



ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

HUKUKUN GÜNCEL SORUNLARI SEMPOZYUMU - III

8-9 KASIM 2022

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTABI

ISBN: 978-605-136-631-9

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN / Prof. Dr. Cenker GÖKER / Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER
Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN / Dr. Öğr. Üyesi Serdar YILMAZ
Ar. Gör. Dr. İbrahim BEKTAŞ / Ar. Gör. Sümeyye Sena FIRAT

Ankara 2023

ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
HUKUKUN GÜNCEL SORUNLARI
SEMPOZYUMU - III

(8-9 Kasım 2022)

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTABI

ISBN: 978-605-136-631-9

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN / Prof. Dr. Cenker GÖKER / Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER
Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN / Dr. Öğr. Üyesi Serdar YILMAZ
Ar. Gör. Dr. İbrahim BEKTAŞ / Ar. Gör. Sümeyye Sena FIRAT

Ankara 2023



“ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ’NİN
97. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ KAPSAMINDA
8-9 KASIM 2022 TARİHLERİNDE GERÇEKLEŞTİRİLEN
HUKUKUN GÜNCEL SORUNLARI SEMPOZYUMU - III
ETKİNLİĞİNDE SÖZLÜ OLARAK SUNULAN BİLDİRİLERİN
ELEKTRONİK BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTABIDIR.”

SEMPOZYUM BİLİM KURULU

Bilim Kurulu Başkanı: Prof. Dr. Muharrem ÖZEN (Ankara Üniversitesi)

Bilim Kurulu Üyeleri (Unvana Göre ve Alfabetik Olarak Sıralı): Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Ahmet Nadi GÜNAL (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Ali D. ULUSOY (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Arzu OĞUZ (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Asuman TURANBOY (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi) / Prof. Dr. Cavid ABDULLAHZADE (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Çağlar MANAVGAT (İ. D. Bilkent Üniversitesi) / Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Dilek ÖZKÖK ÇUBUKÇU (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Hacettepe Üniversitesi) / Prof. Dr. Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Gülriz UYGUR (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Hakan KARAN (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR (Yozgat Bozok Üniversitesi) / Prof. Dr. İbrahim ERMENEK (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi) / Prof. Dr. İlke GÖÇMEN (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Korkut ÖZKORKUT (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Levent GÖNENÇ (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Mehmet KILIÇ (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi) / Prof. Dr. Merih ÖDEN (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Nevin ÜNAL (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi) / Prof. Dr. Onur KARAHANOGULLARI (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Rifat ERTEN (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Selin ESEN (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Süleyman BAŞTERZİ (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Süleyman YILMAZ (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (TED Üniversitesi) / Prof. Dr. Tahir İrfan BARLASS (İstanbul Üniversitesi) / Prof. Dr. Türkân YALÇIN (Ankara Üniversitesi) / Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi) / Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI (Ankara Üniversitesi) / Doç. Dr. Başak ŞİT İMAMOĞLU (Ankara Üniversitesi) / Doç. Dr. Burçak YILDIZ (Ankara Üniversitesi) / Doç. Dr. Bülent ALGAN (Ankara Üniversitesi) / Doç. Dr. Emel HANAĞASI (Ankara Üniversitesi) / Doç. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ (Başkent Üniversitesi) / Doç. Dr. Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU (Kırıkkale Üniversitesi) / Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK (Ankara Üniversitesi) / Doç. Dr. Kazım Sedat SİRMEN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi) / Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY (Ankara Üniversitesi) / Doç. Dr. Orhan Ersun CİVAN (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi) / Doç. Dr. Pınar ÇAĞLAYAN AKSOY (İ. D. Bilkent Üniversitesi) / Doç. Dr. Ş. Barış ÖZÇELİK (İ. D. Bilkent Üniversitesi) / Doç. Dr. Uğur BAYILLIOĞLU (Çankaya Üniversitesi) / Doç. Dr. Ülkü HALATÇI ULUSOY (Ankara Üniversitesi) / Dr. Öğr. Üyesi Burcu ERTEM (Çankaya Üniversitesi) / Dr. Öğr. Üyesi Eylem BAŞ BAYRAKTAROĞLU (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi) / Dr. Öğr. Üyesi Nasih Sarp ERGÜVEN (Ankara Üniversitesi)

SEMPOZYUM DÜZENLEME KURULU

Prof. Dr. Cenker GÖKER (Ankara Üniversitesi) / Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER (Ankara Üniversitesi) / Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN (Ankara Üniversitesi) / Dr. Öğr. Üyesi Serdar YILMAZ (Ankara Üniversitesi) / Ar. Gör. İbrahim BEKTAŞ (Ankara Üniversitesi) / Ar. Gör. Sümeyye Sena FIRAT (Ankara Üniversitesi)

İÇİNDEKİLER

Sempozyum Programı.....	1
Sempozyum Afifi.....	204

"HUKUKUN GÜNCEL SORUNLARI SEMPOZYUMU - III" BİLDİRİ ÖZETLERİ

(Sempozyum Programında Belirtilen Sunum Sırasına Göre)

BİRİNCİ GÜN (8 KASIM 2022)

Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN	9
Kira Bedelinin Tespiti Davası ve Kira Bedelinin Uyarlanması Farkları Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe ORAL	12
Kiracının Değer Artışı Talebinde Bulunamayacağına İlişkin TBK m. 321/3 Hükmünün ve Bu Konudaki Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi Dr. Öğr. Üyesi Hülya ATLAN GÜRER	15
Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun Özel Mülkiyete Tabi Taşınmaz Üzerindeki Etkisi Dr. Öğr. Üyesi Münevver Kübra BAKIRCI	18
İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR	21
Yapay Döllenmenin Ölümünden Sonra Hayat Yaratmaya Açtığı Yol ve Miras Hukukunda Yarattığı Tartışmaların Çocuğun Üstün Yararı İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi Dr. Öğr. Üyesi Şafak PARLAK BÖRÜ	24
İşçinin Yetersizliğine ve Davranışlarına Dayanan Fesihlerin Geçerliliğinin Yargısal Denetiminde "Menfaat Değerlendirmesi" Ölçütü -Türk ve Alman Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Bir İnceleme- Dr. Öğr. Üyesi Berna ÖZTÜRK YILMAZ.....	27
Arabuluculuğa Elverişlilik Kavramı Çerçevesinde Aile Hukukunda Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi Av. Arb. Hediye Gökçe BAYKAL	30
Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Sosyal Medya Fenomenlerinin Örtülü Reklamlardan Doğan Sorumluluğu Dr. Öğr. Üyesi Dilşah Buşra KARTAL	33
İnternet Üzerinden Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde "Sistem/Organizasyon" Unsuru ve Uygulaması Öğr. Gör. Dr. Bahadır DEMİR.....	36

Dijital içerik ve Hizmetler, Mal ve Hizmet Ayrımını Sarstı Mı? AB Tüketici Hukukundan Güncel Bir Yaklaşım	
Ar. Gör. Furkan Güven TAŞTAN.....	39
Avukatların Sosyal Medya Kullanımına Yönelik Güncel Tartışmalar	
Doç. Dr. Nadire ÖZDEMİR.....	43
Avukatlık ve Özerklik	
Ar. Gör. Dr. Olcay KARACAN.....	46
Açık Artırma Sonucu Satışın Gerçekleştirilememesi ve Sonrasında İzlenecek Prosedür	
Doç. Dr. Emel HANAĞASI.....	49
İhalenin Feshi Hakkında Güncel Bazı Sorunlar	
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa GÖKSU	52
7343 Sayılı Kanun İle Hukukumuzda Giren Yeni Bir Müessese: Borçluya Rızaî Satış Yetkisi Verilmesi ve İİK'nun 111/A Maddesine Eleştirel Bir Bakış	
Ar. Gör. Dr. Hikmet BİLGİN.....	55
Borçluya Satış Yetkisi Verilmesine İlişkin Hükümün (İİK m. 111/A) rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takipte Uygulanabilirliği Üzerine Değerlendirmeler	
Ar. Gör. İsmail AYDIN.....	58
II-27.3 Sayılı “Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği” ile Yapılan Bazı Değişiklikler Üzerine Düşünceler	
Ar. Gör. Dr. Harun KESKİN.....	61
İsviçre Hukukundaki Güncel Gelişmeler Işığında Anonim Ortaklıklarda İhraç Fiyatının Belirlenme Esasları	
Ar. Gör. İbrahim BEKTAŞ	64
II-26.1 Sayılı Tebliğ’de Düzenlenen Pay Alım Teklifi Zorunluluğundan Muafiyet Hâllerinin Son Değişikliklerle Birlikte Değerlendirilmesi	
Ar. Gör. Yasin Barış ÖZELCİ	67
Anonim ve Limited Şirketlerin Haklı Sebep Feshine İlişkin Yargı Kararlarının Haklı Sebep Ekseninde Analizi	
Ar. Gör. Alperen ERDOĞAN	70
Yükseköğretim kurumları Bilimsel Araştırma Projeleri Hakkında Yönetmeliğin “Telif Hakları” Başlıklı 18. Maddesine Yönelik Eleştiri ve Çekinceler	
Doç. Dr. Pelin KARAASLAN	73
Güncel Gelişmeler Işığında Dijital Platformların Fikrî ve Sınai Hak İhlallerinden Hukuki Sorumluluğu	
Ar. Gör. Ahunur AÇIKGÖZ / Doç. Dr. Murat GÜREL	76
Dijital Platformlarda Yayınlanan Fikir ve Sanat Eserlerinde Bandrol Sorunu	
Dr. Öğr. Üyesi Aybike TUNÇ	79

Kooperatif Yönetim Kurulu Üyeleri Açısından Yeni Bir “Şart”: Kooperatifçilik Eğitim Programını Tamamlamak Ar. Gör. Dr. Sercan UÇAR	82
Yaşam Hakkı v. Ölme Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Taraf Ülkelerde Ölme Hakkına Yönelik Farklı Yaklaşımlar Öğr. Gör. Dr. Derya Nur KAYACAN	85
Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Çerçevesinde Hayvan Refahı Kavramının Din ve İnanç Özgürlüğü İle Birlikte Değerlendirilmesi Ar. Gör. Dr. Merve AĞZITEMİZ	88
Sokak Röportajları ve Yurttaş Gazeteciliğinin Çatışan Hukuki Menfaatler Çerçevesinde Değerlendirilmesi Av. Onur Can KESKİN	91
İfade Hürriyeti’ne Chilling Effect: Nefret Söylemi Üzerine Mülahazalar Ar. Gör. Feyza ÖLÇEK	94
Zaporijya Nükleer Santralının Sebep Olabileceği Önemli Sınıraşan Zararı Önleme Yükümlülüğünün Rusya ve Ukrayna Savaşı Sırasında Yaşanan Gelişmeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe İSAYEV	97
Birleşmiş Milletler Barış Güçlerinin Gerçekleştirdiği Cinsel Suçların Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi Dr. Öğr. Üyesi Nasıh Sarp ERGÜVEN	100
“Hazar Denizi”nde Biyolojik Çeşitliliğin Himayesi ve Kıyıdaş Devletlerin Tutumu: Tek-Tarafılık, Bölgesellik, Evrensellik ve Hazar’da Mersin Balıkları (Acipenseridae) Dr. Öğr. Üyesi Erkan AKDOĞAN	103
Uluslararası Adalet Divanı’nın Ukrayna-Rusya Davasında Verdiği Geçici Tedbir Kararı ve Uluslararası Hukuk Açısından Olumsuz Etkileri Ar. Gör. Dr. Selçuk KOCA	106
Canavarca Hisle veya Eziyet Çektirerek Öldürme Üzerine Bir Değerlendirme Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN	109
Haksız Tahrik Kurumuna İlişkin Tespit ve Değerlendirmeler Dr. Öğr. Üyesi Haluk TOROSLU	112
Merton’ın Anomi Teorisi Perspektifinden Sapma ve Suça Güncel Bir Bakış Dr. Öğr. Üyesi Yaprak ÖNTAN	115
“Mobbing”in Türk Ceza Hukukundaki Ortaya Çıkış Biçimlerinden Biri Olarak: Görevin Gereklerine Aykırı Davranış Ar. Gör. Fatma COŞKUN ŞENOL	118

İKİNCİ GÜN (9 KASIM 2022) - BİLDİRİLER

Ölüm Cezası Yeniden Gelebilir Mi? Türkiye’yi Bekleyen Hukuksal Engeller Doç. Dr. Tolga ŞİRİN	122
Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yürürlükteki Mevzuata Etkisinin Belirlenmesi Sorunu Üzerine: Hâkim Resmi Mevzuat Derlemeleriyle Bağlı Mıdır? Ar. Gör. Ali Erdem DOĞANOĞLU	125
Alman Federal Anayasa Mahkemesinin İleri Etki Doktrininin Gelecek Kuşakların Haklarının Korunmasına Etkisi ve Türkiye İçin Öneriler Ar. Gör. Kardelen ALTUN	128
Blokszincir Teknolojisi Tabanlı Akıllı Sözleşmelerin Seçim Hukukuna Etkisi Üzerine Bir İnceleme Ar. Gör. Dr. Deniz POLAT AKGÜN	131
Seçimlerin Yönetimi ve Denetimine İlişkin Modeller Çerçevesinde Yüksek Seçim Kuruluna Dair Anayasal Bir Değerlendirme Ar. Gör. Rumeysa İSPİR.....	134
Koruma Amaçlı İmar Planlarının Tabi Olduğu İlke ve Kurallar Açısından Genel Kanun - Özel Kanun İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY	137
İdarenin Taraf Olduğu Özel Hukuk Sözleşmelerinde Borca Aykırılığın Sonuçlarına İlişkin Kamu İhale Sözleşmeleri Kanun’undaki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi Doç. Dr. Betül ÖZLÜK.....	140
Çevre ve İmar İhtisas Mahkemelerinin Kurulmasının Gerekli Olup Olmadığı Meselesi Üzerine Karşılaştırmalı Perspektiften Bir Tartışma Dr. Öğr. Üyesi Serdar YILMAZ	143
Kamu Alımlarında Cehenneme Giden Yoldaki İyi Niyet Taşları “İstisnalar” Ar. Gör. Gencer Karabekir KARAGENÇ.....	147
Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesi Üzerine Bir Değerlendirme -Anayasa Mahkemesi’nin 8/9/2022 Tarihli İptal Kararının Hatırlattıkları- Dr. Öğr. Üyesi Melike Özge ÇEBİ BUĞDAYCI / Ar. Gör. Feride AÇIKALIN	150
Danıştay içtihatları Birleştirme Kurulunun Dava Açma Süresine İlişkin Verdiği 15.3.2022 Tarihli E. 2021/2, K. 2022/1 Sayılı Kararın Değerlendirilmesi Dr. Öğr. Üyesi Onur GÜRER	153
İdari Takdirin Sınırlandırılmasında Anayasallık Denetimi ve İdari Usulün İşlevi ve İdari Yargı Denetimi Üzerindeki Etkileri Ar. Gör. Dr. Züleyha KESKİN	156
Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadro İhdasının Hangi Erke İlişkin Olduğu Meselesi Ar. Gör. Mehmet İNANÇ	159

Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Işığında Özel Güvenlik Hizmetleri Dr. Öğr. Üyesi Özgür TAŞDEMİR.....	162
Ceza Muhakemesinde "Fizik Kimliğin Tespiti" İşleminde Kişisel Verilerin Korunması Dr. Süleyman ÖZAR.....	165
Özen Yükümlülüğüne Aykırı Davranış Karşılıklı Olarak İsnat Edilebilir Mi? Taksirli Suçlarda Müsterek Fail Sorumluluğu Ar. Gör. Emre İkbal AÇIKGÖZ.....	168
Defansif Tıp Uygulamaları Bakımından Hekimlerin Cezai Sorumluluğu Ar. Gör. Nisa Yaren OKUMUŞ.....	171
Doğrudan Doğruluk ve Hâkimin Değişmezliği İlkeleri Karşısında Ceza Muhakemesinde Yerleşik Uygulama: Hâkimin Değişkenliği Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER.....	174
Ceza Muhakemesinin Kolektifliği Açısından Bilimsel Görüşün İşlevi ve Etkinliği Sorunu Dr. Öğr. Üyesi Recep KAHRAMAN.....	177
Ceza Muhakemesinde Uzlaştırmaya İlişkin Bazı Çözüm Önerileri Ar. Gör. Atacan KÖKSAL.....	180
Vergilendirme Bakımından Nafaka Ar. Gör. Dr. Çağıl SÜT GÖKER.....	183
E-Ticaret (Çevrimiçi) Uygulamaları Üzerinden Tüketiciden Tüketicieye (C2C) Gerçekleştirilen İkinci El Ürün Satışlarının Vergilendirilmesi Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe AKDEMİR.....	186
İdari Yargıda Vergi Usul Kanunu'nun ve Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un Uygulanabilirliği Ar. Gör. Aslıhan TAŞER.....	189
Duruşmada Hazır Bulunan Tutuklu Şüpheli veya Sanık Hakkında Tahliye Kararı Verildikten Sonra Tutukevine Götürülmesinin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliğine Aykırılığı ve Çözüm Önerileri Dr. Öğr. Üyesi Veysel Candan CANOĞLU.....	192
Duruşma Düzeninin Bozulması Sebebiyle Verilen Disiplin Hapsi Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Güvenceleri Açısından Değerlendirilmesi Dr. Akif YILDIRIM.....	195
İhbar Yoluyla Olayı Öğrenen Kolluk Tarafından Yapılan Aramanın Hukuka Uygunluğunu Değerlendirmek: Önleme Araması Mı, Adli Arama Mı, Suçüstü Hali Mi? Dr. Enver KAŞLI.....	198
Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Sonrasında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarına Karşı Başvurulabilecek Kanun Yoluna İlişkin Bazı Tespit ve Öneriler Ar. Gör. Can YALÇIN.....	201

SEMPOZYUM PROGRAMI

BİRİNCİ GÜN (8 KASIM 2022)

Sempozyum Açış Konuşması

Prof. Dr. Cenker GÖKER, Sempozyum Düzenleme Kurulu Başkanı

Birinci Oturum

Prof. Dr. Cemil BİLSEL Konferans Salonu (10.00 - 11.40)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Süleyman YILMAZ, Ankara Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN: Noterleri Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe ORAL: Kira Bedelinin Tespiti Davası ve Kira Bedelinin Uyarlanmasından Farkları

Dr. Öğr. Üyesi Hülya ATLAN GÜRER: Kiracının Değer Artışı Talebinde Bulunamayacağına İlişkin TBK m. 321/3 Hükmünün ve Bu Konudaki Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Münevver Kübra BAKIRCI: Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun Özel Mülkiyete Tabi Taşınmaz Üzerindeki Etkisi

Soru-Cevap

İkinci Oturum

Prof. Dr. Cemil BİLSEL Konferans Salonu (12.00 - 13.40)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Hasan AYRANCI, Ankara Üniversitesi

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR: İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması

Dr. Öğr. Üyesi Şafak PARLAK BÖRÜ: Yapay Döllenmenin Ölümünden Sonra Hayat Yaratmaya Açtığı Yol ve Miras Hukukunda Yarattığı Tartışmaların Çocuğun Üstün Yararı İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Berna ÖZTÜRK YILMAZ: İşçinin Yetersizliğine ve Davranışlarına Dayanan Fesihlerin Geçerliliğinin Yargısal Denetiminde "Menfaat Değerlendirmesi" Ölçütü -Türk ve Alman Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Bir İnceleme

Av. Arb. Hediye Gökçe BAYKAL: Arabuluculuğa Elverişlilik Kavramı Çerçevesinde Aile Hukukunda Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi

Soru-Cevap

Üçüncü Oturum

Prof. Dr. Cemil BİLSEL Konferans Salonu (14.30 - 15.50)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Dilşah Buşra KARTAL: Tüketicinin Korunması Hakkına Kanun Kapsamında Sosyal Medya Fenomenlerinin Örtülü Reklamlardan Doğan Sorumluluğu

Öğr. Gör. Dr. Bahadır DEMİR: İnternet Üzerinden Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde “Sistem/Organizasyon” Unsuru ve Uygulaması

Ar. Gör. Furkan Güven TAŞTAN: Dijital İçerik ve Hizmetler, Mal ve Hizmet Ayırımı Sarstı mı? AB Tüketici Hukukundan Güncel Bir Yaklaşım

Soru-Cevap

Dördüncü Oturum

Prof. Dr. Cemil BİLSEL Konferans Salonu (16.10 - 17.10)

Oturum Başkanı: Doç. Dr. Belkıs KONAN, Ankara Üniversitesi

Doç. Dr. Nadire ÖZDEMİR: Avukatların Sosyal Medya Kullanımına Yönelik Güncel Tartışmalar

Ar. Gör. Dr. Olcay KARACAN: Avukatlık ve Özerklik

Soru-Cevap

Beşinci Oturum

Prof. Dr. Ali BOZER Konferans Salonu (10.00 - 11.40)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. İbrahim ERMENEK, Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Doç. Dr. Emel HANAĞASI: Açık Artırma Sonucu Satışın Gerçekleştirilememesi ve Sonrasında İzlenecek Prosedür

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa GÖKSU: İhalenin Feshi Hakkında Güncel Bazı Sorunlar

Ar. Gör. Dr. Hikmet BİLGİN: 7343 Sayılı Kanun ile Hukukumuzda Giren Yeni Bir Müessese: Borçluya Rızaî Satış Yetkisi Verilmesi ve İİK'nun 111/A Maddesine Eleştirel Bir Bakış

Ar. Gör. İsmail AYDIN: Borçluya Satış Yetkisi Verilmesine İlişkin Hükmün (İİK m. 111/A) Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takipte Uygulanabilirliği Üzerine Değerlendirmeler

Soru-Cevap

Altıncı Oturum

Prof. Dr. Ali BOZER Konferans Salonu (12.00 - 13.40)

Oturum Başkanı: Doç. Dr. Burçak YILDIZ, Ankara Üniversitesi

Ar. Gör. Dr. Harun KESKİN: II-27.3 Sayılı “Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği” ile Yapılan Bazı Değişiklikler Üzerine Düşünceler

Ar. Gör. İbrahim BEKTAŞ: İsviçre Hukukundaki Güncel Gelişmeler Işığında Anonim Ortaklıklarda İhraç Fiyatının Belirlenme Esasları

Ar. Gör. Yasin Barış ÖZELCİ: II-26.1 Sayılı Tebliğ’de Düzenlenen Pay Alım Teklifi Zorunluluğundan Muafiyet Hâllerinin Son Değişikliklerle Birlikte Değerlendirilmesi

Ar. Gör. Alperen ERDOĞAN: Anonim ve Limited Şirketlerin Haklı Sebep Feshine İlişkin Yargı Kararlarının Haklı Sebep Ekseninde Analizi

Soru-Cevap

Yedinci Oturum

Prof. Dr. Ali BOZER Konferans Salonu (14.30 - 16.30)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Arzu OĞUZ, Ankara Üniversitesi

Doç. Dr. Pelin KARAASLAN: Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma Projeleri Hakkında Yönetmeliğin “Telif Hakları” Başlıklı 18. Maddesine Yönelik Eleştiri ve Çekinceler

Ar. Gör. Ahunur AÇIKGÖZ / Doç. Dr. Murat GÜREL: Güncel Gelişmeler Işığında Dijital Platformların Fikrî ve Sınai Hak İhlallerinden Hukuki Sorumluluğu

Dr. Öğr. Üyesi Aybike TUNÇ: Dijital Platformlarda Yayınlanan Fikir ve Sanat Eserlerinde Bandrol Sorunu

Ar. Gör. Dr. Sercan UÇAR: Kooperatif Yönetim Kurulu Üyeleri Açısından Yeni Bir “Şart”: Kooperatifçilik Eğitim Programını Tamamlamak

Soru-Cevap

Sekizinci Oturum

Prof. Dr. Mahmut Esat BOZKURT Konferans Salonu (10.00 - 11.40)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI, Ankara Üniversitesi

Öğr. Gör. Dr. Derya Nur KAYACAN: Yaşam Hakkı v. Ölme Hakkı - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Taraf Ülkelerde Ölme Hakkına Yönelik Farklı Yaklaşımlar ve Uygulamalar

Ar. Gör. Dr. Merve AĞZITEMİZ: Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Çerçevesinde Hayvan Refahı Kavramının Din ve İnanç Özgürlüğü ile Birlikte Değerlendirilmesi

Av. Onur Can KESKİN: Sokak Röportajları ve Yurттаş Gazeteciliğinin Çatışan Hukuki Menfaatler Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Ar. Gör. Feyza ÖLÇEK: İfade Hürriyeti'ne Chilling Effect: Nefret Söylemi Üzerine Mülahazalar

Soru-Cevap

Dokuzuncu Oturum

Prof. Dr. Mahmut Esat BOZKURT Konferans Salonu (12.00 - 13.40)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Cavid ABDULLAHZADE, Ankara Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe İSAYEV: Zaporijya Nükleer Santralının Sebep Olabileceği Önemli Sınırışan Zararı Önleme Yükümlülüğünün Rusya ve Ukrayna Savaşı Sırasında Yaşanan Gelişmeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi N. Sarp ERGÜVEN: Birleşmiş Milletler Barış Güçlerinin Gerçekleştirdiği Cinsel Suçların Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Erkan AKDOĞAN: “Hazar Denizi”nde Biyolojik Çeşitliliğin Himayesi ve Kıyıdaş Devletlerin Tutumu: Tek-Tarafllılık, Bölgesellik, Evrensellik ve Hazar’da Mersin Balıkları (Acipenseridae)

Ar. Gör. Dr. Selçuk KOCA: Uluslararası Adalet Divanı’nın Ukrayna-Rusya Davasında Verdiği Geçici Tedbir Kararı ve Uluslararası Hukuk Açısından Olumsuz Etkileri

Soru-Cevap

Onuncu Oturum

Prof. Dr. Mahmut Esat BOZKURT Konferans Salonu (12.00 - 13.40)

Oturum Başkanı: Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER, Ankara Üniversitesi

Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN: Canavarca Hisle veya Eziyet Çektirerek Öldürme Üzerine Bir Değerlendirme

Dr. Öğr. Üyesi Haluk TOROSLU: Haksız Tahrik Kurumuna İlişkin Tespit ve Değerlendirmeler

Dr. Öğr. Üyesi Yaprak ÖNTAN: Merton’ın Anomi Teorisi Perspektifinden Sapma ve Suça Güncel Bir Bakış

Ar. Gör. Fatma COŞKUN ŞENOL: “Mobbing”in Türk Ceza Hukukundaki Ortaya Çıkış Biçimlerinden Biri Olarak: Görevin Gereklerine Aykırı Davranış

Soru-Cevap

İKİNCİ GÜN (9 KASIM 2022)

On Birinci Oturum

Prof. Dr. Cemil BİLSEL Konferans Salonu (10.00 - 11.20)

Oturum Başkanı: Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI, Ankara Üniversitesi

Doç. Dr. Tolga ŞİRİN: Ölüm Cezası Yeniden Gelebilir mi? Türkiye’yi Bekleyen Hukuksal Engeller

Ar. Gör. Ali Erdem DOĞANOĞLU: Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yürürlükteki Mevzuata Etkisinin Belirlenmesi Sorunu Üzerine: Hâkim Resmi Mevzuat Derlemeleriyle Bağlı mıdır?

Ar. Gör. Kardelen ALTUN: Alman Federal Anayasa Mahkemesinin İleri Etki Doktrininin Gelecek Kuşakların Haklarının Korunmasına Etkisi ve Türkiye İçin Öneriler

Soru-Cevap

On İkinci Oturum

Prof. Dr. Cemil BİLSEL Konferans Salonu (11.40 - 12.40)

Oturum Başkanı: Doç. Dr. Ozan ERGÜL, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi

Ar. Gör. Dr. Deniz POLAT AKGÜN: Blokzincir Teknolojisi Tabanlı Akıllı Sözleşmelerin Seçim Hukukuna Etkisi Üzerine Bir İnceleme

Ar. Gör. Rumeysa İSPİR: Seçimlerin Yönetimi ve Denetimine İlişkin Modeller Çerçevesinde Yüksek Seçim Kuruluna Dair Anayasal Bir Değerlendirme

Soru-Cevap

On Üçüncü Oturum

Prof. Dr. Cemil BİLSEL Konferans Salonu (14.00 - 15.40)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Ali D. ULUSOY, Ankara Üniversitesi

Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY: Koruma Amaçlı İmar Planlarının Tabi Olduğu İlke ve Kurallar Açısından Genel Kanun - Özel Kanun İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme

Doç. Dr. Betül ÖZLÜK: İdarenin Taraf Olduğu Özel Hukuk Sözleşmelerinde Borca Aykırılığın Sonuçlarına İlişkin Kamu İhale Sözleşmeleri Kanun’undaki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Serdar YILMAZ: Çevre ve İmar İhtisas Mahkemelerinin Kurulmasının Gerekli Olup Olmadığı Meselesi Üzerine Karşılaştırmalı Perspektiften Bir Tartışma

Ar. Gör. Gencer Karabekir KARAGENÇ: Kamu Alımlarında Cehennem Giden Yoldaki İyi Niyet Taşları “İstisnalar”

Soru-Cevap

On Dördüncü Oturum

Prof. Dr. Cemil BİLSEL Konferans Salonu (16.10 - 17.50)

Oturum Başkanı: Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY, Ankara Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Melike Özge ÇEBİ BUĞDAYCI / Ar. Gör. Feride AÇIKALIN: Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesi Üzerine Bir Değerlendirme -Anayasa Mahkemesi'nin 8/9/2022 Tarihli İptal Kararının Hatırlattıkları-

Dr. Öğr. Üyesi Onur GÜRER: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun Dava Açma Süresine İlişkin Verdiği E. 2021/2, K. 2022/1 Sayılı Kararın Değerlendirilmesi

Ar. Gör. Dr. Züleyha KESKİN: İdari Takdirin Sınırlandırılmasında Anayasallık Denetimi ve İdari Usulün İşlevi ve İdari Yargı Denetimi Üzerindeki Etkileri

Ar. Gör. Mehmet İNANÇ: Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadro İhdasının Hangi Erke İlişkin Olduğu Meselesi

Soru-Cevap

On Beşinci Oturum

Prof. Dr. Mahmut Esat BOZKURT Konferans Salonu (10.00 - 11.40)

Oturum Başkanı: Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN, Ankara Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Özgür TAŞDEMİR: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Işığında Özel Güvenlik Hizmetleri

Dr. Süleyman ÖZAR: Ceza Muhakemesinde “Fizik Kimliğin Tespiti” İşleminde Kişisel Verilerin Korunması

Ar. Gör. Emre İkbal AÇIKGÖZ: Özen Yükümlülüğüne Aykırı Davranış Karşılıklı Olarak İsnat Edilebilir mi? Taksirli Suçlarda Müşterek Fail Sorumluluğu

Ar. Gör. Nisa Yaren OKUMUŞ: Defansif Tıp Uygulamaları Bakımından Hekimlerin Cezai Sorumluluğu

Soru-Cevap

On Altıncı Oturum

Prof. Dr. Mahmut Esat BOZKURT Konferans Salonu (12.00 - 13.20)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Muharrem ÖZEN, Ankara Üniversitesi

Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER: Doğrudan Doğrualık ve Hâkimin Değişmezliği İlkeleri Karşısında Ceza Muhakemesinde Yerleşik Uygulama: Hâkimin Değişkenliği

Dr. Öğr. Üyesi Recep KAHRAMAN: Ceza Muhakemesinin Kolektifliği Açısından Bilimsel Görüşün İşlevi ve Etkinliği Sorunu

Ar. Gör. Atacan KÖKSAL: Ceza Muhakemesinde Uzlaştırmaya İlişkin Bazı Çözüm Önerileri Soru-Cevap

On Yedinci Oturum

Prof. Dr. Mahmut Esat BOZKURT Konferans Salonu (14.30 - 15.50)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Cenker GÖKER, Ankara Üniversitesi

Ar. Gör. Dr. Çağıl SÜT GÖKER: Vergilendirme Bakımından Nafaka

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe AKDEMİR: E-Ticaret (Çevrimiçi) Uygulamaları Üzerinden Tüketiciden Tüketicilere (C2C) Gerçekleştirilen İkinci El Ürün Satışlarının Vergilendirilmesi

Ar. Gör. Aslıhan TAŞER: İdari Yargıda Vergi Usul Kanunu'nun ve Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un Uygulanabilirliği

Soru-Cevap

On Sekizinci Oturum

Prof. Dr. Mahmut Esat BOZKURT Konferans Salonu (12.00 - 13.20)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR, Ankara Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Veysel Candan CANOĞLU: Duruşmada Hazır Bulunan Tutuklu Şüpheli veya Sanık Hakkında Tahliye Kararı Verildikten Sonra Tutukevine Götürülmesinin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliğine Aykırılığı ve Çözüm Önerileri

Dr. Akif YILDIRIM: Duruşma Düzeninin Bozulması Sebebiyle Verilen Disiplin Hapsi Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Güvenceleri Açısından Değerlendirilmesi

Dr. Enver KAŞLI: İhbar Yoluyla Olayı Öğrenen Kolluk Tarafından Yapılan Aramanın Hukuka Uygunluğunu Değerlendirmek: Önleme Araması Mı, Adli Arama Mı, Suçüstü Hali Mi?

Ar. Gör. Can YALÇIN: Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Sonrasında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarına Karşı Başvurulabilecek Kanun Yoluna İlişkin Bazı Tespit ve Öneriler

Soru-Cevap

HUKUKUN GÜNCEL SORUNLARI
SEMPOZYUMU - III

BİRİNCİ GÜN
BİLDİRİLER

8 KASIM 2022 / SALI

NOTERLERİN TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YETKİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-0280-9896

ÖZET

23.06.2022 tarih ve 7413 sayılı “Hakimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 12. maddesi ile 1512 sayılı Noterlik Kanunu’nda değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişiklikle Noterlere, taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi verilmiştir (Noterlik Kanunu m. 60/I,b.3 ve m. 61/A). Ayrıca konuya ilişkin olarak 11.01.2023 tarihli “Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” de çıkarılarak, Noterler tarafından düzenlenen taşınmaz satış sözleşmelerine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Böylelikle tapu sicil müdürlüklerinin yanı sıra Noterler de taşınmaz satış sözleşmesi yapmaya yetkili hale gelmiştir.

Noterlik Kanunu geçici 21. maddede, Noterlerin taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisine ilişkin düzenlemenin, “Tapu Bilişim Sisteminin” kurulduğunun Adalet Bakanlığı resmî internet sitesinde duyurulduğu tarihten itibaren uygulanmaya başlanacağı ifade edilmiştir. Tapu Bilişim Sistemi’nin, en geç 01.01.2023 tarihine kadar kurulacağı; ancak Cumhurbaşkanı’nın bu süreyi altı aya kadar uzatabileceği belirtilmiştir. Nitekim 28.12.2022 tarih ve 32057 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6616 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile bu süre 01.07.2023 tarihine kadar uzatılmıştır.

Noterlerin yapacağı taşınmaz satış sözleşmesi ayrı bir hukuki rejime tabi olmayıp, tapu sicil müdürlükleri tarafından yapılan taşınmaz satış sözleşmeleri ile aynı kurallara bağlı olacaktır. Ancak düzenleme ile Noterlere, sadece taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi verilmiştir. Bu itibarla taşınmazlara ilişkin satış sözleşmesinden başka aynı hak tesisi sonucu doğuran diğer hukuki işlemlerin yapılma yetkisi bu Kanunda ifade edilmemiştir.

Noterlik Kanunu m. 61/A/II uyarınca Noterler, taşınmaz satış başvurusu üzerine başvuru belgesi düzenler, taşınmaz üzerindeki her türlü kısıtlamaları dikkate alır ve taşınmaz satışıyla ilgili diğer kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esasları gözetir. Noter, Tapu kayıt örneği ve diğer belgelerden hak sahibinin belirlenememesi veya satışa engel hukuki bir durumun varlığı hâlinde ise satış işlemini gerçekleştirmeyecektir (Noterlik Kanunu m. 61/A/VI; Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 8/5).

Noterlerce hak sahibi belirlendikten ve taşınmazın satışına engel hukuki bir durumun bulunmadığı tespit edildikten sonra taşınmaz satış sözleşmesi yapılır. Noterler bu sözleşmeyi

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

Noterlik Kanunu m. 89, Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 6 ve m. 7 uyarınca düzenleme şeklinde gerçekleştirir. Bunun yanında Noterler, taşınmaz satış sözleşmesi ile ilgili işlemleri bizzat yerine getirir (Noterlik Kanunu m. 61/A/V; Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 8).

Taşınmaz satış sözleşmesi taraflarca imzalandığı anda Noterler, tapu bilişim sisteminden yevmiye numarası olarak sözleşmeyi bu sisteme kaydeder. Sözleşmenin sisteme kaydından sonra ise tapu sicil müdürlüğüne taşınmazın tapu siciline tescili sağlanır. Taşınmaz satış sözleşmesi ile diğer belgeler, noter tarafından sisteme aktarılır ve fiziki olarak arşivlenir (Noterlik Kanunu m. 61/A/IV; Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 8).

Noterler taşınmaz satış sözleşmelerini yaparken tapu sicilindeki kayıtları inceleyebilecek ve kullanabilecektir. Nitekim Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nce, tapu kayıt örnekleri ve diğer belgeler "Tapu Bilişim Sistemi" vasıtasıyla noterlere açılacaktır. Taşınmaza ilişkin kayıtların ve belgelerin eksikliği halinde ilgili tapu müdürlüğünden eksik olan hususlar sistem üzerinden talep edilecek ve eksiklikler tapu müdürlüğüne sisteme aktarılacaktır (Noterlik Kanunu m. 61/A/III).

Tapu harç ve masrafları bakımından ise Noterlik Kanunu m. 61/A/VII ve Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 9 uyarınca Noterler tarafından yapılacak taşınmaz satış sözleşmesi tapu harcına tabidir. Buna karşılık, damga vergisinden ve değerli kâğıt bedellerinden muaftır (Noterlik Kanunu m. 61/A/VIII; Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 9/3). Diğer taraftan yapılan işlemler karşılığında Noterlik Ücreti dışında herhangi bir ücret alınmaz. Bu ücret ise, taşınmazın değerine göre beş yüz Türk lirasından az ve dört bin Türk lirasından fazla olamaz ve ücret tarifesinde gösterilir (Noterlik Kanunu m. 61/A/IV; Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 9/4). Ayrıca, Noterlerce taşınmaz satış işlemleri için Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün döner sermaye işletmesine gelir kaydedilmek üzere, tapu sicil müdürlüğü adına, hizmet bedeli alınır. Bunlar dışında, bu işlemler sebebiyle noterlere herhangi bir pay veya aidat ödenmeyecektir (Noterlik Kanunu m. 61/A/X).

Noterlerin taşınmaz satış sözleşmesi yapmasıyla ilgili doğacak zararlardan dolayı sorumluluğu bakımından ise Noterlik Kanunu m. 162/II, bir sorumluluk hükmü getirmektedir. Söz konusu hüküm, TMK m. 1007'de düzenlenen Devletin tapu sicilinin tutulmasından kaynaklı sorumluluğu ile benzerlik arz etmektedir. Noterlik Kanunu m. 162/II'ye göre, taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan Noterler de sorumludur. Bu zararın Devlet tarafından ödenmesi hâlinde Devlet, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu eder. Notere karşı açılacak tazminat davaları, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür. Düzenlemeyle, meydana gelecek zararlar bakımından Devletin sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır. Devletin sorumluluğu TMK m. 1007 hükmü uyarınca devam etmekte ancak

Noterlerin de sorumlu olduğu açıkça hüküm altına alınmaktadır. Böylelikle zarara uğrayanın, zararının tazmini için Devlete veya Notere karşı dava açması olanaklı hale gelmiştir.

Noterlere taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisinin verilmesine ilişkin yapılan değişikliğin değerlendirilmesi bakımında ise, Tapu Bilişim Sisteminin nasıl çalışacağı; bu sistem üzerinden gerçekleştirilecek olan işlemlerin aksamalara yol açıp açmayacağı ve özellikle taşınmazlarla ilgili belgelerin paylaşılması konusunda ne gibi sorunların ortaya çıkacağı belirsizdir. Bu itibarla kanaatimizce, anılan düzenleme yürürlüğe girmeden önce pilot bölge uygulamasına geçilmesi, ileride yaşanabilecek olası problemlerin çözülmesi bakımında yerinde olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Noter, Taşınmaz Satış Sözleşmesi, Tapu Sicil Müdürlüğü, Sorumluluk, Tapu Harç ve Masrafları.

KİRA BEDELİNİN TESPİTİ DAVASI VE KİRA BEDELİNİN UYARLANMASINDAN FARKLARI

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe ORAL

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0001-9855-2329

ÖZET

TBK m. 347 çerçevesinde konut ve çatılı işyeri kiralalarında belirli süreli sözleşme yapılsa dahi, sözleşme süresinin bitiminden en az onbeş gün önce bildirimde bulunulması şartıyla yalnızca kiracı tarafından sözleşmenin sona erdirilmesi mümkündür. Kiraya verenin sona erdirme imkânı ise çok sınırlandırılmıştır. Kiraya veren, on yıllık uzama süresinin sonunda, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla sözleşmeyi sona erdirebilir. Ancak bu noktada, bir kira yılı sonunda yapılabilecek kira artışının sınırının ne olacağı sorunu ile karşılaşılmaktadır.

6098 sayılı TBK'nin yürürlüğe konulmasından önceki dönemde uygulama alanı bulan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un belirtilen konuyu düzenleyen 2 ve 3. maddeleri, Anayasa Mahkemesi tarafından madde metinlerinde mülkiyet hakkının özüne dokunur şekilde kısıtlandığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Bununla beraber, Anayasa Mahkemesi, aynı kararında taraflar arasında kira artışının nasıl belirleneceği hususuna Kanun ile sınırlama getirilmesini de tamamıyla reddetmemiştir ve bu sebeple kararın yürürlük tarihini 6 ay ertelemiş ve kanunkoyucuya iptal edilen maddelerin yerine düzenleme yapması için süre vermiştir. Buna karşılık, kanunkoyucunun 6098 sayılı TBK yürürlüğe girene kadar herhangi bir düzenleme yapmadığı görülmüştür.

6098 sayılı TBK m. 344'te, konut ve çatılı işyeri kiralalarında sözleşme yapılırken kararlaştırılan kira bedelinin, sözleşmenin bir yıldan uzun sürmesi halinde hangi esaslar çerçevesinde belirleneceği hususu düzenlenmiştir. Bu kapsamda, maddenin birinci fıkrasına göre, taraflar, aralarında kira bedeli için bir artış oranı ya da miktarı belirleyebilirler; ancak bu anlaşmanın geçerli olmasının ilk şartı, artış oranının bir önceki kira yılında tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemesidir. Başka bir ifadeyle, taraflar arasında belirlenen artış oranı yahut artış miktarı bir önceki kira yılında tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamaların üzerinde kalmaz. Kalan kısım geçersizdir. Taraflar arasında bu hususa ilişkin bir anlaşma olmaması durumunda ise, maddenin ikinci fıkrası çerçevesinde, kira bedeli, bir önceki kira yılında tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek koşuluyla kiralananın durumu göz önüne alınarak hâkim tarafından hakkaniyete göre belirlenir.

Bununla birlikte, enflasyonun ve dolayısıyla aynı bölgedeki kira bedellerinin beklenenin ötesinde artarak kiraya verenin bu durumdan zarar görebileceğini öngören kanunkoyucu, maddenin üçüncü fıkrasında taraflar arasında kiranın nasıl artacağına ilişkin bir anlaşma yapıp

yapılmadığına bakılmaksızın beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda uygulanacak kira bedelinin hâkim tarafından belirlenebileceğini hükme bağlamıştır.

Hâkimin kira bedelini belirleyebilmesi için TBK m. 345'te düzenlenen kira tespit davası açılmalıdır. Bu davanın açılabilmesi için, kanun koyucu bazı ek şartlar öngörmüştür. Maddeye göre, hâkimin belirleyeceği kira bedelinin yeni kira yılının başlangıcından itibaren geçerli olabilmesi için, bu davanın yeni kira döneminin başlangıcından en geç otuz gün önceki bir tarihte ya da kiraya veren tarafından bu süre içinde kira bedelinin artırılacağına ilişkin olarak kiracıya yazılı bildirimde bulunulmuş olması koşuluyla, izleyen yeni kira dönemi sonuna kadar açılması gerekmektedir. Belirtilen kuralın istisnası, maddenin üçüncü fıkrasında yer almıştır ve buna göre, sözleşmede yeni kira yılında kira bedelinin artırılacağına ilişkin bir hüküm bulunmasıdır, ki uygulamada bu hükmün neredeyse tüm sözleşmelerde bulunduğu gözlemlenmektedir.

Yukarıda belirtilen şartların varlığı halinde kira bedelinin tespiti için davanın ne zaman açılabileceği de tartışılmıştır. TBK m. 344/3'ün lafzında “*beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde*” ifadesi yer aldığından sürenin nasıl yorumlanacağı hususu tartışma yaratabilecekse de, buradaki süre, birinci yıldan sonra, dört kere yenilenmiş kira sözleşmelerini ifade etmektedir.

Bu dava, TBK m. 345'te belirtilen şartlara uyulmak suretiyle açıldıktan sonra, bedelin nasıl tespit edilmesi gerektiği üzerinde de durulmalıdır. Hâkimin bu kira bedelini belirlerken, tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranını, kiralananın durumunu ve emsal kira bedellerini göz önünde tutması ve hakkaniyete göre karar vermesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu fıkrayı önceki iki fıkradan ayıran husus, yalnızca tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalarla bağlı olunmamasıdır. Hâkimin göz önüne alması gereken ikinci husus, emsal kira bedelleridir. O çevrede, benzer özelliklere sahip (oda sayısı, büyüklük vs.) konut veya çatılı işyerinin kira bedellerinin de esas alınması gerekmektedir. Hâkim tarafından dikkate alınması gereken üçüncü nokta, kiralananın durumudur. Kiralananın durumu kriteri, malzeme kalitesi, kaçınıcı katta yer aldığı ya da manzarası gibi unsurların değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Son olarak, hâkim hakkaniyete göre karar verecektir. Bu durum, uygulamada “eski kiracı indirimi” olarak adlandırılmaktadır.

Kira bedelinin uyarlanması ise, TBK'nin genel hükümlerine dayanmakta olup buradaki şartların gerçekleşmesi halinde herhangi bir süreye bağlı kalınmaksızın uyarlama davası açılabilir. Hâkimin uyarlama talebini kabul edebilmesi için ilk şart, sözleşmede bir uyarlama boşluğunun bulunmasıdır. İkinci olarak, sözleşmenin kurulduğu şartlara kıyasla şartlarda taraflarca sözleşmenin kurulduğu esnada öngörülemez değişikliklerin olması gerekmektedir. Bu değişikliğin de taraflardan biri bakımından ifayı oldukça güçleştirmiş olması zaruridir. Bu değişiklik, geçtiğimiz yıllarda yaşadığımız pandemi gibi bir durum teşkil edebileceği gibi, taşınmazın çok yakınına bir ulaşım aracının gelmesi münasebetiyle o bölgede kira bedellerinin öngörülenin çok ötesinde artması şeklinde de görülebilir. Ancak benzeri hallerde zorluğa düşen tarafın kira sözleşmesinin uyarlanmasını Mahkemeden talep etme hakkı

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

vardır. Bu noktada önemli olan husus, uyarlamayı talep eden tarafın, kendi kusuruyla bu zorluğa düşmemesi gerektiğidir. Uyarlamanın şartları oluşmuşsa, hâkim sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasına karar verebileceği gibi, sözleşmenin sona erdirilmesine veya aynen korunmasına da karar verebilir. Hâkim sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasına karar verdiyse ve kira bedelinin arttırılması gerekiyorsa, kira bedelinin tespiti davasındaki kriterlerle de bağlı değildir.

Özellikle kira bedellerinde yüksek miktarda artışın yaşandığı son günlerde bu iki yol arasındaki fark irdelenecek ve hangi durumda hangi yolun seçilmesi gerektiği tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kira Bedelinin Tespiti, Kira Sözleşmesinin Uyarlanması, Bedel Tespiti Davası.

KİRACININ DEĞER ARTIŞI TALEBİNDE BULUNAMAYACAĞINA İLİŞKİN TBK m. 321/3 HÜKMÜNÜN VE BU KONUDAKİ YARGITAY UYGULAMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Hülya ATLAN GÜRER

Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-0895-4410

ÖZET

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, kiracının kiralanda yenilik ve değişiklik yapmasının koşulları ve hukuki sonuçları hakkında açık bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre kiracı, ancak kiraya verenin yazılı rızasıyla kiralanda yenilik ve değişiklik yapabilir ve aksine yazılı bir anlaşma yok ise, kiraya verenin rızasıyla yaptığı yenilik ve değişiklikler sebebiyle kiralanda ortaya çıkan değer artışının karşılığını isteyemez (TBK m. 321 f. 1 ve 3). Şu hâlde 1 Temmuz 2012 tarihinden itibaren, kiracının kiralanda yapmış olduğu yenilik ve değişiklik nedeniyle değer artışı talebinde bulunabilmesi, ancak kiraya verenin bu yenilik ve değişikliğe rıza göstermiş olması ve ayrıca değer artışının karşılığının istenebileceği konusunda bir anlaşma yapılmış olmasına bağlıdır.

Böyle açık bir düzenlemenin bulunmadığı 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde kiracının kiralanda yenilik ve değişiklik yapmasından doğan değer artışı talepleri doktrinde ve yargı uygulamasında benimsenen kurallara göre şekillenmiştir. Bu anlamda Yargıtay, kiracının kiralanda yapmış olduğu yenilik ve değişiklik bağlamında, faydalı ve zorunlu imalat bedelinin vekâletsiz iş görme ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebileceğini kabul etmekteydi. Konuya ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmadığı söz konusu dönemde genel hükümleri esas alan böyle bir çözümün benimsenmesi yerindedir. İlginç olan husus, Yargıtay'ın bu konudaki uygulamasını, TBK'nın yürürlüğe girmesinden sonra da (bu konuda yasal bir düzenleme yapılmamış gibi) aynı şekilde devam ettirmesidir. Yüksek Mahkeme konuya ilişkin kararlarında TBK m. 321/3 hükmünden söz etmeden, adeta bu düzenlemeyi göz ardı ederek değerlendirme yapmaktadır.

Yargıtay'ın bu konudaki tutumuna, olması gereken hukuk bakımından olumlu bakılmalıdır. Kiracının, yaptığı yenilik ve değişiklik nedeniyle kiralanda meydana gelen değer artışının karşılığını - sebepsiz zenginleşme hükümleri gereği - kural olarak isteyebilmesi gerekir. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İBK) 260a/3 hükmü ile bunu esas alan TBK tasarisının ilk hâlinden farklı olarak bu kuralı tersine çeviren TBK m. 321/3 hükmünün adil bir çözüm sunmaktan uzak olduğu açıktır. Doktrinde haklı olarak eleştirilen bu hükmün ilk tasarı metninde, kiracının, yaptığı yenilik ve değişiklikler nedeniyle kiralanda meydana gelen önemli değer artışını kural olarak isteyebileceği öngörülmüşken, kanunlaşma sürecinde söz

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

konusu düzenleme, tam aksine bir sonuçla mevcut hâlini almıştır. TBK m. 321/3 bu hâliyle, temel hukuki taleplerle bağdaşmayan, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaya elverişli bir düzenleme niteliğindedir. Bu anlamda Yargıtay'ın, kiracının sebepsiz zenginleşme temeline dayanan taleplerini kural olarak kabul ettiği söz konusu uygulaması sonucu itibariyle isabetlidir. Ancak bu sonuca, bir pozitif hukuk kuralı yok sayılarak ulaşılamaz. Söz konusu yargı uygulaması ile benimsenen çözüm, ancak TBK m. 321/3 hükmüne verilecek anlam çerçevesinde bir temele dayanabilir. Aksi hâlde, yalnızca olması gereken hukuk bakımından değer taşıyan bir çözüm üretilmiş olur. Bu hâlde yapılacak şey, hükmü hakkaniyete ve hayat pratiğine uygun olarak kiracı lehine yorumlamak olmalıdır.

TBK m. 321/3'ün genel hükümlere dayalı talepler karşısındaki konumu bakımından doktrinde bir fikir birliği bulunmamaktadır. Ancak genel eğilim, TBK m. 321/3 ile getirilen açık düzenleme karşısında, taraflarca yapılmış bir anlaşma söz konusu değil ise değer artışı talebinde bulunulamayacağı yönündedir. Buna göre, TBK m. 321/3 hükmünün özel bir düzenleme (*lex specialis*) olması karşısında, sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanılarak talepte bulunulması da mümkün olmaz. Buna karşılık bir başka görüş, bu konuda bir anlaşma bulunmasa dahi, kiraya verenin rızasıyla yapılan yenilik ve değişiklikler bakımından sebepsiz zenginleşmeye dayanılarak talepte bulunulabileceğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre, kiracının değer artışı talebine kural olarak olanak tanıyan kaynak İBK m. 260a hükmünün sebepsiz zenginleşme (veya haksız yapı) hükümleri karşısında özel hüküm niteliğinde olduğuna ilişkin kabul, tam tersi bir kuralın benimsendiği TBK m. 321/3 hükmü bakımından geçerli değildir. Ancak bu hâlde sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı taleplerin kabul edilmesi TBK m. 321/3 hükmünü boşa çıkaracağından, kanaatimizce TBK m. 321/3'ün özel bir düzenleme olduğu görüşüne üstünlük tanımak gerekir.

Kiracının yenilik ve değişiklik nedeniyle ileri sürebileceği taleplere, TBK m. 321/3 hükmünde yer verilen “değer artışı” kavramından yola çıkılarak bir dayanak aranabilir. Denilebilir ki hüküm, yenilik ve değişiklik nedeniyle yapılan masrafların değil, değer artışının karşılığının istenemeyeceğini öngörmektedir. Bu anlamda, hükümde öngörülen yasağın sadece değer artışı talebiyle sınırlı olduğu ileri sürülebilir. Ancak yapılan yararlı masraflar çoğu zaman kiralananda bir değer artışına da yol açar. Söz konusu masrafların sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak tazmin edileceğinin kabulü ise, doktrinde belirtildiği üzere TBK m. 321/3 hükmünü anlamsız kılar. Dolayısıyla bu yolla da tatmin edici bir çözüme ulaşmak mümkün gözükmemektedir. Kanaatimizce, ancak aksine yazılı bir anlaşmanın varlığı hâlinde değer artışı talebinde bulunulabileceğini öngören TBK m. 321/3 hükmünün uygulama alanı, “yazılı anlaşma” koşulu bakımından kiracı lehine bir yorum biçimi benimsenmek suretiyle sınırlandırılabilir. Bunun için, hükümde aranan şekil koşulunun geçerlilik değil, ispat şekli olduğunun kabulü gerekir. Bir geçerlilik şeklinin öngörüldüğü kabul edilse bile, kiraya verenin şekle aykırılık iddiasında bulunmasının hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlâl edebileceği ihtimali üzerinde özellikle durulmalıdır. Böylece, kiraya verenin yazılı olmayan rızasıyla yapılan (ki hayatın olağan akışına uygun olan da budur) yenilik ve değişikliğin yarattığı değer fazlasının haksız biçimde kiraya verene kalmasının önüne geçilebilir. Bunun yanı sıra, uzun süreli kira sözleşmelerinde, kira ilişkisinin kiracıdan kaynaklanmayan bir sebeple süresinden

önce sona ermesi hâlinde olduğu gibi, hükmün kapsamına girmeyen ayrıksı bazı hâllerin söz konusu olabileceği de göz ardı edilmemelidir.

TBK m. 321/3 hükmü, hayat pratiğinin gerektirdiği menfaat dengesine uygun bir düzenleme değildir. Hüküm, yukarıda belirtildiği gibi kiracı lehine yorumlanmaya çalışılsa da hakkaniyete uygun bir karar elde etmek mümkün olmayabilir. Bu nedenle söz konusu hükmün bir an önce kanun tasarısında yer aldığı hâline uygun olarak değiştirilmesi gerekmektedir. Kiracının değer artışı talebinde bulunabileceği kuralı kanunlaşma sürecinde talihsizliğe uğramıştır. Aksi yönde bir çözümün benimsendiği hükmün tasarı hâline göre kaleme alınmış olan madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu konuda yapılacak düzenleme, kiracının korunması amacını taşıyan nispi emredici bir hüküm olmalı ve kiracının, önemli değer artışı yaratmış değişiklik ve iyileştirmeler için karşılık isteme hakkının bir anlaşmayla kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına imkân tanınamalıdır. Çelişkili bir gerekçeye sahip olan TBK m. 321/3 hükmünde öngörülen kural, gerekçeye uygun olarak tersine çevrilmelidir. Ancak bu yapılan kadar hüküm, yukarıda belirtildiği gibi kiracının yenilik ve değişiklik nedeniyle meydana gelen değer artışı isteyebilmesine imkân tanıyacak biçimde yorumlanarak uygulanmalıdır. Ancak bunun yolu, Yargıtay'ın sözü edilen uygulamasında olduğu gibi TBK m. 321/3 hükmünün görmezden gelinmesinden değil, pozitif hukuk kurallarıyla bağlı olan hukuk uygulayıcısının yapmakla yükümlü olduğu gibi, söz konusu hükmün temel hukuk prensipleri çerçevesinde yorumlanıp uygulanmasından geçer.

Anahtar Kelimeler: Kiralananda Yenilik ve Değişiklik Yapılması, Değer Artışı Talebi, Sebepsiz Zenginleşme, Vekâletsiz İş Görme.

KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARINI KORUMA KANUNU'NUN ÖZEL MÜLKİYETE TABİ TAŞINMAZ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Münevver Kübra BAKIRCI

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu

ORCID: 0000-0002-5867-2382

ÖZET

Mülkiyet hakkı, eşya üzerinde malike en geniş yetkileri veren aynı bir haktır. Diğer yandan uluslararası ve ulusal düzeyde pek çok hukuki metinde tanınmış ve güvence altına alınmış temel bir hak ve özgürlüktür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesi ile Anayasa'nın 35. maddesi mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır. Her iki düzenlemede dikkat çeken ortak husus, mülkiyet hakkının temel hak özelliğini vurgulaması sonrasında, öngörülen usuli ve esasa dair güvencelere riayet etmek kaydıyla mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına imkân tanınmasıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 683/1. maddesi, bu durumu, şu veciz ifade ile izah etmektedir: “*Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.*”. İlgili madde, malikin eşyayı dilediği gibi kullanabilme, tüketebilme, ondan yararlanabilme, tasarruf edebilme, yok edebilme imkânlarına sahip olduğunu belirtmekte, ancak malikin hukuk düzeninin sınırları içerisinde kalmak kaydıyla bu yetkilere sahip olduğu da vurgulanmaktadır. “*Hukuk düzeninin sınırları içinde*” ifadesi, mülkiyet hakkının, hukukun öngördüğü usul ve esasa ilişkin güvencelere riayet edilerek sınırlandırmalara konu olabileceğine işaret etmektedir.

Mülkiyet hakkı, Türk Hukuku'nda pek çok kanuni düzenleme aracılığıyla sınırlandırmalara maruz kalmaktadır. Bu kanuni düzenlemelerden biri de 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (KTVKK)'dur. Bu çalışmada, KTVKK'de taşınmaz kültür ve tabiat varlığı ve/veya sit alanı nitelendirmesine konu olan özel mülkiyete tabi taşınmazın maruz kaldığı sınırlandırmalar ve bu sınırlandırmaların hak üzerindeki etkisi değerlendirilecektir.

KTVKK uyarınca, bir eşyanın kültür ve tabiat varlığı olarak tespiti halinde eşyanın tabii olduğu hukuki statü değişmektedir. Kültür ve tabiat varlıkları, tescil kararı ile birel anlamda, sit alanı ilanı kararı ile alan ölçeğinde koruma mekanizmasına muhatap olmaktadır. Öngörülen koruma mekanizması, söz konusu varlıkların buldukları çevreyle birlikte korunmasını gerektirirse “*korunma alanı*” kavramı ile de karşılaşmaktayız. İnsanlığın ortak değeri mahiyetindeki kültür ve tabiat varlıklarının korunması gerekçesiyle gerçekleştirilecek işlem ve eylemler mülkiyet hakkını etkileyebilmektedir. Kültür ve Tabiat Varlıkları Mevzuatı kapsamında gerek bireysel koruma kararı olan tescil kararı, gerek alan ölçeğinde koruma sağlayan sit ilanı kararı ve gerekse de koruma alanı kapsamındaki taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı çeşitli ölçü ve şekillerde kısıtlamalara maruz kalabilmektedir.

KTVKK 5/1. maddesine göre, taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ister kamu hukukuna ister özel hukuka tabi olsun, devlet malı niteliğindedir. “Devlet malı niteliğinde olma” ifadesinin ne anlama geldiği ve bu nitelendirmenin özel mülkiyete tabi taşınmazın hukuki statüsünü ne ölçüde etkilediği önem arz etmektedir. Diğer yandan aynı Kanun’un 11/2. maddesine göre, malikler, bu varlıklar üzerinde, mülkiyet haklarının tabii icabı olan ve bu Kanun hükümlerine aykırı bulunmayan bütün yetkileri kullanabilirler. KTVKK’nin 9. maddesi, taşınmazın kullanılması ve ondan yararlanılması yetkisi ile ilgili olarak, ilke kararları uyarınca ilgili kurullar tarafından alınan kararlara aykırı olarak taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile koruma alanları ve sit alanlarına inşai ve fiziki müdahalede bulunmanın yasak olduğunu ve bunların kullanım amacının değiştirilemeyeceğini öngörmektedir. Kanun’un 16. maddesi de bu alanlarda ruhsatsız inşaat yapılamayacağını, İmar mevzuatı gereğince ruhsat alınmayan yapılar ile koruma amaçlı imar planına ya da sit şartlarına aykırı yapılan yapıların imar mevzuatı uyarınca yaptırma tabi olduğunu belirtmektedir. KTVKK 17/a-1. maddesi uyarınca, sit alanı ilanı ile o alandaki her ölçekteki plan uygulaması durmaktadır. O alandaki yürürlükteki planların uygulanma imkânının ortadan kalkması, mevcut ve olası yapılaşma faaliyetlerini etkilemektedir. Sit alanı ilan edilen bölgede, kesin yapılaşma yasağının olup olmamasına bağlı olarak mevcut yapı ruhsatları hükümsüz hale gelebilmektedir. Sit alanı ilanı ile uygulaması duran planın, bu planı yapma ile yetkilendirilmiş idare tarafından gözden geçirilmesi ve sit statüsünün gereklerine uygun, koruma amacı doğrultusunda yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede sit alanı ilan edilen bölgede koruma amaçlı imar planlarının hazırlanması, bu plan yürürlüğe girinceye kadar da geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarının yetkili idareler tarafından belirlenmesi öngörülmektedir (KTVKK m. 17/a-2). Koruma mekanizması çerçevesinde kısıtlılıklara maruz kalabilecek malike KTVKK m. 12 uyarınca birtakım kamu yardımlarından yararlandırma imkânı tanınırken, m. 21 üzerinden de vergi ve benzeri mali külfetlerden muafiyet/istisna tanınmaktadır. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, koruma mekanizmasına tabi olan taşınmaza dair kamulaştırma (KTVKK m. 15/a), trampa ((KTVKK m. 15/f, 17/b) veya imar haklarının aktarımı (KTVKK m. 17/c) şeklinde sınırlandırma araçlarına da yer vermektedir. Bu sınırlandırma araçları, özel hukuka tabi taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını sona erdiren modellerdir. İdare, Kanun’da öngörüldüğü şekilde bu sınırlandırma araçlarını kullanarak malikin mülkiyet hakkını sona erdirebilmektedir. Bu çerçevede Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nun taşınmazın varlığının korunmasını amaçlayan kendine has sınırlandırma ve yetkileri bünyesinde barındıran özgün bir mülkiyet rejimi öngördüğü söylenebilir.

Bu çalışmada tartışacağımız temel sorun, Türk Hukuku kapsamında, bireysel mülkiyeti ihlal etmeden kültür ve tabiat varlığı sıfatıyla kamusal/evrensel değerlerimizi korumanın mümkün olup olmadığı meselesidir. Bu temel sorun, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nun taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları için öngördüğü hukuki statü ortaya konularak ele alınacaktır. Öngörülen hukuki statü içerisinde idarelere yüklenen geçici koruma esasları ve kullanım şartları ile koruma amaçlı imar planının hazırlanması gibi sorumlulukların Kanun’da öngörülen sürede yapılmaması veya kamulaştırma, trampa ve imar haklarının aktarımı uygulamalarının hangi süre içerisinde, nasıl ve ne şekilde yapılacağına dair belirsizliklerin

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

taşınmaz mülkiyeti üzerindeki etkileri değerlendirilecektir. Bu süreçte konu ile ilgili yargı makamı kararları ile öğretideki görüşlere de yer verilecektir. Türk Medeni Kanunu'nun malike verdiği yetkilerin sınırları yoklanırken idarenin kamu yararı maksadıyla yapabileceği müdahalenin sınırlarının da belirlenmesi amaçlanmaktadır. Meseleye bütüncül bir bakış açısı ile hem bireysel mülkiyeti hem de kültür ve tabiat varlığını koruyacak içerikte bir hukuki mekanizma üzerinden yaklaşılması, bu çerçevede mevcut hukuki mekanizmaların gözden geçirilerek mülkiyet kısıtlılığını telafi edici etkin, işlevsel ve objektif mekanizmaların öngörülmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kültür ve Tabiat Varlıkları, Sit Alanı, Kamulaştırma, Trampa, İmar Haklarının Aktarımı.

İŞÇİLERİN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASI

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0003-4121-7014

ÖZET

KVKK'nın “Tanımlar” başlıklı 3/1/d maddesinde kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi kapsayacak genişlikte tanımlanmıştır. Kişisel verilere ilişkin ve mevzuatımız açısından bağlayıcı bir başka tanımlama, 108 sayılı Sözleşme'nin 2/a maddesinde KVKK ile uyumlu olarak, “*Kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi (ilgili kişi) hakkındaki tüm bilgiyi*” ifade edecek şekilde yapılmıştır. Türk Hukukunda kişisel verilerin korunmasına ilişkin normatif düzenlemelerde, kişisel verilerin sınırlı sayıda belirlenerek düzenlenmesi veya örnek olarak sayılması yolları tercih olunmamıştır.

İş hukukunda kişisel veri kavramı, bilgisayar ortamında veya özlük dosyalarında saklanan, işçinin özel ve mesleki yaşamını kapsayan, işçiyi doğrudan veya dolaylı ilgilendiren tüm bilgiler, işaretler veya notlardır. İşçinin kimlik bilgileri, adresi, mesleği, medeni durumu, doğum tarihi, tabiiyeti, mahkûmiyet durumu, siyasi ya da sendikal faaliyetleri, sağlık ve hastalık durumu, e-posta yazışmaları, dini, ırkı, etnik kökeni, cinsel eğilimi vb. bilgiler korunması gereken kişisel veriler kapsamında yer almaktadır.

İşçilerin işe alımlarda, iş sözleşmesi kurulduktan sonra işin devamında ve iş sözleşmesi sona erdikten sonra işveren işçiye ait olan kişisel verileri saklamak ve üçüncü kişilerle paylaşmamakla yükümlüdürler. İşçilerin işe alınmalarında kendileri ile ilgili kişisel ve sağlık verilerinin sorulması ve onların verecekleri cevaba göre işe alınmaları söz konusu olacağından işçilerin kişisel verilerinin elde edildikten sonra işveren tarafından gerekli ihtimam gösterilmeden saklanması ve amaca uygun olmayan şekilde işlenmeleri sonucu hukuka aykırılık söz konusu olacaktır. Özellikle kadın işçilerin işe alınmalarında hamile olup olmadıkları buna ilişkin kendilerinden rapor istenmesi diğer işçilerle aralarında yaratılan ayrımcılık kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi ve ilgili işçilerin kişilik haklarının ihlaline sebebiyet vermektedir. İşçilerin kişisel sağlık bilgileri cinsel yaşamlarına ilişkin tercihlerinin sorulması bunların kaydedilmesi bu bilgilere göre iş akdinin feshedilmesi durumları haksızlıklara sebebiyet vermektedir.

İşçilerin eski mahkûmiyetlerine ilişkin kişisel verileri de işveren tarafından talep edilebilir. Ancak Aday işçinin sabıkası ile ilgili olarak da soru sorulabilmesi için, söz konusu eski hükümlülüğün işçinin işinin niteliği ile ilgili olması gerekir. Ancak görülecek işin niteliği ile ilgili olsa dahi, sabıkanın sicil kaydından silinmesi durumunda aday kendisini sabıkasız

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

olarak tanıtılabilir ve eski sabıkası hakkında hiç bilgi vermeyebilir. İşçi unutulma hakkı çerçevesinde eski sicilinde bulunan suçunun silinmesi durumunda bunu işverene bildirmek zorunda değildir. İşverenin de işçiye bu mahkûmiyet ile ilgili sorular sorarak tekrar gündeme getirmesi hukuka aykırıdır.

Bunun yanı sıra, işçilerin dini bilgileri dünya görüşlerine, sendika üyeliklerine ilişkin soruları doğrudan sormaz. Gerek AY. m. 15/2, 24, 25 gerek İş K. m. 5 çerçevesinde işçiye dini inancı, etnik kökeni, siyasi görüşüyle ilgili soru yöneltilemez. AY. m. 15/2'ye göre, "kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz." İşçiye sendika üyeliği hakkında yöneltilen sorular da hukuka uygun kabul edilemez. Nitekim gerek AY. m. 51 gerek 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25 inci maddesi ile işçinin sendikal özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Bu hükümler çerçevesinde işveren iş sözleşmesi kurulurken işçiler arasında sendikalı-sendikasız ayrımı yapamaz.

İşveren, işçilerin işyerinde çalışmalarını sırasında, resmi ile ilgili bilgilerini kaydedebilir. Burada aslında, kişilik haklarından olan resmin korunması veya sesin korunması söz konusudur. Ancak, işçinin menfaati ile işverenin menfaati karşı karşıya geldiği durumlarda, işverenin menfaati ön plana çıkmaktadır. İşverenin kamera vasıtasıyla kaydettiği veriler, işçinin hassas verileridir.

İnternet, haberleşme ve haberleşme araçları açısından birçok firma için vazgeçilmezler arasındadır. İşveren, internet alanında yaşanan gelişmeleri kendi işyerinde kâr etme amacıyla kullanabilirken, yanında çalışanların İnternet üzerinde gezinmelerini belli başlı siteleri ziyaret etmelerini teknik ve kâr amaçlı sebeplerle yasaklayabilir. Çünkü işçilerin İnternet ziyaretleri sırasında harcadıkları zaman ve enerji işveren için büyük zararlara sebep olabilmektedir

Son dönemlerde, uydu aracılığıyla çalışabilen elektronik gelişmiş GPS araçlarla yer tayini yapılabilmektedir. Bu araçlar bir nevi yön bulmaya yarayan araç kategorisindedirler. Bu araçlarda, yer tayinini sağlayacak uydudan gelen sinyalleri alabilecek bir alıcı bulunmaktadır. Alıcı vasıtasıyla elde edilen bilgiler, bu verileri değerlendirecek bilgisayar sistemlerine aktarılır ve uygun bir yazılım sayesinde yer verileri eksiksiz bir şekilde tayin edilebilir.

GPS günümüzde işçilerin gözlenmesi açısından sıkça kullanılmaktadır, fakat her şeyde olduğu gibi işverenin bu yetkisi sonsuz değildir. İşçilerin gözetlenmesi kişilik haklarını ihlâl etmeyecek derecede olmalıdır. GPS aletlerinin işçiden habersiz olarak takılması ve işçinin izlenmesi ve işçinin kişilik haklarını zedelediği için hukuka aykırıdır.

Haberleşme hürriyeti anayasal bir hak olarak herkese eşit bir şekilde tanınmıştır (AY. m. 22) İşyerinde çalışan elemanların telefonları Anayasada ve diğer kanunlarda belirtilen "üstün" ve "özel yarar" doğrultusunda ve işverenin talebi üzerine hâkim kararıyla ilgili makamlar tarafından dinlenebilir. Gerekli şartlar yerine getirilmeden işveren tarafından yapılacak dinlemeler tamamıyla hukuka aykırıdır. İşveren telefon dinlemelerinde, işyerindeki sabit telefonları dinleyebileceği gibi işçilerine ait mobil telefonları da dinleyebilir. İşveren telefon dinlemelerinde; ekonomik kaygıların yanı sıra, işyerine ait özel bilgilerin çalışanlar tarafından üçüncü kişilere kolayca aktarımının önüne geçmeyi amaçlar

Kişilik hakları zedelenen işçi TMK m. 24-25 hükümleri uyarınca saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. İşçi ayrıca maddi ve manevi tazminat isteyebileceği gibi, hukuka aykırı saldırı nedeniyle elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz işgörme hükümlerine göre iadesini de isteyebilir. TBK. m. 417/3 uyarınca işçinin kişilik haklarının ihlali nedeniyle oluşacak zararların tazmini sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine tabidir. Bu bağlamda TBK. m. 114 e göre işveren genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. İşçi TBK. m. 49 ve 58 uyarınca maddi ve manevi tazminat talebinde de bulunabilir. İşçi İş K. m. 24/II çerçevesinde işverenin davranışı ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan bir fiil niteliği taşıdığı için iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Kişisel verilerinin ihlali nedeniyle sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçi, ayrıca tazminat da talep edebilir. İşçi sözleşmeyi fesih hakkını kullanmasa dahi, kişisel verilerinin ihlali nedeniyle uğradığı zararın tazminini iş sözleşmesinin devamında veya sonrasında talep edebilir. İş Kanun'unun 75 inci maddesinin ihlal edilmesi ve işçiye ait saklanması gereken verilerin açıklanması halinde işveren, MK. m. 24-25 ve TBK. m. 58 çerçevesinde genel bir yaptırıma maruz kalacaktır. Bu konuda yaptırım olarak idari para cezasının getirilmemiş olması bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. İşverenin İş Kanununun 75 inci maddesi çerçevesinde kanunlar uyarınca işçi hakkında edindiği bilgileri, istendiği zaman yetkili memur ve mercilere gösterme yükümlülüğünün ihlali halinde kanunda bir yaptırım öngörülmemiştir.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Veriler, İşçilerin Kişisel Verileri, İşçilerin İzlenmesi, İşçilerin Özel Hayatlarının Korunması.

YAPAY DÖLLENMENİN ÖLÜMDEN SONRA HAYAT YARATMAYA AÇTIĞI YOL VE MİRAS HUKUKUNDA YARATTIĞI TARTIŞMALARIN ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI İLKESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Şafak PARLAK BÖRÜ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-9843-6034

ÖZET

Teknoloji ve tıpta hız kesmeyen gelişmeler bazen aile yapısını da etkileyebilmekte; günümüzde konumuzla ilgili olan yapay döllemenin sunduğu olanaklar başta olmak üzere, çeşitli sebeplerle hukukun pek çok alanını etkileyen yeni sorunlar ortaya çıkmaktadır. Günümüzün tıbbi olanakları embriyoların, yine üreme hücreleri olan yumurta ve spermelerin dondurulmasına izin verir hale gelmiştir. Ancak dondurulan üreme hücresi ya da bu hücrenin karşı cinsin üreme hücresiyle döllemesi sonucunda elde edilmiş embriyonun kişinin ölümünden sonra kullanılıp kullanılmayacağına dair hukuk sistemlerinde yeknesaklık olmadığı, farklı bakış açıları olduğu görülmektedir. Bazı ülkeler belirli koşullar altında bu kullanıma izin verirken; bazıları kanuni düzenlemelerle kullanımı yasaklamış, hatta cezai yaptırıma bağlamıştır. Yine konunun çetrefilli yapısının aynı ülkede farklı yargı kararları verilmesine yol açabildiği de görülmektedir.

Gerek Türk gerekse İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde ileride doğacak bir kişinin iradi mirasçı olmasına imkan tanındığı görülmektedir. Ancak mirasbırakanın ölümünden önce elde edilmekle birlikte henüz ana rahmine transfer edilmemiş embriyonun varlığı ya da ölümünden sonra da kullanılmasına izin verdiği spermelerin bulunması ve kullanılması durumunda sağ doğan çocuğun kanuni mirasçı olup olamayacağına dair açık bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Konunun uygulamada ortaya çıkan problemlerle hukuksal düzleme de taşınmaya başladığı görülmektedir.

Türk hukukuna göre üreme hücresinin veya bu hücrenin kullanılmasıyla elde edilen embriyonun kişinin ölümü durumunda imha edilmesi gereği düzenlenmiş; hükme aykırı davranılması durumuna ilişkin idari yaptırım öngörülmüştür (ÜYTY m. 20/4). Bununla birlikte taşıyıcı annelikteki hukuki duruma benzer bir şekilde, bazen getirilen yasaklayıcı düzenlemeler sorunların ortaya çıkmasını engellemek yahut ortaya çıkan sorunları çözümlenmek açısından yeterli olmayabilmektedir. Esasen Almanya'da kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin (sperminin) kullanılması yasaklanmış ve daha ağır yaptırım öngörülmüş olmasına karşın, bu yasağa aykırı davranıldığında dahi bazı mahkemeler embriyonun ana rahmine transferinin gerçekleştirilmesine hükmederken; daha hafif yaptırım mekanizması öngörülen Türk hukukunda erkeğin ölümünün ardından üreme hücresinin yahut embriyonun eşin rahmine

transfer edilmesi gayet mümkündür. Yine böyle bir konunun yönetmelikle düzenlenmiş olmasının yerindeliği de tartışmaya açıktır.

Dondurularak saklanmış embriyonun veya spermin kullanımına izin verilen bir ülkede kocanın ölümünden sonra ‘üreme hücresinin veya bu hücrenin kullanılmasıyla oluşturulan embriyonun transferi sonucunda doğan çocuğun’ hukuki durumu yine açıklığa kavuşturulması gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu şekilde doğan çocuğun kanuni mirasçılığı konusunda öğretilerde tartışmalar mevcut olup; ileri sürülen farklı görüşlerden ilki kanuni mirasçılığın mümkün olmayacağını, diğer görüş ise bu şekilde dünyaya gelen çocuğun da kanuni mirasçı olacağını savunmaktadır.

