ele aldığımız bireysel başvuru yoluyla önüne gelen olaylar hakkında verdiği kararlarla standartlaşmış bu uygulamaları Anayasaya aykırı bulmuştur. Anayasa Mahkemesi, ceza mahkemelerinin tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda gerekçeleri yeterince kişiselleştirmediği, kişinin kaçacağına ya da delilleri karartacağına dair inandırıcı somut olguların ortaya konmadığı tespitlerinde bulunmuştur.

Uygulamadaki temel sorun kanunda öngörülen azami tutuklama sürelerinin mutlaka sonuna kadar tüketilmesi gerektiği algısıdır. Bu algının hem savcılarda hem de hakimlerde egemen olduğu, AİHM'nin son onbeş yılda bu konuda defa-

larca karar vermesine rağmen uygulamada bir değişiklik olmamasından kolaylıkla anlaşılabilir. Azami süreler ne olursa olsun eğer somut bir olayda tutuklama tedbirine gerek yoksa kişinin tutuklanmaması ya da derhal tutuklama tedbirine son verilmesi gerekir. Bu nedenle, hakkında suç işlediği iddiası olan bir kişi aleyhine açılan davadan dolayı tutuklama tedbirine başvurulabileceği gibi, hiç tutuklanmayabilir ya da tutuklandıktan kısa bir süre sonra bu tedbire son verilebilir. Yukarıda örneklerle aktardığımız AİHM kararlarının bazılarında bir yıllık bir tutuklama süresi AİHS'ne aykırı bulunurken, başka bazı davalarda iki ya da üç yıllık süreler makul görülebilmektedir. Tutukluluk tedbirinin hukuka uygunluğu, genel ilke ve kurallar temelinde ancak olay bazında değerlendirilebilir.

Anayasa Mahkemesinin, tutukluluk tedbirine ilk kez karar verilirken ya da tutukluluk tedbirinin uzatılması kararlarında soyut nedenleri yeterli görmemesi ve titiz bir şekilde her kararın somut nedenleri gösterilmedikçe ilgili kararı hukuka uygun bir karar olarak nitelenmemesi AİHM içtihadı ile uyum gösterilmesi ve kişi özgürlüğünün keyfi uygulamalara yer vermeyecek derecede güvence altına alınabilmesi bakımından büyük bir önem taşımaktadır.

### c) Azami tutukluk süresinin uzunluğu sorunu

Mahkeme, aynı tutumu, azami tutukluk süresi ile ilgili değerlendirmelerinde de göstermiştir. Yukarıda ele aldığımız gibi pozitif uygulaması bakımından Türkiye'de azami tutukluluk süresi belli dava türlerinde on yıla kadar uzayabilmektedir. Anayasa Mahkemesi bu konuda ortaya çıkan farklı yorumların tartışmasına girmeden, on yıllık süreyi, hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin anayasal kurallar çerçevesinde incelemiş ve bu sürenin ölçülülük ilkesi bakımından Anayasa ile uyumlu olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme ayrıca, söz konusu sürenin AİHM tarafından geliştirilen içtihat hukuku ile de uyumlu olmadığını belirlemiştir.

Anayasa Mahkemesi, tutukluluğun on yıla uzatılmasını öngören düzenlemeyi iptal ederken, azami sürenin ne olması gerektiği konusunda bir belirlemede bulunmamıştır. Mahkeme'nin, kuvvetler ayrılığı çerçevesinde ceza politikalarının yasama organı tarafından belirlenmesi ilkesinden hareket ederek, bir süre belirlemenin kendi işlevi dışında kaldığını düşündüğü ve bu nedenle tutukluluğun azami sınırının ne olması gerektiği konusunda sessiz kaldığı çıkarımında bulunulabilir. Karar metni de bu çıkarımı desteklemektedir. Mahkeme sadece iptal edilen düzenlemedeki sürenin orantısız olduğuna karar vermekle yetinmiştir.

Anayasa Mahkemesinin, yasama organının işlevine müdahale etmemesi yerinde bir tutum olmakla birlikte, AİHM içtihadı ve karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde tutukluluk için getirilecek azami süre konusunda genel bir çerçeve çizebilirdi. Yukarıda AİHM kararları ile ilgili bölüm ve karşılaştırmalı hukuk verileri

ele alındığında, AİHM'nin, ancak, çok güçlü verilerle kanıtlandığı takdirde dört yılı aşan bir süreyi AİHS'ne aykırı görmediği, Karşılaştırmalı hukuk bakımından da dört yılı aşan bir azami sürenin genel olarak benimsenmediği söylenebilir. Eğer Anayasa Mahkemesi, AİHM içtihadı ve karşılaştırmalı hukuktan hareketle sürelerle ilgili bir yol gösterici tutumu benimsemiş olsaydı, TBMM de tutukluluk süresi konusunda insan hakları normlarına uygun bir politikayı daha rahat oluşturabilirdi.

Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesinin benimsediği tutumun, yetki gasbına duyarlı ve yasama organının işlevine tecavüz etmemeye özen gösteren ancak anayasa yargısı ile yasama organı arasında geleceğe yönelik bir diyalogu oluşturmada yetersiz kalan bir yaklaşım sergilediği ileri sürülebilir. Örneğin yasama organı, yeni bir yasa ile on yıl yerine yedi yıllık bir azami süreye karar verirse, Anayasa Mahkemesinin bu düzenlemeyi de aşırı bulup iptal edip etmeyeceği mevcut karardan anlaşılamamaktadır.

### **3- Tutukluluk sürelerinin temel hak ve özgürlükler bakımından değerlendirilmesi ile ilgili tartışmalı konular:**

Yeni CMK'daki tutukluluk ile ilgili hükümler ve yukarıda aktardığımız Anayasa Mahkemesi kararları, kişi özgürlüğünü daha fazla güvence altına alan, tutuklama tedbirinin uygulanmasından kaynaklanan sorunları bu güvenceleri pekiştirecek bir şekilde gideren ve hukuk sistemini Avrupa insan hakları rejimi ile uyumlu hale getiren adımlardır. Bununla birlikte hala soru işareti taşıyan konular da mevcuttur.

Bu konulardan ilki, tutukluluk süresinin hesaplanmasıyla ilişkilidir. Tutukluluk süresinin başlangıç tarihi konusunda bir hukuki sorun bulunmamaktadır. Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı tarih tutukluluk süresinde esas alınmaktadır. Ancak tutukluluğun ne zaman sona erdiği tartışmalı bir konudur. Ceza mahkemeleri ve Yargıtay, eğer kişinin tutukluluk hali devam ediyorsa, tutukluluk süresinin bitiş tarihini ilk derece mahkemesinin karar tarihi olarak belirlemede ve eğer kişinin özgürlüğünden mahrum kalma durumu bu tarihten sonra da devam ediyorsa bu süre tutukluluk süresi hesabına dahil edilmemektedir.

Gerek ilk derece ceza mahkemeleri gerekse Yargıtay bu görüşlerini AİHM içtihadına dayandırmaktadır. Gerçekten de, yukarıda değinildiği gibi, AİHM, ilk derece ceza mahkemesinin hükme ulaşmasından sonra temyiz aşamasında özgürlükten mahrumiyet halini tutukluluk süresinin hesabında dikkate almamakta, bu süreleri adil yargılanma hakkı bakımından değerlendirmektedir.

AİHM'nin konuyla ilgili içtihadının eleştirisi ve analizi ayrı bir makalenin konusudur. Ancak AİHM içtihadını esas alsak dahi, acaba ulusal yargı yerleri

bu içtihadı Anayasa ve yasalara bakmaksızın doğrudan uygulayabilir mi? Bu konudaki görüşümüz, mahkemelerimizin AİHM içtihadını uygularken, doğrudan hareket edemeyeceği, ulusal hukuk sisteminde bireysel hak ve özgürlüklerle ilgili düzenlemeleri dikkate almak zorunda oldukları şeklindedir. AİHS'nin Tanınmış İnsan Haklarının Korunması başlıklı 53 üncü maddesi “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz” hükmünü içermektedir. Bu hükümden de açıkça anlaşıldığı gibi taraf bir devletin insan hakları standartlarının Sözleşme ve dolayısıyla Sözleşmeye dayanarak karar veren AİHM içtihadından daha yüksek olması durumunda ulusal hukuka dayanılması Sözleşmenin ihlali olarak yorumlanamaz.

O halde, mahkemelerin AİHM'nin içtihadını doğrudan uygulamadan önce hukuk sisteminde hak ve özgürlüklerle ilgili kurallara bakması gerekir. Hukukumuzda sanık, hakkında kesin hüküm verilinceye kadar bu sıfatını korumaktadır. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 4 üncü maddesinde bu durum, “Mahkûmiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz” şeklinde açıkça belirtilmiştir. Ayrıca, uygulamada Yargıtay tutuklama kararının uzatılmasına karar verememekle birlikte, her aşamada kişinin serbest bırakılmasına karar verebilmektedir. Hükümün infazına başlanan bir kişinin serbest bırakılması düşünülemeyeceğine göre, bu aşamada kişinin “sanık” ve “tutuklu” sıfatlarını taşıdığı açıktır. Böylece, ilk derece mahkemesi tarafından mahkûmiyet kararı verilmiş olması, hüküm kesinleşmediği sürece sanık sıfatını sona erdirmemektedir. Hakkında verilen mahkûmiyet hükmü kesinleşmemiş bulunan sanığın, sanki cezasının infazına başlanmışçasına, temyiz aşamasındaki tutukluluk süresinin toplam tutukluluk süresinin hesabından düşülmesi ve bu sürelerin uzun tutukluluk olarak nitelendirilmemesi hukukumuzda kabul edilemez<sup>49</sup>. Böyle bir durumda tutuklamanın peşin bir cezaya dönüşeceğini, temyiz incelemesinin çok uzun bir dönem süremesi durumunda ağır hak ihlallerinin ortaya çıkabileceğini öngörebiliriz<sup>50</sup>.

Yukarıdaki açıklamalara karşı çıkanlar hukuki dayanak olarak sadece Adalet bakanlığı tarafından çıkarılmış bir genelgeye atıfta bulunmaktadır<sup>51</sup>. Adalet Bakanlığının “Ceza İnfaz Kurumlarının Tahsisi, Nakil İşlemleri ve Diğer Hükümler”<sup>52</sup> başlığını taşıyan Genelgesi, hakkında ilk derece mahkemelerince

49) Özen, Devrim ve Ergün (2010), *a.g.e.*, s. 185-186.

50) Özen, Devrim ve Ergün (2010), *a.g.e.*, s. 185-186.

51) Dönmez, Halit (2010) “CMK 102 deki Tutukluluk Süresiyle İlgili Değerlendirmeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 68, Sayı:2010/4, s. 189 vd.

52) Adalet bakanlığının, 22 Ocak 2007 tarihli, 45/1 numaralı Genelgesi.

mahkûmiyet hükmü kurulan fakat cezaları henüz kesinleşmeyen sanıklarla ilgili olarak “hükümözlü” kavramına yer verilmiştir. Genelge hükümözlülere, hakkında henüz karar verilmemiş ve yargılamaları tutuklu olarak sürdürülen sanıklara göre daha sıkı infaz rejimine tabi tutulmuştur. Bu genelgede yer verilen “hükümözlü” kavramı ve hükümözlü kişilerin sanıklar ile hükümleri kesinleşmişler arasında bir statü verilmesi, ne Anayasa ne de ilgili yasalarda düzenlenmemiş bir konudur. Düzenleyici işlemlerle dahi temel hak ve özgürlüklere sınırlama getirilemeyen bir hukuk sisteminde, genelgeler ile yeni kavramların ihdası ile özgürlüklerin sınırlanması kabul edilemez. Söz konusu genelge ile cezaevi iç düzenine ilişkin bazı kuralların getirileceği kabul edilebilirse de, kişinin “sanık” statüsünün böyle bir düzenleme ile değişikliğe uğratılması düşünülemez. Sonuç olarak, ne AİHM içtihadı hukukumuzda daha geniş düzenlemiş bir özgürlük alanının daraltılması maksadıyla kullanılabilir, ne de normlar hiyerarşisi bakımından yeterli etkiyi sağlayamayacak ve hatta sağladığı iddia edildiğinde anayasaya aykırı olacak bir düzenlemeye dayanılarak kişilerin sanık statülerinde değişiklik yapılabilir.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, yukarıda ele aldığımız bireysel başvurularla önüne gelen davalar sonucunda vermiş olduğu kararlarda, AİHM içtihadına dayanarak, tutukluluk süresinin hesaplanmasında ilk derece ceza mahkemesinin vermiş olduğu karar tarihini esas almış, bu içtihadın CMK ve ilgili mevzuat kapsamında Türkiye uygulamasını daraltıcı bir etki yaratıp yaratmadığını test etmemiştir.

Tutukluluk konusunda bir başka sorun Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvurular sonucunda vermiş olduğu kararların niteliği ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümünün 2012/1272 sayılı Mustafa Balbay hakkında vermiş olduğu kararı dayanak yapan benzer durumda olan tutuklu milletvekillerinin, kendi tutukluluk durumlarına Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda son verilmesiyle ilgili başvuruları Diyarbakır 5. ve 6. Ağır Ceza Mahkemeleri tarafından reddedilmiştir. Kararlara yapılan itirazlar da Diyarbakır 4. ve 6. Mahkemeleri tarafından reddedilmiştir. Bu red kararları, Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru sonucunda verdiği kararların niteliğini gündeme getirmiştir. Red kararlarında Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru üzerine vermiş olduğu kararların, kişiler hakkında verilen bağlayıcılığı genel olmayan (*erga omnes* etkisi olmayan) bir nitelik taşıdığı ileri sürülmektedir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi kararının sadece ilgili birey hakkında bağlayıcı olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca, tutukluluğun kaldırılmasına ilişkin istemler değerlendirilirken Anayasa Mahkemesi tarafından oluşturulan ölçüt ve ilkeleri dikkate almaksızın genel ve soyut gerekçelere başvurulmuştur<sup>53</sup>.

53) Örneğin Bkz. Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesinin 16 Aralık 2013 tarih ve E. 2013/139 sayılı

Anayasa Mahkemesi'nin, özellikle uzun tutukluluk süresinin bir anayasal ihlal teşkil edip etmediği konusunda bireysel başvuru sonucunda verdiği kararlar doğal olarak o başvuru açısından bağlayıcıdır. Ancak Mahkeme ihlal sonucuna ulaşırken genel bazı değerlendirmelerde bulunarak bazı ölçüt ve ilkeler oluşturmuştur. Bu ölçüt ve ilkelerin bir kısmı AİHM içtihadını da yansıtmaktadır. Kanımızca, tüm diğer mahkemelerin benzer konularda karar verirken bu ölçüt ve ilkeleri esas alması gerekir. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararları bağlayıcıdır ve diğer mahkemeler tarafından ulaşılan sonuçların bu kararlara uygun olmaması hukuki hata niteliğindedir.

Son olarak, Anayasa Mahkemesi kararlarının yürürlüğe gireceği tarihin ertelenmesinin temel hak ve özgürlüklere ilişkin kararlar bakımından uygulamada yaratacağı sorunlara değinmek gerekir.

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, "Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez." 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanarak, Mahkemenin gerekli gördüğü hallerde, Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabileceği belirtilmektedir.

Söz konusu kuralın oluşturulma nedeni, iptal kararlarıyla oluşan yeni durumun bir yasal düzenleme gerektirdiği durumlarda, yasama organına durumu gözönüne alarak yeni bir politika belirleme olanağı tanımaktır.

Anayasa Mahkemesi bu kurala dayanarak 6352 sayılı Kanun'un 75 inci maddesini iptal eden hükmün, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine oybirliği ile karar vermiştir. Azami on yıllık tutukluluk süresini temel hak ve özgürlüklerle bağdaşmayacak derecede ölçüsüz bulan Anayasa Mahkemesi'nin bu kuralın yürürlük tarihini bir yıl erteleme, temel hak ve özgürlükleri garanti altına alan bir anayasal düzenle çelişir niteliktedir. Gerçi böyle bir durumda yasama organının hızlı bir şekilde yeni yasal düzenlemeyi yapma ihtimali vardır. Ancak, konu yasama organının takdirine dayalıdır. Benzeri örnekler yasama organının da süre sonuna kadar bir düzenleme yapmadığına işaret etmektedir. Halihazırda on yıllık azami süreye yakın tutuklu bulunan tüm bireylerin haklarının ihlal

---

Selma Irmak ve İbrahim Ayhan hakkında verdiği karar; Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesinin 16 Aralık 2013 tarih ve E. 2010/444 sayılı Kemal Aktaş hakkında verdiği karar; Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesinin E 2013/3 sayılı Faysal Sarıyıldız hakkında verdiği karar.



edildiği gözönüne alınacak olursa, bu kişilerin bir yıllık erteleme süresini beklemek zorunda bırakılmaları “insan haklarına saygılı” bir devlet yapısı ile bağdaşmaz niteliktedir. Bu sorun sadece tutukluluk süresi ile ilgili olanlar değil, anayasal temel hak ve özgürlüklere aykırı bulunan yasaların iptal edildiği ve kararın yürürlüğe gireceği tarihin ertelendiği tüm diğer örneklerde de karşımıza çıkmaktadır.

## KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü (2013), 2012 Faaliyet Raporu, Ankara.
- Bilge Adamlar Kurulu (2011), Çağcıl Hukuk Sistemlerinde ve Türkiye’de Tutuklama, Rapor no: 38, Bilge Adamlar Stratejik Araştırma Merkezi BİLGESAM Yayınları, İstanbul.
- Dönmez, Halit (2010) “CMK 102 deki Tutukluluk Süresiyle İlgili Değerlendirmeler”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 68, Sayı:2010/4, ss. 189-198.
- Fair Trials International, (2011), Report, Detained without Trial:FairTrial International’s Response to the European Commission’s Green Paper on Detention, London.
- Feyzioğlu, Metin ve Ergün, Güneş Okuyucu (2010), “Türk Hukukunda Tutuklulukta Aazami Süre”, AÜHFD, Cilt: 59, Sayı: 1, ss. 35-59.
- Feyzioğlu, Metin (1999), “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, AÜHFD, Cilt 48, Sayı: 1-4, ss. 135-163.
- Feyzioğlu, Metin (2009), “Tutuklamaya Dair Uygulamada Görülen Bazı Sorunlar, Tesbitler, Değerlendirmeler”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara, ss.1189-1193.
- Hakeri, Hakan ve Ünver, Yener (2008) Ceza Muhakemesi Hukuku, Temel Bilgiler, Ankara.
- Kazancı, Behiye Eker (2012), “AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Koruma Tedbiri ile İlgili Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 98, s. 75-104.
- Macovei, Monica (2002), Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz, Avrupa Konseyi İnsan hakları Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Kitapçıkları no. 5, Strasbourg.
- Özbek, Veli Özer; Kanbur, Mehmet Nihat; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar ve Tepe, İlker (2013), Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Özen, Muharrem; Güngör, Devrim ve Ergün, Güneş Okuyucu (2010), “AİHM Işığında Türk Hukukunda Tutukluluk Süresine İlişkin Değerlendirmeler”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 68, Sayı:2010/4, ss. 181-187.
- P. van Dijk ve G. J. H. Van Hoof (1998) Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International, The Hague.
- Robin, C. A. White ve Owey, Clae (2010) The European Convention on Human Rights, Beşinci Baskı, Oxford University Press, London.

## ÖZET

Tutuklama için öngörülen süreler kişi özgürlüğü çerçevesinde insan hakları hukukunun önemli bir ilgi alanıdır. Uzun tutuklama süreleri kişi özgürlüğünü aşırı sınırlandıran bir insan hakları ihlaline neden olur. Türkiye'de Ceza Muhakemeleri Kanunu tutuklama sürelerine ilişkin bir düzenlemeye yer vermiştir. Bununla birlikte, yasadaki müphem ifadeler, diğer yasalardaki hükümler ve kanunun uygulamasından kaynaklanan sorunlar nedeniyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, diğer uluslararası insan hakları kuruluşları, hukukçular ve insan hakları alanında faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşları uzun tutukluluk süreleri ile ilgili eleştirilerini sürdürmüşlerdir. Bu makalede Ceza Muhakemeleri Kanununun ilgili maddeleri ile Anayasa Mahkemesi kararları; Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ve karşılaştırmalı hukuk ışığında değerlendirilecektir.

**Anahtar kelimeler:** Tutukluluk, tutukluluk üst süresi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, karşılaştırmalı ceza muhakemeleri hukuku.

# Kültür Varlıklarının ve Sanat Eserlerinin Hukuki Açısından Korunması

Legal Protection of Cultural Property and Work of Arts

**Yrd. Doç. Dr. Murat Volkan Dülger**

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## ABSTRACT

In this article aiming the survey of copyrighted artworks and movable cultural properties in Turkish judicial system, essential definitions, texts and related corporations shall be presented. In the sections, the rights of the work's owner; purchase-sale of cultural properties; information on the rights regarding use and representation, legal situation of the purchaser; exceptions; philanthropic use of art; tax related issues; comparative survey in six countries besides Turkey shall be defined.

**Keywords:** cultural properties, copyrighted works, cultural heritage, money laundering, art trade

## GİRİŞ

Anadolu, bilinen tarihten bu yana çeşitli uygarlıkların ortaya çıktığı, çeşitli kavimlerin yaşadığı bir toprak parçası olmuştur. Üç tarafı denizlerle çevrili, ılıman iklimli ve verimli topraklar büyük uygarlıkların kök saldığı, yerleşik düzenin olduğu ve artı değer üretiminin gerçekleştiği bir coğrafyadır. İşte bu koşulların varlığı, söz konusu uygarlıklardan kalan çok sayıda mimari eserin, arkeolojik kalıntının ve güzel sanat eserinin bu coğrafyada yer almasına yol açmıştır. Anadolu'da antik Yunan'dan günümüz Türkiye'sine kadar her toplumun üretimi olan bu tür varlıklar bulunmaktadır.

Bu tür varlıklar ülkemizde esas olarak Kültür ve Turizm Bakanlığı ile Müzeler Genel Müdürlüğü'nün koruması ve denetimi altında olup aşağıda ayrıntısı açıklanacağı üzere konuya ilişkin gerekli çalışmalar yapılmaktadır. Ancak tüm

dünyada kültür varlıklarının ve güzel sanat eserlerinin korunması ve ticareti başlı başına bir hukuk dalı iken, ülkemizde bu konu hiç ilgi görmemekte hatta varlığından bile haberdar olunmamaktadır.

Konunun özelliği ve güzelliği, sanat gibi sınırlara ve kalıplara sığmayan bir alan ile hukuk gibi hep sınırları ve kalıpları olan bir alanı bir araya getirebilmektir. Bu ise hem sanatçının hem de hukukçunun kafasında yeni ufukların açılmasına yol açmaktadır. Konunun zorluğu da aslında yine buradan kaynaklanmaktadır. Bu uğraş iki ucu bir araya getirme çabasıdır.

İşte bu çalışmamızla, güzel tesadüfler sonucu ilgilenmek durumunda kaldığımız ve çeşitli uluslararası kuruluşlarda ve çalışma gruplarında yer aldığımız bu hukuk dalının ülkemiz açısından çerçevesini çizmek ve bu alan hakkında belli başlı bilgileri vermek istiyoruz.

## I. Sanat Eserleri ve Kültür Varlıklarının Genel Çerçevesi

Ülkemiz açısından yeni bir alan olan bu konunun açıklamasına öncelikle kültür mirası ve kültür varlıklarının tanımlarının verilerek ve çerçevesinin çizilerek başlanmasının daha iyi olacağını düşünmekteyiz. Ayrıca bu tanımlamaların hem ülkemizdeki yasaların hem de bu alana ilişkin uluslararası mevzuatın göz önünde bulundurularak yapılması gerektiğini ifade etmeliyiz.

### A. Kavramlar, Hukuki Düzenlemeler ve İlgili Kurumlar

#### 1. Kavramlar

##### 1. Kültürel Miras, Kültür Varlığı

Konunun açıklanmasına geçilmeden öncelikle, kültür mirasının ve kültür varlıklarının bir tanımını yapmak gerekir; buna göre *“kültürel miras, geçmişten gelen ve bugünün toplumuna miras kalan bütün kültürel ifade biçimlerini kuşatır”* şeklinde bir tanım yapmak mümkündür. Kültür varlığının tanımı, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nun 3-a-1 maddesinde *“tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklar”* olarak yapılmıştır<sup>1</sup>.

##### 2. Sanat Eseri

Sanat eserinin ise eserden bağımsız ayrı bir tanımı yoktur. Eser kavramı ise 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 1/B-a maddesinde tanımlanmış-

1) Hüseyin Karaduman, *Türkiye’de Eski Eser Kaçakçılığı*, ICOM Türkiye Milli Komitesi, Ankara, 2007, s.84.

tır, buna göre “Eser: Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini” ifade etmektedir. Görüldüğü üzere yasada eser tanımı geniş tutulmuş, bilimsel yayınlar, fikir ürünleri, hatta bilgisayar programları sanatsal olup olmadıkları aranmaksızın eser olarak nitelendirilmiş, bunlar arasında “güzel sanat eserleri de belirtilmiştir. FSEK’in kendi düzeni ve koruduğu haklar bakımından bu tanım uygundur. Ancak eser kavramının içinde güzel sanat eserlerinin de sayılması yasa koyucunun bu tür eserlere verdiği önemi göstermesi açısından önemlidir.

## **B. Hukuki Düzenlemeler ve İlgili Kurumlar**

### **1. Ulusal Düzenlemeler**

#### **a. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu**

Hukukumuzda kültür varlıklarını koruyan temel yasa 1983 tarihinde yürürlüğe giren 2863 sayılı “Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu”dur<sup>2</sup>. Kanun 1987 yılında 3386 sayılı Kanunla ve 2004 yılında 5226 sayılı Kanunla değişikliğe uğramıştır. Kanun, taşınmaz kültür varlıklarını (yasanın 2. Bölümü) ve taşınır kültür varlıklarını (yasanın 3. Bölümü) kapsamına almaktadır. 2863 sayılı Yasanın 23/a maddesine göre korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları şunlardır:

i. Her çeşit hayvan ve bitki fosilleri, insan iskeletleri, çakmak taşları (sleks), volkan camları (obsidyen), kemik veya madeni her türlü aletler, çini, seramik, benzeri kap ve kacaklar, heykeller, figürinler, tabletler, kesici, koruyucu ve vurucu silahlar, putlar (ikon), cam eşyalar, süs eşyaları (hülliyyat), yüzük taşları, küpeler, iğneler, askılar, mühürler, bilezik ve benzerleri, maskeler, taçlar (diadem), deri, bez, papirus, parşümen veya maden üzerine yazılı veya tasvirli belgeler, tartı araçları, sikkeler, damgalı veya yazılı levhalar, yazma veya tezhipli kitaplar, minyatürler, sanat değerine haiz gravür, yağlıboya veya suluboya tablolar, muhallefat (religue’ler), nişanlar, madalyalar, çini, toprak, cam, ağaç, kumaş ve benzeri taşınır eşyalar ve bunların parçaları,

ii. Halkın sosyal heyetini yansıtan, insan yapısı araç ve gereçler dahil, bilim, din ve mihaniki sanatlarla ilgili etnografik nitelikteki kültür varlıkları,

iii. Madde uyarınca, Osmanlı Padişahlarından Abdülmecit, Abdülaziz, V. Murat, II. Abdülhamit, V. Mehmet Reşat ve Vahidettin ve aynı çağdaki sikkeler, 2863 sayılı Yasaya göre tescile tabi olmaksızın yurt içinde alınıp satılabilirler. Bu madde kapsamına girmeyen sikkeler 2863 sayılı Yasanın genel hükümlerine tabidir.

2) Resmi Gazete, T. 23.7.1983, S.18113.

iv. Maddenin b bendinde milli tarihimizdeki önemleri sebebiyle, Milli Mücadele ve Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşuna ait tarihi değer taşıyan belge ve eşyalar, Mustafa Kemal Atatürk'e ait zati eşya, evrak, kitap, yazı ve benzeri taşınırın da korunması gereken kültür varlıkları kapsamında değerlendirileceği öngörülmüştür.

Yasanın 5. maddesi kültür varlıklarının devlet malı olma niteliğini düzenlemektedir. Bu madde uyarınca Devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzelkişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları devlet malı niteliğindedir<sup>3</sup>. Ancak özel nitelikleri dolayısıyla ayrı statüye tabi tutulan vakıf malları bu maddenin kapsamına alınmamıştır. Söz konusu eşyaların devlet malı olması niteliğinin bir sonucu olarak Yasanın 4. maddesi, bulunan kültür varlıklarının yetkililere haber verilmesi zorunluluğunu getirmektedir.

Bu kanun aynı zamanda yukarıda tanımlanan taşınır kültür varlıklarının alım satımı ve devrini, müzelerle alınmasını ve kültür varlıklarının ticaretini, kültür varlıklarını yurtdışına çıkarma yasağını ve kopya çıkarmayı düzenlemektedir.

### **b. İlgili Yönetmelikler**

2863 sayılı Yasanın uygulamasını somutlaştırmak için şu yönetmelikler çıkarılmıştır:

“Etnografik Nitelikteki Taşınır Kültür Varlıkları Hakkında Yönetmelik”, “Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Yurt Dışına Çıkarılması ve Yurda Sokulması Hakkında Yönetmelik”, “Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik”, “Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelerle Alınmaları Hakkında Yönetmelik”, “Koruma, Uygulama ve Denetim Büroları, Proje Büroları İle Eğitim Birimlerinin Kuruluş, İzin, Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik”, “Taşınır Kültür Varlığı Ticareti ve Bu Ticarete Ait İşyerleri İle Depoların Denetimi Hakkında Yönetmelik”, “Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarını Bulanlara, Haber Verenlere ve Yakalayan Kamu Görevlilerine Verilecek İkramiye İle İlgili Yönetmelik”.

### **c. Görevli ve Yetkili İdare**

*Kültür ve Turizm Bakanlığı*, bu yasanın uygulanmasından sorumlu ana idari organdır. Yasa uyarınca, Bakanlık kimin zilyetliğinde olduğuna bakmaksızın, korunması gereken kültür ve tabiat varlıklarını korumak için gereken tedbirleri

3) Karaduman, s.85.

almakla, bu tedbirlerin uygulanmasını denetlemekle veya diğer idari organların, belediyelerin ve kaymakamlıkların denetlemesini sağlamakla yükümlüdür.

*Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü*, kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili sorumlu kurum olarak Kültür ve Turizm Bakanlığı denetiminde aşağıdaki konulardan sorumludur:

i. Korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının arkeolojik araştırma ve kazılarla açığa çıkarılmasını, korunmasını, değerlendirilmesini ve tanıtılmasını sağlamak, tahribini ve kaçırılmasını önleyici tedbirleri almak,

ii. Gerekli görülen yerlerde müzeler, rölöve ve anıtlar müdürlükleri, restorasyon ve konservasyon laboratuvarları kurulmasını teklif etmek ve bunların idare ve ihtisas işlerini düzenlemek ve yürütmek, özel müzelerin kurulmasına rehberlik etmek, desteklemek ve belirli esaslar çerçevesinde bunları kontrol altında bulundurmak,

iii. Millî sınırlarımız dışında kalan, korunması gerekli, ata yadigarı taşınmaz kültür varlıklarını tespit etmek, karşılıklı kültürel anlaşmalar ve kültürel mübadele programları çerçevesinde bunların bakım ve onarımlarını sağlayıcı tedbirleri almak,

iv. Müzelerin geliştirilmesi, korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının bakımı ve restorasyonu konularında gerekli tedbirleri almak ve uygulamak,

v. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve koruma kurullarına verilen görevlerin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla araştırma, inceleme, tespit, değerlendirme ve planlamaya yönelik hizmetleri yapmak veya yaptırmak,

vi. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve koruma kurulları kararlarının alınmasına ve uygulanmasına dair işlemlerin yürütülmesini ve koordinasyonunu sağlamak,

vii. Gerekli görülen yerlerde kültür ve tabiat varlıklarını koruma kurulları ile büro müdürlükleri kurulmasını Bakanlık makamına teklif etmek ve bunların idare ve ihtisas işlerini düzenlemek ve yürütmek,

viii. Her türlü imkân ve araçtan faydalanarak, koruma kültürünün geliştirilmesini sağlamak, (Ek ibare: 14/7/2004-5225/13 md.) kültür yatırımları ve girişimlerinin belgelendirme işlemlerini ilgili birimlerin koordinasyonunda yürütmek, bunların faaliyetlerini denetlemek, kültür varlıklarının tahsis, restorasyon, restitüsyonlarıyla ilgili ihale ve kontrollük işlerini yapmak veya yaptırmak,

ix. Bakanlık makamınca verilecek benzeri görevleri yapmak.

2863 sayılı Yasa ile yukarıda belirtilen bakanlık ve genel müdürlük dışında ayrıca üç idari organ daha kültür ve tabiat varlıklarını koruma ve değerlendirmede yetkili kılınmıştır:

i. TBMM Genel Sekreterliği (Milli Saraylar) TBMM tarafından yönetilen milli sarayları korumak ve değerlendirmekle görevlidir. Gerekli durumlarda Kültür ve Turizm Bakanlığı ile teknik işbirliği yapılır.

ii. Milli Savunma Bakanlığı, askeri bölgelerde, sınır bölgelerinde ve yasak bölgelerdeki kültür ve tabiat varlıklarının korunması ve değerlendirilmesinden sorumludur. Uyulması gereken prensipler Kültür ve Turizm Bakanlığı ile Milli Savunma Bakanlığı arasında bir protokolle belirlenir.

iii. Vakıflar Genel Müdürlüğü, kendisine bağlı vakıflara ait kültür ve tabiat varlıklarının ve özel ve kamu mülkiyetinde olan cami, türbe, kervansaray, medrese, han, hamam, mescit, manastır, Mevlevi tekkeleri ve çeşme gibi varlıkların korunması ve değerlendirilmesinden sorumludur.

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile Orman ve Su İşleri Bakanlığı da (Doğa Koruma ve Milli Parklar Genel Müdürlüğü) kültür ve tabiat varlıklarının korunmasında birtakım yetkilere sahiptir<sup>4</sup>.

## **2. Kültür Varlıklarının Korunması ile İlgili Yasal Çerçeve: Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması İçin Alınacak Tedbirlerle İlgili Uluslararası Sözleşmeler**

### **a. 1970 UNESCO Sözleşmesi**

Türkiye, “*Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması İçin Alınacak Tedbirlerle İlgili 1970 UNESCO Sözleşmesi*”ni 2256 sayılı Yasa ile 25.12.1979 tarihinde kabul etmiştir<sup>5</sup>. Dolayısıyla bu sözleşme ülkemiz açısından yürürlüktedir.

Bu sözleşme, kültür varlıkları ile ilgili olarak ilk defa 1954 Lahey Sözleşmesi (Silahlı Çatışma Durumunda Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi ve Protokolü) ile getirilmiş korumanın kapsamını genişletmek amacıyla, 1970 yılında 122 üye devlet tarafından imzalanmıştır<sup>6</sup>. UNESCO, 1978 yılında, Kültürel Varlıkların Ait Oldukları Ülkelere İadesinin Teşviki Hükümetler Arası Komitesini kurmuştur<sup>7</sup>. Bu komite, bir müzakere, arabuluculuk ve uzlaştırma komitesidir ve önemli kültürel varlıkların iadesini kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Komite

4) [http://www.european-heritage.coe.int/sdx/herein/national\\_heritage/voir.xsp?id=2.1.1\\_TR\\_en,29.5.2013](http://www.european-heritage.coe.int/sdx/herein/national_heritage/voir.xsp?id=2.1.1_TR_en,29.5.2013).

5) [http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc063/kanuntbmmc063/kanuntbmmc06302256.pdf,25.5.2013](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc063/kanuntbmmc063/kanuntbmmc06302256.pdf,25.5.2013).

6) Ümit Ceylan, Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Kaçakçılığı Suçu (Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m.32, 68), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s.136.

7) <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/illicit-traffic-of-cultural-property/,25.5.2013>.



tenin kararları tavsiye niteliğinde olup bağlayıcı değildir ve temel amacı kültür varlıklarının iadesi olduğu kadar bu konuda kamu bilincini güçlendirmektir<sup>8</sup>. Komite'nin Türkiye dâhil olmak üzere 22 üyesi vardır<sup>9</sup>. UNESCO aynı zamanda, özellikle kriz durumlarında kamu bilincini geliştirmek amacıyla acil müdahale önlemleri almaktadır<sup>10</sup>.

1970 Sözleşmesinde, devletlerin harekete geçmesi amacıyla ihtiyati tedbirler, iade hükümleri ve uluslararası işbirliği sistemi öngörülmüştür<sup>11</sup>. Sözleşmenin 1. maddesinde kültürel varlık tek tek sayılmak suretiyle tanımlanmaktadır<sup>12</sup>:

*“Bu Sözleşme hükümlerine göre, dinsel nitelikte olsun olmasın, her Devlet tarafından arkeoloji, tarih öncesi, tarih, sanat veya bilim için önemli olarak gösterilen ve aşağıdaki kategorilere giren değerler kültür varlığı sayılırlar:*

*a) Az bulunur zooloji, botanik, mineroloji ve anatomi örnekleri ile koleksiyonlar, paleontoloji bakımından değer taşıyan nesnelere;*

*b) Bilim ve teknik tarihi ile askeri ve sosyal tarihi kapsayan tarihe, ulusların idare adamlarının, bilginlerinin, düşünür ve sanatçılarının hayatlarına ve önemli olaylara değin varlıklar;*

*c) Kamuna uygun veya aykırı olarak yapılan kazı ve arkeolojik bulgu ürünleri;*

*d) Tarih ve sanat değeri taşıyan anıtlar ile arkeolojik sitelerden artakalmış kırık, dağınık parçalar;*

*e) Yüz yıldan daha eskiye ait sikke, hakkedilmiş mühür, kitabe ve benzeri şeyler;*

*f) Etnolojik gereçler;*

*g) Sanat değeri bulunan aşağıda gösterilmiş varlıklar:*

*I) Her türlü satıh üzerine, her türlü malzeme ile ve elle yapılmış tablolar, resimler, desenler (elle süslenmiş imalat ürünleri ile sanayiye değin desenler bunların dışındadır);*

*II) Her türlü malzemeden yapılmış orijinal heykeller, heykeltçilik sanatına değin ürünler;*

*III) Orijinal gravürler, baskılar ve taş basmaları;*

8) <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/restitution-of-cultural-property/>, 25.5.2013.

9) <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/restitution-of-cultural-property/members-of-the-intergovernmental-committee/>, 25.5.2013.

10) <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/illicit-traffic-of-cultural-property/emergency-actions/>, 25.5.2013.

11) Serap Akipek, *Ulusal ve Uluslararası Açıda Kültür Malları*, Ankara, Turhan Kitabevi, 1999, s.274 vd.

12) Ceylan, s.139.

*IV) Her türlü malzemeden meydana getirilmiş sanat değeri bulunan montajlar ve assemblajlar;*

*h) Az bulunur el yazmaları, 1500 yıllarından önce yapılmış baskılar, tarih, edebiyat ve bilim yönünden özel önem taşıyan eski kitaplar, yayınlar, belgeler (tek veya koleksiyon halinde);*

*i) Posta ve damga pulları ile benzeri pullar (tek veya koleksiyon halinde);*

*j) Arşivler (plak, fotoğraf ve sinema arşivleri dahil);*

*k) Yüz yılı aşkın döşeme eşyaları ve eski müzik aletleri.”*

Sözleşmenin 4. maddesi “devlete ait kültürel miras” hakkında daha açıklayıcı bir tanım getirmektedir:

*“Bu Sözleşmeye taraf olarak katılmış bulunan Devletler, aşağıdaki kategorilerde yer alan kültür varlıklarının, bu Sözleşme gereğince her Devletin kendi öz kültür varlığı olduğunu kabul ederler:*

*a) İlgili Devletin vatandaşlarının tek veya kolektif dehasından doğmuş kültür varlıkları ile o Devletin topraklarında veya vatansız olarak ikamet eden kimselerin yarattıkları, o Devletçe önemli sayılan kültür varlıkları;*

*b) Ulusal topraklarda bulunmuş kültür varlıkları;*

*c) Arkeoloji, etnoloji ve tabii bilim misyonlarının, varlıkların esas sahibi olan ülkenin yetkili mercilerinin muvafakati ile edindikleri kültür varlıkları;*

*d) Serbestçe kabul edilmiş mübadelelerle konu teşkil etmiş kültür varlıkları*

*e) Varlıkların esas sahibi olan ülkenin yetkili mercilerinin muvafakati ile parasız edinilmiş veya kanun yollarından satın alınmış kültür varlıkları.*

Sözleşmenin 5. maddesi, kültür varlıklarının yasadışı ithalat, ihracat ve devrinin önlenmesi için devletlere sınırları içinde bulunmaması halinde bir veya daha fazla Kültür Varlıklarını Koruma Servisi oluşturma yükümlülüğünü getirmiştir<sup>13</sup>.

Sözleşmenin 6. maddesi, kültürel varlıkların ihracı halinde bir ihraç sertifikası yükümlülüğü getirmektedir ve devletin yetkili kurumları tarafından verilmiş bu ihraç sertifikası olmadan kültür varlıklarının ihracı yasaklanmıştır<sup>14</sup>.

Taraf devletler, 1970 UNESCO Sözleşmesinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Sözleşmenin 7. maddesi gereğince, menşe ülkeden gelen bir iade talebi sonucunda söz konusu kültür varlığına el koymayı ve bu kültür varlığının iadesi hususunda uygun adımları atmaya, iade talebinde bulunun ülkenin bu varlıkları iyi niyetli alıcı sıfatıyla edinmiş olan sahibine hakça bir giderim ödemesi karşılığında, taahhüt ederler<sup>15</sup>.

13) Karaduman, s.112.

14) Karaduman, s.113.

15) Karaduman, s.113.

Sözleşmenin 13. maddesi devletlerin önleyici tedbirler alma konusundaki yükümlülüğünü düzenlemektedir:

*“Bu Sözleşmeye taraf olarak katılmış Devletler ayrıca (her Devletin kendi mevzuatı çerçevesi içinde) aşağıdaki hususları taahhüt ederler:*

*a) Kültür varlıklarının kanunsuz ithal ve ihracını kolaylaştırır nitelikte görülen mülkiyet transferlerini uygun tedbirlerle önlemek;*

*b) Kanunsuz ihraç edilmiş kültür varlıklarının en kısa süreler içerisinde yetkili kimselere iadesini kolaylaştırmak amacıyla ilgili servislerin işbirliği yapabilmelerini sağlayıcı tedbirleri almak;*

*c) Kaybolmuş veya çalınmış kültür varlıklarının gerçek sahiplerinin veya vekillerinin ileri sürecekleri hak iddialarını işleme koymak;*

*d) Bu Sözleşmede taraf olan her Devlete belirli bazı kültür varlıkları hakkında zaman aşımına uğramazlık hakkı tanınmanın dışında; bunları sınıflandırmak ve bunların başkalarına çevrilmezlikleri bulunduğunu ilan ederek ihraç edilmiş bulunmaları halinde ilgili devletler tarafından geri alınmasını kolaylaştırmak.”*

Sözleşmenin 14. maddesi gereğince üye her Devlet, yapabildiği ölçüde bu tedbirleri gerçekleştirmek amacıyla uygun bir bütçe ve gerekirse bir fon oluşturmakla yükümlüdür.

Buna göre, 1970 UNESCO Sözleşmesinin uluslararası işbirliğini teşvik ettiğini ve bu amaçla sözleşmeye taraf devletlere bir dizi yükümlülük getirdiği görülmektedir.

Uluslararası işbirliğini sağlamak amacıyla, UNESCO, devletlerin uyguladığı özel hukukun, özellikle ticaret hukukunun uyumlulaştırılması ve modernleştirilmesi amacıyla kurulmuş Roma merkezli bağımsız bir hükümetler arası kuruluş olan UNIDROIT'dan 1970 Sözleşmesine bir yedek araç olması amacıyla Çalınan veya Yasadışı İhraç Edilen Kültürel Objeler hakkında 1995 UNIDROIT Sözleşmesi'ni oluşturmasını talep etmiştir. Devletler bu sözleşme ile çalınan veya yasadışı ihraç edilen kültür varlıkları hakkında ortak bir davranış geliştirmeyi ve iade taleplerinin doğrudan olarak yerel mahkemelerde değerlendirmesini sağlamayı taahhüt etmektedirler. Üstelik UNIDROIT Sözleşmesi, sadece kayıt altına alınan veya açıklanmış olanları değil bütün çalınan kültür varlıklarını kapsamaktadır ve bütün kültür varlıklarının iade edilmesini şart koşmaktadır. Türkiye, UNIDROIT'nin bir üyesi olmasına rağmen henüz Çalınan veya Yasadışı İhraç Edilen Kültürel Objeler hakkında 1995 UNIDROIT Sözleşmesini onaylamamıştır<sup>16</sup>.

16) Karaduman, s.120, 121.

## b. Diğer Çok Uluslu Sözleşmeler

i. Avrupa Mimari Mirasının Korunması Sözleşmesi (Granada Sözleşmesi, 1985) Türkiye tarafından 1989'da onaylanmış ve 1990'da yürürlüğe girmiştir<sup>17</sup>.

ii. Arkeolojik Mirasın Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (Valetta Sözleşmesi, 1992) Türkiye tarafından 1999'da onaylanmış ve 2000'de yürürlüğe girmiştir<sup>18</sup>.

iii. Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunması Sözleşmesi (Paris, 1957) Türkiye tarafından 1982'de onaylanmış ve 1983'te yürürlüğe girmiştir<sup>19</sup>.

iv. Silahlı Bir Çatışma Halinde Kültür Mallarının Korunmasına Dair Sözleşme (Lahey, 1954) Türkiye tarafından 1965 yılında onaylanmış ve yürürlüğe girmiştir<sup>20</sup>.

v. Somut olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi (Paris, 2003) Türkiye tarafından 2006 yılında onaylanmış ve yürürlüğe girmiştir<sup>21</sup>.

## C. Eser Sahibinin Hakları

### 1. Manevi Haklar

Türkiye'de telifli eserlerin korunması 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. Türkiye, Bern Sözleşmesi ve TRIPS üyesi olup<sup>22</sup>; FSEK, 1995 ve 2001 değişiklikleri sonrasında bu sözleşmelerle uyumlu hale getirilmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere FSEK'in 1/B maddesinde eser tanımlanmıştır.

Söz konusu hüküm uyarınca, bir eser öncelikle sahibinin özelliklerini taşımalıdır, başka bir deyişle eser olarak korunmak için bir orijinalliğe sahip olmalıdır. Bir eserin, FSEK kapsamında korunması için aynı zamanda bir fikri çabanın ürünü olmalı ve maddede öngörülen dört gruptan birine girmelidir<sup>23</sup>. Bu gruplar "ilim ve edebiyat", "musiki", "güzel sanatlar" ve "sinema eserleri"dir<sup>24</sup>. Bir başka deyişle, telif hukuku kapsamında korunuyor olma ölçütleri özgünlük, yaratıcılık ve hususiyettir.

17) <http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR,14268/avrupa-mimari-mirasinin-korunmasi-sozlesmesi.html>, 25.5.2013.

18) [http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc083/kanuntbmmc083/kanuntbmmc08304434.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc083/kanuntbmmc083/kanuntbmmc08304434.pdf), 25.5.2013.

19) <http://www.kulturvarliklari.gov.tr/TR,43216/dunya-kulturel-ve-dogal-mirasin-korunmasi-sozlesmesi.html>, 25.5.2013.

20) <http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR,14270/silahl-bir-catisma-halinde-kultur-mallarinin-korunmasi-.html>, 25.5.2013.

21) <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5448.html>, 25.5.2013.

22) Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s.67-82.

23) Tekinalp, s.103.

24) Tekinalp, s.114.

Yasanın 6. maddesi uyarınca, diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilen ve bu esere nispetle bağımsız olmayan fikir ve sanat mahsulleri işlenmedir (işleme eser)<sup>25</sup>. Söz konusu madde; tercümelere; roman, hikaye, şiir ve tiyatro piyesi gibi eserlerden birinin bu sayılan nevilere bir başkasına çevrilmesini; musiki, güzel sanatlar, ilim ve edebiyat eserlerinin film haline sokulması veya filme alınmaya ve radyo ve televizyon ile yayıma müsait bir şekilde sokulmasını; musiki aranjman ve tertiplerini; güzel sanat eserlerinin bir şekilden diğer şekillere sokulmasını; bir eser sahibinin bütün veya aynı cinsten olan eserlerinin külliyat haline konulmasını ve belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde seçme ve toplama eserler tertibini işleme eserlere örnek olarak göstermektedir. Madde 6 uyarınca, işleyenin hususiyetini taşıyan işleme eserler FSEK kapsamında “eser” olarak korunmaktadırlar<sup>26</sup>.

Yasanın 8. maddesi eser sahibinin eseri meydana getiren kişi olduğunu belirtmektedir. Böylelikle, sadece gerçek kişiler FSEK uyarınca eser sahibi olabilirler<sup>27</sup>. Aynı zamanda, orijinal eserin sahibinin hakları saklı kalmak şartıyla, işleme eserin sahibi işleyendir. FSEK madde 18 uyarınca, aksine anlaşma olmadıkça işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır.

Hem orijinal eser hem de işleme eser sahibi eser sahibi olarak korundukları için bu ikisine tanınmış haklarda bir ayırım gözetilmemiştir. Reşit olmayan küçükler de hak sahibi olabilirler.

Eser sahibinin manevi hakları münhasıran eser sahibine aittir ve bu haklar bir üçüncü tarafa devredilemez veya bu haklardan vazgeçilemez. Ancak, eser sahibi manevi hakların kullanımını üçüncü bir tarafa bırakabilir. Ayrıca, manevi hakların korunma süresi kısıtlanmamıştır. Eser sahibinin ölümünden sonra, mali haklardan yararlanan kişiler veya eser sahibinin yakınları manevi haklara dayanarak üçüncü kişilerin bu hakları tehlikeye atmasını, örneğin eser sahibinin aşığılanmasını engelleyebilir<sup>28</sup>. Eser sahibinin manevi hakları şunlardır:

i. Umuma arz yetkisi: Bir eserin umuma arz edilip edilmemesini, yayımlanma zamanını ve tarzını münhasıran eser sahibi tayin eder. Eserin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzı, sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise eser sahibi, başkasına yazılı izin vermiş olsa bile eserin gerek aslının gerek işlenmiş şeklinin umuma tanıtılmasını veya yayımlanmasını menedebilir. Me-

25) Tekinalp, s.133.

26) Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s.166.

27) Öztan, s.234.

28) Sami Karahan/Cahit Suluk/Tahir Saraç/Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2009, s.72.

netme yetkisinden sözleşme ile vazgeçmek hükümsüzdür. Diğer tarafın tazminat hakkı saklıdır.

ii. Adın belirtilmesi yetkisi: Eseri, sahibinin adı veya müstear adı ile yahut ad-sız olarak, umuma arz etme veya yayımlama hususunda karar vermek salahiyeti münhasıran eser sahibine aittir.

iii. Eserde değişiklik yapılmasını menetme yetkisi: Eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiş-tirmeler yapılamaz.

iv. Eserin Aslına Ulaşma Hakkı: Eser sahibi, aslını elinde bulunduran malik-ten veya zilyetten, geçici bir süre yararlanmak maksadıyla eseri talep edebilir.

v. Sergileme (Teşhir) Hakkı: Eserin tek ve özgün olması durumunda eser sahibi, kendisine ait tüm dönemleri kapsayan çalışma ve sergilerde kullanmak amacıyla, koruma şartlarını yerine getirerek iade edilmek üzere eseri isteyebilir.

vi. Eseri tahrip etmeyi önleme hakkı: Aslın maliki, eser sahibi ile yapmış oldu-ğu sözleşme şartlarına göre eser üzerinde tasarruf edebilir. Ancak eseri bozamaz ve yok edemez ve eser sahibinin haklarına zarar veremez. Böylece malikin eşya hukukundan doğan mülkiyet hakkına eser sahibi lehine sınırlama getirilmiştir<sup>29</sup>.

## 2. Mali Haklar

Eser sahibinin mali hakları şunlardır:

i. İşleme hakkı: Bir eseri işleme hakkı münhasıran eser sahibine aittir.

ii. Çoğaltma hakkı: Bir eseri kısmen veya tamamen çoğaltma hakkı münhası- ran eser sahibine aittir. Eserin orijinal halinden ikinci bir kopya meydana getir- mek veya var olan/ilerde ortaya çıkacak olan bütün medya araçları, ses–müzik kayıt cihazları ile kaydetmek, plan, proje ve mimari taslak çizimlerinin uygulan- ması çoğaltma sayılır.

iii. Yayma hakkı: Bir eseri, eserin veya işleminin çoğaltılmış halini herhangi bir şekilde yayma, kiraya verme, ödünç verme, satma veya ticarete konu yapma ve bu şekilde eserden yararlanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.

iv. Bir eserin nüshalarının Türkiye'ye yasal veya yasal olmayan yollardan so- kulması halinde eseri alenileştirmek ve eserden yararlanmak hakkı münhasıran eser sahibine aittir.

v. Topluma açık yerlerde gösterme veya temsil etme hakkı: Eseri temsil yolu ile örneğin orijinalini veya işlenmiş halini doğrudan veya dijital iletim de dâhil olmak üzere her nevi işaret, ses ve/veya görüntü iletimine yarayan araçlarla oku- ma, oynatma ve sergileme hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Aynı zamanda

29) Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s.72-76.

temsilin kamuya sunulduğu yerden başka bir yere teknik araçlarla iletimi hakkı da eser sahibine aittir.

vi. Yayınlama hakkı: dijital iletim de dahil olmak üzere her nevi işaret, ses ve/veya görüntü iletimine yarayan araçlarla yayınlama hakkı münhasıran eser sahibine aittir<sup>30</sup>.

Eser sahibinin mali hakları, manevi haklardan farklı olarak, üçüncü kişilere devredilebilir veya hukuki işlemlere konu olabilir. Eser sahibi, karşılık teşkil eden ücretin miktarını serbestçe belirleyebilir. Ancak, eser sahibi haklarının tabii bir Meslek Birliği'ne bırakabilir. Bu durumda, bu meslek birliği temsilde ödenecek ücretler konusunda tarifeler belirleyebilir<sup>31</sup>.

FSEK'in 27. maddesi uyarınca, mali haklardan faydalanma süresi eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren yetmiş yıl devam eder. Bu haklara tecavüz halinde tecavüz edenin kusurlu olması önem taşımamaktadır.

## II. Kültür Varlıklarının ve Sanat Eserlerinin Alım Satım ve İhracatı

Kültür ve tabiat varlıklarının yurt dışına çıkartılması yasak olmakla beraber, ülkemizde bu eylemlere sıklıkla rastlanmaktadır. Bu tür eylemlerin önlenmesi ve yaptırımsız bırakılmaması amacıyla 2683 sayılı Yasada bunlar suç olarak düzenlenmişlerdir.

Kültür varlıkları ve sanat eserleri, piyasa rayıçlarındaki değişkenlik nedeniyle suç gelirlerinin yasal sisteme ve kayıt altına sokulmasında teknik tabiriyle aklanmasında bir araç olarak kullanılmaktadır; zira on liraya satılan bir sanat eserinin bin liraya satılmış gibi gösterilmesi ve aradaki farkın yasal bir kazançmış gibi bildirilip vergilendirilmek suretiyle yasal ekonomik sisteme sokulması son derece kolaydır. Bu nedenle uluslararası hukukta ve yabancı ülke hukuklarında bu konuda düzenlemeler ve sıkı tedbirler yer almaktadır. Bu bağlamda suç gelirlerinin aklanmasıyla mücadelede küresel çapta en önemli uluslararası kuruluş olan Financial Action Task Force (FATF) konun üzerinde hassasiyetle durmaktadır.

Bu sebeple makalemizin bu bölümünde öncelikle kültür ve tabiat varlıklarının kaçakçılığı suçu, sonrasında suç geliri ve aklanması ile ilgili tanımlardan, ilgili kurumlardan ve genel mevzuattan bahsedilecektir.

### A. Kültür ve Tabiat Varlıklarının Kaçakçılığı Suçu

Toplumların geçmişin tanığı olabilmesi ve ulusal kimliklerini koruyabilmesi için kültür varlıklarının korunması önemlidir ve ülkeler bu korumanın sağlana-

30) Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s.76 vd.

31) Tekinalp, s.180-181.

bilmesi için idari ve hukuki önlemler almaktadırlar. Ancak gelişmiş ülkelerde gerek el altından gerekse resmi müzayedelerde ortaya çıkan astronomik fiyatlar, bu varlıkların kaçakçılığını körüklemektedir. Son yıllarda uluslararası suç örgütlerinin de konuya el atması ile kültür varlığı kaçakçılığı boyut değiştirmiş ve kaçakçılık olayları daha da karmaşık hale gelmiştir. Anadolu kaynaklı kültür varlıklarına zengin pazar ülkelerinde gösterilen yoğun ilgi, ülkemizin de kaçakçılıktan olumsuz etkilenmesine sebep olmuştur<sup>32</sup>.

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, oluşturduğu suç tipleri ile bu varlıkları çeşitli yönlerden koruma altına almıştır. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 5. maddesinde, taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının devlet malı niteliğinde oldukları belirtilmiştir. Taşınır kültür varlıkları üzerindeki istisnai olarak mülkiyet hakkı kurulabilse dahi, söz konusu hak bu değerlerin kamusal niteliği dolayısıyla sadece ülke içerisinde bir anlam taşıyıp, yurt dışına çıkarma bakımından sınırlandırılmıştır<sup>33</sup>.

## 1. Suçun Unsurları

### a. Tipiklik

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı kanununun 411. maddesiyle değişik "Yurt Dışına Çıkarma Yasağına Aykırı Hareket Edenler" başlıklı 68. maddesinde; "kültür ve tabiat varlıklarını bu kanuna aykırı olarak yurt dışına çıkaran kişi beş yıldan on iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır" denilmektedir.

### b. Maddi Unsur

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68. maddesinde faili belirtmek üzere "kişi" terimi kullanıldığından bu suçun faili herkes olabilir. Failin belirli bir nitelik taşıması aranmamakla birlikte, kamu görevlisi olması halinde ayrıca TCK'nın 266. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu açısından eylem değerlendirilmelidir<sup>34</sup>.

Maddede suçun mağduru belirtilmemiştir. Kültür ve tabiat varlıkları kural olarak toplumu oluşturan tüm bireylere aittir<sup>35</sup>. Kanunda korunması gerekli taşınır kültür varlıklarının da özel mülkiyete konu olabileceği belirtilmiştir, ancak söz konusu malik veya zilyedin bu suçun mağduru değil ancak hırsızlık suçunun mağduru olabileceği kanaatindeyiz.

32) Ceylan, s. 239-243.

33) Ceylan, s. 247.

34) Ceylan, s.258.

35) Ceylan, s.261.



Suçun konusunu, 2683 sayılı Yasa m. 32 uyarınca, “*yurt içinde korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlığı*” oluşturmaktadır. Bu anlamda söz konusu varlığın tasnif ve tescilinin yapılıp yapılmamış olması fark etmez. Henüz bildirimde bulunulmadığı için tasnif ve tescili yapılmamış da olsa bu tür varlıklar suçun konusunu oluşturacaktır. Doğası ve niteliği gereği, kaçakçılık suçunun konusu taşınır kültür varlığı olacaktır. Ancak taşınmaz bir kültür varlığından sökülüp parçalanarak taşınır özelliği kazanmış olan parçalar da suçun konusunu oluşturabilirler<sup>36</sup>.

