



HUKUKUN GÜNCEL SORUNLARI SEMPOZYUMU - IV

ULUSLARARASI SEMPOZYUM
7-8 KASIM 2023, TÜRKİYE

GENİŞLETİLMİŞ
BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTABI

4th SYMPOSIUM ON CURRENT ISSUES OF LAW

INTERNATIONAL SYMPOSIUM
7-8 NOVEMBER 2023, TÜRKİYE

BOOK OF
EXTENDED ABSTRACTS

ISBN: 978- 605 - 136 - 779 - 8

Editörler (Editors)

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN / Prof. Dr. Cenker GÖKER
Assoc. Prof. Dr. F. Gökçen TANER / Asst. Prof. Dr. Vehbi Umut ERKAN
Asst. Prof. Dr. Serdar YILMAZ / Asst. Prof. Dr. Yaprak ÖNTAN
Asst. Prof. Dr. Üyesi Tuğçe ORAL / Asst. Prof. Dr. İbrahim BEKTAŞ
Res. Asst. Alaz TARHAN / Res. Asst. Hamdi Taha SAR
Res. Asst. Pelin İrem KIRMAZ / Res. Asst. Müşerref Gülsüm ÖZDEMİR

Ankara, Türkiye 2024

ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
HUKUKUN GÜNCEL SORUNLARI
SEMPOZYUMU - IV

ULUSLARARASI SEMPOZYUM

(7-8 Kasım 2023)

GENİŞLETİLMİŞ
BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTABI

ISBN: 978 - 605 - 136 - 779 - 8

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
Dr. Öğr. Üyesi Yaprak ÖNTAN - Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe ORAL
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim BEKTAŞ - Ar. Gör. Alaz TARHAN
Ar. Gör. Hamdi Taha SAR - Ar. Gör. Pelin İrem KIRMAZ
Ar. Gör. Müşerref Gülsüm ÖZDEMİR

Ankara / Türkiye

Şubat 2024

ANKARA UNIVERSITY FACULTY OF LAW

**4th SYMPOSIUM ON
CURRENT ISSUES OF LAW**

INTERNATIONAL SYMPOSIUM

(7-8 November 2023)

**BOOK OF
EXTENDED ABSTRACTS**

ISBN: 978 - 605 - 136 - 779 - 8

EDITORS

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN - Prof. Dr. Cenker GÖKER - Assoc. Prof. Dr. F. Gökçen TANER
Asst. Prof. Dr. Vehbi Umut ERKAN - Asst. Prof. Dr. Serdar YILMAZ
Asst. Prof. Dr. Yaprak ÖNTAN - Asst. Prof. Dr. Üyesi Tuğçe ORAL
Asst. Prof. Dr. İbrahim BEKTAŞ - Res. Asst. Alaz TARHAN
Res. Asst. Hamdi Taha SAR - Res. Asst. Pelin İrem KIRMAZ
Res. Asst. Müşerref Gülsüm ÖZDEMİR

Ankara / Türkiye

February 2024



TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NİN YÜZÜNCÜ YILI



Türkiye Cumhuriyeti'nin Yüzüncü Yılı ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Kuruluşunun 98. Yılı Etkinlikleri Kapsamında 7-8 Kasım 2023 Tarihlerinde Gerçekleştirilen **“Hukukun Güncel Sorunları Sempozyumu - IV”** İsimli Uluslararası Sempozyumda Sözlü Olarak Sunulan Bildirilerin Genişletilmiş Bildiri Özetleri Kitabıdır.

This is the Book of Extended Abstracts of the Papers Presented Orally at the International Symposium Titled **“Symposium on Current Problems of Law - IV”** Held on 7-8 November 2023 within the Scope of the Activities of the 100th Anniversary of the Republic of Türkiye and the 98th Anniversary of the Ankara University Faculty of Law.

BİLİM KURULU / SCIENTIFIC COMITTEE

Bilim Kurulu Başkanı / Chairman of the Scientific Comittee

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN (Ankara Üniversitesi)

Bilim Kurulu Üyeleri/Members of the Scientific Comittee

(Unvana Göre ve Alfabetik Olarak Sıralı/Sorted by Title and Alphabetically)

Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI (Ankara University) / Prof. Dr. Ahmet Nadi GÜNAL (Ankara University) / Prof. Dr. Ali D. ULUSOY (Ankara University) / Prof. Dr. Arzu OĞUZ (Ankara University) / Prof. Dr. Asuman TURANBOY (Ankara University) / Prof. Dr. Cavid ABDULLAHZADE (Ankara University) / Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR (Ankara University) / Prof. Dr. Dilek ÖZKÖK ÇUBUKÇU (Ankara University) / Prof. Dr. Erhan TEMEL (Augsburg University, Germany) / Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Hacettepe University) / Prof. Dr. Gülriz UYGUR (Ankara University) / Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (Ankara University) / Prof. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN (Ankara University) / Prof. Dr. Hakan KARAN (Ankara University) / Prof. Dr. Hasan AYRANCI (Ankara University) / Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR (Yozgat Bozok University) / Prof. Dr. Helena SOLETO MUÑOZ (Carlos III University of Madrid, Spain) / Prof. Dr. İlke GÖÇMEN (Ankara University) / Prof. Dr. Korkut ÖZKORKUT (Ankara University) / Prof. Dr. Levent AKIN (Ankara University) / Prof. Dr. Mariusz POPLAWSKI (Bialystok University, Poland) / Prof. Dr. Martina BENECKE (Augsburg University, Germany) / Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU (Ankara University) / Prof. Dr. Michael KORT (Augsburg University, Germany) / Prof. Dr. Nevin ÜNAL (Ankara University) / Prof. Dr. Pınar KARTAL (Galatasaray University) / Prof. Dr. Raphael KOCH (Augsburg University, Germany) / Prof. Dr. Rifat ERTEN (Ankara University) / Prof. Dr. Selin ESEN (Ankara University) / Prof. Dr. Süleyman BAŞTERZİ (Ankara University) / Prof. Dr. Süleyman YILMAZ (Ankara University) / Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (TED University) / Prof. Dr. Tahir İrfan BARLASS (Istanbul University) / Prof. Dr. Thomas MÖLLERS (Augsburg University, Germany) / Prof. Dr. Tuğrul KATOĞLU (Kadir Has University) / Prof. Dr. Türkân YALÇIN (Ankara University) / Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK (Ankara University) / Assoc. Prof. Dr. Ali Ersoy KONTACI (Ankara University) / Assoc. Prof. Dr. Altan RENÇBER (Istanbul University) / Assoc. Prof. Dr. Burçak YILDIZ (Ankara University) / Assoc. Prof. Dr. Bülent ALGAN (Ankara University) / Assoc. Prof. Dr. Emel HANAĞASI (Ankara University) / Assoc. Prof. Dr. Gamze GÜMÜŞKAYA (Istanbul University) / Assoc. Prof. Dr. Gaye BAYCIK (Ankara University) / Assoc. Prof. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY (Ankara University) / Assoc. Prof. Dr. Murat GÜREL (Ankara University) / Assoc. Prof. Dr. Nadire ÖZDEMİR (Ankara University) / Assoc. Prof. Dr. Nuray AŞÇI AKINCI (Kocaeli University) / Assoc. Prof. Dr. Oytun CANYAŞ (Hacettepe University) / Asst. Prof. Dr. Selin ÖZDEN MERHACI (Ankara University) / Dr. Katarzyna LUDWICHOWSKA-REDO (Graz University, Poland)

DÜZENLEME KURULU / ORGANIZING COMITTEE

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN / Prof. Dr. Cenker GÖKER / Assoc. Prof. Dr. F. Gökçen TANER / Asst. Prof. Dr. Vehbi Umut ERKAN / Asst. Prof. Dr. Serdar YILMAZ / Asst. Prof. Dr. Yaprak ÖNTAN / Asst. Prof. Dr. Üyesi Tuğçe ORAL / Asst. Prof. Dr. İbrahim BEKTAŞ / Res. Asst. Alaz TARHAN / Res. Asst. Hamdi Taha SAR - Res. Asst. Pelin İrem KIRMAZ / Res. Asst. Müşerref Gülsüm ÖZDEMİR

İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

| | |
|---|----------|
| SEMPOZYUM PROGRAMI (TÜRKÇE AFİŞ) | IX-XI |
| SYMPOSIUM PROGRAM (ENGLISH POSTER)..... | XII-XIII |
| GENİŞLETİLMİŞ BİLDİRİ ÖZETLERİ / EXTENDED ABSTRACTS | 1-253 |

GENİŞLETİLMİŞ BİLDİRİ ÖZETLERİ / EXTENDED ABSTRACTS

Sempozyum Programında Belirtilen Sunum Sırasına Göre

According to the Order of Presentation Specified in the Symposium Program

BİRİNCİ GÜN / FIRST DAY

Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN

| | |
|--|---|
| TARIMSAL ÜRETİM SÖZLEŞMELERİ VE TARIMSAL ÜRETİM SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK..... | 1 |
| AGRICULTURAL PRODUCTION CONTRACTS AND MANDATORY MEDIATION FOR DISPUTES ARISING FROM AGRICULTURAL PRODUCTION CONTRACTS..... | 4 |

Ar. Gör. Dr. Hikmet BİLGİN

| | |
|--|---|
| 7445 SAYILI KANUN İLE DAVA ŞARTI (ZORUNLU) ARABULUCULUĞUN KAPSAMINA DAHİL EDİLEN YENİ BİR ALAN: TAŞINIR VE TAŞINMAZ MALLARIN PAYLAŞTIRILMASINA VE ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLAR | 6 |
| A NEW AREA INCLUDED IN THE SCOPE OF COMPULSORY MEDIATION BY CODE NUMBER 7445: DISPUTES RELATING TO THE DISTRIBUTION OF MOVABLE AND IMMOVABLE PROPERTIES AND DISSOLUTION OF JOINT OWNERSHIP | 9 |

Arb. Av. Melek SAVAŞCI

| | |
|---|----|
| TAŞINMAZIN DEVRİNE VEYA TAŞINMAZ ÜZERİNDE SINIRLI AYNİ HAK KURULMASINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ | 11 |
| THE RESOLUTION OF DISPUTES REGARDING THE CONVEYANCE OF THE REAL ESTATE AND THE ESTABLISHMENT OF LIMITED REAL RIGHTS ON IT THROUGH MEDIATION.. | 14 |

Ar. Gör. İsmail AYDIN

| | |
|--|----|
| KONUT KİRALARINDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞA İLİŞKİN YENİLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ | 16 |
| EVALUATION OF THE NEW RULES ON MANDATORY MEDIATION IN DISPUTE ARISING FROM HOUSE RENT..... | 20 |

Ar. Gör. Metin SÜRER

| | |
|---|----|
| KAT MÜLKİYETİ KANUNU VE KOMŞULUK HAKKINDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK DÜZENLEMESİ | 21 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| MANDATORY MEDIATION REGULATION FOR DISPUTES ARISING FROM THE CONDOMINIUM OWNERSHIP LAW AND NEIGHBOR RELATIONS LAW | 25 |
| Ar. Gör. Duygu DİNCİOĞLU | |
| AVRUPA KONSEYİNİN 85/374 SAYILI DİREKTİFİ'NE GÖRE YAZILIMIN ÜRÜN NİTELİĞİ 26 PRODUCT NATURE OF SOFTWARE ACCORDING TO EUROPEAN COUNCIL DIRECTIVE 85/374..... | 29 |
| Ar. Gör. Hasan Ali GÜÇLÜ | |
| PİRAMİT SATIŞ | 31 |
| PYRAMID SALES | 34 |
| Av. Güzide İrem CAN | |
| KİRA ARTIŞLARINA GEÇİCİ MADDE 1 İLE GETİRİLEN YÜZDE 25 SINIRI VE SINIRLAMAYA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER | 36 |
| THE 25 PERCENT LIMIT ON RENT INCREASES IMPOSED BY TEMPORARY ARTICLE 1 AND EVALUATIONS ON THE LIMIT | 39 |
| Prof. Dr. Levent AKIN | |
| CUMHURİYETİN 100. YILINDA TÜRK İŞ HUKUKU | 40 |
| ON THE 100TH ANNIVERSARY OF THE REPUBLIC TURKISH LABOR LAW..... | 41 |
| Dr. Öğr. Üyesi Berna ÖZTÜRK YILMAZ | |
| ENGELLİ İŞÇİLERİN FESHE KARŞI ÖZEL OLARAK KORUNMASI GEREKLİLİĞİ - TÜRK VE ALMAN HUKUKU AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMALI BİR DEĞERLENDİRME - | 43 |
| THE NEED FOR SPECIAL PROTECTION AGAINST DISMISSAL FOR DISABLED EMPLOYEES -A COMPARATIVE EVALUATION IN TERMS OF TURKISH AND GERMAN LAW-..... | 47 |
| Dr. Öğr. Üyesi Derya DOĞRU | |
| 6284 SAYILI AİLENİN KORUNMASI VE KADINA KARŞI ŞİDDETİN ÖNLENMESİNE DAİR KANUNUN UYGULAMASINDA KARŞILAŞILAN SORUNLAR..... | 48 |
| PROBLEMS ENCOUNTERED IN THE IMPLEMENTATION OF LAW NO. 6284 ON PROTECTION OF FAMILY AND PREVENTION OF VIOLENCE AGAINST WOMEN | 52 |
| Ar. Gör. Dr. İmge Hazal YILMAZ TEKİN | |
| AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN 27 HAZİRAN 2023 TARİHLİ VE 27094/20 BAŞVURU NUMARALI KARARI DOĞRULTUSUNDA KADIN İÇİN BEKLEME SÜRESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ..... | 53 |
| EVALUATION OF THE WAITING PERIOD FOR WOMEN ACCORDING TO THE DECISION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS DATED 27 JUNE 2023, NO. 27094/20..... | 56 |
| Ar. Gör. Dr. E. İrem AKI | |
| HUKUK EĞİTİMİNDE TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİ: DÖNÜŞTÜRÜCÜ ADALETİN BİR ARACI OLARAK HUKUK VE EDEBİYAT DERSİ..... | 58 |
| GENDER EQUALITY IN LEGAL EDUCATION: THE LAW AND LITERATURE COURSE AS A TOOL FOR TRANSFORMATIVE JUSTICE..... | 61 |

| | |
|---|-----|
| Doç. Dr. Ufuk TEKİN | |
| SLOGAN MARKALARI..... | 63 |
| SLOGAN TRADEMARKS | 66 |
| Dr. Öğr. Üyesi Nevin MERAL | |
| LİMİTED ŞİRKET ORTAĞININ BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKINA İLİŞKİN GENEL KURULA BAŞVURU ŞARTININ İNCELENMESİ | 67 |
| THE EXAMINATION ON THE CONDITION TO APPLY TO THE GENERAL ASSEMBLY FOR LLC MEMBERS' INFORMATION RIGHTS | 70 |
| Dr. Öğr. Üyesi Muhammet Emin BİNGÖL | |
| LİMİTED ŞİRKETLERDE AZLIĞIN FİNANSAL TABLOLARIN GÖRÜŞÜLMESİNİN ERTELENMESİNİ TALEP ETME HAKKI VAR MIDIR? | 72 |
| DOES THE MINORITY HAVE THE RIGHT TO REQUEST POSTPONEMENT OF THE DISCUSSION OF FINANCIAL STATEMENTS IN LIMITED LIABILITY COMPANIES? | 75 |
| Dr. Öğr. Üyesi İbrahim BEKTAŞ | |
| HUKUK EĞİTİMİNDE DRAMA YÖNTEMİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ - TİCARET HUKUKU DERSİ ÖRNEĞİ | 77 |
| APPLICABILITY OF DRAMA METHOD IN LEGAL EDUCATION - EXAMPLE OF A COMMERCIAL LAW LESSON | 81 |
| Ar. Gör. Dr. Nurdan BALKAN | |
| TİCARİ İŞLETME REHNİNDE KİRA ALACAĞININ REHNİN KAPSAMI AÇISINDAN İNCELENMESİ | 83 |
| EXAMINATION OF THE RENTAL RECEIVABLE IN COMMERCIAL ENTERPRISE PLEDGE IN TERMS OF THE SCOPE OF THE PLEDGE | 86 |
| Ar. Gör. Dr. Buket GÜNAY | |
| KÜÇÜĞÜN KİŞİSEL VERİLERİNİN İŞLENMESİNE RIZASI: TÜRK VE AB HUKUKUNA KARŞILAŞTIRMALI BİR BAKIŞ | 87 |
| CONSENT OF THE CHILD TO THE PROCESSING OF HIS/HER PERSONAL DATA: A COMPARATIVE OVERVIEW OF TURKISH AND EU LAW | 90 |
| Ar. Gör. Muhammed Harun KILIÇ | |
| ÇOCUĞUN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASINDA KORUYUCU HUKUKİ ÖNLEMLER PROTECTIVE LEGAL MEASURES IN CHILD'S PERSONAL DATA PROTECTION | 92 |
| Arş Gör. Abdullah Emre KAYAALP | 97 |
| DONDURULMUŞ SPERM VE BABANIN ÖLÜMÜ SONRASI DÖLLENEN EMBRİYONUN MİRASÇILIĞI | 97 |
| Prof. Dr. Helena SOLETO MUÑOZ / Federico GONZALEZ BARRERA | |
| ADR FOR CHILDREN AND JUVENILES: CONSTRUCTING A PATH TO RESTORATIVE JUSTICE - THE SPANISH EXPERIENCE | 103 |
| Katarzyna KICZOROWSKA | |
| THE PROBLEM OF REGULATION ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN LEGAL ACTS | 107 |

Maria Di MAGGIO

A COMPARATIVE APPROACH TO WHISTLEBLOWING: PUBLIC DISCLOSURES AND INTERNAL CONTROL SYSTEMS OF PUBLIC AND PRIVATE ENTITIES 110

Tanya Yuliyanova MIRTCHEVA

CIRCUMSTANCES EXCLUDING THE DANGER FOR THE SOCIETY IN ROMAN CRIMINAL LAW..... 114

İKİNCİ GÜN / SECOND DAY

Prof. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN

CEZA HUKUKUNDA KANUNİLİK İLKESİ AÇISINDAN YASAMA TEKNİĞİ, KANUNLAŞTIRMA ENFLASYONU VE TORBA KANUNLAR 119

LEGISLATIVE TECHNIQUE, INFLATION OF LEGALIZATION AND OMNIBUS LAWS IN TERMS OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN CRIMINAL LAW 122

Doç. Dr. Haluk TOROSLU

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA “HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI” 124

“DEFERMENT OF THE ANNOUNCEMENT OF THE VERDICT” IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS 128

Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER

TÜRK CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA MAKUL SÜREDE VE ETKİLİ YARGILAMA YAPILMASINI ÖNLEYEN İKİ SORUN ÜZERİNE: ÇOK SANIKLA VE EKSİK SORUŞTURMA SONUCUNDA AÇILAN DAVALAR 129

ON TWO PROBLEMS IN TURKISH CRIMINAL PROCEDURE LAW THAT PREVENT THE CONDUCT EFFECTIVE AND WITHIN A REASONABLE TIME: CASES FILED AGAINST MULTIPLE DEFENDANTS AS A RESULT OF INCOMPLETE INVESTIGATION 133

Dr. Öğr. Üyesi Yaprak ÖNTAN

TUTUKLAMAYA DAİR GÜNCEL SORUNLAR 134

CURRENT PROBLEMS REGARDING DETENTION 137

Ar. Gör. Dr. Atacan KÖKSAL

CEZA MUHALEMESİ HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN 2547 SAYILI YÜKSEKÖĞRETİM KANUNUNDAKİ CEZA SORUŞTURMA USULÜNE İLİŞKİN BAZI TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER 139

SOME FINDINGS AND EVALUATIONS RELATED TO THE CRIMINAL INVESTIGATION PROCEDURE IN THE HIGHER EDUCATION LAW NO. 2547 FROM THE PERSPECTIVE OF CRIMINAL PROCEDURE LAW 143

Dr. Öğr. Üyesi Eylem BAŞ

ÖZEL SAĞLIK KURUM VE KURULUŞLARI VE VAKIF ÜNİVERSİTELERİNDE GÖREVLERİNİ İCRA EDEN SAĞLIK MESLEK MENSUPLARININ TIBBİ İŞLEM VE UYGULAMALARI NEDENİYLE YAPILAN SORUŞTURMALAR BAKIMINDAN SORUŞTURMA İZİNİNİN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI..... 144

THE IMPLEMENTATION OF THE INVESTIGATION PERMIT IN TERMS OF RATIONE TEMPORIS OF INVESTIGATIONS MADE DUE TO MEDICAL PROCEDURES AND PRACTICES CARRIED OUT BY HEALTHCARE PROFESSIONALS IN PRIVATE HEALTH INSTITUTIONS AND ORGANIZATIONS AND FOUNDATION UNIVERSITIES 147

Ar. Gör. Dr. Ahmet KILIÇ

KONUTTA ARAMANIN KOLLUK GÖREVLİLERİ TARAFINDAN KAMERAYLA KAYDEDİLMESİNİN ZORUNLULUĞU, HUKUKA UYGUNLUĞU VE GEREKLİLİĞİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER 149

EVALUATIONS ON THE OBLIGATORINESS, LAWFULNESS AND NECESSITY OF RECORDING A SEARCH OF DWELLING HOUSE WITH CAMERA BY LAW ENFORCEMENT OFFICERS 152

Ar. Gör. Rabia İBİŞ

YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE CİNSEL SALDIRI, İSTİSMAR VE TACİZ SUÇLARI ÖZELİNDE TEŞEBBÜS VE GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEYE İLİŞKİN BAZI DEĞERLENDİRMELER 154

SOME EVALUATIONS ON ATTEMPT AND VOLUNTARY ABANDONMENT WITHIN THE FRAMEWORK OF THE DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION, IN THE CONTEXT OF SEXUAL ASSAULT, ABUSE AND HARASSMENT CRIMES..... 157

Ar. Gör. Afra AKGÜL

TÜRK CEZA HUKUKUNDA SAPMA HALLERİNDE CEZAİ SORUMLULUĞUN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRMESİ..... 159

EVALUATION OF TURKISH SUPREME COURT DECISIONS REGARDING THE DETERMINATION OF CRIMINAL LIABILITY IN CASES OF ABERRATIO IN TURKISH PENAL CODE 161

Ar. Gör. Eşref Barış BÖREKÇİ

TÜZEL KİŞİLERE UYGULANABİLEN KORUMA TEDBİRLERİNDEKİ MÜDAHALENİN SINIRI 163

LIMITS OF INTERVENTION IN INVESTIGATION MEASURES APPLICABLE TO LEGAL ENTITIES 167

Dr. Ceren KASIM

KRİZLER VE İNSANA YARAŞIR ÇALIŞMA KOŞULLARI : COVID-19 PANDEMİSİ KRİZİNDE KADIN İŞÇİLERİN KORUNMASI: CRISES AND DECENT WORKING CONDITIONS 168

CRISES AND DECENT WORKING CONDITIONS: PROTECTION OF WOMEN WORKERS IN THE COVID-19 PANDEMIC CRISIS 172

Dr. Uğur ORHAN

BEYAZ YAKA SUÇLARI VE GÜNÜMÜZ SERMAYE PİYASALARINDAKİ
YANSIMALARI..... 174

WHITE-COLLAR CRIMES AND THEIR REFLECTIONS IN TODAY'S CAPITAL
MARKETS..... 178

Bedirhan ERDEM

REKABET KURUMUNUN İHALELERDE REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMALARDA
MADDE YÖNÜNDEN YETKİSİZLİĞİ ÜZERİNE..... 179

ON THE TURKISH COMPETITION AUTHORITY'S LACK OF COMPETENCE IN TERMS OF
SUBMISSION CARTEL (BID-RIGGING)..... 182

Dr. Öğr. Üyesi Sibel YILMAZ COŞKUN

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE DAİR
KARARLARININ HAK KAPSAM TEORİLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ..... 184

EVALUATION OF THE DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS ON
FREEDOM OF EXPRESSION IN THE FRAMEWORK OF RIGHTS SCOPE THEORIES..... 188

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep HAZAR

İNSAN HAKLARININ TEMELLENDİRİLMESİNDE MÜZAKERECİ YAKLAŞIM VE AVRUPA
İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ UYGULAMASINA YANSIMALARI 190

DELIBERATE SCHOOL OF THOUGHT ON FOUNDATION OF HUMAN RIGHTS AND ITS
REFLECTIONS ON THE PRACTICE OF THE EUROPEAN CONVENTION
ON HUMAN RIGHTS..... 193

Ar. Gör. Dr. Merve AĞZİTEMİZ

AİHM VE ABAD'IN SAĞLIK DURUMU TEMELİNDE AYRIMCILIK KAVRAMINA GÜNCEL
YAKLAŞIMLARI 195

CURRENT APPROACH OF THE ECtHR AND CJEU TO THE CONCEPT OF DISCRIMINATION
ON THE GROUND OF MEDICAL CONDITION 198

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe AKDEMİR

GÜMRÜK KIYMETİ VE TARİFESİNİN TESPİTİNDE YAPAY ZEKÂ DESTEĞİ..... 200

SUPPORT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN DETERMINING CUSTOMS VALUE AND
TARIFF 203

Dr. Öğr. Üyesi Kerem ÖNCÜ

MOTOSİKLET ÜZERİNDEKİ ÖZEL TÜKETİM VERGİSİ ÜZERİNE ÖNERİ 205

SUGGESTION ON SPECIAL CONSUMPTION TAX ON MOTORCYCLES 208

Ar. Gör. Sude SÖNMEZ

BOŞ EV VERGİSİ VE TÜRKİYE'DE UYGULANABİLİRLİĞİ..... 210

EMPTY HOMES TAX AND APPLICABILITY IN TÜRKİYE 213

Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY

ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU SÜRESİNİN BAŞLANGICINA İLİŞKİN
YORUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ 214

| | |
|--|-----|
| EVALUATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S VIEW ON THE START OF THE INDIVIDUAL APPLICATION TIME LIMIT | 218 |
| Dr. Öğr. Üyesi Serdar YILMAZ | |
| ARABULUCULUK MÜZAKERELERİNDE İDAREYİ TEMSİL EDEN KOMİSYON ÜYELERİNİN SORUMLULUĞU MESELESİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER..... | 220 |
| THOUGHTS ON THE ISSUE OF THE RESPONSIBILITY OF COMMISSION MEMBERS WHO REPRESENT THE ADMINISTRATION IN MEDIATION NEGOTIATIONS | 226 |
| Dr. Öğr. Üyesi Cemâl DURSUN | |
| MADEN RUHSAT HUKUKU BAKIMINDAN ETKB TAŞINMAZ KOMİSYONU | 229 |
| MENR REAL ESTATE COMMISSION IN RESPECT OF MINING LICENSE REGIME | 233 |
| Ar. Gör. Dr. Ilgın ÖZKAYA ÖZLÜER | |
| YENİ BİR İKLİM REJİMİNİN OLUŞTURULMASINDA İKLİM HUKUKUNUN KURUCU ROLÜ | 235 |
| IN THE CREATION OF A NEW CLIMATE REGIME THE FOUNDING ROLE OF CLIMATE LAW..... | 238 |
| Dr. Öğr. Üyesi Feyzan OLGUNSOY | |
| YABANCILARIN TAŞINMAZ EDİNİMİNDE KARŞILIKLILIK İLKESİNİN KALDIRILMASININ ANAYASAYA AYKIRILIĞI..... | 240 |
| THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE ABOLITION OF THE PRINCIPLE OF RECIPROCITY IN THE ACQUISITION OF REAL ESTATE BY FOREIGNERS..... | 243 |
| Dr. Derya BELGİN GÜNEŞ | |
| BİR BİREYSEL BAŞVURU KARARI IŞIĞINDA KISMÎ DAVADA ALINAN BİLİRKİŞİ RAPORUNUN BAĞLAYICILIĞI ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER..... | 244 |
| EVALUATIONS ON THE BINDINGNESS OF THE EXPERT REPORT RECEIVED IN PARTIAL LAWSUIT IN THE LIGHT OF AN INDIVIDUAL APPLICATION DECISION..... | 247 |
| Ar. Gör. Ali Erdem DOĞANOĞLU | |
| ANAYASA MAHKEMESİ'NİN NORM DENETİMİNDE İNCELEMENİN KAPSAMINI VE KARARIN GEREKÇESİNİ ÖLÇÜ NORMLAR YÖNÜNDEN SINIRLAMASI | 249 |
| THE CONSTITUTIONAL COURT'S LIMITATION OF THE SCOPE OF THE REVIEW AND THE REASONING OF THE DECISION IN CONSTITUTIONALITY REVIEW IN TERMS OF THE CRITERION NORMS | 252 |

HUKUKUN GÜNCEL SORUNLARI
SEMPOZYUMU - IV / 4th SYMPOSIUM ON
CURRENT ISSUES OF LAW

SEMPOZYUM AFİŞİ
SYMPOSIUM POSTER
(TURKISH / ENGLISH)

7-8 KASIM 2023 / 7-8 NOVEMBER 2023



HUKUKUN GÜNCEL SORUNLARI SEMPOZYUMU - IV

1. GÜN PROGRAMI - 7 KASIM 2023



PROF. MAHMUT ESAT BOZKURT KONFERANS SALONU

9.45-10.00: AÇIŞ KONUŞMALARARI

10.00-12.00: BİRİNCİ OTURUM

Başkan: Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN: Tarımsal Üretim Sözleşmeleri ve Tarımsal Üretim Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk

Ar. Gör. Dr. Hikmet BİLGİN: 7445 Sayılı Kanun ile Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuğun Kapsamına Dahil Edilen Yeni Bir Alan: Taşınır ve Taşınmaz Malların Paylaştırılmasına ve Ortaklığın Giderilmesine İlişkin Uyuşmazlıklar

Av. Arb. Melek SAVAŞÇI: Taşınmazın Devrine veya Taşınmaz Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Kurulmasına İlişkin Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yoluyla Çözümlemesi

Ar. Gör. İsmail AYDIN: Konut Kiralarından Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuğa İlişkin Yeniliklerin Değerlendirilmesi

Ar. Gör. Metin SÜRER: Kat Mülkiyeti Kanunu ve Komşuluk Hakkından Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Düzenlemesi

12.30-13.50: İKİNCİ OTURUM

Başkan: Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK

Ar. Gör. Duygu DİNCİOĞLU: Avrupa Konseyinin 85/374 Sayılı Direktifi'ne Göre Yazılımın Ürün Niteliği

Ar. Gör. Hasan Ali GÜÇLÜ: Piramit Satış

Av. Güzide İrem CAN: Kira Artışlarına Geçici Madde 1 ile Getirilen Yüzde 25 Sınırı ve Sınırlamaya İlişkin Değerlendirmeler

14.30-15.20: ÜÇÜNCÜ OTURUM

Başkan: Prof. Dr. Levent AKIN

Prof. Dr. Levent AKIN: Cumhuriyetin 100. Yılında Türk İş Hukuku

Dr. Öğr. Üyesi Berna ÖZTÜRK YILMAZ: Engelli İşçilerin Feshe Karşı Özel Olarak Korunması Gerekliği -Türk ve Alman Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme-

15.40-17.00: DÖRDÜNCÜ OTURUM

Başkan: Prof. Dr. Gülriz UYGUR

Dr. Öğr. Üyesi Derya DOĞRU: 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulamasında Karşılaşılan Sorunlar

Ar. Gör. Dr. İmge Hazal YILMAZ TEKİN: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 27 Haziran 2023 Tarihli ve 27094/20 Başvuru Numaralı Kararı Doğrultusunda Kadın İçin Bekleme Süresinin Değerlendirilmesi

Ar. Gör. Dr. E. İrem AKI: Hukuk Eğitiminde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği: Dönüştürücü Adaletin Bir Aracı Olarak Hukuk ve Edebiyat Dersi

PROF. DR. ALİ BOZER KONFERANS SALONU

(BANKA VE TİCARET HUKUKU ARAŞTIRMA ENSTİTÜSÜ)

10.00-12.00: BEŞİNCİ OTURUM

Başkan: Doç. Dr. Murat GÜREL

Doç. Dr. Ufuk TEKİN: Slogan Markaları

Dr. Öğr. Üyesi Nevin MERAL: Limited Şirket Ortağının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkına İlişkin Genel Kurula Başvuru Şartının İncelenmesi

Dr. Öğr. Üyesi Muhammet Emin BİNGÖL: Limited Şirketlerde Azlığın Finansal Tabloların Görüşülmesinin Ertelenmesini Talep Etme Hakkı Var mıdır?

Dr. Öğr. Üyesi İbrahim BEKTAŞ: Ticaret Hukuku Öğretiminde Drama Yönteminin Kullanılması

Ar. Gör. Nurdan BALKAN: Ticari İşletme Rehninde Kira Alacağının Rehnin Kapsamı Açısından İncelenmesi

12.30-13.50: ALTINCI OTURUM

Başkan: Prof. Dr. Süleyman YILMAZ

Ar. Gör. Dr. Buket GÜNAY: Küçüğün Kişisel Verilerinin İşlenmesine Rızası: Türk ve AB Hukukuna Karşılaştırmalı Bir Bakış

Ar. Gör. M. Harun KILIÇ: Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunmasında Koruyucu Hukuki Önlemler

Ar. Gör. Abdullah Emre KAYAALP: Dondurulmuş Sperm ve Babanın Ölümü Sonrası Döllenen Embriyonun Mirasçılığı

YURT DIŞI KATILIMCILAR İNGİLİZCE SUNUMLAR

14.30-16.30: YEDİNCİ OTURUM

Başkan: Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI

Prof. Dr. Helena SOLETO MUÑOZ / Federico GONZALEZ BARRERA (Spain): ADR for Children and Juveniles:

Constructing A Path to Restorative Justice - The Spanish Experience

Katarzyna KICZOROWSKA (Poland): The Problem of Regulation of Artificial Intelligence in Legal Acts

Maria DI MAGGIO (Italy): A Comparative Approach to Whistleblowing: Public Disclosures and Internal Control Systems of Public and Private Entities

Tanya Yuliyanova MIRCHEVA (Bulgaria): Circumstances Excluding the Danger for the Society in Roman Criminal Law



ANKARA UNIVERSITY FACULTY OF LAW
4th SYMPOSIUM ON
CURRENT ISSUES OF LAW
INTERNATIONAL SYMPOSIUM

Sempozyum, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin farklı salonlarında eş zamanlı olarak ve dinleyiciler için yüz yüze gerçekleştirilecek olan PARALEL OTURUMLAR ile yürütülecektir.

Her oturumun sonunda ortak soru-cevap bölümü olacaktır.



HUKUKUN GÜNCEL SORUNLARI SEMPOZYUMU - IV



2. GÜN PROGRAMI - 8 KASIM 2023

PROF. DR. CEMİL BİLSEL KONFERANS SALONU

10.00-12.00: SEKİZİNCİ OTURUM

Başkan: Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

Prof. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN: Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi Açısından Yasama Tekniği, Kanunlaştırma Enflasyonu ve Torba Kanunlar

Doç. Dr. Haluk TOROSLU: Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması"

Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER: Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Makul Sürede ve Etkili Yargılama Yapılmasını Önleyen İki Sorun Üzerine: Çok Sanıkla ve Eksik Soruşturma Sonucunda Açılan Davalar

Dr. Öğr. Üyesi Yaprak ÖNTAN: Tutuklamaya Dair Güncel Sorunlar

Ar. Gör. Dr. Atacan KÖKSAL: Ceza Muhakemesi Hukuku Perspektifinden 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunundaki Ceza Soruşturma Usulüne İlişkin Bazı Tespit ve Değerlendirmeler

13.00-15.00: DOKUZUNCU OTURUM

Başkan: Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Dr. Öğr. Üyesi Eylem BAŞ: Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşları ve Vakıf Üniversitelerinde Görevlerini İcra Eden Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbi İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Yapılan Soruşturmalar Bakımından Soruşturma İzninin Zaman Bakımından Uygulanması

Ar. Gör. Dr. Ahmet KILIÇ: Konutta Aramanın Kolluk Görevlileri Tarafından Kamera ile Kaydedilmesinin Zorunluluğu, Hukuka Uygunluğu ve Gerekliliği Üzerine Değerlendirmeler

Ar. Gör. Rabia İBİŞ: Yargıtay Kararları Çerçevesinde Cinsel Saldırı, İstismar ve Taciz Suçları Özelinde Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçmeye İlişkin Bazı Değerlendirmeler

Ar. Gör. Afra AKGÜL: Türk Ceza Hukukunda Sapma Hallerinde Cezai Sorumluluğun Belirlenmesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirmesi

Ar. Gör. Eşref Barış BÖREKÇİ: Tüzel Kişilere Uygulanabilen Koruma Tedbirlerindeki Müdahalenin Sınırı

YURT DIŞI KATILIMCILAR TÜRKÇE SUNUMLAR

15.30-17.00: ONUNCU OTURUM

Başkan: Doç. Dr. Gaye BAYCIK

Dr. Ceren KASIM (Almanya): Krizler ve İnsana Yaraşır Çalışma Koşulları: COVID-19 Pandemisi Krizinde Kadın İşçilerin Korunması

Dr. Uğur ORHAN (Hollanda): Beyaz Yaka Suçları ve Günümüz Sermaye Piyasalarındaki Yansımaları

Bedirhan ERDEM (Almanya): Rekabet Kurumunun İhalelerde Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalarda Madde Yönünden Yetkisizliği Üzerine

PROF. MAHMUT ESAT BOZKURT KONFERANS SALONU

10.00-11.20: ON BİRİNCİ OTURUM

Başkan: Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI

Dr. Öğr. Üyesi Sibel YILMAZ COŞKUN: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İfade Özgürlüğüne Dair Kararlarının Hak Kapsam Teorileri Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep HAZAR: İnsan Haklarının Temellendirilmesinde Müzakereci Yaklaşım ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasına Yansımaları

Ar. Gör. Dr. Merve AĞZİTEMİZ: AİHM ve ABAD'ın Sağlık Durumu Temelinde Ayrımcılık Meselesine Güncel Yaklaşımları

11.40-13.00: ON İKİNCİ OTURUM

Başkan: Prof. Dr. Cenker GÖKER

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe AKDEMİR: Gümrük Kıymeti ve Tarifesinin Tespitinde Yapay Zekâ Desteği

Dr. Öğr. Üyesi Kerem ÖNCÜ: Motosiklet Üzerindeki Özel Tüketim Vergisi Üzerine Öneri

Ar. Gör. Sude SÖNMEZ: Boş Ev Vergisi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği

13.30-15.10: ON ÜÇÜNCÜ OTURUM

Başkan: Prof. Dr. Ali D. ULUSOY

Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY: Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Süresinin Başlangıcına İlişkin Yorumunun Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Serdar YILMAZ: Arabuluculuk Müzakerelerinde İdareyi Temsil Eden Komisyon Üyelerinin Sorumluluğu Meselesi Üzerine Düşünceler

Dr. Öğr. Üyesi Cemâl DURSUN: Maden Ruhsat Hukuku Bakımından ETKB Taşınmaz Komisyonu

Ar. Gör. Dr. İlgin ÖZKAYA ÖZLÜER: Yeni Bir İklim Rejiminin Oluşturulmasında İklim Hukukunun Kurucu Rolü

15.30-17.00: ON DÖRDÜNCÜ OTURUM

Başkan: Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY

Dr. Öğr. Üyesi Feyzan OLGUNSOY: Yabancıların Taşınmaz Ediniminde Karşılıklılık İlkesinin Kaldırılmasının Anayasaya Aykırılığı

Ar. Gör. Dr. Derya Belgin GÜNEŞ: Bir Bireysel Başvuru Kararı Işığında Kısmî Davada Alınan Bilirkişi Raporunun Bağlayıcılığı Üzerine Değerlendirmeler

Ar. Gör. Ali Erdem DOĞANOĞLU: Anayasa Mahkemesi'nin Norm Denetiminde İncelemenin Kapsamını ve Kararın Gereğini Ölçü Normlar Yönünden Sınırlaması



ANKARA UNIVERSITY FACULTY OF LAW
4th SYMPOSIUM ON
CURRENT ISSUES OF LAW
INTERNATIONAL SYMPOSIUM

Sempozyum, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin farklı salonlarında eş zamanlı olarak ve dinleyiciler için yüz yüze gerçekleştirilecek olan PARALEL OTURUMLAR ile yürütülecektir.

Her oturumun sonunda ortak soru-cevap bölümü olacaktır.



4TH SYMPOSIUM ON CURRENT ISSUES OF LAW



1st DAY PROGRAM - 7 NOVEMBER 2023

Times are according to Türkiye's local time (UTC +3.00)

PROF. MAHMUT ESAT BOZKURT CONFERENCE ROOM

PRESENTATIONS IN TURKISH

9.45-10.00: OPENING SPEECHES

10.00-12.00: FIRST SESSION

Moderator: Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Asst. Prof. Dr. Vehbi Umut ERKAN: Agricultural Production Contracts and Mandatory Mediation for Disputes Arising From Agricultural Production Contracts

Res. Asst. Dr. Hikmet BİLGİN: A New Area Included in the Scope of Compulsory Mediation by Code Number 7445: Disputes relating to the Distribution of Movable and Immovable Properties and Dissolution of Joint Ownership

Att. Melek SAVAŞÇI: The Resolution of Disputes Regarding the Conveyance of the Real Estate and the Establishment of Limited Real Rights on It through Mediation

Res. Asst. İsmail AYDIN: Evaluation of the New Rules on Mandatory Mediation in Dispute Arising from House Rent

Res. Asst. Metin SÜRER: Mandatory Mediation Regulation for Disputes Arising from the Condominium Ownership Law and Neighbor Relations Law

12.30-13.50: SECOND SESSION

Moderator: Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK

Res. Asst. Duygu DİNCİOĞLU: Product Nature of Software According to European Council Directive 85/374

Res. Asst. Hasan Ali GÜÇLÜ: Pyramid Sales

Att. Güzide İrem CAN: The 25 Percent Limit on Rent Increases Imposed by Temporary Article 1 and Evaluations on The Limit

14.30-15.20: THIRD SESSION

Moderator: Prof. Dr. Levent AKIN

Prof. Dr. Levent AKIN: On the 100th Anniversary of the Republic Turkish Labor Law

Asst. Prof. Dr. Berna ÖZTÜRK YILMAZ: The Need for Special Protection Against Dismissal for Disabled Employees -A Comparative Evaluation in Terms of Turkish and German Law-

15.40-17.00: FOURTH SESSION

Moderator: Prof. Dr. Gülriiz UYGUR

Asst. Prof. Dr. Derya DOĞRU: Problems Encountered in the Implementation of Law No. 6284 on Protection of Family and Prevention of Violence Against Women

Res. Asst. Dr. İmge Hazal YILMAZ TEKİN: Evaluation of the Waiting Period for Women According to the Decision of the European Court of Human Rights Dated 27 June 2023, No. 27094/20

Res. Asst. Dr. E. İrem AKI: Gender Equality in Legal Education: The Law and Literature Course as A Tool for Transformative Justice

PROF. DR. ALİ BOZER CONFERENCE ROOM

PRESENTATIONS IN TURKISH

10.00-12.00: FIFTH SECTION

Moderator: Assoc. Prof. Dr. Murat GÜREL

Assoc. Prof. Dr. Ufuk TEKİN: Slogan Trademarks

Asst. Prof. Dr. Nevin MERAL: The Examination on the Condition to Apply to the General Assembly for LLC Members' Information Rights

Asst. Prof. Dr. Muhammet Emin BİNGÖL: Does the Minority Have the Right to Request Postponement of the Discussion of Financial Statements in Limited Liability Companies?

Asst. Prof. Dr. İbrahim BEKTAŞ: Application of Creative Drama Method in Commercial Law Lessons

Res. Asst. Nurdan BALKAN: Examination of the Rental Receivable in Commercial Enterprise Pledge in Terms of the Scope of the Pledge

12.30-13.50: SIXTH SECTION

Moderator: Prof. Dr. Süleyman YILMAZ

Res. Asst. Dr. Buket GÜNAY: Protective Legal Measures in Child's Personal Data Protection

Res. Asst. M. Harun KILIÇ: Protective Legal Measures in Child's Personal Data Protection

Res. Asst. Abdullah Emre KAYAALP: Frozen Sperm and Inheritance of the Fertilized Embryo after the Death of the Father

PRESENTATIONS IN ENGLISH

14.30-16.30: SEVENTH SECTION

(UTC 11.30-13.30)

Moderator: Assoc. Prof. Dr. Ali Ersoy KONTACI

Prof. Dr. Helena SOLETO MUÑOZ / Federico GONZALEZ

BARRERA (Spain): ADR for Children and Juveniles:

Constructing A Path to Restorative Justice - The Spanish Experience

Katarzyna KICZOROWSKA (Poland): The Problem of Regulation of Artificial Intelligence in Legal Acts

Maria DI MAGGIO (Italy): A Comparative Approach to Whistleblowing: Public Disclosures and Internal Control Systems of Public and Private Entities

Tanya Yulianova MIRCHEVA (Bulgaria): Circumstances Excluding the Danger for the Society in Roman Criminal Law



ANKARA UNIVERSITY FACULTY OF LAW
4th SYMPOSIUM ON
CURRENT ISSUES OF LAW
INTERNATIONAL SYMPOSIUM

The Symposium will be conducted in different halls of Ankara University Faculty of Law with PARALLEL SESSIONS that will be held simultaneously and face-to-face for the audience. Presentations in English will be online.

There will be question and answer part at the end of each session.



4TH SYMPOSIUM ON CURRENT ISSUES OF LAW



2nd DAY PROGRAM - 8 NOVEMBER 2023

Times are according to Türkiye's local time (UTC +3.00)

PROF. DR. CEMİL BİLSEL CONFERENCE ROOM

PRESENTATIONS IN TURKISH

10.00-12.00: EIGHTH SESSION

Moderator: Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

Prof. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN: Legislative Technique, Inflation of Legalization and Omnibus Laws in Terms of the Principle of Legality In Criminal Law

Assoc. Prof. Dr. Haluk TOROSLU: "Deferment of the Announcement of the Verdict" in the Light of Constitutional Court Decisions

Assoc. Prof. Dr. Fahri Gökçen TANER: On Two Problems in Turkish Criminal Procedure Law That Prevent the Conduct Effective and within A Reasonable Time: Cases Filed Against Multiple Defendants As A Result Of Incomplete Investigation

Asst. Prof. Dr. Yaprak ÖNTAN: Current Problems Regarding Detention

Res. Asst. Dr. Atacan KÖKSAL: Criminal Investigation Procedure in the Higher Education Law No. 2547 from the Perspective of Criminal Procedure Law

13.00-15.00: NINTH SESSION

Moderator: Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Asst. Prof. Dr. Eylem BAŞ: The Implementation of the Investigation Permit in terms of Ratione Temporis of Investigations Made Due to Medical Procedures and Practices Carried Out by Healthcare Professionals in Private Health Institutions and Organizations and Foundation Universities

Res. Asst. Dr. Ahmet KILIÇ: Evaluations on the Obligatoriness, Lawfulness and Necessity of Recording a Search of Dwelling House with Camera by Law Enforcement Officers

Res. Asst. Rabia İBİŞ: Some Evaluations on Attempt and Voluntary Abandonment within the Framework of the Decisions of the Court of Cassation - in the Context of Sexual Assault, Abuse and Harassment Crimes

Res. Asst. Afra AKGÜL: Evaluation of Turkish Supreme Court Decisions Regarding the Determination of Criminal Liability in Cases of Aberratio in Turkish Penal Code

Res. Asst. Eşref Barış BÖREKÇİ: Limitation of Intervention in Protection Measures Applicable to Legal Entities

PARTICIPANTS ABROAD

15.30-17.00: TENTH SESSION

Moderator: Assoc. Prof. Dr. Gaye BAYCIK

Dr. Ceren KASIM (Germany): Crises and Decent Working Conditions: Protection of Women Workers in the COVID-19 Pandemic Crisis

Dr. Uğur ORHAN (Netherlands): White-collar Crimes and Their Reflections in Today's Capital Markets

Bedirhan ERDEM (Germany): On the Turkish Competition Authority's Lack of Competence in Terms of Submission Cartel (Bid-rigging)

PROF. MAHMUT ESAT BOZKURT CONFERENCE ROOM

PRESENTATIONS IN TURKISH

10.00-11.20: ELEVENTH SESSION

Moderator: Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI

Asst. Prof. Dr. Sibel YILMAZ COŞKUN: Evaluation of the Decisions of the European Court of Human Rights on Freedom of Expression in the Framework of Rights Scope Theories

Asst. Prof. Dr. Zeynep HAZAR: Deliberate School of Thought on Foundation of Human Rights and its Reflections on the Practice of the European Convention on Human Rights

Res. Asst. Dr. Merve AĞZİTEMİZ: Current Approach of the ECtHR and CJEU to the Concept of Discrimination on the Ground of Medical Condition

11.40-13.00: TWELFTH SESSION

Moderator: Prof. Dr. Cenker GÖKER

Asst. Prof. Dr. Tuğçe AKDEMİR: Support of Artificial Intelligence in Determining Customs Value and Tariff

Asst. Prof. Dr. Kerem ÖNCÜ: Suggestion on Special Consumption Tax on Motorcycles

Res. Asst. Sude SÖNMEZ: Empty Homes Tax and Applicability in Türkiye

13.30-15.10: THIRTEENTH SESSION

Moderator: Prof. Dr. Ali D. ULUSOY

Assoc. Prof. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY: Evaluation of the Constitutional Court's View on the Start of the Individual Application Time Limit

Asst. Prof. Dr. Serdar YILMAZ: Thoughts on the Issue of the Responsibility of Commission Members who Represent the Administration in Mediation Negotiations

Asst. Prof. Dr. Cemâl DURSUN: MENR Real Estate Commission in Respect of Mining License Regime

Res. Asst. Dr. Iğın ÖZKAYA ÖZLÜER: In the Creation of a New Climate Regime the Founding Role of Climate Law

15.30-17.00: FOURTEENTH SESSION

Moderator: Assoc. Prof. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY

Asst. Prof. Feyzan OLGUNSOY: The Unconstitutionality of the Abolition of the Principle of Reciprocity in the Acquisition of Real Estate by Foreigners

Res. Asst. Dr. Derya Belgin GÜNEŞ: Evaluations on the Bindingness of the Expert Report Received in Partial Lawsuit in the Light of An Individual Application Decision

Res. Asst. Ali Erdem DOĞANOĞLU: The Constitutional Court's Limitation of the Scope of the Review and the Reasoning of the Decision in Constitutionality Review in Terms of the Criterion Norms

The Symposium will be conducted in different halls of Ankara University Faculty of Law with PARALLEL SESSIONS that will be held simultaneously and face-to-face for the audience. Presentations in English will be online.

There will be question and answer part at the end of each session.

HUKUKUN GÜNCEL SORUNLARI
SEMPOZYUMU - IV / 4th SYMPOSIUM ON
CURRENT ISSUES OF LAW

BİRİNCİ GÜN
FIRST DAY

BİLDİRİ ÖZETLERİ / PAPER ABSTRACTS
(TÜRKÇE VE İNGİLİZCE / TURKISH AND ENGLISH)

Sempozyum Programında Belirtilen Sunum Sırasına Göre
According to the Order of Presentation Specified in the Symposium Program

7 KASIM 2023 - 7 NOVEMBER 2023

TARIMSAL ÜRETİM SÖZLEŞMELERİ VE TARIMSAL ÜRETİM SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK

Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-0280-9896

ÖZET

Tarımsal üretim sözleşmesi ve tarımsal üretim sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin kaynağı 18.04.2006 tarih ve 5448 sayılı “Tarım Kanunu”nda¹ yer almaktadır. Tarımsal üretim sözleşmeleri, tarım sektöründe sözleşmeli üretimin ve buna ilişkin yürütülen politikaların bir sonucudur². Sözleşmeli üretim, Tarım Kanunu m. 3/h’de tanımlanmaktadır. Buna göre sözleşmeli üretim, üretici ve yetiştiriciler ile diğer gerçek ve tüzel kişilerin karşılıklı menfaat esaslarına dayalı yazılı sözleşmelerle yürütülen tarımsal üretim şeklini ifade etmektedir. Genel olarak incelendiğinde bedel, miktar, girdi, kredi, üretim koşulları, teslim ve süreler ile ilgili düzenlemeler sözleşmeli tarım alanında yapılan sözleşmelerde yer almaktadır³.

Tarım Kanunu m. 13’te sözleşmeli üretimin usul ve esasları düzenlenmektedir. Buna göre Sözleşmede yer alan tarafların haklarının korunması ve sorumluluklarının belirlenmesi için sözleşmenin taraflarında aranacak vasıflar, sözleşmeye konu ürünün teslim ve teslimat koşulları, fiyat ve miktardaki değişim oranları, aynı ve nakdi avansın sınırları ile kapsamı ve benzer hususların da içerisinde olduğu sözleşme genel şartları tarımsal faaliyet alanlarına göre Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir (Tarım Kanunu m. 13/II/a). Sözleşmeli üretimde irade serbestisi esas olup, ancak salgın hastalıklar, tarım ürünleri ticaretinde yaşanan gelişmeler karşısında arz güvenliğinin sağlanması gibi durumlar karşısında, ihtiyaç halinde Bakanlık tarafından belirlenen ürün veya ürün grupları bu madde kapsamında sözleşmeli olarak üretilir (Tarım Kanunu m. 13/II/b; Sözleşmeli Üretimin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 5/1.)⁴. Düzenlemeye göre anılan şartların gerçekleşmesi halinde Bakanlık, sözleşme kapsamında üretilecek ürünlerin türünü belirleme yetkisine sahiptir.

¹ Bkz. 25.04.2006 ve 26149 sayılı Resmî Gazete.

² Sözleşmeli tarımın temelindeki düşünce gelişen günümüz ekonomisine uygun, yeni tarım politikaları içerisinde yer alan tarımsal üretim biçimlerini geliştirerek kuvvetlendirmek ve bu süreç içerisindeki tüm aktörlerin arasındaki hukuki ilişkileri düzenlemektir (Kılıç, İ/Bor, Ö: “Sözleşmeli Tarım, Devlet ve Hukuk”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 86, Yıl: 2009, s. 104 vd.). Sözleşmeli tarım ve bunun değerlendirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Kılıç/Bor, s. 102 vd.)

³ Kılıç/Bor, s. 106.

⁴ Tarım Kanunu m. 13/II/c uyarınca, Bakanlık, sözleşmeli üretimin geliştirilmesi, izlenmesi ve kontrol edilmesi amacıyla sözleşmenin taraflarını ve kapsamını içeren kayıt sistemleri oluşturur ve sözleşmeler bu kayıt sistemleri kullanılmak suretiyle de düzenlenebilir.

Tarımsal üretim sözleşmesi ise daha ayrıntılı olarak 15.09.2023 tarihli ve 32310 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan “Sözleşmeli Üretimin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”te ifadesini bulmaktadır. Sözleşmeli Üretimin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte m. 4 uyarınca, tarımsal üretim sözleşmesi, bu Yönetmelik esaslarına göre düzenlenerek, taraflar arasında yazılı olarak kurulan sözleşmeyi ifade etmektedir. Söz konusu yönetmeliğin 5 vd. maddelerinde ise tarımsal üretim sözleşmesine ilişkin genel esaslar düzenlenmiştir. “Tarım Kanunu” ve “Sözleşmeli Üretimin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte” yer alan düzenlemelerden hareketle tarımsal üretim sözleşmesinin, üretici⁵ ve alıcılar⁶ arasında yazılı olarak kurulan, üretime konu olan ürünün cinsine, üretim yerine, üretim miktarına, üretim yöntem ve koşullarına, ürünün teslimine, fiyatına, fiyat belirleme ve güncelleme usullerine, aynı ve nakdi avansa, mücbir sebeplerin tespiti ve uygulanmasına ilişkin bilgiler ile taraflarca belirlenecek özel hükümleri içeren sözleşme olarak tanımlanması mümkündür⁷.

Tarımsal üretim sözleşmesi, taraflar arasında Bakanlığın belirlediği tip sözleşme örneklerine uygun olarak, yazılı biçimde, üç nüsha halinde düzenlenir (Sözleşmeli Üretimin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 5/3). Tarımsal üretim sözleşmesine tabi ürünlere veya üretim varlıklarına sigorta yaptırılması zorunludur. Bakanlık sözleşmenin tarafı olan kişiler için de ilave sigortaların yaptırılması şartını getirebilir (Tarım Kanunu m. 13/II/ç; Sözleşmeli Üretimin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 5/3). Tarımsal üretim sözleşmelerinde belirtilen mücbir sebepler haricinde sözleşme kapsamında üretilen ürünün alımından veya satımından vazgeçen üretici ya da alıcılar için ceza koşulu belirlenir. Ceza koşulu, alımından ya da satımından kaçınılan ürün miktarının sözleşmedeki bedelinin yüzde yirmisinden az ve yüzde ellisinden fazla olamaz. Et ve Süt Kurumunun taraf olduğu sözleşmelerde üretici için ceza koşulu bu bentte yer alan alt sınırdan daha az olarak belirlenebilir veya ceza koşuluna yer verilmeyebilir (Tarım Kanunu m. 13/II/d).

Tarımsal üretim sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk vasıtasıyla çözümü konusuna bakıldığında, Tarım Kanunu’nun 13. maddesi 05.04.2023 tarih ve 32154 sayılı Resmî Gazete’de⁸ yayımlanarak yürürlüğe giren 7442 sayılı Kanun’un 3. maddesi ile değiştirilmiştir. Yapılan değişiklik uyarınca, Tarımsal üretim sözleşmesinden doğan davalarda⁹ arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olmuştur. Düzenlemeye göre, tarımsal üretim sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk vasıtasıyla çözümünde, sözleşmeli

⁵ Üreticiden kasıt, doğrudan alıcı ile ya da üyesi veya ortağı olduğu tarımsal amaçlı örgüt kanalıyla sözleşmeli olarak tarımsal üretim yapan gerçek veya tüzel kişilerdir (Sözleşmeli Üretimin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. (4/1v).

⁶ Alıcıdan kasıt, Yönetmelik hükümlerine göre üretici veya tarımsal amaçlı örgüt ile tarımsal üretim sözleşmesi akdeden gerçek ve tüzel kişiler ile bunların yetkili temsilcilerini ifade etmektedir (Sözleşmeli Üretimin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. (4/1a).

⁷ Kılıç/Bor, s. 111.

⁸ Bkz. 05.04.2023 tarih ve 32154 sayılı Resmî Gazete.

⁹ Tarım Kanunu m. 13/ f.: “f) Tarımsal üretim sözleşmesinden doğan davalarda basit yargılama usulü uygulanır ve bu davalar ivedi olarak görülür. Bu sözleşmeden doğan davalar ile icra takiplerinde üretici, yapılacak tüm yargılama ve icra takip giderlerinden geçici olarak muaf tutulur. Dava ve icra takibi sırasında yapılması gereken tüm giderler Devlet tarafından avans olarak ödenir. Ertelenen tüm giderler ile Devletçe ödenen avanslar dava ve takip sonunda haksız çıkan taraftan tahsil olunur”.

üretim konusunda uzmanlık eğitimi almış olan arabulucular; bu eğitimi alanların bulunmaması durumunda diğer arabulucular görevlendirilir. Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren iki hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir. Bu bendin uygulanmasına ilişkin hususlar Tarım ve Orman Bakanlığının görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikte belirlenir. Aynı şekilde, Sözleşmeli Üretimin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 13/3 uyarınca da, tarımsal üretim sözleşmesinden doğan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Tarımsal üretim sözleşmesinden doğan hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesine ilişkin dava şartı olarak arabuluculuk süreci, 1/9/2023 tarihli ve 32296 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Tarımsal Üretim Sözleşmesinden Doğan Hukuk Uyuşmazlıklarına İlişkin Arabuluculuk Yönetmeliği hükümlerine göre yürütülür. Anılan düzenlemeler kapsamında arabuluculuğa ilişkin, “Tarımsal Üretim Sözleşmesinden Doğan Hukuk Uyuşmazlıklarına İlişkin Arabuluculuk Yönetmeliği”¹⁰ 01.09.2023 tarihli ve 32296 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır¹¹.

Yönetmeliğin amacı, tarımsal üretim sözleşmesinden doğan hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir (TÜSDHÜİAY m. 1). Kanunda ve Yönetmeliklerde, “*tarımsal üretim sözleşmesinden doğan davalarda*” denilmesinden dolayı taraflar arasında tarımsal üretim sözleşmesinin bulunmasının yeterli olduğu ve bu nedenle uyuşmazlığın esasına ilişkin başkaca bir sınırlamanın bulunmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan uyuşmazlığın hukuk uyuşmazlığı olması gerekmekte olup kamu hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuk kapsamı dışındadır. Bu Yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde 2/6/2018 tarihli ve 30439 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği hükümleri uygulanır (TÜSDHÜİAY m. 8).

Tarımsal Üretim Sözleşmesinden Doğan Hukuk Uyuşmazlıklarına İlişkin Arabuluculuk Yönetmeliği m. 4 vd. hükümlerinde arabulucuya başvurulmasına ilişkin usul ve esaslar Tarım Kanunu ile benzer fakat daha ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Buna göre, Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Dava dilekçesi içeriğinden açıkça arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde derhal herhangi bir usulü işlem yapılmadan ve duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir (TÜSDHÜİAY m. 4).

¹⁰ Kıısaca: TÜSDHÜİAY.

¹¹ TÜSDHÜİAY Geçici Madde 1: Bu Yönetmelikte düzenlenen hükümler, 01. 09. 2023 tarihinden sonra açılacak davalarda uygulanır.

Tarımsal Üretim Sözleşmesinden Doğan Hukuk Uyuşmazlıklarına İlişkin Arabuluculuk Yönetmeliği'nde arabulucunun nasıl seçileceği ve görevlendirileceğine ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır. Buna göre Arabulucu, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanlıklarına bildirilen sözleşmeli üretim konusunda uzmanlık eğitimi almış olan arabulucular¹² listesinden adliye arabuluculuk bürosu tarafından puanlama yöntemiyle belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde başvuru sırasında anlaşmaları hâlinde taraflar veya tarafların imzasını taşıyan bir tutanakla beraber üzerinde anlaşılan arabulucu, durumu adliye arabuluculuk bürosuna bildirdiğinde bu arabulucu görevlendirilir. Buna karşılık Tarımsal üretim sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda liste dışından bir arabulucu görevlendirilemez. Ancak tarımsal üretim sözleşmesi alanında uzmanlık eğitimi alan arabulucu bulunmaması durumunda diğer arabulucular görevlendirilir (TÜSDHÜİAY m. 5).

Arabulucunun kendisine başvurulması üzerine, başvuruyu sonuçlandırması için ne kadarlık bir süre olduğu ise TÜSDHÜİAY m. 6'da ifade edilmektedir. Buna göre Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren iki hafta içinde sonuçlandırır. Ancak bu süre mutlak bir süre olmayıp, bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir.

Anahtar Kelimeler: Tarımsal üretim sözleşmesi, arabuluculuk, dava şartı, sözleşmeli üretim, tarım kanunu.

*

AGRICULTURAL PRODUCTION CONTRACTS AND MANDATORY MEDIATION FOR DISPUTES ARISING FROM AGRICULTURAL PRODUCTION CONTRACTS

ABSTRACT

It is possible to define an “Agricultural Production Contract” as a written contract between producers and buyers, which includes information on the type of the product subject to production, place of production, production amount, production methods and conditions, delivery of the product, price, price determination and update procedures, in-kind and cash advances, determination and implementation of force majeure and special provisions to be determined by the parties. The agricultural production contract is drawn up between the parties in writing in triplicate in accordance with the standard contract examples determined by the Ministry.

Article 13 of the Agricultural Law was amended by Article 3 of the Law No. 7442, which entered into force after being published in the Official Gazette dated 05.04.2023 and numbered

¹² TÜSDHÜİAY m. 7 uyarınca, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, tarımsal üretim sözleşmesi alanında arabuluculuk uzmanlık eğitimine ilişkin usul ve esasları belirler.

32154. Pursuant to the amendment, application to a mediator has become a condition of litigation in cases arising from agricultural production contracts. The mediation process as a condition of litigation regarding the resolution of legal disputes arising from agricultural production contracts through mediation is carried out in accordance with the provisions of the Mediation Regulation on Legal Disputes Arising from Agricultural Production Contracts published in the Official Gazette dated 1/9/2023 and numbered 32296. Within the scope of the aforementioned regulations, the "Regulation on Mediation Regarding Civil Disputes Arising from Agricultural Production Contracts" was published in the Official Gazette dated 01.09.2023 and numbered 32296.

The purpose of the Regulation is to regulate the procedures and principles regarding the resolution of civil disputes arising from agricultural production contracts through mediation. Since the Law and the Regulation state "in cases arising from agricultural production contracts", it is understood that the existence of an agricultural production contract between the parties is sufficient and therefore there is no other limitation on the merits of the dispute. On the other hand, the dispute must be a legal dispute and disputes related to public law are outside the scope of mediation. In cases where there are no provisions in this Regulation, the provisions of the Regulation on the Law on Mediation in Civil Disputes published in the Official Gazette dated 2/6/2018 and numbered 30439 shall apply to the extent appropriate to its nature.

Keywords: Agricultural production contract, mediation, condition of litigation, contract farming, agricultural law.

**7445 SAYILI KANUN İLE DAVA ŞARTI (ZORUNLU)
ARABULUCULUĞUN KAPSAMINA DAHİL EDİLEN YENİ BİR ALAN:
TAŞINIR VE TAŞINMAZ MALLARIN PAYLAŞTIRILMASINA VE
ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLAR**

Ar. Gör. Dr. Hikmet BİLGİN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-6985-4958, hbilgin86@hotmail.com

ÖZET

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na, 7445 sayılı Kanun'un 37. maddesiyle eklenen 18/B maddesinde kanun koyucu, dava şartı (zorunlu) arabuluculuğun kapsamına taşınır ve taşınmaz malların paylaşılması ile ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıkları da dahil etmiş olup, 01/09/2023 tarihi itibarıyla birlikte mülkiyetin söz konusu olduğu gerek paylı mülkiyet gerekse elbirliği mülkiyetine konu taşınır veya taşınmaz mallarda paydaş ve ortaklardan biri tarafından açılan ve bir mal üzerindeki birlikte mülkiyete son verilip bireysel mülkiyete geçmeyi amaçlayan davalar dava şartı arabuluculuğa tâbi tutulmuştur.

Her şeyden önce, ortaklığın giderilmesine ilişkin davalar usul hukuku yönünden çift yönlü dava (*actio duplex*) olarak tanımlanır. Taraflar, bu davada hem davacı hem davalı konumunda olup karşılıklı olarak aynı usulî hak ve yetkilere sahiptir. Dava ilişkisi kapsamındaki konuları bu şekilde ortaya çıkan taraflar, dava yoluna gitmeden önce artık arabuluculuğa başvurmak zorunda tutulmuştur. Arabuluculuğa başvuruyu paylı mülkiyette paydaşlardan biri veya birkaçı diğer paydaşları/ortakları taraf olarak göstermek suretiyle gerçekleştirebilir. Paydaş/ortak sıfatı bulunan tüzel kişiler dahi (Hazine, belediye, il özel idaresi, vakıf, dernek vb.) arabuluculuk başvurusunda bulunabilirler ve süreç sonunda anlaşmama durumu ortaya çıkarsa dava yoluna gidebilirler. Elbirliği mülkiyetine tâbi mallarda (örneğin, miras ortaklığına tâbi mallarda) borçlu ortağın yahut mirasçılardan birinin alacaklısı da, o mirasçının ortaklığın tasfiyesi sonucundaki payına (tasfiye payına) haciz koydurabilir. Bu tür mallarda borçlu ortağın alacaklısı da İİK'nun 121. maddesindeki usule göre icra mahkemesinden alacağı yetki belgesiyle ortaklığın giderilmesi davasını açabilir. Yine bu olasılıkta da dava şartı arabuluculuk söz konusu olacaktır. Hatta Hazine'nin alacaklı olduğu durumlarda izin belgesi almadan dahi Hazine, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri çerçevesindeki alacaklarından dolayı doğrudan doğruya davayı açabilmektedir. Bu nedenle, bu durumda da dava şartı arabuluculuğun söz konusu olacağı söylenebilir. Paylı mülkiyette ise, bir paydaşın alacaklısı o paya haciz koydurup doğrudan cebri

satışını isteyebileceği için, HUAK'nun 18/B maddesinde düzenlenen ortaklığın giderilmesi kapsamında olmadığından, dava şartı arabuluculuğa tâbi değildir.

Uygulamada, ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda sıklıkla karşılaşılabilecek sorunlardan birisi de, taraf teşkilinin sağlanmasıdır. Arabuluculuk başvurusu üzerine müzakerelerin başlayabilmesi ve sürecin anlaşmayla sonuçlanabilmesi için kural olarak elbirliği mülkiyetinde bütün ortakların veya temsilcilerinin görüşmelere katılımının sağlanması gerekir. Arabuluculuk görüşmelerinde bütün ortakların bizzat veya yasal/iradî temsilcileri marifetiyle hazır bulunması zorunludur. Taraf teşkiline ilişkin bu husus, arabulucu tarafından resen gözetilir. Küçüğün menfaatiyle yasal temsilcisi olan velisinin menfaatinin çatıştığı bazı hallerde (örneğin, ortaklık konusu malın maliki olarak hem küçük hem de velisi, birlikte malik sıfatını haiz iseler) başvuruçunun küçük veya küçüğün velisi olması durumunda menfaat çatışması ortaya çıkabileceği için bu durumda kayyım tayini yoluna gidilmesi gerekir ki, arabuluculuk görüşmeleri sağlıklı ve hukuka uygun şekilde yürütülebilsin. Dava şartı arabuluculuk yoluna başvuran taraf, kendisine ve elinde bulunması halinde karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgisini arabuluculuk bürosuna verir. Arabuluculuk bürosu, tarafların resmî kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerini de araştırmaya yetkili olup, ilgili kurum ve kuruluşlar, arabuluculuk bürosu tarafından talep edilen bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdürler. Taraflara ait iletişim bilgileri arabuluculuk bürosu tarafından görevlendirilen arabulucuya verilir ve arabulucu, bu iletişim bilgilerini esas alacağı gibi, ihtiyaç duyduğunda kendiliğinden de araştırma yapabilir. Özellikle çok sayıda tarafın olduğu bir uyuşmazlıkta uygulamada arabuluculuk bürosu vasıtasıyla nüfus sicili ve MERNİS kayıtlarına ulaşılabilmesi yolu, ivedilikle hayata geçirilmeli ve arabulucunun taraflarla iletişim kurabilmesini kolaylaştırmaya dönük adımlar atılmalıdır. Bunun ardından arabulucu, elindeki bilgi ve belgeler itibarıyla her türlü iletişim vasıtasını kullanarak tarafları bilgilendirir ve tarafları ilk toplantıya davet eder. Arabulucu, elindeki bilgi ve belgelere göre her türlü iletişim vasıtasını kullanmış olmasına rağmen yine de tarafların biri ya da birkaçına ulaşamamışsa, bu durumu son tutanakta belirtmek suretiyle, arabuluculuk sürecini tarafa ulaşılamaması sebebiyle sonlandırmaktan başka çaresi kalmayacaktır. Dava şartı arabuluculukta arabuluculuk faaliyetinin belli bir süre içinde sonuçlandırılması zorunluluğu da göz önünde bulundurulduğunda, arabulucunun bir hâkim gibi hareket edip Tebligat Kanunu hükümlerini harfiyen uygulamasını arabulucudan beklememek gerekir. Arabulucunun böyle bir sorumluluğu veya yükümlülüğü olduğu söylenemez. Şayet arabuluculuğa başvuru dosyasında taraflara ait iletişim ve adres bilgileriyle ilgili yeterli veri ve doküman mevcut değilse arabulucu, hem başvuruçunun kendisinden hem bürodan hem de iletişim sağlanabilen diğer taraflardan dosyanın tüm taraflarına ait eksik bilgileri talep edebilir ve tüm ilgililerin arabulucuya yardımcı olmaları beklenir. Ayrıca arabulucunun dosyanın taraflarını ilk toplantıya daveti ile ilgili olarak her türlü iletişim vasıtalarının tamamını tüketmiş olma zorunluluğu bulunmasa da, arabulucunun takdirine göre telefon, kısa mesaj, whatsapp, e-posta gibi doğrudan doğruya iletişim araçları kullanılabilir.

Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda uyuşmazlığa konu olan şey bir taşınır veya taşınmaz mal olabileceği gibi, tapu siciline kayıtlı bağımsız ve sürekli haklar ve hatta gemi siciline kayıtlı gemiler de olabilir. Yine kat mülkiyetine konu bağımsız bölümler de söz konusu

olabilir. Ortaklığın giderilmesi iki şekilde gerçekleşir: 1-Aynen taksim suretiyle, 2-Nakden taksim (malın satışı) suretiyle. Aynen taksim yolunda uyuşmazlık konusu taşınmazın hukukî ve fiilî yönden aynen taksime elverişli olup olmadığının tespiti önemlidir. Özellikle imar kısıtlamaları yahut 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na tâbi taşınmazlar söz konusu olduğunda mevzuattaki kısıtlama ve sınırlamalara uyulup uyulmadığının belirlenmesi, aynen taksim yoluyla ortaklığın giderilmesinde göz önüne alınmalıdır. Başvuruya konu taşınmazda kat mülkiyeti kurulmasına uygun birden fazla bağımsız bölüm varsa, yani birden fazla bağımsız bölümü barındıran bir yapı mevcutsa, kat mülkiyeti kurulması suretiyle de aynen taksime gidilmesi mümkündür. Nakden taksim yoluyla ortaklığın giderilmesinde ise uyuşmazlık konusu şey, ortaklardan/paydaşlardan birine veya birkaçına satılabileceği gibi, pazarlık suretiyle satışa da gidilebilir. Satışına karar verilen mal, paylı mülkiyet konusu ise, satış bedelinin paylar oranında paydaşlara dağıtılması, örneğin miras ortaklığına tâbi bir mal söz konusu ise, mirasçılık belgesindeki miras payları oranında satış bedelinin paylaşılması tercih edilebilir. Paylaşma konu malın üzerinde, örneğin intifa hakkı veya ipotek gibi bir veya birden çok sınırlı aynî hak tesis edilmiş olması, ortaklığın giderilmesine engel teşkil etmez. Böyle bir durumda aynen taksim yoluna gidilmişse, o hakkın her bir parçaya intikal edeceği söylenebilir. Nakden taksime gidildiğinde ise, malın bu haklarla yüklü olarak satılması söz konusudur. Öte yandan, kat mülkiyetine veya kat irtifakına tâbi taşınmazlarda ortaklığın giderilmesi istenemez. Bağımsız bölümler üzerindeki ortaklığın giderilmesi ise, bağımsız bölümlerin tıpkı bağımsız taşınmaz gibi dava ve takip konusu yapılabilmesinden dolayı, hukuken mümkündür. Bu itibarla, her uyuşmazlık gibi, ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıkların da kendine özgü bazı özellikleri barındırdığı görülmektedir. Arabulucu, uyuşmazlığın çözümü bakımından taraflara yardımcı olurken, her iki tarafın da menfaatleri gözetilen ve memnun kalabilecekleri bir çözüm açısından malın tâbi olduğu mülkiyet rejimine ilişkin bu özellikleri de göz önünde bulundurması gerekir. Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması hâlinde, anlaşma belgesi düzenlenirken özellikle taşınmazlara ilişkin kanunlarda düzenlenen sınırlamalarla ilgili usul ve esasların gözetilmesi elzemdir. Kanun koyucu, HUAK m.18/B hükmünde, taşınmaz hukukuna ilişkin hukuki rejimin korunması bakımından aynen taksim yönünden yapılan anlaşmada, tarafların imar ve tarım arazilerine ilişkin mevzuatın uygulanması bakımından arabulucu, anlaşmanın geçerliliği ile ilgili taraflara sorular yöneltebilir ve gerekirse bu konuda bir uzmandan yardım almaları yönünde onlara tavsiyelerde bulunabilir. HUAK 18/B maddesinin 3. fıkrasında bu hüküm kapsamında yapılan anlaşma belgesinin icra edilebilir olması için, icra edilebilirlik şerhinin alınmasının zorunlu olduğu açıkça düzenlenmiştir. İcra edilebilirlik şerhi bakımından karar verecek sulh hukuk mahkemesinin yapacağı inceleme, kural olarak anlaşma belgesinin içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişliliği yönleriyle sınırlı olduğu hâlde, ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından mahkemenin yapacağı incelemenin kapsamı genişletilmiştir. Buna göre mahkeme, taşınmazla ilgili anlaşma belgeleri bakımından yapacağı incelemede anlaşma belgesinin içeriğini, arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığını ve taşınmazla ilgili olarak mevzuatta yer alan sınırlamalara ilişkin usul ve esaslara uyulup uyulmadığını da

denetleyecektir. Böylelikle tarafların hak ve menfaatlerinin hukuka uygun bir şekilde korunması ve olası hak kayıplarının önlenmesi amaçlanmaktadır.