Kanuni mirasçılığı reddeden görüşün savunucularının farklı savlarla bu görüşü dile getirdikleri ifade edilebilir: Mirasbırakanın ölümü anında ceninin ana rahmine düşmüş olması gerekliliğinden yola çıkarak, babanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilmiş embriyonun onun mirasçısı olamayacağı dile getirilmektedir. Mirasbırakan ölmeden ve evlilik ölümüyle sona ermeden embriyonun ana rahmine yerleştirilmesi gerekir; zira yerleştirilmemiş embriyoların akıbeti belli olmadığından, buna dayanarak birçok hukuki işlemin askıda kalması yerinde olmayacaktır. Bu görüş temsilcilerinin ayrıca bu durumun soybağına ilişkin hükümlerin ruhuna aykırı olduğu; miras hukukunun özündeki mantıktan hareketle, mirasbırakanla spermelerin kullanılması dışında hiçbir sosyal bağı bulunmayan çocuğun mirasçılığının kabul edilmesine gerek olmadığı, sadece biyolojik bağı mirasçı olmak için her zaman yeterli olmaması gerektiği; bu yöntemle uzun süre sonra doğan çocuğun diğer mirasçıların paylarını etkileme olasılığının mirasçıları ciddi belirsizlik içinde bırakacağı ve hukuki güvenlik ilkesinin zedeleneceği; henüz ana rahmine düşmeyen ceninin mirasçılığını kabul etmenin mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü ve mülkiyet hakkını kısıtlayacağı gibi detaylandırılabilir gerekçelerle bu şekilde doğan çocuğun kanuni mirasçılığına karşı çıktıkları görülmektedir. Bu görüşe göre, kanunda bir boşluk ve buna bağlı olarak mirasbırakanın ölümü anında ana rahmine düşen ceninin mirasçılığını kıyasen uygulamayı haklı kılacak bir durum da yoktur; zira yasa koyucunun susması daha ziyade olumsuz bir çözümü benimseyerek mirasçılığı reddetmek istediğinin göstergesidir.

Kanuni mirasçılığı kabul eden görüşe göre; Medeni Kanundaki ceninin mirasbırakanın ölümünden önce *ana rahmine düşmesi* ifadesi, ceninin mirasbırakanın ölümünden önce *döllenmiş olması* biçiminde geniş yorumlanarak değerlendirilmelidir. Yine Kanunda bilinçsiz bir boşluk olduğu, Medeni Kanunda mirasbırakanın ölümünde ana rahmine düşmesi şartıyla mirasçılığı mümkün kılan (cenine mirasçılık tanıyan) hükümlerin bu durumda kıyasen uygulanabileceği bu görüş çerçevesinde savunulmaktadır. Temel hareket noktası kanun koyucunun kanunun yürürlüğe girdiği zamanın teknolojisi ile tıpta gerçekleşen bu gelişmeleri öngöremediği, bu çerçevede benzer menfaat durumları dikkate alınarak kıyasen uygulamanın mümkün olacağıdır. Keza art mirasçılık kurumuyla henüz ana rahmine düşmemiş birinin iradi mirasçılığını olanaklı kılan kanun koyucu pek muhtemel ki o dönemin koşullarında tıpta günümüzde gerçekleşen gelişmeleri öngöremediği için kanuni mirasçılıkla ilgili açık düzenlemeye gitmemiştir. Bu görüşün temsilcileri bu şekilde doğan çocuğa mirasçılığın

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

tanınmasının hukuki güvenliği sarsacağını kabul etmemekte; başta taraf olunan BM Çocuk Hakları Sözleşmesi gereğince çocuğun üstün yararından hareket edilerek- miras paylaşımının uzun sürmesine dair belirsizlik riskinin de çocuğun menfaatlerine kıyasen kabul edilebilir olduğunu savunmaktadır. Yine nasıl ki, babanın ölümünde soybağı tesis edilmemiş evlilik dışı çocuğun babalık hükmü ile babası ile soybağı kurulması halinde, sonradan babası ile soybağı kurulan çocuğun mirasçılığının tanınması hukuk güvenliğine tercih ediliyorsa; benzer bakış açısıyla, dondurulmuş embriyo/spermin erkeğin ölümünden sonra ana rahmine transferi halinde sağ doğan çocuğun mirasçılığının tanınması da hukuk güvenliğine tercih edilmelidir.

Biz, Dünyaya geleceği zamanı ve dünyaya geliş şeklini belirleme şansı olmayan çocukların üstün yararı gözetilerek, ayrımcılığa uğramaması ve korunması gerektiği kanaatindeyiz. Yasa koyucuların toplumda idealize edilen aile yapısının dışına çıkabilecek düzenlemeler getirme noktasındaki çekinceleri ile anlatılan şekilde doğan çocukların üstün yararının ve bu çerçevede haklarının gözetilmesi gerekliliği kanaatimizce farklı konulardır. Yasa koyucuların bu çekinceleri belki bir noktaya kadar anlaşılabilir olsa da; hukuk, bireylerin temel hak ve özgürlükleri kapsamında değerlendirilebilen ve hayatın akışında ortaya çıkan istek ve ihtiyaçlarını görmezden gelemez. Kaldı ki, burada çocuğun üstün yararının ön plana çıktığı bir mesele söz konusudur. Bu bağlamda kişinin ölümünden sonra gerçekleştirilen (postmortal) yapay dölleme neticesinde tam ve sağ doğan babasıyla soybağının kurulması, babasına mirasçı olmasına dair düzenlemelere medeni kanunlarda yer verilmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Bu yönde değerlendirme BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 2, 3, 7 ve AİHS m. 8, 14 ve AİHS'in 1 no.lu Protokolü m. 1 ile de örtüşmektedir. Yine taşıyıcı annelikte olduğu gibi, konunun sınır aşan boyutları nedeniyle uluslararası düzlemde tartışılması, uluslararası metinlerde ele alınarak düzenlenmesinin de isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

Tebliğimizde kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin veya bu hücrenin kullanılmasıyla oluşturulan embriyonun transferi sonucunda doğan çocuğun kanuni mirasçılığı konusunu, burada ana hatlarıyla dile getirilen tartışmalar ve değerlendirmelerimiz çerçevesinde ele almayı amaçlıyoruz.

Anahtar Kelimeler: Yapay Dölleme, Dondurulmuş Embriyo/Sperm, Çocuğun Üstün Yararı, Kanuni Mirasçılık, Miras Hukuku.

**İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİNE VE DAVRANIŞLARINA DAYANAN
FESİHLERİN GEÇERLİLİĞİNİN YARGISAL DENETİMİNDE
“MENFAAT DEĞERLENDİRMESİ” ÖLÇÜTÜ
- TÜRK VE ALMAN HUKUKU AÇISINDAN
KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME -**

Dr. Öğr. Üyesi Berna ÖZTÜRK YILMAZ

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
ORCID: 0000-0002-1513-0129

ÖZET

4857 sayılı İş Kanununa göre, işveren, iş güvencesinin kapsamına giren bir işçinin iş sözleşmesini, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanarak feshedebilir (m. 18/1). İşçiden kaynaklanan sebepler olarak nitelendirilebileceğimiz işçinin yeterliliği veya davranışlarından kaynaklanan nedenlerin fesih için geçerli bir sebep olarak gösterilebilmesi, işin ve işyerinin normal işleyişini olumsuz yönde etkilemesine bağlıdır. Ancak, işverenin geçerli bir fesih yapabilmesi için sadece yukarıda belirtilen fesih sebeplerinden birinin gerçekleşmesi yeterli değildir. Geçerli bir fesih sebebinin varlığının yanı sıra, bu geçerli sebebin feshi gerektirip gerektirmediği her somut olayda araştırılmalıdır. Bu bağlamda, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun¹ yürürlüğe girmesinden önceki dönemde Yargıtay, geçerli nedenin yargısal denetiminde çeşitli ilkeler ortaya koymuştu. 7036 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra ise, işe iade davalarında istinaf merciinin kararı kesin nitelik taşımakta, bu karara karşı temyiz yoluna başvurulamamaktadır. Buna karşın, Yargıtay’ın, geçerli nedenin yargısal denetimine ilişkin koyduğu ölçütler Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından da kullanılmaya devam etmektedir.²

Menfaat değerlendirmesi ölçütü³ (*Interessenabwägung*) hukukumuzda açıkça düzenlenmemesine rağmen, Yargıtay geçmiş yıllarda verdiği bazı kararlarında feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının araştırılmasında bu ölçütü esas almıştır. Örneğin, Yargıtay’ın

¹ RG. 25.10.2017, 30221.

² MOLLAMAHMUTOĞLU, H. / ASTARLI, M. / BAYSAL, U.: İş Hukuku, Ankara 2022, 1051.

³ Bkz. ROLFS, C. / GIESEN, R. / KREIKEBOHM, R. / UDSCHING, P.: BeckOK ArbR/Rolfs, 65. Ed. 1.9.2022, KSchG § Rn. 84-85.1; ASCHEID, R. / PREIS, U. / SCHMIDT, I.: Kündigungrecht, 2021., 6. Aufl. 2021, BGB § 626 Rn. 96; NIEMANN, J. M.: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl. 2022, BGB § 626 Rn. 24-24b; HERGENRÖDER, C. W.: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 2020, KSchG § 1 Rn. 128-131; EYRENCİ, Ö.: İşçiye Bağlı Nedenlerle Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2017, 345-357; BAYSAL, U.: İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011, 197-201; KILIÇOĞLU, M. / ŞENOCAK, K.: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007, 179-183; MOLLAMAHMUTOĞLU, H. / ASTARLI, M. / BAYSAL, U.: İş Hukuku, 1063-1065.

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

bir kararına göre; “İşverenin iş ilişkisini sona erdirmek işçinin çalışmaya devam etmek yönündeki menfaatlerin tartılmasında işverenin menfaatleri işçinininkine oranla daha ağır basmalıdır. Bu hususta genel bir ölçü vermek mümkün olmayıp, somut olayın özellikleri dikkate alınarak inceleme yapılmalıdır.”⁴

Menfaat değerlendirmesi ölçütü, esasen Alman Medeni Kanunu (BGB) § 626’da düzenlenmektedir. Anılan hükme göre; “*Somut olayın tüm koşulları dikkate alındığında ve sözleşme taraflarının menfaatleri değerlendirildiğinde, iş ilişkisine ihbar süresinin sonuna kadar veya iş ilişkisinin kararlaştırılan sürenin sona ermesine kadar devam etmenin fesheden taraftan beklenmesinin mümkün olmadığı bir nedenin varlığı halinde, sözleşme taraflarından biri iş sözleşmesini haklı nedenle ihbar süresini beklemeden sona erdirebilir.*” Menfaat değerlendirmesi ölçütü, Alman Feshe Karşı Koruma Kanununda (KSchG) düzenlenmemektedir. Buna karşılık, Alman Federal İş Mahkemesi⁵ ve Alman İş Hukuku doktrini, “menfaat değerlendirmesi” ölçütüne, işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan fesihlerin geçerliliğinin yargısal denetiminde başvurmaktadır.

Menfaat değerlendirmesinde, “işverenin sözleşmeden doğan menfaatleri” ile “işçinin iş ilişkisinin varlığından kaynaklanan ekonomik ve sosyal menfaatleri”nin tartılması sonucunda iş ilişkisinin devam etmesine veya sonlandırılmasına karar verilmektedir. Alman hukukunda menfaat değerlendirmesi ölçütüne sadece işçiden kaynaklanan sebepler söz konusu olduğunda başvurulabileceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, işletme gereklerine dayanan fesihlerde menfaat değerlendirmesi ölçütünün uygulanamayacağı ileri sürülmektedir.

Menfaatlerin değerlendirilmesinde somut olayın tüm koşullarının göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir. Alman Federal İş Mahkemesi, menfaat değerlendirmesinde, işçinin yaşını, engellilik durumunu, ailevi bakım yükümlülüklerini, iş piyasasında yeniden iş bulma şansı olup olmadığını, işyerindeki kıdemini ve işyerine bağlılığını, kusurun ağırlığını ve etkilerini, ihlalin gelecekte tekrarlanma olasılığı olup olmadığını, taraflar arasındaki güven kaybının boyutlarını, işyerinin ekonomik durumunu ve geleceğini araştırmaktadır. Ancak, olayın tüm koşulları değerlendirilirken dar kapsamlı bir menfaat tartımının yapılması gerekmektedir. Dar kapsamlı menfaat değerlendirmesinden kasıt ise, iş ilişkisini sadece doğrudan etkileyen hususların / iş ilişkisinin taraflarının sözleşmeye dayalı çıkarlarının dikkate alınmasıdır. Nitekim, işçinin ve işverenin kişisel menfaatleri, iş ilişkisinin sürmesini beklenir kılıp kılmayacağı noktasında bazı istisnai durumlar dışında, belirleyici olmamalıdır. Buna karşılık, bu görüş, iş ilişkisinin işçinin tüm yaşamı üzerinde ciddi etkiler doğurduğu ve ayrıca kişisel menfaatlerle sözleşmeye ilişkin menfaatlerin ayrıştırılmasının her zaman kolay olmadığından bahisle eleştirilmekte ve somut olaya ilişkin her koşulun önünde bulundurulması gerektiği de ileri sürülmektedir.

Menfaat değerlendirmesi ölçütü, “orantılılık” ilkesinden doğmaktadır. Nitekim, menfaat değerlendirmesinde esasen orantılılık ilkesi dikkate alınarak somut olayın değerlendirmesi yapılmaktadır. Orantılık ilkesi ise, “elverişlilik” ve “gereklilik” alt ilkeleriyle beraber

⁴ Y. 9. HD, 05.05.2008, E. 2007/35818, K. 2008/11433 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁵ Bkz. BAG, 07.05.2020-2 AZR 619/19; BAG, 05.12.2019, 2 AZR 240/19 (<https://beck-online.beck.de/>).

“ölçülülük” ilkesini oluşturmaktadır. Geçerli bir feshin varlığından söz edebilmek için de, feshin somut olay açısından son çare olması gerekmektedir. Feshin son çare olmasından kasıt ise, işverenin dürüstlük kuralları çerçevesinde iş ilişkisinin devamını sağlamak için elinden geleni yapmasıdır.⁶

Bu noktada, yukarıda belirttiğimiz “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” ilkelerine başvurularak feshin geçerli olup olmadığı araştırılmaktadır. Elverişlilik ilkesi bağlamında denetlenen husus, başvuru aracının amacı gerçekleştirmeye uygun olup olmadığıdır. Gereklilik ilkesiyle ise, amacı gerçekleştirmeye yarayan araçlar arasından karşı tarafın hukuki alanına en az müdahale eden, yani en hafif olan aracın seçilmesi amaçlanmaktadır. Bu bağlamda, örneğin fesihden önce feshe oranla daha hafif tedbirlerin bulunması halinde, bunlara başvurulması beklenmektedir. Orantılılık ilkesine göre ise, amaçla araç arasında orantısız bir ilişki bulunmamalıdır. Diğer bir anlatımla, burada sözleşmeyi fesheden tarafın (işverenin) fesihle elde edeceği yarar ile işçinin menfaatlerine verdiği zarar arasında büyük bir oransızlık olmamalıdır. Karşılıklı menfaatler tartıldığında, araçla amaç arasında makul bir ilişki bulunmalıdır. Bu açıdan da menfaat değerlendirmesi ilkesinin orantılılık ilkesinin bir parçası olduğu sonucuna varılabilir.

Bu bildiriye, yukarıda hukuki alt yapısını genel hatlarıyla çizmeye çalıştığımız “menfaat değerlendirme” ölçütünün Alman hukuku ve Türk hukuku açısından karşılaştırmalı olarak incelenmesi amaçlanmaktadır. Bu noktada özellikle farklı yargı kararlarında bu ölçütün görünüm ve uygulama biçimlerine dair örnekler sunulmaktadır. Nihayetinde, orantılılık ilkesinin bir parçası olarak nitelendirdiğimiz menfaat değerlendirme ölçütüne, Türk hukukunda ne zaman ve hangi hallerde başvurulabileceği ve bu ölçütün kapsamının ne olması gerektiği tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Menfaat Değerlendirmesi, Orantılılık, Fesih, İşçiden Kaynaklanan Nedenler, Geçerli Fesih.

⁶ CANİKLİOĞLU, N.: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2017, 72.

ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİK KAVRAMI ÇERÇEVESİNDE AİLE HUKUKUNDA ZORUNLU ARABULUCULUĞUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Arb. Hediye Gökçe BAYKAL

Ankara 1 No’lu Baro

ORCID: 0000-0002-1625-5142

ÖZET

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun arabuluculuğa elverişliliği düzenleyen 1. maddesinde; arabuluculuğun yabancılik unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanabileceği ancak aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmayacağı düzenlenmiştir.

Aile hukukundan kaynaklı davalarda bilhassa boşanma davalarının neredeyse tümünde *psikolojik, ekonomik, cinsel veya fiziksel şiddet iddiasına rastlanmaktadır. Kanun arabuluculuğa elverişli olmama halini aile içi şiddet unsurunun varlığına değil, şiddet iddiasının var olma haline bağlamıştır. Bu nedenle de aile hukuku uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğun uygulanma ihtimali çok olası gözükmemektedir.* Buna karşın bazı çevrelerde sadece mal rejiminin tasfiyesi konusunda zorunlu arabuluculuk getirileceği dile getirilmektedir. *Mal rejiminin tasfiyesi de bir aile hukuku uyuşmazlığıdır. Boşanma davasının sonuçlanmış olması ne yazık ki şiddet eylemlerini sona erdirmemektedir.*

Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk sisteminin hukuki süreçlere entegrasyonu, özellikle kadınlar açısından tehlikeli sonuçlar doğurabileceği gibi halihazırdaki yasal düzenlemelerle birlikte hukukumuzun bir parçası haline gelmiş olan uluslararası sözleşmelere göre bu gibi bir uygulama hukuken uygulanabilir ve dahi sürdürülebilir de değildir. Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği bağlamında, 30 Mart 2021 tarihinde yayınlanan 2021 Küresel Cinsiyet Eşitsizliği Raporu (Global Gender Gap Report) oldukça önemli tespitler içermektedir. Her yıl yayınlanan bu rapor, toplumsal cinsiyet eşitsizliğini eğitim, siyaset, ekonomi ve sağlık açısından ele alarak konu ile ilgili genel bir görünüm sunmayı amaçlamaktadır. Her ülke bu dört kategoride ayrı ayrı değerlendirilerek aldıkları puana göre “toplumsal cinsiyet eşitsizliği skoru” oluşturulmaktadır. 2021 Küresel Cinsiyet Eşitsizliği Raporu’nda yer alan endekste Türkiye 156 ülke arasında 133. sırada yer almaktadır. Bu endeksteki sıralamanın yukarıda bahsedilen ekonomi, sağlık, eğitim ve siyaset alanlarında alınan puanlarla oluşturulduğunu belirtmek gerekmektedir. Bölge bazında bakıldığında ise “Orta Doğu ve Kuzey Afrika” bölgesi içindeki ülkeler arasında Türkiye 7. sırada yer almaktadır. Türkiye’nin önünde yer alan ülkeler ise sırasıyla şu şekildedir: İsrail, BAE, Tunus, Mısır, Ürdün ve Lübnan.

Arabuluculuk uygulamalarının temeli, uygulamanın eşitler arasında olmasıdır. Her ne kadar Anayasamızın 41. maddesi ailenin eşler arasında eşitlik ilkesine dayandığını açıkça ortaya koymakta olsa da burada kastettiğimiz eşitlik sözde değil özde, hayatın içindeki eşitliktir. Türkiye’de hala 2022 yılında 1.680.000’den fazla kadının okuma yazma bilmediği, kadınların yüzde yetmiş beşinin yalnızca ilkokul bitirdiği göz önüne alındığında eşitler arası bir müzakereden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

14 Mayıs 2016 tarihli TBMM Boşanmaların Önlenmesi Komisyonu raporunda da arabuluculuk “aile hukukuna ilişkin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu” olarak gündeme getirilmiştir. Komisyon boşanmayı, “önlenmesi gereken toplumsal bir sorun” olarak ele almıştır. Oysa önlenmesi gereken esas toplumsal sorun; kadına aile içinde uygulanan psikolojik, fiziksel, cinsel ve ekonomik şiddettir.

Kadınların bu süreçte nasıl korunacağı konusu da son derece önem arz etmektedir. Arabulucudan kadının güvenliğini temin etmesi beklenemeyeceği gibi arabulucunun kendi güvenliğinin de tehlikede olduğu tartışmasızdır. Her yıl yüzlerce kadın öldürülüyor ve şiddete uğruyor, kadını arabuluculuk masasına oturtmanın kadının can güvenliğini tehlikeye sokacağı tartışma götürmez bir gerçektir. Mağdur kadın, arabulucunun önünde kendisini mağdur eden erkekle konuşmak, onu dinlemek zorunda bırakılacaktır. Şiddete meyilli bir erkeğin bu toplantıda nasıl davranacağını kestirmek mümkün değildir. Devlet koruması altındaki kadınların bile şiddete kurban gittiği ülkemizde, bu uygulama kadını, arabulucuyu ve o toplantıda hazır bulunan herkesi risk altına sokacaktır. Arabuluculuk merkezlerinde güvenlik görevlileri olacağına ilişkin birtakım söylemler de bulunmakla birlikte aynı güvelik kadının o kapıdan çıktıktan sonra da güvenliğini sağlayabilecek midir? Elbette hayır. Ortak zeminde uzlaşma imkânı olan taraflar zaten anlaşmalı boşanma yoluyla evliliklerini sonlandırabilmektedir. Kaldı ki, aile hukuku davalarında zorunlu arabuluculuğun uygulanması pratik olarak da mümkün değildir. Örneğin sığınma evinde kalan bir kadını arabuluculuk surecine nasıl zorlayacaksınız? Ya arabuluculuk toplantısı sonrasında takip edilirse yeri tespit edilirse?

Yasa hükmüne göre hakimin de tarafları anlaşmaya davet etme yetkisi vardır. Mevcut yasal düzenlemeyle tarafların sulh olma konusunda iradeleri olduğu sürece dava açılmadan evvel Avukatlık Kanunu 35/A maddesine göre sulh olup ilam mahiyetinde belge düzenlenmesi imkanı varken *aile hukukundan doğan davaları da arabuluculuk kapsamına sokmak hele hele bunu zorunlu yapmak kadının güvenliğini riske sokacak, kadının haklarını kullanmasına ve elde etmesine engel teşkil edecektir.* Öte yandan şu anda arabuluculuk görüşmeleri için adli yardım sistemi kapsamında Barolar tarafından avukat temini yapılmamaktadır. Kadının maddi olarak kendisini avukatla temsil ettirme imkânı olmaması halinde görüşmeye gitmekten kaçınması ise maddi yönden zarara ve büyük haksızlığa uğraması ile sonuçlanacaktır. Boşanma davası gibi aile hukukuna ilişkin çekişmeli ihtilaflarda kadın, arabuluculuk sürecinde erkekle aynı masaya oturmak ya da oturmamanın bedelini kendisi tamamen haklı olsa bile ödemek zorunda bırakılacaktır.

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

Aile hukukunda arabuluculuk demek aile içi şiddetin görünmez olması demektir. Aile hukukunda arabuluculuk kadının adalete erişimine büyük bir engel teşkil edecektir. Bizim çözümemiz gereken temel konu kadına karşı her tür ayrımcılık ve şiddetin önlenmesidir. Bunun yolu ise aile hukukunda arabuluculuk değildir. Kadına yönelik şiddet, kadının fiziksel, ruhsal, sosyal, cinsel ve ekonomik açıdan zarar görmesine, acı çekmesine, onurunun zedelenmesine, kendine özgüvenini yitirmesine, bu nedenle kadınlara karşı ayrımcılığın sürmesine yol açan bir insan hakları ihlalidir. Açılan davalarda şiddet mağdurunun çoğunlukla kadın olduğu hepimizce bilinmektedir ve boşanma davalarında tüm şiddet türleri aslında iç içe geçmektedir. Bu tip iddialarla açılmış bulunan boşanma davalarında iddia edilen şiddet olgusunun var olup olmadığı ancak; tüm delillerin irdelenmesiyle, yargılama sonucunda belli olacaktır. Şiddetin var olup olmadığının arabulucu ya da bir başka ara makam tarafından değerlendirilmesi mümkün değildir. *Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk, ülke şartları göz önüne alındığında kadınlar açısından büyük riskler içermesi nedeniyle aile hukukuna ilişkin ihtilaflar hiçbir şekilde arabuluculuk kapsamına sokulmamalıdır.*

Aile arabuluculuk merkezlerinde hukukçu arabulucuların yanı sıra değişik alanlardan uzmanlar istihdam edilip edilmeyeceği, bu kişilerin neye göre seçileceği, aile hukukunda uzmanlık eğitimlerinin ne şekilde olacağı gibi konular da belirsizliğini korumaktadır.

Öte yandan tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmeleri kriteri açısından; tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma ihtimalinin bulunmadığı, çocuğun üstün yararının gözetilmesi gereken “velayet” uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olamayacağı tartışma götürmez bir gerçektir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Arabuluculuğa Elverişlilik, Aile Hukuku, Aile Hukukunda Arabuluculuk.

TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA SOSYAL MEDYA FENOMENLERİNİN ÖRTÜLÜ REKLAMLARDAN DOĞAN SORUMLULUĞU

Dr. Öğr. Üyesi Dilşah Buşra KARTAL

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı

ORCID: 0000-0002-2615-5698

ÖZET

İnternetin ve bununla bağlantılı olarak youtube, instagram, tiktok gibi sosyal medya platformlarının kullanımının yaygınlaşması herkesin hayatında geri dönüşü zor değişikliklere yol açmıştır. Bu değişikliklerin belki de en önemlisi satın alma davranışlarındaki değişikliklerdir. Modern reklam sürecinin başlangıcı olarak da görülen matbaanın icadından beri satın alma davranışları ve reklamlar arasında doğru orantı bulunmaktadır. Nitekim reklamlar, satılan ürüne dikkati çekerek, potansiyel alıcıların tercihlerini etkilemeyi hedefler. Sosyal medyada belirli bir takipçi sayısına ulaşarak yaptıkları paylaşımlarla dikkat çeken sosyal medya fenomenleri (hukuki tabiriyle “sosyal medya etkileyicileri”) de günümüzde reklam sektörünün önemli aktörleri haline gelmiştir. Sosyal medya fenomenlerinin çeşitli reklam metotlarına başvurarak başta takipçileri olmak üzere tüketicileri belirli bir ürünü satın almaya teşvik etmelerine dayalı olan pazarlama sistemine uygulamada *influencer marketing* adı verilmektedir. 2022 yılı itibarıyla influencer marketing endüstrisine yapılması planlanan yatırımın 16.4 milyar Dolar olacağı tahmin edilmektedir. Sürekli büyümekte olan bu pazarda, sosyal medya fenomenleri firmalarla yaptıkları reklam anlaşmalarına dayalı olarak belirli ürünleri tanıtmakta ve tüketicilerin satın alma davranışlarını yönlendirmeye çalışmaktadırlar. Bunu yaparken de çoğu zaman kişisel deneyimlerinden yola çıkarak, ürüne ilişkin tecrübelerini aktarma metodunu kullanmaktadırlar. Bu konuda sosyal medya fenomenleri tarafından sıklıkla başvurulan yöntem ise yasak olmasına rağmen örtülü reklamdır. Örtülü reklam, TKHK m. 61/V’te, “*reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticari unvan veya işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer alması ve tanıtıcı mahiyette sunulması*” şeklinde tanımlanmıştır.

Örtülü reklamların tespiti için Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 23’te öngörülen kriterlerin bir kısmı sosyal medya fenomenlerinin yapmış olduğu ürün tanıtımları bakımından önemlidir. Bu hüküm de dikkate alındığında sosyal medya fenomenlerinin paylaşımlarının örtülü reklam teşkil etmesi için reklam amacıyla paylaşımında bulunulması, bu amacın açıklanmaması, paylaşımında isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticaret unvanı veya işletme adları ile bunları temsil eden kurum ve kişiye ilişkin bilgi ve görüntülerin, içinde yer aldıkları yazı veya yayının formatı ile konu, içerik,

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

sunum, konumlandırma ve süre açısından uyumsuz, abartılı ve orantısız şekilde paylaşılmış olması ve tüketici tercihlerini bilinçli olarak yönlendirebilecek şekilde mal veya hizmetlere yönelik özel tanıtıcı atıflar yapılarak mal veya hizmetlerin kiralanmasının veya satın alınmasının teşvik edilmesi gerekir.

TKHK m. 61/V, her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılmasını yasaklamıştır. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 6 uyarınca da biçimi ve yayımlandığı mecra ne olursa olsun bir reklamın, reklam olduğunun açıkça anlaşılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple sosyal medya fenomenlerinin reklam olduğunu açıkça belirtmeksizin bir ürünün tanıtıcı bilgilerinin vurgulandığı paylaşımlarda bulunması örtülü reklam teşkil edecektir. Ancak örneğin, bir sosyal medya fenomeninin evinden yaptığı paylaşımda mutfağında bulunan bir ürünün arka planda görülmesi, özellikle buna reklam amacıyla vurgu yapılmadıysa örtülü reklam niteliği taşımayacaktır.

Ticaret Bakanlığı 5.5.2021 tarihinde yayınladığı Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz ile sosyal medya fenomenlerinin reklam faaliyetlerine bir sistem getirmiş ve böylece örtülü reklamların da tespitini kolaylaştırmıştır. Bu kılavuzun en büyük özelliği sosyal medya fenomenlerinin reklam verenden maddi kazanç ve/veya ücretsiz ya da indirimli mal veya hizmet gibi faydalar sağladıkları paylaşımlarda, bu durumu, ticari reklam ilişkisinin gerçekleştiği platforma bağlı olarak kılavuzda öngörülen şekillerden biriyle açıkça belirtme zorunluluğu getirmesidir. Örneğin fotoğraf veya süreli paylaşımlarda #işbirliği, #ortaklık gibi bir ifade kullanılarak ürünün reklam faaliyeti çerçevesinde tanıtıldığı belirtilmelidir. Böylece tüketiciler sosyal medya fenomenlerinin yaptığı paylaşımın reklam amaçlı olduğundan açıkça haberdar olabilecektir. Uygulamada sosyal medya fenomenlerinin reklamını yaptıkları ürünlere ilişkin kılavuzda öngörülen açıklamaları oldukça küçük ve ekranda zorlukla görülecek şekilde yaptıkları hallere rastlanmaktadır. Oysa kılavuz bu konuda da bir standart öngörmektedir. Kılavuz m. 5/III'e göre reklama ilişkin açıklama, paylaşım içinde kullanılan renklerden ve arka fondan ayırt edilebilir nitelikte ve kolaylıkla okunabilir büyüklükte olmalı; tüketicilerin paylaşım ile ilk karşılaştıkları anda başka bir şey yapmalarına gerek kalmadan paylaşımın ticari reklam olduğu anlaşılacak biçimde ve konumda belirtilmeli; paylaşımda başka etiket veya açıklamalara yer verilmesi durumunda, bu etiket veya açıklamalar arasında görünebilir şekilde belirtilmeli ve paylaşımın yer aldığı mecra'nın ara yüz ve teknik özellikleri de dikkate alınarak tüketiciler tarafından ilk bakışta fark edilebilecek biçimde sunulmalıdır. Eğer reklam anlaşmasına ilişkin açıklama tüketicinin dikkatini zorlukla çekecek şekilde yapılırsa yine örtülü reklama ilişkin hükümlerin uygulanması gündeme gelebilecektir.

TKHK m. 61/VII uyarınca reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları yapmış oldukları reklamlardan ötürü TKHK kapsamında sorumlu olacaktır. Kılavuz m. 12, sosyal medya fenomenlerinin de mecra kuruluşu olduğunu açıkça ifade etmiştir. Dolayısıyla sosyal medya fenomenlerinin örtülü reklamlarından mecra kuruluşu olarak sorumlulukları söz konusudur.

TKHK m. 63, ticari reklamların Reklam Kurulu'nun denetimine tabi olduğunu hüküm altına almıştır. Reklam Kurulu Yönetmeliği m. 8'e göre, kurula başvurular yazılı olarak veya elektronik ortamda yapılır. Bu kapsamda e-devlet üzerinden de kurula başvuru yapılabilmektedir. Başvuru sahibi gerçek kişinin adı, soyadı ile T.C. kimlik numarası ve adresini, tüzel kişinin ise unvanı ve adresi de başvuru sırasında bildirilmelidir. Aksi halde başvuru dikkate alınmayacaktır. Ticari reklama ilişkin başvurularda şikayet edilen reklamın yayınlandığı mecra, tarih, şikayetin konusu gibi belirleyici hususlara yer verilir. Ayrıca reklamın, yazılı ya da basılı olanlarının asılları dilekçeye eklenir. Eklenecek nitelikte olmayanların görüntüleri başvuru sahibi tarafından sağlanır. İnternet ortamında gerçekleştirilen reklamlarda, şikayet edilen internet adresi uzantısı (URL ve benzeri şekilde) ve tarih bilgisinin yer aldığı reklam örnekleri dilekçesine eklenir.

TKHK m. 63 uyarınca reklam kurulunun verebileceği cezalar, durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası veya gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurmadır. Ancak reklam kurulu, örtülü reklam nedeniyle bir mağduriyet yaşayarak zarar gören kişilerin zararının giderilmesine yönelik tazminata hükmedemez. Uygulamada Reklam Kurulu bazen durdurma cezası ile para cezasını birlikte uygulamakta, bazense sadece durdurma cezası vermekle yetinmektedir. Öte yandan aynı yöntemle düzeltme cezası Reklam Kurulu tarafından tercih edilen bir yaptırım değildir. Reklam Kurulu, idari işleme konu ihlalin bir yıl içinde tekrar edilmesi hâlinde idari para cezalarını on katına kadar artırarak uygulayabilir.

Anahtar Kelimeler: Örtülü Reklam, Reklam Kurulu, Ticari Reklam, Sosyal Medya, Tüketici Hukuku.

İNTERNET ÜZERİNDEN KURULAN MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE “SİSTEM/ORGANİZASYON” UNSURU VE UYGULAMASI

Öğr. Gör. Dr. Bahadır DEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu

ORCID: 0000-0001-5658-8665

ÖZET

Mesafeli sözleşmeler, hukukumuza ilk olarak 2003 tarihinde 4822 sayılı Kanun’la 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a ilave edilen 9/A hükmüyle girmiştir. Daha sonra 28.05.2014 yürürlük tarihli 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un (TKHK) 48. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca konu ile ilgili olarak aynı yıl Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği de çıkarılmıştır. 6502 sayılı TKHK m. 48/I’e göre; “*Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir.*” Mesafeli sözleşme, tanımdan da anlaşılacağı üzere sözleşmelerin kuruluş tarzıyla ilgili bir kavramdır. Yani mesafeli sözleşme kira, eser, satış sözleşmesi gibi bağımsız bir sözleşme türü değildir. TKHK’nin uygulama alanına giren herhangi bir sözleşme, biraz sonra belirteceğimiz unsurları taşımak kaydıyla, böyle bir sözleşmeye vücut verebilir. Bir sözleşmenin tüketici işlemi olarak nitelendirilebilmesi için ve bu çerçevede 6502 sayılı Kanun ve buna bağlı çıkarılan ilgili yönetmeliklerin uygulanabilmesi için taraflardan birinin Kanun çerçevesinde tüketici, karşı tarafın ticari veya mesleki anlamda hareket eden gerçek veya tüzel kişi ve işlemin konusunun bu Kanun anlamında mal veya hizmet olması gerekmektedir.

Bir sözleşmenin “*Mesafeli Sözleşme*” olarak kabul edilebilmesi için ise aranan unsurlar şunlardır: “*a. Tarafların Fiziksel Olarak Bir Araya Gelmemesi, b. Uzaktan İletişim Araçlarının Kullanılması, c. Uzaktan Pazarlamaya Yönelik Bir Sistemin/Organizasyonun Varlığı, d. Kapsam Dışı Sözleşmelerden Olmaması*”. Bu unsurlardan ilk üçü 6502 sayılı Kanunun 48. maddesinin 1. fıkrasından doğarken, dördüncü unsur ise Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği’nin 2. maddesinden gelmektedir. Konumuz özelinde bu unsurlardan 6502 sayılı Kanun’un 48. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen “*Uzaktan pazarlamaya yönelik oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde*” unsuru üzerinde durulacaktır.

Mesafeli sözleşmenin varlığı için TKHK m. 48/I gereği, satıcının ya da sağlayıcının mal veya hizmetlerini uzaktan pazarlamak üzere bir organizasyon gerçekleştirmesi yani sistemini buna göre düzenlemiş olması gerekir. Ancak uzaktan pazarlamaya yönelik oluşturulmuş bir sistem kavramından neyin anlaşılması gerektiği açık değildir. Bu duruma ilişkin bir tanımlama veya açıklama, 2014 tarihli Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği’nde de yapılmamıştır. Bu konuda doktrinde yer alan görüşlere bakıldığında genel görüş, satıcı veya sağlayıcının faaliyet

yürüttüğü işletmeye konu mesleki ya da ticari faaliyeti mesafeli olarak sistematik ve düzenli bir biçimde gerçekleştiriyorsa uzaktan pazarlama ilişkin sistemin oluştuğu söylenmektedir¹. Bu çerçevede yine doktrinde uzaktan pazarlama sistemi oluşturulmadan münferit olarak iletişim araçlarının kullanıldığı sözleşmeler mesafeli sözleşmeler kapsamında değerlendirilmemektedir².

Bu görüş tüketicinin korunması bağlamında tehlikelidir. Uygulamada tüketiciler çoğunlukla mesafeli satışa yönelik olarak sistematik bir organizasyon çerçevesinde kurulmuş internet sitelerinden alışveriş yapmaktadırlar. Buna karşın satışlarını 6502 sayılı Kanun'un 48. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen sistem/organizasyon unsuru olmadan gerçekleştiren birçok satıcı veya sağlayıcı da bulunmaktadır. Satıcılar Instagram, Facebook gibi platformlar aracılığıyla satışlar yaparak hem vergisel anlamda haksız kazanç sağlamakta, hem de tüketici boyutunda satışlarını alışveriş yapılması için kurulmamış olan yani kanun anlamında uzaktan pazarlamaya yönelik oluşturulmuş bir sistem, organizasyon olmadan gerçekleştirmektedirler. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz doktrindeki bazı yazarlar böyle bir durumda teknik olarak mesafeli sözleşmelerin kanundaki organizasyon/sistem unsurunun gerçekleşmediğini savunmaktadırlar. Bu çerçevede Instagram, Facebook gibi platformlar aracılığıyla kurulan sözleşmeler mesafeli sözleşme olarak kabul edilmeyecektir. Instagram, Facebook gibi platformlarda satıcı ürünün fotoğrafını yüklemekte ve ürünü satın almak isteyen kişilerin "DM" (direkt mesaj) yoluyla kendileriyle iletişime geçmelerini söylemektedir. Ürünü satın almak isteyen tüketici satıcı ile "DM" (direkt mesaj) yoluyla mesajlaşmaktadır. Taraflar fiyat ve diğer konularda anlaşırca tüketici adresini, satıcı da hesap numarasını göndermekte ve bedelinin ödenmesi ile birlikte ürün tüketiciye kargolanarak alışveriş gerçekleşmektedir. Görüldüğü üzere burada tanınan alışveriş sitelerinde yürütülen organizasyondan farklı bir süreç işletilmektedir. Uygulama bakımından internet aracılığı ile kurulan sözleşmelerin mesafeli sözleşme olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ayrımındaki en önemli unsur; "*Uzaktan pazarlamaya yönelik oluşturulmuş bir sistem*" unsurudur. Uygulamada alışveriş yapılması amacıyla kurulmuş olan internet siteleri yanında asıl amacı alışveriş olmayan sosyal medya içerikli internet sitelerinde gerçekleştirilen satış sözleşmelerinin de mesafeli sözleşme olup olmayacağına akıbeti de bu unsur çerçevesinde belirlenebilir.

Maalesef tüketicilerin birçoğu internet ortamında yaptıkları alışverişlerin tamamının mesafeli sözleşme olduğu düşüncesiyle hareket etmektedirler. Bunun neticesinde ulusal medyada haberlere konu olan üzücü alışveriş deneyimleri ile karşılaşılmaktadır. Bu durum Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un amacına aykırıdır. Gerçekten de 4077 sayılı

¹ Bkz. DEMİR Mehmet, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara 2004; EREK Gülce, 6502 sayılı Kanun Uyarınca Mesafeli Sözleşmenin Unsurları, Satıcı/Sağlayıcının Ön Bilgilendirme Yükümü ve Tüketicinin Cayma Hakkı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019-1; TOPALOĞLU Mustafa, Mesafeli Sözleşmeler, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 3, Y. 2016; ÇAKIRCA Seda İrem, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Mesafeli Sözleşmeler, BATİDER, C. 34, S. 3, Y. 2018.

² Bkz. GÜMÜŞ Sarp, İnternet Üzerinden Kurulan Mesafeli Satış Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, Bilişim Hukuku Güncel Sorunlar-II, Ankara 2021; UZUN KAZMACI Özge, İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, Cevdet Yavuz'a Armağan.

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'dan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a geçerken Kanun koyucunun 6502 sayılı Kanun'u olabildiğince kapsayıcı şekilde düzenlediği açıkça görülmektedir. Bu çerçevede yapılması gereken şudur, 6502 sayılı Kanun'un 48. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "*Uzaktan pazarlamaya yönelik oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde*" unsuru lafzi değil amaçsal yoruma tabi tutulmalıdır. Burada satıcı veya sağlayıcıların katalog, broşür veya e-posta gibi araçları kullanarak ürünlerinin ya da hizmetlerinin reklamını Instagram, Facebook gibi platformlar aracılığıyla yapması ve uzaktan iletişim araçlarıyla sipariş alması durumunda her ne kadar teknik olarak alışveriş için kurulan bir sistem olmadan sadece bir mecra olarak kullanılan bu sosyal medya platformları aracılığıyla ürün veya hizmetleri sunulmuş olsa da bu durumun kanunun amaçsal yorumu çerçevesinde bunun, uzaktan pazarlamaya yönelik oluşturulmuş bir sistem/organizasyon olarak değerlendirilmesi ve bu yolla kurulan sözleşmelerin de 6502 sayılı Kanun çerçevesinde mesafeli sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: Tüketici İşlemi, Mesafeli Sözleşme, Sistem/Organizasyon Unsuru.

DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLER, MAL VE HİZMET AYRIMINI SARSTI MI? AB TÜKETİCİ HUKUKUNDAN GÜNCEL BİR YAKLAŞIM

Ar. Gör. Furkan Güven TAŞTAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı
ORCID: 0000-0002-4565-3895

ÖZET

Çalışmada belirlenen temel problem, Avrupa Birliği'nin tüketiciyi koruyan yeni düzenlemelerinden hareketle dijital içerik ve hizmetlerin, geleneksel mal ve hizmet ayrımında nerede konumlandırıldığı meselesidir. Bu kapsamda 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi¹, Ortak Avrupa Satış Hukuku Regülasyon Taslağı (CESL)² ve 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi³ hükümleri, öğretilerdeki görüşler dikkate alınarak analiz edilmektedir. Yanı sıra, konuya dair Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararları ile Avrupa Komisyonu tarafından ilan edilen Dijital Tek Pazar Stratejisi⁴ de incelenmektedir.

Mal ve hizmet ayrımı, iktisat dünyasında ortaya çıkmış ve sonrasında başta tüketici, vergi ve rekabet olmak üzere hukukun çeşitli alanlarında genel bir kabul haline gelmiştir. Öyle ki AB'nin dört temel serbestisi içinde de mal ve hizmetler arasında bir ayrım gözetilmiş⁵; 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi'nde de mal ve hizmetler bakımından ayrık hükümlere yer verilmiştir⁶. Tüketicinin korunması alanında AB düzenlemelerini mehzaz olarak kabul eden Türk Hukukunda da benzer şekilde mal ve hizmetler arasında bir ayrıma başvurulmaktadır⁷.

Bu ayrım karşısında dijital içerik ve hizmetlerin nerede yer aldığı problemini incelemeyen önce ayrımın eski işlevini kaybettiği ifade edilmelidir. Nitekim hukuken mal ve hizmetler arasındaki derin ayrım, artık mal ve hizmetlerin iç içe geçerek karmaşık bir yapı oluşturduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir⁸. Satıcı ve sağlayıcılar, mal ve hizmetleri hibrit bir yapıda

¹ Avrupa Birliği Resmi Gazetesi, L 304, 22.11.2011, s. 64-88.

² Avrupa Birliği Komisyonu, COM/2011/0635 son.

³ Avrupa Birliği Resmi Gazetesi, L 136, 22.5.2019, s. 1-27.

⁴ Avrupa Birliği Komisyonu, COM/2015/192 son.

⁵ Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (TFEU), m. 26/2'ye göre iç pazar; malların kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımını kapsar. Avrupa Birliği Resmi Gazetesi, C 326, 26.10.2012, s. 47-390.

⁶ Hizmet sözleşmelerinin mal satış sözleşmelerinden ayrı şekilde tanımlandığı (m. 2/6) Direktif'te, bu sözleşmelere uygulanacak hükümler de ayrıştırılarak düzenlenmiştir. Örneğin m. 9/2'de cayma hakkının şartları ile m. 17'de mal satış ve hizmet sözleşmelerine uygulanacak hükümler bakımından bu ayrım dikkate alınmaktadır.

⁷ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da mal ve hizmetler ayrı biçimde tanımlanmış (m. 2); ayrıca bunlara uygulanacak hükümlerde de benzer ayrım korunmuştur (m. 8-12 ile m. 13-16). Benzer ayrıma 4077 sayılı mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da da yer verilmişti (m. 4 vd.).

⁸ ABAD'ın *Debauve* ve *Coditel* davalarına dair 1980 yılındaki *Hunnings*'in yorumları, Avrupa'da ayrıma yönelik eleştirilerin başlangıcı kabul edilir. Janja Hojnik, 'Technology Neutral Eu Law: Digital Goods Within the

birleştirerek daha çok gelir sağlamayı amaçlamaya başlamıştır⁹. Örneğin kimi internet servis sağlayıcıları; tüketicilere yalnızca internet aboneliği hizmeti değil, aynı zamanda modem ve benzeri çeşitli malları da sağlayarak melez ürünler sunmaktadır. Bu ve benzeri örneklerden hareketle mal ve hizmet arasındaki sert ayırım, ihtilafların çözümü noktasında problemler doğurabilir. Nitekim bu problemlerden bir kısmı ABAD kararlarına da yansımıştır¹⁰. Hali hazırda çeşitli eleştirilere tabi tutulan bu ayırma, dijital içerik ve hizmetlerin nasıl bir etkiye bulunacağı ise yeni bir sorun olarak literatüre girmiştir.

Dijital içerik ve hizmetlerin mal ve hizmetlerden ayrı kurallarla düzenlenmesi fikri, Avrupa Birliğinde iki öncül düzenlemeyle ayak seslerini duyurmaya başlamıştır. İlk olarak 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi'nde dijital içerikler, kavramsal olarak mal ve hizmetlerden ayrıştırılarak bağımsız bir kavram olarak tanımlanmıştır¹¹. Ancak bunun dışında, dijital içeriklere dair diğer hususlar ise mal ve hizmetlerle aynı hükümler altında düzenlenmiştir¹². İkinci düzenleme ise kadükleşmiş olmakla birlikte Avrupa Birliği'nin bu konudaki yaklaşım tarzını yansıtmaya itibariyle önem arz eden Ortak Avrupa Satış Hukuku Regülasyonu'dur (CESL). Regülasyon'da dijital içerikler, Direktif'teki gibi kavramsal olarak mal ve hizmetlerden ayrı şekilde tanımlanmıştır¹³. Diğer hususlar ise yine Direktif'te olduğu gibi mallara dair hükümler altında düzenlenmiştir¹⁴. Yani dijital içerikler, anılan her iki düzenlemede de kavramsal bir bağımsızlığa kavuşsa da bunlara dair asli edim

Traditional Goods/Services Distinction' [2016] International Journal of Law and Information Technology 67 <<https://academic.oup.com/ijlit/article-lookup/doi/10.1093/ijlit/eaw009>> accessed 24 June 2022. Örneğin bir gazetenin Londra'dan Frankfurt'a gönderiminde posta yoluyla belgegeçer arasında hukuki sonuç açısından önemli bir farklılığın olmaması gerektiği savunulmuştur. ibid. Başka bir anlatımla, yalnızca nakil vasıtasındaki değişiklik, hukuken ciddi bir farka yol açmamalıdır.

⁹ Hojnik (n 9) 66; Betül Tiryaki, *Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk* (2007) 43; Robert Bradgate, 'Consumer Rights in Digital Products: A Research Report Prepared for the UK Department for Business, Innovation and Skills' para 122; Hasan Seçkin Ozanoğlu, 'Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)' (2001) 50 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87.

¹⁰ ABAD, normatif düzenlemelerden hareketle malların maddi varlığı olması gerektiğini, hizmetlerin ise gayrimaddi şeyler olduğunu kabul etmekle birlikte kimi kararlarında aksi yönde hareket etmiştir: *Sacchi ve Debaube* kararlarında, özelliklerinden hareketle televizyon sinyallerinin iletilmesini hizmet olarak nitelendirmiştir. Case 155/73, Giuseppe Sacchi, ECLI:EU:C:1974:40, par. 6-7; Case 52/79, Debaube, ECLI:EU:C:1980:83, par. 8. *FAPL* kararında ise maddi varlığı bulunmasına rağmen video kod çözücü cihazları (*decoder*), gerekli sinyallere erişim sağlayarak yayını izlemeyi mümkün kıldığından hareketle hizmet kapsamında değerlendirmiştir. Joined Cases C-403/08 and C-429/08, Football Association Premier League v QC Leisure and Others and Karen Murphy v Media Protection Services Ltd, ECLI:EU:C:2011:631, Par. 77-84.

¹¹ 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi'nin yürürlüğe girdiği dönemde dijital içerik, "dijital biçimde üretilen ve temin edilen veri" olarak tanımlanmaktaydı (m. 2/11). Bu tanım, 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi'nin yürürlüğe girmesiyle ilgili hüküm ilga edilmiş ve bu Direktif'teki tanıma atf yapılmıştır.

¹² 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi'nde, mal ve hizmetlere ilişkin hükümler içinde dijital içeriklerin konu edildiği tüketici sözleşmeleri bakımından tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü öngörülmüş (m. 5-6), tüketiciye cayma hakkı tanınmış (m. 9) ve cayma halinde tüketicinin hiçbir masrafa katlanmaması gerektiği hüküm altına alınmıştır (m. 14).

¹³ Ortak Avrupa Satış Hukuku Regülasyonu m. 2/j'de, Tüketici Hakları Direktifi'ne göre daha detaylı bir tanım yapılmış ve Regülasyon'un kapsamı belirleyen kimi istisnalara yer verilmiştir.

¹⁴ Nitekim dijital içeriklere ilişkin tüketici sözleşmelerinde tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü (Ek I, m. 13), ifa etmeme ile esaslı ihlal meselesi (Ek I, m. 87), satıcının ve alıcının temel yükümlülükleri (Ek I, m. 91) ve sözleşmeye uygunluk kriterleri (Ek I, m. 100) Ortak Avrupa Satış Hukuku Regülasyonu'nda mallara ilişkin düzenlemelerle aynı maddelerde yer almaktadır.

yükümlülüklerinin, sözleşmeye uygunluk kriterlerinin ve seçimlik hakların mal ve hizmetlerinkinden ayrıştırılmaması nedeniyle henüz müstakil bir kategoriden söz etmek mümkün olmaz.

AB Komisyonu, 2015 yılında Dijital Tek Pazar Stratejisi belgesiyle birçok alanda olduğu gibi tüketici hukuku alanında da dijital çağa uygun düzenlemeler yapmayı hedeflemiştir¹⁵. Bu hedef kapsamında, aynı yıl ilk taslağı yayınlanan Dijital İçerik Direktifi, 2019 yılında yasalaşarak yürürlüğe girmiştir. Önceki tüketici düzenlemelerinin aksine bu Direktif'te yalnızca dijital içerik ve hizmetlere ilişkin tüketici sözleşmelerine yer verilmiş; mal ve hizmetlerden ise kural olarak bahsedilmemiştir. Başka bir anlatımla, dijital içerik ve hizmetler, mal ve hizmetlerden bağımsız şekilde AB'de ilk kez bu Direktif'le regüle edilmiştir¹⁶.

2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi'nde, önceki düzenlemelerin aksine yalnızca dijital içerik ve hizmetlerin tanımları açısından değil; bunlara dair tüketici sözleşmelerindeki tarafların asli edim yükümlülükleri, sözleşmeye uygunluk kriterleri ve tüketicinin seçimlik hakları meseleleri ayrıksı bir şekilde düzenlenmiştir. Dijital içerik ve hizmetler, ilk kez Direktif'te bağımsız birer müktesebat kavramı olarak tanımlanmış¹⁷; ardından bunların sözleşmeye uygun kabul edilebilmesi için çeşitli kriterler öngörülmüştür¹⁸. Bu düzenlemelerde, dijital dünyaya özgü kavramlardan; birlikte işlerlik (*interoperability*), uyumluluk (*compatibility*), işlevsellik (*functionality*), güvenlik yönünden güncel olma, deneme sürümüyle uyumluluk ve dijital ortama uygunluk (*digital environment*) gibi müktesebat bakımından yeni sayılabilecek kavramlara yer verilmiştir.

Önceki düzenlemelerden farklı olarak Direktif'te ayrıca dijital içerik ve hizmetlere dair tüketici sözleşmelerindeki asli edim yükümlülükleri de belirlenmiştir. Buna göre Direktif'te satıcı ve sağlayıcının asli edim yükümlülüğü, dijital içerik ve hizmetin tüketiciye sağlanmasıdır. Tüketici ise karşı edimi, bir miktar para ödeyerek yerine getirebileceği gibi bunun yerine kişisel verilerini sağlamak suretiyle de ifa edebilir¹⁹. Son olarak Direktif'le tüketicinin seçimlik hakları bakımından da dijital içerik ve hizmetlerin mal ve hizmetlerden ayrıştırıldığı söylenebilir. Zira seçimlik haklar meselesi, bu Direktif'te dijital içerik ve hizmetlere özgü olarak düzenlenmektedir. Ancak düzenleme, muhteva bakımından mal ve hizmetlere ilişkin

¹⁵ Strateji belgesinde dijital tek pazar, “kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının sağlandığı ve kişilerin ve işletmelerin, tabiiyetlerine veya yerleşim yerlerine bakılmaksızın, adil rekabet koşulları ve üst düzey tüketici ve kişisel veri koruması altında çevrimiçi faaliyetlere sorunsuz bir şekilde erişebildiği ve bunları gerçekleştirebildiği bir pazar” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. s. 3.

¹⁶ AB üye ülkelerinde bu alandaki ilk düzenlemeler, Birlik'ten ayrılmadan önce İngiltere'de ve Hollanda'da yapılmış; Avrupa Birliği, bir nevi bu ülkeleri takip etmiştir. Bkz. Dijital İçerik Direktifi'nin Komisyon Taslağı, COM/2015/634 son, s. 3.

¹⁷ Direktif'te dijital içerik, “dijital biçimde üretilen ve temin edilen veri” olarak dijital hizmet ise iki kategori halinde (i) “tüketicinin dijital formda veri oluşturmasına, işlemesine, depolamasına veya bu verilere erişmesine imkan sağlayan hizmetler” ile (ii) “tüketici veya o hizmetin kullanıcılarının yüklediği veya oluşturduğu dijital formdaki verilerin paylaşımına veya bu verilerle etkileşim kurmaya imkan sağlayan hizmetler” şeklinde tanımlanmıştır (m. 2/1-2)

¹⁸ Direktif'in 6 vd. maddelerinde dijital içerik ve hizmetlerin sözleşmeye uygun tesliminden bahsedebilmek için gereken objektif ve subjektif kriterler ile bunların doğru olmayan entegrasyonu ve bunlara ilişkin üçüncü kişilerin haklarına dair hükümler yer almaktadır.

¹⁹ 2019 sayılı Dijital İçerik Direktifi, m. 3/1.

hükümlerle benzeşmektedir. Öyle ki dijital tüketiciler, mal ve hizmetlerdeki gibi burada da ürünün sözleşmeye uygun hale getirilmesi ve ayıpla orantılı bir indirim talebinde bulunma ile sözleşmeyi sona erdirme haklarına sahiptir.

Neticede 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve Avrupa Ortak Satış Hukuku Regülasyonu'yla ayak sesleri duyulmaya başlayan müstakil düzenleme eğiliminin, 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi'nin yürürlüğe girmesiyle kanlı canlı bir yapıya kavuşturulduğu söylenebilir. Zira dijital içerik ve hizmetler, bu Direktif'le ilk kez büyük ölçüde mal ve hizmetlerden ayrıştırılarak düzenlenmiştir. Buradan hareketle AB Tüketici Hukukunda hali hazırda çeşitli eleştirilerle sallanmaya başlayan mal ve hizmet ayrımı, dijital içerik ve hizmetlere özgü bir düzenlemeyle güçlü bir darbe almış gibi görünmektedir. Kanaatimizce dijital içerik ve hizmetler bu darbeyle kemikleşmiş mal ve hizmet ayrımını geri dönülemez bir şekilde sarsmış ve ilgili normatif düzenleme de bunlara farklı hükümlerin uygulanması gerektiğini ispatlamıştır²⁰. Nitekim öğretilerdeki bir görüş de dijital içerik ve hizmetlere ilişkin ayrık düzenlemelerle birlikte bunlara artık mal ve hizmetlerden bağımsız, *sui generis* bir muamelenin yapılması gerektiğini söyler²¹. Dolayısıyla dijital içerik ve hizmetler, kanaatimizce AB Tüketici Hukuku bakımından artık ne mal ne de hizmet statüsünde değerlendirilebilir. Aksine bunlar kendine özgü tanımları, asli edim yükümlülükleri ve sözleşmeye uygunluk kriterleri ile seçimlik hakların öngörüldüğü yeni bir kategoriye teşkil eder.

Anahtar Kelimeler: Tüketici Sözleşmeleri, Dijital İçerikler, Dijital Hizmetler, Dijital İçerik Direktifi, Avrupa Birliği.

²⁰ Benzer şekilde İngiltere'de de 2015 tarihinde Tüketici Hakları Kanunu'nun kabulüyle birlikte dijital içerikler, mal ve hizmetlerden bağımsız, *sui generis* bir muameleye tabi tutulmuştur. Paula Giliker, 'Regulating Contracts for the Supply of Digital Content: The EU and UK Response' in Tatiana-Eleni Synodinou and others (eds), *EU Internet Law* (Springer International Publishing 2017) 115 <http://link.springer.com/10.1007/978-3-319-64955-9_5> accessed 31 March 2020.

²¹ Bradgate (n 10) para 170. AB Hukukundaki bir görüşe göre dijital içerik ve hizmetlerin hem mal hem de hizmetlere yaklaşan özellikler taşıması nedeniyle kendine özgü hukuki sonuçlar taşıyan *sui generis* bir kategoridir. Hojnik (n 9) 83. Dijital içerik ve hizmetlerin, mal ve hizmetlerden ayrıştırılarak düzenlenmesi AB Hukukunda geleneksel mal ve hizmetler şeklindeki ikili ayrımın kırıldığını ve artık mal, hizmetler ve dijital içerikler şeklinde üçlü bir ayrıma dönüştüğünü göstermektedir. Katharina Erler, 'Implied Warranties for Digital Products? The Interplay of Intellectual Property and Sales Law in the EU and US, Stanford-Vienna TTLF Working Paper No. 42' 61 <<http://tlf.stanford.edu>>.

AVUKATLARIN SOSYAL MEDYA KULLANIMINA YÖNELİK GÜNCEL TARTIŞMALAR

Doç. Dr. Nadire ÖZDEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı
ORCID: 0000-0003- 1406-4833

ÖZET

Günümüz koşullarında pek çok meslek grubu gibi hukukçuların da sosyal medya kullanımını giderek artmaktadır. Hukukçuların sosyal medyayı kullanımına ilişkin sorunlara genellikle hakimler özelinde işaret edilmekte ve buna yönelik sınırlar hakimlik mesleği özelinde tartışılmaktadır. Bununla beraber dünya genelinde, hakimlerin yanı sıra avukatların da sosyal medya kullanımına ilişkin sorunlar gündeme getirilmekte ve pek çok ülkede buna yönelik hususlar bağlayıcı olan ve olmayan kurallar aracılığıyla şekillendirilmektedir. Zira gerek mesleki gerek kişisel kullanımları bakımından avukatların sosyal medyada görünürlükleri meslek etiği açısından önemli konulara işaret etmektedir. Avukatlığa ilişkin temel alınan etik yaklaşıma göre mesleki ve kişisel kullanım ayrımının keskinliği değişecektir. Bu çalışmada, avukatlık meslek etiğine ilişkin farklı yaklaşımlardan kısaca bahsedilerek söz konusu yaklaşımlar kapsamında sosyal medya ve avukatlık meslek etiğine ilişkin güncel meseleler değerlendirilecektir.

Avukatlar sosyal medyayı çeşitli alanlarda, farklı amaçlar doğrultusunda kullanmaktadır. Avukatlar sosyal medyada güncel hukuki olaylara ilişkin kamuya açık değerlendirmeler yapmakta, avukatlığı ilgilendiren meselelere dikkat çekmek adına içerik paylaşmakta, üstlendikleri davaya ilişkin delil toplama esnasında sosyal medyaya başvurmakta veya avukatlara özel platformlarda mesleki görüş alışverişinde bulunmaktadır. Bunların dışında, özellikle *youtube*, *instagram*, *tik tok* gibi paylaşım sitelerinde avukatların “influencer” (sosyal medya etkileyicisi) olarak içerik üretmeleri de son zamanlarda gittikçe tartışma konusu olmaktadır. Söz konusu tartışmaların odağında da avukatlık meslek etiğine uygun davranılıp davranılmadığı sorusu yatmaktadır. Bu çalışmada bu güncel mesele iki avukatlık meslek etiği ilkesi etrafında ele alınacaktır. Bu ilkelerden ilki avukatın reklam yapma yasağı, diğeri ise avukatın sır tutma yükümlülüğüdür.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 36. maddesine göre “*avukatların kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır.*” Benzer şekilde, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarınının 37. maddesine göre “*avukat meslek sırrı ile bağlıdır*”, denmektedir. Her ne kadar düzenlemelerin oluşturulduğu tarihte bu kuralın sosyal medyada uygulanışı düşünülmemiş olsa da söz konusu ilke dijital ortamlarda da avukatı bağlamaktadır.

Öte yandan sosyal medya platformlarının kendine özgü nitelikleri kapsamında söz konusu kurala ilişkin dikkat edilmesi gereken hususlar farklılaşabilir. Keza bu yönde kimi güncel düzenlemelerde, sır tutma ilkesinin dijital ortamlarda korunmasına yönelik hususlar ayrı olarak ele alınmaktadır. Çalışmada bu gelişmelere de değinilerek sır tutma ilkesinin dijital ortamda ihlallerine yönelik örnekler değerlendirilecektir.

Sır tutma ilkesinin sosyal medyada ihlal edilmesi sayısız şekilde gerçekleşebilir. Örneğin üstlenilen davaya ilişkin sır niteliğinde bir gönderi paylaşılabilir, *instagram* veya *youtube* canlı yayınlarında veya *instagram* hikayelerinde mahkeme süreçlerine yönelik içerik üretilebilir veya iş seyahatleri hakkında birtakım bilgiler paylaşmak suretiyle gizlilik ilkesi ihlal edilebilir. Bu çeşitli örneklerin her biri bağlamsal olarak ve sosyal medya platformunun kendine has özellikleri doğrultusunda değerlendirilmesi gereken nitelikleri haizdir. Bu anlamda avukatlar, paylaşım yaptıkları dijital ortamın gizlilik ayarlarına ilişkin gerekli özeni göstermekle yükümlüdürler.

Avukatların sosyal medya kullanımına ilişkin bir diğer güncel sorun reklam yasağına ilişkindir. 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu 55. maddesi uyarınca “*Avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kağıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır.*” Sır tutma ilkesinin evrenselliğine nazaran reklam yasağı farklılık gösterebilen bir kuraldır. Ülkeden ülkeye sır tutma kuralının mutlak bir nitelik arz edip etmediği açısından nüanslar olsa da dünyanın her yerinde avukatın sır tutma ilkesi kapsamında avukat ve müvekkil arasındaki gizliliğin korunduğunu görmekteyiz. Ancak reklam yasağı açısından aynı şey söz konusu değildir. Avukatların reklam yapmasına yönelik uygulamalar farklı ülkelerde çok farklı sınırlandırmalara tabidir. Öte yandan, gittikçe artan avukatların sosyal medya görünürlüğü, çoğu ülkede reklam yasağına ilişkin güncel tartışmaları tetiklemektedir. Türkiye açısından da benzer bir gelişme söz konusudur. Türkiye’de de reklam yasağına ilişkin Türkiye Barolar Birliği tarafından Mart 2022’de bir güncelleme çalışması başlatılmış bulunmaktadır. Barolar Birliği, “*Avukatlık mesleğinin bugün geldiği aşama ve mesleğin icrası süreçlerinde yaşanan büyük değişimler itibarıyla Reklam Yasağı Yönetmeliği’nin yenilenmesi ve günün koşullarına uyarlanması ihtiyacı*”nın aciliyeti vurgulanarak aktif bir katılımı yeni yönetmeliğin şekillendirilmesi için harekete geçmiştir. Yönetmeliğin şekillendirilmesine yönelik soruların arasında da “*Avukatların basılı veya görsel medya organlarında avukatlık reklam yasaklarını ihlal edecek şekilde yer almalarının önüne hangi düzenlemelerle geçilmelidir?* ve “*Avukatların internet ve sosyal medya ortamında avukatlık reklam yasaklarını ihlal edecek şekilde yer almalarının önüne hangi düzenlemelerle geçilmelidir?*”¹ şeklinde, güncel tartışmalara da işaret eden iki ayrı soruna dikkat çekilmiştir. Sunumda, bu iki soruya yönelik Türkiye’de yapılan çalışmalara da değinilecek ve dijital ortamda reklam yasağına ilişkin sorunlara yer verilecektir. Söz konusu tespitlerin muhtemel düzenlemeler açısından etkileri de göz önünde bulundurularak tartışma somut örnekler bağlamında yürütülecektir.

¹ <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/duyuru-202218-82468> (E. T. 12.7.2022).

Sosyal medya alanlarının niteliğine göre avukatların meslek etiğine yönelik karşılaşılabileceği sorunlar ve çözüm önerileri farklılaşmakla beraber konuya yönelik genel bir değerlendirme yapılması amaçlanmaktadır. Söz konusu değerlendirme, çalışmanın en başında çizilen etik yaklaşım doğrultusunda avukatın sosyal medyadaki paylaşımlarını “kişisel” ve “mesleki” olarak ayırmanın zorluğuna değinecektir. Bu zorluk özellikle reklam yasağı gibi denetlenmesi nispeten meşakkatli alanlarda daha da artmaktadır. Ancak her durumda kaygan bir zemin olan sosyal medyanın avukatlar özelinde kullanımına ilişkin bir rehber ihtiyacı olduğunun altı çizilecektir. Zira sosyal medyanın kendine özgü doğası, kendine özgü sorunları gündeme getirmekte ve ayrı bir düzenlemede bunlara dikkat çekilmesi olası ihlalleri azaltmak bakımından önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Avukatlık, Sosyal Medya, Meslek Etiği, Sır Tutma İlkesi, Reklam Yasağı.

AVUKATLIK VE ÖZERKLİK

Ar. Gör. Dr. Olcay KARACAN

Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı
ORCID: 0000-0003-0066-8097

ÖZET

Liberal düşünce geleneğinin temel taşlarından biri olan özerklik kişilerin akıl sahibi varlıklar oldukları için kişilerin kendi kendilerini yönetme ve kendi kararlarını verebilecek kapasiteye sahip oldukları anlayışına dayalıdır. Bu nedenle liberal gelenekte özerklik akıl sahibi varlık olmanın olmazsa olmazı olarak kabul edilmiştir.¹

Kişilerin kendi kendini yönetme ve kendi kararlarını verebilecek olmaları beraberinde başka insanlardan bağımsız birer kişi olmalarını gerektirmektedir. Ancak bağımsız kişi olmak her türlü etkileşime kapalı insanlardan ve ilişkilerden tamamen kopuk olmayı gerektirmemektedir.² Hatta diğer insanlardan bağımsız birer kişi olmak onlara karşı sorumluluk sahibi olunmadığı anlamına gelmemektedir. Aksine bu bağımsızlık kişilerin hem kendilerine hem de başkalarına karşı sorumluluklarını yerine getirebilmeleri için zemin oluşturmaktadır. Zira bağımsız kişi anlayışı başka insanların eklentisi veya uzantısı olmamayı beraberinde getirdiğinden kişilerin başka insanlardan bağımsız olmaları her bir kişinin kendi aklını kullanarak kendini yönetmesi ve kendi kararlarını vermeleri onların hem kendileriyle ilişkilerinde hem de başkalarıyla ilişkilerinde sorumluluk üstlenecek kapasiteleri oldukları anlamına gelmektedir. Diğer bir ifadeyle kişilerin başkalarından bağımsız bir varlık olması her bir kişinin kendi akli olduğu ve bu aklını kullanabilecek kapasitesi olduğu ön kabulüne dayanmaktadır. Ancak her insanda bu kapasitenin olması her insanın bu kapasitesini gerçekleştirdiği anlamına gelmemektedir. Kişilerin bu kapasitelerini gerçekleştirebilmeleri için kişilerin olayları, durumlar, sorunları vs. kendi perspektiflerinden değerlendirme sorumluluğu üstlenmeye istekli olmalarını gerektirmektedir. Oysa tahakküme dayalı ilişki ağları kişilerin dünyayı egemenlerin gözünden görmelerine neden olacağı için kişilerin özerklik kapasitelerinin artması için eşitliğe dayalı ilişkilerin kurulmasına ve sürdürülmesine ihtiyaç olduğu rahatlıkla ileri sürülebilir.

Elbette ki kişilerin olayları, durumları kendi akıllarını kullanarak kendi perspektiflerinden değerlendirme sorumluluğu üstlenmeleri her zaman kişilerin kendi çıkarlarını bir yana bırakarak onların objektif değerlendirme yapabilecekleri anlamına gelmemektedir. Ancak başka insanların eklentisi ve uzantısı olmadan veya onlarla özdeşleşmeden değerlendirme

¹ Jeremy Waldron, “*Moral Autonomy and Personal Autonomy*”, *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays* içinde, Edit, John Christman and Joel Anderson, Cambridge University Press, 2005, s. 314-316.

² Nadire Özdemir, “Aile Hukuku ve İlişkisel Özerklik”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015, s. 49.

sorumluluğu üstlenme isteği kişilerin dürüst birer insan olmalarına kapı aradığı için kişilerin objektif değerlendirme yapmasının önündeki engellerden birinin ortadan kalmasına neden olmaktadır. Bu doğrultuda kişiler olayları, durumlar, sorunları vs. kendi perspektiflerinden değerlendirme sorumluluğu üstlenmeye istekli oldukları takdirde onların kendilerine karşı dürüst olma ihtimalleri artacağı ileri sürülebilir. Ayrıca kişilerin kendilerine karşı dürüst olma ihtimallerinin artmasının beraberinde onların başka insanlara dürüstlüğü dayalı ilişki kurabilecekleri ileri sürülebilir.

Kişilerin kendilerine karşı dürüst olmaları onlara olayları durumları ve kişileri tarafsız değerlendirmelerine yer açmaktadır. Ancak burada taraflara eşit mesafede olma anlamındaki geleneksel tarafsızlık anlayışı yerine kişilerin önyargılarını ve kişisel tutumlarını bir yana bırakarak³ değerlendirmeleri anlamındaki tarafsızlıkla dürüstlük arasında ilgi kurulduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Kişilerin önyargılarını ve kişisel tutumlarını biryana bırakarak değerlendirme anlamındaki tarafsızlıkla avukatlar ile onların müvekkilleri arasında güvene dayalı bir ilişki kurulabilmesi bakımından özel bir önem arz etmektedir. Her şeyden önce avukatların olayları, durumları başkalarının eklentisi veya uzantısı olmadan, olaylarla ve kişiler ile özellikle de müvekkilleriyle özdeşlemeden özerk bir insan olarak değerlendirmeleri avukatların müvekkillerinin haklarını gereği gibi koruyabilmelerinin ilk adımı olduğu rahatlıkla söylenilebilir. Şöyle ki avukatlar savunmasını üstlendikleri davaları müvekkillerin pencerelerinden değerlendirmek yerine bu davaları önyargılarını ve kişisel tutumlarını biryana bırakarak değerlendirdikleri takdirde onların savunmasını üstlendikleri davalarda müvekkillerinin güçlü ve zayıf yönlerini gereği gibi anlayarak onları daha iyi savunabilme imkanı elde edebilirler. Dolayısıyla avukatların özerk birer insan olmalarının onların mesleklerini gereği gibi yapmalarına ortam hazırladığı rahatlıkla ileri sürülebilir.

Avukatların özerk birer insan olması her ne kadar onların mesleklerini gereği gibi yapmalarına ortam hazırlayıcı nitelikte olsa da avukatlar sadece müvekkilleriyle sınırlı olmayacak biçimde pek çok kişi tarafından onlar müvekkilleri ile özdeşleştirilmektedirler. Hatta bazen avukatların kendileri özerk birer insan olduklarının unutarak müvekkilleriyle özellikle hassasiyetleri olan konularla ilgili davalarda kendileri özdeşleşmektedirler. Ancak avukatların müvekkilleriyle özdeşleşmesi ve özdeşleştirilmesi yani avukatların özerkliklerin yok sayılması onların müvekkillerinin haklarını gereği gibi koruyabilmelerinin ilk adımını baltalamaktadır. Dolayısıyla avukatların özerkliklerin yok sayılmasından veya kendi özerkliklerini kendilerinin yok saymasında ilk önce avukatların haklarını savundukları kişiler yani onların müvekkilleri zarar görmektedirler.

Avukatın müvekkille özdeşleşmesi/özdeşleştirilmesi onların müvekkillerinin haklarını gereği gibi koruyacak biçimde savunma hazırlanmasının daha ilk adımını baltaması müvekkillere hak kayıpları olarak dönmesinin yanı sıra avukatın bir kişi olarak kabul

³ Gülriz Uygur, "Hukukta Adaletsizliği Görmek", Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013, s. 168-170.

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

edilmemesi anlamına da gelmektedir. Oysa avukatlarda sadece birer hukukçu değil aynı zamanda birer kişidirler.

Avukatların özerk bir insan olmaları işlerini adaletin gereklerine uygun biçimde yapabilmelerine ön açıcı nitelikte olsa da avukatlar kendiliklerinden özerk birer insan haline gelememektedirler. Elbette her insan gibi avukatlarda da başkalarının eklentisi veya uzantısı olmadan başkalarından bağımsız birer kişi olma kapasitesi bulunsa da onlarda bu kapasitelerini her zaman kendi kendilerini gerçekleştiremezler. Avukatlarda her insan gibi tahakküme dayalı ilişki ağları kişilerin dünyayı egemenlerin gözünden görme tehlikesi altındadırlar. Bu nedenle onların da özerklik kapasitelerinin artması için eşitliğe dayalı ilişkilerin kurulmasına ve sürdürülmesine ihtiyaç duydukları söylenebilir.

Yukarıda da belirtildiği gibi özerk bir kişi olmak her türlü etkileşime kapalı insanlardan ve ilişkilerden tamamen kopuk olmayı gerektirmemektedir. Bu noktadan yola çıkıldığında geleneksel liberal özerklik anlayışının yerine günümüzde yeni geliştirmeye başlayan tahakküme dayalı ilişkileri dışlayan ancak eşitlikçi ilişki kurmaya ve sürdürerek kişilerin ahlaki kapasitelerini geliştirmeye yönelik yeni bir özerklik anlayışı olan ilişkiyel özerklik anlayışının⁴ avukat müvekkil ilişki bakımından da üzerinde düşünölmeye değer olduğu ileri sürölebilir.

Anahtar Kelimeler: Avukatlık, Özerklik, Bağımsızlık, Müvekkil, Özdeşleşme.

⁴ John Christman, “Relational Autonomy, Liberal Individualism and the Social Constitution of Selves”, *Philosophical Studies*, Volume, 117, 2004, s. 144-146.

ACIK ARTIRMA SONUCU SATIŞIN GERÇEKLEŞTİRİLEMESİ VE SONRASINDA İZLENECEK PROSEDÜR

Doç. Dr. Emel HANAĞASI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-2267-30337

ÖZET

24.11.2021 gün ve 7343 sayılı “İcra ve İflâs Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile İcra ve İflâs Kanunu’nun (İİK) yirmi sekiz maddesi değiştirilmiş, beş maddesi yürürlükten kaldırılmış ve Kanuna Geçici Madde 18 eklenmiştir. Cebrî icra sistemimizin etkinliğini artırmaya yönelik birçok değişikliği barındıran bu Kanunun öngördüğü değişikliklerin önemli bir bölümü haciz yolu ile takiplerde paraya çevirme hükümlerine ilişkindir. Bilindiği üzere, 02.07.2012’de, 6352 sayılı Kanunla İİK’nda yapılan değişiklikle, fiziki ortamda gerçekleştirilen cebrî satışa ilişkin mevcut sisteme elektronik ortamda teklif verme olanağı entegre edilmiştir. Bu değişiklik sonrasında elektronik ortamda başlayan açık artırma, fiziki ortamda verilen teklifle sona ermektedir. Bununla birlikte, işbu değişiklikler cebrî icra organları ile alacaklı ve borçlunun beklentilerini karşılamadığı gibi, yeni sorunları da ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle kanun koyucu, karma usulün terk edilmesi ve cebrî satışların tamamen elektronik ortamda yapılması amacıyla İİK’na 111/b maddesini eklemiştir. Anılan bu madde, hacizli malın takip ekonomisine uygun işlemlerle, en yüksek bedelle satılmasına, tüm ilgililerin hukuki yararının korunmasına ve uygulama birliğinin sağlanmasına yönelik ayrıntılı kuralları içermektedir. Bu kapsamda haczolunan tüm mallar için açık artırmanın bütünüyle UYAP sistemine dahil edilmesi ve Elektronik Satış Portalı üzerinden yapılması kabul edilmiştir. Bu temel sistem değişikliğinin bir gereği olarak, taşınır ve taşınmazların satışı ile ilgili İİK m. 114, 115 ve 129’da da önemli değişiklikler yapılmış ve taşınır ve taşınmazların satışı arasındaki bu açıdan farklılık ortadan kaldırılmıştır. Artırmaya hazırlık tedbirleri de taşınır ve taşınmazlar bakımından yeniden düzenlenerek, ikisi de yeknesak hâle getirilmiştir (m. 114, 126). Ayrıca, bu çerçevede yapılacak satış işlemlerinin yürütülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemek amacıyla, “İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yönetmelik (bkz. RG 08.03.2022, sa. 31772)” ile “Satış Giderleri Tarifesi (bkz. RG 08.03.2022, sa. 31772)”de 08.03.2022’de yürürlüğe girmiştir. Kanun’un 111/b maddesi hükmünün uygulanmasına, Adalet Bakanlığınca belirlenen il veya ilçelerde, işbu Yönetmeliğin ve Tarifenin yürürlüğe girdiği tarihten (08.03.2022’den) itibaren başlanmış olup, değişiklikler, 08.03.2023 itibariyle ülke genelinde uygulanacaktır (Geçici m. 18, II).