Söz konusu suçun eylem unsurunu, 68. maddede tanımlanan yurt içinde korunması gerekli kültür ve tabiat varlığını yurt dışına çıkarılması oluşturmaktadır. Ancak, kültür ve tabiat varlıklarının yurt dışına çıkarılması sırasında denetleme görevi bulunan kamu görevlilerinin işlenen fiilden haberdar olmalarına rağmen, bu duruma kayıtsız kalmaları halinde ihmali hareketle icrai nitelikteki bu suça iştirak etmiş olacakları belirtilmelidir. Ayrıca kamu görevlisi, belgede sahtecilik yaparak yahut menfaat sağlayarak bu ise karışmış ise, resmi belgede sahtecilik (TCK. m.204/2, 212) ya da rüşvet (TCK.m.252) suçlarından da sorumlu tutulur. Kültür varlıklarının kaçakçılığı suçu serbest hareketli bir suçtur. Zira kültür varlıklarının yurt dışına çıkarılmasına imkân sağlayan her türlü eylemle işlenebilir. Yurt dışına çıkarmak hareketinin anlamını belirlemek için TCK 8. maddesinin 2. fıkrasında yapılan Türk ülkesi tanımı ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun 2. maddesinde yer alan Türkiye Cumhuriyeti Gümrük Bölgesi tanımları dikkate alınmalıdır<sup>37</sup>.

Suç tipinde “yurt dışına çıkartmak” ile suçun gerçekleşeceği belirtilmektedir, bunun dışında ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi aranmamıştır, dolayısıyla bu bir sırf hareket suçudur<sup>38</sup>. Yurt dışına çıkartmaya yönelik hareketler ile suçun konusunu oluşturan varlıkların ülke sınırlarının dışına çıkarılması gerekmektedir. Suçun tamamlanma anı, kültür ve tabiat varlıklarının yurt dışına çıkarıldığı andır. Gümrük kapılarından yurt dışına çıkılması halinde, gümrük hattının geçilmesi ile suç tamamlanır. Özellikle havalimanlarında, herkesin girip çıkabildiği yolcu bekleme salonlarına X-Ray cihazından geçilerek girilmesi suçun tamamlanması için yeterli değildir. Yargıtay, bu aşamada henüz icra hareketlerine başlanmadığını kabul etmektedir. Bu durumda kaçakçılığa teşebbüs değil, 24. maddenin göndermesiyle 70. maddede yazılı suç oluşmaktadır<sup>39</sup>. İlgili madde “*Bu Kanunun 24 üncü maddesine aykırı hareket edenler bir yıldan üç yıla kadar*

36) Ceylan, s.262-264.

37) Ceylan, s.265-267.

38) Ceylan, s.272.

39) Ceylan, s.269.

*hapis ve yirmi beş bin liradan yüz bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.*” şeklindedir; 24. maddede ise kültür varlıklarını yönetim ve gözetime tabi olmadan elinde bulundurmamak yaptırıma bağlanmıştır.

### c. Manevi Unsur

Kültür ve tabiat varlıklarının kaçakçılığı suçu, kasten işlenebilen bir suç tipidir. Suç tipinde doğrudan kasta işaret eden bir ibareye yer verilmeyerek suçun olası kastla işlenmesi de mümkün kılınmıştır. Ancak suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Aynı zamanda hata kurumunu düzenleyen TCK 30. maddesi çerçevesinde, yurt dışına çıkardığı nesnenin kültür varlığı olduğunu bilmeyen kimse de kastının yokluğu sebebiyle cezalandırılmayacaktır. Yine 2863 sayılı Yasada belirtilen hukuka uygunluk sebeplerinin gerçekleştiğini zanneden fail de TCK m.30’dan yararlanacaktır<sup>40</sup>.

### d. Hukuka Aykırılık Unsuru

2863 sayılı Yasada, kültür ve tabiat varlıklarının yurt dışına çıkarılmasına izin verilen bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlar, kanun hükmünü yerine getirme (TCK m. 24/1) ve hakkın icrası (TCK m. 26/1) kapsamında değerlendirilecektir. Bunlar; 2863 sayılı Yasa m.32/1 uyarınca bu varlıkların sergi amacıyla dışarı çıkarılması (yasada ve ilgili yönetmelikte belirlenen koşullara uyulmak suretiyle), m.32/2 uyarınca Türkiye’deki kordiplomatik mensuplarının, Türkiye’ye girişlerinde beyan ederek beraberinde getirdikleri yabancı kökenli kültür varlıklarını çıkışlarında beraberlerinde götürebilmesi hali ve etnografik nitelikteki varlıklar için m. 24 ile getirilmiş düzenlemedir. Buna göre; “23 üncü maddenin (a) bendinde belirtilen etnografik mahiyetteki kültür varlıklarının yurt içinde alımı, satımı ve devri serbesttir. Alımı, satımı serbest bırakılacak etnografik eserlerin hangi devirlere ait olacağı ve diğer nitelikleri ile kayıt ve tescil şartları bir yönetmelikle belirlenir. Milli Mücadele ve Türkiye Cumhuriyeti Tarihi ve Atatürk’e ait korunması gerekli taşınır kültür varlıkları, Bakanlık, Milli Savunma Bakanlığı veya Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu’nca satın alınabilir. Ancak, bu tip eserlerden her ne suretle olursa olsun yurt dışına çıkarılacakların kontrolü, Bakanlığa bağlı müzelerce yapılabileceği gibi bazı gümrük çıkış kapılarında bulundurulacak ihtisas elemanlarınca da yapılabilir. Hangi kapılarda ihtisas elemanı bulundurulacağı bir yönetmelikle belirlenir. Yapılan kontrol sonunda bu tip eserlerden yurt dışına çıkmasında sakınca görülenler tespit edilerek değerlendirilmeleri yurt içinde yapılmak şartıyla, sahiplerine iade edilirler. Bu maddede belirtilen ve alım, satımı serbest bırakılan eserlerde Devletin rüçhan hakkı mahfuzdur.” Aynı zamanda 2863 sayılı Yasa kapsamında kontrole tabi olmayan alelade kültür varlıkları da bu suçun konusunu oluşturmayacaklardır<sup>41</sup>.

40) Ceylan, s.275.

41) Ceylan, s.276 vd.

## 2. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

Kültür ve tabiat varlıklarını yurt dışına çıkarmaya yönelik icra hareketlerine başlayan failin engel sebeplerden dolayı, iradesi dışına başarılı olamaması halinde suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Fail, yurt içinde seyahat ederken kültür ve tabiat varlıkları ile birlikte yakalanmış ise, henüz yurt dışına kaçırmaya yönelik icra hareketleri başlamadığından, 68. maddedeki suç değil, eylemin niteliğine göre 67 veya 70. maddelerdeki suçların oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>42</sup>.

Kültür ve tabiat varlıklarının kaçakçılığı suçu iştirak bakımından bir özellik arz etmez, genel hükümler çerçevesinde hareket etmek gerekir.

Kültür ve tabiat varlıklarının kaçakçılığı suçu, suçların içtimai bakımından bir özellik taşımamaktadır. Bu sebeple TCK'nın suçların içtimama ilişkin genel hükümleri çerçevesinde somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapmak gerekmektedir<sup>43</sup>.

## 3. Yaptırım

Taşınır kültür ve tabiat varlıklarının kaçakçılığı suçunun yaptırımı, “beş yıldan on iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır” (2863 sayılı Yasa m.68). Hâkim, somut olayın özelliklerini dikkate alarak TCK m.61/1 çerçevesinde üst sınıra ya da alt sınıra yaklaşarak cezayı somut olarak belirleyecektir<sup>44</sup>, burada özellikle suçun konusunun maddi değeri göz önünde bulundurulabilir.

## B. Suç Gelirlerinin Aklanmasına Karşı Özen Yükümlülüğü

### 1. Ulusal Düzenlemeler

Türkiye, hem kendi gereksinimlerinden hem de onayladığı uluslararası sözleşmelerden ve üye olduğu uluslararası organların aldığı kararlardan doğan sorumluluklarından dolayı, suç gelirlerinin aklanmasıyla etkili bir mücadele için 1996 yılında 4208 sayılı Yasayı çıkarmıştır. İlk olarak bu yasa ile suç geliri ve bunların aklanması yasal sistemde tanımlanmış ve yaptırıma bağlanmıştır. Ayrıca, bu eylemlerin izlenmesi ve ortaya çıkarılması için Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) yapılandırılmıştır<sup>45</sup>. 2004 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) 282. maddesinde “suç gelirlerinin aklanması” başlığıyla, 765 sayılı eski TCK'da olmayan yeni bir suç tipi düzenlenmiştir. TCK'nın 282. maddesinde 4208 sayılı yasadaki farklı olarak, öncül suçlar (gelirlerin elde edil-

42) Ceylan, s.289.

43) Ceylan, s.290 vd.

44) Ceylan, s.295.

45) Murat Volkan Dülger, *Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s.242 vd.

diği suçlar) sınırlı sayılı listelenmemiş, böylelikle FAFT'nin 40 Tavsiyesine uygun bir düzenleme yapılmıştır. TCK'nın bu düzenlemesiyle 4208 sayılı Yasadaki suça ilişkin düzenlemeler zımnen yürürlükten kalkmıştır. Daha sonra 11.10.2006 tarihinde kabul edilen 5549 sayılı "Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun" ile 4208 sayılı Yasanın hükümlerinin büyük çoğunluğu yürürlükten kaldırılmıştır. Bu, düzenlemeler özellikle FATF'nin 40 Tavsiyesi ile uyumun sağlanması açısından son derece önemli gelişmelerdir<sup>46</sup>.

Bu önleyici tedbirlerin uygulanmasına ilişkin ayrıntılar ilgili yönetmeliklerle düzenlenmiştir: "Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik" (Tedbirler Yönetmeliği), "Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklerle Uyum Programı Hakkında Yönetmelik" (Uyum Yönetmeliği) ve "Aklama Suçu İncelemesi Hakkında Yönetmelik ve nihayet Mali Suçlarla Mücadele Koordinasyon Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik"<sup>47</sup>.

Ayrıca MASAK tarafından bu yönetmeliklerin uygulamasını açığa kavuşturmak amacıyla 5, 6, 7, 8 ve 9 numaralı Genel Tebliğler yayınlanmış; 4208 sayılı Yasaya uygun olarak yayınlanmış 1, 2, 3 ve 4 numaralı Genel Tebliğler ise yürürlükten kaldırılmıştır<sup>48</sup>.

## 2. Türkiye'nin Tarafı Olduğu Uluslararası Sözleşmeler ve Üyesi Olduğu Kuruluşlar

Bu başlık altında söz konusu kuruluşlarla ilişkileri açıklamak yerine, bunların neler olduğunu açıklamakla yetinmek istiyoruz. Kronolojik olarak bu ilişkiler şu şekilde sıralanabilir: Türkiye, 16 Mayıs 2005 tarihli "Terörizmin Finansmanı ve Suçtan Elde Edilen Gelirlerin Aklanması, Aranması, Elkonması ve Müsadere Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi"ni 28 Mart 2007 tarihinde onaylamıştır. "Yolsuzluğa Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"ni 18 Mayıs 2006 tarihinde onaylamıştır. "Suç Gelirlerinin Aklanması, Aranması, Zaptı ve Müsadere Edilmesi Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi"ni (Strasbourg Konvansiyonu) 16 Haziran 2004'te onaylamıştır. "Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi"ni 14 Ocak 2004'te onaylamıştır. Türkiye, 1 Ocak 2004 tarihinde Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu'nun (GRECO) üyesi olmuştur. "Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi"ni 17 Nisan 2003 tarihinde imzalamıştır. "Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"ni (Palermo Konvansiyonu) 30 Ocak 2003'te onaylamıştır. Türkiye Haziran 1998 EGMONT Grubu'na, 25 Eylül 1991 tarihinde ise FAFT'a katılmıştır<sup>49</sup>.

46) Dülger, s.242 vd.

47) Dülger, s.244 vd.

48) Dülger, s.243.

49) Dülger, s.326-376.

Türkiye'nin ayrıca suç gelirlerinin aklanmasıyla mücadele konusunda Slovenya, Almanya, Polonya, Yunanistan, İtalya, Bulgaristan, Romanya ve KKTC ile imzalamış olduğu iki taraflı anlaşmalar da bulunmaktadır<sup>50</sup>.

### 3. Aklamayla Mücadele Önleyici Tedbirler ve Yükümlülükler

#### a. Müşteriyi Tanıma Yükümlülüğü

Bu tedbir ve yükümlülük, FAFT'nin 40 Tavsiyesinde yer alan 5 nolu tavsiye "müşterini tanı ilkesi"ne uygun olarak, 5549 sayılı Yasanın 3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre 5549 sayılı Yasada belirtilen yükümlüler, işlem yapmadan önce müşterilerinin kimliğini belirlemek zorundadırlar. İşlem öncesinde kimlik belirleme yapılacak olan işlemler "miktar kısıtlamasına konu olanlar" ve "şüpheli işlemler" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu konuya ilişkin ayrıntılar 2009/15720 sayılı Yönetmelikle değişik 2007/13012 sayılı Yönetmelikle düzenlenmiştir. Buna göre, devamlı iş ilişkilerinde ve ilgili malvarlığının yasadışı yollardan elde edildiği şüphesinin var olduğu işlemler söz konusu olduğunda, işlemin konusunun miktarına bakılmaksızın kimlik belirleme yapılması zorunludur. Eğer bu haller söz konusu değilse, 2000 TL ve üzeri işlemler için kimlik belirleme zorunludur. 2009 tarihli yönetmelik aynı zamanda devamlı iş ilişkisinde, iş ilişkisinin amacı ve özelliği konusunda da bilgi alışverişi olması gerektiğini düzenlemektedir<sup>51</sup>.

#### b. Şüpheli İşlem Bildirimi ve Düzenli Aralıklarla Bildirim

5549 sayılı yasanın 6. maddesi kapsamında FAFT'nin 19 nolu Tavsiyesi ile tutarlı olarak, yükümlülerin Bakanlık tarafından belirlenen tutarı aşan işlemleri MASAK'a bildirme zorunluluğu bulunmaktadır. Şüpheli işlemler ise FAFT'nin 13 nolu Tavsiyesinde düzenlenmiştir. Buna paralel olarak işlemin miktarına bakılmaksızın yükümlü taraflar 5549 sayılı Yasanın 4. maddesi uyarınca MASAK'ı bütün şüpheli işlemlerden haberdar etmelidirler. Bu bildirimle ilişkin ayrıntılar Tedbir Yönetmeliğinin 27. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre: "Şüpheli işlem, yükümlüler nezdinde veya bunlar aracılığıyla yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işleme konu malvarlığının; yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına, bu kapsamda terörist eylemler için ya da terör örgütleri, teröristler veya terörü finanse edenler tarafından kullanıldığına veya bunlarla ilgili ya da bağlantılı olduğuna dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheliyi gerektirecek bir hususun bulunması halidir." Bu düzenleme uyarınca MASAK şüpheli işlem tiplerini belirlemeye yetkili kılınmıştır ve MASAK yayınladığı 6 nolu Genel Tebliğ ile bu konuları kapsamlı olarak düzenlemiştir. Buna göre, şüpheli işlem on işgünü içinde MASAK'a bildirilmelidir. Bildirimde bulunan kişilerin herhangi bir hukuki veya cezai sorumlulu-

50) Dülger, s.376, 377.

51) Dülger, s.249 vd.

luğu bulunmamalı ve kimlikleri gizli tutulmalıdır.

Bildirim yükümlülüğü olanlar, Tedbirler Yönetmeliğinin 4. maddesinde listelenmiştir: Bankalar; bankalar dışında banka kartı veya kredi kartı düzenleme yetkisini haiz kuruluşlar; kambiyo mevzuatında belirtilen yetkili müesseseler; ödünç para verme işleri hakkındaki mevzuat kapsamındaki ikrazatçılar, finansman ve faktoring şirketleri; sermaye piyasası aracı kurumları, vadeli işlemler aracılık şirketleri ve portföy yönetim şirketleri; yatırım fonu yöneticileri; 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; saklama hizmeti ile sınırlı olmak üzere İstanbul Altın Borsası Başkanlığı; Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü ile kargo şirketleri; varlık yönetim şirketleri; kıymetli maden, taş veya mücevher alım satımı yapanlar; Cumhuriyet altın sikkeleri ile Cumhuriyet ziynet altınlarını basma faaliyeti ile sınırlı olmak üzere Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü; kıymetli madenler borsası aracı kuruluşları; ticaret amacıyla taşınmaz alım satımıyla uğraşanlar ile bu işlemlere aracılık edenler; iş makineleri dâhil her türlü deniz, hava ve kara nakil vasıtalarının alım satımı ile uğraşanlar; *tarihi eser, antika ve sanat eseri alım satımı ile uğraşanlar veya bunların müzayedeciliğini yapanlar*; Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü, Türkiye Jokey Kulübü ve Spor Toto Teşkilat Başkanlığı dâhil talih ve bahis oyunları alanında faaliyet gösterenler; spor kulüpleri; noterler; savunma hakkı bakımından diğer kanun hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35 inci maddesinin ikinci fıkrası kapsamındaki işlerden taşınmaz alım satımı, şirket, vakıf ve dernek kurulması, idaresi ve devredilmesi gibi işlerle sınırlı olmak üzere serbest avukatlar; bir işverene bağlı olmaksızın çalışan serbest muhasebeci, serbest muhasebeci mali müşavir ve yeminli mali müşavirler; finansal piyasalarda denetim yapmakla yetkili bağımsız denetim kuruluşları; merkezi yurt dışında bulunan yükümlünün Türkiye'deki şube, acente, temsilci ve ticari vekilleri ile benzeri bağlı birimleri.

Merkezi Türkiye'de bulunan yükümlünün yurt dışındaki şube, acente, temsilci ve ticari vekilleri ile benzeri bağlı birimleri, faaliyet gösterdikleri ülkenin mevzuatı ve yetkili otoritelerinin izin verdiği ölçüde Yönetmelik hükümlerini uygulamak zorundadır<sup>52</sup>.

### c. Yükümlülükler Uyum Yönetmeliği

5549 sayılı Yasanın 5. maddesine dayanılarak 16 Eylül 2008 tarihli "Suç Gerilirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yüküm-

52) Dülger, s.259 vd.

lülüklerle Uyum Programı Hakkında Yönetmelik” çıkarılmıştır. Bu yönetmeliğe göre, iki farklı düzenleme öngörülmüştür. İlki yasa ve yasaya uygun olarak çıkarılmış yönetmelik ve tebliğlerle uyum sağlamayı garanti etmek amacıyla risk temelli bir yaklaşım üzerine geliştirilen bir uyum programıdır. İkincisi, gerekli bildirimleri yapmak ve yükümlü taraflar nezdinde sorumlu kişilerin ve birimlerin mevcut olmasını sağlamak için, uyum birimlerinin oluşturulması ve uyum görevlilerinin atanması yönünde düzenlemedir<sup>53</sup>. Bu yönetmelikte belirtilen hususlar hali hazırda uygulanmaktadır.

#### **d. Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK)**

Suçla mücadele eden ülkeler, özellikle FAFT üyeleri, mali sorgulama birimlerine sahiptirler. FAFT’nin 26 nolu Tavsiyesinde, mali istihbarat birimlerinin (MİB) kurulması gerektiği düzenlenmiştir. Türkiye 1998’te bir grup ulusal MİB tarafından 1995’te Brüksel’de kurulan EGMONT Grubu’na katılmıştır. Türkiye’deki MİB, 4208 sayılı Yasanın 3. maddesine uygun olarak kurulan ve 17 Şubat 1997 yılında göreve başlayan MASAK’dır. MASAK, 5549 sayılı Yasanın 19. maddesi uyarınca doğrudan Maliye Bakanlığına bağlıdır. Suç gelirlerinin aklanmasına ilişkin bildirimler MASAK’a bağlı sürekli çalışan uzmanlar tarafından ön incelemeye tabi tutulur. MASAK’ın görevleri ve yetkileri 5549 sayılı Yasanın 19. maddesinde düzenlenmiştir:

- i. Suç gelirlerinin aklanmasının önlenmesi amacıyla politika hazırlamak ve uygulama stratejileri geliştirmek, bu amaçla kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyonu sağlamak, ortak çalışmalar yapmak, görüş ve bilgi alışverişinde bulunmak.
- ii. Belirlenen politikalar çerçevesinde kanun, tüzük ve yönetmelik tasarıları hazırlamak, 5549 sayılı Yasa ile buna ilişkin Bakanlar Kurulu kararlarının uygulanması konusunda düzenlemeler yapmak.
- iii. Suç gelirlerinin aklanması alanındaki gelişmeler ile aklama suçunun önlenmesi ve ortaya çıkarılmasına yönelik yöntemler konusunda araştırmalar yapmak.
- iv. Suç gelirlerinin aklanmasını önlemek amacıyla sektörel çalışmalar yapmak, önlemler geliştirmek ve uygulamayı izlemek.
- v. Kamuoyu duyarlılığını ve desteğini artırmaya yönelik çalışmalar yapmak.
- vi. Suç gelirlerinin aklanması ve terörün finansmanının önlenmesi kapsamında veri toplamak, şüpheli işlem bildirimlerini almak, analiz etmek ve değerlendirmek
- vii. Değerlendirme sürecinde gerek duyulduğunda kolluk ve diğer birimlerden

53) Dülger, s.267 vd.

kendi görev alanlarında inceleme ve araştırma yapılması talebinde bulunmak.

viii. 5549 sayılı Yasa kapsamına giren işlemler ile ilgili olarak, araştırma ve inceleme yapmak veya yaptırmak.

ix. Yapılan araştırma ve inceleme sonucunda aklama suçunun işlendiği hususunda olguların varlığının tespiti halinde, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemler yapılmak üzere Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunmak.

x. Cumhuriyet savcıları tarafından intikal ettirilen konuları incelemek ve aklama suçunun tespitine ilişkin talepleri yerine getirmek.

xi. Aklama veya terörün finansmanı suçunun işlendiğine dair ciddi şüphelerin mevcut olması durumunda konuyu ilgili Cumhuriyet savcılığına intikal ettirmek.

xii. Yasa ve ilgili mevzuat kapsamında yükümlülük denetimi yapılmasını sağlamak.

xiii. Kamu kurum ve kuruluşları, gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kuruluşlardan her türlü bilgi ve belgeyi istemek.

xiv. Bilgi ve ihtisasına ihtiyaç duyulması halinde, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların Başkanlık bünyesinde geçici olarak görevlendirilmelerini talep etmek.

xv. Görev alanına giren konularda uluslararası ilişkileri yürütmek, görüş ve bilgi alışverişinde bulunmak.

xvi. Yabancı ülkelerdeki muadil kurumlarla bilgi ve belge değişiminde bulunmak, bu amaçla uluslararası antlaşma niteliğinde olmayan mutabakat muhtırası imzalamak<sup>54</sup>.

### C. Menşe Ülke Araştırması Konusunda Devletlerin Yükümlülüğü

UNESCO Sözleşmesinin 7. maddesi uyarınca devletler, *“Sözleşmede taraf olan başka bir Devlete ait olup da bu Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra kanunsuz ihraç edilmiş kültür varlıklarının kendi ülkelerinin müzeleri veya benzeri kuruluşları tarafından edinilmesini önlemek için ulusal yasalar çerçevesi içerisinde gerekli bütün tedbirleri almak; bu Sözleşmede taraf olan bir devlete ait olup da iş bu Sözleşmenin ilgili iki taraf için yürürlüğe girmesinden sonra o devletin topraklarından kanunsuz çıkartılıp kendisine teklif edilmiş kültür varlıkları hakkında bunların sahibi Devlete olanaklar ölçüsünde bilgi vermekle”* yükümlüdür.

Devletlerin menşe ülke araştırması konusundaki yükümlülüğü aynı zamanda

54) <http://www.masak.gov.tr/tr/kurulumuz/gorev-ve-yetkiler.aspx>, 30.5.2013.



ICOM'un Müzeler İçin Etik Kurallarının 2.3. maddesinde tanımlanmıştır<sup>55</sup>:

*“Satın alma, bağışlama, ödünç verme, miras yoluyla bağışlama ya da değiş tokuş amacıyla sunulan herhangi bir obje ya da örneğin, bulunduğu ülkede yasadışı yolla elde edilmediğinden, keza müzenin yer aldığı ülke de dahil olmak üzere bulunduğu ülkeden ya da aracı başka bir ülkeden yasadışı yolla yurtdışına çıkarılmadığından emin olmak için her tür çaba gösterilmelidir. Bu açıdan gerekli özen gösterilerek, nesnenin bulunduğu ya da üretildiği andan başlayarak tarihi eksiksiz olarak belirlenmelidir.”*

Türkiye ICOM'un bir üyesidir ve ICOM Türkiye Milli Komitesi 11.12.1970 tarihli bir yönetmelikle kurulmuş olup halen Ankara merkezli olarak faaliyet göstermektedir<sup>56</sup>. Dolayısıyla bu etik kurallara uymakla yükümlü olduğu gibi, bu kuruluşa üye olan diğer devlerin de bu kurallara uymalarını istemeye hakkı bulunmaktadır.

Ancak hiçbir ulusal yasada, doğrudan ihraç edilen kültür varlıklarının menşe ülke araştırması yükümlülüğüne değinilmemektedir. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 33. maddesinde, “yurt dışından kültür varlığı getirmek serbesttir” denilmek suretiyle Türkiye'ye kültür varlığı getirilmesinin kısıtlamaya tabi olmadığını düzenlemektedir.

Ne var ki kültür varlıklarının ihracı tamamen denetim dışı değildir. 3.5.1988 tarihli Etnografik Nitelikteki Tasınır Kültür Varlıkları Yönetmeliği uyarınca, yurtdışından kültür ve tabiat varlığı getirmek kısıtlamaya tabi değildir ancak, bu varlıkları getirenler Türkiye'ye giriş yaparken nesnelere fotoğraflarını, isim, sınıf, ebatları gibi özelliklerini içeren bir envanter listesi beyan etmek ve bu listenin bir suretini de ilgili müzelerine vermek zorundadırlar. Müzelerin bu kültür varlıklarına ilişkin ön alım hakkı bulunmaktadır ve bu varlıkların değerlendirilmesi, müzayedesi ve satımı müzelerin kontrolü altında yapılmaktadır<sup>57</sup>.

#### **D. Kültür Varlığı ve Sanat Koleksiyoncularının / Komisyoncularının Özen Yükümlülüğü**

Bütün kültür varlıkları ve güzel sanat eserleri devletin malı değildir. Mülkiyeti gerçek veya tüzel kişilere ait olan kültür varlıkları ve çok sayıda sanat eseri de mevcuttur. Mülkiyeti gerçek veya tüzel kişilerde bulunan kültür varlıkları şunlardır:

55) Department for Culture Media and Sport Cultural Property Unit, *Combating Illicit Trade, Due Diligence Guideline for Museums, Libraries and Archives on Collecting and Borrowing Cultural Material*, October 2005, s. 30.

56) <http://www.kulturvarliklari.gov.tr/TR,44442/icom.html>, 25.5.2013.

57) <http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR,14429/etnografik-nitelikteki-tasinir-kultur-varliklari-hakkin-.html>, 26.5.2013.

i. Osmanlı Devletinde bu konudaki ilk yasal düzenleme olan 23.4.1906 tarihli Asar-ı Atika Nizamnamesi'nden önce mülkiyet hakkına konu olmuş kültür varlıkları.

ii. Listeleme ve kayıt yükümlülüğünün dışında bırakılmış ve müzelere alınması gerekli görülmeyip sahiplerine bir belge ile birlikte iade edilen kültür varlıkları.

iii. Mülkiyeti yurt dışında kazanılmış kültür varlıkları<sup>58</sup>.

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 25. maddesine göre, belge ile iade olunan kültür varlıkları üzerinde, sahipleri her türlü tasarrufta bulunabilirler.

2863 sayılı Yasanın 24. maddesinin 2. fıkrasına göre, 23. maddenin (a) bendinde belirtilen etnografik mahiyetteki kültür varlıklarının yurt içinde alımı, satımı ve devri serbesttir. Alımı, satımı serbest bırakılacak etnografik eserlerin hangi devirlere ait olacağı ve diğer nitelikleri ile kayıt ve tescil şartları bir yönetmelikle belirlenir. Etnografik Nitelikteki Taşınır Kültür Varlıkları Yönetmeliği'nin 3. maddesi uyarınca, "Müze koleksiyonlarını tamamlayıcı nitelikte olmayan ve belge değeri taşımayan etnografik nitelikteki kültür varlıkları ile Abdülmecit, Abdülaziz, V.Murat, II.Abdülhamit, V.Mehmet Reşat ve Vahidettin'e ait ve aynı çağdaki sikkelerin yurtiçinde alımı, satımı ve devri serbest olup ayrıca tescile tabi değildirler." Değerlendirme müzeler tarafından yapılmakta ve yurt içinde alım satım ve devrin izni olduğu dair bir belge malike teslim edilmektedir.

2863 sayılı Yasanın 26. maddesine göre koleksiyoncular, ilgili müzeye tescil ettirerek, koleksiyonlarındaki her türlü eseri on beş gün önce Kültür ve Turizm Bakanlığı'na haber vermek şartı ile kendi aralarında değiştirebilir veya satabilirler. Satın almada öncelik Kültür ve Turizm Bakanlığı'na aittir. Özel koleksiyon oluşturabilmek için Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan izin belgesi alınmalıdır ve koleksiyoncular faaliyetlerini Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bildirmek ve yönetmelik gereğince taşınır kültür varlıklarını envanter defterine kaydetmek zorundadırlar. Bu konu Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından çıkarılan, 23.3.2010 tarih ve 27530 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik" ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir<sup>59</sup>.

Kültür varlıklarının ticareti Yasanın 27. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, 25. madde gereğince tasnif ve tescil dışı bırakılan ve devlet müzelerine alınması gerekli görülmeyen taşınır kültür varlıklarının ticareti, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın izni ile yapılır. Tacirlerin Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan

58) Oğuz Sadık Aydos, "Taşınır Kültür Varlığı Koleksiyonculuğuna İlişkin Değerlendirmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, Y.66, S.4, Güz 2008, s.69.

59) Aydos, s.70.

ruhsatname almaları gerekmektedir. Bu türden ruhsatnameler üç sene boyunca geçerlidir ve sürenin bitiminden bir ay önce yenilenebilir. Yasaya uygun hareket etmeyen tacirlerin ruhsatnameleri iptal edilir. Yasanın 28. maddesi gereğince taşınır kültür varlığı ticareti yapanların yerleşim yerlerinden ayrı bir ticaret yerleri olmak zorundadır.