Taşınır ve taşınmazların paylaşılması ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuk faaliyetinin hangi süre içerisinde sonuçlandırılması gerektiği hususunda hukuki öngörülebilirlik açısından HUAK m.18/A'daki genel hükme göre hareket edilerek sürecin, arabulucu görevlendirildikten itibaren (3+1) toplam 4 hafta içinde neticelendirilmesi gerekir. Arabulucu, bu sürenin sonunda taraflarca anlaşmaya varılamamış olması durumunda, "anlaşmama" yönündeki son tutanağı resen düzenler. Arabulucu, dava şartı arabuluculuk bakımından öngörülen yasal süre zarfında sürecin tamamlanamaması olasılığı hakkında tarafları bilgilendirip bu durumda dava şartı arabuluculuk sürecini sona erdirmek zorunda olduğunu, fakat tarafların istemeleri hâlinde ihtiyari arabuluculuk yolunun açık olduğunu kendilerine hatırlatmalıdır. Özellikle ortaklığın giderilmesi bağlamında uygulamada çok taraflı uyuşmazlıklarla karşı karşıya kalındığı düşünülürse, kanunda öngörülen toplam 4 haftalık sürenin çoğu vakıada yeterli olmayacağı söylenebilir. Örneğin, taraflardan birinin öldüğü hâllerde, ölenin yasal mirasçılarının belirlenmesi, belirlenen yasal mirasçılara ulaşıp iletişim kurulması, her biri için uygun tarih ve saatlerde toplantı organize edilmesi vb. hususlar açısından kanunda öngörülen sürenin uygulama için yetersiz kalması kuvvetli bir olasılık olarak değerlendirilebilir. Fakat kanun koyucunun nihai amacı, ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar yönünden arabuluculuğun toplumsal barışa ve bireylerin uzlaşma kültürüne sağlayacağı katkıyı genişletmek ve bu tür uyuşmazlıklara yönelik arabuluculuğun yararlarının hayata geçirilmesi için yeni bir alan açmayı denemektir.

Anahtar Kelimeler: Ortaklığın giderilmesi, paylaşırma, dava şartı zorunlu arabuluculuk.

*

A NEW AREA INCLUDED IN THE SCOPE OF COMPULSORY MEDIATION BY CODE NUMBER 7445: DISPUTES RELATING TO THE DISTRIBUTION OF MOVABLE AND IMMOVABLE PROPERTIES AND DISSOLUTION OF JOINT OWNERSHIP

ABSTRACT

In Article 18/B, which was added to the Code of Mediation in Civil Disputes No. 6325 with Article 37 of Code No. 7445, the legislator has included disputes regarding the distribution of movable and immovable properties and the dissolution of joint ownership within the scope of compulsory mediation, and as of 01/09/2023, lawsuits filed by one of the stakeholders or partners in movable or immovable properties subject to joint ownership, aiming to end the joint ownership of a property and transition to individual ownership, have been subject to mediation as a condition of litigation. In disputes regarding the dissolution of joint ownership, the subject

of the dispute may be a movable or immovable property, as well as independent and permanent rights registered in the land registry or even ships registered in the ship registry. There may also be independent sections subject to condominium ownership. Dissolution of joint ownership occurs in two ways: 1- Exact partition, 2- Cash distribution (sale of goods). In the way of exact partition, it is important to determine whether the immovable property in dispute is suitable for exact partition in legal and *de facto* terms. Especially when it comes to zoning restrictions or immovable properties subject to Code No. 5403, determining whether the restrictions and limitations in the legislation are complied with should be taken into consideration in dissolution of joint ownership through division. If there is more than one independent section suitable for the establishment of a condominium in the real estate subject to the application, it is possible to make the exact partition by establishing a condominium. In dissolution of the partnership through cash distribution, the subject of dispute can be sold to one or more of the partners/stakeholders, or it can be sold by negotiation. If the property decided to be sold is a matter of common ownership, it may be preferred to distribute the sale price to the stakeholders in proportion to the shares, for example, if it is a property subject to inheritance partnership, it may be preferred to distribute the sale price in proportion to the inheritance shares in the inheritance certificate. The existence of limited real rights, such as usufruct or mortgage, on the property subject to sharing does not prevent the dissolution of joint ownership. In such a case, if the exact partition method is used, it can be said that, that right will be transferred to each part. When a cash distribution is made, the goods are sold with these rights. On the other hand, it cannot be requested to dissolve the joint ownership in real estate that is subject to condominium ownership or floor easement. Dissolution of the joint ownership on independent sections is legally possible, as independent sections can be subject to lawsuits and enforcement proceedings just like independent real estate. In this respect, it is seen that, like every dispute, disputes regarding the dissolution of joint ownership have some unique characteristics.

Keywords: Dissolution of joint ownership, distribution, compulsory mediation as a condition of litigation.

TAŞINMAZIN DEVRİNE VEYA TAŞINMAZ ÜZERİNDE SINIRLI AYNI HAK KURULMASINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ

Arb. Av. Melek SAVAŞCI

ORCID: 0000-0002-4459-4651, meleksavasci@gmail.com

ÖZET

Kamuoyunda 7. yargı paketi olarak bilinen 7445 sayılı “İcra ve İflâs Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” 05.04.2023 tarihinde resmî gazetede yayımlanmış ve pek çok alanda değişikliğe neden olmuştur. Bu değişikliklerden bir kısmı da 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na (HUAK) ilişkindir.

7445 sayılı Kanun’un 34. maddesi ile HUAK’ a 17/B maddesi eklenmiştir. Anılan madde ile taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli oldukları açıkça düzenlenmiştir. HUAK’a eklenen bu madde 7445 sayılı Kanun’un 43. maddesinin 1. fıkrası gereğince de 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bilindiği üzere arabuluculuk, HUAK’ın 2/1-b maddesinde, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî (belirli uyuşmazlıklar bakımından dava şartı) olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanmıştır. Kanun’un kapsamı belirlenirken HUAK’ın 1. maddesinin 2. fıkrasında yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde arabuluculuğun uygulanabilir olduğu, aile içi şiddet iddiasını içeren bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı açıkça düzenlenmiştir. Bu bağlamda, arabuluculuk her türlü hukuk uyuşmazlıklarında değil; tarafların “sulh” olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları bakımından uygulanma alanı bulacaktır.

7445 sayılı Kanun ile HUAK’a 17/B maddesi eklenmeden önce taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların kamu düzenine ilişkin olduğu bu nedenle yetki sözleşmesi dahi yapılamayacağı, tarafların sulh olmak suretiyle üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklardan olmadıkları ve dolayısıyla arabuluculuğa da elverişli olmadığı, taşınmaz üzerindeki aynı hakkın devrini öngören bir sulh anlaşmasının cebri icraya elverişsiz olduğu gibi hususlar doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Bu doğrultuda kanun koyucu söz konusu madde ile bunu açıkça düzenleyerek hem düzenleme öncesi yaşanan tereddütlere son vermiş

hem de taşınmazların aynına ilişkin düzenlenen anlaşma belgesinin kanunun taşınmazlar bakımından aradığı şekil şartına uygunluğu sağlanmıştır.

Getirilen yeni hükümle, taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların yazılı olarak kararlaştırmaları şartıyla arabuluculuk süreciyle sınırlı olmak ve en nihayetinde konulduğu tarihten itibaren üç ayı geçmemek kaydıyla uyuşmazlığa konu taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin tapuya şerh verilmesi imkanı getirilmiş ve sürecin sonunda hazırlanan, taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin bir edim içeren anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin koşullar belirlenmiştir. Buna göre taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda tarafların arabuluculuk yoluyla bu uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak istemeleri halinde, yazılı olarak kararlaştırmaları şartıyla ve arabulucunun da bu kararı tutanak altına alması halinde arabulucunun talebiyle, arabuluculuk süreciyle sınırlı olmak ve konulduğu tarihten itibaren üç ayı geçmemek üzere tasarruf yetkisinin kısıtlandığına dair tapu siciline şerh verilebilecektir. Şayet süreç sonunda taraflar anlaşamazlarsa yahut süreç içerisinde taraflar şerhin kaldırılması konusunda anlaşırlarsa arabulucunun talebiyle ve her halükârda da üç aylık sürenin sonunda bu şerh kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

Bir diğer ifadeyle, uyuşmazlığın taraflarının devam eden arabuluculuk faaliyeti sebebiyle, muhtemel bir hak kaybı yaşamaları sakıncasının önüne geçmek amacıyla, kanun koyucu taraflara tapu siciline şerh konulmasını sağlama imkânı tanınmıştır. Bu şerhin konulabilmesi için de taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlığın çözülmesi amacına yönelmiş ve devam eden bir arabuluculuk faaliyeti bulunmasının yanında, uyuşmazlığın taraflarının şerhe dair yazılı bir sözleşme yapmaları ve arabulucunun hazırladığı bir tutanakla tarafların şerh sözleşmesini belgeleyerek tapu siciline şerh talebinde bulunması gerekmektedir. Burada bahsi geçen şerhin, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen şerhlerden biri mi olduğu yoksa kanun koyucu tarafından yeni bir şerh türü mü ihdas edildiği de tartışmaya açıktır.

Getirilen düzenleme ile tarafların arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varmaları üzerine düzenlenecek anlaşma belgesinin, taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasıyla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslar gözetilmek suretiyle düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda düzenlenecek anlaşma belgesinin içeriği belirlenirken, taşınmaza ilişkin mevcut sınırlamalara arabulucunun nasıl vakıf olacağı konusunda bir düzenleme yapılmadığından bu husus tamamen bir belirsizlik taşımaktadır. Sadece tarafların beyanına dayalı olarak ilerleyen bir süreçte, taşınmaza ilişkin tapu sistemindeki bilgilere ulaşılmadan mülkiyet hakkına yahut tasarruf yetkisine ilişkin bir kısıtlama var mı yok mu bilmeden ve bunlara ilişkin tespitinin nasıl sağlanacağı belli değilken, arabulucudan böyle bir denetleme yapmasını beklemenin ne kadar doğru olduğu tartışmaya açıktır.

Taşınmaz üzerindeki ayni hakkın devrini öngören bir anlaşma belgesi tek başına ilam niteliğinde belge olamayacağından ve cebri icraya da elverişsiz olacağından her ne kadar tarafların taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarını arabuluculuk yoluyla çözümleyebilmeleri açısından bir engel bulunmasa da neticede varılan sulh anlaşmasının borçlu tarafından yerine

getirilmemesi durumunda, ilgilinin bu anlaşmaya dayanarak tapuda kendi adına tescil yaptırması mümkün değildir. Taraflar bu anlaşma belgesinin icrasını ancak mahkemeden istenebilecektir. Bu sebeple getirilen yeni düzenleme ile kanun koyucu, anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınmasını zorunlu kılmış ve bu şerhin taşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinden alınacağını düzenlemiştir. Sulh anlaşmasına göre adına tescil istemek konusunda kişisel hakka sahip olan kişi, hâkimden mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilecektir.

Bir diğer ifadeyle, taraflar arasındaki uyuşmazlık konuları taşınmazın aynıyla ilgili olsun ya da olmasın arabuluculuk süreci sonundaki anlaşma belgesi, taraflardan birine ait taşınmaz üzerinde diğer taraf lehine sınırlı ayni hak kurulması veya taşınmazın diğer tarafa devrine ilişkin edimler içeriyorsa, bu edimleri içeren anlaşma belgesinin tapu sicilinde tescile dayanak belge kabul edilebilmesi için ilk olarak anlaşma belgesinin içeriğinde kanunda yer alan sınırlamalar ile usul ve esasların gözetilmiş olması ikinci olarak da taşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinden anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhi alınmış olması koşullarının birlikte sağlanması gerekecektir. Ancak bu şartları sağlayan bir anlaşma belgesine istinaden taraflardan sadece birince yapılacak tescil başvurusu da tapu sicil memurluğu tarafından kabul edilebilir olacaktır.

Anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin alınacak şerh için sulh hukuk mahkemesi yapacağı incelemede anlaşma içeriğini, arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı ve taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasıyla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulup uyulmadığı yönünden denetleyecektir. Bu kapsamda mahkeme, uyuşmazlığa konu taşınmaza ilişkin ilgili bilgi veya belgeleri kurum veya kuruluşlardan talep edebileceği gibi gerektiğinde duruşma da açabilecektir. Bu noktada sulh hukuk hakimince duruşma açılması gibi bir ihtimalde, mahkemece gerekirse keşfe, bilirkişiye gidildiğinde belki de taraflar arasında uyuşmazlık dostane bir yol olan arabuluculukla çözülmüşken mahkeme süreciyle yeni bir uyuşmazlık çıkması riskiyle de karşı karşıya kalılabileceğinden mevcut düzenlemenin istenen amaca ne kadar hizmet edeceği de tartışmaya açıktır.

Getirilen yeni düzenleme gereği, taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasıyla ilgili olarak “kanunda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslar” a uyulmasından ne anlaşılması gerektiği hususu önem arz etmektedir. Bilindiği üzere, ülkemizde taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına yönelik bazı sınırlamalar mevcuttur. Örneğin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 731 vd maddeleri ile düzenlenen taşınmaz mülkiyeti kısıtlamaları (önalım hakkı, alım ve geri alım hakkı) yine TMK 194. madde ile düzenlenen aile konutuna ilişkin sınırlamalar, 2644 sayılı Tapu Kanunu 35. madde, 6303 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun 4. maddesinin 2. fıkrası, 5543 sayılı İskân Kanunu 21. maddenin 1. fıkrası, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu 8/B maddesinin 3. fıkrası, 3194 sayılı İmar Kanunu 18. maddesinin 19. fıkrası hükümleri gibi bazı kanunlarda yer alan farklı nitelikteki kısıtlamalar, anlaşma belgesinin hazırlanmasında ve icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebini inceleyen sulh hukuk mahkemesince dikkate alınacaktır. Şayet

kanunlarda yer alan kısıtlamalar sebebiyle icra edilebilirlik şerhi verilmesi mümkün değilse, mahkemece icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebinin reddine karar verilecektir. İşte böyle bir ihtimalin varlığında, anlaşma belgesinin tapu sicil memurluğunda tescile dayanak bir belge vasfı teşkil etmesi mümkün olmayacaktır.

Her ne kadar taşınmazın aynından doğan bir uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümü söz konusu olduğunda, arabuluculuk sürecinde izlenecek usule ilişkin belli hususlar HUAK' a eklenen 17/B maddesi ile düzenlenmiş olsa da bu haliyle mevcut düzenleme bünyesinde pek çok soru işaretini barındırmaktadır.

İşte işbu tebliğ ile tüm bu ve benzeri soruların yanında doğması muhtemel diğer sorunlar, 7445 sayılı Kanun değişikliğiyle güdülen temel amaç, arabuluculuk kurumuyla hedeflenenler, bu kuruma egemen temel ilkeler ve hali hazırda arabuluculuğa ilişkin uygulamalar da göz önünde bulundurularak tartışılmaya açılacak ve cevaplanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlık, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk kanunu, tasarrufu kısıtlayıcı şerh, icra edilebilirlik şerhi.

*

THE RESOLUTION OF DISPUTES REGARDING THE CONVEYANCE OF THE REAL ESTATE AND THE ESTABLISHMENT OF LIMITED REAL RIGHTS ON IT THROUGH MEDIATION

ABSTRACT

Mediation is a relatively new alternative dispute resolution method that has been incorporated into Turkish Law in 2012 with the adoption and entry into force of Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes.

Mediation described in doctrine as dispute resolution of parties' with help of third party (mediator) who hasn't got authority to bring a resolution suggestion or discretion, according to procedure and basis which they agreed, mutual communication and looking after common benefits.

Article 17/B has been recently added to the Law on Mediation in Civil Disputes (LMCD). This article deals with the resolution of disputes regarding the conveyance of the real estate and the establishment of limited real rights on it through mediation. The parties are given an opportunity to have an annotation in the land registry to prevent possible loss of their rights while the mediation is continuing. To put this annotation, there must be an on-going mediation activity aimed at resolving the dispute regarding the same property; the parties in dispute must make a written agreement on the annotation; the mediator should document this agreement with a report and request an annotation to the land registry. The annotation made by this method is effective as long as the mediation continues and for a maximum of three months from the date it is placed.

With the new regulation, the agreement document to be issued at the end of the mediation process must be prepared by observing the limitations, procedures and principles in the law regarding the conveyance of the real estate and the establishment of limited real rights.

In accordance with the article 17/B, it is obligatory to obtain an annotation regarding the enforceability of the agreement document, and the relevant person is required to receive this annotation from the court where the real estate is located.

Keywords: Mediation, dispute regarding the real right on property, law on mediation in civil disputes, annotation about constraint on disposition, annotation of performability.

KONUT KİRALARINDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞA İLİŞKİN YENİLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ar. Gör. İsmail AYDIN

Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-3453-8410, av.aydinismail@gmail.com

ÖZET

Barınma ihtiyacı, ihtiyaç piramidine göre insan için temel fizyolojik ihtiyaçların hemen sonrasında gelmektedir. Bu ihtiyaç nedeniyle her insan kendini güvende hissedebileceği özel bir alanda yaşamak ister. Bundan dolayı, bir konut edinmek veya çalışmak için bir işyerine ihtiyaç duyar. Ancak günümüzde ülkemizin ve dünyanın nüfusu dikkate alındığında bu ihtiyacın her zaman mülkiyet yoluyla karşılanması mümkün değildir. Ayrıca kişinin bir konut veya işyerinin mülkiyetini edinme noktasında yeterli maddi gücü olmayabilir. Bu durumda kişi, bir konut veya işyerini belirli bir bedel karşılığında kullanmak için konut veya işyeri maliki ile bir kullandırma sözleşmesi yapar. Bu sözleşmeye kira sözleşmesi denir. Kira sözleşmesi ile kiraya veren kiralananı kullandırma borcu altına girerken kiracı da bunun karşılığında bir bedel ödeme borcu altına girer.

Kanun koyucu toplumsal barışı sağlamak ve yargı üzerindeki iş yükünü azaltmak gayeleri ile temelinde gönüllülük esası bulunan alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuk yöntemini bazı uyuşmazlıklar bakımından dava şartı haline getirmiştir. İlk başta iş uyuşmazlıkları akabinde ticari uyuşmazlıklar ve tüketici davaları için arabuluculuk dava şartı haline getirilmiştir.

Kiracı ile kiraya veren arasında akdedilen sözleşme bakımından tarafların uyuşmazlık konuları üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir nitelikte olup Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 1. maddesi gereğince uyuşmazlığın çözümü için ihtiyari olarak arabuluculuk yoluna başvurmak mümkündür. Bununla birlikte 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹ HUAK'na eklenen 18/B maddesi ile de kira uyuşmazlıklarında, taşınır ve taşınmazların paylaşılması ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, kat mülkiyetinden ve komşuluk hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuk, dava şartı olmuştur.

¹ RG T. 05.04.2023, S. 32154.

HUAK'nun 18/B maddesinin 1.fıkrasının (a) bendine göre, “*Kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar*” bakımından dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmak dava şartıdır. Bu hüküm 01/09/2023 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş olup bu tarihten sonra açılacak davalarda uygulama alanı bulmaktadır. Bu hüküm, yalnızca kira ilişkisinden doğan uyuşmazlıkları kapsamakta olup, kira ilişkisi dışında bir malın başka bir kişiye kullandırılması için bırakılması durumunu kapsamamaktadır. Bu nedenle bir konutun bedelsiz şekilde bir başkasının kullanımına sunulması durumunda bu ilişkiden doğacak uyuşmazlıklar bakımından dava şartı arabuluculuk gündeme gelmeyecektir.

Düzenlemede “*kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar*” denilmesinden dolayı taraflar arasında kira ilişkisinin bulunmasının yeterli olduğu bu anlamda uyuşmazlığın esasına ilişkin (kiralananın taşınır veya taşınmaz olması, kiralama süresi gibi) başkaca bir sınırlamanın bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kira sözleşmesinin yazılı veya sözlü yapılması da önem arz etmemektedir.

Arbuluculuk mahkemeler önünde açılacak davalar bakımından dava şartı olduğundan ve HUAK'nun 18/B maddesinin açık düzenlemesi gereğince İİK'na göre başlatılacak olan ilamsız icra yoluyla tahliye talepli takipler ve bu takibin devam edilebilmesi için itirazın kaldırılması talepleri (İİK m. 269/b, 275) kapsam dışında bırakılmıştır. Kira sözleşmesinin konusunu oluşturan taşınmaz konut veya çatılı işyeri ise İİK gereğince tahliye talep edilmesi iki hal bakımından gündeme gelmektedir: kira bedelinin ödenmemesi ve kiracının tahliye taahhüdünde bulunması. Konutlar bakımından kira bedelinin ödenmemesi ve tahliye taahhüdü nedeniyle ilamsız icra yolu ile takip yapılması halinde kiracının tahliyesine ilişkin süreçte icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasının talep edilmesinden önce arabuluculuğa başvurmak dava şartı kapsamı dışında bırakılmıştır.

İİK kapsamında kalan kira bedelinin tahsili ve kiralananın tahliyesi talepleri dışında kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından açılacak davalar bakımından dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması dava şartıdır. Dava dilekçesinin ekinde son tutanağın bulunmamasına rağmen arabuluculuğa başvurulduğunun anlaşılması halinde davacıya son tutanağın sunulması halinde bir haftalık kesin süre verilecektir. Arabuluculuğa başvurmaksızın dava açıldığının tespit edilmesi halinde ise mahkemece hiçbir işlem yapılmaksızın dava şartı eksikliği nedeniyle davanın usulden reddine karar verilecektir (HUAK m.18/A, 2).

Arbuluculuk süreci, görevlendirilmenin yapıldığı tarihten itibaren üç hafta (zorunlu hallerde bir hafta daha uzatılarak dört hafta) içinde sona erdirilmelidir. Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez (HUAK m.18/A, 15). Örneğin, TBK'nun 350. maddesine göre kiralayan, konut ihtiyacı sebebiyle tahliye talep edecekse bu davayı, belirli süreli sözleşmenin bitiminden itibaren bir aylık süre içinde açması gerekmektedir. Söz konusu dava, kira ilişkisinden kaynaklandığından arabuluculuğa başvurmak dava şartıdır. Bu kapsamda

arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlenmesine kadar bir aylık dava açma süresi işlemecektir.

Kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda talebin bir para alacağına ilişkin olması şart olmadığı gibi talebin para olması halinde de uyuşmazlığın kira bedelinden doğmuş olması da şart değildir. Örneğin; kiralanan yapılan zaruri veya faydalı masraflar, aidat bedeli, güvence bedeli, kira bedelinin tespiti, kira bedelinin uyarlanması, tahliye talebi, yeniden kiralama yasağından kaynaklanan alacak gibi.

Kira ilişkisi, tarafların alacakları ve borçları üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir ilişkidir. Ancak kanun koyucu, konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracının daha fazla korunması gerektiğini düşünerek bazı hükümler sevk etmiştir. Örneğin, kira bedeli dışında kira sözleşmelerinde kiracı aleyhine değişiklik yapılamayacağı (TBK m. 343), kira bedelinin ödenmemesi halinde ceza koşulu kararlaştırılmayacağı (TBK m. 346), dava yoluyla kira sözleşmesine ilişkin hükümlerin değiştirilemeyeceği (TBK m. 354) gibi. Buradan hareketle TBK'nun konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerinin bir kısmı mutlak emredici diğer bir kısmı ise nispi emredici hüküm olarak nitelendirilmektedir. Mutlak emredici hükümlerin söz konusu olduğu durumlarda sözleşmenin her iki tarafı bu hükümlerin aksini kararlaştıramamaktadır. Nispi emredici hükümlerde ise, zayıf olduğu varsayılan tarafın aleyhine yönelik bir sözleşme yapılamayacağı ancak bu tarafın lehine yönelik hükümler öngörülebileceği kabul edilmektedir.

HUAK'nun 18/B maddesi gereğince kira bedelinin tespiti ve uyarlama davası açmadan önce de arabuluculuğa başvurmak dava şartıdır. Kira bedeli kural olarak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir uyuşmazlıktır. Ancak konut kiraları bakımından TBK'nun 344. maddesi gereğince yenilenen kira döneminde kira bedelinin artış miktarı bir önceki kira yılında tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranını aşmaması kaydıyla geçerlidir. Nitekim ikinci fıkrada hâkimin de kira bedelinin tespiti davasında bu oranı dikkate alması gerektiği düzenlenmiştir. Taraflar bu oranın altında bir miktar kararlaştırabilir. Fakat bu oranın üzerinde yeni bir kira bedeli belirlenemeyecektir. Kira bedelinin artışı konusunda tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşmalarına bir engel bulunmamaktadır. Ancak arabuluculuk anlaşma belgesi de borçlar hukuku anlamında bir sulh sözleşmesi olduğundan kanunun emredici hükümlerine aykırı hususlar içermesi halinde sözleşme geçersiz olacaktır.

HUAK'na eklenen 18/B maddesinin üçüncü fıkrası ile kira ilişkisinden doğan uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varılması halinde anlaşma belgesinin ilâmlı icraya konu olabilmesi için icra edilebilirlik şerhi alınması zorunluluğu getirilmiştir. HUAK'nun 18. maddesinden farklı olarak burada tarafların, vekillerinin ve arabulucunun anlaşma belgesini imzalamış olması anlaşma belgesine ilâm niteliğini kazandırmayacak ve ilâmlı icraya konu edilemeyecektir. İcra edilebilirlik şerhi verilmesinde hâkimin yapacağı inceleme anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişliliği ile sınırlıdır. Ancak AYM'ne göre, icra edilebilirlik şerhi incelemesinin çekişmesiz yargı işi olup, bu nedenle hâkimin kamu düzenine aykırılık bakımından da re'sen inceleme yapması

gerekmektedir². Bu nedenle arabuluculuk sürecinde tarafların TBK’nda belirtilen sınırın üzerinde anlaşma yapmaları halinde icra edilebilirlik şerhi incelemesi sırasında bu durum hâkim tarafından re’sen dikkate alınmalı ve icra edilebilirlik şerhi talebinin reddine karar verilmelidir.

Ülkemizde yaşanan pandemi ve sonrasındaki diğer etkenler nedeniyle enflasyon oranında ciddi artışlar yaşanmış ve bu artışlar elbette ki konut ve çatılı işyeri kiralarını da etkilemiştir. Bundan dolayı kiracılar ile kiraya verenler arasında çeşitli problemler ortaya çıkmış ve menfi vakıalar yaşanmıştır. Yaşanan menfi vakıalar ve kira artış oranının aşırı yükselmesi nedeniyle kanun koyucu tarafından kira sözleşmelerine müdahale edilmiş ve 7409 sayılı Kanun ile TBK’na eklenen Geçici Madde 1 ile 11/06/2022 tarihi ile 01/07/2023 tarihleri arasında konut kiraları bakımından artış oranının bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerli olacağı düzenlenmiştir. Belirlenen sürenin sonunda 7456 sayılı Kanun ile TBK’na eklenen Geçici Madde 2 ile bu süre 01/07/2024 tarihine kadar uzatılmıştır. Her iki hükümde de açıkça “*Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir.*” denilerek bu hükme aykırı yapılan sözleşmelerin tabi olacağı sonuç düzenlenmiştir. Ayrıca maddenin devamında bu hükmün hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir. Bir görüşe göre, bu hükümler kiraya veren tarafından bağlayıcı olup kiracılar bakımından ise bir sınırlama bulunmamakta bu nedenle kiracı tarafından yüzde yirmi beş oranının üstünde artış teklif edilmesi halinde sözleşme geçersiz olmayacağından dolayı bu hükümler nispi emredici niteliktedir. Aksi yönde görüşe göre de kanun koyucunun iradesi açık olup belirlenen sınır üzerinde yapılacak artışa bağlanan yaptırım geçersizliktir (kesin hükümsüzlüktür). Nitekim bunun hâkim tarafından da dikkate alınması gerekmektedir. Maddenin lafzı ve amacı doğrultusunda ikinci görüşe katılmaktayız. Çünkü maddenin düzenleniş biçimine bakıldığında kiraya veren ve kiracı arasında bir ayırım yapılmamakta doğrudan belirlenen sınır üzerinde yapılan artışın geçersiz olduğu ifade edilmiştir. Ancak bu durum kiralayan bakımından hakkaniyetsiz bir durum yaratmaktadır. Bu nedenle arabuluculuk sürecinin de faydalı olması açısından yapılacak düzenleme ile TBK’nun Geçici 1. maddesine ilişkin sınırlamanın arabuluculukta uygulanmayacağı hüküm altına alınmalıdır.

Kira artış oranındaki sınırlamalara takılmamak için tarafların anlaşmaları halinde aralarındaki mevcut kira sözleşmesini ikâle yoluyla sona erdirerek yeni bir kira sözleşmesi yapmaları mümkündür. Bu durumda yeni kira sözleşmesi bakımından kira bedelinin belirlenmesi tarafların anlaşmasına bağlıdır.

Arbuluculuk sürecinde tarafların anlaşması halinde kiracının tahliye taahhüdünde bulunması mümkündür. Tahliye taahhüdünün geçerli olabilmesi için gerekli şartlar burada da yerine getirilmelidir. Buna göre tahliye taahhüdü; yazılı olmalı, tahliye için belirli bir tarih bulunmalı ve taahhüt kiralananın tesliminden sonra verilmelidir. Tahliye taahhüdü, anlaşma belgesi içinde veya ayrı bir belge şeklinde düzenlenebilir. Kiralananın aile konutu olması

² AYM, T. 10.07.2013, E. 2012/94, K.2013/89 (RG T. 25.01.2014, S. 28893).

durumunda tahliye taahhüdünün geçerli olabilmesi için kira sözleşmesinin tarafı olmayan eşinde onayının alınması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Konut kirası, dava şartı arabuluculuk, kira uyuşmazlıkları.

*

EVALUATION OF THE NEW RULES ON MANDATORY MEDIATION IN DISPUTE ARISING FROM HOUSE RENT

ABSTRACT

Article 18/B added to the Law on Mediation in Civil Disputes (LMCD), by the Law No. 7445 on the Amendment of the Execution and Bankruptcy Law and Certain Laws, mediation has become a condition of litigation in lease disputes, disputes regarding the division of movables and immovables and partition of joint ownership, disputes arising from condominium ownership and neighborhood law.

According to subparagraph a of paragraph 1 of Art 18/B of the LMCD, it is a condition of litigation to apply to mediation before filing a lawsuit for “*disputes arising from the lease relationship, except for the provisions regarding the eviction of leased immovable properties through execution without judgment according to Law No. 2004*”.

The mediation process must be concluded within three weeks (four weeks by extending one more week in mandatory cases) from the date of appointment. The statute of limitations shall be suspended from the date of application to the mediation office until the date of issuance of the final report, and the forfeiture period shall not run (LMCD Art. 18/A, 15).

Since the regulation refers to “*disputes arising from the lease relationship*”, it is understood that the existence of a lease relationship between the parties is sufficient, and in this sense, there is no other limitation regarding the substance of the dispute (such as whether the leased property is movable or immovable, the duration of the lease). It is also not important whether the lease agreement is written or oral.

In disputes arising from the lease relationship, it is not necessary that the claim is related to a monetary receivable, nor is it necessary that the dispute arises from the rental price if the claim is monetary. For example; necessary or useful expenses incurred on the leased property, dues, security fee, determination of the rental price, adaptation of the rental price, eviction request, receivable arising from the prohibition of re-lease.

With the third paragraph of Article 18/B added to the LMCD, if an agreement is reached during the mediation process for disputes arising from the lease relationship, it is obligatory to obtain an enforceability annotation in order for the agreement document to be subject to judicial execution.

Keywords: House rent, condition of litigation, lease disputes.

KAT MÜLKİYETİ KANUNU VE KOMŞULUK HAKKINDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK DÜZENLEMESİ

Ar. Gör. Metin SÜRER

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0001-6593-6158

ÖZET

05.02.2023 tarih ve 7445 sayılı “İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 37. maddesi ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda değişiklik yapılmıştır. Söz konusu değişiklik ile 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu’ndan kaynaklanan uyuşmazlıklar ile komşuluk hakkından kaynaklı uyuşmazlıklar zorunlu arabuluculuk kapsamına alınmıştır. İlgili değişikliğin yürürlüğe giriş tarihi ise Kanun’un 43. maddesinde düzenlenmiş olup, yürürlük tarihi olarak 01.09.2023 tarihi belirlenmiştir. Ayrıca söz konusu değişikliklerin yürürlük tarihi itibarıyla ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay’da görülmekte olan davalar hakkında uygulanmayacağı hususu Kanun’un 38. maddesi ile geçici madde olarak 6325 sayılı Kanuna eklenmiştir. Söz konusu değişiklik kapsamında arabulucu tarafından düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine dair, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi alınması zorunlu tutulmuştur. Ayrıca şerhi verecek olan mahkemenin, karar verirken arabulucu tarafından düzenlenen taşınmazla ilgili anlaşma bakımından, taşınmazla ilgili kanunlarda yer alan sınırlamalar veya usul ve esaslara riayet edilip edilmediği hususunda denetleme yapacağı belirlenmiştir.

Böylelikle Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamında açılacak olan tüm davalar ve komşuluk hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından kat maliklerinin birbirlerine ya da apartman yönetimine veya site yönetimine karşı açacakları davalar yargı yoluna taşınmadan evvel arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmiştir.

Fakat bu noktada özellikle çıkarılacak bir yönetmelikle birçok hususun ayrıca düzenlenmesi gerektiği ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Zira arabuluculuk görüşmelerinde tüm malikleri ilgilendiren uyuşmazlıklar bakımından kat malikleri genel kurulunu temsilen bir kimsenin mi taraf olarak gösterileceği yoksa tüm maliklerin görüşmeye davet mi edileceği hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Zira bazı uyuşmazlıklar yalnızca sınırlı sayıda kat malikini kapsarken, bazı uyuşmazlıklar bakımından husumetin apartman yönetimine veya site yönetimine karşı yöneltilmesi hatta başka bazı uyuşmazlıklarda ise tüm kat maliklerine husumetin yöneltilmesi gerekmektedir. Bu durum ise özellikle günümüz şartlarında yapılan

büyük siteler ve toplu yapılar göz önünde bulundurulduğunda arabuluculuk görüşmelerinin yürütülmesini imkânsız kılabilecek vaziyettedir.

Yine Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan kaynaklanan her uyuşmazlığın arabuluculuğa uygun olup olmadığına göre farklı bir düzenleme yapılarak, arabuluculuğa elverişli olmayan uyuşmazlıklar bakımından zorunlu arabuluculuk şartının kaldırılması gerekmektedir. Bu duruma genel kurul kararı doğrultusunda yönetici seçilmesi veya mahkemenin atadığı yöneticinin 6 ay geçmeden evvel değiştirilmesi için talepte bulunulması veya genel kurulun toplantı veya karar yeter sayısını sağlamaması sebebiyle meydana gelen uyuşmazlıklar örnek olarak verilebilir.

Ayrıca Kat Mülkiyeti Kanunu ve komşuluk hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar kavramının mahiyetinin ve sınırlarının tam olarak tespit edilmesi gerekmektedir. Örneğin, birden fazla parselden oluşan sitede toplu yapı yönetimine geçilmemişse veya siteyi bir kooperatif yönetiyorsa yahut site toprak tapulu olup kat mülkiyeti veya kat irtifakına tâbi değilse yahut da kat irtifakı kurulmuş ve inşaat fiilen tamamlanmış olmasına rağmen bağımsız bölümlerin üçte ikisi fiilen kullanılmaya başlanmamışsa, bu durumda meydana gelen uyuşmazlıklar Kat Mülkiyeti Kanunu'na tâbi olmadığından zorunlu arabuluculuk düzenlemesi kapsamında yer almazlar. Bu durumda zorunlu arabuluculuk kapsamında olmayan uyuşmazlıklar bakımından, arabulucunun mevcut uyuşmazlığın Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan kaynaklanıp kaynaklanmadığını re'sen dikkate alarak araştırması gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Yöneticinin hâlihazırda yetki ve tasarruf sınırları içerisinde kalan iş ve işlemler ayrık tutulması gerektiğinin altı önemle çizilmelidir. Zira yönetimin herhangi bir özel yetki olmaksızın yapabileceği iş ve işlemler bakımından arabuluculuk başvurusu yapabileceği yahut görüşmelerini yürütebileceği açıktır. Söz konusu işlemler, ana gayrimenkulün kullanılması, korunması, bakımı ve onarımı için gereken tedbirlerin alınması, bunlar için gerekli avansın toplanması, ana gayrimenkulün sigorta ettirilmesi, ana gayrimenkulün tümünü ilgilendiren tebligatların kabulü, kat mülkiyetine ilişkin borç ve yükümlülüklerini yerine getirmeyen kat maliklerine karşı dava ve icra takibi yapılması olarak sayılabilir.

Bu bağlamda önem taşıyan husus ise yöneticinin yetki ve tasarrufunda olmayan işlemler bakımından ne tür kararlar verilmesi gerektiğidir. Örneğin, kat malikleri genel kurulunca karara bağlanması gereken meselelerde, yöneticinin özel yetkisi olmaması durumunda arabuluculuk görüşmeleri bakımından yöneticinin temsil yetkisi olup olmadığı ayrıca düzenlenmelidir. Özellikle tüm kat maliklerinin taraf olduğu uyuşmazlıklar bakımından sorunlar meydana gelmesi muhtemeldir. Böyle durumlarda tüm kat maliklerinin tespitinin yapılması çok zor veya imkânsız olabileceğinden husumetin apartman veya site yönetimine yöneltilmesi akla gelmektedir. Ancak bu noktada yöneticinin kat maliklerini temsilen adına arabuluculuk başvurusu ya da görüşmesi yapmaya yetkisi olup olmadığı tartışmalıdır. Yöneticinin kat maliklerini temsilen dava açmasının kabul edilmediği konular bakımından arabuluculuk başvurusu yapması da mümkün görünmemektedir. Zira bazı uyuşmazlıklar bakımından yönetici taraf sıfatına sahip değildir. İnşaata yapan ilk yükleniciye karşı ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin veya eksik işlere ilişkin olarak açılan davalar, yönetim planıyla ilgili olarak

açılan davalar ve arsa payı düzeltme davaları buna örnek olarak verilebilir. Sayılan davalar bakımından genel kurul yöneticiye özel olarak yetki verse dahi, yönetici taraf ehliyetine sahip olmadığı için dava açamaz. Bu bağlamda sayılan hâllerde yöneticinin arabuluculuk başvurusu yapamayacağına da kabulü gerekmektedir.

Her ne kadar bu noktada Kat Mülkiyeti Kanunu m. 35 hükmünün 1. fıkrasının f bendi uyarınca, yönetim planında aksi kararlaştırılmadıkça, ana gayrimenkulün tümünü ilgilendiren hususlar bakımından tebligatın kabulü bakımından yönetici yetkili kabul edilse dahi, söz konusu yetki uyuşmazlığın çözümü için gereken tedbirlerin alınmasını ve tasarruf yetkisini içermemektedir. Kanaatimizce bu hususta özel bir yetki verilmesi hâlinde ancak yönetici kat maliklerini temsilen arabuluculuk görüşmelerini yürütebilecektir. Zira mahiyet itibarıyla yargı yoluna başvurulması ile arabuluculuk görüşmelerinin yapılması arasında fark bulunmaktadır. Buna binaen yöneticinin yargı yoluna başvurarak dava açtığı durumlarda, mahkeme kamu gücü ve iradesini kullanarak uyuşmazlığı çözmektedir.

Oysa arabuluculuk başvurusu yapılması hâlinde, arabulucu önünde anlaşma veya anlaşmama yönündeki irade bizzat yönetici tarafından açıklanmaktadır. Arabulucu, hâkim yerine geçerek bir karar vermemekte yalnızca taraflar arasında verilen karara katılmakta ve kararı tasdik etmektedir. Dolayısıyla kanaatimizce özellikle taraf sıfatının olmadığı haller bakımından arabuluculuk başvurusu için kat malikleri genel kurulunca yöneticiye özel yetki verilmelidir. Taraf sıfatı olmasına rağmen arabuluculuk sürecinin başlatılması mümkün olan hâllerde ise yukarıda izah edildiği şekilde, karar verme yetkisinin taraflara bırakılması sebebiyle kat maliklerini bağlayıcı karar verme durumu söz konusu olduğundan yöneticinin yine kat malikleri genel kurulundan özel yetki alması gerekmektedir. Bu duruma geciken alacağın tahsili için yapılan arabuluculuk görüşmelerinde gecikme faizinden vazgeçilmesi örnek olarak verilebilir. Her ne kadar yönetici, geciken alacağın tahsili noktasında hukukî yollara başvurmak yetkisine sahip olsa da yapılan arabuluculuk görüşmeleri bakımından asıl alacağın tamamından ya da bir kısmından veya asıl alacağın fer'ilerinden genel kurul tarafından kendisine açıkça yetki verilmediği takdirde vazgeçemez, sulh olamaz.

Kat malikleri genel kurulu tarafından yöneticiye verilecek olan yetki izin veya icazet şeklinde cereyan edebilir. Fakat bu noktada yetki sonradan verilecek ise ancak arabuluculuk süreci sona ermeden yetki verilebileceğinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zira yetkisi olmaksızın arabuluculuk görüşmelerini yürüten yönetici, süreç sonlanmadan söz konusu arabuluculuk görüşmelerini yürütmeye ve anlaşma veyahut anlaşmama yönünde iradesini açıklamaya ilişkin olarak yetki belgesini ibraz etmemesi durumunda, arabulucu tarafından verilen kararın icra edilebilmesi mümkün görünmemektedir. Bu durumu sulh hukuk mahkemesi icra edilebilirlik şerhi talebi üzerine re'sen dikkate almalıdır. Şayet yöneticinin arabuluculuk görüşmelerini yürütmeye yetkisi yok ise bu durumda mahkeme icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebini reddetmelidir. Böyle bir sonuç ise uyuşmazlığın diğer tarafı başta olmak üzere, söz konusu uyuşmazlıktan etkilenebilecek diğer kimselerin haklarına zarar verebilecek ya da zarar tehlikesi doğurabilecek nitelikte olduğundan, hukukî güvenlik ve öngörülebilirlik ilkesini zedelemektedir. Bu bağlamda kanunkoyucunun söz konusu tehlikeyi dikkate alarak,

yöneticiye arabuluculuk görüşmelerini yürütme ve sulh olma hususunda kat malikleri genel kurulunca verilecek olan izin veya icazetin, arabuluculuk sürecinin başlamasından önce veya en geç arabuluculuk görüşmeleri sona ermeden evvel verilebileceği noktasında detaylı bir düzenleme getirmesi gerekmektedir.

Yöneticinin kat maliklerini temsilen yürüttüğü arabuluculuk görüşmelerinden doğan sorumluluğu ise Kat Mülkiyeti Kanunu m. 38 hükmü gereği vekilin sorumluluğu ile eşdeğer tutulmaktadır. Dolayısıyla kat malikleri genel kurulu tarafından yetkilendirilen yönetici arabuluculuk görüşmeleri dolayısıyla kat maliklerini zarara uğrattırsa vekil gibi sorumlu tutulacaktır. Bu kapsamda yetkisi olmaksızın arabuluculuk görüşmelerini yürüterek kat maliklerini zarara uğratan yönetici de vekaletsiz iş görme hükümleri doğrultusunda sorumlu tutulabilir.

Yukarıda ifade edildiği üzere anılan değişiklik ile komşuluk hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar da zorunlu arabuluculuk düzenlemesine dahil edilmiştir. Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 18. maddesi doğrultusunda komşular birbirlerini rahatsız etmemek, hakkını çiğnememek ve yönetim planına uygun hareket etmekle yükümlüdürler. Söz konusu yükümlülük kat maliklerinin bağımsız bölümleri, eklentiler ve ortak alanların hepsi için geçerlidir. Bahsolunan yükümlülüğün ihlali ise komşuluk hakkından kaynaklanan uyuşmazlığı doğurmaktadır. Bu tür uyuşmazlıklar genel olarak komşuların ses, koku veya görüntü kirliliği vb. şekillerle birbirini rahatsız etmesi olarak ifade edilebilir. Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken husus ise komşuluk hakkını ihlal eden ve hakkı ihlal edilen kimsenin aynı taşınmazda bulunmasının zorunlu olmamasıdır. Zira başka bir binada ikamet eden bir kimsenin diğer bir binada bulunan kimseleri rahatsız ederek komşuluk hakkını çiğnemesi mümkündür. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, komşuluk hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından da arabulucunun kararının doğrudan icra edilmesinin mümkün olmadığı, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi alınması gerektiği ve mahkemenin anlaşma bakımından, taşınmazla ilgili kanunlarda yer alan sınırlamalar veya usul ve esaslara riayet edilip edilmediği hususunda re'sen denetleme yapacağıdır. Sulh hukuk mahkemesi anlaşmada kanunun emredici hükümlerine veya kamu düzenine aykırılık görürse icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebini reddetmelidir.

Özetle, Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan kaynaklanan ve komşuluk hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili zorunlu arabuluculuk düzenlemesi yerinde olup, birçok uyuşmazlığın kısa sürede arabuluculuk aşamasında çözülmesini sağlayabilecektir. Fakat bu noktada husumetin kime yöneltileceği, özel yetki alınması gereken hâllerde yetkinin ne zamana kadar ve nasıl alınacağı hususları ve buna ilave olarak arabuluculuğa elverişli olmayan uyuşmazlıkların her birinin detaylarıyla birlikte yönetmelikle düzenlenmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kat Mülkiyeti Kanunu, komşuluk hakkı, zorunlu arabuluculuk, dava şartı.

*

MANDATORY MEDIATION REGULATION FOR DISPUTES ARISING FROM THE CONDOMINIUM OWNERSHIP LAW AND NEIGHBOR RELATIONS LAW

ABSTRACT

On February 5, 2023, with Law No. 7445, titled “Law Amending the Execution and Bankruptcy Law and Some Other Laws”, changes were made to Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes through Article 37. With the aforementioned amendment, disputes arising from Law No. 634, dated 23/6/1965, regarding Condominium Ownership, and disputes arising from neighbor relations are now subject to mandatory mediation. The effective date of this amendment is regulated in Article 43 of the Law, and it has been set as September 1, 2023. Furthermore, it should be noted that these changes will not apply to cases pending in the courts of first instance, regional courts of justice, and the Court of Cassation as of the effective date, as stipulated in Article 38 of the Law and as a temporary provision added to Law No. 6325. Under the scope of this amendment, it is now mandatory to obtain an enforceability endorsement from the Civil Court of Peace where the mediator operates, regarding the enforceability of the agreement document prepared by the mediator. Additionally, it has been determined that the court providing the endorsement will review whether the agreement prepared by the mediator complies with the restrictions or procedures specified in the laws related to the immovable property in question.

In this regard, it has been mandated that disputes arising from all actions brought under the Condominium Ownership Law and disputes arising from neighbor rights must be referred to mediation before resorting to the judicial process, whether between co-owners or against the condominium management or site management.

The mandatory mediation regulation concerning disputes arising from the Condominium Ownership Law and neighbor rights is appropriate and can facilitate the resolution of many disputes during the mediation process. However, it is necessary to regulate, through a directive, the specifics of who should be the subject of the dispute, the cases requiring special authority, the duration and process of obtaining such authority, and additionally, the details of each dispute that is not suitable for mediation.

Keywords: Condominium Ownership Law, neighbor relations law, mandatory mediation, a prerequisite for litigation.

AVRUPA KONSEYİNİN 85/374 SAYILI DİREKTİFİ'NE GÖRE YAZILIMIN ÜRÜN NİTELİĞİ*

Ar. Gör. Duygu DİNCİOĞLU

İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-0110-6013, dincioglu.duygu@gmail.com

ÖZET

Üreticinin sorumluluğuna ilişkin ortak bir düzenleme getiren 85/374 sayılı Avrupa Konseyi Direktif i öncesi birliğe üye ülkeler, kendi iç hukuklarında çoğunlukla birbirinden farklı olarak birtakım düzenlemelere yer vermiş, bu kapsamda örneğin, Alman hukukunda üreticinin sorumluluğu haksız fiil hükümlerine dayandırılarak yalnızca üretici ile zarar gören arasında bir sözleşmenin mevcudiyeti halinde sözleşme sorumluluğuna gidilebilmiş, buna karşılık Fransız hukukunda, asıl çözüm yolu olarak sözleşme sorumluluğu benimsenmiş, ortada bir sözleşme bulunması halinde haksız fiil sorumluluğuna gidilemeyeceği yönünde kural kabul edilmiştir.

Üye ülkelerin kendi iç hukuklarında üreticinin sorumluluğuna ilişkin getirmiş oldukları birbirinden farklı düzenlemeler, zamanla sanayi, teknoloji ve ticaretin gelişmesiyle yaşanan geniş çaptaki olaylar karşısında gerek malların serbest dolaşımının etkilenmesi ve bunun sonucunda rekabetin bozulması gerekse üye ülkelerin kusursuz sorumluluğa ilişkin düzenlemeye tam olarak yer vermemeleri nedeniyle tüketicilere tam bir koruma sağlanamaması tehlikesi oluşmuştur. Bu nedenle de rekabetin korunması ve tüketicinin üst seviyede korunması amacıyla Avrupa Topluluğu içerisinde ortak bir düzenlemenin getirilmesi ve bu düzenlemenin kusursuz sorumluluğa ilişkin olması gerekliliği, zira teknolojik üretimin doğasında var olan risklerin adil bir şekilde paylaştırılabilmesinin ancak bu şekilde sağlanabileceği düşüncesi hakim olmuştur.

Üye ülkeler arasında tam uyumlaşmanın sağlanarak rekabetin korunması, aynı zamanda tüketiciler arasında eşitliği sağlamak ve tüketiciyi en iyi şekilde korumak amacıyla 1968 yılında Direktif hazırlıklarına başlanmış, bir takım teklif ve müzakereler sonucu Direktif in kabul edilmesi 25 Temmuz 1985 tarihini bulmuş ve Direktif Bakanlar Konseyi tarafından yayınlanmıştır. Üye ülkeler tarafından ve hatta Türkiye, İsviçre gibi üye olmayan ülkeler tarafından da Direktif farklı zamanlarda iç hukuklara aktarılmıştır. Alman Hukukunda Direktif in iç hukuka aktarılması 01.01.1990 tarihinde yürürlüğe giren “Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu” (ProdHaftG) ile sağlanırken Türk Hukukunda 12.03.2020 tarihinde Resmi gazetede yayınlanan 7223 sayılı “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu” (ÜGTD) ile Direktif

* Bu bildiri özeti Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında devam eden “Üreticinin Sorumluluğu” konulu tez çalışmasından üretilmiştir.

iç hukuka aktarılmış, kanun yayınlanmasından bir yıl sonra yani 12.03.2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

85/374 sayılı Avrupa Konseyi Direktif' i hatalı ürünlerden kaynaklanan sorumluluğu düzenlemiştir. Direktif' in öngördüğü sorumluluk türü kusursuz sorumluluktur. Buna göre, üretici, ürünündeki bir hatanın neden olduğu zararlardan sorumlu olacaktır. Kusursuz sorumluluğun söz konusu olabilmesi için hatalı bir ürünün bulunması, bir zararın oluşması ve bu zararın hatalı üründen kaynaklanması gerekmektedir.

Bir kişinin beklemeye hakkı olan güvenliği sağlamayan ürün Direktif kapsamında hatalı kabul edilmektedir. Direktif' in altıncı maddesinde “aşağıdakiler de dahil olmak üzere tüm koşullar dikkate alındığında bir kişinin beklemeye hakkı olan güvenliği sağlamadığında hatalıdır” denilerek hatalı sayılmaya ilişkin “ürünün sunumu”, “ürünün makul kullanımı” ve “ürünün piyasaya sürülme zamanı” olarak üç örneğe yer verilmiştir.

Ürüne ilişkin hata, tasarım (yapım- bileşim), üretim ve bilgilendirme (talimat) hatası olarak üçe ayrılmaktadır. Bununla birlikte bu hata türlerinden herhangi birinin varlığı halinde sonuç değişmemekte, kişinin beklemeye hakkı olan güvenliği sağlamayan ürün hatalı sayılmaktadır. Direktif, gelişim hatalarını ise üye ülkelerin serbestisine bırakmıştır. Direktif' in 9. Maddesinde zarar kapsamının içerisinde manevi tazminata ilişkin düzenleme yer almamakta, bununla ilgili olarak maddenin son fıkrasında üye ülkelere serbesti tanınmaktadır.

Direktif kapsamında sorumluluktan bahsedebilmek için zarara sebep olan ürünün Direktif' in ikinci maddesinde belirtilen kapsamda olması gerekmektedir. Bu nedenle bir şeyin ürün olup olmadığını tespit etmek son derece önemlidir. Direktif ikinci maddesinde, ürün kapsamında her türlü taşınır eşya ile elektrik sayılmıştır. Taşınır eşyanın herhangi bir taşınıra ya da taşınmaza bağlı olup olmaması ürün sayılma konusunda Direktif bakımından önem arz etmemektedir.

Direktifte taşınır eşya dışında elektriğin de ürün kapsamına alınması ile birlikte gayri maddi malların ürün kapsamına girip girmeyeceği tartışması oluşmuştur. Doktrinde de birçok yazarca ifade edildiği üzere Direktif' in kural olarak fiziksel maddi varlıklarını kapsamaması, elektriği ise istisnai olarak sayması nedeniyle gayri maddi varlıklar ürün kapsamında sayılmamalıdır. Bununla birlikte ürün kapsamının değerlendirmesinde özel nitelik arz eden birtakım durumlar ortaya çıkmıştır. Bunlardan bir tanesi, çalışma konumuzu da ilgilendiren yazılımdır. Yazılımın ürün kapsamı dahilinde sayılıp sayılmadığı çokça tartışmaya neden olmuş bununla ilgili olarak doktrinde birçok görüş ortaya atılmıştır.

Yazılım, elektronik aygıtların belirli bir işi yapmasını sağlayan programların bütünüdür. Bir başka ifade ile var olan bir problemi çözmek amacıyla bilgisayar dili kullanılarak oluşturulmuş anlamlı anlatımlar bütünüdür. Bilgisayar yazılımı türleri üç grupta incelenmektedir. Bunlardan ilki sistem yazılımlarıdır. Bunlar bilgisayarın kendisinin işletilmesini sağlayan yazılım grubu olup işletim sistemi, derleyiciler, donatılar sistem yazılımlarına örnek verilebilmektedir. İkinci tür bilgisayar yazılım grubu uygulama yazılımlarıdır. Bunlar, kullanıcıların işlerinde kolaylık sağlayan senet, stok kontrol, bordro,

kütüphane kayıtlarını tutan programlardır. Diğer bir tür olan bilgisayar yazılımı ise çevrimiçi yazılımlardır. Çevrimiçi yazılımlar herhangi bir dilde yazılan programı makine diline çeviren yazılımlar olarak ifade edilmektedir.

Yazılım teknolojinin gelişmesiyle hayatımızın birçok alanında kullanılmaktadır. Kullanım alanı gittikçe artan yazılım, hayatı birçok yönden kolaylaştırmakla birlikte cana ve mala zarar da verebilmektedir. Örneğin, bir makinanın yazılımında yanlışlık bulunması halinde makine patlayabilmekte ve zarar ortaya çıkabilmektedir. Buna benzer şekilde uçuş kontrol sistemleri, nükleer sistemler gibi yazılımın kullanıldığı alanlarda yazılımsal bir sorunun oluşması halinde çok ciddi sonuçlar meydana gelebilmektedir.

Yazılımın ürün sayılıp sayılmayacağı ile ilgili doktrinde çokça görüş ortaya atılmıştır. Bu kapsamda, yazılımın soyut olduğu için ürün sayılamayacağı; bunun aksi yönünde, yazılım bir kez yüklendikten sonra maddi ve somut değişiklikleri kendiliğinden meydana getirdiğinden soyut olarak değerlendirilemeyeceği ve ürün sayılması gerektiği; yazılımın somutlaştırılması halinde yani, disket, manyetik disk, mikroçip, cd gibi veri taşıyıcılarında depolanması durumunda ürün sayılabileceği; yazılımın saf bilgi niteliğinde olduğu, bu nedenle de CD Disket gibi veri taşıyıcılarına depolansa bile bu veri taşıyıcılarının ürün olarak nitelendirilebileceği, yazılımın yine ürün olarak görülemeyeceği gibi görüşler ortaya atılmıştır.

Avrupa Komisyonunun 1988 yılındaki bildirisinde ise yazılımın ürün sayılabileceği yönünde ifade bulunulmuştur. Kararın verildiği tarihteki dönemin teknolojik koşulları düşünüldüğünde doktrinde de ifade edildiği gibi Komisyonun bu ifadesinin, yazılımın veri taşıyıcısına aktarılıp somutlaştırıldığında ürün olarak kabul edilebileceği yönünde bir ifade olduğu yorumu yapılabilmektedir. Bu nedenle yazılımın cd, disket gibi veri taşıyıcısına kaydedilmediği durumlarda, diğer bir deyişle yazılımın çevrimiçi nitelik taşıdığı durumlarda yine yazılımdan kaynaklı bir zarar ortaya çıkmışsa ürün sayılıp sayılmama konusunda sorun ortaya çıkmaktadır. Doktrinde bununla ilgili olarak da çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Buna göre: Direktif' te ürün tanımı belli olduğu için özellikle çevrimiçi yazılımların ürün olarak değerlendirilmeyeceği; veri taşıyıcısına kaydedilen yazılım eğer ürün sayılıyorsa çevrimiçi yazılımın da ürün sayılması gerektiği; Direktif 'in eşya hukuku kurallarından ayrılması sebebiyle (nitekim Direktif ürün tanımında taşınır eşyaya bağlı olup olmadığı önem taşımaksızın her türlü taşınır eşya şeklinde ifade bulunarak bütünleyici parça kavramından uzaklaşmış, taşınır ya da taşınmaza bağlı olan her türlü taşınırı ayrı bir ürün olarak kabul etmiştir) eşya hukuku bağlamında bir eşya naklinin de aranmaması gerektiği, bu nedenle de çevrimiçi yazılımların da ürün sayılması gerektiği; çevrimiçi yazılımların ürün sayılmaması şeklinde bir ayırım yapılması halinde, yazılımın nasıl elde edildiği konusunda kendisi için hiçbir fark arz etmeyen mağdur bakımından adaletsiz sonuçların doğabileceği gibi görüşler ortaya atılmıştır.

Bize göre ve doktrinde diğer yazarlarca da ifade edildiği üzere, yazılım bilgi gibi pasif olmayıp dış dünyadan kendiliğinden sonuç doğurabilmektedir. Bununla birlikte Direktif kusursuz sorumluluk öngördüğünden ürün tanımının geniş yorumlanması kolay olmamalıdır. Direktifteki ürün tanımı bellidir. Direktif taşınır veya taşınmaza bağlı olup olmadığı önem

taşımaaksızın her türlü taşınır eşya ile elektriği ürün kapsamında saymıştır. Bu nedenle de özellikle online aktarılabilen yazılımın ürün kapsamında değerlendirilebilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Ancak Avrupa Komisyonu'nun yorumundan şayet CD, Disket gibi veri taşıyıcılarına aktarılan yazılım Direktif kapsamında ürün kabul edilecekse çevrimiçi olan yazılımın ürün kapsamında kabul edilmemesi kanaatimizce yine doğru olmayacak ve mağdurlar açısından da adil bir sonuç meydana getirmeyecektir. Tüm tartışmalar Direktif'in yazılıma uygulanabilirliğine ilişkin önemli belirsizliklerin var olduğunu göstermektedir. Günlük yaşamımızda ürünlerle sıkça temas halinde bulunduğumuz için bunlarla bağlantılı sorumluluk hükümlerini belirlemek önem arz etmektedir. Bu nedenle Avrupa Komisyonu'nun bu belirsizliği zamanın getirdiği teknolojik gelişmeler de dikkate alınarak ortadan kaldıracak şekilde günümüze uyarlanması, bu kapsamda yazılıma ilişkin de Direktifte ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Anahtar Kelimeler: Yazılım, 85/374 Sayılı Avrupa Konseyi Direktifi, ürün.

*

PRODUCT NATURE OF SOFTWARE ACCORDING TO EUROPEAN COUNCIL DIRECTIVE 85/374*

ABSTRACT

Prior to the European Council Directive No. 85/374, which introduced a common regulation on the liability of the manufacturer, the member states of the Union included some regulations in their domestic laws, mostly different from each other. The fact that Member States have different legal regulations has adversely affected competition over time, and the fact that the regulations do not include strict liability has prevented full consumer protection.

In order to protect competition by ensuring full harmonisation among the member states and at the same time to ensure equality among consumers and to protect consumers in the best way, preparations for the Directive were started in 1968, and as a result of a number of proposals and negotiations, the Directive was adopted on 25 July 1985 and the Directive was published by the Council of Ministers.

European Union Directive 85/374 regulates the liability arising from defective products. The type of liability foreseen by the Directive is strict liability. Accordingly, the manufacturer shall be liable for damages caused by a defect in its product. In order for strict liability to exist, there must be a defective product, a damage must occur and this damage must be caused by the defective product.

In order to be liable under the Directive, the product causing the damage must be within the scope specified in Article 2 of the Directive. Therefore, it is extremely important to

* This abstract is derived from the thesis on "Responsibility of the Producer" which is being carried out within the scope of Dokuz Eylül University, Institute of Social Sciences, PhD Programme in Private Law.

determine whether something is a product or not. In the second article of the Directive, all kinds of movable goods and electricity are counted within the scope of the product.

With the inclusion of electricity in the scope of the Directive in addition to movable goods, a debate has arisen as to whether intangible goods should be included in the scope of the product. As stated by many authors in the doctrine, intangible assets should not be considered within the scope of the product since the Directive covers physical tangible assets as a rule and electricity is listed as an exception.

Software is the name of the whole of the programmes that enable electronic devices to do a certain job. Software is used in many areas of our lives with the development of technology. The software, whose usage area is increasing, can make life easier in many ways, but it can also cause damage to life and property. For example, if there is an error in the software of a machine, the machine may explode and damage may occur.

Many opinions have been put forward in the doctrine as to whether the software will be considered as a product or not. In the 1988 declaration of the European Commission, it was stated that software can be considered as a product. Considering the technological conditions of the period when the decision was made, it can be interpreted that such a statement was made for situations where the software was transferred to the data carrier and concretised. For this reason, in cases where the software is not recorded on a data carrier such as cd or floppy disc, in other words, in cases where the software is online, if a damage arises from the software, a problem arises as to whether it is considered as a product.

In our opinion, since the Directive provides for strict liability, it should not be easy to interpret the definition of product broadly. The definition of product in the Directive is clear. The Directive includes all kinds of movable goods and electricity within the scope of the product, regardless of whether they are movable or immovable. For this reason, in our opinion, it is not possible to consider software that can be transferred online within the scope of the product. However, from the interpretation of the European Commission, if the software transferred to data carriers such as CDs and floppy disks will be accepted as a product within the scope of the Directive, it will not be correct in our opinion that the online software is not accepted within the scope of the product and will not produce a fair result for the victims. All the discussions show that there are significant uncertainties regarding the applicability of the Directive to software. For this reason, we believe that the European Commission should adapt the Directive to the present day in a way to eliminate this uncertainty by taking into account the technological developments of the time, and in this context, a detailed regulation should be included in the Directive regarding software.

Keywords: Software, European Union Directive 85/374, product.

PIRAMİT SATIŞ

Ar. Gör. Hasan Ali GÜÇLÜ

Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0003-0501-7912, hasanaliguclu93@gmail.com

ÖZET

Piramit Satış 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 80 hükmünde; “katılımcılarına bir miktar para veya malvarlığı ortaya koymak karşılığında, sisteme aynı şartlar altında başka katılımcılar bulma koşuluyla bir para veya malvarlığı kazancı olanağı ümidi veren ve malvarlığı kazancının elde edilmesini tamamen veya kısmen diğer katılımcıların da koşullara uygun davranmasına bağlı kılan, gerçekçi olmayan veya gerçekleşmesi çok güç olan kazanç beklentisi sistemi” olarak tanımlanmıştır. Piramit satış, “ sonsuz zincir”, “ ponzi şeması”, “ piramit şeması” olarak anılmaktadır. Bu sistemin temeli çok sayıda kişinin para kaybetmesi ve az sayıda kişinin para kazanması üzerine kuruludur. Sisteme dâhil edilen kimselere, küçük yatırımlar karşılığında büyük gelirler elde edileceği vaat edilmektedir. Özellikle bu sistem dolayısıyla ülkemizde birçok küçük yatırımcı mağdur edilmiştir.

Piramit satış, pazarlama sisteminin yasadışı tipi olan düzenine katılmak ve kazanç elde etmek için insanları ikna etme, düzene katılmak için giriş ücreti ödeme sistemi olarak tanımlanabilir. Piramit satış planları, bir dolandırıcılık türü olarak ifade edilmektedir.

Pazarlama sisteminde, bir mal müşteriye dağıtıcı, bayi, nakliyecisi, toptancı gibi birçok aracından geçmek suretiyle ulaşmaktadır. Piramit sisteminde ise, malın üreticiye doğrudan ulaştırılması hedeflenmektedir. Üretici firma ve alıcılar arasındaki aracılardan ortadan kalkmaktadır. Piramit satış sisteminde, müşterilere diğer müşteriler aracılığıyla ulaşılmaktadır. Ürünü satın alan müşteri tekrardan başka bir müşteriye ürünü satmaktadır.

Piramit satış sisteminin tarihçesine bakıldığında dünyada ilk olarak ABD’de Charles Ponzi tarafından bu sistemin oluşturulduğu görülmektedir. Bu nedenle piramit satış doktrinde “ponzi şeması” olarak adlandırılmaktadır. Charles Ponzi kendisi ile birlikte 10 arkadaşının 150 dolar yatırmalarını sağlayarak işe başlamış ve arkadaşlarına yatırımlarının 90 gün içinde kendilerine ödeneceğini vaat etmiştir. Ponzi, daha sonra başka arkadaşlarına da aynı vaatte bulunmuştur. Bu arkadaşlarından da katılım ücreti alan Ponzi, yatırımların kısa sürede kendilerine ödeneceğini vaat etmiştir.

Piramit satış sisteminin oluşması ya da piramit satış sözleşmesinin meydana gelebilmesi için bazı unsurlara gereksinim vardır. Piramit satış sözleşmesine taraf olabilmek için öncelikle bir paranın ya da malvarlığı unsurunun ortaya konulması gerekmektedir. Piramit satış sistemine girebilmek için katılımcılar tarafından ödenen bu ücrete “giriş ücreti” adı verilmektedir. “ Giriş

ücreti”nin, Türk Lirası cinsinden olması gerekmemektedir. Sözleşmeye katılım açısından yabancı para cinsinden bir belirleme yapmak da mümkündür. “Giriş ücreti”, sadece sözleşmenin imzalanması aşamasında gündeme gelmektedir. Piramit sözleşmesine taraf olabilmek için ödenen olan giriş ücreti malvarlığı olarak da ödenebilir.

Piramit satış sözleşmesinin bir diğer unsuru ise, sisteme dâhil edilecek başka katılımcıların bulunmasıdır. Katılımcı sayısı arttıkça piramit satış sisteminden para kazanma imkânı da artmaktadır. Yeni katılacak katılımcıların da sisteme giriş için ücret ödeme yükümlülükleri söz konusu olacaktır. Başka katılımcıların bulunması yeni katılımcılara öncelikle sistemin anlatılması ile ve sistemden nasıl gelir elde edeceklerinin bildirilmesi şeklinde olmaktadır. Yeni katılacak katılımcılara para ya da malvarlığı kazanılacağı hususunda ümit verilmektedir. Sistem içinde bulunan satıcı ilk olarak kendi satışından bir gelir elde etmektedir. Daha sonra sisteme dâhil ettiği katılımcıların kazandıklarından belli bir miktar üzerinden pay almaktadır. Dolayısıyla sistemde bulunan katılımcılar kendi kazançlarından belli bir payı diğer katılımcılara vermektedirler. Bu sistemi kuranlar bu durumu kazan- kazan ilişkisi olarak ifade etmektedir.

Piramit satış sözleşmesinin üçüncü unsuru ise, bir miktar para veya belli bir malvarlığı kazanma ümidi vermektir. Piramit satış sistemine entegre edilen üyelere belli miktar para veya malvarlığı kazanma hususunda bir ümit verilmektedir. Sisteme dâhil olan katılımcılar öncelikle kendi sattıkları mal ve hizmetlerden para kazanmakta daha sonra ise sisteme dâhil ettikleri katılımcıların kazançları üzerinden belli bir miktar para kazanmaktadırlar. Piramidin altında bulunanlar piramidin üstünde bulunanlara belli bir miktar para ödemektedir. Piramidin altında bulunan katılımcılar kendilerini sisteme entegre eden katılımcılara belli bir pay vermektedirler. Piramidin altında bulunan katılımcılar, piramidin üstünde bulunan tüm katılımcılara pay vermekle yükümlü değildir.

Piramit satış sözleşmesinin dördüncü ve son unsuru ise, diğer katılımcıların koşullara uygun davranmasıdır. Sisteme katılacak olan katılımcılara, sistemin ne şekilde işlediği, nasıl kazanç sağlandığı anlatıldıktan sonra sistemin kazanç paylaşmaya yönelik bir sistem olduğu hususunda bilgi verilmektedir. Kazanç paylaşım amacı olmayan bir katılımcının sisteme dâhil olması mümkün olmayacaktır.

Piramit satış sözleşmesi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 80. maddesinde düzenlenmiştir. Piramit satış sözleşmesinde, kişiler firmalar tarafından oluşturulmuş bir sisteme dâhil edilmektedirler. Firmaların asıl çabası ürün satmaktan ziyade kişileri sisteme dâhil etmektir. Sistemde pazarlanan husus aslında sistemin kendisidir.

Şirket ile katılımcı üye arasında imzalanan sözleşmeye üyelik sözleşmesi adı verilmektedir. Üyelik sözleşmesi uyarınca şirket, katılımcılara katalog fiyatının belli bir oranda altındaki fiyattan ürün satmakla yükümlüdür. Üyeler, katalog fiyatının altında aldıkları bu ürünleri satarak gelir elde etmektedirler. Piramit satışta, ilk aşamada katılımcılar giriş ücreti ödeyerek sisteme dâhil olduklarında herhangi bir satış işlemi gerçekleşmemektedir. Burada yapılan sadece çerçeve sözleşme imzalanarak katılımcıların sisteme dâhil edilmesidir. Bu

çerçeve sözleşmede sisteme girmek için tarafın vereceği para ya da malvarlığı değeri belirlenmelidir. Yine bu söz konusu çerçeve sözleşme ile tarafın piramit satışlardan nasıl gelir elde edeceği ve gelirinin yüzde kaçını kendisini sisteme entegre eden üyelere ödeyeceği yazılmalıdır.

Çerçeve sözleşme niteliğinde olan bu sözleşmede genel işlem şartlarının ya da haksız şartların bulunması da mümkündür. Piramit satış sözleşmesinin ilk aşaması olan üyelik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi niteliğinde olup olmadığının tartışılması gerekmektedir. Vekâlet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesi vd. hükümlerde düzenlenmiştir. Kanımızca piramit satış sözleşmesinin ilk aşaması olan üyelik sözleşmesi vekâlet sözleşmesi niteliğinde değildir. Piramit satış sözleşmesinde, vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi bir işi yapma ya da bir işlemin yapılmasını üstlenme durumu söz konusu değildir. Piramit satışta, sisteme katılan yeni üye söz konusu ürünün satışını yapmak zorunda değildir. Söz konusu üye, sadece ürünü satarak belli avantajlardan yararlanma hakkına sahip olacaktır.

Piramit satış sözleşmesinin ilk aşaması olan üyelik sözleşmesinin eksik üçüncü kişi yararına bir sözleşme olup olmadığı da doktrinde üzerinde durulan ve tartışılan bir husustur. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşme Türk Borçlar Kanunu 129/1. maddede ele alınmıştır. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede vaat eden, vaat ettirene sadece üçüncü kişiye ifada bulunacağını taahhüt eder. Vaat ettiren kişinin çıkarının bulunması gerekmemektedir. Piramit satış sözleşmesi kanaatimizce eksik üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde de değildir. Sadece üçüncü kişiye ifa yükümlülüğü piramit satış sözleşmesinde söz konusu değildir.

Piramit satış sözleşmesinde ikinci sözleşme üye ile tüketici arasında yapılan satış sözleşmesidir. Piramit satış sözleşmesi hem üyelik hem de satış sözleşmesini içermesi sebebiyle kanaatimizce isimsiz sözleşme niteliği taşımaktadır.

Piramit satış sözleşmesinin hukuki niteliğine değindikten sonra bir de bu sözleşmenin taraflarının incelenmesi gerekecektir. Piramit satış sözleşmesinin taraflarından birisi distribütördür. Distribütör, müşteri ile firma arasında adeta köprü görevi gören ve piramit satış sözleşmelerinde adı en çok geçen kişilerdir. Distribütör, hem müşteri hem de aracı rolündedir. Piramit satış sözleşmesinin bir diğer tarafını ise sponsorlar oluşturur. Sponsorluk, piramit satışı doğrudan satıştan ayıran bir unsurdur. Sponsorlukta, bir distribütöre nasıl işi yapacağı ve bu işte nasıl başarılı olacağı öğretilmektedir.

Piramit satış sözleşmesi, üyelik ve satış sözleşmesinden oluşan kendine özgü, isimsiz bir sözleşme olarak kabul edilmelidir. Bu sözleşme tarafların ölmeleri veya fiil ehliyetlerini kaybetmeleri ile sona erecektir. Piramit satış sözleşmesi belirli süreli olarak yapılabileceği gibi belirsiz süreli olarak da yapılabilir.

Sözleşmenin olağan olarak sona ermesi ifa yoluyla gerçekleşir. Taraflar, sözleşme ile taahhüt ettikleri edimleri ifa etmeleri halinde yani üyenin ürünleri satması ve kendini sözleşmeye entegre eden üyeye payını vermesi durumunda sözleşme sona erer.

Piramit satış sistemi ülkemizin gündemi son zamanlarda oldukça meşgul eden bir sistemdir. Halk arasında saadet zinciri olarak ifade edilen piramit satış sistemi nedeniyle birçok insan mağdur olmuştur. Özellikle piramit satış sistemi ile uğraşan firmaların merkezlerinin yurt dışında olması sebebi ile bu sistemle mücadele de zorlaşmaktadır.

Piramit satış sisteminin tanımlandığı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca bu sistemin açıkça yasaklandığı görülmektedir. Bakanlığın piramit satışını engellemeye yönelik tedbir alma yetkisi de kanunda düzenlenmiştir. Piramit satışın tüketicilerin karar verme iradelerini olumsuz etkilediği bir gerçektir. Bu satışlarla ilgili olarak ülkemizde ciddi yaptırım uygulanmadığı da hepimizin malumudur.

Bu tebliğle amaçlanan piramit satış sisteminin ne olduğu ve hukuki esaslarının ne olduğunun ortaya konulmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Piramit satış, ponzi satış, isimsiz sözleşme, tüketici, kazanç elde etme ümidi.

*

PYRAMID SALES

ABSTRACT

Pyramid Sales Law No. 6502 on Consumer Protection. In the provision of 80; “It is an unrealistic or very difficult to realize system that gives its participants the hope of earning money or assets in exchange for providing some money or assets, provided that they find other participants in the system under the same conditions, and makes the acquisition of assets fully or partially dependent on the other participants to comply with the conditions.” It is defined as the “earnings expectation system”. Pyramid selling is referred to as “infinite chain”, “ponzi scheme”, “pyramid scheme”. The basis of this system is that many people lose money and few people gain money. People included in the system are promised large incomes in return for small investments. Especially due to this system, many small investors in our country have been victimized.

Pyramid sales can be defined as a system of persuading people to participate in the scheme, which is an illegal type of marketing system, and making money, and paying an entrance fee to participate in the scheme. Pyramid sales schemes are referred to as a type of fraud.

In the marketing system, a product reaches the customer through many intermediaries such as distributors, dealers, transporters and wholesalers. In the pyramid system, the aim is to deliver the goods directly to the producer. Intermediaries between the manufacturer and buyers are eliminated. In the pyramid sales system, customers are reached through other customers. The customer who purchased the product resells the product to another customer.

When we look at the history of the pyramid sales system, we see that this system was first created in the world by Charles Ponzi in the USA. For this reason, pyramid selling is called a "ponzi scheme" in doctrine. Charles Ponzi started by having 10 of his friends deposit \$150 and promised his friends that their investments would be paid within 90 days. Ponzi later made the same promise to other friends. Ponzi, who also received a participation fee from these friends, promised that the investments would be paid to them in a short time.

Keywords: Pyramid selling, ponzi selling, anonymous contract, consumer, hope to make a profit.

KİRA ARTIŞLARINA GEÇİCİ MADDE 1 İLE GETİRİLEN YÜZDE 25 SINIRI VE SINIRLAMAYA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Av. Güzide İrem CAN

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, İstanbul 1 No'lu Baro

ORCID: 0000-0002-6591-2516, irem.can@bilkent.edu.tr

ÖZET

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 299.maddesi uyarınca kira sözleşmesi, *“kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”* TBK'nın 26.maddesi uyarınca *“Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”* “Sözleşme özgürlüğü” ilkesi uyarınca sözleşme taraflarının akdettikleri sözleşmenin bedelini kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmamak kaydıyla serbestçe belirleyebilirler.

Kira bedelinin belirlenmesi ve kiracının tahliye edilmesi sorunu, 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesinden çok daha uzun bir süre öncesine dayanan sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. TBK 347. maddesi uyarınca konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı, belirli süreli kira sözleşmesinin sona ermesinden en az on beş gün önce bildirimde bulunmadığı takdirde, kira sözleşmesi aynı hüküm ve koşullar altında bir yıl süre ile uzatılmış sayılmaktadır. Kiraya veren, sözleşmenin süresinin bitmesini dayanak göstererek sözleşmeyi feshedemez. Bu halde, TBK'nın konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde kiralananın tahliyesi ve kira bedelinin belirlenmesi hususlarında “kiracıyı koruyan” bir yaklaşım sergilediği de izahtan varestedir. İlgili madde hükmü uyarınca kiraya verenin kira sözleşmesini feshetme olanağının sınırlı olduğu görülmektedir. Kiraya veren, on yıllık uzatma süresinin sonunda veya tahliye sebeplerine dayanarak kira sözleşmesini feshetme hakkına sahiptir. Günümüzde pandemi, hayat pahalılığı ve artan enflasyon nedeniyle kiraların artması ile beraber birçok kiracı ya evini terk etmekte ya da kira bedeli konusunda netliğe varamamaktadır. Sonuç olarak, evini terk etmeyen kiracılar ev sahipleriyle anlaşmazlık yaşamaktadır. Bu nedenle uzun zamandır devam eden bu problemin çözümüne yönelik olarak kiracıları korumak adına önlemler alınmıştır. Artan kiralar karşısından kiraya verenlere karşı kira sınırlaması getirmek amacıyla kira zammı üst sınır uygulaması getirilmiş olması yalnızca Türkiye'ye özgü bir düzenleme değildir. Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, İngiltere, İrlanda, Almanya, Hollanda gibi ülkelerde de farklı oranlarla kira zammı üst sınırı uygulanmaktadır.