7343 sayılı Kanun ile cebrî satış sistemimizde öngörülen bu köklü sistem değişikliği, Kanun’un ilgili düzenlemeleri arasındaki bazı çelişkiler, anlamı belirsiz yeni kavramlar ya da

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

düzenleme boşlukları nedeniyle kimi soruları da beraberinde getirmektedir. İşbu Tebliğ, bu sorulardan sadece kanunî süresi içinde satış talep edilmiş olmasına rağmen satışın gerçekleştirilememesi durumunda ortaya çıkan sorulara odaklanmaktadır. Belirtelim ki, “satışın gerçekleştirilememesi” ifadesi, birçok farklı olasılığı bünyesinde barındırmaktadır. Zira asgari ihale bedelinin teklif edilmemesi/artırmada alıcı çıkmaması nedeniyle ihalenin yapılamaması (114, VI/10; 115, VII), en yüksek teklif verenin ihale bedelini yatırmaması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi (m. 114, VI/10; 115, VII), ihale konusu malın teslim edilemeyeceği veya teslim hazır hale getirilemeyeceği durumlarda ihalenin iptal edilmesi (m. 134, IX) veya ihalenin feshedilmesi (m. 134), satışın gerçekleştirilememesi sonucunu doğurmaktadır. İşaret edilen bu her bir durum, doğaları gereği, sonuçları, takibe etkileri ve mahcuz malın satış bakımından farklı çözümleri gerektirmektedir.

Kanun’da, birinci açık artırmada asgari ihale bedelinin teklif edilmemesi nedeniyle ihale yapılamazsa veya en yüksek teklif verenin ihale bedelini yatırmaması sebebiyle ihale iptal edilecek olursa ikinci artırmanın ilk açık artırmadaki şartlar çerçevesinde daha önce ilan edilen tarihte yapılacağı öngörülmüştür (m. 114, VI/10; 115, VI; 129). Bununla birlikte, ikinci açık artırmada aynı gerekçelerle ihalenin yapılamaması veya iptal edilmesi durumunda ne olacağı açıkça düzenlenmemiştir.

Kanun’un 115. maddesinin yedinci fıkrasında, artırmada alıcı çıkmaması veya ihalenin yapılabilmesi şartlarının gerçekleşmemesi durumunda (-ki dikkat edilecek olursa ihale bedelinin ödenmemesi nedeniyle veya ihale konusu malın teslim edilemeyeceğinin ya da teslim hazır hale getirilemeyeceğinin anlaşılması durumunda ihalenin iptal edilmesi olasılıkları buraya dahil değildir), alacaklının, önceki satış talebinden (m. 106, I) kalan satış isteme süresi içinde “satış günü verilmesini talep edebileceği” düzenlenmiştir. Zira satış isteme süresi satış talebiyle birlikte duracak ve duran bu süre ihalenin yapılamadığına veya iptal edildiğine ilişkin tutanak tarihinden itibaren kaldığı yerden işlemeye başlayacaktır. Anlaşılan odur ki, işaret edilen bu olasılıklarda satış talebi “düşmeyecek”, başka bir anlatımla alacaklının “yeni bir satış talebi”nde bulunması gerekmeyecektir. Bununla birlikte, Kanun’un 106. maddesinin ikinci fıkrasında, bir yıllık süre içinde satış istenip de artırma sonucu satışı gerçekleştirilemeyen mahcuz hakkında satış isteme süresinin, satış isteyen alacaklı bakımından bu bir yıllık sürenin sona ermesinden itibaren bir yıl daha uzayacağı öngörülmüştür. Satış talep etme süresini borçlu aleyhine uzatan ve bu nedenle, kanaatimce borçlunun hacizli malları üzerindeki mülkiyet hakkı bakımından tartışmalı olan bu düzenlemenin işlerlik kazanabilmesi için, “satışın gerçekleştirilememesi” gerekli ve yeterlidir. Başka bir anlatımla, ilgili düzenlemede, m. 115, VII hükmünden farklı olarak, satışın gerçekleştirilememesi sonucunu doğuracak belirli bir sebebe işaret edilmemiştir. Birbiriyle çelişir görünen bu iki hükmü (m. 106, II; 115, VII) nasıl telif etmek gerektiği, üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur. Zira kanun koyucu, kimi durumlarda “satış günü verilmesi talebi”nden, kimi durumlarda ise, “satış talebi”nden söz etmektedir. “Satış günü verilmesi talebi”, “ihalenin iptali” kavramı (m. 114, VI/10; 115, VI) gibi, cebrî satış sistemimizde yeni bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kavramın hukuki niteliği, uygulanma alanı ve usulü açıklığa kavuşturulmalıdır. Zira Kanun’un bu kavramın yer aldığı 115. maddesi hükmü, m. 150/g’de yapılan atıfla rehnin paraya

çevrilmesi yoluyla takiplerde de uygulanma kabiliyetine sahiptir. Hal böyleyken gerek Kanun, gerek ilgili Yönetmelikler söz konusu talebin hangi usulle gerçekleştirileceği, bu talep üzerine artırma hazırlık işlemlerinin (m. 115) tekrarlanıp tekrarlanmayacağı gibi konularda hiçbir düzenlemeyi içermemektedir.

Aynı şekilde, 7343 sayılı Kanun değişikliğinden sonra, kanaatimce birinci ya da ikinci açık artırmada gerçekleştirilen ihalenin, Kanun'un 134. maddesi hükmü çerçevesinde feshedilmesi durumunda da mahcuz malın yeniden satışı usulüne ilişkin bazı belirsizliklerin varlığından söz etmek mümkündür. Zira ihalenin feshi durumu da, “satışın gerçekleştirilemediği” durumlardan birine vücut verip, bu halde alacaklının, yeni bir satış talebinde mi bulunacağı, yoksa bir yıllık satış isteme süresinden (m. 106, I) kalan süre mevcutsa bu süre içinde kendisine satış günü verilmesini mi talep edeceği belirsizdir.

İşte işbu Tebliğ ile, tüm bu sorular, 7343 sayılı Kanun değişiklikleriyle güdülen temel amaçlar ve yerleşmiş cebrî satış pratiğimizden hareketle, fakat cebrî satışın teorik temelleri ve bu kuruma egemen temel ilkeler de göz ardı edilmeden tartışılmaya ve cevaplanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Satışın Gerçekleştirilememesi, Satışın İptali, Satış İsteme Süresi, Satış Günü Verilmesi, Satış Talebi.

İHALENİN FESHİ HAKKINDA GÜNCEL BAZI SORUNLAR

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa GÖKSU

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0003-3414-1699

ÖZET

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 134'üncü maddesinde düzenlenmiş olan ihalenin feshi kurumu, Kanunun ilk hazırlanmasından günümüze kadar çok defa değişikliğe uğramış ve nihayet 2021 tarihli ve 7343 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile son şeklini almıştır. Kanun koyucu, bahsi geçen 134'üncü madde düzenlemesi ile, cebri satışlarda satış talebinin yapılmasından, ihale kararının verilmesine kadar geçen süreçte ortaya çıkabilecek usulsüzlükler sebebiyle sakatlanmış olması halinde ihalenin ortadan kaldırılabilmesi için, ihalenin feshi kurumunu düzenlemiştir. Ancak ihalenin feshi kurumunun hukuki niteliğinden başlayarak sonuçlarına kadar hemen her boyutunda ciddi bazı sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu durum, kurumun adında dahi kendisini göstermektedir; zira ihalenin feshi ile kastedilen ihalenin feshedilmesi değil, iptal edilmesidir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun m. 134/II hükmüne göre, ihalenin feshi şikâyet yoluyla icra mahkemesinden istenebilir. Bu bağlamda birinci sorun, ihalenin feshi kurumunun hukuki niteliği hakkında ortaya çıkmaktadır. Kanunda da ifade edildiği üzere, ihalenin feshi incelemesi, şikâyet prosedürü ile gerçekleştirilir. Oysaki bizzat şikâyet prosedürünün kendisinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Şikâyetin her ne kadar bir dava olmayıp, icra ve iflas hukukuna has bir hukuki çare olduğu uygulama ve öğretide büyük ölçüde kabul ediliyor olsa da Anayasa Mahkemesi son dönemlerde verdiği kararlarda meseleye özellikle adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkı boyutundan yaklaşmakta ve şikâyet kurumunu bir dava gibi görmektedir. İhalenin feshi ise her ne kadar şikâyet prosedürüne atıf yapılarak düzenlenmiş olsa da bu konuda Kanunda ayrı bazı usul hükümleri de bulunmaktadır. Ancak bu hükümlerin varlığı da çoğu zaman yargılamanın nasıl yapılacağına tam olarak ışık olamamakta, örneğin ön inceleme duruşmasının yapılıp yapılmayacağı gibi hususlar Yargıtay kararlarına konu olabilmektedir.

Kurumun hukuki niteliği ile bağlantılı olarak diğer bir sorun de yargılama sonunda verilecek olan kararların nasıl bir etki yaratacağı hakkındadır. Yargıtay içtihatları ve öğretide genel kabul gören görüşe göre, ihalenin feshi yönündeki kararlar, kesinleşmeleri üzerine inşâî bir etki ortaya çıkarırlar ve ilgili herkes bakımından bağlayıcı olurlar. İhalenin feshinin reddi yönündeki kararların etkisi hususu ise tartışmalıdır. Öğretide, bu yöndeki kararların ihalenin feshinde taraf olarak gösterilmiş kişiler bakımından maddi anlamda kesin hüküm oluşturacağı ifade edilmişse de hem şikâyet kurumunun hukuki niteliği hem de şikâyet yargılamasında aslında gerçek anlamda taraf kavramının bulunmuyor olması karşısında mesele tartışılmaktadır.

Bu bağlamda diğer önemli bir sorun da ihalenin feshinin taşınmazın mülkiyetinin geri döndürülebilmesi için zaruri olup olmadığı hususudur. Yargıtay önceki yıllarda verdiği kararlarda ihalenin kaynağını oluşturan icra takibi herhangi bir nedenle sakatlığa uğramışsa bile, ihale ihalenin feshi yoluyla iptal edilmedikçe taşınmaz maliki olan borçlunun tapu iptal ve tescil davası açma hakkını kabul etmiyordu. Ancak son yıllarda Hukuk Genel Kurulu da dahil olmak üzere Yargıtayca verilen kararlarda, ihale feshedilmeden, ihalenin feshi için hakkındaki hak düşürücü süreler geçmiş olsa bile, taşınmazın (eski) maliki olan borçlunun mülkiyet hakkının ihlalden hareketle, borçluya ve hatta zaman zaman diğer bazı ilgililere (örneğin aile konutu bakımından eş) tapu iptal ve tescil talebi hakkı tanındığı görülmektedir. Bu konunun mutlaka açıklığa kavuşturulması gerekir; zira bu yaklaşım, ihale alıcısı bakımından ciddi bazı hak kayıplarına yol açabilmektedir.

İhalenin feshi kurumu ile ilgili olarak diğer bir sorun da kimlerin ihalenin feshini isteyebilecekleridir. 1988 yılında, 3494 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, kimlerin ihalenin feshini talep edebilecekleri bağlamında sınırlı sayı prensibine geçilmiştir. Bahsi geçen bu sayma, 7343 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle son şeklini almıştır. Buna göre ihalenin feshini (Türk Borçlar Kanunu'nun 281 inci maddesinde yazılı sebepler de dâhil olmak üzere) yalnız satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı aynı hak sahipleri ile pey sürmek suretiyle ihaleye katılanlar isteyebilirler. Bu sayma, aslında iki amaca hizmet etmektedir: Bunlardan birincisi hemen az önce ifade ettiğimiz üzere ihalenin feshini isteyebilecek kimselerin, kötüniyetli taleplerin önüne geçilmesi amacıyla sınırlandırılması, ikincisi ise özellikle 7343 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler ile belirgin hale geldiği üzere ihalenin feshini isteyebilecek kimselerin sınıflandırılmasıdır. Bu tür bir sınırlandırma ve sınıflandırma ise beraberinde bazı sorunları getirmektedir. Öncelikle, 3494 sayılı Kanunun düzenlemesinden beri alacaklılar içinde sadece satış isteyen alacaklıya bu hakkın tanındığı görülmektedir. Bu husus öğretilde, ihale konusu mala haciz koydurmuş diğer alacaklıların da hukuki yararları olması koşuluyla ihalenin feshini isteyebilmeleri gerektiği yönünde haklı olarak eleştirilmektedir. Bunlardan taşınmaz haczi sahipleri, daha önce tapu sicilindeki ilgili sıfatıyla ihalenin feshini isteyebiliyorlar; taşınır haczi sahipleri ise sadece pey sürmek suretiyle ihaleye katılırlarsa bu haktan yararlanabiliyorlardı. 7343 sayılı Kanun ile tapu sicili yerine resmî sicil kavramı getirildiği için en azından bu bağlamda bir genişleme olduğu görülmektedir. Fakat resmî sicile kayıtlı olmayan taşınır mallar bakımından aynı sorun devam etmektedir.

İhalenin feshini isteyebileceklerin sayılması esası ikinci olarak, bu kimseler arasında bir sınıflandırma yapılmasına imkân sağlamaktadır. Zira özellikle 7343 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle, ihalenin feshini isteyen kimsenin, taşıdığı sıfatla bağlantılı olarak çok önemli bazı teminat, harç ve ceza farklılıklarının yaratıldığı görülmektedir. Bu durum hak arama hürriyeti ile bağlantılı olarak önemli bazı sorunlara yol açabilir. Hüküm çerçevesinde “satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ve sınırlı aynı hak sahipleri” ile “pey sürmek suretiyle ihaleye katılanlar” arasında önemli bir fark yaratılmıştır. Buna göre, teminat ve harç yükümlülükleri ile işin sonunda verilecek olan ceza bakımından, pey sürmek suretiyle ihaleye katılanlar, diğer gruptan daha ağır yükümlülüklerle tabi tutulmuşlardır. Bu da ihalenin feshini isteyebilecek kimseler bakımından bir eşitsizlik yaratmaktadır. Burada özellikle ihale

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

alıcısı zikredilmelidir. Kanun koyucu ihale alıcısını doğrudan saymadığı için, ihale alıcısı ihalenin feshini sadece pey sürmek suretiyle katılan sıfatıyla isteyebilmekte; bu da onu teminat ve daha da önemlisi yüksek miktarda peşin harç yatırma zorunluluğu ile karşı karşıya bırakmaktadır. Burada özellikle harç meselesi tartışılmaya değerdir. Hükümde zikredilen nispi harç, karar ve ilam harcıdır. İhalenin feshinde ihale alıcısı da (ve hatta taşınır haczi sahibi alacaklar pey sürmüşse onlar da) dahil olmak üzere pey sürerek ihaleye katılanlar, Harçlar Kanunu uygulamasından farklı olarak nispi şekilde ve yine normalden farklı oranda (yüzde elli) peşin harç yatırmak zorundadır. Yine Harçlar Kanunu uygulamasından farklı olarak, talebin reddi halinde harç maktuya dönüşmemekte ve harcın geri kalanı da kendilerinden tahsil edilmektedir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla Türk hukukunda başka bir örneği bulunmayan bu durum, hak arama hürriyetini zedeler niteliktedir. Bu şekilde alınacak bir harç, kanaatimizce cezai niteliktedir. Buna ek olarak bir ceza hükmünün de düzenlenmiş olması akla hemen aynı suçtan iki kere cezalandırmayı yasaklayan *ne bis in idem* ilkesini getirmektedir. Bu bağlamda harç ve ceza meselesinin mutlaka yeniden gözden geçirilmesi elzemdir.

Anahtar Kelimeler: İhalenin Feshi, Cebri Satış, Maddi Anlamda Kesin Hüküm, Hak Arama Hürriyeti, İcra ve İflas Hukuku.

7343 SAYILI KANUN İLE HUKUKUMUZA GİREN YENİ BİR MÜESSESE: BORÇLUYA RIZAÎ SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİ VE İİK’NUN 111/A MADDESİNE ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

Ar. Gör. Dr. Hikmet BİLGİN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı
ORCID: 0000-0002-6985-4958

ÖZET

7343 sayılı Kanun ile birlikte takip hukukuna getirilen yeniliklerden birisi de ihale konusu malın açık artırmaya girmeksizin rızaî satışı amacıyla borçluya yetki verilebilecek olmasıdır. İcra ve İflâs Kanunu’nun 111/a maddesinde düzenlenen ve ihale konusu malın rızaî satışı için borçluya yetki verilmesini öngören prosedür, açık artırma yoluyla yapılan satışlarda uygulamada ortaya çıkan birtakım dezavantajların giderilmesine yönelik alternatif bir satış yöntemi olup, ihalenin feshi yoluna gidildiği takdirde yargılama boyunca karşı karşıya kalınan ve ekonomik hayatın gerçekleriyle örtüşmeyen olumsuz gelişmelerin bertarafı için olumlu ve faydalı bir yöntem olarak değerlendirilmektedir. Ancak kanun koyucunun, İİK m. 111/a hükmünü düzenlerken bazı noktalarda eksik ve yetersiz kaldığını söylemek de mümkündür.

İlk olarak, İİK m. 111/a hükmü bakımından taşınır/taşınmaz mal ayrımının yapılmamış olması eleştiriye açıktır. Zira gerek haciz gerekse satış aşamalarında taşınır ve taşınmaz malların ayrı hükümlere tâbi tutulmuş olmasının yanı sıra, taşınır ve taşınmaz mallar açısından özellikle ihale sürecinde ortaya çıkan belirgin farklılıklar kanun koyucu tarafından rızaî satış açısından da gözetilmesi gerekirdi. Yine aynı düzenlemede, takip alacaklısının onayı olmaksızın borçluya satış yetkisinin verilmesi bazı sorunlara yol açma potansiyeli taşımaktadır. Bu bağlamda, takip alacaklılarının rızası olmaksızın borçluya satış yetkisinin verilmesi ve borçlunun kendi imkanlarıyla bulacağı istekli bir alıcıya mahcuz malın satışını yasal koşulları dahilinde gerçekleştirmesi hâlinde takip alacaklılarının zarara uğraması kuvvetle muhtemeldir. Zira, özellikle muhammen bedelinin oldukça üstünde bir meblağa satılabilecek türden mahcuzların, sadece muhammen bedelinin %90’ı ile satışına onay verilmesi, alacağı, mahcuzun muhammen bedelinden çok daha yüksek alacaklıların zararına olacaktır. Bu sebeple, borçluya İİK m. 111/a gereğince satış yetkisinin verilebilmesi için haciz sahibi bütün takip alacaklılarının onayının da alınması gerekli bir koşul olarak kanunda düzenlenmeliydi.

Öte yandan kanun koyucunun, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla yapılacak olan takiplerde takip borçlusuna; iflâs yolunda ise müflise bizzat satış yetkisinin verilmesine ilişkin açık bir düzenleme sevk etmemiş olması da eleştiriye açık bir diğer husus olarak göze çarpmaktadır. Halbuki özellikle rehnin paraya çevrilmesine ilişkin takiplerde İİK m. 111/a hükmü uygulanarak borçluya rızaî satış yetkisi verilmesinin faydalı sonuçlar doğuracağı

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

düşünülmektedir. Bu bağlamda, her ne kadar İcra ve İflâs Kanunu'nun 150g maddesinde 111/a maddesine atıfta bulunulmamış olsa da, doktrinde İİK m. 111/a hükmündeki “*Bu madde uyarınca yapılacak satışlar hakkında niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu Kanunun diğer hükümleri uygulanır*” ifadesinden hareketle, rehinli malın borçlusuna dahi satış yetkisi verilebileceği; kanun koyucunun 111/a maddesine gönderme yapmayı unuttuğu ve bu hususta bilinçli bir susmadan söz edilemeyeceği belirtilmektedir. Dolayısıyla İİK'nun 150g maddesiyle bir gönderme yapılmamış olmasından dolayı, 111/a maddesindeki “*haczedilen malının*” ifadesinden, yalnızca hacizli malların anlaşılması gerektiği yönündeki İstanbul BAM 21. Hukuk Dairesi'nin 10.05.2022 tarihli ve E. 2022/1672, K. 2022/1486 sayılı kararında varılan sonucun tartışmaya açık olduğu görülmektedir. Rızaî satış yetkisinin mümkün mertebe geniş alanda uygulanabilmesi ve taraf menfaatlerinin azami ölçüde korunabilmesi için borçluya satış yetkisi verilmesinin rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takipler hakkında da uygulanması gerekir.

Ayrıca İİK m. 111/a hükmündeki imkândan yararlanabilmek için borçlunun, mahcuz malın kıymet takdirinin kendisine tebliğinden itibaren yedi günlük hak düşürücü süre içerisinde icra dairesine başvurması ve icra müdürünün de bu süreye uyulup uyulmadığını resen gözetmesi gerektiği düşünülürse, bu sürenin başlangıcında esas alınan kıymet takdiri prosedürünün de taşınır ve taşınmaz mallar açısından ayrı ayrı tartışılmasında yarar vardır. Bu bağlamda, borçluya satış yetkisi verilmesinde ilk satış talebinden önce kesinleşen kıymet takdirinin mi esas alınacağı, yoksa daha sonra vuku bulan satış taleplerinde dahi borçluya yetki verilip verilemeyeceği sorunu açıklığa kavuşturulmalıdır. Yine, henüz kıymet takdiri kesinleşmeden borçlu rızaî satış talebinde bulunursa ve fakat şikayet yoluna gidilmesi üzerine kesinleşen kıymet takdirine göre malın değerinin borçluya bildirilenden çok daha düşük ya da yüksek çıkarsa, borçlunun rızaî satış talebinin hangi bedel üzerinden işleme alınacağı (yahut bu talebi geri alıp alamayacağı) hususu da belirsizdir. Keza, taşınmazlar bakımından iki kez kıymet takdiri yapılan hâllerde borçlunun, ilk kıymet takdirinden sonra süresi içinde rızaî satış yetkisi talebinde bulunmayıp, ikinci kez yapılan kıymet takdiri üzerine yeniden rızaî satış yetkisi verilmesini talep edip edemeyeceği noktasındaki belirsizliğe de işaret edilmelidir. Kanımızca bu soruları yanıtlarken İİK m. 111/a hükmünün ihdasındaki temel gayeyi göz önüne alarak hareket edilmelidir. Yani borçlunun, mahcuz malın paraya çevrilmesi için kendisine rızaî satış yetkisi verilmesi yönündeki talebinin, borçlu ile birlikte takip alacaklılarının menfaatlerini dengeleyecek şekilde mümkün mertebe kabul edilmesi ile, mahcuz malın olabildiğince hızlı ve açık artırma yöntemine oranla yüksek bir bedelle satılabilmesinin önünü açmak gerektiği kanısındayız. Hatta birden çok icra takibinden ötürü aynı mala birden çok haciz konulduğu hâllerde de, her bir icra takibi birbirinden bağımsız olduğundan, hangi icra takibinde yapılan kıymet takdiri kesinleşirse, borçlunun, o takibin yapıldığı icra dairesine rızaî satış yetkisi verilmesi talebinde bulunabileceği söylenebilir. Buradan hareketle, hacze iştirak sebebiyle sıra cetveli düzenlenen hâller haricinde borçlunun, rızaî satış yetkisi verilmesi talebini mutlaka ilk haczin yapıldığı icra dairesine yöneltmek zorunda olduğu sonucuna varılmamalıdır.

Yine, İİK m. 111/a doğrultusunda yapılan rızaî satış işleminin iptali için tüm ilgililerin İİK m. 134 hükmünden ayrı olarak şikayet yoluna başvurmasını mümkün kılan bir düzenlemenin kanuna eklenmesi gerektiği görüşündeyiz. Zira haciz sahibi takip alacaklılarının,

borçluya rızaî satış yetkisi verilmesinin iptalini şikâyet yoluyla isteyebilmesine engel teşkil edebilecek herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığı söylenebilir. İcra mahkemesinin rızaî satış talebi hakkındaki kararının, verildiği anda kesinleşen bir karar olması, bu incelemenin şeklen yalnızca rızaî satışın yasal şartlarına uyulup uyulmadığı hususuyla sınırlı olmasından dolayıdır. Olması gereken hukuk açısından konuya yaklaşıldığında, haciz koyduran takip alacaklılarının dahi, borçluya verilen rızaî satış yetkisini İİK m. 16'ya istinaden genel çerçevede şikayet kurumu ile iptalini isteyebilmesi gerektiği söylenebilir. Öte yandan, icra mahkemesince rızaî satış konusunda verilen kabul veya ret yönündeki kararlara karşı kanun yolunun kapalı olmasını ve bu kararların üst derece yargı yerinin denetiminden ayrık tutulmasını ise, hak arama hürriyeti (AY m. 36; AİHS m. 6) açısından isabetli görmediğimizi belirtmeliyiz. Her ne kadar yukarıda zikredilen istinaf mahkemesi kararında değinildiği gibi, icra dairesinin borçlunun rızaî satış talebini reddetmesi üzerine, bu ret işlemine karşı şikayet yoluna gidildiğinde İİK'nun 363. maddesine göre icra mahkemesinin verdiği karar kesin olmasına rağmen, İİK'nun 111/a maddesinin öngördüğü yeni uygulamanın mümkün mertebe işletilebilmesi için rızaî satışın reddine ilişkin icra mahkemesi kararlarının da kanun yolu denetimine açılması gerektiği söylenebilir.

Anahtar Kelimeler: Borçluya Rızaî Satış Yetkisi Verilmesi, Rızaî Satış Talebi, Kıymet Takdiri, Açık Artırma.

BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİNE İLİŞKİN HÜKMÜN (İİK m. 111/A) REHNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ YOLUYLA TAKİPTE UYGULANABİLİRLİĞİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

Ar. Gör. İsmail AYDIN

Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı
ORCID: 0000-0002-3453-8410

ÖZET

7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 12. maddesi ile İİK'na “*Borçluya satış yetkisi verilmesi*” başlığını taşıyan 111/a maddesi eklenmiştir. Buna göre, takip borçlusu, haczedilen malının açık arttırma yoluyla satışı yerine malın satılması için kendisine yetki verilmesini talep edebilmektedir. Bu madde ile haczedilen malın hem alacaklı hem borçlunun menfaatine uygun olacak şekilde yüksek değerde ve kısa süre içerisinde satılması ve elde edilen miktardan borcun ödenmesini sağlamak amaçlanmıştır.

Borçlunun, haczedilen malına ilişkin kıymet takdirinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde icra dairesine başvurması halinde kıymet takdirinin kesinleşmesi ile birlikte icra müdürü, satış işlemlerini durdurarak borçluya on beş günlük bir süre verir. Bu on beş günlük süre içerisinde malın muhammen bedelinin yüzde doksanına karşılık gelen bedeli ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu bedel ve takip masrafları toplamından az olmamak kaydıyla tespit edilen bedelin malı almak isteyen kişi tarafından icra dairesinin hesabına yatırılması gerekmektedir (İİK m. 111/a, II, III). İcra müdürü, malın bedelinin icra dairesi hesabına yatırılmasından sonra satışın onayı ve malın teslimine ilişkin işlemlerin yapılmasına dair kararın verilmesi için dosyayı icra mahkemesine gönderir. İcra mahkemesi, hükümde belirtilen şartların varlığını tespit ettiği takdirde talebin kabulü ile malın devir ve teslimine ilişkin işlemlerin yapılmasını karar verir.

İnceleme konumuz 111/a maddesi, İİK'nun “Dördüncü Bap” olan “Haciz Yolile Takip” başlığı altında yer almaktadır. Buna göre, borçluya satış yetkisi verilmesine dair hükmün uygulama alanının haciz yoluyla takipler (genel haciz yoluyla takip, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip, para alacaklarına ilişkin ilamlı icra yoluyla takip) olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplere rehinli malın satışına dair bu hükmün uygulanmayacağı ileri sürülebilir. Ayrıca rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte rehinli malın satışına ilişkin İİK'nun 150/g maddesinde hangi hükümlerin kıyasen uygulanacağı ifade edilmiş olup sayılan maddeler arasında m. 111/a hükmü bulunmamaktadır.

Nitekim bölge adliye mahkemesi tarafından verilen bir kararda, “...*Maddede düzenlenen borçluya satış yetkisi verilmesi imkânının haciz yolu ile satışına karar verilen taşınmazlar için mümkün olduğu, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan takiplerde, ipotekli taşınmazlar için bu madde gereğince talep de bulunulmasının mümkün olmadığı...*” ifade edilmiştir¹.

Doktrinde de bu konu hakkında tartışmalar mevcuttur. Bir görüşe göre, İİK'nun 150/g maddesinde kıymet takdirine ilişkin İİK'nun 128/a maddesine atıf yapıldığından borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin hüküm rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte de uygulanabilir. Bu görüşe göre, İİK'nun 111/a maddesinde satış talebi öncesi veya sonrası gibi bir ayırım yapmaksızın “*kıymet takdirinin tebliğinden itibaren*” şeklinde bir ifade kullanıldığından İİK'nun 128. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen kıymet takdiri için de geçerli kabul edilmelidir. Bu sebeple de borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin hüküm, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte de uygulanmalıdır. Söz konusu görüşe katılmamız mümkün değildir. Çünkü İİK'nun 111/a maddesinde açıkça “*haczedilen maldan*” söz edilmektedir. İİK'nun 128. maddesinde de kıymet takdiri yapılıyor olması borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin hükmün uygulanabilmesinin mümkün olması için yeterli sayılmamalıdır.

Doktrinde başka bir görüşe göre ise, İİK 'nun 150/g maddesinde yapılan atıflar arasında 111/a maddesi yer almadığından borçluya satış yetkisi verilmesi, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte uygulanmayacaktır.

İcra ve iflas hukukunun amacı, borçlunun varsa parası yoksa malvarlığının haczedilerek satışının yapılması ile alacaklının alacağına ödenmesidir. Bu kapsamda, alacaklıya borçlunun malvarlığının mülkiyetinin geçirilmesi söz konusu değildir. Aynı husus rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte de geçerlidir. Alacaklı, borcun ödenmemesi halinde rehinli malı mülkiyetine geçiremeyecek olup (*lex commissoria* yasağı) rehinli malın satılmasından elde edilen miktarla alacağını tatmin edecektir. Ancak, 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda rehinli taşınır malın mülkiyetinin devrini talep edebilmektedir. Burada, alacaklının malın mülkiyetinin geçirilmesini isteme hakkı, sözleşmeye değil kanun hükmüne dayandığından *lex commissoria* yasağı kapsamında kalmamaktadır.

Hem haciz yoluyla takipte hem rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte satış talebinden sonraki aşamalar benzerlikler göstermektedir. Her iki takip türünde de açık arttırma suretiyle satış yapılmaktadır. Bu nedenle yalnızca hacizli mallar için borçluya satış yetkisi verilmesi iki takip türündeki borçlular bakımından hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkarmaktadır. Alacaklı alacağını rehinle teminat altına alarak aslında daha kötü bir duruma sevk edilmiş olmaktadır. Her ne kadar rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte rehinle teminat altına alınan miktardan daha aşağı satılmayacak ise de malın değeri rehinle teminat altına alınan miktardan yüksek olabilir. Bu durumda malın satışı için rüçhanlı alacağın karşılanması yeterli olduğundan borçlunun menfaatine aykırı olacak şekilde mal daha düşük değerinde satılmış olacaktır. Borçluya satış yetkisi verilmiş olsaydı borçlu, rüçhanlı alacak miktarından daha yüksek bedelde malını satacak, böylece hem alacaklının alacağını ödemiş olacak hem de fazla miktarı kendine

¹ İst. BAM, 21. HD, T. 10.05.2022, E. 2022/1672, K. 2022/1486 (LegalBank).

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

alabilecektir. Yahut o rehinli mal üzerinde başka dosyalardan konulmuş hacizler var ise rüçhanlı alacaktan arta kalan miktar diğer alacaklılara paylaşılabilir.

Sonuç olarak bakıldığında, her iki takip türünde alacaklı ve borçlunun menfaati aynı yönde olmasına rağmen yalnızca hacizli mallar bakımından borçluya satış yetkisi verilmiş olması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Ancak bu eşitsizliğin ortadan kaldırılması kanuni bir düzenleme ile yapılmalıdır. Nitekim yorum yoluyla borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin hükmün uygulama alanı genişletilmemeli, alacaklı ve borçlunun mülkiyet hakkına zarar verilmemelidir. İİK'nun 111/a maddesine eklenecek bir hüküm ile icra takiplerinde (haczedilmiş veya rehnedilmiş olması farketmeksizin) satışı gereken mallar için bu yetki borçluya verilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi, Rızaen Satış, Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip.

II-27.3 SAYILI “ORTAKLIKTAN ÇIKARMA VE SATMA HAKLARI TEBLİĞİ” İLE YAPILAN BAZI DEĞİŞİKLİKLER ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Ar. Gör. Dr. Harun KESKİN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-5930-7192

ÖZET

Yabancı hukuk sistemlerinde genellikle *squeeze-out* ya da *freeze-out* olarak anılan *hâkim pay sahibinin çıkarma hakkı*, bir sermaye şirketinde nitelikli oy ve/veya sermaye oranını temsil eden paylara sahip olan hâkim pay sahibine, âdil bir bedel karşılığında azınlığı şirketten çıkarma imkânı vermektedir. Klasik anlamdaki çıkarma düzenlemelerinin hizmet ettiği amaçtan farklı olarak, *squeeze-out* düzenlemeleri, hâkim pay sahibinin, ortağı olduğu şirkette kurumsal nitelikteki birtakım amaçları gerçekleştirmesine olanak sağlamaktadır. *Konzernleşme ve tek elden yönetimi kolaylaştırmak, alenî pay alım tekliflerini ve birleşmeleri cazip kılmak, şirketi borsa kotundan çıkarmak ve/veya halka kapatmak, şirketi tek pay sahipli bir yapıya kavuşturmak, azınlığın yarattığı masrafları/riskleri azaltmak/ortadan kaldırmak* olarak sayılabilecek olan söz konusu kurumsal amaçların ortak paydasında, *şirketin daha etkin bir şekilde yönetilmesi* amacı bulunmaktadır. Kurumsal nitelikteki bu amaçlar doğrultusunda *squeeze-out* hakkı; pek çok hukuk sisteminde birleşme hukuku, şirketler topluluğu hukuku ve şirket ele geçirmelerine ilişkin hukuk (*takeover* hukuku) alanlarının biri ya da birkaçı içerisinde düzenlenmektedir.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 27. maddesinde “ortaklıktan çıkarma hakkı” adı altında düzenlenen *squeeze-out* hakkı da klasik anlamdaki çıkarma düzenlemelerinin kurumsal temelinde yer alan *haklı sebep* olgusundan farklı olarak, temelinde *hâkimiyet* olgusunu barındırmaktadır. Bu anlamda anılan çıkarma hakkı, halka açık bir şirkette nitelikli bir oy çoğunluğunu temsil eden paylara sahip olan hâkim pay sahibine tanınmış olup, hakkın kullanılabilmesi için bir ön şart olarak haklı sebebin varlığına gerek duyulmamaktadır.

Sermaye Piyasası Kurulu, SerPK'nın 27. maddesinde düzenlenen çıkarma hakkının şartlarını ve usulünü düzenlemek amacıyla, ilk olarak 2014 Ocak ayında yayımlanan II-27.1 sayılı *Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği*'ni çıkarmış¹, daha sonra 2014 Kasım ayında yayımlanan aynı isimdeki diğer bir Tebliğ² ile ilk Tebliği'ni yürürlükten kaldırmıştır. Nihayet bu ikinci tebliğin yerini de 2020 Aralık ayında yayımlanan aynı isimdeki üçüncü bir

¹ Bkz. 02.01.2014 tarih ve 28870 sayılı Resmî Gazete.

² Bkz. 12.11.2014 tarih ve 29173 sayılı Resmî Gazete.

tebliğ almıştır. Günümüzde yürürlükte olan tebliğ, 2020 Aralık ayında yayımlanmış olan II-27.3 sayılı *Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği*'dir³.

Anılan bu son Tebliğ ile, çıkarma hakkının doğumu ve kullanım şartları ile ilgili önemli değişikliklere yer verilmiştir. Tebliğ çalışmamın konusunu söz konusu değişiklikler oluşturmaktadır.

Üzerinde durulacak ilk sorun, Tebliğ'in "birlikte hareket eden kişiler" tanımına ilişkin olarak yapmış olduğu değişikliğe ilişkindir. Mülga II-27.2 sayılı Tebliğ'de "*ortaklığın yönetim kontrolüne sahip olmak amacıyla açık ya da zımni, sözlü ya da yazılı bir anlaşmaya dayanarak işbirliği yapan gerçek ya da tüzel kişiler*" olarak tanımlanan birlikte hareket eden kişiler, mevcut Tebliğ'de "*çıkarma ve satma hakkının doğmasına sebebiyet verecek pay alımlarını açık ya da zımni, sözlü ya da yazılı bir anlaşma çerçevesinde yapan gerçek ve/veya tüzel kişiler*" olarak tanımlanmıştır. Bir önceki Tebliğ'de "yönetim kontrolü" kavramına atıfta bulunarak yapılan tanım, II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği'nde yapılan "yönetim kontrolü" tanımıyla birlikte ele alındığında, kanaatimizce bazı sorunları beraberinde getirmekteydi. Örneğin, şirketteki oy haklarının %94'ünü temsil eden paylara sahip olan bir pay sahibiyle oy haklarının %4'ünü temsil eden paylara sahip olan bir pay sahibinin oluşturduğu bir birlikteliğin, "yönetim kontrolü" tanımına atıfta bulunan eski Tebliğ kapsamında "birlikte hareket etme"ye vücut verip vermeyeceği tartışmaya açıktı. Zira şirkette %94'e sahip pay sahibi, bir başka pay sahibiyle iş birliği yapmadan da yönetim kontrolünü haiz olduğundan, eski Tebliğ'de "birlikte hareket etme" için aranan "*yönetim kontrolüne sahip olmak amacıyla iş birliği yapılması*" kriteri pek çok durumda sağlanamayacaktı. II-27.3 sayılı Tebliğ ile bu aksaklık giderilmiş olmakla birlikte, pay sahipleri arasındaki iş birliğinin "pay alımlarına" indirgenmiş olması kanaatimizce yine çıkarma hakkının kullanılmasında "birlikte hareket" kavramını muğlak hâle getirmektedir. Tebliğimizde bu aksaklık üzerinde durulacaktır.

Tartışmaya açılacak ikinci sorun, II-27.3 sayılı Tebliğ ile getirilen "*Ortaklık tarafından gerçekleştirilen bedelsiz ve/veya yeni pay alma haklarının sınırlandırılmadığı bedelli sermaye artırımlarında mevcut ortaklar tarafından alınan paylar nedeniyle veya miras, geri alınan paylar, oy haklarının donması gibi sebeplerle satma ve ortaklıktan çıkarma hakkı doğmaz*" hükmüne ilişkindir. Hükmün sınırlayıcı bir sayım metodu benimsememiş olması sorunu bir yana, hükümde öngörülen sınırlamaların hangi amaca hizmet ettiği de tartışmaya açıktır. Sermaye artırımını ve miras hâllerinde öngörülen sınırlamalarının muhtemel sebeplerine ve bu sınırlamaların yerinde olup olmadığına, benzer sınırlamalara "pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğmadığı hâller" kapsamında yer veren II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği'ni de dikkate alarak yanıt bulmaya çalışacağız.

Üçüncü olarak, Tebliğ çalışmamda hakkın kullanım usulü ile ilgili bazı aksaklıklara yer verilecektir. Tebliğ'in öngörmüş olduğu usul son derece karışıktır. Sermaye artırımını ve azaltımını kararlarının, bu usulün bir parçası olup olmadığı hususu ise tartışmaya açıktır. Zira II-27.3 sayılı Tebliğ'de, önceki tebliğlerden farklı olarak, sermaye artırımını ve azaltımını kararlarına yer verilmemiştir. Yapılan bu değişikliğin bilinçli olmadığı kanaatini taşımaktayım. Bu bağlamda,

³ Bkz. 31.12.2020 tarih ve 31351 sayılı Resmî Gazete.

II-27.3 sayılı Tebliğ sisteminde de hâkim pay sahibine verilmek üzere ihraç edilecek yeni paylar için bir sermaye artırımını kararına; azınlık pay sahibinin elindeki mevcut payların ortadan kaldırılması için ise itfa usulüyle gerçekleştirilmesi gerekli olan bir sermaye azaltımını kararına ihtiyaç olduğu fikrindeyim. Bu görüş çerçevesinde Tebliğ'in öngörmüş olduğu bazı kurallar tartışma konusu yapılacaktır.

Son olarak, mülga II-27.2 sayılı Tebliğ'de de yer alan ve II-27.3 sayılı Tebliğ'in 8. maddesinde aynen korunan bir hükmün, kanun yapma tekniği açısından bir eleştirisine yer verilecektir. Anılan hüküm, *kamu kurum veya kuruluşlarının aksi yönde bir talepleri olmadığı sürece ilgili kamu kuruluşunun sahip olduğu paylar için söz konusu Tebliğ hükümlerinin uygulanmayacağını* düzenlemektedir. Çıkarma hakkı bakımından ele alındığında, kamu kurum ve kuruluşunun, azınlık ya da hâkim pay sahibi olduğu her iki durumda da Tebliğ hükümlerinin kendisi bakımından uygulama alanı bulabilmesi için, bu yönde bir *talebinin bulunması* gerekmektedir. Kanaatimizce Tebliğ'in 8. maddesinin yazım şekli, norm yapma tekniğine uygun değildir. Zira “bir hukuk kuralının kapsamı içinde kalmanın”, o normun süjesine bırakılan bir “yetki” sonucunda gerçekleşmesi, o normun genel-soyut nitelikte bir kapsama sahip olmadığına işaret eder. Anılan hüküm, *kamunun sahip olduğu paylar için bu Tebliğ hükümleri uygulanmaz* demek suretiyle kapsama ilişkin olarak ortaya koymuş olduğu açıklığı, normun süjesine verdiği “kapsam içinde kalıp kalmamayı belirleme yetkisi” ile bertaraf etmiştir. Bir hukuk kuralının kapsamı içinde kalıp kalınmayacağını, o kuralın kendisi, kuralın içinde yer alan koşul vakıalar ile belirler. Burada ise hüküm kapsamını belirleme yetkisi, kuralın muhatabına teslim edilmektedir. Tebliğ çalışmamızda bu soruna da işaret edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Halka Açık Anonim Şirket, Çıkarma Hakkı, *Squeeze-Out*.

İSVİÇRE HUKUKUNDAKİ GÜNCEL GELİŞMELER IŞIĞINDA ANONİM ORTAKLIKLARDA İHRAÇ FİYATININ BELİRLENME ESASLARI

Ar. Gör. İbrahim BEKTAŞ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0003-0198-1683

ÖZET

Bu tebliğin amacı, anonim ortaklıklarda ihraç edilen yeni payların satış fiyatının, bu payların gerçek değerine uygun olarak belirlenmesinin zorunlu olup olmadığı hakkındaki köklü tartışmaya güncel bir bakış açısı sunmaktır. Bu kapsamda konu, mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun (*Das Schweizerische Obligationenrecht*, „OR“) 652b maddesine yakın zamanda eklenen ve 1.1.2023 tarihinden itibaren İsviçre'de yürürlüğe girecek olan yeni düzenleme çerçevesinde ele alınacak ve maddenin Türk hukukundaki karşılığı olan TTK m. 461 yönünden değerlendirilecektir.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 06.01.1966 tarih, E. 1965/2583, K. 66/57 sayılı eski kabul edilebilecek kararından beri, Türk hukukunda bu konudaki içtihatlar ve bilimsel öğretilerdeki görüşler benzer şekilde oluşmuştur. Anılan karara ve ona bağlı olarak gelişen hâkim öğretiyeye göre, yeni pay alma hakkının kısıtlanmadığı sermaye artırımlarında ihraç fiyatının serbestçe belirlenebileceği, payların gerçek değerine uygun olarak ve primli ihraç edilmesinin zorunlu olmadığı, daha düşük bir fiyatın kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir. Bu görüşün temelinde ise, pay sahiplerinin düşük fiyattan doğan zararlarını yeni pay alma haklarını satarak telafi edebilecekleri kabulü bulunmaktadır. Benzer görüş, o dönemde İsviçre hukukunda da ileri sürülmüştür.

Bununla birlikte, Türk ve İsviçre hukukundaki bu görüşün zaman içerisinde çeşitli açılardan sorgulanması ihtiyacı doğmuştur. Öncelikle bu bakış açısı yeni pay alma hakkını kullanmak istemeyen ya da yeterli malî gücü olmadığı için bu hakkı kullanamayan pay sahiplerinin, dilediklerinde haklarını devredebilecekleri kabulüne dayanmaktadır. Oysa özellikle devre özgülenmiş organize bir piyasanın bulunmadığı halka açık olmayan anonim ortaklıklarda bu kabul gerçekçi değildir. Ayrıca yeni pay alma hakları kısıtlansın ya da kısıtlanmasın, makul bir sebep olmadıkça ortaklığın yeni payların gerçek değerine uygun olarak ve primli ihraç etmesinde pay sahiplerinin önemli menfaatleri olduğu anlaşılmıştır. Bu nedenle salt pay sahiplerine yeni pay alma hakkı tanınmış olmasının, düşük ihraç fiyatını her durumda haklı kılmayacağı yönünde görüşler de ortaya çıkmıştır. Bu çerçevede İsviçre hukukunda konuyla ilgili mevzuatta bazı değişiklikler yapılması için girişimlerde bulunulmuştur. Bu girişimlerin ilki, 21 Aralık 2007 tarihli Ön Tasarı'ya ve daha sonra 4 Kasım 2014 tarihli Ön Tasarı'ya alınan ancak başarıya ulaşmayan düzenlemedir. Bahsi geçen düzenlemelerde, yeni

payların ihraç fiyatının “payların gerçek değerinin önemli ölçüde altında olamayacağı” açıkça belirtilmekte, sadece iki durumda bu kurala istisna getirilmekteydi. İstisnalardan ilki yeni pay alma hakkının piyasada gerçek anlamda tedavül kabiliyetinin olması, diğeri ise pay sahiplerinin gerçek değerden düşük bir ihraç bedelini oy birliğiyle kabul etmesiydi. Bununla birlikte söz konusu hükümlere yöneltilen çeşitli eleştirilerle birlikte, bu hükümler kanunlaşmamıştır. Ancak daha sonra, Tasarı’da, OR 652b’ye farklı bir ifade eklenmesi kararlaştırılmış ve bu değişiklik nihayet kabul edilerek (BB1 2020 5579), yakın gelecekte -1.1.2023 tarihinden itibaren- yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır (AS 2022 109).

İsviçre’de yeni kabul edilen bu düzenleme ile birlikte, payların ihraç fiyatının pay sahiplerine zarar verecek şekilde belirlenemeyeceği ilkesi getirilmiştir. Şöyle ki, OR 652b’deki düzenlemenin önceki hali “yeni pay alma haklarının kaldırılması yoluyla kimse haklı görülemeyecek şekilde faydalandırılmaz ya da zarara uğratılmaz” şeklinde iken; değişiklikten sonra bu kurala “ya da ihraç fiyatının belirlenmesi” ibaresi eklenmiş ve hüküm “yeni pay alma haklarının kaldırılması *ya da ihraç fiyatının belirlenmesi* yoluyla kimse haklı görülemeyecek şekilde faydalandırılmaz ya da zarara uğratılmaz” şeklini almıştır. Böylece önceki kuralın aksine sadece yeni pay alma haklarının kısıtlanması yoluyla değil, yeni pay alma hakları kısıtlanmıyor olsa dahi ihraç fiyatının düşük belirlenmesi yoluyla da pay sahiplerine zarar verilmesinin engellenmesi amaçlanmıştır. Bu yenilik bir yönüyle, İsviçre Federal Mahkeme’sinin daha önce verdiği ve yeni payların itibarî değerden (primsiz) ihraç edilmesinin kendiliğinden hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olmayacağını belirten kararından da (BGE 99 II 55 vd.) mevzuatla haklı bir sapma yapıldığı olarak görülmektedir. Düzenlemenin gerekçesine göre (BB1 2017 498 vd.), yapılan yeni ek sayesinde bu kural, sermaye artırımına katılmak istemeyen ya da katılmayan pay sahiplerini, haklı görülebilecek bir sebebi olmadıkça, düşük ihraç fiyatı nedeniyle mülkiyet haklarının zarara uğramasına karşı korumaktadır. Yine gerekçede, Ön Tasarı’nın aksine Tasarı’nın (ve kanunlaşan metnin) yeni pay alma haklarının kısıtlanması ile yeni payların ihraç fiyatının belirlenmesini aynı sınırlamaya tâbi tuttuğu; böylece hukukî belirsizlik yaratabilecek yeni kavramlardan kaçındığı belirtilmektedir.

Mehaz hukuktaki bu gelişmeler çerçevesinde, anılan kuralın Türk Ticaret Kanunu’ndaki karşılığını oluşturan TTK m. 461.2, c. 3’e de benzer bir eklemenin yapılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz. Hakların sakınılarak kullanılması ilkesine işaret eden bu cümleye yapılacak ek sayesinde, ihraç fiyatına ilişkin denetim de açıkça madde kapsamına alınabilir. Böylece yeni pay alma hakları kısıtlanınsın ya da kısıtlanmasın, ihraç fiyatı nedeniyle hiç kimseye zarar verilemeyeceği kanun tarafından özel bir kuralla temin edilmiş olur. Kanaatimizce burada önemli olan özel bir kural kabul edilsin ya da edilmesin, ihraç fiyatına ilişkin değerlendirmenin sadece yeni pay alma hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığı ölçütüne bağlanmamasıdır. Anılan kural, yeni pay alma hakkını kullanan veya kullanmayan her pay sahibini adil şekilde koruduğu gibi, yeni pay alma haklarının kısıtlandığı hallerde eski pay sahipleri ile yeni yatırımcılar arasındaki menfaat dengesini de uygun şekilde tesis etmektedir.

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

Bu tespitler yapıldıktan sonra, tebliğ sunumunda, konunun mehz hukuktaki güncel gelişmelere ve öğretideki yeni görüşlere uygun olarak nasıl ele alınabileceği, yeni payların ihraç fiyatının makul olmayan ölçüde “düşük” tutulması durumunda menfaati ihlâl edilen pay sahibinin hangi hukuki yollara başvurabileceği (örneğin hükümsüzlük davası ya da tazminat davası gibi) ve ihraç fiyatının düşük tutulması konusundaki makul durumların ve ölçünün ne olduğu, halka açık ve halka açık olmayan anonim ortaklıklar yönünden ayrı ayrı incelenecektir. Konuyla bağlantılı olarak, ihraç fiyatının makul olandan daha “yüksek” belirlenmesi durumu da değerlendirilecek ve bu yolla hakları fiilen kısıtlanan pay sahiplerine nasıl bir koruma sunulabileceği (TTK m. 461.2’deki kuralın kıyasen uygulanması) üzerinde ayrıca durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: İhraç Fiyatı, Gerçek Değer, Hakların Sakınılı olarak Kullanılması İlkesi, TTK 461, OR 652b.

II-26.1 SAYILI TEBLİĞ'DE DÜZENLENEN PAY ALIM TEKLİFİ ZORUNLULUĞUNDAN MUAFİYET HÂLLERİNİN SON DEĞİŞİKLİKLERLE BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMESİ

Ar. Gör. Yasin Barış ÖZELCİ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0003-2130-9683

ÖZET

Halka açık bir anonim ortaklıkta, yönetim kontrolünü elde eden kişi/kişiler, kontrol dışında kalan pay sahiplerine paylarını satın almak üzere bir teklif yapmak zorundadır (6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu¹ m. 26). Böylelikle, şirketin işletme, kâr dağıtım politikaları gibi hususlara güvenerek o şirkette pay sahibi olan ve fakat yeni kontrol yapısından hoşnut olmayan pay sahipleri, paylarını *adil* bir fiyattan satmak suretiyle şirketten ayrılabilme imkânına kavuşmuş olmaktadır. Bununla birlikte, yönetim kontrolü elde edilmesine rağmen, kontrolü iktisap eden(ler) bazı durumlarda pay alım teklifinde bulunmak zorunda olmadıkları gibi diğer bazı hâllerde de Sermaye Piyasası Kurulunun (Kurul) vereceği muafiyet kararıyla, pay alım teklifinde bulunma zorunluluğundan kurtulur. Bunlardan ilki “pay alım teklifinde bulunma zorunluluğunun doğmadığı hâller”; ikincisi ise “pay alım teklifinde bulunma zorunluluğundan muafiyet” olarak adlandırılmaktadır. Mezkûr iki hukukî kurum, her ne kadar sonuç açısından birbiriyle benzerlik arz etse de aralarındaki temel farkın ortaya konulması önemlidir. Pay alım teklifinde bulunma zorunluluğunun doğmadığı hâllerden birinin mevcudiyetiyle kontrolün iktisap edildiği durumlarda, kontrol elde edilmesine rağmen, pay alım teklifinde bulunma zorunluluğu, Kurul kararına ihtiyaç da olmaksızın baştan itibaren doğmaz. Oysa yönetim kontrolünün muafiyet hâllerinin mevcudiyetiyle birlikte iktisabı hâlinde, pay alım teklifinde bulunma zorunluluğunun ortadan kalkması için, Kurula yapılacak başvuru ve takiben Kurulun vereceği bir muafiyet kararına ihtiyaç vardır.

Pay alım teklifinde bulunma zorunluluğundan muafiyet hâllerinin düzenleme altına alınmasındaki temel gerekçelerden biri, şirketteki menfaat dengesinin tesis edilebilmesidir. Daha açık bir anlatımla, halka açık anonim ortaklıktaki tek menfaat sahibi, pay alım teklifinde bulunma zorunluluğu ve daha birçok düzenleme ile korunan, azınlıkta kalan pay sahipleri değildir. Bunun yanı sıra, ortaklığın kendisi, alacaklılar ve kamu da şirketteki menfaat sahipleri arasında gösterilebilir ve bazı durumlarda azınlıkta kalan pay sahiplerinin menfaatinin de üstünde bir menfaat söz konusu olabilir. Bu durumu bir örnekle izah etmek gerekirse, mali açıdan güçlük içerisinde bulunan bir şirkete, sermaye artırımını sonucunda fon girişi yapılarak şirket mali güçlükten kurtarılabilir. Ancak, pay alım teklifinde bulunma zorunluluğunun doğuracağı *ağır mali külfet* şirkette yönetim kontrolünün elde edilmesi hususunda caydırıcı bir

¹ RG, 30.12.2012, S. 28513.

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

etkiye sahip olabilir ve fon girişi yaparak şirkette yönetim kontrolünü elde edecek ve şirketi bu dar boğazdan kurtaracak kişi/kişiler, bu ağır mali külfet karşısında kontrolü iktisap etmekten kaçınabilir. Bu durumda, hem şirket finansal güçlük içerisinden kurtulamaz hem de şirket pay sahipleri uzun vadede daha fazla zarara uğrayabilir. İşte, muafiyet kurumu pay alım teklifinde bulunma zorunluluğuna ilişkin hükümlerin doğurabileceği bu gibi olumsuz durumları bertaraf edebilmek noktasında önemli bir işleve sahiptir².

SerPK m. 26.1'in son cümlesinde, pay alım teklifinde bulunma zorunluluğundan muafiyete ilişkin usul ve esasların Kurulca belirleneceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Kurul da bu düzenlemeye istinaden, II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği³'nde muafiyete ilişkin düzenlemeleri yapmıştır. Muafiyet hâllerini düzenleyen II-26.1 sayılı Tebliğ'in 18. maddesinin ilk hâlinde, mülga Seri: IV No: 44 sayılı Çağrı Yoluyla Ortaklık Paylarının Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği⁴ m. 11'de düzenlenen muafiyet hâlleri -bazı ifade değişiklikleriyle- muhafaza edilmiş, ayrıca birleşme amaçlı ortaklıklara ilişkin yeni bir muafiyet hâli ihdas edilmiştir. Muafiyet hâllerini düzenleyen II-26.1 sayılı Tebliğ m. 18, 2018, 2019 ve 2021 yıllarında yapılan değişikliklerle üç kez değişikliğe uğramıştır⁵. Dikkat çekici noktalardan biri ise, yürürlüğe girdiği 2014 yılından itibaren dört kez değişikliğe uğrayan II-26.1 sayılı Tebliğ'de yapılan dört değişiklikten üçünde muafiyet hâllerini düzenleyen 18. maddenin etkilenmiş olmasıdır. Tebliğ çalışmamızda yapılan bu değişiklikler ve değişiklik yapılması gerekmele birlikte, mevcut hâliyle bırakılan muafiyet hâlleri inceleme konusu yapılacaktır. Tebliğ çalışmamızda üzerinde özellikle duracağımız hususlar aşağıda açıklanmaktadır:

² Buradaki açıklamalar ve konuya dair ayrıntılı bilgi için bkz. *Manavgat*, Ç.: Alenî Pay Alım Teklifi, Ankara 1997, s. 261; *Kolcuoğlu*, U.: Sermaye Piyasası Hukukunda Zorunlu Çağrı, İstanbul 2009, s. 176 vd.; *Paslı*, A.: Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul 2009, s. 474 vd.; *Manavgat*, Ç.: Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara 2016, s. 371 vd.; *Sönmez*, Y. Z.: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kontrolü Kavramı - Yönetim Kontrolünde Değişiklik Olması ve Buna Bağlı Sonuçlar, TFM 2018, C. 4, S. 2, s. 310.

³ RG, 23.1.2014, 28891.

⁴ RG, 2.9.2009, S. 27337.

⁵ (i). Pay Alım Teklifi Tebliği (II-26.1)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (II-26.1.b; RG, 5.6.2018, S. 30442) m. 2 ile II-26.1 sayılı Tebliğ'in 18. maddesine iki muafiyet hâli eklenmiştir: “*Banka kredilerinin geri ödenmemesi durumunda bankaya kredinin teminatı olarak verilmiş payların Kanununun 47 nci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca bankanın mülkiyetine geçmesi, bu payların bankanın da kurucu olduğu özel amaçlı işletmeye devredilmesi ile bu payların mülkiyetinin bankaya veya özel amaçlı işletmeye geçmesinden sonra üçüncü kişilerce bankadan veya özel amaçlı işletmeden satın alınması.*” (II-26.1 sayılı Tebliğ m. 18.1.e); “*Pay sahipliğinin niteliğini belirleyen bir mevzuat hükmünün yerine getirilmesi amacıyla payların devredilmesi*” (II-26.1 sayılı Tebliğ m. 18.1.f).

(ii). Pay Alım Teklifi Tebliği (II-26.1)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (II-26.1.c; RG, 2.1.2019, S. 30643) m. 1 ile II-26.1 sayılı Tebliğ'in 18. maddesine bir muafiyet hâli daha eklenmiştir: “*Payları Borsada işlem gören halka açık ortaklıklar tarafından gerçekleştirilen yeni pay alma haklarının sınırlandırılmadığı sermaye artırımlarında, mevcut ortaklarca alınan paylar nedeniyle oluşan yönetim kontrolü değişikliği.*”

(iii). Pay Alım Teklifi Tebliği (II-26.1)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (II-26.1.ç; RG, 16.10.2021, S. 31630) m. 13 ile mevcut muafiyet hâllerinin (II-26.1 sayılı Tebliğ m. 18 b ve c bendi) madde metinlerinde bazı değişiklikler yapılmış, ayrıca muafiyet hâllerine yeni bir muafiyet hâli daha eklenmiştir: “*Yönetim kontrolünün ele geçirilmesine yol açan pay iktisabının miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümlerinden veya yasal zorunluluklardan kaynaklanması.*” (II-26.1 sayılı Tebliğ m. 18.1.g). Bunların yanı sıra 2019 yılında getirilen ve yeni pay alma haklarının sınırlandırılmadığı sermaye artırımlarında mevcut ortaklar tarafından alınan paylara ilişkin olan muafiyet hâli, pay alım teklifinde bulunma zorunluluğunun doğmadığı hâller kapsamına alınmıştır (II-26.1.ç sayılı Tebliğ, m. 10).

(i). SerPK m. 47.4 uyarınca, temerrüt hâlinde, belirli şartların da mevcudiyetiyle payların, teminat alanın mülkiyetine geçmesi mümkündür. İşte, II-26.1 sayılı Tebliğ'e 2018 yılında eklenen e bendi, söz konusu hususa ilişkindir ve geri ödenmeyen banka kredilerine istinaden payların bankanın mülkiyetine geçmesi ve kontrolün banka tarafından elde edilmesi hâline özgü bir muafiyet hâli ihdas edilmiştir. Ayrıca, muafiyet hâlinin kapsamı genişletilmiş, payların bankanın mülkiyetine geçmesi, bankanın da kurucusu olduğu özel amaçlı işletmeye devredilmesi ile payların üçüncü kişiler tarafından banka veya söz konusu özel amaçlı işletmeden iktisap edilmesi de muafiyet hâlinin kapsamı içerisine alınmıştır. Böylelikle bankaların, teminat olarak aldığı ve temerrüt sebebiyle mülkiyetine geçirdiği payları elden çıkarması kolaylaştırılmıştır. İlgili muafiyet hâlinin isabetli olduğunu düşünüyoruz.

(ii). Yine 2018 yılında yapılan değişiklikle, II-26.1 sayılı Tebliğ m. 18'e eklenen f bendi uyarınca "pay sahipliğinin niteliğini belirleyen bir mevzuat hükmünün yerine getirilmesi amacıyla payların devredilmesi" hâlinde kontrolü iktisap eden kişiye muafiyet tanınması mümkün hâle gelmiştir. İfade etmek isteriz ki, muafiyet hâli anlaşılması zor bir şekilde kaleme alınmıştır. Gerçekten de hükmün kapsamı tayin edilememekte, özellikle pay sahipliğinin niteliği(ni belirleyen hüküm) ile neyin kastedildiği tam olarak anlaşılammaktadır. Hükmün daha açık bir şekilde kaleme alınması gerektiğini düşünüyoruz.

(iii). Miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümlerinden yahut yasal zorunluluklardan kaynaklanan bir pay iktisabı sonucunda yönetim kontrolünün elde edilmesi durumu, II-26.1 sayılı Tebliğ'de 2021 yılında yapılan değişiklik ile muafiyet hâlleri arasına eklenmiştir (II-26.1 sayılı Tebliğ m. 18.1.g). Miras hukuku hükümlerinden kaynaklanan pay iktisapları sonucunda kontrolün elde edilmesi, kontrolün "pasif" olarak iktisap edildiği hâllerdendir. Daha açık bir deyişle, bu durumlarda kontrol, kontrol sahibinin iradi bir davranışıyla elde edilmemektedir. İlgili muafiyet hâline ilişkin olarak, kontrolün miras hukuku hükümleriyle iktisap edilmesi hâllerinin pay alım teklifinde bulunma zorunluluğu doğurmayan hâller yerine muafiyet hâlleri arasında düzenlenmesinin isabetli olup olmadığı, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerden de istifade edilmek suretiyle değerlendirilmeye çalışılacaktır. Ayrıca ilgili bentte ifade olunan "yasal zorunluluklar" ibaresiyle neyin kastedildiği de açıklanmaya çalışılacaktır.

(iv). 2019 yılında yapılan değişiklikle, muafiyet hâlleri arasına eklenen, "[p]ayları Borsada işlem gören halka açık ortaklıklar tarafından gerçekleştirilen yeni pay alma haklarının sınırlandırılmadığı sermaye artırımlarında, mevcut ortaklarca alınan paylar nedeniyle..." yönetim kontrolünün değişmesi hâli, 2021 yılında yapılan değişiklikle "zorunluluğun doğmadığı hâller" kapsamına alınmıştır. Tebliğimizde ilgili değişikliğin yerinde olup olmadığı da değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Halka Açık Anonim Şirket, Pay Alım Teklifi Zorunluluğu, Pay Alım Teklifi Zorunluluğundan Muafiyet.

ANONİM VE LİMİTED ŞİRKETLERİN HAKLI SEBEPLE FESHİNE İLİŞKİN YARGI KARARLARININ HAKLI SEBEP EKSENİNDE ANALİZİ

Ar. Gör. Alperen ERDOĞAN

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-7041-5725

ÖZET

Şahıs şirketlerinde ve limited şirketlerde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde yer alan haklı sebeple fesih kurumu, anonim şirketler için ilk kez 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 531. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle birlikte azınlık, haklı sebeplerin varlığında mahkmeden şirketin feshini talep edebilmekte ve mahkeme fesih yerine davacı pay sahiplerinin paylarının gerçek değerinin ödenerek şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilmektedir. 6102 sayılı Kanun'da limited şirketlerin haklı sebeple feshi davası ise, TTK m. 531 hükmüne paralel olarak, 636. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Limited şirketlerde davayı talep hakkı, anonim şirketlerden farklı olarak, her ortağa tanınmıştır.

Haklı sebebin varlığı somut olayın koşullarına göre tespit edileceğinden haklı sebebin sınırları kanun koyucu tarafından net bir şekilde çizilmemiş ve haklı sebebin içeriğinin belirlenmesi hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştır. Öğretide yapılan tanıma göre, söz konusu dava çerçevesinde haklı sebep, ortağın ortaklık ilişkisini sürdürmesini dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenilemeyecek derecede çekilmez hâle getiren olgulardır. Bu olgular da öğretideki genel kabule göre; çoğunluk gücünün kötüye kullanılması, şirkete ilişkin sebepler ve kişisel sebepler olarak sınıflandırılmıştır. Söz konusu sebeplerin uygulamada gündeme gelme sıklığı ve fesih için haklı sebep teşkil etme potansiyelleri somut olaydaki şirketin türüne ve yapısına göre değişiklik gösterebilmektedir. Bu çerçevede, gerek öğretide gerek Yargıtay kararlarında haklı sebebe yönelik olguların değerlendirilmesinde şirket türüne göre farklı yaklaşımlar sergilenmektedir ve bunun temelinde şahıs şirketi ile sermaye şirketi ayrımı yer almaktadır. Ancak gerek öğretide gerek yargı kararlarında anonim ve limited şirketlerin haklı sebeple feshinde haklı sebebin teşkilinde farklılıklar ortaya çıktığı görülmektedir. Bu kapsamda çalışmada, TTK m. 531 ve m. 636/III hükümlerinin son on yıldaki uygulaması da dikkate alınacaktır.

Sermaye şirketi olan anonim ve limited şirketlerin haklı sebeple feshinde haklı sebebe ilişkin farklı yaklaşımlar, gücün kötüye kullanılmasında ve şirkete ilişkin sebeplerde söz konusu olmamakta; haklı sebebin farklı değerlendirilmesi hususu daha çok kişisel sebeplere ilişkin olmaktadır. Limited şirketlerde, kişisel sebeplerin fesih için haklı sebep olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda bir tartışma söz konusu değildir. Öğretide ve Yargıtay

kararlarında, kişisel sebeplerin limited şirketlerde fesih için haklı sebep oluşturabileceği kabul edilmektedir ve bu konuda anonim şirketlere nazaran daha ılımlı bir yaklaşım söz konusudur. Bu yaklaşımın temelinde, kişisel bağların ve *affectio societatis* unsurunun limited şirketlerde anonim şirketlere nazaran daha güçlü olması yer alır. Anonim şirketlerde ise kişisel sebeplerin haklı sebep niteliğine ilişkin olarak öğretilerde farklı görüşler bulunduğu gibi, Yargıtay kararlarında da farklı yaklaşımlar söz konusudur. Öğretilerde hâkim görüşe göre, anonim şirketlerde istisnai olarak kişisel sebepler, diğer sebeplerle birlikte ya da belirli şartlarda tek başına şirketin feshi için haklı sebep olabilir. Yargıtay'ın da az ortaklı aile tipi anonim şirketlerde kişisel sebeplerin somut olayın şartları çerçevesinde haklı sebep olarak kabul edilebileceği yönünde kararları mevcuttur. Öğretilerde azınlıkta kalan görüşe göre ise sermaye şirketi olan anonim şirketlerde az ortaklı aile şirketi niteliği söz konusu olsa dahi kişisel sebepler haklı sebep olarak kabul edilemez. Haklı sebebin takdirinde dikkate alınacak hususlardan biri olan şirket türü ve yapısı söz konusu olguların fesih derecesinde bir haklı sebebe yol açıp açmayacağı açısından önem taşır. Ancak feshi istenen şirketin türü ne olursa olsun kişisel sebeplerin haklı sebep olarak kabul edilip edilmeyeceği kapsamında şirketin atipik yönleri varsa bunların da dikkate alınması gerekir. Çalışmamızda iki şirket türü arasında haklı sebebin değerlendirilmesinde farklı bir yaklaşımın yerinde olup olmadığı sorusuna güncel mahkeme kararlarından hareketle cevap aranacaktır.

Bu çalışmada, anonim ve limited şirketlerin haklı sebeple feshinde haklı sebebin yargı kararlarına nasıl yansıdığı ve haklı sebebin takdirinde iki şirket türü arasında farklı bir yaklaşımın benimsenip benimsenmediği nicel veriler kullanılarak ortaya konulmaktadır. Bu kapsamda ilk olarak, incelenen davalardaki haklı sebep iddiaları, sayısı ve sıralaması iki şirket türü açısından karşılaştırılarak değerlendirilecektir. İkinci olarak, söz konusu davalarda ilk derece mahkemelerinin verdiği kararlar ve bunlardan üst yargı denetimine gidenlerin akıbeti incelenmiş ve davaların sonuçları yüzdesel hâle getirilmiş verilerle birlikte iki şirket türü açısından benzerlikler ve farklılıklar ortaya konularak bunların sebebi üzerinde durulacaktır. Ardından çekilmezlik unsurunun tespitine ilişkin mahkemelerce şirket türüne göre farklı bir eşğin söz konusu olup olmadığı ve bunun yerindeligi tartışılacaktır. Üçüncü olarak, kararlarda kabul edilen haklı sebep hâlleri, sayısı ve sıralaması ortaya konularak iki şirket türü arasındaki benzerliklere ve farklılıklara değinilecektir. Böylelikle uygulamada en çok ortaya çıkan haklı sebep hâlleri, iddia konusu olan sebeplerle karşılaştırılabilir ve hangi sebeplerin feshe yol açma konusunda daha etkili olduğu tespit edilebilecektir. Son olarak, haklı sebeple fesih davasına konu şirketlerdeki ortak sayısı ve dağılımı, ortak sayısına göre davaların kabul edilme oranı hem anonim şirketler hem de limited şirketler için ortaya konulacaktır. Bu kapsamda, şirketteki ortak sayısı ile haklı sebep arasındaki ilişki temelinde değerlendirme yapılarak bu değerlendirme sonucuna göre iki şirket türü arasındaki benzerlikler ve farklılıklar tespit edilmeye çalışılacaktır.

Çalışmanın temelini; davacıların dayandığı haklı sebep iddiaları, pay oranları, şirkete ilişkin birtakım bilgiler ve özellikle ortak sayısı, mahkemelerin kararları ve gerekçeleri oluşturmaktadır. Haklı sebeple fesih davasına ilişkin; limited şirketlerde 1999-2021 yıllarında verilen kararlar, anonim şirketlerde ise 2012-2021 yıllarında verilen kararlar seçilmiştir. Bu

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

doğrultuda, anonim şirketlere ilişkin kırk üç ve limited şirketlere ilişkin otuz haklı sebeple fesih davası incelenmiştir. İncelemeye konu toplamda yetmiş üç ilk derece mahkemesi kararından on ikisi aleyhine istinaf kanun yoluna başvurulurken; kırkı temyiz edilmiştir. Dolayısıyla bölge adliye mahkemelerine ve Yargıtay ilgili hukuk dairelerine ait kararlar da incelemeye esas alınmıştır. Çalışmamızda, incelenen davalardaki haklı sebebe ilişkin öne çıkan hususlar tespit edilerek ortaya çıkan veriler ışığında iki şirket türündeki farklılıklar ve benzerlikler ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Haklı Sebep, Çekilmezlik, Fesih, Sermaye Unsuru, Kişisel Unsurlar.

YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARI BİLİMSEL ARAŞTIRMA PROJELERİ HAKKINDA YÖNETMELİĞİN “TELİF HAKLARI” BAŞLIKLIL 18. MADDESİNE YÖNELİK ELEŞTİRİ VE ÇEKİNCELER

Doç. Dr. Pelin KARAASLAN

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Fikri Mülkiyet Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0001-5695-192X

ÖZET

26/11/2016 tarih ve 29900 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma Projeleri Hakkında Yönetmeliğın 18. maddesi “Telif Hakları” başlığını taşımaktadır. Hükmün ikinci fıkrasında yer alan “*Gelir getirici, patent, buluş veya ürün ortaya çıkması durumunda ortaya çıkacak gelirin dağılımı yükseköğretim kurumu yönetim kurulu tarafından belirlenen ilkelere uygun olarak gerçekleştirilir. Konuyla ilgili mevzuatta hak sahiplerine ödenmesi öngörülen oranlar hakkında bir düzenleme bulunması halinde ise ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.*” düzenlemesinden anlaşılacağı üzere madde başlığı hükmün içeriğı ile uyumsuzdur. Zira anılan düzenlemede buluş ve patentten söz edilmektedir. Telif hakları, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda düzenlenen haklar olup, konu bakımından buluş ve patentten farklı olarak “eser” üzerindeki haklar ile ilgilidir. Hükmün yalnızca birinci fıkrasında telif haklarına yönelik düzenleme bulunmaktadır. Bu bakımdan madde başlığı “Telif Hakları ile Diğer Fikri Mülkiyet Hakları” olarak değiştirilmelidir.

Yönetmeliğın 18. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*Bilimsel araştırma projeleri birimi tarafından desteklenen projelerden elde edilen bilimsel sonuçların telif hakkı ilgili yükseköğretim kurumuna aittir. Bilimsel yayın, kitap ve benzeri eserlerin telif hakları yükseköğretim kurumunun yönetim kurulu kararı ile kısmen veya tamamen eser sahiplerine devredilebilir.*” hükmüne ise (mevcut madde başlığı ile uyumlu olmasına rağmen) çekince ile yaklaşılmalıdır. Uygulamada ilgili hüküm, üniversite ile bağı ne şekilde olursa olsun, bir bilimsel araştırma projesi (BAP) kapsamında kendilerinden hizmet alınan kişilerin ortaya koyduğu fikrî ürünler üzerindeki telif haklarının üniversiteye ait olduğu şeklinde bir yanılığ yaratmaktadır. Söz gelimi, Ü Üniversitesi öğretim üyesi Ö’nün yürütücüsü olduğu bir BAP kapsamında, otizm spektrum bozukluğu olan bireylerin akıllı telefon, tablet, bilgisayar vb. mobil cihazlarda yararlanabileceğı bir mobil uygulama geliştirilmek istendiğini, uygulamanın hangi özellikleri sağlaması gerektiğinin Ö tarafından tespit edildiğini; ancak uygulamanın hayata geçirilmesi için yazılım geliştirme uzmanı Y ile anlaşıldığını ve Y’nin de sözleşmeye uygun bir şekilde yazılımı tamamladığını varsayalım. Yönetmeliğın ilgili hükmü dikkate alındığında, Ü Üniversitesinin yazılım üzerindeki telif haklarını kazanacağı ve gerektiğinde bu hakların kullanımını bir başka kişi ya da kuruma lisans sözleşmesi yoluyla devretme imkânı

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

elde edeceği sonucuna ulaşılacaktır. Ancak böyle bir sonuç, Anayasa m. 35 ile temin edilen “mülkiyet hakkı güvencesine” aykırılık oluşturur. İlgili Anayasa hükmü “*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.*” düzenlemesini içerir. Bu düzenlemedeki mülkiyet güvencesinden fikrî mülkiyet hakları da yararlanır. Fikir ve sanat eserleri bakımından fikrî mülkiyet hakkı sahibi “eser sahibi”dir; eserden doğan haklar da kural olarak eser sahibine aittir. Eser sahibi olabilecek kişiler ise fikri soyut olarak ortaya atanlar değil, somut bir şekilde hayata geçirenlerdir; o halde verilen örnekte bu kişi Y’dir. Sadece kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilir olan mülkiyet hakkının, bir Yönetmelik hükmü ile eser sahibinin elinden alınmasına olanak yoktur. Bu nedenle, bahsi geçen Yönetmelik hükmünün mevcut kanuni sınırlandırmalara uygun bir şekilde ele alınması gerekir. Bu şekilde bir kanun hükmü, FSEK m. 18/2’de öngörülmüştür. Buna göre; “*aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır*”. Görüldüğü üzere maddede, eser sahibinin haklarının kanun gereği başka kişi ya da kurumlar tarafından kullanılabilirliği istisnâ bir duruma yer verilmiştir. Ancak maddeden de anlaşıldığı gibi FSEK m. 18/2’nin uygulanabilmesi için eser sahibi ile sipariş eden arasında, “işçi-işveren” ya da “kamu kurumu-memur” ilişkisi gibi taraflardan birinin, diğerinin denetim ve gözetimi altında ve ona bağlı olarak çalıştığı bir ilişkinin varlığı gerekir. Bu ilişki kapsamında yer almayan kişilerce meydana getirilen eserler üzerindeki telif haklarının devralınmış sayılabilmesi için FSEK m. 52 hükmüne uygun bir şekilde telif-devir sözleşmesi yapılmalıdır. Bu şekilde bir devir sözleşmesinin geçerliliği, sözleşmenin yazılı yapılmış olmasına ve hangi hakların devredildiğinin ayrı ayrı ve açık bir şekilde sözleşmede gösterilmiş olmasına bağlıdır.

Verilen örnekte Ü Üniversitesi ile arasında bağlılık ilişkisi olan kişi, proje yürütücüsü olan Ö’dür. Ancak Ö’nün “eser sahibi” sıfatı bulunmamaktadır. Yazılımın eser sahibi olan Y, Ü Üniversitesinin bir personeli ya da öğrencisi değildir. Ö’nün Üniversite adına Y ile yaptığı sözleşme TBK m. 393 anlamında bir hizmet (iş) sözleşmesi de değildir. Nitekim bahsi geçen hükümden hizmet sözleşmesi, “*işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde tanımlanmaktadır. Oysaki Ö ile Y arasındaki sözleşmede Y, belirli bir süre iş görmeyi (edim fiilini) değil, bir edim sonucunu üstlenmiştir. Bir diğer ifadeyle taraflar arasındaki sözleşme, hizmet sözleşmesi gibi sürekli edimli değil, “ani edimli” bir sözleşmedir. Ayrıca, her ne kadar yazılımın hangi özellikleri karşılaması gerektiği Ö tarafından belirlenmişse de edim sonucunun ortaya çıkması, Y’nin kendi uzmanlık bilgileri ve bağımsız çalışması sayesinde gerçekleşmiştir. Bu nedenle taraflar arasındaki sözleşme, hizmet sözleşmesi değil, TBK m. 470 anlamında istisna (eser) sözleşmesi özellikleri taşımaktadır. İşgörenin devamlı emeğinden ziyade gösterilen faaliyet neticesinde ortaya çıkan sonucu hedeflediği, iş gören ile işveren arasında bağımlılık ve altlık-üstlük ilişkisinin bulunmadığı istisna sözleşmeleri bakımından FSEK m. 18/2 hükmünün uygulanmayacağı, Kanun metninden açıkça anlaşıldığı gibi öğreti tarafından da büyük ölçüde kabul edilmektedir. Öte yandan öğretilerde genel kabul gören diğer bir husus, FSEK m. 18/2 hükmünün yalnızca “eser sahibinin mali haklarını” (FSEK

m. 21-25) konu aldığıdır. Eser sahibinin manevi hakları (FSEK m. 14-17), her durum ve koşulda eser sahibinde kalmaya devam etmektedir.