Kamu kurumu ve kuruluşları (belediyeler ve il özel idareleri dahil), vakıflar, gerçek ve tüzel kişiler, satacakları eşya ve terekeler arasında bulunan veya yapacakları müzayedelerdeki satışlara konu olan taşınır kültür ve tabiat varlıkları ile koleksiyonları, önce devlet müzelerine haber vermeye ve göstermeye mecburdurlar. Kültür ve Turizm Bakanlığı, kültür ve tabiat varlıklarından meydana getirilen koleksiyonları kuracağı komisyonun takdir edeceği bedel üzerinden satın alabilir. Bunlardan hazineye intikal etmiş olup da müze koleksiyonlarına girmesi lüzumlu görülenler, Devlet Ayniyat Yönetmeliği hükümlerine göre Kültür ve Turizm Bakanlığına devrolunurlar (2863 sayılı Yasa m.30).

“UNESCO Kültür Varlığı Tacirleri İçin Uluslararası Etik Klavuzu” uyarınca, kültür varlığı ticareti ile profesyonel olarak uğraşanlar, çalıntı, yasa dışı yollarla getirilme, yasadışı kazılarla çıkarılma veya yasadışı yollarla ihraç edilme şüphesi ile karşılaştıklarında söz konusu kültür varlığını ithal, ihraç veya devretmemelidirler. Buna göre, nesnenin yasa dışı bir kazı sonucu elde edildiğine veya yasadışı veya iyi niyete aykırı bir şekilde resmi bir kazıdan, sit alanından veya yapıdan ele geçirildiğine inanmak için mantıklı bir sebebi bulunan tacir, sit alanının veya yapının bulunduğu ülke ile olanlar hariç, bu nesne ile ilgili başka bir işlemde bulunmamalıdır. Menşe ülkesi tarafından aranılan bir nesneyi elinde bulunduran tacir, menşe ülkeye iade konusunda bütün yasal adımları atmamakla mükelleftir<sup>60</sup>.

## **E. Özel Hukuk Düzenlemelerinden Kaynaklanan Hak, Yükümlülük ve İhlaller**

### **1. Sahte Eserleri ve Telif Haklarına Tecavüz**

Orijinal olmayan bir parçanın satımı sonucunda alıcı, Türk Borçlar Hukuku'nun genel hükümlerinden ayıptan sorumluluğu düzenleyen madde 219 ve devamına dayanarak satıcıyı sorumlu tutabilir.

Aynı zamanda satıcı, eğer orijinal olmayan parça orijinalinin yasa dışı bir kopyası ise eser sahibine (FSEK uyarınca eserin yaratıcılarına) karşı da sorumlu olacaktır. Telif haklarının ihlali durumunda eser sahibinin elinde hem hukuki hem de cezai yaptırım imkânları mevcuttur. FSEK'in 66. maddesinde hak sahibinin mali- manevi haklarının ihlalinde tecavüzün refi davası açabileceği düzenlen-

60) <http://www.kumid.net/euproject/admin/userfiles/dokumanlar/DEALERS-ET%C4%BoK-KODLAR.pdf>, 26.5.2013.

mektedir. Tecavüzün refi davasında tecavüz edenin kusuru aranmamaktadır<sup>61</sup>.

Hak sahibi maddi/manevi zararlarını FSEK madde 68, 69 ve 70 uyarınca talep edebilir. FSEK madde 68 yasal bir tazminat öngörmektedir, buna göre hak sahibinin tecavüz edilen hakkı dolayısıyla uğradığı zarar tecavüz edilen hakkın rayiç bedelinin üç katıdır<sup>62</sup>.

Bir eserden doğan telif haklarına tecavüz FSEK madde 71'de tanımlanmıştır ve 1 yıl ve 5 yıl arasında hapis ve adli para cezası ile cezalandırılmıştır.

FSEK çerçevesinde, hukuk ve ceza davalarına ilişkin bir zamanaşımı öngörülmemiştir. Bu, Türk Borçlar Kanunu (TBK) ve TCK'da yer alan genel hükümler uyarınca belirlenmelidir<sup>63</sup>. TBK uyarınca zamanaşımı bir senedir. Bu süre ihlalin ve uğranılan zararın öğrenilmesinden itibaren başlar. Ancak, bu ihlal aynı zamanda suç teşkil ediyorsa ve ceza kanunu uyarınca daha uzun bir zamanaşımına tabiyse, ceza zamanaşımı uygulanmalıdır. Buna göre, TCK'nın 66. maddesi uyarınca telif hakları ihlallerinde zamanaşımı süresi sekiz senedir.

## 2. Özel Anlaşma ile Satış, Yerel Özellikler

TBK'nın satım sözleşmesi ile ilgili hükümleri özel anlaşma ile satışa konu olabilen kültür varlıklarının satışına da uygulanacaktır.

## 3. Müzayede Yoluyla Satım

Sanat eserlerinin en yaygın satım yöntemlerinden biri müzayededir. Sanat eserleri ticaretinin yarıya yakını müzayede yoluyla yapılmaktadır. Kültür varlıklarına değer biçmenin zorluğunun temel sebebi bu eserlerin genellikle maliyetsiz malzemelerden yapılması ve çok sınırlı bir biçimde ticarete konu olmaları sebebiyle kıyasla elverişli olmamalarıdır. Kültür varlıklarını değerlendirirken, nesneye ilgi duyan koleksiyoncunun kimliği, nesneye bicecekleri fiyat, nesneyi kazanmak ve diğer koleksiyoncuların satın almasını önlemek amacıyla ödemek istedikleri fiyat belirleyici olacaktır. Aynı zamanda elbette müzayedenin anons edilmiş biçimi ve sanat eserlerinin açık artırmaya çıkarılış sırası da belirleyicidir. Genel uygulama, daha az pahalı olan nesnelerin daha erken açık artırmaya sunulmasıdır. Gizlilik de açık artırmada önemli bir noktadır, bu yüzden kültür varlıklarının sahipleri genellikle sahip oldukları nesneye ilişkin bir numara alırlar. Nesneyi ve sahibinin özel yaşamını korumak bu gizliliğin temel sebebidir. Ancak ne yazık ki vergi idaresinden malvarlıklarını gizlemek ve çalıntı kültür varlıklarını menşe ülkelerinden saklamak -her ne kadar bu durum kamu yararına aykırı da olsa- anonimliğin bir neticesi olmaktadır. Kamunun eski ve önemli sanat eserlerinin yerini ve durumunu bilme hakkını hesaba

61) Öztan, s.634.

62) Öztan, s.647.

63) Öztan, s.634 vd.

katarak bazı ülkeler, koleksiyonculara koleksiyonları hakkında yetkililere bir takım bilgileri vermek zorunluluğunu getirmektedir<sup>64</sup>.

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 26. maddesinin 6, 7 ve 8. fıkralarında, gerçek ve tüzel kişilerin Kültür ve Turizm Bakanlığı'na verilecek izin belgesiyle korunması gerekli taşınır kültür varlıklarından oluşan koleksiyonlar meydana getirebileceklerini, koleksiyoncuların faaliyetlerini, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bildirmek ve Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik gereğince, taşınır kültür varlıklarını envanter defterine kaydetmek zorunda olduklarını belirtmektedir<sup>65</sup>. Koleksiyoncular, koleksiyonlarındaki unsurları satabilirler, ancak Bakanlığın bu konuda ön alım yetkisi bulunmaktadır. Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesinde, yasa ile uyumlu bir şekilde, *“Koleksiyona dahil edilecek taşınır kültür ve tabiat varlıkları, müze müdürlüğüne verilecek iki adet envanter defterine müze ihtisas elemanlarının gözetimi altında koleksiyoncu tarafından kaydedilir. Kayıt anında taşınır kültür ve tabiat varlıklarının elde ediliş şekli, dönemi ve fiziki tanımlaması belirtilir. Taşınır kültür ve tabiat varlıklarının sahiplerince usulüne uygun şekilde çektiydikleri fotoğraflarını da ihtiva eden bu envanter defterinin bir adedi müzede saklanır.”* denilmektedir.

Müzayede yoluyla satış TBK'nın 274-281 maddeleri arasında düzenlenmiştir. TBK'nın 275. maddesine göre, müzayedeyi yapan kişinin teklifi icaba davet sayılır ve pey süren diğer kişiler icapta bulunmaktadırlar. Her pey süren, kendi teklifinden daha yüksek bir teklifte bulunan biri çıkana kadar icabı ile bağlıdır. Türk hukukunda iki tip artırma ile satış mevcuttur: *Cebri artırma*, tasarruf yetkilisinin rızasına bakılmaksızın resmi makamlar tarafından yapılan satıştır. *İhtiyari artırma*; Tasarruf yetkilisinin iradesi belirleyicidir. Bu artırma açık veya özel olabilir. İhtiyari açık artırma daha önceden ilan edilir ve şartları sağlayan herkes katılabilir. Özel artırma ise ilan edilmez ve sadece davetli kişiler artırma-ya katılabilir<sup>66</sup>.

#### **4. Satıcı Tarafından Verilen Garantiler, İhlale Karşı Yaptırımlar ve Zamanaşımı**

Ahıcının zapta karşı ve ayıba karşı tekeffül hakkı bulunmaktadır.

64) Akipek, s.60-67.

65) Akipek, s.62.

66) Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, s.150 vd.

### a. Zapta Karşı Tekeffül Hakkı

1980 tarihli Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri hakkında BM Sözleşmesi'nin 41. maddesi uyarınca zapta karşı tekeffül, "*Satıcı, üçüncü kişilerin her türlü hak ve taleplerinden ari mallar teslim etmek zorundadır, meğerki, alıcı bu hak ve taleplere konu malları almayı kabul etmiş olsun*" şeklinde tanımlanmıştır. Bu hak TBK'nın 214. ve 218. maddeleri arasında satıcının borçları altında tanımlanmıştır. TBK'nın 214. maddesi uyarınca, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısıyla, satılanın tamamı veya bir kısmı üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınırsa satıcı, bundan dolayı alıcıya karşı sorumlu olur. Ancak aynı maddenin 2. fıkrasına göre alıcı, elinden alınma tehlikesini sözleşmenin kurulduğu sırada biliyor idiyse satıcı, ayrıca üstlenmiş olmadıkça bundan dolayı sorumlu olmaz. TBK m.214/2'e göre, taraflar satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğunu kaldıran veya kısıtlayan bir sözleşme akdedebilirler. Ancak bu hüküm satıcı kötü niyetliyse geçerli olmayacaktır.

Türk hukuk sisteminde taşınır için, iyi niyetli alıcının emin sıfatı ile zilyetten aldığı edinim korunur. Ancak, malikin zilyetliğinden rızası dışında çıkmış malların edinimi korunmamaktadır, alıcının satıcıyı sorumluyu tutabilmesinin sebebi budur. Satıcıyı sorumlu tutabilmek için, alıcı üçüncü kişinin davasını satıcıya haber vermelidir, aksi takdirde satıcı kendisine bildirimde bulunulsa idi daha elverişli bir hüküm elde edilebileceğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Satıcı davaya katılabilir veya alıcının yerine geçerek davalı sıfatıyla davayı takip edebilir. Satıcının hukuki sorumluluğu on yıl boyunca geçerlidir.

Mal alıcının elinden tamamen alınmış olduğu takdirde satış sözleşmesi kendiliğinden ona ermiş sayılır. TBK m.217 uyarınca, alıcı faiz ve diğer masrafları, yargılama giderleri ve diğer doğrudan zararları ile ödemiş olduğu bedeli isteyebilir. Şayet mal alıcının elinden kısmen alınmışsa, TBK m.218 uyarınca alıcı, üçüncü kişinin haklarını bilseydi sözleşmeye taraf olmayacağını ispat etmediği takdirde, yalnızca zararlarının tazminini talep edebilir<sup>67</sup>.

### b. Ayıba Karşı Tekeffül

Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da, bunların varlığını bilmesede dahi sorumlu olur (TBK m.219). Satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür

67) Yavuz, s.58 vd.

(TBK m.221). Ancak satıcı, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu değildir. Satıcı, alıcının satılanı yeterince gözden geçirmekle görebileceği ayıplardan da, ancak böyle bir ayıbın bulunmadığını ayrıca üstlenmişse sorumlu olur (TBK m.222). Alıcının TBK m.223 uyarınca malı muayene külfeti bulunmaktadır, ancak satıcı, ağır kusurunun bulunması halinde muayene külfetinin yerine getirilmediğini ileri süremez.

Alıcının seçimlik hakları şunlardır: 1. Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirecek sözleşmeden dönme, 2. Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme, 3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme, 4. İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme.

Alıcının her zaman genel hükümler uyarınca zararını tazmin hakkı bulunmaktadır. Satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir.

Zamanaşımı süresi, malın teslim tarihinden itibaren 2 senedir, ancak bu süre satıcının ağır kusuru halinde geçerli olmayacaktır<sup>68</sup>.

## 5. Sanatçının Pay ve Takip Hakkı

Güzel sanat eserlerinin satış bedellerinden pay verilmesi (pay ve takip hakkı) FSEK'in 45. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, yeniden satış bedeli ile ilk satış bedeli arasında açık bir nispetsizlik bulunması halinde, eser sahibi veya mirasçuları ilk satıştan sonra ve yetmiş yıllık koruma süresi içinde, yeniden satışı gerçekleştiren kişiden her satış için satış bedeli farkından bir pay isteyebilir.

Pay ve takip hakkı bütün eserler için istenemez. Mimari eserler bu hakkın kapsamı dışındadır ve satışa konu eser orijinal veya orijinal eserin eser sahibinin imzasını taşıyan orijinal bir kopyası olmalıdır.

Orijinal Sanat Eseri Sahibi Lehine Yeniden Satış Hakkına İlişkin AB Direktifinden farklı olarak, Türk Hukukunda bu hakkın kullanılması satış bedeli ile bir önceki satış bedeli arasında açık bir nispetsizlik bulunması halinde mümkündür<sup>69</sup>.

## F. Vergi ve Gümrük Yükümlülükleri

### 1. KDV ve Satış Vergisi

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1/3- d maddesi uyarınca, müzayedede mahallerinde ve gümrük depolarında yapılan satışlar KDV'ye tabidir. Ancak, sanat eseri veya antika eşyanın, antikacıda veya müzayedede mahalli dışında satılması halinde Danıştay, yapılan satış işleminin KDV'nin konusunu oluşturu-

68) Yavuz, s.67 vd.

69) Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s.86-87.

mayacağını kabul etmektedir.

Vergi mükellefi, madde 8/1- a uyarınca mal teslimini yapan kişi, müzayede ile satışta müzayedeyi düzenleyen müzayede firmasıdır, zira mal teslimi mal üzerindeki hakların alıcıya veya temsilcisine devrini ifade etmektedir.

KDV Kanunu'nun 10/a maddesi uyarınca, vergiyi doğuran olay, satış anına değil malın alıcıya teslimi anında vuku bulmaktadır zira eşyanın üzerindeki haklar teslim anında devredilmektedir.

KDV Kanunu'nun 23/d maddesine göre verginin matrahı, müzayede mahallerinde yapılan satışlarda kesin satış bedelidir. Müzayede firması satıcı için aynı zamanda komisyon miktarını da içeren bir fatura kesecektir ve bu komisyon da KDV'ye tabidir. KDV, müzayede firması tarafından vergi dairesine bildirilir. Müzayede mahallinde yapılan satışlar, 15 seri numaralı Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nde ayrıntılı olarak düzenlenmektedir<sup>70</sup>.

## 2. Kültür ve Sanat Eserleri Konusunda Devletin Gümrük Sorumluluğu

Gümrük konusunda ülkeler, ya izin sistemi getirmektedir ya da kültür varlıklarının ihracını yasaklamaktadır. Devletlerin ağırlıklı uygulaması, ihracatı izne bağlayan sistemdir<sup>71</sup>. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 33. maddesine göre, yurtdışından kültür varlığı getirmek serbesttir. Ancak, yurt içinde korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları yurt dışına çıkarılmaz. Bu kuralın bütün güvenlik tedbirlerinin alınması şartı ile geçici sergiler ve Türkiye'deki kordiplomatik mensupları, Türkiye'ye girişlerinde beyan ederek beraberlerinde getirdikleri yabancı kökenli kültür varlıklarını, çıkışlarında beraberlerinde götürebilmesi gibi istisnaları mevcuttur (2863 m.32). Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Yurt Dışına Çıkarılması ve Yurda Sokulması Hakkında Yönetmelik güvenlik ve sigortalama konusunda ayrıntılı düzenlemeler içermektedir.

Etnografik Nitelikteki Taşınır Kültür Varlıkları Hakkında Yönetmelik yurtdışına çıkarılması yasaklanmış olan kültür varlıklarını listelemektedir. Bunlar jeolojik, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait olup; jeoloji, antropoloji, prehistorya, arkeoloji ve sanat tarihi açılarından belge değeri taşıyan ve ait oldukları dönemin sosyal, kültürel, teknik ve ilmi özellikleri ile seviyesini yansıtan her türlü taşınır kültür varlıkları ile Osmanlı İmparatorluğu Dönemi sonuna kadar olan Türk Milletinin gelenek ve göreneklerini, dini inançlarını sembolize eden, nadir olan, müze koleksiyonlarını tamamlayıcı nitelikte bulunan, belge değeri taşıyan

70) Tamer Budak/Metin Saban, "Müzayede Yoluyla Satılan Sanat Eserlerinin Vergilendirilmesi, Değerlemesi ve Amortismanı" *Maliye Dergisi*, S. 159, Temmuz-Aralık 2010, s.167 vd.

71) Akipek, s.116.



etnografik nitelikteki kültür varlıkları ile milli mücadeleye, Türk Cumhuriyeti tarihine ve Atatürk'e ait korunması gerekli taşınır kültür varlıklarıdır. Bunların dışında kalan varlıkların yurtdışına çıkarılması serbesttir. Yurtdışına çıkarılmak istenen kültür varlıklarının kontrolü Bakanlığa bağlı müzelerce yapılır<sup>72</sup>.

Gümrük yasakları bazen eser kaçakçılığını tetiklemektedir; bu yüzden sıkı gümrük kontrolleri ve gümrükler arası dayanışma önemlidir. Türkiye Dünya Gümrük Örgütü'nün (DGÖ-WCO) (Eski Gümrük İşbirliği Konseyi) 1951'ten beri bir üyesidir<sup>73</sup>. Bu konsey tarafından hazırlanan, Gümrük Mevzuatına aykırılıkların men'i, takibi ve tahkiki için karşılıklı idari yardım uluslararası sözleşmesi 1977 yılında imzalanmıştır<sup>74</sup>.

Gümrük otoriteleri ile kültür varlıkları otoritelerinin işbirliği gereklidir. Bu doğrultuda, Etnografik Nitelikteki Taşınır Kültür Varlıkları Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesi ihtisas elemanlarının gümrük kapılarında görevlendirileceğini söylemektedir<sup>75</sup>.

Türkiye'deki kordiplomatik mensupları da ülkeye girerken yanlarında ülke dışına çıkışı yasak olan bir kültür varlığı bulundurmaları halinde bu durumu beyan etmelidirler<sup>76</sup>. Bu yükümlülük Diplomatik İlişkiler Hakkında 1961 Viyana Konvansiyonu ile de uyumludur<sup>77</sup>. Kültür ve Tabiat Varlıklarının Yurt Dışına Çıkarılması ve Yurda Sokulması Hakkında Yönetmeliğin 9. maddesi Türkiye'ye diplomatik statü ile giren kişilerin Dışişleri Bakanlığı'na fotoğrafı envanter listesi sunmalarını gerekli kılmaktadır. Bu listenin bir nüshası da Dışişleri Bakanlığı tarafından Kültür ve Turizm Bakanlığı'na iletilmektedir<sup>78</sup>.

Gümrük kurallarının ihlali halinde, hapis veya para cezaları öngörülmüştür. Kültür ve Tabiat Varlıklarının Koruma Kanunu'nun 68. maddesine göre bu ceza 5 yıldan 12 yıla kadar hapis ve 5000 güne kadar adli para cezasını içermektedir<sup>79</sup>.

### III. Kültür Varlıklarının Kullanılması ve Tanıtılması

#### A. İthalat KDV'si ve Gümrük Vergisi

72) Ceylan, s.114.

73) <http://www.wcoomd.org/en/about-us/wcomembers/~media/WCO/Public/Global/PDF/About%20us/WCO%20Members/List%20of%20Members%20with%20membership%20date.ashx>, 27.5.2013.

74) <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0343.pdf>, 27.5.2013.

75) Akipek, s.129.

76) Ceylan, s.281.

77) [http://www.gib.gov.tr/fileadmin/CifteVergilendirme/diplomatik\\_viyana\\_sozlesme.htm](http://www.gib.gov.tr/fileadmin/CifteVergilendirme/diplomatik_viyana_sozlesme.htm), 27.5.2013; Akipek, s.130.

78) Akipek, s.130.

79) Akipek, s.131.

İthalat rejimine 20.05.1993 tarihli ek karar, Gümrük Tarife Cetvellerinde yer alan ve özel veya kamu müzelerinde sergilenmek üzere getirilen bütün malların gümrük vergisinden muaf olacağını düzenlemektedir<sup>80</sup>.

Eğer mal sergileme amacı dışında getirilmişse, ithalat vergisi KDV Kanununda düzenlenmektedir. Bu kanunun 1 ve 2. maddeleri uyarınca, bütün mal ve hizmetlerin ithalatında ithalat KDV'si ödenmelidir<sup>81</sup>.

Gümrük Kanunu'nun 167. maddesine göre değeri 150 Euro'yu geçmeyen eşya, gerçek kişiler tarafından serbest dolaşıma sokulacak şahsi eşya, uluslararası ilişkiler çerçevesinde alınan hediyeler, eğitim, bilim ve kültürel amaçlı eşya ile bilimsel alet ve cihazlar, miras yoluyla intikal eden kişisel eşya ve değeri 430 Euro'yu geçmemek üzere yolcuların beraberindeki hediyelik eşya olmak üzere gümrük vergisinin istisnalarını sayılmaktadır<sup>82</sup>.

Gümrük vergisi ithalatta, mal serbest dolaşıma açıldığı zaman veya geçici olarak ithal edildiğinde (gümrük vergisinden kısmi muafiyet) gümrük beyannamesi formuna kayıt esnasında doğmaktadır. Vergi mükellefi, beyannamede bulunan kişidir<sup>83</sup>. Temsilcinin beyannamede bulunması halinde, temsil olunan kişi de yükümlüdür.

### B. İyi Niyetli Alıcının Korunması

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 5. maddesinde devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının devlet malı niteliğinde olduğu hükme bağlanmıştır. Buna göre, bu kültür varlıklarının iyi niyetle iktisabı, devlet mallarının özel mülkiyete konu olamaması sebebiyle korunmamaktadır<sup>84</sup>.

Bu kapsamın dışında kalan kültür varlıkları içinse, Türk hukuk sistemi iyi niyetli alıcı için koşula bağlı bir koruma sağlamaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 988. maddesi uyarınca, *“Bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynî hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur.”* Ancak,

80) İthalat Rejimi Kararına Ek Karar–(Karar Sayısı: 93/4417), <http://www.vergidegundem.com/documents/10156/598069/VEGUNISAN12.pdf>, 30.5.2013.

81) Gültekin Şahiner, İthalat İşlemlerinde Katma Değer Vergisi Uygulaması, <http://www.belgeler.com/blg/2hnn/ithalat-islemlerinde-kdv>, 17.6.2013.

82) Resmi Gazete, 27.10.1999, S. 7681.

83) <http://www.gumrukkontrolor.org.tr/Yayinlar/Dergiler/55/3.html>, 30.5.2013.

84) Murat Volkan Dülger/Bilge Saltan, “The Art Collecting Legal Handbook/Turkey”, Ed: Bruno Boesch/Massimo Sterpi, The Art Collecting Legal Handbook, London, Thomson Reuters, 2013, s.312.

TMK'nın 989. maddesi uyarınca, *“Taşınır çalınan, kaybolan ya da iradesi dışında başka herhangi bir şekilde elinden çıkan zilyet, o şeyi elinde bulunduran herkese karşı beş yıl içinde taşınır davası açabilir. Bu taşınır, açık arttırmadan veya pazardan ya da benzeri eşya satanlardan iyi niyetle edinilmiş ise; iyi niyetli birinci ve sonraki edinenlere karşı taşınır davası, ancak ödenen bedelin geri verilmesi koşuluyla açılabilir.”* İyi niyetli zilyedin satıcıya karşı ve geri verilen şey için yapmış olduğu masraflar bakımından malike karşı tazminat hakkı saklıdır. TMK'da malı çalınan kişinin iyi niyetli olmayan alıcıdan talebi için beş yıllık bir zamanaşımı süresi öngörmüştür<sup>85</sup>.

Ancak iyi niyetli alıcıya ilişkin bu hükümler, yasadışı olarak yurtdışına çıkarılmış kültür varlıkları için menşe ülkelerden gelen iade talepleri karşısında, Türkiye tarafından geçerli olarak onaylanmış olan 1970 UNESCO Sözleşmesinin yukarıda bahsedilen 7. maddesi sebebiyle uygulanabilirliği olmayacaktır.

### **C. Yasadışı İhracat Temelli İade Talepleri: Antika ve Tarihi Eser Kaçakçılığı Konusunda Türkiye'nin Politikaları ve Uygulamaları, İade Talebinde Bulunan Devlet ve Kişilere Yaptığı Yardımlar**

Türkiye, antika eşya ve sanat eserleri kaçakçılığına hedef olan ülkelerden biridir ve Türkiye'den kaçırılan eserler dünyanın önde gelen müzelerinde sergilenmekte ve özel koleksiyonlarında yer almaktadır<sup>86</sup>. Yetkili makamlar tarafından alınan tedbirler Türkiye'den kaçırılan birçok eserin iadesi ile sonuçlanmıştır<sup>87</sup>. 2011 yılında ABD tarafından iade edilen Herakles heykeli bunlara örnek olarak gösterilebilir<sup>88</sup>. Kültür varlıklarının menşe ülkesine iadesi konusunda güncel bir örnek de Irak'a ait olan dört gözyaşı şişesinin iadesidir<sup>89</sup>. Türkiye'den yasa dışı eser kaçırılmak üzere da belirtildiği üzere bir suç teşkil etmektedir.

1970 UNESCO Sözleşmesi'nin 7. maddesi uyarınca devletler, menşe devletin talebi ile ilgili olarak, *“çalınıp ithal edilmiş kültür varlıklarını, ilgili taraf Devletin başvurması üzerine el koymak ve bu varlıkları iyi niyetli alıcı sıfatıyla edinmiş olan sahibini, hakça bir giderim ödenmesi kaydıyla geri vermekle”* yükümlüdürler.

Türkiye'de, Müzeler Genel Müdürlüğü'ne yabancı menşeli bir eser ulaştığı vakit bu eserin çalıntı veya ülkesinden yasadışı ihraç edilmiş olması ihtimali

85) Akipek, s.89.

86) Akipek, s.6.

87) <http://www.kulturvarliklari.gov.tr/TR,44470/yurt-disindan-iadesi-saglanan-eserler.html>, 30.5.2013.

88) <http://www.aktuelarkeoloji.com.tr/?/=525>, 30.5.2013.

89) [http://www.zaman.com.tr/gundem\\_savasta-kacirilan-gozyasi-siseleri-vatani-iraka-donuyor\\_1001555.html](http://www.zaman.com.tr/gundem_savasta-kacirilan-gozyasi-siseleri-vatani-iraka-donuyor_1001555.html), 30.5.2013.

mevcutsa menşe ülkeyi belirlemek için bir uzmanlık değerlendirmesi gerçekleştirilmektedir. Daha sonra Dışişleri Bakanlığı aracılığı ile bu ülkeden kültür varlığının yasadışı yollarla ülkeden çıkarıldığı yönünde belgelendirme talep edilmektedir. Söz konusu ülkeden gelecek olan cevap beklenirken, kültür varlığı müze müdürlüklerinden birinde koruma altına alınmaktadır<sup>90</sup>.

Aynı zamanda, Dışişleri Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na Interpol'e üye ülkelere ait çalıntı eserlerin listesini ulaştırmaktadır. Kültür varlığı tacirleri ve koleksiyoncuları da kaymakamlık vasıtasıyla uyarılmaktadır<sup>91</sup>.

## **D. Kültür Varlıklarının Sergilemesi, Reprodüksiyonu ve Ticari Satışına İlişkin Haklar**

### **1. Sergileme**

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca kültür varlıklarını bulan kişilerin yetkili makamlara haber verme zorunluluğu getirilmiştir. 25. madde uyarınca, bildirilen bu kültür varlıklarından korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından bilimsel esaslara göre tasnif ve tescile tabi tutulurlar. Bunlardan Devlet müzelerinde bulunması gerekli görülenler, usulüne uygun olarak müzelere alınırlar. Listeleme, kayıt ve müzelere alınma ile ilgili prensip ve prosedürler Korunması Gerekli Taşınır Kültür Ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmeliğe göre belirlenmektedir<sup>92</sup>.

Ülke içinde korunması gerekli kültür varlıkları ülke sınırları dışına çıkarılamaz, ancak milli çıkarlar göz önüne alınarak geçici olarak sergilenmek amacıyla, bütün güvenlik önlemlerinin alınması, gidilecek ülke tarafından eserlerin sigortalanması ve Bakanlık tarafından oluşturulan komisyonun onay vermesi şartlarıyla yurtdışına çıkarılabilir. (2863 m.32). Burada bahsedilen güvenlik önlemleri, Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Yurt Dışına Çıkarılması ve Yurda Sokulması Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir<sup>93</sup>.

### **2. Reprodüksiyon**

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 34. maddesine göre, Kültür ve Turizm Bakanlığına bağlı ören yerleri ve müzelerdeki taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarının öğretim, eğitim, bilimsel araştırma ve tanıtmaya amacı ile fotoğraflarının ve filmlerinin çekilmesi, mulâj ve kopyalarının çıkartılması Kültür ve Turizm Bakanlığının iznine bağlıdır. Müzelerle Müzelerle Bağlı Birimlerde ve

90) Dülger/Saltan, s.313.

91) Dülger/Saltan, s.313.