08.06.2022 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Genel Kurulu tarafından kabul edilen, 11.06.2022 tarih ve 31863 sayılı Resmî Gazete’de³ yayımlanan 7409 sayılı Kanun’un 4.maddesi ile kira sözleşmelerindeki kira artışlarına ilişkin olarak TBK’ya Geçici madde 1 eklenmiştir. TBK’ya eklenen Geçici madde 1 ile 11.06.2022 ila 01.07.2023 tarihleri arasında yenilecek olan konut kirasına ilişkin kira artış oranı, üst sınırının %25’i olarak belirlenmiştir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, işyeri kiralari bu sınırlamanın kapsamı dışında olup, işyeri kiralari tüketicici fiyat endeksi (TÜFE) oranında artış kuralı uygulanmaya devam etmektedir. 15.07.2023 tarih ve 32249 sayılı Resmî Gazete’de⁴ yayımlanarak yürürlüğe giren 7456 sayılı Kanun’un Geçici 2.maddesi ile konut kiralari açısından kira zammı üst sınır uygulaması olan %25 oranın artış sınırının süresi uzatılmıştır. Dolayısıyla, 02.07.2023 ila 02.07.2024 tarihine kadar ki bir yıl süre için konut kiralari artış oranının üst sınırı %25 olarak belirlenmiştir. Kanunda belirlenmiş olan üst sınırı aşan bir anlaşmaya varılması halinde ise anlaşmanın bu üst sınırı aşan kısmı için değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımı uygulanacaktır. Aynı zamanda mevcut sınırlamaya uymayarak, fahiş kira artışı yapanlara yönelik üç yaptırım düzenlenmiştir. Buna göre fahiş kira artışı yapacak olan kiraya verenlere ölçülülük ilkesine bağlı olarak hapis cezası, adli para cezası veya idari para cezası öngörülmektedir. Söz konusu yaptırımların yanı sıra kiracı ve kiraya veren arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesi adına 05.04.2023 tarih ve 32154 sayılı Resmî Gazete’de⁵ yayımlanarak yürürlüğe giren 7445 sayılı Kanun’un 37.maddesi ile kira sözleşmesindeki uyuşmazlıklardan kaynaklanan kira tespit ve tahliye davalarında zorunlu arabuluculuk şartı düzenlenmiştir. İlgili düzenleme uyarınca dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler 01.09.2023 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. 01.09.2023 tarihine kadar açılmış olan davalarda ise zorunlu dava şartı olarak arabuluculuğa başvurma şartı aranmamaktadır.

Yukarıda sayılan düzenlemeler ışığında bir değerlendirme yapıldığında, ilk olarak göze çarpan husus, TBK’nın genel nitelikte bir kanun olmasıdır. Genel nitelikteki bir kanunda özel bir düzenleme yapılmasıyla temel hak ve hürriyetler (AY md.13) ile birlikte mülkiyet hakkının (AY md.35) özüne dokunacak biçimde ölçsüz bir sınırlama yapıp yapılmadığı tartışılmalıdır. Bu sebeple, ilgili hüküm uyarınca kira artışlarının yasal bir düzenlemeyle %25 oranında sınırlandırılması mümkün olmasına rağmen bu oranın ölçülü bir müdahale olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılması gerekliliği mevcuttur. Mülkiyet hakkı, ekonomik bir değeri olan ve para ile ölçülebilen her türlü mal varlığını kapsamaktadır. AY md. 35 uyarınca “*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*” Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin (AYM) 2001/303 E., 2001/333 K. ve 19.07.2001 T. sayılı kararı⁶ uyarınca “...6570 sayılı Kanun’un Geçici 7.maddesinde yer alan “...2001 yılında ise yıllık %10...” ibaresinin Anayasa’nın 2., 5., 13., 35.maddelerine aykırılığı tespit edilerek iptaline karar verilmiştir. AYM kararında “...*Böylece, kira bedellerine getirilen sınırlama, amacını*

³ Bkz. 11.06.2022 tarih ve 31863 sayılı Resmî Gazete.

⁴ Bkz. 15.07.2023 tarih ve 32249 sayılı Resmî Gazete.

⁵ Bkz. 05.04.2023 tarih ve 32154 sayılı Resmî Gazete.

⁶ AYM, 2001/303 E., 2001/333 K., 19.07.2001 T. sayılı kararı için bkz. (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2001-333-nrm.pdf>). (E.T.: 20.09.2023).

aşarak kiracı ile kiralayan arasında bulunması gereken adil dengenin kiralayan aleyhine demokratik bir toplumda makûl, kabul edilebilir olarak nitelendirilemeyecek biçimde bozulması sonucunu doğurmuştur. Bu durumda, itiraz konusu ibare ile mülkiyet hakkının özüne dokunacak biçimde yapılan ölçüsüz sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı ileri sürülemez.” gerekçesine yer vermiştir. O halde, Geçici madde 1 ile getirilen kısa süreli düzenlemenin mülkiyet hakkının özüne zarar verdiği söylenebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından verilmiş olan *Mellacher* ve diğerleri v. Avusturya kararında⁷ kira bedelini düşük tutan mevzuatın mülkiyet hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. AİHM “sosyal hak olan konut hakkını, mülkiyet hakkının sınırlandırılması bakımından meşru bir amaç olarak görmüş ve devletin kira bedelleri arasındaki aşırı ve haksız farklılıkları engellemek meşru amacı doğrultusunda ilgili mevzuatı uyguladığını” kabul etmiştir. Ayrıca *Čapský* ve *Jeschkeová* v. Çek Cumhuriyeti kararı⁸ ve *Edwards* v. Malta kararı⁹ incelendiğinde AİHM, “...modern toplumlarda konut ihtiyacının sosyal ve ekonomik politikaların belirlenmesinde önemli yeri olduğunu belirtmiş ve devletlerin takdir yetkileri çerçevesinde konut ihtiyacı konusunda düzenlemeler yaparak mülkiyet hakkına sınırlandırma getirebileceğini” belirtmiştir¹⁰. Görüldüğü üzere, AİHM’in bu konudaki görüşleri halen çelişkili ve tartışmalı niteliktedir.

Mülkiyet hakkının özünün ihlal edilip edilmediği tartışmasıyla birlikte dikkat çeken bir diğer husus ise Geçici madde 1’in eski kiracıları koruyup, ilk kez mülk kiralayanlar açısından ise koruyucu bir hüküm getirmemesidir. Kiraya verenlerin mevcut kiracılarla olan kira sözleşmelerini feshetmeleri ve yeni kiracılar arama ihtiyacına girmesi kaçınılmazdır. Söz konusu karışıklığın ihtiyaç sebebiyle tahliye davalarında artışa neden olmasıyla birlikte konut kiralamalarını da yavaşlatacağı açıktır. Kiracıların kira bedelini karşılamaya yönelik maddi yeterliliğinin bulunmaması ve yeni akdedilecek olan kira sözleşmelerinde fahiş bedellerin belirlenmesi hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık taşımaktadır. Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 2.maddesi uyarınca “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” Başka bir deyişle, emredici hükümlere aykırı olarak %25’ten fazla bir oran artışının hukuka aykırılığı, Geçici madde 1’in yürürlüğe girdiği dönemden sonraki kira dönemi için geçerli olacak olan kira bedelini de etkileyecektir.

Bu çalışmada tartışılacak olan temel sorun, TBK’ya eklenen Geçici madde 1 ile 02.07.2023 ila 02.07.2024 tarihleri arasında yenilecek olan konut kirasına ilişkin kira artış oranı, üst sınırının %25’i olarak belirlenmesinin uygulamada yarattığı sorunları öne

⁷ *Mellacher* ve diğerleri v. Avusturya kararı için bkz. (<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57616&filename=001-57616.pdf>, Erişim Tarihi: 15.09.2023).

⁸ *Čapský* ve *Jeschkeová* v. Çek Cumhuriyeti kararı için bkz. (<https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22%3A%22001-170834%22%7D>], Erişim Tarihi: 15.09.2023).

⁹ *Edwards* v. Malta kararı için bkz. (<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-87520&filename=CASE%20OF%20EDWARDS%20v.%20MALTA.docx&logEvent=False>, Erişim Tarihi: 15.09.2023).

¹⁰ Birtane, Şermin: *Özel Hayata Saygı Hakkı (AİHS 8.Madde) Bağlamında Çalışma Hakkı ve Mesleki Hayat İlişkisi*, Anayasa Yargısı, Cilt: 38, Sayı: 2, 2021, s.66.

çıkarmaktır. Kanaatimizce kira bedelinin tespiti ve kira uyuşmazlıklarının çözülmesi için Geçici maddeler ile “çözüm aramak” yerine bu sorunlara ilişkin özel bir düzenlemenin yaratılması hem öğreti hem de uygulamadaki sorunları bertaraf etmede başarılı olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Konut ve çatılı işyeri kirası, kira bedeli tespiti, kiraya veren, kiracı, kira sözleşmesi, mülkiyet hakkı, kira uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk.

*

THE 25 PERCENT LIMIT ON RENT INCREASES IMPOSED BY TEMPORARY ARTICLE 1 AND EVALUATIONS ON THE LIMIT

ABSTRACT

Pursuant to Article 299 of the Turkish Code of Obligations (TCO) No.6098 a lease agreement is “*a contract whereby the lessor undertakes to leave the use or enjoyment of a thing to the lessee, and the lessee undertakes to pay the agreed rental price in return.*” Pursuant to Article 26 of the TCO, “*The parties may freely determine the content of a contract within the limits prescribed by law.*” In accordance with the principle of “freedom of contract”, the contracting parties may freely determine the price of the contract they have concluded, provided that it does not contradict the mandatory provisions of the law, morality, public order and personal rights.

The problem of determining the rental price and eviction of the tenant is a problem that dates back much longer than the entry into force of TCO No. 6098. With Article 4 of the Law No. 7409, which was adopted by the General Assembly of the Grand National Assembly of Turkey (TBMM) on 08.06.2022 and published in the Official Gazette dated 11.06.2022 and numbered 31863, Provisional Article 1 was added to the TCO regarding rent increases in lease agreements. The rent increase rate for the residential leases to be renewed between 11.06.2022 and 01.07.2023 has been determined as 25% of the upper limit. The duration of the increase limit on 25% has been extended for a period of one year from 02.07.2023 to 02.07.2024. The first thing that stands out is that TCO is a general law. It is debatable whether a special regulation in a general law constitutes an immeasurable restriction that touches the essence of fundamental right and freedoms as well as the right to property. The main problem to be discussed in this study is to highlight the problems created in practice by the Provisional Article added to TCO, which sets the rent increase rate for the residential lease to be renewed between 02.07.2023 and 02.07.2024 as 25% of the upper limit.

Keywords: Residential and roofed workplace lease, determination of rental price, landlord, tenant, lease agreement, property right, compulsory mediation in lease disputes.

CUMHURİYETİN 100. YILINDA TÜRK İŞ HUKUKU

Prof. Dr. Levent AKIN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-7543-3164, akin@law.ankara.edu.tr

ÖZET

Dünyada 1760-1830 yılları arasını kapsadığı düşünülen ilk sanayi devrimi (endüstri 1.0), buhar gücünün insan gücünün yerini almaya başlamasıyla iş hukukunun da doğduğu zaman dilimi olarak görülür.

Sanayi devrimi ile başlayan bu süreçte ortaya çıkan işveren ve işçi sınıfları, bu süreci takip eden yüzyıllar içinde, menfaat farkları sebebiyle sürekli karşı karşıya gelmiştir. Bu çatışma, ekonomide, sanayide ve toplumsal yaşamda ortaya çıkan gelişmelerin bir benzerinin, hukuk alanında da yaşanmasını zaruri kılmıştır. Zira, işçilerin 19.yy'da başlayan ve başlangıçta sağlıksız koşullarla iş gördükleri çalışma hayatı, zaman içinde bir parça güçlenmeleri sonucunda ortaya çıkan hak talepleriyle devam etmiştir. Bu taleplerin, işveren talepleriyle çatışması, konunun hukuki düzenlenmesi ihtiyacını doğmuştur ki, iş hukukunun ortaya çıkışı da bu aşamaya denk gelmektedir.

Sanayi devriminden bugüne kadar geçen yaklaşık 200 yıl, iş hukukunu doğduğu noktadan çok farklı bir aşamaya taşımıştır. Bu süreçte 2. ve 3. sanayi devrimleri gerçekleşmiştir. 2. sanayi devrimi (endüstri 2.0), ulaşımın, elektriğin ve otomasyonun devreye girdiği süreci ifade etmektedir. *İngiltere, Almanya, Amerika ve Japonya* bu dönemin en parlak ülkeleri olarak görülmüştür. Demir ve çeliğin yaşamsal hammadde haline geldiği ve üretim zincirlerinin kullanıldığı 2.sanayi devriminde iş hukuku, önemli adımlar atmış, kavramlar yaratmıştır. Çalışanlar lehine ciddi kazanımlara neden olmuştur. 3.Sanayi devrimi (endüstri 3.0) ise, dünya savaşları ve ekonomik krizlerin ağır hasarı ardından ancak 1950'lerde başlamıştır. Bu dönemde belirleyici unsur, dijital teknolojidir. Bu teknoloji, bilgisayarları hayatımıza ve endüstrinin hizmetine sokmuştur. Toplumsal yaşam ve üretim, tümüyle bilgi-işlem teknolojilerinin kullanıldığı bir alan haline gelmiştir. Halen içinde bulunduğumuz 3.sanayi devrimi süreci, pandemi ile bir parça sendelese de, oluşturduğu birikimle bunun üstesinden gelmeyi başarmış ve ayakta kalabilmiştir. Bugünün dünyası ise hızla 4.Sanayi devrimine yönelmiştir. Bu süreç, insan gücüne duyulan ihtiyacı azaltmayı hedeflemekte, bunu da bilgi işlem teknolojisinin son harikası yapay zekâyla yapabilmeyi hedeflemektedir.

Yukarıda kısaca yer verdiğimiz bu 200 yıllık süreç, iş hukukunun inanılmaz gelişim kaydettiği bir süreçtir. Ülkemizde de 18.YY sonarında Osmanlı İmparatorluğu'nda başlayan hukuki gelişmeler, iş hukukunun başlangıç noktası olarak görülebilir (1865-1877). Ancak iş hukukunun kavramsal gelişimi, Cumhuriyetle başlamıştır. Bu süreci üç ana bölümde ele

alabiliriz. 1926-1964 arası, 1967-2001 yılları arası ve 2003-2023 arası dönemler. Bu zaman aralıkları yaklaşık 30'ar yıllık dönemleri kapsamaktadır. Türkiye Cumhuriyeti bu zaman aralıklarında, iş hukuku, sosyal güvenlik hukuku ve toplu iş hukukunda, kapsamlı yenilemeler yapmış ve hukuki altyapıyı tümüyle değiştirmiştir. İş kanunları, sosyal güvenlik kanunları ve toplu iş kanunları bu zaman dilimleri içinde tümüyle yeniden kaleme alınmıştır. Son dönem henüz 20 yılını doldurmuştur. Ancak dünyadaki ekonomik ve teknolojik gelişmeler yanından pandeminin neden olduğu yapısal değişiklikler ve ortaya çıkardığı yeni ihtiyaçlar, hukuki revizyon zarureti öne çekmiş görünmektedir. Bu çalışma, iş hukukunun Cumhuriyetimizin 100.yılında ulaştığı noktayı ve geleceğe yönelik olarak duyduğu ihtiyaçları tespit etmeyi hedeflemekte ve olası çözüm önerilerini dile getirmeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: İş uyuşmazlığı, endüstri 4.0, atipik istihdam, tahkim, medarb.

*

ON THE 100TH ANNIVERSARY OF THE REPUBLIC TURKISH LABOR LAW

ABSTRACT

The first industrial revolution (industry 1.0), which is thought to have spanned between 1760 and 1830, is seen as the period in which labor law was born, as steam power began to replace human power.

The employer and worker classes that emerged in this process that started with the industrial revolution have constantly confronted each other due to differences in interests in the centuries following this process. This conflict made it necessary for developments similar to those in economy, industry and social life to occur in the field of law. Because the working life of workers, which started in the 19th century and in which they initially worked under unhealthy conditions, continued with the demands for rights that emerged as a result of their gaining some power over time. The conflict between these demands and the employer's demands created the need for legal regulation of the issue, and the emergence of labor law coincides with this stage.

Approximately 200 years since the industrial revolution have taken labor law to a very different stage from its birth point. In this process, the 2nd and 3rd industrial revolutions took place. The 2nd industrial revolution (industry 2.0) refers to the process in which transportation, electricity and automation came into play. England, Germany, America and Japan were seen as the brightest countries of this period. Labor law took important steps and created concepts in the 2nd industrial revolution, where iron and steel became vital raw materials and production chains were used. It has resulted in serious gains in favor of employees. The 3rd industrial revolution (industry 3.0) started only in the 1950s, after the heavy damage of world wars and economic crises. The determining factor in this period is digital technology. This technology has brought computers into our lives and into the service of industry. Social life and production have become an area where information-processing technologies are completely used.

Although the 3rd industrial revolution process we are currently in has been staggered a bit by the pandemic, it has managed to overcome this and survive with the accumulation it has created. Today's world is rapidly heading towards the 4th Industrial Revolution. This process aims to reduce the need for manpower, and it aims to do this with artificial intelligence, the latest wonder of computing technology.

This 200-year period, which we briefly mentioned above, is a period in which labor law has made incredible progress. In our country, the legal developments that started in the Ottoman Empire in the late 18th century can be seen as the starting point of labor law (1865-1877). However, the conceptual development of labor law started with the Republic. We can discuss this process in three main parts. The periods between 1926-1964, between 1967-2001 and between 2003-2023. These time intervals cover periods of approximately 30 years. During this time period, the Republic of Turkey made comprehensive renewals in labor law, social security law and collective labor law and completely changed the legal infrastructure. Labor laws, social security laws and collective labor laws were completely rewritten during this time period. The last period has just completed 20 years. However, in addition to the economic and technological developments in the world, the structural changes caused by the pandemic and the new needs it creates seem to have brought forward the necessity of legal revision. This study aims to determine the point that labor law has reached in the 100th anniversary of our Republic and its needs for the future, and aims to express possible solution suggestions.

Keywords: Labour dispute, industry 4.0, atypical employment, arbitration, medarb.

**ENGELLİ İŞÇİLERİN
FESHE KARŞI ÖZEL OLARAK KORUNMASI GEREKLİLİĞİ
- TÜRK VE ALMAN HUKUKU AÇISINDAN
KARŞILAŞTIRMALI BİR DEĞERLENDİRME -**

Dr. Öğr. Üyesi Berna ÖZTÜRK YILMAZ

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-1513-0129, bozturk@baskent.edu.tr

ÖZET

Dünyanın her yerinde engellilik, yoksulluk/yoksunluk ve dışlanma arasında yadsınamaz bir bağlantı olduğu herkesin bildiği bir sır niteliğindedir. Engelli bireylere eşit ve insan onuruna yaraşır istihdam olanaklarının sunulmaması ise bu durumun en temel nedenlerindedir. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) raporlarına göre dünya nüfusunun yaklaşık % 15'i fiziksel, duyuşsal, zihinsel veya ruhsal bir engelliğe sahip olup, bunların % 80'i de aktif çalışma yaşındadır. Engelli bireylerin çalışma yaşamındaki durumları engelli olmayan bireylerle karşılaştırıldığında, engellilerin daha fazla işsizlik, ayrımcılık ve dışlanmayla karşılaştıkları gözlemlenmektedir.¹

Ülkemizdeki engellilerin çalışma yaşamına katılım oranlarına bakılacak olursa; Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Ocak 2022 tarihli Engelli ve Yaşlı İstatistik Bülteninde yayımlanan engellilerin istihdam oranına dair 2011 yılında yapılan Nüfus ve Konut Araştırmasına göre ülkemizde genel olarak istihdama katılım oranı % 52,9 olup engellilerin istihdamdaki oranı ise % 22,1'dir.² Türkiye İş Kurumu (İşKur) verilerine göre ise Temmuz 2023 sonu itibariyle, kamuda toplam 20.601; özel sektörde ise toplam 115.693 engelli çalışmaktadır.³ Resmi verilerden de görüleceği üzere, engelli bireylerin istihdama katılım oranları ülkemizde de oldukça düşüktür.

Öte yandan, engelli haklarının korunması gerekliliği ülkemizin de taraf olduğu çeşitli uluslararası sözleşmelerde düzenlenmektedir. Bunların başında Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme gelmektedir. Türkiye bu Sözleşmeyi 2007 tarihinde herhangi bir çekince koymadan imzalamış ve bu Sözleşme ülkemizde 2009 yılında yürürlüğe girmiştir.⁴ Sözleşmenin "*Çalışma ve İstihdam*" kenar başlıklı 27. maddesinde ise genel olarak engellilerin

¹ Bkz. ILO: Achieving Equal Employment Opportunities for People with Disabilities through Legislation Guidelines, International Labour Office, Geneva, 2014: 1-2, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ifp_skills/documents/publication/wcms_322685.pdf.

² Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Engelli ve Yaşlı İstatistik Bülteni- Ocak 2022, 24, https://www.aile.gov.tr/media/98625/eyhgm_istatistik_bulteni_ocak_2022.pdf.

³ İşKur Aylık İstatistik Bültenleri, <https://www.iskur.gov.tr/kurumsal-bilgi/istatistikler/>.

⁴ RG, 14.07.2009, 27288.

diğer bireylerle eşit koşullar altında çalışma hakkına sahip olduğu, işe alım ve istihdam koşullarında ayrımcılığa uğramamaları için gerekli önlemlerin alınması, engelliliğe dayalı ayrımcılıkla mücadele edilmesi, fırsat eşitliği, eşit işe eşit ücret ilkesi, sağlıklı ve güvenli koşullarda çalışma imkanı sunulması, engellilere istihdam olanakları yaratılması, engellilerin işe yerleştirilmeleri, bu kişiler için destek ve eğitim programlarının hazırlanması vb. konular düzenlenmektedir.

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken bir diğer önemli uluslararası sözleşme ise, ILO'nun 1983 tarih ve 159 sayılı Mesleki Rehabilitasyon ve İstihdam (Sakatlar) Sözleşmesidir. Sözleşme, Türkiye tarafından 2000 yılında imzalanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşmenin amacı da, engelli bireylere iş sağlanması ve devletlerin bu yönde istihdam politikaları geliştirmesi gereğidir.

Uluslararası sözleşmelerin yanı sıra ulusal mevzuatımızda da engellilerin istihdama katılmasını sağlamak ve arttırmak amacıyla çeşitli düzenlemeler öngörülmektedir. Öncelikle Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10. maddesinin 3. fıkrasına göre, “Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.” Anılan düzenleme engellilere yönelik pozitif ayrımcılık yapılmasına olanak tanımaktadır. İlaveten, Anayasanın 17. maddesine göre, “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” Anayasanın 49. maddesinde ise “Çalışma Hakkı ve Ödevi” düzenlenmektedir. Anılan hüküm uyarınca, çalışma herkesin hakkı ve ödevidir. Ayrıca, devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemek için gerekli tedbirleri alır. Anayasanın 50. maddesinde herkesin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uygun işlerde çalıştırılması gerektiği; küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların ise çalışma şartları bakımından özel olarak korunacağı düzenlenmektedir. Yine Anayasanın 61. maddesinin 2. fıkrasına göre, “Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır.”

Engellilerin haklarının korunması ve toplumsal yaşama eşit birer birey olarak katılımlarının sağlanması amacıyla öngörülen temel düzenleme ise 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanundur.⁵ Kanunun “Tanımlar” kenar başlıklı 3. maddesine göre engelli, “Fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duysal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen bireyi ifade eder.” Kanunun 14. maddesi ise engellilerin istihdamı meselesini düzenlemektedir. Engellilerin istihdamının artırılması için alınacak önlemler, ayrımcılıkla mücadele, engellilerin karşılaşılabileceği güçlüklerin aşılması için işverenler tarafından işyerlerinde alınması gereken tedbirlere ilişkin hususlar bu kapsamdadır.

Engelli işçi çalıştırmaya ilişkin hükümler ise esasen 4857 sayılı İş Kanunu'nun⁶ “Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğu” kenar başlıklı 30. maddesi⁷ ile bu maddeye

⁵ RG, 07.07.2005, 25868.

⁶ RG, 10.06.2003, 25134.

⁷ İş Kanunu'nun yanı sıra Deniz İş Kanununun 13. maddesi de “Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırma” zorunluluğunu düzenlemektedir. Anılan hükme göre, “Bu kanunun kapsamına giren işveren veya işveren vekilleri,

dayanarak çıkarılan Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte⁸ düzenlenmektedir.

İş Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasına göre, “İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli ve (...) meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler.”

İşverenin çalıştırmakla yükümlü olduğu engelli tanımı ise Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte yapılmaktadır. Buna göre, “Engelli: Doğuştan ya da sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlüğü olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişilerden tüm vücut fonksiyon kaybının en az yüzde kırk olduğu sağlık kurulu raporu ile belgelenenleri ifade eder.”

İşverenlerin engelli işçi çalıştırma yükümlülüğüne aykırı davranmalarının yaptırımını ise İş Kanunu'nun 101. maddesine göre idari para cezasıdır.

Mevzuatımızdaki yasal düzenlemeler, esasen işverenlerin engelli işçi çalıştırma zorunluluğuna ve bu zorunluluğa uyulmamasının yaptırımına ilişkindir. Buna karşılık, engelli işçilerin işe alındıktan sonra feshine karşı özel olarak korunmalarını sağlayan bir mekanizma mevzuatımızda bulunmamaktadır. Kırılgan bir grup olarak değerlendirilen engelli işçilerin de iş sözleşmesinin diğer (engelsiz) işçiler gibi geçerli veya haklı nedenle feshedilmesi mümkündür. Yargıtay ise koyduğu bazı kriterlerle somut olay adaletini sağlamaya çalışmaktadır. Örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, işverence yapılan performans dayalı fesihlerde, işverenin işçiden engelliliği oranında performans beklemesi gerektiğini belirtmektedir.⁹ Ancak, engelli işçilerin feshine karşı özel olarak korunmaması ve bu yönde yasal bir düzenlemenin olmaması önemli bir eksikliklerdir.

Engelli işçilerin feshine karşı özel olarak korunması hususu Alman Hukukunda açıkça yasal bir zemine oturtulmuştur. Bu bağlamda Alman Sosyal Güvenlik Kanununun “Rehabilitasyon ve Ağır Engellilerin Çalışma Yaşamına Katılımı” başlıklı Dokuzuncu Kitabının (Sozialgesetzbuch IX- SGB) Üçüncü Bölümünde düzenlenen “Ağır Engellilerin Çalışma Yaşamına Katılımına İlişkin Özel Düzenlemeler (Ağır Engelli Hakları)” kısmı yol gösterici niteliktedir. Öncelikle, § 2 SGB IX'ye göre hangi nedenden kaynaklandığına bakılmaksızın en az % 50 engellilik derecesine sahip olan ve ikamet adresleri/mutat meskenleri/çalıştıkları işyerleri SGB kapsamında olanlar ağır engelli sayılırlar. Yine Kanuna göre % 30 ila % 50 arasında engellilik derecesine sahip olup Almanya'da yasal olarak ikamet eden kişiler İş Kurumuna (Bundesagentur Für Arbeit) başvurarak ağır engelli kişilerle aynı durumda

işyerlerinde İş Kanununun ve bununla ilgili yönetmeliğin bu konuda koyduğu hükümler, esaslar, ölçüler ve şartlara göre engelli ve eski hükümlü gemi adamı çalıştırmak zorundadır.” Basın İş Kanunu'nda ise bu yönde özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

⁸ RG, 25.04.2009, 27210.

⁹ Y9HD, 25.05.2009, E. 2008/34233, K. 2009/14264, Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2021, 259-260.

sayılırlar. Alman Hukukuna göre de, kamu ve özel sektör işverenleri belirli oranlarda engelli işçi çalıştırma yükümlülüğü altındadır.

SGB IX, ağır engelli işçilerin feshe karşı özel olarak korunması için bir mekanizma öngörmektedir. Buna göre, ağır engelli işçilerin iş yaşamına entegrasyonunun sağlanması amacıyla eyalet düzeyinde ve federal düzeyde Entegrasyon Büroları (*Integrationsamt*) kurulmuştur. İşverenlerin, engelli işçilerin iş sözleşmesini feshetmeden önce kendi bölgelerindeki Entegrasyon Bürosundan onay almaları gerekmektedir (§ 168 SGB IX). Bu onay olmadan yapılan fesih baştan itibaren geçersizdir. Bu şekilde ağır engelli işçilerin iş yaşamındaki devamlılıkları ve sözleşmelerinin sona erdirilmesi devlet kontrolü altında tutulmaktadır. Ancak, Entegrasyon Bürosunun işverenin yaptığı feshin sosyal açıdan haklı olup olmadığını inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Nitekim bu araştırma, sadece iş mahkemesi tarafından yapılabilir. Entegrasyonun Bürosunun takdir yetkisi Kanunun amacıyla sınırlıdır ve Kanunun çizdiği sınırlar dahilinde kalmalıdır.

Entegrasyon Bürosu, işverenin ağır engelli işçinin iş sözleşmesini feshetme talebini reddedebilir, kabul edebilir veya bu konuda karar verme yetkisine sahip olmadığını da belirtebilir. Entegrasyon Bürosunun kararı bir idari işlem niteliğinde olduğu için, işçi veya işveren bu karara karşı idare mahkemesinde iptal davası açabilir. Ancak, Entegrasyon Bürosunun işverenin fesih talebine verdiği onaya karşı yapılan itiraz veya buna karşı açılan iptal davasının, feshin geçerliliği üzerinde bir geciktirici/askıya alıcı etkisi bulunmamaktadır.

Yine SGB IX'de ağır engelli işçinin iş sözleşmesinin geçerli ve haklı nedenle feshedilmesi usulü özel olarak düzenlenmektedir. İş sözleşmesinin kötü niyetle, geçerli veya haklı bir neden olmadan feshedildiğini iddia eden işçi iş mahkemesinde dava açma hakkına sahiptir. SGB IX, esasen mevcut feshe karşı koruma hükümlerine ek bir koruma getirerek ağır engelli işçilerin iş yaşamından engellilikleri nedeniyle dışlanmalarını önlemeye ve bu hususu kontrol etmeye çalışmaktadır.

Engelli işçilerin feshe karşı özel olarak korunması gerektiği hipoteziyle hazırlanan bu çalışmada, öncelikle Türk hukukundaki yasal düzenlemeler incelenecektir. Mevzuatımızda ne yazık ki bu konuyu düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla engelli işçilerin feshe karşı korunmasında yargı kararlarıyla getirilen kriterler sistematikleştirilerek bir ölçüt sunulmaya çalışılacaktır. Daha sonra, Alman hukukundaki yukarıda anılan özellikli düzenlemeler kapsamlı bir şekilde ve Alman Federal Mahkemesi kararları da göz önünde bulundurularak irdelenecektir. Nihayet, bu düzenlemeler ışığında ülkemiz için engelli işçilerin feshe karşı korunması amacıyla yeni bir model önerisinde bulunulacaktır. Bu bağlamda engelli istihdamında önemli bir rol oynayan Türkiye İş Kurumunun yapısı ve bu Kuruma yeni bir görev ve yetki verilip verilemeyeceği bu tebliğ kapsamında tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Engelli işçi, feshe karşı koruma, türkiye iş kurumu, engelli istihdamı, engelli hakları.

*

**THE NEED FOR SPECIAL PROTECTION
AGAINST DISMISSAL FOR DISABLED EMPLOYEES
- A COMPARATIVE EVALUATION IN TERMS OF TURKISH AND
GERMAN LAW -**

ABSTRACT

In Turkish legislation system there is not a special protection mechanism against dismissal for disabled employees. It is possible for disabled employees, who are considered a vulnerable group in a working life, to have their employment contract terminated for a valid or justified reason, just like other non-disabled employees. On the other hand, Turkish Court of Cassation tries to ensure justice by setting criteria. However, the lack of special protection for disabled employees against termination and the absence of a legal regulation in this area is an important deficiency.

The issue of protecting severely disabled employees against dismissal is obviously set out in German Law. In this context, the section “*Special Regulations Concerning the Participation of Severely Disabled Persons in Working Life (Rights of Severely Disabled Persons)*” in the Third Chapter of the Ninth Book of the German Social Security Law (*Sozialgesetzbuch IX-SGB*) is guiding. According to this regulation, employers have to get an official permission from Integration Offices before terminating an employment relation. The Integration Office may approve or reject employer’s request to terminate the employment relation. As the decision of the Integration Office is an administrative act, the employee or employer may bring an action for annulment of this decision before the administrative court. Also, SGB IX specifically regulates the procedure for terminating the employment contract of a severely disabled employee for a valid and justified reason. Employees may file a lawsuit against their employers before labour courts.

Disabled employees need special protection against termination. As there is not a specific regulation in Turkish legislation system, the regulations related to special dismissal protection mechanism for disabled employees in German law may be instructive. In this study, a new model will be proposed for Türkiye to protect disabled employees against dismissal. In addition, the question of whether a new duty and authority can be given to the Turkish Employment Agency, which plays an important role in the employment of disabled people, will be discussed within the scope of this evaluation.

Keywords: Disabled employee, protection against dismissal, turkish employment agency, employment of disabled people, disability rights.

6284 SAYILI AİLENİN KORUNMASI VE KADINA KARŞI ŞİDDETİN ÖNLENMESİNE DAİR KANUNUN UYGULAMASINDA KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Dr. Öğr. Üyesi Derya DOĞRU

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-7454-6984, dkarakocc@hotmail.com

ÖZET

Devletin başlıca yükümlülüğü insan haklarını ihlal etmemek ve toplumda bireyler arasında gerçekleşebilecek hak ihlallerini önlemektir. Kadına karşı şiddet sorunu Türkiye’de ne yazık ki artarak devam eden insan hakları ihlallerinin başında gelmektedir. İnsan hakları hukukunda yatay etki olarak bilinen bireyler arası ihlallerin ülkemizde en görüneni olan kadına karşı şiddetin önlenmesi ve şiddet uygulayanların etkili soruşturma ve yargılamalarının yapılarak cezalandırılması devletin pozitif yükümlülüğü kapsamındadır. Söz konusu pozitif yükümlülüğün normatif kaynağı taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler ve ulusal mevzuatımızdır. Türkiye Birleşmiş Milletler’in genel nitelikli insan hakları sözleşmelerine taraf olduğu gibi, doğrudan kadınların insan haklarına yönelik 1979’da BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve 1981’de yürürlüğe giren Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme’yi (CEDAW) 1985 yılında imzalamıştır. CEDAW’da doğrudan kadına karşı şiddet düzenlenmemiştir. Fakat CEDAW Komitesi’nin 1992 tarih ve 19 sayılı Genel Tavsiye Kararı ile kadına yönelik şiddet cinsiyet temelli bir ayrımcılık türü olarak kabul edilmiştir. Ardından, BM 1993’de Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Bildirge’yi hazırlamıştır. Böylece uluslararası insan hakları hukuku alanında ilk kez sırf cinsiyetinden dolayı kadınların şiddete uğramasının önlenmesi ve şiddete uğramış kadınların korunması yükümlülüğü kabul edilmiştir. Bu gelişmeleri takiben bölgesel ölçekte, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan ve 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul’da imzaya açılan Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, kadınlara yönelik her tür şiddete karşı hukuki koruma sağlayan ilk uluslararası sözleşme olması açısından çok önemli bir belgedir. Sözleşme İstanbul’da imzaya açılması nedeniyle İstanbul Sözleşmesi olarak anılmaktadır. Hazırlıklarına ev sahipliği yapan Türkiye tarafından da imzaya açıldığı aynı tarihte imzalanmış ve 14 Mart 2014’de onaylanmıştır. İstanbul Sözleşmesi’nin imzalanmasının ardından 20 Mart 2012 tarihinde 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun yürürlüğe girmiştir. Kadına karşı şiddetin önlenmesine yönelik bu olumlu mevzuat gelişmelerine rağmen, politik bir tercih olarak ve hukuken tartışmalı bir şekilde 20 Mart 2021 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile İstanbul Sözleşmesi tek taraflı olarak feshedilmiş ve Türkiye 1 Temmuz 2021 tarihinde resmen sözleşmeden çekilmiştir. Ardından 6284 sayılı kanuna karşı eleştiriler yöneltilmeye başlamış

ve hukuki zeminden uzak bir şekilde tartışmalar kanunun kaldırılması söylemlerine kadar vardırılmıştır.

İnsan hakları ihlallerinin ve cinsiyet temelli kadına karşı şiddetin önlenmesi açısından son derece endişe verici bu gelişmelere rağmen, Türkiye’de kadına karşı şiddet ve daha da ağırı kadının en temel hakkı olan yaşam hakkının ortadan kaldırılması olan kadın cinayetleri artarak devam etmektedir. 2022 yılı yıllık verilerine göre 334 kadın cinayeti ve 245 şüpheli kadın ölümü gerçekleşmiştir. Her ne kadar İstanbul Sözleşmesi’ne artık taraf olmasak da; taraf olduğumuz diğer insan hakları sözleşmeleri ve ulusal hukukumuzun bir parçası olarak 6284 sayılı Kanun halen yürürlüktedir. Dolayısıyla devletin kadına karşı şiddet ve kadın cinayetlerini önleme yükümlülüğü yasal düzenlemeler kapsamında devam etmektedir.

Bu genel durum değerlendirmesinin ardından tebliğ konumuz olan 6284 sayılı Kanun’a odaklandığımızda, yürürlüğe girdiği 2012 yılından bu yana kadına karşı şiddetin önlenmesinde ve şiddet mağdurlarının korunmasında kanunun uygulamasının yetersiz kaldığı gözlemlenmektedir. Öncelikle belirtilmelidir ki, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Kanunu cezai yaptırım öngören bir kanun olmayıp önleyici ve koruyucu tedbirler içeren bir kanundur. Bu açıdan kadına karşı şiddet fiillerinin soruşturma, kovuşturma ve cezalandırılması ceza yargılamasının görev alanına girmektedir. Ancak kamuoyundaki 6284 sayılı Kanun’a yöneltilen eleştiriler ve yapılan tartışmalarda bu ayrım gözden kaçırılmaktadır.

Bir diğer sorun, toplumdaki yanlış yaklaşımın aksine 6284 sayılı Kanun’un temel amacı daha yaygın olan kadına karşı şiddetin önlenmesi olmakla birlikte, bu kanun ev içi şiddet mağdurlarının tamamını korumaktadır. Bu mağdurlar kadınların yanı sıra erkekler, çocuklar, engelliler ve yaşlılar gibi bütün şiddet mağdurlarını kapsamaktadır. Dolayısıyla özel alan olarak görülen aile içerisindeki her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddete karşı bireylerin korunması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda 6284 sayılı Kanun’a göre yapılacak işlemlerde ihbar ve başvuruların resen işleme alınması gerekmektedir. Bu nedenle aile içi şiddet artık bir özel alan meselesi olarak düşünülemez ve kamusal alana taşınır. Ancak ataerkil toplum yapısının mahremiyet alanı olarak kabullendiği bu alana kamu makamlarının müdahalesi rahatsızlıkları da beraberinde getirmektedir.

Şiddetin önlenmesi kapsamında Kanun’da önleyici tedbirler olarak şunlar düzenlenmiştir: konuta, okula ve işyerine yaklaşmama, ortak konutun tahsisi, şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmama, kişisel ilişkinin sınırlandırılması, eşyaya zarar verilmemesi, iletişim araçlarıyla rahatsız edilmemesi, silah teslimi ve tedavi. Koruyucu tedbirler ise, işyerinin değiştirilmesi, ortak konuttan ayrı barınma yeri sağlanması, aile konutu şerhi, kimlik değiştirme, geçici maddi yardım ve geçici koruma sağlanması olarak düzenlenmiştir. Kanunda düzenlenen koruyucu tedbirleri mülki amirler ve Aile Mahkemesi hakimi verebilmekte, önleyici tedbirleri ise Aile Mahkemesi hakimi verebilmektedir. Ayrıca gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda kolluk amirlerince de bu koruyucu ve önleyici tedbir kararlarınının 48 saat içinde mülki amir ya da hakim onayına sunulmak üzere verilebileceği düzenlenmiştir. Söz

konusu tedbirlere ayrılık halinde şiddet uygulayan 3 günden 10 güne kadar, aykırılığın tekrarlanması durumunda da 15 günden 30 güne kadar zorlama hapsine tabi tutulur. Toplumdaki yanlış algıların başında bu husus gelmektedir. Buradaki hapis ceza yargılamasından kaynaklı bir hapis olmayıp, tedbirlere aykırılık nedeniyle uygulanan bir zorlama hapsidir. Bu yaptırımın amacı da tedbirlerin etkinliğinin sağlanmasıdır.

Bu düzenlemelere rağmen, 2022 yılında gerçekleşen 23 kadın cinayetinde fail hakkında tedbir kararı olmasına karşın şiddet mağdurlarının yaşam hakkı korunamamıştır. Söz konusu cinayetler ya tedbir süresinin bittiği gün, ya da zorlama hapsi taleplerinin zamanında uygulanmaması nedeniyle gerçekleşmiştir. Dolayısıyla önleyici ve koruyucu tedbirlerin normatif olarak düzenlenmesi tek başına yeterli olmamakta; bu hükümlerin uygulamasından sorumlu yetkili adli ve idari makamların ciddi ve istekli davranması çok büyük önem arz etmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin 29 Eylül 2021 tarihinde T.A. Başvurusu hakkında verdiği karar Kanun'un uygulamasında yetkili adli ve idari makamların ihmal ve özensizliğini gözler önüne sermektedir. Başvuruya konu olayda altı ay içerisinde ağırlığı giderek artan şiddet fiilleri kadın cinayetiyle sonuçlanmıştır. Anayasa Mahkemesi, mağdurun ölüm tehdidi aldığına ilişkin defalarca başvuruda bulunmuş olmasına rağmen, yetkili mahkemenin müşterek çocuğun teslimi veya ebeveyn görüşmesinin sınırlandırılmasına ilişkin bir değerlendirme yapmamasını; öldürme fiilinin çocuk teslimi esnasında gerçekleşmesi dikkate alındığında gereken önlemlerin alınmadığına ve 6284 sayılı Kanun'un etkin ve pratik bir şekilde uygulanmasına yönelik adım atılmadığına işaret eden ciddi ihmal/özensizlik olarak değerlendirmiştir. (T.A. Başvurusu, 2017/32972, 29.09.2021, § 160). Söz konusu başvurunun dikkat çeken bir diğer yönü de başvuru sahipleri sorumlu hakim ve savcılarla ilgili Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na şikayetçi olmuşlardır. HSYK talepleri reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi de HSYK'nın kararlarına karşı yargı yolu kapalı olduğu için başvuruyu bu yönden kabul edilemez bulmuştur. Dolayısıyla kararda yargı makamlarının ihmalinin olduğu ifade edilmesine rağmen bu kişiler hakkında bir karar verilememiş ve sorumlular hakkında herhangi bir yaptırım uygulanamamıştır.

6284 sayılı Kanun'a yönelik eleştirilerden bir diğeri ise şiddet uygulayanların ortak konuttan uzaklaştırılması halinde barınma sorunu yaşamaları ve bu durumun şiddet uygulayanı daha da hiddetlendirerek şiddetin ağırlığını artırdığına ilişkindir. Bu sorun uzaklaştırma tedbirinin uygulanmaması ile değil, sosyal bir devlet olarak devletin bu kişilerin barınma ihtiyacına çözüm üretmesiyle aşılabilir. Dolayısıyla bu husustaki eksikliğin kanunun revize edilerek giderilmesi önerilmektedir.

6284 sayılı Kanun ile ilgili tartışmaların odağında genellikle kadının beyanının esas olması bulunmaktadır. Söz konusu durum Kanun'un 8. maddesinin 3. fıkrasında yer alan *"koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için, şiddetin uygulandığı hususunda delil ve belge aranmaz. Önleyici tedbir kararı, geciktirilmeksizin verilir."* hükmüne dayanmaktadır. Söz konusu düzenleme, kadının beyanı gerçeği yansıtmasa da kişinin cezalandırılmasına yol açabileceği şeklinde eleştirilere yol açmaktadır. Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere, bu kanun cezalandırma amaçlı olmayıp, şiddeti ya da şiddet tehlikesini önlemek için önleyici ve koruyucu

tedbirler içermektedir. Ayrıca yarışan haklar ya da menfaatler dengesinde şiddet mağduru olan bireylerin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün tehlikede olma riski karşısında; şiddet uyguladığı iddia edilen kişinin iftiraya uğramaması daha ikincil önemde kalmaktadır. Bundan dolayı 6284 sayılı Kanun kapsamında sadece kadının değil şiddet mağduru olan herkesin beyanı bu tedbirlere başvurulurken esas alınmaktadır. Bu husustaki eleştiriler masumiyet karinesinin ihlal edildiğine yöneliktir. Bu konuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda Mahkeme, 6284 sayılı Kanun'un terminolojisinde yer alan şiddet kavramının suç kavramından daha geniş bir anlam içerdiğini ve şiddet uygulayanı, şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışları uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişiler olarak tanımlaması nedeniyle, bu kullanımın şiddetin tehlike boyutunda olması halinde masumiyet karinesini ihlal ettiğine karar vermiştir (A.B. Başvurusu, 2018/2626, 14.10.2020, § 31-37). Dolayısıyla söz konusu sorun kanunun düzenlemesinden doğmaktadır.

Kadına karşı şiddetin önlenmesinde karşılaşılan önemli bir diğer sorun da aile içi şiddet vakalarında konunun sadece 6284 sayılı Kanun'un kapsamında görülmesi yönünde bir eğilimin olmasıdır. Oysaki önleme ve koruma tedbirleri ancak etkili soruşturma ve kovuşturmayla desteklendiğinde bir anlam ifade edebilir. Diğer bir ifadeyle şiddetle mücadelede tüm yetkili idari ve yargısal makamların bütüncül bir yaklaşım sergilemesi gerekmektedir. Bu bağlamda cumhuriyet savcılarının ve ceza mahkemelerinin de şiddet uygulayanların soruşturma ve kovuşturmalarını etkili bir şekilde yerine getirmesi zorunludur. Aksi halde aile içi ve kadına karşı şiddetle mücadele aile mahkemeleri ile kolluk görevlileri arasında sıkışmış bir mücadele alanına dönüşmektedir.

6284 sayılı Kanun'un uygulamasına ilişkin sıraladığımız sorunların yanında olumlu hukuki gelişmeler de yaşanmaktadır. Bunlardan ilki Kanun'da "tek taraflı ısrarlı takip" olarak geçen eylemlerin bir kısmı, 12.05.2022 tarihli ve 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "ısrarlı takip" ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Ayrıca bu suçun ayrılık kararı verilen veya boşandığı eşe karşı işlenmesi durumu nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Yine belirtilen aynı kanun değişikliği ile kasten öldürme, kasten yaralama, tehdit, işkence, eziyet suçlarının kadına karşı işlenmesi halinde ceza artırılmıştır. İlgili suçlarının sadece "eşe karşı" değil; "boşanılan eşe karşı" işlenmesi de nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Taraf olduğumuz AİHS kapsamında AİHM'in, Türkiye hakkında ilk kez aile içi şiddete ilişkin ihlal kararı olan 2009 tarihli Opuz Kararı'nda cinsiyete dayalı şiddetin önemsenmediği, yargı makamlarının şiddetle mücadele konusunda soruşturma, kovuşturma ve infazda pasif bir tutum takındığı ve ev içi şiddetin önlenmesinin devletin yükümlülüğü olduğu vurgulanmıştır (Opuz/Türkiye, B. No: 33401/02, 9/6/2009). Opuz Kararı'ndan bu yana yasal ve idari düzenlemeler yapılmıştır. Ancak görüldüğü üzere sadece hukuki düzenlemelerle şiddet ortadan kaldırılamamaktadır. Yukarıda kısaca özetlemeye çalıştığımız 6284 sayılı Kanun'un uygulamasına ilişkin karşılaşılan sorunlar ve bu Kanun'a yöneltilen eleştirilere rağmen ülkemizde halen kadına karşı ve ev içi şiddet gerçeği en büyük sorunlardan biridir. Tebliğimizde bu sorunlar tartışılarak toplumda yıkım etkisi yaratan kadına karşı şiddet öncelikli

olmak üzere aile içi şiddetin önlenmesinde neler yapılabileceğine yönelik çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kadına karşı şiddet, ev içi şiddet, 6284 sayılı Kanun, devletin pozitif yükümlülüğü.

*

PROBLEMS ENCOUNTERED IN THE IMPLEMENTATION OF LAW NO. 6284 ON PROTECTION OF FAMILY AND PREVENTION OF VIOLENCE AGAINST WOMEN

ABSTRACT

The main obligation of the state is not only not to violate human rights, but also to prevent violations of rights that may occur among individuals in society. Unfortunately, the problem of violence against women is one of the leading human rights violations that continues to increase in Turkey. It is within the scope of the state's positive obligation to prevent violence against women, which is the most visible of the interpersonal violations known as horizontal effects in human rights law, and to punish those who commit violence by conducting effective investigations and trials. The normative source of this positive obligation is the international conventions to which we are a party and our national legislation.

In our presentation, we will try to propose solutions to the problems encountered in the implementation of Law No. 6284 on the Protection of the Family and Prevention of Violence Against Women, which is one of these normative sources. Generally, the underlying criticism of Law No. 6284 lies in the fact that the patriarchal social structure accepts the family area as a privacy area and the discomfort felt by the public intervention in this private area. In addition to the problems arising from this approach, the failure to effectively prevent violence against women stems from, on the one hand, deficiencies in legal regulations and, on the other hand, from the faulty, negligent or passive attitudes of the judicial and administrative authorities responsible for the implementation of Law No. 6284. The passive and careless attitudes of competent judicial and administrative authorities are one of the main obstacles to the effective fight against violence against women. The violation decisions made by the Constitutional Court also reveal this fact. A holistic approach is of great importance in the fight against violence against women and domestic violence. In this regard, in addition to Law No. 6284, which includes protective and preventive measures, criminal proceedings must also be put into effect effectively by the investigation and prosecution authorities.

Keywords: Violence against women, domestic violence, Law no. 6284, positive obligation of the state.

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN 27 HAZİRAN 2023
TARİHLİ VE 27094/20 BAŞVURU NUMARALI KARARI
DOĞRULTUSUNDA KADIN İÇİN BEKLEME SÜRESİNİN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

Ar. Gör. Dr. İmge Hazal YILMAZ TEKİN

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0001-7890-9650, imge hazalyilmaz@hacettepe.edu.tr

ÖZET

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) kadın erkek eşitliği konusunda 743 sayılı Kanuna göre daha başarılı olmasına rağmen bu eşitliğe aykırı olduğu ifade edilen hükümler de barındırmaktadır. Bu hükümlere ilişkin kadın-erkek eşitliğine aykırılık iddiaları zaman zaman hem iç hukukta hem de uluslararası hukukta yargıya intikal etmektedir. TMK m. 187'nin Anayasa Mahkemesi'ne taşınması ve Mahkeme'nin yakın zamanda konuya ilişkin verdiği karar buna örnek verilebilir¹. Doktrinde sıklıkla kadın-erkek eşitliğine aykırı olduğu ifade edilen bir başka hüküm ise TMK m. 132'dir². Zira hükümde bir evlenme engeli düzenlenmekte, ancak hükmün "Kadın için bekleme süresi" şeklindeki başlığından da anlaşılmalı olduğu üzere, bu evlenme engeli sadece kadınlar açısından bulunmaktadır. Hüküm "[e]vlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün geçmedikçe evlenemez. Doğurmakla süre biter. Kadının önceki evliliğinden gebe olmadığına anlaşılması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri hâllerinde mahkeme bu süreyi kaldırır." şeklindedir. Bu düzenlemede yer alan üçyüz günlük süre evliliğin sona erme nedenine göre farklı anlardan başlamaktadır. Şayet evlilik, kocanın ölümüyle sona eriyorsa üçyüz günlük süre kocanın ölüm tarihinden, boşanma ile sona eriyorsa buna ilişkin kararın kesinleşmesiyle işlemeye başlar³. Evliliğin iptali söz konusu olursa yine üçyüz günlük süre uygulama alanı bulur ve iptal kararının kesinleşmesiyle süre işlemeye başlar⁴. Gaiplikte ise TMK m. 132 düzenlemesi, gaiplik kararı ve buna bağlı olarak evliliğin feshi davası için geçmesi gereken sürelerin etkisiyle uygulama alanı bulmaz⁵. Zira en erken gaiplik kararı verilebilecek zamana kadar zaten bekleme süresi dolmuş olmaktadır⁶. Ölüm karanesinde ise yine TMK m. 132 düzenlemesi uygulama alanı

¹ AYM, E. 2022/155, K. 2023/38, T. 22/2/2023 (R.G. Tarih: 28/4/2023, Sayı: 32174).

² Gayretli Aydın, Seda: "Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi", TBB Dergisi, 2018 (136), s. 264.

³ Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 60; Erdem, Mehmet/ Makaracı-Başak, Aslı: Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 61.

⁴ Öztan, Bilge: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 155; Dural/Ögüz/Gümüş, s. 60; Erdem/Makaracı-Başak, s. 61.

⁵ Erdem/Makaracı-Başak, s. 61; Dural/Ögüz/Gümüş, s. 60; Öztan, s. 156.

⁶ Gayretli Aydın, s. 277.

bulmakta ve kadının evlenebilmesi için kocanın ölümüne kesin gözüyle bakıldığı tarihten başlayarak üçyüz gün geçmesi gerekmektedir⁷.

Kadın için bir bekleme süresi öngörülmüş olması, evliliğin sona erdiği her durumda üçyüz gün beklemenin gerektiği anlamına gelmez. Bir başka ifadeyle, evliliğin sona erdiği her durumda üçyüz günün geçmesi şart olmayıp, TMK m. 132’de ifade edilen hallerde bu süre üçyüz günden önce sona erebilir veya süre mahkeme tarafından kaldırılabilir. Sürenin sona ereceği hal, doğum olarak düzenlenmiştir (TMK m. 132/2). Şayet kadın doğum yaparsa, artık evlenmesi bakımından bir engel kalmaz. Yasal düzenlemede doğum (esasen de “doğurmakla”) ifadesi yer almakla birlikte, bunun kapsamına sadece normal doğum değil, kadının düşük yapması veya çocuğun ölü doğması durumları da dahildir⁸. Sürenin mahkeme tarafından kaldırılacağı haller ise kadının gebe olmadığına anlaşılması ve kadının sona eren evlilikteki eşiyle yeniden evlenmek istemesidir (TMK m. 132/3). Bu durumların varlığı halinde hakim, bekleme süresini kaldırması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, bu durumlar bakımından hakime takdir yetkisi tanınmadığından, belirtilen durumların varlığı halinde hakim bekleme süresini kaldırmak zorundadır⁹.

Türk Medeni Kanunu m. 132’de düzenlenen evlenme engeli evliliğin sona ermesi ile sadece kadınlar açısından söz konusu olan ve kesin olmayan bir evlenme engelidir¹⁰. Dolayısıyla, kadının evlenmek için bu süreyi beklemesi gerekmektedir. Evlenmek isteyen kadın, sürenin bitmesiyle birlikte yeni evliliği için gerekli işlemleri yapmaya başlayabilir¹¹. Kural bu olmakla birlikte, kadının bu süreye uymaksızın her nasılsa evlenmesi halinde ise evlilik geçerli olmaktadır¹². Zira bu evlenme engeli, kesin evlenme engeli değildir ve kadının bekleme süresine uyulmadan yapılan bir evlilik için butlan davası açılmaz¹³.

Evlilik kurumu, *bir kadın ile bir erkeğin, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla yasal olarak öngörülen şekilde meydana getirdikleri birliktelik* şeklinde tanımlanmaktadır¹⁴. Bu birliktelikte bir kadın ile birlikte bir de erkek bulunmasına rağmen, kanunkoyucu TMK m. 132’de evlenme engelini sadece kadın açısından kabul etmiştir. Bunun nedeni, erkekten farklı olarak kadının doğurganlığı olup, üçyüz gün de azami gebelik süresi dikkate alınarak belirlenmiştir¹⁵. Zaten TMK m. 132 hükmünün amacı, evliliğin sona ermesinin ardından doğması muhtemel çocuğun soybağında ortaya çıkabilecek karışıklıkları önlemek ve çocuğun soybağını belirlemektir¹⁶. Bir başka ifadeyle, bu düzenleme ile amaçlanan evlilik sona

⁷ Öztan, s. 156.

⁸ Öztan, s. 154; Gayretli Aydın, s. 276.

⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 60; Öztan, s. 155; Gayretli Aydın, s. 276, 277.

¹⁰ Kesin olmayan evlenme engelleri geciktirici veya taliki evlenme engelleri olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Öztan, s. 154 ve Gayretli Aydın, s. 275.

¹¹ Öztan, s. 155.

¹² Öztan, s. 155, 769; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 59, 136; Erdem/Makaracı-Başak, s. 60; Gayretli Aydın, s. 275; Hatemi, Hüseyin: Aile Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 58.

¹³ Öztan, s. 155.

¹⁴ Erdem/Makaracı-Başak, s. 49.

¹⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 60; Oğuzoğlu, Cahit: Medeni Hukuk II, Aile Hukuku, Hürriyet Matbaası, Ankara, 1956, s. 44; Gayretli Aydın, s. 266; Hatemi, s. 58.

¹⁶ Öztan, s. 154; Erdem/Makaracı-Başak, s. 60; Gayretli Aydın, s. 266.

erdiğinde kadının gebe olması ihtimalinde doğacak çocuğun babasının kolayca ve tereddüde yer vermeden belirlenmesini sağlamaktır¹⁷. Bu nedendir ki, TMK m. 132/1’de öngörülen yasak, TMK m. 132/2 ve TMK m. 132/3’teki durumlarda söz konusu değildir. Başka bir deyişle, TMK m. 132/2 ve 132/3’te düzenlenen hallerde kanunkoyucunun endişe duyduğu soybağı karışıklığı ihtimali ortadan kalktığından, kadının artık evlenmesi mümkün olmaktadır¹⁸. Ancak gelişen teknoloji, ilerleyen tıp bilimi, DNA testlerinin yüzde yüze yakın kesinlikte sonuç vermesi düşünüldüğünde bir çocuğun doğması ihtimaliyle kadının erkekten farklı bir muameleye tabi tutulmasının, evlenmesine ilişkin bir engel kabul edilmesinin mantığı anlaşılabilir¹⁹. Zaten yasal düzenlemelerde öngörülen karinelerle, DNA testi sürecine girilmeden de ilk aşamada çocuğun soybağının tayini gerçekleştirilebilmektedir. TMK m. 290’da, TMK m. 132 düzenlemesiyle önlenmek istenen durumun gerçekleşmiş olması haline ilişkin bir karine de öngörülmüştür. Buna göre, evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün içinde annenin yeniden evlenmesi ve doğum yapması durumunda ikinci evlilikteki koca baba sayılır. Bu karinenin çürütülmesi durumunda ise ilk evlilikteki koca baba sayılmaktadır. Gelişen tıp bilimi ve DNA testlerindeki kesinlik oranı bir yana bırakıldığında, salt TMK m. 290 hükmünün varlığı sebebiyle de TMK m. 132 hükmü doktrinde eleştirilmekte ve kadının bekleme süresinin anlamsız hale geldiği haklı olarak belirtilmektedir²⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne doktrinde oldukça eleştirilen işbu hükümle (TMK m. 132 hükmüyle) ilgili başvuru yapılmıştır (Nurcan Bayraktar v. Türkiye - 27094/20)²¹. Başvurucu (Nurcan Bayraktar) Kadıköy Aile Mahkemesi’nin 19 Aralık 2012 tarihli kararıyla eşinden boşanmış, Yargıtay ilamını takiben karar 21 Ocak 2014’te kesinleşmiştir. 9 Temmuz 2014 tarihinde ise başvurucu, gebe olmadığını kanıtlamak için sağlık raporu sunmaksızın TMK m. 132’de düzenlenen üçyüz günlük sürenin kaldırılması için İstanbul Anadolu Aile Mahkemesi’nde dava açmıştır. Ancak Mahkeme sağlık raporu istemiş ve aksi halde talebin usulden reddedileceğini belirtmiştir. Başvurucu TMK m. 132 hükmünün cinsiyete dayalı ayrımcılık yarattığı gerekçesiyle Anayasa’ya aykırılık itirazında bulunmuşsa da Mahkeme başvurusunun konunun Anayasa Mahkemesi’ne taşınması talebini de reddetmiştir. Başvurucu sağlık raporu sunmadığı için davası Aile Mahkemesi tarafından eski eşinden başka biriyle evlenmek istediği takdirde istenen, gebe olmadığına dair sağlık raporu sunulmadığı gerekçesiyle usulden reddedilmiş ve karar Yargıtay tarafından da onanmıştır. Daha sonra Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunulmuşsa da, bu başvuru da kabul edilemez bulunmuştur. İç hukuk yollarını tüketen başvurucu, evliliği sona eren kadın için öngörülen üçyüz günlük bekleme süresinin kaldırılması için kendisinin gebelik durumunu ortaya koymaya ve bunun için tıbbi muayeneye zorlanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesine (özel ve aile hayatına saygı hakkına), ayrıca evliliği sona eren ve yeniden evlenmek isteyen kadın için bekleme süresi bulunmasının Sözleşme’nin 12. maddesiyle (evlenme hakkıyla) bağlantılı olarak 14. maddesine (ayrımcılık yasağına) aykırı olduğu ve Sözleşme’nin

¹⁷ Oğuzoğlu, s. 44.

¹⁸ Erdem/Makaracı-Başak, s. 61.

¹⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 60; Aynı yönde ayrıca bkz. Gayretli Aydın, s. 281.

²⁰ Öztan, s. 769; Karş. Hatemi, s. 59.

²¹ <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22002-14131%22%5D%7D> (Erişim tarihi: 24.09.2023).

6. maddesinin 1. fıkrasının (makul sürede yargılanma hakkının) da ihlal edildiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yaptığı değerlendirmeler sonucunda Sözleşme'nin 8. maddesinin ve 12. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiğine, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasına ilişkin başvurunun ise açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.

Çalışmamızda amaçlanan, mehzaz İsviçre Medeni Kanunu'nda yürürlükten kaldırılmış olan²², doktrinde eleştirilen ve kanaatimizce de kadın-erkek eşitliğine aykırı nitelikte bulunan TMK m. 132 hükmünün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararıyla birlikte değerlendirilmesidir. Bu değerlendirme yapılırken, bekleme süresinin tarihsel kökenine, TMK m. 132 hükmünün uygulamasına, getiriliş amacına, bu amaç uğruna eşitliğe aykırı yapının kabulü yerine başvurulabilecek imkan ve çözüm önerilerine yer verilmesi hedeflenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kadın için bekleme süresi, evlenme hakkı, cinsiyet eşitliği, ayrımcılık yasağı.

*

EVALUATION OF THE WAITING PERIOD FOR WOMEN ACCORDING TO THE DECISION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS DATED 27 JUNE 2023, NO. 27094/20

ABSTRACT

Although Turkish Civil Code No. 4721 (TCC) is more successful in terms of equality between women and men than Code No. 743, it contains some articles which are in violation of this equality. Art. 132 of TCC is one of these articles. This article states a three hundred day waiting period for a woman in order to be able to marry again after her marriage is ended. The article also provides in which cases this period will expire and can be annulled by the court. The waiting period is a provisional marriage barrier for women. Therefore, if the woman is somehow able to marry without complying with the waiting period, this marriage is valid. The most important point about this provision is that it is only for women. This is due to the biological characteristics of women (fertility) and the purpose of the provision. The legislator enacted art. 132 of TCC in order to prevent any confusion regarding the paternity of the child who may be born after the end of the marriage and to easily determine the paternity of this child. However, a presumption to eliminate this concern of the legislator is already regulated in art. 290 of TCC. In addition, considering the developing medical science and the accuracy of DNA tests, the existence of such a provision that restricts the rights of women and violates the equality is not conceivable. Art. 132 of TCC, which is strongly criticized in the doctrine, has also been subject to an application to the European Court of Human Rights. The applicant applied to the European Court of Human Rights on the grounds that forcing her to reveal her

²² Düzenleme 26.06.1998 tarihli Federal Kanun ile 01.01.2000 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

pregnancy status and undergo a medical examination in order to annul the three hundred day waiting period for a woman whose marriage has ended is in violation of Article 8 of the European Convention on Human Rights (right to respect for private and family life), and that the existence of a waiting period for a woman whose marriage has ended and who wishes to remarry is in violation of Article 14 (prohibition of discrimination) in conjunction with Article 12 (right to marry) of the Convention. The European Court of Human Rights decided that there had been a violation of Article 8 and, in conjunction with Article 12, Article 14 of the Convention. The aim of this study is to evaluate art. 132 of TCC together with the judgment of the European Court of Human Rights.

Keywords: Waiting period for women, right to marry, gender equality, prohibition of discrimination.

HUKUK EĞİTİMİNDE TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİ: DÖNÜŞTÜRÜCÜ ADALETİN BİR ARACI OLARAK HUKUK VE EDEBİYAT DERSİ

Ar. Gör. Dr. E. İrem AKI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-2824-9444, iremaki@gmail.com

ÖZET

Toplumsal cinsiyet eşitsizliği Türkiye'nin en önemli sorunlarından birini oluşturmaktadır. Toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin üstesinden gelmek için hukuk metinleri (kanunlar, yönetmelikler vb.) ve hukuk uygulamasının etkili işleyişi önemli olduğu kadar, hukuk fakültelerinde verilen eğitimin niteliği de büyük önem taşımaktadır.

Hukuk fakültelerinde verilecek eğitim toplumsal cinsiyete ilişkin temel kavramların verilebileceği bir dersle (toplumsal cinsiyet ve hukuk gibi) veya hukuk fakültesinde verilen derslere (ceza hukuku, anayasa hukuku, medeni hukuk gibi) toplumsal cinsiyet perspektifinin yerleştirilmesiyle ve hukuk kurumunun toplumsal cinsiyetlendirilmiş yapısının ortaya koyulmasıyla olabilir. Bununla birlikte normların bilgisi, kavramların bilgisi toplumsal cinsiyet eşitliğinin gereklerini yerine getirmek bakımından yeterli olmamaktadır. Bu anlamda, bu sorunun üstesinden gelebilmek, toplumsal cinsiyet eşitliğini hedeflemek bir takım dönüştürücü eylemleri de gerektirir. Daha açık bir ifadeyle toplumsal cinsiyete veya toplumsal cinsiyet eşitliğine dair klişelerin, önyargıların, kalıp yargıların dönüştürülmesi gerekmektedir.¹ Bu tebliğde de toplumsal cinsiyete dayalı klişeler ve değer yargılarını fark etmenin ve dönüştürmenin bir aracı olarak, dönüştürücü adalet kavramından yola çıkılarak, hukuk ve edebiyat dersinin getirebileceği olanaklar ortaya konulacaktır.

Dönüştürücü adalet terimi, onarıcı adalet kavramına karşı yapılan eleştiriler çerçevesinde geliştirilmiştir. Onarıcı adalet baskı, adaletsizlik ve sosyal eşitsizlik durumlarını göz ardı etmesi bakımından dönüştürücü adaletten ayrılır. Buna karşılık, sosyal ve ekonomik yapılar ve eşitsizlikler dönüştürücü adalet teorisinin merkezinde yer alır.²

¹ Gülriz Uygur; Nadire Özdemir, "Hukuk Eğitiminde Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine İlişkin Problemler ve Çözüm Önerileri: Etik Temelde Bir Arayış-Dönüşüm İlkesi 1," *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, ed. Gülriz Uygur and Nadire Özdemir (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 57-92.

² Jelke Boesten; Polly Wilding, "Transformative Gender Justice: Setting an Agenda," *Women's Studies International Forum*, (2015): 4; Anthony J. Nocella II, "An Overview of the History and Theory of Transformative Justice," *Peace & Conflict Review* 6, no. 1 (2011): 4; Nadire Özdemir, *Kültürel Savunma: Dönüştürücü Adalet Yaklaşımıyla Bir Değerlendirme* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 90-91.

Geçiş dönemi adaletine yönelik eleştiriler de dönüştürücü adalet kavramına odaklanılmasını sağlamıştır. Geçiş dönemi adaleti, şiddetli çatışmaların (savaş, iç-savaş gibi) ve sistematik insan hakları ihlallerinin ardından, barışçıl bir gelecek için gerekli koşulları sağlamak amacıyla, hesaplaşma ve başa çıkma süreçlerini ifade eder. Mahkemeler, hakikat komisyonları, tazminatlar ve kurumsal reformlar da dahil olmak üzere bir dizi araç ve mekanizmadan yararlanır.³

Bununla birlikte, geçiş dönemi adaleti mekanizmaları günümüzde özellikle çatışmanın altında yatan sebepler yerine sonuçlara odaklandığı ve toplumun tamamına yayılmadığı için eleştirilmektedir. Bu nedenlerden dolayı, literatürde geçiş dönemi adaletiyle bağlantılı olarak dönüştürücü adalet anlayışını formüle etmeye yönelik girişimler olmuştur. Bununla birlikte dönüştürücü adaletin uygulama alanı, sadece çatışma sonrası toplumlarla sınırlandırılmak durumunda değildir. Paul Gready ve Simon Robins'in belirttiği gibi dönüştürücü adalet, her yerde ve her zaman uygulanabilecek bir kavramdır. Bu çerçevede, dönüştürücü adalet perspektifi, sadece yukarıdan aşağıya, kurumlar ve yetkililer aracılığıyla ve hatta sadece normlar aracılığıyla gerçekleştirilen bir dönüşümden ziyade aşağıdan yukarıya bir anlayışla kişilerin ihtiyaçlarına odaklanır.⁴

Bu çerçevede, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin üstesinden sadece kurumlar ve normlar aracılığıyla gelinemeyecektir zira toplumsal cinsiyet eşitsizliği sorununun üstesinden gelebilmek için dönüştürücü bir adalet perspektifine ihtiyaç vardır. Bununla birlikte, dönüştürücü adalet çalışmaları birtakım engellerle karşı karşıyadır ve bunlardan en önemlisi hedeflenen amaçları uygulamaya dönüştürmekle ilgilidir. Bu engel nedeniyle, dönüştürücü adaletin gerçekleştirilmesini mümkün kılacak somut (elle tutulur) yollar bulmak son derece önemlidir. Daha açık bir ifadeyle, dönüştürücü adaletin kapsamlı hedefleri nasıl gerçekleştirilecektir? Hukukçular toplumsal cinsiyet eşitsizliklerinin dönüştürücü bir şekilde aşılmasına nasıl katkıda bulunabilir?

Gready ve Robins, geçiş dönem adaletinin daha dönüştürücü hale gelebileceği bazı somut yollara işaret etmektedir ve eğitim bu alanlardan bir tanesidir.⁵ Eğitim reformu bu açıdan potansiyeli olan ve toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin üstesinden gelmek için dönüştürücü bir şekilde kullanılabilir bir alandır. Bu anlamda da bu tebliğde hukuk eğitiminde hukuk ve edebiyat dersinin, toplumsal cinsiyete ilişkin değer yargıları ve klişelerle mücadele etmek açısından önemli bir araç olduğunu ileri sürülecektir.

Hukuk ve edebiyat dersinin geçmişi 1970'lere kadar götürülebilir. James Boyd White 1973 yılında *The Legal Imagination* adlı kitabını yayınlamıştır ve o dönemden bu yana hukuk ve edebiyat dersi bir alan olarak ortaya çıkmıştır.⁶ 1970'ler ve 1980'ler hareketin en güçlü

³ Susanne Buckley-Zistel; Ruth Stanley, "Introduction," *Gender in Transitional Justice*, ed. Susanne Buckley-Zistel and Ruth Stanley (Basingstoke: Palgrave MacMillan, 2012), 1.

⁴ Paul Gready; Simon Robins, "From Transitional to Transformative Justice: A New Agenda for Practice," *International Journal of Transitional Justice*, (2014): 1-2.

⁵ Gready, Robins, "From Transitional to Transformative Justice," 6.

⁶ Richard A. Posner, "Law and Literature: A Relation Reargued," *Virginia Law Review* 72, no. 8 (1986): 1352; Ian Ward, "The Educative Ambition of Law and Literature," *Legal Studies* 13, no. 03 (November 2, 1993): 323.

olduğu dönemdir.⁷ Hatta 1979'da "hukuk ve edebiyat arasındaki ilişkiyi artıracak bir rönesanstan" dahi bahsedilebilir.⁸ Bununla birlikte hukukçuların romanlardan bir şeyler öğrenebileceği fikri, 1908 yılında John Wigmore tarafından hazırlanan listeye kadar uzanmaktadır. Wigmore hukukçuların okuması için bir kitap listesi hazırlamıştır. Wigmore'a göre hukukçular kültürlü bir insan olmak için hukuk içerikli edebi metinler okumalıdır.⁹

Hukuk ve edebiyat dersinin hukuk fakültelerinin müfredatlarının bir parçası olması hukuk teorisindeki/hukuk felsefesi alanındaki gelişmeler ve hukuk eğitimindeki değişim talepleriyle ilgilidir. Zira bir zamanlar hukuk ve beşerî bilimler entelektüel ve mesleki açıdan birbirleriyle ilişkilirken, uzmanlaşma, teknik ve daha faydacı ya da araçsal bir yaklaşım hukuk eğitiminde yerini almaya başlamıştır. Bu değişimde Kelsen'in, Bentham'ın, Austin'in ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Langdell'in çalışmalarının ve hukukun bir bilim olduğu ve diğer bilimlerden soyutlanması gerektiği fikrinin olduğu görülmektedir. Diğer bir ifadeyle kabul edilen hukuk tanımı veya hukuk pozitivizmin kabul ettiği hukuk tanımı aslında hukukun nasıl öğretildiğini de etkilemiştir. Hukuki pozitivizmin getirdiği hukuk tanımı ve formalizm 1920'ler ve 1930'larda ortaya çıkan Amerikan Hukuki Realizmi tarafından ciddi bir şekilde eleştirmiştir. Bu eleştiriler Eleştirel Hukuk Çalışmaları, Feminist Hukuk Teorisi ve Hukuk ve Ekonomi hareketi aracılığıyla da devam etmiştir.¹⁰ Bu akımlar, hukukun bir bilim ve özerk bir disiplin olduğu fikrine meydan okumaktadır.¹¹ Benzer şekilde, Posner'e göre, hukuk ve edebiyat özerk disiplinler olmaktan çıktığında, hukuk ve edebiyat hareketi ortaya çıkmıştır.¹²

Hukuk teorisine ve hukuk fakültelerinde verilen eğitime ve hukukun özerk/otonom bir yapısı olduğu fikrine karşı geliştirilen eleştiriler neticesinde bugün Hukuk ve Edebiyat dersi Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa'daki hukuk fakültelerinin yanında Türkiye'de de bir süredir hukuk fakültesi müfredatında seçimlik ders olarak okutulmakta ve bu alanda bilimsel makaleler yazılmaktadır.

Hukuk ve Edebiyat dersi veya akımı hukuk fakültesi müfredatında iki şekilde kendine yer bulmaktadır. İlki edebiyat olarak hukuktur. Edebiyat olarak hukuk, hukuki metinlerin edebi eleştiri yoluyla okunması ve yorumlanması, yani hukukun yorumlanması ile ilgilidir. Dolayısıyla edebiyat olarak hukuk, hukuk felsefesinin belirsizlik ve yorum gibi temel konularıyla ilişkilidir. Diğerisi ise edebiyatta hukuktur. Edebiyatta hukuk, hukukla ilgili edebi eserlere yani içinde duruşmalar, avukatlar, hakimler, savcılar vb. hakkında hikayeler içeren eserlere odaklanır. Dersin katılımcıları bu eserleri, karakterlerini ve bu eserlerde anlatılan davaları okur ve tartışır. Edebi eserler, hukuk felsefesinin kavramlarını açıklamak için yararlı

⁷ Robin West, "Literature, Culture and Law," *Georgetown Law Faculty Working Papers*, (2008): 1. https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1077&context=fwps_papers.

⁸ J. Allen Smith, "The Coming Renaissance in Law and Literature." *Journal of Legal Education* 30, (1979): 13.

⁹ E. Villiers Gemmette, "Law and Literature: An Unnecessarily Suspect Class in The Liberal Arts Component of the Law School Curriculum," *Valparaiso University Law Review* 23, no. 3 (1989): 285.

¹⁰ Maria Aristodemou, "Studies in Law and Literature: Directions and Concerns," *Anglo-American Law Review* 22 (1993): 161-162; Gemmette, "Law and Literature," 274, 289; Kıvılcım Turanlı Yücel, "'Biraz Nefes Almak,'" *Hacettepe HFD* 4, no. 2 (2014): 98.

¹¹ Gemmette, "Law and Literature," 274.