Sonuç olarak önerimiz, yukarıda bahsi geçen ve hemen hemen tüm devlet üniversitelerinin iç yönergelerine aktarılan (bkz. örn. Ankara Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Uygulama Yönergesi m. 16/1) Yönetmelik hükmünün birinci fıkrasının “*Bilimsel araştırma projeleri koordinasyon birimi tarafından desteklenen projelerden elde edilen bilimsel sonuçlar üzerinde eser sahipliğinden doğan mali haklar, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa aykırı olmamak kaydıyla ilgili yükseköğretim kurumu tarafından kullanılır.*” şeklinde yeniden düzenlenmesidir. Böylelikle, FSEK m. 18 hükmünün kapsamadığı durumların, BAP kapsamında ortaya çıkan fikrî ürünler açısından da uygulanamayacağı ve eser sahiplerinin Anayasa m. 35 hükmü ile teminat altına alınan fikrî haklarının, yükseköğretim kurumlarının tasarrufları karşısında zarar görmeyeceği teminat altına alınabilir.

Anahtar Kelimeler: Bilimsel Araştırma Projeleri, Telif Hakları, Fikri Mülkiyet Hakları.

GÜNCEL GELİŞMELER İŞİĞİNDA DİJİTAL PLATFORMLARIN FİKRÎ VE SİNAİ HAK İHLALLERİNDEN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Ar. Gör. Ahunur AÇIKGÖZ

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı
ORCID: 0000-0002-8301-7072

Doç. Dr. Murat GÜREL

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret
Hukuku Anabilim Dalı
ORCID: 0000-0002-4671-9374

ÖZET

Bilginin yayılması, düşüncelerin paylaşılması, ticaretin gelişmesi, rekabetin artması, yeni iş alanlarının ve iş modellerinin ortaya çıkmasında, kısacası toplumların ekonomik, sosyal ve kültürel anlamda ilerlemesinde internet oldukça önemli bir yere sahiptir. Bununla beraber, internetin kullanım alanları genişledikçe ve bireylerin internete erişim imkanları kolaylaştıkça ağ üzerindeki faaliyetlerin bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal etme ihtimali de artmaktadır. Böyle durumlarda hukuk düzeninin, bir yandan, ifade özgürlüğünü de dikkate alarak internetin işleyişini aksatmayacak, diğer yandan ise bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlalini azaltacak çözümler geliştirmesi gerekmektedir.

İnternetin ihlal edilme ihtimalini artırdığı temel hak ve özgürlüklerden birisi de şüphesizdir ki mülkiyet hakkı kapsamında görülen fikrî mülkiyet haklarıdır. Özellikle sosyal medya ve elektronik ticaret siteleri gibi dijital platformlar, fikrî mülkiyet haklarına konu fikrî ve sınai ürünlerin yayılması veya ticarileştirilmesine oldukça elverişli bir ortam sağlamaktadır. Bu platformları kullanarak fikrî mülkiyet hakkı ihlali oluşturan ve ilgili kanunlarda tecavüz olarak tanımlanan fiilleri gerçekleştiren bireylerin, başka bir ifadeyle, içerik sağlayıcıların hak ihlallerinden doğrudan sorumlu olacağı açıktır. Fikrî ve sınai ürünlerin yayılması veya ticarileştirilmesini kolaylaştıran ve aynı zamanda yer sağlayıcı sıfatını da haiz dijital platformların sorumluluk rejiminin ne olacağı ise cevaplanması gereken önemli bir sorudur.

Hukukumuzda yer sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m. 5'te yer sağlayıcıların sorumluluğu incelenirken dikkate alınması gereken önemli bir hüküm yer almaktadır. Hükmün ilk fıkrasına göre; "Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir." Hüküm çerçevesinde, yer sağlayıcıların genel bir araştırma yükümlülüğü olmadığı kabul edildiğinden sırf hukuka aykırı bir faaliyetin gerçekleştirilmesine teknik bir ortam sağladığı için dijital platformların kusursuz sorumluluğuna gidilemeyeceği sonucuna varılabilir. Söz konusu düzenleme ile sorumluluktan kaçınmak amacıyla yer sağlayıcılar tarafından uygulanabilecek otomatik filtreleme gibi teknik önlemler aracılığıyla ifade özgürlüğünün ihlal edilmesinin engellenmesi ve yer sağlayıcıların, sorumluluk tehdidi altında, faaliyetlerini sürdürme konusunda caydırılarak bilgi ve içerik akışının oldukça fazla olduğu internetin işleyişinin

aksatılmamasının amaçlandığı söylenebilir. Yine 5651 sayılı Kanun. m. 5/2’de yer sağlayıcının, konusu suç teşkil eden veya kişilik hakkını ihlal eden içeriklerin çıkarılması veya erişimin engellenmesi için özel bir usul öngören 8 ve 9. maddelere göre haberdar edilmesi halinde ilgili içeriği yayından çıkarmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Anılan hükümden hareketle Yargıtay ve doktrinde fikrî ve sınai hak ihlalleri bakımından da yer sağlayıcıların tazminat sorumluluğunun yalnızca, hukuka aykırılığından haberdar edildiği içeriği derhal kaldırmaması halinde doğacağı kabul edilmektedir. Böylece dijital platformların kusuru da kast hali ile sınırlandırılmış olmakta ve kusurun diğer bir türü olan ihmalin dolaylı olarak yer sağlayıcının araştırma yükümlülüğüne tâbi kılınmasına yol açacağı kabul edilmektedir. Bununla beraber, Yargıtay’ın son dönem kararlarında tecavüzün önlenmesi veya durdurulması taleplerinin yer sağlayıcıya karşı ileri sürülebilmesi için kusurun şart olmadığına başka bir deyişle, yer sağlayıcının ihlalden haberdar edilmesi gerekmediğine hükmedilmektedir.

Dijital platformların sorumlulukları incelenirken dikkate alınması gereken bir diğer hüküm ise 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun m. 9’dur. Anılan Kanun’da, 7416 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 3 ile yapılan değişiklik öncesinde yer alan hüküm, 5651 sayılı Kanun’da yer alan hükme paralel bir düzenleme içermektedir. “Aracı Hizmet Sağlayıcıların Yükümlülükleri” başlığını taşıyan hükme göre; “Aracı hizmet sağlayıcılar, hizmet sundukları elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.” 7416 sayılı Kanun ile birlikte “aracı hizmet sağlayıcı” kavramının yanı sıra “elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı” kavramı getirilmiş ve 6563 sayılı Kanun. m. 9’un başlığı “Hukuka Aykırı İçerik” olarak değiştirilerek hükümde aracı hizmet sağlayıcı ve elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının sorumlulukları düzenlenmiştir. Hükmün ilk fıkrasında, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça, aracı hizmet sağlayıcının, hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı hususlardan sorumlu olmayacağı açıkça düzenlenerek sorumluluktan muafiyet öngörülmüştür. Hükmün ikinci fıkrasına göre ise elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içeriğin hukuka aykırı olduğundan haberdar olması hâlinde, bu içeriği gecikmeksizin yayımdan kaldırarak hukuka aykırı hususu ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirmelidir. Böylece, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğunun yalnızca hukuka aykırılığından “haberdar olduğu” içeriği kaldırmaması halinde doğacağı kabul edilmiştir. Hükmün son fıkrasında ise fikrî ve sınai hak ihlalleri bakımından özel bir şikayet usulü öngörülmüştür.

Bildiride dijital platformların fikrî ve sınai hak ihlallerinden sorumluluğu yukarıda yer alan hükümler ışığında ele alınacaktır. Bu çerçevede özellikle anılan hükümlerin muhatabı olan dijital platformların doğru bir şekilde tespiti amacıyla yer sağlayıcı, aracı hizmet sağlayıcı ve elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı kavramlarının sınırları ve birbirleriyle ilişkisi ortaya konacaktır. Böylece dijital platformların farklı işlevlerine göre parçalı bir sorumluluk rejiminin öngörülüp öngörülmediği değerlendirilecektir. Ardından dijital platformların fikrî ve sınai hak ihlallerinden kaynaklanan genel sorumluluk rejimi Yargıtay kararları ve doktrindeki görüşler

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

çerçevesinde incelenecektir. Bu açıdan dijital platformların hangi durumlarda ihlal oluşturan eylemden doğrudan sorumlu olacağına hangi durumlarda ise sorumluluğun yukarıda anılan hükümlere göre değerlendirilmesi gerekeceğinin tespiti önem taşımaktadır. Dijital platformların genel sorumluluk rejimi ortaya konduktan sonra aynı zamanda yer sağlayıcı sıfatını da haiz aracı hizmet sağlayıcı ve elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı olarak nitelendirilen dijital platformların sorumlulukları, özel hüküm niteliğini taşıyan 6563 sayılı Kanun m. 9'a göre ele alınacaktır. Bildiride özellikle, 6563 sayılı Kanun'da yapılan son değişiklikle beraber anılan hizmet sağlayıcıların sorumluluğunun yer sağlayıcıların genel sorumluluk rejiminden hangi noktalarda farklılaştığı veya farklılaşıp farklılaşmadığı tespit edilecektir. Yine, 6563 sayılı Kanun değişik m. 9'da yer alan her üç fıkranın birbiriyle ilişkisi, örneğin, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı bakımından öngörülen "haberdar olma" şartının aracı hizmet sağlayıcı için de öngörülüp öngörülmediği ve değişik ihtimallerin pratik sonuçları tartışılacaktır. Özellikle, 6563 sayılı Kanun değişik m. 9/3 ile fikrî ve sınai hak ihlalleri bakımından öngörülen şikayet kurumunun önemi ve şikayet gerçekleştirilirken yönetmelik ile düzenleneceği belirtilen usule ilişkin, Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ve Amerikan hukukunda yer alan düzenlemelerden faydalanılarak birtakım önerilerde bulunulacaktır. Ayrıca, 6563 sayılı Kanun değişik m. 9/3 ile öngörülen şikayet usulünün, 5846 sayılı FSEK madde 4/3'te öngörülen usulle olan ilişkisi ve hükmün Yargıtay'ın tecavüzün önlenmesi veya durdurulması davalarının açılması için yer sağlayıcının haberdar edilmesinin gerekmediğine ilişkin içtihadını değiştirip değiştirmediği de incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Dijital Platform, Yer Sağlayıcı, Fikrî ve Sınai Haklar, Hukuki Sorumluluk.

DİJİTAL PLATFORMLARDA YAYINLANAN FİKİR VE SANAT ESERLERİNDE BANDROL SORUNU

Dr. Öğr. Üyesi Aybike TUNÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0001-5837-9170

ÖZET

Fikir ve sanat eserlerinin izinsiz çoğaltılmalarının ve taklit edilmelerinin önlenmesi amacıyla FSEK md. 81 hükmü ile “...*Musiki ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayınlara...*” bandrol yapıştırma zorunluluğu getirilmiştir. Kanun koyucu böylece eserin ve eser sahibinin haklarının korunmasını; diğer yandan da piyasada tedavülde bulunan eserlerin kayıt altına alınarak ekonomik getirilerinin belirlenmesini amaçlamıştır.

Bandrol uygulamasının nasıl olacağı 24577 sy. Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile düzenlenmiştir. Yönetmelik md. 5 hükmü gereğince “*Süreli olmayan yayınlar ile kayıt ve tescili yapılan sinema ve müzik eseri nüshalarına, çoğaltmayı takiben sevkiyattan önce bandrol yapıştırılması zorunludur*”. Hükümden de anlaşılacağı üzere bandrol, eser ya da nüshalarına çoğaltma ve yayma hakları kullanılmadan önce yapıştırılmalıdır.

Çoğaltma, sözlük anlamı ile bir şeyin çok duruma getirilmesini ifade etmektedir. Kanun koyucu, çoğaltma hakkını tanımlamaktan kaçınmış ve FSEK md. 21 hükmü ile bu hakkın münhasıran eser sahibine ait olduğunu düzenlemekle yetinmiştir. Ancak aynı hükmün 2. ve 3. fıkralarında ise “*Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır. Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir. Çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar*” demek suretiyle hakkın kapsamını belirlemiştir. Buna karşın Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi çoğaltma hakkının düzenlendiği md. 9 hükmünde “*Her türdeki ses ve görüntü kayıtları bu Sözleşmenin amaçları için çoğaltma olarak kabul edilir*” ifadesine yer vererek çoğaltma hakkını tanımlamıştır. Yine İcracı Sanatçılar, Fonogram Yapımcıları ve Yayın Kuruluşlarının Korunmasına Dair Roma Anlaşması md. 3 hükmüne göre “*çoğaltma, bir tespitin bir veya daha fazla olarak kopya haline getirilmesini*” ifade etmektedir.

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

Yayma Hakkı ise FSEK md. 23 hükmünde “*Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak*” şeklinde tanımlanmıştır. Bir başka ifadeyle yayma hakkı, bir eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının üçüncü kişilere dağıtılmasını, tedavüle konulmasını ifade etmektedir.

Bugün fikir ve sanat eserlerini tüketen kullanıcıların söz konusu eserlere dijital platformlar aracılığıyla eriştiği tartışmasız bir gerçektir. Öyle ki artık özellikle müzik ve sinema eserlerinin başarısı, cismani kopyalarının ne kadar çok kez basıldığı ve kaç kopyasının satıldığıyla değil, dijital platformlardan kaç kişinin kaç kez dinlediği ya da izlediği ile ölçülmektedir.

Kanunun 81. madde hükmünde bahsi geçen musiki ve sinema eserlerinin söz konusu dijital platformlarda paylaşarak dinleyici ve izleyicilerine ulaşması, kuşkusuz çoğaltma, yayma ve umuma iletim haklarına ilişkin bir işlemdir. Dolayısıyla 24577 sy. Yönetmelik md. 5 hükmü gereğince söz konusu eserlerin bu platformlarda paylaşılmadan önce bandrol alması, FSEK md. 81 hükmü gereğince zorunludur. Hatta söz konusu eserlerin bandrol almaksızın bu platformlarda paylaşılması yine FSEK md. 81 hükmü gereğince suç teşkil etmektedir ve bu eserleri paylaşan eser sahibi, paylaşımına izin veren dijital platformlar ve bu eserleri ticari amaçla alıp paylaşan diğer kişi ya da platformlar “*bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır*”.

24577 sy. Yönetmelik md. 5/II-d hükmü gereğince “*Bandrollenmiş sinema ve müzik eseri nüshaları ile süreli olmayan yayınların ekinde verilen içerik tamamlayıcı niteliği bulunan materyaller*”de bandrol kullanılması eser veya hak sahiplerinin isteğine bağlıdır. Bir başka ifadeyle hali hazırda bandrol almış bir müzik, sinema eseri ya da süreli olmayan yayının dijital platformlarda paylaşılması halinde bu paylaşım eser nüshası olarak kabul edilebilir ve bandrol zorunluluğu ortadan kalkıp bandrol kullanımı eser ya da hak sahibinin talebine bağlanabilir. Ancak bu durum pratik hayatta maalesef yalnızca çok meşhur sanatçılar açısından uygulama bulmaktadır. Zira ünlü bir şarkıcı bugün hem albüm çıkarıp, albümünün fiziksel kopyasını bastırıp bu kopyaya bandrol yapıştırabiliyorken amatör sanatçılar üretmiş oldukları eserleri doğrudan dijital platformlarda paylaşmakta; dolayısıyla eserlerini bandrol yapıştırılmaksızın yaymakta ve çoğaltmaktadırlar.

Her ne kadar bir eserin fiziksel bir bandrol yapıştırılmaksızın çoğaltılması ve yayılması hukuka aykırı olsa da, teknolojinin gelişmesi ve dünyanın dijitalleşmesi ile hayatın bir gerçeği haline geldiği kuşkusuzdur. Bugün pek çok sanatçı bu şekilde paylaştıkları amatör kayıtlarla ünlü olmakta, ardından fiziksel kopyası olan eserler çıkarma imkanına kavuşmaktadır. Bir toplumsal düzen kuralı olan hukukun da hayatın bu gerçeğini görmezden gelmesi düşünülemez. Bu sebeptir ki hukukun değişen toplum yaşantısına uyum sağlaması beklenmektedir.

Kanun koyucu eserin ve eser sahibinin haklarının korunması için getirdiği -ve hatta zorunlu kıldığı- bandrol müessesesini ya dijital dünyanın değişen şartlarına uyarlamalı ya da zorunlu olmaktan çıkarmalıdır. Zira bu zorunluluk kanunda bu şekliyle devam ettiği sürece her gün yüzlerce insan farkında olmadan suç işlemektedir.

Yargıtay kararları incelendiğinde bandrol uygulamasının eserin ve eser sahibinin haklarının korunmasına büyük katkı sağladığı açıkça görülmektedir. Bu sebeple biz çalışmamızda bandrol müessesesinin dijital dünyaya uyumlanması ve e-bandrol uygulamasının geliştirilmesi gerektiğini savunmaktayız. Her ne kadar bugün için fiziki bandrol ile son kullanıcının tüketimine sunulan eserlerin kaydı tutulmuş ve ekonomik getirilerinin belirlenmesi noktasında sorun yaşanmamış olsa da teknolojinin gelişmesi ile fiziksel kopyaların kullanımının bir gün tamamen ortadan kalkacağı da bir gerçektir. Bu sebeple kanun koyucunun bugün alenen ortaya çıkmış olan bu soruna bir çözüm üretmesi ve gerekli önlemleri ivedilikle alması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Bandrol Yükümlülüğü, E-Bandrol, Yayma Hakkı, Çoğaltma Hakkı.

KOOPERATİF YÖNETİM KURULU ÜYELERİ AÇISINDAN YENİ BİR “ŞART”: KOOPERATİFÇİLİK EĞİTİM PROGRAMINI TAMAMLAMAK

Ar. Gör. Dr. Sercan UÇAR

Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-6710-0351

ÖZET

7339 sayılı Kooperatifler Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹ (7339 sayılı Kanun) ile 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nda² (KoopK) pek çok değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerden birisi de bazı kooperatif yönetim kurulu üyeleri için kooperatifçilik eğitim programını tamamlama şartı getirilmiş olmasıdır. Nitekim 7339 sayılı Kanun m. 5 ile değişik KoopK m. 55/3'e göre, “[ç]alışma konusu, ortak sayısı ve ciro gibi kısıtlara göre belirlenen kooperatiflerin yönetim kurulu üyeleri ve yedeklerinin, seçilmelerini takiben en geç dokuz ay içinde kooperatifçilik eğitim programını tamamlamaları şarttır.”. Kooperatifçilik eğitim programına dair usul ve esaslar ise, Kooperatifçilik Eğitimi Yönetmeliği³ ile düzenlenmiştir.

Çalışmada genel olarak, kooperatifçilik eğitim programını tamamlama şartının amacı ve kapsamına (şartın hangi kooperatiflerde ve hangi üyeler için getirildiğine, hükmün mevcut yönetim kurulu üyelerine etkisine vb.) ilişkin açıklamalara yer verilecektir. Özel olarak ise, yönetim kurulu üyelerinin söz konusu şarta aykırı davranmalarının hukuki sonuçları (bu arada özellikle de üye sıfatlarına etkisi; yönetim kurulu üyeliğinin sona erip ermeyeceği) üzerinde durulacaktır. Esasen bu husus, düzenlemenin kanunlaşması sürecinde yaşanan gelişmeler ile birlikte üzerinde durulması gerekli bir soru(n) niteliği kazanmıştır. Zira hem kanun teklifinde hem de Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu tarafından kabul edilen metinde incelenen şarta aykırı davranılması hali için bir yaptırım öngörülmüştü. Gerçekten her iki metinde de “[s]üresi içerisinde eğitim şartını sağlayamayanların üyeliği düşer” ifadesine yer verilmişti. Ancak, genel kurulda verilen bir önerenin kabulü üzerine söz konusu ifade çıkarılmıştır. Bu doğrultuda da eğitim programını tamamlama şartı, şarta aykırı davranılmasına özgü bir yaptırım içermeksizin kanunlaşmıştır. Sözün kısası, hali hazırda KoopK, eğitim programını tamamlama şartını içermekte ve fakat bu şarta aykırı davranılması haline özgü bir yaptırım öngörmemektedir. Hemen ekleyelim ki, Yönetmelik'te de durum bu şekildedir. Esasen Yönetmelik, konu ile ilgili olarak -bir yaptırım da getirmeyen- yalnızca tek hüküm içermektedir. Yönetmelik m. 19'a göre, “[b]u Yönetmelik gereğince kooperatifçilik

¹ RG, 26.10.2021, S. 31640.

² RG, 10.05.1969, S. 13195.

³ RG, 14.01.2022, S. 31719.

eğitimi alması zorunlu üyelerin süresi içinde eğitim alıp almadıklarının denetimi il müdürlükleri tarafından yapılır. Bu denetimlerden sonra il müdürlükleri tarafından eğitim şartını sağlamayan üyelere gerekli uyarılar yazılı olarak yapılır”.

Yukarıdaki açıklamalarla ortaya konulan KoopK ve Yönetmelik'teki mevcut durum, yönetim kurulu üyelerinin kooperatifçilik eğitim programını tamamlamamaları halinde hangi hukuki sonucun ortaya çıkacağı sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Öte yandan, husus, özellikle uygulama açısından hayli güncel bir sorun niteliği de taşımaktadır. Zira, kooperatifçilik eğitim programının tamamlanması için öngörülen dokuz aylık süre, 31/12/2022 tarihine dek seçilecek yönetim kurulu üyeleri için bu tarihten itibaren başlayacaktır (Yönetmelik geçici m. 1). Bu sebeple, yakın gelecekte, eğitim programını tamamlamayan kooperatif yönetim kurulu üyeleri olgusu ve beraberinde söz konusu üyelerin görevlerine devam edip edemeyecekleri sorusu ile karşılaşılması muhtemel görünmektedir.

İnceleme konusu soruya, yönetim kurulu üyelerinin görevlerinin son bulmasına dair KoopK hükümlerinden hareket edilerek yanıt aranması isabetli görünmektedir. Bu açıdan iki düzenleme incelenmeye değerdir:

Bunlardan ilki KoopK m. 56/2'dir. Düzenlemeye göre, “[ü]yelik şartları denetçiler tarafından araştırılır. Bu şartları taşımadıkları halde seçilenler ile sonradan kaybedenlerin görevlerine yönetim kurulunca son verilir.” Düzenlemenin açık ifadesi gereği, yönetim kurulu, üye seçilme şartlarını seçildikten sonra yitirenlerin görevlerine son verebilecektir. Bir an için, seçilmelerini takip eden dokuz ay içinde eğitim programını tamamlamayan üyelerin görevlerine de KoopK m. 56/2 uyarınca yönetim kurulunun son verebileceği akla gelebilir. Ancak bu düşünce isabetli değildir. Zira düzenleme, “yönetim kurulu üyesi seçilme şartlarını” konu edinmekte; bu şartların yitirilmesi hali için bir yaptırım öngörmektedir. Oysa KoopK'da kooperatifçilik eğitim programını tamamlamak, bir seçilme şartı olarak düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, söz konusu düzenlemenin eğitim şartı için de uygulanması ve bu şarta aykırılık sebebiyle üyelerin görevlerine yönetim kurulunca son verilmesi mümkün değildir.

Değinilmesi gereken ikinci düzenleme ise, KoopK m. 90/3'de yer almaktadır. Buna göre, ilgili bakanlık tarafından yapılan denetim sonucu “... kooperatiflerin ... yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilerinin, hukuka açıkça aykırı eylem ve işlemlerinin tespit edilmesi durumunda, ilgili Bakanlık, kamu yararı ve hizmet gerekleri dikkate alınarak gecikmesinde sakınca görülen hallerde ileride telafisi güç veya imkansız zararlara yol açılmasının engellenmesi amacıyla bu kişilerin görevlerine tedbiren son verebilir.” Düzenleme, hayli sıkı şartlara tabi olmakla birlikte, ilgili bakanlığa kooperatif yönetim kurulu üyelerini tedbiren görevden alma yetkisi vermektedir. Öte yandan, yönetim kurulu üyelerinin salt kooperatifçilik eğitim programını tamamlamamaları sebebi ile söz konusu düzenleme uyarınca tedbiren görevden alınmaları mümkün görünmemektedir. Zira ve her şeyden önce, kooperatifçilik eğitim programının tamamlanmaması, tek başına, ileride telafisi güç veya imkânsız zararlara yol açacak olması sebebiyle engellenmesi gereken bir olgu niteliğinde değildir. Dolayısıyla, eğitim şartını sağlamayan üyelerin ilgili bakanlık tarafından görevlerinden alınmaları da söz konusu olmayacaktır.

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

Tüm bu açıklamalar bağlamında, KoopK’da, yönetim kurulu üyelerinin kooperatifçilik eğitim programını tamamlamaları hali için *dolaylı olarak* da bir yaptırıma yer verilmediği sonucuna varılabilir. Bu sebeple, kooperatifçilik eğitim programını tamamlamayan yönetim kurulu üyeleri, görevlerine devam edebileceklerdir.

Nihayet konu bağlamda yanıt aranması gereken son soru ise, kanun koyucu tarafından herhangi bir yaptırıma bağlanmamış eğitim şartı için, ana sözleşmede bir yaptırım öngörülüp öngörülemeyeceğidir. Bu soruya olumlu yanıt verilmesi mümkün görünmektedir. Esasen ana sözleşmede eğitim şartı açısından iki farklı modaliteye yer verilebilir. Öncelikle eğitim şartı, “yönetim kurulu üyesi seçilme şartı” olarak düzenlenebilir. Bu halde, henüz kooperatifçilik eğitimi almamış kişiler yönetim kurulu üyeliğine seçilemeyecek; her nasılsa seçilmiş olmaları halinde ise görevlerine yönetim kurulunca son verilerek (KoopK m. 56/2) yerlerine yedekler çağrılacaktır (KoopK m. 56/4). İkinci olarak ise eğitim şartı - kanun teklifinde olduğu gibi- yönetim kurulu üyeliğinin kendiliğinden sona ermesi (düşmesi) yaptırımına tabi kılınabilir. Ancak, hukuk tekniği açısından mümkün görünen bu yaklaşımın uygulamaya yansımaları yüksek bir olasılık olarak görünmemektedir. Zira kooperatifçilik uygulamasında, “bakanlık tarafından hazırlanan örnek ana sözleşmelerin (bkz. KoopK m. 88) kullanılması” alışkanlığı hâkimdir. Bakanlık, 7339 sayılı Kanun değişiklikleri sonrası bazı yeni örnek ana sözleşmeleri hazırlamıştır. Ancak örnek ana sözleşmelerde eğitim şartına -tıpkı KoopK’da olduğu gibi- bir yaptırım öngörülmesinin yer verildiği görülmektedir. Hal böyle olunca, uygulamada örnek ana sözleşmeleri kullanma alışkanlığı sürdüğü müddetçe, eğitim şartının yaptırımsız kalmaya devam edeceği sonucuna varılabilir.

Anahtar Kelimeler: Kooperatifler Kanunu Değişiklikleri, Kooperatif Yönetim Kurulu Üyeleri, Kooperatifçilik Eğitim Programını Tamamlama Şartı.

YAŞAM HAKKI v. ÖLME HAKKI: AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE TARAF ÜLKELERDE ÖLME HAKKINA YÖNELİK FARKLI YAKLAŞIMLAR*

Öğr. Gör. Dr. Derya Nur KAYACAN

Türk-Alman Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Koordinatörlüğü

ORCID: 0000-0003-4475-4472

ÖZET

Kişisel özerkliğin sınırlarına dair son yıllarda en çok tartışılan konulardan biri olan ölme hakkı, kişinin kendi ölüm zamanını ve şeklini seçme hakkını ifade etmektedir. Tedavisi olmayan sancılı bir hastalıktan kurtulmak veya kimseye muhtaç olmamak isteği gibi çeşitli sebeplerden ötürü hayatını kendi tercih ettiği bir zamanda sona erdirmek isteyen insanlar, doktorlarından ötenazi (*euthanasia*) veya yardımcı intihar (*assisted suicide*) talep etmektedir. Geçmişte Nazi Almanyası'nın uyguladığı, “yaşamaya değer bulunmayan” bireyleri öldürme politikasının gölgesini hala üzerinde taşıyor olsa da aslında etimolojik olarak “güzel ölüm” anlamına gelen ötenazi kavramı, ayırt etme gücüne sahip bir bireyin açık ve bağımsız talebi üzerine hayatının aktif bir şekilde sonlandırılmasını ifade etmektedir. Yardımlı intihar ise, ayırt etme gücüne sahip bir bireyin açık ve bağımsız talebi üzerine hayatına son vermesine yardım etmek demektir. Bu yardım bir doktor tarafından sağlandığında, doktor yardımcı intihar olarak da adlandırılabilir. Ötenazi ile yardımcı intihar arasındaki fark, ölüme sebebiyet veren son eylemi kimin gerçekleştirdiğidir. Ötenazide bu eylemi üçüncü bir kişi gerçekleştirmekteyken, yardımcı intiharda hayatına son vermek isteyen kişi kendisi gerçekleştirmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), kişisel özerklik vurgusunun ağır bastığı içtihadında ölme hakkını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamına almış ve böylelikle ölme hakkını AİHS tarafından korunan bir hak olarak tanımlamıştır.¹ Fakat kişisel özerkliğin bir ifadesi olan ölme hakkının, devletlerin AİHS 2. maddesi uyarınca yaşam hakkının korunmasına yönelik gerekli önlemleri almak üzere taşıdıkları pozitif yükümlülükler karşısında dengelenmesi gerekmektedir. Yaşam hakkının korunması karşısında ölme hakkının nasıl değerlendirileceği, kişisel özerkliğin veya başka bir deyişle kişinin kendi kaderini tayin hakkının sınırlarının nerede çizileceği, birçok farklı tartışmayı içinde barındıran bir konudur. Üye devletlerin arasında fikir

* Bu bildiri, yazarın “Onurla Ölme Hakkı - İnsan Hakları Nereye Kadar Uzanır? (*The Right to Die with Dignity - How Far Do Human Rights Extend?*)” adlı doktora tezinden esinlenerek üretilmiştir. Derya Nur Kayacan, *The Right to Die with Dignity - How Far Do Human Rights Extend?* (Cham: Springer, 2022).

¹ Pretty-Birleşik Krallık App no 2346/02 ECHR 2002-III, [67]; Haas-İsviçre App no 31322/07 ECHR 2011, [51]; Lambert ve diğerleri-Fransa [GC] App no 46043/14 ECHR 2015 (extracts), [142].

birliği olmaması dolayısıyla AİHM, konunun esasına ayrıntılı olarak girmekten ziyade usule yönelik değerlendirmelere yoğunluk vermiş, böylelikle AİHS 2. ve 8. maddeler arasında dengenin nasıl sağlanacağı muhakemesini üye devletlerin takdir yetkisine bırakmıştır.

AİHS taraf ülkelerinin birçoğunda ötenazi ve yardımcı intihar suç teşkil etse de, ölme hakkının uygulanmasına izin veren “müsamahakâr” ülkeler de mevcuttur. En liberal yaklaşımlardan birine sahip olan İsviçre’de yardımcı intihar uygulaması, Ceza Kanunu’ndaki bir boşluğa dayanmakta ve çoğunlukla yardımcı intihar organizasyonları tarafından gerçekleştirilmektedir. Birçok kez meclis gündemine getirilmiş olsa da yasal düzenlemesi yapılmayan yardımcı intihar uygulaması, daha ziyade organizasyonların elinde şekillenmiştir. İsviçre’de ikamet etmeyenlere yardımcı intihar hizmeti sağlanmasının önünde yasal bir engel bulunmaması dolayısıyla bazı organizasyonların yabancılara da hizmet vermesi “ölüm turizmi” kavramının doğuşuna neden olmuştur.² Her ne kadar intihara yardım eden kişinin doktor olması şartı aranmasa da, yardımcı intihar reçeteye tabi sodyum pentobarbital adlı bir ilaç vasıtasıyla sağlandığı için, bu sürecin doktorlardan bağımsız yürütülmesi pratikte mümkün değildir. Yasal düzenlemeye giden ilk AİHS taraf ülkesi olan Hollanda, öncesinde müsamaha gösterilen ve zaman içerisinde mahkeme kararları ile tabipler birliğinin yorumlamalarıyla şekillenen ötenazi ve yardımcı intihar uygulamalarının hukuki çerçevesini 2001 yılında Talep Üzerine Yaşamın Sonlandırılmasının Kontrolü ve Yardımlı İntihar Yasası’nda düzenlemiştir.³ Hollanda’da ikamet etmeyenlere ötenazi veya yardımcı intihar sağlanması yasaklanmamış olsa da, doktorluk mesleğinin gerektirdiği özen ve ihtimamın (medical due care criteria) gösterilmesi hususunda mahkemelerin daha hassas olması sebebiyle İsviçre’deki gibi ölüm turizminde yoğunluk görülmemektedir. Hollanda’nın ardından Belçika da kendi Ötenazi Yasası’nı 2002 yılında kabul etmiştir.⁴ Yasa sadece ötenaziyi düzenlese de, hastanın son eylemi gerçekleştirebileceği fiziki kapasitesi olması halinde yardımcı intihar uygulanması yazılı olmayan bir kural olarak değerlendirilmektedir. Lüksemburg ise 2009 yılında ötenazi ve yardımcı intiharı düzenleyerek ölme hakkını uygulayan 4. Avrupa Konseyi ülkesi olmuştur.⁵

Ölme hakkı uygulamasının yerleştiği bu dört AİHS taraf ülkesi dışında da ölme hakkı tartışılmaktadır. 2021’de Avusturya ve İspanya ölme hakkını düzenleyen yasalar geçirerek uygulamaya izin veren ülkeler arasına girmişlerdir.⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve İtalyan Anayasa Mahkemesi yardımcı intihar yasağının bazı koşullarda kişinin kendi kaderini

² “Death Tourism Tops Swiss Word List” (2007) Swissinfo, <https://www.swissinfo.ch/eng/death-tourism-tops-swiss-word-list/6299814>. Erişim tarihi: 27 Eylül 2022.

³ Bert Broeckaert ve Rien Janssens, “Palliative care and euthanasia. Belgian and Dutch perspectives,” in *Euthanasia and palliative care in the low countries*, ed. Schotsmans P, Meulenbergs T (Leuven: Peeters, 2005) 35-70, 35; Hollanda, Talep Üzerine Yaşamın Sonlandırılmasının Kontrolü ve Yardımlı İntihar Yasası (*Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding*) BWBR0012410, 10 Nisan 2001.

⁴ Belçika, Ötenazi Yasası (*Wet betreffende de euthanasia, Loi relative à l’euthanasie*) 2002009590, 28 Mayıs 2002.

⁵ Lüksemburg, Ötenazi ve Yardımlı İntihar hakkında Kanun (*Loi du 16 mars 2009 sur l’euthanasie et l’assistance au suicide*) Mémorial A-No. 46, 16 Mart 2009.

⁶ Avusturya, Vasiyetnamelerin oluşturulmasına ilişkin Federal Yasa (*Bundesgesetz über die Errichtung von Sterbeverfügungen - Sterbeverfügungsgesetz, StVfG*) BGBl. I Nr. 242/2021, 31 Aralık 2021; İspanya, Ötenazinin düzenlenmesine ilişkin Yasa (*Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia*) BOE no 72, 25 Mart 2021, 34037-34049.

tain hakkını ihlal edebileceğine hükmetmişlerdir.⁷ Henüz iki ülkede de herhangi bir yasal düzenlemeye gidilmemiştir. Portekiz, İrlanda, Fransa ve İngiltere meclislerinde de ölme hakkına ilişkin yasa tasarıları gündeme getirilmiş, fakat oy çokluğu ile reddedilmiştir. Türkiye’de ötenazi ve yardımcı intihar suç teşkil etmekte, şu ana kadar bahsi geçen ülkelerin aksine kamuoyunda da ölme hakkı lehinde güçlü bir talep görülmemektedir.

Tebliğde, ötenazi ve/veya yardımcı intihar uygulaması olan “müsamahakâr” AİHS taraf ülkelerinde yaşam hakkı ile ölme hakkı arasındaki dengenin yasal çerçevede nasıl sağlandığı karşılaştırmalı olarak irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ölme Hakkı, Kişisel Özerklik, Ötenazi, Yardımlı İntihar.

⁷ Alman Federal Anayasa Mahkemesi [2020] 2 BvR 2347/15, [207], [209]; İtalyan Anayasa Mahkemesi [2019] Karar No 242/2019, [2.3.1].

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE HAYVAN REFAHI KAVRAMININ DİN VE İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜ İLE BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMESİ

Ar. Gör. Dr. Merve AĞZITEMİZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-7528-5966

ÖZET

Avrupa Birliği Adalet Divanı (Divan) 17 Aralık 2020 tarihli *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others* (C-336/19) kararı ile birlikte Avrupa Birliği (AB) Hukukunun, (dini) hayvan kesimlerinde, üye devletlerce uygulanması zorunlu kılınan kesim öncesi bayılma şartının önünde engel teşkil etmeyeceği yönünde karar almıştır. Bu karar ile birlikte 2017 yılından bu yana süregelen ve hayvan refahını savunan topluluk ile din ve inanç özgürlüğünü savunan Dini topluluklar arasındaki tartışmalar daha da büyüyerek ilerleyecek gibi görünmektedir.

Ulusal Mevzuat ve Uyuşmazlık Kaynağı:

2017 yılında Belçika'nın Flaman Bölgesinde bir kararname ile hayvanların korunması ve refahı ile ilgili yasa değişikliğine gidilmiştir. Bu değişiklik ile birlikte hayvan kesimlerinde, kesim öncesi, hayvanın uyutulması şartı zorunlu hale getirilmiştir. Her ne kadar bu değişiklik dini nitelikteki kesimlerde ilgili sürecin geri döndürülebilir şekilde yapılmasını ve hayvanın ölümüne yol açmaması gerektiği şartını da içermekteyse de Müslüman ve Yahudi topluluklarında bu konu büyük bir tartışma unsuru olmuştur. Söz konusu hüküm ile ilgili hukuki tartışma ise Belçika Anayasa Mahkemesi önüne kadar gelmiş ve mahkeme Divana ön karar prosedürü ile başvurma yönünde bir karar almıştır. Nitekim AB'nin bir Hayvan Refahı Tüzüğü (EC 1099/2009) bulunmaktadır ve bu tüzüğün bazı maddeleri geniş bir yorum yapmaya uygun görünmektedir.

Bu bağlamda temel olarak Divanın cevaplayacağı iki soru bulunmaktadır. Bunlardan ilki; Temel Haklar Şartı (THŞ) ve Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın (ABİHA) ilgili maddelerinin, üye devletlerin dini kesimler çerçevesinde öngördüğü hayvanın ölümüne yol açmayacak şekilde uygulanan geri döndürülebilir uyutma prosedürünün önüne geçip geçmediğidir. Cevaplanması gereken ikinci soru ise Hayvan Refahı Tüzüğü avlanma, balıkçılık aktiviteleri ve kültürel/sportif etkinlikleri bakımından benzer bir hüküm öngörmemişken, Tüzüğün 26/2-c maddesinin THŞ'de hüküm altına alındığı üzere; eşitlik, ayrımcılık yasağı, kültürel dini ve dilsel çeşitlilik bağlamında geçerliliği ile ilgilidir.

AB Hukuku ve Bu Alandaki İçtihat:

Hayvan refahına ilişkin olarak ABİHA'nın 13. maddesinde hissedebilen varlıklar olan hayvanların refahıyla ilgili gereklerin azami ölçüde dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir. AB Hayvan Refahı Tüzüğü ise hayvanların uyutulmasının ardından kesim yapılması şartını düzenlerken bunun istisnasını, kesimhanede yapıldığı sürece dini kesimler olarak belirlemiştir. (EC 1099/2009 m. 4/1) Tüzüğün 26. maddesi ile ise hayvanlara ilişkin olarak yapılan kesim ve diğer operasyonlar bakımından üye devletlerce hayvanların ölüm anına ilişkin olarak ve hayvanları korumak adına daha ileri ulusal önlemler alabilecekleri hüküm altına alınmıştır. THŞ m. 10 ile ise din özgürlüğü güvence altına alınmaktadır. Buna göre herkes, düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir ve bu durum ibadet ve öğreti vasıtasıyla dinini ve inancını ortaya koyma özgürlüğünü de kapsamaktadır.

Bu durumda Divan önündeki ön karar prosedürüne konu olan sorun, temel olarak Hayvan Refahı Tüzüğü'nün iki maddesinin ayrı ayrı yorumlanmasından doğmaktadır. Burada yapılabilecek bir yoruma göre 4. madde açık bir hükümdür ve dini kesimlerin uyutulma sürecinden istisna tutulması gerekmektedir. Diğer bir yorum ise 26. maddenin üye devletlere hayvan refahının korunması alanında geniş bir yetki verdiği ve bu durumun aslında 4. Maddenin bir derogasyonu olarak ele alınması gerektiği şeklinde yapılabilecektir.

Divan, daha önce önüne gelen iki davada bu konu hakkında ve ilgili tüzük temelinde karar vermiş bulunmaktadır. Bunlardan ilki *Liga van Moskeeën en Islamitsche Organisaties Provincie Antwerpen VZW and Others v Vlaams Gewest* (C-426/16) kararıdır. Burada dini kesimlerde uyutma işleminin yapılmaması tüzük temelinde bir derogasyon olarak görülse de ilgili kesim işleminin kesimhanelerde yapılması gerektiği yönünde karar alınmıştır. İkincisi ise *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs (OABA) v Ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation, Bionoor, Ecocert France, Institut national de l'origine et de la qualité (INAO)* (C-497/17) kararıdır. Burada ise AB Organik Logosunun, (uyutulmaksızın) dini şekillerde kesilen hayvanlardan gelen et ürünlerinde kullanılamayacağına ilişkin bir karar verilmiştir.

Divanın Bu Konudaki Kararı:

Karar kapsamında verilen Hukuk Sözcüsü görüşünden farklı bir bakış açısıyla olaya yaklaşan Divan, burada 4/4. maddenin yorumunu yaparken farklı bir yol izleyerek üye devletçe getirilen yasal değişikliğin, dini kesimlerin sadece bir yönüne uygulanmakla sınırlı olduğunu ve kesimin kendisinin yasaklanmadığını belirtmiştir. Ayrıca ilgili mevzuatın, hayvan refahı ile Müslüman ve Yahudi inananların dinlerini açıklama özgürlüğü arasında adil bir denge kurmaya olanak tanıdığına altı çizilmiştir. (para. 43-45)

Bu bağlamda Divan öncelikle, uyutmanın geri döndürülebilir olması ve hayvanın ölümüne yol açmaması bakımından THŞ 10. Maddesinde yer alan din özgürlüğünün özüne saygılı kaldığı ve geri döndürülebilir uyutma zorunluluğunun, hayvan refahının sağlanması amacıyla sağlama yönünde uygun bir zorunluluk olduğunu belirlemiştir. (para. 59-66)

Orantılılık bakımından ele alındığında ise AB, üye devletlere, kesim sırasında dini açıklama özgürlüğüne saygı göstererek hayvan refahının korunması yönünde geniş bir takdir yetkisi sağlama amacıyla hareket ettiği belirtilmiştir. (para. 71) Kesim öncesi hayvanın

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

uyutulmasının kesim esnasında hayvanın yaşayacağı acıyı en uygun anlamda azaltacağı yönünde bilimsel bir uzlaşma bulunduğunun altı çizilmiştir. (para. 72) Ayrıca üye devlet hukukunun bilimsel araştırmaları referans aldığı ve alınan önlemin hazırlık çalışmaları sırasında, hayvanı uyutma işleminin (dini hassasiyet yaratan kısım olan) hayvanın kesimi sırasındaki kan akışını tersine etkileyeceği iddiasının bilimsel olarak asılsız çıktığının ele alındığı vurgulanmıştır. Bu durumda üye devletin en güncel kesim şeklini de tercih olarak sunması nedeniyle ilgili düzenleme orantılı bulunmuştur. (para. 75)

Son olarak ise üye devlet hukukunun hayvan refahı ve hakları bakımından artan farkındalık çerçevesinde geliştiğini ve ilgili yasal düzenlemenin dini usullerle kesilmiş hayvanların etlerinin (başka bir üye devletten ya da üçüncü bir devletten gelmiş olması fark etmeksizin) pazarlanması önünde bir engel teşkil etmediği nedenleriyle birlikte kararını vermiştir. (para. 77-78)

Sonuç:

Divanın bu kararıyla birlikte hayvan refahı AB hukuku açısından önemli bir yere gelmiş bulunmaktadır. Polonya'da Koşer ve Helal et ihracatının kısıtlanması ve hayvanların daha etkin korunması tartışmaları çözülmeye başlamışken gelen bu karar ile birlikte özellikle sosyal toplum ve değişen değerler ifadelerinin din özgürlüğüne getirilen bir kısıtlamanın haklı gösterilmesi açısından etkin bir şekilde kullanılmasının hukuki ve siyasi yeni tartışmalar yaratma potansiyeli barındırdığı belirlenebilir. Aynı zamanda karşı karşıya gelen özgürlük ve ilkelerden, bir tarafa daha fazla ağırlık verilmesine ilişkin olarak Divanın attığı bu adım ve kararda izlediği hukuki yöntem, temel hakların sınırlandırılması ve değerlendirilmesinde de yeni hukuki tartışmalar oluşmasını sağlamıştır. Söz konusu tebliğ kapsamında bu sonuçlar ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hayvan Refahı, AB Hukuku, Divan, Din ve İnanç Özgürlüğü.

SOKAK RÖPORTAJLARI VE YURTTAŞ GAZETECİLİĞİNİN ÇATIŞAN HUKUKİ MENFAATLER ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Onur Can KESKİN

Ankara Barosu

ORCID: 0000-0003-0353-1715

ÖZET

Demokratik toplumlar için vazgeçilmez olarak öngörülen ve dördüncü kuvvet niteliğini alacak kadar güçlü bir etkide olduğu kabul edilen medya kavramı, sahip olduğu aksiyomları yeniden tartıştıracak ölçüde değişim içerisinde görünmektedir. Geçmiş on yıllık sürede, güncel yön veren herhangi bir gazete manşetinin tartışıldığını görmek olanaklı değildir. Zira haber ve bilginin, basılıp yayınlanması ertesi güne bırakılacak bir materyale sıkıştırılması mümkün olmaktan çıkmıştır. Bu durum, sadece medyayı değil, bu alanı düzenleyen hukuksal çerçeveyi de tartıştırmayı zorunlu kılmaktadır.

Geleneksel insan hakları görüşünün kabul ettiği ifade özgürlüğü kavramının zaman içerisinde kazandığı geniş yorum ilkeleri, ifadenin sadece içeriğini değil, aynı zamanda bunların biçimlerini de koruyan zengin bir kapsam sunmaktadır. Basın özgürlüğü, ifade özgürlüğünün özel bir görünümü olarak ayrıca korunmak istenilmektedir. Gerek Anayasa gerekse uluslararası sözleşmeler haber verme hakkını ve basın özgürlüğünü koruma altına alan düzenlemelere sahiptir. Bu hak, demokratik toplum düzeni ile doğrudan alakalı kabul edilmektedir. Haber verme görevini yerine getirmenin engellendiği durumlarda halkın bilgi edinme hakkı da engelleneceğinden, demokrasinin de aynı ölçüde zarar göreceği kabul edilmektedir. Bu nedenle gazetecilerin ifade özgürlüğünün demokratik toplum açısından taşıdığı değer noktasında ayrı bir öneme sahip olduğu kabul edilmektedir. Öte yandan; kamu yararını ilgilendiren konularda haber yapılması sadece bir özgürlük değil, gazeteci söz konusu olduğunda bir hak ve bir görev olarak da belirmektedir. Bu yönüyle gazeteciler “halk adına kamunun gözcüsü” olarak kabul edilmektedir.

Basın özgürlüğünün birincil öznesi kuşkusuz gazetecilerdir. Bununla birlikte başlangıçta değindiğimiz güncel koşullar da dikkate alındığında klasik habercilik anlayışıyla kullanılan kitle iletişim araçlarının (televizyon, gazete, radyo) dışına çıkan ve bunları aşan bir tablo söz konusudur. Sosyal medya, bu tablonun en etkili aracı olmuştur. Haberin belirli kaynaklardan değil, doğrudan muhatabı olan okuyucusundan, dinleyicisinden ve izleyicisinden paylaşıldığı, yayıldığı bu tabloda; haberler çoğu kez klasik haberleşme araçlarından daha etkin sonuç vermekte, daha hızlı yayılmakta ve hatta haberin takibi de daha kolay gerçekleşmektedir. Çoğu kez daha geniş bir kitleye hitap eden ve odağında doğrudan sıradan kişilerin olduğu bu biçim “yurttaş gazeteciliği” olarak adlandırılmaktadır. Yurttaş gazeteciliği yalnızca otonom ilerleyen

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

bir süreçten ibaret olmayıp, ana akım medya olarak adlandırılan kuruluşların televizyon kanalları da örneğin “whatsapp” hatları kurarak yurttaşlardan gelen ve haber niteliği taşıyan ses ve görüntü kayıtlarına talip olmaktadır. Keza, olağan şartlarda geniş kitlelere ulaşması olanaklı olmayan görüşlerin, sokak röportajları yoluyla daha etkili bir biçimde açıklanabildikleri ancak bu yolla yapılan paylaşımların da sıklıkla engellenmesi ve yasaklanması çerçevesinde tartışıldıkları gözlenmektedir. Bir haberin sonradan yazılması olanaklıdır, bir görüntünün sonradan kaydı ise olanaklı değildir. Bu nedenle hakkın etkin biçimde kullanılmasını sağlayacak hukuki koşulların oluşturulması, bu hak için özel bir öneme sahiptir.

Bu tartışmalar sadece ifade özgürlüğünü değil, diğer hak ve özgürlükleri de etkileyecek bir öneme sahiptir. Örneğin; habere şahit olan kişilerin yaptığı kayıtların delil niteliği başlı başına bir içtihat hukukuna konu olmaktadır. Toplumsal olaylarda ve delil elde etmenin başka bir şekilde mümkün olmadığı durumlarda yapılan kayıtlar etkin bir soruşturma için de önemli olabilmektedir. Bu haliyle tebliğe konu tartışma, hakka yapılacak müdahalelerin diğer hak ve özgürlükleri de etkileyecek olması nedeniyle daha geniş bir çerçeveyi ilgilendirmektedir.

Hiç kuşkusuz bu hak ve özgürlüğün kullanımı da sınırsız kabul edilmemektedir. Gerek Anayasa gerekse uluslararası sözleşmelerle belirlenen kuralların yanı sıra, insan haklarına saygı ve etik ilkeler başta olmak üzere, sorumluluk bilinciyle hareket edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Tebliğe konu tartışmadaki yurttaş gazeteciliğinin ise bazı özel durumlarda doğrudan ya da dolaylı olarak sınırlandırıldığı görülmektedir. Bunlardan ilki kişisel veriler ve özel yaşama saygı ilkesidir.

Gerek Anayasanın 20. maddesi gerekse 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca herkesin kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkı vardır ve bu hakkın yaşayan bir nitelikte olduğu, her geçen gün geliştiği söylenebilecektir. Hakkın, tebliğe konu tartışmayla çatıştığı durumlarda, yine kanunda yer alan ve ifade özgürlüğü kapsamındaki fiilleri kapsam dışı bırakan düzenlemelerin titizlikle değerlendirilmesi gerekmektedir.

Sınırlandırma tartışması pek çok kez hak tartışmasından daha önemlidir. Hakkın sınırlandırılmasına yol açacak eylem ve kararların hakkın özünü ortadan kaldıracak boyutta olmamasına dikkat edilmesi gerektiği söylenmelidir. Bu noktada gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarıyla yerleşmiş görüşe göre; henüz içeriği bilinmeyen ve gelecekteki tüm yayınları engeller mahiyetteki yasaklar demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlama kavramını aşmış ve sansür boyutuna ulaşmış kabul edilecektir.

Hakkın korunması bakımından devletlere pozitif ve negatif yükümlülükler yüklenmektedir. Bu çerçevede Anayasayla koruma altına alınan temel hakların engellenmemesi birincil ödev olarak belirlemektedir. Ne var ki pek çok hak için sadece engellemek yeterli bir tedbir değildir. Kimi haklar için gerekli şartların sağlanması, hakkın tecelli edebilmesi için bir zorunluluktur. Böyle durumlarda devletler pozitif ödevle yükümlüdürler. Öte yandan, bazı durumlar vardır ki, hakkın kullanımı engellemekle birlikte, fiilen kullanılmasının imkânsız kılınması ya da önemli ölçüde zorlaştırılması da hakkı ortadan kaldıracı etki yaratabilir. Sözleşmede yer aldığı şekliyle; “Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşmede öngörülmesi olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz”. Bu

nedenle özel hayat ve kişisel verilere ilişkin hakların da bağlamından koparılarak gerek Sözleşme gerekse Anayasa ile koruma altına alınan temel hakların kullanımını engelleyecek şekilde yorumlanması hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan maddeye de aykırılık teşkil eder.

Sokak röportajları, yurttaş gazeteciliği ve sosyal medya örneklerinde olduğu gibi; kamusal tartışmaya ilişkin pek çok olayın ve bilginin “sıradan insanlar” tarafından yayılmış içeriklerden öğrenildiği günümüzde, konunun hukuki çerçevesini ve hak olma niteliğini tartışmak, güncel bir ihtiyacın da karşılığı olarak belirlemektedir. Tebliğde; güncel örnekler, verilmiş idari kararlar ve idare eylemlerinden de faydalanılarak; Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ışığında konunun hukuki değerlendirmesi yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İfade Özgürlüğü, Basın Özgürlüğü, Yurttaş Gazeteciliği, Kişisel Veri, Özel Yaşama Saygı Hakkı.

İFADE HÜRRIYETİ'NE CHİLLİNG EFFECT: NEFRET SÖYLEMİ ÜZERİNE MÜLAHAZALAR

Ar. Gör. Feyza ÖLÇEK

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-3996-2587

ÖZET

İkinci Dünya Savaşı sırasında, Amerika Birleşik Devletleri başkanı Roosevelt -6 Ocak 1941 tarihinde- Kongreye hitaben bir konuşma yapmıştır. Roosevelt'in yaptığı ünlü "Dört Özgürlük Üzerine" isimli konuşmasında bahsedilen özgürlükler "dünyanın her yerinde" ifadesiyle vurgulanmıştır. Roosevelt, güvenli bir dünyanın bunlar üzerine kurulabileceğinin belirtmiştir. Bu konuşma yeni dünya düzeninin duvarlarından birinin insan hakları olacağına dair önemli bir işarettir. Roosevelt; *tehlikelerden korumaya çaba harcayacağımız önümüzdeki günler için dört temel insan özgürlüğü üzerine kurulu bir dünya bulacağımızı umuyoruz*, demiştir. Bu dört temel insan özgürlüğünü sayarken ise; ilkinin dünyanın her yerinde konuşma ve ifade özgürlüğü olduğunu belirtmiştir.¹ Roosevelt'in ifade özgürlüğü/hürriyetini ilk sırada sayması önemlidir. Zira gerçekten ifade hürriyeti "yeni dünya" düzeninde önemli bir yer edinmiştir.

İnsan hakları hukukunda hiçbir durumda sınırlanamayan mutlak haklar var olsa da insan haklarının büyük bir kısmı sınırlanabilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde hiçbir sınırlama hükmü içermeyen haklar vardır. Bununla birlikte Sözleşme 'de düzenlenen hakların büyük bir kısmı açıkça sınırlandırmaya tabi haklardır. İfade hürriyeti de bu haklardan biridir. Sözleşme'nin 10. Maddesinde düzenlenen "ifade hürriyeti" ilk fıkrada bir yandan mutlak ve dokunulmaz düşünce özgürlüğünü garanti altına alırken diğer yandan da bu düşünce ve görüşlerin dışarı yansıtılmasını yani ifade hürriyetini güvence altına alır. İfade hürriyeti düşünce özgürlüğü gibi mutlak bir hak değildir. Birtakım sınırlamalara tabi tutulabilmektedir. İfade hürriyetinin sınırlama rejimi maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Hakkın sahibine görev ve sorumluluklar da yükleyen ifade hürriyetinin kullanılması yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün ve kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir. Bu minvalde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni uygulayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ifade hürriyetinin sınırlanabilir bir insan hakkı olduğunu kabul etmektedir. Kısıtlanması mümkün olan bir hak olsa da bu kısıtlama

¹ <https://www.fdrlibrary.org/four-freedoms> Erişim Tarihi: 22.09.2022.

belli şartlarda ve gerçekten “gerekli” olduğu halde mümkün olacaktır. İfade hürriyetinin sınırlanabilir bir insan hakkı olması devlet erkinin bu hakkı sınırlamada “sınırsız” bir takdir yetkisine sahip olduğu anlamına elbette gelmemektedir. Bu sınırlama yasa ile yapılmalı, sınırlama meşru amaca matuf olmalı ve sınırlama demokratik toplumda gerekli olmalıdır. Bu noktada ifade hürriyeti salt zararsız, ilgilenmeye değmez, lehte ifadeler için geçerli değildir. İfade hürriyeti saldırgan, şok edici rahatsız edici konuşmalar için de geçerlidir. İfade hürriyetinin kısıtlanmasında -son zamanlarda- önemli bir yekûnu “nefret söylemi” tutmaktadır.

Nefret söylemi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin koruması dışında kalmaktadır. Dolayısıyla bu söylemler ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bununla birlikte nefret söylemi net tanıma kavuşabilmiş bir kavram değildir. Etnik nefret, inkârcılık ve revizyonizm (saptırmacılık), dini nefret, savaş suçlarını tasvip etme gibi kategorilere ayırarak bazı değerlendirmelerde bulunabilinse de nefret söylemini bir tanım ile ifade etmek çok mümkün görünmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de daha ziyade somut olaylar üzerinden değerlendirmeler yapmak eğilimindedir.

İfade hürriyeti-nefret söylemi ikileminde dikkat çekilmesi gereken noktanın “chilling effect” olduğu kanısındayım. Chilling effect, daha hafif tedbirler uygulayarak amacın gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu durumlarda, daha ağır olan tedbirlerin uygulanması hem bireylerin hak ve özgürlüklerden yararlanmasına engel olmakta, hem de bir bütün olarak demokratik toplum üzerinde olumsuz etki doğurmaktadır. Mahkemenin de ifadesi ile bu tür durumlar çoğu zaman dondurucu etki/chilling effect doğurmaktadır.² Amerikan Yüksek Mahkemesi/Supreme Court of the United States tarafından kullanılan *dondurucu etki* kavramı ilk olarak Donnelly and Others v. The United Kingdom davası ile Strazburg denetim organlarının kararlarında yer almaya başlamıştır. Bahsi geçen davada işkencenin yaygınlığının sadece işkenceye maruz kalanların haklarını ihlal etmediği, aynı zamanda toplumun diğer fertleri üzerinde dondurucu etkiye neden olarak, onları siyasi haklarını kullanmaktan alıkoyduğunu ifade etmiştir.

Çok farklı alanlarda benzer durumu ifade etmek için kullanılan dondurucu etki kavramı, hukuki bağlamda, yasal yaptırımın ağırlığının bireyin hak ve özgürlüklerini kullanırken tutukluk ve cesaretsizlik göstermesine neden olmasını ifade etmektedir. Örneğin, Moldova’da savcılıkta çalışan bir memur, yasadışı gözaltı ve kötü muameleden suçlanan polislerin korunması için üst düzey bir siyasetçinin yazdığı mektupları medyaya sızdırmıştır. Bunun üzerine işten atılmıştır. Mahkeme bu yaptırım sebebiyle dondurucu etkiye dikkat çekmiştir. Mahkeme bu cezanın diğer memurlar ve çalışanlar üzerinde de dondurucu bir etki doğuracağına dikkat çekmiştir. Zira bu ağır ceza, memurların usulsüz davranışları bildirmeleri konusunda cesaretlerinin kırılmasına da neden olacaktır. Benzer değerlendirmenin nefret söylemi-ifade hürriyeti ikileminde de yapılması gerektiği kanaatindeyim. Zira net olarak tanımlanamayan, doğası gereği muğlak olan nefret söylemi kavramı ifade hürriyetini gereğinden fazla

² Salihpasaoglu, Y.: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller”, Adalet Yayınevi, s. 173.

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

kısıtlayarak hakkın kullanımında tutukluğa sebep olabilmektedir.³ İfade hürriyeti, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin değerlendirmesine göre çoğulcu, hoşgörülü, açık fikirli bir toplumun bir gereğidir. Örneğin, rahatsız edici konuşma/offensive speech ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre ifade özgürlüğü toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan olan demokratik toplumun asıl temellerinden birisini oluşturmaktadır. Mahkeme 7 Aralık 1976 Handyside/Birleşik Krallık kararında⁴ ifade özgürlüğünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasına bağlı olarak, yalnızca lehte olduğu kabul edilen veya zararsız ya da önemsiz görülen bilgi ve düşünceler için değil, aynı zamanda devletin veya toplumun bir bölümü için saldırgan, şok edici veya rahatsız edici bilgi ve düşünceler için de uygulanacağını söylemiştir. Mahkemeye göre bu ifadeler çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir ki; bunlar olmaksızın demokratik toplumdaki söz etmek mümkün değildir. Bu durum, diğer hususların yanı sıra, söz konusu alanda uygulanan her 'resmiyet', 'koşul', 'kısıtlama' ya da 'cezanın' hedeflenen meşru amaçla orantılı olması gerektiği demektir. Nihayetinde bir ifadenin, ifade hürriyeti kapsamı dışında ve nefret söylemi içerisinde değerlendirilmesi hususunda titiz olunması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: İfade, Nefret Söylemi, Kısıtlama.

³ Guja v. Moldova (Grand Chamber), 14277/04, 12.02.2008.

⁴ Handyside v. The United Kingdom, 5493/72, 07.12.1976.

ZAPORİJYA NÜKLEER SANTRALİNİN SEBEP OLABİLECEĞİ ÖNEMLİ SINIRAŞAN ZARARI ÖNLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN RUSYA VE UKRAYNA SAVAŞI SIRASINDA YAŞANAN GELİŞMELER ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe İSAYEV

Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0001-8137-3981

ÖZET

Zaporijya Nükleer Santrali Ukrayna'nın güneydoğusunda Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği döneminde inşa edilmiş bir nükleer santraldir. Zaporijya Nükleer Santrali Avrupa'nın en büyük dünyanın ise dokuzuncu büyük nükleer santralidir. 6 nükleer reaktör ve 5 bin 700 megavatsaat elektrik üretim kapasitesine sahip santral, Ukrayna'nın elektrik ihtiyacının yüzde 20'sini karşılamaktadır. Zaporijya Nükleer Santrali Ukrayna Devlet Nükleer Enerji Şirketi Energoatom tarafından işletilmektedir.

Zaporijya Nükleer Santrali Rusya Ukrayna Savaşı devam ederken 4 Mart 2022'de Rusya tarafından ele geçirilmiştir ve halen Rusya'nın kontrolü altındadır. Zaporijya Nükleer Santrali etrafındaki çatışmalar devam etmekte ve taraflar bu çatışmalar konusunda birbirlerini suçlamaktadır. Santral çevresinde taraflar arasında devam eden çatışmalar sırasında santralin Ukrayna elektrik şebekesi ile olan tüm bağlantıları hasar görmüştür.

Zaporijya Nükleer Santrali'nin Ukrayna elektrik şebekesi ile son bağlantısı 11 Eylül 2022'de sağlanmış ve bu süreçte santralde çalışan son reaktörün faaliyetinin durdurulmasına ve santralin soğuk durdurma durumuna geçirilmesine karar verilmiştir. Böylece, Zaporijya Nükleer Santrali'nin üretim faaliyetleri tamamen durdurulmuştur.

Zaporijya Nükleer Santrali'nin üretim faaliyetleri tamamen durdurulmasına rağmen, santralin etrafında devam eden çatışmalar santralden kaynaklanabilecek önemli sınıraşan zarar ile ilgili endişeleri beraberinde getirmektedir. Zaporijya Nükleer Santrali ile ilgili mevcut durum, Zaporijya Nükleer Santrali'nin sebep olabileceği önemli sınıraşan zararın önlenmesi yükümlülüğünün Rusya ve Ukrayna Savaşı sırasında yaşanan gelişmeler çerçevesinde değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Bu çalışmanın amacı, Zaporijya Nükleer Santrali'nin sebep olabileceği önemli sınıraşan zararın önlenmesi yükümlülüğünü Rusya ve Ukrayna Savaşı sırasında yaşanan gelişmeler çerçevesinde mümkün olduğunca ayrıntılı şekilde incelemektir. Bu çalışmada, Zaporijya Nükleer Santrali'nin sebep olabileceği önemli sınıraşan zararın önlenmesi yükümlülüğü, uluslararası tehlike sorumluluğu ve tehlikeli faaliyetlerin doğuracağı zararı önleme yükümlülüğü çerçevesinde incelenecektir. Bu inceleme yapılırken Uluslararası Hukuk

Komisyonu'nun uluslararası tehlike sorumluluğu ve tehlikeli faaliyetlerin doğuracağı zararı önleme yükümlülüğü ile ilgili bir uluslararası andlaşma taslağı olarak hazırladığı Uluslararası Hukukun Yasaklamadığı Tehlikeli Faaliyetlerden Doğan Önemli Sınırşan Zararın Önlenmesi ile İlgili Taslak Maddeler'den hareket edilecektir.

Taslak Maddeler m. 1'de, Taslak Maddeler'in kapsamı düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre Taslak Maddeler, fiziksel sonuçları itibariyle önemli sınırşan zarara sebep olma tehlikesi içeren, uluslararası hukukun yasaklamadığı faaliyetlere uygulanabilmektedir. Nükleer enerji üretimi ile ilgili faaliyetler fiziksel sonuçları itibariyle önemli sınırşan zarara sebep olma tehlikesi içeren uluslararası hukukun yasaklamadığı faaliyetlerdir. Bu çerçevede, Zaporijya Nükleer Santrali'nin faaliyetleri de Taslak Maddeler'in kapsamına girmektedir.

Genel olarak, Taslak Maddeler'in kapsamını belirleyen 4 kriter söz konusudur. Bu kriterler; uluslararası hukukun yasaklamadığı faaliyetlerin gerçekleştirilmesi, bu faaliyetlerin kaynak devletin ülkesel sınırları içinde veya yetki ya da kontrolü altında gerçekleştirilmesi, bu faaliyetlerin önemli sınırşan zarara sebep olma tehlikesi içermesi ve fiziksel sonuçları itibariyle önemli sınırşan zarara sebep olma tehlikesini bünyesinde barındırmasıdır. Zaporijya Nükleer Santrali'nin sebep olabileceği önemli sınırşan zararın önlenmesi yükümlülüğü Rusya ve Ukrayna Savaşı sırasında yaşanan gelişmeler çerçevesinde incelenirken özellikle ikinci kriter çerçevesinde değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Taslak Maddeler'in kapsamını belirleyen ikinci kriter, Taslak Maddeler m. 2/d'de yer almaktadır. Taslak Maddeler m. 2/d kaynak devleti tanımlamaktadır. Taslak Maddeler m. 2/d'ye göre kaynak devlet, Taslak Maddeler'in kapsamına giren faaliyet, ülkesel sınırları içinde veya yetki ya da kontrolü altında gerçekleştirilen ya da planlanan devlettir. Taslak Maddeler m. 2/d'de ülkesel sınırlar, yetki ve kontrol şeklinde üç farklı ifade kullanılmaktadır. Devletin yetki ya da kontrolü altında ifadesi, çeşitli uluslararası hukuk belgelerinde kullanılan bir ifade olmasına rağmen, Uluslararası Hukuk Komisyonu ülkesel sınırlar ifadesinin de kullanılmasını faydalı bulmuştur. Ülkesel sınırlar Taslak Maddeler'in kapsamına giren faaliyet ve devlet arasındaki ülkesel bağına önemine işaret etmektedir.

Taslak Maddeler bakımından ülkesel yetki esastır. Taslak Maddeler'in kapsamına giren faaliyet, hangi devletin ülkesel sınırları içinde gerçekleştirilirse o devletin önleme yükümlülüğü doğmaktadır. Taslak Maddeler'in kapsamına giren faaliyet ile ilgili yarışan yetkiler, söz konusu olduğunda da asıl olan ülkesel yetkidir. Taslak Maddeler açısından ülkesel yetki asıl olduğundan, Zaporijya Nükleer Santrali'nin sebep olabileceği önemli sınırşan zararın önlenmesi yükümlülüğü, kural olarak bu nükleer santralin ülkesel sınırları içinde faaliyetlerini gerçekleştirdiği devlet olan Ukrayna'ya aittir.

Taslak Maddeler açısından esas olan ülkesel sınırlar, devletin yetki ve kontrolü altındaki bütün alanları kapsamamaktadır. Yetki ifadesi, devletin ülkesel sınırları içinde gerçekleştirdiği faaliyetlere ek olarak ve uluslararası hukuka uygun şekilde ülkesel sınırları dışında otoritesi ile imkanlarını kullanabildiği yerlerdeki faaliyetlerini kapsamaktadır. Çeşitli durumlarda devlet ve faaliyet arasındaki bağı yer nedeniyle kurulamamaktadır. Örnek vermek gerekirse, açık denizde gerçekleştirilen faaliyetler açısından böyle bir durum söz konusudur. Açık deniz, devletlerin egemenliğine tabi olmayan bir deniz alanıdır. Dolayısıyla, açık denizde gerçekleştirilen faaliyet

ler ile devletler arasında ülkesel bağ kurulamamaktadır. Bununla birlikte, açık denizde gerçekleştirilen faaliyetten bayrak devleti sorumlu tutulabilmektedir. Bu durumun sebebi, bu faaliyetin bayrak devletinin yetkisi altında gerçekleştirilmesidir.

Devletin kontrolü altındaki faaliyetler ile ifade edilmek istenen husus, devletin uluslararası hukuka aykırı olarak yetki kullandığı faaliyetlerdir. Devletin kontrolü altındaki faaliyetler söz konusu olduğunda devlet de facto yetki kullanımı gerçekleştirmektedir. Bu durumlarda devlet hukuki bakımdan yetki sahibi değildir. Hukuka aykırı müdahaleler, ilhak ve işgaller bu durumların örneğini teşkil etmektedir. Zaporijya Nükleer Santrali'nin sebep olabileceği önemli sınıraşan zararın önlenmesi yükümlülüğü kural olarak bu nükleer santralin ülkesel sınırları içinde faaliyetlerini gerçekleştirdiği devlet olan Ukrayna'ya ait olmasına rağmen santral Rusya tarafından ele geçirildiğinden, başka bir ifade ile santralin bulunduğu alan Rusya Ukrayna Savaşı sırasında Rusya tarafından işgal edildiğinden, buradaki faaliyetler Rusya'nın kontrolü altındadır. Bu çerçevede, bu çalışma ile varılan sonuca göre Rusya'nın bölgedeki işgali devam ettiği sürece Zaporijya Nükleer Santrali'nin sebep olabileceği önemli sınıraşan zararın önlenmesi yükümlülüğü Rusya'ya aittir.

Anahtar Kelimeler: Zaporijya Nükleer Santrali, Rusya Ukrayna Savaşı, Önemli Sınıraşan Zarar, Önemli Sınıraşan Zararı Önleme Yükümlülüğü, Uluslararası Tehlike Sorumluluğu.

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER BARIŞ GÜÇLERİNİN GERÇEKLEŞTİRDİĞİ CİNSEL SUÇLARIN ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Nasıh Sarp ERGÜVEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0003-4610-2515

ÖZET

Birleşmiş Milletler'in temel amacı olan uluslararası barış ve güvenliğin korunması hususunda başlıca sorumluluk Güvenlik Konseyi'ne aittir. Birleşmiş Milletler üyelerinin özel anlaşma veya anlaşmalar uyarınca gerekli silahlı kuvvetleri Güvenlik Konseyi'nin hizmetine sunması ve bu doğrultuda Askeri Kurmay Komitesi'nin kurulması ile ilgili Birleşmiş Milletler Andlaşması hükümleri hiçbir zaman uygulamaya yansımamıştır. Devam eden süreçte, Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliğin korunması görevini sürekli üyelerin veto yetkileri doğrultusunda kullanamaması durumunda kuvvet kullanılmasını da içerebilecek kolektif önlemlerin Genel Kurul eliyle tavsiye edilmesine ilişkin 3 Kasım 1950 tarihinde Barış İçin Birlik Kararı Genel Kurul'da kabul edilmiştir. 1956 yılına gelindiğinde ise, Mısır'ın Süveyş Kanalı'nı ulusallaştırmasını takiben Mısır'a yönelik önce İsrail devamında ise İngiltere ve Fransa tarafından kuvvet kullanma niteliği taşıyan silahlı müdahaleler gerçekleştirilmiştir. Fransa ve İngiltere'nin vetoları nedeniyle Güvenlik Konseyi'nin konu ile ilgili karar alamaması üzerine, Barış İçin Birlik Kararı esas alınarak konu Genel Kurul'un önüne getirilmiştir. Genel Kurul konu ile ilgili Kararı kapsamında uluslararası alanda ilk Birleşmiş Milletler Barış Gücünü kurmuştur. Barış gücünün bölgedeki faaliyetleri doğrultusunda önce Fransa ve İngiltere, sonrasında İsrail, Mısır'dan çekilmiştir. Söz konusu kurumun başarısı üzerine barış güçleri uluslararası alanda yaygınlaşmış, uygulama Güvenlik Konseyi Kararı ve barış gücünün ülkesinde görev yapacağı devletin rızası ile kurulması doğrultusunda gelişmiştir.

Bahsi geçen yönde gelişim gösteren Birleşmiş Milletler barış gücü uygulaması günümüze kadar birçok yerde ve farklı gerekçelerle tekrarlanmış; uyuşmazlık taraflarının rızası, barış gücünün tarafsızlığı ve meşru müdafaa durumları dışında kuvvet kullanılmaması ilkeleri işlerlik kazanmıştır. Barış gücü bünyesinde sivil, gönüllü, kolluk kuvveti ve askeri personelden meydana gelen geniş bir personel görev yapmaktadır. Birleşmiş Milletler Andlaşması ile doğrudan düzenlenmeyen barış güçleri, zaman içerisinde sıklıkla kullanılmış, ancak 1990'lar ile beraber barış gücü personelinin görev yerlerinde cinsel saldırı niteliği gösteren eylemlerine yönelik tespitler gündeme gelmeye başlamıştır. Başta Birleşmiş Milletler Andlaşması'nda Birleşmiş Milletler personeli için düzenlenen yetkinlik ve dürüstlük niteliklerini benliklerinde toplamış kişilerin hizmetin sağlama gereği ilkesini ihlal eden söz konusu eylemler, aynı zamanda insancıl hukuk ve insan hakları hukukun temel ilkelerine aykırılık teşkil etmeleri

nedeniyle uluslararası kamuoyunda Birleşmiş Milletler'e yönelik yoğun bir eleştiriye neden olmuştur.

Birleşmiş Milletler bünyesinde konu ile ilgili davranış kurallarının geliştirilmesi, sorumluluğa yönelik mekanizmaların oluşturulması, mağdurlara yönelik yardım ve rehabilitasyon imkanlarının organize edilmesi gibi girişimlerde bulunulmuştur. Aynı zamanda barış güçleri bünyesinde en fazla personelini görevlendiren Birleşmiş Milletler üyesi devletler ile eşgüdümlü çalışmalar gerçekleştirilmiştir. Konuya yönelik oluşturulan Özel Komite'nin hazırladığı rapor aracılığıyla ise, birçok farklı statüde görev yapan barış gücü personeli için uyulması gereken ortak kurallar belirlenmiştir. Bunların yanında, ilgili eylemleri gerçekleştirilen Birleşmiş Milletler personelinin cezai anlamda sorumluluğu bir sorun alanı olarak gündeme gelmiştir.

Birleşmiş Milletler barış gücü personelinin sahip olduğu yargı bağımsızlıklarının yanında, görev yaptıkları bölgelerin ait olduğu devletlerinin büyük oranda yargısal sistem anlamında ilgili eylemleri yargılama konusu yapmalarındaki zorluklar ve ilgili personelin vatandaşı olduğu devletin söz konusu eylemlere yönelik yargılama yetkisini kullanmasındaki büyük orandaki keyfilik konuyla ilgili farklı bir yaklaşım geliştirilmesinin gereğini ortaya koymaktadır.

Bu noktada, II. Dünya Savaşı esnasında yaşanan savaş suçları için uluslararası mahkeme kurulması girişimleri doğrultusunda gündeme gelen Nuremberg Uluslararası Askerî Mahkemesi ve Tokyo Uzakdoğu Uluslararası Askerî Mahkemesi ile başlayan uluslararası ceza yargılaması öne çıkmaktadır. II. Dünya Savaşı süresince meydana gelenler nedeniyle kurulan geçici uluslararası mahkemelerin ardından, Güvenlik Konseyi tarafından Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi yine geçici olarak meydana getirilmiştir. Uluslararası ceza yargılaması doğrultusunda sürekli bir mahkemeye duyulan ihtiyaç, 15 Haziran-17 Temmuz 1998 tarihleri arasında yüz altmış devlet temsilcisinin katılımıyla gerçekleştirilen Roma Diplomatik Konferansı ile beraber, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün imzalanması ile sonuçlanmıştır. Statü'de öngörülen yürürlük şartı 11 Nisan 2002 tarihinde yerine gelmiş ve bunu takip eden altmışıncı gün olan 1 Temmuz 2002'de Statü yürürlüğe girmiştir.

Bundan önceki uluslararası mahkemelerin geçici nitelik taşımalarının aksine, Uluslararası Ceza Mahkemesi sürekli bir mahkemedir ve tamamlayıcılık ilkesi doğrultusunda görev yapmaktadır. Tamamlayıcılık ilkesinden kasıt, Mahkemenin yargı yetkisinin ulusal mahkemelerin ilgili kişiyi yargılamadığı veya yargılamak istemediği durumlarda gündeme gelmesidir. Söz konusu ilke, ulusal mahkemelerin siyasi nedenlerle yargılamadan kaçınmasını önlemek ve aksi durumda, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetkili olması amacını taşımaktadır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu bakımından yargılama yetkisine sahiptir. Saldırı suçu açısından ortaya çıkan tanım sorunu nedeniyle, bu suça yönelik yargı yetkisi, Roma Statüsü'nün yürürlüğe girdiği 2002

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

yılından, 2010'da Kampala'da toplanan Konferans sonucunda ilgili Karar'ın kabulüne kadar geçen dönemde, Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından kullanılmamıştır.