92) Resmi Gazete, 20.4.2009, S. 27206

93) Resmi Gazete, 16.2.1984, S.18314

Ören yerlerindeki Kültür Varlıklarının Film ve Fotoğraflarının Çekilmesi Mulâj ve Kopyalarının Çıkarılması Hakkında Yönetmelik<sup>94</sup> ile bu husus düzenlenmektedir. Yönetmeliğe göre, müzelerle, müzelere bağlı birimlerde ve ören yerlerinde hangi varlıkların herkes tarafından izne bağlı olmaksızın fotoğraf ve filmlerinin hangi şartlarda çekileceği hususu Bakanlığın önceden belirleyeceği esaslara göre müze müdürlüklerince tespit edilir. Bu kuralların dışında kopya çıkarmak isteyen kişiler için ise, video film ve film çekilmesi, mulâj, taklit, reproduksiyon yapılması, kopya çıkartılması, stampaj alınması hususlarında, Bakanlık Merkezine, diğer hususlarda ise ilgili müze müdürlüklerine başvuru yapılmasını kapsayan bir izin sistemi öngörülmüştür.

Sanatçının FSEK'ten kaynaklanan ve yukarıda açıklanmış olan mali ve manevi hakları saklıdır.

### 3. Ticari Satış

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca, tasnif ve tescil dışı bırakılan ve Devlet müzelerine alınması gerekli görülmeyen taşınır kültür varlıkları, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın izni ile ticarete konu olabilirler. Tacirler, Bakanlıktan ruhsatname almak zorundadırlar.

2863 sayılı Yasanın 28. maddesi uyarınca, kişinin ikametgâhını ticarethane olarak göstermesi yasaklanmıştır. Kültür varlığı ticareti yapanların işyerleri ve depoları Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkililerince denetlenir. Yasanın 30. maddesi uyarınca, kamu kurumu ve kuruluşları (belediyeler ve il özel idareleri dâhil), vakıflar, gerçek ve tüzelkişiler satacakları eşya ve terekeler arasında bulunan veya yapacakları müzayedelerdeki satışlara konu olan taşınır kültür ve tabiat varlıkları ile koleksiyonları, önce devlet müzelerine haber vermeye ve göstermeye mecburdurlar. Kültür ve Turizm Bakanlığı, kültür ve tabiat varlıklarından meydana getirilen koleksiyonları kuracağı komisyonun takdir edeceği bedel üzerinden satın alabilir. Bu konuda ayrıntılar Taşınır Kültür Varlığı Ticareti ve Bu Ticarete Ait İşyerleri İle Depoların Denetimi Hakkında Yönetmelik<sup>95</sup> ile düzenlenmiştir.

### 4. Sergileme İçin Ödünç Verme, Geçici İthalat ve El Koymanın Önlenmesi Garantisi

Kültür varlıklarının taşınması ve sigortalanması ve sergileme için ödünç verme izni alınması uygulamada genellikle ödünç veren ve ödünç alan arasında anlaşmalar yoluyla gerçekleşir. Bu anlaşmaların hükümleri hukuken ödünç veren ülkenin yasaları ve mahkemeleri ile korunur veya iki tarafça kararlaştırılır.

94) Resmi Gazete, 26.1.1984, S. 18293

95) Resmi Gazete, 11.01.1984, S. 18278

Bu anlaşmaların gerektirdiği temel unsurlar; eserlerin fiziki korunmaya uygun koşullarda muhafaza edilmesi, bu eserlerin naklinin sanat taşımacılığı konusunda uzman özel firmalar tarafından yapılması ve istisnasız olarak “çividen çiviye” güzel sanatlar sigortaları yapılmasıdır. Eser ödünç veren bazı ülkeler ve özellikle devlet müzeleri, ödünç alan müzenin bağlı olduğu Dışişleri Bakanlığı’ndan el koymanın önlenmesi konusunda devlet güvencesi istemektedirler.

## **E. Kültür ve Sanat Eserlerinin Korunması Usulü: Eserlerin Tahrifatının Önlenmesi**

### **1. Bütün Müzeler Bakımından**

Müzeler İç Hizmetler Yönetmeliği’nin<sup>96</sup> güvenlik önlemleri başlıklı 7. maddesi uyarınca, müze teşhir salonları ile vitrin ve depo anahtarları müdürün sorumluluğu altında mühürlü bir dolapta veya kasada bulundurulur. Bakanlığın izni olmadan müzelerden herhangi bir eser çıkarılamaz ve kapanış saatlerinden sonra ziyaretçi kabul edilemez. Ziyaretçilerin yanındaki çanta vb. eşyalar girişteki görevliler tarafından teslim alınır.

Kültür ve Turizm Bakanlığı 21.3.2001 tarihinde müzeler için birçok güvenlik önlemini içeren ve müzeler tarafından tutulması gereken birçok envanter listesini gösteren bir Müzecilik Kılavuzu yayınlamıştır<sup>97</sup>. Bir kültür varlığının tahrifatı, kaybı veya çalınması halinde bakanlık ve bazı durumlarda hazine tarafından dava açılacaktır<sup>98</sup>.

### **2. Özel Müzeler Bakımından**

Özel Müzeler ve Denetimleri Hakkında Yönetmelik<sup>99</sup>, özel müze kurmak için Kültür ve Turizm Bakanlığı’nın iznini gerekli kılmaktadır. Bakanlık söz konusu müzenin kültür varlıklarının muhafazası için gereken koşulları taşıyıp taşımadığı hususunda bir değerlendirmede bulunduktan sonra izin için gereken kararı verir. Yönetmeliğin 11. maddesi uyarınca, özel müzelerin eserleri saklama koşulları bakanlık tarafından denetlenir ve sağlıklı koşulların bulunmadığının saptanması halinde izin iptal edilebilir. Herhangi bir tahrifat olayı halinde, bakanlık üç gün içinde haberdar edilmelidir. Bakanlık tahrifat olayı hakkında soruşturma

96) Yürürlük tarihi: 30.04.1990, S.1578

97) <http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR,13998/muzecilik-klavuzu.html>, 30.5.2013.

98) “Meydana gelen kaçak kazı, eski eser kaçakçılığı gibi olaylar basın ve ihbarcılardan önce anında bildirilecek, eski eser kaçakçılığı ile ilgili davalar takip edilerek; hazine avukatları bilgilendirilecek, kaçak kazı ve eski eser kaçakçılığının nasıl yapıldığını, olayın mahkemeye intikal edip etmediği, olaya karışan şahısların kimlikleri ile herhangi bir konuda (define kazısı, eser satışı, eski eser ticareti, koleksiyonculuk vb.) ilişkilerin olup olmadığı hususları araştırılarak, gelişmelerden ve sonuçlarından ivedilikle Bakanlık bilgilendirilecektir.”

99) Resmi Gazete, 22.01.1984, S. 18289

başlatır.

### 3. Özel Koleksiyonlar Bakımından

Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmeliğin<sup>100</sup> 8. maddesi uyarınca, koleksiyoncular, denetim yönünden bağlı buldukları müze müdürü veya görevlendireceği müze ihtisas elemanları tarafından, yılda en az bir defa denetlenir. Taşınır kültür ve tabiat varlıklarının sağlığı, muhafazası ve güvenliği ile ilgili şartlar yerine getirilmemiş ise tespiti yapılan aksaklıklar otuz gün içerisinde koleksiyoncu tarafından giderilir. Taşınır kültür ve tabiat varlığının kaybolması, çalınması veya zarar görmesi gibi durumlarda müze müdürlüğüne koleksiyoncunun ihmali olduğu kanaatine varılması halinde, koleksiyon izin belgesinin iptali ve koleksiyoncu hakkında Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulması ihtimali mevcuttur. Müze müdürü başkanlığında oluşturulan komisyon, kaybolan / tahrip olan kültür varlığı için bir tazminat miktarına da karar verebilir.

### F. Sanat Eserlerinin Teminat Olarak Kullanılması Usulü

Fikri mülkiyet hakları, fiziksel varlıkları bulunmamasına, somutlaştıkları nesneden farklılaşmalarına ve zaman bakımından kısıtlı kullanılmalarına rağmen içlerinde hukuki işlemlere konu olan bir mülkiyet hakkı taşırlar. Sonuç olarak, teminat olarak gösterilebilirler, bu haklar alınıp satılabilir, devredilebilir, lisans ile kiralanabilir ve bu haklara el konulabilir<sup>101</sup>. Bu durum mali haklarla ilgili olarak geçerlidir. Sanatçının manevi hakları için bunlar söz konusu değildir. Örneğin, eser sahibinin adı eserden asla silinemez.

### G. Sanat Eserlerinin Sigortalanması ve Depolanması

Nakliyat sigortaları genellikle zararları, kırılmaları ve hırsızlığı kapsamaktadır. Mallar genel olarak satıcılar tarafından, genellikle CIF satışlarında, alıcılar tarafından genellikle değersiz mallar için yapılır veya sigorta şirketi ile bir dalgalı sigorta poliçesi yapılabilir. Sigortalama konuları genel olarak INCOTERMS ile sağlanmaktadır<sup>102</sup>.

Sanat eserleri genel olarak “çividen çiviye” sanat sigortaları ile sigortalanmaktadır. Uygulamada, “Güzel Sanatlar Sigortası” şemaları tüm rizikolar sigortası olarak sunulmaktadır ve bu esere zarar veren bütün olayların sigorta kapsamında olacağı anlamına gelmektedir. Eserin yaklaşık ticari değeri tarafların üzerinde anlaşıldığı bir uzman tarafından belirlenir. Bu karşılaştırılan değer uygulaması

100) Resmi Gazete, 23.03.2010, S. 27530

101) Karahan/Suluk/Sarac/Nar, s.76.

102) <http://www.foreign-trade.com/reference/incoterms.cfm>, 30.5.2013.

anlaşma bedelinin geri ödenmesini hızlandırır ve kolaylaştırır. Eserin zarar görmesi halinde, sigorta restorasyon masraflarını karşılamaktadır ve kayıp halinde zararları da içeren bir geri ödeme sağlanmaktadır.

Çividen çiviye sigortalama eserlerin bulunduğu yerden paketlenmesinden sergi alanına götürülmesini, sergi süresini ve eserlerin alındığı yere geri götürülmesini kapsar. Sigorta poliçesine ek olarak, kalite standartları ve eserin korunmasını sağlamak için tedbirler gibi destekleyici hizmetler de kullanılabilir.

### H. Serbest Ticaret Bölgelerindeki Usul

Serbest ticaret bölgeleri 3218 sayılı Yasa tarafından düzenlenmektedir. Buna göre, Bakanlar Kurulu bu bölgelerin yerlerini ve sınırlarını belirlemeye yetkilidir. Türkiye’de, Serbest Bölgeler Genel Müdürlüğü altında çalışan Serbest Bölge Müdürlüklerine bağlı yirmi bir serbest ticaret alanı bulunmaktadır. Her serbest bölgede bir Gümrük Müdürlüğü bulunmaktadır. Serbest bölgeler gümrük bölgelerinden sayılmamaktadır. Serbest bölgeler ile Türkiye arasında ticaret uluslararası ticaret rejimine tabidir<sup>103</sup>.

## IV. Kültür Varlıklarının ve Sanat Eserlerinin Satışı

### A. Satış Amaçlı Geçici İthalat

Türkiye’de geçici ithalat rejimi Gümrük Kanunu’nun 128-134. maddeleri ve Gümrük Yönetmeliği’nin 415-470 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Aynı zamanda, Gümrük İşbirliği Konseyi öncülüğünde Geçici İthalat Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) Türkiye tarafından 28.6.1990’da imzalanmıştır ve Eşyaların Geçici Kabulü İçin ATA Karneleri Hakkındaki Gümrük Sözleşmesi (ATA Sözleşmesi) eklerinden Sergi ve Fuarlar Sözleşmesi 23.11.1974’te yürürlüğe girmiştir<sup>104</sup>.

ATA Sözleşmesi ve ekleri bağlamında, Gümrük İdareleri tarafından ATA karnelerine ve ATA karneleri ile geçici olarak ithal edilebilecek mallara ilişkin olarak tamamlanacak prosedürleri belirleyen 4 numaralı Gümrük Genel Tebliği yürürlüktedir<sup>105</sup>. Buna göre, sanat eserleri Türkiye’de satış sebebiyle geçici ithalata konu olamaz. Sadece sergilerde, fuarlarda, toplantı vb. yerlerde sergilenecek olan mallar geçici ithalata konu olabilir.

### B. Müzayede Yoluyla Satış İçin Sevkiyat

Türk müzayede pazarında iki tür gönderim temel olarak uygulanmaktadır; kesin satış ve konsinye satış. Kesin satış eşyayı müzayede şirketine belirlenmiş bir fiyat ile satmak demektir. Antika objenin veya sanat eserinin mülkiyeti kesin

103) <http://www.ekonomi.gov.tr/index.cfm?sayfa=790C7AE3-19DB-2C7D-3D034B137591651F,30.5.2013>.

104) <http://www.tobb.org.tr/TIRveATAKarnesi/ATA/Sayfalar/SSS.aspx,30.5.2013>.

105) Resmi Gazete, 21.3.2005, S. 25762.



olarak müzayede şirketine geçer. Kararlaştırılmış ücret eserin malikine ödenir ve faturalanır.

Konsinye satış içinse, antika nesneyi satmak isteyen gerçek veya tüzel kişi müzayede şirketine nesneyi götürür. Müzayede şirketi bir belge karşılığında eseri teslim alır. Bu teslim alma geçicidir, genellikle müzayede sonrası eser geri verilir ancak eserin maliki bu süreyi uzatabilir. Müzayede şirketi, sahtelik veya değersizlik halinde nesneyi iade edebilir. Eğer nesne satılmışsa, akabinde alıcıya gönderilir, satılmamışsa ve taraflar arasında daha uzun bir emanet süresi kararlaştırılmamışsa bir belge ile birlikte malike teslim edilir.

Sanat eserleri toplandıktan sonra bir müzayede katalogu hazırlanır. Bu katalog, açık artırma için gereken izni almak amacıyla, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununa göre belediyeye yazılacak bir dilekçe ile birlikte gönderilir. Katalog aynı zamanda, satılacak nesnelerin Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu kapsamına girip girmediğini belirlemek amacıyla İl Kültür ve Turizm Müdürlüğü'ne ve Müzeler Müdürlüğü'ne yollanır. Burada sanat eserleri uzmanlar tarafından incelenir ve gerekirse müzayede dışı bırakılır<sup>106</sup>.

### C. Alıcı Temerrüdüne Karşı Yaptırımlar

#### 1. Alıcının Malı Teslim Almada Temerrüdü

Satıcı normal olarak TBK'nın alıcı temerrüdüne ilişkin hükümlerini uygulayabilir. TBK'nın 106-108. maddeleri uyarınca, satıcı malı tevdi ederek veya sattırarak malı teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olur.

Satıcı aynı zamanda alıcının bir borcu olarak malı teslim almada borçlu temerrüdü yoluna da başvurabilir. Ancak genel kabul, satıcının sadece teslimde gecikme dolayısıyla uğradığı zararları isteyebileceği, ancak TBK'nın 125. maddesindeki haklarını, özellikle sözleşmeyi tek taraflı feshetme hakkını kullanamayacağı yönündedir; zira malı teslim etme yükümlülüğü ikincil bir yükümlülüktür<sup>107</sup>.

#### 2. Alıcının Bedeli Ödemede Temerrüdü

Satıcının sözleşmeden dönebilmesinin şartları mevcuttur: Peşin ödemeli satışlarda, temerrüt halinde, satıcı sözleşmeden ihtar etmeye gerek kalmadan ve süre vermeden hemen dönme hakkına sahiptir. Vadeli satışlarda, satıcı sadece ödemeyi ve gecikmeden doğan zararları isteyebilir. TBK'nın 278. maddesine göre, ödemeler açık artırmalarda, aksi öngörülmediği müddetçe peşin yapılmalıdır ve satıcı, ödeme yapılmazsa sözleşmeyi anında feshedebilir. Aynı zamanda TBK'nın 125. maddesi uyarınca faiz de talep edebilir<sup>108</sup>.

106) Budak/Saban, s.167 vd.

107) Yavuz, s.110.

108) Yavuz, s.11 vd.

## V. Kültür ve Sanat Varlıklarının Kamu Yararı İçin Kullanımı: Özel Kurumlar ve Müzeler

### A. Kamu Kurumlarına Uzun Vadeli Ödünç Vermeler, Kullanımlar ve Sınırları

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu uyarınca, kamu kurumları taşınır kültür varlıklarını bakanlık tarafından kurulmuş olan bir komisyon kararından sonra satın alma ve kaydetme yetkisine sahiptir<sup>109</sup>. Yine de, müzelere alınması gerekli görülmeyen taşınır kültür varlıkları gerçek veya tüzel kişilerden ödünç alınabilir. Ancak kamu kurumlarına ödünç verme konusunda özel bir yasal düzenleme mevcut değildir. Kamu kurumları ve özel kişiler, kültür varlığını ödünç verme konusunda anlaşma yapabilirler ve bu anlaşmalar özel hukukun konuyla ilgili düzenlemelerine tabidir<sup>110</sup>.

### B. Özel Kurumlar ve Müzeler, Temel Özellikleri ve Sınırlamalar

Kamu kurum ve kuruluşları, gerçek ve tüzel kişiler ve özel kuruluşlar (kuruluş amaçlarını ile bağlantılı olmak kaydıyla), başvurdukları takdirde özel müze açmaya yetkilidirler. Özel müzeler için başvurular 2863 sayılı Yasa ve Özel Müzeler Yönetmeliği<sup>111</sup> kapsamında incelenir. Özel müzelerin denetimi, müzelerin yeterliliği ve devamlılığı göz önünde bulundurularak gerçekleştirilir. Gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan müzeler bakanlıkça verilen ruhsatnameye dayanarak taşınır kültür varlıklarını alanlarına göre ellerinde bulundurabilirler. Bu müzelerdeki kültür varlıklarının korunması devlet müzeleri ile aynı esaslara tabidir<sup>112</sup>.

## VI. Vergi Düzenlemeleri

### A. Servete Dayalı Vergiler

Türk vergi sisteminde servet vergisi; emlak vergisi, veraset vergisi ve motorlu taşıtlar vergisinden oluşmaktadır. Servet vergisi olarak sınıflandırılacak başka bir vergi çeşidi bulunmamaktadır<sup>113</sup>. Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'nun 4. maddesi istisnaları sıralamaktadır. Bu hükme göre, emlak vergisi ve veraset vergisi kültür varlıkları kategorisine giren malvarlıkları için de uygulanabilmektedir.

Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu bütün ivazsız iktisaplara uygulanır. Bu yasa, 1. maddesi ve ülkesellik prensibi uyarınca Türkiye sınırları içindeki mal-

109) 2863 sayılı Yasa, m.30.

110) Dülger/Saltan, s.316.

111) Resmi Gazete, 22.1.1984, S.18289.

112) Dülger/Saltan, s.316.

113) Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001, s.355 vd.

varlıklarını ve şahsiliik prensibi uyarınca, Türk vatandaşlarına ait yurtdışındaki malvarlıklarını kapsamaktadır. Bu hükmün istisnası bu malvarlıklarının yabancı ve Türkiye’de ikametgâhı olmayan bir kişi tarafından edinilmesidir<sup>114</sup>. Vergi doğuran olay, ivazsız iktisaptır ve vergi mükellefi iktisap eden kişidir. Vergi matrahı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu’nun 10. maddesi uyarınca, iktisabın Vergi Usul Kanunu uyarınca hesaplanan rayiç değeridir. Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu’nun 12. maddesine göre, bazı harcamalar vergiden düşülebilmektedir. Vergilendirme, Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu’nun 7 ve 14. maddeleri uyarınca, vergi mükellefinin beyanı esas alınarak yapılmaktadır. Kimi kültür varlıklar bu vergi kapsamına bırakılabilmektedir. Kanunun 4/a maddesine göre, Veraset yoluyla ile intikal eden ev eşyası ile murise ait zat eşyası ve aile hatırası olarak muhafaza edilen tablo, kılıç, madalya gibi eşyalar vergilendirilmeyecektir.

### **B. Değer Artış Vergisi**

Değer artış vergisi, Gelir Vergisi Kanunu’nun “Diğer Kazanç ve İratlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Kanunda sayılan yedinci gelir kalemidir. Türk vergi sisteminde değer artış kazançlarına uygulanan başka bir vergi bulunmamaktadır. Gelir Vergisi Kanunu’nun 2. maddesinde sayılan diğer gelir vergileri “Diğer Kazanç ve İratlar” vergisinden önce gelmektedir; zira değer artışlarından elde edilen kazançlar arızı gelir sayılmaktadır. Sanat eserleri ve antika nesnelere elde edilen kazançlar Gelir Vergisi Kanunu’nun 2. maddesi uyarınca “diğer kazanç ve iratlar” kapsamına sokulabilir ve bu kanunun 80. maddesi uyarınca vergilendirilir. Gelir Vergisi Kanunu’nun 103. maddesi vergi tarifelerini düzenlemektedir. Buna göre, vergi istisnaları Genel Tebliğlerle belirlenmektedir. Belli bir değer altındaki değer artış kazançları vergilendirilmeyecektir.

### **C. Kamu Kurumlarına Bırakma, Hediye Etme ve Bağışlama Hallerinde Vergi İstisnaları**

Gelir Vergisi Kanunu’nun 89/7 maddesi uyarınca, kültürel aktiviteler için bazı vergi istisnaları öngörülmüştür. Buna göre, kamu otoriteleri tarafından desteklenen aşağıdaki amaçlar için bağışlama ve hediyeler vergiden istisna tutulmuştur:

i. Kültür ve sanat faaliyetlerine ilişkin ticari olmayan ulusal veya uluslararası organizasyonların gerçekleştirilmesi,

ii. Ülkemizin uygarlık birikiminin kültürü, sanatı, tarihi, edebiyatı, mimarisi ve somut olmayan kültürel mirası ile ilgili veya ülke tanıtımına yönelik kitap, katalog, broşür, film, kaset, CD ve DVD gibi manyetik, elektronik ve bilişim teknolojisi yoluyla üretilenler de dahil olmak üzere görsel, işitsel veya basılı materyallerin hazırlanması, bunlarla ilgili derleme ve araştırmaların yayınlanması,

114) Öncel/Kumrulu/Çağan, s.373 vd.

yurt içinde ve yurt dışında dağıtımı ve tanıtımının sağlanması,

iii. Yazma ve nadir eserlerin korunması ve elektronik ortama aktarılması ile bu eserlerin Kültür ve Turizm Bakanlığı koleksiyonuna kazandırılması,

iv. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamındaki taşınmaz kültür varlıklarının bakımı, onarımı, yaşatılması, rölöve, restorasyon, restitüsyon projeleri yapılması ve nakil işleri,

v. Kurtarma kazıları, bilimsel kazı çalışmaları ve yüzey araştırmaları,

vi. Yurt dışındaki taşınmaz Türk kültür varlıklarının yerinde korunması veya ülkemize ait kültür varlıklarının Türkiye'ye getirilmesi çalışmaları,

vii. Kültür envanterinin oluşturulması çalışmaları,

viii. 2863 sayılı Yasa kapsamındaki taşınır kültür varlıkları ile güzel sanatlar, çağdaş ve geleneksel el sanatları alanlarındaki ürün ve eserlerin Kültür ve Turizm Bakanlığı koleksiyonuna kazandırılması ve güvenliklerinin sağlanması çalışmaları.

#### **D. Özel Kurum ve Müzelerin Kuruluş ve İşletme Aşamalarında Vergilendirilmesi**

Özel kurum ve müzeler, Kurumlar Vergisine tabidir. Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 2. maddesine göre, sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, yabancı devletlerin iktisadi kamu kuruluşu gibi değerlendirilen ve yabancı kamu idare ve kuruluşlarına ait veya bağlı olan ticarî, sınaî ve ziraî işletmeler, dernek veya vakıflara ait iktisadi işletmeler ve iş ortaklıklarının gelirleri vergi matrahını oluşturur. Özel müzeler, ticari işletmeler olarak görülebilir. Bu müzeler bir dernek tarafından veya bir sermaye şirketi tarafından kurulmuş olabilirler. Özel bir müzenin kuruluşu ve buna dair izin Özel Müzeler ve Denetimleri Hakkında Yönetmeliğe göre düzenlenir.

Sermaye şirketleri tarafından kurulan özel müzeler için, Kurumlar Vergisi Kanunu'nun "Diğer Vergi İstisnaları" başlıklı 10. maddesine ve 1 numaralı Genel Tebliğe göre, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından desteklenen ya da desteklenmesi uygun görülen bir müze projesi için, vergi beyannamesinde toplam harcamaların gösterilmesi halinde, bu harcamalar Kurumlar Vergisinden yüzde yüz muaf tutulabilir. Ancak, projenin bakanlık tarafından desteklendiğini gösteren bir belge gereklidir.

Özel Müzeler ve Denetimleri Hakkında Yönetmelik uyarınca, ziyaretçilerden bir giriş ücreti talep edilebilir. KDV oranı KDV Kanunu'nun 28. maddesine göre ve Bakanlar Kurulu'nun yıllık kararları uyarınca belirlenir. Giriş ücretleri için aynı zamanda bir hazine payı ve belediyeye ayrılan pay bulunmaktadır<sup>115</sup>.

115) [http://www.vergidegundem.com/tr\\_TR/publicationPaper?categoryName=Vergide&publicationNumber=4&publicationYear=2012&publicationId=598176](http://www.vergidegundem.com/tr_TR/publicationPaper?categoryName=Vergide&publicationNumber=4&publicationYear=2012&publicationId=598176), 30.5.2013.

## VII. Karşılaştırmalı Hukukta Kültür Varlıkları

Çalışmamızın bu bölümünde karşılaştırmalı hukuk açısından bazı ülkelerin düzenleme ve uygulamalarına yer vermek istiyoruz. Örnek ülke seçimlerinde özellikle hem sanatta, hem bunun hukuksal düzenlemelerinde hem de kültür varlıklarının ve sanat eserlerinin ticaretinde öne çıkan ülkelere yer vermeye çalıştığımızı belirtmeliyiz.

### A. Avusturya

Avusturya'da, kültür varlıkları konusunda tek bir yasa olmayıp, birçok yasada farklı hükümler bulunmaktadır. Avusturya, Silahlı Çatışma Durumunda Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi'ne ve Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi'ne taraftır, ancak 1970 UNESCO Sözleşmesi'ne ve 1995 UNESCO Sözleşmesi'ne taraf olmamıştır. Avusturya'da, kültür ve sanat ticareti önemli bir yer tutmaktadır. 1990-1997 yılları arasında Avusturyalı sanatçıların toplamda yaklaşık 225 milyon avroluk eseri dünya çapında ticarete konu olmuştur<sup>116</sup>

Avusturya'da kültür varlığı veya sanat eseri satın alan kişiden talep edilen özen yükümlülüğü, tacir olmayan alıcılar için aranmamakta ancak tacirler için ticari teamüllerle belirlenmektedir. Tacir için profesyonellik arttıkça özen yükümlülüğü de artmaktadır. Kültür varlıkları ve sanat eserlerine ilişkin satışlar veya barter sözleşmeleri, gabin halinde iptal edilebilmektedir. Müzayede evleri uluslararası sanat hukuku teamüllerine uygun olarak faaliyet göstermektedirler. Sahte eser satışı halinde Avusturya'da alıcıya seçimlik haklar verilmektedir. Bunlar birincil olarak ayıpsız mal ile değişim veya aybın düzeltilmesi, bunlar mümkün değilse bedelin düşürülmesi veya sözleşmenin feshidir<sup>117</sup>. Satıcı da aynı esasa ve Avusturya Medeni Kanunu'na (ABGB) göre, objektif ve artan bir özen yükümlülüğüne tabidir. Satıcının profesyonelliği ve eserin değeri ile doğru orantılı olarak özen yükümlülüğü de artacaktır. Özen yükümlülüğü, oturmuş ticari teamüllere ve uygulamalara göre belirlenir. Satıcının uzmanlık derecesi ve eserin ederi, eserin orijinalliği veya kaynağı konusunda bilimsel incelemeyi dahi gerektirebilecektir<sup>118</sup>. Koleksiyoncular ise, Avusturya Medeni Kanunu uyarınca uzman kabul edilmemektedirler ve artan özen yükümlülüğüne değil, basiretli ortalama bir kişinin özen yükümlülüğüne tabidirler<sup>119</sup>.

Sanatçının yeniden satış hakkı konusunda 2001/84/EC sayılı Avrupa Parla-

116) Peter M. Polak/Sabine-Katharina Andreasch/Christian Eder, "The Art Collecting Legal Handbook/Austria", Ed: Bruno Boesch/Massimo Sterpi, *The Art Collecting Legal Handbook*, London, Thomson Reuters, 2013, s.27-28.

117) Polak/Andreasch/Eder, s.28-29.

118) Polak/Andreasch/Eder, s.35.

119) Polak/Andreasch/Eder, s.36.

mentosunu ve Konseyi Direktifi ve buna uygun olarak değiştirilen Telif Yasası geçerlidir. Buna göre, orijinal parça satılmış olmalı, satış bir yeniden satış olmalı ve “sanat pazarında olan bir kişi” tarafından yapılmalıdır. “Sanat pazarında olan kişi”nin yasal bir tanımı yoktur, ancak yasa müzayecilerin ve müzayede evlerinin bu tanıma girdiğini belirtmektedir. Diğer satıcılar (düzenli olarak sanat ticareti ile uğraşan özel sanat koleksiyoncuları gibi) yasada belirtilmemiştir ve gri bir alanda kalmaktadırlar. Yeniden satış fiyatı, KDV hariç 2500 Avroyu geçmelidir<sup>120</sup>.

Kültür varlıklarının ihracı konusunda, Anıt Koruma Yasası, belirli kategoriler altındaki kültür varlıklarının ihracını izne tabi kılmıştır. Kültür varlığının koruma altında olması veya Eğitim, Bilim ve Kültür Bakanlığının İhraç Yönetmeliği’nde listelenen kategorilerden birine girmesi gerekir. Bir kültür varlığının koruma altına alınması, devlet malı veya kilise, tanınmış dini gruplara ait olmaları meşru karinesine veya nesnenin korunmasında kamu yararı bulunduğu hallerde Federal Anıtlar Bürosunun idari emri ile olur. İhraç yönetmeliği uyarınca, yaşayan veya ölümünün üzerinden yirmi yıl geçmemiş sanatçıların eserleri ihraç iznine tabi değildir. Bu istisna dışında, elli yıldan fazla yaşlı olmayan ve yaratıcılarının mülkiyetinde olmayan eserler de izinsiz ihraç edilebilir. Elli yıldan yaşlı olan ve 150.000 Avronun üzerinde olan eserler izne tabidir. Ancak değişik türde eserler için değişik ölçütler uygulanmaktadır. İzin verilmesi, ihraç sebebinin kamu yararından üstün olması halinde verilmektedir. Yasa dışı ihraç durumunda 50.800 Avroya varan ceza verilebilmektedir<sup>121</sup>.