¹² Richard A. Posner, *Law and Literature* (Cambridge: Harvard University Press, 2009), 5.

araçlardır,¹³ çünkü hukuk sistemlerinin doğası ve amacı hakkındaki sorular edebiyattaki yansımaları aracılığıyla tartışılabilir. Örneğin, doğal hukuk, pozitif hukuk, hukuka bağlılık, adalet, intikam, güç, düzen, hiyerarşi, irade özgürlüğü gibi kavramlar hem hukuk teorisinin hem de edebiyatın ilgilendiği kavramlardır.¹⁴ Toplumsal cinsiyete duyarlı bir bakış açısı için de, özellikle edebiyatta hukuk olarak, hukuk ve edebiyat dersi önemlidir. Zira, Patrick Lenta'nın da belirttiği gibi, edebiyat genellikle hukuk sisteminin yer aldığı sosyal ve siyasi koşulların arka planını tasvir eder ve hukuk kurallarının ve ilkelerinin işleyişini, hukuk metinlerine odaklanan hukuk eğitiminin yapamadığı bir şekilde insanların yaşamlarıyla ilişkilendirir.¹⁵ Kısacası, edebiyat olayları bağlamsallaştırır. Dahası, edebiyat toplumsal cinsiyete dayalı önyargıları ifşa etmek için önemli bir araçtır. Bu bağlamda, hukuk ve edebiyat dersi, edebi metinlerin incelenmesi yoluyla toplumsal cinsiyete dayalı klişeleri ve eşitsizlikleri ifşa etmeye yardımcı olacak ve hukuk öğrencilerinin -geleceğin hakimleri, avukatları ve koyucuları- kanıksanmış eşitsizliklere ilişkin eleştirel farkındalık geliştirmesine katkı sunacaktır.¹⁶

Anahtar Kelimeler: Hukuk ve Edebiyat, toplumsal cinsiyet eşitliği, dönüştürücü adalet.

*

GENDER EQUALITY IN LEGAL EDUCATION: THE LAW AND LITERATURE COURSE AS A TOOL FOR TRANSFORMATIVE JUSTICE

ABSTRACT

Gender inequality is one of the most important problems in Turkey. In order to overcome gender inequality, not only legal texts (laws, regulations, etc.) and the effective functioning of legal practice are important, but also the quality of education in Law Faculties is of great importance. Law Faculties could include a Law and Gender course in their curricula, or a gender perspective could be embedded in each course (e.g., constitutional law, criminal law, civil law). However, these courses alone are not enough to overcome gender inequality because gender stereotypes need to be transformed. In this paper, drawing on the concept of transformative justice, I argue that law and literature courses can offer opportunities to overcome gender stereotypes.

The history of the law and literature course can be traced back to the 1970s. The inclusion of law and literature courses in the curricula of Law Faculties is related to developments in legal theory/philosophy of law and demands for change in legal education. Whereas once law

¹³ Smith, "The Coming Renaissance," 20; C.R.B. Dunlop, "Literature Studies in Law Schools," *Law & Literature* 3, no. 1 (March 11, 1991): 63–64.

¹⁴ Aristodemou, "Studies in Law and Literature," 168.

¹⁵ Patrick Lenta, "Is There A Class In This Text? Law and Literature in Legal Education," *The South African Law Journal* 119, no. 4 (2002): 844-845.

¹⁶ E. Irem Aki, "Teaching Philosophy and Ethics through the Law and Literature Course in Today's Turkey," *Law and Method*, (2018).

and the humanities were intellectually and professionally interrelated, specialization, technicality and a more utilitarian or instrumental approach have begun to take their place in legal education. The definition of law introduced by legal positivism and formalism were severely criticized by the American Legal Realism that emerged in the 1920s and 1930s. This criticism continued through Critical Legal Studies, Feminist Legal Theory and the Law and Economics movement.¹⁷

As a result of the criticisms against the theory of law and the idea that law has an autonomous structure, the Law and Literature course has been taught as an elective course in the curriculum of Law Faculties in the USA, Europe, and Turkey for some time.

The Law and Literature course or movement is included in the law school curriculum in two ways: *law as literature* and *law in literature*. *Law as literature* is concerned with the reading and interpretation of legal texts through literary criticism. Therefore, *law as literature* is related to fundamental issues of legal philosophy such as ambiguity and interpretation. *Law in literature* focuses on literary works about law, i.e., works that contain stories about trials, lawyers, judges, prosecutors, etc.¹⁸. Literature is an important tool for exposing gender-based prejudices. Through the reading and discussion of works of literature, the law and literature course can contribute to the critical awareness of prospect lawyers, judges, prosecutors, lawmakers about every day, taken-for-granted gender inequalities.

Keywords: Law and Literature, gender equality, transformative justice.

¹⁷ Maria Aristodemou, “Studies in Law and Literature: Directions and Concerns,” *Anglo-American Law Review* 22 (1993): 161–162; E. Villiers Gemmette, “Law and Literature: An Unnecessarily Suspect Class in The Liberal Arts Component of the Law School Curriculum,” *Valparaiso University Law Review* 23, no. 3 (1989): 274, 289; Kivılcım Turanlı, “‘‘Biraz Nefes Almak,’’” *Hacettepe HFD* 4, no. 2 (2014): 98.

¹⁸ C.R.B. Dunlop, “Literature Studies in Law Schools,” *Law & Literature* 3, no. 1 (March 11, 1991): 63–64.

SLOGAN MARKALARI

Doç. Dr. Ufuk TEKİN

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0001-7823-1456, utekin@outlook.com.tr

ÖZET

Sınai haklar, sahibinin fikri çabalarının sonucu olarak ortaya çıkan çalışmalar için ödüllendirme ve teşvik aracı olmalarının yanı sıra, toplumun da bu çalışmalardan fayda sağlamasına imkan veren, dolayısıyla, her iki tarafın çıkarları arasında denge kurmayı amaçlayan bir sistemdir¹. Söz konusu hakların korunma düzeyi, ülkelerin gelişmişlik seviyeleriyle doğru orantılıdır. Şöyle ki, sınai haklar, yaratıcılık ile yeniliğin teşvik edilmesi yoluyla bu alandaki rekabet ortamının oluşmasını sağlayarak ekonomik ve toplumsal gelişmeyi tetikler. Sınai haklardan biri olan marka hakkı da rekabet ortamının sağlanması ve dolayısıyla ekonomik gelişmelerle doğrudan ilgilidir. Ülkemizin ekonomik gelişimine paralel olarak sınai mülkiyet hakları alanında da önemli gelişmeler yaşanmış, bu gelişmeler marka hukukunu da etkilemiştir. Bu doğrultuda, başta Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS) olmak üzere, ülkemizin taraf olduğu sınai haklar alanındaki uluslararası anlaşmalara ve 2015 yılında değiştirilen Avrupa Birliği (AB) marka mevzuatıyla uyum sağlanması amacıyla Türk hukukunda da mevzuat değişikliğine gidilmiş²; 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname³ (MarKHK) yerini 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na⁴ (SMK) bırakmıştır.

Marka olabilecek işaretler SMK m. 4'te, TRIPS'in 15. maddesi⁵ ile AB marka mevzuatına⁶ uygun olarak, “[m]arka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde

¹ Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı Genel Gerekçe ve Madde Gerekçeleri, TBMM Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı:1, Sıra Sayısı: 341, s. 4-5.

² Genel Gerekçe, s. 5.

³ RG 27.6.1995, S. 22326.

⁴ RG 10.1.2017, S. 29944.

⁵ “(1) Bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayıran herhangi bir işaret veya işaret kombinasyonu bir marka oluşturabilecektir. Bu tür işaretler, özellikle kişisel adları, harfleri, sayıları, mecazi unsurları içeren sözcükler, renk kombinasyonları ve bu tür işaret kombinasyonları, marka olarak tescil edilmek için uygun addedilecektir. İşaretler ilgili mal veya hizmetleri ayırdedici kılacak özellikte olmadıkları takdirde, Üyeler tescil edilebilirliği kullanım aracılığıyla kazanılan ayırdedici özelliğe bağlı kılabilirler. Üyeler tescil işleminin bir şartı olarak işaretlerin görsel olarak algılanabilir özellikte olmasını talep edebilirler.”

⁶ Bkz. 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü (Tüzük, Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Union trade mark, OJ L 154, 16.6.2017) m. 4 ile 2015/2436 sayılı AB Marka Yönergesi (Yönerge, Directive of the European Parliament and of the Council to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, OJ L 336, 23.12.2015) m. 3.

sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir” şeklinde hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere söz konusu hüküm çeşitli ihtimalleri göz önünde bulundurarak oldukça geniş bir şekilde kaleme alınmış, sicilde gösterilebilir her tür işaretin marka olabilmesine imkan tanımıştır. Gerçekten kanun koyucunun bu yaklaşımı, hologram, hareket ve multimedya markaları gibi, teknolojik gelişmelerin etkisiyle ortaya çıkan yeni (geleneksel olmayan) marka türlerinin ortaya çıkmasına zemin hazırladığı gibi zaman içerisinde alışılmışın dışındaki işaretlerin de marka olarak tescili ihtimalini gündeme getirmiştir. Alışılmışın dışındaki markalardan biri de son zamanlarda sıklıkla Yargıtay⁷ ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararlarına⁸ da konu olan slogan markalarıdır.

Kelime anlamı itibariyle slogan, bir düşüncüyü kolay hatırlanıp tekrarlanabilir bir biçimde ifade eden kısa, çarpıcı sözü yahut kimlik, topluluk, kurum veya kuruluşun amaç ve araçlarını özlü bir biçimde tanımlayan deyişi veya sözü ifade eden geniş bir kavramdır⁹. Sloganlar siyasi nitelik taşıyabilecekleri gibi ticari de olabilirler. Siyasi sloganlar bir siyasi parti, hareket ya da başka bir grupla ilişkilendirilirken ticari sloganlar reklamcılıkta kullanılan kısa, çarpıcı ya da akılda kalıcı bir ifadedir¹⁰. Bir sloganın marka olarak tescili her şeyden önce onun ticari bir slogan olmasına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle siyasi sloganların marka olarak tescili mümkün değildir.

Slogan, niteliği itibariyle sözcük veya sözcüklerden oluşmaktadır. Bu açıdan bakıldığında slogan markaları yeni (geleneksel olmayan) marka türlerinden biri olmayıp, sözcük markalarının çarpıcı bir yargı içeren özel bir türü olduğunu söylemek mümkündür. Her sözcük markasında olduğu gibi sloganların marka olarak tescili de onların ayırt edici olmasına bağlıdır. Ancak belirtmek isteriz ki, sloganların ayırt edici olup olmadıkları belirlenirken diğer ad ve işaretlerden daha katı kriterlere tabi tutulmamaları, diğer ad ve işaretler hangi kriterlere tabi tutuluyorsa sloganların da aynı kriterler doğrultusunda incelenmesi gerekir¹¹. Ne var ki sloganların tüketiciler nezdinde bir işletmenin mal ve hizmetlerini ayırt eden bir işaret olarak algılanması olağan marka türlerine nazaran oldukça güçtür. Bu durum da haklı olarak akıllara slogan markalarının köken belirtme ve mal ya da hizmetin kalitesini garanti etme fonksiyonunun diğer markalara kıyasla daha zayıf olduğunu getirmektedir¹². Bu sakıncanın bertaraf edilebilmesi her şeyden önce marka olarak seçilen sloganın çarpıcı, hayal gücü gerektiren, şaşırtıcı, kelime oyunları içeren ve akılda kalıcı nitelikte olmasına bağlıdır¹³. Bir diğer ifadeyle, sloganın bu nitelikleri taşıması onun ayırt edici niteliğinin söz konusu olup

⁷ Y. 11. HD'nin, E. 2021/2364, 2022/6721, T. 6.10.2022; E. 2021/2301, K. 2022/5286, T. 27.6.2022; E. 2022/3043, K. 2022/4262, T. 31.5.2022; E. 2020/749, K. 2020/5057, T. 16.11.2020; E. 2018/2472, K. 2019/3951, T. 20.5.2019; E. 2019/1888, K. 2020/158, T. 8.1.2020 kararları bunlardan güncel olanlarıdır.

⁸ Bkz. C-311/11, C-398/08 ile Genel Mahkeme'nin (General Court) T-133/13 kararı.

⁹ <https://sozluk.gov.tr/> “Slogan”, 18.8.2023.

¹⁰ <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/> “Slogan”, 18.8.2023.

¹¹ C-311/11, para. 41; Türk Patent ve Marka Kurumu, Marka İnceleme Kılavuzu (Kılavuz), 2021, s. 32, <https://www.turkpatent.gov.tr/marka>, 18.8.2023.

¹² Bu durumun, slogan markalarının mal veya hizmetin üzerinde kullanılmalarından ziyade mal veya hizmete ilişkin reklamlarda kullanılmalarından kaynaklandığını söylemek mümkündür.

¹³ C-398/08.

olmadığını değerlendirirken göz önünde bulundurulması gereken bir husustur. Zira herhangi bir ayırt ediciliği bulunmayan, tescil edileceği malın veya hizmetin tanıtılmasını amaçlayan klişe reklam sloganları marka olarak tescile elverişli değildir¹⁴.

Daha önce de ifade edildiği üzere, sloganlar ve dolayısıyla slogan markaları genel itibarıyla bir ya da birkaç sözcükten oluşmakla birlikte, bu markaların sadece sözcüklerden ibaret olması şart değildir. Daha açık bir ifadeyle slogan markaları her zaman sadece sözcük markaları şeklinde ortaya çıkmayabilir. Aksine, slogan markalarının diğer marka türlerinin kombinasyonundan, örneğin sloganı oluşturan sözcüklere ek olarak renklerden ve/ya şekillerden de oluşması, bu markaların ayırt ediciliğini artıracığından tercih edilebilir bir durumdur. Nitekim uygulamada da slogan markalarının daha çok kullanılacakları mal veya hizmetle ilgili olarak aynı marka sahibi tarafından daha önce tescil edilmiş ve toplumda belirli bir tanınmışlık seviyesine ulaşmış diğer markalarla birlikte kullanıldığı görülmektedir.



Gerçekten, “Tadını Çıkar”¹⁵ şeklindeki sloganın Coca-Cola markasıyla birlikte kullanıldığı yandaki örnekte olduğu gibi slogan markasına bir renk yahut şekil markasının eşlik etmesi ihtimal dahilindedir. Ancak bu durum slogan markaları için bir zorunluluk olmayıp, sadece slogan markalarının ayırt edici karakterinin artmasını sağlamaktadır. Zira slogan markasının “Arçelik Demek Yenilik Demek”¹⁶ yahut “Turkcell’le Bağlan Hayata”¹⁷ örneklerinde olduğu gibi sadece sözcüklerden oluşması da mümkündür.

Bununla birlikte slogan markalarının her zaman aynı marka sahibi tarafından daha önce tescil edilmiş ve toplum nezdinde belirli bir tanınmışlık düzeyine erişmiş diğer markalarla birlikte kullanılması ise şart değildir. Nitekim slogan markalarının, “I’m Lovin’ It”¹⁸ (Örnek-1) yahut “M + İşte Bunu Seviyorum”¹⁹ (Örnek-2) örneklerinde olduğu gibi “Mc Donalds” markasına (Örnek-3) yer verilmeksizin doğrudan slogandan oluşmasının önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır.



(Örnek-1)



(Örnek-2)

i'm lovin' it

(Örnek-3)

Tüm bu açıklamalardan hareketle, çalışmamızda, güncel Yargıtay ve ABAD kararları göz önünde bulundurulmak suretiyle sloganların marka olarak tescilinde önem taşıyan ve dikkat

¹⁴ Kılavuz, s. 32; Reklamlarda mal veya hizmetin övülmesi amacı taşıyan sözcükler slogan markası olmaya elverişli değildirler.

¹⁵ Tescil Numarası: 2016/08907.

¹⁶ Tescil Numarası: 2008/12845.

¹⁷ Tescil Numarası: 2018/25413.

¹⁸ Tescil Numarası: 2005/25967; Onu seviyorum.

¹⁹ Tescil Numarası: 2005/17980.

edilmesi gereken hususlar üzerinde durulacaktır. Bu çerçevede, sloganların marka olarak tescilinin mümkün olabildiği gerekçeleriyle birlikte ortaya konulduktan sonra özellikle bu türden markaların ayırt edici niteliği ile diğer markalarla karıştırılma ihtimaline ilişkin açıklamalara yer verilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Marka olabilecek işaretler, slogan markaları, ayırt edicilik, karıştırılma ihtimali.

*

SLOGAN TRADEMARKS

ABSTRACT

A slogan is a broad concept that refers to a short, striking phrase that expresses an idea in an easily remembered and repeatable form, or a phrase or statement that succinctly defines the aims and means of an identity, community, institution or organisation. Slogans may be political or commercial. While political slogans are associated with a political party, movement or other group, commercial slogans are short, striking or memorable expressions used in advertising.

Slogans consist of words or phrases because of their nature. From this point of view, it is possible to say that slogan trademarks are not one of the new (non-traditional) trademark types, but a special type of word trademarks containing a remarkable judgement. As with all word marks, the registration of slogans as trademarks depends on their distinctiveness. However, we would like to point out that slogans should not be subjected to stricter criteria than other names and signs when determining whether they are distinctive or not, and slogans should be examined in line with the same criteria as other names and signs.

Although slogans and accordingly slogan trademarks generally consist of one or more words, these trademarks do not necessarily consist of only words. More precisely, slogan trademarks may not always appear as word marks only. On the contrary, it is preferable for slogan trademarks to consist of a combination of other types of trademarks, for example, colours and/or shapes in addition to the words that constitute the slogan, as this will increase the distinctiveness of these trademarks.

In this study, by taking into consideration the recent decisions of the Turkish Court of Appeal and the CJEU, the issues that are important and should be taken into consideration in the registration of slogans as trademarks will be discussed. Within this framework, it is aimed to emphasise the distinctive character of such trademarks and whether there is a likelihood of confusion with other trademarks.

Keywords: Signs that a trademark may consist of, slogan trademarks, distinctiveness, likelihood of confusion.

LİMİTED ŞİRKET ORTAĞININ BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKINA İLİŞKİN GENEL KURULA BAŞVURU ŞARTININ İNCELENMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Nevin MERAL

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0001-6205-2680, nmeral@ybu.edu.tr

ÖZET

TTK m. 614 hükmü ile düzenlenen ve esasen çok kapsamlı şekilde limited şirket ortağına tanınan bilgi alma ve inceleme hakkı, emredici nitelikte, diğer ortaklık haklarından bağımsız, bireysel ve vazgeçilmez nitelikte bir haktır. Öğretide hakkın niteliğine ilişkin olarak müktesep veya vazgeçilmez olup olmadığı noktasında görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Yine de ilgili hükümde her bir ortağın bireysel olarak bilgi alma ve inceleme hakkının olduğuna vurgu yapılarak ortaklar arasında bu anlama eşitlik ilkesi gözetilmiştir. Her iki hak da ortak tarafından gerek ortaklar genel kurulunda gerek kurul dışında kullanılabilir. İnceleme hakkı ise limited şirket ortağının ilgili belgelerin, yazılı başka belgelerin veya başka şekilde kaydedilmiş bilgilerin çalışılması olarak belirtilebilir. Kavramsal açıdan bakıldığında, bilgi alma hakkı, ortağın soru sorması veya açıklama talep etmesi halinde, yetkili veya görevli kişilerce bu kapsamda bilgilendirilmesidir. Bilgi alma hakkı, yazılı veya sözlü bir taleple kullanılabilir ve limited şirket ortağı, bu talebini limited şirket müdürüne veya şirket tasfiye halinde ise tasfiye memuruna iletmelidir. Bilgi edinme talebinin ortak tarafından, somut işler veya konularla ifade edilerek sınırlandırılması gerekmektedir. Aksi halde bilgi alma hakkı ve özellikle inceleme hakkı, şirket işlerinin, faaliyetlerinin veya hesaplarının denetimi mahiyetinde kapsamlı şekilde kullanılamaz. Diğer taraftan ortağın ilgili bilgiyi istemedeki menfaatini veya bilgiye neden ihtiyaç duyduğunu açıklaması gerekmez ve ilgili talep bir şekilde veya süre kısıtına tabi değildir.

Bilgi alma ve inceleme hakkı arasında prosedür gereği veya önem açısından herhangi hiyerarşi bulunmamaktadır. Her iki hak sırayla ve birbirinden bağımsız şekilde kullanılabilmesi gibi birbirini tamamlar şekilde eş zamanlı olarak da kullanılabilir. Pratikte, bilgi alma hakkı, inceleme hakkının kullanımına yol açabilir, ancak her iki hak anlam ve kapsam bakımından birbirinden farklıdır. TTK m. 614 hükmü ayrıca her iki hakkın kapsamına da işaret eder niteliktedir. Buna göre, ortak, şirketin bütün işleriyle ve hesaplarıyla ilgili olarak bilgi isteyebilir ve belirli konularda inceleme yapabilir. Öğretide bilgi alma hakkının kapsamının, limited şirketin şahıs şirketine yaklaşan özellikler barındırdığı da göz önüne alındığında, geniş tutulması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Nitekim Alman hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da kanun koyucunun '*şirketin bütün işleri ve hesapları*' vurgusunu yaparak bilgi edinme hakkı söz konusu olduğunda kural olarak geniş yorum prensibini kabul

ettiği rahatlıkla söylenebilir. Bu kapsamda, şirketin en başta tüm hesapları ve bilançoya yazılması gereken işlemleri, faaliyetleri ve geleceğe ilişkin planlarına ilişkin olarak bilgi edinme hakkı kullanılabilir. Müdürlerin eğitim ve sağlık durumları, müdürlere verilen ücretler, bağlı işletmelerin mali durumları, şirketin yedek akçeleri bilgi edinme hakkının kullanılabilmesi başlıca konulardır. İnceleme hakkı özelinde, eTTK m. 548’de olduğunun aksine, ortağa genel bir inceleme veya denetleme imkânı tanınmamıştır.

Uygulamada en çok karşılaşılan durum, bu hakkın kullanılmasının sınırlarına ilişkin uyuşmazlıklardır. TTK m. 614 hükmü uyarınca, şirket yönetimi tarafından verilecek bilgilerin ilgili ortak tarafından ‘*şirketin zararına*’ kullanılması ‘*tehlikesi*’ varsa, bilgi aktarımı gerektiği ölçüde sınırlandırılabilir. Aynı sonuca, şirket çıkarlarını zedeleyen her türlü davranıştan kaçınmayı gerektiren ve TTK m. 613’te düzenlenen limited şirket ortağının bağlılık yükümlülüğünden de ulaşılabilir. Bu noktada, şirket zararı ve bilginin kullanılması tehlikesi olarak iki önemli kavramın birlikte nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Öğretide daha çok ortağın şirketle rekabet halinde olmasının, bazı durumlarda söz konusu şartları sağlamaya tek başına yetebileceğine işaret edilmektedir. Ancak aynı hükümde ortağın şirketle rekabetinin engellenmediği ve kural olarak da mümkün olduğu düşünüldüğünde, bu husus tek başına şirket zararına bilginin kullanımı göstergesi olarak yorumlanamaz. Şüphesiz şirketin işletme konusunda faaliyet gösteren bir işle uğraşan ve dolayısıyla şirketle rekabet eden bir ortağa verilecek cevapla diğer ortağa verilecek cevap aynı olamaz. Ancak yine de rekabet yasağının burada dar yorumlanması ve şirketle rekabet eden ortağın, elde edeceği bilgiyi şirketin menfaatlerine aykırı şekilde kullanmayacağı sonucuna ulaşılabilirse, talep edilen bilgi ortağa verilmelidir. Bu sonuca ulaşmak için şirketle rekabet halindeki ortağa ilişkin, TTK m. 614’teki şartların varlığına yönelik daha sıkı bir araştırmanın yapılması gerekir.

TTK m. 614’te vurgulanan şirketin zararı kavramını kanaatimizce geniş yorumlamak ve bağlı şirketlerin de zarar görmesini bu kapsamda değerlendirmek gerekmektedir. Ancak uygulamada hangi bilgilerin şirketin zararına kullanılma tehlikesinin bulunduğu, yani talebin reddedilme şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi noktasında müdürlerin takdir yetkisi bulunmakta iken öğretide, şartların gerçekleşmesi halinde bilginin verilmemesi gerektiği ve müdürlerin takdir yetkisinin artık bu noktada bulunmadığı vurgulanmaktadır. Yine de zarar tehlikesi somut şekilde ortaya konulmalı ve bu tehlike, muhtemel olmalıdır. Bu durum tespit edildiğinde, doğrudan bilginin verilmesinin tamamen engellenmesinden ziyade, öncelikle gerektiği ölçüde aktarılacak bilginin kapsamının veya konularının sınırlandırılması yoluna gidilmesi gerekir.

Hakkın sınırlarının belirlenmesi hususunda, kanunda açıkça yer almasa dahi, kanaatimizce hakkın kötüye kullanılması durumunun tespit edilmesi halinde, müdür talep edilen bilgiyi vermektan tamamen kaçınabilir. Dolayısıyla dürüstlük kuralı, limited şirket ortağının bilgi alma ve inceleme hakkının da sınırlarını belirleyen temel bir hukuk prensibidir. Benzer şekilde Alman hukukunda da geçerli olan hakların sakınılarak kullanılması ilkesi de bu hakkın sınırlarının belirlenmesinde bir ölçüt olarak kullanılabilir. Diğer taraftan, şirket sırrının, talebin konusunu oluşturması halinde, bilgi edinme talebinin reddedilmesinin gerekip

gerekmediği de tartışma konusudur. Nitekim talep edilen bilginin şirket sırrı oluşturması sebebiyle talebin reddedilmesinden ziyade, kanunda düzenlendiği haliyle, bu şirket sırrının şirketin zararına kullanılacağı tehlikesinin somut olarak ve delillerle ispat edilebilecek şekilde var olması durumunda talebin reddedilmesi gerekmektedir. Bu haliyle kanunda, talep edilen bilginin şirket sırrı oluşturmasına değil, bunun ötesinde ortağın sadakat yükümlülüğü ile bağlantılı olarak şirket zararına hareket etmesi tehlikesine vurgu yapılmıştır. Dolayısıyla çok geniş şekilde düzenlenen limited şirket ortağının bilgi edinme hakkının konusunun kapsamına şirketin tüm işlem, faaliyet ve hesapları ile şirketin sırları da girmektedir.

Bilgi edinme talebi bir şekilde reddedilen veya tam olarak karşılanmayan ortağın şüphesiz bu hususu makul bir süre içerisinde genel kurula taşıma yetkisi bulunmaktadır. İlgili toplantıda, bilgi talebinde bulunan ortağın oy hakkının bulunup bulunmadığı da açık değildir. Limited şirketlerde genel kurulda oydan yoksunluğu düzenleyen TTK m. 619'a göre sınırlı olarak sayılan ortağın oydan yoksunluğu hallerine bu durum dahil edilmemiştir. Ancak öğretilde, genel kurulda bu durumda bilgi talep eden ortağın oy kullanmasının TTK m. 619/3 hükmüne dahil edilebileceği ve hali hazırda genel hukuk prensipleri uyarınca da ortağın bu halde genel kurulda oy kullanmaması gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla bilgi talebi karşılanmayan ortağın konuyu genel kurula taşıması halinde oy hakkını kullanamayacağının kabulü gerekir. Genel kurulda da bilgi edinme talebi '*haksız yere*' reddedilirse, ortak yine makul bir süre içerisinde mahkemeye başvurabilir ve ilgili konuda kendisine bilgi verilmesini talep edebilir. İlgili süreler konusunda mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmadığı için bu sürelerin belirlenmesinde öğretilde TBK m. 126/4'te düzenlenen 5 yıllık zamanaşımı süresinin kullanımı gibi farklı görüşler ileri sürülmüş olsa da dürüstlük kurallarından faydalanılmaktadır.

Müdürlerin talep edilen bilgiyi vermektan kaçınabilmeleri için daha özel bir ölçüt öngören kanun koyucu, genel kurulun kararının en genel şekilde '*haksız*' olmasını aramıştır. Dolayısıyla genel kurul bilgi edinme talebi karşısında çok daha kapsamlı ve derin bir araştırma veya tartışma sonucunda bilgi talebine cevap vermelidir. Dava açmak için tüketilmesi gereken ilk yol bu durumda, genel kurula başvurudur, ancak dava açmak için genel kurul kararına ihtiyaç duyulup duyulmadığı belirsizdir. Bu noktada uygulamada ve yargı kararlarında bir hususun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Her ne kadar limited şirket ortağının her türlü konuda bilgi edinme hakkı bulunduğu bahsedilse de ilgili bilgi talebinin kim tarafından yapılacağı konusunda aslında bir sınır bulunmaktadır. Özellikle uygulamada müdür konumunda yer alan ortağın şirketin işleri ve hesaplarına ilişkin olarak zaten her zaman bilgiye kendisinin ulaşma imkânı olduğu yargı kararlarında vurgulanmaktadır. Ancak yine müdür sıfatına sahip diğer ortağın, karar defteri de dahil şirket defterlerini kendi elinde bulundurması, bilgi talep eden ortağa bildirmeden şirket muhasebecisini değiştirmesi gibi istisnai durumlarda, bilgi talep eden ortağın, müdür sıfatının hiçbir pratik öneminin kalmadığı görülmektedir. Bu durumda ise genel kurula dahi konu taşınmadan, bilgi edinme hakkının kullanılması için mahkemeye başvurulması zarureti doğmaktadır, çünkü bilgi alma ve inceleme hakkının kullanımı işletilemez hale gelmiştir. Dolayısıyla halihazırda ülkemizde az sayıda ortakla kurulan limite şirketlerde bilgi edinme hakkının kullanımında, ortağın ayrıca taşıdığı müdür sıfatı dolayısıyla bu özel dava şartını sağlamadığından bahisle davanın doğrudan

reddedilmemesi gerekir. Başvuru üzerine mahkemenin bu konuda vereceği karar, kesin hüküm mahiyetinde olup derhal icra kabiliyetine sahiptir.

Sonuç olarak limited şirket ortağının bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmak istemesi halinde, talebi reddedildiyse veya tam olarak karşılanmadıysa bu konuyu genel kurula götürmesi gerekir. Bu çalışmada, bu ihtimalde özellikle ortağın şirketle rekabet edip etmemesi veya müdür sıfatını sahip olup olmaması halinde, mahkemeye başvurmak için genel kurul kararının aranmasının şart olup olmadığı üzerinde durulacaktır. Nihayetinde ise bu şartın, usul hukuku açısından bir özel dava şartı olmasından ziyade, maddenin ve hakkın amacına uygun şekilde, tüketilmesi öngörülen; ancak bu yola başvurulmasında ciddi zorlukların veya imkansızlığın olması durumunda bu şartın aranmayacağı savunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Bilgi alma ve inceleme hakkı, limited ortak (limited şirket ortağı), limited şirket, oydan yoksunluk.

*

THE EXAMINATION ON THE CONDITION TO APPLY TO THE GENERAL ASSEMBLY FOR LLC MEMBERS' INFORMATION RIGHTS

ABSTRACT

Information rights regulated as extensively and imperatively in the art. 614 of the Turkish Commercial Code no. 6102 (TCC), are individual and inalienable rights, independent from other membership rights. These include the rights to receive and review information regarding company business. This request should be directed to the managers who have discretion in determining how much information should be granted to the relevant member. Because the scope of these rights is extensively regulated in Turkish law just like in German law, namely as '*all activities and accounts of the company*', adopting a very wide interpretation of company accounts and activities. In accordance with the art. 614 TCC and the duty of loyalty in the art. 613 TCC providing the members' obligation to avoid any business that harm company interest, however if there is a '*risk*' regarding the information given to the relevant member to be used against company interest and '*to the detriment of the company*', the flow and scope of information can be '*restricted as necessary*' by the manager. In this regard, it is necessary to examine in detail how these important concepts should be understood when read together. In our opinion, the concept of the detriment of the company in the art. 614 TCC should be widely interpreted, to include any subsidiaries and their damages.

The relevant members should apply to the General Assembly (GA) within a reasonable period of time, after requesting information from managers, when this request is rejected or not completely met. In the session where the GA discusses this request, the relevant member should not have a voting right on his/her own request. Although there is an ambiguity in regulation in this regard, this conclusion complies with good faith principle as well. If the GA rejects the

request '*unjustly*', the interested member should apply to the first instance court within a reasonable period of time and then makes a request before the court to receive the information. Normally, the application to the GA seems to be regulated as a requirement to apply to the court, however, in practice there are cases where the requesting member is also a manager and the other manager at LLC somehow succeeds in finding ways to prevent him from receiving or even from requesting information in the GA. Bearing in mind these types of situations, we argue that the application to the GA should not be a special lawsuit requirement as in procedural law.

Keywords: Information rights (right to receive and to review information), LLC members (partners), limited liability companies, disfranchisement.

LİMİTED ŞİRKETLERDE AZLIĞIN FİNANSAL TABLOLARIN GÖRÜŞÜLMESİNİN ERTELENMESİNİ TALEP ETME HAKKI VAR MIDIR?

Dr. Öğr. Üyesi Muhammet Emin BİNGÖL

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0001-7176-636X, mebingol@medipol.edu.tr

ÖZET

Yargıtay 11. HD'nin, 29.6.2021 tarih, E. 2019/4620 K. 2021/5396 sayılı kararında, TTK'nın 617. maddesinin 3. fıkrasının toplantıya çağrı, azlığın çağrı ve öneri hakkı, gündem, öneriler, çağrısız genel kurul, hazırlık önlemleri, tutanak ve yetkisiz katılma konularında anonim şirketlere ilişkin hükümlerin, bakanlık temsilcisine ilişkin olanlar hariç kıyas yoluyla limited şirketlere de uygulanacağı düzenlendiği ve bu atıf uyarınca TTK'nın 420. maddesinin limited şirketlere de uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu çerçevede, limited şirket olağan genel kurulunda azlığın erteleme talep etmesine rağmen, finansal tablolar ve buna bağlı konular hakkında alınan kararların, yok hükmünde olduğuna karar verilmiştir¹.

Bu çalışmada da anonim şirketler bakımından öngörülen ve uygulamada en sık kullanılan azlık haklarından biri olan azlığın finansal tablolar ve buna bağlı konuların görüşülmesinin ertelenmesi hakkının limited şirketler bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağı hususu, yukarıda anılan Yargıtay kararı, Türk hukukundaki görüşler ve mukayeseli hukuktaki düzenlemeler çerçevesinde değerlendirilecektir.

Limited şirketlerde azlığın finansal tablolar ve buna bağlı konuların görüşülmesinin ertelenmesi hakkını haiz olup olmadığı Türk öğretisinde tartışılmış ve hâkim fikir tarafından anonim şirketler bakımından öngörülen TTK'nın 420. maddesinin limited şirketlere de kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmiştir². Bu görüşü savunan yazarlar tarafından anonim şirketler açısından toplantının ertelenmesinde söz konusu olan menfaatlerin tamamının limited şirketler bakımından da geçerli olduğu ifade edilmiştir. Yine aynı görüş tarafından limited şirketlerde de

¹ Yargıtay 11. HD'nin T. 9.9.2019, E. 2018/3632, K. 2019/5154 sayılı kararında da benzer sonuca dolaylı yoldan ulaşılmaktadır.

² Bu yönde bkz. Murat Alışkan, "Teori ve Uygulamada Azlığın Finansal Tabloların Görüşmelerini Erteleme Hakkı", Prof. Dr. Zühtü Aytac'a Armağan, İstanbul 2022, s. 436; Şükrü Yıldız, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre, Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 2007, s. 184; Oruç Hami Şener, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2017, s. 572; Fahri Özsungur, Finansal Tabloların Müzakeresi Nedeniyle Limited Şirket Genel Kurul Toplantısının Erteleme, Ankara 2021, s. 127; Söz konusu hakkın limited şirket ortaklarına tanınip tanınmayacağını tartışabileceği yönünde bkz. Abzur Kendigelen / İsmail Kırcı, Şirketler Hukuku Cilt III, Sermayesi Paylara Bölünmüş Paylı Komandit Şirket ile Limited Şirket, s. 56. Bununla birlikte aynı eserin diğer yazarı olan Kırcı ise açık bir şekilde ortakların bu hakka sahip olabileceğini ifade etmiştir. bkz Kırcı (Kendigelen/Kırcı), s. 226.

azlığın finansal tabloları yeterince inceleyememiş olabileceği ya da limited şirket müdürlerinin ibrası bakımından da finansal tabloların çok önemli olacağı ileri sürülmüştür³. Buna karşılık azınlıkta kalan karşı görüş, TTK'nın 420. maddesinin TTK'nın 617. maddesinde atıf yapılan madde aralığında bulunmaması ile TTK'nın 614. maddesinde limited şirket ortaklarının bilgi alma haklarının anonim şirket pay sahiplerine oranla çok geniş bir şekilde belirlenmiş olması gerekçeleriyle limited şirkette azlığın finansal tablolar ve buna bağlı konuların görüşülmesini erteleme hakkına sahip olmadığını ifade etmiştir⁴.

İlgili hükmün limited şirketler bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağı noktasında ilk olarak, söz konusu hususta TTK'da bir boşluk bulunup bulunmadığı ve yorum yöntemleri ile TTK'nın 420. maddesinin uygulama alanının genişletme imkânının var olup olmadığının tartışmaya açılması gerekmektedir. Belirtilmelidir ki limited şirketlere ilişkin olan TTK'nın 617. maddesinde, anonim şirketlerin genel kurul toplantısına yönelik olarak atıf yapılan hükümler arasında, finansal tablolar ve buna bağlı konuların görüşülmesinin ertelenmesine ilişkin TTK'nın 420. maddesinden bahsedilmemektedir. Yani TTK'nın limited şirketlere ilişkin hükümlerinde TTK'nın 420. maddesinin limited şirketlere uygulanmasına yönelik doğrudan ya da dolaylı olarak hiçbir atıf bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu hususta kanun koyucunun bilinçli olarak sustuğu ileri sürülebilir. Kaldı ki TTK'nın 644. maddesinde anonim şirket hükümlerinden hangilerinin limited şirketlere de uygulanacağı sayılmaktadır. Dolayısıyla TTK'nın 644. maddesinde ve diğer hükümlerinde kanun koyucu tarafından anonim şirketlere ilişkin hangi hükümlerin limited şirketlere uygulanacağı tahdidi olarak belirlenmiş olup kanun koyucunun limited şirket ortakları bakımından, finansal tablolar ve buna bağlı konuların görüşülmesini erteleme talebi hususunda bilinçli bir susmayı tercih ettiği ifade edilebilecektir. Ayrıca bilindiği üzere söz konusu hakkın olağan genel kurul toplantılarında azlık tarafından kullanılması ile birlikte finansal tablolar ve buna bağlı konular hakkında genel kurul karar alamaz. Dolayısıyla azlığa tanınan bu hak aslında genel kurulun iradesini sınırlandıran nitelikte ve anonim şirketlerde esas olan çoğunluk prensibinden sapan, istisnai karakteri haizdir. Bu yüzden anonim şirketler bakımından öngörülen istisnai nitelikteki bu azınlık hakkının genişletici yorum ile limited şirketlere de uygulanabilmesine şüphe ile yaklaşılması gerekmektedir. Zira genel olarak istisnaların dar yorumlanacağı kabul edilmektedir.

TTK'nın 420. maddesinin amacından yola çıkarak da limited şirketler açısından bu şekilde bir hakkın tanınmasına gerek bulunmamaktadır. İlgili hakkın temel amacı doktrinde, azlığın finansal tabloları gereği gibi incelemesi ve şirket muhasebesi hakkında bilgi alarak oy hakkını etkin bir şekilde kullanması olarak gösterilmektedir. Yine finansal tablolar ve buna bağlı konuların azlığın talebiyle ertelenmesine ilişkin TTK'nın 420. maddesinin kaynağı ise,

³ Bkz. Şener, s. 572; Alışkan, s. 436.

⁴ Onur Zorluer, Anonim Şirketlerde Azınlık Haklarının Kötüye Kullanılmasına Karşı Çoğunluğun Korunması, Ankara 2021, s. 168.

1937 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 125. maddesinin 7. fıkrasıdır⁵. Bununla birlikte 1965 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu ile; pay sahiplerine tanınan yeni hakları karşısında ilgili hükmün anlamını yitirmiş olması ve kolay bir şekilde suiistimal edilebileceği gerekçeleriyle söz konusu hak yürürlükten kaldırılmıştır. İsviçre hukukunda ise azlığa bu yönde bir hak hiç tanınmamıştır. Yani anonim şirket pay sahiplerinin bilgi alma hakkı bakımından Türk hukukuna benzer bir noktada olan kaynak Alman hukukunda bilgi alma hakkı ve buna bağlı birtakım hakların varlığı gerekçeleriyle ilgili hak ilga edilmiştir. Görüldüğü üzere, hükmün kaynağı olan Alman hukukunda anonim şirketler bakımından öngörülen bu hak tamamen kaldırılmış iken Türk hukukunda hükmün uygulama alanının genişletilmeye çalışılması yerinde bir yaklaşım olarak gözükmemektedir. Nitekim Türk hukukunda anonim şirketler bakımından dahi söz konusu azlık hakkının ihtiyaçları karşılamadığı ve kötüye kullanıma çok açık olduğu sebepleriyle kaldırılması ya da sınırlandırılması gerektiği ileri sürülmüştür⁶. Dolayısıyla kanaatimizce limited şirketlerde bilgi alma hakkının çok geniş bir şekilde düzenlenmesi karşısında, azlığa kıyas yoluyla bu şekilde bir hakkın tanınmasına gerek bulunmamaktadır. Günümüzde hız ve dinamiklik şirketler bakımından oldukça önemlidir ve şirketler bakımından günler hatta saatler dahi oldukça mühimdir. Hâl böyle iken, asıl amacı oy hakkını etkin bir şekilde kullanmak olmayan kötü niyetli ortakların, ilgili hakkı şirket aleyhine, dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanarak şirketi ve giderek diğer ortakları zarara uğratma ihtimali yüksektir. Bu çerçevede menfaatler dengesi de göz önünde tutulduğunda, limited şirket ortağına tanınan geniş bilgi alma hakkı karşısında kötüye kullanılmaya elverişli ve kullanımı ile birlikte aranan menfaati tanımaya uygunluğu şüpheli olan finansal tablolar ve buna bağlı konuların erteleme hakkının limited şirketlerde kıyasen uygulanmaması gerekir. Bu gerekçelerle Yargıtay 11. HD'nin, 29.6.2021 tarih, E. 2019/4620 K. 2021/5396 sayılı kararının eleştiriye açık olduğunu ifade etmek gerekir. Kaldı ki söz konusu kararda, TTK'nın 420. maddesinin uygulanmasının gerekçesi olarak TTK'nın 617. maddesinin 3. fıkrası gösterilmiştir. Oysaki yukarıda kısaca bahsedildiği üzere, ilgili hükümde finansal tablolar ve buna bağlı konuların görüşülmesinin ertelenmesine ilişkin herhangi bir atıf bulunmamaktadır. Nitekim anonim şirketlere ilişkin olan TTK'nın 420. maddesinin limited şirketler bakımından uygulanması gerektiğini ifade eden görüş de herhangi bir atfın bulunmadığı tespitini yaptıktan sonra ve buna rağmen kıyasen uygulamayı kabul etmektedir. Ayrıca Yargıtay 11. HD'nin, 29.6.2021 tarih, E. 2019/4620 K. 2021/5396 sayılı kararında, limited şirket olağan genel kurulunda azlığın erteleme talep etmesine rağmen, finansal tablolar ve buna bağlı konular hakkında alınan kararların, yok hükmünde olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Kanaatimizce, bir an için TTK'nın 420. maddesinin limited şirketlerde kıyasen uygulama alanı bulacağı kabul edilse dahi hükme aykırı bir şekilde alınan genel kurul kararlarının yok hükmünde olduğuna karar

⁵ Ünal Tekinalp, "Azınlığın Bilançonun Onaylanmasına İlişkin Müzakarenin Ertelenmesi İstemi", İÜHFM, C. XLII, S. 1-4, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İstanbul 1977, s. 233-234. İlgili hükmün de kaynağının 1897 tarihli Alman Ticaret Kanunu olduğu yönünde bkz. *a.e.* s. 234.

⁶ Bkz. Hasan Karşloğlu, "TTK'nın 420'nci Maddesi Uyarınca, Genel Kurul Toplantısında Azlığın Finansal Tabloların Görüşülmesini Ertelenmesi Hakkının Gerekliliği Sorunu", SÜHFD, C. 30, S. 2, 2022, s. 511 vd.

verilmiş olması da yerinde değildir. Zira hükme aykırılığın yaptırım yokluk değil, iptal edilebilirliktir⁷.

Anahtar Kelimeler: Azınlık, azınlık hakları, finansal tabloların ertelenmesi, limited şirket.

*

DOES THE MINORITY HAVE THE RIGHT TO REQUEST POSTPONEMENT OF THE DISCUSSION OF FINANCIAL STATEMENTS IN LIMITED LIABILITY COMPANIES?

ABSTRACT

In the decision of the 11th HD of the Court of Cassation dated 29.6.2021 and numbered E. 2019/4620 K. 2021/5396, it was stated that Article 617 paragraph 3 of the TCC stipulates that the provisions regarding joint stock companies regarding the call for the meeting, the right of the minority to call and propose, the agenda, proposals, general assembly without call, preparatory measures, minutes and unauthorized participation shall also be applied to limited liability companies by analogy, except for those regarding the ministerial representative, and according to this reference, Article 420 of the TCC should also be applied to limited liability companies.

In this study, the issue of whether the right of the minority to postpone the discussion of the financial statements and related matters, which is one of the most frequently used minority rights in practice and which is foreseen for joint stock companies, can find an application area for limited liability companies will be evaluated within the framework of the aforementioned Court of Cassation decision, the opinions in Turkish law and the regulations in comparative law.

Whether the minority in limited liability companies has the right to postpone the discussion of the financial statements and related matters has been discussed in the Turkish doctrine and the prevailing opinion is that Article 420 of the TCC should be applied to limited liability companies by analogy. However, in our opinion, since Article 420 of the TCC does not fall within the range of articles referred to in Article 617 of the TCC, and since Article 614 of the TCC defines the rights of limited liability company shareholders to obtain information in a very broad manner compared to the shareholders of joint stock companies, it should be accepted that the minority in limited liability companies does not have the right to postpone the discussion of the financial statements and related matters.

As a matter of fact, it has been argued that the minority right in Turkish law should be abolished or limited even for joint stock companies on the grounds that it does not meet the needs and is very open to abuse. Therefore, in our opinion, in the face of the very broad

⁷ Bu hususta birçokları yerine bkz. Alışkan, s. 431; Zorluer, s. 96.

regulation of the right to obtain information in limited liability companies, there is no need to grant such a right to the minority by analogy.

Keywords: Minority, minority rights, postponement of financial statements, limited liability company.

HUKUK EĞİTİMİNDE DRAMA YÖNTEMİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ - TİCARET HUKUKU DERSİ ÖRNEĞİ

Dr. Öğr. Üyesi İbrahim BEKTAŞ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0003-0198-1683, ibektas@ankara.edu.tr

ÖZET

Eğitim bilimlerinde “yaratıcı drama” ya da kısaca “drama” olarak adlandırılan yöntem, katılımcıların bir olay ya da kavramı, bir grupla birlikte, rol oynama ve doğaçlama tekniklerinden yararlanarak öğrenmelerini amaçlayan sanat eğitimi alanıdır. Drama yönteminde, tiyatronun aksine, katılımcıların profesyonel oyuncular olması gerekmemekte ve seyirci bulunmamaktadır¹.

Drama yönteminin kullanıldığı atölyeler (dersler) kural olarak “hazırlık (ısınma)”, “canlandırma” ve “değerlendirme” olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır. Hazırlık aşamasında eğitmen, katılımcıları bilişsel veya fiziksel açıdan dersin konusuna hazırlamak ve merak uyandırmak amacıyla çalışmalar yürütür. Canlandırma aşamasında ise katılımcılar, konuyla ilgili (örneğin hukuki açıdan çatışmalar barındıran) bir canlandırma yapar. Öğretim yöntem ve tekniklerinin pek çoğu, örneğin bilgi kartları, uzman mantosu, geriye dönüş, röportaj, donuk imge vb. burada uygulanabilir. Drama atölyeleri son olarak değerlendirme aşamasıyla tamamlanmaktadır. Bu aşamada, hedeflenen kazanıma ulaşıp ulaşılmadığına dair geri bildirim alınır. Özellikle ilk test-son test, toplu çizim veya sözlü bildirim gibi uygulamalar, hukuk eğitiminde de değerlendirme aşamasına uygun görünmektedir.

Bununla birlikte, hukuk alanında -çoğu kez sadece- anlatı tekniğinin kullanılması yaygındır. Oysa eğitim bilimlerinde etkinliğini kanıtlayan drama yönteminin², hukuk eğitiminde de kullanılabilirliği kanaatindeyiz. Özellikle haklar ve davalar, bir dramatik durumda yer alması gereken çatışma unsurunu açıkça içerdiğinden drama yöntemi ile işlenmeye uygundur. Hatta hâkim, savcı, avukat gibi rolleri içerdiğinden hukuk, “rol oynamanın” tarihte kendini gösterdiği ilk alanlardandır³. Yine hukukta olduğu gibi, dramanın beslediği çocuk oyunlarının biçimsel özellikleri arasında kural, düzen ve yaptırım bulunur⁴.

¹ Yaratıcı dramanın tanımı ve temel özellikleri hakkında bkz. Adıgüzel, Ömer: Eğitimde Yaratıcı Drama, 7. Baskı, Pegem Yayınları, Ankara 2015, s. 40 vd.

² Yöntemin farklı alanlarda uygulanmasını konu alan çalışmalar için, şimdilik Çağdaş Drama Derneği tarafından yayımlanan ve hakemli bir dergi olan Yaratıcı Drama Dergisi’ndeki çok sayıda araştırma makalesine işaret etmekle yetiniyoruz. Bkz. <https://www.yader.org>.

³ Hukuk, oyun ve rol oynama arasındaki ilişki hakkında bkz. Juinziga, Johan: Humo Ludens, Oyunun Toplumsal İşlevi Üzerine Bir Deneme (Çev. Mehmet Ali Kılıçbey), 5. Bası, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2015, s. 106 vd.

⁴ Oyunun biçimsel özellikleri ile özellikle muhakeme hukukunun benzerliği hakkında bkz. Kayhan Fahrettin: Hukuk Eğitimi ve Uygulanmasında Yaratıcı Drama, Yaratıcı Drama Dergisi 2006, C. 1, S. 2, s. 47-54.

Bu açıdan konuların oyun ve doğaçlama aracılığıyla deneyimlenmesi, hak ihlallerinde tarafların kendilerini bu kişilerin yerine koyarak uygulamalar yapması, hukukun ve hukuk mantığının öğretilmesinde hedeflenen kazanımlara ulaşmayı sağlayan çağdaş bir yoldur.

Nitekim 2023 yılında Çağdaş Drama Derneği bünyesinde on altı yetişkin ile gerçekleştirdiğimiz ve “adil yargılanma hakkını” konu alan atölyenin sonunda, katılımcıların dile getirdiği şu değerlendirmeler dikkat çekicidir: *“Zor alanların ya da kendimize uzak gördüğümüz alanların drama ile işlenmesi keyif verdi. Bilgilendirici idi aynı zamanda...”*, *“Dramaya uzak olduğunu (işlenmesi zor bir konu olarak) düşündüğüm bir alanın atölyesine iyi ki katıldım, içinde iyi ki karikatür-şiir var”*, *“Konu hukuk olduğu için önyargılı davrandım, keşke ön yargılı olmasaydım. Eğlendim ve öğrendim”*, *“Keşke hukuk derslerini böyle görseydik”*, *“Keşke diğer haklarla ilgili de olsa...”*, *“Yaratıcı drama her alana hitap edebiliyor”* *“Hukuk derslerinin yaratıcı drama yöntemi ile daha kolay öğrenilebileceğini fark ettim”*.

Bu bağlamda, drama yönteminin hukuk alanında uygulanmasının oldukça önem taşıdığı görüşündeyiz⁵. Bununla birlikte üniversitelerde drama yöntemin uygulanmasında iki engelden bahsedilebilir. Birincisi bu yöntem, drama eğitmeni niteliğini taşıyan kişiler tarafından etkin şekilde uygulanabilir. Bu nedenle öncelikle konuya ilgi duyan akademisyenlerin bu eğitimi alması teşvik edilmelidir. İkinci engel ise, bu yöntemin kullanıldığı derslerin genellikle 10 ilâ 20 kişilik katılımcılarla gerçekleştirilebilecek olmasıdır. Sınıf kontenjanları 200 adedi geçen bazı hukuk fakültelerinde, zorunlu derslerde anılan yöntemin uygulanması fiilen olanaklı değildir. Kontenjanı az olan hukuk fakültelerinde veya seçimlik derslerde ya da özel atölyelerde ise bu yöntemden yararlanılabilir.

Drama yönteminin ticaret hukuku derslerinde uygulanmasına gelince, ticari işletme hukuku açısından başta “basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü”, “acente ve acentenin denkleştirme hakkı”, “dava şartı arabuluculuk”, “haksız rekabet”, “marka hakkı”, “fikri mülkiyet hukuku” konuları; şirketler hukukunda “anonim şirketin kuruluşu”, “haklı sebeple fesih davası”; kıymetli evrak hukukunda “def’iler”, “kambiyo senetlerinin düzenlenmesi” ve “karşılıksız çek” konuları drama yöntemiyle işlenmeye elverişlidir. Zira bu konular, güçlü dramatik durumlar barındırmaktadır. Örneğin kıymetli evrak dersinde borçlu ve lehtar arasında ya da marka hakkına tecavüz halinde marka sahibi ve tecavüz eden arasındaki çatışma, canlandırma yoluyla ele alınabilir. Yine bu konular, öğrencilerin kanuna uygun bir bono hazırlaması veya bir şekil markası tasarlaması ile tamamlanabilir.

Somut örnek oluşturması için, özel hukuk alanında drama yöntemiyle hazırlanmış bir atölye (ders) planını aşağıda paylaşıyoruz.

⁵ Gerçekten de hukuk fakültelerinde büyük ölçüde göz ardı edilen bu yöntem, Ankara Barosu’nun Çağdaş Drama Derneği ile ortak yürüttüğü 2008 tarihli bir projede, avukatlara yönelik olarak uygulanmıştır. Bu projenin çıktılarında da hukuk ve drama arasındaki olumlu ilişkiye yönelik olarak, *“... yargıç, savcı ve avukatlarında eğitiminde, en kısa zamanda hukuk fakültelerinde temel yaratıcı drama eğitimlerinin başlatılması”* ve *“Hukuk fakülteleri, barolar, staj merkezleri ve Adalet Akademisi’nin eğitim programlarının yaratıcı drama atölyeleri ile zenginleştirilmesi”* önerisinde bulunmaktadır. Bkz. Acar, Ayşen Merih: Yaratıcı Drama Yöntemiyle Avukatların Duruşmalarda İletişim Becerileri ve İletişim Engelleri Konusundaki Farkındalıklarının Geliştirilmesi, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009.

Anahtar Kelimeler: Yaratıcı Drama, Hukuk, Hukuk Eğitimi, Ticaret Hukuku, Fikir ve Sanat Hakları.

HUKUK VE DRAMA DERS PLANI

Ders ve Konu: Ticaret Hukuku, Fikri Mülkiyet Hakları

Grup: Hukuk Fakültesi Öğrencileri - 20 Kişi

Süre: 100 dk.

Yöntem ve Teknikler: Yaratıcı drama, rol oynama-doğaçlama, eğitmenin role girmesi, özel mülkiyet

Kazanımlar:

- 1) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun kabul edilmesindeki tarihsel süreci açıklar.
- 2) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile korunan eser türlerine örnek verir.
- 3) Fikir ve sanat haklarında yaşanan uyuşmazlıklara hukuka uygun çözüm önerileri sunar.

Süreç:

A- Hazırlık/Isınma Aşaması

Etkinlik 1- (Sıcak top): Eğitmen katılımcılara çember olmalarını söyler. Katılımcılardan birine topu atar. Topu alan kişi "fikir" denildiğinde aklına gelen bir şeyi söylemeli ve çok beklemeden topu başkasına atmalıdır. O kişi de "fikir" kelimesinin çağrıştırdığı başka bir şeyi söylemelidir. Top çemberde bir süre dolaşır. Etkinlik "sanat" kelimesi için tekrarlanır.

Etkinlik 2- (Fikir kapmaca): Eğitmen katılımcılara kuyruk kapmaca oyununun özgün bir türünü oynatılır. Eğitmen katılımcılara uzun şeritler halinde kesilmiş kâğıt parçaları (kuyruk) verir. Herkes kâğıda, bir düşüncesini, kendine ait bir cümleyle yazar. Bunun için yeni oluşturduğu bir motto ya da slogan kullanabilir. Herkes kâğıdını kuyrukmuş gibi arkasında tutar veya elbisesinin arkasına ilişir. Amaç mekânda karışık olarak dolaşırken başkalarının kuyruğunu (fikrini) almak ve kendi kuyruğunu kaptırmamaktır. Oyun sonunda en çok kuyruk toplayan kişi kazanmış (!) olur. Herkes topladığı kuyruklarda yazan cümleleri, sanki kendi yazmış ve kendi cümlesiymiş gibi okur.

Etkinlik 3- (Korsan-Yazar): Eğitmen kurt-kuzu oyununu, korsan-yazar olarak oynatır. Katılımcılar arasından bir korsan ve bir yazar seçilir. Diğerleri çember olurlar ve çemberin dışındaki korsanın (kurdun) çemberin içindeki yazara (kuzuya) ulaşmasını engellemeye çalışırlar. Oyun farklı korsan ve yazarlar seçilerek, birkaç tur oynanır.

Etkinlik 4- (Fikir Çemberi): Eğitmen "fikir" ve "sanat" kavramları hakkında yaratıcı bazı sorular hazırlar ve bunları birbirlerine sormaları için katılımcılara dağıtır. Etkinliğin sonunda, beğenilen soru ve cevaplar hakkında konuşulur. Örnek sorular: Bir fikri ne kadar değiştirdiğinde, artık aynı fikir olmaz?, Derslerde tuttuğun notlar, seni bir sanatçı yapar mı?, Aynı besteyi kaç kişi yapabilir?, En kalın nota mı yoksa en ince nota mı daha önemlidir?, Şiir

olsan nasıl başlardın?, Sen mi yoksa heykelin mi daha uzun yaşar? Bir resme ne eklersen, o artık senin eserin olur? Picasso'nun paleti mi yoksa Shakespeare'in kalemi mi olmak istersin? Çizgi film karakterleri sanatçı mıdır?

Ara değerlendirme: Katılımcılara söz verilir. Fikir kapmaca oyununda, başkalarının cümlesini okumak üzerine konuşulur. Korsan-Yazar oyununda çemberin işlevi ve neyi sembolize edebileceği üzerine konuşulur.

Etkinlik 5- (Sergi): Eğitimci katılımcıları uzman rolüne girerek (sergi müdürü) karşılar. Katılımcılara, mekânda oluşturduğu sergiyi incelemelerini ve merak ettiklerini sormalarını söyler. Sergide Fikri ve Sanat Eserleri Kanunu'nun kabul edilme süreci anlatılmaktadır. İçerik olarak, kanunu kaleme alan alman profesör Ernst Hirsch'in ülkeye davet edilmesinden kanunun kabul edilmesine kadarki süreci anlatan bilgi notları ve gazete haberleri asılıdır. Ayrıca ülkemizin telif hakları savunucularından Halide Edip Adıvar'ın fotoğrafı da vardır. Katılımcılar sergiyi gezdikten ve sergiyle ilgili sorular sorduktan sonra, sergiye ortak bir isim verilir.

B- Canlandırma Aşaması

Etkinlik 6- (Özel Mülkiyet): Eğitimci katılımcıları iki eşit gruba ayırır. Bir grup, Prof. Dr. Ernst Hirsch'in Türkiye'ye yerleştiği ilk günü, onun odasındaki eşyalar olarak canlandırır. İkinci grup ise, Fikri ve Sınai Haklar Kanunu'nun mecliste kabul edildiği ilk günü, yine Prof. Dr. Ernst Hirsch'in odasındaki eşyaların dilinden canlandırır.

Etkinlik 7- (Kanun ne diyor?): Katılımcılar dört gruba ayrılır. Gruplara Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nu dağıtılır. Her gruba, farklı olaylar verilir. Gruplar öncelikle o durumla ilgili kanun maddesini tespit etmeli, canlandırmalarında bundan yararlanmalıdır. Araştırma için gruplara 15 dakika verilir. Canlandırmaların sonunda, kanun maddeleri ve canlandırmalar üzerine konuşulur. Dramatik durumlar aşağıdaki şekildedir.

1) İşleme Eser Sahipliği: Şarkı sözü yazarı (A), sözlerinden birini arkadaşı (B) ile paylaşmıştır. (B) ondan habersiz olarak ünlü şarkıcı (C) ile görüşmüş ve sözleri ona vermiştir. (C)'nin bestelediği ve seslendirdiği bu sözler, kısa sürede popüler hale gelmiştir.

2) Eserin Aslını Yok Etmeme Hakkı: Taş sanatçısı (A), ücret karşılığında (B) ile anlaşmış ve (B)'nin evinin cephesine mozaikler kullanarak bir eser işlemiştir. Bir süre sonra müteahhit (M), bina sahibinin de izniyle binayı yıkmak ister. Ancak (A), yıkımdan önce bu mozaiklerin sökülmesini ve eserinin korunmasını ister. Müteahhit bu işin inşaatı geciktireceğini düşünür. Bina maliki, mülkiyetindeki esere dilediğini yapabileceği görüşündedir.

3) Eğitim İstisnası: Edebiyat öğretmeni (A), derslerinde "kafiye" konusunu işlemek için, şair (B)'ye ait kitabının bazı kısımlarını fotokopi çektirmiş ve öğrencilerine dağıtmıştır. Durumu öğrenen (B) ve kitabın yayınevi sahibi (C), (A)'yı korsan yayıncılıkla suçlar.

4) Birlikte Eser Sahipliği ve Önemsiz Katkıları: Akademisyen (A) ve (B), bir konu üzerinde uzun süre birlikte çalışmış ve ortak makale yazmışlardır. (A) makalenin yayımlanması için dergilere başvuru yapar. Ancak (B), makaleyi kendi merakı için yazdığını belirtmekte,

konuyu başkalarıyla paylaşmak istememektedir. (A) ve (B)'nin asistanı (C) ise, makaleyi bilgisayara kendisinin geçirdiğini, onun da yazar olması gerektiğini savunmaktadır.

C- Değerlendirme Aşaması

Etkinlik 8- Dört ayrı gruba, “Telif Hakkı” kelimelerine uygun akrostiş şiir yazmaları söylenir. Şiir, FSEK’te koruma altına alınan eser türlerinden en az birini içermelidir.

Etkinlik 9- Katılımcılara üzerinde “Bildiğim bir şey”, “Merak ettiğim iki şey”, “Öğrendiğim üç şey” sorularının yazıldığı değerlendirme formu dağıtılır.

*

APPLICABILITY OF DRAMA METHOD IN LEGAL EDUCATION - EXAMPLE OF A COMMERCIAL LAW LESSON

ABSTRACT

The method called “creative drama” or simply “drama” in educational sciences is a field of art education that aims to enable participants to learn an event or concept together with a group by using role-playing and improvisation techniques. In drama, unlike theater, participants do not have to be professional actors and there is no audience⁶.

As a rule, workshops (lessons) using the drama method consist of three phases: “preparation”, “animation” and “evaluation-discussion”. In the preparation phase, the trainer plays cognitive or physical games in order to warm up the participants to the topic of the lesson and to arouse their curiosity. In the animation phase, the participants act out the legal dispute (conflict, dramatic situation) related to the topic. To start the animation phase, an opening sentence can be chosen, or a work of art, such as a cartoon, can be used to create an impression on the participants. Many teaching methods and techniques, such as flashcards, expert mantle, flash-back, interview, frozen image, etc. can be applied here. Drama workshops end with an evaluation phase. In this phase, feedback is received to evaluate whether the intended outcome has been achieved or not. In particular, techniques such as first and final test, collective drawing or verbal feedback seem to be suitable for the evaluation phase in legal education.

However, it is observed that in the field of law -most of the time only- “narrative technique” is used. We believe that the drama method, which has proven its effectiveness in educational sciences⁷, can be used also in the field of law (both in the education of lawyers and citizens)⁸. In legal education, especially rights and lawsuits clearly contain the element of

⁶ On the definition and basic features of creative drama, see. Adıgüzel, Ömer: Eğitimde Yaratıcı Drama, 7th Edition, Pegem Publications, Ankara 2015, p. 40 et seq.

⁷ For studies on the application of the drama method in different fields, for now, we point to the numerous research articles in the Journal of Creative Drama, a peer-reviewed journal. See <https://www.yader.org>.

⁸ As a matter of fact, the following evaluations of the participants in the previous workshop that we conducted on “the right to a fair trial” are noteworthy: “*It was a pleasure to see difficult areas or areas that we consider distant to ourselves being handled with drama. It was informative at the same time.*”, “*I am glad that I participated in the*

conflict that should be included in a dramatic situation. In fact, law is one of the first fields in history where “role-playing” manifests itself, as it includes roles such as judges, prosecutors and lawyers⁹. As in law, formal features of children's games used in drama include rules, order and sanction¹⁰. In this respect, teaching law through games and improvisations, and having the parties act out the violations of rights by putting themselves in the shoes of these people will serve to achieve the targeted gains.

Within the framework of these explanations, we are of the opinion that the application of drama method in the field of law is important¹¹. However, two obstacles can be mentioned in the application of the drama method in universities. First, this method can be applied by academicians who have the qualifications of drama instructors. The second obstacle is that the lessons using this method can be conducted with 10 to 20 participants. Only in law faculties with fewer students or in elective courses, this method can be utilized.

As for the application of the drama method in commercial law, drama workshops can be held on the subjects of “obligation to act as a prudent merchant”, “agent and agent's right of compensation”, “mediation as a condition of litigation”, “unfair competition”, “trademark right”, “intellectual and artistic rights” in commercial enterprise law; “articles of associations of joint stock companies”, “termination of the company for just cause” in corporate law; “defenses”, “issuance of negotiable instruments” and “dishonored check” in negotiable instruments law. These topics are suitable for dramatization due to the conflicts they involved (e.g. between the debtor and the beneficiary in negotiable instruments or between the trademark owner and the offender in case of trademark infringement). In the evaluation phases, for example, students can design a trademark or prepare a promissory note in accordance with the law. As a concrete example, we will share an example of a lesson on “intellectual and artistic rights” when presenting our paper.

Keywords: Creative drama, law, legal education, commercial law, intellectual and artistic rights.

workshop of a field that I thought was far from drama. I am glad that there are caricatures and poems in it”, “I was prejudiced because the subject was law, I wish I was not prejudiced. I had fun and learned”, “I wish we could see law lessons like this”, “I wish it was aslo about other rights...”, “Creative drama can appeal to every field”, “I realized that law lessons can be learned more easily with creative drama method”.

⁹ On the relationship between law, play and role-playing, see Juinziga, Johan: Humo Ludens, (Trans. to Turkish, Mehmet Ali Kılıçbey), 5th Edition, Ayrıntı Publications, İstanbul 2015, p. 106 et seq.

¹⁰ On the similarity between the formal features of the play and especially the procedural law, see Kayhan Fahrettin: Creative Drama in Legal Education and Practice, Journal of Creative Drama 2006, C. 1, S. 2, p. 47 et seq.

¹¹ Indeed, this method, which is largely ignored in law faculties, was applied to lawyers in a 2008 project conducted by the Ankara Bar Association in partnership with the Çağdaş Drama Derneği. Among the outputs of this project, it is suggested that “... basic creative drama trainings should be initiated in law faculties as soon as possible for the training of judges, prosecutors and lawyers” and “the training programs of law faculties, bar associations, internship centers and the Justice Academy should be enriched with creative drama workshops” in relation to the positive relationship between law and drama. See Acar, Ayşen Merih: Yaratıcı Drama Yöntemiyle Avukatların Duruşmalarda İletişim Becerileri ve İletişim Engelleri Konusundaki Farkındalıklarının Geliştirilmesi, Ankara Bar Association Publications, Ankara 2009.

TİCARİ İŞLETME REHNİNDE KİRA ALACAĞININ REHNİN KAPSAMI AÇISINDAN İNCELENMESİ

Ar. Gör. Dr. Nurdan BALKAN

Marmara Üniversitesi İşletme Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0001-5518-6656, nurdan.gurgen@marmara.edu.tr

ÖZET

Ticari işletme rehninde rehnin kapsamına ilişkin madde Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu (TİTRK) m.5/2'dir. Buna göre, ticari işletme üzerinde rehin kurulması hâlinde, rehnin kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlık rehnedilmiş sayılacaktır. TİTRK m.7/1'de ise rehnin kapsamı kenar başlığı altında özel bir hüküm yer alır. İlgili hüküm uyarınca *“taşınır varlığın, gelecekteki her türlü faiz, sigorta gibi hukuki getirileri ile doğal ürün ve ikamesi mallar, taşınır varlık ile birlikte doğrudan rehnin kapsamına girer”*. Ticari işletme de TİTRK uyarınca taşınır varlık olarak kabul edildiğinden rehin hakkının kapsamına ilişkin ilgili maddenin de incelenmesi gereklidir. Ancak ilgili hükümde doğrudan ticari işletme malvarlığı unsurları arasında bulunan taşınmaz ve taşınır mallardan elden edilen kira alacağının rehnin kapsamında sayılacağı düzenlenmemiştir. Bunlara ek olarak ticari işletmenin kendisinin kiralanması durumunda da kira alacağı elde edilebilir. Bu hallerde kira alacaklarının rehnin kapsamında sayılıp sayılmayacağı belirsizdir.

TİTRK m.7/1'de taşınır varlığa ilişkin kira alacağının da doğrudan rehnin kapsamına dahil olacağı açıkça düzenlenmemiştir ve ilgili maddede hukuk literatüründe yaygın olarak kullanılan temel kavramlar farklı olarak ifade edilmiştir. Bu nedenle de kira alacağının kendiliğinden rehnin kapsamında sayılıp sayılmayacağının özellikli olarak incelenmesi gereklidir.

Ticari İşletme Rehni Kanunu (mülga TİRK) döneminde ise ticari işletme rehninin işletmenin alacaklarını, kira gelirlerini kapsamadığı kabul edilmekteydi. Bunun gerekçesi ise ticari işletme rehninde, taşınmaz ve taşınır rehninde olduğu gibi rehnin, eklentileri, bütünleyici parçaları, semereleri kapsayacağına ilişkin açık hüküm bulunmamasıdır. Oysa TİTRK m.6'da taşınır varlığın üzerindeki rehin hakkının, o varlığın bütünleyici parçasını da kapsayacağı, tarafların, taşınır varlığın mevcut veya sonradan ilave edilen eklentilerinin rehin kapsamına alınmasını ise ayrıca kararlaştırabilecekleri düzenlenmiştir. TİTRK m.7 hükmünde ise hukuki getiri, doğal ürün ve ikame malların doğrudan rehnin kapsamında sayılacağı düzenlenmiş olmakla birlikte kira alacağı açıkça sayılmamıştır. Ancak kira alacağı medeni hukuk literatüründe bir hukuki üründür. Hukuki ürün, bir eşyadan ya da bir alacaktan borçlandırıcı işlem aracılığı ile dönemsel olarak elde edilen edimlerdir. Bu edimler işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olabilir ve işletme malvarlığı değerleri arasında önemli bir yer tutabilir.

Kanaatimizce, TİTRK gereğince ticari işletmenin rehne konu olması durumunda, ticari işletmenin malvarlığı unsurları arasında yer alan taşınır varlıklara ilişkin kira alacağının rehnin kapsamında sayılacağı kabul edilecektir. Buna izin veren düzenleme TİTRK m.7/1'dir. Oysa TMK hükümleri gereği taşınır rehni tesis edildiğinde kira alacağının rehnin kapsamına dahil olacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı için bu değerler kendiliğinden rehnin kapsamında kabul edilmezler.

Ticari işletmenin malvarlığı unsurları arasında bir taşınmaz bulunması durumunda ise taşınmaz kira alacağının rehnin kapsamında sayılıp sayılmayacağı ise belirsizdir. Zira ticari işletme rehninin, -doktrinde farklı görüşler bulunmakla birlikte- taşınmazları kapsamayacağı hakim görüştür. Bu durumda, rehnin kapsamında sayılmayan taşınmaza ilişkin kira alacağının ticari işletme rehninde kapsam dahilinde olup olmayacağı ise özellikle tartışmaya değer bir konudur. Bu konu hakkında yol gösterici hüküm TİTRK m.5/1'dir. Zira ilgili hüküm gereğince kira gelirleri müstakil olarak rehne konu olabilir ve kanaatimizce kira alacağı ticari işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş bir değer olarak rehnin kapsamında sayılmaya uygundur. Zira bu sayede rehin veren finansman kaynaklarını genişletmiş olacaktır. TMK m.863 gereği ise taşınmaz rehninde kira bedelleri rehinle yüklenmiş sayılır.

Ticari işletme malvarlığı unsurlarından taşınmaz ve taşınır kira gelirlerinin kendiliğinden rehnin kapsamında sayılması gerektiğine ilişkin görüşümüzü paylaştıktan sonra ticari işletme rehninde rehnin kapsamına dahil edilecek kira bedellerinin ne zamandan itibaren rehin hakkının kapsamına dahil olacağına ilişkin kanuni bir belirleme mevcut olup olmadığını da eklemek isteriz. Ancak unutulmamalıdır ki taraflar rehin sözleşmesinde bu konuda farklı bir düzenleme yapabilirler. Tarafların bir düzenleme yapmamış olmaları halinde TMK.m.863/1'deki sınırlamaya uyulmasının gerekli olup olmadığı tartışılabilir. TMK m. 863/1'de "*Kiraya verilmiş taşınmaz üzerindeki rehnin kapsamına, borçluya karşı rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başlanmasından veya borçlunun iflâsının ilânından başlayarak rehnin paraya çevrilmesi anına kadar işleyen kira bedelleri de girer*" hükmüne yer verilmiştir. Görüleceği üzere taşınmaz rehninde güvence kapsamına giren kira bedelleri, elde edildiği zaman açısından sınırlandırılmıştır. TİTRK m.18 gereği TİTRK'de hüküm bulunmayan hallerde TMK'nın taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı için ilgili hüküm ticari işletmenin malvarlığı unsurları arasında taşınmaz bulunması ve bu taşınmazdan kira geliri elde edilmesi halinde uygulama kabiliyetini haiz olacaktır.

Ticari işletmenin bünyesindeki taşınır varlıkların kira getirisinin ne zamandan itibaren rehnin kapsamında sayılacağı konusunda ise başvurulacak bir hüküm ise TMK'da da mevcut değildir. Her ne kadar TİTRK m.18 hükmünün atfıyla taşınmaz rehnine ilişkin kuralların uygulanabileceği düşünülebilirse de kanaatimizce taşınır varlığın kira getirisi açısından TİTRK m.7/1 hükmü özel hüküm olarak uygulama alanı bulacaktır ve TMK.m.863'teki şartlara bağlı olmaksızın kira alacağı rehin hakkının kapsamında kabul edilecektir. Bu durumda da tarafların rehin sözleşmesinde farklı bir düzenleme yapmaları mümkündür.

Bir bütün olarak aynı haklara konu olamayacak ticari işletmenin, borçlandırıcı işlemlere konu oluşturabileceği açıktır (TTK m.11/3). Son olarak ticari işletmenin kendisinin bir bütün

olarak kiraya verilmesi halinde kira gelirlerinin rehin hakkının kapsamında sayılıp sayılmayacağı incelenmelidir. Ticari işletmeyi konu alan işlemlerden biri olan ve sıklıkla uygulanan ticari işletme kirasına ilişkin mevzuatımızda herhangi bir hüküm sevk edilmemiştir. Ticari işletme kirası aslında konusu ticari işletme olan bir ürün kirasıdır. Türk Borçlar Kanunu (TBK)m. 357/1 uyarınca; “*Ürün kirası kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmedir*”. Kısacası ürün kirası sözleşmesinin konusunu ürün getiren taşınırlar, taşınmazlar, ürün getiren haklar ve ticari işletmeler oluşturur.

Ticari işletmenin kiraya verilmesi nedeniyle elde edilen kira alacağının ticari işletmenin rehnedilmesi halinde rehin hakkının kapsamında olup olmayacağını incelenmeden önce, ürün kirasına konu olan bir işletmeye ilişkin rehin sözleşmesi akdetme yetkisinin taraf açısından incelenmesi de gereklidir. TİTRK m.3 hükmünde rehin sözleşmesi tarafları sınırlı sayım ilkesi gereğince belirlenmiştir ve mülga TİTRK m.2’de olduğu gibi ticari işletme malikinin rehin sözleşmesinde taraf sıfatını haiz olduğu ifadesi ilgili hükümde yer almamaktadır. Bu nedenle de doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere ticari işletmesini ürün kirasına veren gerçek veya tüzel kişi malik artık tacir sıfatını taşımadığı için (zira TTK m.12 gereği tacir sıfatının kazanılması için ticari işletmenin kısmen de olsa kendi adına işletilmesi zorunludur) rehin sözleşmesine taraf olamayacaktır.

Ürün kirası sözleşmesi ile ticari işletmeyi işleten tacirin(kiracının) rehin veren olması ise mümkündür. Ancak kiracı kendisinin mülkiyetinde bulunan taşınır varlıkları ve kiracılık hakkını konu edinen bir rehin sözleşmesinde ancak rehin veren sıfatına sahip olabilir. Ticari işletmeyi bir bütün olarak kira sözleşmesine konu edemez.