Buna göre, özellikle barış gücü personeli tarafından organize ve yaygın olarak gerçekleştirilen cinsel saldırı eylemlerinin varlığında, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü kapsamında insanlığa karşı suç niteliği gösteren ırza geçme, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıkla diğer cinsel şiddet şekillerinin gündeme geleceği göz önünde bulundurulmalıdır. Uluslararası Ceza Mahkemesinin Birleşmiş Milletler barış gücü personelinin bu yöndeki eylemlerine yönelik yargı yetkisinin sağlanması için, üye devletlerin Roma Statüsü'ne taraf olmalarına yönelik girişimler artırılmalıdır. Günümüzde on iki barış gücü görevi bünyesinde, yüzü aşkın devletin vatandaşı olan ve sayıları yüz bini geçen personel görev yapmaktadır. Bu kapsamda bir görev gücünün cezai anlamda sorumsuzluğunun mutlaka önüne geçilmesi gerekmektedir. Konuyla ilgili hususi bir Güvenlik Konseyi Kararı alınmasının sürece ayrıca bir katkısı olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Barış Gücü, Cinsel Saldırı, Uluslararası Ceza Mahkemesi.

**“HAZAR DENİZİ”NDE BİYOLOJİK ÇEŞİTLİLİĞİN HİMAYESİ VE
KIYIDAŞ DEVLETLERİN TUTUMU: TEK-TARAFLILIK,
BÖLGESELLİK, EVRENSELLİK VE HAZAR’DA MERSİN
BALIKLARI (ACIPENSERIDAE)**

Dr. Öğr. Üyesi Erkan AKDOĞAN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0001-9840-9557

ÖZET

Yakın zamanda Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Konseyi (48/13) ve Genel Kurulu (76/300) tarafından diğer insan haklarıyla ve mevcut uluslararası hukukla ilişkili bir insan hakkı olarak kabul edilen, mevcut ve gelecek nesillerin temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir çevre hakkı; evrensel düzeyde iklim değişikliği (küresel ısınma) ve bağlantılı çevre sorunları karşısında bireyin varlığına ve insan onuruna uygun yaşayabilmesine fiilen ne ölçüde katkı sağlar, bunu şimdiden kestiremeyiz. Özellikle 1989 sonrasında, farklı alanlarda çevrenin himayesine ilişkin olarak giderek artan sayıda uluslararası ilke ve kuralın kabul ve zamanla teyit edilmesinin aynı anda çevre sorunlarının ve iklim değişikliğinin her alanda felakete varan sonuçlarına denk düşmesi, sınai devrim sonrası insanlığın çevreye verdiği ve vermeye devam ettiği zararın, diğerleriyle birlikte, uluslararası hukuk yönünden de sürekli ve dinamik biçimde değerlendirilmesini gerektiriyor. Normatif düzeyde, Stokholm Konferansı’ndan (1972) bu yana; aralarında BM faaliyetleri çerçevesinde yukarıda bazıları anılanlarla birlikte gelişen uluslararası çevre hukuku ilke ve kurallarının fiili sonuçları; öncelikle, devletlerin her birinin ve bölgesel veya evrensel olarak birlikte benimseyeceği kurallar ve geliştireceği uygulamaya bağlı kalmaya devam ediyor. Böylece, anılan bağlamda, bir yandan evrensel ve bölgesel, öte yandan her ikisiyle ilişkili biçimde tek taraflı olarak devletlerin gerek uluslararası hukukta kuralkoyma ve örgütlenme gerekse uluslararası hukukta uyuşmazlıkların çözümüyle ilgili olarak birbiriyle iç içe geçmiş sorunların ortaya çıktığını düşünüyoruz.

Yukarıda anılan bağlamın en somut biçimde anlaşılabilmesi ve değerlendirilebileceği örneklerden bir tanesini, kanaatimizce, “Hazar Denizi” oluşturmaktadır. Tarihsel olarak önce Rusya Çarlığı, ardından Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (Sovyetler Birliği veya SSCB) ve İran arasında kapalı ama ortak bir havza olarak değerlendirilen Hazar; 1989 sonrasında yaşananlarla Sovyetler Birliği’nin yerine ortaya çıkan Rusya Federasyonu, Kazakistan, Türkmenistan ve Azerbaycan ile İran arasında, belirtilen dönemde statüsü ve rejimi bütüncül bir yaklaşımla ortaya konulmak yerine ilgilendirdiği farklı alanlar ikili veya çok taraflı uluslararası anlaşmalarla düzenlenerek farklı nitelikte uluslararası kurallara tabi kılınmıştır. Anılan yönden; hukuki bağlayıcılığı ve etkisi, *ad minimum*, Hazar’a kıyıdaş devletler arasında ve sadece anılanlar yönünden, bölgesel nitelik taşıyan kuralların ve örgütlenmenin evrensel nitelikte uluslararası kurallarla ve örgütlenmeyle arasındaki ilişki, özellikle uluslararası çevre hukukuna ilişkin ilke ve kurallar

yönünden incelenmeyi hak etmektedir. Zira, büyük ölçüde İran'ın girişimiyle ve Rusya'nın 1990'lı yılların ortalarından başlayarak buna uygun tutumuyla Hazar çevresinin himayesi amacıyla kabul edilen kurallar, gerek devletlerin tek taraflı uygulaması ve sayısı az olsa da iki taraflı uluslararası anlaşma ve uygulamalar gerekse kıyıdaş devletlerin birlikte kabul ettiği kurallar ve bölgesel örgütlenme eşliğinde değerlendirildiğinde, örneğin konu olarak biyolojik çeşitlilik veya özel olarak Hazar'da (ekonomik, ekolojik vd.) değeri büyük olan mersin balığının sayıca azalmasına engel olamamış görünmektedir. Kıyıdaş devletlerin, önce 2003 yılında akdettiği Hazar Denzinde Deniz Çevresinin Himayesine İlişkin Çerçeve Sözleşme (Tahran Sözleşmesi) ve Eki Protokollerle güçlendirdiği, ardından 12 Ağustos 2018 tarihinde birlikte akdettiği ama İran'ın henüz onaylamamış olması nedeniyle yürürlüğe girmemiş olan, Hazar Denzinin Hukuki Statüsü Hakkında Anlaşma (2018 Sözleşmesi) da anılan sorunları bütüncül bir biçimde kurala bağlamadığı gibi örneğin kıyıdaş devletler tarafından farklı yorumlara yol açabilecek nitelikte olduğundan çözdüğünden fazla soruna yol açabilecek niteliktedir.

Bu Bildiri, anılan çerçevede, Hazar'da diğer konularla birlikte genel olarak biyolojik çeşitliliğe ve özel olarak mersin balıklarına ilişkin olarak kabul edilen ve zaman içinde gelişen kurallar ve örgütlenmenin bir yandan daha geniş ölçekte bölgesel kuralkoyma ve örgütlenme öte yandan evrensel olarak sürekli ve dinamik biçimde gelişen uluslararası kuralkoyma ve örgütlenme arasındaki ilişkiyi irdelemeyi hedeflemektedir. Örneğin, Tahran Sözleşmesi ve eki Protokollerle farklı yönleri kurala bağlanan, Hazar'da 2018 Sözleşmesi'yle iyice somutlaşan düzen ve kıyıdaş devletlerin her birinin ve bir arada geliştirmeye devam ettiği düzenin, İran'ın üyesi olmadığı Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu (UNECE) ve anılan kapsamda kabul edilen ve İran açısından hukuken bağlayıcı olmayan kurallar, örneğin (2001 ve 2004 yıllarında değiştirilmiş ve 2003 yılında kabul edilen Ek Protokolü ile birlikte) 1991 yılında akdedilen, Sınırtaşan Bağlamda Çevresel Etki Değerlendirmesi Sözleşmesi (Espoo Sözleşmesi) veya (2005 yılında değiştirilmiş ve 2003 yılında kabul edilen Ek Protokolü ile birlikte) 1998 yılında akdedilen, Çevre Meselelerinde Bilgiye Erişim, Kamunun Katılımı ve Yargıya Erişimi Sözleşmesi (Aarhus Sözleşmesi) eşliğinde değerlendirilmesi her bir devletin bağlı olduğu uluslararası yükümlülükler ve buna bağlı olarak muhtemel uluslararası sorumluluğunun belirlenebilmesi açısından belirleyici önem arz etmektedir. Öte yandan, biyolojik çeşitlilik veya mersin balıkları özelinde, 1992 yılında kabul edilen "Rio Paketi"nin bütüncül parçalarından olan Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi (Rio Sözleşmesi) ve konuyla ilgili diğer uluslararası ilke, kural ve örgütlenmenin, örneğin 1973 yılında akdedilen, Nesli Tükenmekte Olan Yabani Hayvan ve Bitki Türlerinin Uluslararası Ticaretine İlişkin Sözleşme'nin (CITES) oluşturduğu düzenin Hazar'a kıyıdaş olan devletler tarafından getirdiği hak, yükümlülük ve anılan devletlerin tek başına veya birlikte sorumluluğu bağlamında 2018 Sözleşmesi (statü ve rejim) ve sonrasında yaşananlar dikkate alınarak incelenmesine ve değerlendirilmesine ihtiyaç vardır. Dünya Doğa ve Doğal Kaynakları Koruma Birliği (IUCN) başta olmak üzere, hükümet-dışı ve hükümetler arası bölgesel ve evrensel örgütlerin ekonomik ve ekolojik değeri tartışılmaz nitelikte olan mersin balıkları özelinde çizdiği karamsar tablo, yukarıdaki bağlamda değerlendirildiğinde, bu Bildiri; (i) Hazar'da mersin balıklarının neslinin tükenmekte oluşu özelinde yaşanan sorunların, kıyıdaş devletlerin tek başına geliştirdikleri kuralları ve uygulamaları, bölgesel açıdan birlikte veya yerine göre parçasını oluşturdukları düzen ve evrensel açıdan konuya ilişkin uygulanabilir uluslararası hukuk kurallarının

ve örgütlenmenin neler olduğunu, gerektirdiğini ve bunların tümü arasındaki ilişkileri, deskriptif biçimde incelemekte ve (ii) günümüz ve gelecek nesillere karşı sorumluluğumuz kapsamında sürekli olarak gelişen uluslararası çevre hukuku bağlamında ve tedricen belirginleşen çevre hakkına karşılık olarak tek taraflılığın, bölgeselliğin ve evrenselliğin genel olarak uluslararası hukukta özel olarak uluslararası çevre hukukunda nasıl karşımıza çıktığını, yazarın bakış açısına göre, ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk Teorisi, Uluslararası Çevre Hukuku, Çok Taraflı Çevre Andlaşmaları, Hazar Denizinin Hukuki Statüsü Hakkında Andlaşma, Hazar'da Biyoçeşitlilik ve Mersin Balıkları.

ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN UKRAYNA-RUSYA DAVASINDA VERDİĞİ GEÇİCİ TEDBİR KARARI VE ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN OLUMSUZ ETKİLERİ

Ar. Gör. Dr. Selçuk KOCA

Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü Devletler Hukuku Anabilim Dalı
ORCID: 0000-0001-8511-5146

ÖZET

Rusya Federasyonu, 24 Şubat 2022 tarihinde, Ukrayna'ya karşı “özel askeri operasyon” başlatmıştır. Günümüzde halen devam eden bu operasyon, sivillerin ölümüne, yerlerinden edilmelerine ve birçok insani drama sebep olmaktadır. Rusya devlet başkanı Vladimir Putin çeşitli konuşmalarında bu operasyona gerekçe olarak diğer sebeplerin yanı sıra Ukrayna'nın Luhansk ve Donetsk bölgelerinde gerçekleştirdiğini iddia ettiği “soykırımı önleme”yi göstermiştir. Ayrıca Rusya, özel askeri operasyonun hukuki dayanağının BM Şartı m. 51'de ve uluslararası örf adet hukukunda yer alan meşru müdafaa hakkı olduğunu belirtmiştir.

Ukrayna, 26 Şubat 2022 tarihinde Rusya'nın kuvvet kullanması ve soykırım iddialarıyla ilgili Uluslararası Adalet Divanı'na başvuruda bulunmuştur. Ukrayna başvurusunda, Divan'ın UAD Statüsü m. 41 ve Mahkeme İçtüzüğü m. 73, 74 ve 75 doğrultusunda geçici tedbirlere karar vermesini talep etmiştir. Bu tedbirler; Rusya'nın kendisinin ve dolaylı olarak desteklediği askeri birliklerin iddia edilen soykırımı önlemeye yönelik olan askeri operasyonlarını derhal durdurması, Rusya'nın başvuruya konu olan uyuşmazlığı ağırlaştıracak, uzatacak veya çözümünü zorlaştıracak hiçbir davranışta bulunmayacağına dair güvence vermesi, Rusya'nın Divan'ın geçici tedbirlere dair kararından sonra aldığı önlemlere ilişkin Divan'a rapor sunmasıdır.

Divan'ın bir davaya bakabilmesi için yetkili olması gerekmektedir. Rusya, başvuruya ilişkin Divan'ın yetkisiz olduğunu iddia etmiş ve bu sebeple başvurunun dava listesinden çıkarılmasını talep etmiştir. Ukrayna, Divan'ın UAD Statüsü m. 36/1 ve Soykırım Sözleşmesi m. 9 uyarınca yetkili olduğunu savunmuştur. Soykırım Sözleşmesi'nin 9. maddesine göre, sözleşmenin yorumlanması, uygulanması veya yerine getirilmesi ve ayrıca soykırımın bağlantılı bir devletin sorumluluğuyla ilgili çıkabilecek uyuşmazlıkların çözüm merci UAD'dir.

Divan kararında, yetki sorununu açıklığa kavuşturmak için öncelikle başvurunun Soykırım Sözleşmesi'nin yorumlanması, uygulanması veya yerine getirilmesiyle ilgili olup olmadığını ele almıştır. Ukrayna'nın iddialarına göre Rusya ile aralarında soykırım işlenip işlenmediğine ve soykırım iddialarının askeri operasyona dayanak yapılması sebebiyle Soykırım Sözleşmesi'nin yorumuna dair bir uyuşmazlık bulunmaktadır. Rusya ise cevap olarak Soykırım Sözleşmesi'nin devletler arası kuvvet kullanılmasını düzenlemediğinin açık

olduğunu, sözleşmenin bir askeri operasyona dayanak olamayacağını belirtmiştir. Rusya, Ukrayna’da gerçekleştirdiği askeri operasyona dayanak olarak meşru müdafaa hakkını göstermiş ve meşru müdafaa hakkını kullandığına dair BM Güvenlik Konseyi’ne bildirimde bulunduğunu vurgulamıştır.

Rusya’nın, BM Güvenlik Konseyi’ne yaptığı bildirimde bakıldığında çok kısa bir şekilde BM Şartı m. 51 kapsamında meşru müdafaa hakkını kullandığını belirttiği görülmektedir. Bildirimin ekinde Putin’in 24 Şubat 2022 tarihinde yaptığı konuşmanın metni de sunulmuştur. Putin bu konuşmasında, Rusya’nın karşı karşıya olduğu tehditler arasında, NATO’nun doğuya genişlemesi ve Rusya sınırlarında askeri tahkimat yapmasını, Ukrayna’nın Rusya düşmanı bir ülke haline gelmesini, Rusya’nın NATO tarafından çevrelenme girişimini, Ukrayna’nın doğusunda gerçekleştiği iddia edilen soykırımı ve Ukrayna’nın Kırım’a saldırma ihtimalini saymıştır. Ardından Luhansk ve Donetsk Halk Cumhuriyetleri ile 22 Şubat’ta imzalanan dostluk ve karşılıklı yardım anlaşmaları çerçevesinde BM Şartı m. 51 kapsamında meşru müdafaa hakkını kullanarak özel askeri operasyon gerçekleştirmeye karar verdiklerini ifade etmiştir. Son olarak da bu operasyonun kendilerine yönelik tehditlere karşı meşru müdafaa olduğunu, amaçlarının ise Kiev rejimi tarafından soykırımı uğrayan halkı korumak, Ukrayna’nın silahlardan ve Nazilerden arındırılmasını sağlamak, sivillere karşı suç işleyenleri yargılamak olduğunu belirtmiştir.

Divan yetki sorununu incelerken, Rusya’nın resmi yetkililerinin Luhansk ve Donetsk bölgelerinde soykırım işlendiğine dair açıklamalarını, Rusya’nın Ukraynalı yetkililer hakkında soykırım suçu sebebiyle cezai soruşturmalar yürütmesini, Putin’in bir konuşmasında geçen Donbas’ta 4 milyon insanın soykırımla karşı karşıya olduğuna dair ifadesini ve BM Güvenlik Konseyi’ne yapılan bildirimde askeri operasyonun amacı olarak soykırımın önlenmesinin gösterilmesini dikkate almıştır. Sonuç olarak Divan’a göre, dava dosyasındaki deliller ve tarafların açıklamaları, uyuşmazlığın *prima facie* Soykırım Sözleşmesi hükümleri kapsamına girdiğini göstermekte ve çözüm merci olarak Divan’ın yetkisini doğurmaktadır. Luhansk ve Donetsk bölgelerinde gerçekleşen eylemlerin soykırımı dolayısıyla da Soykırım Sözleşmesi’nin ihlaline sebep olup olmadığı ve Rusya’nın Soykırım Sözleşmesi m. 1’de yer alan soykırımı önleme ve cezalandırma yükümlülüğü kapsamında kuvvet kullanıp kullanamayacağı hususunda uyuşmazlık bulunmaktadır. Rusya’nın askeri operasyonun gerekçesi olarak meşru müdafaa hakkını göstermesi, başvurunun Soykırım Sözleşmesi’nin yorumlanması, uygulanması veya yerine getirilmesiyle ilgili olması sebebiyle Divan’ın yetkisine engel olmamaktadır.

Divan, Ukrayna’nın geçici tedbir talebine ilişkin 16 Mart 2022 tarihinde verdiği kararında, Rusya’nın ve dolaylı olarak desteklediği askeri birliklerin askeri operasyonlarını derhal durdurmasına, tarafların uyuşmazlığı ağırlaştırabilecek, uzatabilecek veya çözümünü zorlaştırabilecek eylemlerden kaçınmalarına karar vermiştir. Bu karar, uluslararası kamuoyu tarafından takdirle karşılanmış ancak Rusya kararın yerine getirilmesine yönelik bir adım atmamıştır. Divan’ın verdiği karar, Rusya tarafından gerçekleştirilen uluslararası hukuka aykırı eylemlerin tespiti ve askeri operasyonun durdurulmasını içermesi bakımından önemlidir.

Ancak Divan kararında, yetkisini aldığı Soykırım Sözleşmesinin yorumlanması, uygulanması veya yerine getirilmesiyle ilgili hususlarla sınırlı kalması gerekirken kuvvet kullanmaya yönelik de karar vererek yetkisini aşmıştır.

Divan'ın önüne gelen başvuruda, soykırım işlenip işlenmediğine dair bir uyuşmazlık olduğu açıktır. Divan, Ukrayna'nın talepleri arasında yer alan soykırımın gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin karar verme yetkisine sahiptir. Bu yetkiyi Soykırım Sözleşmesi'nden almaktadır. Ancak Ukrayna'nın iddiasının aksine Soykırım Sözleşmesi'nin ihlalinin kuvvet kullanmaya izin verip vermeyeceğine dair bir uyuşmazlık söz konusu değildir. Ukrayna ve Rusya, Soykırım Sözleşmesi'nin devletler arası kuvvet kullanmaya izin vermeyeceği konusunda hem fikirdir. Rusya kuvvet kullanmasına gerekçe olarak meşru müdafaa hakkına dayanmaktadır. Yani Rusya'nın kuvvet kullanması Soykırım Sözleşmesi'yle ilgili değil, BM Şartı m. 51 ve uluslararası örf adet hukukunda yer alan ve doğal bir hak olan meşru müdafaa ile ilgilidir. Kanaatimizce Rusya'nın kuvvet kullanması, meşru müdafaa hakkı kapsamında değildir ve kuvvet kullanma yasağının ihlalidir. Ancak bu durum Divan'ın Rusya'nın kuvvet kullanmasıyla ilgili karar vermeye yetkisiz olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Divan, geçici tedbir kararında iddia edilen soykırımın gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmekle yetinmeli ve kuvvet kullanmaya yani Rusya'nın askeri operasyonuna ilişkin hüküm vermekten kaçınmalıydı.

Divan'ın geçici tedbir kararı ve kararında yetkisini aşması çeşitli tehlikeleri de beraberinde getirmiştir. Öncelikle bu karar devletlerin, uluslararası sözleşmelere taraf olmaya isteksiz kalması sonucunu doğurabilecek niteliktedir. Soykırım Sözleşmesi'nin taraf devlet sayısının çokluğu dikkate alındığında artık Divan'ın yargı yetkisini açacak bir anahtar olarak kullanılması ihtimali de bulunmaktadır. Divan'ın, Rusya'nın Ukrayna işgali sonrası oluşan Rusya aleyhindeki kamuoyunun etkisine açık olduğunu göstermesi bakımından güvenilirliğini de olumsuz etkileyecektir. Ayrıca Divan'ın Rusya'nın askeri operasyonlarını derhal durdurmasına yönelik geçici tedbir kararının Rusya tarafından uygulanmaması Divan'ın etkinliğine zarar vermektedir. Divan'ın kararının tek olumlu etkisinin, devletlerin birbirlerine karşı gereksiz ve asılsız soykırım suçu yüklemelerinin önüne geçebilecek olmasıdır. Çünkü böyle bir iddianın mevcut olduğu uyuşmazlıklarda, soykırım suçu yüklenmek istenen taraf Soykırım Sözleşmesi kapsamında Divan'ın yargı yetkisini harekete geçirip farklı uyuşmazlıklarla beraber Divan'ın önüne taşıma imkanına sahip olabilecektir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Adalet Divanı, Yargı Yetkisi, Soykırım, Kuvvet Kullanma, Meşru Müdafaa.

CANAVARCA HİSLE VEYA EZİYET ÇEKTİREREK ÖLDÜRME ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı
ORCID: 0000-0001-5401-2312

ÖZET

İnsan öldürme suçu, hayata karşı suçlar başlığı altında TCK'nın 81. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, suçun basit şekli bir insanın kasten öldürülmesinden ibarettir. TCK m. 82'de ise kasten öldürme suçunun ağırlaştırıcı nedenleri öngörülmüştür. Anılan maddenin 1. fıkrasının b bendi uyarınca kasten öldürmenin canavarca hisle veya eziyet çektirerek işlenmesi bu ağırlaştırıcı nedenlerdendir. Burada birbirinden bağımsız, iki farklı ağırlaştırıcı neden söz konusudur. Başka bir deyişle canavarca his ve eziyet çektirmenin bir arada bulunması gerekmez. Fiil yalnızca canavarca hisle veya yalnızca eziyet çektirerek işlenebilir. Ancak fiilin hem canavarca hisle hem de eziyet çektirerek işlenmesi, yani olayda her iki ağırlaştırıcı nedenin birlikte bulunması da mümkündür. Canavarca his, TCK m. 86/3-f'de, aynı zamanda yaralama suçu bakımından da bir ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür.

Belirtmek gerekir ki söz konusu ağırlaştırıcı nedenlerin anlamının ve kapsamının belirlenmesi, özellikle de canavarca his söz konusu olduğunda çok kolay değildir. Bu nedenle uygulamada ve öğretide konuyla ilgili tereddütler yaşanmakta ve zaman zaman çelişkili kararlar verilebilmektedir. Söz konusu ağırlaştırıcı nedenlerin tereddütlere neden olmasındaki başlıca etken her öldürmenin bir canavarlık olması ve eziyet içermesidir. Ancak elbette fiilin basit şekli ile ağırlaştırılmış halinin ayrılabilmesi için bunun ötesinde, bundan başka bir durumun olması gerekir.

Canavarca hissin varlığının tespiti çok zordur. Özellikle son zamanlarda toplum bilincini ve insanın vicdanını rahatsız eden, infial uyandırıcı her öldürme bakımından "canavarca hisle" gerçekleştirildiği ibaresi kullanılmaktadır. Halbuki burada fiilin canavarca olması ile canavarca hisle işlenmesinin farklı durumlar olduğu gözden kaçırılmaktadır. Fiilin canavarca gerçekleştirilmesi, kimi zaman eziyet çektirerek öldürme anlamına gelebilir ve bazı istisnai hallerde failin saiki bakımından canavarca hissin varlığına karine teşkil edebilirse de başlı başına canavarca hisle öldürme şeklindeki ağırlaştırıcı nedeni oluşturmaz. Zira bir kimseyi canavarca öldürmek başka; canavarca hisle öldürmek başkadır. Canavarca hisle öldürmek failin saikiyle ve psikolojisiyle ilgili bir durumken canavarca öldürme fiilin işleniş biçimine ilişkin bir durumdur.

Öğreti ve uygulama canavarca hissin ne olduğunu ve ne olmadığını ortaya koyma çabası içindedir. Faili suç işlemeye iten saik, bir insanın duyabileceği hislerin hiçbirleriyle

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

açıklanamayacak şekilde anlamsız olduğunda, bir kimsede normalde bulunabilecek hislerin hiçbiri olmaksızın, adeta sebepsiz yere ya da absürt bir sebeple öldürmenin gerçekleştirilmesi halinde canavarca his söz konusu olur. Örneğin sırf öldürmek için, öldürmenin vereceği hazzı hissetmek için öldürmek, silahını denemek için öldürmek, mükemmel cinayet işleyebileceğini kanıtlamak için öldürmek, satanist düşünce çerçevesinde öldürmek canavarca hisle öldürmedir. İtalyan Ceza Kanunu'nda münhasıran canavarca hisle öldürmekten bahsedilir ve başka hiçbir etken olmaksızın sadece canavarca his aranır. Hâlbuki TCK'da münhasıran canavarca his bulunması aranmaz; bu nedenle canavarca his başka nedenlerle birleşmiş olabilir. Ancak yine de bu nedenlerin anlamsız, absürt nedenler olması gerekir. Örneğin, çocuğuna büyü yaptığını ve bu nedenle çocuğunun hastalanıp öldüğünü düşünen bir kimsenin komşusunu öldürmesi olayında aslında bir neden var gibi görünmesine rağmen, bu neden anlamsız ve absürt bir nedendir ve dolayısıyla böyle bir öldürme canavarca hisle öldürme sayılır. Ya da rüyasında çocuğunu kurban ederse cennete gideceğini gören kimse çocuğunu öldürürse, aynı şekilde canavarca hisle öldürme söz konusudur. Öte yandan canavarca his ile kısmi akıl hastalığı, haksız tahrik, meşru müdafaa, zorunluluk hali gibi durumlar bir arada bulunamaz. Eğer yapılan inceleme sonucunda failin kısmi akıl hastası olduğu tespit edilirse artık o kişinin cezasını hem akıl hastalığının sonucu olan canavarca hisle insan öldürmekten dolayı artırıp hem de kısmi akıl hastalığından dolayı indirime tabi tutmak çelişki olacaktır. Haksız tahrik, meşru müdafaa, zorunluluk hali gibi durumlar söz konusu olduğunda ise failin öldürme nedeni bir insanda bulunabilecek hislerle açıklanabilen ve hatta hukuk düzeni tarafından tanınan, sonuç bağlanan bir nedendir. O nedenle bu gibi durumlarda canavarca histen bahsedilemez.

Canavarca hisle öldürme kadar belirsiz olmasa da eziyet çektirerek öldürme şeklindeki ağırlaştırıcı nedenin de anlamının ve kapsamının üzerinde durulması gerekmektedir. Aslında her öldürme bünyesinde bir eziyeti barındırır. Ancak öldürmek için gerekli ve yeterli acının ötesinde bir acı vererek öldürme eylemi, eziyet çektirerek öldürme anlamına gelir. Yani failin burada kastı yalnızca mağduru öldürmeye değil, aynı zamanda ona eziyet çektirerek öldürmeye de yöneliktir. Eziyet çektirme ağırlaştırıcı nedeninin uygulanması için eziyet çektirme anında mağdurun hala hayatta olması gerekir. Eğer mağdur öldükten sonra eziyet teşkil edebilecek davranışlar gerçekleştirilmişse, bunlar söz konusu ağırlaştırıcı nedene sebebiyet vermez. Yani, kişiyi öldürdükten sonra parçalara ayırma gibi, ölü beden üzerinde gerçekleştirilecek çeşitli davranışlar eziyet çektirerek öldürme ağırlaştırıcı nedenini oluşturmaz. Belirtmek gerekir ki öldürdükten sonra gerçekleştirilen bu gibi davranışlar canavarca his anlamına da gelmez. Gerek canavarca hisle öldürme gerekse eziyet çektirerek öldürme, ölüm anına kadar gerçekleşmesi gereken unsurlardır. Ölüm gerçekleştikten sonra yapılanlar, eğer o ana kadar canavarca hisle öldürme veya eziyet çektirerek öldürme teşkil edecek hususlar söz konusu değilse, sonradan bu ağırlaştırıcı nedenleri oluşturmayacaktır. Örneğin öldürdükten sonra bıçağın yalanması, kalbin çıkarılması gibi.

Diğer yandan ölüm neticesinin münhasıran eziyetten doğmuş olması şart değildir. Fail mağdura bir süre eziyet çektirdikten sonra tek bir bıçak darbesi ile ölüm sonucunu gerçekleştirmiş olsa dahi, eziyet çektirerek öldürme söz konusudur. Burada mağdurun o eziyeti hissetmesinin gerekip gerekmediği üzerinde de durulmalıdır. Kanunda “eziyet ederek” değil de

“eziyet çektirerek” öldürmekten bahsedilmesi karşısında, mağdurun eziyeti hissetmiş olmasının arandığı ortadadır. O nedenle örneğin mağdur, ilk darbeden sonra bayıldığı için ya da herhangi patolojik bir durum nedeniyle uygulanan eziyeti hissetmemişse bu ağırlaştırıcı neden gerçekleşmiş olmayacaktır.

Manevi eziyetin de eziyet çektirerek öldürme kapsamında değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Ancak burada eziyet çektirmekten maksat fiziki anlamda eziyet çektirmek olsa gerektir. Kaldı ki canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme zaten oldukça belirsiz ve uygulanması zor ağırlaştırıcı nedenlerdir. Dolayısıyla bunları daha da genişletmemek ve belirsizleştirmemek gerekir. Failin eziyet çektirmeden sadist bir zevk alıp almaması önemli değildir. Yeter ki eziyet çektirme kastı ile hareket etmiş olsun ve mağdur da eziyeti hissetmiş olsun.

Anahtar Kelimeler: Canavarca His, Eziyet Çektirerek Öldürme, İnsan Öldürme, Yaralama.

HAKSIZ TAHRİK KURUMUNA İLİŞKİN TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER

Dr. Öğr. Üyesi Haluk TOROSLU

İ. D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-4028-4672

ÖZET

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlıklı bölümünde yer alan 29. maddesinde, "*haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verileceği, diğer hallerde ise verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarının indirileceği*" düzenlenmiştir.

Çoğunlukla failin iradesini etkilediği kabul edilen bir sebep olan haksız tahrik, farklı yönleriyle tartışılmalı bir ceza hukuku kurumudur. Haksız tahrik kurumunun özellikle belirli suçlar açısından uygulanmasına karşı çıkılmakta ve söz konusu kurumun adalet duygusunu zedelediği ileri sürülmektedir. Bu çalışmada ülkemizde sıkça uygulanan ve hem ceza hukukçularının hem de kamuoyunun gündeminden düşmeyen haksız tahrik kurumuyla ilgili teorik tartışmalar ana hatlarıyla incelenecek, ilgili Yargıtay kararları da nazara alınmak suretiyle söz konusu kurumun uygulamada nasıl bir biçim aldığı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Haksız tahrik, esas itibarıyla tahrik edici nitelikteki haksız bir fiilin sonucunda ortaya çıkan hiddet veya şiddetli elem halinin, failin iradesi üzerinde yarattığı baskının ceza sorumluluğu üzerindeki etkisinin hukuk düzenince genel bir indirim sebebi olarak tanınmasından ibarettir. Haksız tahrik açısından üzerinde durulması gereken temel tartışma tahrik edici fiilin haksızlığının nasıl tespit edilmesi gerektiğine ilişkindir. Zira yapılan ceza indirimini meşru kılan, fiilin hem tahrik edici hem de haksız olmasıdır. Kimi yazar, fiilin haksız olup olmadığı ve dolayısıyla haksız tahrike vücut verip vermeyeceği belirlenirken hukuk dışı kaynaklara da başvurulabileceğini, örneğin örf ve adet kurallarına aykırı davranışlara gösterilen tepkiler açısından da cezada indirim yapılabileceğini savunmaktadır. Dolayısıyla meşru bir davranışın dahi gerçekleştiriliş biçimi itibarıyla tahrik edici ve haksız bir fiil olarak nitelendirilebilmesi ve buna tepki göstermek amacıyla suç işleyen kişinin cezasında indirim yol açması mümkündür. Bir kısım yazar ise, kurumun sınırlarının belirgin olmaktan çıkmasını önlemek gayesiyle değerlendirmenin yürürlükteki hukuk düzeni nazara alınarak yapılması gerektiği görüşündedir. Bu itibarla tahrik edici fiilin suç teşkil etmesi şart olmasa da, en azından

hukuka aykırı olması gerekir. Zira aksi takdirde haksız tahrikin sınırları keyfi uygulamaya yol açacak şekilde genişleyeceği gibi, kurumun yeknesak biçimde uygulanması da zorlaşacaktır.

Haksız olarak nitelendirilen fiil açısından değerlendirilecek olan hususlardan bir diğeri de, söz konusu fiilin yöneldiği varlık veya menfaatler açısından bir sınırlama yapılmasının gerekli olup olmadığıdır. Bireyin kendisine ait varlık veya menfaatlere yönelik tahrik edici ve haksız nitelikteki fiillere verdiği tepkiler açısından indirimden yararlanabileceğinde kuşku yoktur. Bununla birlikte üçüncü kişilere yönelik fiillere tepki gösterildiğinde de, tahrik edici olmaları koşuluyla cezada indirimde gidilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Ancak üçüncü kişilere yönelik saldırılara ilişkin olarak, haksız tahrik uygulamasının saldırıya uğrayan kişi ile tepki gösteren kişi arasındaki yakınlık derecesine bağlı olarak sınırlandırılması gerektiği yönünde düşünceler de mevcuttur. Öte yandan belirli bir bireye ait olmayan kolektif varlık veya menfaatleri tehlikeye atan, bunlara zarar veren fiillere tepki verilmesi halinde de 29. maddenin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılacaktır, zira haksız tahrikin sınırlarının bu açıdan doğru tespit edilmemesinin kamu barışının korunması açısından ciddi sorunlar yaratması kaçınılmazdır.

Haksız tahrik kurumunun doğru uygulanması açısından, tahrik edici fiil ile birlikte tepki olarak ortaya çıkan fiilin sahip olması gereken nitelikler de önem arz etmektedir. Bu kapsamda öncelikle kategorik olarak haksız tahrik kapsamında bir tepki olarak nitelendirilemeyecek suçların olup olmadığı veya belirli kişilere karşı işlenen suçlar açısından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması gerektiği hususundaki tartışmalara değinilecektir. Örneğin cinsel suçlar açısından haksız tahrik hükümlerinin uygulanması kabul edilmemektedir. Ardından, tahrik edici fiil ile ona tepki olarak ortaya çıkan fiil arasında bir oran aranıp aranmayacağı meselesi ele alınacak ve bu konuda farklı görüşlere yer verilecektir. Doktrindeki büyük çoğunluk bu açıdan bir oranın varlığının şart olmadığını, zira haksız tahrikin işlenen fiili meşru hale getirmediyini, yalnızca bir indirim sebebi olduğunu savunmaktadır. Bununla birlikte tahrik edici fiil ile tepki arasındaki oran konusunun, haksız tahrik kapsamındaki nedensellik meselesi ile birlikte nazara alınması gerektiği de ileri sürülmektedir. Bu düşünceye göre söz konusu iki fiil arasındaki açık ve aşırı bir orantısızlık, aradaki nedensellik ilişkisini ortadan kaldıracak ve failin cezasında bir indirim yapılması mümkün olmayacaktır.

Hiç şüphesiz tepkinin sonuçlarının, tahrik edici nitelikteki fiilin failinden başka bir kimse üzerinde yaratacağı sonuçlara da değinilmesi gerekmektedir. Zira doktrinde bir görüş, yalnızca tahrik edici fiilin failine yönelen tepkiler açısından ceza indirimi yapılmasının mümkün olduğunu savunurken, bir başka düşünce ise, haksız fiilin failinin yakınlarına yönelik olarak gösterilen tepkiler açısından da haksız tahrik indiriminin uygulanabileceği yönündedir. Öte yandan tepki gösteren kişinin fiili bilinçli olarak bir başkasına yönelebileceği gibi, sapma neticesinde de bir başka kişi üzerinde sonuç doğurabilecek ya da farklı bir suça vücut verebilecektir. Bu halde de, hem hedef alınan sonuç hem de sapma neticesinde ortaya çıkan sonuç açısından ceza sorumluluğunun nasıl tespit edileceği çalışma kapsamında tartışılacaktır.

765 sayılı Mülga Ceza Kanunu'nda, tahrik edici fiilin ağırlığına göre iki ayrı indirim oranı belirlenmişti. Bu doğrultuda da doktrinde ağır tahrik - hafif tahrik ayrımı yapılmakta, ancak söz

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

konusu ayırım keyfi uygulamalara yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmekteydi. 5237 sayılı Kanun bu ayırımı kaldırmış ve indirim oranını belirlemek konusunda hakime takdir yetkisi vermekle yetinmiştir. Çalışmanın son kısmında haksız tahrikte indirim oranının nasıl belirlenmesi gerektiğine ilişkin görüşler ve Yargıtay kararları ışığında indirim oranına ilişkin uygulama ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Haksız Fiil, Tahrik, Tepki, Oran.

MERTON'IN ANOMİ TEORİSİ PERSPEKTİFİNDEN SAPMA VE SUÇA GÜNCEL BİR BAKIŞ

Dr. Öğr. Üyesi Yaprak ÖNTAN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0003-4665-6737

ÖZET

Belli bir tür gerilim ya da baskının sapmaya yol açtığını ileri sürerek kimi sosyologların, gerilim teorileri (strain theories) kapsamında değerlendirdiği anomi teorisi (anomie theory), Merton'ın 1938 tarihli “Sosyal Yapı ve Anomi” adlı eserinin yayımlanmasıyla doğmuştur. Tebliğde bu teorinin sapma ve suç olgularına yaklaşımı ve kriminolojiye katkısı ele alınacaktır.

Merton çalışmasında esasında Durkheim'in düşüncelerinden esinlenmiş ve onun “anomi” kavramını kullanmıştır. Ancak bu kavram Merton tarafından değiştirilmiş ve Merton “sapma” ile “suçluluk” üzerine farklı bir tez geliştirmiştir.

Biyolojik ve psikiyatrik teorilere karşı çıkan Merton'ın başlangıç noktası olarak kabul ettiği anomi, Durkheim'a göre; toplumsal düzendeki, sapmaya yol açan bir bozulmadır. Buna göre, toplumsal değişimler, geleneksel toplumsal düzende bir bozulmayı, bir tür dengesizliği yaratır ve bu da anomiye ve intihar şeklindeki bir sapmaya yol açar. Anominin etkin olduğu bir sosyal çevrede, hiçbir dizginleyici kişilerin arzularına ket vuramaz. Geleneksel kurallar otoritelerini yitirirler. Her şey tatmin edici olmaktan çıkar ve bu kargaşa bastırılamaz. Bu durum, ekonomik kriz ya da tam tersine hızlı büyüme zamanlarında veya beklenmeyen felaket ya da kaos zamanlarında ortaya çıkabilir.

Anominin sapmanın sıklığını etkilediğini kabul etmekle beraber Merton kavramı değiştirmiş ve kapsamını da yalnızca intiharı değil tüm sapmaları içine alacak şekilde genişletmiştir. Anomi, en genel tanımıyla, toplumsal koşulların, toplumun, üyelerinin davranışlarını etkili bir şekilde düzenleme ve kontrol etme becerisini bozmasıdır. “*Sosyal yapı, toplumdaki belli kişiler üzerinde onları uygun olan yerine uygun olmayan davranışlara yöneltecek belli bir baskı uygular.*” Durkheim'a göre anomi, sosyal düzenin bozulması ve bireylerin kontrol edilmesini engelleyen bir normsuzluk haliyken ve normların yokluğunda insan doğasının sınırsız açgözlülüğü bireyleri esir alırken, Merton'a göre, doymak bilmeyen arzular insan doğasından ziyade kültür ve sosyalleşmenin ürünüdür. Suç, normal bir bireyin, anormal şartlara normal bir tepkisidir. Sapma Durkheim'ın dediği gibi toplumun normlarının önleyici etkilerini büyük ölçüde yitirmelerinden değil, tam tersine, bunlara uymaya çalışan bireyler üzerindeki aşırı güçlü etkisinden kaynaklanır. Merton'a göre anomi, kültürel hedeflerle sosyal yapının izin verdiği imkânlar arasındaki uyumsuzluktur. Anomi, başarı hedeflerine çok fazla değer atfedilirken, bunlara ulaşmak için kabul edilen araçların ihmal edilmesidir. Kültürel

olarak tanımlanmış hedefler, toplumun üyelerine vaat edilen ve hemen hemen herkes tarafından ulaşılmak istenen meşru amaçlardır. Anomi ise bu amaçlara ulaşmak noktasında bireylerin açgözlülüğünü serbest bırakır. Durkheim'a göre anomiyeye yol açan ve arzuları serbest bırakan sosyal düzenin bozulmasıdır, Merton'a göre bu sosyal düzenin bizzat kendisidir. Doyumsuz arzuları yaratan kültürün kendisidir ve örneğin maddi olarak başarılı olmamızı söyleyen kültürel düzenle, buna olanak sağlamayan sosyal ve ekonomik düzen arasındaki ayrılık artıkça sapma da artar. “Nüfusun büyük bir kısmı bakımından yüceltilen başarı hedeflerine erişim, yine bu kitlenin hatırı sayılır bir kısmı için, sosyal yapı tarafından ciddi şekilde kısıtlandığında veya ortadan kaldırıldığında sapma büyük ölçekte olacaktır.” Örneğin; zengin olmak veya en azından finansal bir refaha kavuşmak şeklindeki başarı hedefine karşılık, çalışmak, eğitim almak, miras hakkı gibi meşru araçlar öngörülür. Ancak modern endüstriyel toplumlarda, bireylerin büyük bir kısmı meşru araçlardan ya yeteri kadar yararlanamaz ya da yararlı olsa bile başarı hedeflerine hiçbir zaman ulaşamaz. Ne var ki, tek başına finansal bir hedef ya da tek başına hedefe ulaşma imkânlarının yokluğu da yüksek bir suç oranına neden olmaz; buna neden olan anılan iki koşulun kombinasyonudur. Başarı hedefleriyle sosyal yapının bütünleşmesinin eksik ya da “kötü” olması anomiyeye yol açar.

Bireye odaklanarak mikro bir yaklaşım sergilemektense çoğunlukla geniş sosyal birimleri ele alarak makro düzeyde sapmayı tahmin etmeye çalışan anomi teorisi, bu doğrultuda esas olarak, bireylerin neden suç işlediklerinden ziyade suç oranlarının neden arttığıyla ilgilenir.

Teoriye göre, kültürel hedeflerle bunlara erişime imkân veren kurumsallaşmış meşru araçlar arasındaki çatışma ve ortaya çıkan baskı, bireylerin farklı şekillerde davranmasına yol açar. Söz konusu koşullara adapte olmaya çalışan bireyler için beş farklı adaptasyon şekli (veya uyum tipi) söz konusu olabilir. Anomi teorisine göre, sosyal yapı sapmayı, toplumda yaşamayı olanaklı kılan bir adaptasyon olarak teşvik eder. Uyumculuk (conformity), yenilikçilik (innovation), ritüelcilik/şekilcilik (ritualism), geri çekilme (retreatism) ve isyan (rebellion) adaptasyonun türleridir. Bunlardan özellikle yenilikçilik, suç teşkil eden davranışların çoğunun kaynağıdır. Tebliğde bu adaptasyon türlerine ayrıntılı olarak yer verilerek teorinin sapma ve suçu açıklamadaki rolü ortaya konmaya çalışılacaktır.

Merton'ın anomi teorisi, eseri 1938'de yayımlandıktan sonra on yıllar boyu sapmanın sosyolojisi alanında büyük bir etkiye sahip olmuş, yayım tarihinden yaklaşık yarım yüzyıl sonra ise sosyoloji alanında yazılanlar arasında en çok atıf alan teori olmuştur.

Ancak kriminoloji dendiğinde, bugün halen herhangi bir teoriyle sapma ve suç olgusunu tamamen açıklamak mümkün değildir. Dolayısıyla anomi teorisi de çeşitli eleştirilerin hedefi olmuştur. 1980'lerde teorinin popülerliğinin azaldığı belirtilmekteyse de, akabinde tekrar gündeme gelmiştir. Hatta SSCI (Social Sciences Citation Index)'e göre, Merton'ın “Sosyal Yapı ve Anomi” adlı eseri 2000'li yıllarda daha önceki yıllara göre çok daha fazla atıf almaktadır. Bunda, anomi teorisinin daha yeni tarihli birçok başka teoriye de kaynaklık etmiş olması etkili olmuş olabilir. Ayrıca yalnızca alt sınıf suçluluğunu açıklamak bakımından bir değere sahip olduğu ifade edilemeyecek olan anomi teorisinin, özellikle uyuşturucu veya uyarı madde kullanımı ve bağımlılığı ile madde ticareti suçları ve bunların yanı sıra farklı ırk ya da etnik kökene sahip bireyler, dezavantajlı gruplar ve göçmenlerin meşru araçlardan yeterince

yararlanamamasıyla sapmanın ortaya çıkışını açıklamaktaki başarısı göz önünde bulundurulduğunda, bugün gerek araştırmalar, gerekse bunların sonuçlarından yararlanılarak devletler tarafından geliştirilecek olan suçla mücadele stratejileri bakımından güncelliğini koruduğunun altı çizilmelidir. Özetle Merton'ın teorisi bugün hala bazı sapma ve suç teşkil eden davranışları açıklamakta etkili olduğu gibi, gelişen, farklılaşan ve daha sofistike hale gelen birçok başka kuramın da öncüsü olmuş olması bakımından önem arz etmektedir. Bu tebliğde, anomi teorisiyle ileri sürülen hipotezler aktarılacak ve teoriye yöneltilen eleştiriler üzerinde durularak ayrıca teorinin kaynaklık ettiği diğer güncel teori ve açıklama denemelerinden bahsedilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kriminoloji, Anomi Teorisi, Sapma ve Suç.

“MOBBING”İN TÜRK CEZA HUKUKUNDAKİ ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİNDEN BİRİ OLARAK: GÖREVİN GEREKLERİNE AYKIRI DAVRANIŞ

Ar. Gör. Fatma COŞKUN ŞENOL

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-3996-2587

ÖZET

Çalışma hayatı, çok sayıda insanın belirli bir iş bölümü dâhilinde, zorunlu olarak paylaştıkları fiziksel veya sanal çalışma mekânlarında, yüklendikleri görevleri/işleri yerine getirmesini gerektirir. Çalışma hayatının çok yönlü ve karmaşık sosyal ilişkiler barındırması, çeşitli sorunları da beraberinde getirmektedir. İşte bu sorunlardan biri, son yıllarda pek çok mecrada dikkat çekilen bir sosyal fenomen olan, “mobbing (psikolojik taciz, yıldırma, bezdiri, şiddet, terör)”dir. İş yerinde mobbing; genellikle bir kimsenin, bir veya birden çok kişi tarafından, sistematik olarak, kovulma tehdidi altında çaresiz duruma getirilmesine sebep olan düşmanca ve etik dışı davranışlar bütünü, bir çeşit sosyal etkileşim olarak tanımlanır.¹ Hemen belirtmek gerekir ki mobbing; okul, askeriye, sivil toplum örgütleri gibi toplumun muhtelif organizasyonları içinde de görülebilir. Ancak bugün mobbing kavramının güncel ve yaygın kullanım alanını çalışma hayatı oluşturmaktadır.

Sıklıkla birbiri yerine kullanılsa da mobbing kavramını zorbalık kavramından (bullying) ayırt etmek gerekir. Mobbingde, mobbinge uğrayan kimseyi savunmasız bırakan düşmanca, etik dışı davranışlar; sıklıkla, sistematik biçimde ve uzun süreli olarak gerçekleştirilir. Bu nedenle mobbing, çalışma ortamlarında meydana gelen geçici ve basit çatışmalardan, zorbalıklardan ayrılır. Çalışma hayatında mobbing; üstün asta (bossing), astın üste (staffing) yahut benzer konumdaki çalışanların/kişilerin birbirlerine yönelttikleri her türlü şiddet, taciz, ayrımcılık, kötü muamele ve benzeri davranışları kapsar.²

Tanım ve tasvirden de anlaşılacağı üzere mobbing, hukukun çeşitli alt dallarınca incelenen bir konudur. Mobbing teşkil eden davranış, ceza kanunlarınca korunan hukuki varlık veya menfaatlerin ihlaline sebep olduğunda kaçınılmaz olarak ceza hukukunun da konusunu oluşturur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve ilgili diğer mevzuatta mobbing, münferit bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir. Ancak mobbing sistematik olarak belirli bir sürece yayılan fiillerin bütününden oluştuğundan, bu süreçte olayın niteliğine göre; intihara yönlendirme

¹ LEYMANN, Heinz: “*The Content and Development of Mobbing at Work*”, *European Journal of Work and Organizational Psychology*, Vol. 5, Issue: 2, 1996, ss. 165-184, s. 168.

² TINAZ, Pınar: “*İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*”, *Çalışma ve Toplum- Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Y. 2006(4), S. 11, ss. 13-28, s. 13-14; ERDEM, Mustafa Ruhan/PARLAK Benay: “*Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing*”, *TBB*, S. 88, Ankara 2010, ss. 261-286, s. 265.

(TCK m. 84), kasten yaralama (m. 86), eziyet (m. 96), cinsel taciz (m. 105), cebir (m. 108), kişilerin huzur ve sükununu bozma (m. 123), hakaret (TCK m. 125), kötü muamele (m. 232) gibi pek çok suç tipinin gerçekleşmesi mümkündür. Benzer şekilde, işyerlerindeki ayrımcı davranışlar aynı zamanda mobbing teşkil ettiğinden, mobbing sürecinde ayrımcılık suçunun (m. 122) meydana gelmesi de olasıdır.

Oldukça yaygın bir fenomen olan mobbing, özel sektörde olduğu gibi, kamu kurum ve kuruluşlarında da görülür. Üstelik kamuda mobbinge uğrama riskinin özel sektöre oranla daha fazla olduğunu gösteren araştırmalara rastlanmaktadır.³ Söz konusu olan kamusal alan olduğunda, mobbingin görev suçlarına vücut vermesi ihtimali de daha belirgin biçimde ortaya çıkar. İşte görevi kötüye kullanma suçları mobbing teşkil eden davranışın vücut verebileceği suçlar arasındadır. TCK m. 257'ye göre; kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket ederek (m. 257/1) veya görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek (m. 257/2) kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız menfaat sağlayan kamu görevlisi cezalandırılır. Yalnızca kamu görevlisi veya ilgili mevzuat uyarınca kamu görevlisi gibi cezalandırılması öngörülen kişiler tarafından işlenebilen görevi kötüye kullanma suçlarının özünde, kamu görevlisine görevinin ifası için tanınan kamusal yetki ve salahiyetin kötüye kullanılması yer alır. TCK m. 257'de öngörülen suçlar bakımından *görevin gereklerine aykırı davranış*; kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi biçimindeki icrai davranışla yahut görevinin gereklerini yerine getirmeme veya geciktirme biçimindeki ihmali davranışla meydana gelir.

Son yıllarda Danıştay ve Yargıtay kararlarına da yansıyan kimi örneklerde görüldüğü üzere; bilhassa kamu görevlisi amirin, astı konumundaki diğer kamu görevlilerine yönelik mobbing kapsamında yer alan davranışları görevin gereklerine aykırı davranış teşkil edebilir. Örneğin, aralarındaki hiyerarşik ilişki gereğince amirin, astı konumundaki diğer kamu görevlileri üzerindeki atama-yükseltme işlemleri yapma, disiplin soruşturması açma, hizmet yerini değiştirme yahut astının işlemlerini denetleme biçiminde sahip olduğu pek çok kamusal yetkiyi sistematik olarak, maruz kalan kişiyi savunmasız bırakarak bezdirmeye yönelik kötüye kullanması mümkündür. Kamu görevlisi hakkında, disiplin cezasını gerektiren bir eylemi olmamasına rağmen sıklıkla disiplin soruşturması açılması; cezalandırma ya da yıldırma amacıyla geçici görevlendirmeler yapılması da mobbing sürecinde gerçekleşen ve görevin gereklerine aykırılık oluşturan hareketlere örnektir. Benzer şekilde, geçerli bir neden bulunmamasına rağmen yıldırma amaçlı olarak kamu görevlisinin özlük haklarını kullanmasının geciktirilmesi; işlemlerin tamamlanması için gerekli prosedür mahiyetindeki imzayı atmaktan imtina edilmesi, görevin gereklerini yerine getirmemek kapsamında değerlendirilir.

Belirtmek gerekir ki TCK m. 257'de öngörülen görevi kötüye kullanma suçları, “genel ve tamamlayıcı” suçlardır. Bu nedenle, mobbing teşkil eden davranışın, görevin gereklerine

³ KASAPOĞLU TURHAN, Mine: “*Kamu Görevlileri Bakımından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Korunma Yolları*”, TBBD, S. 105, Ankara 2013, ss. 89-128, s. 90. İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Yayınları, No: 6.

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

aykırı hareket etme veya görevin gereklerini ihmal veya geciktirme suçlarına vücut verebilmesi için kanunda ayrıca tanımlanan başka bir suç oluşturulması gerekir.

Tebliğde, kamuda ve özel sektörde son derece yaygın biçimde görülen mobbing kavramının çerçevesi çizilecek, mobbingin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu durumlar yargı kararları ışığında ele alınacak ve bu bağlamda mobbing vakalarında cezasızlık sorunu incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Mobbing, Görevin Gereklerine Aykırı Davranış, Yetkinin Kötüye Kullanılması.

HUKUKUN GÜNCEL SORUNLARI
SEMPOZYUMU - III

İKİNCİ GÜN

BİLDİRİLER

9 KASIM 2022 / ÇARŞAMBA

ÖLÜM CEZASI YENİDEN GELEBİLİR Mİ? TÜRKİYE'Yİ BEKLEYEN HUKUKSAL ENGELLER

Doç. Dr. Tolga ŞİRİN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-7172-5426

ÖZET

Türkiye’de son ölüm cezası uygulaması, bir siyasi mahkûm olan Hıdır Aslan’ın ölüm cezasının infaz edildiği 25 Ekim 1984’te gerçekleşmiştir. O zamandan bu zamana neredeyse 37 yıla yakın zaman geçmiş olmasına rağmen bu konudaki tartışmalar hâlâ Türkiye siyasetinin gündeminde yer bulabilmektedir. Bu gündem, özellikle 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişiminden sonra ilan edilen Olağanüstü Hâl ile birlikte gündemin üst sıralarına çıkmıştır.

Anayasa hukuku, insan hakları hukuku ve ceza hukuku alanlarının kesişim kümesinde yer alan bu konu hakkında hâlen kimi bilgi yanlışlarının veya eksikliklerinin bulunduğu gözlemlenmektedir.

Türkiye’de ölüm cezası, ilkin 3 Ekim 2001 tarihinde “Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları hâlleri” hariç olmak üzere, ardından 22 Mayıs 2004 tarihinde yapılan anayasa değişikliğiyle birlikte tamamen, anayasal olarak yasaklanmıştır. Bu anayasal yasağın yürürlüğe girmesinden itibaren düşük düzeyde ve fakat özellikle 2012 yılından itibaren ivmesi artan biçimde bu cezanın yeniden kabul edilmesi savları gündelik politikanın öğelerinden biri olmuştur. Bu bildiri, söz konusu cezanın yeniden kabul edilmesinin hukuken mümkün olup olmadığını sorgulayacağım. Bildirimi ulusal düzeyde anayasa yönünden; uluslararası düzeyde ise Avrupa Konseyi bünyesinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ve Birleşmiş Milletler (BM) bünyesinde Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (MSHS) sistemleri bakımından ele alacağım.

I. Sorunun Anayasa Yönünden Yanıtı

Ölüm cezası yasağı, Anayasa’nın 38’inci maddesinin 10’uncu fıkrasında “Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.” denilerek net, sade ve mutlak biçimde ifade edilmiştir. Bu madde görünürde değiştirilmezliğe tabi değildir. Dolayısıyla Anayasa’nın 175’inci maddesindeki koşulları karşılanması durumunda bu hükmün değiştirilmesi mümkündür. Bu ise en az 200 milletvekilinin teklifi, 360 milletvekilinin kabulünü gerektirir. TBMM’nin 2022 yılındaki üye dağılımı ve siyasi partilerin bu konudaki tutumları hesaba katıldığında Adalet ve Kalkınma Partisinin tek başına bu teklifi yapabileceği görülmektedir. Fakat Cumhurbaşkanlığı’nın (AK Parti’nin yanı sıra Milliyetçi Hareket Partisi ve Büyük Birlik Partisi) toplam üye sayısı (335 milletvekili) değişikliği sağlamaya yetmemektedir. Fakat politik konjonktüre göre bu nisabın değişmesi ve anayasa değişikliğinin yapılması mümkündür.

Böyle bir durumda, anayasal açıdan gündeme gelecek olan şey, söz konusu değişikliğin Anayasa'nın değiştirilemez maddelerinin eylemleri bir değişikliği (anayasaya aykırı anayasa değişikliği) olup olmadığı sorunudur. Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda 2007 ve 2010 yılında verdiği kararlarda anayasa değişikliklerini incelemiş ve bazı iptal kararları verebilmiştir. Dolayısıyla ölüm cezasının kaldırılmasının hukuk devleti ve insan haklarına saygılı devlet hükümlerini zedelediği ve değiştirmeye yöneldiği yönünde bir içtihatı sonuç, en azından teorik olarak olasıdır. Fakat aksi yönde bir olasılık da pekâlâ mevcuttur.

II. Sorunun İHAS Yönünden Yanıtı

Ölüm cezası yasağı, İHAS'a ek protokollerde tanınmış bir yasaktır. İHAS'ın orijinal metni, yaşam hakkını “*Kimse, cezasını hukukun koyduğu bir suç uyarınca bir mahkemenin verdiği ölüm cezasının infazı dışında yaşam hakkından kasten yoksun bırakılamaz.*” biçiminde düzenlediği için Sözleşme’de ölüm cezası yasağı yoktur. Fakat bu yasak iki farklı protokolle getirilmiştir. Bunlardan 6 no.lu Protokol yasağı, “*savaş veya yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan fiiller*” hariç olmak üzere getirmişken; 13 no.lu Protokol, kategorik kılmıştır. Türkiye, bu Protokollerin her ikisine de (ilkini 2003’te, ikincisini ise 2006’da kayıtsız ve bildirimsiz olarak onaylamak suretiyle) taraftır.

Türkiye’nin ölüm cezasını geri getirmesi için bu protokollerdeki yükümlülüklerinden kurtulması gerekmektedir. Fakat bu noktada İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin 2005 yılında verdiği bir kararda bu konudaki açılımı önem taşımaktadır. Mahkeme o kararda 6 no.lu Protokol’ün kırk bir devlet tarafından onaylandığını söyleyip bunun Sözleşme’nin 2’nci maddesinde eylemleri bir değişiklik yarattığını ve ölüm cezası yasağına ilişkin protokollerin, Sözleşme’nin ayrılmaz parçası olduğunu ortaya koymuştur. Bunun anlamı, ölüm cezasını geri getirmenin Sözleşme sisteminden topyekûn ayrılmayı gerekli kıldığıdır. Kuşkusuz, yakın zaman önce Rusya örneğinde görüldüğü üzere bu mümkündür.

III. Sorunun MSHS Yönünden Yanıtı

Az önce değindiğimiz iki bağlam, ölüm cezasının çeşitli güçlüklerle de olsa yeniden getirilmesinin hukuksal bir olasılık olduğunu tespit etmiş oldu. Fakat konu BM MSHS olduğunda durum farklıdır.

Türkiye’nin ölüm cezasını geri getirmesi için aşması gereken engeller tek değil. Konunun bir de Birleşmiş Milletler (BM) sistemiyle ilgili bir yönü bulunuyor. Türkiye, (yine AK Parti’nin iktidarı döneminde) BM MSHS’yi 2003 yılında; buna ek nitelikteki, ölüm cezasını yasaklayan 2 no.lu Seçmeli Protokol’ü ise 2006’da kayıtsız ve bildirimsiz olarak onaylamıştır.

İHAS sistemi ile pek çok yönden benzerlik taşıyan bu sistemin konumuzla ilgili kritik bir yönü bulunmaktadır. Bu sistemden ayrılmak, söz konusu metinlerde bir “çekilme” hükmü bulunmadığı için mümkün değildir. Öyle ki; BM MSHS sisteminin denetim organları, bu yokluktan hareketle taraf devletlerin bu sisteme girerken çıkamayacaklarını daha baştan kabul ettiğini, dolayısıyla (uluslararası hukukun bir nevi *jus cogens* hükümleri sayılabilecek insan haklarını düzenleyen) Sözleşme’den ve protokollerinden çekilmenin yasak olduğunu tespit etmişlerdir. Bu belirleme, BM İnsan Hakları Komitesi’nin 8 Aralık 1997 tarihli ve 26 no.lu Genel Yorumu’nda açıkça görünmektedir.

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

Gerçi Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti'nin sistemden çekilme girişiminde de görüldüğü üzere, fiili durum ile hukuksal durum farklı olabilmektedir. Devletlerin, uluslararası hukuku tanımaması veya kendi yorumuna göre bir hukuk yaratmaya çalışması pekâlâ olasıdır. Fakat bu girişimlerin, özellikle rejim değişikliklerinden sonra yargısal sorumlulukları ortadan kaldırmadığı da bir gerçektir. Dolayısıyla cari uluslararası hukuk kabulleriyle yapısal bir zıtlaşmanın, bu bildirin ötesinde tartışılmayı bekleyen kimi sorunları beraberinde getireceği akılda tutulmalıdır.

Bu anlatılanlardan sonra, konumuzdan sapmamak için bir sonuca ulaşmak istersek; bildirin başındaki sorunun BM sistemi bağlamındaki yanıtı olumsuz olduğunu söyleyebiliriz. Başka bir deyişle ölüm cezasını uluslararası hukuku ihlal etmeden yeniden getirmek mümkün görünmemektedir.

Anahtar Kelimeler: Ölüm Cezası, İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ YÜRÜRLÜKTEKİ MEVZUATA ETKİSİNİN BELİRLENMESİ SORUNU ÜZERİNE: HÂKİM RESMÎ MEVZUAT DERLEMELERİYLE BAĞLI MIDIR?

Ar. Gör. Ali Erdem DOĞANOĞLU

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0001-7346-3389

ÖZET

Anayasa Mahkemesi norm denetimi kapsamında özellikle itiraz yoluyla önüne gelen anayasaya aykırılık iddialarını değerlendirirken incelemeyi çeşitli yönleriyle sınırlayabilmektedir. Anayasa Mahkemesi tipik olarak, bir davaya bakmakta olan mahkemenin bir kuralın ancak önündeki olaya uygulayacağı kapsamda Anayasaya aykırılığını iddia edebileceği kabulünden hareketle, incelemesini konu itibarıyla sınırlamaktadır.¹ Öte yandan Mahkeme kimi zaman yaptığı denetimin konusunu ve kapsamını sınırlamakla yetinmemekte, verdiği iptal kararlarının hüküm kısmında kararın sonuçlarına etkili olduğu düşünülebilecek birtakım ifadeler de yer vermektedir.² Bu tür kararlarında Mahkeme'nin iptal yaptırımının sonuçları itibarıyla de kararını sınırladığı düşünülmektedir. 15 Nisan 2022 tarihli ve 31810 sayılı Resmî Gazetede Anayasa Mahkemesi'nin bu tür bir kararı yayınlanmış ve bunun üzerine çeşitli tartışmalar gündeme gelmiştir.

Söz konusu kararında Mahkeme, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 341. maddesinin 2 numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “*Miktar veya değeri üç bin Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir.*” hükmünün Anayasaya uygunluğunu denetlemiş ve sonuçta gerekçeli kararın “Hüküm” bölümünde düzenlemenin “*kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin davalar*” yönünden Anayasaya aykırı olduğunu belirterek iptal kararı vermiştir.³ Bu iptal kararı, Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan *Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemine* ilk önce 6100

¹ Güncel bazı örnek kararlar için bkz.: AYM, E. 2022/54, K. 2022/99, K. T.: 08.09.2022, R. G. Tarih ve Sayısı: 20.09.2022, 31959; AYM, E. 2022/48, K. 2022/93, K. T.: 20.07.2022, R. G. Tarih ve Sayısı: 17.08.2022, 31926; AYM, E. 2020/98, K. 2022/87, K. T.: 20.07.2022, R. G. Tarih ve Sayısı: 17.08.2022, 31926.

² Bu tür kararlar için bkz.: AYM, E. 2020/87, K. 2022/44, K. T.: 21.04.2022, R. G. Tarih ve Sayısı: 02.08.2022, 31911; AYM, E. 2022/13, K. 2022/66, K. T.: 01.06.2022, R. G. Tarih ve Sayısı: 06.07.2022, 31888; AYM, E. 2022/7, K. 2022/79, K. T.: 21.06.2022, R. G. Tarih ve Sayısı: 01.07.2022, 31883; AYM, E. 2021/42, K. 2022/45, K. T.: 21.04.2022, R. G. Tarih ve Sayısı: 30.06.2022, 31882; AYM, E. 2020/41, K. 2021/91, K. T.: 16.12.2021, R. G. Tarih ve Sayısı: 25.02.2022, 31761; AYM, E. 2020/35, K. 2021/26, K. T.: 31.03.2021, R. G. Tarih ve Sayısı: 15.06.2021, 31512; AYM, E. 2019/59, K. 2020/61, K. T.: 22.10.2020, R. G. Tarih ve Sayısı: 01.12.2020, 31321; AYM, E. 2018/73, K. 2019/65, K. T.: 24.07.2019, R. G. Tarih ve Sayısı: 29.11.2019, 30963; AYM, E. 2019/27, K. 2019/56, K. T.: 26.06.2019, R. G. Tarih ve Sayısı: 11.09.2019, 30885; AYM, E. 2019/1, K. 2019/14, K. T.: 14.03.2019, R. G. Tarih ve Sayısı: 19.04.2019, 30750; AYM, E. 2017/129, K. 2018/6, K. T.: 18.01.2018, R. G. Tarih ve Sayısı: 13.02.2018, 30331.

³ AYM, E. 2021/34, K. 2022/21, K. T.: 24.02.2022, R. G. Tarih ve Sayısı: 15.04.2022, 31810.

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu metninde ilgili düzenlemeye yalnızca karara ilişkin bir dipnot verilerek işlenmiştir. Bir süre sonra *Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sisteminde* bir değişikliğe gidilmiş, karara konu düzenleme sistemdeki Kanun metninden tamamen çıkarılmıştır.⁴ Daha sonra ise iptal edilen hüküm 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu metnine tekrar eklenerek *Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sisteminde* metnin bir önceki haline dönmüştür.⁵ Bu süreçte Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı çeşitli yazarlar tarafından farklı yönleriyle ele alınıp değerlendirilmiş ve eleştirilmiş, bu kapsamda *Mevzuat Bilgi Sisteminde* yapılan değişiklikler de takip edilerek bu değişikliklerin düzenlemeyi uygulaması söz konusu olabilecek görevli mahkeme hâkimlerinin görevlerine etkileri üzerinde de durulmuştur.⁶ Yani, Anayasa Mahkemesi'nin iptal hükmünün kapsamına etkili karar verme yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışması bir yana, *Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sisteminde* yapılan ve yukarıda sözü edilen değişikliklerin ilgili Kanun hükmü çerçevesinde görev alanı belirlenen mahkemelere etkisinin de tartışmalı hususlardan biri olduğuna vurgu yapılmıştır. Bildiride esasen bu sorun üzerinde durulacaktır.

Bu bildiride örnek olaydan hareketle hâkimin olaya uygulanacak hukuku belirleme görevi bakımından hukukun biçimsel kaynaklarına erişme yükümlülüğü tartışılacak, Anayasa Mahkemesi kararlarının hukuki niteliği ve bağlayıcılığı ekseninde sorunun çözümüne anayasa yargısı perspektifinden bir katkıda bulunulmaya çalışılacaktır. Tartışma temel olarak iki boyutlu yürütülecek, ilk önce aynı zamanda *kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi* fikrinin temellerinden sayılan ve yargılama yetkisine içkin olduğu kabul edilen *hâkimin olaya uygulanacak hukuku bulma ve belirleme görevi* çerçevesinde Anayasa Mahkemesi kararlarının sonuçlarını değerlendirme ve takdir etme yetkisine sahip olduğu kabulünden hareket edilecektir.⁷ Buna göre, önündeki uyuşmazlığı çözmekle görevli olan hâkim bu görevini yerine getirebilmek için öncelikle olaya uygulayacağı geçerli hukuk normunu bulmak zorundadır ve bu aynı zamanda yargılama yetkisine içkin bir unsurdur. Bu kabulden hareketle, hukukun biçimsel kaynakları arasında yer aldıklarına kuşku bulunmayan “kanun”u ve “Anayasa Mahkemesi kararları”nı bulup değerlendirmenin ve bunlardan hareketle olaya uygulanacak normu belirlemenin yargılama yetkisine dahil ve hâkimin yerine getirmekle görevli olduğu işlerden sayılması gerektiği savunulacaktır.

İkinci olarak da *Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sisteminde* yer verilen kanun metinlerinin hukuki niteliği saptanarak yargı yetkisi kullanan hâkimin bu metinlerle bağlı sayılıp sayılamayacağı belirlenecektir. Bu çerçevede, sadece *Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi*

⁴ Bu aşamalara ilişkin olarak bkz.: GÖZLER, Kemal, “‘Anayasa Mahkemesinin Yönünden İptal Kararları Hakkında Bir Eleştiri’ Başlıklı Makaleme Bir Ek” (www.anayasa.gen.tr/yonunden-iptal-ek.htm (Yayın Tarihi: 15 Mayıs 2022)).

⁵ Metnin son hali için bkz.: T. C. Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6100&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (Erişim Tarihi: 20.09.2022).

⁶ Örneğin bkz.: ÖZEKES, Muhammet, “Anayasa Mahkemesinin İstinaf Sınırına İlişkin (HMK m. 341/2, c. 1) İptal Kararının Değerlendirmesi”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 87, Sayı 1, Ocak 2022, s. 239-271, (<https://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/anayasa-mahkeme2022661013526.pdf>) (Erişim Tarihi: 20.09.2022); GÖZLER, Kemal, “Anayasa Mahkemesinin ‘... Yönünden İptal Kararları’ Hakkında Bir Eleştiri” (www.anayasa.gen.tr/yonunden-iptal.htm) (Yayın Tarihi: 25 Nisan 2022).

⁷ Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

Sistemi değil Türkiye Büyük Millet Meclisi Mevzuat Bilgi Sistemi (Kanun ve Karar Bilgi Sistemi), Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan UYAP Mevzuat Sistemi gibi hukukun belirli biçimsel kaynaklarının yayınlanmasına aracılık eden çeşitli resmi veri arşivlerinin bulunduğuna vurgu yapılacak, bunların kurulup yayınlanmasının fonksiyonel anlamda yürütme faaliyeti niteliğinde görülmesi gerektiği savunularak bu yayınların yargı faaliyeti yürüten hâkimler bakımından bağlayıcı sayılıp sayılamayacakları tartışılacaktır. Bu bağlamda, bağlayıcılık özelliği doğrudan Anayasadan kaynaklanan Resmî Gazete ile başta Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi olmak üzere diğer resmi mevzuat derlemeleri arasında, özellikle yargı yetkisi kullanan hâkimler yönünden göz önünde bulundurulması gereken bir fark olduğu kabulünden hareketle sorunun çözümü bakımından bir sonuca varılacaktır. Sonuçta hâkimlerin, öncelikle Resmî Gazetede yayınlanan metinleri esas alıp bir Anayasa Mahkemesi kararının nasıl anlaşılması gerektiğini ve hangi kapsamda ne tür sonuçlar doğurduğunu, yürütme fonksiyonunun icrasında görev alan kamu ajanlarının tasarruflarına bırakmadan, kendisi takdir ederek sonuca varmakla yetkili ve görevli olduğu savunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Anayasa Yargısı, İptal Kararı, Kanun, Mevzuat.

ALMAN FEDERAL ANAYASA MAHKEMESİNİN İLERİ ETKİ DOKTRİNİNİN GELECEK KUŞAKLARIN HAKLARININ KORUNMASINA ETKİSİ VE TÜRKİYE İÇİN ÖNERİLER

Ar. Gör. Kardelen ALTUN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-1571-8432

ÖZET

Bu çalışmada ele alınacak temel sorun Alman Federal Anayasa Mahkemesinin 2021 tarihli bir kararında geliştirdiği ileri etki doktrininin, gelecek kuşakların haklarının korunmasına olan etkisidir. Bu çerçevede ilk olarak ileri etki doktrini tanımlanacak ve hakların korunması ve sınırlanmasındaki etkisi ortaya koyulacaktır. Daha sonra ileri etki doktrininin iklim değişikliği ve gelecek kuşakların haklarının korunmasındaki yeri ele alınacak ve sonuç olarak da bu doktrin çerçevesinde Türkiye için çözüm önerileri getirilecektir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesinin 2021 tarihli bir kararı çevre hakkının korunmasında mahkemelerin etkili rol oynadığı örneklerden biri olmasıyla öne çıkmaktadır. Bu karara konu başvurular, 2019 tarihli Federal İklim Değişikliği Yasası'nın belirli maddelerini hedef almakta ve yasanın sera gazı emisyonunu azaltmak için öngördüğü tedbirlerin yeterli olmadığını ileri sürmektedir.

Bu yasanın amacı, iklim krizinin küresel etkilerine karşı Avrupa standartlarının karşılanacağı ve ulusal standartların belirleneceği bir koruma sağlamaktır. Bu yasayla, Paris anlaşmasında iklim krizinin etkilerini en aza indirmek adına öngörülen, küresel ısınmanın 2 C derecenin altında ve tercihen sanayi öncesi seviyelerin 1.5 C derece üzerinde kalması hedefi dikkate alınmaktadır.

Karara konu başvuru, yasayla öngörülen karbondioksit salınımı azaltımının, 1.5 C derece ısınma limitinin altında kalınması bakımından yeterli olmayacağını ileri sürmektedir. Bu çerçevede başvurucular, yasama organının küresel ısınmanın önüne geçmek ve sera gazı emisyonlarını azaltmak için yeterli önlem almayarak, insan onuruna yaraşır bir gelecek ve ekolojik asgari yaşam standardına sahip olma temel haklarını ihlal ettiği iddiasındadır.

Temel hakların ihlali iddiasıyla Mahkeme önüne getirilen maddelerden bu çalışma bakımından önem taşıyan hüküm, iklim eylem planlarına yasal dayanak oluşturmaktadır. Bu eylem planları sera gazı emisyonlarının kademeli bir şekilde azaltılmasını düzenlemekte ve yıllara göre kota belirlemektedir. Buna göre azaltım, 1990 yılına göre hesaplanmak üzere, 2020'ye kadar en az %40, 2030 yılına kadar %55'e, 2040 yılına kadar %70'e ulaşmalı, 2050'ye kadar ise sera gazı emisyonu dengesine ulaşılmalıdır. Yıllık izin verilen emisyon oranları da bu doğrultuda azalmaktadır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesinin söz konusu başvuruya ilişkin kararı küresel ölçekte çevresel davalarda yol gösterici bir örnek olmasının yanı sıra, Alman Anayasa Hukukuna yaptığı ilerici katkılarla da çok önemli bir noktada durmaktadır. Mahkemenin yaklaşımında özellikle uluslararası hukuka anayasal etki tanınması ve iklim krizine ilişkin düzenlemelerin bu çerçevede denetime tabi tutulması göze çarpmaktadır. Mahkemenin bu kararının en önemli yönlerinden biri de iklim krizi bağlamında temel hakların kullanımına ilişkin geliştirdiği yorumudur. Mahkeme, bu kararında gelecek kuşakların haklarının koruyucusu rolünü üstlenmemiştir, ancak geliştirdiği öğretisi, kuşaklar arası adaletin sağlanmasına yöneliktir. İlk olarak Mahkeme, iklim krizinden etkilenecek hakların listesini oldukça genişletmektedir. İkinci olarak enerji kaynaklarına erişimi koruma kapsamına almaktadır. Üçüncü olarak da hakların kullanımının gelecekteki durumunu göz önünde bulunduracak bir ileri-etki doktrini (advance interference-like effect) geliştirmektedir.

Bu kararıyla Mahkeme, anayasa hukukunda insan haklarına “müdahale” kavramının geleneksel anlayışına yeni bir yaklaşım getirmektedir. Alman Federal Anayasa Mahkemesine temel hak ve özgürlüğün ihlali iddiasıyla yapılacak bir başvuruda -Türkiye’de olduğu gibi- kişisel, doğrudan ve güncel bir hak ihlali olması şartları aranmaktadır. İleri-etki doktrini, hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin doğrudan ve güncel olması şartının bir istisnasını oluşturmaktadır. Bu doktrine göre bir durumun, işlemin ya da davranışın gelecekte yapacağı etki de bir müdahale olarak değerlendirilmektedir. İklim değişikliğine sebep olmanın, gelecekte dünya üzerinde meydana getireceği etki de bu bakımdan kaçınılmaz bir müdahale oluşturmaktadır. Bir diğer deyişle, Mahkeme hakların gelecekteki kullanımlarını da koruma altına almaktadır. Böylelikle gelecek kuşakların çevresel haklarını da dolaylı olarak korumaktadır.