Avusturya’da, malik olmayan bir kişiden mal satın alan alıcının malik sıfatına sahip olabilmesi için iyi niyetli olması ve satışın müzayede evinde, Avusturya Ticaret Kanunu uyarınca izinli bir tacirle veya emin sıfatıyla zilyetle gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir<sup>122</sup>.

Avusturya’da Yahudi soykırımında kaçırılan eserlere ilişkin iade talepleri de söz konusu olmaktadır. 1945 yılından sonra iade taleplerine ilişkin çeşitli yasalar çıkarılmış ancak çoğu zaman bunlar yetersiz görülmüş veya yeterli tazminatlarla hükmedilmemiştir. Doksanlı yılların başlarına kadar eserlerin iadesi söz konusu olmamıştır ve konu kamuda tartışmaya nadiren açılmıştır. 1998’de, *Egon Schiele*’ye ait “*Wally*” ve “*Tote Stadt III*” adlı eserler New York’ta Nazilerin yağmaladığı eserler olarak ele geçirilmiştir. Bu olay kamu bilincini artırmış ve aynı yıl Avusturya Sanat Eserlerinin İadesi Yasası çıkarılmıştır. Ancak bu yasa sadece kamuya ait müze, kütüphane ve koleksiyonları kapsamaktadır. Özel kurumlardaki eserler kapsam dışı bırakılmıştır<sup>123</sup>.

120) Polak/Andreasch/Eder, s.30-31.

121) Polak/Andreasch/Eder, s.31.

122) Polak/Andreasch/Eder, s.32.

123) Polak/Andreasch/Eder, s.32-33.

Çalıntı veya yasa dışı eserlere ilişkin olarak yurtdışından gelen iade talepleri konusunda 93/7/EEC sayılı Konsey Direktifiyle uyumlu olarak çıkarılan Kültür Varlıklarının İadesi Yasası geçerlidir. Buna göre, AB ülkelerinden Avusturya'ya kaçırılan eserlerin iadesi, zilyede karşı Avusturya Mahkemeleri nezdinde istenebilir. Avusturya Cumhuriyeti, yasa gereği davalının tarafındadır. Mahkeme, ihraç edilen ülke yasalarının çiğnenip çiğnenmediğini ve buna bağlı olarak kültür varlığının iadesi kararını verecektir. Bu yasa uyarınca Avusturya Cumhuriyeti de zilyede karşı iade taleplerinde bulunabilecektir<sup>124</sup>.

## B. Almanya

Alman eyaletlerinin bazılarının anayasalarında kültürün ve tarihi yapıların korunması yer almaktadır. Anayasal olmayan düzlemde ise, Alman yasaları taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarını korumaktadır. Milli öneme sahip kültür varlıkları listeler halinde belirtilmiştir. Her eyalet ayrıca kendi koruma rejimine sahiptir. Almanya'da kültür varlıklarının korunması daha çok taşınmaz kültür varlıklarının korunmasına yönelmiştir<sup>125</sup>.

Almanya, 1970 UNESCO Sözleşmesi'ne 2007'de taraf olmuştur. Uygulama yasası, 1000 Avronun üzerindeki kültür varlıklarını korumaktadır. Kültür varlığının ihracının yasanın yürürlük tarihinden önce mi sonra mı gerçekleştiği belli olmadığında sonra gerçekleştiği kabul edilmektedir. Almanya, 1995 UNIDROIT Sözleşmesi'ne taraf değildir<sup>126</sup>.

Alıcının özen yükümlülüğü somut olaya göre belirlenmektedir. Profesyonellik derecesi ve eserin ederi arttıkça özen yükümlülüğü de artmaktadır. Yüksek ederdeki eserler için, nesnenin çalıntı olup olmadığını belirlemek amacıyla, Art Loss Register veya Lost Art Database gibi uluslararası ticaret kayıtlarına bakılmaktadır. Aynı zamanda bitpazarı vb. bir yerden alınan eserler gibi, kaynağı şüpheli eserler için de daha yüksek seviyede bir inceleme gerekebilir. Özen yükümlülüğün ihlali, iyi niyetli iktisabın korunmasına engel olabilir<sup>127</sup>. Satıcının özen yükümlülüğü ise üç unsurdan oluşmaktadır; eserin ayıpsız olması (tahrip edilmiş ve tam olması), eserin orijinal olması, eserin çalıntı, yasadışı ihraç edilmiş veya kaynağının şüpheli olmaması gerekir. Özen yükümlülüğü profesyonellik ile doğru orantılı olarak artmaktadır<sup>128</sup>. Sanat eseri tacirliği ve müzayedecilikte özen yükümlülüğü en üst seviyededir, eserin incelenmesini ve kayıp sanat eserleri ile

124) Polak/Andreasch/Eder, s.33, 34.

125) Friederike Grafın von Brühl, "The Art Collecting Legal Handbook/Germany", Ed: Bruno Boesch/Massimo Sterpi, *The Art Collecting Legal Handbook*, London, Thomson Reuters, 2013, s.119.

126) von Brühl, s.119.

127) von Brühl, s.120.

128) von Brühl, s.126.

ilgili veri tabanlarının araştırılmasını gerektirir. 1970 Sözleşmesi'nin 2007'de milli mevzuata uyarlanmasıyla sanat eserleri ve antika eser ticaretinde şeffaflığın ve takip edilebilirliğin artması amaçlanmıştır. Buna göre müzayedeciler ve sanat tacirlerinin eserin kaynağı, tarifi, fiyatı ve alıcının iletişim bilgileri ile ilgili belgeleri on sene saklama yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>129</sup>.

Eserin sahteliği Alman Hukukunda “ayıplı mal” konusu altında değerlendirilir. Alıcının bu durumda üç seçimlik hakkı bulunmaktadır; satıştan çekilme, fiyatın düşürülmesi veya zararın tazmini. Zararın tazmini ancak satıcının kastı veya ihmali sonucunda istenebilir<sup>130</sup>.

Alman Hukuku'nda eser sahibi ve eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl süresince mirasçuları satış fiyatından azalan oranlarda bir oran talep etme hakları bulunmaktadır. Pay ve takip hakkının varlığı için satış fiyatı en az 400 Avro olmalıdır<sup>131</sup>.

Kültür varlıklarının ihracı konusunda, milli öneme sahip kültür varlıkları ve milli öneme sahip arşivler listesinde yer alan kültür varlıkları ihraç yasağına tabidir. Bu listelerde yer almak için nesnenin, Alman kültür mirası için önemli olması gerekmektedir. Listeye kayıtlı kültür varlıkları özel mülkiyete, devlet mülkiyetine konu olabilir veya bir kiliseye ait olabilir. Bu listedeki kültür varlıkları için istisnai olarak kalıcı, daha yaygın olarak ise geçici ihraç izinleri alınabilir. İzinsiz ihracat halinde ciddi cezai yaptırımlar söz konusudur<sup>132</sup>.

Alman hukukunda çalınan veya kaybedilen nesnenin sahibi ciddi bir şekilde korunmaktadır; bu durumda iyi niyetli iktisap korunmamaktadır. Ancak açık artırma yoluyla icra memuru veya resmi memur tarafından gerçekleştirilen satışlarda gerçekleşen iyi niyetli iktisap korunmaktadır. İyi niyetle çalınmış bir malı iktisap eden kişi, on yıl zilyet sıfatıyla ihtilafsız bir şekilde elinde bulundurma ile malik sıfatını kazanır<sup>133</sup>. Yahudi soykırımına bağlı iade taleplerinde de Alman Medeni Kanunu'nun bu hükümleri geçerlidir. Bu talepler genellikle zamanaşımı nedeniyle sonuçsuz kalmaktadır<sup>134</sup>.

Kamu tüzel kişilerine karşı iade taleplerine gelince; Almanya 1998'de Washington Prensipleri'ni imzalamıştır ve bu prensipler uyarınca, Naziler tarafından yağmalanmış sanat eserleri ve savaştan önceki malikleri tespit edilmeli ve her somut olay için “adil ve hakkaniyete uygun” bir çözüm bulunmalıdır. Bu prensipler doğrultusunda Almanya, kamu kurumları için bağlayıcı olmayan, tavsiye

129) von Brühl, s.126.

130) von Brühl, s.121.

131) von Brühl, s.121.

132) von Brühl, s.122.

133) von Brühl, s.123.

134) von Brühl, s.123.



niteliğinde bir “Yardım Kılavuzu” hazırlamıştır<sup>135</sup>.

Almanya, 1970 UNESCO Sözleşmesi’ne taraf bir ülkedir ve diğer taraf ülkelerden gelen iade talepleri konusunda, üye ülkenin yasadışı ihracı öğrendiğinden itibaren bir yıl içinde iade talebinde bulunmaya hakkı vardır. Bu zaman aşımı süresi çalınmadan itibaren otuz yıl ve kamu koleksiyonlarındaki eserler için yetmiş beş yıldır. İkinci Dünya Savaşı sırasında Almanya’ya ve Almanya’dan olmak üzere sayısız eser yer değiştirmiştir. Bu nedenle Almanya, hem kendisinden kaçırılan eserler için, hem de diğer ülkelerin iade talepleri sebebiyle bu yönde diplomatik ilişkiler geliştirmiş bulunmaktadır. 1994’te, Alman Federal Hükümeti ve eyaletlerin tamamı tarafından, ulusal ve uluslararası şeffaflığı sağlamak amacıyla Kayıp Kültür Varlıkları Koordinasyon Merkezi kurulmuştur, kayıp kültür varlıklarının belgelenmesi işleminin merkezi bu kurumdur. Kurum, Lost Art Database ile işbirliği halinde çalışmaktadır<sup>136</sup>.

Alman hukuku, eser sahibinin haklarını ikiye ayırmaktadır: manevi haklar ve kullanım hakları. Manevi haklar eserin maliki dahil üçüncü kişilere devredilemez, ancak kullanım hakları Türkiye’dekine benzer bir şekilde eserin ekonomik kullanımı için devredilebilir<sup>137</sup>.

### C. Amerika Birleşik Devletleri (Federal Yasalar ve New York Eyalet Yasaları Uyarınca)

ABD’de tarihi siteleri ve kültürel değeri olan nesnelere koruyan çok sayıda yasa bulunmaktadır. Bunların arasında en önemli iki temel yasa; 1979 tarihli Arkeolojik Kaynakları Koruma Yasası ve 1990 tarihli İade Yasası’dır. Her iki yasa da, kültür varlığı kaçakçılığını cezalandırmaktadır<sup>138</sup>. ABD, 1970 UNESCO Sözleşmesi’ne taraftır ve Kültür Varlıkları Uygulama Yasası’nı (CPIA) çıkarmıştır. CPIA sadece Sözleşmenin 7/b maddesini ve 9. maddesini uygulamaya koymaktadır. Bu yasa, federal hükümetin müzelerdeki Sözleşmeye taraf ülkelere ait çalınmış eserlere el koyabilmesine ve ikili anlaşmalar yapabilmesine olanak sağlamaktadır. ABD’nin Kamboçya, Kıbrıs, İtalya, Mali, El Salvador, Bolivya, Kolombiya, Honduras, Nikaragua, Peru, Guatemala ve Ekvator’la yapılmış on iki adet çift taraflı anlaşması vardır. ABD, 1995 UNIDROIT Sözleşmesi’ne taraf değildir<sup>139</sup>.

Yakın dönemdeki ekonomik gerilemeyi takiben ABD pazarı rekor fiyatlar ile sıçrama yapmıştır. Bu başarıya rağmen, küresel sanat pazarında, Çin’in yükseli-

135) von Brühl, s.123.

136) von Brühl, s.124.

137) von Brühl, s.125.

138) Ambre Nerinck Seltzer/John Charles Thomas, “The Art Collecting Legal Handbook/United States, Federal & New York”, Ed: Bruno Boesch/Massimo Sterpi, *The Art Collecting Legal Handbook*, London, Thomson Reuters, 2013, s.333.

139) Seltzer/Thomas, s.333.

şine bağlı olarak ABD'nin payı azalmaktadır. ABD'de Sanat ticaretinin büyük bir bölümü New York'ta gerçekleşmektedir<sup>140</sup>.

Çalınmış bir eserin mülkiyeti iyi niyetin varlığı halinde dahi satın alana geçmemektedir. Kültür varlıklarının alım satımı New York eyaleti dâhil olmak üzere tüm eyaletlerde uygulanan Yeknesak Ticaret Kanunu'na (UCC) tabidir. Bu yasa uyarınca yazılı sözleşme ile vazgeçilebilen temel garantiler alıcıya tanınmıştır. Bunlar üçüncü bir kişinin satılan üzerinde hakkının bulunmaması, satılan malın ayıpsız olması gibi garantilerdir. Tacirlerin söz konusu garantiler konusunda yükümlülüğü, tacir olmayanlara göre daha fazladır. 500 AB Dolarından yüksek ederdeki mallar için sözleşme yazılı yapılmalıdır<sup>141</sup>. Eserin sahte olması halinde, Yeknesak Ticaret Kanunu'ndaki garanti hükümlerine başvurulabilir, satışın iptali ve zararın tazmini için satıcıya karşı haksız fil davası açılabilir, yetkisiz temsil veya karşılıklı hataya dayanarak sözleşme feshedilebilir.

Müzayede evleri genellikle sahteliğe karşı beş yıllık bir garanti süresi vermektedirler<sup>142</sup>. Koleksiyonerler ellerindeki eserleri genellikle müzayede evlerine veya sanat tacirlerine bırakarak konsinye satış yoluyla satmaktadırlar. Bu durumda satıcının emanet alan kurumun güvenilirliğini araştırması önemlidir. New York'ta konsinye satışlar için sanatçılar ve mirasçıları özel bir statüde koruma altındadırlar ancak aynı koruma koleksiyonerler için geçerli değildir. Tacirler ise eserin kaynağı, çalıntı olma ihtimali ile ilgili gerekli araştırmaları yapmak ve Art Loss Registry, International Foundation for Art Research gibi veritabanlarını kontrol etmekle yükümlüdürler<sup>143</sup>.

ABD'de kültür varlıklarının ihracı kısıtlamaya tabi değildir. İç hukukta ticareti yasal olan varlıklar ihraç edilebilmektedir. Ancak sadece federal düzlemde birkaç istisna mevcuttur, bu da Amerikan Yerlilerinden kalan eserler veya vahşi yaşamın korunması ile ilgilidir<sup>144</sup>.

Malik sıfatı her satışta alıcı tarafından açıkça feragat edilmedikçe kazanılmaktadır. Geçersiz bir kazanım iptal edilebilir veya yok hükmünde kabul edilebilir. Çalınan nesnenin ilk sahibi iyi niyetli alıcıdan malı geri alabilir ancak bu hak sınırlandırılmıştır. New York eyaletinde, zamanaşımı kuralları ilk maliki koruyucu niteliktedir, zamanaşımı ancak bir "isteme ve reddedilme kuralı" çerçevesinde, ilk malikin iyi niyetli alıcıdan eşyayı istemesinden ve reddedilmesinden sonra

140) Seltzer/Thomas, s.334.

141) Seltzer/Thomas, s.334, 335.

142) Seltzer/Thomas, s.335.

143) Seltzer/Thomas, s.339.

144) Seltzer/Thomas, s.335.

başlamaktadır<sup>145</sup>. Yahudi soykırımına bağlı talepler için de özel bir kural olmayıp bu kurallar çerçevesinde değerlendirilecektir<sup>146</sup>.

Kültür Varlıkları Uygulama Yasası (CPIA), bazı çalınmış veya yasadışı ihraç edilmiş varlıklara hükümetin el koyması veya ülkesine geri gönderilmesine alıcının itiraz etmesini olanaksızlaştıran katı yaptırımlar ortaya koymuştur. Alıcı ancak eserin yasal sınırlar içinde ihraç edildiğini yeterli derecede belgeliyebilirse eseri alıkoyabilir<sup>147</sup>. ABD, Amerikan Yerlilerinden kalan eserler gibi sınırlı istisnalar dışında, kültür varlıkları için ihraç kısıtlamaları getirmemektedir, bu sebeple yurtdışına yönelik iade talepleri az sayıdadır<sup>148</sup>.

Eser sahibinin hakları ve telif hukuku konusunda düzenlemeler genel olarak federal yasalarda yer almaktadır. Eseri elinde bulunduran malikin eseri temsil ve alenileştirmesi genellikle eser sahibinin iznine tabi kılınmazken, reproduksiyonu izne tabidir. Eser sanatçının yaşadığı süre boyunca ve ölümünden yetmiş sene sonraya kadar telif koruması altındadır. 1923 öncesi yaratılan eserler genellikle kamusal alanda değerlendirilmektedirler<sup>149</sup>.

#### D. İngiltere ve Galler

İngiltere ve Galler’de kültürel miras ve sanat eserlerin korunması ve bunlarla ilgili diğer hususlar için tek bir yasa bulunmayıp, birçok yasa ile sanat eserleri ve diğer kültür varlıkları koruma altına alınmıştır. Her somut olay için söz konusu varlığın hangi yasa kapsamında olduğunun belirlenmesi gerekmektedir<sup>150</sup>.

İngiltere, 1970 UNESCO Sözleşmesine 2002’de taraf olmuştur. Bu sözleşmeden sonra özel bir uygulama yasası çıkarılmamıştır; zira var olan mevzuat Sözleşme ile uyumlu görülmüştür. Bunun tek istisnası, var olan hırsızlık yasasını dürüstlüğe aykırı şekilde “lekelenmiş” kültür varlığı ticareti yönünde güçlendirmek olmuştur (2003 tarihli Kültür Varlığı Ticareti –Suçları- Yasası). Birleşik Krallık, 1993/7/EEC sayılı AB Direktifi ile uyumlu bir şekilde “kültürel nesne” tanımını benimsemiştir ve bu kavram çok geniş bir şekilde tanımlanmıştır<sup>151</sup>.

Birleşik Krallık 1995 UNIDROIT Sözleşmesi’ne taraf değildir. Bir AB üyesi olarak, 1993/7/EEC sayılı AB Direktifi uygulanmaktadır. Bu direktif, üye ülke-

145) Seltzer/Thomas, s.337.

146) Seltzer/Thomas, s.337.

147) Seltzer/Thomas, s.337.

148) Seltzer/Thomas, s.338.

149) Seltzer/Thomas, s.339.

150) Adrian Parkhouse/James Carleton, “The Art Collecting Legal Handbook/England & Wales”, Ed: Bruno Boesch/Massimo Sterpi, *The Art Collecting Legal Handbook*, London, Thomson Reuters, 2013, s.81.

151) Parkhouse/Carleton, s.81.

lerden “milli hazinelere” ve “kamuya ait koleksiyonlara dâhil kültürel varlıkların” iadesi olanağını vermektedir<sup>152</sup>.

Birleşik Krallık, uzun yıllar boyunca sanat pazarı yönünden ABD’den sonra en önde gelen ülke olarak dünya ikincisi olmuştur. Ancak son yıllarda Çin’in yükselişi ile bu iki ülke dünya sıralamasında düşüş yaşamıştır. Yine de Birleşik Krallık halen dünyadaki pazarda %19’luk bir payla güçlü konumunu korumaktadır. Londra’da ve diğer şehirlerde birçok müzayede evi ve güçlü pazarlar yer almaktadır<sup>153</sup>.

Birleşik Krallıkta sanat eseri alım satımı diğer nesnelere için uygulanan genel alım satım kurallarına tabidir. Alıcının eserin kaynak araştırmasını yapmak yönünden herhangi bir hukuki yükümlülüğü bulunmamaktadır. Alım satım konusunda yürürlükteki yasa 1979 tarihli Mal Satış Yasası’dır. Buna göre temel ilkeler, sözleşmenin yazılı şekle tabi olmaması, satıcının zapta karşı tekeffül yükümlülüğünün bulunması, malik sıfatının ve risklerin sözleşmenin yapıldığı anda alıcıya geçmesi, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça ve satıcı tarafından bilinmedikçe, satıcının malın tarifini veya orijinalliğini garanti etmemesidir. Ancak sahteciliği yapan kişi satıcıysa veya bağlantılı bir kişi ise, alıcı sözleşmeyi yalan beyana dayanarak feshedebilir ve zararının tazminini isteyebilir. Satıcının sahteliği bilmemesi ve orijinalliği garanti etmemesi halinde ise yaptırım söz konusu olup olmayacağı tartışmalıdır ve bu konuda farklı yargı kararları bulunmaktadır. Müzayede evleri uygulamada, sahteliğe karşı zaman limiti ile kısıtlı bir garanti taahhüt etmektedir<sup>154</sup>.

Sanatçının pay ve takip hakkı konusunda Birleşik Krallık’da söz konusu AB Direktifi geçerlidir. Bu hak yaşayan eser sahiplerinin ve ölümünün üzerinden en fazla yetmiş sene geçmiş eser sahiplerinin 1000 Avronun üzerinde değeri olan eserlerini kapsamaktadır<sup>155</sup>.

Birleşik Krallıkta kültür varlıkları için iki farklı ihraç kısıtlaması geçerlidir. Bunlardan birincisi nesnenin doğasına ilişkindir, Birleşik Krallığın taraf olduğu “Nesli Tehlike Altında Olan Yabani Hayvan ve Bitki Türlerinin Uluslararası Ticaretine İlişkin Sözleşme” uyarınca nesli tehlike altında olan türlerden yapılmış bazı kültür varlıkları buna örnektir. Bazı nesnelere için ihraç yasağı öngörülmüş, bazı nesnelere ihraç da izne tabi kılınmıştır. İkinci ihraç kısıtlaması türü, nesnenin önemine ilişkindir. Elli yılın üzerinde ve belli finansal değeri aşan kültür varlıkları için ihraç izni rejimi getirilmiştir. Bir uzman komite tarafından ince-

152) Parkhouse/Carleton, s.81.

153) Parkhouse/Carleton, s.82.

154) Parkhouse/Carleton, s.83-84.

155) Parkhouse/Carleton, s.84.

lenecek eserler, milli öneme sahip görülürse ihraç edilmeleri engellenecektir<sup>156</sup>.

Mal Satış Yasası uyarınca, sözleşme yapıldığı anda malik sıfatı ve buna bağlı riskler alıcıya geçmektedir. Ancak çoğu durumda alıcı, satıcının sahip olduğu sıfatı devralmaktadır. Satıcının geçerli bir sıfatı varsa alıcı bu sıfatı taşımaktadır. Ancak 1980 tarihli Zamaşımı Yasası ile nesnenin elden çıkması tarihinden itibaren altı yıllık zamaşımı süresi getirilerek iyi niyetli alıcının hakları genişletilmiştir. İyi niyeti ispatlamak alıcının yükümlülüğündedir<sup>157</sup>.

Menşé ülkelerin ihraç kısıtlamalarına aykırı şekilde yurtdışına kaçırılmış-yağmalanmış kültür varlıkları konusunda çeşitli seçenekler bulunmakta olup, tek seçenek olarak iade talebi olarak düşünülmemelidir. Birleşik Krallık hukukunda, bu varlıklarla ilgili kültür varlığının yasadışı ülkesinden çıkarıldığını ilan eden mahkeme bir kararı talebinde de bulunabilir (İspanya Krallığı Christie's'e karşı 1986). Böyle bir ilam, nesnenin pazarlanabilirliğini düşürecek ve 2003 tarihli Kültür Varlığı Ticareti Suçları Yasası uyarınca cezai sorumluluğun doğmasını sağlayacaktır. Ancak alıcı, nesnenin kaçırılmış-yağmalanmış olduğunu bilmediği takdirde sorumlu tutulmamaktadır<sup>158</sup>. Aynı zamanda Birleşik Krallık hükümeti, Kültür Medya ve Spor Departmanı (DCMS) kanalıyla yabancı hükümetlere 1970 UNESCO Sözleşmesi ve 1993/7/EEC sayılı AB Direktifi altında yardım sağlamaktadır<sup>159</sup>.

Birleşik Krallıkta eser sahibinin telif hakları, ölümünden itibaren yetmiş yıl süreyle geçerlidir. Birleşik Krallıkta sanat eserleri ve telif korumasına tabi olmayan tasarımlar arasında bir ayırım yapılmaktadır<sup>160</sup>.

### E. İtalya

İtalya, kültür varlıklarını koruyan yasalar bakımından en eski ve kapsamlı yasalara sahip olan ülkedir. İtalyan Anayasasının 9. maddesinde milli mirastan söz edilmektedir. İtalyan Medeni Yasası'nın 822. bölümünde, devlete ve yerel yönetimlere ait milli mirasta yer alan yapılar, müze koleksiyonları, resim galerileri, arşivler vb varlıkların diğer yasalar uyarınca milli mirasa dâhil oldukları söylenmiştir.

İtalyan Kültür Mirası ve Tabiat Yasası (İKMTY), taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarını tanımlamaktadır. Buna göre, devlete, yerel yönetimlere, kamu kuruluşlarına veya kar amacı gütmeyen kuruluşlara veya diğer kamu tüzel kişiliklere ait müze koleksiyonlarına, resim galerilerine, arşivlere, kitap koleksiyonlarına

156) Parkhouse/Carleton, s.84-85.

157) Parkhouse/Carleton, s.86.

158) Parkhouse/Carleton, s.86.

159) Parkhouse/Carleton, s.86.

160) Parkhouse/Carleton, s.87.

giren varlıklar ile başka herkesin elinde bulundurduğu sanatsal, tarihi, arkeolojik ve etno-antropolojik değere sahip bütün varlıklar kültür varlığıdır. Kültür Bakanlığı, bu kültürel değeri takdir etmeye yetkili kurumdur. Yaşayan sanatçıların eserleri ve 50 yıldan eski olmayan eserler kültür varlığı kategorisine girmemektedir ve İKMTY'nin kapsamına girmemektedir<sup>161</sup>.

İtalya, 1970 UNESCO Sözleşmesi'ne ve 1995 UNIDROIT Sözleşmesi'ne, 2005 UNESCO Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi'ne, 2003 UNESCO Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi'ne tarafıdır<sup>162</sup> İtalya'da sanat ticareti dünyanın %3'ünü kapsamaktadır<sup>163</sup>.

Sanat eseri alıcısı tacirler (müzayede evleri) ve özel koleksiyoncular olarak ikiye ayrılır. İkincisi için yalnızca iyi niyet aranırken, tacirler için profesyonellik ve uzmanlığa bağlı bir özen yükümlülüğü getirilmiştir. Hem tacir hem de koleksiyoncu için suçtan kaynaklanan bir nesne şüphesinin varlığı halinde cezai sorumluluk riski mevcuttur. Ancak her halde İtalyan hukukunda, iyi niyetli alıcının hakları önceki malikten üstün tutulmuştur.

Sanat eseri alırken, İKMTY'den kaynaklan bazı hususlara dikkat edilmelidir: kültür varlıklarından bazıları Kültür Bakanlığı tarafından satışı ve ihracı kısıtlanmış varlıklardan olabilir<sup>164</sup>. Bu ihrac kısıtlamalarının yanında AB içinde ve dışında kültür varlıklarının dolaşımını düzenleyen farklı kurallar mevcuttur<sup>165</sup>. Aynı zamanda kültür varlıkları satışında satıcı Kültür Bakanlığına bildirimde bulunmalıdır ve Bakanlığın rüçhan hakkı mevcuttur. Elli senenin üzerinde yaşı olan, kültürel öneme sahip olabilecek bazı kültür varlıklarının ihracı için Kültür Bakanlığı'nın izni gerekmektedir; bu izin sınırlı süreye tabidir. Yine İKMTY uyarınca, profesyonel satıcı alıcıya orijinallik sertifikası veya eserin kaynağı konusunda yeterli bilgileri içeren belgeler vermelidir<sup>166</sup>.

Eserin sahte olması halinde, sahteliği yapan kişiler hakkında hapis ve para cezaları uygulanır. Aynı zamanda somut olaya göre bu sahtecilik, alıcının dolandırılması kapsamına da girebilir<sup>167</sup>.

İyi niyetli alıcı, kültür varlığını İtalya'da ve iyi niyetle aldığını ispatlamakla yükümlüdür. Alıcının kötü niyetli olması halinde dahi 20 yıllık bir kazandırıcı

161) Massimo Sterpi/Angela Salterelli, "The Art Collecting Legal Handbook/Italy", Ed: Bruno Boesch/Massimo Sterpi, *The Art Collecting Legal Handbook*, London, Thomson Reuters, 2013, s.181.

162) Sterpi/Salterelli, s.181-182.

163) Sterpi/Salterelli, s.182.

164) Sterpi/Salterelli, s.182.

165) Sterpi/Salterelli, s.184.

166) Sterpi/Salterelli, s.183.

167) Sterpi/Salterelli, s.183.

zamanaşımı öngörülmüştür. İtalya, kültür varlıklarının iadesi konusunda başvuran ülkelere yardım sağlamaktadır. AB ülkeleri konusunda 1993/7/EEC sayılı direktif geçerli olmaktadır, AB dışındaki ülkeler de UNESCO ve UNIDROIT Sözleşmeleri çerçevesinde iade talebinde bulunabilirler<sup>168</sup>.

İtalyan hukukunda eser sahibinin manevi ve ekonomik hakları mevcuttur, ekonomik haklar eserin satılması ile ekonomik olarak geçmez, bunların geçmesi için eser sahibinin açık rızası aranır<sup>169</sup>.

## F. İspanya

İspanya'da Milli Miras Yasası, kültür varlıkları hakkındaki temel yasadır. İspanya, 1970 UNESCO Sözleşmesi'ne ve 1995 UNIDROIT Sözleşmesi'ne taraftır. UNIDROIT Sözleşmesinin 3., 5. 6. maddesi altındaki beyanları uyarınca, İspanyol hukukuna göre İspanya'nın milli varlıklarından olan bir kültür varlığının iadesi talebi, süre ile sınırlanamaz. Daha önce anılan 1993/7/EEC sayılı AB Direktifi de İspanya'da yürürlüktedir<sup>170</sup>.