Ticari işletmesini kiraya veren tacir, tacir sıfatını kaybedeceği için TİTRK gereğince rehin sözleşmesinde taraf sıfatına sahip olamayacaktır. Ticari işletme kirası sayesinde tacir sıfatını kazanan kiracı ise sadece kendisine ait varlıklar üzerinde rehin hakkı kurabileceği için ve ticari işletmede malik sıfatı bulunmadığı için ticari işletme kirası sözleşmesi akdedemeyecektir. Bu nedenle de ticari işletme kirası durumunda TİTRK kapsamında ticari işletme rehni tesisi mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte, işletmesini kiraya veren ve başka bir ticari işletme işletmesi nedeniyle tacir olan malik, işletmesini kiraya verdiği malik lehine ürün kirasına konu ticari işletme üzerinde üçüncü kişi sıfatıyla TİTRK kapsamında rehin kurabilir.

Şu ana kadar halihazırda ticari işletmenin malvarlığı unsurları arasında bulunan taşınmaz veya taşınır malların kiraya verilmesi ya da ticari işletmenin kendisinin kiraya verilmesinden sonra rehin hakkı tesisine ilişkin bir değerlendirmede bulunduk. Ancak rehin hakkı tesisinden sonra da ticari işletmeye konu malvarlığı unsurları kiraya verilebilir. Tacirin rehne konu malvarlığı değerleri üzerinde borçlandırıcı işlemde bulunması yasaklanmamıştır. Ancak bu ihtimalde kira alacağının rehlin kapsamına dahil sayılabilmesi için tarafların açık bir düzenleme yapmış olmalarının gerekli olduğunu belirtmek isteriz. Zira TİTRK m.5/2 gereği ticari işletme üzerinde rehin kurulması hâlinde, *rehnin kuruluşu anında* işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlık rehnedilmiş sayılacaktır. İlgili hükümde sadece kuruluş

anındaki varlıkların rehnin kapsamında sayılacağına ilişkin bir karine getirildiğinden ticari işletmeye dahil varlıkların veya ticari işletmenin bir bütün olarak kendisinin rehin işleminden sonra kiraya verilmesi ve bu işlemde bir kira geliri elde edilmesi durumunda ancak taraflar bu gelirlerin rehnin kapsamında sayılacağına açıkça kararlaştırmışsa bu varlıklar rehnin kapsamına dahil olabilir.

Anahtar kelimeler: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, ticari işletme rehni, kira alacağı.

*

EXAMINATION OF THE RENTAL RECEIVABLE IN COMMERCIAL ENTERPRISE PLEDGE IN TERMS OF THE SCOPE OF THE PLEDGE

ABSTRACT

During the period of the Law No 1447 on Pledge over a Commercial Enterprise, it was accepted that the commercial enterprise pledge did not cover the receivables and rental income of the business. While it is accepted that real estate mortgage covers rental receivables; rental receivables in movable mortgages are not automatically considered within the scope of the pledge.

Article 5/(2) of The Law Number 6750 regarding Pledge of Chattels in Commercial Transactions (Law No.6750) regulates the scope of the pledge in commercial enterprise. Accordingly, in case a pledge is established on a commercial enterprise, all assets allocated to the activities of the business at the time of the establishment of the pledge will be deemed to be pledged. Also the article 7/ (1) of the Law no.6750 regulates the scope of the pledge. According to the relevant provision, *"the legal proceeds of the movable asset, such as any future interest, insurance, as well as natural products and substitute goods, are directly within the scope of the pledge together with the movable asset"* .Since a commercial enterprise is considered a movable asset in accordance with Law no.6750, the relevant article regarding the scope of the pledge must also be examined. However, in the relevant provision, it is not regulated that the rent receivable obtained from immovable and movable properties, which are directly among the commercial enterprise assets, will be considered within the scope of the pledge. In addition, rental receivables can also be obtained if the commercial enterprise itself is rented. In these cases, it is unclear whether rent receivables will be considered within the scope of the pledge.

Keywords: The Law Number 6750 Regarding Pledge of Chattels in Commercial Transactions, pledge over a commercial enterprise, rental income/rent receivables.

KÜÇÜĞÜN KİŞİSEL VERİLERİNİN İŞLENMESİNE RIZASI: TÜRK VE AB HUKUKUNA KARŞILAŞTIRMALI BİR BAKIŞ

Ar. Gör. Dr. Buket GÜNAY

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-7123-3499, buket.gunay@yasar.edu.tr

ÖZET

Hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmaması halinde başkalarına zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı her davranış hukuka aykırıdır. Bu bağlamda zarar verici fiil, başkasının hukukça korunan varlığına müdahaleyi yasaklayan veya böyle bir müdahaleden kaçınmayı emreden bir hukuk normuyla çatıştığı zaman hukuka aykırılık gerçekleşmiş olur. Hukuka uygunluk sebebi, kişinin başkasına zarar verme yasağını ihlal eden davranışına izin veren hukuk normudur. Hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu yerde davranış baştan itibaren hukuka uygundur, hiçbir zaman hukuka aykırı olmaz. Zira hukuka uygunluk sebepleri çatışan hukuki menfaatlerin dengelenmesinin sonucudur. Hukuka uygunluk sebeplerinden biri bulunmadan gerçekleştirilen veri işleme, hukuka aykırı nitelik taşıyacaktır.

Kişisel verilerin işlenmesinde hukuka uygunluk sebeplerinden biri olan rıza kavramının ortaya çıkışı, kişisel verilerin korunmasının tartışılmasıyla eşzamanlıdır. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) m. 5'e göre açık rıza, kişinin belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirmeye dayalı ve özgür iradesiyle açıklanan rızasını ifade eder. Açık rıza ile kişi, kişisel verilerinin işlenmesine doğrudan ve aktif bir şekilde katılmış olur. Açık rıza ayrıca kişinin, kişisel verilerinin geleceğini tayin etme hakkına da hizmet eder.

KVKK düzenlenmesinde kanun koyucu, rıza ve açık rıza arasında bir ayrım gözetmiş ve her türlü kişisel verinin işlenmesini ve her türlü veri işleme faaliyetini ilgili kişinin açık rızasına bağlamıştır. Yani genel ya da özel nitelik taşıdığına bakılmaksızın tüm kişisel veriler bakımından KVKK'da kabul edilen hukuka uygunluk sebebi açık rızadır. KVKK'da hukuka uygunluk sebebi olarak açık rızanın yer almasının temeli, Anayasa m. 20/3'tür. Söz konusu hüküm gereği, kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Dolayısıyla anayasal düzenleme sebebiyle KVKK hükmünü kaleme alırken kanun koyucunun rıza ve açık rıza arasında bir tercih yapma imkânı bulunmamıştır. Buna karşılık, Avrupa Birliği'nin konu ile ilgili temel düzenlemesi olan Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) m. 7'de hukuka uygun sebebi olarak "rıza" düzenlenmiştir.

Rızanın gerek uluslararası düzenlemelerde gerek ulusal yasal düzenlememizde hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmesi, koruma rejiminin güçlenmesi bakımından etki sağlar. KVKK bakımından açık rıza, rızanın ispatlanması bakımından da kolaylık sağlar. Rıza

açıklanmasında kullanılan araçlar dışında başka bir unsuru dikkate almaya gerek olmadan, rıza açıklamasının bizatihi kendisinden ilgili kişinin veri işlemeye onay verdiğinin anlaşılması, belirsizliğin sebep olabileceği olası olumsuzlukları da ortadan kaldırır.

İçinde bulunduğumuz bilişim ve teknoloji çağı gündelik hayatı yaşayış ve algılayış biçimini etkilemiştir. Bu çağa gözlerini açan her bir birey, interneti, çeşitli bilişim teknolojilerini hayatın her alanında kullanmaktadır. Söz konusu çocuklar ve onların verileri olduğunda internet ve teknoloji çağında korunmaları özel önem taşır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 17'ye göre, çocuğun kitle iletişim araçları, internet ve diğer kaynaklardan bilgiye erişim hakkı bulunur. Dolayısıyla çocuklar medyayı kullanım hakkına sahiptirler. Medyayı kullanma hakkına sahip olan, bilişim ve teknoloji çağının içine doğarak şimdiye kadarki hiçbir neslin maruz kalmadığı kadar internet ve türlü bilişim teknolojilerine maruz kalan çocukların verileri ve korunmaları özel bir önem teşkil etmektedir.

Kişisel verilerin işlenmesinde hukuka uygunluk sebeplerinden biri olan ve diğer hukuka uygunluk sebeplerine göre neredeyse bir üstünlüğe sahipmişçesine yaygın bir uygulamaya sahip olan açık rızanın, küçüğün verileri söz konusu olduğunda kim tarafından ve ne şekilde verileceği önem taşımaktadır. Kişisel verilerin işlenmesine rıza verme ehliyeti, rıza beyanının taşıdığı anlam da göz önünde bulundurulduğunda üzerinde durulması gereken bir konudur. Rıza verme ehliyeti temel olarak, veri sahibinin kendisiyle ilgili kişisel verilerin toplanmasını ve işlenmesini anlamlandırabilmesini ve bu toplanma ile işlenmenin olası sonuçlarını algılayabilmesini ifade eder. Hukukumuzda küçüğün kişisel verilerinin işlenmesine rıza beyanında bulunmasını düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterme, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hukuki işlemdir. Bu noktadan hareket edilerek küçüğün kişisel verilerinin işlenmesine rıza verme ehliyetiyle ilgili bir değerlendirme yapılmaktadır. Konu, teorik bakımdan olduğu kadar pratikte de bir önem taşımaktadır. Zira gündelik hayatın içerisinde sıklıkla, mesela herhangi bir kuruma başvurulduğunda kişisel verilerin işlenmesine rıza verilmesi talep edilebilmektedir. Rızanın kim tarafından verileceği ve madalyonun diğer yüzü olarak, veri sorumlusu tarafından aydınlatma yükümlülüğünün kime karşı ve ne şekilde gerçekleştirileceği küçüğün verileri bakımından önem taşıyan ve üzerinde durulması gereken bir konudur. Uygulamada da taşıdığı önem sebebiyle, küçüğün dâhil olduğu ehliyet kategorisine göre konu, incelenmeye ve değerlendirilmeye ihtiyaç duymaktadır.

Sınırlı ehliyetsizlerin işlemeye rıza gösterip gösteremeyeceği hususunda açık bir düzenleme bulunmaması sebebiyle netlik bulunmaması da 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'dan yola çıkılarak bir değerlendirme yapılmaktadır. TMK m. 16/1'e göre sınırlı ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmak için yasal temsilcilerinin rızalarına ihtiyaçları bulunmamaktadır. Bu yüzden, sınırlı ehliyetsizler kişisel verilerinin işlenmesine tek başına rıza gösterebilirler.

Tam ehliyetsizlerin rıza beyanlarının geçerliliği ise tam ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili işlem yapıp yapamayacakları tartışması ile ilgilidir. Öğretide bir görüşe göre, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, mutlak şekilde kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ve nispi şekilde kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olarak ikiye ayrılmalı, sadece

nispi şekilde kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından rızanın yasal temsilci tarafından verilebileceği kabul edilmelidir. Diğer bir görüş ise tam ehliyetsizlerin çıkarı gerektirdiği takdirde yasal temsilcinin rıza beyanında bulunabilmesi mümkündür. Yani bu görüş gereği, kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesi açısından baştan bir belirleme yapılması yerine, her bir somut olayın özellikleri değerlendirilerek tam ehliyetsizin çıkarının gerektirmesi halinde onun adına yasal temsilcisi rıza beyanında bulunması uygun olacaktır. Fikrimizce de tam ehliyetsizin çıkarı gerektirdiği takdirde, her bir somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak yasal temsilcinin rıza beyanında bulunabilmesi uygun olacaktır. Zira hayat ilişkileri her geçen gün daha da değişmekte ve farklı yönlere şekillenmektedir. Küçüğün verilerinin işlenmesi söz konusu olduğunda rıza verilmesi gereken veri işleme faaliyetini önceden belirlemek ya da her tür veriye ve işleme faaliyetine doğrudan yasal temsilcinin rıza vermesini kabul etmek ya da yasal temsilcinin rıza vermesinin uygun olmayacağını belirtmek isabetli olmayacaktır. Bunun yerine, her bir olayı kendi şartları içerisinde, somut olayın tüm özellikleriyle değerlendirmek ve bir çözüme ulaşmak çok daha yerinde olacaktır.

Avrupa Birliği'nin kişisel verilerin korunması hukuku ile ilgili temel düzenlemesi olan GDPR'a bakıldığında küçüğün kişisel verilerinin işlenmesine rızasına ilişkin özel bir düzenleme getirildiği görülür. GDPR m. 8'e göre, bilgi toplumu hizmetlerinin sunulmasında on altı yaşını dolduran bir çocuk kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterebilir. Çocuk on altı yaşını doldurmamışsa rıza, ancak yasal temsilci tarafından veya onun onayıyla verilmesi mümkündür. Üye devletlere daha düşük bir yaş sınırı belirleme yetkisi verilmiştir; ama bu sınır on üç yaştan küçük olmamalıdır. Veri sorumlusu, mevcut teknik ve teknolojiyi göz önüne alarak rızanın yasal temsilci ya da onun yetki verdiği kişi tarafından verildiğini belirlemek için makul çabayı göstermelidir. Her bir çocuğun farklı veri türleriyle ilgili anlayış ve kavrayışının farklı olacağından bir yaş sınırı getirilmesinin yerindeliği üzerine tartışılmaktadır. Küçüğün kişisel verilerinin işlenmesine rızasının, açık bir düzenleme bulunmayan hukukumuz ile GDPR'daki düzenleme ışığında, konuyla ilgili tartışmalar göz önüne alınarak incelenmesi önem taşımaktadır.

Bilgi toplumunda çocukların korunması gerekliliği GDPR Resital 38'de ifade edilmiştir. Zira çocuklar, kişisel verilerinin işlenmesi ve bunun doğurabileceği sonuçlar konusunda daha az bilinç sahibi olabilirler. Bu noktada, doğrudan çocuklara bilgi toplumu hizmeti sunulması ile söz konusu hizmetin çocuğa sunulması ve söz konusu hizmet sebebiyle çocuğun verilerinin işlenmesi ifade edilmektedir. Hükmün temelinde on altı yaşına gelen kişilerin genellikle kararlarının anlam ve sonuçlarını kavrayabildiklerine ilişkin varsayım bulunur. Bununla birlikte öğretide, çocukların her birinin çeşitli veri gruplarının anlamını ve işlenmelerinin doğuracağı sonuçlarını algılamalarının farklı olduğu, bu yüzden katı yaş skalaları yapılmasının yerindeliğinin sorgulanmaya değer olduğu ifade edilmektedir.

Sonuç olarak öğretideki tüm bu tartışma ve görüşler göz önüne alındığında, küçüğün kişisel verilerinin işlenmesinde hukukumuz ve AB hukuku bakımından ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Konuyla ilgili açık hüküm getiren GDPR m. 8 gereği ilk bakışta, AB hukukunda küçüğün kişisel verilerinin işlenmesine rızası meselesinin sorunsuz bir şekilde

çözümüne kavuşturulduğu düşünülebilir. Buna karşılık her bir veri türü ve kişisel verileri işleme faaliyetinin anlam ve önemi değerlendirilmeden, yalnızca küçüğün belli bir yaşa gelmekle belirli bir olgunluğa erişeceği kabulünün yerindeliği haklı olarak tartışılmaktadır. Türk hukuku bakımından, temel ulusal düzenleme olan KVKK ya da diğer mevzuatta küçüğün kişisel verilerinin işlenmesine rızasına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. AB hukukunda olması gereken hukuk bakımından da tartışıldığı üzere, hukukumuz bakımından da isabetli çözüm çocuğun algılayış ve olgunluk düzeyine göre, her bir veri işleme faaliyeti ve her bir veri türü bakımından, somut olayın tüm özellikleri göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Kişisel veri, çocuk, rıza, hukuka uygunluk sebebi, GDPR.

*

CONSENT OF THE CHILD TO THE PROCESSING OF HIS/HER PERSONAL DATA: A COMPARATIVE OVERVIEW OF TURKISH AND EU LAW

ABSTRACT

The information and technology age we are in has affected the way we live and perceive daily life. Every individual who opens his/her eyes to this age uses the internet and various information technologies in all areas of life. When it comes to children and their data, their protection is of special importance in the age of internet and technology. According to Article 17 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, the child has the right to access information from mass media, the internet and other sources. Therefore, children have the right to use the media.

The emergence of the concept of consent as one of the grounds of lawfulness in the processing of personal data is concurrent with the discussion of the protection of personal data. With explicit consent, the person directly and actively participates in the processing of personal data. Explicit consent also serves the right to determine the future of personal data. Pursuant to the Law No. 6698 on the Protection of Personal Data, explicit consent, which is obtained through a declaration based on information and the product of the free will of the person, has a more frequent and widespread use compared to other reasons for compliance with the law.

The capacity to consent to the processing of personal data is an important issue considering the meaning of the declaration of consent. The capacity to give consent basically refers to the data subject's ability to make sense of the collection and processing of personal data concerning him/her and to perceive the possible consequences of such collection and processing. There is no explicit regulation on the subject in our law. Explicit consent to the processing of personal data is evaluated on the basis of the fact that it is a legal act strictly connected to the person. Due to its importance in practice, the issue needs to be examined and evaluated according to the category of capacity to which the minor belongs.

The GDPR, which is the main regulation of the European Union on the subject, introduces a special regulation on the processing of personal data of minors. According to Article 8 of the GDPR, a child over the age of sixteen may consent to the processing of his/her personal data for the provision of information society services. If the child has not attained the age of sixteen, consent may only be given by or with the consent of the legal representative. Member States are authorised to set a lower age limit, but it must not be less than thirteen years of age. The controller must use reasonable endeavours to establish that consent has been given by the legal representative or the person authorised by him or her, considering available techniques and technology. The appropriateness of introducing an age limit is debated, as each child's understanding and comprehension of different types of data will be different. The consent of the minor to the processing of personal data will be examined in the light of our law, which does not have a clear regulation, and the regulation in the GDPR, considering the discussions on the subject.

Keywords: Personal data, child, consent, reason of lawfulness, GDPR.

ÇOCUĞUN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASINDA KORUYUCU HUKUKİ ÖNLEMLER

Ar. Gör. Muhammed Harun KILIÇ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
ORCID: 0000-0002-0054-4564, mharunkilic@hotmail.com

ÖZET

Bu bildirinin temel amacı, hukuki korumaya ergin kişilere göre daha çok ihtiyaç duyan çocukların kişisel verilerinin korunmasında hukuki önlemlerin sunulmasıdır. Bunun için öncelikle çocukların kişisel verilerinin korunmasına duyulan ihtiyaç ortaya konulmalı, daha sonra mehz Avrupa Birliği (AB) kişisel verilerin korunması mevzuatı ile karşılaştırmalı olarak Türk hukukunda mevcut durum tespit edilmeli ve son olarak bu kapsamda alınacak hukuki önlemler ileri sürülmelidir. Sunulan bildirinin planı da bu sıralamaya paralel şekilde düzenlenmiştir.

Kıta Avrupası'nda artık neredeyse üzerinde görüş birliği olan düşünceye göre kişisel verilerin korunması hakkı, bir kişilik hakkıdır. Son yıllarda hızla gelişen teknoloji ile kişisel veri işlemenin farklı bir sektör hâline geldiği günümüzde bir yandan kişinin mahrem kalması oldukça zorlaşırken diğer yandan da mahremiyet kavramı önem kazanmıştır. Bir mutlak hak olan kişisel verilerin korunması hakkı, hak süjesi çocuklar olduğunda daha özenli olarak korunmayı hak etmektedir. Çocuğun üstün yararı ilkesi uyarınca çocuğun mahrem bilgilerinin hukuka aykırı olarak işlenmesine karşı yasama, yürütme ve yargı organları ile veli ve vasileri tarafından daha sıkı önlemler alınması gerekir. Özellikle teknolojinin gelişmesiyle internetin yaygınlaşması ve çocukların internetle doğar doğmaz tanışması bu konuya özel önem verilmesini zorunlu kılmaktadır. Nitekim çocuklar, başta oyun oynama, video izleme ve ödev yapma olmak üzere çeşitli sebeplerle interneti gündelik hayatlarında sıklıkla kullanmaktadır¹. Bununla birlikte, günümüzde internet kullanıcılarının üçte birini çocuklar oluşturmaktadır².

Çocukların kişisel verilerinin korunmasına duyulan ihtiyaç, kamu menfaati açısından değerlendirildiğinde daha yüksektir. Çocukların kişisel verilerinin korunmasına duyulan ihtiyacın diğerlerine göre yüksek olmasının bir nedeni, kişisel veri işleme hacmi oldukça yüksek olan teknolojik cihazların kullanımında çocukların ergin kişilere göre yeterince bilinçli olmamalarıdır. Dahası, bazı çocukların ayırt etme gücü de bulunmamaktadır. Tam ehliyetsiz bu

¹ TÜİK: Çocuklarda Bilişim Teknolojileri Kullanım Araştırması, 2021 (<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Cocuklarda-Bilisim-Teknolojileri-Kullanim-Arastirmasi-2021-41132>, E.T. 12.06.2023).

² UNICEF: Dünya Çocuklarının Durumu 2017 – Dijital Bir Dünyada Çocuklar, New York 2017, s. 3 (<https://www.unicef.org/turkiye/media/4291/file/D%C3%BCnya%20%C3%87ocuklar%C4%B1n%C4%B1n%20Durumu%202017:%20Dijital%20bir%20D%C3%BCnyada%20%C3%87ocuklar.pdf>, E.T. 06.06.2023).

kişilerin verilerinin korunması konusunda da olağan tedbirlere ek önlemler alınmalıdır. Yine ayırt etme gücü olsa da ergin olmadığı için sınırlı ehliyetsiz kişilerin de veri korunmasında pozitif ayrımcılığa ihtiyaçları vardır. Çocuğun zarar görme ihtimalinin daha yüksek olması ve ortaya çıkacak potansiyel zararın çocuk açısından daha yüksek olması, çocuğun kişisel verilerinin korunmasında koruyucu ek önlemlerin gerekliliğini göstermektedir.

Çocuğun korunması açısından kişisel verilerine de özel önem verilmesi gerekliliğinin karşısında, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) başta olmak üzere Türk kişisel verilerin korunması mevzuatında, çocuğun kişisel verilerinin korunmasına ilişkin özel düzenleme yer almamaktadır. Buna karşılık, AB hukukunda çocuklara ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır. Bundan başka, Türk Kişisel Verileri Koruma Kurumu (Kurum) tarafından çocukların kişisel verilerinin korunmasına ilişkin yayımlanan broşürler ve bilgilendirici video kayıtları bulunmaktadır. AB’de ise 29. Madde Çalışma Grubu’nun yayımladığı görüşler mevcuttur.

AB kişisel verilerin korunması hukukunun en temel düzenlemesi olan Genel Veri Koruma Tüzüğü (GVKT), çocuğun kişisel verilerinin korunmasına özel önem vermiştir. GVKT gerekçelerinde çocuğun kişisel verilerinin özel korumayı gerektirdiği ve bunun sebepleri açıklanmıştır. Kişisel veri işlemenin hukukiliğine ilişkin GVKT m. 6/1/f hükmünde çocuk vurgusu yapılmış, ayrıca m. 8 hükmünde çocuğun rızasına ilişkin özel bir hüküm getirilmiştir. Bu hükme göre on altı yaşından küçük çocuklar, kişisel veri işlenmesinde tek başına rıza veremezler. Bunun yerine, çocuklar üzerinde velayet hakkı sahiplerinin rıza vermeleri gerekir. Yine Gerekeçe 58’de belirtildiği gibi m. 12’de çocuğa yönelik veri işleme faaliyetlerinde açık ve sade dil kullanılması gerektiği belirtilmiştir. “Davranış kuralları” başlıklı m. 40 hükmünde de çocuklara sağlanan bilgiler ile çocukların korunması ve velayet hakkı sahiplerinin rızalarının alınma şekline ilişkin birliklerin davranış kuralları belirleme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Son olarak üye devletlerin denetim makamlarının kendi bölgelerindeki görevlerini düzenleyen m. 57/1/b hükmü uyarınca, çocuklara yönelik faaliyetlere özel önem verilmesi gerekmektedir.

Çocuğun kişisel verileri, GVKT’de hem gerekçe hem de ilgili hükümlerde yer bulmasına rağmen KVKK’da hiçbir düzenleme yoktur. GVKT’de özellikle çocuğun rızasına ilişkin özel hüküm getirilmiştir. KVKK’da hüküm bulunmadığı için çocuğun rızası meselesi, genel düzenlemelere göre çözülecektir. Bu durumda ayırt etme gücü olmayan çocuğun rızası geçerli olmayacak, sınırlı ehliyetsiz kategorisinde olan çocuk ise kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkını kullandığı için onun rızası geçerli sayılacaktır. Bundan başka, diğer önlemler de ancak Çocuk Koruma Kanunu’nda (ÇKK) yer alan çocuğun üstün yararı ilkesi uyarınca idari makamların alacağı kararlar ile mümkün olabilir.

AB hukukunda 29. Madde Çalışma Grubu’nun metinleri de çocuğun kişisel verilerine dikkat çekmekte ve uygulamacılara yol göstermektedir. Türkiye’de ise Kurum; çocuklara, yetişkinlere ve ürün ve hizmet geliştirenlere yönelik bilgilendirici broşürler yayımlamıştır. Bu broşürlerin anlaşılabilirliği açısından kısa, sade ve net bir dille kaleme alınmış olması yerinde olmuştur. Buna karşılık, uygulamacılara yönelik uzun metinlerin de yayımlanması faydalı olacaktır. Bundan başka, çocuklar ve yetişkinlere veri ihlali durumunda başvuracakları idari ve

hukuki yollara yönelik içeriklere de yer verilmesi olası veri ihlallerine karşı bilinçlenmeye ve bu ihlallerin daha kısa sürelerde giderilmesine katkı sağlayacaktır. Bununla birlikte çocuğun kişisel verilerinin korunmasına yönelik yasal düzenlemelerin yapılması ve veri sorumlularına ek yaptırımlar yükletilmesi, korumasız konumda olan çocuklara ek koruma sağlamak açısından yerinde olacaktır. Yine de çocukların kişisel verilerini korumak açısından alınması gereken önlemler, ilk olarak yasal düzenlemelerde yer bulmalıdır. Zira yalnızca bilgilendirici broşürler, bağlayıcılıkları olmaması sebebiyle yeterli olmamaktadır. Korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında çocuğun üstün yararının esas alınmasına ilişkin ÇKK genel düzenlemesi bu konuda yeterli olmayıp, daha özel ve somut düzenlemeler ve özel yaptırımların öngörülmesi yerinde olacaktır.

Çocuğun kişisel verilerinin işlenmesinde açık rızanın kim tarafından verildiği önemlidir³. Dolayısıyla öncelikle açık rıza konusunda GVKT ile paralel şekilde bir düzenleme getirilebilir. Bu konuda GVKT m. 8’de yer aldığı üzere açık rızanın hangi durumlarda çocuk tarafından ya da velayet hakkına sahip kişilerce verileceği, bir yaş sınırlaması ve veri sorumlusunun açık rızanın kim tarafından verildiğini kontrol etme yükümlülüğü yer alabilir. Bu konuda her somut olayda çocuğun ayırt etme gücünün tespit edilmesi oldukça zor olacağından, GVKT’ye paralel olarak net bir yaş sınırı getirilmesi yerinde olacaktır. Yine GVKT m. 12 hükmüne paralel şekilde veri sorumlusuna çocuklara ilişkin ek yükümlülükler getirilmesi yerinde olacaktır. Ayrıca çocukların kişisel veri ihlaline uğraması durumunda veri sorumlusuna daha ağır idari yaptırımların öngörülmesi de bu konuda veri sorumlularının daha dikkatli olmaları açısından faydalı olacaktır.

Yasal düzenlemelerin yanında, çocukların internet kullanımında mahremiyeti esas alacak teknik tedbirlere de yer verilmelidir. İdare ve veri sorumlularınca teknik tedbirlerin alınması ve bu tedbirlerin yaygınlaştırılması çocuğun kişisel verilerinin korunmasını sağlamaya yönelik alınabilecek önemli ve yararlı bir önlemdir. Özellikle yer sağlayıcıların, çocuk kullanıcıları tespit etmesi, çocuklara özel ara yüz oluşturmaları, açık rıza alınmasında ve veri işlenmesinde çocuklara karşı daha titiz olması bu konuda fayda sağlayacaktır. Çocukların kullanacakları cihazlarda, kullanıcının çocuk olduğunun tespiti için çocuk VPN servisi kullanılması, bu konuda önlem alınması adına yer sağlayıcıları açısından yararlı olacaktır. Yer sağlayıcıların bu konuda tedbirleri almaları için ise emredici nitelikte yasal düzenlemeler getirilmesi ve caydırıcı idari para cezalarının öngörülmesi gerekmektedir. Nitekim yer sağlayıcılar için fazladan külfet doğuracak bu yönde uygulamaların re’sen yerine getirileceği düşünülemez.

Bundan başka, Google Kids Space, Youtube Kids, Netflix Çocuk Erişimi, JusTalk Kids – Safe Messenger gibi uygulamaların sayısı artırılarak çocukların mahremiyetine karşı daha titiz olmaları sağlanabilir. Son olarak, aile ve çocuk DNS servisleri kullanılarak çocukların kimlik avcısı internet sitelerine erişimleri sınırlandırılabilir. Bu konuda hem yasal düzenlemeler

³ Özcan Büyüktanır, Burcu G.: Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması, Ankara 2019, s. 154.

getirilerek yer sağlayıcılarının denetiminin yapılması hem de devlet teşviklerinin öngörülmesi ilgili teknik tedbirlerin alınması ve uygulanmasında fayda sağlayacaktır.

Son olarak, mevcut broşür ve bilgilendirici videoların sayısının artması ve içeriklerinin zenginleştirilmesi bu konuda alınması gereken bir başka önlemdir. Halihazırda çocuk, yetişkin ve ürün ve hizmet sağlayanlara yönelik kısa, açık ve sade dille yazılan ve görselliğe dayanan bilgilendirici broşürlerin yanında uygulamacılara yönelik uzun ve detaylı metinlerin hazırlanması da faydalı olacaktır. Bununla birlikte, bu broşürlerde kişisel veri ihlalinin meydana gelmemesi için yapılması gerekenler yanında ihlal meydana geldiğinde başvurulacak idari ve hukuki yollara da değinilmelidir. Bu şekilde, veri süjesi olan çocuklar ile veli ve vasileri bilinçlendirilerek veri ihlali meydana geldiğinde bu kişilerin veri ihlalinin bir an önce ortadan kaldırılması ve zarar doğduysa bu zararın tazmini için derhal harekete geçmesi sağlanmış olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kişisel verilerin korunması, çocuğun üstün yararı, çocuğun korunması, açık rıza, çocuğun kişilik hakkı.

*

PROTECTIVE LEGAL MEASURES IN CHILD'S PERSONAL DATA PROTECTION

ABSTRACT

Nowadays, where personal data processing has become a different sector with the rapidly advancing technology in recent years, on the one hand, it has become very difficult for a person to remain private, and on the other hand, the concept of privacy has become more of an issue. The right to protection of personal data, which is a personality right, deserves to be protected more attentively when the subject of the right is children. Especially the widespread use of the technology and the fact that children are introduced to the internet as soon as they are born necessitates special attention to this issue. When the best interest of the child and the public interest in its protection are considered, the need to protect the child's personal data is also higher.

The fact that children are not as conscious as adults when using technological devices, and many of them do not even have the capacity of judgement, requires special attention to the protection of their personal data. For instance, if explicit consent, which is a condition for personal data processing, is given alone by a child who does not have the capacity of judgement, this consent will not be valid and personal data processing activity will be unlawful.

Despite the need to give particular importance to the child's data protection, there is no special regulation regarding the protection of the child's personal data in the Turkish law, especially the PDPL. On the other hand, there are special provisions regarding children in EU law. Turkish personal data protection law should be made suitable for the effective protection

of children, just like EU law. Although the issues to be taken into consideration regarding the protection of the child's personal data are included in the brochures published by the Personal Data Protection Authority, it may be concluded that the content of these brochures might be enriched in terms of content when compared to the opinions of the Article 29 Working Group. In addition, technical measures must be taken, and the duty should not be left entirely to hosting providers; but legal regulations and effective supervision should be provided to ensure that they take the necessary measures.

Keywords: Protection of personal data, best interest of the child, protection of the child, explicit consent, child's personality right.

DONDURULMUŞ SPERM VE BABANIN ÖLÜMÜ SONRASI DÖLLENEN EMBRİYONUN MİRASÇILIĞI

Arş Gör. Abdullah Emre KAYAALP

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0009-0005-5363-9654, abduallahemrek@gmail.com

ÖZET

Miras hakkı insanlığın doğuşundan bu güne büyük ölçüde soybağı ile kuvvetli bağı olan bir kavramdır. Mirasçılık sıfatı atanmış mirasçılar haricinde genellikle mirasbırakanın hısımlı olmaktan kaynaklanan bir sıfattır. Bundan ötürü soybağı ilişkisinin doğru bir şekilde kurulması miras hakkının ihlal edilmemesi için önem arz etmektedir.

Tıbbın ilerlemesi ve insanların çocuk sahibi olmak için yeni tıbbi yöntemleri kullanmaları soybağı ve dolayısıyla miras hakkı ile ilgili farklı problemleri beraberinde getirmiştir. Özellikle dondurulmuş sperm yöntemi bu noktada ayrıca incelenmeye değer bir husustur. Erkek üreme hücresi sahibinin ölümünden bir süre sonra doğan çocuğun soybağının kime bağlanacağı problemi, soybağı ilişkisinin doğal sonucu olan mirasçılık sıfatının da kazanılması noktasında problem oluşturmaktadır. Üstelik soybağı ilişkisinin sonradan kurulması çocuk açısından sıkıntı doğurmasa da sperm sahibinin ölümünden sonra mirasın paylaşılması söz konusu olduğu için mirasçılık sıfatının kazanılması geriye dönük bazı problemler doğurmaktadır.

Kocanın sperminin dondurulduğu hâllerde kocanın spermler alındıktan sonra ölmesi ve kocasının ölümünden sonra kadına bu spermlerin enjekte edilip hamile kalmasının sağlanması mümkündür. ÜYTE Yönetmeliği m. 20 f. 5 hükmü gereğince ülkemizde yasaklanan bu uygulamanın kanun dışı yollarla gerçekleşmesi belli soru işaretlerini beraberinde getirmektedir. Çözülmesi gereken sorunların ilki erkeğin ölümünün ardından spermin kullanılmasını kimin veya kimlerin talep edebileceğidir. Bu konuda evvela ölen erkeğin eşinin, sonra erkekle evlilik dışı birliktelik yaşayan kadının ve nihayet ölen erkeğin sağlığında verdiği izne dayanarak üçüncü bir kişinin spermin kullanılmasını isteyebileceği kabul edilmektedir. Ayrıca ölen erkek spermin kendisinin ölümünden sonra kullanılması yönündeki isteğini sağlığında bildirebilir veya bu yönde vasiyetname hazırlayabilir. Çocuğun babasının ölümünden sonra dünyaya gelmesi soybağının nasıl kurulacağı konusunda doktrinde çeşitli görüşlerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir. Belirtilmelidir ki soybağı ilişkisinin en doğal sonuçlarından birisi olan mirasçılık sıfatının kazanılması bu görüşlerin hangisinin kabul edildiği ile doğrudan alakalıdır.

Çocuğun babalık karinesinden yararlanabilmesi ve mirasçı sıfatını kazanabilmesi için üç yüz günlük sürenin başlamasında esas olarak kabul edilen olayın ne olacağı yeni fikir ayrılıklarını beraberinde getirmektedir. Zira doğal dölleme hâlinde bu süre cinsel ilişkinin ve çocuğun ana rahmine düşmesinin gerçekleştiği tarihi tespit etmek için öngörülmektedir. Yapay

döllenmede ise döllenmenin gerçekleştiği tarihle embriyonun ana rahmine yerleştirildiği tarih farklı olabilmektedir. Dolayısıyla çocuğun evlilik içinde doğmuş sayılması için kocanın sağlığında sadece döllenmenin mi yoksa her iki olayın mı gerçekleşmesinin aranacağı doktrinde tartışılmaktadır.

Dondurulmuş embriyonun ana rahmine babanın ölümünden sonra implante edilmesi halinde doğacak çocuğun mirasçı olamayacağını savunan görüşe göre yapay döllenmenin babanın sağlığında gerçekleştiği fakat embriyonun ana rahmine babanın ölümünden sonra yerleştirildiği hâllerde doğacak çocuğun mirasçılık sıfatını kazanamayacağı ifade edilmektedir. Zira burada belirleyici olan döllenme değil ana rahmine düşmedir. Ceninin tam ve sağ doğmasıyla birlikte kişilik başlar ve cenin hak ehliyetini de tam ve sağ doğumun gerçekleşmesiyle birlikte kanunda geçtiği gibi ana rahmine düşmeden itibaren kazanmalıdır. TMK m. 580 hükmünün lafzı da çocuğun babanın ölümü anında mutlaka ana rahmine düşmüş olması aramaktadır. Nitekim tüpte döllenmiş embriyolar ana rahmine yerleştirilmediği sürece yaşama kabiliyetine sahip değildir. Embriyoların ana rahmine tutunarak yaşama konusunda pasif potansiyel aktifleşerek aktif potansiyel haline dönüşecektir. Bundan ötürü mirasçı olabilmek için babanın ölümünde en azından embriyo olarak mevcut olan bir varlığın bulunması gerekmektedir.

Mirasçılığı reddeden yaklaşımı temsil eden bir başka görüşe göre, kanun koyucu aile bireylerinin yaşarken birbirine bakmaları gerektiğinden yola çıkarak aile bireylerine belli koşullar altında nafaka yükümlülüğü getirmiştir. Öldükten sonra spermleri kullanılan kişinin nafaka alacaklısı ve/veya borçlusu olması nasıl düşünülemezse bu durumda doğacak çocuğun da ona mirasçı olması düşünülemez.

Bu görüşü savunan yazarlara göre spermleri dondurulduktan sonra kullanılıp dünyaya gelen çocuk babaya mirasçı olabiliyorsa, eşitlik ilkesi gereğince yumurtaları dondurulmuş annenin de yumurtalarının kullanılmasında halinde çocuğun o anneye mirasçı olacağını kabul edilmesi gerekir. Bu kabulün, özellikle taşıyıcı annelik hususunda miras hukukuna dair birçok sorunu beraberinde getireceği belirtilmiştir. Kanaatimizce bu kıyaslama isabetli değildir. Zira spermin dondurulması halinde dahi her halükarda genetik ve biyolojik baba yönünden bir ihtilaf çıkmamaktadır. Ancak taşıyıcı annelikte genetik anne ile biyolojik anne ayrımı çok nettir. Çocuğun dünyaya gelmesinin dış faktörlerinin birden fazla olmasından kaynaklanan bu problem, kişinin rızasının dışında sperminin kullanılması ile mukayese edilmemelidir.

Bu görüşü savunanlara göre mirasbırakanın ölüm anında ana rahmine düşen ceninin mirasçılığını kıyasen uygulanmayı gerektirecek bir durum yoktur, zira bu süreden sonra ana rahmine düşen ceninlerle ilgili kanun koyucu olumsuz çözümü tercih etmiştir. Bu durumu bir boşluk olarak nitelendirilmekten ziyade kanun koyucunun bu hallerde olumsuz çözümü benimseyerek, mirasçılığı reddettiği kabul edilmelidir.

Dondurulmuş embriyonun ana rahmine babanın ölümünden sonra implante edilmesi halinde doğacak çocuğun mirasçı olabileceğini savunan görüş taraftarlarına göre Medeni Kanun'da her ne kadar ceninin mirasbırakanın ölümünden önce "ana rahmine düşmesinden"

söz ediliyorsa da, bu ifade, geniş yorumlanarak, ceninin mirasbırakanın ölümünden önce “döllenmiş olması” biçiminde anlaşılması gerekmektedir. Kanunun lafzı her ne kadar ana rahmine düşme anını esas almış olsa da mevcut düzenlemenin koruma amacına uygun şekilde geniş yorumlanması sonucunda, döllenmenin gerçekleştiği anın esas alınmasıyla yapay döllenme sonucu oluşan embriyo da korumadan yararlanabilmelidir. Ana rahmine düşmenin sadece cinsel ilişki sonucu olarak yorumlanmaması gerekir. Döllenmenin in vivo (rahim içinde) ya da in vitro (tüpte) olarak her ikisinde de kadın üreme hücresiyle erkek üreme hücresinin karşılaşmasından itibaren yirmi dört saat içinde gerçekleşeceği ve bu andan itibaren hamilelik sürecinin ister rahim içinde isterse tüpte olsun işlemeye başlayacağı ileri sürülmektedir. Buna göre cenine tam ve sağ doğmasıyla birlikte kişilik tanınmalı, cenin hak ehliyetini de tam ve sağ doğumun gerçekleşmesiyle birlikte, döllenme anından itibaren kazanmalıdır. Kişiliği kazanmanın en büyük sonuçlarından birinin mirasçılık olduğu göz önünde tutulduğunda mirasçılık sıfatı da döllenme anından itibaren kazanılmalıdır.

Bu görüşe göre kocanın ölümünden itibaren 300 gün içinde doğsa bile koca sağken döllenmediği için çocuğun mirasçılık hakkından mahrum bırakılması hakkaniyetsiz olacaktır. Zira mirasbırakanın ölümünden sonra 300 gün içinde doğan çocuğun mirasçı olacağı zaten kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir.

Bu görüşü savunan bazı yazarlar kocanın ölümünden sonra embriyonun ana rahmine yerleştirilmesi halinde, döllenmenin kocanın sağlığında gerçekleşmesi ve yaklaşık 14 gün içinde ana rahmine yerleştirilmesi halinde çocuğun kocaya mirasçı olabileceğini savunmaktadır. Ancak kocanın ölümünün üzerinden uzun zaman geçtikten sonra embriyo ana rahmine yerleştirilirse çocuk mirasçılık sıfatını kazanamayacaktır. Bu durumda çocuğun kocaya mirasçı olması ancak babalık davası yoluyla sağlanabilir.

Bu görüşün aksi savunan yazarlar ise şu şekilde düşünmektedir: Ana rahmine mirasbırakanın ölümünden sonra transfer edilip 300 gün içinde doğan çocuk ile mirasbırakan arasında soybağı karineten kurulmakta ve sağ doğan çocuk mirasçı olabilmektedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre mirasçı olmak bu şekilde tesadüfî koşullara bırakılmamalıdır. Başka bir deyişle mirasbırakanın ölümünden sonra bile olsa ana rahmine transfer edilen embriyo 300 gün içinde doğarsa bir tartışmaya yer vermeksizin mirasçılık kabul edilebilecekken, ana rahmine transfer edilen embriyonun mirasbırakanın ölümünden daha uzun bir süre sonra sağ doğması halinde, doğan çocuğun mirasçılığının tanınmaması isabetli değildir. Unutulmamalıdır ki, çocuk ne zaman ve nasıl doğacağını kendisi seçmemektedir.

Belirtmek gerekir ki çocuğun mirasçılığını kabul eden bu görüşler arasında da farklılıklar bulunmaktadır. Bunlardan bazıları 300 gün sonra dünyaya gelen embriyonun evlilik içinde elde edildiğinin ispatlanması halinde yine mirasçı olabileceğini, sperm kocanın ölümünden sonra yumurtayla birleştiğinde döllenme anının ölümünden önce gerçekleşmediği için çocuğun mirasçılığının söz konusu olamayacağı savunulmaktadır. Bir diğer görüş ise embriyonun değil mirasbırakanın rızasıyla spermalarının ölümünden sonra kullanılması ve embriyonun bu şekilde elde edilmesinde dahi mirasçılığın kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Embriyo bakımından döllenmeden itibaren korunmayı kabul edenler, İsv. MK m. 255/f.2 TMK m.

285/f.2 hükmünde öngörülen karinenin sperm ve yumurta döllenesinin esas alınması suretiyle anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedirler. Spermin dondurulması halinde ise baba sağken kendi rızası ile sperm dondurulmuş ve ölümünden sonra kullanımına izin verilmişse yine İsv. MK m. 255/f.2 hükmündeki karinenin işletilmesi gerektiği savunulmuştur. Böylece her iki halde de babanın ölümünden 300 gün sonra bile doğsa çocuğun biyolojik babası ile soybağı kurulabilmekte ve doğan çocuk babasının kanuni mirasçısı olabilmektedir.

Ayrıca bu görüşü savunan yazarlara göre mirasbırakanın ölümü sırasında tüpteki embriyonun varlığı, mirasın paylaşılmasını ertelememelidir. Çünkü henüz anne rahmine implante edilmiş ve canlılığı aktive edilmiş bir embriyodan söz edilemeyeceği gibi bu ihtimalin gerçekleşeceğine dair belirsizlik vardır. Miras paylaşımının bu belirsizlikten etkilenmemesi daha doğru yaklaşımdır. Miras paylaşımından sonra tüpteki embriyonun tam ve sağ doğumu gerçekleşirse, diğer mirasçılara miras sebebiyle istihkak davası açması ve miras payını elde etmesi mümkündür.

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise çocuğun genetik olarak ölen kocaya bağlılığı hem sperm alınma süreci hem de yapılacak DNA incelemesi gereğince kolay tespit edilebilir olduğundan döllene kocanın sağlığında gerçekleştiği sürece hukuki olarak da aralarında soybağı kurulmasında hiçbir engel bulunmamalıdır. Bu yüzden üç yüz günlük süre katı olarak uygulanmamalı ve esnetilebilmelidir. Lakin TMK m. 287 hükmünün lafzına bakıldığında evlilik içinde ana rahmine düşmeyen ve evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğmayan çocukların evlilik içinde doğan çocuk statüsünü kazanması mümkün değildir. Bu çocukların soybağı kocaya ancak babalık davasıyla bağlanabilecektir. Bu gerekçelerle TMK m. 287'ye sperm dondurma hâli ile ilgili özel bir hükmün eklenmesi isabetli olacaktır.

Dondurulmuş sperm yöntemi ile doğan çocuğun babaya mirasçılığı çok yeni bir problem olduğu için ve mevcut hukuk ezberlerine aykırı bazı özellikler teşkil ettiği için doktrindeki yazarlar tarafından oldukça fazla tartışılmıştır. Her ne kadar ülkemizde post-mortal döllene izin verilmesi de hukuk düzenimiz bu kurala aykırı olarak dünyaya getirilen çocuklarla sık bir şekilde karşılaşmaktadır. Dolayısıyla bu durumun yasak olduğu öne sürülerek muhtemel problemleri tartışmaktan kaçınmak kanaatimizce uygun olmayacaktır.

Bu noktada bizlerin göz önünde tutması gereken temel nokta, çocuğun üstün yararı olmalıdır. Çocuk ebeveyninin veya bir başkasının tasarrufu ile cezalandırılmamalı ve dahli olmayan bir olay sebebiyle temel haklarından mahrum edilmemelidir. Bu noktada hakkını kötüye kullanan kişilere uygulanacak yaptırımlar çocuğa sirayet etmemeli ve bireysel olarak kalmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Postmortal döllene, soybağı, miras hakkı, embriyo.

*

FROZEN SPERM AND INHERITANCE OF THE FERTILIZED EMBRYO AFTER THE DEATH OF THE FATHER

ABSTRACT

The succession right is a concept that has been closely linked to parent-child relationship since the beginning of mankind. The right to inherit is generally derived from being a relative of the testator, with the exception of designated heirs. Therefore, it is important to establish the paternity correctly in order to prevent the succession right from being violated.

Advances in medicine and people's use of new medical methods to have children have created various problems with regard to paternity and therefore inheritance rights. In particular, the frozen sperm method is an issue that should be examined at this point. The problem of who is to attribute paternity to a child born some time after the death of the owner of the male reproductive cell creates a problem in obtaining the succession right, which is the natural result of the paternal relationship. Moreover, although the establishment of a paternal relationship at a later date does not cause any problems for the child, the acquisition of the right to inherit creates some retroactive problems, since the inheritance is divided after the death of the sperm owner.

In cases where the husband's sperm is frozen, it is possible for the husband to die after the sperm is collected and after his death, these sperm can be injected into the woman and she can become pregnant. ÜYTE art. 20 f. The fact that this practice, which is prohibited in our country according to Article 5, is carried out by illegal means raises certain question marks. The first problem to be solved is who can request the use of sperm after the death of the man. It is accepted that first the spouse of the deceased man, then the woman who had an extramarital affair with the man, and finally a third party may request the use of the sperm on the basis of the consent given by the deceased man when he was alive. In addition, the deceased man can express his wish for the sperm to be used after his death or draw up a will to this effect. The fact that a child is born after the death of its father gives rise to different opinions in doctrine as to how paternity should be established. It should be noted that the acquisition of the title of heir, which is one of the most natural consequences of paternity, is directly related to which of these views is accepted.

Since the inheritance of a child born with the frozen sperm method to the father is a very new problem and has some features that contradict the existing legal memoranda, it has been much discussed by the authors of the doctrine. Although post-mortem fertilisation is not allowed in our country, our legal system often encounters children born in violation of this rule. Therefore, in our opinion, it would not be appropriate to avoid discussing possible problems by claiming that this situation is forbidden.

At this point, the most important thing to consider is the best interests of the child. The child should not be punished at the discretion of his or her parents or others and should not be deprived of his or her fundamental rights because of an event in which he or she had no part. At this point, the sanctions to be applied to people who abuse their rights should not be extended to the child and should remain individual.

Keywords: Succession right, paternity, postmortem fertilization, embryo.

ADR FOR CHILDREN AND JUVENILES: CONSTRUCTING A PATH TO RESTORATIVE JUSTICE - THE SPANISH EXPERIENCE

**Prof. Dr. Helena
SOLETO MUÑOZ**

**Federico
GONZALEZ BARRERA**

Carlos III University of Madrid, Department
of Criminal, Procedural and History of Law

Carlos III University of Madrid, Department
of Criminal, Procedural and History of Law

ORCID: 0000-0001-8283-7354,
helena.soleto@uc3m.es

ORCID: 0000-0002-8036-2284,
federico.gonzalez@uc3m.es

ABSTRACT

Alternative Dispute Resolution (ADR) refers to a range of ways that people (including children and juveniles) can use to resolve disputes without resorting solely to court and tribunal hearings for determination. Progressing disputes through formal court and tribunal processes is resource intensive and can be lengthy, costly and stressful for the parties involved.

ADR processes are used across all the jurisdictions within the justice system (i.e., civil, criminal, administrative or labour jurisdictions). Although some forms of ADR (e.g., mediation or negotiation) have ancient origins, western countries ‘rediscovered’ and started to use ADR again in the 1970s (specially, in countries such as the United States, Australia or New Zealand, among others).

There are different ways of developing an ADR process like: (i) arbitration; (ii) adjudication; (iii) conciliation or (iv) negotiation.

Within the criminal justice system, there are agreement structures organized to diminish the flow or impact of the criminal procedure (plea bargain, some conciliation structures) and from the end of the last century a complementary way of dealing with some criminal cases, the so-called “Restorative Justice” (RJ).

In relation to the development of the RJ, it is important to highlight that the traditional procedural criminal justice system was focused on the retribution of the offender by the imposition of a criminal conviction judgment. However, this system did not meet the demands of the society and the interests and needs of justice of juvenile offenders and victims. This situation is due to the neglect of the victim as part of the criminal proceedings, the depersonalisation of the traditional criminal law, the excessive formalism, the high cost of litigation, the length of procedures, among others.

Because of this situation, new ways of solving conflicts appeared in the last decades within the criminal justice system such as Restorative Justice. According to the United Nations (UN), Restorative Justice is “*an approach that offers offenders, victims and the community an alternative pathway to justice. It promotes the safe participation of victims in resolving the situation and offers people who accept responsibility for the harm caused by their actions an opportunity to make themselves accountable to those they have harmed. It is based on the recognition that criminal behaviour not only violates the law, but also harms victims and the community*”.

The first legal recognition of Restorative Justice for child victims was the 1985 Declaration of the UN Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power (rule A.7).

Council of Europe has developed recommendations and principles regarding RJ. On 3rd October 2018, the Council of Europe published the Recommendation CM/Rec(2018)8 concerning restorative justice in criminal matters. This recommendation includes the basic principles of restorative justice (e.g., active and free participation, voluntariness, respectful dialogue, consensus-based agreement, confidentiality or focus on reparation and reintegration). Likewise, the Recommendation encourages the Member States to establish a clear legal basis and policies for the implementation of Restorative Justice within their criminal justice system (rules 21-24). Finally, the Recommendation includes guidelines on how to develop Restorative Justice processes (rules 25-53).

From the European Union perspective, the recognition of Restorative Justice was introduced through the Directive 2012/29/EU, establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime. Art. 4.1.j recognises that Member States must ensure that victims are informed about the available restorative justice services that they have.

Restorative Justice can include an important variety of procedures, that at the same time connect in different ways with the criminal justice system itself.

There is a variety of programmes to apply RJ within the criminal justice system (both for adults and juveniles), for instance: (i) Victim Offender Mediation (VOM); (ii) Victim-Offender reconciliation programme (VORP); (iii) RJ circles, or (iv) peace-making circles, among others.

In relation to the Spanish child victims-offenders RJ process, the Act 5/2000, regulating youth criminal responsibility, included the criminal mediation, conciliation and restoration of children-juveniles' victims (art. 19). Since then, criminal mediation with young offenders and victims have been developed in Spain with very positive outcomes for the parties and society.

The system is designed as an alternative to the Magistrate judgment, and only for not violent crimes and not recidivists. In case the outcome of the restorative process is positive, the young person will develop some educational activity, and not suffer limitation of his freedom.

To decide which case can be referred to mediation, the Prosecutor is assisted by a technical team. This team consists of psychologists, social workers and educators who are

trained and have experience in criminal mediation and how to deal with youth victims and offenders.

In Spain, the RJ process with young offenders and victims can be developed at two stages of the criminal proceeding.

1. Investigation phase (art. 19)

The investigation criminal phase in the youth criminal system is a competency of the Public Prosecutor. The Public Prosecutor is in charge of analysing the case and to conclude if it is appropriate to refer it to criminal mediation.

Once the referral is made, the technical team analyses each case taking into consideration the specific needs and interests of the youth offenders and the victims (case-by-case analysis). If it is adequate, the technical team starts the criminal mediation between the parties (who are assisted by their lawyers as well).

If the parties would like to reach an agreement to end with the criminal mediation, it is necessary that:

- The youth offender acknowledges the criminal facts and must apologise to the victim for the crime. Furthermore, the technical team must consider that there is a favourable prospect for the fulfilment of the agreement (this agreement can include social, educative or cultural measures)
- If the victim is a child-juvenile, the agreement must be signed by their legal representative and ratified by the Children's Court

Finally, if the agreement is not complied by the offender, the traditional criminal procedure continues against the offender and a criminal judgment will be enacted at the oral hearing.

2. Execution of judgment phase (art. 51)

Apart from the investigation phase, the Spanish Act 5/2000 allows to develop a criminal mediation in the execution phase. In this case, there is already a criminal judgment against the youth offender.

The technical team of the public institution which is in charge to see the evolution of the youth offender is the competent one to ask for the criminal mediation. This referral should be asked to the Children's Court. The Children's Court will allow it as long as there are favourable reports on the youth offenders' progress and willingness to apologise to the victim.

If the victim agrees to participate in the criminal mediation, the technical team is in charge of the criminal mediation process. Once the mediation is finished, if there is a positive agreement, the Children's Court is entitled to leave without effect the measure adopted in the criminal judgment subject to compliance of the agreement.

This second moment to refer to RJ is seldom used in practice, and most cases are deal with in the investigative phase.

Finally, regarding the effectiveness and the outcomes of the Spanish RJ and mediation process with youth victim-offenders are satisfactory. In accordance to the 2022 Director Public Prosecutors' Office Report, there were 4.449 RJ process that finished with a restoration agreement for the victims (16,5% out of all the criminal proceedings related with crimes committed by juveniles in Spain). These RJ processes put an end to the continuation of the traditional criminal justice process as the parties reached an educational and restorative agreement for both victims and offenders.

Keywords: ADR, Restorative Justice, children, juveniles, criminal justice, restoration.

THE PROBLEM OF REGULATION ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN LEGAL ACTS

Katarzyna KICZOROWSKA

Faculty of Law, University of Białystok, Poland

katarzynakiczorowska@gmail.com

ABSTRACT

Every day in our daily lives we can notice the sudden development of artificial intelligence. Its new applications, improvement of software and IT systems significantly affect the facilitation of everyday matters, the most popular and most frequently used are, for example: GBT Chat, Alexa virtual assistants, Siri or Google Assistant in our mobile phones. Artificial Intelligence performs tasks both more obvious as translations, image colorization, algorithms which suggest of personalized shopping and entertainment to much more complicated ones like facial recognition, chatbots and service bots, vision for driverless delivery trucks, drones and autonomous cars, This extraordinary tool has been used in various areas of art, science and many professions. Also in the work of lawyers, more and more often we can hear opinions about the accuracy and speed of artificial intelligence when performing tasks that young lawyers are performing at the moment. The most frequently cited example is conducting legal research. Increasingly, you can also hear that build a better legal case strategy through artificial intelligence will soon be of significant importance in resolving court disputes. Therefore, the question arises about the legal regulation of such a powerful tool. How have individual countries approached the issue of issuing relevant legal acts and whether such acts exist at all.

The basic problem of legislators is the fact that it is very difficult to regulate a tool that develops extremely quickly, learns with each new task and evaluates from day to day. Another problem is the ignorance of page administrators in relation to how they should treat this type of material. Created by an algorithm, not a human with free will and legal capacity. Therefore, legislation faces the extremely difficult challenge of setting a legal and ethical framework that would address the development, implementation and use of human-centric artificial intelligence. Legal doctrine clearly indicates the assumption of the subservient role of technology towards man and society. The European Parliament in its resolution of 3.05.2022 on artificial intelligence in the digital age "condemns the increasing use of AI-based surveillance in the workplace, which often takes place without the knowledge and even more so without the consent of employees". This constitutes an extreme violation of the fundamental right to privacy, data protection and safeguarding the inalienable dignity of the human person. Such practices may also have a negative impact on the mental health of the person subjected to them, due to the degree of interference and the lack of effective safeguards for those affected.

One of the first comprehensive legal acts regulating the issue of artificial intelligence is the Regulation of the European Parliament of 14 June 2023. The act adopted by the European Parliament contains a number of safeguards protecting human rights. First of all, it prohibits the development and use of systems that are incompatible with these rights. The main subject of regulation in the AI Regulation are systems classified as "high risk". The variety of applications using artificial intelligence makes it difficult to develop a normative solution adequate to the entire spectrum of threats posed by the high-risk system. This situation particularly forces the legislator to give up the too casuistic, rigid model of regulation and excessive formalization of law in favor of setting out a transparent, general framework and securing the adaptability of the normative system, m.in. by using vague phrases and flexible, capacious and transparent definitions of key terms, enabling their functional and teleological reading at the moment of application high-risk systems, i.e. AI products or services deemed potentially dangerous used in public institutions (but also on large platforms or in more than one country), the police, healthcare, the workplace, education or migration will have to undergo a fundamental rights impact assessment procedure before being put into use.

The European Parliament is currently working on a motion for a resolution on civil law rules on robotics. According to Parliament, the free flow of data is the cornerstone of the digital economy and developments in robotics and artificial intelligence. It is worth noting the high level of security of robotic systems, including their internal systems and data flows, which is crucial for the proper use of robots and artificial intelligence. The European Parliament draws attention to ensuring the protection of networks of interconnected robots and artificial intelligence. To prevent potential security breaches. A high level of security, protection of personal data and respect for privacy are essential for communication between humans and robots and artificial intelligence. Legislators want to emphasize the responsibility of designers of robots and artificial intelligence to develop products in such a way that they are safe, reliable and adapted to the purpose they fulfill. An important function in the practice of artificial intelligence system applications is attributed to transparency. Within the meaning of Article 8(2) of the draft regulation on ethical rules of AI, the data used or generated by the technologies concerned should be developed, implemented and used in a transparent and identifiable manner. Their elements, processes and steps are to be documented in a transparent manner in order to facilitate compatibility assessment. The emphasis is therefore on documentation requirements to assess compliance with statutory and ethical requirements throughout the life cycle of a high-risk system. In its project, the European Parliament distinguishes the following groups of robots that use artificial intelligence in their operation: drones, care robots, autonomous vehicles, medical robots, robots dealing with the repair of the human body and robots helping in education. An important element of the draft legal act is the inclusion of regulations regarding the impact of the development of robotics and artificial intelligence on the environment. In particular, through efficient use of energy, energy efficiency achieved by promoting the use of energy from renewable sources and rare materials, the production of a minimum amount of waste such as electrical and electronic waste and the provision of reparability of electronic equipment.

Artificial intelligence, despite its huge role in our daily lives, is still not legally regulated in most countries. Poland or Turkey do not have their own regulations on this subject. Turkey does not have a specific law or regulation dedicated solely to AI, but it has taken some steps to regulate AI in certain sectors. On the other hand, Polish legislation applies the above-mentioned and described at the abstract European Union legislation in the field of artificial intelligence regulation. The first country in the world where artificial intelligence regulations were in place is China. Under these regulations already in place, AI companies are required to submit security assessments to the government before making the tools publicly available, and any content generated by generative AI must comply with the country's "core values." Failure to comply is punishable by a fine, suspension of the provision of services or criminal proceedings. China's regulations are the strictest compared to the regulations other countries apply or plan to enforce. The next country, which works on AI topic is US. At present, the regulation of AI in the United States is still in its early stages, and there is no comprehensive federal legislation dedicated solely to AI regulation. However, there are existing laws and regulations that touch upon certain aspects of AI, such as privacy, security and anti-discrimination.

Artificial intelligence is developing extremely fast, it is a huge breakthrough in the world of new technologies. It is slowly becoming difficult for us to imagine the world without it, everyday functioning, great facilitations even in prosaic activities, and above all optimization, speed and accuracy of complex tasks performed in medicine or science. However, one should also remember about the huge threats that artificial intelligence brings and the risks that affect almost every sphere of our lives. Despite the huge development of AI and the growing threat of the legislation of individual countries, the first legal regulations on this subject are just being created. In all the countries mentioned in this abstract, legislators want to approach the subject very comprehensively, regulating less casuistically and more openly. So that despite the great diversity of applications of artificial intelligence, its ability to learn and draw conclusions, regulations can be applied comprehensively, also addressing the issues of personal data protection or the environment.

Keywords: Artificial intelligence, AI regulations, high-risk.

**A COMPARATIVE APPROACH TO WHISTLEBLOWING:
PUBLIC DISCLOSURES AND INTERNAL CONTROL SYSTEMS OF
PUBLIC AND PRIVATE ENTITIES**

Maria Di MAGGIO

University of Bari “Aldo Moro”

ORCID: 0009-0003-1690-3853, dimaggiomaria123@gmail.com

ABSTRACT

The whistleblower is an individual who, in the name of the public interest, reports offenses and irregularities, informing persons in charge of this purpose and consequently exposing himself to any retaliation caused by the reports.

Whistleblowing represents a valid viaticum that has come to us from the Anglo-Saxon legal tradition, which also the directive 2019/1937 of the European Parliament and of the Council, published on 29 October 2019, intends to promote, standardizing the different laws of the EU Member States on the subject.

The institute, in its criminal dimension, represents an important tool to combat corruption and poor resource management, although in reality it is also an effective means of promoting the ethics of the organization and making its functioning more efficient.

The whistleblowing fulfills a dual function: reporting can produce a result of both a repressive nature, permitting the restoration of public integrity, and preventive, allowing to increase the ability to discover any phenomena of a corrupt nature or irregularity and illegality.

However, the implementation of whistleblowing has not been accepted unanimously and officially at a global level. In fact, many states, including Turkey, do not have specific legislation regulating whistleblowing.

It is interesting to take inspiration from the new European legislation to reflect on the different function of public disclosures and so-called internal whistleblowing.

In light of this issue, it is necessary to evaluate what the perimeter could be for a future provision of this figure in the Turkish legal system.

Furthermore, various judgments of the European Court of Human Rights, which have expressed their own interpretation of the institution, contribute to enriching the supranational panorama, recognizing the protection of whistleblowers by applying Article 10 of the European Convention on Human Rights.

The application results of the decisions of the European Court of Human Rights seemed constant and unambiguous, from the case *Guja v. Moldova*, passing through the case *Heinisch v. Germany*, up to the case *Bucur and Toma v. Romania*, until the advent of the latest whistleblowing ruling, *Halet v. Luxembourg*.

Both from the point of view of the regulatory apparatus and of jurisprudence, therefore, it is possible to trace common lines in the delineation of the institution in Europe.

Since the case *Guja v. Moldova*, the European Court of Human Rights has developed a series of criteria: (1) the public interest in the information disclosed, (2) the authenticity (truthfulness) of the information disclosed, (3) the damage suffered by the employer, (4) the existence of alternative channels for disclosure, (5) the reasons behind the disclosure of the news and (6) the severity of the sanction.

The starting point for the implementation of the institute and for its initial prediction could be to delve deeper into these criteria, comparing the experience of the European Union.

The Directive, in fact, differentiates different types of reporting: internal reporting, external reporting and public disclosure.

It is, therefore, the application, as foreseen by the European Court of Human Rights, of freedom of expression, but not unconditional and uncontrolled, in fact it must follow the principle of continence.

In the “recitals” part of the Directive it is possible to analyze various elements that concern the differentiation between these types of whistleblowing:

- In recital 33 there is a statistical and empirical fact: people who report usually feel more comfortable reporting within an organisation, provided that there are no reasons to report directly externally (such as the concrete risk to suffer retaliatory acts).

“Internal reporting is also the best way to provide information to people who can contribute to the timely and effective resolution of risks to the public interest. At the same time, the reporting person should be able to choose the most appropriate reporting channel depending on the individual circumstances of the case”.

Also in recital 33 there is a direct reference to public disclosures, establishing the need to protect it, “taking into account democratic principles such as transparency and responsibility, and fundamental rights such as freedom of expression... in line with the criteria developed in jurisprudence of the ECHR”.

- In recital 79 it is provided that persons making a public disclosure should benefit from protection in cases where, despite internal and external reporting, the violation remains unresolved, for example in cases where the violation has not been adequately assessed or investigated or no adequate corrective action has been taken.

It is, therefore, an expression of the principle of continence and also of the preference of the internal channel.

- Further confirmation of the use of public disclosure as a last resort is contained in recitals 80 and 81, which state that people who directly make a public disclosure should benefit from protection even in cases where they have reasonable grounds to believe that there is an imminent or manifest danger to the public interest or a risk of irreversible harm, including harm to the physical integrity of a person, or where they have reasonable grounds to believe that, in the event of external reporting, there is a risk of retaliation or there is a low probability that the report will be addressed effectively, due to the particular circumstances of the case.

Having said this, in fact, the European Directive provides in Article 15 the following:

“1. A person who makes a public disclosure shall qualify for protection under this Directive if any of the following conditions is fulfilled:

(a) the person first reported internally and externally, or directly externally in accordance with Chapters II and III, but no appropriate action was taken in response to the report within the timeframe referred to in point (f) of Article 9(1) or point (d) of Article 11(2); or

(b) the person has reasonable grounds to believe that:

(i) the breach may constitute an imminent or manifest danger to the public interest, such as where there is an emergency situation or a risk of irreversible damage; or

(ii) in the case of external reporting, there is a risk of retaliation or there is a low prospect of the breach being effectively addressed, due to the particular circumstances of the case, such as those where evidence may be concealed or destroyed or where an authority may be in collusion with the perpetrator of the breach or involved in the breach.

2. This Article shall not apply to cases where a person directly discloses information to the press pursuant to specific national provisions establishing a system of protection relating to freedom of expression and information”.

In Italy, the transposition of the Directive represents the first regulatory recognition of whistleblowing as public disclosure.

The institute entered the Italian public sector system for the first time, with the Severino law, n. 190 of 2012.

Progressively, then, after some changes to the legislation in the public sector, the perimeters of application of the institute were also extended to the private sector, within the organizational models provided in Legislative Decree n. 231 of 2001.

To date, after the implementation of the contents of the European directive, the scope of application has broadened considerably in Italy, providing not only for internal and external reporting (the latter were present only in the public sector and not in the private one), but also public disclosures.

In conclusion, the Italian experience could also serve as an example for states such as Turkey, which should take into account the rulings of the European Court of Human Rights and could gradually rework the institution into their own legal system.

Keywords: Whistleblowing, European Directive, public disclosure, internal reports, external reports.

CIRCUMSTANCES EXCLUDING THE DANGER FOR THE SOCIETY IN ROMAN CRIMINAL LAW

Tanya Yuliyanova MIRTCHEVA

Plovdiv University “Paisii Hilendarski”, Faculty of Law

ORCID: 0009-0005-5021-8395, mirtcheva@uni-plovdiv.bg

ABSTRACT

The notion of social danger is central to criminal law theory, making it the subject of extensive research and discussion, tracing its roots back to the works of Roman jurists. By its very nature, it is primarily associated with the extent to which the act committed affects or could affect social relations. The process of complicating social and economic conditions, as a consequence of Rome's transformation from a city state into one of the most successful empires of the ancient world, supports the need for analysis of the social danger and, above all, the various degrees to which it could rise.

The different circumstances which give individual character to each unlawful act raise the question which of them are so serious as to increase the social danger and which may be considered sufficiently insubstantial to exclude such danger. This inevitably provoked Roman jurists to ask in which hypotheses the specific circumstances in which an act was committed could exempt the wrongdoer from having to bear criminal responsibility for his actions precisely in view of the low degree of social danger.

The analysis of this topic in Roman law requires first of all to note that dangerousness is an objective contradiction of an act committed in relation to the interests of society. The essence of the criminal act lies precisely in the fact that it endangers or harms the person, the rights of citizens, their property or the established state order.

Bearing in mind of this, we could distinguish two main types of circumstances in which Roman jurists assumed that the degree of social dangerousness of an act was too low to be characterized as a negative manifestation and, accordingly, to give rise to the criminal liability of its perpetrator, namely, imminent defense and extreme necessity.

It should be noted that Roman law has known the institution of inevitable defence since the earliest antiquity, and it is mentioned in the first written legislation of the Roman State, the Twelve Tables (*Lex duodecim tabularum*).

By its nature, the defence of necessity reflects the understanding that a person's unlawful conduct should be immediately stopped, which in turn conditioned the right of every Roman citizen to defend himself and his property against criminal acts when circumstances required a timely response. Particularly important is the significance the law attaches to the fact at what

time of day the criminal assault that the victim repels was committed. Underlying this distinction, on the one hand, is probably the subjective element of intense fright or embarrassment which a night-time burglary of a person's home would generate, which in turn would justify the use of excessive force.

The Roman legal notion of the concept of inevitable defence has passed through the centuries to find a place in the Digests in the form of the fundamental principle formulated by the Roman jurist Gaius, namely, the right of every person to defend himself when faced with imminent danger.

In essence, this view is also reflected in the modern Criminal Code of the Republic of Bulgaria. Article 12 of the Criminal Code explicitly states that an act which is committed in imminent defence - to protect from imminent unlawful attack state or public interests, the person or rights of the defending party or of another by causing harm to the attacker within the necessary limits - is not a socially dangerous act.

In this regard, the Digests contain a particularly interesting hypothesis in which the defender manages to capture the attacker, but instead of handing him over to the state authorities, decides to kill him. By its nature, this constitutes a classic hypothesis of exceeding the limits of inevitable defence, since the attack has already been repelled and there is no danger whatsoever to public relations.

In view of this, it should be noted that Roman law, like modern law, associates exceeding the limits of inevitable defence with causing damage to the attacker, which by its scale and nature is unnecessary in order to repel the attack, or as the modern Bulgarian legislation states in Article 12, paragraph 2 of the Criminal Code - exceeding the limits of inevitable defence is present when the defence is clearly not in accordance with the nature and the danger of the attack. Such inconsistency not only does not serve to prevent a criminal act involving social danger, but itself creates such danger, which in turn makes it a criminal offence.

On the basis of the foregoing, we could outline the limits of the inevitable defence according to the understanding of Roman jurisprudence, namely that the actions intended to protect the threatened public relations should be taken only while the attack lasts and should be proportionate with a view to its cessation.

In this respect, the modern concept of inevitable defence borrows precisely the concept developed by Roman jurists, which on the one hand allows any Roman citizen threatened by criminal attack to take appropriate timely measures to protect himself or his property, but at the same time requires that the defensive action taken and the force exerted should not go beyond what is necessary to prevent the attack.

Along with the institution of the inevitable defence, Roman law knows another concept which Roman jurisprudence does not associate with the existence of a social danger, namely the extreme necessity. Evidence of the nature and characteristics of this institution is again found in the Digests.

Actions taken under extreme necessity undoubtedly entail certain harms. However, the key point is that they are the consequence of the attempt of the person who caused them to protect himself against an unlawful act directed against him. It should be noted that the law expressly requires that the person threatened could not have defended himself in any other way, i.e. that the infliction of the relevant harm constituted the only way in which the attack could have been deterred.

At the core of the institute of extreme necessity again lies the degree of social danger, in particular the nature of the damaged public relation, on the one hand, and on the other - the extent to which it is affected by the act committed. Another important criterion is the balance between the public interests - the harm caused by the defendant's actions should be less than that which would have resulted from the criminal act prevented.

It is the existence of this prerequisite that provides the basis for Roman law to declare innocent persons who have acted under this hypothesis.

On the basis of the foregoing, it should be noted that Roman jurisprudence analyses the concept of social danger with impressive depth. The extant provisions of the Digests testify that, although Roman law avoided very abstract and theoretical constructions, it nevertheless made a clear distinction between the different degrees of danger that individual criminal acts entailed.

It should also be noted that, although Roman jurists did not formulate explicit definitions of the concepts of 'inevitable defence' and 'extreme necessity', the texts cited in this article are indicative of the differences that Roman jurisprudence saw between the different hypotheses.

At its core, both Roman jurisprudence and modern criminal law theory assume that the protection of threatened public interests is not achieved solely through the infliction of harm on the attacker, but could also be achieved through the harm to interests that are themselves also legally protected. Therefore, as we have already noted, it is above all the assessment of the degree of public social which is of key importance in order to answer the question whether the sacrifice of certain public interests is justified in order to protect others from harm.

In this way, Roman law was able to develop an in-depth concept of the different degrees of social danger, which in turn allowed it to form clear criteria with regard to the exclusionary circumstances. These achievements of the Roman jurists are reflected in the Digests in the form of the institutes familiar to modern law – 'extreme necessity' and 'inevitable defence'.

Keywords: Roman law, social danger, inevitable defence, extreme necessity, criminal act.

HUKUKUN GÜNCEL SORUNLARI
SEMPOZYUMU - IV / 4th SYMPOSIUM ON
CURRENT ISSUES OF LAW

İKİNCİ GÜN

SECOND DAY

BİLDİRİ ÖZETLERİ / PAPER ABSTRACTS
(TÜRKÇE VE İNGİLİZCE / TURKISH AND ENGLISH)

Sempozyum Programında Belirtilen Sunum Sırasına Göre
According to the Order of Presentation Specified in the Symposium Program

8 KASIM 2023 - 8 NOVEMBER 2023

CEZA HUKUKUNDA KANUNİLİK İLKESİ AÇISINDAN YASAMA TEKNİĞİ, KANUNLAŞTIRMA ENFLASYONU VE TORBA KANUNLAR

Prof. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0001-5401-2312, okuyucu@law.ankara.edu.tr

ÖZET

Kanunsuz suç ve ceza olamayacağını ifade eden ve işlendiği zamanın kanunu tarafından açıkça suç olarak öngörülmemeyen bir fiilden dolayı ve açıkça öngörülmemeyen bir ceza ile cezalandırmayı yasaklayan kanunilik ilkesi, sosyal kontrolün ve kamu düzeninin sağlanması için ceza hukukunu kullanan devletin gayrimeşru müdahalelerine karşı bireyin korunması amacıyla ortaya çıkmıştır. Buna göre, devletin cezalandırma yetkisi sınırlandırılarak ceza hukukunun kötüye kullanılmasının ve keyfilik önüne geçilebilecek ve dolayısıyla bireysel hak ve özgürlükler devlet gücüne karşı korunabilecektir. Zira ceza hukuku temel hak ve özgürlükleri korumaya hizmet edebileceği gibi, bunları sınırlamanın ve yok etmenin aracı da olabilir. Gerçekten de ceza hukuku tarihi, insanlığın haklar ve özgürlükler mücadelesinin bir izdüşümü niteliğindedir ve söz konusu tarih, baskılar, zorbalıklar ve adaletsizliklere karşı, daha onurlu ve insanî bir yaşam biçimi arayışları ile de doludur. Bu itibarla, devlet iktidarının hukukla sınırlanması, kişi hak ve özgürlüklerini ve hukukî güvenliği teminat altına alan en önemli araçlardan biridir ve hukuk devleti ilkesinin de temelidir. Dolayısıyla, modern ceza hukukunun işlevi yalnızca bireyin davranışlarını düzenlemek ve hukuka aykırı olanlarını cezalandırmak değil; aynı zamanda ceza kanunlarının gerek yapımı gerekse yorumu ve uygulanması bakımından devlet gücünün keyfi kullanımının önüne geçerek temel hak ve özgürlüklerin devletin keyfi işlemlerine karşı korunmasıdır. İşte kanunilik ilkesi de ceza hukukunun bu ikinci işlevini gerçekleştirmeyi hedefler. Bunun için normun kanunla konulması ve geçmişe uygulanmaması kadar, farklı yorumlara imkân verecek, hâkime geniş bir takdir alanı bırakacak ve olaydan olaya uygulaması değişecek şekilde esnek ve belirsiz olmaması da gerekir. Aksi halde kanunilik ilkesi politik-garanti edici işlevini yerine getiremeyecek ve yalnızca görünüşten ibaret kalacaktır. Zira bu şekilde kaleme alınan normların kanun niteliğindeki metinlerde yer alıp almamasının ya da geçmişe uygulanıp uygulanmamasının bir önemi kalmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki normun açıklığı, kaçınılmaz olarak genel ve soyut olmasının bir sonucu olarak kanunun somut olay bağlamındaki belirsizliğinin önüne geçilmesini değil; genel ve soyut norm aşamasında söz konusu olan ve neyin emredildiğinin ya da yasaklandığının *a priori* olarak ortaya konulmasına engel olan belirsizliğin önüne geçilmesini ifade eder. Bu

itibarla her hüküm dikkatlice incelenmeli; içeriğinin kabul edilen yorum yöntemlerine ve kurallarına başvurularak anayasada ifadesini bulan değerler ve amaçlardan çıkan sınırlar ve alternatif yorumlar kullanılarak belirginleştirilebilip belirginleştirilemeyeceği tespit edilmelidir.