Türkiye bakımından ise, 1982 Anayasası gelecek kuşakların haklarını düzenlememektedir. Anayasanın 56. Maddesinde güvence altına alınan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı çevre hakkının anayasal dayanağıdır. Anayasa Mahkemesi de gelecek kuşakların haklarının korunmasının, çevrenin korunmasının bir gereği olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, gelecek kuşakların haklarını güvence altına alacak bir çerçeve çizememektedir. Çevrenin korunmasında öncü rol oynayan Anayasa Mahkemelerinin yaklaşımlarında, gelecek kuşakların haklarını koruyacak biçimde yorum yapma eğilimi gözlemlenmektedir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de çalışmanın konusunu oluşturan kararıyla bu eğilimi izleyen mahkemelerden biri olmuştur. Türk Anayasa Mahkemesi ise çevresel meselelerde geliştirdiği yaklaşımla bu eğilimden oldukça uzak bir noktada durmaktadır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi kadar ileri gitmesi beklenmese bile, halihazırda kullanmakta olduğu araçlarla uygun bir koruma sağlanması mümkün görünmektedir. Anayasa Mahkemesinin başka meselelerde kullandığı potansiyel mağdurluk kavramı, özellikle çevresel meselelerde kişi bakımından yetkinin katılığının yaratacağı sakıncaları giderebilecek bir imkan sunmaktadır. Bununla birlikte, Mahkeme, çevre davalarında potansiyel mağdurluk kavramını da dar yorumlamakta ve kavramı uygulamaktan geri durmaktadır. Anayasa Mahkemesi,

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

başvurucuların gelecek kuşakların haklarını da güvence altına almak üzere çevrenin korunmasına ilişkin yaptığı başvurularda kişi bakımından yetkiyi katı bir biçimde uygulamaktadır. Bireysel başvuru yolunda bir hakkının ihlal edildiği iddiasıyla başvuruda bulunan kişinin başvurusunun kabul edilebilmesi için “güncel bir hakkının”, “doğrudan” etkilenmesi ve kişinin bundan dolayı mağdur olması gerekmektedir. Bu çerçevede, bu başvurularda gelecek kuşakların mağduriyetinin günümüzde ortaya koyulamadığı gerekçe gösterilerek kabul edilemezlik kararı verilmektedir. Bununla birlikte, iklim krizinin etkileri göz önünde bulundurulduğunda veya Alman Federal Anayasa Mahkemesinin kararında olduğu gibi, günümüzde alınacak tedbirlerin yıldan yıla sıkılaştırılması söz konusu olduğunda gelecekte yaşayacak kişilerin “güncel” bir haklarının doğrudan etkileneceğine şüphe yoktur. Bu bakımdan, Türk Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda da, benzer bir hak ihlali iddiası karşısında mahkemenin “müdahale”nin zamansal sınırlarına bağlı kalmadan yorum yapması mümkün görünmektedir.

Bu çalışmada yürütülen tartışmaların sonucunda, Türk Anayasa Mahkemesinin, gelecek kuşakların haklarının korunmasında hak temelli bir yaklaşım sergileyerek güvenceli bir koruma sağlayabilmek adına Alman Federal Anayasa Mahkemesinin benimsediği yaklaşıma benzer bir yaklaşım geliştirebilecek uygun araçlara ve anayasal dayanağa sahip olduğu savunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: İleri Etki Doktrini, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Gelecek Kuşakların Hakları, Çevre Hakkı, Kuşaklararası Adalet.

BLOKZİNCİR TEKNOLOJİSİ TABANLI AKILLI SÖZLEŞMELERİN SEÇİM HUKUKUNA ETKİSİ ÜZERİNE BİR İNCELEME*

Ar. Gör. Dr. Deniz POLAT AKGÜN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0001-8085-2032

ÖZET

Toplumsal işleyişi değiştiren ve dönüştüren her uygulama hukukla doğrudan bir ilişki içindedir. 2008 yılında ilk ortaya çıkışından¹ bugüne kadar yerleşik teknoloji algısını değiştiren blokzinciri ve blokzinciri üzerinde çalışan uygulamalar geleneksel hukuk anlayışında da bir dönüşüme neden olmuştur. Bu nedenle, son yıllarda ekonomik boyutlarının yanında hukuki boyutlarıyla da ele alınmaktadır. Söz konusu teknoloji, kripto paralar ve ekonomi hukuku, vergi sistemi, vatandaşlık bilgilerinin yönetimi ve elektronik oylama gibi kamu hukukuna ilişkin konularda da uygulama alanına sahiptir. Elektronik oylama, demokratik sistemin işleyişine doğrudan etki edebilme ihtimali nedeniyle bunlar arasında özellikle önem taşır.

Akıllı sözleşmeler, tarafların birbirleri arasında güven duyması gerekmeden ve bir alıcıya ihtiyaç duyulmadan, otomatik olarak gerçekleşen ve sözleşmeye benzer etkiler meydana getiren, koda dayalı bir programdır². Akıllı sözleşme düşüncesi yeni bir kavram olmamakla birlikte, ilk çıktığında var olan teknolojik altyapı sözleşmenin gerektirdiği protokollerin bilgisayarlarla işletilebilmesi için yeterli olmamış; blokzincir teknolojisinin gelişmesiyle birlikte söz konusu teknoloji yeni bir boyut kazanmıştır³. Buna göre blokzincir teknolojisi temelde, sürekli olarak bir yenisini eklenen işlemler zincirinin, birden çok bilgisayarda ve ağda kaydedildiği bir tür dağıtık defter (*distributed ledger*) olarak tanımlanmaktadır⁴. Dolayısıyla, merkezi bir kontrol noktası veya merkezi bir ağı olmayan (*distributed*), para veya diğer dijital varlıklarla ilgili olarak gerçekleşen işlem hareketlerinin kaydedildiği bilgi teknolojileri temelli bir sistemdir⁵. Bu nedenle, dağıtık defterin bir devlet tarafından manipüle edilmesi ya da

* Bu çalışma, yazarın araştırmacı olduğu TÜBİTAK 3501 Kariyer Geliştirme Programı kapsamında yürütülen 221K240 no.lu “Uyuşmazlıkların Çözümü, Kişisel Verilerin ve Tüketicilerin Korunması Odağında Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Analizi” başlıklı Proje çerçevesinde desteklenmektedir.

¹ Satoshi Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, e.t. 29.09.2022.

² Nick Szabo, *Smart Contracts*, 1994,

https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html, e.t. 29.09.2022.

³ Pınar Çağlayan Aksoy, *Akıllı Sözleşmelerin Teknik Temeli, Özellikleri ve Hukuki Niteliği*, On İki Levha Yayıncılık, 1. b., İstanbul, 2021, s. 16-17.

⁴ Aksoy, s. 18.

⁵ Riccardo De Caria, “Definitions of Smart Contracts”, *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms* (ed. Larry A. DiMatteo/Michel Cannarsa/Cristina Poncibo), Cambridge University Press, Cambridge, 2019, s. 19; Aksoy, s. 18.

bozulması mümkün değildir⁶. Söz konusu siyasal seçimler ve elektronik oylama olduğunda bu olası müdahaleler demokratik sistemin işleyişine doğrudan etki edeceğinden, kriptografi ile güvence altına alınmış elektronik işlemler silsilesinin daha güvenceli olduğu ileri sürülmektedir. Öyle ki, vatandaşların ve devletlerin daha kolay, hızlı ve güvenli işlem yapmasını sağlayabilecek potansiyele sahip olduğundan, blokzincir teknolojisinin özellikle seçim hukukundaki, seçim sahtekarlığı ya da kötü niyetli seçim ve sandık bölgelerinin belirlenmesi (*gerrymandering*) gibi daha önce birtakım demokratik kurumların kurbanı olduğu olası siyasal müdahaleleri azaltabileceği düşünülmektedir.

Seçimler demokrasinin sert çekirdeğini oluşturur⁷. Demokratik bir devlette siyasal iktidar seçimler aracılığıyla barışçıl bir biçimde belirlenir ve gerektiğinde aynı şekilde el değiştirir⁸. Her ne kadar demokrasinin varlığı için seçimler yeterli olmasa da olmazsa olmazdır. Dolayısıyla, en temelde “seçimler, isyanın barışçı ikamesidir”⁹. Ancak, bir rejimin demokratik sayılabilmesi için mutlaka geleneksel anlamda seçim sandığının kurulması gerekir mi sorusu sorulmaya değerdir. Yoksa, seçim sürecinin gereksinim duyduğu diğer tüm demokratik koşullarının sağlanması ve serbest ve adil bir seçim ölçütlerine uyulması şartıyla, siyasal katılımın ideal düzeye ulaşabileceği bir teknoloji aracından yararlanılması düşünülebilir mi? İşte blokzincir teknolojisi seçim sürecinde oylama işlemleri için kullanıldığında akıllı sözleşmelerin sahip olduğu birtakım olumsuz özellikleri bertaraf edebilmekte ve pek çok kolaylık sağlayabilmektedir. Bu gerekçeyle, teknolojik gelişmelerin ve nüfus artışının da etkisiyle, bir yandan da siyasal katılımı arttırabileceği düşüncesiyle, pek çok ülkenin gerek ön seçimlerde gerekse farklı seçim süreçlerinde blokzincir tabanlı elektronik oylama usulünü tercih ettikleri görülmektedir. Buna karşılık, güvenlik, şeffaflık, denetlenebilirlik ve doğrulanabilirlik tartışmaları pek çok ülke tarafından da bu sisteme daha temkinli yaklaşılmasına neden olmaktadır. Gerçekten de elektronik oylama sistemleri güvenlik, gizlilik ve doğrulanabilirlik ihtiyaçları da dahil olmak üzere, genellikle birbiriyle çelişen gereksinimleri yerine getirmekte zorlanmakta ve bunun gibi pek çok riskleri içermektedir¹⁰. Öyle ki, böyle bir sistemi uygularken karşılaşılabilecek pek çok sorunu gösteren çok sayıda araştırma ve yaşanmış vaka da vardır¹¹. Bu nedenle, blokzincir tabanlı elektronik oylamanın seçim sistemlerine eklenebileceği üzerine yürütülen tartışmalarda, bu teknolojinin siyasal anlamda daha düşük seviyeli ve daha az etkili (*lower-stakes decision-making*) seçimlerde kullanılması da sunulan öneriler arasındadır.

⁶ Cristina Poncibo/Larry A. DiMatteo, “Smart Contracts, Contractual and Non-contractual Remedies”, *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms* (ed. Larry A. DiMatteo/Michel Cannarsa/Cristina Poncibo), Cambridge University Press, Cambridge, 2019, s. 136, Cemal Araalan, “Akıllı Sözleşmeler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 163, 2020, s. 512.

⁷ Raisa Ali, *Representative Democracy and Concept of Free and Fair Elections*, Deep and Deep Publications, New Delhi, 1996, s. 20.

⁸ David Owen, “Democracy”, *Political Concepts* içinde (der. Richard Bellamy/Andrew Mason), Manchester University Press, Manchester, 2003, s. 105-107.

⁹ Adam Przeworski, “Minimalist Conception of Democracy: A Defense”, *Democracy's Value* içinde (der. Ian Shapiro/C. Hacker-Cordon), Cambridge University Press, Cambridge, 1999, s. 49.

¹⁰ Nathaniel Patrick Hernandez, *Blockchain Elections: Smart Contract Electoral System Design and Implementation*, 2021, s. iv, <https://libres.uncg.edu/ir/listing.aspx?id=35832>, e.t. 29.09.2022.

¹¹ *Ibid.*

Blokszincir tabanlı akıllı sözleşmeler aracılığıyla gerçekleştirilecek oylama sisteminin bir diğer olası etkisi, seçim sürecinin denetimine ilişkindir. Siyasal seçim süreci, seçmen askı listelerinin asılmasından başlayan, propaganda, oy verme, oyların sayımı ve sandalyeye tahvil edilmesi ile seçim sonuçlarının ilan edilmesi işlemlerinin hepsini kapsar. Bu süreçte seçim, pek çok ülkede olduğu gibi Türkiye’de de yargının denetimi altındadır. Seçim yargısı kapsamında yetkili olan kurum ya da kurumlar, seçim süreci boyunca veya seçim sonrası, seçim sürecinin herhangi bir aşamasına ilişkin ortaya çıkabilecek tartışmaları ve hukuka aykırılıkları çözüme kavuşturmakla yetkilidir. Bu kapsamda, uygulanan seçim sisteminden bağımsız biçimde, bir ülkede kullanılan elektronik oylama yöntemi seçim yargısı alanında yetkili olan seçim kurumlarının yetki ve etki alanında da kaçınılmaz olarak bir değişime neden olacaktır. Buna göre, seçim kurumlarının rolü denetleyici olmaktan uzaklaşarak, bir tür doğrulayıcı konumuna evrilecektir. Bu yöntemin kabul edilmesiyle birlikte geleneksel denetim usulüne devam edilebileceği ileri sürülebilir de bu kabul, elektronik oylama usulüne geçilmesinin sağlayacağı işlevsellik ve verimlilik ile çelişecektir. Dolayısıyla, blokszincir teknolojisi tabanlı akıllı sözleşmelere dayanan bir siyasal seçim yöntemi ve aracı tasarlandığında bu kaçınılmaz değişimin de göz önünde bulundurulması gerekir.

Bu çerçevede çalışmada ilk olarak, elektronik oylama kavramı üzerinde durulacak ve blokszincir teknolojisi tabanlı akıllı sözleşmelerin bu sisteme etkileri ele alınacaktır. Buna ilişkin karşılaştırmalı bir yöntem tercih edilerek, halihazırda dünya üzerinde kullanılan elektronik oylama sistemleri incelenecek ve ‘söz konusu teknolojiler oylama usullerini daha az manipüle edilebilecek şekilde nasıl dönüştürebilir?’ ve ‘demokratik seçim sistemlerine etkisi nasıl olur?’ gibi sorular cevaplanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Akıllı Sözleşme, Blokszincir, Seçim Hukuku, Anayasa Hukuku, Demokrasi.

SEÇİMLERİN YÖNETİMİ VE DENETİMİNE İLİŞKİN MODELLER ÇERÇEVESİNDE YÜKSEK SEÇİM KURULUNA DAİR ANAYASAL BİR DEĞERLENDİRME

Ar. Gör. Rumeysa İSPİR

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0003-0155-6038

ÖZET

Seçimlerin yönetimini ve denetimini yapan organların bağımsız, tarafsız, dürüst, şeffaf ve erişilebilir olması demokratik bir yönetim açısından elzemdir. Ülkemizde seçimlerin yönetim ve denetim yetkisinin aynı organa verilmiş olması ve YSK'nın hukukî niteliği, üzerinde tartışılan bir husustur. Bu çalışmanın temel çıkış noktası, dünyada seçimlerin yönetimi ve denetimine dair tasnifler çerçevesinde ülkemiz açısından en doğru modeli tespit etmektir.

Seçim kurullarının tasnifi birçok şekilde yapılabilmektedir. İlgili kurulun geçici veya daimi olması, kurulun merkezi nitelikte olup olmaması gibi belirlemeler esas alınabilmektedir.¹ Bu çalışmada klasik, karma ve bağımsız model olmak üzere temelde üç başlıkta inceleme yöntemi tercih edilmiştir. Bu tasnifi bir tablo ile şu şekilde gösterebiliriz:

Seçim Yönetim ve Denetim Modelleri				
	Klasik Model	Karma Model	Bağımsız Seçim Kurulu Modeli	
			Bağımsız Seçim Kurulu Versiyonu	Yargısal Nitelikli Bağımsız Seçim Kurulu Versiyonu
Yönetim Fonksiyonu	Yürütme Organı	Yürütme Organı	Seçim Kurulu	Seçim Kurulu
Denetim Fonksiyonu	Yasama Organı	Yargı Organı	Yargı Organı	Seçim Kurulu

Tablo 1: Seçim Yönetim ve Denetim Modelleri²

Görüldüğü üzere bu modellemenin yapılmasında, organların yönetim ve denetim fonksiyonlarının birleşmesi veya ayrılması kıstas olarak alınmıştır.³ Nitekim yönetim ve denetim fonksiyonları bazı ülkelerde aynı organda birleşirken bazı ülkelerde ise bu yetkiler

¹ Şeref İba, Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku, 5. bs., Ankara, Seçkin, 2021, s. 145.

² Bu tablo, Gönenç'in belirtilen eserinin ilgili sayfasından esinlenilerek oluşturulmuştur: Levent Gönenç, Türkiye'de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 37.

³ Gönenç, op. cit. s. 30.

farklı organlara verilmiştir.⁴ Bu tasnif seçim kurullarının idarî ya da yargısal işlevlerinin birleşmesi ya da ayrılmasına göre yapılmıştır.⁵ Klasik modelde seçimlerin yönetimi yürütme organınca, denetim fonksiyonu ise yasama organınca ifa edilir.⁶ Bu model, İngiltere ve ABD’de ortaya çıkmıştır.⁷ Söz konusu modelleme, “parlamentonun üstünlüğü ilkesi”ne dayanmaktadır.⁸ Bu düşünceye göre yasama seçimlerine ilişkin uyuşmazlıklar yine seçilenlerin denetiminde olmalıdır.⁹

Avrupa ülkelerine bakıldığında bazılarında klasik modele benzer şekilde seçimlerin denetiminin yasama organına verildiği görülmektedir. Bu ülkelere örnek olarak İtalya, İsviçre, Norveç, İzlanda, ABD ve Avustralya verilebilir. Bazılarında ise yasama organının seçimlere dair kararları, ilgili anayasa mahkemelerinin denetimine tâbidir. Almanya, bu ülkeler arasındadır.¹⁰ Her ne kadar gelişmiş Avrupa ülkelerinde uygulanmasa da dünyada genel eğilimin bağımsız seçim kurulu modeli olduğu söylenebilir. Zira birçok Asya ülkesinde bağımsız seçim kurulu modeli benimsenmiştir.

Seçim kurullarının ülkeden ülkeye farklılaşmasında ülkenin federal veya üniter yapılı olması da bir etkidir. Nitekim üniter yapılı ülkelerde genellikle merkezî nitelikte bir seçim kurulu bulunurken federal yapılı ülkelerde merkezden bağımsız seçim kurullarına rastlanmaktadır.¹¹ Ülkemizde de üniter yapıya uygun şekilde seçimlerin yönetimi ve denetimi merkezi niteliktedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’na bakıldığında bağımsız seçim kurulu modelini benimsediği görülmektedir.¹² Nitekim Türkiye’de seçimlerin yönetimi ve denetimi görevi bağımsız bir organ olan YSK’da toplanmıştır.¹³ YSK yargıçlardan oluşan bir kuruldur.¹⁴ Seçim kurulunun temelde idarî bir fonksiyon icra ettiği, yargısal fonksiyonun ise yargı organlarınca yerine getirildiği örnekler “bağımsız seçim kurulu versiyonu”¹⁵ olarak adlandırılmaktadır. Seçimlerin yönetimi ile birlikte denetimini de yapan bağımsız seçim kurulları da “yargısal nitelikli bağımsız seçim kurulu versiyonu” olarak adlandırılmaktadır.¹⁶ YSK, bu kapsamda değerlendirilebilir. Aynı şekilde Meksika, Kırgızistan, KKTC, Kosta Rika, Uruguay, El Salvador, Venezuela, Hindistan, Bolivya, Afganistan, Somali, Küba gibi ülkelerde de seçimlerin yönetimi ve denetimi Türkiye’de olduğu gibi yargısal nitelikli bağımsız seçim

⁴ Nizameddin Aydın, *Dünyada ve Türkiye’de Seçimlerin Yönetimi ve Denetimi*, 3. bs. Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2021, s. 136-137.

⁵ Gönenç, op. cit. s. 31.

⁶ Gönenç, op. cit. s. 39.

⁷ Gönenç, op. cit. s. 31-32.

⁸ Hüseyin Murat Işık, “Çağdaş Demokratik Rejimlerde Seçimlerin Yönetimi ve Denetimi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV-XVI, No: 22-23-24-25, 2010-2011, s. 76.

⁹ Aydın, op. cit., s. 211.

¹⁰ Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara, Seçkin, 2021, s. 700.

¹¹ İba, op. cit. s. 145.

¹² *Electoral Management Models of the World*, (çevrimiçi, 3.1.2022), <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/chap-ters/electoral-management-design-revised-edition/electoral-management-design-map-2014.pdf>.

¹³ Eren, op. cit. s. 702; Catt, et. al., op. cit. 374.

¹⁴ Helena Catt, et. al., *Electoral Management Design*, Sweden, International IDEA, 2014, p. 374.

¹⁵ Gönenç, op. cit. s. 38-39.

¹⁶ Gönenç, op. cit. s. 38-39.

kurullarınca yerine getirilmektedir. Bu ülkelerin bazılarında seçim kurulu, “yargı sisteminin bir parçasıdır.” Örnek olarak Meksika ve Venezuela verilebilir.¹⁷

Bazı ülkelerde ise seçim kurulu özerk bir yapıda olup yargı sisteminin parçası değildir. Bu ülkelere örnek olarak ise Bolivya, Ekvador, El Salvador, Kosta Rika, Uruguay verilebilir.¹⁸ Türkiye’yi de bu ülkeler arasına dâhil edebiliriz. Zira YSK, özerk yapıda olup yargı sisteminin bir parçası konumunda değildir. YSK, yargı teşkilatı dışında bulunan ancak yargılama faaliyeti icra eden bir “üst yargı yeri” olarak konumlandırılabilir.¹⁹ Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi, YSK’yı mahkeme olarak kabul etmese de bir kararında²⁰ ilçe seçim kurulunu genel mahkemelerden ayrı olarak yargılama faaliyeti icra eden yargı yeri olarak kabul etmiştir.²¹ Gerekçe olarak da ilgili ilçe seçim kurulunun kanunla kurulmuş olmasını, başkanının hakim sınıfından olmasını ve kararlarının kesin hüküm mahiyetinde olmasını göstermiştir. YSK’nın yargı organı olmadığı görüşünü savunanların gerekçelerinden birisi YSK’nın Anayasa’nın yasama bölümünde düzenlenmiş olmasıdır. Ancak şu husus unutulmamalıdır ki Türk Anayasası’nın 79. maddesinde seçimlerin yargı organlarının yönetimi ve denetimi altında yapılacağı belirtilmiş ve bu görev YSK’ya verilmiştir. Özellikle Latin Amerika ülkelerinde YSK benzeri yapılanmalar vardır ve bunlar yargı organı olarak kabul edilmektedir. Türkiye, karşılaştırmalı örneklerden de yol çıkılarak bağımsız seçim kurulu modelindeki yargısal nitelikli seçim kurulu versiyonunun bir örneğini teşkil etmektedir.²²

Dünyadaki genel eğilimin bağımsız seçim kurulu modeli olduğu görüldüğünden yeni anayasa yapılacağı vakit ülkemizdeki bu modelin korunması gerekmektedir. Zira bağımsız model sayesinde sadece seçim yönetimi hususunda uzmanlaşmış ve yürütme organının etkisinden soyutlanmış bir organ vuku bulmakta ve seçimlerin adil ve tarafsız olmasını sağlama olasılığı yükselmektedir. Seçimlerin denetimi hususunda ise kuvvetler ayrılığının bir gereği olarak yöneten organ ile denetleyen organ aynı olmamalıdır. Zira incelenen ülke örnekleri göstermektedir ki demokratik ülkelerin genel eğilimi seçimleri yöneten ve denetleyen organların farklı olmasıdır. Dolayısıyla ülkemizde seçimlerin yönetimi yine bağımsız bir seçim kurulu tarafından icra edilmeli ancak denetimi farklı ve bağımsız bir yargı organına verilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Seçimlerin Yönetimi, Seçimlerin Denetimi, Bağımsız Seçim Kurulu, Karma Model, Klasik Model.

¹⁷ Gönenç, op. cit. s. 38-39.

¹⁸ Gönenç, op. cit. s. 38-39.

¹⁹ Eren, op. cit. s. 707.

²⁰ AYM, İsmail Taşpınar Başvurusu, B. No: 2013/3912, 6.2.2014.

²¹ Eren, op. cit. s. 706.

²² Gönenç, op. cit. s. 50.

KORUMA AMAÇLI İMAR PLANLARININ TABİ OLDUĞU İLKE VE KURALLAR AÇISINDAN GENEL KANUN - ÖZEL KANUN İLİŞKİSİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0001-9327-8762

ÖZET

Koruma amaçlı imar planlarının yapılmasında, planlama alanının özellikleri gereği farklı kanunlarda öngörülen ilke ve kuralların dikkate alınması gerekecektir. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile 3194 sayılı İmar Kanunu arasındaki genel kanun - özel kanun ilişkisi öngörülmüşken, 03/07/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun yürürlüğe girmesiyle sit alanlarında söz konusu üç kanun arasındaki ilişkinin ve hangi kuralların uygulanacağına yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir.

3194 sayılı İmar Kanununun İstisnalar başlıklı 4. maddesinde “(...) 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (...) ile belirlenen veya belirlenecek olan yerlerde, bu Kanunun özel kanunlara aykırı olmayan hükümleri uygulanır.”

2863 sayılı Kanun, imar uygulamaları açısından 3194 sayılı İmar Kanununa göre özel kanun niteliğinde olup, bu durum 3194 sayılı Kanunun 4. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Ancak 2863 sayılı Kanunun özel nitelikte hükümler içermesi 3194 sayılı Kanunun uygulanmayacağı anlamına gelmeyip, 2863 sayılı Kanunla birlikte 3194 sayılı Kanunun 2863 sayılı Kanuna aykırı olmayan hükümleri de uygulanacaktır.

İmar planlarına ilişkin ilke ve kurallar 3194 sayılı Kanunda öngörülmüşken, koruma amaçlı imar planları 2863 sayılı Kanunda öngörülerek tanımlanmış ve bu planların yapım sürecine ilişkin kurallar öngörülmüştür.

2863 sayılı Kanunun “Sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartları ile koruma amaçlı imar plânı” başlıklı 17. maddesinde bir alanın koruma bölge kurulunca sit olarak ilanının sonuçları ve koruma amaçlı imar planının nasıl yapılacağı düzenlenmiştir. 2863 sayılı Kanunun 17. maddesine dayanılarak “Koruma Amaçlı İmar Planları ve Çevre Düzenleme Projelerinin Hazırlanması, Gösterimi, Uygulanması, Denetimi ve Müelliflerine İlişkin Usul ve Esaslara Ait Yönetmelik” çıkarılmıştır.

Sit alanında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanım şartlarının belirlenmesi (geçiş dönemi yapılaşma koşulları), uygulamaya yönelik kararlar almak, belirlenen koşullara uygun olarak ilgili İdarelerce hazırlatılan koruma amaçlı imar planlarını görüşmek ve uygun görmek, her türlü inşâ ve fizikî müdahaleye izin vermek koruma bölge kurallarının görev ve yetkisindedir.

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

Bu çerçevede koruma amaçlı imar planı yapım ve onay sürecinde, yapılaşma koşullarının belirlenmesinde 2863 sayılı Kanunda öngörülen özel hükümlere uygun olarak 3194 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerekmekte olup 3194 sayılı Kanunun, 2863 sayılı Kanuna aykırı olan hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

3194 sayılı Kanunun 8. maddesinin 1-c bendinde ise,

“Tarım arazileri, 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda belirtilen izinler alınmadan; tarımsal amaç dışında kullanılamaz, planlanamaz, köy ve/veya mezraların yerleşik alanı ve civarı veya yerleşik alan olarak tespit edilemez”

hükmü yer almaktadır. Söz konusu kural 3194 sayılı Kanuna göre hazırlanan imar planları açısından geçerlidir. 2863 sayılı Kanunda ise bu yönde bir düzenleme bulunmamakta olup 2863 sayılı Kanunun *sit alanları açısından özel kanun* niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. 3194 sayılı Kanunun 4. maddesinde açıkça 2863 sayılı Kanun ile belirlenen veya belirlenecek olan yerlerde, 3194 sayılı Kanunun 2863 sayılı özel Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağı öngörüldüğüne göre 3194 sayılı Kanunun 8. maddesinin 1-c bendindeki kuralın 2863 sayılı Kanun karşısında uygulanması imkanının tartışılması gerekir.

3194 sayılı Kanun uyarınca hazırlanacak imar planlarında tarım arazileri için tarım dışı amaçlı kullanım izni alınması, bunun 3194 sayılı Kanunda açıkça öngörülmüş olması nedeniyledir. 5403 sayılı Kanunun 3. maddesinde “Tarım arazisi”nin

“Toprak, topografya ve iklimsel özellikleri tarımsal üretim için uygun olup, hâlihazırda tarımsal üretim yapılan veya yapılmaya uygun olan veya imar, ihya, ıslah edilerek tarımsal üretim yapılmaya uygun hale dönüştürülebilen arazileri”

ifade ettiği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere 5403 sayılı Kanunda “hâlihazırda tarımsal üretim yapılan veya yapılmaya uygun olan” araziler yanında “imar, ihya, ıslah edilerek tarımsal üretim yapılmaya uygun hale dönüştürülebilen araziler” de tarım arazisi kabul edilerek genel bir kapsam belirlenmiştir. 5403 sayılı Kanunda öngörülen tarım dışı amaçla kullanım izinlerinin imar planları yapılırken alınması zorunluluğu doğrudan 5403 sayılı Kanundan kaynaklanmamakta, 3194 sayılı Kanunun 8. maddesinden kaynaklanmaktadır. 2863 sayılı Kanuna göre yapılan Koruma Amaçlı İmar planlarında ise 5403 sayılı Kanunun öngördüğü izinlerin aranmasına ilişkin açık bir atıf bulunmamaktadır.

Sit alanları 2863 sayılı Kanun uyarınca ilan edilmekte olup, sit ilan edilecek alanda tarım arazisi olup olmaması önemli değildir ve alanın sit alanı ilan edilmesi için Toprak Koruma Kurulunun iznine ihtiyaç bulunmamaktadır. Sit alanlarında geçici ve asli kullanma ve yapılaşma koşullarının 2863 sayılı Kanunun 17. maddesine göre koruma bölge kurulunca tespit edileceği öngörüldüğünden ve Kanunun 57. maddesine göre “(...) sit alanlarına ilişkin uygulamaya yönelik kararlar almak” koruma bölge kurulunun görev ve yetkileri arasında sayıldığından, sit alanlarındaki tarım arazisi niteliğindeki arazilerin de sit alanı koşullarına tabi olması gerekir.

Sit alanlarında bulunan tarım arazilerinde tarımsal üretim yapılması bile koruma bölge kurullarının kararına bağlıdır çünkü “sit alanlarına ilişkin uygulamaya yönelik kararlar almak”

koruma bölge kurulunun yetkisindedir. Nitekim Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu'nun "Arkeolojik Sitler, Koruma ve Kullanma Koşulları"na ilişkin 658 sayılı İlke Kararı ile arkeolojik sit alanlarında koruma ve kullanma kuralları belirlenmiştir.

658 sayılı İlke Kararına göre, I. Derece Arkeolojik Sit alanlarında,

"Yeni tarımsal alanların açılmamasına, yalnızca sınırlı mevsimlik tarımsal faaliyetlerin devam edebileceğine, koruma kurullarınca uygun görülmesi halinde seracılığa devam edilebileceğine,

Höyük ve tümülüslerde toprağın sürülmesine dayanan tarımsal faaliyetlerin kesinlikle yasaklanmasına, ağaçlandırmaya gidilmemesine, yalnızca mevcut ağaçlardan ürün alınabileceğine"

yönelik kullanım kararları getirilmiştir. Görüldüğü üzere sit alanlarında tarımsal faaliyet yapılması bile 5403 sayılı Kanuna göre değil, 2863 sayılı Kanuna göre Koruma Kurullarının kararına tabidir.

Sit alanları açısından özel kanun olan 2863 sayılı Kanunun 61. maddesi uyarınca "Kamu kurum ve kuruluşları ve belediyeler ile gerçek ve tüzel kişiler, Koruma Yüksek Kurulu ve koruma bölge kurullarının kararlarına uymak zorundadır." ve sit alanlarındaki uygulamalarda Toprak Koruma Kurulunun yetkisi bulunmamaktadır.

5403 sayılı Kanunun "Arazi kullanım plânlarının yapılması" başlıklı 10. maddesinde, "özel kanunlarla belirlenen veya belirlenecek alanlarda, ilgili kanun hükümleri saklı kalmak kaydı" ile 5403 sayılı Kanun uyarınca arazi kullanım planı yapılması öngörülmektedir. Bu hüküm de 2863 sayılı özel Kanunda belirlenen sit alanlarında 2863 sayılı Kanun hükümlerinin saklı tutulduğunu, yani doğrudan 2863 sayılı Kanunun uygulanacağını göstermektedir.

2863 sayılı Kanunun uygulanacağı alanlar 5403 sayılı Kanunun kapsamı dışında olduğundan, 5403 sayılı Kanunda kültür ve tabiat varlıklarının bulunduğu alanlar ve sit alanlarıyla ilgili tarım arazilerinin amaç dışı kullanımı yönünde bir düzenleme ve izin sistemi öngörülmemiştir. Kaldı ki Toprak Koruma Kurulu, 2863 sayılı Kanun uyarınca koruma bölge kurulunca alınan kararlara uymak zorunda olup, koruma bölge kurullarınca alınan kararlar dikkate alınmadan Toprak Koruma Kurulunca arazi kullanımıyla ilgili karar alınması da mümkün görünmemektedir.

Anahtar Kelimeler: Koruma Amaçlı İmar Planı, İmar, Özel Kanun - Genel Kanun İlişkisi, Sit, Tarım Arazileri.

İDARENİN TARAF OLDUĞU ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİNDE BORCA AYKIRILIĞIN SONUÇLARINA İLİŞKİN KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUN’UNDAKİ DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Betül ÖZLÜK

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-8241-4535

ÖZET

İdare, faaliyetlerini yürütebilmek için satış ve eser sözleşmeleri gibi özel hukuk sözleşmeleri kurmaktadır. Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olan ve ilgili uyumsuzlukların adli yargıda çözüldüğü bu sözleşmelerin aynı zamanda 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile de düzenlenmiş olması uygulamada birtakım problemler doğurmaktadır.

İdarenin tarafı olduğu bu sözleşmelere ilişkin olarak özel düzenlemeler getirilmesinin amacı esas itibarıyla, idarenin bu sözleşmeleri kurarken kamuya ait kaynakları kullanması dolayısıyla denetime tabi kılınmasını sağlamaktır. İdare özel hukuk alanına ait bu tip sözleşmeleri kurarken serbest değildir; sözleşmenin kurulmasından önce başlayan ihale süreci, tekliflerin alınması ve sözleşmenin şekli katı kurallarla düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, idarenin herhangi bir özel kişinin yaptığı gibi sadece müzakere ederek bir sözleşme kurması mümkün değildir. Söz konusu sözleşmelerin kamu hukuku karakterli hükümlerle düzenlenmiş olması sözleşmelerin hukuki niteliği konusunda tereddüt yaratmamalıdır. İdare, bu sözleşmelerde “kamu gücünü” temsil etmemekte, eşitler arası bir işlemin tarafı olarak yer almaktadır. Nitekim Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda da, kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin taraflarının, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu belirtilmiştir (m. 4). Doktrinde ve yargı kararlarında bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu çoğunlukla kabul edilmektedir. O halde, sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleştirilen ihaleye hazırlık, tekliflerin alınması ve ihalenin yapılması ile ilgili işlemler bir tarafa bırakıldığında, sözleşme tipik bir özel hukuk sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir. Ancak, Kanundaki hükümler incelendiğinde idarenin, sözleşmenin karşı tarafının sahip olmadığı pek çok hakka sahip kılınmış olduğu ve birtakım yetkilerle donatıldığı görülmektedir. Eşitler arası ilişki niteliğindeki özel hukuk sözleşmelerinde bulunmaması gereken bu ayrıcalıklı düzenlemelerin, idarenin kamu gücünü temsil etmesi gerekçesi uygulanması çalışmamızda eleştiri konusu yapılmaktadır.

Ayrıca, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda Türk Borçlar Kanunu’ndan farklı şekilde düzenleme konusu yapılan borca aykırılık ve sonuçları da değerlendirilmektedir. İdareye fesih

hakkı tanıyan Kanun'un 20. maddesine göre, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi halinde ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi; sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25. maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi hallerinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceği ve sözleşme feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği belirtilmiştir. 25. maddede düzenlenen yasak fiil ve davranışlar incelendiğinde (hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek, sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek, sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak) bunların da aslında tipik bir eser sözleşmesinde yer alan "işî sadakat ve özenle yapma borcu"nun ihlali niteliğindeki davranış veya ayıplı ifa niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Kanunda ayrıca, yüklenicinin aczi nedeniyle (mücbir sebep halleri dışında) taahhüdünü yerine getiremeyeceğini bildirmesi halinde sözleşmenin feshi (m. 19), yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanunu'na göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, sözleşmenin feshedilmesi (m. 21) düzenlenmiştir. Kanun'un 22. maddesinde ise 19, 20 ve 21. maddelere göre gerçekleşen feshin sonuçları kaleme alınmıştır.

Böylece Kanunda Türk Borçlar Kanunu'ndaki borca aykırılık halleri yeniden kaleme alınmış, borca aykırılığın sonuçları ise "fesih hakkı"ndan ibaret kılınarak sadece idareye bahşedilmiştir. Fesih, niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran bir haktır. Hüküm ve sonuçlarını muhatabın hakimiyet alanına ulaştığı anda geleceğe etkili olarak meydana getirir ve hak sahibinin tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılır. Fesih olağan ve olağanüstü fesih olmak üzere ikiye ayrılır. Olağan fesihte (süreli fesih) sözleşmeye dayalı ilişki fesih beyanı muhataba ulaştıktan belirli bir süre geçtikten sonra ortadan kalkar. Olağanüstü fesihte ise fesih beyanı muhataba ulaştığı anda derhal sona erer. Derhal sona ermenin sebebi bu halde haklı nedenlerin bulunmasıdır. Fesih ile sözleşmede fesih öncesi bulunan alacak ve borçlar geçerliliklerini korur ve verilen teminatların iadesi gerekir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan feshin, hüküm ve sonuçlarını muhatabın hakimiyet alanına ulaştığı anda doğuracak genel fesih hakkından farklı olduğu görülmektedir. 20. maddenin (a) bendine göre fesih, 22. maddenin ifadesiyle mehilin sonunda idarenin herhangi bir yenilik doğurucu beyanı olmaksızın kendiliğinden feshedilmiş sayılmaktadır. İdarenin genel hükümlerdeki temerrüt hükümlerinden farklı olarak başka bir seçimlik hakkı (mehil sonunda aynen ifayı istemeye devam etme veya ifadan vazgeçip müsbet zarar isteme) olmadığı gibi sıradan iş sahibinin sahip olduğu fesih hakkına da sahip değildir. Sürenin sonunda feshin sonuçları kendiliğinden doğmaktadır. Yargı kararlarında «fesih ihbarı» ifadesi geçse de aynı kararlarda feshin Borçlar Hukukunda bilindiği şekliyle yenilik doğuran niteliğinin burada olmadığı, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun öngördüğü prosedür gerçekleşmedikçe feshin hüküm ve sonuç doğurmayacağı kabul edilmektedir.

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

Sonuç itibariyle çalışmada, “borca aykırılık hallerinin niteliği”, “borçluya borç ihlali halinde tanınan farklı sürenin hukuki niteliği ve bu sürenin sonunda idarenin fesih dışında başka bir hakka sahip olup olmadığı” ve “feshin hüküm ve sonuç doğurduğu an”, incelemenin konusu yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Özel Hukuk Sözleşmeleri, Kamu İhale Sözleşmeleri, Borca Aykırılık, Fesih.

ÇEVRE VE İMAR İHTİSAS MAHKEMELERİNİN KURULMASININ GEREKLİ OLUP OLMADIĞI MESELESİ ÜZERİNE KARŞILAŞTIRMALI PERSPEKTİFTEN BİR TARTIŞMA

Dr. Öğr. Üyesi Serdar YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İdare Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-5617-9690

ÖZET

Sosyal, kültürel, bilimsel, teknolojik ve ekonomik gelişmelerin baş döndürücü hızı, her alanda iş bölümü ve ihtisaslaşmanın önemini bir kez daha hatırlatmıştır. Söz konusu gelişmelerin hukuki ilişkileri daha da girift hâle getirmesi, çözümünü ayrı ve özel bir ihtisas gerektiren yeni birtakım hukuki uyumsuzlukların ortaya çıkmasına yol açmıştır. Hâliyle, hukukun klasik kalıplarıyla kavranması güçleşen bu yeni uyumsuzluk konularının incelenmesine odaklanan yeni hukuk disiplinlerinin gündeme gelmesi kaçınılmaz olmuştur. Buna koşut olarak, günümüzde, bazı yeni “ihtisas (uzmanlık) mahkemeleri” kurulmasının gerekliliği de sıklıkla dile getirilmiştir.

Gerçekten, çevre, imar, enerji, maden, telekomünikasyon, bilişim, rekabet, finans, sağlık, göç ve iltica gibi aktüel ve spesifik konular için ayrı birer “ihtisas mahkemesi” kurulması ihtiyacı, özellikle son yıllarda, gerek dünyada gerek ülkemizde ciddi bir tartışma gündemi oluşturmuştur.¹ Bilhassa giderek derinleşen “küresel iklim değişikliği” krizi bağlamında çevre, imar ve enerji konularına ilişkin sorunların çeşitlenerek artması, bu alanlarda ortaya çıkan ve çoğu kez “sınır aşan” / “evrensel” nitelik taşıyan karmaşık ve çok boyutlu uyumsuzlukların “*adil, hızlı ve ucuz*” biçimde çözülmesinin önemini daha da hissedilir kıldığı için; hukuk

¹ Örneğin bkz. George (Rock) PRING / Catherine (Kitty) PRING, *Environmental Courts & Tribunals: A Guide for Policy Makers*, UN Environment, Kenya, 2016; Alex L. WANG / Jie GAO, “Environmental Courts and the Development of Environmental Public Interest Litigation in China”, *Journal of Court Innovation*, 2010, 3/1, p. 37-50; Aju PUTRIJANTI, “The Urgency of Environment Special Court to Enforce Environment Law”, *ICENIS 2021*, p. 1-10; Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi (CCJE), *15 No.lu Görüş: Hâkimlerin Uzmanlaşması*, Avrupa Konseyi Yay., Paris, 2012; *Şehircilik Şûrası Komisyon Raporları*, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Yay., Ankara, 2017, s. 83, 111, 141, 181; Mehmet Mete BAŞBUĞ, *Rekabet Hukuku Yargılamalarına Yeni Bir Model: İhtisas Mahkemeleri*, Rekabet Kurumu Yay., Ankara, 2015; Ahmet Fatih ÖZKAN, “Türkiye’de Rekabet Mahkemelerinin Kurulması Çok mu Uzak Bir İhtimal?”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 2017/132, s. 231-286; K. Burak ÖZTÜRK, “Fransa ve Türkiye’de Uluslararası Koruma Statüsü Değerlendirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2019/3, s. 95-117; Süha TANRIVER, “Madencilik Alanında Bir İhtisas Mahkemesinin Oluşturulmasına Gerek Olup Olmadığı Üzerine Bazı Düşünceler”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2010/4, s. 199-207.

kamuoyu, hassaten mezkûr alanlara özgü ihtisas mahkemelerinin ihdası gereksinimi üzerinde durmuştur.

Bu bağlamda, bazı ülkelerde genel olarak “çevre”ye ilişkin uyuşmazlıkları çözmekle görevli ihtisas mahkemeleri kurulduğu, bazı ülkelerde ise ulusal yargı örgütleri içerisinde bu tür mahkemelerin kurulmasına yönelik hukuki çalışmalar/tartışmalar yürütüldüğü görülmüştür. Dahası, çevre sorunlarının önemine ve genel etkisine binaen, bu alanda “uluslararası” düzeyde bir “ihtisas mahkemesi” olarak, “uluslararası çevre mahkemesi” kurulması gerekliliğinin dahi ileri sürüldüğü müşahade edilmiştir. Dünyadaki bu gelişmeler ve karşılaştırmalı hukuktaki tartışmalar, elbette ülkemize de yansımıştır.

Nitekim Türk hukuk öğretisinin, “çevre”ye ilişkin uyuşmazlıklar konusunda ihtisas mahkemeleri ihdas edilmesinin gerekli olup olmadığı meselesine yönelik çeşitli görüşler serdettiği gözlemlenmiştir. İlaveten, bu hususun en mühim pozitif temelini ise, 2019 ila 2023 yıllarını kapsayan “On Birinci Kalkınma Planı”nda² ortaya konulduğu görülmüştür. Öyle ki, yürürlükteki mezkûr Kalkınma Planı’nın “hedefleri ve politikaları” içerisinde; “Çevre, imar ve enerji gibi alanlarda ihtisas mahkemeleri kurulacaktır.” (318.1) ve “İhtisas gerektiren çevre, imar ve enerji gibi alanlarda özel mahkemeler kurulacaktır.” (760) şeklinde düzenlemelere yer verilmiştir.

Keza, 30/05/2019 tarihinde kamuoyuna duyurulan ve 2019 ila 2023 yıllarını kapsayan “Yargı Reformu Strateji Belgesi”nin, “performans ve verimliliğin artırılması” başlıklı “amacı” için belirlenen “(i)htisas mahkemelerine ve uzmanlaşmaya yönelik uygulamalar(ın) artırıl(acağı)”na yönelik “hedef”i içerisinde; “İhtisas gerektiren çevre, imar ve enerji gibi alanlarda özel mahkemeler kurulacaktır.” (4.3.b) ve “Bazı ihtisas mahkemelerinde görev yapan hâkimlerin bu mahkemelerde görev almadan önce ya da gerektiğinde görevleri süresince eğitim almaları sağlanacaktır.” (4.3.d) şeklindeki faaliyetlerin gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Buna koşut olarak, 05/10/2020 tarihinde kamuoyuna duyurulan “Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı”nda; söz konusu faaliyetlerden ilkinin (4.3.b) 2022 yılında, ikincisinin (4.3.d) ise 2023 yılında tamamlanacağı ifade edilmiştir.

Anılan plan ve belgelerden anlaşılan odur ki; “çevre, imar ve enerji” gibi ihtisas gerektiren alanlarda “özel mahkemeler”, yani “ihtisas mahkemeleri” kurulması yönünde bir politika benimsenmiş ve bu politikanın yakın bir zaman dilimi içerisinde yaşama geçirilmesi hedeflenmiştir. Aktarılan düzenlemelerde “gibi” edatının kullanılmış olması, yargıda “ihtisaslaşma”nın salt bu alanlarla sınırlı olmayacağını tasavvur edildiğini göstermekle birlikte; düzenlemelerdeki ifade biçimi, örnek kabîlinden zikredilen “çevre, imar ve enerji” alanlarının, “ihtisaslaşma” açısından öncelikli olduğu izlenimini de uyandırmıştır. Öte yandan, zikredilen üç alan esasen birbiriyle ilintili olduğundan, ilk etapta kurulması planlanan “ihtisas mahkemeleri”nin görevinin, bu üç alana ilişkin uyuşmazlıkların tümünü kapsayıp kapsamayacağı hususunda tereddüt doğmuştur. Şu da var ki, özellikle “çevre” ve “imar”

² Bkz. RG: T. 23/07/2019, S. 30840-Mükerrer.

alanları/konuları/sorunları, birbiriyle yakinen ilişkili olup çoğu kez tedahül ettiğinden, “ihtisaslaşma” meselesi bakımından birlikte değerlendirilmeye müsaittir.

İşte bu çalışmada (bildiride), belirtilen bütüncül yaklaşımdan hareketle, “çevre” ve “imar” alanları, “ihtisaslaşma” gereksinimi yönünden benzer öncüller ve argümanlar çerçevesinde bir arada ele alınarak incelenmekte; bu bağlamda, çevre ve imar mahkemelerinin kurulmasına hukuken gerek ve imkân olup olmadığı meselesi, karşılaştırmalı hukukun verilerinden de yararlanmak suretiyle tartışmaya açılmaktadır. Karşılaştırmalı perspektiften yürütülen işbu tartışmada; ihtisaslaşma gereksiniminin temelinde yer alan, çevre ve imar konularındaki işlem ve faaliyetlerin “hukuki rejimi”nin özel niteliğinden ve özgün karakterinden yola çıkılmakta ve “etkili yargısal denetim” arayışı zımında bu alanlara özgü olarak kurulması planlanan ihtisas mahkemeleri bakımından karşılaşılabilecek sorunlar, “yargı kolu” ve “görev” ile “hâkimler” ve “diğer görevliler” gibi “yargı örgütü”ne ilişkin boyutları itibariyle irdelenmektedir.

Bu bağlamda, çalışmada ilkin, yukarıda değinilen plan ve belgelerin hukuki mahiyetlerinden hareketle, anılan alanlarda “ihtisas mahkemeleri” kurulması yönündeki iradenin salt bir “temenni”den ibaret olmadığı ortaya konulduktan sonra; anılan alanlara özgü “ihtisas mahkemeleri”nin kurulmasına gerçekten gerek olup olmadığı, muhtemel soru(n)lar ekseninde tartışılmaktadır. Bu minvalde, öncelikle, Çevre Hukuku ve İmar Hukuku kapsamındaki işlemlerin/eylemlerin/faaliyetlerin kendine has nitelikleri ve “*metajüridik*” boyutları belirginleştirilmek suretiyle, “ihtisaslaşma” gereksiniminin altyapısı sorgulanmaktadır. Mezkûr konuların, teknik ve özellikli yanlarından ötürü özel bir “ihtisas” gerektirdiğine kanaat getirmenin mümkün olduğu saptandıktan sonra ise; bu gereksinimin mutlak surette “ihtisas mahkemeleri” biçiminde örgütlenmeyi de gerekli kılıp kılmadığı ve bu tür bir örgütlenmeye gidilmesi tercih edildiği takdirde, anılan mahkemelerin hukuksal kurgusunun nasıl gerçekleştirilebileceği hususları, ülkemizde benimsenen “yargı ayrılığı sistemi” çerçevesinde analiz edilmektedir.

Bu açıdan öncelikli sorun; “idari rejim”i benimseyen ülkemizde, “çevre” ve “imar” alanlarında kurulması planlanan “ihtisas mahkemeleri”nin, hangi yargı kolu/düzeni bünyesinde örgütlenmesi gerektiğidir. Esasen bu sorun, bahse konu mahkemelerin hangi tür uyuşmazlıklara bakacağıının belirlenmesiyle ilgilidir. Açıkçası, bu alanlardaki pek çok işlem/eylem/faaliyet, esasen “idarilik” vasfı taşımakta ve İdare Hukukunun tatbik sahasına girmektedir de, istisnaen Kamu Hukukunun diğer dallarına, hatta Özel Hukuk kapsamına da dâhil olabilmekte; dolayısıyla, bu alanlardaki uyuşmazlıklar temelde “idari yargı”, istisnaen de “adli yargı” kolunun görev alanında kalmaktadır. Bu durumda, söz konusu ihtisas mahkemelerinin hangi yargı kolu içerisinde konumlanacağı ya da yeni bir yargı kolu olarak mı örgütleneceği meselesi karşımıza çıkmaktadır.

Konuyla ilgili çeşitli ülke örnekleri incelendiğinde, farklı yaklaşımlar benimsendiği görülmekte; karşılaştırmalı hukukta rastlanan modellerin bir kısmının, ülkemiz açısından Anayasa değişikliği yapılmasını gerektirdiği anlaşılmaktadır. Anayasa değişikliği yapılmaksızın bu tür ihtisas mahkemelerinin kurulması bakımından ise; kanun koyucunun,

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

anılan mahkemelerin görev alanını, idari yargının görev alanıyla ilgili Anayasa Mahkemesi içtihadını³ göz önünde tutarak belirlemesi gerektiği açıktır. Diğer yandan, belirtilen dalların “multidisipliner”/“interdisipliner” nitelikleri gereği, ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü için hukuk dışındaki alanlarla işbirliği ihtiyacı gözetildiğinde, bu tür ihtisas mahkemelerinde görev yapacak hâkimlerin yanı sıra, diğer uzman personelin belirlenmesi de bir başka tartışma konusu olmaktadır. Bu açıdan, karşılaştırmalı hukukta benimsenen muhtelif modeller, ülkemizde “adli yargı” teşkilatındaki “aile mahkemeleri” örneği⁴ ve “iş mahkemeleri”nin oluşumuna ilişkin eski tarihli bir Anayasa Mahkemesi kararı⁵ ile birlikte dikkate alındığında; kurulması planlanan ihtisas mahkemelerinde, mezkûr alanlarda uzmanlaşmış “meslekten hâkimler”in yanı sıra -karar yetkisi bulunmayan- “teknik müşavirler”e de yer verilebileceği söylenebilir.

Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, yasa değişikliği gerektiren bu olasılıklara nazaran daha gerçekçi bir öneri; Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) tarafından bir “işbölümü kararı” alınmak suretiyle, idare mahkemelerinden bir kısmının, Çevre Hukuku ve İmar Hukukundan doğan idari uyuşmazlıklar için “ihtisas dairesi” olarak belirlenmesidir. Hâlihazırda pozitif dayanağı⁶ ve pratik örnekleri⁷ bulunan bu yöntemin (HSK’nın alacağı bir kararla belirleyeceği “iş bölümü” esasına dayanan “ihtisas dairesi” modelinin), etkili bir yargısal denetim gerçekleştirilmesine katkı sağlayacağını söylemek mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Çevre Mahkemeleri, İmar Mahkemeleri, İhtisas (Uzmanlık) Mahkemeleri, İdari Rejim, Etkili Yargısal Denetim.

³ Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin içtihadı yaklaşımı için bkz. Serdar YILMAZ, “İdari Yargının Görev Alanının Daraltılmasına Yönelik Yeni Bir Girişim Olarak ‘İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi’ Üzerine Bir Değerlendirme -Ölüm ve Cismani Zararlardan Doğan Tüm Tazminat Davaları Adli Yargı Bünyesinde Kurulan Bir İhtisas Mahkemesinin Görev Alanına Bırakılabilir mi?-", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2015/3, s. 113-181.

⁴ Bkz. 09/01/2003 tarih ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun (RG: T. 18/01/2003, S. 24997) m. 5.

⁵ Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 13/04/1971 tarih ve E. 1970/63, K. 1971/38 sayılı kararı (RG: T. 16/11/1971, S. 14077).

⁶ 06/01/1982 tarih ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun (RG: T. 20/01/1982, S. 17580) m. 2/4 uyarınca; “Aynı yargı çevresinde birden fazla idare veya vergi mahkemesinin faaliyet gösterdiği hâllerde, özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, *ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak, mahkemeler arasındaki iş bölümü Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenebilir. Bu kararlar Resmî Gazete’de yayımlanır. Mahkemeler, tevzi edilen davalara bakmak zorundadır.*”

⁷ Bkz. HSK’nın, 21/01/2014 tarih ve 160 sayılı kararı [04/04/2013 tarih ve 6458 sayılı *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu* (RG: T. 11/04/2013, S. 28615) m. 101 uyarınca açılacak davalara, birden fazla idare mahkemesi bulunan yerlerde 1 numaralı idare mahkemesince bakılacağı hk.]; HSK’nın, 28/11/2017 tarih ve 1652 sayılı kararı ile 10/07/2019 tarih ve 787 sayılı kararı [02/01/2017 tarih ve 685 sayılı *Olağanüstü Hâl İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*’nin (RG: T. 23/01/2017, S. 29957) 11. maddesi uyarınca Komisyon tarafından verilen kararlara karşı açılan davaların, Ankara 19, 20, 21, 22 ve 24. idare mahkemelerinde görüleceği hk.]. Bkz. Metin GÜNDAY, *İdari Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi Yay., Ankara, 2022, s. 100, dn. 145.

KAMU ALIMLARINDA CEHENNEME GİDEN YOLDAKİ İYİ NİYET TAŞLARI “İSTİSNALAR”

Ar. Gör. Gencer Karabekir KARAGENÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı
ORCID: 0000-0002-9465-507X

ÖZET

İdare, piyasadaki bir firmadan farklı amaçlarla mal ve hizmet üretimlerini gerçekleştirerek kamu hizmetlerini yerine getirir. Piyasadaki firmalar, karı maksimize etme saikiyle hareket ederken, idare söz konusu olduğunda amaç her zaman için değişmez bir niteliğe sahip olan kamu yararadır. Bu farklılıktan kaynaklı, idare kamu hizmetlerini yerine getirirken özel kişilerin uymak zorunda olmadığı, riayet etmesi gerekmeyen, farklı kurallar eşliğinde vazifelerini ifa eder.

Bahsi geçen temel ilkenin doğrudan uygulama alanı bulduğu hizmetlerin başında kamu alımları yer almaktadır. Kamu alımı ifadesi ile, idari teşkilatın içinde yer alan kamu kuruluşlarının, hizmetleri için gereksinim duydukları her türlü mal ve hizmetleri satın almaları kastedilmektedir.

İdare kamu alımlarını, kamu harcaması yaparak gerçekleştirmektedir. Ülkemizde kamu harcamasına yönelik; alım, bayındırlık hizmetleri, kiralama gibi konularda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, kamuya gelir sağlanmasına yönelik; satım, kiraya verme gibi konularda ise 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kullanılmaktadır.

Bu sunumun ana unsurlarından birini oluşturan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4.1.2002 tarihinde kabul edilerek, 22.1.2002 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış ve 1.1.2003 tarihi itibarıyla de yürürlüğe girmiştir. Kanunun 1. Maddesinde belirtildiği üzere düzenleme, “kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek” amacıyla ihdas edilmiştir. Bunun yanında kamu harcamalarının daha verimli ve etkili bir şekilde yapılabilmesini sağlayarak; kamu kaynaklarının israfını minimize etmeyi, hesap verilebilirlik, fırsat eşitliği, sosyal ve çevresel faydalar, sürdürülebilirlik, piyasaların uluslararası rekabete açılması gibi başlıkları da hedeflemektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa getirilen en büyük eleştirilerin başında, kabul edildiği tarihten günümüze kadar birçok değişikliğe uğraması gelmektedir. Herhangi bir kamu hizmetini regüle eden bir düzenleyici işlemin, süreç içerisinde değişime uğraması olağan olarak kabul edilir. Ancak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu maddelerindeki değişim, niceliksel ve niteliksel açıdan günlük hayatın standart akışına uymayan bir mahiyettedir.

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

4734 sayılı Kamu İhale Kanununda muhtelif sebeplerle 63 değişiklik yapılmış olup, değişiklik yapılan madde sayısı 192’yi bulmuştur. Geçici maddeler hariç kanundaki toplam madde sayısının 70 olduğu gözönünde bulundurulduğunda, değişimin büyüklüğü daha da iyi ortaya çıkmaktadır. Kanunda değişiklik yapılan konuların başında ise “İstisnalar” başlıklı 3. Madde gelmektedir. Kanunun ilk halinde sadece 6 başlıktaki istisnalar ile başlayan bu süreç günümüzde 25 fıkra ve bir ek bende kadar ulaşmıştır. Bugün itibariyle yaklaşık 60’ın üzerinde konuda istisna hükümleri uygulanmaktadır.

İstisnalar; tarım, hayvancılık, savunma, güvenlik, istihbarat, devlet güvenliği, dış finansman projeleri, danışmanlık hizmetleri, kredi derecelendirme hizmetleri, banknot ve kıymetli evrak üretimi, hava taşımacılığı, akaryakıt, nakil vasıtaları, teknoloji, ticari faaliyetler, araştırma-geliştirme faaliyetleri, ceza infaz kurumları, et ürünleri, çay ürünleri, monoblok tekerlek takımları, tutukevleri, işyurtları, huzurevleri, yetiştirme yurtları, eğitim kurumları, yük, yolcu, liman hizmetleri, enstitü - üretme istasyonları, teşhis - tedavi hizmetleri, ilaç - tıbbi mal alımları, gıda ürünleri, ulaşım hizmetleri, sağlık alımları, kültürel - tabiat varlıklarını koruma, onarım - restorasyon projeleri, acil müdahale alımları, taşınır - taşınmaz kültür varlıklarının rölöve, restorasyon, restitüsyon, konservasyon projeleri, kazı çalışmaları, acil müdahale plânlarının hazırlanması, depozito yönetim sistemleri, tanıkların korunması, doğalgaz, erbaş - erler ile askerî malzemelerin hava yoluyla taşınması, program, haber, yapım - yayınlarla ilgili olarak mal - hizmet alımları, uluslararası mükellefiyetlerden doğan veya ulusal amaçlı; savunma, güvenlik, insani yardım gibi durumlarda ortaya çıkabilecek acil ihtiyaçların, süratli ve etkin bir biçimde temini amacıyla yapılan alımlar, enerji, yakıt işleri, elektrik enerjisi alımları, sokak sağlıklaştırma, çevre düzenleme projeleri, koruma tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin alımlar, uluslararası gençlik faaliyetleri ile ulusal - uluslararası sportif faaliyetlerine ilişkin alımlar, sınav faaliyetlerinin yürütülmesine yönelik alımlar, doğalgaz, kömür alımları, yenilik, yerleşme, teknoloji transferini sağlamaya yönelik alımlar, akreditasyon hizmetlerine ilişkin olarak yapılacak alımlar, çeşitli eğitim alımları, Türkiye’nin tanıtımına yönelik alımlar, ülkedeki yatırımların yahut finans kaynaklarının artırılması, dijital dönüşüm - teknolojik gelişimin sağlanması amacıyla yapılacak alımlar, saha, fizibilite çalışmaları ile ilgili etüt, hizmet ve danışmanlık hizmeti alımları, radyoaktif atık yönetimi gibi çok geniş bir yelpazede tezahür eden bir mahiyettedir.

İstisnalar kapsamındaki kamu alımları önemli bir mali büyüklük teşkil etmektedir. Kamu İhale Kurumu tarafından yayınlanan Kamu Alımları İzleme Raporuna göre; 2021 yılında, 287.479.499.000 TL değerinde, 86.711 ihale gerçekleştirilmiştir. Bu ihalelerden 11048 tanesi istisna kapsamında gerçekleştirilmiştir. Bu rakam gerçekleştirilen kamu alımlarının %14,34’ine tekabül etmektedir. Parasal büyüklük olarak ise istisnaların değeri 33.076.660.000 Türk Lirasını bulmuştur. Bu miktar parasal olarak tüm kamu alımlarının %11’ine denk gelmektedir.

Bu analiz karşılaştırmalı hukuk bağlamında bir değerlendirme yapmayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda kamu alımlarına ilişkin dünyada model olarak kullanılan çeşitli uluslararası düzenleyici işlemler esas alınmıştır. Kamu alımlarını formüle eden uluslararası metinlerin başında; UNCITRAL Model Kanunu, Avrupa Birliğinin 2014/24/AB, 2014/25/AB, 2014/23/AB, 2009/81/AB sayılı İhale Direktifleri ve Devlet Tedarik Anlaşması(GPA) gibi

düzenlemeler yer almaktadır. Bahsi geçen uluslararası düzenlemelerin bir kısmında belli konulara ilişkin tahdidi olarak sayılmış istisna hükümlerine yer verildiği görülmektedir. Uluslararası düzenlemelerdeki istisna hükümlerinin; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunundaki istisna hükümleri ile karşılaştırılarak, tahlil edilmesi, kamu alımlarında ideal bir formülasyon için oldukça büyük bir önem arz etmektedir.

Bu çalışma 4734 sayılı Kamu İhale Kanununu merkezine alarak, kamu alımlarındaki istisna konularını düzenleyen hükümleri incelemektedir. Bu bağlamda öncelikle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunundaki istisna konularının tarihsel değişim süreci analiz edilmiştir. İstisna hükümlerindeki konu ve sektör bazlı artışların nedenleri, tarihsel yorum yöntemi kullanılarak değerlendirilmiştir. İstisna hükümlerindeki değişimin, kamu alımlarını regüle eden uluslararası metinlerde bulunan düzenlemeler ile karşılaştırması yapılarak, geleceğe yönelik çeşitli çözüm önerileri sıralanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Alımları, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, UNCITRAL Model Kanunu, Avrupa Birliği İhale Direktifleri, İstisnalar.

**DİSİPLİN HUKUKUNDA KANUNİLİK İLKESİ
ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME
-ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 8/9/2022 TARİHLİ
İPTAL KARARININ HATIRLATTIKLARI-**

**Dr. Öğr. Üyesi
Melike Özge ÇEBİ BUĞDAYCI**

Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi
Güvenlik Bilimleri Fakültesi İdare Hukuku
ORCID: 0000-0002-7011-5319

Ar. Gör. Feride AÇIKALIN

Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi
Güvenlik Bilimleri Fakültesi Ceza ve Ceza
Muhakemesi Hukuku
ORCID: 0000-0002-7426-7467

ÖZET

Disiplin hukukunda ceza hukukuna ilişkin ilkeler uygulanmakla birlikte, özellikle kanunilik ilkesi anlamında önemli bir yorum farkı göze çarpar. Ceza hukukunun temel ilkelerinden suç ve cezaların kanuniliği ilkesi uyarınca, suç ve ceza teşkil eden fiillerin herhangi bir istisnaya yer vermeyecek biçimde kanunda açık ve kesin biçimde düzenlenmesi gerekir. Oysa disiplin hukukunda kanunilik ilkesi üzerine farklı değerlendirmeler yapılagelmiştir. Disiplin cezalarında kanunilik ilkesi konusunda ceza hukuku ile örtüşme yaşanmaktaysa da, disiplin suçları bakımından tartışmalar yoğunlaşmaktadır. Bir yanda disiplin suçları bakımından da kanunilik ilkesinin uygulanmasının gerektiği ileri sürülürken, diğer yanda disiplin suçlarının her birinin önceden belirlenebilir olamayacağı, bu nedenle bunların tespiti konusunda idareye bir hareket imkânı tanımak gerektiği savunulmaktadır.

Disiplin suç ve cezaları bakımından yaşanan bu tartışmanın bir başka boyutunu ise, kanunla idareye disiplin suç ve cezaları konusunda yönetmelikle düzenleme yapma yetkisi verilmesi oluşturmaktadır. Ceza hukukunda belirli bir kanuna atıfta bulunmak suretiyle soyut olarak bu kanuna aykırı davranışların yaptırıma bağlanması dahi kanunilik ilkesi ile uyuşmazken¹, kişi hak ve hürriyetlerini doğrudan ilgilendiren disiplin suç ve cezaları konusunda kanunlarla genel ve sınırları belirsiz bir çerçeve çizilerek, meselenin detaylı düzenlemesi konusunda yetkinin idareye bırakıldığı görülmektedir. İdareye yönetmelikle disiplin hukuku alanında belirleme yapma yetkisi tanınması kanaatimizce disiplin hukukunun en sıkıntılı konularından birini oluşturmaktadır. Zira uygulamada, temel hak ve özgürlükleri doğrudan ilgilendiren disiplin suç ve cezalarının, kanuni dayanak eksikliğine rağmen idarece yönetmelikle düzenlendiği pek çok örnek mevcuttur. İdarenin türevsel bir yetki olarak düzenleyici işlem yapma yetkisi elbette bulunmaktadır. Ancak bu yetki idareye sınırları kanunla net olarak belirlenmeyen bir alanda düzenleme yapmak yetkisi bahsetmemektedir. İdarenin kanunla net olarak çizilmeyen sınırları dayanak alan düzenleyici işlemleri ile disiplin suç veya cezası ihdas etmesi, kanunilik ilkesinin çok ciddi bir biçimde anlam erozyonuna uğradığı

¹ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020, s. 132.

sonucuna bizi götürmekte ve bu durum temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanabileceğini öngören Anayasa'nın 13. maddesi bakımından da önemli bir sorun teşkil etmektedir.

Yükseköğretim öğrencilerinin disiplin işlemleri konusu da pek çok kez bu tartışmaların odağında olmuştur. 2547 sayılı Kanun'un öğrencilerin disiplin işlemleri konusundaki düzenlemeleri Anayasa Mahkemesi nezdinde pek çok kez tartışılmıştır. Yüksek Mahkeme önceleri, öğrencilerin disiplin işlemlerinin yönetmelikle düzenlenmiş olmasının, Anayasa'nın 38. maddesi bağlamında suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olmadığını kabul etmiştir. Buna karşın nihayet 20 Eylül 2022 tarihli Resmi Gazete' de yayımlanan, E. 2022/54, K. 99 sayılı kararı ile Yüksek Mahkeme, yükseköğretim öğrencilerinin disiplin işlemlerinin yönetmelikle düzenlenmesi ve disiplin işlemlerinde kanunilik ilkesine dair önemli tespitlerde bulunmuştur.

İdare mahkemesi tarafından itiraza konu edilen 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun öğrenci disiplin işlerinin düzenlendiği m. 54/a hükmü² ile öğrencilerin disiplin işlemlerinin Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenleneceğine ilişkin 65/a-(9) hükmünün³ Anayasa'ya uygunluk denetimini yapan Yüksek Mahkeme şu sonuçlara ulaşmıştır:

- Disiplin cezası gerektiren eylemlerin soyut bir biçimde ifade edilmesi, hangi eylemlere hangi disiplin cezalarının uygulanacağını açık bir biçimde ifade edilmemesi, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği prensibine aykırıdır.

- Kanunun şeklen var olması tek başına yeterli olmayıp, kanunla öngörülen kuralın belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir olması da gerekir. “*Kanunun kalitesi*”ne vurgu yapan Yüksek Mahkeme, kanunun, idarenin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlemler içermesinin, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerini bağlamında zorunlu olduğunu vurgulamıştır. Suç ve cezalar arasında herhangi bir ilişkilendirme yapılmaksızın, hangi eyleme hangi disiplin cezası verileceğine ilişkin somut ve belirli bir ölçüt getirilmemiş olmasını kanunilik ilkesine aykırı bulmuştur.

- Öğrencilerin disiplin işlerinin Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğine ilişkin olarak ise Mahkeme, bir kanunla sınırları belirsiz bir alanda yürütmeye düzenleme yapma yetkisi tanınmasını Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre, disiplin suç ve cezaları özel hayata saygı, ifade özgürlüğü, eğitim hakkı gibi pek çok temel hak ve hürriyete yönelik sınırlama teşkil ettiğinden, disiplin suç ve cezaları arasındaki bağlantının kanunda yeterli açıklıkla belirlenmiş olması gerekir. Kanunla bu

² Öğrencilerin disiplin işleri: Madde 54 - Soruşturma, yetkiler ve cezalar:

“a. Yükseköğretim kurumları içinde veya dışında yükseköğretim öğrenciliği sıfatına, onur ve şerefine aykırı harekette bulunan, öğrenme ve öğretme hürriyetini, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kısıtlayan, kurumların sükün, huzur ve çalışma düzenini bozan, boykot, işgal ve engelleme gibi eylemlere katılan, bunları teşvik ve tahrik eden, yükseköğretim mensuplarının şeref ve haysiyetine veya şahıslarına tecavüz eden veya saygı dışı davranışlarda bulunan ve anarşik veya ideolojik olaylara katılan veya bu olayları tahrik ve teşvik eden öğrencilere; eylem başka bir suçu oluştursa bile ayrıca uyarma, kinama, bir haftadan bir aya kadar veya bir veya iki yarıyıl için kurumdan uzaklaştırma veya yükseköğretim kurumundan çıkarma cezaları verilir.”

³ Yönetmelikler: Madde 65-a: “Aşağıdaki hususlar Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir: ...

9) Öğretim elemanları, memur ve diğer personel ile öğrencilerin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri ve disiplin kurullarının teşkili ve çalışması ile ilgili hususlar, ...”

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

bağlantının yeterli açıklıkta belirtilmemiş olmasına rağmen, bu konuda düzenleme yapma yetkisinin idareye tanınmış olması Anayasa'ya aykırılık teşkil eder.

Yukarıda kısaca bahsedilen gerekçelerle Yüksek Mahkeme, 2547 sayılı Kanunun 54/a hükmü ile 65/a-(9) hükmünde yer alan “*ile öğrencilerin*”, “*disiplin işlemleri*” ve “*ile ilgili hususlar*” ibareleri yönünden iptal kararı vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu güncel kararı, şüphesiz disiplin hukuku konusunda önemli bazı hatırlatmalarda bulunmuştur. Mahkemenin disiplin hukuku konusunda kanunilik ilkesinin yorumuna ilişkin olarak yapmış olduğu söz konusu tespitlerin, Türk hukukunda disiplin işlemlerinin ekseriyetle yönetmelikle düzenlenmesi eğiliminden vazgeçilmesi ve kanunilik ilkesinde yaşanan erozyonun engellenmesi adına önemli olduğunu vurgulamak gerekir. Bu bildiri kapsamında da disiplin hukuku özelinde kanunilik ilkesinin yorumu, idarenin düzenleyici işlem yapma yetkisi kapsamında disiplin suç ve cezaları ihdası meselesi, hukukumuzdan somut örnekler ve Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda aktarılan güncel kararı ile birlikte değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kanunilik İlkesi, Disiplin Hukuku, Düzenleyici İşlem, Anayasa Mahkemesi.

DANIŞTAY İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KURULUNUN DAVA AÇMA SÜRESİNE İLİŞKİN VERDİĞİ 15.3.2022 TARİHLİ E. 2021/2, K. 2022/1 SAYILI KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Onur GÜRER

Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-2714-5299

ÖZET

Bu çalışmada Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun(DİBK) idari işlemde başvurulacak kanun yollarının, mercilerin ve sürelerin belirtilmemesi durumunda, özel dava açma süresi bulunan konularda genel dava açma süresinin dikkate alınacağına ilişkin içtihadı birleştirme kararı incelenecektir. Hak arama hürriyetinin kullanılmasının bir görünümü olan adil yargılanma hakkının daha etkin bir biçimde sağlanmasının yolları, incelemenin merkezinde duracaktır.

Anayasanın 40. maddesinin 2. fıkrasının “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır” hükmünün yürürlüğe girmesinden sonra, idari işlemde dava açma süresini belirtilmediği durumlarda, işlemin yargısal denetiminde davaların süresinde açılıp açılmadığı konusunda Danıştay daireleri ve kurulları tarafından üç farklı yorum yapılmaktaydı. Bunlardan ilkinde göre; özel dava açma süresinin söz konusu olduğu iptal davalarında, süresinde açılmayan davalar reddedilmekteydi. İkinci yoruma göre; özel dava açma süresinin geçirildiği, fakat genel dava açma süresinin(davanın niteliğine göre otuz veya altmış gün) geçirilmediği durumlarda davalar süre bakımından reddedilmemekte ve yargısal denetim yapılmaktaydı. Üçüncü yoruma göre ise genel dava açma süresinin geçirildiği durumlarda dahi, idarenin dava açma süresini belirtmediği işlemlerde sürenin işlemeye başlamadığından hareketle davalar kabul edilmekteydi.

DİBK; özel dava açma süresinin geçirildiği, fakat genel dava açma süresinin geçirilmediği durumlarda davaların kabul edilmesine ilişkin bahsettiğimiz ikinci yorum doğrultusunda içtihadın birleştirilmesine karar vermiştir. DİBK, İYUK’un 7. maddesinde düzenlenen genel dava açma süresinin 1982 yılından beri değişikliğe uğramadığı, bu düzenlemenin yeterli açıklıkta ve anlaşılabilir olduğu, idari yargıda uzun süredir uygulandığı ve bilindiği, özel dava açma sürelerinin mevzuatta fazla ve dağınık bir biçimde yer aldığı, bu sürelerin tespitinde karışıklık yaşanması gerekçelerine dayanmıştır. DİBK, dava açma süresinin idari işlemde belirtilmediği durumlarda, özel süre sonrasında, fakat genel süre içerisinde açılan davaların reddedildiği kararların, mahkemeye erişim hakkını zorlaştıran aşırı katı bir yoruma dayandığını belirtmiştir. DİBK, idari işlemde dava açma süresinin belirtilmediği durumlarda sürenin işlemeye başlamayacağı yönündeki kararlara da itibar etmemiş ve içtihatları bu yönde

birleştirmemiştir. DİBK kararında, sürelerin kamu düzeninden olduğu ve dava açmanın süresiz biçimde kişilerin takdirine bırakılamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca DİBK, süre bakımından sınırlandırılmamış dava açma hakkının; kamu hizmetinin işleyişini aksatacağı, idari istikrarın bozulmasına yol açacağı ve hukuki güvenlik ilkesini ihlâl edeceği gerekçelerine dayanmıştır. DİBK, genel dava açma süresinin söz konusu olduğu işlemlerde idarenin dava açma süresini belirtmediği durumlarda da işlemin tebliğinden itibaren sürelerin işlemeye başlayacağı ve bu süreler geçirildikten sonra açılan davaların reddedilmesi yönündeki kararlar doğrultusunda içtihadın birleştirilmesine karar vermiştir. Zımnî ret kararları bakımından ise DİBK, karar sayısına göre bir değerlendirme yapmıştır. Danıştay dairelerinin ve kurullarının çok az sayıda kararının sürelerin işlemeye başlamayacağı yönünde olması, kararların çok büyük bir çoğunluğunda sürelerin işlemeye başladığının kabulü nedeniyle bir içtihat farklılığın bulunmadığı tespit edilmiş ve içtihatların birleştirilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

İdari yargıda dava açma süresi adil yargılanma hakkıyla yakın ilişki içerisindedir. Devlet, yurttaşların dava açma hakkını önemli ölçüde kısıtlayacak düzenlemelerden kaçınmalıdır. Yasama perdesi teorisi çerçevesinde, kanunlarda somut bir düzenleme olmaması nedeniyle, Anayasanın 40. maddesinin 2. fıkrasının doğrudan uygulanamayacağı, bu konuda ancak idarenin sorumluluğuna gidilebileceği savunulabilir. Bu görüşe göre, İYUK ve diğer kanunlardaki özel-genel dava açma sürelerinin geçirilmesi durumunda açılan davalar reddedilecektir. Biz ilgili hükmün doğrudan uygulanabileceğini, dava açma süresinin belirtilmediği idari işlemin, Anayasanın 125. maddesinde düzenlenen yazılı bildirim şartlarını taşımadığını ve dava açma süresinin başlamayacağını düşünüyoruz. Bu iki yorumun aksine, DİBK'nin özel dava açma süresi öngörülen bir idari işlem hakkında, bu süre aşıldıktan sonra genel dava açma süresi içerisinde iptal davası açılabilmesi yönündeki içtihadı birleştirme kararının pozitif bir dayanağı bulunmamaktadır. Karara temel alınan genel dava açma süresinin uzun süredir uygulanması ve bilinir olması, özel dava açma süresinin farklı kanunlarda düzenlenmesi ve tespitinin karmaşık olması gerekçeleri tatmin edici olmaktan uzaktır. İdari yargıda özel dava açma süreleri, çeşitli kanunların yanında İYUK'ta da açık ve anlaşılır bir biçimde düzenlenmiştir. Bu süreler kısa sayılamayacak bir zamandır yürürlüktedir. Dolayısıyla özel ve genel dava açma sürelerinin kategorik bir ayrıma tâbi tutulması yerinde değildir. Benzer durumun söz konusu olduğu zımnî ret kararlarında da dava açma süresinin işlemeye başlamaması gerekir. Ancak çok istisnai durumlarda idarenin kendisine yapılan başvurulara cevap vermemesi kabul edilebilir. Fakat uygulamada idarenin, İYUK'un ilgili hükmünü neredeyse "başvurulara cevap vermeme hakkı" olarak yorumladığı ve oldukça az sayıda başvuruya cevap verdiği görülmektedir. Bu durumlarda yurttaşların hak arama hürriyeti kısıtlanmaktadır. DİBK bu konuda bir içtihadı birleştirme kararı vermediğinden, bu konuya sadece değinmekle yetiniyoruz.