Kültür varlığı iktisaplarında, iyi niyet genel olarak korunmaktadır. Ancak devlete veya kiliseye ait kültür varlıkları özel kişi veya kurumlara satılamaz veya devredilemez. Aynı şekilde milli mirasa dâhil kültür varlıkları da kamu kurumları tarafından özel kişilere satılamaz. Bu varlıkların devri mümkün değildir<sup>171</sup>. Kültür varlıklarının satışından önce, yetkili kurumlara fiyat ve satış koşulları hakkında haber verilmelidir. Devletin bu kültür varlığını 2 ay içinde alma hakkı bulunmaktadır<sup>172</sup>. İspanyol milli varlıkları kapsamına giren kültür varlıkları, ihraç yasalarına tabi olabilmektedir<sup>173</sup>.

## SONUÇ

Türk hukuk sisteminde sanat eserlerinin ve kültür varlıklarının eser sahibi ve kamu adına devlet ve uluslararası kuruluşlarca korunması hakkında ulusal ve uluslararası mevzuatı ve uygulamaları özetleyerek değerlendirmeye çalıştık. Çalışma için yapmış olduğumuz araştırma esmasında geçiş ülkesi (transit güzergah) konumunda olan Türkiye'deki mevzuatın ve içtihatların zenginliği özellikle dikkat çekicidir. Olayların yoğunluğu, özellikle tarihi eser kaçakçılığı yönünden, medeniyetler beşiği niteliğindeki Türkiye'de yasal çerçevenin katı ve net çizilme-

168) Sterpi/Salterelli, s.185, 186.

169) Sterpi/Salterelli, s.187.

170) Juan José Marin/Gomez Acebo, "The Art Collecting Legal Handbook/Spain", Ed: Bruno Boesch/Massimo Sterpi, *The Art Collecting Legal Handbook*, London, Thomson Reuters, 2013, s.273.

171) Marin/Acebo, s.275.

172) Marin/Acebo, s.275.

173) Marin/Acebo, s.276.

sine yol açmıştır. Türkiye'nin tüm mevzuatı uluslararası mevzuata katkı yapacak ölçüde zengin ve gelişmiştir.

Gözümüze çarpan önemli hususlardan birisi de tarih ve kültür varlıklarının kaçakçılıktan ziyade özellikle suç gelirlerinin aklanması için rayiç bedellerinin abartılarak kullanılmasının önüne geçilememişidir. Burada bir çözüm önerisi, uluslararası kamu hukuku tüzel kişilikleri gibi bir kuruluşun oluşturulup bu alanda faaliyete geçirilmesidir.

Ülkemiz sanat eserleri ticareti açısından henüz çok geridedir, zira bu uğraş (sanat eseri koleksiyonerliği) belli ölçüde bir maddi gücü ya da kuruluşların bu alana bütçe ayırmasını gerektirmektedir. Ancak son yıllarda özel kuruluşlar tarafından bu alana ilgi gösterildiği, özel müzeler ve sergiler açıldığı, müzayedeler düzenlendiği görülmektedir. İşte bu gelişmenin farkında olunarak, panik mevzuatı oluşturmak yerine, bu alanın gerektirdiği hukuksal düzenlemelerin ve/veya düzenlemelerdeki değişikliklerin önceden yapılması en uygun çözüm olacaktır.

## KAYNAKÇA

- Akipek, Serap, Ulusal ve Uluslararası Açından Kültür Malları, Ankara, Turhan Kitabevi, 1999.
- Aydos, Oğuz Sadık, "Taşınır Kültür Varlığı Koleksiyonculuğuna İlişkin Değerlendirmeler", Ankara Barosu Dergisi, Y.66, S.4, Güz 2008, s.62-75.
- Budak, Tamer/Metin Saban, "Müzayede Yoluyla Satılan Sanat Eserlerinin Vergilendirilmesi, Değerlemesi ve Amortismanı" Maliye Dergisi, S. 159, Temmuz-Aralık 2010, s.167-182.
- Ceylan, Ümit, Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Kaçakçılığı Suçu (Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m.32, 68), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.
- Department for Culture Media and Sport Cultural Property Unit, Combating Illicit Trade, Due Diligence Guideline for Museums, Libraries and Archives on Collecting and Borrowing Cultural Material, October 2005.
- Dülger, Murat Volkan/Bilge Saltan "The Art Collecting Legal Handbook/Turkey" Ed: Bruno Boesch/Massimo Sterpi, The Art Collecting Legal Handbook, London, Thomson Reuters, 2013, s.309-319.
- Karaduman, Hüseyin, Türkiye'de Eski Eser Kaçakçılığı, ICOM Türkiye Milli Komitesi, Ankara, 2007.
- Karahan, Sami/Cahit Suluk/Tahir Saraç/Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2009.
- Marin, Juan José/Gomez Acebo, "The Art Collecting Legal Handbook/Spain", Ed: Bruno Boesch/Massimo Sterpi, The Art Collecting Legal Handbook, London, Thomson Reuters, 2013, s.273-282.
- Öncel, Mualla/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan, Vergi Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001.
- Öztan, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.
- Parkhouse, Adrian/James Carleton, "The Art Collecting Legal Handbook/England & Wales", Ed: Bruno Boesch/Massimo Sterpi, The Art Collecting Legal Handbook, Lon-



don, Thomson Reuters, 2013, s.81-92.

- Polak, Peter M./Sabine-Katharina Andreasch/Christian Eder, “The Art Collecting Legal Handbook/Austria”, Ed: Bruno Boesch/Massimo Sterpi, The Art Collecting Legal Handbook, London, Thomson Reuters, 2013, s.27-40.
- Seltzer, Ambre Nerinck /John Charles Thomas, “The Art Collecting Legal Handbook/ United States, Federal & New York”, Ed: Bruno Boesch/Massimo Sterpi, The Art Collecting Legal Handbook, London, Thomson Reuters, 2013, s.333-344.
- Sterpi, Massimo/Angela Salterelli, “The Art Collecting Legal Handbook/Italy”, Ed: Bruno Boesch/Massimo Sterpi, The Art Collecting Legal Handbook, London, Thomson Reuters, 2013, s.181-192.
- Şahiner, Gültekin, İthalat İşlemlerinde Katma Değer Vergisi Uygulaması, <http://www.belgeler.com/blg/2hnn/ithalat-islemlerinde-kdv>, 17.6.2013.
- Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- von Brühl, Friederike Grafın, “The Art Collecting Legal Handbook/Germany”, Ed: Bruno Boesch/Massimo Sterpi, The Art Collecting Legal Handbook, London, Thomson Reuters, 2013, s.119-130.
- Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul, Beta Yayınları, 2012.

## ÖZET

Sanat eserlerinin ve kültür mirası olanlar dâhil taşınır kültürel varlıkların Türk hukuk sistemindeki yerinin belirlenmesini amaçlayan bu makalede bilhassa temel tanımlara, metinlere ve ilgili kurumlara yer verilmiştir. Makalenin bölümlerinde eser sahibinin hakları; kültür varlıklarının alım-satımı, devletlerin ve kültür varlığı tacirlerinin özen yükümlülüğü; kullanılması ve tanıtılmasına ilişkin haklar; istisnalar; kamu yararına kullanım, özel kurumlar ve müzelerde eser sahiplerinin hakları; vergi konusu; altı farklı ülkenin düzenlemeleri ve Türk hukukundaki düzenlemeler açıklanmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** kültür varlıkları, telifli eserler, kültürel miras, suç gelirlerinin aklanması, sanat ticareti



# Ticari İşletme Devrinde Güncel Sorunlar (6102 sayılı TTK m. 11/3 kapsamında)

Current Discussions in Transfer of the Enterprise

(Within the Scope of Turkish Code of Obligations n. 6098)

**M. Hasanali AKAY**

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

## ABSTRACT

The provision of the new Turkish Commercial Code (no.6102), contrarily to the Turkish Commercial Code no. 6762, regulates that, all assets of the commercial enterprise are transferred with one single transaction. Before the amendment, Article 179 of the Turkish Code of Obligations stipulates the complete succession principle only for debts of the enterprise. With the new regulation this principle of complete succession is recognized for the transfer of the enterprise's assets. In this article, these amendments and the controversial issues will be adressed.

**Keywords:** Commercial enterprise, transfer of the commercial enterprise, complete transaction, the contract of the transfer of the commercial enterprise.

## I. GİRİŞ

Ticari işletme devri, ticari işletmesinin faaliyetini sürdürmek istemeyen tacirin, ticari işletmesini tasfiye etmeden işletmenin getirdiği yüklerden kurtulmasını sağlayan önemli bir kurumdur. Bu kurum aracılığıyla ticari işletme gibi önemli bir iktisadi değer korunmakta; ticareti bırakmak veya ticari işletmesinin faaliyetini devam ettirmek istemeyen tacir de bu yolla birçok prosedürel ve maddi yükten kurtulmaktadır. Ticari işletme devri iktisadi değer olarak bir bütün teşkil eden ticari işletmenin aktif ve pasifiyle beraber devrini amaçlamaktadır.

Çalışmada, ticari işletme devri kurumu tüm detaylarıyla incelenmek yerine, 6102 s. TTK m. 11/3'le getirilen ve doktrinde eleştiriye uğrayan konular ele alınmaya çalışılmıştır. Üç bölümden oluşan çalışmada, ilk bölümde ticari işletme ve ticari işletmenin devri kavramları kısaca açıklanmış, ikinci bölümde ise ticari iş-

letme devri sözleşmesi kapsamında yeni düzenlemenin etkileri ve tartışmalar ele alınmaya çalışılmıştır. Son olarak ise bu sözleşme uyarınca malvarlığının geçişi ve müteselsil sorumluluk değerlendirilmiştir.

Türk hukukunda yeni bir kurum olan, tek bir işlemle (uno actu) ticari işletmeye ait tüm unsurların devri Türk hukuku bağlamında incelenirken, yeri geldikçe İsviçre hukukunun konuya ilişkin düzenlemelerine de değinilmeye çalışılmıştır.

## II. TİCARİ İŞLETME KAVRAMI VE TİCARİ İŞLETME DEVRİ

### A. Ticari İşletme

Ticari işletme TTK'nın hazırlanmasında merkez kavram olarak ele alınan bir kurumdur<sup>1</sup>. Ticaret hukukunun önemli kurumları da ticari işletme kavramı ile bağlantı kurularak düzenlenmiştir. Mesela gerçek kişi tacir, TTK 12/1'de, bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kişi olarak tanımlanmıştır. Ticari işin TTK 3'de tanımı yapılırken de ticari işletme kavramından faydalanılmıştır. Buna göre, bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari iş sayılmaktadır.

TTK 11/1 maddesinde, kanun bize ticari işletmenin tanımını vermektedir:

*“Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlama-  
yı hedef tutan, faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.”*

Kanunun verdiği bu tanımdan yola çıkarak ticari işletmenin unsurları doktrinde şu şekilde belirlenmiştir<sup>2</sup>:

- İktisadi (ekonomik) faaliyet
- Devamlılık
- Bağımsızlık
- Esnaf faaliyet sınırını aşma

Ticari işletme kavramını kısaca açıkladıktan sonra, konumuz açısından önemine binaen ticari işletmeye dâhil malvarlığı unsurlarına ilişkin de açıklama yapmak gereklidir. Ticari işletmenin iktisadi unsurlarını maddi unsurlar ve maddi olmayan unsurlar olarak ikiye ayırmak mümkündür<sup>3</sup>. Bunlardan maddi unsurlar duran malvarlığı ve dönen malvarlığından oluşur. Duran malvarlığına tesisat, ticari işletmeye sürekli tahsis edilen taşınmazlar<sup>4</sup> ve taşınır dâhildir. Dönen malvarlığı ise, hammadde, yarı mamul ya da mamul malları kapsamaktadır. Maddi olmayan unsurlar ise ayırt edici ad ve işaretler, sınaî ve fikri haklar,

1) Sabih Arkan; *Ticari İşletme Hukuku*, 18. Bs., Ankara (2013), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.25.

2) Sami Karahan, *Ticari İşletme Hukuku*, Konya (2011), s. 15 vd. ; Poroy – Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul (2012), s. 37 vd. ; Arkan, s. 27 vd.

3) Ayhan, Özdamar, Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, Ankara (2012), s. 107.

4) Abuzer Kendigelen, *Ticari İşletme Hukuku*, İkinci bs., Vedat Kitapçılık, s. 151.

kiracılık hakkı, ticaret unvanı, işletme adı, müşteri çevresi<sup>5</sup> gibi somut olmayan malvarlığı unsurlarından oluşmaktadır. Malvarlığı unsurlarının neler olduğu, ticari işletme devrinde TTK 11/3 hükmüyle devrin konusunun belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.

## B. Ticari İşletmenin Devri

Ticari işletme devri, devir sözleşmesine dayalı olarak ticari işletmenin el değiştirmesidir<sup>6</sup>.

Ticari işletmenin devri, malvarlığının veya ticari işletmenin devralınması başlığıyla, TBK m. 202'de düzenlenen bir kurumdur. Kanunun beşinci bölümü olan borç ilişkilerinde taraf değişikliklerinin ikinci ayırımındaki borcun üstlenilmesi kurumu kapsamında ele alınmıştır. Malvarlığının veya işletmenin devralınması başlıklı bu maddede, bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifi ile devralanın bu işletmenin borçlarından sorumlu olacağı düzenlenmiş; malvarlığı veya ticari işletmenin aktiflerinin geçişinden bahsedilmemiştir. Yani madde kanunun sistematiği içinde aldığı yer de dikkate alındığında, ticari işletmenin devriyle oluşan kanunî borç naklini düzenlemektedir. Buna göre maddede konumuz açısından malvarlığının devrini bir kenara bırakırsak, doktrinde bunun özel bir uygulaması ve en yaygın hali olarak nitelendirilen<sup>7</sup> ticari işletme devrinde, ticari işletmeyi devralanın, ticari işletmenin borçlarından sorumluluğunun başlaması için alacaklılara yapılan ihbar ya da Ticaret Sicili Gazetesinde veya Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yapılacak ilan zorunlu kılınmıştır. Ticari işletmeyi devreden, TBK m. 202/2 uyarınca, muaccel borçlar için devrin alacaklılara duyurulmasından itibaren iki yıl süreyle işletmenin borçlarından müteselsil olarak sorumlu tutulacağı kuralı konulmuştur. Bu iki yıllık süre müeccel borçlar için, muacceliyet tarihinden itibaren başlayacaktır. BK m. 179'dan esasa ilişkin olarak farklılık içermeyen<sup>8</sup> bu madde uyarınca, ticari işletme veya malvarlığının pasifinin bir kül halinde, topluca ticari işletmeyi devralana geçeceği düzenlenmiştir<sup>9</sup>.

5) Bazı yazarlar müşteri çevresinin (peştemaliye) ticari işletmeye dâhil unsurlar arasında yer aldığını savunmakla birlikte, doktrinde kimi yazarlar işletmenin temel kavramı olduğu için unsur olarak değerlendirilemeyeceğini savunmaktadır. Tartışma için bkz. Kendigelen, s. 151.

6) Fatih Arıcı, *Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri*, İstanbul (2008), s. 25.

7) Kevork Acemoğlu, *Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri*, İstanbul (1979), s. 21. Yazar bu bölümde, ticari işletmenin devrinin malvarlığı devrinin uygulama alanlarından biri olduğunu beyan ettikten sonra, ticari işletme devrinin neredeyse malvarlığı devrinin tek uygulama alanı olacak kadar yaygın olduğunu belirtmiştir.

8) Yeni düzenleme 818 s. BK'dan iki noktada farklılık içermektedir:

Ticari işletmenin devrinde devralanın sorumluluğunun başlaması için Ticaret Sicili Gazetesinde devrin ilanı zorunlu tutulmuştur.

Devralan ve devreden mütessesil sorumluluğunun başlaması, ilanın yapılmasına bağlanmıştır.

9) Arıcı, s. 29.

Türk Hukukunda ticari işletmenin devrine ilişkin önemli tartışmaların ve birçok doktrin ve uygulama sorununun ortaya çıkmasına sebep olacak olan asıl düzenleme ise TTK m. 11/3'te yapılmıştır. “Bütünlük ilkesi” kenar başlığını taşıyan bu maddenin 1. cümlesine göre:

*“Ticari işletme, içerdiği malvarlığını unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukukî işlemlere konu olabilir.”*

Bu düzenleme karşısında ticari işletmenin devrinde eski kanun döneminde var olan uygulamadan farklı birçok sorun ortaya çıkmaktadır. Zira ticari işletmenin devrinde BK 179 düzenlemesi sadece borçların, yani pasiflerin devrine ilişkin kanunî borç nakli düzenlemesi getirirken, TK'da malvarlığının geçişine ilişkin düzenleme bulunmamaktaydı. Bundan dolayı, ticari işletmenin devrinde, malvarlığının aktif unsurlarının cüz'î intikal yoluyla devralana geçmesi söz konusuydu. Yani her bir aktif malvarlığı değeri, devir sözleşmesinden sonra, mülkiyetin geçişi için gerekli olan tasarruf işlemleri yapılırken devralanın malvarlığına geçiyordu. Yeni düzenlemeyle hem ticari işletme devri sözleşmesinin niteliğine ilişkin tartışmalar ortaya çıkmış<sup>10</sup>; hem de devir sözleşmesiyle, işletmeye dâhil olan malvarlığı unsurlarının ayrı tasarruf işlemlerine gerek olmaksızın devralana geçişi sonucu medeni hukukun ve eşya hukukunun temel ilkeleriyle çelişkiler oluşturulmuştur<sup>11</sup>. Bu düzenlemeden önce hukukumuzda ticari işletmenin devrinde sadece pasiflerin geçişi için küllî intikal prensibi benimsenmişken, TTK 11/3'le birlikte ticari işletmeye ait aktiflerin de pasifler gibi tek bir sözleşme ile, hatta herbiri için yapılması gerekli olan tasarruf işlemlerine ihtiyaç duyulmaksızın geçişi mümkün kılınmıştır.

Ticari işletmenin devrine ilişkin bu önemli tartışmalar iki ana başlık altında incelenecektir. Bunlardan ilki ticari işletme devri sözleşmesi ve ikincisi de ticari işletme devri sözleşmesi uyarınca malvarlığının devralana geçişi ve müteselsil sorumluluk olacaktır.

### III. TİCARİ İŞLETME DEVRİ SÖZLEŞMESİ

#### A. Genel Olarak

Ticari işletmenin devri sözleşmesi, sağlar arasında hüküm doğurmak üzere ticari işletmeyi işleten tacirin işletmeyi devralan tarafla yaptığı sözleşmedir. 818 s. BK döneminde sadece BK'da düzenlenen bu sözleşmenin<sup>12</sup>, bir borçlandırıcı

10) Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku Ders Notları*, İstanbul, 2013, s. 38

11) Mehmet Bahtiyar, “Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri”, *Legal Hukuk Dergisi*, 106, (2011 Ekim), s. 3898.

12) İ.Yılmaz Aslan, *Ticaret Hukuku Dersleri*, Bursa (2012).

işlem olduğu konusunda herhangi bir tartışma yaşanmamasına karşılık<sup>13</sup>, TTK 11/3 düzenlemesi karşısında, artık sözleşmenin salt bir borçlandırıcı işlem den ibaret olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Zira TTK 11/3 düzenlemesine göre, ticari işletme tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın devredilebilecektir.

Devir sözleşmesi işletmenin bütününi konu edinmektedir. Bununla birlikte, ticari işletmeye dâhil tüm unsurların devri zorunlu değildir<sup>14</sup>. Fakat devredilen unsurların en azından bir ticari işletme oluşturması gerektiği kabul edilmektedir<sup>15</sup>. Aksi takdirde ticari işletme devrinden değil, bir borçtan kurtarma sözleşmesinden bahsetmek gerekecektir. Ayrıca doktrinde savunulan ağırlıklı görüş uyarınca, sadece pasiflerin yani borçların geçişini öngören bir devir sözleşmesi yapılması da emredici hükümlere aykırılık sebebiyle geçersiz kabul edilecektir<sup>16</sup>.

Devir sözleşmesi açısından ikinci önemli sorun, bu sözleşmenin Ticaret Siciline tescilinin hukuki niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu bölümde ilk başlıkta devir sözleşmesinin hukuki niteliği, ikinci olarak Ticaret Siciline tescilin hukuki niteliği ve sonuçları ele alınacaktır. Son olarak ise devir sözleşmesinin şekline ilişkin düzenlemeye değinilecektir.

### B. Devir Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Türk hukukunda malvarlığına yaptığı etki bakımından hukuki işlemler borçlandırıcı işlem, borçtan kurtarıcı işlem, kazandırma işlemleri ve tasarruf işlemi olmak üzere dörde ayrılır<sup>17</sup>. Borçtan kurtarıcı işlem ve kazandırma işlemi ayrı bir tarafa bırakılacak olursa ticari işletmenin devri sözleşmesinin hukuki niteliğini borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ayırımı esas alarak incelemek yerinde olacaktır.

Borçlandırıcı işlem, hukukî işlemi yapan kişinin malvarlığının pasif kısmını artıran işlemlerdir<sup>18</sup>. Bu işlemle, alacaklı ile borçlu arasında bir borç ilişkisi kurulur. Borçlu alacaklıya borçlandırıcı işlemin konusu olan hak üzerinde devir, sınırlama veya değiştirme taahhüdünde bulunmaktadır<sup>19</sup>. Bu işlem sonucunda borçlunun malvarlığının sadece pasif kısmı etkilenmekte ve bu bölümde artış meydana gelmektedir<sup>20</sup>.

13) Acemoğlu; s.2.

14) Ayhan, Özdamar, Çağlar; s. 115.

15) Reha Poroy, Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul (2010), s. 45.

16) Acemoğlu, s. 34; Poroy, Yasaman, s. 46.

17) Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara (2012), s. 170.

18) Eren; s. 171.

19) Eren; s. 171.

20) Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop; *Tekinay Borçlar Hukuku*, İstanbul (1988), s. 58.

Tasarruf işlemi ise bir kişinin malvarlığının aktifinde bir azalmayı, değişmeyi veya kayıtlamayı gerektiren bir işlem yapması halinde ortaya çıkar<sup>21</sup>. Borçlandırıcı işlemden farklı olarak tasarruf işleminde işlemi yapan kişinin malvarlığının aktif kısmında bir azalma meydana gelmektedir. Yani tasarruf işlemi, hukuk süjesinin malvarlığında yer alan aktiflere doğrudan doğruya etkide bulunmaktadır. Genellikle bir borçlandırıcı işlemin ifasını ilgilendirmesine rağmen<sup>22</sup>, alacağın devri, borcun ibrası ve taşınır mülkiyetinin devrini amaçlayan aynı sözleşmeler gibi sözleşme niteliğinde olan tasarruf işlemleri de bulunmaktadır<sup>23</sup>.

Bu genel açıklamalardan sonra ticari işletme devri sözleşmesinin hukukî niteliğini değerlendirmek gerekecektir. Yukarıda bahsedildiği üzere<sup>24</sup>, BK döneminde ticari işletmenin devri sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olduğu konusunda doktrinde ve yargısal içtihadlarda herhangi bir tartışma yaşanmamaktaydı. Borçların bir kül halinde devralana geçmesi, borcun naklinin nitelikli bir hali olarak ele alınmakta<sup>25</sup>; aktiflerin devralana geçmesi ise cüz'î intikal prensibi uyarınca herbir unsur için gerekli olan şekilde, genel hükümlere uygun tasarruf işleminin yapılmasını gerektirmekteydi<sup>26</sup>. Yani ticari işletmeye ait bir taşınmazın devri, tapu sicilinde gerçekleşecek ferağ beyanıyla, diğer sicile kayıtlı hakların geçişi de ilgili sicillerde işlemlerin yapılmasıyla gerçekleşmekteydi. Menkullerin mülkiyetinin nakli için dahi, bu amaçla zilyetliğin devri gerekiyordu.

TTK 11/3 düzenlemesinden sonra, sözleşmenin niteliğinde esaslı bir değişiklik meydana gelmiştir. Ticari işletmeye dâhil unsurların tek bir sözleşmeyle “uno actu” devrini öngören yeni düzenleme karşısında, devir sözleşmesinin salt borçlandırıcı işlem olacağını söylemek pek mümkün görünmemektedir. Doktrinde Tekinalp<sup>27</sup> yeni düzenlemeyle birlikte ticari işletme devri sözleşmesinin bir tasarrufi sözleşme haline geldiğini savunmaktadır. Yazara göre, ticari işletmeye dâhil unsurların herbirinin devrine yönelik işlemlerin teker teker yapılmasına gerek kalmaksızın bir bütün olarak devri sözkonusu için bu bir tasarrufi sözleşme olarak nitelendirilmelidir. Bahtiyar da bu konuyu düzenlemeye ilişkin eleştirilerine yer verdiği makalesinde ele almış<sup>28</sup>, açıkça ifade etmese dahi sözleşmenin bir tasarruf işlemi etkisi doğurduğunu belirtmiştir. Yazara göre, ticari

21) Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop; s. 58.

22) Kemal Oğuzman, Turgut Öz; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, İstanbul (2012), s. 45.

23) Eren; s. 173.

24) Bkz. III. Bölüm Ticari İşletmenin Devri Sözleşmesi, A.Genel Olarak

25) Acemoğlu, s. 21.

26) Bahtiyar, s. 3893.

27) Ünal Tekinalp, “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”, *BA-TİDER*, 2008-3, s. 12.

28) Bahtiyar, s.3902.



işletme devrinde yeni bir tescilsiz iktisap hali oluşturulması ve bir tür külli intikal oluşturulması hukukumuzun temel prensiplerinden biri olan borçlandırıcı işlem – tasarruf işlemi ayırımına ve eşya hukukunun belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Doktrinde Arkan da bu sözleşmenin bir tasarruf işlemi olduğu konusunda, Tekinalp'in adı geçen makalesine atıf yaparak, fikir beyan etmiştir<sup>29</sup>.

Borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi konusunda yapılan ayırma ilişkin açıklamalar ve TTK 11/3 düzenlemesi dikkate alındığında, ticari işletme devri sözleşmesinin sözleşme kapsamında işletmeye dâhil olan malvarlığı unsurlarının devrini tek bir işlemle sağlaması açısından bir tasarruf işlemi olduğu kabul edilebilir. Gerçekten de alacağın devri sözleşmesinde olduğu gibi<sup>30</sup>, sadece sözleşmeyle ticari işletmeye ait aktiflerin devri sağlandığı ve doğrudan doğruya devreden malvarlığından bu unsurlar devralana geçtiği için borçlar hukuku açısından ticari işletme devri sözleşmesini bir tasarruf işlemi olarak nitelendirmek yerinde olacaktır. Bununla birlikte, borçlandırıcı nitelikte ticari işletmenin devri vaadi sözleşmesi yapmak mümkün ve alacağın devri vaadi sözleşmesiyle aynı hükümlere tabi tutulacaktır.

Düzenlemenin isabeti ise, tamamıyla ayrı bir tartışma konusu olup, doktrinde fazla ele alınmayan bir konudur. Doktrinde Moroğlu<sup>31</sup>, düzenlemeyi eleştirmekte ve TTK 11/3 hükmünün borçlandırıcı işlem – tasarruf işlemi ayırımı gözetilerek tekrar düzenlenmesini teklif etmektedir. Bu görüş, eşya hukukunun belirlilik ilkesine istisna getiren ticari işletmenin devrinin yeni düzenlemesi karşısında oldukça haklı görünmektedir. Zira fikri mülkiyet hakları, taşınmazlar ve motorlu taşıtlar gibi unsurlar barındıran ticari işletmenin kurucu nitelikte olan bir tescille devri, bu değerlerin korunması açısından yerinde olacaktır.

### C. Tescil

Ticari işletme devri sözleşmesinin Ticaret Siciline tescili TTK 11'de düzenleme altına alınmıştır. Buna göre TBK 202'deki sözleşmenin ilanına ilişkin düzenleme ticari işletmeyi devreden devralanla birlikte müteselsil sorumluluğunun başlaması açısından önem taşımakta olup; TTK 11/3'te ise bu sözleşmenin yazılı şekilde yapıldıktan sonra, tescilinin zorunlu olması önem arz etmektedir.

Hukukumuzda kural olarak Ticaret Siciline tescil aksine bir düzenleme olmadıkça kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir<sup>32</sup>. Yani Ticaret Siciline tescilin zorunlu olması ile bu tescilin kurucu olması birbirinden ayırt edilmiştir<sup>33</sup>. Buna göre

29) Arkan, s. 42.

30) Oğuzman, Öz, Cilt II, s. 533.

31) Erdoğan Moroğlu, *TTK – Değerlendirme ve Öneriler*, İstanbul (2012), s. 39.

32) Arkan, s. 251.

33) Bahtiyar, s. 3897.

tescilin kurucu etkiye sahip olabilmesi için, bunun kanunla belirlenmiş olması gereklidir.

TTK 11/3 hükmünün lafzından anlaşıldığı üzere, devir sözleşmesinin tesciline kurucu etki verilmemiştir. Hukukumuzdaki genel kural uyarınca da, bu sözleşmenin tescili bildirici ya da başka bir deyişle açıklayıcı etkiye sahip olmalıdır. Bununla birlikte doktrinde Tekinalp<sup>34</sup> herhangi bir sebep belirtmeksizin tescilin kurucu etkiye sahip olduğu fikrini savunmaktadır. Buna karşılık Bahtiyar, Tekinalp'in bu görüşünü eleştirmekte ve TTK 18/1<sup>35</sup> ve TTK 107/2<sup>36</sup> hükümlerinin ifadesini de değerlendirerek tescilin kurucu olması için açıkça düzenlenmesi gerektiğini beyan etmektedir<sup>37</sup>. Ancak yazara göre tescilin kurucu olduğuna ilişkin bir düzenlemenin yapılmamış olması büyük bir eksiklik oluşturmaktadır.