Bununla beraber, ceza normunu açık ve anlaşılır kılmanın sadeleştirme adı altında sığlaştırmak ve kendine özgü özelliklerini, nüanslarını ortadan kaldırmak anlamına gelmediğinin altını çizmek gerekir. Açıklık, basitlik değil, berraklık demektir. Her bilim dalı gibi hukukun da kendine özgü tekniğe ve terminolojiye sahip olması doğaldır. Dolayısıyla sadeleştirmek adı altında ceza hukukunun sahip olduğu inceliklerin ortadan kaldırılması, açıklık değil, belirsizlik ve keyfilik doğuracaktır. Bu itibarla daha anlaşılır ve sade norm koyma gayesiyle yola çıkılıp, örneğin haksız tahrik ya da teşebbüs kurumlarındaki ayrımlardan vazgeçilmesi hâllerinde olduğu gibi, normun ve kurumun insicamını bozan düzenlemelere gidildiğinde, uygulama bu eksikliği yorum yoluyla normda olmayan unsurları normda varmış gibi uygulama refleksine kapılabilmektedir.

Normun yalnızca dilbilgisi açısından açık biçimde kaleme alınması da yeterli değildir. Aynı zamanda fiilin ampirik açıdan gerçekleştirilebilir bir fiil olması ve benzeri suç tipleri ile karşılaştırmalı olarak incelenmesine ve onlardan ayrılabilmesine imkan sağlayacak mantiki spesifik unsurları içermesi de gerekir.

“*Kanunun bilinebilir olması*” ölçütü, hukukun “*yamalı bohça*”yı andıran mevcut hâli ve sıradan vatandaşın kültür düzeyi karşısında esas itibariyle teorik ve çoğunlukla aldatıcıdır. Ceza kanunlarının bilinebilir olması ilkesinin aynı zamanda ceza hukukunun *extrema ratio* olması, aşırı sayıda normdan oluşmaması, aşırı olmaması, açık biçimde kaleme alınmış olması, anayasa ile güvence altına alınan değerleri korumaya yönelik olması, ilgili sosyal alanda geçerli olan hukuk dışı medeniyet normları ile uyumlu biçimde anlaşılmasını gerektirir. Aynı zamanda belirli hukukî varlık ya da menfaatlerin belirli şekillerdeki ihlalinin öngörülmesi gerekir. Yani bunun anlamı, belirli bir hukukî varlık veya menfaate yönelik olarak pek çok şekilde gerçekleşebilecek farklı ihlal biçimleri arasından kanun koyucunun tipik fiilin kapsamına dâhil etmek istediklerini belirlemesidir. Bu belirleme, bir yandan anayasal düzen tarafından korunan değerler arasında yer alan hukukî varlık veya menfaatlerin önemlerine göre yapılacak bir değerlendirmeyi; diğer yandan da ihlalin ağırlığına göre yapılacak bir değerlendirmeyi ve ayrıca ceza dışındaki müeyyideleri yetersiz kılacak ağırlıkta bir ihlal olduğuna ilişkin bir değerlendirmeyi içerecektir.

Son zamanlarda ceza hukuku öğretisinde ve uygulamasında ceza hukukunun hedefinin, daha esnek ve genel kanunların yapılması olduğu görüşünün giderek yaygınlaşmakta olduğu gözlemlenmektedir. Bu görüşe göre, böylece daha geniş bir takdir alanında hareket imkânına kavuşan yargıçlar, somut olayın koşullarını ve gereklerini değerlendirerek gerektiğinde bunları genel tecrübe kuralları ve hayatın olağan koşulları doğrultusunda tamamlayabilecek ve somut olay adaletini daha iyi sağlamış olacaklardır. Söz konusu görüş biçimsel kanunîliği reddetmemekle birlikte, esas itibariyle biçimsel kanunîliğe dayanan bir sistem içinde öze ilişkin kanunîliğe bir yer açmaya çabalamaktadır. Ne var ki genel biçimde kaleme alınan normlardan oluşan bir ceza hukuku düzeni yaratarak hakime hem cezalandırma hem de cezalandırmama konusunda daha geniş bir hareket alanı bırakmayı hedefleyen ve böylece daha adil ve özgürlükçü bir ceza hukukuna

ulaşılacağını savunan görüş hiç de isabetli sayılmaz. Aksine, söz konusu görüş temel hak ve özgürlüklerden ciddi biçimde feragat edilmesi ve hukukî güvenlikten vazgeçilmesi anlamına geldiği gibi, ceza hukukunun mantığına da aykırıdır. Nitekim Sovyet Rusya yahut Nazi Almanyası gibi totaliter sistemlerde, kanunsuz suç olmaz (*nullum crimen sine lege*) ilkesinin sözde demode ve aşılımış bir ilke olduğundan bahisle, bunun yerine adalete ve sosyal gereklere daha uygun olan hukuksuz suç olmaz (*nullum crimen sine iura*) veya cezasız suç olmaz (*nullum crimen sine poena*) ilkelerinin benimsenmesi gerektiğinin ve tecrübeli yargıçlarca ceza kanunlarının kıyasen uygulanmasının kabul edilebileceğinin dillendirilmesi tesadüf değildir. Aydınlanma ile başlayan temel hak ve özgürlüklerinin yasama, yürütme ve yargı güçleri karşısında korunması mücadelesi sonucunda, ceza hukuku kavramları, adeta “*matematiksel formüller*” gibi kesinlik kazanmışlardır. Muğlak ve müphem biçimde kaleme alınan normun anlamının belirlenebilmesi için “*uygulamadaki hukuk*” ölçütünden hareketle ve yargı kararlarına başvurmak suretiyle norma belirginlik kazandırılmaya çalışılması da son derece eleştiriye açık bir yaklaşımdır.

Tipik fiile ilişkin çok farklı görüşlerin söz konusu olması ve öğretinin değişmesi, normun belirsizliğinin bir göstergesidir ve inceleme konusu norm bakımından yeknesak ve somut bir uygulamanın geliştirilmesinin imkânsızlığını ortaya koyar. Normun bir suç tipini benzeri diğer suçlarla karşılaştırmalı olarak incelemek suretiyle, bunlardan ayırmaya yarayacak mantikî spesifik özellikleri içerecek; söz konusu norma objektif, tutarlı, mantıklı bir içeriğin atfedilmesine imkan sağlayacak biçimde kaleme alınması gerekir.

Günümüzde çok sayıda, karmaşık, çelişkili ve istikrarsız kanunların yapılması da kanunilik ilkesinin politik garanti edici işlevini engellemektedir. Her şeyden önce, çok sayıda kanun yapılması, kanunların sık sık değişmesi, hatta aynı hükmün yakın zamanlarda pek çok defa değişikliğe uğratılması ve üstelik yapılan kanunların niteliklerinin gerektiği gibi olmaması kanunların saygınlığını zedelemektedir. Hatta İtalyan hukukçu *Musacchio* bu durumu “*Bizim parlamenter meclislerimiz kanun yontma tezgahı hâline gelmiş durumdadır*” sözleriyle eleştirmekte ve şekli açıdan kanun sayılsalar da içerik açısından gereken niteliği taşımayan kanunların yapıldığının altını çizmektedir.

Gerçekten de çözümlenmesi neredeyse imkânsız ve adeta şifreli gibi görünen kanunların yapılması, açıklık ilkesinin ve kıyas yasağının ihlal edilmesi riskini doğurmaktadır. Öte yandan özellikle son zamanlarda belirli tip suçluluk ile mücadele konusundaki kararlılığı kanıtlamak için içi boş ve sembolik normların yapılması yoluna gidilmekte ve bunlar yapıldıkları acil durum koşulları nedeniyle asgari belirlilik koşullarını bile taşımamaktadır. Yasama tekniğinden ve uygun dilden yoksun, baştan savma kanunlar karşısında yargıçlar, norma müdahale ederek *ratio legis* inşa etmek durumunda kalmaktadırlar.

Bir normlar yığından ibaret hâle gelen hukuk düzeni, bugün uzmanlar için bile ulaşması ve takip etmesi güç ve kapalı bir hukuk düzenine ve dolayısıyla kaotik bir yargı sistemine neden olmaktadır. Bu ise, ceza hukuku düzeninin amacını ve varlık nedenini bulanıklaştırmaktadır. Böylece düzenden, yargısal düzensizliğe, hukuk düzeninden kanunların düzensizliğine doğru bir gidiş söz konusu olmaktadır. Hâlbuki hukukî kesinlik sadece münferit normları değil, ceza hukuku sisteminin bütününe ilgilendirir ve yalnızca belirli normlar bakımından değil, ceza

hukukunun bütünü bakımından bir gerekliliktir. Bu noktada bir yandan yasama gücü, anayasal açıdan en az tehlikeli bulunduğundan kanunun tekerciliği ilkesi bakımından vazgeçilmez iken, diğer yandan kanun koyucunun düzgün ceza kanunları yapma konusunda sınırlı beceri sergilemesi çelişki yaratmaktadır. Meclisteki kanun yapıcılar aslında birer hukukçu değildirler ve ceza normlarının açık olması ya da ceza hukuku sisteminin bütünü içerisinde tutarlı olması yönünde özel bir kaygı taşımadıkları izlenimini yaratan kanunlar ortaya çıkarmaktadırlar.

Son yıllarda sıklıkla başvuru ve “*torba kanun*” diye tabir edilen çok sayıda ve farklı hukuk dallarına ve farklı konulara ilişkin konuların bir arada kanunlaştırılması, kanunî düzenlemelere ilişkin güncel değişikliklerin takip edilmesini ve bilinmesini oldukça zorlaştırmaktadır. Bilinemeyen bir şeyin açık olması ya da açıklık ilkesinin kendisinden beklenen işlevleri sağlaması elbette düşünülemez. Dolayısıyla yalnızca normun yazılışı ve yapımı değil, yayımı da açıklık ilkesini ihlal edebilir.

Anahtar Kelimeler: Kanunilik ilkesi, yasama tekniği, torba kanunlar.

*

LEGISLATIVE TECHNIQUE, INFLATION OF LEGALIZATION AND OMNIBUS LAWS IN TERMS OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN CRIMINAL LAW

ABSTRACT

The principle of legality, which prohibits punishment for an act that is not clearly foreseen as a crime by the law of the time it was committed and with a punishment that is not clearly foreseen, emerged for the purpose of protecting the individual against the illegitimate interventions of the state, which uses criminal law to ensure social control and public order. For this, the norm must be established by law and not applied to the past, as well as not being flexible and ambiguous in a way that allows different interpretations, leaves a wide margin of discretion to the judge, and its application may change from case to case. However, it should be underlined that making the criminal norm clear and understandable does not mean making it shallow under the name of simplification and eliminating its unique features and nuances. Clarity means clearness, not simplicity. Today, numerous, complex, contradictory and unstable laws are made, which also hinders the political guaranteeing function of the principle of legality. First of all, the fact that many laws are made, the laws change frequently, even the same provision is being amended many times, and the quality of the laws made are not as required, damages the reputation of the laws. The so-called "omnibus laws", which has been frequently used in recent years, is the codification of many different branches of law and issues related to different subjects, making it very difficult to follow and know the current changes regarding legal regulations. The legal system, which has become nothing more than a collection of norms, today results in a closed legal order that is difficult to reach and follow even for experts, and therefore a chaotic judicial system. This blurs the purpose and reason of being of

the criminal law system. Thus, there is a course from order to judicial disorder, and from legal order to legal disorder.

Keywords: The principle of legality, legislative technique, omnibus laws.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA “HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI”

Doç. Dr. Haluk TOROSLU

İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-4028-4672, htoroslu@bilkent.edu.tr

Modern ceza hukukunda ceza müeyyidesinin amacı, suçu işleyen kimseye gerçekleştirdiği kötülüğün bedelini ödetmekten ziyade, onu topluma yeniden kazandırmaktır. Ceza müeyyidesinin temel amacı bu şekilde nazara alındığında, bu amaca hizmet etmeyen bir hapsedmenin meşruluğundan söz etmek mümkün değildir. Bu doğrultuda hemen tüm ceza kanunları çok ağır olmayan bir ihlalin gerçekleştiği ya da görece önemsiz varlıkların ihlal edildiği hallerde, suçun işlendiğinin tespit edilmesine rağmen failin cezaevine girmemesi sonucunu doğuran hükümlere yer vermektedir. Söz konusu hükümlerin ortak amacı, görece önemsiz bir suçu işleyen faili, cezaevinin bozucu ortamından koruyarak ona dışarıda ıslah olma imkanı tanımak ve cezanın damgalama etkisini sınırlamaktır. Bu amaç doğrultusunda Türk ceza mevzuatında da çeşitli kurumlara yer verilmiştir. Bunlardan en önemlisi, hiç şüphesiz Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 5. ve devamı fıkralarında düzenlenmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumudur.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile birlikte mevzuatımıza girmiş ve yürürlüğe girdiği günden bu yana yoğun tartışmalara sebep olmuştur. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, esas itibarıyla sanık hakkında verilen mahkumiyet hükmünün açıklanmasının belirli bir süre boyunca ertelenmesini ve failin denetime tabi tutulacağı bu süre boyunca hükmün sonuçlarını doğurmamasını ifade etmektedir. Belirtmek gerekir ki, çokça tartışılan bu kurumun aslında ismi dahi sorunludur, zira bu kapsamda hükmün açıklanmasının geri bırakılması değil, ertelenmesi, yani aslında ileri bırakılması söz konusudur.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu hakkında yürütülen tartışmalar sonucunda kanunun ilgili hükümlerinde değişiklikler yapılmış ve Anayasa Mahkemesi kurumla ilgili olarak hem bireysel başvuru hem de norm denetimi kapsamında kararlar vermiştir. Mahkeme nihayet 1.6.2023 tarihinde vermiş olduğu 2022/120 E. ve 2023/107 K. no'lu kararıyla Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 5 ve devamı fıkralarını iptal ederek kararın yürürlüğe girişini de bir yıl boyunca ertelemiştir.

Bu çalışma kapsamında Anayasa Mahkemesi'nin özellikle son verdiği ve kurumun tamamen iptali sonucunu doğuran kararı ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı başvurulacak kanun yoluna ilişkin hükmü iptal ettiği kararından hareketle bir değerlendirme yapılacak ve bu kapsamda bazı önemli hususlar tartışılacaktır. Son olarak söz

konusu kararların ardından yapılacak olası düzenlemelerin kanunların zaman bakımından uygulanması açısından nasıl bir sonuç ortaya çıkaracağı üzerinde durulacaktır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıyla ilgili en önemli tartışmalardan biri, bu kapsamda verilen kararlara karşı başvurulacak kanun yolu ile ilgilidir. 5271 sayılı Kanun'da söz konusu kararlara karşı başvurulacak kanun yolunun itiraz olarak düzenlenmiş olması, hem doktrinde tartışmalara yol açmış hem de farklı yargı uygulamalarına sebep olmuştur. Tartışmanın özünde itiraz merciinin yapacağı incelemenin kapsamının ne olacağı sorusu yer almaktadır. Bu doğrultuda itiraz merciinin yaptığı denetim kapsamında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin koşullarının denetleneceğini ve esasa ilişkin bir denetim yapılamayacağını savunanlar olduğu gibi, merciin aynı zamanda mahkumiyet kararının isabetli olup olmadığını denetlemesinin, yani bir başka ifadeyle esasa ilişkin bir denetim yapmasının mümkün olduğunu savunanlar da bulunmaktadır. Benzer şekilde Yargıtay da önceleri itiraz merciinin inceleme yetkisini geri bırakma kararının koşullarının var olup olmadığıyla sınırlı görmüş, ancak sonrasında Ceza Genel Kurulu, itiraz merciinin mahkumiyet hükmünün hukuka uygunluğunu da inceleyebileceğine karar vermiştir. Bu içtihat değişikliği sonrası itiraz incelemesi kapsamında hem geri bırakma kararı hem de hüküm incelenmiş ve bir hukuka aykırılık tespit edilmiş olması halinde karar kaldırılarak hükmün düzeltilmesi için kararı veren mahkemeye gönderilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, söz konusu uygulamanın ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleriyle bağdaştığı söylenemez. Zira ceza muhakemesinde itiraz kanun yolu, uyuşmazlığı nihai olarak çözüme kavuşturan son kararlar için değil, ara kararlar için öngörülmuş bir hukuki çaredir. Buna karşın hükme karşı başvurulacak olan kanun yolları ise istinaf ve temyizdir. Yargıtay'ın bu uygulaması itiraz merciini adeta istinaf mahkemesi konumuna sokmuştur ki, bu durum kabul edilebilir değildir. Her ne kadar itiraz kanun yolunda mahkumiyet hükmünün incelenemeyecek olması bir güvence eksikliği olarak kabul edilebilirse de, bunu gidermenin yolu, itiraz kanun yoluna ilişkin hükümlerin sınırlarının hukuka aykırı şekilde zorlanması değildir.

Anayasa Mahkemesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulacağına ilişkin hükmü, etkili başvuru hakkıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir. Mahkemeye göre kanun yoluna başvurmak imkanı daha güvenli bir yargı hizmeti sunulabilmesi ve hukuka uygun karar verilebilmesi amacıyla getirilmiş bir hukuki çaredir ve adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin kanun yolu aşamasında da sağlanması gerekir. Ancak uygulamada itiraz kapsamında nasıl bir inceleme yapılacağı hususunda farklı uygulamalar söz konusu olduğundan, bu kanun yolu uygulaması şekli itibarıyla yeterli usuli güvenceleri sağlamaktan yoksun hale gelmiştir. Zira Mahkemeye göre itiraz mercileri yaptıkları inceleme kapsamında çatışan menfaatleri dengelemeye yönelik bir değerlendirme yapmadığı gibi, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve orantılı olup olmadığını da denetlememektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının ardından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karşı itiraz kanun yolunu düzenleyen 231.

maddesinin 12. fıkrası yeniden kaleme alınmış ve itiraz merciinin hem geri bırakma kararını hem de hükmü inceleyeceği, usul ve esasa ilişkin bir hukuka aykırılık tespit ettiği takdirde gerekçesini göstererek karar ve hükmü kaldıracığı ve gereğinin yapılması için dosyayı kararı veren mahkemeye göndereceği düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, söz konusu düzenleme itiraz kanun yoluna ilişkin düzenlemelerden farklı olarak, itiraz merciine adeta bir istinaf incelemesi yapma ve bunun sonucunda hükmü bozma yetkisi vermektedir. Bir mahkemenin, aynı derecede ve madde yönünden aynı yetkiye sahip başka bir mahkemenin verdiği hükmü bozabilmesi sonucunu doğuran bu düzenlemenin ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleri açısından izahı zordur. Öte yandan, itiraz incelemesi sonucunda aleyhe bozma yasağının uygulanıp uygulanmayacağı, bu şekilde ortaya çıkan bozmanın itiraz kanun yoluna başvurmayanlara sirayet edip edemeyeceği de tartışılabilir. Sonuç olarak bu yeni düzenleme de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına ilişkin diğer hükümlerle birlikte iptal edilmiştir, ancak kuruma ilişkin yeniden düzenleme yapılırken en doğrusu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlara istinaf yolunu açmak ve bu kapsamda hükmün de incelenmesine imkan tanımak olacaktır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulması açısından Mahkemenin işaret ettiği bir diğer sorun da, geri bırakmaya ilişkin kabul beyanının alındığı ana ilişkindir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, sanığın bu yönde bir uygulamayı kabul etmesi halinde mümkün olmaktadır. Bilindiği üzere uygulamada, sorgusundan hemen sonra sanığa geri bırakmayı kabul edip etmediği sorulmakta ve böylece sanık henüz yargılamanın başında bir anlamda mahkumiyeti kabullenmeye itilmektedir. Bu aşamadaki bir kabulün de yargıç açısından bir ön yargının oluşumuna yol açabileceğinde kuşku yoktur.

Anayasa Mahkemesine göre sanığın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesini onaylamakla, hakkında verilen hükümlerle ilgili istinaf kanun yoluna başvurma hakkından feragat ettiği kabul edilebilir. Ancak uygulamada henüz deliller ortaya konulup tartışılmadan bu konudaki beyan alındığından, böyle bir beyanın kanun yolundan feragat açısından anayasal geçerlilik koşullarını taşıdığı söylenemez. Geçerli bir feragat iradesi olmadan istinaf incelemesinin yapılmaması da hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkını sınırlamaktadır. Henüz bir mahkumiyet kararı olmadan, bir başka ifadeyle istinaf kanun yoluna başvurma hakkı henüz doğmadan peşinen bundan feragat edilmektedir. Mahkeme, kanunda kabule ilişkin beyanın mahkumiyet hükmünden sonra alınmasına yönelik usule ilişkin bir güvence olmadığından, inceleme konusu kuralın kanunilik şartını sağlamadığı ve sanığa aşırı bir külfet yüklediğinden ölçüsüz olduğu kanaatinde dir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin olarak verdiği kararlarda, söz konusu kurumun cezasızlık bağlamında yaşam hakkı ve kötü muamele yasağıyla ilgili sorunlara neden olduğuna hükmetmiş, örneğin kolluk görevlisi fail hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin başvuruçunun mağduriyetinin giderilmemiş olması sebebiyle cezasızlığa neden olduğuna ve yaşam hakkının usul yönünün de ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre kurum, infaz edilebilir bir

ceza alınmaması sonucunu doğurmakta ve mağdur açısından manevi bir telafi yöntemini içermemektedir. Özellikle kamu görevlileri tarafından işlenen kötü muamele ve işkence suçları açısından bu kurumun uygulanmayacağına ilişkin bir düzenlemenin bulunmamasının, Anayasa'nın 17. maddesinden kaynaklanan, faille fiilleriyle orantılı ceza verme ve mağdurlar açısından uygun giderimin sağlanması şeklinde ortaya çıkan pozitif yükümlülükler ile bağdaşmadığı da vurgulanmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının cezasızlık bağlamında sorun teşkil ettiği ve bazı faillerin cezasız kalmasının mağduriyetin giderilmesine engel olduğu şeklindeki yaklaşımı, inceleme konusu kurumun uygulama alanının daraltılmasına ve belirli fiil veya failer hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin kanunen yasaklanmasına yol açacaktır. Belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu yaklaşımı eleştiriye açıktır. Zira Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkumiyetinin bulunmaması ve mahkemece yeni bir suç işlemeyeceği konusunda bir kanaate varılmış olması arandığı gibi, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi de şarttır. Öte yandan bu kurum yalnızca iki yıl veya daha fazla hapis cezasına ya da adli para cezasına hükmedilen hallerde uygulanabilmektedir. Bu sınırlar kapsamındaki bir mahkumiyet, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun kapsamı dışına çıkarılsa bile, muhtemelen 5275 sayılı Kanun hükümleri uyarınca failin cezaevine girmesi söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla bu kurumun bütün suçlar açısından uygulanabilir olmasını kanun koyucunun takdir yetkisi içerisinde değerlendirmek gerekmektedir. Bununla birlikte manevi zararın da başkaca yollarla giderilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin 231. maddenin 5 ve devamı fıkraları için verdiği iptal kararı yürürlüğe girmeden önce kanun koyucunun bu konuda yeni bir düzenleme yapması kuvvetle muhtemeldir. Yapılacak söz konusu düzenleme hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama alanını daralttığı takdirde söz konusu normun geçmişe uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Bilindiği üzere Yargıtay, söz konusu denetim süresi sonunda verilen düşme kararının cezalandırma ilişkisini ortadan kaldırması sebebiyle, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının karma bir kurum olduğunu ve bu konuda geçmişe uygulamanın mümkün olduğunu kabul etmiştir. Kurumun bu niteliği dolayısıyla, kapsamını daraltan bir düzenleme, yürürlüğe girmesi ve fail aleyhine sonuç yaratması halinde, yalnızca yürürlüğe girdiği tarihten sonra işlenen fiiller açısından uygulanabilecektir. Ancak geri bırakma kararına karşı kanun yolunu düzenleyen hüküm muhakeme normu niteliğinde olduğundan derhal uygulanma ilkesi doğrultusunda bir uygulama yapılması gerekecektir.

Anahtar Kelimeler: Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kanun yolu, mahkemeye erişim hakkı.

*

“DEFERMENT OF THE ANNOUNCEMENT OF THE VERDICT” IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS

ABSTRACT

In modern criminal law, the purpose of the penal sanction is to reintegrate the offender into society rather than to make him pay for the evil he has committed. When the main purpose of the criminal sanction is considered in this way, it is not possible to consider legitimate an imprisonment that does not serve this purpose. In this respect, almost all criminal codes include provisions whereby the perpetrator is not imprisoned, despite the fact that the offence has been found to have been committed, in cases where the offence is not very severe or where relatively insignificant interests have been violated. The common purpose of these provisions is to protect the offender who has committed a relatively minor offence from the corrupting environment of prison, to give him the opportunity to reform outside and to limit the stigmatising effect of punishment. In line with this aim, several institutions have been introduced into Turkish penal legislation. The most important of these is undoubtedly the deferment of the announcement of the verdict, which is regulated under Article 231 of the Code of Criminal Procedure.

The institution of deferring the announcement of the verdict was introduced in our legislation with the Code of Criminal Procedure No. 5271 and has been the subject of intense discussions since the day it entered into force. As a result of these debates, various amendments were made to the relevant provisions of the law, and the Constitutional Court issued various rulings on this issue, finally repealing the 5th and subsequent paragraphs of Article 231 of the Code of Criminal Procedure in its ruling of 1.6.2023, number 2023/107.

Within the framework of this study, special attention will be paid to the last decision of the Constitutional Court, which led to the complete abolition of the institution, as well as to the decision that abolished the provision that regulates the legal remedy against the decision to defer the announcement of the verdict. In this respect, it will be discussed whether it is necessary to apply the deferment of the announcement of the verdict for all offences, which legal remedy should be applied against the deferment decision and what the scope of the examination in the legal remedy should be. Finally, it will also be discussed how the possible regulations to be adopted after the above-mentioned annulment decision will lead to the application of the laws in terms of time.

Keywords: Deferment of the announcement of the verdict, legal remedy, right access to court.

TÜRK CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA MAKUL SÜREDE VE ETKİLİ YARGILAMA YAPILMASINI ÖNLEYEN İKİ SORUN ÜZERİNE: ÇOK SANIKLA VE EKSİK SORUŞTURMA SONUCUNDA AÇILAN DAVALAR

Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-9182-2549, taner@law.ankara.edu.tr

ÖZET

Yargılamanın makul sürede tamamlanması adil yargılanma hakkının açık güvencelerinden biridir. Elbette makul süre gözetilirken, yargılamanın doğru şekilde sonuçlandırılması da amaçlanmaktadır. Yargılamanın uzun sürmesi hem sanık hem de mağdur bakımından pek çok psikolojik olumsuz etkisi vardır. Buna ek olarak bu belirsizliğin uzun sürmesi, sanığın mahkûm olması gereken örneklerde, ona yönelik kesin hükme bağlı özel önleme tedbirlerinin alınmasını da geciktirmektedir.¹

Bu tebliğde, Türk ceza muhakemesi hukuku sistemindeki iş yükünün temel nedenlerinden ikisi olan tüm deliller toplanmadan açılan davaların ve çok sanıklı olarak açılan davaların yol açtığı sorunlar ve çözüm önerileri ele alınacaktır:

2022 yılında Türkiye Cumhuriyeti'nde açılan ceza davalarındaki mahkûmiyet oranının %40,7² olduğu görülmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, ancak sanığın suçu işlediğine kanaat getirilmesi halinde verilebildiğinden bu sayıya %21,4 olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının oranını da eklenebilir. Öte yandan bu hesap yapılırken beraat kararı verilebilecek pek çok davada, hakimlerin şüpheden sanık yararlanır ilkesini gereği gibi uygulamayarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verdikleri de unutulmamalıdır. Söz konusu kararın verilmesi sanığın kabulüne bağlı olduğundan, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul eden sanıkların çoğunlukla itiraz kanun yoluna başvurmamaları da hakimlerin bu tutumunda etken olmaktadır. Dolayısıyla kabaca açılan davaların ancak yarısında mahkûmiyet kararı verildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

İyi çalışan bir sistemde açılan davalarda %80'nin üzerinde mahkûmiyet kararı verilmesi gerekirken, bu rakamın Türkiye'de düşük olması, ceza davalarının hazırlığının iyi

¹ 1981 yılında aynı sorunu tespit eden bir makale için bkz. CİHAN, Erol: Hâkim Unsuru Açısından Ceza Davalarının Uzamasının Sebepleri, s. 878. FM.C.XLV-XLVII, Y. -1981, s. 884-886.

² 2022 yılı için bkz. https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/29032023141410adalet_ist-2022calisma100kapakli.pdf, s. 75.

yapılmadığını, açılmaması gereken pek çok davanın açıldığını göstermektedir.³ Hatta bazen mahkemelerin de soruşturma evresinde toplanmayan bu delilleri toplamamakta ısrar etmeleri, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurulara konu olmakta ve çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkeleri bağlamında ihlal kararlarına yol açmaktadır.⁴ Yargıtay'ın da eksik soruşturma nedeniyle bozma kararı verdiği çok sayıda örnek vardır.⁵

1. Etkili bir soruşturma ve kovuşturma evresini yönlendirecek kalitede bir iddianameyle dava açılmaması

İdeal bir hukuk sisteminde soruşturmanın uzun kovuşturmanın ise kısa sürmesi beklenir. Soruşturma evresinde toplanması gereken tüm deliller belirlenmeli ve toplanmalı, kovuşturmaya bu delillerin mahkeme önünde ortaya konulması ve tartışılması kalmalıdır. Oysa uygulamanın bu yönde geliştiğini söylemek güçtür.

5271 sayılı CMK'nın getirdiği en önemli yeniliklerden birisi şüphesiz ki iddianamenin iadesidir.⁶ Bu kurumla gereksiz davaların açılmasının önüne geçilmek istenmiş ve kovuşturma evresine olabildiğince tam bir iddianameyle başlanması amaçlanmıştır. Uygulamada CMK'da amaçlanan aksine, soruşturma büyük çoğunlukla kolluk inisiyatifinde yapılmakta ve Cumhuriyet savcısının soruşturma üzerindeki kontrolü son derece sınırlı olmaktadır. Cumhuriyet savcılarının bu şekilde önlerine gelen dosyada, sonuç çıkarma işini de gereği gibi yapmamaları, sanık sandalyesine aslında hiç oturmaması gereken pek çok kişinin kendisini yargı organı önünde bulmasına yol açmaktadır.⁷

İddianamenin denetlenmesi teorik olarak; yeterli delil olmadan kovuşturma evresine otomatik bir geçişi önlemekte, muhakeme şartlarının kontrolünü sağlamakta ve daha sonra tamamlanması çok güç pek çok eksiğin giderilmesine hizmet ederek adil yargılanma hakkına katkıda bulunmaktadır.⁸ Ancak Kanun'un düzenlemesine bakıldığında, iddianamenin değerlendirilmesi sürecinin çelişmeye açık olmadığı ve savcılıkla mahkeme arasında cereyan eden bir süreç olarak dizayn edildiği görülmektedir.

İtalyan ceza muhakemesi hukukunda soruşturma evresinden kovuşturma evresine geçişte öncelikle taslak iddianame (talepname) savunmaya tebliğ edilmekte ve delil toplanmasına ilişkin talepleri sorulmaktadır. Daha sonra savcılık ve tarafların katılımıyla yapılan duruşmada (sanığa bildirilmesine rağmen, sanık gelmediği takdire duruşma yokluğunda yapılır bkz. İt. CMK'nın 420-bis) savcılık soruşturmadan çıkarttığı sonucu delillerle birlikte açıklamakta, sanık buna karşı beyanda bulunmakta daha sonra ise diğer taraflara söz verilmektedir. Son

³ Bu konuda ayrıca bkz. YÜCEL, Mustafa Tören: "Ceza Adaletinde Rasyonellik Bildirgesi", TBBB, sayı 1997/2, yıl 10, s. 197-200; Yenisey, Hazırlık, s. 146 dn. 83; AKBULUT, İlhan: "Ceza Davalarının Uzamasının Sebepleri", Yargıtay Dergisi, cilt 20, sayı 4, Ekim 1994, s. 449-450.

⁴ Murat Polat ve Sebahattin Ünlü başvurusu, 07.11.2019, §49. Benzer paragraf için bkz. *Ruhsen Mahmutoğlu* başvurusu, 15.01.2020, §67.

⁵ Çok sayıda örnek arasında bkz. Yargıtay 6.Ceza Dairesi, E. 2021/19719, K. 2022/16475, T. 28.11.2022.

⁶ ÖZTÜRK, Bahri: "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Ara Muhakeme Evresi", Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyum Kitabı içinde, Ankara 2009, s. 491.

⁷ YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, 15. Bası, Ankara 2018, s. 456.

⁸ Bkz. ÜNVER, Yener - HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, Ankara 2017, s. 517.

olarak savcılık ve müdafî bir kez daha söz hakkına sahiptir (İt. CMK m. 421). Duruşmanın ardından hâkim son soruşturmanın açılmasına, ek soruşturma yapılmasına gerek olduğuna veya son soruşturmaya yer olmadığına karar verir.

Alman ceza muhakemesi hukukunda ise iddianamenin mahkemeye sunulmasının ardından mahkeme başkanı sanığa iddianameyi açıklamakta ve kovuşturma açılmasından önce delil ikame edebileceğini ve kovuşturmanın açılmasına karşı görüş bildirebileceğini bildirmektedir. Bu muhakeme, sanığın lehine haksız bir kovuşturmanın başlamamasına hizmet ettiğinden, bu evrede *meram anlatma hakkı* oldukça güçlüdür.⁹ İspanya'da da benzer bir sistem benimsenmiştir. Dolayısıyla bu iki sistemde iddianamenin değerlendirilmesinde çelişmeli bir duruşma yerine, çelişmenin yazılı olarak gerçekleşmesini sağlayan bir metot tercih edilmiştir.¹⁰

Savunmanın sürece dâhil edilmesi, hem gerçek bir ara muhakemeden bahsedilebilmesi için gerekli, hem de açılması gerekmeyen davaların açılmasının engellenmesi için zorunludur.¹¹ Ayrıca bu aşamada hukuka aykırı delillere ilişkin tartışmalar da yapılarak, dosyadan çıkartma usulü de benimsenebilir. Bu aşamada verilen kararlara karşı, istinaf kanun yolu açılarak hukuka aykırı delillere ilişkin içtihadın tutarlı bir hal alması sağlanabilir. CMK'nın 153/4. maddesi de değiştirilmeli ve müdafî en azından iddianame mahkemeye sunulduğu andan itibaren kısıtlama olmaksızın dosyaya erişme imkânına sahip olmalıdır.¹² Nitekim CMK'nın TBMM'den çıkan ilk hali yürürlüğe girmeden 5353 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki düzenleme¹³ bu yöndeydi.

CMK'daki bir eksiklik, soruşturma evresinde savcılığa yönelik delil toplama ve koruma tedbirine başvurmaya yönelik talepler reddedildiğinde (kaldı ki burada ret kararından çok, cevapsız bırakmadan söz etmek daha doğru olur), savcılığın ret kararına veya hareketsizliğine karşı, sulh ceza hâkimine başvurmanın mümkün olmamasıdır. Bu Türk hukuk sisteminin önemli bir eksigidir.

Kanımızca iddianamenin on beş gün içerisinde reddedilmemesi halinde, kabul edilmiş sayılacağına dair CMK'nın 174/3. maddesinde yer alan düzenleme, Türkiye'de kamu davasının açılmasının denetlenmesine hâkim olan zihniyetle, İtalyan ve Alman sistemlerinin farkını açıkça ortaya koymaktadır. Mevcut düzenlemede İddianamenin iadesi kararına karşı yalnızca

⁹ SCHRODER, Friedrich-Christian – TORSTEN, Verrel: *Ceza Muhakemesi Hukuku, Almanca aslından Türkçeye çeviren Dr. Salih Oktar, Ankara 2019*, s. 150.

¹⁰ JACBOS, Ann: "*Petit tour du monde du contradictoire*", *Le contradictoire dans le procès pénal* içinde, Paris 2012, s. 32.

¹¹ KUNTER, Nurullah - YENİSEY, Feridun - NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2006, 1126; CENTEL, Nur - ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Bası, İstanbul 2020, s. 563 ve 569.

¹² KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU: s. 474; ATAÇ, Selcen "*Müdafîin Soruşturma Dosyasını İnceleme Yetkisi*", *Ceza Hukukunda Son Gelişmeler Sempozyum Kitabı* içinde, Ankara 2016, s. 101.

¹³ Hüküm şu şekildedir: "*Müdafî, Cumhuriyet Savcılığınca iddianamenin mahkemeye verildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir.*"

Cumhuriyet savcılığının itiraz edebilmesi ancak bu hakkın suçtan zarar görene verilmemesi de yerinde bir uygulama değildir.¹⁴

2. Çok sanıklı davaların yarattığı sorunlar

Çok sanıklı davaların pek çoğu soruşturma evresinde Cumhuriyet savcılığının davaları birleştirerek açmasından kaynaklanmaktadır. Her sanık açısından isnad edilen suç fiilini hangi davranışla, nerede, ne zaman işlediği ayrı ayrı açıklanmadan, deliller ve olaylar her sanık açısından ayrı ayrı ilişkilendirilmeden, genel ve toptancı bir yaklaşımla suçlama konusu olayların anlatılması hukuka aykırıdır.

İsnadın bildirilmesi, sanığın savunmasını hazırlamak için gereken zaman ve kolaylıklara sahip kılınmasını hükme bağlayan AİHS'nin 6/3-(b) bendiyle de doğrudan ilişkilidir.¹⁵ Zira şüpheli, ancak isnat edilen fiil bakımından meramını anlatabilir ve kendisini savunabilir.¹⁶ Dolayısıyla isnadın bilinmesi, savunma hakkının temelini oluşturur ve isnadın ne olduğu bilinmeden, kişiye kendisini savunması için gereken kolaylığın sağlandığından söz edilemez. Sanığa kendini savunma imkânı tanınmaz ve iddianın karşısında savunma yer almazsa; çelişme yönteminin de uygulanması mümkün olmaz ve adil bir yargılama yapılamaz.¹⁷

Buna ek olarak davanın çok sanıklı olması duruşmanın yönetilmesi bağlamında da büyük güçlükler yol açmakta ve yargılamayı kaçınılmaz olarak uzatmaktadır.

Bu bir yargı kültürü sorunudur. Birinci çözüm ilk sorunla bağlantılıdır ve iddianamelerin sanıklar ve deliller ilişkilendirilerek düzenlenmesini, davaların ancak fayda görülen hallerde birleştirilerek açılmasıdır. Öte yandan kovuşturma evresine geçildiğinde mahkemenin davanın birleştirilerek açılmasına gerek olup olmadığını etkili bir şekilde denetlemesi ve ayırma kararları vermesi veya şartları varsa iddianameyi iade etmesi bir diğer çözüm olarak akla gelmektedir.

Anahtar Kelimeler: İddianamenin iadesi, makul sürede yargılanma hakkı, eksik soruşturma, bağlantı, etkili soruşturma.

*

¹⁴ EVİK, Vesile Sonay: "İddianamenin İadesi", Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı içinde, Ankara 2008, s. 829.

¹⁵ Bkz. *Mattocia/İtalya*, 25.07.2000, §60; *Pélissier ve Sassi* [BD], 25.03.1999 §54; *Dallos/Macaristan*, 01.03.2001, §47.

¹⁶ DEMİRBAŞ, Timur: Şüphelinin İfadesinin Alınması, Ankara 2015, s. 131. "Olayı, isnadın nedenini, olayı ve hukukî niteliğini bilmeyen sanığın kendisini yeterince savunamayacağı açıktır. Bu husus, savunma hakkının temelini oluşturur." Bkz. AYM, E. 1997/41, K. 1998/47, T. 14.7.1998.

¹⁷ FEYZİOĞLU, Metin: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku", TBB, Y. 2004, S. 55, s. 103. "Suç isnadı altındaki kişiye savunma hakkının şeklen değil gerçek anlamda sağlanması gerekir. Bunun için suç isnadı altında bulunan kişiye, savunmasını hazırlayıp mahkeme önünde dile getirebilmesi ve böylece yargılamanın sonucunu etkileyebilmesi için isnadın bildirilmesi gerekmektedir. Hakkındaki isnadı bilmeyen kimsenin savunma yapması mümkün değildir." Ali Kemal Tekin başvurusu, 02.02.2017, §42.

ON TWO PROBLEMS IN TURKISH CRIMINAL PROCEDURE LAW THAT PREVENT THE CONDUCT EFFECTIVE AND WITHIN A REASONABLE TIME: CASES FILED AGAINST MULTIPLE DEFENDANTS AS A RESULT OF INCOMPLETE INVESTIGATION

ABSTRACT

Conclusion of the proceedings within a reasonable time is one of the explicit guarantees of the right to a fair trial. Of course, while observing the reasonable time, it is also aimed to conclude the trial in the right way. The long duration of the trial has many psychological negative effects on both the defendant and the victim. In addition, this prolonged uncertainty delays taking of special preventive measures, which are linked to a final judgement, in cases where the defendant must be convicted.

In this paper, one of the main reasons for the workload in the Turkish criminal procedure law system will be discussed, namely the cases opened without collecting all the evidence and the cases opened with multiple defendants.

In an ideal legal system, the investigation is expected to take a long time and the prosecution a short time. In the investigation phase, all the evidence that needs to be collected should be determined and collected, and the prosecution should be left to the presentation and discussion of this evidence before the court. However, it is difficult to say that the practice has developed in this direction.

The only way to ensure that the prosecuting authority collects evidence properly is through effective supervision before the opening of a public prosecution. Therefore, in the Turkish legal system, it is imperative that the process of return of the indictment is rendered in a contradictory way. In this study, examples where this review is conducted in a trial and written procedure will be presented and a solution proposal will be put forward in this direction.

Another problem is that, despite its futility, multi-defendant lawsuits are initiated and the judicial process becomes inextricable. This problem can be solved by the courts' stricter scrutiny of the elements of benefit and connection in cases filed jointly.

Keywords: Return of the indictment, right to trial within a reasonable time, incomplete investigation, connection, effective investigation.

TUTUKLAMAYA DAİR GÜNCEL SORUNLAR

Dr. Öğr. Üyesi Yaprak ÖNTAN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0003-4665-6737, yontan@ankara.edu.tr

ÖZET

Tutuklama koruma tedbirine ilişkin eskiden beri var olan ve mevzuattan ya da uygulamadan kaynaklanan çeşitli sorunlar ne yazık ki halen güncelliğini korumakta, dahası bunlara yeni sorunların eklendiği görülmektedir. Bu sorunların dile getirilmesi ve tartışılması tutuklamanın kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü olmamasına rağmen kişi hak ve özgürlüklerini en ağır şekilde sınırlayan bir koruma tedbiri olması nedeniyle önem taşımaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) yer alan kimi düzenlemeler ve bunlara bağlı ya da bunlardan bağımsız pratikler koruma tedbirlerinin araç olma ve geçicilik özellikleri ile orantılılık ön şartıyla bağdaşmamakta, netice olarak hak ihlalleriyle de sonuçlanabilmektedir. Tebliğde, söz konusu sorunlardan en güncel ve önemli olanlarına yer verilecektir.

Öncelikle, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten beri var olan ve yine bu tarihten beri birçok yazarca eleştirilen “katalog suç”lar, eleştirilere rağmen varlığını korumaktadır. Madde 100/3'te sayılı suçlar bakımından tutuklama nedeninin var sayılabiliyor olması, otomatik olarak verilen tutuklama kararlarının sayısını bir hayli arttırmakta, hâkim ve mahkemelerin bu suçlar bakımından tutuklama kararı vermeme ihtimallerini azaltmaktadır. Dahası tutuklama nedeninin var sayılabileceği suçların zaten geniş olan kapsamı daha da arttırılmıştır. Birçok suçun söz konusu fıkraya eklenmesi tutuklamanın bir ceza olmayıp bir koruma tedbiri olma özelliğiyle bağdaşmamaktadır. Basit hırsızlık suçunda dahi tutuklama nedeninin var sayılabileceğinin düzenlenmiş olması söz konusu durumun vahametini göstermektedir. Yine hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlar bakımından söz konusu olan tutuklama yasağı, vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenen suçlar hariç bırakılmak suretiyle önemli ölçüde anlamsız bir yasak haline getirilmiştir. Asıl olarak suç işlenmesinin önlenmesi konusuna odaklanması gereken, özellikle kadınlara ve sağlık personeline yönelik şiddet bakımından, bir ceza olmadığı için caydırıcı olmayan ve amacı düşünüldüğünde de caydırıcılık fonksiyonunu taşıması gerekmeyen tutuklama tedbiriyle mücadele edilmeye çalışılması işlevsizdir.

Soruşturma ve özellikle kovuşturma evresinde, tutuklama talebinin reddi ya da salıverilme kararlarına itiraz edilip edilemeyeceği şeklindeki tartışmalar, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a 2011 yılında eklenen geçici 3. maddeyle sona erdirilmiştir. Buna ve sonrasında geçici madde 9'a göre; 2019 yılına kadar asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara Cumhuriyet savcısının katılmayacağı,

“Ancak, verilen hükümler ile tutuklamaya veya salıverilmeye ilişkin kararlara karşı Cumhuriyet savcısının kanun yoluna başvurabilmesi amacıyla” dosyanın Cumhuriyet başsavcılığına gönderileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca CMK’da 2013 yılında yapılan değişiklikle 105. maddeye; *“Bu kararlara itiraz edilebilir.”* ibaresi eklenmiştir. Keza Kanun’un *“Merciin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.”* şeklindeki 271/4. maddesi hükmü göz önünde bulundurulduğunda da tutuklama talebinin reddi ve salıverilme kararlarına itiraz edilebileceği anlaşılmaktadır. Ne var ki, özellikle kovuşturma evresinde tutuklama talebinin reddi ve salıverilme kararına itiraz edilebilmesi hem hatalı hem de anlamsızdır. İtiraz üzerine itiraz merciinin tutuklama kararı vermesi halinde, mahkemenin derhal tekrar sanığı serbest bırakabileceği düşünüldüğünde düzenlemelerin yerinde olmadığı rahatça anlaşılabilmektedir.

Eskiden beri uzun tutukluluk sürelerinin uzunluğuna ve ağır ceza mahkemelerinin görevine giren işlerde uzatma süresinin, asıl azami sürenin üzerinde oluşuna birçok eleştiri yöneltilmiştir. 2019 yılında yapılan değişiklikle soruşturma evresi için ayrı bir azami süre belirlenmiştir. Ancak buradaki bir diğer önemli sorun uygulamadan kaynaklanmaktadır. Yargı kararlarına bakıldığında, olağan kanun yollarında sanığın tutuklu olması halinde, bu yollar tüketilene kadar geçen süre azami tutukluluk süresinden sayılmamaktadır. Yargılama sürelerinin uzunluğu göz önünde bulundurulduğunda bu yöndeki içtihatın ne denli yanlış olduğu daha iyi anlaşılabilmektedir. Söz konusu uygulama bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin çeşitli içtihatlarına atıf yapılmaktadır. Ne var ki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Sözleşme’nin 53. maddesinde de belirtildiği üzere asgari standartları ortaya koymaktadır ve iç hukukta bu standartların üzerine çıkılabilir. Ayrıca mevzuatta öngörülen azami sürelerin karşılaştırmalı hukuktaki birçok emsaline kıyasla çok daha uzun olması, yargılamaların da çoğunlukla makul sürelerde bitirilememesiyle beraber düşünüldüğünde Sözleşme’ye kendiliğinden aykırılık teşkil edebilmektedir. Yürürlükteki mevzuat da esasında açıkça Sözleşme’deki asgari standardın üzerindedir. Zira şüpheli ve sanıkların azami ne kadar süreyle tutuklanabileceği CMK’da açıkça düzenlenmiştir ve yine CMK’ya göre sanık; *“Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi”* ifade eder. Buna göre olağan kanun yollarında da yargılanan kişinin sıfatı sanıktır ve Kanun’un 102. maddesindeki azami süreler olağan kanun yollarında da geçerlidir.

Söz konusu sorun yine uygulamadan kaynaklanan başka bir hatalı yaklaşımla pekiştirilmektedir. Uygulamada, hakkında ilk derece mahkemesi tarafından mahkûmiyet hükmü verilen ve tutuklu bulunan sanıkların “hükümözlü” ya da “hükmen tutuklu” olarak adlandırıldıkları görülmektedir. Bu şekildeki bir nitelendirmenin mevzuatta hiçbir yeri bulunmamaktayken, uygulamanın da etkisiyle sonradan “Ceza İnfaz Kurumlarının Tahsisi, Nakil İşlemleri ve Diğer Hükümler” konulu genelgelerde “hükümözlü” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Ancak bunun dışında ne CMK’da ne de Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da (CGTİHK) böyle bir terminolojiye rastlanılamamaktadır. Söz konusu nitelendirmeler, hakkında ilk derece mahkemesi tarafından mahkûmiyet hükmü verilen ancak henüz olağan kanun yolları tüketilmediğinden mahkûmiyet hükmü kesinleşmeyen ve bu sırada tutuklu olanları, ilk derece mahkemesindeki yargılaması devam edenlerden ayırmak için

kullanılmakta ve bu durum olağan kanun yollarında tutukluluktaki azami sürelerle riayet edilmemesi açısından da önem taşımaktadır. Oysa ki, olağan kanun yolları tüketilmediği sürece, tutuklu da olsa kişi sanıktır. CMK'nın yukarıda belirtilen "Tanımlar" başlıklı 2. maddesi dışında, 5275 sayılı CHTİHK'ya göre de hükümlü ve tutuklular ayrıdır ve "*Mahkûmiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz.*" Bu nedenle, henüz hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü bulunmayan sanığın "hükümözlü" ya da "hükmen tutuklu" olarak adlandırılması mümkün değildir ve bu durum açıkça masumiyet karinesi ile de çelişmektedir. Olağan kanun yollarında yapılacak yargılamaların sonucunda belki de beraat edecek olan sanığın "özünde" hükümlülük söz konusu olamaz.

Hiç kuşkusuz bir diğer önemli sorun gerekçesiz ya da eksik gerekçeyle tutuklama kararları verilmeye devam ediliyor olmasıdır. Tutuklama kararı verilebilmesi için bilindiği üzere, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren delillerin ortaya konması, şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların olması veya şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme ya da tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturduğunun ortaya konması ve tedbirin orantılı olması gerekmektedir. Uygulamada ise bu şartlara riayet edildiği halen söylenememektedir. CMK madde 100/3'te sayılan suçlarda ise, hâkim ve mahkemenin gerekçesini göstermek suretiyle tutuklama nedeninin olmadığını ortaya koyması ve tutuklama tedbirine başvurmaması olanaklıyken bunun için gerekli incelemenin yapılmasından da çoğunlukla imtina edildiği görülmektedir.

Dahası kamuoyu tepkisi nedeniyle tutuklama kararı verilmesi son yıllarda iyice yaygınlaşmıştır. Tutuklamanın bir ceza olarak görülmesi şeklindeki yaygın hatalı kanaate ve cezasızlık endişesine dayanarak oluşan tepkiler üzerine, mevzuata göre tutuklama yasağı olan hallerde dahi suç nitelendirmesi değiştirilerek tutuklama kararı verildiği örneklerle karşılaşılabilir. Medya ve özellikle sosyal medya üzerinden gösterilen tepkiler nispetinde tutuklama kararı verilen örneklerle sık sık karşılaşılmaktadır. Gerekçesiz ve hukuka aykırı olarak verilen bu türden kararlar yargının bağımsızlığı endişesini kuvvetlendirmektedir. Tutuklamanın yalnızca bir koruma tedbiri olduğu ve aslolanın suç işlendiğinin kesinleşmiş mahkûmiyet kararıyla belirlenmesi halinde verilen cezadan kaçınılamayacak olması gerektiği göz ardı edilmektedir. Bu yöndeki yanlış algıları yaygınlaştıran önemli bir faktörün de infaz rejimi ve koşullu salıverilme, denetimli serbestlik ve açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya ilişkin düzenlemelerin sık sık değiştirilmesi olduğunun altı çizilmelidir.

Belirtilmelidir ki, tutuklamaya ilişkin sorunlar bunlarla sınırlı değildir. Ancak yukarıda belirtilen ve tebliğde ele alınacak olanlar, halen güncelliğini koruyan veya görece yeni olsa da gün geçtikçe daha da akut bir nitelik kazanan meselelerdir. Söz konusu sorunların bir kısmı hâlihazırda yürürlükte olan normlardan, diğer bir kısmının hatalı uygulamalardan kaynaklandığı belirtilmelidir. Kesinleşmiş bir mahkûmiyet olmaksızın temel hak ve özgürlükleri en ağır şekilde sınırlandıran tutuklama tedbirinin uygulanmasında keyfilikten kaçınmak ve tedbirin otomatik bir ceza olarak görülmesini önlemek acil bir ihtiyaçtır. Başta kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı olmak üzere AİHS ve Anayasa'daki temel hak ve

özgürlüklerin ihlaline yol açan kararların verilmesinde, ağırlıklı olarak, tutuklama tedbirinin gerekmediği halde, gerekçesiz ve uzun süreyle uygulanması şeklindeki pratikler rol oynamaktadır. Tüm bu nedenlerle, ilgili sorunların varlığına dikkat çekilmesi ve bunların tartışmaya açılmasının yararlı olacağı değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Tutuklama, itiraz, tutuklulukta azami süreler, yargı bağımsızlığı.

*

CURRENT PROBLEMS REGARDING DETENTION

ABSTRACT

Regarding detention, various long-standing problems arising from legislation or practice, unfortunately, remain current, and new problems appear to be added to them. First of all, the so-called "catalog crimes", which have existed since the entry into force of the Code of Criminal Procedure, continue to stay in force despite the criticisms. Moreover, the already broad scope of crimes for which grounds for detention can be presumed has been further increased. The inclusion of many crimes in the said paragraph is incompatible with the feature of detention as a protective measure, not a punishment.

Moreover, especially during the prosecution phase, the regulations enabling objection to the decisions of release or rejecting the demand for detention, are both erroneous and meaningless. It can be easily understood that these are not appropriate by considering such a case where after the defendant is detained upon objection, the court can immediately release the defendant again.

In addition, many criticisms have been directed to the long periods of detention in the past and to the fact that the extension period is longer than the actual maximum period in matters falling within the jurisdiction of the assize court. However, another important problem here arises from the practice. According to many court precedents, if the defendant is still detained on appeal, the time elapsing is not included in the maximum duration of detention. In terms of this practice, reference is made to various jurisprudence of the European Court of Human Rights. However, as stated in the European Convention on Human Rights, minimum standards are set with the Convention and these standards can be exceeded in domestic law. The legislation in force is clearly above this minimum standard. Therefore, such court precedents are open to criticism.

Also, even if the first instance court has given a verdict of conviction, when there is a decision that has not yet been finalized, the person concerned is still the defendant unless ordinary legal remedies are exhausted, and other concepts used instead have no basis in legislation.

Undoubtedly, another important problem is that warrants of detention continue to be issued without justification or with incomplete justification. Moreover, issuing these upon

public reaction has become increasingly common in recent years. Detaining the suspect in line with the reactions shown in the media and especially on social media further reinforces this situation. Such unjustified and unlawful decisions strengthen the concern for the independence of the judiciary. It is ignored that detention is only a protective measure and when there is a final decision of conviction the punishment will be executed inevitably.

Keywords: Detention, objection, maximum duration of detention, independence of the judiciary.

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN 2547 SAYILI YÜKSEKÖĞRETİM KANUNUNDAKİ CEZA SORUŞTURMA USULÜNE İLİŞKİN BAZI TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER

Ar. Gör. Dr. Atacan KÖKSAL

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0003-1880-5176, koksala@ankara.edu.tr

ÖZET

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesi, yükseköğretim kurumları personelinin görev suçlarına ilişkin ceza soruşturma usulünü düzenleyen özel bir muhakeme normudur. Ceza iddiası görevinin Cumhuriyet savcısından başka makamlara verildiği istisnai hallerden birini oluşturan söz konusu hüküm uyarınca, ceza soruşturması yükseköğretim kurumları içindeki soruşturmacılar tarafından yapılmakta ve son soruşturmanın (ceza kovuşturmasının) açılıp açılmayacağına yetkili kurullarca karar verilmektedir.

Hukukumuzda bazı kimselerce işlenen görev suçları bakımından 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesindeki benzer nitelikte özel düzenlemeler mevcuttur. Memurlar ve diğer kamu görevlileri bakımından 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, avukatlar bakımından 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58 ve devamı maddeleri, noterler bakımından 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 151 ve devamı maddeleri, hâkim ve savcılar bakımından 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 82 ve devamı maddeleri bunlardan bazılarıdır.

Bu çalışma, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesinde öngörülen istisnai nitelikteki ceza soruşturma usulüne ilişkin sorunlu görülen noktaların tespiti ve değerlendirmesini konu almaktadır. Bununla birlikte, özel soruşturma usullerine ihtiyaç olup olmaması ve bunların yerindeliliği tartışmasından öte, ceza muhakemesi hukuku perspektifiyle tespit edilen teknik sorunların ortaya konması hedeflenmektedir.

Söz konusu teknik sorunların temelinde üç hususun bulunduğu değerlendirilmektedir. İlki, 14.04.1982 tarih ve 2653 sayılı Kanunla düzenlendiği tarihten beri ana yapısını muhafaza eden 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesi uyarınca soruşturmanın adli yargı kolu içinde değil, idare içinde yürütülmesidir. Sorunların ikinci kaynağı, Cumhuriyet savcısına benzetilen ancak savcı olmayan soruşturmacı ve son soruşturma hakkında karar vermekle görevli kurulların yetkilerinin kapsamıdır. Sonuncusu ise sürecin idari yargı kolunun yüksek mahkemesi olan Danıştay'da sonuçlanmasıdır. Buna bağlı olarak çalışmada “*kapsam sorunu*”, “*ilk soruşturmanın işleyişine ilişkin sorunlar*” ve “*soruşturma sonucunda verilebilecek*

kararlar ve bunlara karşı başvurulabilecek kanun yollarına ilişkin sorunlar” ana başlıkları üzerinden açıklamalar yapılacaktır.

Her ne kadar 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 53/c maddesinin ilk fıkrasında haklarında ceza soruşturması başlatılabilecek yükseköğretim kurumları personeli sayılmışsa da bu sayılanlara dahil olup olmadığı tereddüt oluşturan başka kimseler de mevcuttur. Bu durum, anılan özel soruşturma usulünün bu kimseler hakkında uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin kişi yönünden kapsam sorununu beraberinde getirmektedir.

Aynı maddede konu yönünden kapsama ilgili belirsizlikler de söz konusudur. Özel kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, *a priori* bir suç tipinin kapsamda olduğu ya da kapsam dışı bırakıldığını ifade etmek mümkün değildir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 53/c maddesinde yer verilen, “*görev dolayısıyla*” ya da “*görevin yapıldığı sırada*” suçun işlenmesi, bu usulün uygulanması bakımından yeterli görülmüştür. Açıklanan nedenle “*görev dolayısıyla*” ve “*görevin yapıldığı sırada*” ifadeleri, konu yönünden kapsamın sınırını oluşturur. Özellikle “*görev dolayısıyla işlenen suç*”a ilişkin tartışmaların, işlenen suç ile görev arasındaki rabitanın yoğunluğu noktasında toplandığı belirtilmelidir. Konuya ilişkin Danıştay 1. Dairesi’nin kararları ile Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından verilen görevsizlik kararlarından, uygulamada bu bağın geniş biçimde yorumlandığı anlaşılmaktadır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 53/c maddesinde “*yetkili makamlarca*” ceza soruşturması başlatılabileceği düzenlenmekle birlikte, bu makamların neler olduğu maddede yer almamaktadır. Her ne kadar 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 53/a maddesinde sayılan disiplin amirlerinin ceza soruşturması başlatmaya yetkili olduğuna dair Danıştay kararları bulunsa da ceza soruşturması ile disiplin soruşturmasının farklı esaslara sahip olduğu göz önünde bulundurulduğunda, içtihadın ve düzenlemenin yerindeliği tartışmaya açıktır.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir diğer sorun, söz konusu özel soruşturma usulünün uygulanıp uygulanmayacağına yönelik görev uyuşmazlıklarını çözümlenecek bir normun ve ortak yüksek yetkili mercinin bulunmamasıdır. Bu görev uyuşmazlığı, ilgili Cumhuriyet başsavcılığı ve yükseköğretim kurumunun kendilerini görevli gördüğü olumlu görev uyuşmazlığı biçiminde olabileceği gibi uygulamada daha çok karşılaşılan olumsuz görev uyuşmazlığı biçiminde de olabilir.

Çalışmada ikinci ana başlığı oluşturan “*ilk soruşturmanın işleyişine ilişkin sorunlar*” kapsamında ilk sorunlu nokta, görevlendirilen soruşturmacının niteliğinden kaynaklanmaktadır. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu sistematüğinde ilk soruşturmanın, soruşturma açmaya yetkili makam ya da onun görevlendireceği soruşturmacı(lar) tarafından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre yürütülmesi; soruşturmacı tarafından şüpheli, müşteki ve tanıkların dinlenmesi ve delillerin toplanması sonucunda iddia konusu suç hakkında son soruşturmanın açılması (lüzum-u muhakeme) ya da açılmaması (men-i muhakeme) yönünde teklif getirilmesi ve bu teklifin son soruşturma hakkında karar vermekle yetkili kurulca karara bağlanması öngörülmüştür. Son soruşturmanın açılması yönündeki yetkili kurul kararının kesinleşmesi halinde dosya görevli ve yetkili ceza mahkemesine

gönderildiğinden, Cumhuriyet savcısı tarafından ayrıca iddianame düzenlenmemektedir. Zira yetkili kurulun kesinleşmiş lüzum-u muhakeme kararı, iddianame yerine geçen belge niteliğindedir. Bu durum 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesi uyarınca görevlendirilen soruşturmacı ve yetkili kurulların, genel soruşturma usulündeki Cumhuriyet savcısına benzetildiğinin göstergesidir. Ancak iddia görevini yürüten Cumhuriyet savcısının yerini aldığı varsayılan soruşturmacıların, son derece teknik alanlar olan ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukuna temerküz ederek soruşturmayı hukuka uygun biçimde yürütebilmeleri oldukça güçtür. Bu nedenle özellikle uygulamada, ilk soruşturmadaki hataların Danıştay tarafından denetlenerek kararların uzun süreler sonrasında bozulduğu, aradan geçen zaman nedeniyle delillerin toplanmasının imkânsız hale geldiği ve etkin bir soruşturmanın yapılamadığı gözlemlenmektedir. Sorunun çözümünün yükseköğretim kurumlarında soruşturma işlemleriyle uzmanlaşmış birimlerin ihdas edilmesi veya izin şartı öngören diğer kanunlarda olduğu gibi soruşturmanın idare içinde değil, adli yargı içinde yürütülmesinden geçtiği değerlendirilmektedir.

Bu çerçevede örneğin, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesi uyarınca görevlendirilen soruşturmacının koruma tedbirlerine re'sen karar vermesi ya da karar verilmek üzere talepte bulunabilmesi mümkün gözükmemektedir. Yine soruşturmacının şüpheli, müşteki ve tanıkları 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre dinleyebilmesi için gerektiğinde zorla getirme yetkisine sahip olduğundan da söz edilemez. Bu ve buna benzer pek çok durum, maddi gerçeğe hukuka uygun delillerle ulaşılmasını amaçlayan ceza muhakemesi hukuku açısından eleştiriye açıktır. Bu sorunun soruşturmacının koruma tedbirlerine başvuru yetkisiyle donatılmasıyla değil, diğer özel kanunlarda olduğu gibi, yükseköğretim kurumları personeli hakkındaki ceza soruşturmasının idare yerine adli yargı içinde yürütülmesiyle çözümlenebileceği düşünülmektedir.

İlk soruşturma sonucunda soruşturmacı tarafından önerilecek ve yetkili kurullarca verilebilecek kararlar lüzum-u muhakeme (son soruşturmanın açılması) ve men-i muhakeme (son soruşturmanın açılmaması) kararlarıdır. Soruşturmacı ve yetkili kurul tarafından “*kovuşturmaya yer olmadığı*” veya “*soruşturma yapılmasına yer olmadığı*” gibi kararların verilip verilemeyeceği konusunda bir açıklık yoktur. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun emredici hükümleri ile Danıştay kararlarından hareketle, bu kararların soruşturmacılar ve yetkili kurullarca verilemeyeceği değerlendirilmektedir.

Lüzum-u muhakeme kararı itiraz üzerine; men-i muhakeme kararı ise kendiliğinden veya itiraz üzerine Danıştay 1. Dairesi tarafından denetlenmektedir. İtiraz süresi 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda öngörülmemiş olmakla birlikte, Bu Kanun'un 53/c-8. maddesinin atıfta bulunduğu 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 9/2. maddesi uyarınca yetkili kurul kararının tebliğinden itibaren on gündür.

Danıştay 1. Dairesi tarafından yapılan inceleme sonucunda son soruşturmaya ilişkin lüzum-u muhakeme ya da men-i muhakeme kararları hakkında onama veya bozma kararı verilebilir. Uygulamada onama ve bozma kararları haricinde, “*kovuşturmaya yer olmadığı*” veya “*karar verilmesine yer olmadığı*” yönünde Danıştay kararlarına da rastlanmaktadır.

Danıştay tarafından hangi kanuni dayanakla verildiği anlaşılamayan söz konusu kararlara ilişkin uygulama eleştiriyeye açıktır.

Yine yetkili kurul tarafından verilmiş men-i muhakeme kararlarının bozulmayarak Danıştay tarafından doğrudan lüzum-u muhakeme olarak değiştirildiği ve dosyanın ilgili yargı merciine gönderildiği kararlara da rastlanmaktadır. Bu durumun özellikle savunma hakkı yönünden sorunlu olabileceği düşünülmektedir.

Son soruşturmanın açılıp açılmayacağına ilişkin yetkili kurul kararlarıyla ilgili Danıştay tarafından bozma kararı verilmesi durumunda, kararın gereklerine göre işlem tesis edilmelidir. Yetkili kurulun lüzum-u muhakeme kararının onanması halinde, şüpheli hakkında görevli ve yetkili mahkemede ceza kovuşturması başlayacaktır. Men-i muhakeme kararının Danıştay tarafından onanması halinde ise şüpheli hakkında ceza kovuşturması başlatılmayacaktır. Bununla birlikte bu son durumda, aynı suç isnadı hakkında sonradan yeni delillere ulaşılması halinde ne şekilde hareket edileceği belirsizdir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 172/2. maddesindeki, “*Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ve bu hususta sulh ceza hâkimliğince bir karar verilmedikçe, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz*” hükmünün, bu durum bakımından uygulanabilir olmadığı değerlendirilmektedir.

Son olarak 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c-8. maddesindeki, “*Bu Kanunda yer almamış hususlarda 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır*” hükmünün yerindeliği de incelenmelidir. Hükmün ilk yürürlüğe girdiği halindeki atıf, 4483 sayılı Kanun'a değil, Memurin Muhakematı Hakkında Kanun'a idi. Memurin Muhakematı Hakkında Kanun ile 4483 sayılı Kanun hükümleri birbirinden büyük ölçüde farklı esaslara sahiptir. Zira Memurin Muhakematı Hakkında Kanunda memurlar bakımından ceza soruşturması niteliğinde bir soruşturma usulü benimsenmiş olup, bu hükümler 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesiyle uyumludur. Halbuki 4483 sayılı Kanun ile ceza soruşturması evresinden çok daha önce gelen, kamu görevlisine yöneltilen isnadın suç şüphesi taşıyıp taşımadığı hususunda inceleme ve araştırma içeren, suç şüphesinin varlığı halinde verilen izinle birlikte Cumhuriyet savcılarının ceza soruşturması yapma yetkisi tanıyan bir sisteme geçilmiştir. Dolayısıyla 4483 sayılı Kanun hükümleri 2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesiyle uyumlu olmayıp, atıf için elverişli değildir. Bu uyumsuzluk bir kenara bırakıldığında dahi, temel hak ve hürriyetlerle çok yakın ilişkisi olan ceza muhakemesi hukuku normlarının muhakeme normu ihtiva eden başka bir kanuna atıfla belirsiz biçimde doldurulması, kanunilik ilkesi yönünden eleştiriyeye açıktır.

Anahtar Kelimeler: Soruşturma, kovuşturma, izin, muhakeme normu, görev.

*

SOME FINDINGS AND EVALUATIONS RELATED TO THE CRIMINAL INVESTIGATION PROCEDURE IN THE HIGHER EDUCATION LAW NO. 2547 FROM THE PERSPECTIVE OF CRIMINAL PROCEDURE LAW

ABSTRACT

Article 53/c of the Higher Education Law No. 2547 is a special procedural norm that regulates the criminal investigation procedure to be followed in terms of certain crimes allegedly committed by higher education institution personnel. As a rule, the duty of criminal prosecution belongs to the prosecutor. However, there are exceptions to this rule, as in Article 53/c of Law No. 2547.

This study examines the problematic points of the regulation in Article 53/c of Law No. 2547 in terms of criminal procedure law. There are three issues underlying these problems. The first problem is that the investigation is conducted within the university instead of judicial jurisdiction. The second problem is the uncertainty of the investigator's powers. The last problem is that the investigation is concluded in the Council of State, the supreme court of the administrative judicial branch.

First of all, it is unclear to whom Article 53/c of Law No. 2547 will be applied. Although some people are listed in the said article, it is controversial whether this norm will be applied to people who are not listed in the article. Moreover, in accordance with the discussions within the scope of “duty crime”, the scope of Article 53/c of Law No. 2547 is also unclear. In general, the decisions of the Council of State determine what constitutes a duty crime. In addition, it is unclear which authority is authorized to initiate an investigation pursuant to Article 53/c of Law No. 2547.

The second main problem is the uncertainty of the powers of the investigator assigned in accordance with Article 53/c of Law No. 2547. In general, it is considered that the investigator does not have the same powers as the prosecutor. This situation prevents an effective investigation.

Last but not least, decisions regarding prosecution made by the competent boards are examined by the First Chamber of the Council of State. As a result of this examination conducted by the Council of State, a decision of “approval” or “overturn” may be made. However, it is also seen that the Council of State makes other types of decisions. This situation, which has no legal basis, is open to criticism.

Keywords: Investigation, prosecution, permission, procedural norm, subject matter jurisdiction.

**ÖZEL SAĞLIK KURUM VE KURULUŞLARI VE VAKIF
ÜNİVERSİTELERİNDE GÖREVLERİNİ İCRA EDEN SAĞLIK
MESLEK MENSUPLARININ TIBBİ İŞLEM VE UYGULAMALARI
NEDENİYLE YAPILAN SORUŞTURMALAR BAKIMINDAN
SORUŞTURMA İZİNİNİN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI**

Dr. Öğr. Üyesi Eylem BAŞ

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-3400-2042, eylem.bas@ogu.edu.tr

ÖZET

Tebliğin konusunu “*özel sağlık kurum ve kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde*” görevlerini icra eden “*sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında*” gerçekleştirdikleri “*tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle yapılan soruşturmalar*” bakımından soruşturma izninin zaman bakımından uygulanması oluşturmaktadır. Bu çerçevede 31848 sayılı 27.05.2022 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe giren 7406 sayılı “Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un (7406 sayılı Kanun) 14. maddesiyle 3359 sayılı “Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu”na (3359 sayılı Kanun) eklenen ek madde 18’in üzerinde durmak gerekmektedir. Nitekim sağlık mesleğinin icrası kapsamında gerçekleştirilen tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle “*özel sağlık kurum ve kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde*” görevlerini icra eden “*sağlık meslek mensuplarının*” işlediği iddia edilen suçlarla ilgili olarak genel hükümler uyarınca soruşturma ve kovuşturma gerçekleştirilmekteyken¹ söz konusu değişiklik artık soruşturmanın gerçekleştirilmesi kanun koyucunun izlediği suç ve ceza siyaseti uyarınca izin şartına bağlanmıştır. Zira bu maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinde 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun (2547 sayılı Kanun) 53. maddesinin (c) fıkrasında düzenlenen “*ceza soruşturması usulü*”ne “*tabi olanlar hariç olmak üzere, kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde görev yapan hekim ve diş hekimleri ile diğer sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle yapılan soruşturmalar*” bakımından 4483 sayılı “*Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun* (4483 sayılı Kanun) *hükümleri*”nin uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir.

¹ Yargıtay 12. CD. E. 2015/10409 K. 2015/13673 T. 17.09.2015 (www.legalbank.net) (Erişim Tarihi: 26.09.2023); Danıştay 1. D., E. 2020/1788 K. 2020/1569 T. 8.12.2020; Danıştay 1. D., E. 2014/2080 K. 2014/2000 T. 26.12.2014; Danıştay 1. D., E. 2005/325 K. 2005/938 T. 12.7.2005 (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 26.09.2023).

Ek madde 18'in son fıkrasında “*bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar*”ın, “*Sağlık Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulan yönetmelikle*” belirleneceği ifade edilmiş olup bu kapsamda “*Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbî İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*” 31867 sayılı 15.06.2022 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu çerçevede, “*özel sağlık kurum ve kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde*” görevlerini icra eden “*sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında*” gerçekleştirdikleri “*tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle yapılan soruşturmalar*” bakımından soruşturma izniyle ilgili olarak mevzuatta söz konusu Yönetmelik, 4483 sayılı Kanun ve 3359 sayılı Kanun yer almakta olup tebliğde bu düzenlemeler ışığında soruşturma izni sürecine ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

Bahsi geçen Yönetmelik’in 9. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “*soruşturma izni*”, Mesleki Sorumluluk Kurulunun “*Cumhuriyet başsavcılığının sağlık meslek mensubu hakkında 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre soruşturma yapabilmesine izin vermesidir.*” Hali hazırda “*kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için*” kural olarak “*izin*” usulünün uygulama alanı bulmasının yerindeliliğine ilişkin tartışmalar öğretilerde mevcutken- ve bu tartışmalar yalnızca kamu görevlisi olan sağlık meslek mensupları özelinde dahi değilken- 7406 sayılı Kanun ile kapsamın daha da genişletildiği görülmektedir. Sağlık Bakanı tarafından, 7406 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden evvel bu Kanun’un tebliğ konusunu oluşturan düzenlemeleriyle malpraktis davalarının kötüye kullanılmasının engellenmesinin, sağlık meslek mensuplarının “*haksız iddialardan, ithamlardan korun*”masının amaçlandığının² kamuoyuyla paylaşıldığı görülmektedir. Ek madde 18’in gerekçesine bakıldığında ise tebliğ konusunu oluşturan sağlık meslek mensupları hakkında “*herhangi bir izin usulüne tabi tutulmadan başlatılan adli soruşturmalar*”ın, bu kimselerin “*zaman kaybıyla karşılaşmalarına, hissedilen güvencesizliğe bağlı olarak motivasyonlarının düşmesine ve işlerinde verimsizliğe neden*” olduğuna ve bu durumun “*sunulan hizmetin kalitesine de zarar*” verdiğine dikkat çekildiği görülmektedir.³

7406 sayılı Kanun’un 15. maddesiyle 3359 sayılı Kanun’a geçici madde 13 eklenmiş olup bu maddenin 1. fıkrası “*ek 18 inci maddenin birinci fıkrası hükümleri, 4483 sayılı Kanun hükümleri uyarınca haklarında kesinleşmiş bir soruşturma izni verilenler bakımından uygulanmaz ve soruşturma veya kovuşturmalara devam olunur*” şeklindedir.⁴ Geçici 13. maddenin gerekçesine bakıldığında “*uygulamada sorun yaşanmaması ve hak ihlallerine neden olunmaması için*” bu düzenlemeye yer verildiğinin belirtildiği görülmektedir.⁵ Ancak

² <https://twitter.com/drfahtretinkoca/status/1506205148804231174> (Erişim Tarihi: 25.09.2023).

³ Ankara Milletvekili Lütfiye Selva Çam ve 109 Milletvekilinin Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4290) ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 323, s. 15.

⁴ Bu yöndeki kararlar için bkz. Y. 12. CD., E. 2023/2623 K. 2023/1694 T. 17.5.2023; Y. 12. CD., E. 2020/4301 K. 2022/6103 T. 29.9.2022; Y. 12. CD., E. 2022/1635 K. 2022/5834 T. 20.9.2022 (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 26.09.2023).