DİBK'nin içtihadı birleştirme kararında adil yargılanma hakkını önemli biçimde daraltan bir yaklaşımı benimsememesi yerinde olmakla birlikte, işlemde dava açma süresinin belirtilmemesi durumunda sürenin başlamayacağını kabul etmesi gerekirdi. Sürelerin kamu düzeninden olması, idari istikrar, dava açma süresinin sınırsız veya uzun olmasının kamu hizmetini aksatacağı gibi gerekçelerin, idare hukuku doktrininin ve uygulamasının değişmesi

gereken ezberleri olduğunu düşünürüz. Öncelikle idarenin hukuka aykırı işlemlerinin geri alınması veya kaldırılması dava açma süresinin geçirilmesinden sonra da mümkündür. İdarenin bu yönde karar alması, hukuk devleti ilkesinin gereği olan bir yükümlülüktür. Dava açma süresinin uzun olmasının, idari işlemin üzerinde sürekli iptal tehdidi yaratarak idari istikrarı bozacağı düşüncesi de değişmesi gereken bir başka ön kabuldür. İdareye yapılan başvurular ve itirazlar dava açma süresini uzatmaktadır. Düzenleyici işlem hükümlerinin yürürlüğe girmelerinden uzun yıllar sonra iptal edilmeleri mümkündür. Benzer biçimde, tam yargı davalarındaki bir ve beş yıllık süreler de iptal davasına oranla oldukça uzundur. İdari işlemin iptali için öngörülen dava açma süresinin uzun olması veya kimi durumlarda işlemeye başlamaması idareyi zor bir duruma sokmayacaktır. Ayrıca idari işlemde başvurulacak kanun yollarının, mercilerin ve sürelerin belirtilmesi, sürenin başlamasının önündeki engeli ortadan kaldıracaktır. İşleme böyle bir kaydın eklenmesi idare için zor olmasa gerektir. İdari işlemde dava açma süresinin belirtilmemesi, işlemin şekil yönünden iptalini gerektirmez. Bu durum, dava açma süresinin başlamasını engelleyen bir husustur. Ön inceleme aşamasında; ehliyeti bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin dava açması, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülebilir işlemin bulunmaması gibi durumlarda iptal talebi reddedileceği gibi, davanın esas bakımından da reddedilmesi mümkündür. Bunun yanında iptal davalarının görülebilmesi için, menfaat ihlâlinin güncel olması şartı aranmaktadır. Dolayısıyla işlem üzerinden uzun yıllar geçtikten sonra açılan iptal davalarının çok önemli bir bölümü, menfaatin güncel olmaması gerekçesiyle reddedilecektir. Dolayısıyla idari işlem, uzun yıllar boyunca iptal tehdidi altında kalmayacaktır.

Tüm bu değerlendirmeler doğrultusunda, hak arama hürriyetinin daha etkin bir biçimde kullanılabilmesi için, Anayasanın 11. maddesinde düzenlenen Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi esas alınarak; başvurulacak kanun yollarının, mercilerin ve sürelerin belirtilmediği işlemlerde dava açma süresinin başlamayacağı yönündeki Danıştay daire ve kurullarının kararları doğrultusunda içtihadın birleştirilmesi gerekirdi.

Anahtar Kelimeler: Hak Arama Hürriyeti, Adil Yargılanma Hakkı, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, İdari Yargıda Özel ve Genel Dava Açma Süreleri, Yazılı Bildirim.

İDARİ TAKDİRİN SINIRLANDIRILMASINDA ANAYASALLIK DENETİMİ VE İDARİ USULÜN İŞLEVİ VE İDARİ YARGI DENETİMİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Ar. Gör. Dr. Züleyha KESKİN

Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Hukuk Bilimleri-İdare Hukuku Bilim Dalı

ORCID: 0000-0002-4154-3058

ÖZET

Takdire bağlı yetkiler, idare için kaçınılmazdır ve çoğunlukla geniştir. Ancak bu, idarenin tüm sınırlamalardan bağımsız ve sınırsız ve gereksiz takdir yetkisinin olduğu anlamına gelmez. İdari takdir yetkisinin keyfi kullanımını engellemek için bu yetkinin sınırlı olması gerekliliği, doktrinin ve yargısal içtihatların üzerinde uzlaştığı bir konudur. Bu sebeple temel soru, takdir yetkisinin gerekli olup olmadığı değil, bu yetkinin nasıl denetlendiği ve sınırlandırıldığıdır. Nitekim idari yargı denetiminin sınırlarının belirlenmesi, idari takdirin sınırları “problemine” bağlıdır. Bu probleme ilişkin tartışma çoğunlukla, “takdir” kavramına yüklenen çeşitli anlamlar üzerinden yürütülmektedir. Takdir yetkisine ilişkin kavramların her biri, aynı zamanda, yargı denetiminin sınırlarına ve yoğunluğuna gönderme yapar. İdarenin karar verme yetkisi ve yetkinliği; “takdir yetkisi”, “takdir marjı”, “değerlendirme marjı” ve “yerindelik” gibi kavramlarla farklı hukuki gerekçelere veya idari işlemin farklı unsurlarına dayandırılarak sınıflandırılmakta ve sınırlandırılmaktadır. Bu sınıflandırmalar etrafındaki tartışmaların temel kaygısı, hem bireysel haklara ve meşru menfaatlere idare tarafından ne oranda müdahale edilebileceğini hem de bu idari müdahalenin idari yargı tarafından ne kadar “yoğun” denetlenebileceğini öngörebilmektir. Yargısal denetim yoğunluğu, idari yargının denetim yaparken sahip olduğu yetkiler ile bu yetkilerin genişliği ve bu yetkileri kullanma kapasitesiyle ilgilidir.

İdare hukukunda yargısal denetime ilişkin tartışma, teorik olarak yasallık denetiminin bittiği yerde başlar. Yasa, idari işlemleri yönlendirecek standartlar içermediğinde ve kararı tamamen idarenin takdirine bıraktığında mahkemeler idari işlemleri, “iyi ve doğru” karara varma motivasyonu ile denetleyebilir. Yargısal denetimin yoğunluğunu belirleyen temel mekanizma, idari yargıdır. Ancak idari yargı dışındaki yasal ve yargısal mekanizmalar (idari usul ve anayasallık denetimi), yasal düzenlemeler ve idari işlemler için belli standartlar öngörerek yargısal denetimin yoğunluğunu daha öngörülebilir hale getirir. Dolayısıyla işlevleri göz önüne alındığında bu mekanizmalar, idari yargı denetimi dışında yargısal denetim yoğunluğunu belirleyen diğer referanslar olarak ele alınabilir. Nitekim anayasallık denetimi ve idari usul, idari takdiri sınırlayarak ve idari işlemin yapılış sürecini daha açık ve nesnel koşullara bağlayarak yargısal denetimin yoğunluğunu etkilemektedir.

Takdir yetkisinin yol açtığı en temel sorunlar, anayasa tarafından korunan temel hak ve özgürlüklerle ilgilidir. İdareye belirsiz ifadelerle verilen geniş takdir yetkisi, idarenin keyfi yorum yapmasına ve hakları kısıtlamasına olanak tanımaktadır. İdareye takdir yetkisi veren yasal düzenlemeler, somut ve soyut norm denetimi yoluyla sınırlandırılabilir. Anayasa Mahkemesi genellikle, idareye yasayla verilen geniş takdir yetkisini diğer gerekçelerle birlikte yasanın maddi niteliğine ilişkin olan açıklık, anlaşılabilirlik ve öngörülebilirlik ölçütleriyle denetlemektedir. Böyle bir denetim, hem idarenin takdir yetkisini hem de idari yargı denetiminin yoğunluğunu azaltabilir. Bununla birlikte, idari işleme dayanak oluşturan yasal düzenlemede ilgili koşulların mümkün olduğunca açık ve eksiksiz olarak tanımlanması, yargısal denetimin öngörülebilirliğini artırır.

İdari usul hem bireysel hak ve menfaatlerin korunması hem de kamu yararının gerçekleştirilmesi amacını takip etmekle yükümlü olan idarenin iyi işleyişine katkı sunan kural ve ilkelerden oluşur. İdari usulün bu ikili amacı aynı zamanda yargılama sürecinin de bir özelliğidir. Nitekim idari usul, idari işlemin yapılış süreci için yargısal usule benzer kural ve ilkeler öngörmektedir. İdari usul, bireysel hakları korumak için uygun bir araç olmakla birlikte, “iyi ve doğru” bir idari karar için gerekli olan argümanların bulunmasına etkin bir şekilde katkı sunarak yargı işlevini de etkilemektedir. Katılım usulleri ve işlemin esası için öngörülen eşit davranma ve ölçülülük gibi usul ilkelerine uyularak verilen kararların “iyi ve doğru” olduğu kabul edildiğinden, işlemin esası hakkında yoğun bir yargısal denetim yapmak da oldukça zorlaşır.

Bu çalışma, idari takdir yetkisinin idari usul ve belli anayasal koşulları sağlayan yasalarla sınırlandırılmasının yargısal denetim yoğunluğunu nasıl etkilediğini ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda, ilk olarak Türk idare hukukunda idari usule ilişkin düzenlemeler ve uygulamalar ele alınacaktır. İkinci olarak anayasa yargısının idari takdir yetkisi veren yasaları norm denetimi yoluyla nasıl denetlediği ve bu yasaların hukuka uygunluklarıyla ilgili anayasa yargısının genel tutumu değerlendirilecektir.

Türk idare hukuku açısından her iki mekanizmanın (idari usul ve anayasal norm denetimi), takdir yetkisinin sınırlandırılmasına ve yargısal denetime aynı şekilde ve aynı yönde etki ettiğini söylemek zordur. Birincisi, Türk idare hukukunda bütün idari işlemler için geçerli olan bir idari usul yasası yoktur. Usul güvenceleri bazı işlem türleri için özel yasalarda düzenlenmiş olmakla birlikte, Anayasanın bazı maddelerinde ve çeşitli yasalarda dağınık bir şekilde yer almaktadır. İdari usul ilkelerinin bazıları ise, yargısal kararlarla oluşturulmuştur. Ancak bu yöndeki yargısal kararlar tutarlı bir şekilde uygulanmamaktadır. Dolayısıyla idari usul kural ve ilkelerinin idarenin yargısal denetimi üzerindeki etkisi değişkendir. İkincisi, Anayasa Mahkemesi norm denetimi yaptığı kararlarda, özellikle son dönemlerde, hem idareye geniş takdir yetkisi veren yasaların anayasaya uygun olduğunu; hem de takdiri yetkiye dayanılarak yapılan idari işlemlerin idari yargıda kamu yararı ve hizmet gerekleri, ölçülülük ve eşitlik gibi ilkelerle sıkı bir denetime tabi tutulması gerektiğini belirtmektedir. Mahkeme bu yöndeki kararlarında geniş takdir yetkisinin keyfi kullanımının yol açtığı sonuçların idari yargı denetimiyle giderilebileceğini ifade etmiştir. Mahkeme, sınırlandırmaya ihtiyaç duymadığı

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

geniş takdir yetkisinin idari yargı tarafından anayasal ve içtihadî ölçütlerle denetleneceğini ifade ederek, aslında, “yoğun” bir idari yargı denetiminin anayasal açıdan sorun oluşturmadığını da kabul etmiş olmaktadır. Böylece geniş takdir yetkisinden kaynaklanan sorunların çözümü, idari yargının belirsiz tutumuna bırakılmıştır. Bu durumda “yoğun” ya da daha az “yoğun”, ancak her durumda daha az “öngörülebilir” bir idari yargı denetimi söz konusu olabilmektedir. Bu açıklamalar ışığında idari usul ve anayasallık denetiminin takdir yetkisini sınırlandırma işlevini yerine getirip getirmediğinin ve bunun idari yargı denetimini nasıl etkilediğinin ortaya konulması hedeflenmektedir.

Anahtar Kelimeler: İdarenin Yargısal Denetimi, Yargısal Denetimin Yoğunluğu, Takdir Yetkisinin Sınırlandırılması, İdari Usul, Anayasallık Denetimi.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA KADRO İHDASININ HANGİ ERKE İLİŞKİN OLDUĞU MESELESİ

Ar. Gör. Mehmet İNANÇ

Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-9033-9213

ÖZET

Anayasa Mahkemesi'nin muhtelif kararlarında “*kadro ihdası*” yetkisinin yasama erkine veya yürütme erkine ilişkin olup olmadığı meselelerinin tartışıldığı görülmektedir. Bu tartışmanın temel sebebi, kadro ihdasının yalnızca yasa ile mi yapılabileceğinin değerlendirilmesi ve bu değerlendirme sonucuna göre Anayasaya uygunluk denetiminin sürdürülmesidir. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında, kadro ihdasının hangi erke ilişkin olduğuna dair değerlendirmelerinde farklı sonuçlara ulaşılması söz konusudur. Bu sonuçlara ilişkin olarak, özellikle, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasaya uygunluk denetiminin yapıldığı esnada, kadro ihdasının niteliğinin çokça tartışıldığı ve Anayasa Mahkemesi üyelerinin bu hususta bir uzlaşmaya ulaşamadığı görülmüştür. Bu sebeple, çalışmamız ile kadro ihdasının niteliği, nedenleriyle hangi erke ilişkin olabileceği ve Anayasa Mahkemesinin değerlendirmelerindeki farklılıkların sebepleri üzerine tartışmaların geliştirilmesi amaçlanmakta, güncelliği devam eden soruna ilişkin bir değerlendirme yapılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin E. 1988/64, K. 1990/2 sayılı ve 1.2.1990 tarihli kararı ile Yükseköğretim Kurumu öğretim elemanlarına ilişkin kadrolar, bunlarla ilgili değişiklikler ve yeni kadro ihdası gibi konular, KHK yolu ile Bakanlar Kurulunun düzenleme yetkisine terk edilemeyecek, yalnızca yasa ile düzenlenebilecek konular arasında kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin E. 2002/32, K. 2003/100 sayılı ve 20.11.2003 tarihli kararında ise Anayasanın 128. maddesi gereğince, memurların görev ve sorumlulukları ile kadro ihdasının, mutlaka yasayla yapılması önemli bir güvencedir ve bu konuların yönetmelikle düzenlenmeye bırakılması Anayasaya aykırılık teşkil eder. Bu kararlardan çok daha farklı olarak, Anayasa Mahkemesinin E. 2018/119, K. 2020/25 sayılı ve 11.6.2020 tarihli kararına göre, iptali istenen kuralla genel olarak kadro ihdasının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle yapılabileceğinin öngörüldüğü anlaşılmış, kuralın “*yürütme yetkisine ilişkin konular*” içerisinde olduğu ve yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili bir düzenleme niteliği taşımadığı değerlendirilmiştir. Yine benzer bir karar olan Anayasa Mahkemesinin E. 2020/8, K. 2021/25 sayılı ve 31.03.2021 tarihli kararı ile kadro ihdas ve iptalinin kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat yapısına ilişkin olduğu, Bakanlık bünyesindeki kadroların iptalinin, ihdasının veya dağıtımının “*yürütme yetkisine ilişkin konular*” içerisinde yer aldığı kabul edilmektedir. Oysa, Anayasanın E. 2020/71, K. 2021/33 sayılı ve 29.4.2021 tarihli kararı ile Anayasa Mahkemesi, dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükmü ile öğretim üyesi kadrolarının

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

düzenlenmesiyle birlikte öğretim elemanlarının görev, yetki ve özlük haklarını etkilendiğini, bu çerçevede Anayasa'nın 130. maddesi bağlamında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konuda düzenleme yapılamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Daha sonra, E. 2021/91, K. 2021/106 sayılı ve 30.12.2021 tarihli kararı ile Anayasa Mahkemesi, dava konusu kuralın, “*kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat yapısına ilişkin olması ve Bakanlığın yurt dışı teşkilatına ilişkin*” kadroların ihdasını kurala bağlaması yönleriyle yürütme erkine ilişkin konulardan olduğuna kanaat getirmiştir.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda bahsi geçen kararlarının temel farkının Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi öncesinde, Anayasa Mahkemesince mutlak anlamda kanunla yapılacağı öngörülen kamu kurum ve kuruluşlarına ilişkin kadro ihdasının; Anayasa değişikliği sonrasında Anayasanın m. 104/17'e göre konu bakımından yetki anlamında yürütmeye ilişkin konulardan olduğu sonucuna ulaşmasından dolayı olduğunu söyleyebiliriz. Ancak, bu sonuca ulaşmak için, Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 106. maddesinin 11. fıkrasının “*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması*” konularının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenmesini gerektiren hükmünden yola çıkmaktadır. Çünkü, bir kuruluşun teşkili ile o kuruluştaki yapılacak kadro ihdası gibi kadro ile ilgili düzenlemelerin sıkı bir ilişki içerisinde olması nedeniyle, Bakanlıkların kuruluşlarıyla ilgili Anayasa ile verilen yetkinin, kadro ihdasını da içerdiği kabul edilmektedir. Bu yorumun aksinin kabulü halinde, Anayasanın m. 106/11 hükmünün bir yönüyle etkisiz kalabileceği, oysaki, Anayasa hükmünün amacının bu olmadığı düşünülebilir. Ancak, bu değerlendirmenin pozitif yönünden daha çok normatif bir yönü olduğunu da düşünmek mümkündür. Zira, burada, Bakanlık kuruluşunun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle gerçekleştirildiğini öngörerek ve kadro ihdas yetkisini de kuruluşa içkin görerek, bu yetki sebebiyle kadro ihdasının yürütmeye ilişkin olduğunu söylemek; çalışmanın başında ifade ettiğimiz üzere, kadro ihdas yetkisinin hangi erke ait olduğunu belirleyerek ve buna göre bu erkin hangi araçla (Kanun, KHK, CBK, Yönetmelik vb.) kullanılabileceğinin tespitinin Anayasaya uygunluk denetiminde dikkate alınması gereğine aksi bir yaklaşım olacaktır. Öte yandan, kadro ihdasının “*bütçe hakkı*” ile ilişkisi nedeniyle yasama erkine ilişkin olduğuna dair tespitlerle, Bakanlıklarla ilgili kadro ihdaslarının dahi Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle değil, Kanunla yapılması gerektiğini içeren yorumların daha tutarlı olduğu da düşünülebilir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararlarından Bakanlıklara ilişkin kadro ihdaslarının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yapılmasının Anayasaya uygun görüldüğü, Anayasa tarafından münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularla ilgisi olduğu durumlarda (Anayasanın 130. Maddesinde olduğu gibi) ise kadro ihdaslarının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yapılmasının Anayasaya aykırı bulunduğu anlaşılmaktadır. Burada, kadro ihdasının niteliklerine ilişkin değerlendirmelerin temel alınmadığı da bir gerçektir. Bu durumda, özellikle, Bakanlıklarda kadro ihdasına ilişkin hükümleri denetlerken, kadro ihdasının hangi erke ilişkin olduğunu tespit etmede, Anayasanın 128. maddesi gibi memurların ve diğer kamu görevlilerinin “*nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin*” münhasıran kanunla düzenlenmesini içeren sair Anayasa hükümlerinin de değerlendirilebileceği düşünülebilir.

Çünkü, Anayasa Mahkemesi, E. 2018/73, K. 2019/65 sayılı ve 24.7.2019 tarihli kararıyla, kadro ihdasının ve kaldırılmasının memurlar ve diğer kamu görevlilerinin statüsü ve özlük hakları ile yakından ilgili olduğuna ve Anayasanın 128. maddesi gereğince, kadro ihdaslarının kanunla yapılması gerektiğine hükmetmiştir: “...kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden personel Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında olduğundan bunların kadrolarına, bu kadroların ihdas ve iptaline ilişkin kuralların da Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerekir.” Elbette, Anayasa Mahkemesinin, kuruluş, kadro ve personeli birbirinden ayrı görmediğine ilişkin yaklaşımı da varlığını sürdürmekte olsa dahi, Anayasanın 128. maddesinin kadro ihdasına etkili özel hüküm niteliğinde olması nedeniyle Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenmesi gereken münhasır alanın, kadro ihdasını kapsamadığını kabul etmenin daha yerinde olacağı değerlendirilmekte ise de, altını çizmeliyiz ki, buradaki sorun, kadro ihdasının, münhasıran kanunla mı yoksa Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile mi yapılması gerektiğine dair çatışan Anayasa hükümlerinin varlığı nedeniyledir. Bu çatışmaya ilişkin bu hükümlerden hangisinin özel nitelikli sayılacağı ise perspektife göre farklı sonuçlara götürebilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kadro İhdası, Yasama Erki, İdare Hukuku, Yürütme Erki ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Mahfuz Alan.

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HUKUKU İŞİĞİNDE ÖZEL GÜVENLİK HİZMETLERİ

Dr. Öğr. Üyesi Özgür TAŞDEMİR

Ankara Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu

ORCID: 0000-0001-5327-1822

ÖZET

Özel güvenlik hizmetleriyle, okuduğumuz üniversiteden çalıştığımız şirkete, oturduğumuz apartman sitesinden gezdiğimiz alışveriş merkezine, yaşamımızın birçok alanında karşılaşmaktayız. Özel güvenlik faaliyetlerinin en önemli özelliği, önleme, koruma odaklı olmaları ve bu doğrultuda rutin, düzenli, sistematik gözetime başvurularındır. Özel güvenlik görevlileri bu faaliyetleri sırasında, görev alanlarını güvenlik kameraları aracılığıyla (CCTV) gözetleyebilmekte ve kayıt alabilmektedirler. Buna ek olarak, hizmet ettiklerinin talimatları uyarınca, faaliyet alanlarına yapılacak girişlerde kimlik bırakılmasını talep edebilmekte, kimi zaman hizmet verdikleri özel sektör kurum ve kuruluşlarının çalışanlarının bilgilerine güvenlik amacıyla erişebilmektedirler. Diğer taraftan özel güvenliğim gözetim için başvurabileceği teknolojik olanaklar dijitalleşmeyle birlikte günden güne çeşitlenmekte ve gelişmektedir. Örneğin, artık, güvenlik kameralarının gözetim alanıyla çözünürlüğü genişlemekte, elde edilen görüntüler üzerinden yüz veya plaka tanıma algoritmaları kullanılabilen, biyometrik veriler dahi elde edilebilmektedir. Bu nedenlerle, hem kişisel verilerin etkin bir biçimde korunması, hem de 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanununa göre kamu görevlisi gibi sorumlu tutulan özel güvenlik görevlilerinin kişisel verilere ilişkin ihlallerden cezai sorumluluklarının doğmaması için, özel güvenlik hizmetlerinde kişisel verilerin kullanımının irdelenmesi gerekmektedir.

Özel güvenlik hizmetleri, özel güvenlik birimleri veya şirketleri tarafından sunulabilir. Uygulamada, güvenlik hizmetini sunanlar, güvenlik sistemlerinin kurulmasında, teçhizat tedarikinde rol almaktadır. Böylelikle özel güvenlik hizmeti verecek taraf, alınacak önlemlerin, talep edilen bilgilerin belirlenmesinde belirleyici olabilmekte, güvenlik gerekçesiyle bu bilgilerden geniş bir alanda yararlanabilmektedir. Bu bağlamda, özel güvenlik hizmeti sağlayıcılarının veri sorumlusu mu yoksa veri işleyen mi olduklarının belirlenmesi gerekir.

Özel güvenlik hizmetleri bir kişinin korunmasıyla ilgili olabileceği gibi bir yerin güvenliğine dair de olabilir. Özel güvenlik görevlilerinin elde edeceği kişisel veriler ve elde etme yolları buna göre farklılık gösterecektir. Bir gerçek kişinin korunması söz konusu olduğunda özel güvenlik, ondan, aralarındaki sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olan kişisel verileri talep edebilir. Bunun yanında 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunluluk doğduğunda ilgili kişinin açık rızası aranmadan, kişisel verilerinin işlenebileceğini kurala bağlamıştır. Ne var ki özel güvenlik hizmetleri, sadece gerçek kişilerin yaşam haklarının ve

bedensel bütünlüklerinin korunmasıyla sınırlı değildir. Kişilerin mülkiyet hakkı, ticari sırları gibi çok çeşitli menfaatleri kapsar.

Bir alanın korunması söz konusu olduğundaysa koşullar değişir. Alan güvenliğinin sağlanmasında olası kişisel veri ihlalleri, üç açıdan ortaya çıkabilir:

- 1) İlgili alanda görsel gözetim teknolojilerinin kullanımıyla. Buna kitlesel gözetim de dahildir.
- 2) İlgili alana girişlerde kimlik denetiminin yapılması ve kimlik üzerindeki bilgilerle giriş, çıkış kayıtlarının tutulmasıyla. Sözü edilenlere alana yönelen araçların plaka bilgileri de dahildir.
- 3) Güvenlik amacıyla o alanda çalışan personelin kişisel verilerinin teminiyle. Bu veriler içinde hassas nitelikte olanlara ayrıca dikkat edilmelidir.

Özel güvenliğin ayrılmaz bir parçası olan, gözetim etkinliklerinde kullanılan görsel gözetim teknolojilerinin kullanım biçimlerini ve sınırlarını belirleyen hükümler ne 5188 sayılı Kanunda ne de bu Kanuna dayanılarak çıkartılmış Yönetmelikte bulunur. Örneğin gözetimin en yoğun olduğu alışveriş merkezlerinde, Alışveriş Merkezleri Hakkında Yönetmeliğin 19'uncu maddesi uyarınca, özel güvenlik hizmeti gördürülmesi bir yükümlülük olarak getirilmişse de hizmetin nasıl sağlanacağı konusunda 5188 sayılı Kanuna göndermede bulunulmuştur. 6698 sayılı Kanununda ise, kamu düzenini ve güvenliğini sağlamaları için yasalarca görevlendirilmiş kamu kurum ve kuruluşlarının yürüttüğü önleyici ve koruyucu faaliyetler istisna tutulmuştur. Dolayısıyla bir özel sektör kolluğu olarak özel güvenliğin faaliyetleri 6698 sayılı Kanun kapsamına girer.

Özel güvenlik, alan güvenliğini sağlarken, o alana giriş ve çıkışları kontrol etmelidir ve bu faaliyetleri kimi zaman alana girecek kişileri saptamayı gerektirir. 5188 sayılı Kanunda özel güvenlik görevlilerine toplantı, konser, spor müsabakası, sahne gösterileri ve benzer etkinlikler ile cenaze ve düğün törenlerinde, toplu ulaşım tesislerinde kimlik sorma yetkisi tanınmıştır. Burada herhangi bir sorun yoktur. Zira bu gibi alanlarda özel güvenlik, yasa gereği, başkaca bir yetkilendirmeye gerek kalmadan, sadece kimlik sorabilir. Kimlik gösterimiyle ilgili tartışmalar, bu Kanunda ve Kimlik Bildirme Kanununda sayılan yerler dışında kalan alanlar kaynaklıdır. Bu tartışmaların örneklerini, site/rezidans gibi yerleşim yerleri ile özel kurum ve kuruluşların giriş, çıkış noktalarında gerçekleştirilen kontroller oluşturur. Bu alanlara girişlerde, özel güvenlik kimlik talep edebilmekte, karşılığında ziyaretçi kartı verebilmekte, hatta kimlik üzerindeki bilgileri kayıt altına alabilmektedir. Mevzuatta bunlara dair herhangi bir hüküm yoktur. Ek olarak site/rezidanslarda kat maliklerinin güvenlik kameralarıyla gözetime izin verip vermedikleri ayrı bir ihtilaf konusu olup Kat Mülkiyeti Kanununa başvurmak gerekebilmektedir.

Kişisel verilere ilişkin tartışmalar, özel kurum ve kuruluşların çalışanlarının bilgilerini özel güvenlik şirketlerine güvenlik amacıyla aktarması durumunda da ortaya çıkar. Kanımızca, özel kurum ve kuruluşların, çalışanlarıyla aralarındaki sözleşmede, bu konuyu açıklamaları, onların rızalarını almaları gerekir. Başka bir konu, yurtdışında özel güvenlikçe gerçekleştirilen, işe alınacak adayların arka plan araştırmalarıdır. Özel dedektiflik, mevzuatımıza göre olanaklı

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

olmadığından bu, ancak, kamuya açık veriler üzerinden veya ilgili kişinin rızası alınarak gerçekleştirilebilir.

Gözden kaçırılmaması gereken, özel güvenliğin bir özel sektör kolu olduğu ve hizmet verdiği kişinin haklarını korumak için, onun haklarına bağlı olarak hizmet verdiği kişilerin, mülkiyet hakları çerçevesinde, sahip oldukları alana girişleri belirli şartlara tabi tutulabilirler. Haliyle özel güvenliği, bu bağlamda yetkilendirebilirler. Dolayısıyla mülklerine giriş için sunulmasını şart koştukları kimliklerde yer alan bir bilgiyi, bir veri kayıt sistemi üzerinde tuttuklarında 6698 sayılı Kanun kapsamına gireceklerdir. Özel güvenliği, açıkça kimlik sorgusuyla yetkilendirmeleri koşuluyla, rızayla verilen kimlikler üzerinden elde edilecek bilgiler, güvenlik risklerinin giderilmesi için zorunlu olmaları durumunda, bunların giderilmesi amacıyla sınırlı ve ölçülü bir biçimde kayıt altına alınabilirler. Benzer koşullar görsel gözetim için de geçerlidir. Örtük gözetimden kaçınılmalı ve gözetim kişilerin özel hayat alanlarını kapsamamalıdır.

Kanımızca, özel güvenlik hizmetlerinin kişisel verileri işleminde, göz ardı edilen bir hüküm vardır. Bu da Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelikle kurala bağlanan, güvenlik planı hazırlanması yükümlülüğüdür. Özel güvenlik birim ve şirketleri, güvenlik planlarını hazırlarlarken, kişisel verilerin korunması hukukunun ilkelerini göz önüne almalıdırlar. Valilikler de artık Anayasal bir hak olan kişisel verilerin korunması hakkını dikkate alarak güvenlik planlarını denetlemelidirler. Güvenlik planları hazırlanırken, kaynağı tanımsız ve genel nitelikte olmayan, olası, belirli veya var olan risklere dayanmalıdır. Bu riskler geçmişte yaşanmış olaylara veya somut kimi olgulara bağlanabilir. Görsel gözetimden, ilgili kişilerin rızası dahilinde kimliklerden veya işçi bilgi formlarından özel güvenlikçe bilgi elde edilir ve bunlar kullanılırken, riskleri ortadan kaldırmada diğer yöntemlerin neden yetersiz kaldığı ve bu amacı gerçekleştirmede başvurulan yöntemin neden bir zorunluluk oluşturduğu açıklanmalı, güvenliğin sağlanması amacı dışına çıkılmamalıdır.

Anahtar Kelimeler: Özel Güvenlik, Kişisel Veri, Gözetim.

CEZA MUHALEMESİNDE “FİZİK KİMLİĞİN TESPİTİ” İŞLEMİNDE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Dr. Süleyman ÖZAR

Ankara Batı Başsavcılığı

ORCID: 0000-0003-0934-9594

ÖZET

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda “*kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlanan kişisel veri; ırk, etnik köken, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, kılık-kıyafet, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlık, cinsel hayat, sabıka kaydı, biyometrik ve genetik özellikler gibi çok geniş bir yelpazeye yayılmaktadır. Bu durum, kişisel verilerin korunması için ulusal ve uluslararası düzeyde ayrıntılı düzenlemeler yapılmasını sağlamakta, hukuk sistemlerinin konuya ilişkin dikkatini de artırmaktadır.

Ne var ki, ceza muhakemesi evrelerinde kişisel verilerin korunması için yapılan ya da yapılması gereken düzenlemeler yeterince öne çıkmamaktadır. Oysa hukuka uygun elde edilmiş delillerle maddi gerçeği ortaya çıkarmayı amaçlayan ceza muhakemesi işlemlerinde, kişisel verilerin korunması bireylerin temel hakları arasındadır. Söz konusu muhakeme işlemlerinden biri de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 81. maddesinde düzenlenen “fizik kimliğin tespiti” işlemidir.

Kanunda fizik kimliğin tespiti için iki şart öngörülmüştür. Birincisi; üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suç olmalıdır. İkincisi, şüphelinin kimliği belli olmamalıdır. Şu halde, kimliği belli olan bir şüpheli hakkında ileride kullanılmak üzere bu uygulamaya gidilmesi mümkün değildir. Şüphelinin kimliğinin teşhis yoluyla veya bir tanığın beyanıyla belirlenebildiği durumlarda da fizik kimliğinin tespiti gerekli olmayacaktır.

Fizik kimliğin tespiti ile elde edilen parmak izi, avuç izi, iris görüntüsü gibi verilerin biyometrik veriler olması, konunun önemini artırmaktadır. “Biyometri” ile insana ait fiziksel veya davranışsal özellikler ifade edilmekte olup, biyometrik veriler kişiye özgü, benzersiz ve tektir.¹ Dolayısıyla bunlar özel nitelikli kişisel veri sınıfına girer; daha titiz bir şekilde korunmalı, güvenceler artırılmalıdır.

Fizik kimlik verisinin bir çeşit kişisel veri olduğundan hareketle CMK'nın 81/2. maddesinde bu verilerin imhası düzenlenmiştir. Buna göre, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde fizik kimlik kayıtları Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl

¹ KVKK Biyometrik Verilerin İşlenmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlara İlişkin Rehber İlke Kararı, s. 5. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7047/Biyometrik-Verilerin-Islenmesinde-Dikkat-Edilmesi-Gereken-Hususlara-Iliskin-Rehber>.

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilir. Verilerin kasten imha edilmemesi, Türk Ceza Kanunu'nun 138. maddesinde düzenlenen “verileri yok etmeme” suçunu oluşturur.

Öte yandan; Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda (PVSK) da polisin parmak izi ve fotoğraf almak gibi fizik kimlik tespit yetkisi bulunmaktadır. PVSK'nın verdiği yetkinin amacı, suçların önlenmesi ve bastırılmasıdır. CMK'nın amacı ise işlenmiş bir suçun failinin belirlenmesidir. Dolayısıyla polisin kendi yetkisiyle kişisel veri alması daha geniş ve esnek bir zemine sahip iken, savcı emriyle alacağı kişisel veri daha sınırlı bir alanda, somut olaya özgü olacaktır.

PVSK'nın 4A/11 ve 5. maddelerinde sayılan çok çeşitli hallerde polis kendi yetkisini kullanarak kişisel veri almakta, bunları da AFİS² adı verilen arşiv sistemine kaydetmektedir. Bu sistem, polisin idari ve önleyici hizmetleri düşünülerek oluşturulmuş ise de Kanunda bu düşünceyle çelişen hükümler bulunmaktadır. Gözaltındaki şüphelinin parmak izinin doğrudan polis kararıyla alınarak sisteme kaydedilmesi bu çelişkilerden biridir. Üstelik kolluğa doğrudan gözaltı yetkisi veren CMK m. 91/4'teki suç kataloğunun genişliğini düşününce, polisin adli bir olayda kendi inisiyatifıyla parmak izi alıp arşivlemesinin önünde herhangi bir engel kalmadığı sonucuna varmak yanlış olmayacaktır.

AFİS'e kaydedilen parmak izi ve fotoğraflar, kişinin ölümünün üzerinden on yıl geçmekle ve her durumda kayıt tarihinden itibaren seksen yıl dolmuşsa sistemden silinir (PVSK m. 5/10). Aslında sürenin bu kadar uzun tutulması, AFİS kayıtlarındaki verilerin neredeyse süresiz saklanması anlamına gelmektedir. 80 yıl boyunca bu sistemde kalan bilgiler; sadece kimlik tespiti, suçun önlenmesi veya yürütülmekte olan soruşturma ve kovuşturma kapsamında maddî gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla mahkeme, hâkim, Cumhuriyet savcısı ve kolluk tarafından kullanılabilir (PVSK m. 5/6). Elbette bu amaçların her biri kamu yararına yöneliktir; ancak kişilerin özel hayatının gizliliği ilkesini tamamen bertaraf edecek bir arşivleme uygulaması da ölçüsüz kabul edilmelidir.

Kaldı ki, nüfus kaydı belirsiz şüphelinin, olay yerinden alınan parmak izlerinin, hükümlülerin ve hiç suça karışmamış kişilerin hepsinin verilerinin aynı sistemde yer alması; CMK ile PVSK arasındaki amaç ve hukuki nitelik farkını da anlamsız ve işlevsiz hale getirmektedir. Bu durum, kişisel verilerin korunmasına yönelik güvencelerin yeterince sağlanamadığına delalet ettiği gibi, ceza muhakemesi ilkelerinde de aşınmaya yol açmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) *S. ve Marper/Birleşik Krallık* kararında dikkat çektiği üzere, parmak izi gibi kişisel verilerin saklanması ve sonradan işlenen suçlar için karşılaştırılmasına imkân tanınması, uygulamada ne kadar başarılı sonuçlar verirse versin, devletlerin masum kişileri ayırması ve bu kişilerin toplum önünde damgalanmalarının önüne geçecek tedbirleri alması gerekmektedir.³

² Orijinal adı “*Automated Fingerprint Identification Systems*” olan sistemin baş harfleriyle kısaltılmış ismidir. Türkçesi “Otomatik Parmak İzi Teşhis Sistemi” olan bu sistem ülkemizde de uluslararası adlandırmaya uygun şekilde genellikle AFİS şeklinde ifade edilmektedir.

³ Bu davada başvuru yargılama sonucunda beraat etmiş olmalarına rağmen sistemde kalan kişisel verilerinin yok edilmesi taleplerinin kabul edilmemesi nedeniyle başvuruda bulunmuşlardı (30562/04 ve 30566/04, 04.12.2008).

Sonuç olarak, kişinin fizik kimlik kayıtları bazen bir delil, bazen bir kimlik belgesi, bazen de idari bir tedbir olabilir; ama her durumda ve son tahlilde bu kayıtlar kişisel veridir. Bu verilerin korunması bireyin temel hakkı, devletin de yükümlülüğüdür. Bu bağlamda, parmak izi kayıtlarında PVSK ile CMK sınırlarının birbirine karışması hukuk güvenliği ilkesine aykırı olduğu kadar, kişilerin lekelenmeme hakkına da tezat teşkil eder.

Bu çerçevede çalışmamızda, öncelikle fizik kimlik tespiti işleminin hukuki niteliği ortaya konulacaktır. Ardından, bu usulü öngören iki kanun (CMK-PVSK) arasındaki çelişkilere değinilerek, adli fizik kimlik tespiti ile idari fizik kimlik tespitinin birbirinden kesin olarak ayrılması ihtiyacına dikkat çekilmesi düşünülmektedir. Bu kapsamda, AİHM, yüksek mahkemelerimizin içtihatları ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun kararları ışığında mevzuatın kişisel verilerin korunması yükümlülüğüne uygun bir hale getirilmesi için öneriler paylaşılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Veri, Fizik Kimlik, Parmak İzi, Kişisel Verilerin Korunması, Hukuk Güvenliği.

ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRI DAVRANIŞ KARŞILIKLI OLARAK İSNAT EDİLEBİLİR Mİ? TAKSİRLİ SUÇLARDA MÜŞTEREK FAİL SORUMLULUĞU

Ar. Gör. Emre İkbāl AÇIKGÖZ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0001-7643-2297

ÖZET

Taksirli suçlarda müşterek fail sorumluluğu, yakın zamanlara değin gerek doktrinde gerek yargı kararlarında kabul edilmeyen bir sorumluluk türü olmuştur. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi'nin “Yuvarlanan Kayalar” (“*Rolling Stones*”) olarak anılan olaya ilişkin 1987 yılında vermiş olduğu kararla birlikte taksirli suçlarda da müşterek failliğin mümkün olduğuna ilişkin görüşler, özellikle Alman Ceza Hukuku doktrininde giderek daha fazla tartışılmaya ve savunulmaya başlanmıştır.

Taksirli suçlarda müşterek failliği savunan görüşlerin çıkış noktası birden fazla kimsenin birlikte özene aykırı davranışta bulunduğu ancak gerçekleşen neticeye hangi davranışın neden olduğunun belirlenemediği durumlarda nedensellik araştırmasından vazgeçilerek özene aykırı davranışta bulunanların tamamının taksirli suçtan sorumluluğuna imkân sağlamak olmuştur.

Gerçekten, teknolojideki gelişmeler ve günümüz toplumsal yapısıyla birlikte, taksirli suç türleri ve bu suçların işlenme sıklığındaki artışın yanı sıra, bunların birden fazla kimsenin birlikte özene aykırı davranışıyla çok çeşitli şekillerde işlenmesi de giderek daha olası hale gelmiştir. Bu noktada özen yükümlülüğünün ihlalinde birden fazla kişi birlikte hareket ettiğinde ve bu suretle taksirli bir suçla ilişkin neticeye neden olduğunda, kaçınılmaz olarak neticenin bu kişilere isnat edilebilirliğinin ne şekilde gerçekleştirileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. İlk bakışta -doktrinde genel olarak da savunulduğu üzere- taksirli suçlarda tek faillik sisteminin geçerli olduğu ve dolayısıyla özene aykırı davranışların her birinin birbirinden bağımsız bir şekilde taksirli suçtan fail olarak sorumlu olacakları ve böylece herhangi bir isnadiyet problemi ortaya çıkmayacağı düşünülse de esasında konu bu derece kolay çözümlenebilecek nitelikte değildir. Özellikle *in dubio pro reo* ilkesi nedeniyle, birlikte özene aykırı davranışta bulunan birden fazla kimsenin ayrı ayrı fail olarak değerlendirilmesi bir yana her birinin cezasız kalması da mümkündür.

Taksirli suçlarda müşterek failliğin tartışılmaya değer bir sorumluluk türü olduğu, somut olarak, yargı kararlarına yansımış şu olaylardan hareketle ortaya konulabilir:

İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına konu olan olayda (Yuvarlanan Kayalar- *Rolling Stones*) iki kişi tepedeki kayaları nehre doğru yuvarlamayı kararlaştırırlar ve yamaçta kimsenin olup olmadığını kontrol etmeden art arda kayaları aşağıya yuvarlarlar. Bu kayalardan biri

nehirde balık tutmakta olan birine çarpar ve balıkçının ölümüne neden olur. Ölüme sebebiyet veren kayanın hangisi olduğu tespit edilemez.

Alman Schleswig Bölge Mahkemesi'nin kararına konu olan olayda (Kibrit Davası-*Streichholzfall*) ise, bir fabrikaya hırsızlık amacıyla giren iki kişi yakalanma tehlikesi nedeniyle fabrika ışıklarını açmadan ellerindeki kibritlerle yollarını aydınlatırlar. Her biri sırayla kibrit yakar ve bunları söndürmeden atarlar. Kibritlerden birinin alevi kumaşları tutuşturur ve fabrikanın yanmasına neden olur. Ancak bu kişilerden hangisinin kibritinin kumaşları tutuşturduğu tespit edilemez.

Alman Federal Mahkemesi'nin kararına konu olan bir başka olayda (Deri Spreyi Davası-*Lederspray-Fall*) ise deri spreyi üreticisi bir şirketin dağıtımını yaptığı spreyle, tüketicilerin şikayetlerine rağmen piyasadan geri çekilmez ve spreyi kullananlarda sağlık sorunları ortaya çıkar. Şirket müdürlerinin her biri diğer müdürler olmaksızın tek başına ürünleri geri çağırmaya ilişkin karar alamayacaklarını ve dolayısıyla neticenin kendilerine isnat edilemeyeceğini savunur.

Görüldüğü üzere bu çeşit vakalarda birden fazla kimsenin özen yükümlülüğüne aykırı davranışı söz konusu olmasına rağmen bireysel davranışın nedenselliği tespit edilemediğinden taksirli netice bakımından isnadiyet sorunları ortaya çıkacaktır. Nitekim bu çeşit vakalarda isnadiyet sorununun önemi, taksirli suçlarda müşterek fail sorumluluğuna karşı olan görüşlerin de bireysel isnadiyeti sağlamak açısından farklı ceza hukuku kurumlarına başvurularından da anlaşılabilir. Bu görüşleri kısaca şu şekilde sıralayabiliriz, taksirli suçlarda tek tip faillik sisteminin geçerli olduğunu savunan yazarlardan bir kısmınca suça katılanların her biri diğerine en azından manevi yardımda bulunmak suretiyle neticeye sebebiyet vermiş kabul edilir ve sonuçta tek tip faillik ilkesi gereğince taksirli suçtan fail olarak sorumlu olur. Diğer bir görüş ise isnadiyet sorununun çözümünde gerçek olmayan ihmali suç ilkelerinden yola çıkmaktadır. Bildiride bu görüşler ayrı ayrı ele alınarak sorunu çözmedeki tutarsızlıklara değinilecek ve bu şekilde taksirli suçlarda müşterek faillik sorumluluğunun neden tartışılması gerektiği, bu sorumluluk türünün neden gereksiz olmadığı ortaya konulacaktır.

Bu gereklilik incelemesinden sonra taksirli suçlarda müşterek failliğin mümkün olup olmadığı irdelenecektir. Bu kapsamda müşterek failliğin mümkün olamayacağına ilişkin iki temel argüman ele alınacaktır. Bu argümanlardan biri ve en çok savunulana, taksirli suçlarda birlikte suç işleme kararının mevcut olamayacağı iken diğeri özen yükümlülüğüne aykırılık ile -kast olmaksızın- harekete geçirilen olay üzerinde taksirli suç bakımından fiil hakimiyetinin mevcut olamayacağıdır.

Bu iki argüman da kanaatimizce doğru olmakla birlikte, bunların taksirli suçlarda müşterek failliğin imkanını ortadan kaldırmadığını düşünmekteyiz. Zira müşterek faillige ilişkin birlikte suç işleme kararı ve suçun işlenmesinde fonksiyonel, önemli objektif bir katkıda bulunma şartları kasten işlenebilen suçlara özgü şartlar olarak kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle bu şartlar doğrudan “müşterek faillikten” değil “kasten işlenen suçtaki müşterek faillikten” kaynaklanan şartlardır. Taksirli suçlarda müşterek faillik imkanının incelenmesinde, kasten işlenen suçlardaki şartların doğrudan taksirli suçlara aktarılmasının doğru bir yöntem

BİLDİRİ ÖZETLERİ
KİTAPÇIĞI

olmayacağını düşünmekteyiz. Pekâlâ taksirli suçların yapısına uygun bir müşterek fail sorumluluğu dogmatik olarak inşa edilebilecektir. Nitekim bu tür girişimler yakın zamanlarda doktrinde de söz konusu olmuştur. Doktrindeki benimsediğimiz görüş uyarınca taksirli suçta müşterek faillik, objektif olarak aynı özen yükümlülüğüne tabi olan birden fazla kimsenin, müşterek özen yükümlülüklerinin bilincinde olarak, karşılıklı olarak karar vermek suretiyle birlikte özen yükümlülüğüne aykırı davranışta bulunmaları durumunda mümkün olacaktır. Bu şekilde bireysel davranışın nedenselliğinin araştırılmasından sarfi nazar edilerek taksirli suçlarda korunan hukuki değer kolektif ihlalinde cezaî sorumluluk boşluğu engellenebilecektir.

Anahtar Kelimeler: Taksir, Müşterek Faillik, Taksirli Müşterek Faillik, İştirak.

DEFANSİF TIP UYGULAMALARI BAKIMINDAN HEKİMLERİN CEZAI SORUMLULUĞU

Ar. Gör. Nisa Yaren OKUMUŞ

Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0001-7701-736X

ÖZET

Gerek makro gerekse mikro ölçekteki bütün deneyimler, kişinin maddi ve manevi varlığıyla bir bütün olarak kendisini ortaya koyabilmesi bakımından akıl ve vücut sağlığının önemini vurgulamaktadır. Bütün hukuk düzeni de tam ve sağ doğmuş olan insana hizmet etmek için inşa edilmiştir. Bunu sağlayabilmek için hukukun en önemli kavramlarının başında yaşam hakkı ve yaşam hakkıyla kaçınılmaz bir bağlantısı olan sağlık hakkı gelmektedir. AİHM içtihatlarında da yaşam hakkıyla bütünleşik olarak ele alınan sağlık hakkı¹ temel insan haklarından birisi olarak tanınmış; bireylere, topluluklara, devletlere sağlık hakkının korunmasına hizmet edecek pozitif ve negatif yükümlülükler yüklenmiştir. Tıp mesleği de yaşam ve sağlık haklarını korumaya, sağlamaya ve iyileştirmeye hizmet etmektedir. Sağlık hakkının tıp bilimindeki uygulamalar açısından koruyuculuğunun sağlanabilmesi için de “hasta hakları” başlığı altında bir alt kategori geliştirilmiştir. Bu kategori, hekim-hasta ilişkisinde hem hastanın bulunabileceği talepleri belirleyici, hem de hekimin ihtisas alanı içerisindeki özgürlüklerini sınırlayıp yükümlülüklerini tanımlayıcı bir çerçeve belirler.

Hayatın her alanında olduğu gibi, tıp pratiğinde de istenilenin dışında sonuçlara varılması mümkündür. Bu sonuçlar, pratiğin akışı içerisinde kaçınılmaz olabileceği gibi belli noktalarda gösterilecek özenle kaçınılabılır sonuçlar da olabilir. Bu bakımdan tıpta uygulama hataları (malpraktis) denen ve kendine haiz şartlarıyla değerlendirilmekte olan bir alan mevcuttur. Söz konusu uygulama hatalarının varlığı halinde hekimin, hem hasta ile arasında kurulmuş sözleşme veya doğrudan bir sözleşme bulunmamakla birlikte, vekaletsiz iş görmeden veya haksız bir fiilden kaynaklanması sebebiyle kanuni bakımdan verdiği zararı tazmin etme sorumluluğu, hem de hatanın yol açtığı sonuca göre cezai sorumluluğu bulunabilir. Örneğin, yanlış tedavi sebebiyle hastada uzuv kaybına sebebiyet olan doktorun bu zararı tazmin yükümlülüğü olduğu gibi yaralama suçundan ötürü ceza alması da mümkündür.² Klinik risk olarak da adlandırılan bu hatalar, tıp uygulamasında defansif (savunmacı) tıp alanının ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir.

¹ AİHM, Calvelli Ciglio v. İtalya, No: 32967/96, 17.01.2002, <https://www.echr.coe.int>; Byrzykowski v. Polonya, No: 11562/05, 27.6.2006, <https://www.echr.coe.int>.

² “Yanlış tedavi uygulayan doktora hapis cezası”, 20/11/2017, Medimagazin. <https://www.medimagazin.com.tr/saglik-calisanlari/tr-yanlis-tedavi-uygulayan-doktora-hapis-cezasi-6-17-12049.html>, Erişim Tarihi: 29 Eylül 2022.

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

Defansif tıp uygulamaları, hekimlerin hukuki veya cezai sorumlulukla karşılaşmamak amacıyla hastalarla olan tanı ve tedavi ilişkisinde çekingen veya aşırı korumacı yaklaşımları olarak özetlenebilmekle birlikte icrai veya ihmali hareketle ortaya çıkmalarına göre pozitif ve negatif olarak ayrılmıştır. Pozitif defansif tıp uygulamalarında hastanın tanısı ve tedavisini garanti altına almak için daha agresif, müdahaleci bir yöntem belirlenirken negatif defansif tıp uygulamalarında ise tam tersi, hastaya zarar verme riskinden kaçınabilmek için gerçekten gerekli olmadıkça tanı ve tedaviye yönelik eylemlerden kaçınma durumu ortaya çıkmıştır. Ancak bu durum, defansif tıbbın ortaya çıkmasındaki amacın aksine, sorumluluk ve davaların artması sonucunu da doğurabilmektedir. Zira, pozitif defansif tıp uygulamalarının sorumluluğa yol açması çok daha nadir görülen bir durum olsa da, özellikle negatif defansif tıp uygulamaları bakımından yetersiz ve/veya yanlış tanı ya da eksik veya aşırı tedaviye bağlı olarak yaşam hakkının veya vücut bütünlüğünün ihlaline sebebiyet verilebilmektedir. 2008 yılından beri ülkemizde hekimler arasında yapılan çalışmalara bakıldığında hekimlerin özellikle malpraktis davalarının önüne geçmek adına yüksek riskli tedavi yöntemlerinden veya hastalardan kaçındıkları, fazla konsültasyon isteyerek hata yapma risklerini azaltma eğiliminde oldukları, fakat bu uygulamalar neticesinde hizmet ve organizasyon kusurunun arttırılarak, sağlık hakkının gerek doğrudan gerekse dolaylı yoldan ihlal edildiği gözlemlenebilmektedir.³

Ülkemizde tıp hukukunun ne kadar genç bir hukuk dalı olduğu ve halihazırda defansif tıbbın da tıp literatüründe çok yeni bir kavram olduğu göz önünde bulundurulduğunda, hak ihlali sonucunda başvurulacak olan cezai yaptırımların henüz defansif tıp bakımından ele alınmamış olması veya buna yönelik geniş bir çalışma alanının henüz bulunmaması şaşırtıcı değildir. Ancak kanaatimiz odur ki hukuk sadece var olan toplum düzenini korumaya değil, aynı zamanda toplumu mevcut durumundan daha işler, daha iyi, daha etik bir seviyeye ulaştırmaya da hizmet etmelidir. Bu bakımdan yürürlükteki kanun maddelerinin defansif tıp uygulamaları bakımından hastaların haklarını koruyacak şekilde yorumlanabilmesi önem taşımaktadır. Bu doğrultuda hekimlerin cezai sorumluluğunu, hekimlerin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uyarınca kamu görevlisi sayıldıkları da göz önünde bulundurularak “görevi kötüye kullanma” suçu ile beraber “yaralama” veya “adam öldürme” suçlarını bakımından değerlendirmek gerekmektedir.

Her hekim, ettiği Hipokrat yemininde resmiyetini kazanmakla birlikte insan yaşamını korumak için aklını, kalbini ve hayatını adar. Ancak her hekimin aynı zamanda insan olduğu da göz önünde bulundurularak bu adayışın kapsayıcılığından kaçacak bazı alt motivasyonları olabileceğini göz önünde bulundurmak haksızlık değil, ancak gerçekçilik olacaktır. O sebeple, bu alanın özgün karakteristiklerini de hesaba katan hükümler düzenlenene dek elimizden

³ Bu konudaki çalışmalar için bakınız: Selma Altındış, Esra Coşar, Ali Rıza Atasoy, Beyza Akbaba, İsmail Şimşir, Semra Öz, “Sağlık Uygulamalarında Defansif Tıp”, *Balıkesir Medical Journal*, Şubat 2019, Cilt 3, Sayı 1, s. 12-19, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/658051>; İhsan Solaroğlu, Yusuf İzci, H. Gökçe Yeter, M. Mert Metin, G. Evren Keleş, “Health Transformation Project and Defensive Medicine Practice among Neurosurgeons in Turkey”, *PLoS ONE*, October 21, 2014, *PLoS ONE*, 9(10), <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0111446>; Mahfure Pırol, *Hekimlerin Karar Verme Algularının Defansif Tıp Tutumları Üzerine Etkisinin Araştırılması*, Selçuk Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018, Konya.

gelenin en iyisi, halihazırda mevcut olan Türk Ceza Kanunundaki maddelerin, defansif tıbbi uygulamalarda bulunan hekimlerin yol açtığı zararlar söz konusu olduğunda nasıl değerlendirilebileceğini doğru tayin edebilmektir.

Bu amaçla öncelikle sağlık hakkı ve tıbbi uygulama hatalarına dair bir arkaplan oluşturulacak, ardından tıbbi uygulama hatalarından doğan sorumluluğun yarattığı defansif tıp uygulamalarının yaygınlığı konusunda çeşitli çalışmalardan örneklerle bir fikir verilmeye çalışılacaktır. Zira hekimlerin, hastalarının sağlık haklarını korumaya çalışırken sürekli dava edilme korkularının bulunması sebebiyle kaçınan veya müdahil davranmaları sonucunda meydana gelen veya gelebilecek hak ihlallerine karşı TCK'da mevcut hükümlerin uygulanabilirliğini doğru değerlendirebilmek adına, defansif tıp uygulamalarının gerçek boyutunu anlayabilmemiz hayati önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Hakkı, Tıp Hukuku, Defansif Tıp, Hekimlerin Cezai Sorumluluğu.

DOĞRUDAN DOĞRUYALIK VE HÂKİMİN DEĞİŞMEZLİĞİ İLKELERİ KARŞISINDA CEZA MUHAKEMESİNDE YERLEŞİK UYGULAMA: HÂKİMİN DEĞİŞKENLİĞİ

Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-9182-2549

ÖZET

AİHM içtihadı uyarınca doğrudan doğruyalık ilkesi (İng. principle of immediacy) AİHS'nin m. 6/1. maddesinin adil bir biçimde dinlenilme hakkının altında yer alan zımnî teminatlardan biridir. Bu ilke öncelikle, tüm bir duruşma devresine baştan sona katılan hâkim veya hâkimlerin aynı kişiler olmasını zorunlu kılar. İlkenin bu yansıması İtalyan öğretisinde, hâkimin değişmezliği (*immutabilità del giudice*) şeklinde adlandırılmaktadır. Delillerin ortaya konulmasına iştirak etmemiş bir hâkimin, beyan delil araçlarını sağlıklı bir biçimde değerlendirmesi mümkün değildir.

Hâkimin değişmesini önlemek amacıyla yabancı ülkelerin muhakeme kanunlarında kabul edilen en etkili çözümlerden biri, mahkeme heyetinde bir değişiklik olduğunda duruşmaya yeniden başlanması veya ilgili tanığın yeniden dinlenmesidir. Bu hususu AİHM şu şekilde ifade etmektedir:

“Ceza muhakemesinin önemli bir unsuru sanığın tanıkla davanın esası hakkında karar verecek olan hâkim önünde yüzleşmesidir. Doğrudan doğruyalık ilkesi, mahkemenin tanığın davranışları ve inanılabilirliği üzerinde yaptığı tespitlerin önemli sonuçlar doğurabildiği ceza muhakemesinde, önemli bir teminat teşkil etmektedir. Kural olarak mahkeme heyetinde önemli bir tanığın dinlenmesinin ardından değişiklik olduğunda, söz konusu tanık yeniden dinlenmelidir.”¹

CMK'nın 188 ve 227. maddelerine bakıldığında; duruşmaya katılacak hâkimlerle, müzakereye ve dolayısıyla hükme katılacak hâkimler arasında bir bağ kurulmasından kasıtlı olarak kaçınıldığı görülmektedir. Mevcut durumu mevzuat bakımından daha da kötüye götüren bir diğer gelişme, 2016 yılında 6763 sayılı Kanun'la CMK'nın 232. maddesine eklenen 5. fıkradır. Kanun'da kabul edilen çözüme göre, kısa kararın tefhiminden sonra bir nedenle hâkimin değişmesi gerekirse, delillerin ortaya konulmasında bir an dahi bulunmamış bir hâkim göreve başlayarak, gerekçeli kararı yazacaktır. Söz konusu hüküm, doğrudan doğruyalık ilkesine tamamen aykırı olduğu gibi, ihlalin kanunda kaynaklanması halinin tipik bir örneğidir.

¹ P. K./Finlandiya, 09.07.2002 (kabul edilemezlik); Pitkanen/Finlandiya, 09.06.2004, §58 (ihlal yok); Graviano/İtalya, 10.02.2005, §38 (ihlal yok).

İnsan zihninin çalışma şekli ve bilgiye ulaşırken izlediği safhalar dikkate alındığında, algılamayı yapan ile sonuç çıkarmanın, yani bilgiye ulaşmanın aynı kişi olması gerektiği görülür. Söz konusu süreç kısa zamanda tamamlanmalı, böylece hâkimin delil kaynaklarından veya bizzat delilleri inceleyerek elde ettiği bilgi zihninde tazeyken karar vermesi sağlanmalıdır. Kesiksizlik ve yoğunluk² ilkeleri, bu amacı sağlamaya hizmet eder. Hâkim aynı kalsa bile, duruşma yoğun biçimde yapılmadığı takdirde hâkim, önceki duruşmada edindiği kanaati unuttur duruşma tutanaklarına başvurmak kalır ve böylece yargılamanın yüzyüze ve sözlü yapılması gitgide önemini yitirir.

Türkiye’de muhakeme sürecinde sıklıkla hâkim değişikliği yaşanmaktadır. Dolayısıyla uygulamada kural hâkimin değişmezliği değil, değişkenliğidir. Duruşma devam ederken duruşma hâkimi; tayin, rapor gibi sebeplerle değişmekte, özellikle hâkimlerin zorunlu görev süresinin daha kısa olduğu bölgelerde duruşmaya başlayan hâkimin, duruşmayı bitirmesine az rastlanmaktadır. Asliye ceza mahkemelerinde dahi sıklıkla görülen bu sorun, heyetin üç kişiden oluştuğu ağır ceza mahkemelerinde katlanarak büyümektedir. Bu mahkemelerde aynı davaya ilişkin duruşmalara aynı kompozisyonda çıkmaya özen gösterildiğini söylemek mümkün değildir. Bu kadar aralıklı ve çok celse yapmanın rutin olduğu bir düzende, heyetin sabit kalmasının tamamen tesadüflere bağlıdır. Kaldı ki uygulamada, heyetin sabit kalmasına yönelik bir çaba olduğundan söz etmek de mümkün değildir.

Doğrudan doğruyalık ilkesine aykırı olan yerleşik uygulama ülkemizde ceza muhakemesi uygulamasının prestijine büyük zarar vermekte, adli hatalara sebep olmakta ve bu durum Türkiye’de duruşma aygıtına gereken önemin verilmediğini açıkça göstermektedir. Ancak burada bir prestij sorunundan öte, bir adil yargılanma hakkı ihlali olduğunu görmek gerekir. 2014 yılında AİHM tarafından *Cutean/Romanya*³ başvurusunda ve sonrasında⁴ verilen ihlal kararları, Türkiye’deki durumun adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini açıkça göstermektedir. Şu anda kadar, doğrudan doğruyalık ilkesi ve hâkimin değişmezliği konusunda AİHM’nin Türkiye Cumhuriyeti özelinde verdiği bir ihlal kararı yoktur.

Anayasa Mahkemesi de, bugüne dek bu konuyla ilgili ihlal kararı vermemiştir. Mahkeme 2015 yılında karar bağladığı *Yusuf Deniz Dilsizoglu ve Aral Ali Ersin* başvurusunda, tanıklardan birinin dinlenmesinden sonra heyetin değiştiğine yönelik iddiayı “*anılan tanığın tek ve belirleyici delil olmadığı, mahkûmiyetin bu tanığın beyanları üzerine inşa edilmediği, Mahkemenin; müşteki ve tanık anlatımlarına, olay yerinde yapılan keşif ve sonrasında düzenlenen bilirkişi raporuna, banka dekontlarına ve diğer delillere dayanarak söz konusu kararı verdiği*” kabulüyle açıkça dayanaktan yoksun bulmuş ve kabul edilemezlik kararı verilmiştir.⁵ Birinci Komisyon tarafından 2021 yılında kabul edilemez bulunan *Bülent Gülkan ve Mahir Doğanay* başvurusunda⁶, “*davanın hiçbir celsesine katılmamış olan bir hâkimin*

² 2019 yılında, ceza mahkemelerinde bir davanın ortalama görülme süresi 270 gündür.

³ *Cutean/Romanya*, 02.12.2014, §61-73.

⁴ *Cerovšek ve Božičnik/Slovenya*, 07.03.2017, §37-48; *Svanidze/Gürcistan*, 25.07.2019, §37-48; *Chernika/Ukrayna*, 12.03.2020, § 50, 75-78.

⁵ *Yusuf Deniz Dilsizoglu ve Aral Ali Ersin* başvurusu, 16.12.2015, §49 ve 50.

⁶ *Bülent Gülkan ve Mahir Doğanay* başvurusu, 01.03.2021.

BİLDİRİ ÖZETLERİ
KİTAPÇIĞI

hükme katılması, karar ikiye karşı bir oyla çıkmasına ve hiçbir celseye katılmayan hâkim mahkûmiyet yönünde oy kullanmasına rağmen” durumu değiştirmemiştir.

Bu tebliğde Türkiye’deki mevzuattaki ve uygulamadaki mevcut durum ortadan koyulduktan sonra; Anayasa Mahkemesi’nin ihlal kararı vermeme yönündeki yaklaşımı, AİHM’nin bu konuda verdiği ihlal ve kabul edilemezlik kararlarında ortaya koyulan ilkeler ışığında tartışmaya açılacaktır. Zira AİHM de, 2014 yılında verdiği *Cutean* kararına kadar bu konuda pek çok kabul edilemezlik veya ihlal olmadığı yönünde karar vermişti. Kanımızca bu konuda Anayasa Mahkemesi’nin içtihadını değiştirme veya AİHM’nin Türkiye’nin taraf olduğu bir davada ihlal kararı verme zamanı çoktan gelmiş ve geçmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hâkimin Değişmezliği, Doğrudan Doğruluk İlkesi, Adil Yargılanma Hakkı, Hâkim Değişikliği, Adil Bir Şekilde Dinlenilme Hakkı.

CEZA MUHAKEMESİNİN KOLEKTİFLİĞİ AÇISINDAN BİLİMSEL GÖRÜŞÜN İŞLEVİ VE ETKİNLİĞİ SORUNU

Dr. Öğr. Üyesi Recep KAHRAMAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu

ORCID: 0000-0002-0991-9692

ÖZET

Ceza muhakemesi faaliyeti, tarafların varlığını gerekli kılmaktadır. Taraflar, iddia ve savunmalarını ileri sürmek suretiyle bunların tartışılmasını sağlamakta ve böylece muhakemeye katılmaktadırlar. Muhakeme faaliyeti ortaklaşa yürütülen bir işlem olduğuna göre, maddi gerçeğe ulaşma amacıyla verilen hüküm de ortaklaşa faaliyetin sonucunda elbirliği ile verilir. Bu ortaklaşa yürütülen işleme “kolektif muhakeme” ya da “tarafların hükme katılması” adı verilmektedir.¹

Ceza muhakemesinde hükmün kolektif verilmesinin metodu, muhakeme faaliyeti sırasında tarafların düşüncelerini karşılıklı olarak ifade edebilmeleri, birbirlerinin düşüncelerini öğrenebilmeleri ve dolayısıyla birlikte düşünebilmeleridir.² Kanun koyucu, kolektif muhakemede mevcut olan rolü nedeniyle taraflara da uzmanından görüş alma hakkı tanıyarak, onların da teknik ve hukuki istişarelerden yararlanabilmesine imkân sağlamaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 67’nci maddesinin 6’ncı fıkrasına göre yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel görüş alınabilmektedir.

Bilimsel görüş, esasen iddia ve yargılama makamı dışındaki diğer süjelerin faydalanmaları için oluşturulmuştur. Düzenlemeyle birlikte kanun koyucu, davanın taraflarının da kendi tezlerini desteklemek için bilimsel görüşlerden kapsamlı ve çok yönlü şekilde istifade edebilmelerini amaçlamaktadır.

Davaya konu oluşturan fiilin işlenip işlenmediği; işlendiği takdirde failin kim olduğu; fiilin işleniş biçiminin nasıl olduğu gibi sorulara yanıt aranan ceza muhakemesinde, ispat vasıtasını elde etmek ya da mevcut delilleri değerlendirebilmek için özel bir uzmanlık bilgisine gereksinim duyabilmektedir.³ Uzman, davanın konusuna tanıklık yapmamakta; bir hukuk normuna, bir vakıya, bir hukuksal soruna veya bir delile dair görüşünü beyan etmektedir. Uzman kişiye esasen “taraf bilirkişisi” de denilebilmektedir.⁴ Davanın bir tarafına özel, hukuki veya teknik bilgi ve görüş vermek suretiyle dava konusu iddia ve savunmaları

¹ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu. Ceza Muhakemesi Hukuku (Ankara: Seçkin, 2019), 800.

² Hakan Karakeyha. “Ceza Muhakemesinin Amacı.” İÜHF, 65 (2) (2007), 128.

³ Abdullah Batuhan Baytaç. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum (İstanbul: On İki Levha, 2018), 183.

⁴ Nur Centel ve Hamide Zafer. Ceza Muhakemesi Hukuku (İstanbul: Beta Yayınevi, 2020), 331.

kuvvetlendirmekte ve dolayısıyla mevcut delillerin çözümlenmesine de yardımcı olmaktadır.⁵ Bilimsel görüşün, uyuşmazlık hakkında kanaat oluşturmaya yarayabilecek bir hukuksal değerlendirme işlevi bulunmaktadır.⁶ Mevcut hukuksal sorunu uzman olan kişinin farklı bir bakış açısıyla değerlendirmesi, yargılamada hata yapılması ihtimalini azaltmaktadır.⁷

Çalışmanın amacı, kolektif muhakemede, bilimsel görüşün işlevi ve etkinliğinin ne olması gerektiğinin belirlenmesine katkı sağlamaktır. Çalışmada bilimsel görüşün, muhakeme açısından önemi açıklanmakta; doktrin ve yargı kararları açısından uygulamaya nasıl yansıdığı değerlendirilmektedir.

5271 sayılı Kanun'un 67'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında, "yargılama konusu olay ile ilgili olarak" ifadesine yer verilmiş ve bilimsel görüşün hazırlanacağı çalışma alanı geniş tutulmuştur. Bu durum esasen tarafların, muhakemenin her ayrıntısında aktif olarak katılma haklarının bulunduğunu kanıtlamaktadır. Kolektif muhakeme açısından bilimsel görüşün önemine dair Yargıtay'ın da kararları bulunmaktadır. Yargıtay, yargılamanın taraflarının teknik ve hukuki istişareden yararlanabilmelerini kolektif muhakemenin gereği olarak değerlendirmektedir. Bu nedenle bilirkişi raporu ile bilimsel görüş arasında tartışılma ve değerlendirilme usulü bakımından farklılık bulunmamaktadır.⁸ Bir başka kararında Yargıtay, uzman görüşüne dair beyanlarını sunabilmeleri için tarafların süre talebinin reddini savunma hakkının ihlali olarak kabul etmiştir.⁹

Maddi gerçeğin ortaya çıkartılması adına her detayın oldukça önemli olduğu muhakemede uzman kişi tarafından, bir ceza normu veya bir hukuksal durum birçok ihtimale göre yorumlanabilmekte ya da mevcut bir delil hukuki açıdan ele alınıp değerlendirilebilmektedir.¹⁰ Uzman kişi belli bir durumu, birçok ihtimali değerlendirmek suretiyle yeterli derinlikte incelemektedir. Ceza muhakemesinde hem zamansal sınır hem de belli bir vakıada uzmanlık gerektiren bir halin gerekli olmasından kaynaklı olarak da yetkili makam, bu yoruma ihtiyaç duyabilmektedir. Örneğin sarkıntılık fiilinde anlık cinsel davranıştan ne anlaşılması gerektiği; somut olayda kullanılan bombanın yerleştirilebilmesi için hangi zamana ve derinliğe ihtiyaç duyulacağı; uyuşturucu madde suçlarında kullanma ile ticaretin ayırımında objektif ölçütlerin neler olması gerektiği gibi konularda uzman görüşüne ihtiyaç duyulabilmektedir.¹¹ Bilimsel görüşün açıklayıcı ve yol gösterici özelliği dolayısıyla yetkili makama yardımcı olmakla birlikte hukuku geliştirici etkisi de bulunmaktadır. Bir delilin, hukuksal bir durumun veya bir normun, uzmanın katkısıyla somut olayda doğru şekilde değerlendirilmesi, benzer başka vakıalarda da ilgili konuda bu yorumun devam ettirilmesine katkı sağlamaktadır.¹²

⁵ Handan Yokuş Sevik. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", İÜHFİM, 64 (1) (2006), 99.

⁶ Yener Ünver ve Hakan Hakeri. Ceza Muhakemesi Hukuku (Ankara: Adalet, 2020), 290.

⁷ Yenisey ve Nuhoglu, s. 230.

⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 09.10.2007, 2006/7-336 E. 2007/198 K.

⁹ Yargıtay 7. Ceza dairesi, 14.06.2006, 2005/13562 E, 2006/11585 K.

¹⁰ Baytaç, s. 184.

¹¹ Yıldız, Ali Kemal. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", EÜHFİM, 2006, C: X, Sayı: 3-4, s. 343.

¹² Mehmet Emin Artuk - Ahmet Gökçen - Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır. Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Adalet 2020), 191.

Uygulamada, bilimsel görüş yetkili merci tarafından gerekçesiz olarak dikkate alınmayabilmektedir. Hatta hüküm gerekçesinde dosyada mevcut olan görüşe değinilmeyebilmektedir.

Ceza muhakemesi hukukunda gerekçe üzerinde tutarlılık denetiminin yapılabilmesi için dayanılan tüm veriler ve sonuçları; sübut olarak görülen fiil; iddia, savunma ve tanık beyanlarına dair değerlendirmeler; hangi beyanın neden kabul edildiği açıkça gerekçede yer almalıdır. Bu nedenle hüküm verilirken dosyadaki diğer tüm delillerle birlikte bilimsel görüş de tartışılmalı ve görüşün neden kabul edildiği veya edilmediği gerekçeli şekilde açıklanmalıdır. Mahkemenin gerekçeli kararında görüşün tartışılmaması, adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edilebilmelidir.¹³ Benzer görüşü savunan Yargıtay'a göre her ne kadar yargılama makamı açısından bağlayıcılığı olmasa da bilimsel görüşün dikkate alınmasının veya alınmamasının hukuki nedenlerinin hüküm gerekçesinde açıklanması gerekmektedir.¹⁴

Günümüz ceza adaleti sistemi, muhakemenin tarafları arasındaki yoğun mücadeleden maddi gerçeğin daha doğru ortaya çıkacağı öngörüsüne dayandırılmaktadır. Mücadelenin aynı koşullarda gerçekleştirilebilmesi için de taraflara yardımcı olabilecek her görüşün önemi bulunmaktadır. Özellikle savunma tarafı, kendi lehine olabilecek her ayrıntıyı araştırmak, temin edilmesini istemek, itiraz etmek gibi güvencelere sahip olmalıdır. Bu durumun gereği olarak da bilimsel görüşten yararlanabilmeleri gerekli olmaktadır. Bu nedenle bilimsel görüş, yetkili makamı bağlayıcı olmamakla birlikte, bu görüş tartışılmaksızın hüküm kurulması; görüşün gerekçesiz dikkate alınmaması, ceza muhakemesinin kolektifliği prensibiyle uyumsuzdur.

Anahtar Kelimeler: Kolektif Muhakeme, Tarafların Hükme Katılması, Bilimsel Görüş, Taraf Bilirkişisi.

¹³ Yıldız, s. 343.

¹⁴ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 21.11.2019, 2019/3373 E., 2019/6418 K.

CEZA MUHAKEMESİNDE UZLAŞTIRMAYA İLİŞKİN BAZI ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Ar. Gör. Atacan KÖKSAL

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0003-1880-5176

ÖZET

Ceza muhakemesi hukukumuzda uzlaştırma, özellikle 24.11.2016 tarihli 6763 sayılı Kanun'un 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 253 ve devamı maddelerindeki değişiklikleriyle birlikte işlerlik kazanmıştır. Yapısal olarak pek çok iyileştirmeyi içeren bu Kanun değişikliğine bağlı olarak, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği (Yönetmelik) 05.08.2017 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Adalet Bakanlığı istatistikleri bu değişikliklerin yerindeliğini göstermekle birlikte, uzlaştırmaya ilişkin hem normatif bazı sorunlar hem de uygulamadan kaynaklanan ve çözümlenmesi gereken noktalar bulunmaktadır. Önemli görülen bu sorunlara ve çözüm önerilerine yer verilecek bu çalışmada, inceleme kolaylığı olması bakımından öncelikle normatif sorunlar, sonrasında uygulamadan kaynaklı sorunlar ele alınacaktır.

Normatif açıdan ilk sorunu, CMK'nın uzlaştırmaya ilişkin hükümleri ile Yönetmelik hükümleri arasındaki uyumsuzluklar oluşturur. Bu durumun temel nedeni, CMK'da en fazla fıkra sayısına sahip madde olan 253. maddenin ayrıntılı düzenlemesi ile sisteme sonradan dahil olan Yönetmeliğin ayrıntılı düzenlemesidir. Farklı çözüm yollarının benimsenebilmesi mümkün olmakla birlikte, CMK'nın ayrıntılı düzenlemesi karşısında aynı hususların Yönetmelikte bir defa daha düzenlenmemesi ve sadece CMK'da yer almayan hususların CMK'ya uygun olarak Yönetmelikte düzenlenmesinin daha isabetli olacağı değerlendirilmektedir.

Bir diğer normatif sorun, uzlaştırmacının disiplin sorumluluğunun Yönetmelikteki düzenlenişidir. En basit anlamıyla suç teşkil eden fiillerin ve bunlara verilecek cezaların kanunla belirlenme zorunluluğunu ifade eden ceza hukukundaki kanunilik ilkesi, ceza müeyyidesini kullanan devlet otoritesine karşı bireyi koruyucu işleve sahip temel bir ilkedir. Kendi içinde kanunun tekelciliği, kanunun açıklığı ve kanunun geçmişe yürümezliği alt ilkelerinden oluşan bu ilke, karşılığında idari yaptırım öngörülen idari suçlar bakımından da büyük ölçüde geçerlidir. Disiplin suç ve cezalarındaki kanunilik ilkesiyle ilgili idari yargı mercilerinin farklı yönde kararları bulunmakla birlikte, disiplin cezası türlerinin kanunla belirlenmesinin zorunlu olduğu ve kanunda öngörülmemiş bir disiplin cezasının idari işlemlerle getirilemeyeceği tartışmasız kabul görmektedir. Yönetmeliğin, “*Uzlaştırmacı Sicilinden ve Listeden Çıkarma*” başlıklı 49/1. maddesinde, uzlaştırmacıların disiplin sorumluluğu

bakımından genel bir düzenleme getirerek, sicilden ve listeden çıkarma disiplin yaptırımı öngörülmüştür. Aynı maddenin 2. fıkrasında, daha hafif nitelikteki uyarma veya bir yıla kadar geçici süreyle listeden çıkarma yaptırımları da yer almıştır. Yönetmeliğin kanuni dayanağını oluşturan CMK'nın 253/25. maddesinde ise uzlaştırmacının disiplin sorumluluğunun Yönetmelikle düzenleneceğine dair bir açıklık bulunmaması haricinde, uzlaştırmacı hakkında uygulanacak disiplin yaptırımları da sayılmış değildir. Bunun haricinde Yönetmelikte hangi fiile karşılık hangi disiplin cezasının verileceği konusunda bir belirleme olmadığı gibi disiplin suçlarına vücut veren eylemlerin kanunun açıklığı alt ilkesi bakımından sorun oluşturduğu değerlendirilmektedir. Kanunilik ilkesince garanti edilen teminatları sağlamadığı değerlendirilen Yönetmeliğin bu hükümlerinin kanuni dayanağının CMK'da düzenlenmesi gerekmektedir.