Ticari işletmenin devrini, birleşme, bölünme ve tür değiştirme ile birlikte düzenleyen İsviçre sisteminde de devir sözleşmesinin sicile tesciline kurucu bir etki tanınmıştır<sup>38</sup>. TTK 11/3'ün düzenlenmesinde de esas alınan İsv.Bir.K.'nda tescile kurucu etkinin açıkça tanınmasına rağmen, hukukumuzda böyle bir düzenleme sadece Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 133/3'te<sup>39</sup> yer almaktadır. Kanunda yer alması gereken bir maddi hukuk düzenlemesinin, yönetmelik gibi bir düzenleyici işlem yoluyla yapılmasının isabeti ayrı bir tartışma konusu olup, bunun hâlihazırdaki kanuni düzenleme açısından bir eksiklik olduğu ve yönetmelikteki hükmün kanun hükmünün yerini alamayacağı açıktır. Bundan dolayı devrin tescil ile hüküm ve sonuçlarını doğuracağına ilişkin yönetmelik maddesinin uygulama açısından sonuç doğurması mümkün görünmektedir. Zira tescile kurucu nitelik veren düzenlemenin kanunda yer alması gerekmektedir. Bundan dolayı Türk hukukunda tescile kurucu etki tanınmayı sağlayacak bir düzenleme olmadığı kabul edilebilir.

#### D. Sözleşmenin Şekli

TTK 11/3 hükmü uyarınca ticari işletmenin devri sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılmalıdır. Bu, sözleşmenin geçerlilik şartıdır. Buna göre ticari işletmenin içer-

34) Tekinalp, s.13.

35) Hükümde düzenlenen ticari işletmenin ticaret siciline tescili mecburiyeti kastedilmektedir.

36) 'Acentelere müvekkilleri adına sözleşme yapma yetkisi veren belgelerin, acente tarafından tescil ve ilan ettirilmesi zorunludur.'

37) Bahtiyar, s. 3897.

38) Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, Art. 73.2: Le transfert de patrimoine déploie ses effets dès son inscription au registre du commerce. A cette date, l'ensemble des actifs et passifs énumérés dans l'inventaire sont transférés de par la loi au sujet reprenant (Malvarlığının devri, ticaret siciline tescilden itibaren etkilerini doğurmaya başlar. Bu tarihte, -devre ilişkin- envanterde belirtilen tüm aktif ve pasifler, kanunen devralana geçer).

39) 'Ticari işletmenin devri, devir sözleşmesinin tümünün tescili ile hüküm ifade eder.'

diği malvarlığının devrine ilişkin şekil kurallarına tabi olmaksızın tüm aktifler adi yazılı şekilde yapılacak olan ticari işletme devri sözleşmesi ile devredilecektir.

Bu düzenlemenin hukukumuz açısından getirdiği problemler, doktrinde eleştirilmektedir<sup>40</sup>. *Bahtiyar*, sözleşmenin sadece bir taşınmazın bile şirkete sermaye olarak taahhüt edilmesine ilişkin TTK 128/3 ve 128/5 hükümlerince öngörülen tapu sicil müdürlüğüne bildirme zorunluluğu getiren kuralla, ticari işletmenin devri gibi çok daha önemli bir işlemin bildirimini zorunlu olmadan ve detaylıca öngörülmeden düzenlenmesinin TTK içerisinde çelişki doğuracağını düşünmektedir. *Moroğlu*<sup>41</sup> da düzenlemenin devredilen ticari işletmede taşınmazların da bulunması halinde en azından noterde düzenleme şeklinde yapılması gerektiğini haklı olarak belirtmektedir.

Bunun dışında diğer bir çelişki de TİRK ile meydana gelmektedir. İşletmenin bir bütün halinde rehnedilmesini düzenleyen bu kanunda, rehin sözleşmesinin geçerlilik şartı, kanunun 4. maddesi uyarınca noterde düzenleme şeklinde yapılmaz. Ticari işletme rehninden daha önemli bir kurum olan ticari işletme devrinde ise benzer bir düzenlemenin olmaması<sup>42</sup> eşya hukukunun temel ilkelere olan belirlilik ve aleniyet ilkesinin ihlalden doğan sakıncaların giderilememesine yol açmaktadır.

### E. Rekabette Bulunmama Borcu

Ticari işletme devri sözleşmesinde yer verilmese dahi, işletmeyi devreden tacirin örtülü bir rekabet etmeme yükümlülüğünün olduğu, doktrinde bazı yazarlar<sup>43</sup> tarafından kabul edilmektedir. Buna göre, devir sözleşmesiyle beraber müşteri çevresini de devreden tacir, devrettiği işletmenin müşterilerini çekecek bir faaliyette bulunmama edimini de yüklenmektedir. Bu yükümlülük MK. 2'deki dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır<sup>44</sup>; ancak taraflar bu yükümlülüğünün aksini devir sözleşmesinde kararlaştırabilirler. Bununla birlikte doktrinde Poroy, Yasaman anayasal ticaret serbestisini de düşünerek bu tür bir yasağın MK. 2 yoluyla konulmasını uygun görmemektedir<sup>45</sup>.

40) Bahtiyar, s. 3900.

41) Moroğlu, s. 40.

42) Moroğlu, s. 40.

43) Arıcı, s. 82; Arkan, s. 44; Ayhan, Özdamar, Çağlar, s. 119.

44) Arkan, s. 44.

45) Poroy, Yasaman, s. 45-46'daki dipnot 48.

## IV. DEVİR SÖZLEŞMESİ UYARINCA MALVARLIĞININ GEÇİŞİ VE MÜTESELSİL SORUMLULUK

### A. Genel Olarak

Ticari işletme devrinde ticari işletmenin malvarlığının geçişi açısından aktifler ve pasifleri ayrı ayrı incelemek yerinde olacaktır. BK'daki düzenlemeden farklılıklar içeren aktiflerin geçişi, yeni düzenlemeye kaynak teşkil eden İsv. Bir. K.'nda özellik arz etmektedir. Pasiflerin geçişi konusunda ise BK m. 179 ile TBK m. 202 arasında bir fark olmayıp, borçlar her iki düzenlemede de devralana, devrin ilanından sonra bir kül halinde geçecektir.

### B. Aktiflerin Geçişi

TTK 11.3 hükmünden önce ticari işletme devrinde aktiflerin devrine ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı için ticari işletmeye ait malvarlığı unsurlarının tek bir işlemle (uno actu) işletmeyi devralana geçmesi hukukumuzda mümkün değildi<sup>46</sup>. Bunun yerine cüz'i intikal prensibi uyarınca, herbir malvarlığı devri işlemi, genel hükümler veya ait olduğu özel hükümler uyarınca tabi olduğu şekle uygun olarak yapılması gerekliydi. Taşınmaz için resmi şekil, markanın devri için adi yazılı şekil, alacaklar için alacağın devri için aranan adi yazılı şekil aranmaktaydı. Taşınırlar içinse bunların devri için gerekli olan MK. 763 vd. kuralları geçerliydi.

TTK 11/3 hükmü bu düzenlemeyi baştan aşağı değiştirerek tek bir işlemle tüm aktif malvarlığı unsurlarının devralana geçişi gibi Türk hukuku açısından yeni bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemenin amacı şüphesiz, ticari işletme devrini, herbir malvarlığı unsurunun ayrı ayrı devri gibi meşakkatli bir süreci ortadan kaldırarak kolaylaştırmaktır. Tekinalp<sup>47</sup>, bu düzenlemenin ticari işletme rehniinden sonra eşya hukukunun belirlilik ilkesine getirilen yeni bir istisna olduğunu belirterek konuya değinmiştir. Bununla birlikte yazar, düzenlemenin getirdiği sakıncaları ve uygulamada ortaya çıkaracağı sorunları değerlendirmemektedir.

*Bahtiyar*, düzenlemeyi eleştirdiği makalesinde, eşya hukukunun bu ilkesine getirilen istisnayı yalnızca işletmenin devrini kolaylaştırmak adına çok fazla uygulama sorunu çıkarması muhtemel olduğunu belirterek eleştirmektedir<sup>48</sup>. Ayrıca yazara göre, ticari işletme devrinde aktiflerin ve pasiflerin devralana geçişleri arasında zaman farkı bulunacaktır. Bundan dolayı ortaya çıkacak sorunlar da hukukumuzda çözülmesi güç birçok içtihad ve doktrin çatışmasına sebep olma-ya adaydır.

46) Arıcı, s.115.

47) Tekinalp, s. 12.

48) Bahtiyar, s. 3903

Konunun İsviçre hukuku bakımından ele alındığı makalelerinde, *Ülgen ve Arıcı*<sup>49</sup> malvarlığının tek bir işlemle devredilmesinin İsviçre Hukuku açısından kısmî külli halefiyet olarak kabul edildiğini belirtmektedir. Buna göre, malvarlığının tümüyle devri, külli halefiyet sonucu doğurmakta; ancak devredilen unsurlar İsv.Bir.K. uyarınca düzenlenmesi zorunlu envanterde belirtilen unsurlar olduğundan, bunun kısmî bir külli halefiyet olması sonucu ortaya çıkmaktadır. İsviçre Hukuku açısından ticari işletmenin devri bir yeniden yapılandırma türü olarak ele alındığı için, kısmî külli halefiyet bu düzenlemenin esasını teşkil etmektedir.

Hukukumuzdaki düzenlemenin malvarlığının geçişi açısından İsviçre Hukukuyla aynı şekilde kısmî küllî halefiyet olarak değerlendirilmesi mümkündür. Zira özel malvarlığı<sup>50</sup> olarak değerlendirilebilecek olan ticari işletmenin devrinde, devreden tüm unsurları devretmek zorunda olmayıp, işletmeye dâhil bazı unsurları devrin kapsamı dışında bırakabilecektir. Devre konu malvarlığı değerleri de TSY m. 133 uyarınca listelenecektir. İsv.Bir.K. ile aynı açıklıkta olmasa da, ticari işletmenin devrinde devredilecek unsurların, işletmenin tüm malvarlığı olması zorunlu olmadığı için bizim hukukumuz açısından da kısmî külli halefiyet ilkesinin geçerli olduğu söylenebilir.

### C. Pasiflerin Geçişi

BK 179 hükmü uyarınca bütün olarak intikal eden ticari işletmenin borçları konusunda, TBK m. 202 de aynı ilkeyi benimsemiştir. Bu ilke uyarınca ticari işletmenin borçları devralana bir bütün halinde, alacaklıların rızasının aranmasına bağlı olmaksızın geçmektedir<sup>51</sup>. Bu intikalin kanunî borç nakli olmasından dolayı, devralan kendisi tarafından bilinmeyen borçlardan dolayı da sorumlu tutulmaktadır<sup>52</sup>.

Ticari işletmenin devrinde borçların geçişi açısından önem arz eden bir mesele de sözleşmelerin devridir. Ticari işletmenin devrinde, devredilen işletmenin faaliyeti kapsamında yapılan sözleşmeler de devredilecektir. Buna göre, sözleşmenin diğer tarafının bu devre onayının aranıp aranmayacağı önemli bir sorun

49) Hüseyin Ülgen, M. Fatih Arıcı, "İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri", *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan*, s. 1787.

50) Arıcı, s. 33; Acemoğlu, s. 19. Yazar burada ticari işletmeyi bir özel malvarlığı olarak nitelendirmekle birlikte, onun hak objesi veya süjesi olmadığını ayrıca vurgulamaktadır. Poroy, Yasaman, s. 42. Yazarlar ticari işletmeyi bu açıdan sui generis bir durum olarak değerlendirmektedir. Buna göre ticari işletme bir bütün halinde işlemlere konu olabildiği için bu nitelime yapılmaktadır.

51) Arkan, s. 45.

52) Poroy, Yasaman, s. 45. Yazarlara göre, devralanın sorumluluğu tarafların iradesi dışında bir kanun hükmünden kaynaklandığı için devralan kendisi tarafından bilinmeyen borçlardan da sorumludur.

teşkil edecektir. Konu, sözleşmenin devri konusu kapsamında doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, ticari işletme devrinde sözleşmelerin devri için, karşı tarafın onayının aranacağı doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir<sup>53</sup>. Doktrinde çoğunlukla kabul edilen birlik teorisine<sup>54</sup> göre alacağın devri ve borcun nakli dar anlamda borçları devreder. Sözleşme ise sadece bu borçlar ve alacaklardan ibaret olmayıp, yenilik doğuran hakları da içermektedir. Birlik teorisine göre, yenilik doğuran haklar, alacağın devri ve borcun nakli işlemleriyle devralana geçmeyecektir. Bundan dolayı ticari işletmeye ait -ticari işletmenin faaliyet alanı içinde yapılan sözleşmelerden doğan- alacak ve borçların devri sonucu oluşturan ticari işletme devri sözleşmesiyle, sözleşmelerin de devredildiği sonucu çıkarılmamalıdır.

Klasik borçlar hukuku bakış açısıyla da burada sözleşmelerin devri için karşı tarafın onayının aranması daha yerinde olacaktır. Zira aksi takdirde, sözleşmenin diğer tarafı, tanımadığı ve öngörmediği birisi ile sözleşme ilişkisi içerisinde bulunmak zorunda kalacaktır. Bununla birlikte, sözleşmelerin işletmeyi devralana geçmeyeceği kabul edildiği takdirde, ticari işletmenin devrinden beklenen faydanın elde edilememe ihtimali ortaya çıkmaktadır. 6102 s. TTK ile yapılan değişikliğin amacının, ticari işletme devrini kolaylaştırmak olduğu düşünüldüğünde de sözleşmelerin devrinin geçmeyeceğini savunmak, bu değişiklikte beklenenin aksi sonucunu doğuracaktır.

Sözleşmelerin geçişi açısından ticari işletmenin üzerinde bulunduğu yerin kiralanmış bir taşınmaz olduğu durumda, kira sözleşmesine ilişkin özel bir durum mevcuttur. TTK 11/3'teki yeni düzenlemenin Borçlar Kanunu'ndaki kira sözleşmesini düzenleyen hükümlerle çatışması ihtimali vardır. Zira kira sözleşmesinde kiracının sözleşmeyi devretmesi, TBK 323 gereği kiralayanın onayına tabi tutulmaktadır. Bununla birlikte doktrinde bir görüşe göre, kiracılık hakkının geçmesi için, TBK. m. 323 gereği kiralayanın onayı gerekmele birlikte; kiralayan bu onaydan ancak haklı sebep varsa kaçınma imkânına sahiptir<sup>55</sup>. Buna karşın, ticari işletmenin malvarlığı unsurları açısından, kira sözleşmesini işletmenin bütünü içerisinde değerlendirmeye yönelik eğilime göre, kira sözleşme-

53) Arıcı, s. 129.

54) Aksi görüş olan kombinasyon teorisine göre ise aksi sonuca ulaşmak gerekecektir. Arıcı da kombinasyon teorisini ile alacağın devri ve borcun nakli işlemleriyle, bunlara bağlı olan yenilik doğuran hakların da geçmesi gerektiğini, yani sözleşmenin devrinin gerçekleşeceğini savunsa da; doktrinde ağırlıklı görüş olan birlik teorisine göre sonuç çıkarma yoluna gitmiştir. Bkz. Arıcı, s. 136.

55) Bilgili, Demirkapı, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, Bursa (2013). Doktrinde Poroy/Yasaman'da eserlerinin 6102 s. kanundan önceki basılarında aynı doğrultuda görüş belirtmişler; ancak 6102 s. kanundan sonraki basıda kiracılık hakkının da geçeceği yönünde görüş değişikliğinde bulunmuşlardır. Bkz. Reha Poroy, Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul (2012), s. 41.

sinin devri için kiralaayanın onayının aranması yersiz olacaktır<sup>56</sup>. TTK m. 11/3'ten de kiracılık hakkının devredildiği sonucunu çıkartmak mümkün görünmektedir. Zira hükme göre ticari işletmeyle birlikte devredilen unsurlar arasında aksi kararlaştırılmadıkça kiracılık hakkı da yer almaktadır.

İsviçre hukukunda sözleşmenin devri konusunda belirsizlik vardır<sup>57</sup>. Farklı görüşler savunulmakla birlikte, uygulamada sözleşmelerin devri açısından karşı tarafın onayı aranmamaktadır. Ayrıca sözleşmede belirlenen edimin kişisel bir edim olduğu hallerde, genel hükümler aracılığıyla sözleşmeden dönme veya fesih hakkının kullanılabilmesi kabul edilmektedir. Bununla birlikte, Birleşme Kanunu Revizyon Projesinde (Le Projet de la Révision de Loi sur la fusion) bu belirsizlik giderilmekte ve karşı tarafın onayı olmadan sözleşme ilişkisinin de devredilebileceği açıkça düzenlenmektedir.

#### D. Müteselsil Sorumluluk

BK 179'la aynı doğrultuda düzenlemeye sahip olan<sup>58</sup>, TBK 202 uyarınca işletmenin devredilmesinde, alacaklıların onayı aranmadan devrin gerçekleşmesi, yani kanunî borç nakli sonucu ortaya çıkan adaletsizliği gidermek için, devralanla birlikte devreden belirlenmiş bir süreyle müteselsil olarak sorumlu tutulması benimsenmiştir. Buna göre işletmeyi devreden iki yıllık müteselsil sorumluluğu, muaccel borçlar için, maddenin 1. fıkrası uyarınca devrin tüm alacaklılara ayrı ayrı bildirildiği<sup>59</sup> veya TSG'de ya da Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurulduğu tarihten; ticari işletmenin devri esnasında müeccel olan borçlarda ise muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu durum doktrinde Bahtiyar<sup>60</sup> tarafından eleştirilmiştir. Yazara göre devralanın sorumluluğunun başlaması için ilan yapılması aranırken, ticari işletmenin aktiflerinin devri için bu tür bir zorunluluk aranmamakta, aktifler TTK 11/3 düzenlemesi uyarınca, sözleşmenin yapılmasıyla birlikte devralana geçmektedir. Bu takdirde, ticari işletmenin pasiflerinin doğal garantisi olan aktiflerle borçların geçişi ayrı zamanlarda meydana gelecektir.

Devreden müteselsil sorumluluğu için 2. fıkra müeccel borçlar için muacceliyet tarihinden, muaccel borçlar içinse bildirme veya duyuru tarihinden itibaren geçecek 2 yıllık süreyi öngörmüştür. Buna göre, müteselsil sorumluluk devir işlemiyle beraber kendiliğinden gerçekleşmeyecek; aksine devrin alacaklılara duyurulmasından itibaren başlayacaktır. Bu halde devreden müteselsil sorum-

56) Ayhan, Özdamar, Çağlar, s. 85; Arkan, s. 44.

57) Arıcı – Ülgen, s. 1788.

58) 818 s. BK m. 179 hükmü ile 6098 s. TBK m. 202 arasındaki farklar için bkz. dipnot 7.

59) Bkz. dipnot 45.

60) Bahtiyar, s. 3903.

luluğunun başlangıcı bu ilan veya ihbarların başlamasına bağlı olarak devir sözleşmesinin yapılmasından daha ileri bir tarihte gerçekleşebilecektir. Devreden zaten ticari işletmesinin borçlarından malik olma sıfatıyla sorumlu olduğu için, devreden bu sorumluluğu tek başına devam edecektir. Ancak ticari işletmesini devreden tacir, artık ticari işletmenin aktiflerine sahip olmadığı ve devralan da ilan veya bildirim yapılmadığı için sorumlu olmadığından, alacaklıların alacaklarını elde edememe riski ortaya çıkacaktır. Sonuç olarak ticari işletmenin alacaklıları, rızalarına bağlı olmayan bir işlemle haklarını kaybetme riskiyle karşı karşıya kalacaklardır.

Maddeye yönelik bir diğer eleştiri de devralanın sorumluluğunun başlaması için, devrin ilanının veya alacaklılara bildirimiminin devralan tarafından yapılmasıdır<sup>61</sup>. Buna göre, devralan ihbarı yapmayarak işletmenin alacaklılarını zarara uğratma imkânına sahip olabileceksede, bu devrin ihbarıyla müteselsil sorumluluğu başlayacak ve iki yıl sonra sona erecek olan ticari işletmeyi devreden, işletmeyi devralanı, devir sözleşmesinin ifasına ilişkin bir dava açarak bu bildirim veya ilanı yapmaya zorlayabilir<sup>62</sup>.

## V. SONUÇ

Türk hukukunda uygulamada sıkça muvazaa<sup>63</sup> ve İİK m. 280/3'teki<sup>64</sup> tasarrufun iptali davasına ilişkin özel düzenlemeyle birlikte anılan ticari işletme devri kurumunun sağlıklı bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla yapılan yeni düzenleme, belirsizliklerden ve etraflıca düzenlenmemiş olmasından kaynaklanan birçok sorunu da beraberinde getirmiştir. Öncelikle çalışmada değinilen, ticari işletme devri sözleşmesinin hukukî niteliğinin tasarruf işlemi olması ve bu işlemle birlikte, işletmeye dâhil unsurların mülkiyetinin geçişinin kendiliğinden gerçekleşmesinin oluşturacağı sorunlar çözülmeyi beklemektedir. Zira ticari işletmenin malvarlığı unsurları içinde yer alan motorlu araçlar, taşınmazlar, marka ve patent gibi fikri mülkiyet haklarının, ait oldukları sicillere tescillerine gerek olmaksızın mülkiyetinin geçişi birçok uygulama sorunu ortaya çıkarmaya adaydır. Yukarıda da değinildiği gibi, eşya hukukunun temel ilkelerinden biri olan belirlilik ilkesine getirilen bu istisna, ticari işletme devrinin rağbet görmesi

61) Acemoğlu, s. 107.

62) Acemoğlu, s. 108.

63) Y. 17. HD, 18.10.2010, E.2010/8388, K.2010/8437; Y. 21. HD, 14.10.2008, E. 2007/22203, K.2008/15760; Y. 21. HD, 14.9.2004, E. 2004/6582, K. 2004/6965; Y. 21. HD, 10.2.2004, E.2003/10068, K.2004/810; Y. 21. HD, 7.12.2004, E.2004/7854, K.2004/10800 (kararlar <http://www.kazanci.com> sitesinden alınmıştır, erişim 23.12.2013.)

64) Y. 17. HD, 3.5.2011, E.2010/11725, K. 2010/4257; Y. 21. HD, 10.4.2008, E. 2007/10704, K.2008/5578; Y. 15. HD, 27.2.2007, E. 2006/7545, K. 2007/1231 (kararlar <http://www.kazanci.com> sitesinden alınmıştır, erişim 23.12.2013.)



açısından avatajlı görünse de, bu aktif değerlerin geçişinin sağlanmasına ilişkin envanter düzenleme zorunluluğu gibi detaylı bir düzenlemenin de yapılması gereklidir. Zira aksi takdirde, ticari işletmenin devri kurumu, uygulamada muvazaa, tapu sicilinin düzeltilmesi, tasarrufun iptali vb. davalarla anılan bir kurum olarak kalmaya devam edecektir.

İkinci olarak ticaret siciline tescilin etkisinin kurucu olarak düzenlenmemesi düzenlemenin büyük eksiklerinden biridir. Bu tür bir düzenlemenin yapılacak bir kanun değişikliğinde yer alması zorunlu görünmektedir. Söz konusu kurucu etkinin tanınması ve devredilen malvarlığı unsurlarından devri ait oldukları sicile yapılan tescile bağlı olan hakların, Ticaret Sicil Müdürlüğü'ne söz konusu sicillere derhal bildirim yükümlüğünün getirilmesi halinde, düzenlemenin tescilsiz iktisap hali oluşturan ve belirlilik ilkesini ihlal eden yapısının getirdiği sakıncalar kısmen de olsa ortadan kaldırılacaktır.

Bunların dışında, ticari işletme devri sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması da yerinde değildir. Eşya hukukundaki belirlilik ilkesine istisna oluşturması açısından önem arzeden bu müessesede, en azından taşınmaz malların geçişi için şekil şartının ağırlaştırılması yerinde olacaktır.

Esas itibarıyla, İsv.Bir.K.'nin konuya ilişkin yaklaşımı dikkate alınarak yapılan TTK 11/3 düzenlemesi, ticari işletme devri kurumuna etkinlik kazandırmayı amaçlasa da, ortaya çıkaracağı sorunlar ve belirsizlikleri yüzünden yeniden düzenlenmeye ihtiyaç duymaktadır. Bu değişiklik yapılırken ya İsv.Bir.K. ve TİRK gibi ayrı bir kanun değişikliği yapılmalı, ya da Ticaret Kanunu'na ihtiyaç duyulan eklemeler yapılmalıdır.

## KAYNAKÇA

- Acemoğlu, Kevork; Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971
- Arıcı, Mehmet Fatih; Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008
- Arkan, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013
- Aslan, İ. Yılmaz; Ticaret Hukuku Dersleri, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2012
- Ayhan, Rıza; Özdamar, Mehmet; Çağlar, Hayrettin; Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012
- Bahtiyar, Mehmet; Ticari İşletme Hukuku Ders Notları, Soru Örnekleri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013
- Bahtiyar, Mehmet; Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri, Legal Hukuk Dergisi, 2011 – Ekim, Sayı: 106
- Bilgili, Fatih; Demirkapı, Ertan, Ticaret Hukuku Bilgisi, Dora Yayınları, Bursa, 2013
- Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012

- Karahan, Sami; Ticari İşletme Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2011
- Moroğlu, Erdoğan; 6102 s. Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012
- Oğuzman, Kemal; Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, MVEDAT Kitapçılık, İstanbul, 2012
- Poroy, Reha; Yasaman, Hamdi; Ticari İşletme Hukuku, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2010
- Poroy, Reha; Yasaman, Hamdi; Ticari İşletme Hukuku, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2012
- Tekinalp, Ünal; Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2008-3.
- Tekinay, Selahattin Sulhi; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Haluk; Altop, Atilla; Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989
- Ülgen, Hüseyin; Arıcı, M. Fatih; İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010
- Ülgen, Hüseyin; Teoman, Ömer; Helvacı, Mehmet; Kendigelen, Abuzer; Kaya, Arslan; Ertan, N. Füsün Nomer, Ticari İşletme Hukuku, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2008

## ÖZET

6102 s. TTK 11/3 hükmü, 6762 s. TTK'daki düzenlemeden farklı olarak, ticari işletme devrinde tek bir işlemle, yani ticari işletme devri sözleşmesiyle, işletmeye ait aktif malvarlığı unsurlarının geçişini öngörmektedir. Yeni kanundan önce BK 179 hükmüyle, sadece pasifler açısından küllî intikalî (kanunî borç nakli) benimseyen sistem, bu düzenlemeyle aktifler için de küllî intikal ilkesini benimsemiştir. Makalede bu düzenlemenin getirdiği yenilikler ve bunun sonucunda ortaya çıkan sorunlar ele alınmakta olup, konuyu anlamaya imkân sağlaması açısından ticari işletmenin temel kavramlarına da yer verilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Ticari işletme, ticari işletmenin devri, küllî intikal, ticari işletmenin devri sözleşmesi

# İstanbul Medipol Üniversitesi

## Hukuk Fakültesi Dergisi

### Yayın İlkeleri

1. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMÜHFD) “Hakemli Dergi” statüsünde olup yılda iki sayı (Bahar, Güz) olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, ilk gelen sayıda yayımlanır. Ancak Yayın Kurulu makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayımlama hakkını saklı tutar.
3. Gönderilen yazıların ilk değerlendirmesi Yayın Kurulunca yapılır. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak hazırlanmamış olduğu tespit edilen yazılar hakeme gönderilmeden önce, düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak hazırlanmış yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, metinde yalnızca belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra tekrar hakem denetimine başvurulur. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz ve yayımlanmayan yazılar, yazara iade edilmez.
5. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, **kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara** da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların yayımlanması veya geri çevrilmesi, Yayın Kuruluna bağlıdır.
6. Yazılar “Microsoft Word” programında metin yazı tipi Times New Roman ana metin 1,5 satır aralığında 12 punto, kaynakça 10 punto, dipnot tek satır aralığında 10 punto, normal stil olmak üzere elektronik posta yoluyla, ekli Word dosyası şeklinde hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr adresine gönderilir.
7. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar hangi dilde kaleme alınırsa alınсын, her bir yazıda 250 sözcüğü geçmeyen **Türkçe ve İngilizce özetlerin**; her iki dilde **yazı başlığı ile en fazla beşer anahtar sözcüğün** yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekir.
8. Yazarlar, **unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-mail adreslerini** çalışmalarının başına ekleyecekleri üst kapak sayfası ile birlikte bildirmelidir.
9. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıla” verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.
10. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayın hakları İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlar, telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

**11.** Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği **kaynakçaya** yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

**a. Kitap**

İlk geçtiği yerde: Yazar(lar)ın adı ve soyadı, Eserin tam adı, (varsa) tercüme edenin, hazırlayanın veya editörün adı ve soyadı, baskı, basıldığı yer (basım yılı), yayınevinin ismi, sayfa numarası.

Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10.bs., İstanbul (2009), Beta Basım Yayın Dağıtım, s. 34.

İkinci geçtiği yerde: Aynı yazarın tek eseri kullanılıyorsa yazarın soyadı, sayfa numarası. (Eren, s. 178.)

Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılıyorsa, yazarın soyadı, kısaltılmış eser adı, sayfa numarası. (Eren, *Borçlar*, s. 178)

**b. Makale:**

**İlk geçtiği yerde: Yazar(lar)ın** adı ve soyadı, makalenin tam adı, derginin adı, (varsa) cilt numarası (romen rakamı ile), (varsa) sayı numarası, basım yılı, sayfa numarası.

Merih Öden, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükümünde Kararnemelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, LIIX, 3, (2009), s. 659-691.

**İkinci geçtiği yerde: Yazar(lar)ın** soyadı, makalenin kısaltılmış adı, sayfa numarası. (**Öden, “Anayasa Mahkemesi”, s. 659.**)

**c. Arşiv belgesi:**

**İlk geçtiği yerde:** Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA), **İrade** Mesâil-i Mühimme (İ. Mes. Müh.), 2079.

Esere atıf aşağıdaki gibi olmalıdır:

BOA, İ. Mes. Müh., 2079.

**d. İnternet ulaşımına sahip çalışmalar:**

Rıza Ayhan, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, I, 2, s. 31-40 ([http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1\\_2\\_3.pdf](http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf), erişim 13 Haziran 2010).

Esere atıf aşağıdaki şekilde yapılmalıdır:

Ayhan, s. 31.

**e. Yargıtay kararları**

Y, 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990