⁵ Ankara Milletvekili Lütfiye Selva Çam ve 109 Milletvekilinin Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4290) ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu, Kadın Erkek Fırsat

maddeden “*özel sağlık kurum ve kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde*” görevlerini icra eden “*sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında*” gerçekleştirdikleri “*tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle yapılan soruşturmalar*” ya da kovuşturmalar bakımından ne şekilde hareket edileceğine ilişkin herhangi bir belirlemeninse yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede ek madde 18’le getirilen ve bir muhakeme şartı olarak ortaya çıkan soruşturma izninin zaman bakımından uygulanması üzerinde durmak önem arz etmektedir. Her ne kadar madde metninde açık bir düzenleme yer almasa da gerekçesinde “*özel sağlık kurum ve kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde görev yapan hekim ve dış hekimleri ile diğer sağlık meslek mensupları bakımından ek 18 inci maddenin birinci fıkrasıyla, muhakeme şartı niteliğini haiz izin müessesesi getirildiğinden, bu kişiler hakkında sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle halen yürütülen soruşturma veya kovuşturmalarda Mesleki Sorumluluk Kurulundan izin alınması gerekmektedir*” ifadelerine yer verildiği görülmektedir.⁶ Yargıtay’ın gerekçeye atıf yapmaksızın ancak gerekçedeki sonuca ulaşacak şekilde “*özel sağlık kurum ve kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde*” görevlerini icra eden “*sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında*” gerçekleştirdikleri “*tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle*” önüne gelen konularda “*Mesleki Sorumluluk Kurulundan; soruşturma izni istenmesi ve hukuki durumlarının buna göre değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, yargılamaya devam*” edilmesi bakımından bozma kararı verdiği görülmektedir.⁷ İlk derece mahkemelerininse ağırlıklı olarak durma kararı verdiği belirtilmektedir.⁸ Durma kararı vermeyenlerinse Mesleki Sorumluluk Kurulunun soruşturma iznini aramaksızın yargılamaya devam ettiği Yargıtay’ın kararlarından anlaşılmaktadır.⁹

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) “*duruşmanın sona ermesi ve hüküm*” başlığını taşıyan ve “*ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir*” şeklindeki 223. maddesinin 8. fıkrasının 2. cümlesi, esasında hali hazırda var olan muhakeme şartının gerçekleşmemesine ilişkindir. Bu nedenle öğretilerde yerinde olarak

Eşitliği Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 323, s. 17.

⁶ Ankara Milletvekili Lütfiye Selva Çam ve 109 Milletvekilinin Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4290) ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 323, s. 15.

⁷ Yargıtay 12. CD., E. 2020/3969 K. 2022/5360 T. 6.9.2022. Yine aynı yönde bkz. Yargıtay 12. CD., E. 2022/5643 K. 2023/1668 T. 16.5.2023; Yargıtay 12. CD., E. 2020/4855 K. 2023/1533 T. 9.5.2023; Yargıtay 12. CD., E. 2021/5240 K. 2023/781 T. 14.3.2023; Yargıtay 12. CD., E. 2022/2751 K. 2023/522 T. 22.2.2023; Yargıtay 12. CD., E. 2022/1642 K. 2023/300 T. 7.2.2023; Yargıtay 12. CD., E. 2022/5643 K. 2023/1668 T. 16.5.2023; Yargıtay 12. CD., E. 2022/1998 K. 2022/8303 T. 9.11.2022; Yargıtay 12. CD., E. 2020/5100 K. 2022/7814 T. 1.11.2022; Yargıtay 12. CD., E. 2022/1005 K. 2022/6290 T. 6.10.2022; Yargıtay 5. CD., E. 2021/6275 K. 2022/11705 T. 5.10.2022 ((Erişim Tarihi: 26.09.2023).

⁸ İstanbul Barosu Sağlık Hukuk Merkezi tarafından düzenlenen ve 08.05.2023 tarihinde gerçekleştirilen “Mesleki Sorumluluk Kurulu Uygulamasının ve Özel Hastaneler Yönetmeliği’nde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi” Panelindeki Av. Pelin Demirhan’ın “MSK İşleyişine İlişkin Uygulamadan Örnekler” konulu sunumu.

⁹ Bu konuda bkz. 7. dipnotta yer verilen kararlar.

27.05.2022 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmişse artık tamamlanmış bir soruşturma söz konusu olduğundan 3359 sayılı Kanun ek madde 18'in uygulama alanı bulamayacağı ifade edilmektedir.¹⁰ Zira ceza muhakemesi normlarının derhal uygulanırılığı ilkesinden anlaşılması gereken, her bir muhakeme işleminin gerçekleştirildiği tarihteki kanuna tabi olmasıdır.¹¹ Ayrıca muhakeme ekonomisi ilkesi ve makul sürede yargılanma hakkı bakımından da 27.05.2022 tarihi itibarıyla kovuşturma evresinde olan ceza davaları bakımından soruşturma izninin aranması sorunludur. Nitekim 3359 sayılı Kanun ek madde 18'in amaçlarından birinin sağlık meslek mensuplarının “*haksız iddialardan, ithamlardan korun*”ması olması karşısında,¹² CMK'nın 170. maddesinin 2. fıkrası uyarınca “*soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı*” tarafından, “*bir iddianame*” düzenlendiğinden, 27.05.2022 tarihinden evvel iddianamenin düzenlendiği ve iddianamenin kabul edilerek kovuşturma evresine geçilen haller bakımından Yargıtay tarafından bozma, ilk derece mahkemelerinceyse durma kararı verilerek Mesleki Sorumluluk Kurulundan izin alınması eleştirilmesi gereken bir durumdur. Tebliğde bahsi geçen bu hususlar ayrıntılarıyla ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Özel sağlık kurum ve kuruluşları, vakıf üniversiteleri, sağlık meslek mensubu, soruşturma izni, ceza muhakemesi normlarının zaman bakımından uygulanması.

*

THE IMPLEMENTATION OF THE INVESTIGATION PERMIT IN TERMS OF RATIONE TEMPORIS OF INVESTIGATIONS MADE DUE TO MEDICAL PROCEDURES AND PRACTICES CARRIED OUT BY HEALTHCARE PROFESSIONALS IN PRIVATE HEALTH INSTITUTIONS AND ORGANIZATIONS AND FOUNDATION UNIVERSITIES

The subject of this study is the implementation of the investigation permit in terms of the *ratione temporis* of investigations made due to medical procedures and practices carried out by healthcare professionals in private health institutions and organizations, and foundation universities. Additional article 18 was added to Basic Law on Health Services Law No. 3359 by the 14th article of Amendments to the Turkish Penal Code and Certain Laws Law No. 7406 which was published in the Official Gazette No. 31848 dated 27.05.2022. This amendment entered into force on the date of its publication. Before this amendment, investigations and prosecutions were implemented following general provisions regarding the crimes allegedly committed by health professionals who perform their duties in private health institutions and

¹⁰ Hakeri, Hakan, Tıp Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2023, s. 44; İstanbul Barosu Sağlık Hukuk Merkezi tarafından düzenlenen ve 08.05.2023 tarihinde gerçekleştirilen “Mesleki Sorumluluk Kurulu Uygulamasının ve Özel Hastaneler Yönetmeliği'nde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi” Panelindeki Doç. Dr. Selman Dursun'un “Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışan Sağlık Profesyonellerinin Soruşturma Usulü” konulu sunumu.

¹¹ YCGK., E. 2012/1480 K. 2013/242 T. 7.5.2013 (Erişim Tarihi: 26.09.2023).

¹² <https://twitter.com/drfahtetinkoca/status/1506205148804231174> (Erişim Tarihi: 25.09.2023).

organizations, and foundation universities due to medical procedures and practices carried out within the scope of the health profession. With the amendment in question, implementing an investigation is conditional on an investigation permit. Additional article 18 asserts that the professional responsibility board must give the investigation permit. Thus, an investigation permit is the permission of the Professional Responsibility Board to allow the Chief Public Prosecutor's Office to conduct an investigation against a healthcare professional following the provisions of the Criminal Procedure Code No. 5271 dated 04.12.2004. In this context, it is essential to focus on the investigation permit's implementation in terms of *ratione temporis* introduced by additional article 18. This permit emerges as a condition of trial. Where the prosecution phase initiated before 27.05.2022, the Supreme Court reverses the contested judgement, and most of the first instance courts render a decision on the stay of the proceedings. The failure to obtain investigation permission from the professional responsibility board is the main reason for these decisions. However, this approach creates a controversial situation. The principle of immediate applicability of criminal procedure norms means that each judicial proceeding is subject to the law on the date it is carried out. This study focuses on the issues mentioned above.

Keywords: Private health institutions and organizations, foundation universities, healthcare professionals, investigation permit, implementation of criminal procedure norms in terms of *ratione temporis*.

KONUTTA ARAMANIN KOLLUK GÖREVLİLERİ TARAFINDAN KAMERAYLA KAYDEDİLMESİNİN ZORUNLULUĞU, HUKUKA UYGUNLUĞU VE GEREKLİLİĞİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

Ar. Gör. Dr. Ahmet KILIÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-4774-4985, a.kilic@aybu.edu.tr

ÖZET

Özel hayatın gizliliğine ve konut dokunulmazlığına müdahale teşkil eden konutta arama, çok yönlü bir işlemdir ve hem aramanın icrası esnasında hem de aramadan sonra birçok problemle karşılaşılabilir. Bu problemlerle bağlantılı olarak konutta aramanın kolluk görevlileri tarafından kamerayla kayıt altına alındığı ve mahkemelerin, gerek duyulması halinde görüntülere başvurduğu gözlemlenmektedir. Bu tebliğde, ilk olarak konutta aramanın kamerayla kaydedilmesinin zorunluluğu ve hukuka uygunluğuna ilişkin değerlendirmelerde bulunulacak, ardından kamerayla kayıt işleminin gerekliliği ele alınacaktır. Ayrıca son dönemde çokça karşılaşılan ve önemli bir sorun haline gelen konutta aramaya ilişkin görüntülerin geleneksel veya sosyal medyaya “servis edilmesi”, bu bağlamda incelenecektir. Tebliğin kapsamı konutta aramaya sınırlı olmakla birlikte yapılan açıklamaların kural olarak diğer arama türleri için de geçerli olduğu söylenebilir.

Konutta arama yapılabilmesi için gerekli şartlar ve aramanın ne şekilde icra edileceği temel olarak Anayasa m. 21, CMK m. 116 vd. ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 30’da düzenlenmiştir. Konutta, kolluk görevlileri tarafından Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın yapılan arama işlemi için öngörülen güvencelerin başında CMK m. 119/4’teki “Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur.” hükmünün geldiği söylenebilir. Bu hükmün hem delillerin güvenilirliğini sağlama hem de kolluk görevlilerine yöneltilebilecek ithamları engelleme amacına matuf olduğu ifade edilmektedir¹. Uygulamada, iki işlem tanığının yanı sıra konuttaki aramanın kamerayla kayıt altına alınmasının yerleşik bir durum olduğu ve mahkemelerin çeşitli gerekçelerle bu kayıtlara başvurulduğu gözlemlenmektedir. Ancak Türk hukukunda, konutta aramanın kamera ile kayıt altına alınmasını emreden kanuni bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle konutta aramanın kamerayla kayıt altına alınmaması ya da delilin elde edilme anına ilişkin bir kaydın

¹ Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, 2022, s. 347.

olmaması, aramayı ve elde edilen delilleri hukuka aykırı hale getirmez. Özetle konutta aramanın kamerayla kaydedilmesi, Türk hukukunda zorunluluk arz etmez.

Koruma tedbirleriyle verilen yetkilerin sınırları tespit edilirken çeşitli tereddütler oluşabilir. Bu hallerde koruma tedbirlerinin kanuniliği ilkesi gereği yetkiler dar yorumlanmalı, söz konusu yetki için açık bir kanuni dayanak aranmalıdır. Örneğin, gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydetmesine duyulan ihtiyaca CMK m. 139/4'e yapılan eklemeye cevap verilmiştir. Ancak konutta aramanın kamerayla kayıt altına alınması halinde kanunla verilen yetkinin aşıldığı söylenemez. Konutta arama kararının aramayı kaydetme iznini de içerdiği, diğer bir deyişle kamerayla kaydetme izninin arama kararında mündemiç olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle kamera kaydı için ayrı bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç yoktur. Zira kamerayla kaydetme, arama işleminin sebep olduğu hak ve özgürlüklere müdahaleyi derinleştirmemekte ve arama işleminin doğal bir parçası olarak fonksiyon icra etmektedir. Ayrıca kamera kaydının gizli olmaması ve ayrı bir delil elde etme amacıyla yapılmaması da bu görüşü destekler niteliktedir. Esasında bu işlemin hem aramanın ve delillerin hukuka uygunluğunu ispat etmek hem de kolluk görevlilerine yöneltilebilecek ithamların önüne geçmek amacıyla yapıldığı söylenebilir. Diğer bir deyişle aramanın kaydedilmesi ile aramada işlem tanığı bulundurulmasının aynı amaca hizmet ettiği söylenebilir. Yine kamerayla kayıt altına alma, kolluk görevlilerinin keyfi müdahalelerini engelleyici nitelikte olup delillerin hukuka uygunluğuna ilişkin gelecekte oluşacak tereddütlerin de giderilmesine imkan sağlayacaktır. Bu nedenlerle konutta aramanın kamerayla kaydedilmesinin hukuka uygun olduğu kanaatindeyiz. Mahkemeler tarafından da söz konusu kayıtlara başvurulduğu ve bu kayıtların hukuka aykırı olduğuna ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı ifade edilmelidir. Örneğin Yargıtay, çeşitli kararlarında bu kayıtlara değer atfetmiş; somut olaydaki şüphenin, görüntülerin incelenerek giderilmesi gerektiğine hükmetmiştir². Anayasa Mahkemesinin de kamera kayıtlarına değer atfettiği ifade edilebilir³. Ayrıca AİHM'in Yeşil/Türkiye kararında⁴; konutta aramaya ilişkin kamera kaydının olmamasının, hak ihlali kararı verilmesinde etkili olduğu söylenebilir.

Her ne kadar başarılı bir kamera kaydı işlem tanığını gereksiz kılabilen nitelikte olsa da CMK m. 119/4'teki açık hüküm gereği Cumhuriyet savcısı olmaksızın yapılan konut aramasına işlem tanığının eşlik etmesi zorunluluk arz etmektedir. Kamera kaydının adli arama tutanağı yerine geçmeyeceği de ifade edilmelidir. Söz konusu kaydı, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 11'e göre düzenlenen arama tutanağının zorunlu olmayan bir eki olarak kabul etmek mümkündür.

Aramaya ilişkin kamera kayıtlarının kısmen veya tamamen dosyanın dışına çıkarılması, diğer bir deyişle "sızdırılması" sıkça karşılaşılan bir durum haline gelmiştir. Bu kaydın hukuka uygun olması, cezai sorumluluğun tespitinde önem arz eder. Örneğin, bu kaydın hukuka uygun

² Yargıtay 16. CD, 02.05.2018, E. 2018/225, K. 2018/1682; Yargıtay 16. CD, 22.05.2019, E. 2018/2260, K. 2019/3695; Yargıtay 12. CD, 06.04.2021, E. 2017/11285, K. 2021/3255.

³ AYM, Diyaeddin Alak, 21.04.2016, B. No: 2013/7122.

⁴ AİHM, Yeşil/Türkiye, 19.10.2021, B. No: 28349/11.

olması nedeniyle TCK m. 135/1 bağlamında hukuka aykırı olarak elde edilmiş bir görüntü veya veriden söz edilemez. Aynı nedenle söz konusu hallerde TCK m. 286'daki ses veya görüntünün kayda alınması suçunun oluşmayacağı ifade edilmelidir. Sızdırma fiilinin kolluk görevlileri tarafından icra edildiği kabulünden hareket edilecek olursa; kolluk görevlilerinin, görüntünün niteliği ve ne şekilde yayıldığına bağlı olarak gizliliğin ihlali başlıklı TCK m. 285/1-5'teki suç tipleri, TCK m. 134'teki özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu ve TCK m. 136'daki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan ya da TCK m. 257'deki tali norm niteliğindeki görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olabileceği ifade edilmelidir.

Tebliğde incelenecek son husus, kamera kaydının gerekliliğidir. Konutta aramanın kamerayla kaydedilmesinin çeşitli güvenceler sağladığı söylenebilir. Bunların bir kısmı, aynı zamanda kaydın hukuka uygunluğunun da gerekçesini oluşturur ve bunlar yukarıda zikredilmiştir. Bu noktada gereklilikler şu şekilde sıralanabilir: İlk olarak arama işleminden uzun süre sonra delilin ne şekilde elde edildiği ya da kolluk görevlilerinin arama kararına uygun davranıp davranmadığı hususunda şüphe oluşabilir ve aramada hazır bulunanların ifadeleri şüpheyi gideremeyebilir. Yine arama tutanağı bu hususları her zaman açık şekilde ortaya koyamayabilir. İkinci olarak işlem tanıkları, bazı aramalarda CMK m. 119/4'teki hükmün amacına aykırı şekilde kullanılmaktadır. Şöyle ki, işlem tanıkları aramanın yapıldığı konutta bulunmakla birlikte fiilen aramaya tanıklık etmemektedir. Böylece kanunda tanınan bir güvence basit bir şekil şartına dönüştürülmektedir. Aramanın kamerayla kaydedilmesi, bu sakıncaların kısmen veya tamamen giderilmesine imkan tanıyabilir. Ayrıca güvenlik tehlikesi nedeniyle kolluk görevlilerinin arama işleminden önce konuta girip çeşitli önlemler alması gerekebilir. Esasında aramanın bir parçası olmamakla birlikte aramadan hemen önce icra edilen ve işlem tanıklarının eşlik etmesi beklenemeyecek olan bu aşama, akabinde yapılan arama sonucu elde edilen delillerin güvenilirliğini zedeleyebilir. AİHS m. 8 ve m. 6'nın ihlal edildiği yönündeki AİHM'in Yeşil/Türkiye kararının gerekçelerinden birini, kolluk görevlilerinin güvenlik gerekçesiyle işlem tanığı veya kamera kaydı olmaksızın "ön arama" işlemi icra etmesi oluşturur. Buradan hareketle kamera kaydının işlem tanığı bulundurma yönündeki güvenceyi tamamlayıcı nitelikte olabileceği de ifade edilebilir.

Aramanın ölçsüz olduğu haller, kamera kaydına gereklilik duyulabilecek bir diğer durumu oluşturur. CMK m. 141/1-i gereği aramanın ölçsüz olması nedeniyle meydana gelen maddi ve manevi zarar Devletten talep edilebilir. Bu noktada ölçsüz aramanın sebep olduğu maddi ve manevi zararın ispat edilmesi gerekir. Kolluk görevlileri, çoğu zaman konutta bulunan kişilerin arama esnasında elektronik cihazlarını kullanmalarına izin vermez. Ancak bazı hallerde zarar, aramanın sona ermesinden sonra tespit edilemeyecek nitelikte olabilir. Bu durumda kolluk görevlilerince yapılan kamera kaydının önem arz ettiği söylenebilir.

Sonuç olarak konutta aramanın kamerayla kaydedilmesinin çeşitli yönlerden gereklilik arz ettiği söylenebilir. Bu noktada kamera kaydının bir güvence olarak kanunda yer almasının yerinde olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Bu yönde bir düzenleme, yukarıda ifade edilen gereklilikler bağlamında temel hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet edecek olsa da bazı sakıncaları bünyesinde barındırır. Örneğin arama esnasında meydana gelen teknik bir

arıza, aramanın yarıda kalmasına neden olabilir. Yine teknik bir nedenle kaydın yapılmadığı aramadan sonra tespit edilse bile kanunda öngörülen şartlar sağlanmadığı için deliller hukuka aykırı yolla elde edilmiş olacaktır. Ayrıca hâlihazırda olduğu gibi arama görüntülerinin geleneksel veya sosyal medyada yayılarak kişilerin masumiyet karinesi veya özel hayata saygı hakkının ihlal edilmesi de kamera kaydının bir diğer olumsuz yönünü oluşturur. Bu nedenle kamera kaydının, olumsuz yönler de dikkate alındığında, işlem tanığı bulundurmaya emreden hükmü tamamlayıcı nitelikte ve her aramada zorunlu olmayan bir güvence olarak kanunda yer almasının yerinde olacağı söylenebilir.

Anahtar Kelimeler: Arama, konutta arama, kamera kaydı, işlem tanığı.

*

EVALUATIONS ON THE OBLIGATORINESS, LAWFULNESS AND NECESSITY OF RECORDING A SEARCH OF DWELLING HOUSE WITH CAMERA BY LAW ENFORCEMENT OFFICERS

ABSTRACT

It has become a usual practice in our country for law enforcement officers to record the search of a dwelling house with a camera. It is also observed that courts use these videos to eliminate doubt on various issues. In this submission, firstly, it is determined whether the camera recording is obligatory in terms of accordance with the law of the search and the evidence. Then, the lawfulness and necessity of the camera recording are evaluated.

One of the primary procedural safeguards regarding dwelling house searches is the provision in Article 119/4 of the Turkish Criminal Procedure Code No. 5271, which orders the presence of two attesting witnesses in cases where the public prosecutor is not accompanying the search. This provision aims to ensure the reliability of evidence and prevent accusations that may be leveled against law enforcement officers. Although recording the search with a camera serves the same purpose, there is no regulation requiring this in Turkish law. For this reason, the absence of a camera recording or the fact that the camera recording does not show the moment when the evidence was obtained does not make the search or evidence unlawful.

Although there is no clear legal provision, recording the search with a camera cannot be regarded as unlawful. It must be accepted that the search warrant includes permission to record the search because camera recording does not deepen the interference with the rights and freedoms caused by the search and serves the reliability of the search. In addition, the fact that the camera recording is not covert and that it is not made for the purpose of obtaining separate evidence play a pivotal role in the acceptance of this opinion.

Finally, regarding the necessity of camera recording, the records can eliminate doubts about the way of obtaining evidence even long after the search. It should also be stated that attesting witnesses have not been appropriately utilized in some searches. Additionally, law

enforcement officers may need to take security precautions in dwelling house before searching. It cannot be expected from attesting witnesses to enter the dwelling house at this stage. Moreover, in some cases, it may not be possible to prove whether the search was proportional without a video recording of the search. Video recording by law enforcement officers can eliminate these drawbacks. However, making camera recording obligatory has some drawbacks. For example, technical problems may cause the search to be interrupted or accepted as unlawful. For this reason, it can be appropriate to include the camera recording process in the law as a complementary safeguard to the provision requiring the attesting witnesses.

Keywords: Search, dwelling house search, video recording, attesting witness.

YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE CİNSEL SALDIRI, İSTİSMAR VE TACİZ SUÇLARI ÖZELİNDE TEŞEBBÜS VE GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEYE İLİŞKİN BAZI DEĞERLENDİRMELER

Ar. Gör. Rabia İBİŞ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-6536-5604, ibisrabis@gmail.com

ÖZET

Suç, bazı aşamalardan geçerek ortaya çıkmakta ve suçun; suç işleme kararı (düşünce), hazırlık hareketleri, icra hareketleri, tamamlanma ve son bulma şeklindeki bu aşamalarının tamamı, “suç yolu (iter criminis)” olarak adlandırılmaktadır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereği olarak kural, ancak tamamlanmış suçların cezalandırılması olmakla birlikte; ceza kanunlarının genel kısmına eklenen teşebbüs hükümleriyle failin cezai sorumluluğu genişletilmekte ve sosyal barış ve düzeni bozduğu kabul edilen suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi cezalandırmaya konu olmaktadır. Nitekim TCK’nın 35. maddesi, “işlemeye kastedilen ve elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlanılan suçun elde olmayan nedenlerle tamamlanamaması” hâlinde, failin suça teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmasını gerektirmektedir. Ancak suça teşebbüs hâlinde; meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre, TCK’nın 35/2 hükmü uyarınca, fail hakkında daha az cezaya hükmolunmaktadır.

Yine bu bağlamda ele alınması gereken diğer husus; teşebbüsün aksine, failin elinde olmayan nedenlerle suçun tamamlanamaması hâli değil; failin suçun icra hareketlerinden bizzat gönüllü olarak vazgeçmesi veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önleme hâlidir. TCK’nın 36. maddesi uyarınca; gönüllü vazgeçen fail, teşebbüsten dolayı cezalandırılmamakta; fakat hareketlerinin tamamlanan kısmı bir suç oluşturduğu takdirde, yalnızca o suçtan dolayı failin cezai sorumluluğuna gidilmektedir.

Bu çerçevede çalışmanın amacı; cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve cinsel taciz suçları özelinde teşebbüs ve gönüllü vazgeçme hükümlerinin Yargıtay tarafından nasıl uygulandığını incelemek ve aslında Mahkeme’nin istikrar kazanmış hatalı uygulamasını tartışmaya açmaktır. 2013 yılından bu yana yaklaşık on yıl boyunca Yargıtay içtihatlarında, cinsel özgürlüğe karşı suçlar bağlamında suça teşebbüs ve gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanmasına ilişkin yapılan incelemelerde özellikle göze çarpan bir husus vardır.

Çalışmanın esasını oluşturan, ele alınmak istenen temel sorunlardan ilki; cinsel saldırı ve istismar suçlarına teşebbüs ile cinsel taciz suçu arasında Mahkeme’nin bazı çekincelerle adeta bir geçişkenlik yaratması; böylelikle teşebbüs hükümlerini çok dar bir alanda uygulamasıdır. Daha açık bir ifadeyle Mahkeme; failin cinsel saldırı veya istismar suçlarına teşebbüs ettiğini

genel olarak kabul etmemekte; bu kabule dayanan hükümleri bozarak, somut olayda failin mağdura henüz dokunmadığı, vücut temasının olmadığı hâllerde yalnızca cinsel taciz suçundan hüküm kurmaktadır. Mahkeme'nin teşebbüsün varlığını kabul etmeme yönündeki bu genel eğilimine dayanak olarak gösterdiği nokta; failin işlemeyi kastettiği suçun icrasına elverişli hareketlerle doğrudan doğruya henüz başlamamış olmasıdır. Gerçekten de TCK'nın 35. maddesi uyarınca teşebbüsün varlığından söz edebilmek için; “*elverişli hareketlerle kasıtlı bir suçun doğrudan doğruya icrasına başlama*” şartının sağlanması gerekmektedir; henüz yalnızca hazırlık hareketleri mevcutsa, bu hareketler kural olarak cezalandırmaya konu olmadığı için teşebbüsten söz edilemeyecektir.

Öyleyse teşebbüs hükümlerinin uygulanmasında önem arz eden nokta; icra hareketlerinin ne zaman başladığı; hazırlık ve icra hareketleri arasında içerik ve zamansal olarak yapılacak ayırmadır ki bu ayırımın her somut olayda çok net bir şekilde kolaylıkla yapılabileceğini söylemek zordur. Nitekim teşebbüsü düzenleyen 35. maddenin gerekçesinde; mülga 765 sayılı TCK'da benimsenen “eksik-tam teşebbüs” ayırımının, her olaya uygulanabilen ve duraksamaya yer bırakmayan objektif bir ölçüt bulunmadığı için kaldırıldığı ve yine icra hareketlerinin başlangıcında esas alınan “*failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkması*” ölçütünün sübjektif olması sebebiyle hazırlık ile icra hareketlerinin birbirinden ayrılmasını zorlaştırdığı, bunun yerine “*doğrudan doğruya icrasına başlama*” ölçütünün benimsendiği ifade edilmektedir. Böylelikle sübjektif ölçüt benimsendiğinde; suçun icrasıyla ilgisiz olsa dahi suç kastını ortaya koyan davranışlar, cezalandırmanın kapsamı dışında bırakılmıştır; ancak “*işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda*” suçun icrasına başlanmış sayılacaktır.

Bu bağlamda suçun hazırlık hareketleri ile icra hareketleri arasında yapılacak ayırım; cezalandırmaya konu olacak hareketlerin alanının genişlemesi veya daralması sonucunu doğurmaktadır. Nitekim Mahkeme, cinsel saldırı veya istismar suçlarında failin “doğrudan doğruya suçun icrasına başladığını” o kadar zor kabul etmektedir ki, bu suçlarda teşebbüs hükümlerini adeta uygulanamaz kılmakta; teşebbüs hâlinde kalmış bir cinsel saldırı veya istismar suçunun varlığını yadsımakta, failin pek çok hareketini icra hareketleri kapsamında değerlendirmemektedir.⁵ Yine bu noktada Mahkeme'nin başvurduğu kaçamak bir diğer yol; gönüllü vazgeçmenin şartlarının oluşmadığı, zira vazgeçmenin gönüllü olmadığı, failin iradesinin dış somut faktörler tarafından zorlandığı (mağdurun karşı koyması, kaçması gibi) hâllerde dahi; gönüllü vazgeçme hükümlerini uygulaması ve faili cezalandırmaktan kaçınması

⁵ “İlk derece mahkemesince olay gecesini sanık ile inceleme dışı suça sürüklenen çocuğun önceden tanıdıkları müştekiyi evinde dövmelerinin ardından sanığın başka odaya götürdüğü müştekiye herhangi bir fiziksel temasta bulunmaksızın öne eğilmesini söyleyip, kendi iç çamaşırını indirdiği sırada müştekinin lavaboya gideceğini beyanla odadan çıkarak evden kaçtığı ve mevcut haliyle sübuta eren eylemin TCK'nun 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi karşısında...”, Yar. 9. CD, E. 2021/23679, K. 2022/2045, T. 08.03.2022, (YİBB, E.T.: 20.09.2023); “Sanığın komşusu ve akrabası olduğu mağdurun kocasının bir yıl önce ölmesinin ardından olay günü evine izinsiz girip ‘Seni istiyorum’ diyerek cinsel tacizde bulunduğu, mağdurun kendisini bıçak çekerek koruduğu ve sanığın evden ayrıldığı sırada mağduru ‘Bu olayı kimseye anlatma, seni yaşatmam, bu sefer sana tecavüz ederim’ şeklinde tehdit ettiği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından...”, Yar. 14. CD, E. 2013/5091, K. 2015/2091, T. 23.02.2015, (YİBB, E.T.: 20.09.2023).

veya çok daha az bir cezaya hükmetmesidir.⁶ Bu çerçevede Mahkeme, ya suçun icra hareketlerine henüz başlanmadığı ve dolayısıyla teşebbüsün söz konusu olmadığı kabulüne dayanmakta ya da eğer somut olayda henüz failin mağdurun vücuduna yönelik bir teması da yoksa, failin gönüllü vazgeçtiği kabulüyle o ana kadar gerçekleştirdiği hareketlerin yalnızca cinsel taciz suçuna vücut verdiği ve dolayısıyla bu suçtan hüküm kurma yoluna gittiği görülmektedir. TCK'nın 36. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, gönüllü vazgeçme; failin suçu tamamlamamasını, gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek için modern suç politikasının temel araçlarından biri olabilir ancak bu aracın isabetli bir şekilde kullanılabilmesi için; failin vazgeçmesinin ne zaman gönüllü olduğunun titizlikle tespit edilmesi gerekmektedir. Aslında suçu elinde olmayan nedenlerle tamamlayamayan failin, gönüllü vazgeçtiği için suçu tamamlamadığı kabulüne dayanarak cezalandırmaktan kaçınma yönündeki eğilimin isabetli olmadığını düşünüyoruz.

Sonuç olarak Mahkeme'nin temelde ikiye ayrılabilir genel bir eğilim benimsediğini düşünüyoruz. Bunlardan ilki; cinsel saldırı veya istismar suçlarına teşebbüsün varlığını kabul etmek yerine, failin cinsel taciz suçu sebebiyle cezai sorumluluğuna gitmektir. İkincisi ise, cinsel saldırı ve istismar suçlarında fail gönüllü vazgeçmese, iradesi dış somut faktörler tarafından zorlansa (mağdurun karşı koyması, kaçması gibi) dahi; vazgeçmenin gönüllü olduğunu kabul ederek gönüllü vazgeçme hükümlerini uygulamaktır. Böylelikle Mahkeme, her hâlükârda faili cezalandırmama veya fail hakkında çok daha az bir cezaya hükmetmekle sonuçlanan bir sarmalın içerisine girmektedir.

Esasında Mahkeme'nin hem teşebbüs hükümlerini dar alanda uygulayarak hem de gönüllü vazgeçme hükümlerini daha esnek veya varsayımlar üzerine uygulayarak faili cezalandırmaktan kaçınmaya çalışma şeklindeki hatalı uygulamasının temelinde; başka bir hatadan kaynaklanan, ancak yine de anlaşılır bir çekince yattığını düşünüyoruz. Cinsel özgürlüğe karşı suçlar bağlamında, aslında özellikle cinsel saldırı ve istismar suçlarında kanun koyucu, zaman zaman gündeme gelen ve infial uyandıran vahim somut olaylar sonucunda; hiçbir bilimsel veriye veya istatistiğe dayanmadan, doğrudan bu suçların cezalarını artırma yoluna gitmektedir. Bir başka ifadeyle kanun koyucu; uzun yıllardan beri, yalnızca cezayı artırarak suçu önlemeye, caydırıcı olmaya ve aynı zamanda somut olaylarda toplumsal tepkiyi de hafifletmeye çalışmaktadır.

⁶ “Sanığın, mağduru öpmek istediği, ancak mağdurun geri çekilmesi nedeniyle eylemine son verdiği olayda, basit cinsel saldırı suçunu işlemek isteyen sanığın eylemini tamamlamasına mağdurun izin vermemesi dışında ciddi bir engel olmayıp hareketlerini sonuna kadar götürebilme imkânı bulunduğu hâlde kendiliğinden eylemine son verdiği anlaşıldığından... gönüllü vazgeçme hükmü gözetildiğinde hakkında basit cinsel saldırıya teşebbüsten ceza verilemeyeceği ancak sanığın eyleminin tamamlanan kısımlarının cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden...”, Yar. 14. CD, E. 2015/4628, K. 2018/5242, T. 17.09.2018, (YİBB, E.T.: 20.09.2023); “Mağdurun tahminine göre kendisini öpmek için üzerine eğilen sanığı iteklemesi üzerine sonlandırılan olayda, cinsel saldırı suçunu işlemek isteyen sanığın, kendisine izin vermeyen mağdurun aşılabilir mukavemeti dışında eylemini tamamlamasına engel harici neden bulunmadığı hâlde kendiliğinden bırakması nedeniyle hakkında cinsel saldırıya teşebbüs suçundan ceza verilemeyeceği...”, Yar. 14. CD, E. 2021/789, K. 2021/4507, T. 24.06.2021, (YİBB, E.T.: 20.09.2023).

İnfial uyandıran toplumsal olaylarda cinsel taciz suçu çoğunlukla somut olayın kapsamı dışında kaldığından ve aslında cinsel taciz genel olarak önemsenmediğinden veya kişilerin cinsel özgürlükleri bakımından “fazla vahim” görülmediğinden; cinsel saldırı ve istismar suçlarının cezaları ağırlaştırılırken, cinsel taciz suçunun cezası sabit kalmaktadır. Bu durum zaman geçtikçe, TCK’nın 102., 103. ve 105. maddeleri kapsamında cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı ile cinsel taciz suçları için öngörülen cezalar arasındaki farkın açılması sonucunu doğurmuştur. Nitekim bu durum; cinsel taciz suçunu, cinsel saldırı ve istismar suçlarından ayıran somut, gerekli ve aslında tek başına yeterli olduğunu düşündüğümüz “temas ölçütünün” de tartışmaya açılmasına ve yalnızca temasın varlığına veya yokluğuna göre oluşan suçun belirlenmesinin cezalandırma bakımından adaletsiz sonuçlar doğurabileceği yönünde tartışmalara da sebep olmuştur. Ancak sorunun “temas ölçütünden” kaynaklanmadığı açıktır.

Elbette yapılan bu eleştiri, cinsel taciz suçunun da cezasının artırılarak sayılan suçlar için öngörülen cezalar arasındaki farkın kapatılması gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Kişilerin cinsel özgürlükleri farklı ağırlık ve içerikteki çeşitli cinsel davranışlarla ihlal edilebilir; ihlali doğuran cinsel davranışın mahiyetine veya mağdurun yaşına göre birbirinden farklı suç tiplerinin ceza kanunlarında düzenlenmesi ve buna paralel olarak farklı ağırlıklarda bir cezalandırma öngörülmesi doğal, hatta isabetli olandır. Bu noktada esas sorun; cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarında, fiilin ağırlığıyla orantısız bir şekilde cezaların kanun koyucu tarafından artırılıyor olmasıdır.

Ceza kanunları “panik mevzuatından” ibaret olmadığına ve her somut olay üzerine yeni baştan yazılamayacağına göre, kanun koyucunun alışlagelmiş ancak faydasız bu tutumu, esasında amaçlananın tam tersi bir sonuç doğurmaktadır. Zira özellikle cinsel saldırı ve istismar suçlarında olmak üzere, cinsel özgürlüğe karşı suçlarda fiilin ağırlığıyla orantısız olarak cezaları ağırlaştırmanın; hâkimlerin çekinmesine ve ceza vermekten kaçınmasına sebep olması mümkün, hatta muhtemeldir. Bu durumun, karmaşık bir olgu olan ve pek çok husustan etkilenen cezasızlık kültürünü daha çok besleyeceği ise kaçınılmaz bir gerçektir.

Anahtar Kelimeler: Cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, cinsel taciz, suça teşebbüs, gönüllü vazgeçme.

*

SOME EVALUATIONS ON ATTEMPT AND VOLUNTARY ABANDONMENT WITHIN THE FRAMEWORK OF THE DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION, IN THE CONTEXT OF SEXUAL ASSAULT, ABUSE AND HARASSMENT CRIMES

ABSTRACT

The aim of this study is to examine how the Court of Cassation applies the provisions of attempt and voluntary abandonment in the crimes of sexual assault, sexual abuse of children

and sexual harassment. The first of the problems that form the basis of the study; the provisions of attempt in sexual assault and abuse crimes are applied in a very narrow area. The Court's main basis for not accepting the existence of the attempt; the fact that the perpetrator has not yet started directly with actions suitable for the execution of the crime he intends to commit.

However, the Court accepts that it is so difficult for the perpetrator to "directly start the execution of the crime" in sexual assault or abuse crimes that it renders the attempt provisions almost inapplicable in these crimes; it denies the existence of an attempted sexual assault or abuse crime. Another way used by the Court is to apply the provisions on voluntary abandonment and to refrain from punishing the perpetrator or to impose a much lesser sentence, even in cases where the abandonment is not voluntary and the perpetrator's will is coerced by external concrete factors (such as the victim's resistance, escape).

As a result, the Court either relies on the assumption that the execution of the offense has not yet begun and therefore there is no attempt, or if the perpetrator has not yet had any contact with the victim's body, with the assumption that the perpetrator has voluntarily abandoned and his actions up to that point constitute only the crime of sexual harassment and therefore the Court convicts from this crime. Thus, the Court enters into a cycle that results in not punishing the perpetrator or imposing a much lesser sentence.

The main reason for this situation is; there is a huge difference between the penalties for sexual assault and abuse and sexual harassment crimes. The legislator adopts a conventional but useless attitude of preventing crime by aggravating penalties for crimes against sexual freedom, and this attitude actually produces the opposite result of the intended one. With this attitude, it is possible, even probable, that the legislator will cause judges to hesitate and refrain from imposing penalties. It is an inevitable fact that this situation will further foster the culture of impunity, which is a complex phenomenon and affected by many factors.

Keywords: Sexual Assault, Child Sexual Abuse, Sexual Harassment, Attempt, Voluntary Abandonment.

TÜRK CEZA HUKUKUNDA SAPMA HALLERİNDE CEZAI SORUMLULUĞUN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRMESİ

Ar. Gör. Afra AKGÜL

Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0003-1786-8757, av.akgülafra@gmail.com

ÖZET

Ceza hukuku öğretisinde, olayın gelişiminde öngörülen ile maddi dünyada ortaya çıkan gelişim arasındaki farktan doğan hataya sapma denir. Öğretide isabette hata olarak da adlandırılabilen sapma, kusurluluğu kaldıran nedenlerden biridir.¹ Sapma, hatadan farklıdır. Hata hem iradenin oluşum sürecini hem de iradenin gerçekleştirilme sürecini etkiler. Buna karşın sapmada, irade sağlıklı şekilde ortaya çıkıp netice farklı bir biçimde gerçekleşmektedir. Üç tür sapma söz konusudur: Hedefte sapma, suçta sapma, nedensellik bağında sapma. Hedefte sapma ya failin yetersizliği ya da fail tarafından yeteneğinin gereği gibi kullanılmaması veya başka herhangi bir sebepten dolayı, hareketin, gerçekleştirilmesi hedeflenen suç konusu üzerinde değil, başka bir konu üzerinde gerçekleşmesi halidir. Hedefte sapma durumunda, hata yoktur. Nitekim, burada sapan, yalnızca failin hareketidir. Diğer bir ifadeyle failin iradesinde bir sapma söz konusu değildir. Hedefte sapma, tek sonuçlu hedefte sapma ve çok sonuçlu hedefte sapma olarak olarak gerçekleşebilmektedir. Suçta sapma, bir suçun işlenmesi sırasında araçların hatalı kullanılmasından ya da sair bir nedenden ötürü ortaya çıkan sonucun gerçekleşmesi istenen suçtan farklı bir suçta sebep olmasıdır. Nedensellik bağında sapma ise, öngörülmeyen ve istenmeyen bir nedensel sürecin varlığına rağmen; istenen sonucun meydana gelmesidir.

Sapma halinde irade sağlıklı olarak ortaya çıkmakta ancak yapılan hareket ya kastedilen neticeyi değil ya da kastedilen netice ile birlikte bir başka neticeyi de gerçekleştirmektedir. 765 sayılı mülga Kanun sapmayı şahısta hata olarak 52. maddede düzenlemişti. Söz konusu hüküm “Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kast ettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faille tahmil olunmaz. Belki cürüm kast olunan şahsa karşı işlenmiş gibi telakki olunarak fail, cürmün tazammı edebileceği esbabı muhaffefeden istifade eder.” şeklinde düzenlenmekteydi. Ancak fail hareketi sonucunda bir kişiyi öldürür ve başka bir kişiyi de yaralarsa ya da mala zarar verme gibi başka bir suç ortaya çıkarsa bu durumda çift neticeli

¹ Hafızoğulları, Zeki. - Özen, Muharrem. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Tıpkı Basım 11. Baskı, US-A Yayıncılık: Ankara, Ekim 2018, s. 300.

ya da çok sonuçlu sapma söz konusu olmaktadır. Mülga Kanun çok sonuçlu sapma kurumunu düzenlememiştir. Öğretilerde bu durumlarda kast kuralı geçerlidir.

Yürürlükteki 5237 sayılı Kanun'da sapma kurumuna ilişkin herhangi bir düzenleyici madde bulunmamaktadır. Sapma kurumu, 5237 sayılı Kanun'un ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler bölümündeki hata kurumunun düzenlendiği 30. maddenin gerekçesinde² yer almaktadır. Söz konusu gerekçede sapmanın, suçların içtima ve özellikle fikri içtima kurumu ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Fikri içtima kurumunun düzenlendiği 44. maddenin gerekçesinde de sapma halinde failin tek bir fiiliyle birden fazla suç işlemesi durumunda fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğinden söz edilmiştir.³ Ancak bu çözüm yolu isabetli değildir. Suçların içtima kurumları sapma hallerinde uygulanmaya kabil kurumlar değildirler. Sapma hallerinde, failin sorumluluğu kast kuralına göre belirlenmelidir. Maddenin gerekçesine göre sapma kurumu ile suçların içtimasında yer alan kurumlar arasında ilişki kurulmaya çalışılacak olursa, suçların içtima kurumlarından kanuni düzenlemeye göre karşımıza çıkan ilk kurum Kanun'un 42. maddesinde düzenlenen bileşik suçtur⁴. Ancak bileşik suçun, sapma kurumu ile herhangi bir bağlantısının olmadığı apaçık ortadadır⁵.

Kanun'un 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suç ile sapma arasında bağlantı kurulmaya çalışacak olursa anılan hükmün 1. fıkrasında belirtilen “*bir suç işleme kararı*” ve “*bir kişiye*” koşulları sapma bakımından gerçekleşmemektedir. Dolayısıyla sapma halinde zincirleme suç hükümleri de uygulanamaz. Nitekim 43. maddenin son fıkrasında kasten öldürme ve kasten yaralama suçları bakımından da zincirleme suç hükümlerinin uygulanamaz⁶. Ancak bazı yazarlar⁷, Kanun'un 43/2 hükmünün, uygulanma yasağı bulunan suçlar haricindeki

² Gerekçe: “Keza, hedefte sapma hâli ile ilgili olarak bu madde kapsamında düzenleme yapılmasına gerek görülmemiştir. Çünkü hedefte sapma hâlinde bir hata söz konusu değildir. Bu durumda suçların içtima hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sorun söz konusudur. Nitekim, uygulamada da hedefte sapma, suçların içtima ve özellikle fikri içtima bağlamında ele alınmaktadır.”

³Gerekçe: “Gerek doktrinde gerek uygulamamızda, hedefte sapma durumunda da fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiği konusundaki görüş hâkimdir. Bu nedenle, kanuni düzenlemede hedefte sapmanın şahısta yanılma ile birlikte değerlendirilmesinden vazgeçilmiştir. Örneğin bir kişiyi yaralamak için fırlatılan sopa, mağduru yaraladıktan sonra veya mağdura isabet etmeden vitrin camına çarparak kırılmasına neden olabilir. Bu durumda, sopa fırlatma fiiliyle hem tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış kasten yaralama suçu hem de başkasının malına zarar verme suçu işlenmiş olmaktadır. Aynı şekilde, bir kişiyi öldürmek için ateşlenen silâhtan çıkan kurşun, mağdura isabet etmeden duvara çarpması nedeniyle sekerek bir başkasının ölümüne veya yaralanmasına neden olabilir. Bu durumda, hedeflenen kişi açısından kasten öldürme suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır; ancak, sekme sonucunda ölümüne veya yaralanmasına neden olunan kişi açısından ise, taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçu işlenmiş olmaktadır. Bu gibi durumlarda kişi işlediği bir fiille birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olmaktadır ve bu suçlardan en ağır cezayı gerektireni ile cezalandırılmasıyla yetinilmelidir.”

⁴ “Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.”

⁵ Toroslu, Nevzat. – Toroslu, Haluk. Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, 279.; Güngör, Devrim. Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata. Yayımlanmış Doktora Tezi, AÜSBE, 2006, s. 94.

⁶ Toroslu – Toroslu, s. 280.; Güngör, s. 94.

⁷ İçel, Kayıhan – Evik, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 2007, s. 223-224.; Özbek, Veli Özer-Kanbur, Nihat – Bacaksız, Pınar – Doğan, Koray – Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 414 – 415.

suçlarda, failin lehine olacak bir yorum ile çok neticeli sapma hallerinde, neticelerin aynı nitelikte olması durumunda uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar.

Sapmanın, Kanun'un 44. maddesinde düzenlenmiş olan fikri içtima⁸ kurumu ile olan ilişkisinde ise öğretide görüş birliği sağlanmamıştır. Somut bir olayda fikri içtima kurumunun uygulanabilmesi için, failin tek bir fiili ile birden fazla ve farklı suçu işlemesi gerekir. Öğretideki tartışmanın kaynağı 44. maddede zikredilen fiil ifadesine terim olarak verilen farklı anlamlardır. Diğer bir ifadeyle, hangi koşullar altında fiil teklüğünden bahsedildiği meselesi fikri içtimanın uygulanması açısından farklı görüşleri ortaya çıkarmaktadır⁹. Fiil, suçun maddi unsuru olarak ele alındığında ve fiilin teklüğü için neticeyi esas alan görüş kabul edildiğinde, sapma halinde birden fazla netice bulunduğundan fikri içtima hükümleri uygulanamaz¹⁰. Öğretide 'fiil' kelimesinin, 'netice' anlamında kullanıldığını savunan yazarlar mevcuttur. Ancak isabetli olduğu düşünülen, netice sayısının fiil sayısını belirlediği görüş esas alındığında, sapma halinde ortaya birden çok netice çıktığından fikri içtima hükümleri uygulanamaz. Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin gerekçesinde her ne kadar sapma hallerinde suçların içtimaı kurallarının uygulanacağı belirtilse de bu durum suçların içtimaı kurumlarının yapısına uygun değildir. Sapma hallerinde, failin sorumluluğu kast kuralına göre belirlenmelidir. İşbu çalışmada da sapma kurumu ve çeşitleri açıklanarak, sapma hallerinde failin sorumluluğun nasıl belirleneceği Yargıtay uygulaması ile de karşılaştırılarak değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Sapma, hata, fikri içtima.

*

EVALUATION OF TURKISH SUPREME COURT DECISIONS REGARDING THE DETERMINATION OF CRIMINAL LIABILITY IN CASES OF ABERRATIO IN TURKISH PENAL CODE

ABSTRACT

The error that occurs when there is a difference between the development of the predicted event and the development of what actually occurs is called aberratio (or aberratio ictus) in teaching. Aberratio is different from error. Error affects not only the formation of the will, but also the process of the realization of the will. On the other hand, in aberratio, the will emerges in a healthy way and the result is realized in a different way. There are three types of aberratio: aberratio in the target, aberratio in the crime, aberratio in the causal link. What will be the responsibility of the perpetrator in cases of aberratio should be determined according to the fault of the perpetrator. Although it is stated in the justification of Article 30 of the current

⁸ “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.”

⁹ Öntan, Yaprak. Ceza Hukukunda Davranış ve Netice, AÜSBE, Yayınlanmış Doktora Tezi, s. 320.

¹⁰ Hafizoğulları – Özen, s. 300.; İçel – Evik, s. 224.

Turkish Penal Code that in cases of aberratio, the rules of association of crimes will be applied, this situation is not suitable for the structure of the social institutions of crimes. In this study, these problems will be discussed.

Keywords: Aberratio ictus, error, conceptual aggregation.

TÜZEL KİŞİLERE UYGULANABİLEN KORUMA TEDBİRLERİNDEKİ MÜDAHALENİN SINIRI

Ar. Gör. Eşref Barış BÖREKÇİ

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0001-6609-1759, baris.borekci@yeditepe.edu.tr

ÖZET

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki¹¹ ("CMK") koruma tedbirleri çoğunlukla şüpheli/sanığa uygulanmaktadır. Ancak ceza muhakemesinin amaçları için kimi zaman şüpheli/sanık olmayan "diğer kişiler"¹² de koruma tedbiri uygulanabilmektedir. Diğer kişilere yönelik koruma tedbiri temelli kamu gücü müdahalesi doğaldır ki şüpheli/sanığa yönelik müdahalelerden bazı açılardan farklılaşmaktadır. Öncelikle bu farklılaşmaya yol açan dogmatik arka plandan bahsedilmelidir.

Şüpheli/sanık, hakkında suç işlediği yönünde belli bir şüphe bulunan kişiye verilen statüdür. Oysaki "diğer kişi"nin suç işlediği yönünde herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. "Diğer kişi"nin suç işlediği yönünde bir şüphe bulunmadığına göre bu kişilere uygulanan koruma tedbiri -kural olarak- şüpheli/sanığa nazaran daha sınırlı ve hafif olmalıdır. Bu esasın şekil değiştirmeye başladığı nokta ise tüzel kişilere uygulanan koruma tedbirlerinde somutlaşmaktadır. Bu somutlaşmadan önce tüzel kişilere uygulanan koruma tedbirlerinin genel çerçevesi çizilmelidir.

Türk hukukunda tüzel kişilerin suç ehliyeti bulunmamaktadır¹³. Bu esas neticesinde tüzel kişiler ceza muhakemesi hukuku süreçlerinde şüpheli/sanık olamamaktadır¹⁴. Buna rağmen tüzel kişiler hakkında koruma tedbirlerinin uygulanması mümkündür. Örneğin CMK m. 117'deki diğer kişilerle ilgili arama, CMK m. 123'teki basit elkoyma¹⁵ ve CMK m. 128'deki

¹¹ RG: 17.12.2004/25673.

¹² Diğer kişi kavramı koruma tedbirlerinin muhatapları açısından yapılan bir ayrımı yansıtmaktadır. Diğer kişi ceza muhakemesi hukuku sürecinde yer aldığı takdirde malen sorumlu, suçtan dolayı olarak zarar gören veya savunma makamı yanında yer statüsüne sahip olabilmektedir.

¹³ Özbek, Veli Özer, Ekonomi Ceza Hukuku (Birinci Kitap-Genel Hükümler), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 72.

¹⁴ Öztürk, Bahri; Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Sırma Gezer, Özge; Saygılar Kırt, Yasemin F.; Alan Akcan, Esra; Özaydın, Özdem; Erden Tütüncü, Efser; Altınok Villemin, Derya; Tok, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 245; Şahin, Cumhur; Göktürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 109; Yenisey Feridun; Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 202.

¹⁵ CMK m. 131/1'deki "... üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın..." ifadesinin yollamasıyla bu sonuca ulaşılmaktadır.

genişletilmiş elkoyma¹⁶ bu koruma tedbirlerinden bazılarıdır. Bu koruma tedbirlerinin uygulanması neticesinde tüzel kişinin hak alanına müdahale edilmektedir. Böylesi bir müdahalede tüzel kişi sanık/şüpheli olamayacağına göre “diğer kişi” olarak değerlendirilmektedir. İkinci paragrafın baştan dördüncü cümlesindeki tespiti tüzel kişilere uygulayalım. “Diğer kişi” olan bu tüzel kişiler, koruma tedbirleri açısından şüpheli/sanığa nazaran daha geniş bir özgürlük alanına sahip olmalıdır. Ancak bu çıkarım, “tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde bir suçun işlenmesi” halinde bir tür değişime uğramaktadır. Değişimden önce “tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde bir suçun işlenmesi” kavramına değinilmelidir.

Tüzel kişilerin suçta kullanımı şirket suçluluğu kavramını doğurmuştur. Şirket suçluluğunun diğer suçlara nazaran hem ekonomik hem de fiziki olarak daha çok hasara yol açtığı kriminolojik olarak son yıllarda sıkça dillendirilmektedir¹⁷. Bu durum karşısında hukuk sistemleri de tüzel kişilere yönelik nitelikli hukuki rejimler geliştirme yoluna gitmektedir¹⁸. Türk ceza muhakemesi hukukuna bakıldığında CMK m. 133’teki şirket yönetimi için kayyım tayini koruma tedbiri ve CMK m. 249’daki tüzel kişinin temsili düzenlemesi, şirket suçluluğu olgusunun ceza muhakemesi hukukuna etkisini gösteren başlıca düzenlemelerdendir. Her iki maddedeki ortak kavram “tüzel kişinin/şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenen suç”tur. CMK m. 249 bir koruma tedbiri olmadığı için tebliğin odağına CMK m. 133 alınacaktır. Bu odak değişiminin bir diğer sebebi ise CMK m. 133’ün her halükârda tüzel kişilere yönelik uygulanmasıdır¹⁹.

CMK m. 133, tüzel kişiliğin tamamı üzerinde sonuç doğuran nitelikli bir elkoymadır. CMK m. 133’e hükmedilen her olayda, koruma tedbirinin sonuçları her zaman “diğer kişi” sıfatına sahip olan tüzel kişi üzerinde doğmaktadır. Her defasında tüzel kişilik üzerinde doğan bu sonuçlar tüzel kişiliğin tamamına yayılmakta ve tüzel kişiliğin iradesini doğrudan etkilemektedir. Hâkim veya mahkeme tarafından atanan kayyım, tüzel kişinin yönetim organının yerine geçerek tek başına icrai karar verebilmekte (yönetim kayyımı) veya tüzel kişinin iradesinin doğmasını sağlayacak şekilde denetimsel işlem tesis edebilmektedir (denetim kayyımı). Bu sebeple CMK m. 133’ün doğurduğu sonuçlar “diğer kişi” olan tüzel kişiler açısından aslidir. Tüzel kişilere uygulanan diğer koruma tedbirleri ile CMK m. 133 arasında karşılaştırma yapıldığında aradaki fark daha da netleşmektedir.

Üçüncü paragrafta sayılan hiçbir koruma tedbiri şirketin bütün iradesini doğrudan ve tamamen etkileyecek şekilde bir sonuç doğurmamaktadır. Ayrıca bu koruma tedbirlerinin

¹⁶ Aksi yönde bkz. Soygüt Arslan, Mualla Buket. Türk Ceza Hukukunda Müsadere, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014, s. 442.

¹⁷ Kubiciel, Michael; Hoven, Elisa, Der Entwurf eines Verbandsstrafgesetzes aus Sicht der Rechtswissenschaft – Bedeutung, Zurechnungsmodelle, Prozessrecht, eds. Jahn, Matthias; Schmitt-Leonardy, Charlotte; Schoop, Christian in: Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen, Nomos, Baden-Baden, 2016, s. 162; Barkan, Steven E., Criminology: A Social Understanding, Pearson, New York, 2017, s. 263.

¹⁸ Örneğin Almanya’da henüz kanunlaşmasa da 2013 yılından beri tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmesi yönünde somut adımlar atılmaktadır. 2019 yılında Adalet Bakanlığı tarafından tüzel kişilere yönelik adli ceza yaptırımlarının düzenlendiği bir kanun taslağı (“Ekonomide Bütünlüğün Güçlendirilmesi Kanunu Taslağı”) bu çalışmaların en somut örneğidir. Taslağın tam metni için bkz. https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2020/0401-0500/440-20.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

¹⁹ Tüzel kişiliği olmayan adi şirketlerin de CMK m. 133’e konu olabileceğine ilişkin görüş için bkz. Karahan, Abdurrahman Burak, Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (CMK m. 133), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 52.

uygulandığı her olayda tüzel kişilere yönelik bir müdahale söz konusu olmamaktadır. Yani bu koruma tedbirlerine başvurulduğu bazı durumlarda tedbirin süjesi tüzel kişi olmaktadır. Bu farklılaşma da CMK m. 133'ü diğer koruma tedbirlerinden ayırmaktadır. Bu ayrıma rağmen koruma tedbirlerinin “diğer kişilere” uygulanması halinde şüpheli/sanığa nazaran daha geniş bir özgürlük alanı tanınması gerekliliğine dair tespit, CMK m. 133 için de geçerli olmalıdır. Ancak anılan tespit, olan hukuk açısından saf dışı kalmaktadır. Nitekim CMK m. 133 açısından çizilen bu tablo, tüzel kişinin adeta şüpheli/sanıkmişçasına bir koruma tedbirinin asli muhatabı haline gelmesine işaret etmektedir. Böylece “diğer kişi” kavramının bir alt dalı olan “yanında yer alan” ile şüpheli/sanık arasındaki ayırım silikleşmektedir. Bu silikleşme fiilen tüzel kişilerin adli ceza sorumluluğunun kabul edilip edilmediği yönünde soru işaretleri yaratmaktadır. Bu soru işareti ise yargı kararlarıyla daha da ilginç bir noktaya taşınmaktadır. CMK m. 133'ün uygulandığı yargılamalarda kayyım atanmış şirketlerin bir eşya olarak kabul edilerek eşya müsaderesine tabi tutulması yönünde kararlar veren Yargıtay, ilginç bir hukuki duruma yol açmaktadır²⁰. Nitekim temyiz mahkemesine göre hukuken kendisine bir hak alanı tanınan ve CMK m. 249 gereğince kendisini temsil ettirebilen tüzel kişiler, bir anda eşya olarak kabul edilebilmektedir. Bu da bahsettiğimiz silikleşmenin yanında ayrıca bir kargaşa yaratmaktadır. Bu silikleşme ve kargaşa sadece Türk hukukuna özgü değildir.

Alman ceza hukukunda da şirketlerin adli ceza ehliyetinin olmadığı kabul edilmektedir²¹. Ancak sermaye piyasası hukuku gibi farklı hukuk disiplinleri altında tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna varacak düzenlemelerin özellikle 2010 sonrasında yürürlüğe girmeye başlamasına işaret edilmektedir²². Bu da beraberinde tüzel kişilerin adli ceza ehliyetinin kabul edilip edilmemesi noktasında tartışmalara ve akabinde böylesi bir kabul sonrası koruma tedbirlerinin ne şekilde tüzel kişilere uygulanabileceği veya yeni tür nasıl koruma tedbirlerinin düzenlenmesi gerektiği konusunda tartışmalar yaratmaktadır. Bu tartışmalarda Türk hukuku açısından dikkat çeken kritik nokta ise şirket suçluluğuna yönelik ceza muhakemesi hukukunda yapılacak değişikliklerin öncülünün tüzel kişilerin adli ceza ehliyetinin olduğu yönündeki kabulden geçmesidir. Çalışmamızda da tüzel kişilerin adli ceza ehliyeti, bunun koruma tedbirlerine yansımaları ve tüzel kişilere özgü koruma tedbirlerinde çizilmesi gereken müdahale sınırı yukarıda açıklanan bağlamda incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Tüzel kişiler, şirket, koruma tedbirleri, şirket yönetimi için kayyım tayini, şirketlerin ceza sorumluluğu.

*

²⁰ Yar. 3. CD, E: 2022/18087, K: 2023/2215, T: 14.4.2023: “*Ekonomik bir değeri olan, edinmeye elverişli her şey eşya olarak kabul edildiğinden, şirket hukuken kişi olmasına rağmen aynı zamanda bir eşya statüsündedir.*”

²¹ Anılan durum “societas delinquere non potest” ilkesine dayandırılmaktadır. Schmitt, Rudolf, *Strafrechtliche Massnahmen Gegen Verbände*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1958, s. 16-28; Kirch-Heim, Claudio, *Sanktionen gegen Unternehmen*, Duncker&Humblot, Berlin, 2007, s. 15; Böse, Martin, *Corporate Criminal Liability in Germany*, eds. Pieth, Mark; Ivory, Radha in *Corporate Criminal Liability : Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, Dordrecht, 2011, s. 228.

²² Kubiciel, Michael, *Einleitung: „Immerfort zu werden und niemals zu sein“ – Das Unternehmensstrafrecht als Rechtgebiet im Wandel*, Nomos, Baden-Baden, 2020, s. 9.

LIMITS OF INTERVENTION IN INVESTIGATION MEASURES APPLICABLE TO LEGAL ENTITIES

ABSTRACT

The Turkish Criminal Procedure Code (“CPC”) generally includes investigation measures targeted at suspects/defendants. However, when it is necessary to reveal the truth behind a crime, these investigation measures may be applied to "other persons" who are not suspects/defendants. At this point, it is essential to delve into the dogmatic foundation of the differences in the application of investigation measures. In comparison to suspects/defendants, "other persons" should enjoy a broader scope of freedom when they become the recipients of investigation measures. This fact also applies to legal entities, who are considered an extended form of "other persons."

Due to the absence of criminal capacity in legal entities, they cannot be considered suspects or defendants in criminal procedure processes. Nevertheless, investigation measures may be applied to legal entities. For example, measures such as search of others under CPC Art. 117, ordinary seizure under CPC Art. 123, and extended seizure under CPC Art. 128 can be applied to legal entities. These measures constitute a violation on the legal entity's sphere of rights, and in this context, the legal entity is considered an "other person". Therefore, when investigation measures are applied to legal entities, they should also benefit from a broader scope of freedom. However, this situation can sometimes take a different turn.

The instrumentalization of legal entities in criminal activities gives rise to the concept of corporate criminal liability, which has significant implications for criminal procedural law. When examining these implications, CPC Art. 133 provides for the appointment of a trustee for the management of a company, while CPC Art. 249 deals with the representation of legal entities under criminal proceedings. Both articles are based on the concept of a crime committed within the scope of the legal entity's or company's activities. However, while CPC Art. 133 entails a special type of seizure that affects the entire legal entity, the investigation measures mentioned in the previous paragraph do not have such an impact on legal entities. Therefore, there are significant differences in the scope of intervention between CPC Art. 133 and other investigation measures.

The broad extension of CPC Art. 133 to cover the entire company, affecting its will directly, and its consistent application to all companies demonstrate the primary impact of investigation measures on legal entities. This primary impact conflicts with the notion of a broader scope of freedom expected for "other persons." This conflict and the situations that arise from it are not unique to Turkish law; similar conflicts can also be observed in comparative law such as German law.

In this study, the criminal capacity of legal entities will be analyzed, its reflection in investigation measures, and the limits of intervention to be drawn in investigation measures specific to legal persons will be examined with a comparative insight from German law.

Keywords: Legal entities, company, investigation measures, appointment of trustee for company management, corporate criminal liability.

KRİZLER VE İNSANA YARAŞIR ÇALIŞMA KOŞULLARI: COVID-19 PANDEMİSİ KRİZİNDE KADIN İŞÇİLERİN KORUNMASI

Dr. Ceren KASIM

Sosyal ve Organizasyonel Eğitim Enstitüsü, Hildesheim Üniversitesi, Almanya

ORCID: 0000-0003-1232-6916, kasimintizamoglu@uni-hildesheim.de

ÖZET

COVID-19 salgını, salgının ortaya çıkışı sonrası uygulanan sokağa çıkma yasakları ve hükümetlerin aldığı önlemlerle birlikte, tarih boyunca benzeri görülmemiş kolektif bir deneyim olarak kendini gösterdi. Bu kriz, zaten dezavantajlı durumda olanları daha fazla etkiledi. Kriz, kadınları da özellikle etkileyerek toplumlar içindeki mevcut eşitsizlikleri vurgulamış ve şiddetlendirmiştir. Pandemi döneminde uzaktan çalışan kadınlar, zorluklarla dolu bir deneyim yaşadılar, özellikle de kadına yönelik aile içi şiddet vakalarının artması gibi endişe verici bir durum söz konusu oldu. Bu çalışma, Türkiye'deki COVID-19 salgını bağlamında, uzaktan çalışan kadınların aile içi şiddete karşı sahip olduğu yasal koruma yollarını tanıtmayı hedeflemektedir.

COVID-19 Salgını ve Türkiye'de Uzaktan Çalışma

COVID-19 salgınının ortaya çıkmasının ardından, Türk makamları salgının yayılmasını durdurmak veya en azından yavaşlatmak amacıyla günlük hayata ciddi kısıtlamalar getirmiştir. Bu bağlamda, Mart 2020'nin başından itibaren birçok şirket uzaktan çalışmaya başlamış ya da devam etmiştir. (Centel 2020, 17; Mercer 2020) Daha da önemlisi, pandemi sona ermesine rağmen uzaktan çalışma modeli geçmişe göre daha aktif olarak kullanılmaktadır. Bu durum, bir zamanlar yüksek vasıflı çalışanların lüksü olan uzaktan çalışmanın tüm işgücü piyasasında daha yaygın hale geldiğini/geleceğini göstermektedir.

COVID-19, Ev Ofisindeki Kadın Çalışanlar ve Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet

Türkiye'de uygulanan COVID-19 kısıtlamaları sayesinde, pandemi süresince uzaktan çalışma birçok sektör ve birçok iş türü için bir dereceye kadar zorunlu bir nitelik kazanmıştır. (Kasım 2020, 3) Dahası, sokağa çıkma yasakları ve seyahat kısıtlamaları nedeniyle uzaktan çalışma, çalışanların ev-ofisleriyle sınırlı kalmıştır. Bu şekilde, ücretli çalışma ve ücretsiz çalışma aynı yerde çakışmış ve ücretli çalışmanın nerede başlayıp nerede bittiğine dair soruları gündeme getirmiştir. Özellikle ev-ofiste ve kadın çalışanlar tarafından uygulanan uzaktan çalışma, uzun süredir eleştirilen kamusal alan - özel alan ikilemine meydan okumaktadır.

Pek çok kadın için ev her zaman güvenli bir yer değildir. Bazen işyerleri bir sığınak görevi görebilir. Pandemi sırasında tüm dünyada olduğu gibi Türkiye'de de kadına yönelik şiddet

gölge bir salgın gibi hareket etmiştir. (UN Women 2020) Pandemi sürecinde çok sayıda çalışanın ev-ofislerden uzaktan çalışmaya yönlendirilmesiyle, eskiden işyeri dışında gerçekleşen aile içi şiddet, işyeri ilişkisinin içsel bir unsur haline gelmiştir.

Uluslararası Hukuk ve Türkiye

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Barış ve Dayanıklılık için İstihdam ve İnsana Yakışır İş Tavsiye Kararı, 2017, No. 205 toparlanmanın sağlanması ve dayanıklılığın inşa edilmesi için tüm kriz müdahale faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet perspektifinin uygulanmasını da içeren çok aşamalı bir yaklaşımın benimsenmesinin önemini vurgulamaktadır (R205 s. 8). 205 sayılı Tavsiye Kararı, krizlerin kadınları ve erkekleri farklı şekilde etkilediğini ve toplumsal cinsiyet eşitliği ile kadınların ve kız çocuklarının güçlendirilmesinin krizden toparlanmanın sağlanması ve dayanıklılığın inşa edilmesi açısından kritik önem taşıdığını kabul etmektedir (R205 Önsöz ve s. 9). Bu nedenle, krize yönetimi açık bir toplumsal cinsiyet perspektifi ile koordineli ve kapsayıcı bir ihtiyaç değerlendirmesini içermelidir (R205 Önsöz ve s. 9). Ayrıca, 205 sayılı Tavsiye Kararı ILO üyesi devletleri toplumsal cinsiyete dayalı her türlü şiddeti önlemeye ve cezalandırmaya ve mağdurları korumaya ve desteklemeye çağırılmaktadır (R205 s. 15). Dolayısıyla, toplumsal cinsiyet temelli bir bakış açısının benimsenmesi ve toplumsal cinsiyet temelli şiddetin etkili bir şekilde ele alınması, insan merkezli, sürdürülebilir ve kapsayıcı bir iyileşme ve dayanıklılığın sağlanması için elzemdir.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne (CEDAW) temel insan haklarını, insan onurunu ve değerini, kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olmasını vurgulayan bir sözleşmedir. Sözleşme, kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı kınamakta ve diğer hususların yanı sıra istihdam alanında kadınlara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır. Ayrıca, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'nin (CEDAW Komitesi) 19 No'lu Genel Tavsiye Kararı, kadına yönelik şiddetin bir ayrımcılık türü olduğunu tespit etmekte ve devletleri bu konuda aktif mücadeleye çağırılmaktadır.

Bir Aktör Olarak Devlet

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10. Maddesi kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olduğunu ve devletin bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmektedir. Ayrıca anayasa, bu amaçla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağını da düzenlemektedir. Buna göre, devletin uzaktan çalışan kadın işçileri aile içi şiddete karşı koruma yükümlülüğü de vardır, çünkü bu başlı başına kadınlara karşı bir ayrımcılık teşkil etmektedir.

Uzaktan Çalışma ile İlgili Yasal Düzenlemeler

4857 sayılı İş Kanunu'nda 2016 yılında yapılan değişiklikle uzaktan çalışma, yazılı uzaktan çalışma iş sözleşmesine dayanan bir iş ilişkisi türü olarak kabul edilmiştir (4857 sayılı İş Kanunu IV, Madde 14). (4857 Sayılı İş Kanunu, RG, 10.06.2003, 25134; İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG, 20. 05.2016, 29717). 05.2016, 29717) 2016 değişikliği ayrıca uzaktan çalışma istihdam ilişkisinin ayrıntılarının

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceğini belirtmektedir. Ancak ilgili sözleşme tarafları, Uzaktan Çalışma Yönetmeliği (UÇY) olarak adlandırılan bu yönetmeliğin resmileşmesi için Mart 2021'e kadar beklemek zorunda kalmıştır (Uzaktan Çalışma Yönetmeliği, RG, 10.03.2021, 31419). Dolayısıyla, pandemi nedeniyle işverenler çalışanlarından evden çalışmalarını talep etmeye başladıklarında, aslında uzaktan çalışmanın ayrıntıları konusunda onlara rehberlik edecek ayrıntılı düzenlemeler mevcut değildi.

Veri koruma ile iş sağlığı ve güvenliği istisnaları dışında, Uzaktan Çalışma Yönetmeliği büyük ölçüde iş sözleşmesinin taraflarına, aralarında karşılıklı bir anlaşmanın varlığına bağlı olarak uzaktan çalışmanın ana değişkenlerini belirleme imkânı vermektedir. İş sözleşmesinin tarafları arasındaki tipik güç dengesizliği göz önünde bulundurulduğunda, taraflara aralarında karşılıklı bir anlaşmaya göre değişkenleri belirleme imkânı veren bir düzenleme işverenler için esneklik ama çalışanlar için güvencesizlik ile sonuçlanma riski taşır.

Çalışanlar, UÇY'ye göre uzaktan çalışma konusunda tanınmış herhangi bir haktan yararlanamamaktadır. Bununla birlikte, salgın hastalıklar da dahil olmak üzere mücbir sebeplerin varlığı halinde işverene çalışanın uzaktan çalışmasını talep etme hakkı tanınmaktadır. (Baycık, Doğan, Yangın ve Yaz 2021, 1691). Bu gibi durumlarda, çalışanın rızası olmasa bile, işverenin takdirine bağlı olarak uzaktan çalışmaya geçmek mümkündür (Md. 14, VI UÇY). Bakım sorumlulukları veya aile içi şiddet gibi durumlar için herhangi bir istisna tanınmamıştır. Sonuç olarak düzenleme, aile içi şiddet mağdurlarının korunması da dahil olmak üzere kadın çalışanların özel ihtiyaçlarını da göz ardı etmektedir.

Bununla birlikte, işveren işçiyi iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hakkında bilgilendirmek, gerekli güvenlik eğitimini vermek, sağlık gözetimi sağlamak ve sağlanan iş ekipmanıyla ilgili gerekli iş güvenliği önlemlerini almakla yükümlüdür (Md. 12 UÇY). İşveren ayrıca işçinin uzaktan yaptığı işin niteliğini de dikkate almalıdır (4857 sayılı İş Kanunu Md. 14/IV ve Md. 12 UÇY). Bu şekilde işveren, uzaktan çalışan işçinin çalışma koşullarının güvenli olmasını ve sağlığını tehdit etmemesini sağlamalıdır. (Astarlı ve Baysal 2021, 2). Bu düzenlemenin, bir grup olarak kadın işçilerin ihtiyaçları dikkate alınarak yorumlanması, iş sağlığı ve güvenliği düzenlemelerinin aile içi şiddeti de kapsamasını sağlamalıdır, çünkü aile içi şiddet her şeyden önce bir sağlık ve güvenlik sorunudur. İş sağlığı ve güvenliği düzenlemeleri, örneğin politika ve prosedürleri içeren bir şiddet önleme planı, bir rapor mekanizması, eğitimler ve aynı zamanda mağdurların kendilerini toparlamalarına yardımcı olmak için ücretli, iş korumalı izinler içerebilir.

Aile İçi Şiddet ile İlgili Yasal Düzenlemeler

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, kadına yönelik şiddeti, cinsiyete dayalı ayrımcılık yaparak kadınların (ve sadece kadınların) insan haklarının ihlaline neden olan her türlü tutum ve davranış olarak tanımlamaktadır (Md. 2, I, ç 6284). Aile içi şiddet, mağdur ve fail aynı haneyi paylaşmasa bile, aile veya hane halkı içinde ya da ailenin diğer üyelerine karşı meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet olarak tanımlanmaktadır (Md. 2, I, b 6284).

Kanun kadın çalışanlara ilişkin düzenlemeler içermektedir. Hâkim, failin korunan kişiye, konutuna, okuluna veya işyerine yaklaşmasını yasaklayabilir; bu, konutu ve işyeri aynı olan kadınlar için büyük önem taşımaktadır (Madde 4, I 6284) Hâkim ayrıca mağdurun işyerinin değiştirilmesine de karar verebilir (Madde 4, I, a 6284). Karar, işçinin tabi olduğu ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak yetkili makam tarafından yerine getirilir (Md. 10, VII 6284). Bununla birlikte, düzenleme kadın işçilerin ücret, kariyer fırsatları ve diğer haklar bakımından olumsuz uygulamalarla karşılaşmasına da neden olabilmektedir. (Dulay Yangın 2020, 5) Anayasa Mahkemesi'ne göre şiddet mağduru bir kadının işyeri değişikliği talep etmesi ancak bunun reddedilmesi halinde maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ihlal edilmiş olur. (Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, 17.07.2019, 2016/14613, K. Ş.)

6284 sayılı Kanun ayrıca şunu da belirtmektedir: Korunan kişinin çalışması ve çocuk sahibi olması halinde, korunan kişinin çalışma hayatına katılımını desteklemek amacıyla iki ay süreyle sınırlı olmak üzere kreş / anaokulu imkanları sağlanacaktır (Md. 3, I, d 6284). Bu, aile içi şiddet mağdurlarının çalışma hayatına katılımını sağlamak açısından olumlu bir düzenlemedir, sadece iki ayla sınırlı olması nedeniyle yeterliliği tartışmalıdır.

Sendikaların Katılımı

6356 sayılı Türkiye Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na göre sendikalar faaliyetleri toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetmek durumundadırlar (Md. 26, III 6356) Bu yükümlülük, söz konusu sendikaların faaliyetlerinin aile içi şiddeti önlemeye yönelik faaliyetleri içerdiği şeklinde de yorumlanabilir. (Dulay Yangın 2020, 6)

Sonuç

Pandemi krizi, Türkiye'deki iş dünyasındaki sosyal eşitsizlikleri daha da belirgin hale getirmenin yanı sıra, uzaktan çalışan kadınlar da dahil olmak üzere, toplumsal cinsiyet eşitsizliğini vurgulamıştır. ILO'nun 205 sayılı Tavsiye Kararı çerçevesinde, bu krizin yönetiminde toplumsal cinsiyet temelli bir bakış açısının benimsenmesi ve toplumsal cinsiyet temelli şiddetin etkili bir şekilde ele alınması, insan merkezli, sürdürülebilir ve kapsayıcı bir iyileşme ile dayanıklılığın sağlanması için hayati öneme sahiptir.