Uzlaştırmada uygulamadan kaynaklanan ilk sorunu, uzlaşma teklif formunun müdafii veya vekil tarafından imzalanıp imzalanamaması oluşturur. Uzlaştırma sürecine mümkün olduğu kadar soruşturma ya da kovuşturmanın taraflarının katılımı onarıcı adaletin tesisinde önemlidir. Bunu teminen CMK ve Yönetmelikte şüpheli, sanık, katılan, mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklif formunu imzalayabileceği hükme bağlanmıştır. Bu kimseler dışındaki iki istisna; fiil ehliyeti olmayan kimselerin yasal temsilcilerine uzlaşma teklifinde bulunulması ile özel hukuk tüzel kişileri bakımından vekaletnamesinde uzlaştırma için özel yetkisi bulunan avukatlara uzlaşma teklifinde bulunulmasıdır. Aksi yönde kararlar bulunmakla birlikte, uzlaşma teklifinin sayılan kimseler haricindeki kimselere ve gerçek kişilerin müdafii ya da vekiline yapılması Yargıtay tarafından bir bozma nedeni kabul edilmektedir. Bununla birlikte, gerçek kişilerin müdafii veya vekilinin vekaletnamesinde özel yetkisinin bulunması kaydıyla, uzlaştırma müzakerelerine katılabilmesi ve uzlaştırma raporunu imzalayabilmesi mümkündür. Nitekim müzakereler bakımından bu husus Yönetmeliğin 31/1. maddesindeki hükümle açık biçimde düzenlenmiş; Yönetmeliğin ekindeki uzlaştırma raporunda vekil ve müdafie ait imza kısımlarına yer verilerek uzlaştırma raporunun imzalanabilmesi mümkün kılınmıştır. O halde gerçek kişilerin müdafii veya vekili uzlaştırma sürecinde, uzlaştırma müzakerelerine katılıp uzlaştırma raporunu imzalayabilmekte; ancak bu aşamaların öncesindeki uzlaşma teklif formunu imzalayamamaktadır. Uygulamada kendilerine ulaşılması güçlük arz eden kimselerin taraf olduğu suçlarda bu durumun zorluk yarattığı, bu kimselerin müdafii veya vekilinin uzlaşma teklif formunu imzalama yönünde irade sergilediği ya da teklif formunu müvekkil asıla imzalatacağını beyan eden müdafii veya vekilin uzlaştırmacıya gönderdiği imzalı teklif formundaki imzanın aidiyeti konusunda tereddütler olduğu sıklıkla ifade edilmektedir. Farklı çözüm yolları mümkün olmakla birlikte, tarafların uzlaştırmaya katılımı kural kabul edilerek, uzlaştırmacının mümkün olduğu ölçüde asile yürütülmesi; ancak asile ulaşılmasının mümkün olmadığına ortaya konulması halinde, vekaletnamesinde özel yetkisi bulunan vekil veya müdafinin uzlaşma teklif formunu imzalayabilmesini sağlayacak düzenlemelerin getirilebileceği düşünülmektedir.

Uygulamadan kaynaklı bir diğer mesele, uzlaştırmacının dosya teslimi ve uzlaştırma bürosunun uzlaştırma dosyası ile raporu uzlaştırma savcısına sunma süresidir. Uygulamada uzlaştırma konusu uyuşmazlığa ilişkin belgeler ile uzlaştırmacının uymakla yükümlü olduğu

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

gizlilik ilkesine ilişkin bildirim, UYAP Uzlaştırıcı Portalı üzerinden uzlaştırmacıya elektronik şekilde yapılmaktadır. Uzlaştırmacının dosyayı portal üzerinden kabulüyle birlikte sistem kabul tarihini kaydetmekte ve kendisine önemli hukuki sonuçlar bağlanan otuz günlük uzlaştırma süresi başlamaktadır. Buna karşın uzlaştırmacının dosya ve rapor teslimi, adliyelerdeki uzlaştırma bürolarına fiziken teslim şeklinde gerçekleşmektedir. Bazı adliyelerde uzlaştırmacıların düzenledikleri uzlaştırma dosyası ve raporunu uzlaştırma bürolarındaki büyük karton kutuların içine attıkları, dosyayı eksiksiz bir şekilde teslim edip etmediklerine ilişkin büro tarafından herhangi bir denetimin ya da evrak kayıt işleminin yapılmadığı, bazı zamanlar belgelerin kaybolduğu ya da eksik belge teslimi konusunda ihtilafların olduğu ifade edilmektedir. Bütün uzlaştırma sürecinin son derece sıkı şekli şartlara bağlanıp, bunun nihayetlendirildiği son basamak olan dosya tesliminde hiçbir düzenleyici kuralın öngörülmemesinin eksiklik oluşturduğu değerlendirilmektedir. Yer verilen birçok sorunun önüne geçilebilmesi adına, her bir uzlaştırmacıya 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu uyarınca tanımlanacak elektronik imza ile uzlaştırmacı tarafından düzenlenen belgelerin imzalanabilmesi ve bu belgelerin UYAP Uzlaştırıcı Portalı üzerinden elektronik olarak teslim edilmesi çözüm olarak önerilmektedir. Ayrıca uzlaştırma bürosunun uzlaştırma savcısına dosya ve raporu “gecikmeksizin” sunacağına dair hükmün uygulamada kötüye kullanıldığı ifade edildiğinden, dosya ve raporun uzlaştırma savcısına sunulma süresi belirlenmelidir.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir diğer sorun, tarafların uzlaşma iradelerinden hangi zamana kadar vazgeçebileceklerinin belirsizliğidir. Uzlaştırma sürecindeki özgür iradeyi teminen Yönetmeliğin 5/1. maddesinde, “*Uzlaştırma, şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin özgür iradeleri ile kabul etmeleri ve karar vermeleri hâlinde gerçekleştirilir. Bu kişiler anlaşma yapılana kadar iradelerinden vazgeçebilirler*” hükmü yer almakta ise de, “*anlaşma yapılana kadar*” ifadesinin açıklığa kavuşturulması gereklidir. Yönetmeliğin anılan hükmünden, “*tarafların uzlaştırma raporunu imzaladıkları an*”ın kastedildiği genel olarak kabul edilmekte ise de, bunun Yönetmeliğe açıkça konulması ve ayrıca edimin ifasının bu andan önce gerçekleştirilemeyeceğine ilişkin bir ekleme yapılmasının önemli olduğu değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uzlaştırma, Onarıcı Adalet, Uzlaşma Teklif Formu, Kanunilik İlkesi.

VERGİLENDİRME BAKIMINDAN NAFKA

Ar. Gör. Dr. Çağrı SÜT GÖKER

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Maliye Bölümü Mali Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-6353-5585

ÖZET

Nafaka, Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen bir aile hukuku kurumudur. Türk Medeni Kanunu (TMK) hükümleri uyarınca boşanma davasının devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici tedbir niteliğinde olarak (TMK md. 169); boşanma kararı sonrasında boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf lehine, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak (TMK md. 175) nafakaya hükmedilmesi mümkündür. Bunun yanı sıra, boşanma sonrasında velayeti alamayan eşin çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılma zorunluluğu (TMK md. 182/3) da söz konusudur. Son olarak TMK md. 364 uyarınca herkesin, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka verme yükümlülüğü de söz konusudur. Türk Medeni Kanunu'nda yer alan bu düzenlemeler doktrinin ifade ettiği nafaka türlerini oluşturmaktadır. Medeni hukuktaki görünümü ile nafaka yargı kararı sonrasında ödenmesi zorunlu olan bir maddi yükümlülüğü ifade etmektedir ki, yoksulluk nafakasının toptan veya durumun gereklerine göre irat biçiminde ödenmesine (TMK md. 176) karar verilebilmektedir. Bir yandan da nafaka miktarının, çocuğun ihtiyaçları ile ana ve babanın hayat koşulları ve ödeme güçleri dikkate alınarak (TMK md. 330) belirlenmesi gerekmektedir.

Nafaka, aile hukuku bakımından özellikle boşanma sonrasında ekonomik olarak güçlü olmayan eşin hayatını idame ettirebilmesini sağlaması açısından büyük önem taşımaktadır. Vergi kanunlarında da bu durum dikkate alınarak nafaka konusuna ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Öncelikle Gelir Vergisi Kanunu (GVK) bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse, Kanun'un Müteferrik İstisnalar başlıklı altıncı bölümünün Tazminat ve yardımlarda başlıklı 25'inci maddesinin 8'inci fıkrasında yer alan "*Genel olarak nafakalar(Alanlar için);*" ifadesi uyarınca, nafakalar gelir vergisinden istisna tutulmuştur. Söz konusu madde metnine genel olarak bakıldığında, ölüm, engellilik ve hastalık sebebiyle verilen tazminat ve yardımların, muhtaç olanlara belli bir süre için veya hayat kaydıyla yapılan yardımların, emekli, dul, yetim ve evlilik ikramiyeleri veya iade olunan mevduatı ve sürelerini doldurmamış bulunanlarla dul ve yetimlerine toptan ödenen tazminatların, yardım sandıkları tarafından statüleri gereğince kendi üyelerine ölüm, engellilik, hastalık, doğum, evlenme gibi sebeplerle yapılan yardımlar vb.nin söz konusu istisna maddesi içinde yer aldığı görülmektedir. Bu durum, sosyal devlet ilkesinin etkisiyle, söz konusu yardımların vergi dışı tutulduğunu göstermektedir.

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

Böylelikle devletin korunması gerektiğini düşündüğü sosyal gruplara veya kişilere yapılan nafaka ödemesi, yardım, tazminat vb.lerinin vergilendirilmemesi yönündeki iradesi ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda nafaka ödemelerinin ivazlı bir iktisap olarak kabul edilmemesi gerektiği yönünde yargı kararı mevcuttur (Danıştay 4. Dairesi'nin E. 2016/11869, K. 2017/2051 sayılı kararı). Bu kapsamda Danıştay, boşanma kararı üzerine yoksulluk nafakası olarak kendisine devredilen taşınmazların elden çıkarılmasının değer artış kazancına tabi olmayacağı, ivazsız olarak iktisap edildiği sonucuna ulaşılan taşınmazların satışından elde edilen gelirin GVK mükerrer 80'inci maddesinin 1'inci fıkrasının 6'ncı bendi uyarınca, değer artış kazancı hükümlerine göre vergilendirilmesinin mümkün olmadığı değerlendirilmesine ulaşabilmektedir. Bu sonuca ulaşmasındaki neden, 25'inci maddenin 8'inci fıkrasındaki istisna hükmüdür. Danıştay'ın nafaka ödemelerini ivazsız bir intikal olarak değerlendirmesi sonrasında konuya bir de Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu (VİVK) bakımından değinmek gerekmektedir. VİVK 1'inci maddesinin 1'inci fıkrasında “*Türkiye Cumhuriyeti tabiyetinde bulunan şahıslara ait mallar ile Türkiye'de bulunan malların veraset tarikiyle veya her hangi bir suretle olursa olsun ivazsız bir tarzda bir şahıstan diğer şahsa intikali Veraset ve İntikal Vergisine tabidir*” hükmü yer almaktadır. Danıştay'ın aktarılan kararı ve bu madde birlikte değerlendirildiğinde nafaka ödemeleri ivazsız bir intikal olarak değerlendirileceğinden veraset ve intikal vergisine tabi olması gerektiği anlamı doğmaktadır. Ancak Hazine ve Maliye Bakanlığı özetlerinde bu konuya ilişkin bir açıklama yapılmamaktadır. Bunun yanında, nafaka karşılığı verilenlerin bir tazminat niteliğinde olduğu varsayıldığında ivazlı olduğu ortaya çıkmaktadır ve GVK'da yer alan açık istisna hükmü nedeniyle vergiye (GVK'ya) tabi bulunmamaktadır. Bu durumda konu olarak VİVK kapsamına da girmeyecektir. Konunun tartışmalı boyutu açısından belirtilmesi gereken çok önemli bir nokta ise vergi adaleti yönünden nafakaların gelir vergisi dışında bulunmasının yarattığı durumdur. Şöyle ki, GVK'da yer alan istisna ve muafiyetler dışındaki tüm gelirler vergiye tabidir. Örneğin, asgari ücretin biraz üzerinde gelir elde etmek için çalışan bir işçinin ücretinden kesinti yoluyla veya serbest meslek kazancı elde eden bir avukatın gelirinden gelir vergisi ödemesi söz konusuysa benzer veya daha fazla bir rakamın nafaka olarak alınması durumunda herhangi bir vergi söz konusu olmamaktadır. Nafaka, nafakayı alan bakımından gelir olarak nitelendirilmemesinin yanında nafakayı ödeyen bakımından da gider olarak kabul edilmemektedir. Maliye Bakanlığının bu konudaki görüşüne göre GVK 68'inci maddesinde, serbest meslek kazancının tespitinde hasıllattan indirilecek mesleki giderlere, 89'uncu maddesinde ise, gelir vergisi matrahının tespitinde, gelir vergisi beyannamesinde bildirilecek gelirlerden yapılabilecek indirimlere yer verilmiş olup, nafaka ödemelerine söz konusu maddelerde yer verilmediğinden boşanılan eş ile çocuğa ödenen nafaka tutarının serbest meslek kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınması veya yıllık gelir vergisi beyannamesinde bildirilecek gelirden, indirim konusu yapılması mümkün bulunmamaktadır. (İzmir Vergi Dairesi Başkanlığının 08.07.2019 tarih ve E. 258925 sayılı özelgesinden)

Konunun aile hukuku, ekonomik olarak güçsüz olan tarafın korunması, boşanılan eşin hayatını idame ettirebilmesi, çocuğun eğitim, sağlık masraflarının karşılanması gibi sosyal devlet ilkesi ile doğrudan bağı olmasına karşın, benzer veya daha kötü ekonomik durumda olan

ücret ve serbest meslek geliri elde edenler bakımından adaletsizlik doğurduğu da ortadadır. Veraset durumundaki mal transferinde vergilemenin başladığı istisna hadleri ve düşük oranlı vergilemedeki gibi sosyal devlet ilkesine uygun olarak belirli bir miktarın üzerindeki nafakaların düşük de olsa bir vergileme rejimine tabi kılınması düşünülebilir. Böylelikle devletin toplumun tüm kesimlerine 1982 Anayasası'nın 73'üncü maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca maliye politikasının sosyal amacına uygun şekilde adaletli ve dengeli bir vergi yükü dağıtılabilmiş olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Nafaka, Gelir Vergisi, Vergi Kolaylıkları, Vergi Adaleti.

E-TİCARET (ÇEVİRİMİÇİ) UYGULAMALARI ÜZERİNDEN TÜKETİCİDEN TÜKETİCİYE (C2C) GERÇEKLEŞTİRİLEN İKİNCİ EL ÜRÜN SATIŞLARININ VERGİLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe AKDEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0003-4520-6929

ÖZET

Çağın bilişim teknolojileriyle uyumu sonucunda tüketicilerin internet üzerinden artık 7/24 alışveriş yaparak daha fazla zaman geçirmesi onların satın alma tercihlerinin de değişmesine sebep olmuş ve beraberinde çevrimiçi ikinci el ürün satışlarını da artırmıştır. Herhangi bir kişinin sürdürülebilir çevre anlayışı da dahil olmak üzere çeşitli motivasyonlarla kendi ürettiği, hiç kullanmadığı veya elden çıkarmak istediği ürünlerinin çoğu zaman piyasa satış fiyatının altında satıldığı e-ticaret uygulamaları da bu duruma paralel olarak artış göstermiş ve tüketiciler için önemli bir gelir kaynağı olmuştur. Tüketiciden tüketiciye ürün veya hizmetlerin satılması anlamına gelen C2C (Customer to Customer) modeli, genelde üçüncü kişiler aracılığı ile tüketiciler arasında köprü görevi gören bir e-ticaret türü olup günümüzde yaygın bir şekilde uygulama alanı bulmaktadır. Üçüncü kişilerin aracı olarak oluşturduğu e-ticaret uygulamaları üzerinden (Letgo, Dolap, Gardrops, Sahibinden, thredUP uygulamaları gibi) kişiler üyeliklerini gerçekleştirdikten sonra bu yöntemle alış veya satış ya da her ikisini birlikte yapabilmeye imkanına kavuşmaktadır. Bu uygulamalardaki ürün çeşitliliğinin çok sayıda olması, uygulamaların altyapısına güven duyulması ve onların bilinirliği, tüketiciler arasındaki bu etkileşimi artırmış, daha paylaşımcı daha etkin bir tüketim için geri dönüşüm farkındalığı ve döngüsel ekonomi bilinci de bu anlayışa eklenince ikinci el alışveriş her geçen gün daha fazla popülerite kazanmıştır.

Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) hane halkı bilişim teknolojileri kullanım araştırması sonuçlarına göre; 2022 yılında hanelerin %94,1'inin evden internete erişim imkanına sahip olduğu gözlenmiştir; son on iki ayda internet kullanan bireylerin internet üzerinden özel kullanım amacıyla mal veya hizmet satın alma ya da sipariş verme (e-ticaret) oranı, 2021 yılında %44,3 iken; 2022 yılında %46,2 olarak açıklanmıştır. Diğer taraftan çevrimiçi alışveriş oranı bu şekilde yükselirken; özellikle 2019 yılı küresel salgın zamanı başta olmak üzere ülkemizde son yıllarda çevrimiçi ikinci el pazarından elde edilen gelirlerde de büyük oranda artış yaşanmış ve bu pazarlardan elde edilen gelirlerin ne şekilde vergilendirildiği konusu da ayrı bir önem kazanmıştır.

Araştırmanın temel amacı, e-ticaret uygulamaları üzerinden tüketiciden tüketiciye (C2C) gerçekleştirilen ikinci el ürünlerin satışlarından elde edilen gelirlerin vergilendirilmesinin nasıl olduğunun belirlenmesidir. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 1. maddesine göre, “*Gelir bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratların safî tutarıdır.*” Gerçek

kişilerin gelirleri gelir vergisine tabi olup Kanun'da sayılan yedi adet gelir unsurlarından birincisini "ticari kazanç" oluşturmaktadır. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun "Ticari Kazancın Tanımı" başlıklı 37. maddesi "*Her türlü ticari ve sınai faaliyetlerden doğan kazançlar ticari kazançtır.*" şeklinde düzenlenmiş olup bir kazancın ticari kazanç sayılabilmesi şu özelliklere bağlanmıştır. Buna göre:

- Faaliyetin yerine getirilebilmesi için sermaye ve emeğe dayanması,
- Faaliyetin bir takvim yılı içinde birden fazla tekrarlanması veya birden fazla takvim yıllarına sirayet ederek devamlı olması,
- Gelir getirici işlerin bir organizasyon dahilinde yapılmış olması,
- Müessesenin ticari ve sınai bir müessese şekil ve mahiyetinde olması gerekmektedir.

Diğer taraftan 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 2. maddesinde sayılan ve gelirin yedinci unsuru olarak gösterilen diğer kazanç ve iratlardan birisini "arızı kazançlar" oluşturmaktadır. Devamlılık göstermeyen faaliyetlerden elde edilen gelirlerin vergilendirilmesi arızı kazanç olarak değerlendirilmektedir. Kanun'un "Arızı Kazançlar" başlıklı 82. madde düzenlemesinin ilgili hükmü ise şu şekildedir:

"Vergiye tâbi arızı kazançlar şunlardır:

- 1. Arızî olarak ticarî muamelelerin icrasından veya bu nitelikteki muamelelere tavassuttan elde edilen kazançlar.*
- 2. Ticarî veya ziraî bir işletmenin faaliyeti ile serbest meslek faaliyetinin durdurulması veya terk edilmesi, henüz başlamamış olan böyle bir faaliyete hiç girişilmemesi, ihale, artırma ve eksiltmelere iştirak edilmemesi karşılığında elde edilen hâsılat.*
- 3. Gayrimenkullerin tahliyesi veya kiracılık hakkının devri karşılığında alınan tazminatlar ile peştemallıklar (kiracıya ait tesisat ve malların tahliye ve devri sırasında kiralayan veya yeni kiracıya devrinde doğan kazançlar dahil).*
- 4. Arızî olarak yapılan serbest meslek faaliyetleri dolayısıyla tahsil edilen hâsılat.*
- 5. Gerçek usulde vergiye tâbi mükelleflerin terk ettikleri işleri ile ilgili olarak sonradan elde ettikleri kazançlar (zarar yazılan değersiz alacaklarla, karşılık ayrılan şüpheli alacakların tahsili dahil).*
- 6. Dar mükellefiyete tâbi olanların 45 inci maddede yazılı işleri arızî olarak yapmalarından elde ettikleri kazançlar.*

Bir takvim yılında (1), (2), (3) ve (4) numaralı bentlerde yazılı olan kazançlar (henüz başlamamış olan ticarî, ziraî veya meslekî bir faaliyete hiç girişilmemesi ile ihale, artırma ve eksiltmelere iştirak edilmemesi karşılığında elde edilen kazançlar hariç) toplamının 10 milyar liralık (2022 yılı için 58.000 TL.) kısmı gelir vergisinden müstesnadır."

Konumuz dahilinde olan arızî kazançların safi miktarı da bu maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde yazılı işlerde satış bedelinden maliyet bedeli ve satış dolayısıyla yapılan giderler indirilerek bulunacaktır.

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

Böylece açıklanan bu hükümlere göre, ticari ve sınai bir müessese altında olmayan tüketicilerin devamlılık göstermeyen faaliyetleri sebebiyle gelir getirici ticari bir organizasyona dayanmayan gelirlerinin vergilendirilmesi, arızı kazanç olarak değerlendirilecek ve kişilerin fatura kesme yükümlülüğü olmadan 2022 yılı için yıllık 58.000 TL'ye kadar olan kazancı vergiden istisna sayılacaktır. Ancak ikinci el çevrimiçi satışların da resmi olarak belgelendirilmesi gerekecek ve bunun için kişilerin adres ve IBAN bilgilerinin sisteme kayıtlı olması aranacaktır. Bu sınırı aşan kısma yönelik ise, tüketicilerin satışlarından elde ettiği gelirlerin vergilendirilmesi için yıllık beyanname vermesi gerekecektir.

Diğer taraftan 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1. maddesine göre, ticarî, sınai, ziraî faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler katma değer vergisine tabi olduğu için istisna sınırları dahilinde arızı olarak elde edilen gelirler katma değer vergisine tabi olmayacak; diğer bir ifadeyle, kişilerin tüketiciden tüketiciye (C2C) olmak üzere e-ticaret uygulamaları üzerinden satmış olduğu ikinci el ürünleri hakkında herhangi bir katma değer vergisi yükümlülüğü doğmayacaktır.

Anahtar Kelimeler: E-Ticaret, C2C, İkinci El Ürün Satışı, Vergilendirme.

İDARİ YARGIDA VERGİ USUL KANUNU'NUN VE AMME ALACAKLARININ TAHSİL USULÜ HAKKINDA KANUN'UN UYGULANABİLİRLİĞİ

Ar. Gör. Aslıhan TAŞER

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-1903-1531

ÖZET

Vergi uyuşmazlıklarının çözümünde, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) uygulanması gerektiği açıktır; ancak İYUK m. 31/2 kapsamında, İYUK'ta düzenlenen ve İYUK m. 31/1 ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na (HMK) atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıkları bakımından Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) ilgili hükümlerinin uygulanacağı ifadesi yer almaktadır. VUK'a yapılan bu atıf nedeniyle uygulamada çeşitli sorunlar ile karşılaşmaktadır. VUK'taki yargılamaya ilişkin hükümlerin yanı sıra idari işlemin tesisine ilişkin hükümlerin de yargılama sırasında uygulanmasının mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır.

Yargılamada hangi kanun hükmünün uygulanacağını açık olması; hukuki güvence sağlayacak, davaların uzamasını ve sürpriz kararlarla karşılaşılmasını önemli bir ölçüde önleyecektir. Bu nedenle öncelikli olarak İYUK'ta yer alan atıf hükmü incelenmiş ve hükmün anlamı ortaya konulmaya çalışılmıştır. İYUK'ta ve VUK'ta yer alan hükümler arasında çatışma olabilecek durumlar ele alınmış, ayrıca normlar arasında çatışma varmış gibi görünen ama aslında farklı aşamalara (idari işlem tesisi-yargılama) ilişkin düzenlemeler olduğu için birbirleri ile çatışmadığı düşünülen kanun maddeleri de değerlendirilmiştir. Çalışma kapsamına AATUHK'unda (Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun) düzenlenmiş olan bazı hükümler de dahil edilmiştir.

VUK'un 13. ve 15. maddelerinde düzenlenmiş, sürelerin işlemlerini durduran, mücbir sebebe ilişkin hükümlerin vergi yargılaması yönünden İYUK'ta yer alan süreler için de geçerli olacağı ifade edilmiştir¹. Ayrıca mücbir sebebin, İYUK ve HMK'da düzenlenmemesi nedeniyle VUK'ta yer alan mücbir sebep hallerinin süreleri durdurucu etkisinin yargılamada da uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Ancak bu düşüncenin, vergi mahkemelerinin göreve başlamasından önce bağımsız mahkeme niteliği taşımayan itiraz ve temyiz komisyonlarının mevcut olduğu dönem için geçerlilik taşıdığı söylenebilir. Çünkü artık vergi uyuşmazlıklarının çözümü için ayrı bir mahkeme ve yargılama kanunu vardır. İYUK m. 31/2 ile VUK'a atıf yapılan haller de yargılamaya ilişkin hükümler bakımından geçerlidir. Oysaki mücbir sebebin süreleri durdurucu etkisi vergilendirme sürecine yöneliktir. Dolayısıyla İYUK m. 31/2 ile

¹ Öncel, Mualla-Kumrulu, Ahmet-Çağan, Nami-Göker, Cenker, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 30. Baskı, Ankara, 2021, s. 128.

VUK'a atıf yapıldığı gerekçesiyle mücbir sebebin yargılama için süreleri durdurucu etkisinin varlığından söz edilemez.

Resen araştırma, geç ibraz olunan belgeler, dava açtıktan sonra delil tespiti (HMK'ya atıf yapılan hususlar-bilirkişi keşif ve delil tespiti vb.) dışındaki haller için VUK'un ispat ve delil ile ilgili hükümlerinin yargılama sırasında da uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir². İYUK m. 20/1 ile VUK m. 3/son arasında bir çatışma olduğu, genel normun yürürlüğe girmesinden önce özel norm yürürlükte olduğu için de genel normun uygulanması gerektiği vurgulanmıştır³. Ancak VUK m. 3 yargılamaya ilişkin bir norm değildir, örneğin vergi incelemesi yapılırken mevcut durumun kanıtlanmasının ilgili hükümdeki koşullar kapsamında yapılması gerekir. Dolayısıyla yargılama sırasında ticari, teknik ve iktisadi icaplara uymayan bir durum söz konusu olduğunda tarafın ispatlamasından değil, resen araştırma ilkesi gereğince mahkemece ortaya konulması gerektiğinden bahsedilebilir. Fakat mahkemece yapılan resen araştırma, vergilendirme işleminin hukuka uygun olup olmamasına ilişkindir. Bu nedenle tarh işleminin tesisine sebep olan hallerde icaplara uymayan veya normal ve mutad değerlendirilmeyen durumun, vergilendirme işleminin tesisinde iddia edence ispatlanması davanın kazanılması bakımından da önem arz edecektir. Ki bunlar çoğu zaman iddia eden tarafça ispatlamanın daha kolay ve yerinde olacağı durumlara ilişkindir. Ayrıca şahit, vergi işleminin tesisinde ispatlama vasıtası olmasına rağmen, yazılı yargılama usulü⁴ gereği yargılama sırasında dinlenemez⁵. Ancak bu durum şahidin noter huzurunda ifadesinin alınması ve bu ifadenin dosyaya sunulması veya şahidin beyanı ve imzasını taşıyan belgenin sunulması ile aşılıp çalışılmaktadır⁶. VUK'ta yer alan şahit dinlenebileceğine ilişkin hükmün, İYUK m. 18/3 ile düzenlenmiş olan duruşmada sadece tarafların dinlenebileceğine ilişkin hükümle çatıştığı da ileri sürülebilir⁷. Ama birinin yargılamaya diğerinin de idari işlemlerin tesis edildiği aşamaya yönelik normlar olması nedeniyle aralarında çatışma bulunmamaktadır.

İYUK m. 28/6'da mahkeme kararının zamanında yerine getirilmemesi halinde maruz kalınan zarara yönelik bir düzenleme bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle ilgili hüküm mahkeme kararının verilmesinden sonrasına ilişkindir. VUK m. 112/4 ise vergi hatası bakımından, verginin fazla veya yersiz tahsili nedeniyle mükelleflere iadesi hakkındadır⁸. Bu hüküm yargılamadan önceki aşamaya ilişkindir ve belirtilen iki hüküm arasında çatışma bulunmamaktadır.

Çatışan normlar kapsamında değerlendirilebilecek olan ehliyetle ilişkin düzenlemenin yer aldığı VUK mükerrer m. 49/a, İYUK m. 2/1-a'ya göre daraltıcı niteliktedir. Mükelleflerin bu hükme göre dava açma ehliyetleri yoktur. İYUK m. 2/1-a ile çatışan, ehliyetle ilişkin diğer bir hüküm VUK m. 377/1'dir ve ilgili hüküm ile de İYUK m. 2/1-a'ya nazaran ehliyet yönünden

² Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker, a.g.e., s. 214.

³ Canyaş, Oytun, "İdari Yargılama Usulü Kanunu ve Vergi Usul Kanunu Arasındaki Çatışmaların Klasik Yöntemle Çözümü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 110, 2014, s. 212.

⁴ Candan, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Yetkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara, 2022, s. 842.

⁵ Batun, Mehmet, Vergi Hukukunda Yorum ve İspat, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 171.

⁶ Batun, a.g.e., s. 172.

⁷ Çatışmanın İYUK uyarınca çözülmesi gerektiği yönünde bkz. Canyaş, a.g.m., s. 212-213.

⁸ 418 sayılı VUK Genel Tebliği, <https://www.gib.gov.tr/node/88729>, (Erişim Tarihi: 02.09.2022).

daraltıcı bir düzenleme getirilmiştir. Ama özel kanundaki normlar olmaları sebebiyle VUK hükümleri uygulanmaktadır. Bu da çeşitli sorunlara yol açmaktadır örneğin katma değer vergisinin fiili yükümlüsü nihai tüketicilerin, bu verginin mükellefi olmamaları nedeniyle bu konuda açtıkları davaları ehliyet yönünden reddedilebilmektedir.

VUK'ta yer alan yargılamaya ilişkin kurallar (süre bakımından da), İYUK'a göre özel kural niteliği taşıdığı için öncelikle uygulanmaktadır⁹. Ancak çatışma olması halinde hükmün yürürlük tarihine göre, VUK'taki hükümlerin 1982 yılı öncesinde-1982 yılı sonrasında yürürlüğe girmesi bakımından, vergi yargılaması hakkındaki normlar arasında ayırım yapılması gerektiği de ifade edilmiştir¹⁰.

İdari usul kanunu olan AATUHK'da yargılamaya ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu hükümlerin bir kısmı dava açma süresine ilişkindir ve özel kanunda yer alan süreler olduğu için öncelikli olarak uygulanmaktadır.

Hukuk düzenlerinde çatışan hükümlerin ve çatışmayan hükümlerin ortaya konulması; usul ekonomisi, yargılamada etkinlik, adil yargılanma hakkı ve onun bir parçası olan hak arama özgürlüğü bakımından önemlidir. Tipik bir idari işlem olan ve kişilerin malvarlığını dolayısıyla da mülkiyet hakkını yakından ilgilendiren vergilendirme işlemleri açısından uygulanacak normun belirliliği, hukuk devleti ve idarenin kanuniliği için vazgeçilmezdir.

Anahtar Kelimeler: İdari Yargılama Usulü Kanunu, Vergi Usul Kanunu, Çatışan-Çatışmayan Normlar.

⁹ Akkaya, Mustafa, "Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 46, S. 1-4, 1997, s. 93.

¹⁰ Bayar, İbrahim Nihat, İdari Yargılama ve Vergi Usul Kanunu İlişkisi, Ankara Barosu-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 30. Yılında, 09 Mart 2012, Ankara, s. 115.

**DURUŞMADA HAZIR BULUNAN TUTUKLU ŞÜPHELİ VEYA
SANIK HAKKINDA TAHLİYE KARARI VERİLDİKTEN SONRA
TUTUKEVİNE GÖTÜRÜLMESİNİN KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE
GÜVENLİĞİNE AYKIRILIĞI VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ**

Dr. Öğr. Üyesi Veysel Candan CANOĞLU

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı
ORCID: 0000-0003-1244-8737

ÖZET

Tutuklama, ceza muhakemesinde kişi özgürlüğü ve güvenliğini sınırlandıran bir koruma tedbiridir. Tutuklama kararı verilebilmesi için Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 100'de belirtildiği üzere kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller ve tutuklama nedeni gibi birtakım şartların bulunması gerekmektedir. Tutuklama kararı verildikten sonra tutukluluk hâli devam ettiği süre boyunca, bu şartların varlığını koruması zorunludur. Aksi takdirde tutuklama hukuka aykırı olacağından şüpheli veya sanığın tahliyesine karar verilmelidir. Bunun için soruşturma evresinde, tutukevinde bulunan şüphelinin tutukluluk hâlinin devam edip etmeyeceği en geç otuzar günlük süreler içerisinde, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından değerlendirilmektedir. Bu karar, şüpheli veya müdafinin dinlenilmesi suretiyle verilmektedir. Kovuşturma evresinde ise tutukluluk incelemesi, her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında ya da anılan süre içerisinde resen yapılmaktadır. Uygulamada salt tutukluluk incelemesinin sanık veya müdafii dinlenilmeksizin yapıldığı görülmektedir. Bununla beraber kovuşturma evresindeki diğer oturumlarda ve soruşturma evresinde şüpheli veya sanık ya duruşma salonuna getirilmekte ya duruşmaya tutukevinden Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi yoluyla katılmakta ya da müdafii duruşma salonunda ise duruşmaya katılmamaktadır. Bu üç durumdan hangisinin olacağına sulh ceza hâkimliği veya mahkeme karar vermektedir.

Şüpheli veya sanığın duruşmaya getirilmesine karar verildiğinde sulh ceza hâkimliği veya mahkeme, şüpheli veya sanığın belirlenen tarih ve saatte duruşma salonunda hazır bulundurulmasına ilişkin tutukevine yazı göndermektedir. Tutukevinde bulunan şüpheli veya sanık, jandarmalar eşliğinde duruşma salonuna getirilmektedir. Duruşmada tutukluluk hâlinin devamına karar verildiğinde şüpheli veya sanık, yine jandarmalar eşliğinde tutukevine gönderilmektedir. Buna karşın, tahliye kararı verilmesi hâlinde dahi söz konusu uygulamanın değişmediği vurgulanmalıdır. Bu kapsamda tahliye kararı verilmemiş gibi duruşma çıkışında şüpheli veya sanığın elleri yeniden bağlanmaktadır. O gün toplu şekilde getirilen bütün tutukluların duruşmaları bitene kadar şüpheli veya sanık, varsa adliyenin nezarethanesinde, yoksa güvenli bir yerde bekletilmektedir. Bütün duruşmaların bitmesiyle beraber şüpheli

veya sanık, tutukevi aracına bindirilerek jandarma eşliğinde tutukevine götürülmektedir. Burada birtakım ayrılış işlemlerinin ardından, şüpheli veya sanığın gitmesine müsaade edilmektedir.

Esasen tahliye kararının verildiği an itibarıyla şüpheli veya sanığın hareket etme özgürlüğünü engelleyen durum ortadan kalktığından şüpheli veya sanığın derhâl serbest bırakılması gerekmektedir. Ne var ki birtakım sebeplerden dolayı şüpheli veya sanık, önce tutukevine gönderilmekte ve buradan serbest bırakılmaktadır. Uygulamanın bu şekilde olmasıyla ilgili olarak birtakım gerekçeler ileri sürülmektedir. Öne çıkan gerekçelerden birine göre şüpheli veya sanık hakkında başka suçtan dolayı tutuklama veya mahkûmiyet kararı gibi tutulmasını gerektiren bir sebebin bulunduğu durumlarda bu kişiler serbest bırakılmayacağından, bu tür bir kararın mevcut olup olmadığının tutukevi yönetimince araştırılması gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre özgürlük hakkına yönelik istisnalar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 5/1'de bir liste hâlinde sıralanmıştır ve kişinin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmasını engellemek amacıyla bu hükmün dar şekilde yorumlanması gerekmektedir. Bu doğrultuda tahliye kararının yerine getirilmesinde belirli bir gecikmenin yaşanması kaçınılmaz olsa da bu süre asgari düzeyde tutulmalıdır. Ayrıca salıverilmeyle ilgili idari işleyiş, birkaç saatten fazla süren bir gecikmeyi haklı göstermemektedir. Nitekim sözleşmeciler devletler, tahliye işlemlerinin gecikmeksizin yapılabilmesi amacıyla yeterli personel buldurmak ve diğer önlemleri almakla yükümlü kılınmaktadır. Bunun için gecikmeye ilişkin şikâyetin dikkatli bir şekilde incelenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda konuya ilişkin AİHM'nin kararlarına bakıldığında tutuklunun, tutukevine götürülmesi, evrakın kendisine tebliğ edilmesi ve eşyasını toplaması gibi tahliyeye yönelik işlemlerin yapılmasında geçen süreler, makul gecikme olarak kabul edilebilmektedir. Buna karşın, tahliye kararının mesai saati dışında gelmiş olması nedeniyle tahliye kararının yerine getirilmesinden sorumlu memurun gelmesinin beklenilmesi gibi durumlar ile herhangi bir sebebin ileri sürülmediği durumlarda Yüksek Mahkeme, AİHS m. 5'in ihlal edildiğine karar verebilmektedir.

Temel hak ve özgürlüklerden biri olan kişi özgürlüğü ve güvenliğinin nasıl sınırlandırılacağına ilişkin Anayasa m. 13 ve m. 19'da düzenlenen kanunilik ve ölçülülük ilkeleri açısından konunun ele alınması gerektiğini düşünmekteyiz. Başta CMK olmak üzere mevzuatımızda tahliye kararı verildikten sonra, şüpheli veya sanığın tekrar tutukevine götürülmesine ilişkin bir kanun hükmüne rastlanılmamaktadır. Bu nedenle söz konusu uygulama ile kişi özgürlüğü ve güvenliği, kanuni bir dayanak olmaksızın sınırlandırılmaktadır. Ölçülülük ilkesi açısından ise şüpheli veya sanığın derhâl serbest bırakılması yerine, birkaç saatin ardından tutukeviden serbest bırakılmasının özellikle alt ilke olan gereklilik ilkesiyle bağdaşmadığını belirtmek isteriz. Nitekim birkaç yıl öncesine kadar teknolojinin gelişmemiş olması ve bundan dolayı güvenlik zafiyetinin engelleme gibi nedenlerden ötürü, şüpheli veya sanık hakkında başta suçtan dolayı tutulmasını gerektiren bir kararın bulunup bulunmadığının tespit edilmesinde birtakım zorluklar bulunmaktaydı. Bu nedenle tahliye kararı, infaz koruma

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTAPÇIĞI

memuru tarafından fiziki olarak tutukevi yönetimine verilmekte veya ilgili karar, faks gibi yöntemlerle tutukevi yönetimine gönderilmektedir. Tutulmasını gerektiren başka bir karar bulunmuyorsa şüpheli veya sanık serbest bırakılmaktaydı. Ancak günümüzde bu durumun tespiti, Ulusal Yargı Ağı Projesi üzerinden anlık olarak yapılabilmektedir. Bundan dolayı sorgulamanın yapılması amacıyla şüpheli veya sanığın tutukevine götürülmesinde artık herhangi bir zorunluluğun bulunmadığı ifade edilmelidir.

Ayrıca duruşmada tahliye edilmesine karar verilen şüpheli veya sanığın, ellerinin bağlanmaksızın derhâl jandarma eşliğinde tutukevine götürülmesi şeklindeki bir çözüm önerisinin değerlendirilmesinde yarar vardır. Esasen bu yol mevcut uygulamaya göre daha lehedir. Ne var ki sorunu ortadan kaldırmak için yeterli değildir. Nitekim duruşma çıkışında vakit kaybetmeksizin şüpheli veya sanığın tutukevine götürülebilmesi için belirli sayıda jandarma veya infaz koruma memurunun görevlendirilmesi ve bu kişiler için ayrı araç tahsis edilmesi gerekmektedir. Mevcut personel ve araç sayısı gözetildiğinde bu düşüncenin hayata geçirilmesi kanımızca mümkün değildir. Kaldı ki bu durum mümkün olsa bile şüpheli veya sanığın kanuni dayanak olmaksızın ve yine ortalama iki saati bulabilecek bir idari işleyiş nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılması kabul edilemez. O hâlde şüpheli veya sanığın tekrar tutukevine götürülmesine ilişkin uygulamaya tamamen son verilmelidir. Bu kapsamda hazır bulunduğu duruşmada, hakkında tahliye kararı verilen şüpheli veya sanığın tutulmasını gerektiren bir sebebin bulunup bulunmadığı gecikmeksizin araştırılmalı ve bu tür bir sebep bulunmuyorsa şüpheli veya sanık derhâl serbest bırakılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, Tutuklama, Tahliye, Tutukevi.

DURUŞMA DÜZENİNİN BOZULMASI SEBEBİYLE VERİLEN DİSİPLİN HAPSİ KARARLARININ ADİL YARGILANMA HAKKI GÜVENCELERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Akif YILDIRIM

Anayasa Mahkemesi Raportörü

ORCID: 0000-0002-8426-9829

ÖZET

Duruşmanın düzgün ve belli bir disiplin içerisinde yürütülmesi, adil bir yargılama yapılması açısından büyük önem taşımaktadır. Mahkeme başkanı (veya hâkim) tarafından duruşmanın idaresi ve belli bir düzen içerisinde yürütülmesi sağlanmaktadır. İlgili usul kanunları, bu konuda mahkeme başkanına (veya hâkime) bazı yetkiler tanımıştır (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu md. 203; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 151; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu md. 31¹). Buna göre duruşmanın düzen ve disiplininin sağlanması için durumun gerekli kıldığı tedbirler alınabilecek ve uyarılarda bulunulabilecektir.

Ancak bazı durumlarda duruşmanın düzen ve disiplininin tedbir alma ve uyarılarda bulunarak sağlanması güç olabilir. İşte bu gibi hâllerde, kişilerin salondan çıkarılması da emredebilecektir. Salondan dışarı çıkarılması sırasında direnç gösterenler veya ihtara rağmen duruşmanın düzenini bozmaya devam edenler *hâkim veya mahkeme* tarafından verilecek bir kararla 4 güne kadar disiplin hapsine konulabilecektir.

Duruşmanın düzen ve disiplini sağlamak için disiplin hapsine hükmetme *mahkeme kararı* şeklinde olmasına rağmen bu kapsamdaki tedbir ve uyarılar birer *hakimlik faaliyetidir*.

Disiplin hapsi, 5271 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, "*kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapis*" biçiminde tanımlanmıştır. Ancak disiplin hapsi kararının nasıl bir yargılama süreci izlenerek verileceği konusunda usul kanunlarında belirsizlik bulunmaktadır.

Uygulamada, yargılamayı yapan mahkeme disiplin hapsini gerektirir eylem ortaya çıkar çıkmaz düzeni disiplin hapsine karar vermektedir. Disiplin hapsini gerektiren fiil ve faille ilgili olarak ayrı bir dava açılmamakta, kişinin savunması dahi alınmamaktadır. Genellikle ara kararlar ve düzeni bozulan duruşma oturumunda disiplin hapsine hükmedilmektedir.

¹ 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinde, duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin; meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu güvence altına alınmıştır. 2001 yılında Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına "...ile adil yargılanma" ibaresinin ekleyen düzenlemenin gerekçesinde "*değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınmış olan adil yargılama hakkı[nın] metne dahil*" edildiği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre Anayasa'nın 36. maddesine söz konusu ibarenin eklenmesinin amacı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (Sözleşme) düzenlenen adil yargılanma hakkını anayasal güvence altına almaktır.² Bundan dolayı Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriğini belirlerken Sözleşme'nin "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin ve buna ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadını da gözönünde bulundurmaktadır.³

Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesine göre "*Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan, ...bir mahkeme tarafından davasının ... dinlenmesini istemek hakkını haizdir.*"⁴ Sözleşme'nin anılan maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıkların ve bir suç isnadının esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu hüküm altına alınarak hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır.

AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin suç isnadıyla ilgili boyutunu *Engel kriterleri* olarak adlandırılan üç ölçütü esas olarak değerlendirmektedir. Buna göre ilk olarak isnadın ulusal hukuktaki nitelendirilmesine (ulusal mevzuatta suç olarak düzenlenip düzenlenmediğine) bakılmalıdır. İsnat edilen fiil, ulusal ceza mevzuatında suç nitelendirilmişse yapılan isnat diğer ölçütler uygulanmadan suç isnadı olarak kabul edilecektir. AİHM'e göre birinci kriterin diğerlerine nazaran ağırlığı olsa da bu kriter ancak bir başlangıç noktası oluşturur. İkinci kriter ise fiilin niteliğine ilişkindir. Bu kriter açısından fiilin suç karakteri ve özelliği taşıyıp taşımadığı, caydırma ve cezalandırma amacı içerip içermediği irdelenecektir. Nihayet üçüncü kriter olarak kişiye verilebilecek cezanın ağırlığı ve niteliğine bakılmaktadır. Son kriter bakımından, ilgili kişinin maruz kalabileceği cezanın ciddiyet derecesi önem taşımakta ve öngörülen cezanın olası en yüksek miktarı dikkate alınmaktadır. Bu anlamda, hürriyeti bağlayıcı cezalar ulusal mevzuatta disiplin suçu olarak düzenlenmiş olsa bile cezai sahada suç isnadı olarak kabul edilebilir.

Anayasa Mahkemesi suç isnadını kavramını -AİHM gibi- özerk yorumlamakta ve bir uyuşmazlığın Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında olup olmadığına bu kriterleri esas olarak belirlemektedir.⁵

Engel kriterlerine göre duruşmanın düzen ve disiplinini bozan kişiye hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesi durumunda adil yargılanma hakkının suç isnadına ilişkin boyutunun

2 Yaşar Çoban [GK], B. No: 2014/6673, 25/7/2017, § 54.

3 Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 22.

4 <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf>.

5 Bu konuda önemli bir karar için bkz. *Mustafa Kılıç* [GK], B. No: 2019/35236, 18/5/2022.

uygulanması söz konusu olabilir. Nitekim avukat olan bir başvuru hakkında beş günlük disiplin hapsi karar verilmesini AİHM, *-Engel* kriterlerini karşıladığı gerekçesiyle- suç isnadı kapsamında görmüştür. Mahkeme bu başvuruda, suçlamayı öğrenme hakkının yanı sıra objektif ve sübjektif tarafsızlığın da ihlal edildiği sonucuna varmıştır. 6

Bildiride; Türk hukukunda duruşma düzeninin bozulması sebebiyle verilen disiplin hapsi kararları ve buna ilişkin süreç, Anayasa'nın 36. maddesinde teminat altına alınan adil yargılanma hakkı güvenceleri çerçevesinde tartışılacak, Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararları ışığında bazı tespit ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, Disiplin Hapsi, Duruşma Düzeni, Adil Yargılanma Hakkı.

⁶ *Kyprianou/Kıbrıs*, B. No: 73797/01, 27/1/2004, 34-35, §§ 82-83 (Bu karar daha sonra Büyük Daireye taşınmıştır. Büyük Daire, Daire kararının bu kısmına katılmıştır (*Kyprianou/Kıbrıs*, [BD], B. No: 73797/01, 15/12/2005, § 64).

**İHBAR YOLUYLA OLAYI ÖĞRENEN KOLLUK TARAFINDAN
YAPILAN ARAMANIN HUKUKA UYGUNLUĞUNU
DEĞERLENDİRMEK: ÖNLEME ARAMASI MI, ADLİ ARAMA MI,
SUÇÜSTÜ HALİ Mİ?**

Dr. Enver KAŞLI

Ankara Emniyet Müdürlüğü

ORCID: 0000-0001-7738-1233

ÖZET

Bu bildirinin amacı ihbar yoluyla olayı öğrenen kolluk tarafından yapılan arama işleminin hukuki niteliğine yönelik Yargıtay tarafından yapılan farklı değerlendirmeleri incelemektir. İhbar yoluyla olayı öğrenen kolluk tarafından yapılan arama işlemi, özellikle uyuşturucu madde suçlarıyla ilgili dosyalarda, Yargıtay tarafından hukuka uygunluk bakımından farklı şekillerde değerlendirilmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarında ihbar üzerine olayın öğrenildiği bazı olaylarda kolluk tarafından ihbar edilen kişiye yönelik yapılan arama işleminin önleme aramasına dayandırılmasını hukuka uygun bulurken, bazı olaylarda önleme araması yerine adli arama kararının gerektiğini ifade ederek aramayı hukuka aykırı kabul etmektedir. Son dönemde verilen bazı kararlarda ise kolluk tarafından suçüstü halinde arama yapıldığı için bu aramanın önleme veya adli arama kararına dayanma zorunluluğu bulunmadığı belirtilmektedir.

Kolluk tarafından yapılan aramanın hukuka uygun olarak kabul edilmesi için arama işleminin ceza muhakemesi hukuku normlarına uygun olması gerekmektedir. Önleme araması ve adli araması işlemleri uygulama(icra edilme) yönüyle birbirine benzemekteyse de amaç ve usul yönünden farklılıklar bulunmaktadır. Önleme araması, suçun ve tehlikenin önlenmesini amaçlarken adli arama, işlendiği iddia edilen bir suça yönelik olarak yapılmaktadır. Önleme araması, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda(PVSK) belirtilen usule uygun olması gerekirken adli arama, başta 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu(CMK) olmak üzere özel kanunlarda belirtilen usule uygun olması gerekmektedir. Suçüstü hali ise bir suçun halen işlediği veya pek az önce işlendiği durumları ifade etmekte olup suçüstü halinde kolluk tarafından yapılacak üst aramasında herhangi bir arama kararına ihtiyaç bulunmamaktadır.

Bu bildiride Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından uyuşturucu madde suçlarıyla ilgili farklı olaylarla ilgili verilmiş üç karar incelenecektir. Bu kararlarda kolluk tarafından yapılan aramanın hukuka uygunluğu açısından dayanak gösterilen i-önleme araması kararının yeterli kabul edildiği, ii- adli arama kararının alınması gerektiği, iii-suçüstü hali olduğundan dolayı herhangi bir arama kararının gerekmediğine ilişkin değerlendirmeler incelenecektir. Hukuk tekniği açısından bakıldığında bu olayların ortak özelliği, kolluk tarafından olayın ihbar yoluyla öğrenilmesi olmasına rağmen Yargıtay tarafından farklı değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir. Bir olayın ihbar yoluyla öğrenilmesi ile kolluk tarafından resen öğrenilmesi arasında uygulanacak mevzuat hükümleri açısından önemli farklar bulunmaktadır.

Suç ihbarı, soruşturma evresinin ilk aşamasını oluşturmaktadır. Suç işlendiği izlenimini veren bir hali ihbar yoluyla savcı, kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamakla görevlidir. Suç ihbarıyla ceza muhakemesi hükümleri devreye girmekte idari kolluk ve adli kolluk faaliyetleri birbirinden ayrılmaktadır. Suç ihbarı ile suç yetkili makamlar tarafından öğrenilmiş olmaktadır. Başka bir ifadeyle ihbar üzerine ihbar edilen kişiyi(faili) ve olayı(suç iddiası) tespit etmek için harekete geçen kolluk açısından ortaya bir suç şüphesi çıkmış bulunmaktadır.

Ceza muhakemesi hukukunda ihbarın başlangıç şüphesi oluşturmak için yeterli olduğu ve başlangıç şüphesiyle birlikte adli kolluk görevlilerinin, savcuyu bilgilendirmesi ve savcı talimatı doğrultusunda gerekli araştırmaları yapması gerektiği kabul edilmektedir. Kanuna göre suç ihbarının alındığı andan itibaren savcı, devreye girmeli ve kolluğa ihbar ulaştığı anda soruşturmaya ilişkin temel talimatları vermelidir. Ceza muhakemesi hukukunda benimsenen bu kabulden farklı olarak uygulamada ihbar alma süreci idari bir faaliyet olarak yürütülmekte, ihbarla alakalı bazı temel hususlar araştırılıp somut deliller ele geçirildikten sonra soruşturma süreci başlamaktadır. Önleme araması ve adli arama uygulama açısından aynı temel hak ve hürriyetleri sınırlamasına rağmen uygulamada adli arama kararı için gerekli olan makul şüphe için somut delillerin bulunması koşulu aranmaktadır. Belirtilen “somut delil elde süreci”, uyuşturucu madde suçlarında kolluk tarafından ihbar yoluyla olayın öğrenilmesinden sonra ihbar edilen kişinin, genellikle, üstünün aranması ve uyuşturucu madde bulunması sürecini ifade etmektedir. İhbar sonrasını ve soruşturma öncesini kapsayan bu süreç, Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarında da “uygulama” olarak kabul edilmektedir. Olayla ilgili ihbarın genel nitelikli olduğu için adli arama için gerekli olan makul şüpheyi oluşturmadığı belirtilmektedir. Bununla birlikte yargılamanın ilerleyen aşamalarında ihbar yoluyla olayın öğrenilmesi ile soruşturmaya başlama zamanı aynı anda gerçekleşmediği için bu ara evrede arama yoluyla ele geçirilen delillerin hukuka uygunluğu bakımından Yargıtay Ceza Daireleri ve mahkemeler tarafından farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. Başka bir ifadeyle önleme araması, adli arama ve suçüstü hali bağlamında yaşanan bu tartışmaların nedeni ülkemizde ihbar alma-suç soruşturmasına başlama sürecinin CMK hükümlerine göre yürütülmemesinden kaynaklanmaktadır.

Sonuç olarak kolluğun ihbar yoluyla öğrendiği olaylarda kolluk tarafından yapılan aramanın hukuka uygunluğu değerlendirilirken başvuru önleme araması, adli arama ve suçüstü haline ilişkin tartışmalara gerek olmadığı ve yapılan aramaların yürürlükteki mevzuata göre adli arama hükümlerine tabi olması gerektiği değerlendirilmektedir. Hali hazırda suç ihbarıyla ilgili işlemler büyük ölçüde, valilikler bünyesinde kurulan 112 Acil Çağrı Merkezleri tarafından yürütülmektedir. Acil çağrı merkezlerinde sağlık, itfaiye, orman muhafaza gibi farklı kurumlar tek çatıda birleştirildiğinden dolayı bu merkezlere yapılan talepler içinde kolluğu ilgilendiren suç ihbarlarının yanı sıra idari kolluk faaliyetleri, kamu hizmetleri ve bilgi amaçlı aramalar da yapılabilmektedir. Bu merkezlerde ihbar alma sürecinin idari bir faaliyet olarak yürütülmesi, ihbar sistemine savcılıklar tarafından erişim olmaması ve hali hazırda ihbarları değerlendirmekle görevli “ihbar savcıları” olmamasından dolayı uygulama içinde ortaya çıkan ve özü itibarıyla kanuna göre açıkça adli arama kararı alınması gereken olaylar, cezasızlık algısı

BİLDİRİ ÖZETLERİ
KİTAPÇIĞI

oluşmaması ve caydırıcılık sağlanması amacıyla Yargıtay tarafından farklı değerlendirmelere tutularak hukuka uygunluk sağlanmaya çalışıldığı düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Adli Arama, Önleme Araması, Hukuka Aykırı Delil, Suçüstü, Suç İhbarı.

ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL KARARI SONRASINDA HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARLARINA KARŞI BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLUNA İLİŞKİN BAZI TESPİT VE ÖNERİLER

Ar. Gör. Can YALÇIN

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı
ORCID: 0000-0003-3041-7328

ÖZET

Anayasa Mahkemesi (AYM), 23.09.2022 tarihli ve 31962 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan kararıyla (E. 2021/121, K. 2022/88, T. 20.07.2022) Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 231. maddesinin 12. fıkrasında düzenlenen “*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.*” hükmünü iptal etmiş ve kararın Resmi Gazete’de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Kararın gerekçesine göre itiraz kanun yolu, “... *bu kanun yoluna başvuranların iddia ve delillerinin dikkate alınmasında, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunun ve ölçülülüğünün belirlenebilmesinde belirli ve etkili bir denetim yolu öngörmemektedir. Bu durum temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin giderilmesinde ve kamu gücünü kullananların keyfi davranışlarının önüne geçilmesinde bireye tanınmış olan yetkili makama başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkını ihlal etmektedir. Nitekim kuralın anılan hususları karşılayacak şekilde uygulanmadığı da görülmektedir. Doğrudan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi ile ilgili olan bu tür bir muhakemenin yokluğu etkili başvuru hakkıyla bağdaşmamaktadır.*”

AYM’nin itiraz kanun yoluna ilişkin uygulamadan kaynaklı eksiklikleri gerekçe göstererek normu iptal etmesinin hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüştekilere göre, AYM kanun koyucunun yaptığı düzenlemeleri iptal edebilir ancak yapmadığı düzenlemeleri iptal edemez. Bu nedenle etkili başvuru hakkını karşılayacak “*bir muhakemenin yokluğu*” sebebiyle iptal kararı verilmesi hukuka aykırıdır.¹ Ancak buna karşılık AYM’nin iptal kararının yerinde olduğunu belirten görüşler, norm ile uygulamanın birbirinden katı bir biçimde ayrılamayacağını, normun uygulamada somutlaştığında sınırları, unsurları ve ölçütleriyle anlam kazanacağını dolayısıyla statik ve değişmez bir anlamı ihtiva etmediğini belirtmiştir.²

¹ Kemal Gözler, “*Anayasa Mahkemesinin Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Üzerine: Anayasa Mahkemesinin 20 Temmuz 2022 Tarih ve E. 2021/121, K. 2022/88 Sayılı Kararı Hakkında Bir Eleştiri*”, (www.anayasa.gen.tr/hagb.htm) (Yayın Tarihi: 24 Eylül 2022).

² Kerem Altıparmak, “*Anayasa Mahkemesinin HAGB İptal Kararı Neden Doğru? - Kemal Gözler’e Bir Cevap*”, (<https://blog.insanhaklariokulu.org/anayasa-mahkemesinin-hagb-iptal-karari-neden-dogru-kemal-gozele-bir-cevap/>) (Yayın Tarihi: 25 Eylül 2022).

Bununla birlikte anayasaya aykırılığın kanun koyucunun çıkarttığı bir kanun sebebiyle olabileceği gibi çıkartmadığı bir kanun sebebiyle yani “yasama ihmali” sebebiyle de olabileceği belirtilmiştir. Buna göre yasama ihmali, “mutlak ihmal” ve “nispi ihmal” şeklinde meydana gelebilir. Ortada bir düzenleme olmamasını ifade eden mutlak ihmaller iptal kararına konu olamazken, bir normun var olduğu ancak ihmalkarlık sebebiyle anayasanın gerektirdiği koşullarda nispeten eksikliklerin olduğu hallerde bu ihmalin belirlenmesi iptal kararıyla mümkün olabilmektedir.³ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararlarına karşı bir kanun yolu öngören, dolayısıyla var olan ancak anayasanın gerektirdiği koşulları karşılamayan CMK m. 231/12 hükmünde nispi ihlal söz konusunu olduğu ve bunun da AYM tarafından denetlenmesinde hukuka aykırılık olmadığı kanaatindeyiz.

AYM iptal kararının gerekçesini itiraz kanun yolunun uygulanmasından kaynaklı sorunlara dayandırmış gibi görünse de bize göre CMK m. 231/12 hükmü başından itibaren anayasaya aykırılık teşkil etmekteydi. Şöyle ki, HAGB kararının verilebilmesinin ön şartı sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmasıdır. HAGB kararı, mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesini engelleyen ve hüküm niteliğinde olmayan bir karardır. HAGB kararının sonucu olarak mahkûmiyet hükmü herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacaktır (CMK m. 231/5). İtiraz kanun yolu henüz kesinleşmemiş hâkim veya mahkeme kararlarına karşı gidilebilen bir olağan kanun yoludur ve kural olarak hükümden önce verilen ve hükme esas teşkil etmeyen kararlara karşı bu yola gidilebilir. Nitekim hükümlere karşı gidilebilecek kanun yolu istinaftır (CMK m. 272/1). Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2013 tarihinde vermiş olduğu kararında HAGB kararına itiraz edilmesi halinde itiraz merciinin değerlendirmesinin HAGB'nin objektif şartlarıyla sınırlı olmamasını, merciin maddi olay denetimini de yapması gerektiğini belirtmiştir. Böylece itiraz merciinden mahkûmiyet hükmünün hukuka uygunluğunu da denetlemesi istenmiştir. Ancak itiraz merciinden istinaf incelemesi yapmasını bekleyen bu karar kabul edilebilir değildir. Nitekim, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı yapılan itiraz, merciinde duruşmasız incelenecek kararlar arasındadır. Bu nedenle duruşmaya hâkim olan sözlülük, doğrudan doğruyalık ve çelişmeli muhakeme ilkesi gibi ilkeler bu kanun yolunda uygulanamayacaktır. Mahkûmiyet hükmünün esasının bu koşullarda incelenmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine hiçbir şüphe yoktur.

HAGB kararlarına karşı kanun yolu olarak itirazın öngörülmesi, sanığın adil yargılanma ve aklanma haklarını koruyan “HAGB kararı verilmesinin sanığın kabulüne bağlı olması” kuralının kendinden beklenen korumayı sağlayamamasına vesile olmaktadır. Zira mahkûmiyet hükmünün denetlenmesi adına HAGB'nin uygulanmasını kabul etmeyen sanığın, hakkında verilen hükmün istinafta onanma ihtimali vardır; uygulanmasını kabul eden sanık ise etkili başvuru yolundan yararlanamamakta kararını ancak itiraz yoluna taşıyabilmektedir. Bu nedenlerle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı etkili bir denetim yolu olan istinaf kanun yolunun açılması gerekmektedir. Her ne kadar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bir hüküm olmasa da CMK m. 223/10 da yer alan kurala benzer bir şekilde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının kanun yolu bakımından hüküm

³ Tolga Şirin, “Yasama İhmali Yoluyla Anayasaya Aykırılık: Kemal Gözler’in Yazısı Vesilesiyle Bir Değerlendirme”, (<https://www.tolgasirin.com/post/yasama-ihmalleri>) (Yayın Tarihi: 26 Eylül 2022).

sayılacağına ilişkin bir düzenleme getirilebilir. Böylece sanıklar da HAGB uygulamasını kabul edip hükümlerle birlikte HAGB kararını daha güvenceli olan ve itiraz kanun yolundan farklı olarak aleyhe bozma yasağı (CMK m. 283) olan istinaf yoluna taşıyabilir.

AYM'nin HAGB kararıyla bağlantılı olarak bugüne kadar vermiş olduğu bireysel başvuru kararlarında, HAGB'nin ve uygulanmasının cezasızlıkla bağlantılı olarak yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağıyla ilgili sorunlara neden olduğunu, bunların yanı sıra başta ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğe müdahale teşkil ettiğini tespit etmiştir. HAGB kararına karşı istinaf yolunun açılmasıyla bu ihlallerin de azalacağı kanaatindeyiz. Bununla birlikte, müsadere kararıyla birlikte HAGB kararı verilmişse müsadere kararının ne zaman infaz edileceğine ilişkin kanunda bir belirsizlik vardır. AYM bu belirsizliğe işaret etmekte ve HAGB kararının kesinleşmesiyle müsadere kararının infaz edilmesi halinde mülkiyet hakkının ihlal edildiğini belirtmektedir.⁴ Elbette müsadere kararıyla birlikte HAGB kararı verilmesi halinde müsadere kararının ne zaman infaz edileceğine ilişkin kanunda bir belirleme yapılabilir ancak bize göre HAGB kararlarına karşı istinaf yolunun açılması tek başına bu meseleyi çözecektir.

AYM'nin iptal kararı üzerine TBMM dokuz ay içerisinde bir düzenleme yapmazsa HAGB kararlarının tamamen denetimsiz kalacağı belirtilmiştir.⁵ Ancak bize göre HAGB kararları durma kararı niteliğinde olduğu için, TBMM süresi içinde bir düzenleme yapmasa dahi CMK m. 223/8 hükmü gereğince HAGB kararlarına itiraz edilebileceği kanaatindeyiz.

Anahtar Kelimeler: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, İtiraz Kanun Yolu, Etkili Başvuru Hakkı, Anayasa Mahkemesi, Somut Norm Denetimi.

⁴ Süleyman Başmeydan [GK], B. No: 2015/6164, 20/6/2019.

⁵ Gözler, *a.g.m.*

HUKUKUN GÜNCEL SORUNLARI
SEMPOZYUMU - III

SEMPOZYUM
AFİŞİ

8 - 9 KASIM 2022



HUKUKUN GÜNCEL SORUNLARI SEMPOZYUMU - III



1. GÜN PROGRAMI - 8 KASIM 2022

PROF. DR. CEMİL BİLSEL KONFERANS SALONU

9.30-9.50: AÇIŞ KONUŞMALAR

10.00-11.40: BİRİNCİ OTURUM

Başkan: Prof. Dr. Süleyman YILMAZ

Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN: Noterlerin

Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe ORAL: Kira Bedelinin

Tespiti Davası ve Kira Bedelinin

Uyarlanmasından Farkları

Dr. Öğr. Üyesi Hülya ATLAN GÜRER:

Kiracının Değer Artışı Talebinde

Bulunamayacağına İlişkin TBK m. 321/3

Hükmünün ve Bu Konudaki Yargıtay

Uygulamasının Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Münevver Kübra BAKIRCI:

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma

Kanunu'nun Özel Mülkiyete Tabi Taşınmaz

Üzerindeki Etkisi

12.00-13.40: İKİNCİ OTURUM

Başkan: Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR: İşçilerin

Kişisel Verilerinin Korunması

Dr. Öğr. Üyesi Şafak PARLAK BÖRÜ: Yapay

Döllenmenin Ölümünden Sonra Hayat Yaratmaya

Açtığı Yol ve Miras Hukukunda Yarattığı

Tartışmaların Çocuğun Üstün Yararı İlkesi

Bağlamında Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Berna ÖZTÜRK YILMAZ:

İşçinin Yetersizliğine ve Davranışlarına

Dayanan Fesihlerin Geçerliliğinin Yargısal

Denetiminde "Menfaat Değerlendirmesi"

Ölçütü -Türk ve Alman Hukuku Açısından

Karşılaştırmalı Bir İnceleme-

Av. Arb. Hediye Gökçe BAYKAL:

Arabuluculuğa Elverişlilik Kavramı

Çerçevesinde Aile Hukukunda Zorunlu

Arabuluculuğun Değerlendirilmesi

14.30-15.50: ÜÇÜNCÜ OTURUM

Başkan: Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR

Dr. Öğr. Üyesi Dilşah Buşra KARTAL:

Tüketicinin Korunması Hakkına Kanun

Kapsamında Sosyal Medya Fenomenlerinin

Örtülü Reklamlardan Doğan Sorumluluğu

Öğr. Gör. Dr. Bahadır DEMİR: İnternet

Üzerinden Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde

"Sistem/Organizasyon" Unsuru ve Uygulaması

Ar. Gör. Furkan Güven TAŞTAN: Dijital

İçerik ve Hizmetler, Mal ve Hizmet Ayrımını

Sarstı mı? AB Tüketici Hukukundan Güncel

Bir Yaklaşım

16.10-17.10: DÖRDÜNCÜ OTURUM

Başkan: Prof. Dr. Belkıs KONAN

Doç. Dr. Nadire ÖZDEMİR: Avukatların

Sosyal Medya Kullanımına Yönelik Güncel

Tartışmalar

Ar. Gör. Dr. Olcay KARACAN: Avukatlık ve

Özerklik

PROF. DR. ALİ BOZER KONFERANS SALONU

(BANKA VE TİCARET HUKUKU
ARAŞTIRMA ENSTİTÜSÜ)

10.00-11.40: BEŞİNCİ OTURUM

Başkan: Prof. Dr. İbrahim ERMENEK

Doç. Dr. Emel HANAĞASI: Açık Artırma

Sonucu Satışın Gerçekleştirilememesi ve

Sonrasında İzlenecek Prosedür

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa GÖKSU: İhale

Feshi Hakkında Güncel Bazı Sorunlar

Ar. Gör. Dr. Hikmet BİLGİN: 7343 Sayılı

Kanun ile Hukukumuzda Giren Yeni Bir

Müessese: Borçluya Rızâ Satış Yetkisi

Verilmesi ve İİK'nun 111/A Maddesine

Eleştirel Bir Bakış

Ar. Gör. İsmail AYDIN: Borçluya Satış

Yetkisi Verilmesine İlişkin Hükmün

(İİK m. 111/A) Rehnin Paraya Çevrilmesi

Yoluyla Takipte Uygulanabilirliği Üzerine

Değerlendirmeler

12.00-13.40: ALTINCI OTURUM

Başkan: Doç. Dr. Burçak YILDIZ

Ar. Gör. Dr. Harun KESKİN: II-27.3 Sayılı

"Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları

Tebliğ" ile Yapılan Bazı Değişiklikler

Üzerine Düşünceler

Ar. Gör. İbrahim BEKTAŞ: İsviçre

Hukukundaki Güncel Gelişmeler Işığında

Anonim Ortaklıklarda İhraç Fiyatının

Belirlenme Esasları

Ar. Gör. Yasin Barış ÖZELCİ: II-26.1

Sayılı Tebliğ'de Düzenlenen Pay Alım

Teklifi Zorunluluğundan Muafiyet

Hâllerinin Son Değişikliklerle Birlikte

Değerlendirilmesi

Ar. Gör. Alperen ERDOĞAN: Anonim ve

Limited Şirketlerin Haklı Sebep Feshine

İlişkin Yargı Kararlarının Haklı Sebep

Ekseninde Analizi

14.30-16.10: YEDİNCİ OTURUM

Başkan: Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Doç. Dr. Pelin KARAASLAN:

Yükseköğretim Kurumları Bilimsel

Araştırma Projeleri Hakkında Yönetmeliğin

"Telif Hakları" Başlıklı 18. Maddesine

Yönelik Eleştiri ve Çekinceler

Ar. Gör. Ahunur AÇIKGÖZ /

Doç. Dr. Murat GÜREL: Güncel Gelişmeler

Işığında Dijital Platformların Fikrî ve Sınai

Hak İhlallerinden Hukuki Sorumluluğu

Dr. Öğr. Üyesi Aybike TUNÇ: Dijital

Platformlarda Yayınlanan Fikir ve Sanat

Eserlerinde Bandrol Sorunu

Ar. Gör. Dr. Sercan UÇAR: Kooperatif

Yönetim Kurulu Üyeleri Açısından Yeni Bir

"Şart": Kooperatifçilik Eğitim Programını

Tamamlamak

PROF. DR. MAHMUT ESAT BOZKURT KONFERANS SALONU

10.00-11.40: SEKİZİNCİ OTURUM

Başkan: Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI

Öğr. Gör. Dr. Derya Nur KAYACAN: Yaşam

Hakkı v. Ölme Hakkı - Avrupa İnsan Hakları

Sözleşmesi'ne Taraf Ülkelerde Ölme Hakkına

Yönelik Farklı Yaklaşımlar ve Uygulamalar

Ar. Gör. Dr. Merve AĞZİTEMİZ: Avrupa

Birliği Adalet Divanı Kararları Çerçevesinde

Hayvan Refahı Kavramının Din ve İnanç

Özgürlüğü ile Birlikte Değerlendirilmesi

Av. Onur Can KESKİN: Sokak Röportajları ve

Yurttaş Gazeteciliğinin Çatışan Hukuki

Menfaatler Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Ar. Gör. Feyza ÖLÇEK: İfade Hürriyeti'ne

Chilling Effect: Nefret Söylemi Üzerine

Mülhazalar

12.00-13.40: DOKUZUNCU OTURUM

Başkan: Prof. Dr. Cavid ABDULLAHZADE

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe İSAYEV: Zaporijya

Nükleer Santralinin Sebep Olabileceği Önemli

Sınırşan Zararı Önleme Yükümlülüğünün

Rusya ve Ukrayna Savaşı Sırasında Yaşanan

Gelişmeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi N. Sarp ERGÜVEN: Birleşmiş

Milletler Barış Güçlerinin Gerçekleştirdiği

Cinsel Suçların Uluslararası Hukuk Açısından

Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Erkan AKDOĞAN: "Hazar

Denizi"nde Biyolojik Çeşitliliğin Himayesi ve

Kıyıdaş Devletlerin Tutumu: Tek-Tarafılık,

Bölgesellik, Evrensellik ve Hazar'da Mersin

Balıkları (Acipenseridae)

Ar. Gör. Dr. Selçuk KOCA: Uluslararası

Adalet Divanı'nın Ukrayna-Rusya Davasında

Verdiği Geçici Tedbir Kararı ve Uluslararası

Hukuk Açısından Olumsuz Etkileri

14.30-16.10: ONUNCU OTURUM

Başkan: Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER

Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN:

Canavarca Hisle veya Eziyet Çektirerek

Öldürme Üzerine Bir Değerlendirme

Dr. Öğr. Üyesi Haluk TOROSLU: Haksız

Tahrik Kurumuna İlişkin Tespit ve

Değerlendirmeler

Dr. Öğr. Üyesi Yaprak ÖNTAN: Merton'ın

Anomi Teorisi Perspektifinden Sapma ve

Suçta Güncel Bir Bakış

Ar. Gör. Fatma COŞKUN ŞENOL:

"Mobbing"ın Türk Ceza Hukukundaki Ortaya

Çıkış Biçimlerinden Biri Olarak: Görevin

Gereklerine Aykırı Davranış



PROF. DR. CEMİL BİLSEL KONFERANS SALONU

10.00-11.20: ON BİRİNCİ OTURUM

Başkan: Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI

Doç. Dr. Tolga ŞİRİN: Ölüm Cezası Yeniden Gelebilir mi? Türkiye'yi Bekleyen Hukuksal Engeller

Ar. Gör. Ali Erdem DOĞANOĞLU: Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yürürlükteki Mevzuata Etkisinin Belirlenmesi Sorunu Üzerine: Hâkim Resmi Mevzuat Derlemeleriyle Bağlı mıdır?

Ar. Gör. Kardelen ALTUN: Alman Federal Anayasa Mahkemesinin İleri Etki Doktrininin Gelecek Kuşakların Haklarının Korunmasına Etkisi ve Türkiye İçin Öneriler

11.40-12.40: ON İKİNCİ OTURUM

Başkan: Doç. Dr. Ozan ERGÜL

Ar. Gör. Dr. Deniz POLAT AĞGÜN: Blokzincir Teknolojisi Tabanlı Akıllı Sözleşmelerin Seçim Hukukuna Etkisi Üzerine Bir İnceleme

Ar. Gör. Rumeysa İSPİR: Seçimlerin Yönetimi ve Denetimine İlişkin Modeller Çerçevesinde Yüksek Seçim Kuruluna Dair Anayasal Bir Değerlendirme

14.00-15.40: ON ÜÇÜNCÜ OTURUM

Başkan: Prof. Dr. Ali D. ULUSOY

Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY: Koruma Amaçlı İmar Planlarının Tabi Olduğu İlke ve Kurallar Açısından Genel Kanun - Özel Kanun İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme

Doç. Dr. Betül ÖZLÜK: İdarenin Taraf Olduğu Özel Hukuk Sözleşmelerinde Borca Aykırılığın Sonuçlarına İlişkin Kamu İhale Sözleşmeleri Kanun'undaki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Serdar YILMAZ: Çevre ve İmar İhtisas Mahkemelerinin Kurulmasının Gerekli Olup Olmadığı Meselesi Üzerine Karşılaştırmalı Perspektiften Bir Tartışma

Ar. Gör. Gencer Karabekir KARAGENÇ: Kamu Alımlarında Cehenneme Giden Yoldaki İyi Niyet Taşları "İstisnalar"

16.10-17.50: ON DÖRDÜNCÜ OTURUM

Başkan: Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY

Dr. Öğr. Üyesi Melike Özge ÇEBİ BUĞDAYCI /

Ar. Gör. Feride AÇIKALIN: Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesi Üzerine Bir Değerlendirme -Anayasa Mahkemesi'nin 8/9/2022 Tarihli İptal Kararının Hatırlattıkları-

Dr. Öğr. Üyesi Onur GÜRER: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun Dava Açma Süresine İlişkin Verdiği E. 2021/2, K. 2022/1 Sayılı Kararın Değerlendirilmesi

Ar. Gör. Dr. Züleyha KESKİN: İdari Takdirin Sınırlanmasında Anayasallık Denetimi ve İdari Usulün İşlevi ve İdari Yargı Denetimi Üzerindeki Etkileri

Ar. Gör. Mehmet İNANÇ: Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadro İhdasının Hangi Erke İlişkin Olduğu Meselesi



DETAYLI BİLGİ

www.law.ankara.edu.tr

PROF. DR. MAHMUT ESAT BOZKURT KONFERANS SALONU

10.00-11.40: ON BEŞİNCİ OTURUM

Başkan: Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN

Dr. Öğr. Üyesi Özgür TAŞDEMİR: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Işığında Özel Güvenlik Hizmetleri

Dr. Süleyman ÖZAR: Ceza Muhakemesinde "Fizik Kimliğin Tespiti" İşleminde Kişisel Verilerin Korunması

Ar. Gör. Emre İkbâl AÇIKGÖZ: Özen Yükümlülüğüne Aykırı Davranış Karşılıklı Olarak İsnat Edilebilir mi? Taksirli Suçlarda Müşterek Fail Sorumluluğu

Ar. Gör. Nisa Yaren OKUMUŞ: Defansif Tıp Uygulamaları Bakımından Hekimlerin Cezai Sorumluluğu

12.00-13.20: ON ALTINCI OTURUM

Başkan: Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER: Doğrudan Doğruyalık ve Hâkimin Değişmezliği İlkeleri Karşısında Ceza Muhakemesinde Yerleşik Uygulama: Hâkimin Değişkenliği

Dr. Öğr. Üyesi Recep KAHRAMAN: Ceza Muhakemesinin Kolektifliği Açısından Bilimsel Görüşün İşlevi ve Etkinliği Sorunu

Ar. Gör. Atacan KÖKSAL: Ceza Muhakemesinde Uzlaştırmaya İlişkin Bazı Çözüm Önerileri

14.30-15.50: ON YEDİNCİ OTURUM

Başkan: Prof. Dr. Cenker GÖKER

Ar. Gör. Dr. Çağrı SÜT GÖKER: Vergilendirme Bakımından Nafaka

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe AKDEMİR: E-Ticaret (Çevrimiçi) Uygulamaları Üzerinden Tüketiciden Tüketicieye (C2C)

Gerçekleştirilen İkinci El Ürün Satışlarının Vergilendirilmesi

Ar. Gör. Ashhan TAŞER: İdari Yargıda Vergi Usul Kanunu'nun ve Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un Uygulanabilirliği

16.10-17.50: ON SEKİZİNCİ OTURUM

Başkan: Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

Dr. Öğr. Üyesi Veysel Candan CANOĞLU: Duruşmada Hazır Bulunan Tutuklu Şüpheli veya Sanık Hakkında Tahliye Kararı Verildikten Sonra Tutukevine Götürülmesinin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliğine Aykırılığı ve Çözüm Önerileri

Dr. Akif YILDIRIM: Duruşma Düzeninin Bozulması Sebepiyle Verilen Disiplin Hapsi Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Güvenceleri Açısından Değerlendirilmesi

Dr. Enver KAŞLI: İhbar Yoluyla Olayı Öğrenen Kolluk Tarafından Yapılan Aramanın Hukuka Uygunluğunu Değerlendirmek: Önleme Araması Mı, Adli Arama Mı, Suçüstü Hali Mi?

Ar. Gör. Can YALÇIN: Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Sonrasında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarına Karşı Başvurulabilecek Kanun Yoluna İlişkin Bazı Tespit ve Öneriler