Türk hukuku bağlamında, devletin kadın ve erkek çalışanlar arasında eşitliği sağlama anayasal yükümlülüğü bulunmaktadır. Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ile Uzaktan Çalışma Yönetmeliği, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri konusunda kadınların korunmasına odaklanmaktadır. Sendikaların toplumsal cinsiyet eşitliği konusundaki rolü, uzaktan çalışan kadın işçilere destek sağlama açısından önemlidir.

Ancak, kadınların ihtiyaçlarını karşılamak ve iş dünyasında sadece hukuki değil, fiili eşitliği sağlamak için yeni yaklaşımlara ihtiyaç vardır, özellikle de eşitsiz bir şekilde örgütlenmiş bir iş dünyasında. Bu yaklaşımlar, kadın çalışanların yaşadıkları ayrımcılığın karmaşık ve kesişen doğasını dikkate alarak, onların özgün ihtiyaçlarını öncelikli olarak ele almalıdır.

Anahtar Kelimeler: Krizler ve iş hukuku, ILO 205 sayılı tavsiye kararı, Covid-19 pandemisi, uzaktan çalışma, iş yerinde kadına yönelik şiddet, aile içi şiddet ve iş hukukuna etkisi, uzaktan çalışma yönetmeliği, 6284 sayılı Kanun.

*

CRISES AND DECENT WORKING CONDITIONS: PROTECTION OF WOMEN WORKERS IN THE COVID-19 PANDEMIC CRISIS

ABSTRACT

In the aftermath of the pandemic's outbreak, numerous companies in Turkey swiftly transitioned to remote work or continued to embrace this practice. What's more, a significant portion of these businesses now aims to make remote work a permanent fixture in the post-pandemic era. Remote work, once considered a privilege for highly skilled workers, has become increasingly prevalent across the entire Turkish labour market. Paradoxically, as the prevalence of remote work surged, so did the reported instances of domestic violence against women.

The International Labour Organization (ILO) Recommendation on Employment and Decent Work for Peace and Resilience, 2017, No. 205 stresses the importance of adopting a multi-stage approach, including the application of a gender perspective in all crisis response activities, to ensure recovery and build resilience (R205 p. 8). It recognises that crises affect women and men differently and that gender equality and the empowerment of women and girls are critical to ensuring crisis recovery and building resilience (R205 Preamble and p. 9). Crisis management should therefore include a clear gender perspective and a coordinated and inclusive needs assessment (R205 Preamble and p. 9). Furthermore, Recommendation 205 calls on ILO member States to prevent and punish all forms of gender-based violence and to protect and support victims (R205 p. 15). Adopting a gender-based perspective and effectively addressing gender-based violence is therefore essential for achieving human-centred, sustainable and inclusive recovery and resilience.

It is important to highlight that the Turkish Remote Work Regulation is primarily based on a mutual agreement between employers and workers, with no specific provisions addressing the needs and concerns of female workers specifically. Turkey's National Act on the Protection of the Family and the Prevention of Violence against Women does contain promising provisions for female workers. However, these provisions have, in practice, proven insufficient in providing the necessary protection, particularly in the context of remote work.

With the expectation that remote work will continue to be a common practice even after the pandemic subsides, it is of paramount importance to establish robust, human-centred protections against gender-based domestic violence aimed at women in the realm of labour law. This should involve creating specific guidelines and support mechanisms that address the unique challenges and vulnerabilities faced by female workers in remote settings. By doing so,

we can ensure that the transformation of the labour landscape aligns with the principles of equality, safety, and dignity for all workers, irrespective of their work location and gender.

Keywords: Crises and labour law, ILO recommendation no. 205, Covid-19 pandemic, remote working, violence against women at workplace, domestic violence and its impact on labour law, remote working regulation, Turkish Law No. 6284.

BEYAZ YAKA SUÇLARI VE GÜNÜMÜZ SERMAYE PİYASALARINDAKİ YANSIMALARI

Dr. Uğur ORHAN

ORCID: 0000-0003-2589-1383, eugurorhan@gmail.com

ÖZET

Beyaz yaka suçlarının ortaya çıkışı ve gelişimi, sanayi devrimiyle buna bağlı iktisadi gelişmelere paralel olmuştur. Özellikle son yüzyıllarda dünyaya hâkim olan liberal düzende yeniliğe, başarıya ve hıza verilen önem, bireylerin hedeflerine ulaşmak için bütün yollara başvurmasını teşvik etmiştir. Bu dönemde iş dünyasının ve kurumların çalışma kültüründe, başarıya ulaşmak için her türlü yöntemin denenebildiği görülmüştür. Gerçekten de iş hayatında genel olarak, iş bitirme ve başarının temel hedef olduğu; bu hedeflere ulaşmak için başvurulacak yollar, ulaşılmak istenen hedeflerin gerçekleşmesinden daha önemsiz kabul edilmiştir¹.

Kökenleri 19. yüzyıla dayanan “beyaz yakalı” (*white-collar*) kavramı, ofis veya laboratuvar ortamında, beden gücü yerine zihin gücü gerektiren işlerde çalışan, eğitilmiş ve profesyonel kimseleri ifade etmektedir². Buna paralel olarak, beyaz yaka suçları ve beyaz yakalı suçluluğu kavramları da klasik suçlar ve suçluya göre oldukça yeni kavramlardır. “Beyaz yaka suçları” kavramının suçu; “beyaz yakalı suçluluğu” kavramının ise suçluyu vurguladığını söylemek mümkündür. Öğretide her iki ifade kullanılsa da bu çalışmada, kavramın aslına uygun bir çeviri olduğu ve failden ziyade fiili vurguladığı düşünülen “beyaz yaka suçları” ifadesi tercih edilecektir. Buna karşılık, beyaz yaka suçlarının özgün unsurunun hâlâ “beyaz yakalı fail” olduğunu da unutmamak gerekir.

1939 yılında Amerikalı Sosyolog Edwin Hardin Sutherland, Amerikan Sosyoloji Topluluğu ve Amerikan Ekonomi Derneği'nin ortak toplantısında ilk kez beyaz yaka suçlarını (*White-Collar Crimes*) tanımlamıştır. Sutherland, adli kaynaklara yansıyan verilere göre “alt sınıf” olarak nitelendirilen insanların suç işleme oranının daha yüksek olduğunu, trafik suçları hariç hüküm giyenlerin ancak %2'lik kısmını “üst sınıf” olarak nitelendirilen insanların oluşturduğunu belirtmiştir. Daha sonra geleneksel suç anlayışının, yasal düzenlemelerin ve hukuk sisteminin iş adamlarını ve profesyonelleri göz ardı edip bir anlamda koruduğunu ve bu nedenle de suçluluğa ilişkin adli verilerin aldattıcı olduğunu ortaya koymuştur³.

Sutherland, beyaz yaka suçlarını “*toplumda saygın olarak görülen ve üst sınıfa mensup insanların meslekleri süresince işledikleri maddi suçlar*” olarak tanımlamış; bu suçların

¹ Picca, Georges: La Criminologie (Çev. Ebru Erbaş), İstanbul 1992, s. 64.

² Rutherford, Donald: Routledge Dictionary of Economics, London 1995, s. 440.

³ Sutherland, Edwin Hardin: “White-Collar Criminality”, American Sociological Review, Vol.5, No.1, Washington 1940, s. 2.

hangileri olduğunu belirtmemiş, ağırlıklı olarak suçun failini nazara almıştır⁴. 1940'lı yılların nazik ve iyi eğitilmiş beyaz yakalı suçlularının hemen hemen her alanda suç işlediğini; bu alanların örneğin ve özellikle bankacılık, finans, sigorta, gayrimenkul, savunma sanayii, enerji sektörü olduğunu; kamu kuruluşlarında ve politikacılar arasında da bu suçların işlenebildiğini belirtmiştir⁵.

Bu görüş, suçluyu suçun önüne geçirdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁶. Sutherland'ın eleştirilen ilk tanımından sonra beyaz yaka suçlarıyla ilgili farklı kurumlar ve kişiler, çeşitli tanımlar ortaya atmıştır. Yeni tanım denemelerinde dikkat çeken ve ortak olan husus beyaz yaka suçlarının failinin “*saygın ve üst sınıfa mensup kişilerden oluştuğu*” kabulünün artık olmazsa olmaz bir şart (*conditio sine qua non*) olarak kabul edilmemesi olmuştur. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki bugün hâlâ beyaz yaka suçlarının faillerinin statüsü önem taşımaktadır ve bu kişilerin statü olarak üst düzey veya alanında saygın olmaları kriminolojik açıdan belirleyicidir.

Beyaz yaka suçlarının çoğu “ekonomik suçlar” ile örtüşmekte veya birçok açıdan bunlarla benzeşmektedir. Bazı suçlar, beyaz yaka suçları ve ekonomik suçların kesişim kümesinde yer almaktadır. Bu bağlamda bir suç hem beyaz yaka suçu hem de ekonomik suç olarak nitelendirilebilmektedir. Beyaz yaka suçlarının anlaşılabilmesi için ekonomik suçlar kavramına da kısaca değinilmesi gerekmektedir.

Ekonomik suç, ülkede geçerli ekonomi sisteminin kurallar çerçevesinde işlemini engelleyen, bir diğer anlatımla toplumun korunması gereken ekonomik yararlarına zarar veren veya bunları tehlikeye sokan ve bu sebeple yasaklanan fiillerdir. Bu tanımdan hareketle, iç ve dış ticarete, ambargolara, döviz, piyasa ve fiyatların oluşumuna veya düzenlemelerine, rekabeti ihlal edici fiillere, kartellere, hileli vergiye, gümrük kurallarına aykırılığa, muafiyetlerden hileli olarak istifadeye, banka ve sigorta şirketlerinin işleyişine ilişkin suçlar ekonomik suç kapsamına girmektedir⁷.

Beyaz yaka suçları da ekonomik suçlar gibi tüketici bir listeyle (*numerus clausus*) sınırlandırılmamıştır. Ekonomik hayatın çeşitliliği ve değişkenliği nedeniyle her iki suç kategorisi için de sınırlı bir liste oluşturmak mümkün değildir. Esasen böyle bir liste oluşturulmasına gerek yoktur. Bu suçları belirlemedeki genel ve özgün prensipleri ortaya koymak yeterlidir.

Belirtmek gerekir ki ekonomik suçlar ve beyaz yaka suçlarının etkileri ve sebepleri büyük ölçüde benzer olmakla beraber; vergi suçları, finansal suçlar gibi birtakım suçlar bu iki

⁴ Sutherland, s. 3 vd.

⁵ Sutherland, s. 2.

⁶ Gottschalk, Peter: *White-Collar Criminals: Theoretical and Managerial Perspectives of Financial Crime*, New York 2010, s. 7 vd.; Schmalleger, Frank: *Criminology Today*, New Jersey 2012, Ch.11, s. 4; Williams, Howard E.: *Investigating White-Collar Crime*, USA 2006, s. 6; McGurrian, Danielle/Jarrell, Melissa/Jahn, Amber/Cochrane, Brandy: “White Collar Crime Representation in the Criminological Literature Revisited, 2001-2010”, in *Western Criminology Review*, Vol.14, No.2, USA 2013, s. 7.

⁷ Dönmezer, Sulhi: “Öntasarı Hakkında Genel Bilgi”, *Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu*, İstanbul 1987, s. 20.

kategorinin kesişim kümesinde yer almaktadır. Buna rağmen “beyaz yaka suçlarının tamamı ekonomik suçlardır” önermesi de yanıltıcı olacaktır. Zira, çevreye karşı suçlar, yanıltıcı reklam veya tanıtımlar gibi yabancı hukuk düzenlerinde sıklıkla beyaz yaka suçları olarak kabul edilen birtakım suçlar ekonomik suç kapsamında değerlendirilemezler. Sonuç olarak beyaz yaka suçları, ekonomik suçlardan farklı fiilleri de içeren ve bu yönüyle daha büyük bir kümeyi oluşturmaktadır. Zaman içerisinde beyaz yaka suçlarının kapsamının genişlediği ve bu suçun faili olabilecek kimseye ait özelliklerin esnetildiği görülmektedir. Bunun temel sebebi sermaye piyasası hukuku, rekabet hukuku gibi alanlarda geçmişte olmayan ve beyaz yaka suçu olarak nitelendirilebilecek yeni suçların ortaya çıkması ve Sutherland’in beyaz yakalı faile ilişkin kriterlerinin katı kalmasıdır. Hangi suçların beyaz yaka suçları sayıldığına ilişkin tüketici bir liste olmamasına rağmen genellikle failin bireysel veya kurumsal menfaatleri için hukuka aykırı veya etik dışı kazanç sağlamak amacıyla işledikleri suçlar bu kapsamda değerlendirilmektedir. Ayrıca, zorunlu bir koşul olmamakla birlikte, beyaz yaka suçlarının failerin çoğunlukla saygın ve üst düzey, bir diğer anlatımla beyaz yakalı olarak nitelendirilebilecek kişiler olması, bu konumları nedeniyle ve uzmanlıkları sayesinde yakalanmamaları da hâlâ göz ardı edilemeyecek özelliklerden birisidir.

Bugün için beyaz yaka suçları arasında en yaygın gösterilen örnekler kredi veya sigorta dolandırıcılıkları, nitelikli dolandırıcılıklar, vergi suçları, zimmet, bankacılık suçları, siber soygunlar, rekabet hukuku suçları, çevreye ilişkin suçlar, sağlık sektöründeki veya siyasi yolsuzluklar, hileli iflas, finansal tabloların yanlış bildirilmesi, aldatıcı reklamlar, resmi evrakta sahtecilik, kaçakçılık, sermaye piyasası suçları, borsa manipülasyonlarıdır⁸. Bunlara ek olarak, gıda suçları (*food offences*) da beyaz yaka suçları kapsamında ele alınabilmektedir⁹.

Beyaz yaka suçlarının tarihsel gelişimi aktarıldıktan ve çerçevesi çizildikten sonra günümüzde sermaye piyasası alanında işlenen beyaz yaka suçlarına değinmekte yarar vardır. Türkiye’de sermaye piyasaları ve özellikle İstanbul Borsası tarihi senelerden geçmektedir. 2019 Aralık ayında 1 milyon 216 bin olan yatırımcı sayısı, 2023 Eylül ayı itibariyle 6 milyon 257 bin olmuştur¹⁰. Yaklaşık üç yıl içerisinde yaşanan bu artış yatırımcı sayısının beş katına çıktığını göstermektedir. Her ne kadar yüksek enflasyon ve izlenen para politikalarının etkisiyle de olsa bir anda yaşanan bu sıçramayla beraber İstanbul Borsası geçmişe göre daha oynak (*volatile*) ve çok fazla manipülatif hareketin yaşandığı bir borsa hâline gelmiştir. Öyle ki son yıllarda sermaye piyasası alanında işlenen ve özünde beyaz yaka suçları sayılan bu suçların sayısında da büyük artış yaşanmıştır. Finansal okuryazar olmayan ve acemi bireysel yatırımcıların sayısındaki patlamaya ilaveten yaşanan iki temel gelişme de bu suçların artışında etkili olmuştur: Bunlardan ilki “teknolojik” gelişmeler; ikincisi ise neredeyse bütün ülkelerin son yıllarda karşılaştığı “ekonomik” değişimler ve krizlerdir.

Teknolojik gelişmeler, özellikle sermaye piyasaları alanında işlenen bilgi suistimali (SerPK md. 106), piyasa dolandırıcılığı (SerPK md. 107) gibi suçların veya diğer piyasa bozucu

⁸ Williams, s. 10-11.

⁹ Bkz. Croall, Hazel: “Who is the White-Collar Criminal?”, The British Journal of Criminology, Vol.29, No.2, 1989, s. 160 vd.

¹⁰ “Borsada Yatırımcı Sayısı Bir Ayda 1,1 Milyon Kişi Arttı”, <https://www.bloomberght.com/borsada-yatirimci-sayisi-iki-haftada-627-bin-kisi-artti-2337723>, E.T. 28.09.2023.

eylemlerin işlenmesini oldukça kolaylaştırmıştır. Teknolojinin ilerlemesiyle içeriden haber alma yöntemleri kolaylaşmış, piyasadaki hareketler hızlanmıştır. Finansal teknolojilerin gelişmesi, akıllı telefonlardaki uygulamalarla mevcut ekosistemin büyümesi; bir anlamda, birçok acemi bireysel yatırımcıyı beyaz yakalı faillerin hedefi hâline getirmiştir. Gerçekten de Sermaye Piyasası Kurulu'nun düzenli olarak yayınladığı bültenleri incelendiğinde neredeyse her hafta milyonlarca liralık idari para cezasının kesildiği, birçok kişiye işlem yasağı getirildiği, onlarca internet sitesinin kapatıldığı görülmektedir¹¹.

Buna ek olarak, sermaye piyasalarında işlenen beyaz suçlarını arttıran ikinci gelişme, tüm dünyada yaşanan ekonomik değişimler ve kriz ortamıdır. Enflasyonun yüksek seyrettiği dönemlerde, kişilerin finansal davranışlarının bozulduğu bilinen bir gerçektir. Öyle ki geçinme sıkıntısı yaşamasa bile birikim yapmakta zorlanan insanların finansal risk eşiği yükselmektedir. Artan fiyatlar karşısında, örneğin, konut alma imkânı bulunmayan insanlar, ya gelecekteki harcamalarını öne çekerek¹² çok fazla alışveriş yapmakta ya da ellerindeki sınırlı birikimle borsada riskli işlemler gerçekleştirmekte, kısa zamanda parasını birkaç katına çıkmayı hedeflemektedir. Varlıklı ve ünlü kimseler de beyaz yakalı faillerin hedefi olabilmektedir. Örneğin, özel bir bankanın şube müdürü olan beyaz yakalı failin “Fatih Terim Fonu” adı altında “yüksek getiri” vaadiyle ünlü isimlerden toplam 80 milyon dolar temin etmesi içinde bulunulan durumun ciddiyetini göstermektedir¹³. Bugün için beyaz yakalı faillerin sermaye piyasaları alanında suç işlemesi oldukça kolaylaşmıştır. Nitekim, teknolojinin de yardımıyla özellikle sosyal medyada *twitter space* odaları, *whatsapp* veya *telegram* grupları kullanılarak ya da internet siteleri üzerinden verilen “tüyo”, “tavsiye” adı altında bireysel yatırımcılar yanıltılmakta ve manipüle edilmekte; 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenen ve özünde beyaz yaka suçları olan fiiller kolaylıkla gerçekleştirilmektedir.

Nihayet, beyaz yaka suçlarının etkileri her zaman anında ve doğrudan hissedilmediğinden¹⁴; ayrıca fail ve mağdur arasında klasik suçlarda (örneğin yağma suçunda) olduğu gibi fiziksel, doğrudan veya yakın bir ilişki bulunmadığından veya suçtan zarar görenler para kaybettikleri için bunu açıklamaktan “utandıklarından”, bu suçların adli makamlara tam olarak yansımaları söz konusu olmamaktadır. Bu bağlamda, kriminoloji biliminde, bilinmeyen, kayıt altına alınamamış, gizli kalmış suç ve suçluları ifade eden “siyah sayılar”¹⁵ da hesaba katılacak olursa günümüzde sermaye piyasası alanında işlenen beyaz suçlarının bireylere ve ülke ekonomisine doğrudan ve dolaylı maliyetinin çok yüksek olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Beyaz yaka suçları, beyaz yakalı suçlular, sermaye piyasaları.

*

¹¹ Bültenler için bkz. <https://www.spk.gov.tr/spk-bultenleri/2023-yili-spk-bultenleri>, E.T. 28.09.2023.

¹² “Yüksek Enflasyona Karşın Piyasa Nasıl Canlı Olabiliyor?”, https://www.mahfiogilmez.com/2022/05/yuksek-enflasyona-karsn-piyasa-nasl_17.html, E.T. 23.09.2023.

¹³ “80 Milyon Dolarlık ‘Fatih Terim Fonu’ Vurgunu”, <https://gazeteoksijen.com/turkiye/80-milyon-dolarlik-fatih-terim-fonu-vurgunu-176337>, E.T. 28.09.2023.

¹⁴ Giddens, Anthony: *Sociology*, Cambridge 2006, s. 825.

¹⁵ Sokullu Akıncı, Füsun: *Kriminoloji*, İstanbul 2013. s. 76.

WHITE-COLLAR CRIMES AND THEIR REFLECTIONS IN TODAY'S CAPITAL MARKETS

ABSTRACT

White-collar crimes, which were first mentioned at the beginning of the 20th century, have captured the attention of not only sociologists and criminologists but also criminal lawyers. Since white-collar crimes are related to multiple disciplines, having significant influence over both the economy and society, it is imperative that they are well-defined and clarified. In this context, white-collar crimes should be distinguished from similar concepts like occupational crimes, or economic crimes. The first definition of white-collar crimes was suggested by Edwin Sutherland, and has since evolved. According to Sutherland, white-collar criminals, who are different from the traditional understanding of classic criminals, are wealthy, well-educated, and respected members of the community. These criminals are generally found working in sectors such as banking, finance, insurance, and real estate. Sutherland was later criticized as these qualities place emphasis on the criminal instead of the crime. Over time, as the concept of white-collar crimes evolved, researchers became more enthusiastic about the classification of white-collar crimes. Towards the end of the 20th century, various definitions for the white-collar crimes had emerged. It must be noted that the criminals' personality, social status, and prestige are still essential (*sine qua non*) characteristics of white-collar criminals. Looking at a more concrete situation, nowadays, Turkish Capital Markets are experiencing historic days in terms of the number of investors. With a huge increase in the number of new and inexperienced individual investors, the Istanbul Stock Exchange (*Borsa İstanbul*) has become a highly volatile and manipulative exchange. This situation has also increased the number of white-collar crimes to unprecedented levels. There are two main reasons for this situation; technological developments, and economic changes and economic crises. With technological developments, the methods of white-collar crimes have diversified and the speed at which they are committed has increased. With economic changes and crises, people's financial risk threshold has increased, people have started to make high-risk transactions due to the devaluation of money, and thus become the target of white-collar criminals. Finally, due to the impossibility of experiencing the effects of white-collar crimes immediately, paired with a lack of direct relationship between the criminal and the victim, such cases do not always come before the judicial system. In this sense, taking into account the "*dark figure of crime*" in a criminology context, it is possible to conclude that the direct and indirect impact of white-collar crimes on individuals and the country's economy becomes exceedingly significant.

Keywords: White-collar crimes, white-collar criminals, capital markets.

REKABET KURUMUNUN İHALELERDE REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMALARDA MADDE YÖNÜNDE YETKİSİZLİĞİ ÜZERİNE

Bedirhan ERDEM

Berlin Humboldt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı

ORCID: 0000- 0002-8833-1757, bedirhan.erdem@hu-berlin.de

ÖZET

Türk ceza hukukunda, “*kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalarına ilişkin ihalelere, yapım ihalelerine* [Türk Ceza Kanunu (“TCK”) m. 235/1] *katılmak isteyen veya katılan gerçek kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya örtülü anlaşma yapmaları*” (TCK m. 235/2-d) suç olarak düzenlenmiştir. Yasa koyucu tarafından suçun işlenmesi sonucunda yarar sağlayan tüzel kişiler için kendi faaliyeti çerçevesinde görev alan gerçek kişinin fiilinden dolayı (i) güvenlik tedbiri sorumluluğu (TCK m. 242 ve TCK m. 20, m. 60) ve (ii) idari para cezası sorumluluğu [Kabahatler Kanunu (“KK”) m. 43/A/1-a)-3] öngörülmüştür. Türk rekabet hukukunda, ihalelerde rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların kartele vücut verdiği [Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (“RKHK”) m. 4] kabul edilmektedir ve bu karteli oluşturan teşebbüslerin kabahat niteliğindeki bu fiillerine idari para cezası yaptırım uygulanacağı düzenlenmiştir. Yürürlükteki Türk hukuku yönünden ihalelerde rekabeti sınırlayıcı anlaşma yapmak fiilinin hem suç hem kabahat olarak düzenlendiği açıktır. Bu durum, KK m. 15/3’ün uygulama alanına girmektedir: “*Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.*”

Bu bilgilerin sonucunda şu iki soru yanıt beklemektedir: (i) İhalelerde rekabeti sınırlayıcı anlaşma yapmak fiilinin işlendiği iddiasını soruşturmak ve yeterli şüpheyeye ulaştığında kovuşturmak yetkisine (madde yönünden yetki), adli yargı mı yoksa rekabet kabahatlerini yargılamak ile görevlendirilmiş ve yargı benzeri (*quasi-judicial*) yetkilerle donatılmış bağımsız idari otorite olan Rekabet Kurumu mu sahiptir? (ii) Yetki olmaksızın işlem yapılırsa, yetkisizliğe rağmen yapılan bu işlemler veya alınan kararlar hukuki sonuç doğurmakta mıdır? Bu iki sorunun yanıtlanması, Rekabet Kurumunun rekabeti sınırlayıcı anlaşma yapmak fiilini, “ihalelerde danışıklı hareket” kavramı altında nitelendirerek Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (“CMK”) Cumhuriyet savcısı için öngördüğü yetkilerden daha geniş yetkilere dayanarak soruşturduğu ve birkaç olayda da Kurulun idari para cezasına hükmettiği düşünüldüğünde, daha da önemli hale gelmektedir.

I. TCK m. 235/1, m. 235/2-d İhlal Ediciliğinin Dayanağı RKHK m. 4'tür.

Bu soruların yanıtına geçmeden önce ihalelerde rekabeti sınırlayıcı anlaşma yapmak suçunu düzenleyen ceza normunun (TCK m. 235/1, m. 235/2-d) koruduğu hukuki varlığın ve bu hukuki varlık yönünden fiilin ihlal ediciliğinin açıklanmasında yarar vardır. Madde gerekçesinde, “ihaleye fesat karıştırma suçu”nu tanımlayan m. 235/1’in koruduğu hukuki varlığın, “*kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair ... kamu görevlilerine duyulan güven*” olduğu belirtilmiş. Ardından m. 235/2-d düzenlenen rekabeti sınırlayıcı anlaşma fiiliyle ihaleye fesat karıştırma suçu yönünden yeniden cezaen korunan hukuki varlık tespitinde bulunulmuştur: “*serbest rekabet şartları*”. Bu durumda, rekabeti sınırlayıcı anlaşma yapmak, her ne kadar ihaleye fesat karıştırma suçunun seçenekli davranışlarında birini oluşturuyor olsa da, bu davranışı tanımlayan normun (m. 235/2-d), ihaleye fesat karıştırma suçunu tanımlayan normdan farklı olarak “kamusal faaliyete ya da kamu görevlilerine duyulan güveni” değil, bir olgu olarak doğrudan doğruya piyasa rekabetini ve dolayısıyla ihale konusu için serbest piyasa rekabeti ile sağlanacak en uygun fiyatın bulunması sürecini hukuki konu olarak ele aldığı görülmektedir. Yasa koyucu m. 235/2-d bendindeki tanımla “zarar” ve “hile” unsurlarına yer vermeksizin kamu ihalelerinde danışıklı hareketlerle oluşacak rekabeti bozucu karteli (ihale karteli) suç olarak düzenlemiştir. Bu nedenle bu suçun, rekabet ceza hukuku içerisinde değerlendirilmesi gerektiği, yani ihlal ediciliğinin tespitinde rekabet hukukunun ihlalinin aranması gerektiği anlaşılmaktadır. Türk ceza hukuku öğretisinde bu suçun oluşması için rekabetin engellenmesi, bozulması ya da sınırlanmasının gerekmediği, salt rekabet şartlarının soyut tehlikeye düşürülmesinin yeterli olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüş, esasında TCK m. 235/1 ve m. 235/2-d’nin sözel yorumu yönünden tutarlıdır. Zira yasa koyucu, herhangi bir teklifin verilmesi ya da ihalenin bu teklif üzerinden sonuca bağlanmasını aramamıştır. Ancak öznel-tarihsel yorum ve amaçsal yoruma başvurulduğunda sözel yorumun tek başına tutarlı olmayacağı görülecektir. Her şeyden önce, bir fiil (ihale karteli) hem kabahat hem suç olarak düzenlenmiş ve kabahatin oluşması için “*rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan*” (RKHK m. 4) anlaşma aranıyor ve kabahatin ihlal ediciliği bu nitelik üzerinden kuruluyorsa, o suçun oluşması için kabahatin işlenmesinde aranan en az (minimum) koşullardan daha azı aranmaz. Aksi takdirde (i) hukuk düzeninin teklifi, (ii) (adli) ceza hukukunun ikincilliği, (iii) ihlal edicilik (*Prinzip der Offensivität, principio di offensività*) ilkelerine aykırılık söz konusu olur. Bu nedenle “*ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları*” (TCK 235/2-d) yönünden de rekabetin engellenmesi, bozulması ya da kısıtlanması niteliği aranacaktır. Bu açıklamalardan sonra yukarıda sorduğumuz iki sorunun yanıtına geçebiliriz.

II. Rekabet Kurumu Kamu İhalelerinde Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmayı Soruşturma ve Kovuşturma Yetkisine Sahip Değildir.

Rekabeti sınırlayıcı anlaşma fiilini işleyen gerçek kişiler ve bu fiilden yarar sağlayan tüzel kişiler hakkında bu fiil dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma yapılması, RKHK ve KK’de düzenlenen rekabet hukuku ihlali ile işlenen kabahatlere ilişkin muhakeme usulüne değil,

rekabet suçlarına ilişkin muhakeme usulüne tabidir. Kısacası, ihalelerde rekabeti sınırlayıcı anlaşma fiilinin soruşturulması ve kovuşturulmasında CMK'nin ilgili hükümleri geçerlidir. Bu geçerliliğin dayanak noktası gerçek kişilerin ve tüzel kişilerin sorumluluğu için farklıdır. Gerçek kişilerin sorumluluğu bakımından, CMK'nin ilgili hükümlerinin geçerli olmasının dayanak noktası KK m. 15/3'tür. Zira bu, KK m. 15/3-c. 1'de yer alan “*suçtan dolayı yaptırım uygulanır*” ve KK m. 15/3-c. 2'de yer alan “*suçtan dolayı yaptırım uygulanmadığı hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır*” ifadelerden açıkça çıkarılmaktadır. Tüzel kişilerin güvenlik tedbiri sorumluluğu yönünden CMK'nin ilgili hükümlerinin geçerli olmasının dayanak noktası ise, TCK m. 20, m. 60 ile bağlantılı olarak TCK m. 242'te yer alan rekabeti sınırlayıcı anlaşmayla ihaleye fesat karıştırma “*suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur*” ifadesidir. Tüzel kişilerin kabahat sorumluluğu yönünden CMK'nin ilgili hükümlerinin geçerli olmasının dayanak noktası da, KK m. 43/A/1'de ceza mahkemelerine verilen yetkidir. Anlaşılacağı üzere yasa koyucu, ihaleyi sınırlayıcı anlaşma fiilinden gerçek kişilerin öncelikle, yani ilkin suçtan dolayı sorumluluklarına gidileceğine, ancak tüzel kişiler yönünden hem suçtan kaynaklı güvenlik tedbiri sorumluluğuna hem kabahat sorumluluğuna başvurulacağını belirlemiştir. Bu sorumlulukların tespiti ve hukuken sonuca bağlanması için ise adli yargıyı görevlendirmiştir. Sonuç olarak Rekabet Kurumunun ihalede sınırlayıcı anlaşma fiilini fark ettiği andan itibaren durumu cumhuriyet savcılığına bildirme ve o zamana kadar yaptığı usul işlemlerini Cumhuriyet savcılığına devretme yükümlülüğü bulunmaktadır.

III. RKHK m. 15'e Uygun Elde Edilen Deliller Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delil Teşkil Eder.

Özellikle Anayasa Mahkemesinin Ford Kararı (Başvuru No. 2019/40991) ile yeniden tartışma konusu olan RKHK m. 15'te düzenlenen “*yerinde inceleme*” soruşturma işleminin anayasaya aykırılığı, ihalelerde rekabeti sınırlayıcı anlaşma fiilinin kovuşturulması sırasında, öncesinde Kurum tarafından RKHK m. 15'e uygun biçimde elde edilmiş bulguların delil olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusunu akla getirmektedir. Çünkü RKHK m. 15 – Anayasa Mahkemesinin Ford kararında yaptığı eksik hukuki incelemedeki gibi– sadece Anayasa m. 21/1'de düzenlenen konut hakkıyla ilgili değildir. Ayrıca ve daha da önemlisi, Anayasa m. 38/5'te düzenlenen şüpheli ve sanığın soruşturma ve kovuşturma makamları ile iş birliği yapmaya zorlanamamaya ilişkin özgürlüğü ile bağlantılıdır. Öncesinde RKHK m. 15'e dayanarak elde edilmiş bulguların, ihalede rekabeti sınırlayıcı anlaşma fiilinin ceza mahkemesince kovuşturulması sırasında delil olarak ele alınıp, hükme esas oluşturacağını bir çırpıda kabul etmek olanaklı görünmemektedir. Burada, hukuka aykırı delillerin bir alt kategorisini oluşturan “*kanuna uygun anayasa aykırı delil*” kavramının tartışılması gerekir.

IV. Rekabet Kurulu'nun İdari Para Cezasına Yönelik Kararı Kural Olarak Suç Yönünden Muhakeme Engeli Teşkil Etmez

Ceza muhakemesinde maddi anlamda kesin hükmün (*ne bis in idem*) hukuken geçerliliği (i) suçluluğun devletin yargılama erkinin kurduğu hüküm ile tüketilmesi/söndürülmesi (itfa), (ii) şüpheli ve sanığın yargılamaya katılma yükümlülüğünün yerine getirmesi sonucu suç

işlediğine yönelik kuşkunun tamamen sona erdirilip o kimsenin eski durumuna getirilerek bir daha aynı kuşkuyla muhatap edilmemesidir. Rekabet Kurumu; yetkisizliğine rağmen ihalelerde rekabeti sınırlayıcı anlaşma fiili hakkında soruşturma yürütmüş ve sonrasında muhatapların Kurul önündeki sözlü savunmasının ardından, gerçek ve tüzel kişilere idari para cezası uygulamışsa, bu kararın ceza muhakemesine etkisi oldukça tartışmalıdır. Sorun gerçek kişinin adli cezaya ilişkin sorumluluğuna ve tüzel kişinin güvenlik tedbiri sorumluluğuna aynı fiilden dolayı bu sefer ihaleye fesat karıştırma suçu işledikleri bahsiyle başvurulup başvurulamayacağıdır. Bu “*ne bis in idem*” ilkesi kapsamında kolaylıkla yanıtlanabilecek bir sorun değildir. Çünkü Türk kanun koyucusu kabahatten dolayı verilen idari para cezası kararının, suçtan dolayı yargılama yapılmasına, gerçek kişilere adli ceza ya da tüzel kişilere güvenlik önlemi uygulanmasına yönelik engel oluşturması hakkında açık bir düzenleme öngörmemiştir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatları kapsamında, cezanın amacı yönünden, idari para cezası ile adli ceza ve idari para cezası ile güvenlik önlemi arasında bir karşılaştırma yapılarak sorunu çözüme kavuşturmak gerekecektir. Ancak kural olarak, Rekabet Kurumunun vermiş olduğu idari para cezası kararının, ceza muhakemesinde aynı fiile yönelik suç nedeniyle yeniden yargılama yapılmasını engellemeyeceği savunulabilir.

Anahtar Kelimeler: Rekabet ceza hukuku, ihalelerde rekabeti sınırlayıcı anlaşma, ihaleye fesat karıştırma suçu, kanuna uygun anayasaya aykırı delil, *ne bis in idem*.

*

ON THE TURKISH COMPETITION AUTHORITY'S LACK OF COMPETENCE IN TERMS OF SUBMISSION CARTEL (BID- RIGGING)

ABSTRACT

Pursuant to the Turkish Penal Code (“TPC”), it constitutes a criminal offense if a natural person eligible to bid in public tenders (TPC Art. 235/1) concludes explicit or implicit agreements to influence the tender conditions, especially the price (TPC Art. 235/2-d). The sanctions that are being applied to legal entities that benefit from the commission of this criminal offense due to the actions of natural persons who work for them are (i) security measures (Articles 20, 60 and 242 of TPC) and (ii) administrative fines [Art. 43/A/1-a)-3 of the Turkish Law on Misdemeanors (“TLM”)]. According to Turkish competition law, agreements that restrict competition in tenders form a cartel [Art. 4 of the Turkish Competition Act (“TCA”)] and the undertakings forming this cartel will be fined with administrative monetary fines.

In light of the foregoing, the act of entering into an agreement to restrict competition in tenders is as both a crime and a regulatory offense (i.e., misdemeanor) under Turkish law. Pursuant to Article 15/3 of TLM, “*If an act is defined as both a regulatory offense and a crime,*

sanctions may be imposed only for the crime. However, in cases where sanctions cannot be imposed for the crime, sanctions shall be imposed for the regulatory offense."

On the basis of the above the following two questions should be answered:

(i) Who is competent to investigate and adjudicate (if there is sufficient suspicion) the alleged act of making an agreement restricting competition in tenders, the Turkish judiciary or the Turkish Competition Authority (as an independent administrative authority equipped with quasi-judicial powers)?

(ii) If the Turkish judiciary or the Turkish Competition Authority takes actions or decisions without competence, do the actions/decisions taken despite this lack of competence have any legal consequences?

Answering these two questions becomes even more critical considering that the Turkish Competition Authority investigates the act of concluding anticompetitive agreements under the concept of "bid-rigging" based on its powers that are far broader than the powers provided for the public prosecutor by the Code of Criminal Procedure ("CPC"), and in several cases, imposes administrative fines.

Keywords: Competition criminal law, submission cartel (bid-rigging), corruption in public procurement (tender corruption), evidence collected in breach of constitutional law, double jeopardy clause.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE DAİR KARARLARININ HAK KAPSAM TEORİLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ*

Dr. Öğr. Üyesi Sibel YILMAZ COŞKUN

Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-3969-2185, sibelyilmaz@uludag.edu.tr

ÖZET

Bir devletin demokratik olup olmadığının en önemli göstergelerinden biri, o devletin ifade özgürlüğünü koruma derecesi ve ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerinin yoğunluğudur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Handyside v. Birleşik Krallık* kararında¹ yalnızca olumsuz veya kayıtsız görülen bilgi veya fikirlerin değil; şoke edici, yaralayan ya da rahatsız eden ifadelerin de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10'uncu maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü hakkının korunması altında olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, Mahkemenin nefret söylemlerini bu korumanın dışında tutarak ifade özgürlüğünün koruma alanını daralttığı içtihatları da vardır. *Handyside* kararında, ifade özgürlüğü çok geniş yorumlanıp, bu özgürlüğün sınırlandırılması Sözleşmenin 10'uncu maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde değerlendirilmişken, nefret söylemlerine dair içtihatlarda ise belirli ifadelerin ifade özgürlüğünden baştan dışlanarak kabul edilemezlik kararlarının verilmesi söz konusudur. Dolayısıyla bu iki içtihatla aslında karşı karşıya iki uçtan bahsetmekteyiz. Çalışmamızda bu iki uç, hakların koruma alanlarının genişliğine dair hak kapsam teorileri (*Tatbestandstheorien*, *scope theories*) çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu bağlamda *Handyside* kararındaki tutuma karşılık gelen geniş kapsam teorisi (*weite Tatbestandstheorie*), nefret söylemlerinin korumadan dışlandığı ikinci tutuma karşılık gelen dar kapsam teorileri (*enge Tatbestandstheorien*), bu teoriler arasındaki farklar ve geniş kapsam teorisyenlerinin dar kapsam teorilerine yönelttiği eleştiriler dikkate alınacaktır. Temelde ise, AİHM'nin dar kapsam teorisini uyguladığı ifade özgürlüğüne yönelik kararları incelenecektir.

Hak kapsam teorileri, ilgili hakkın koruma alanı ile başkalarına ait hakların koruma alanları arasındaki ilişkiyi değerlendirmede önem arz eder². Çünkü haklar arasında çatışma, belirli davranış ve durumlar hakların korumasından yararlandığında ortaya çıkabilir. Bu çatışmalardan kaçınmak için, başkalarının hakları altında korunduğu kabul edilen durumların ilgili hakkın kapsamı belirlenirken baştan dışlanmasına dair argümanlar ortaya atılmıştır. Bu

* Bu özet, 2022 yılında Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde kabul edilen, "Anayasal Hakların Çatışması" adlı doktora tez çalışmamdan üretilmiştir.

¹ *Handyside v. Birleşik Krallık*, 5493/72, 07.12.1976.

² Hak kapsam teorileri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi için tartışıldığı kadar anayasal haklar için de tartışılmaktadır. Ancak bu çalışmada yalnızca Sözleşmede düzenlenen haklar bakımından konuya yaklaşılacaktır.

argümanlara göre hakkın koruma alanı düzeyinde bir tanımlama, çatışmadan kaçınmak için yeterli olacaktır. Bu nedenle, koruma alanı düzeyinde böyle bir çözümün mümkün olup olmadığının araştırılması önemlidir. Koruma alanından böyle bir dışlamanın mümkün olduğunun kabul edilmesi halinde, bu dışlamanın hangi ölçüte göre yapılacağı ise dar veya geniş kapsam teorileriyle bağlantılıdır. Bu husus, hak kullanımı başkalarının hakkına zarar veren kişinin, devletin müdahalesine karşı hakkın savunma yönünden yararlanıp yararlanamayacağı³ sorusuyla da ilgilidir. Bu bağlamda hak kapsam teorileri, başka hakka zarar veren hak kullanımının ilgili hakkın koruma alanı düzeyinde bir sınırı mı, yoksa hakkın sınırlandırılmasına dair bir gerekçeyi mi oluşturduğu sorusuna yanıt arar⁴. Çalışmamız özelinde cevaplanması gereken soru şudur: Başkalarının haklarını olumsuz yönde etkileyen ifadelerde bulunarak ifade özgürlüğünü kullandığını iddia eden kişi, devletin müdahalesine karşı ifade özgürlüğünün koruyucu etkisinden yararlanabilecek midir? Bu soruya olumsuz yanıt vermemiz durumunda, hangi kriterlerin dikkate alınacağı belirlenmelidir.

Yukarıda sorduğumuz soruya hak kapsam teorileri birbirinden farklı cevaplar üretmiştir. Geniş kapsam teorisi, hakla semantik olarak ilgili olduğu sürece, “başkalarının hakları” ya da “Sözleşmedeki değerlerle” çatışan ifadeleri dahi hakkın *prima facie* koruması alanında kabul eder. Çatışan değer veya başkalarının hakkı nedeniyle sınırlamayı, ancak kullanılan hakkın kapsamı tespit edilip de sınırlamaların değerlendirildiği ikinci aşamada dikkate alır. Bu noktada başkalarının haklarının veya Sözleşmedeki değerlerin ne kadar açık ve güçlü olduğunun önemi yoktur⁵. Sonuç olarak, geniş kapsam teorisyenlerine göre, hakkın daima ölçülülük ilkesine uygunluğunun incelenmesi ve ispat yükümlülüğünün müdahaleyi haklılaştırmakla yükümlü devlete ait olması gerekir⁶. Dar kapsam teorisyenleri ise bu hususu, ifade özgürlüğünün koruma alanının genişletilmesine dair tartışmalara kaydırırlar. Herhangi bir ifadenin, başka bir hak veya değerle çatışması durumunda bir ölçülülük testi ve dengeleme aşamasına girmeden, bu ifadenin hakkın kapsamına dahil edilmesi gerektiğini ya da Mahkemenin kabul ettiği tanım dışında kaldığını savunurlar⁷.

Hak kapsam teorileri değerlendirilirken elbette ilgili hakkın nasıl düzenlendiği de bir önem taşır. Sözleşmenin 10’uncu maddesine baktığımızda, ilk fıkrasının ifade özgürlüğünü, herhangi bir ifadeyi içine alacak şekilde geniş bir kapsamla düzenlediğini görürüz⁸. İkinci fıkrasının ise ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin haklılaştırılabileceği durumların öngörüldüğü özel bir sınırlama hükmü olduğu anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeye göre nefret ifadeleri, pornografik açıklamalar yahut başkasının haysiyetine zarar veren ifadeler, ölçülülük

³ Céline Martin, *Grundrechtskollisionen* (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2007), s. 51, 58.

⁴ Thomas Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”* (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005), s. 53.

⁵ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, çev. Julian Rivers (Oxford: Oxford University, 2002), s. 210; Martin, s. 69; Stemmler, s. 84-86.

⁶ Stemmler, s. 86, 89; Gerhard van der Schyff, “Interpreting the Protection Guaranteed by Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights: The Case for Wide Interpretation”, içinde *Shaping rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, ed. Eva Brems, ve Janneke Gerards (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), s. 77.

⁷ Schyff, s. 77.

⁸ Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, çev. Doron Kalir (New York: Cambridge University, 2012), s. 21.

ilkesine ve demokratik bir toplumda sınırlama ihtiyacına uygun olarak⁹ sınırlandırılabilir¹⁰. Bununla birlikte, AİHM'in bu yöntemden ayrılarak dar kapsam teorisini izlediği kararları ile karşılaşmaktayız. Mahkeme, bazı ifadeleri Sözleşmenin 17'nci maddesindeki hakkı kötüye kullanma yasağına dayanıp ifade özgürlüğünün koruma alanı dışında tutarak kabul edilemezlik kararları vermektedir. Mahkeme bu tür kararlarıyla, Sözleşmenin değerlerinin ve ilkelerinin, Sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmak amacıyla kullanılmalarını engellemeyi amaçlamaktadır¹¹. Örneğin Mahkeme ırkçı ifadeleri¹², İslamofobik amaçlarla açıklanan ifadeleri¹³, Holokost'un inkarını¹⁴, antisemitist amaçlarla yapılan¹⁵ veya tek niyeti hakaret ve aşağılama amaçlı olup bilgi ve fikir vermeye çalışmayan ifadeleri¹⁶ 10'uncu maddenin korumasının dışında bırakmaktadır.

Geniş kapsam teorisyenleri, AİHM'nin dar kapsam teorisini izleyerek hakların koruma alanlarını daraltmasını, sözde tartım içermeyen ölçütler ile işlemekle ve sürecin şeffaflığını bozarak¹⁷ koruma alanını keyfi bir şekilde belirlemekle eleştirirler. Üstelik geniş kapsam teorisyenlerine göre bu durum, hakkına müdahale edildiğini ispatlamak zorunda kalacak olması nedeniyle başvuran için dezavantajlı bir konum yaratma riski taşır¹⁸. Bu yöntem belirsiz ve yazılı olmayan kriterlere dayandığında ise hem hukuki kesinlik hem de öngörülebilirlik yönünden gerekçelendirmede önemli eksiklikler ortaya çıkabilecektir¹⁹. Öte yandan geniş kapsam teorisini izlenirse, sınırlama düzeyinde yapılan muhakeme, kararların şeffaflığını, öngörülebilirliğini ve denetlenebilirliği, yani rasyonelliğini güvenceleyecek²⁰ ve somut durumu dikkate alan, uygulanabilir ve esnek bireysel adalet sağlanabilecektir²¹.

Çalışmamızda geniş kapsam teorisyenlerinin bahsettiğimiz eleştirileri değerlendirilerek, yalnızca istisnai durumlarda, Mahkemenin önceki içtihatlarıyla kategorik dengeleme sürecinde ürettiği kuralı uygulayıp spesifik ifadeleri, ifade özgürlüğünün koruma alanı dışında tutmasının kabul edilebilir olduğu savunulmaktadır. Bu yöntemin her zaman, geniş kapsam teorisyenlerinin yönelttiği gibi rasyonellikten uzak ve keyfi bir yaklaşım sergilediği suçlaması kabul edilemez. Örneğin, *Lehideux ve Isorni v. Fransa*²² kararında Mahkeme, Sözleşmenin 10'uncu maddesi tarafından kapsanmayan "açıkça belirlenmiş tarihsel olgular" arasında Holokost'un olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, Holokost'u inkar nitelikteki herhangi bir

⁹ Martin, s. 71; Schyff, s. 70

¹⁰ Barak, s. 21.

¹¹ Martin, s. 67.

¹² *Jersild v. Danimarka*, 15890/89, 23.09.1994.

¹³ *Norwood v. Birleşik Krallık*, 23131/03, 16.10.2004.

¹⁴ *Garaudy v. Fransa*, 65831/01, 24.06.2003.

¹⁵ *W.P. ve diğerleri v. Polonya*, 42264/98, 2.09.2004; *Pavel Ivanov v. Rusya*, 35222/04, 20.02.2007.

¹⁶ *Rujak v. Hırvatistan*, 57942/10, 2.10.2012.

¹⁷ Stemmler, s. 88-89.

¹⁸ Markus Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen* (Berlin: Duncker & Humblot, 2000), s. 182; Martin, s. 73; Schyff, s. 77.

¹⁹ Wolfgang Kahl, "Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt: Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik", *Der Staat* 43, no. 2 (2004): s. 192, 194-96; Martin, s. 73; Schyff, s. 77.

²⁰ Kahl, s. 189-190; Winkler, s. 182.

²¹ Kahl, s. 193; Martin, s. 75.

²² *Lehideux & Isorni v. Fransa*, 24662/94, 23.09.1998.

ifadenin çatışma oluşturabilecek durumlarda ifade özgürlüğünden yararlanamayacağına dair bir kural üretmiştir²³. Çalışmamızda sunduğumuz diğer kararlarla²⁴ gösterdiğimiz üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi belirli bir ifadenin koruma alanına dahil olup olmadığını belirlemek için somut duruma ilişkin hakkın ilgili ülkedeki koruma seviyesini, söylemin hedefi olan grubun korunmaya ne kadar ihtiyaç duyduğunu, buna dair raporları, şiddete çağrı olup olmadığını ve bunun gibi birçok etkeni dikkate almaktadır. Üstelik Mahkeme, *Lehideux ve Isorni* kararında geliştirdiği içtihadı, bizzat kendisinin deyimiyle ancak istisnai durumlarda ve ekstrem davalarda uygulayabilmektedir. Mahkeme, bu içtihada yalnızca, ihtilafli ifadelerin ifade özgürlüğü hakkını Sözleşmenin değerlerine aykırı amaçlar için kullanmak suretiyle 10'uncu maddeyi gerçek amacından saptırmaya çalıştığı hemen belliyse (*immediately clear*) başvurmaktadır²⁵.

Çalışmamızda, AİHM'in dar kapsam teorisini izlediği ifade özgürlüğüne dair kararlarına neden oldukça temkinlikli yaklaşmak gerektiği de açıklanmaktadır. Neticede Mahkeme, kararlarında “Avrupa toplumunda büyük önem taşıyan” konularla doğrudan ilgili bir değerler sistemini esas almaktadır. Ayrıca Sözleşmenin yaşayan bir metin olduğu, AİHM'in dinamik yorum yaptığı ve Sözleşmenin 10'uncu maddesine istinaden 17'nci maddesine başvurduğu durumları tüketici olarak saymadığını özellikle belirtmesi²⁶ göz önünde tutulmalıdır. Sözleşme değerlerinin bir bütün olarak korunması ile Sözleşmedeki hakları kötüye kullandığı gerekçesiyle eylemi hakkın koruma alanından baştan dışlanma ve başvurusu kabul edilemez bulunma riskine sahip bireylerin haklarının korunması arasında bir gerilimin -belki de artarak- süreceğini öngörebiliriz. Bu gerilimde, zaman içerisinde bazı değerlerin baskın hale gelmesiyle, ibre bir anda başvurucular aleyhine dönebilir. Bu öngörü, hakkın kapsam teorilerine yönelik teorik tartışmaların önemini ve geniş kapsam teorisyenlerinin Sözleşmenin amacına ulaşılabilmesi için bir davranış şeklinin olabildiğince bu korumadan yararlanacak şekilde yorumlanması gerektiği²⁷ uyarısını göz ardı etmememiz gerektiğini bize göstermektedir.

Başta sorduğumuz soruya verilen yanıtlardan biri olarak, 17'nci maddede düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağına, Sözleşmedeki hak çatışmalarını çözmek için başvurma düşüncesi ileri sürülmüştür²⁸. Belirlemecilik (*specificationism*) olarak ifade edilen bu yaklaşım, hakkın koruma alanını veya içeriğini yeniden boyutlandırıp şekillendirerek *prima facie* çatışma halinde görülen hakların çatışmaya girmemesini hedefler²⁹. Bu yaklaşıma göre, Sözleşmedeki haklardan birini tanımama anlamına gelen başka bir hak kullanımı Sözleşmenin 17'nci maddesi

²³ Zeynep Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması* (Ankara: Adalet, 2021), 211.

²⁴ Örneğin *Perinçek v. İsviçre*, 27510/08, 15.10.2015.

²⁵ *Lenis v. Yunanistan*, 47833/20, 27.06.2023.

²⁶ *Lenis v. Yunanistan*.

²⁷ Schyff, s. 69.

²⁸ Dolores Morondo Taramundi, “To Discriminate in order to Fight Discrimination: Paradox or Abuse?” içinde *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony?*, ed. Stijnt Smet ve Eva Brems (Oxford: Oxford University Press, 2017), s. 124.

²⁹ Taramundi, s.122; Eva Brems, “Conclusion—Conflicting Views on Conflicting Rights”, içinde *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony?*, ed. Stijnt Smet ve Eva Brems (Oxford: Oxford University Press, 2017), s. 247.

karşısında mümkün olmamalı, diğer bir ifadeyle hakkın savunma boyutundan yararlanmamalıdır. Örneğin, dini sebeplerle homoseksüel evliliklere ait işlemlerin yapılmasını reddetme vakası, din özgürlüğü ile cinsel yönelimden ötürü ayrımcılığa maruz kalmama hakları arasındaki çatışma olarak ele alınmamalıdır. Aksine 17’nci madde dikkate alındığında, böyle bir hizmeti vermeme hakkı din özgürlüğünün korumasından dışlanmalıdır. Böyle bir dışlama *prima facie* çatışma olarak görünen bu durumun bir çatışma olarak ele alınmasını da engelleyecektir³⁰. Çalışmamızda bu iddianın üzerinde temellendirildiği kararları³¹ da göz önünde bulundurarak aksi yönde bir sonuca ulaştık: Hakların birbirlerine karşılıklı “zarar verme” hali, “hakların çatışması” kavramının tanımında yer alır ve çatışmanın doğasından gelen bu durum kötüye kullanmaya indirgenemez. Nitekim hakların çatışmasında, çatışan haklardan biri, diğerinin geçerliliği pahasına ileri sürülür³². Burada 17’nci maddedeki gibi bir amaç değil, kişinin kendi hakkını kullanmanın meşru bir maliyeti vardır³³. Bu nedenle Mahkemenin, Sözleşmenin 17’nci maddesine dayanarak bir ifadeyi, en baştan Sözleşmedeki ifade özgürlüğü hakkının dışında tutmanın yollarını kapatmasını savunmamakla beraber, bu “keskin kılıcı”³⁴ çok dikkatli kullanması gerektiğini söyleyebiliriz.

Anahtar kelimeler: Geniş ve dar hak kapsam teorileri, avrupa insan hakları mahkemesi, ifade özgürlüğü, hakkın kötüye kullanılması yasağı.

*

EVALUATION OF THE DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS ON FREEDOM OF EXPRESSION IN THE FRAMEWORK OF RIGHTS SCOPE THEORIES

ABSTRACT

This academic aims to study evaluates the decisions made by the European Court of Human Rights regarding the scope of freedom of expression, specifically concerning the exclusion of certain expressions from its protection based on rights scope theories. The analysis will focus on the wide-scope theory and narrow-scope theory, exploring their distinctions and addressing criticisms towards the former.

Rights scope theories aim to determine whether a particular concept should fall within the limits of protected area of rights or justify restrictions on those rights. In the context of freedom of expression, these theories seek to answer the question of whether individuals

³⁰ Taramundi, s. 114.

³¹ *Eweida and Others v. Birleşik Krallık*, 48420/ 10, 36516/ 10, 51671/ 10 ve 59842/ 10, 15.01.2013.

³² Sibel Yılmaz Coşkun, *Anayasal Hakların Çatışması*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), s. 78.

³³ Brems, s. 247.

³⁴ Mark E. Villiger, “AİHM uygulamasında AİHS 17. Madde ve İfade Özgürlüğü”, içinde *İfade Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler*, ss. 297-30, <https://rm.coe.int/16807005e1> (28.11.2023), s. 304.

claiming this right can rely on its protective dimension against the State. If the answer is negative, what criteria should be considered?

The wide-scope theory allows for *prima facie* protection of the right to freedom of expression, even in cases where the expressed views may conflict with “the rights of others” or “the values in the Convention”, as long as they are semantically related to freedom of expression. Under this theory, conflicting values or the rights of others are taken into account when limiting the relevant right. On the other hand, narrow-scope theorists consider these reasons when determining the protected areas. Without resorting to a proportionality and balancing test, they either accept or exclude the statement within the protected area.

Article 10/1 of the European Convention on Human Rights guarantees freedom of expression in a broad sense, without distinguishing the type of expression. Article 10/2 provides a specific limitation provision that justifies interventions against freedom of expression under certain circumstances. However, the Court has made inadmissibility decisions, excluding certain statements from the protection area of freedom of expression based on the prohibition of abuse of rights stated in Article 17 of the Convention. The Court aims to prevent the abuse of the values and principles enshrined in the Convention, which could undermine the rights and freedoms it protects.

Overall, this study addresses criticisms of wide-scope theories towards narrow-scope theories, and defends the cases in which excluding specific expressions from the protection area of freedom of expression on some conditions. In addition, the study draws attention to why it is necessary to approach the ECtHR’s freedom of expression decisions cautiously, following the narrow scope.

Keywords: Wide-scope theory, narrow-scope theory, european court of human rights, freedom of expression, prohibition of abuse of rights.

İNSAN HAKLARININ TEMELLENDİRİLMESİNDE MÜZAKERECİ YAKLAŞIM VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ UYGULAMASINA YANSIMALARI

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep HAZAR

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-5735-9116, zeynep.hazar@hbv.edu.tr

ÖZET

20. yüzyıl itibarıyla güçlü bir biçimde tüm hukuk ve politika sistemlerini etkisi altına almaya başlayan ve yüzyılın ikinci yarısında altın dönemini yaşayan “insan hakları” kavramı, pozitif hukukun konusu olmaya başladığı ilk andan beri bir soruyu / sorunu beraberinde getirmiştir: İnsan hakları nedir ve neden korunmalıdır? İnsan haklarının temellendirilmesi olarak kavramsallaştırılan bu soruya verilen en yaygın cevap, insanın onurlu ve şerefli bir varlık olduğu ve insan haklarının yalnızca insan olmaktan kaynaklı bir biçimde sahip olunan haklar olduğudur. Doğal hukukçu bir yaklaşım olarak nitelendirilebileceğimiz bu bakış açısında, haklar insanlara *doğal* olarak verilmiştir. İnsan hakları devletlerin bir lütfu değildir; hukuksal, toplumsal ve siyasal olarak tanınmış ya da tanınmasınlar insan olarak doğan herkesin hakkıdır¹. İnsan haklarının tarihsel gelişiminin yanında dönüm noktası olarak görülen Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ve BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi gibi metinlerin ruhu ve bu metinlerde insanın onuruna ve değerine yapılan vurgu, doğal hukukçu temellendirmeyi destekler niteliktedir. Bununla birlikte insan haklarının 20. yüzyılın ortalarından itibaren teoriden pratiğe hızlı bir biçimde geçişi, Avrupa coğrafyasının ötesinde tüm dünyada benimsenmeye başlaması ve farklı ideolojiler, kültürler ve fikirlerle karşılaşması, insan haklarının temellendirilmesinde yeni yaklaşımların ortaya çıkmasına neden olmuştur.

İnsan haklarının temellendirilmesinde ortaya çıkan bu yeni yaklaşımların ilki ve belki de en önemlisi *müzakereci yaklaşım*dır. Müzakereci yaklaşım, insan haklarını liberal toplumların benimsemeyi seçtiği politik değerler olarak görür. Bu bakış açısında toplum sözleşmesi fikrinin bir devamı olarak insanın sahip olacağı haklar üzerine de bir “anlaşma” yapılır. Bu nedenle söz konusu yaklaşımda, insan hakları doğuştan sahip olunan değil “üzerine anlaşılan” haklardır. Üzerine anlaşılan hakların temellendirilmesine ilişkin bir savın ayrıca ileri sürülmesinin işlevsel bir değeri yoktur. Bu nedenle insan hakları, ister insan onurundan ister Kant’ın ifade ettiği gibi ahlaki kararlar alabilme kapasitesinden kaynaklansın, müzakereci bakış açısına göre bu önemli değildir. Müzakereci yaklaşımda, doğal hukukçuların aksine, yürürlükte bulunan insan hakları

¹ Marie-Bénédicte Dembour, “What Are Human Rights? Four School of Thought”, Human Rights Quarterly 32 (2010), 2, 1-20.

hukukunun üstünde ve ötesinde başka bir “insan hakları”ndan bahsetmek mümkün değildir². Pozitif düzenlemelerdeki insan haklarının niteliği ise maddi olmaktan çok usuli yönüyle değerlendirilir. Böylelikle insan hakları hukuku, haklara ilişkin devletin / devletlerin nasıl bir yol izleyeceğine ilişkin hukuki ve politik yol gösterici ilkeler halini alır³. Bununla birlikte müzakereci bakış açısı, insan haklarının genişleme ve yaygınlaşma potansiyeline karşı değildir. Yürürlükteki insan haklarının güçlenmesine, yorumlanarak genişletilmesine, ilkelerinin belirginleştirilmesi ve sağlamaştırılmasına yönelik çaba harcar. Müzakereciler, doğal hukukçular gibi insan haklarının evrensel olduğuna inanmasalar da, günün birinde evrensel olacağı inanç ve umuduna sahiptirler. Müzakereci yaklaşıma göre insan haklarının evrenselliği ancak tüm dünyanın, insan haklarının bir toplumu yönetmek için mümkün olan en iyi hukuki ve politik standartlar olduğuna inanması ve bu hakları benimsemesi ile gerçekleşebilir⁴.

İnsan haklarının temellendirmesindeki farklı yaklaşımlar ideal tipleri ortaya koymayı hedefler, diğer bir ifadeyle kesin kategoriler değildirler. Doğal hukukçu ve müzakereci yaklaşımın temel iddiaları farklı olsa da ortaklaştıkları noktalar da mevcuttur. Nitekim insan hakları teorisi ve uygulamasında farklı yaklaşımların iç içe geçtiği ve keskin ayrımların yapılmasının mümkün olmadığı söylenebilir. Bununla birlikte, bazı analizlerin ve belirlemelerin yapılması mümkün ve muhtemeldir. Bu çalışmanın amacı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulamasında müzakereci temellendirmenin izini sürmek ve bazı yansımalarını tespit etmektir.

1950 yılında imzaya açılan ve 1953 yılında yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve muhtelif Ek Protokoller ile, Sözleşme'nin Komisyon, Divan ve nihayetinde Mahkeme (AİHM) olarak isimlendirilen organlarının içtihatları günümüze değin insan hakları hukuku uygulamasına yön vermiştir. Sözleşme metni ve on yıllardır devam eden pratik geçmişi incelendiğinde müzakereci yaklaşıma ilişkin çeşitli tespitler yapılabilir. Bu bakımdan vurgulanması gereken ilk husus Sözleşme metninde ve Ek Protokoller’de “insan onuru”na yalnızca bir kez atıfta bulunulmasıdır. Sözleşme ve Ek Protokolleri’nde, Ölüm Cezasının Her Durumda Kaldırılmasına Dair 13 No’lu Ek Protokol’ün girişinde yapılan atıf dışında insan onuru ya da eş anlamlı herhangi bir kelimeye atıfta bulunulmamıştır⁵. Bunun aksine Sözleşme metninin Başlangıç’ında Avrupa Konseyi üyesi hükümetlerin, “dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan ve korunması öncelikle, bir yandan demokratik siyasal rejime, diğer yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esasına bağlı olan bu temel özgürlüklere” derin bağlılıkları ifade edilmiştir⁶.

² Dembour, “What Are Human Rights? Four School of Thought”, 3-10.

³ Marie-Bénédicte Dembour, Who Believes in Human Rights? Reflections on The European Convention, Cambridge University Press, New York, 2006, 272.

⁴ Dembour, “What Are Human Rights? Four School of Thought”, 3-10.

⁵ “...ölüm cezasının kaldırılmasının bu hakkın korunmasında ve tüm insanların sahip olduğu onurun (*dignity*) tanınmasında büyük önem taşıdığı inancıyla; ...” İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’ye Ek Ölüm Cezasının Her Durumda Kaldırılmasına Dair Protokol No. 13, s. 52 https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur Erişim 26.09.2023.

⁶ https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur Erişim 30.09.2023.

Sözleşme uygulamasına baktığımızdaysa müzakereci yaklaşımın birçok yansımasını bulmak mümkündür. Bunlardan ilki “Avrupa konsensüsü” kavramıdır. AİHM’in yerleşik içtihatlarında kendine yer bulan *Avrupa konsensüsü*, Sözleşme’ye Taraf Devletlerin hukuk ve uygulamalarının büyük oranda ortak bir paydada buluşmasını ifade eder. Bir başvuru konusu olaya ilişkin Avrupa konsensüsü sağlanıyorsa ihlal kararı çıkma olasılığı oldukça yüksektir. Müzakereci yaklaşım bağlamında önemli olan bir diğer kavram Avrupa konsensüsü ile yakın ilişkili olan *dinamik yorum* ilkesidir. Zira Mahkemenin dinamik yorum içtihadı ile Sözleşme kapsamında korunan hakların alanının genişletilmesi ya da geçmiş içtihadını değiştirmesi, insan haklarının “üzerine anlaşılan” nitelikte olduğu savını doğrulamaktadır. Eşcinsel birlikliklerin Mahkemenin ilk içtihatlarında yalnızca özel hayat kapsamında görülürken, ilerleyen zamanlarda - Avrupa toplumundaki mutabakata uygun bir biçimde - aile hayatı içinde değerlendirilmesi ve eşcinsel evliliklere ilişkin bakış açısının evrimi bu bakımdan oldukça dikkat çekicidir⁷.

Müzakereci yaklaşımın önemli bir diğer yansıması Sözleşme’nin yerleşik orantılılık uygulamalarından biri olan üç aşamalı testin son basamağında görülebilir. *Demokratik toplumda gereklilik* olarak isimlendirilen bu son basamakta iki husus önem arz eder. İlki demokratik toplumun anlamı, ikincisi ise gerekliliğinin hangi ölçütlere göre belirleneceğidir. Mahkemenin çoğulculuk, açıkfikirlilik ve hoşgörü ile ilişkilendirdiği *demokratik toplum*, sürdürülmesi ve geliştirilmesi gereken bir hedeftir. Bu nedenle her bir özgürlük için ayrı ayrı ve mümkün olan en gelişmiş demokratik toplum gerekliliklerinin tespit edilmesi önemlidir. Yerleşik orantılılık testinde önemli olan diğer husus gerekliliktir. Mahkemenin Sözleşme’nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde düzenlenen hakların sınırlandırılmasındaki orantılılık yaklaşımı, toplumun üzerine uzlaştığı değerlerle yakından ilgilidir. Mahkemenin özellikle ifade özgürlüğü ve siyasi partilerin kapatılması gibi konularda yaptığı gereklilik incelemesinde, hakkın sınırlandırılmasının bastıran (zorlayıcı) bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelip gelmediğini tespit etmesi bu bakımdan oldukça dikkat çekicidir. Bu durum toplumun üzerinde uzlaştığı konuların Mahkemenin uygulamasına ne kadar etki ettiğini ortaya koymaktadır.

Bu çalışma kapsamında AİHM içtihatlarında müzakereci yaklaşımın izlerinin görüldüğü son alan, Sözleşme’nin haklara getirilecek kısıtlamaların sınırlandırılmasını düzenlediği 18. maddesinin son yıllardaki uygulamasıdır. Sözleşme’nin yürürlüğe girdiği tarihten 2004 yılına kadar uygulama alanı bulmayan 18. madde, son yıllarda Türkiye’yi de yakından ilgilendiren *Kavala* ve *Demirtaş* kararları başta olmak üzere, Strazburg içtihadı içinde küçük ancak sembolik anlamı büyük olacak şekilde uygulanmaya başlamıştır. Örneğin *Kavala* kararında, başvuranın Türkiye’de insan hakları alanında faaliyetlerini sürdüren birçok uluslararası yapının daimi ve güvenilir bir ortağı olduğu ve Avrupa Birliği ile yakın temas halindeki STK’ların kurulmasında başat rol oynadığının vurgulanması bu bakımdan dikkat çekicidir⁸. Mahkemenin bazı politik davalarda ve simgesel biçimde başvurduğu eleştirilerine hedef olan 18. madde ve

⁷ Örneğin bkz. Schalk and Kopf v. Austria, 30141/04, 24.06.2010, p. 92-95.

⁸ Kavala v. Turkey, 28749/18, 10.12.2019, p. 12-13.

pratikteki tutarsız tezahürünün, Sözleşme'nin Başlangıç'ında hedeflenen "insan haklarına dair ortak anlayışın" bir sonucu olup olmadığı tartışmaya değerdir.

Sonuç olarak şunu söylemek mümkündür, temellendirmeden noksan haklar reddedilmeye ve kötüye kullanılmaya açıktır. Konu insan hakları gibi yalnızca pozitif hukukun konusu olmayıp, devletlerin varoluşlarının, meşruluklarının ve bazen de savaşlarının nedeni olan bir kavram olduğunda, bu temellendirme ve gerekçelendirme daha da önem arz eder. AIHM'in içtihadına ilişkin yapılan tespit ve değerlendirmeler, insan haklarının temellendirilmesine ilişkin müzakereci yaklaşımının Strazburg içtihadı üzerinde, doktrinde şimdiye kadar tartışılardan çok daha fazla etki ettiğini göstermektedir. Bu durum, hakların politik doğasını daha fazla vurgulayan bir bakış açısına işaret etse de doğal hukukçu görüşten ve evrensel bir biçimde içi doldurulması mümkün görünmeyen "insan onuru" kavramından daha belirgin bir ölçüt olarak değerlendirilebilir.

Anahtar Kelimeler: Müzakereci yaklaşım, insan haklarının temellendirilmesi, avrupa insan hakları mahkemesi.

*

DELIBERATE SCHOOL OF THOUGHT ON FOUNDATION OF HUMAN RIGHTS AND ITS REFLECTIONS ON THE PRACTICE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

From the moment human rights began to arise as a subject of positive law, the question of what human rights are and why they should be protected has been asked. The most common answer given to this question, which is conceptualized as the foundation of human rights, is that human rights are rights one possesses simply by being a human. Besides, all human beings are equal in dignity. This approach is described as a natural law approach. The rapid transition of human rights from theory to practice since the mid-20th century have led to the emergence of new approaches in the foundation of human rights. The first and perhaps the most important approach is the deliberative school of thought. The deliberative approach considers human rights as political values that liberal societies choose to adopt. Accordingly, human rights are rights that are agreed upon, not naturally given or inherent.

Different approaches on the foundation of human rights are not definitive categories. As a matter of fact, it can be indicated that different approaches in human rights theory and practice are intertwined. However, it is possible to make some analyzes and assessments. The aim of this study is to ascertain some reflections of deliberative grounding from the European Convention on Human Rights and its practice.

First of these reflections is the lack of emphasis on human dignity in the text of the European Convention on Human Rights and its additional protocols. Another concepts that can

be evaluated in the context of a deliberative approach are *European consensus* and *dynamic interpretation*. Additionally, two sub-elements of the examination of necessity in a democratic society, namely *democratic society* and *pressing social need*, which is the last step of the Triple Test applied by the Court are closely related with the said approach. Another area where traces of the deliberative approach are seen is the application of Article 18, which regulates the limitation on use of restrictions on rights.

As a result, it is possible to point out that the deliberative approach has significant influence on the case law of the Strasbourg Court. Although this situation indicates a perspective that emphasizes the political nature of rights, it can be considered as a more specific criterion than the natural law view and the concept of human dignity.

Keywords: Deliberative school of thought, foundation of human rights, the european court of human rights.

AIHM VE ABAD'IN SAĞLIK DURUMU TEMELİNDE AYRIMCILIK KAVRAMINA GÜNCEL YAKLAŞIMLARI

Ar. Gör. Dr. Merve AĞZITEMİZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-7528-5966, Merve.Agzitemiz@ankara.edu.tr

ÖZET

Ayrımcılık, kişiler ya da durumları arasında bir farklılık yaratmak ya da farklı durumdaki kişilere karşı benzer şekilde hareket ederek bir tarafın ayrımcılığa uğramasına sebep olmak olarak ifade edilebilir.¹ Kişiler, statülerinden kaynaklanan birçok farklı durum nedeniyle ayrımcılığa uğrayabilmektedir. Din, ırk, cinsiyet gibi alanlardaki ayrımcılık örnekleri mahkemeler önüne geldikçe yıllar içerisinde bu alanları kapsayan bir içtihat hukuku oluşmuştur.

Sağlık durumu temelinde ayrımcılık da içtihat hukukunda güncel olarak yerini bulan alanlardan birisidir.² Tıp alanının gelişmesiyle birlikte kişinin fiziksel ya da psikolojik sağlık durumunun ortaya koyulması, bu duruma ilişkin bilgilerin paylaşılma usulleri, sağlık durumunun çalışma hayatı ile ilişkisi gibi bazı unsurlar kişilerin ayrımcılığa uğramasına neden olabilmektedir. Engellilik ile birlikte ele alınan bu alan, kapsamının genişliği ve vakaların çeşitliliği nedeniyle her bir ayrımcılık olayı temelinde ayrı değerlendirme yapmayı gerektirebilmektedir. Bu bağlamda sağlık durumu temelinde ayrımcılık konusunun güncel (bağlı) görünümü ve ayrı bir başlık olarak değerlendirilmesi gerekip gerekmediği bu tebliğ kapsamında tartışılacak temel sorunlardır.

Bu tartışma çerçevesinde birincisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AIHS) ve Avrupa Birliği (AB) Hukuku kapsamındaki düzenlemeler ele alınacak ve sağlık durumu temelinde ayrımcılığın mevcut durumu ortaya koyulacaktır.³ Örneğin AIHS 14. maddesine göre:

¹ Avrupa Komisyonu, *Ayrımcılıkla Mücadele Eğitim El Kitabı*, (Lüksemburg: Avrupa Topluluğu Resmi Yayınlar Bürosu, 2006) s.13. Ayrıca bkz. Warwick, McKean, *Equality and Discrimination Under International Law*, (New York: Oxford University Press, 1983) s.10-11.

² 2000'li yıllardan bu yana dünyada yaşanan gelişmeler hukuk alanını da etkilemiştir. Bu değişim ayrımcılık hukukuna da yansımış ve birçok konunun daha derin bir şekilde değerlendirilmesi söz konusu olmuştur. Yeni ya da güncellenen ayrımcılık temellerinin yanında örneğin ayrımcılığın meydana geliş şekli ya da tarafları da güncel gelişmelerden etkilenmektedir. Bireyler haklarının farkına varmakta, ayrımcılığa ilişkin konular daha sık bir şekilde gündeme gelmektedir. Örneğin artık yapay zekanın ayrımcı uygulamaları gibi konular tartışma alanı bulmaktadır. Bu konudaki çalışmalar için bkz. <https://www.coe.int/en/web/inclusion-and-antidiscrimination/ai-and-discrimination>

³ Ayrımcılık hukuku birçok farklı hukuk sisteminde yer almaktadır. Ancak bu tebliğ kapsamında uluslararası hukuk çerçevesinde bir insan hakları mekanizması olarak Avrupa Konseyi'nin ayrımcılık alanındaki hukuku ve ulus üstü bir bütünleşme şekli olan Avrupa Birliği Hukukunun değerlendirilmesi söz konusu olacaktır. Bu

“*Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.*”⁴

Avrupa Birliği (AB) düzenlemelerine bakıldığında ise Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma’da (ABİHA) ‘Ayrımcılık Yapmama ve Birlik Vatandaşlığı’ başlığında bu konuda özel bir hüküm yer aldığı görülmektedir. Buna göre ⁵:

“*Antlaşmalar’ın diğer hükümlerine halel gelmeksizin ve Birliğe Antlaşmalar’da verilen yetkilerin sınırları dahilinde ..., oybirliğiyle, cinsiyet, ırk ve etnik köken, dini inanç veya kanaat, engellilik, yaş veya cinsel tercih temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele amacıyla gerekli tedbirleri alabilir.*” AİHS’den farklı olarak burada ayrımcılık temelleri oldukça kesin bir şekilde sayılmış ve düzenleme alanı olarak AB ikincil hukuku işaret edilmiştir.⁶

Ayrımcılık alanında AB ikincil hukukunun direktifler ile şekillendirildiği söylenebilecektir. Özellikle Antlaşmanın ilgili düzenlemesinden kaynağını alan Irk ve Etnik Köken Direktifi⁷ ve Çerçeve İstihdam Direktifi⁸, sınırlı kapsamlarına rağmen bu alanda önemli bir boşluğu doldurmaktadır. Bu ayrımcılık direktiflerinin kapsadığı temeller; ırk ve etnik köken, cinsel yönelim, yaş, din ve inanç ve engelliliktir.⁹ Ancak bu temel direktiflerde, AİHS’de olduğu üzere, sağlık durumunun ayrımcılık temelleri arasında sayılmadığı görülür. O halde bir kişi sağlık durumunun yarattığı özelliklere bağlı olarak başka bir kişiye nazaran daha az lehte muameleye maruz kaldığında bu durum AB hukuku ya da AİHS’nin koruma kapsamında kalacak mıdır?

İkinci olarak, mahkemelerin bu düzenlemeler bakımından yorumu ele alınarak sağlık durumu temelinde ayrımcılığa nasıl yaklaşıldığı/yaklaşılması gerektiği ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Örneğin AİHS düzenlemesinde *herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin* ifadesi yerini bulmaktadır. Bu ifadeden yola çıkan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) öncelikle engellilik kavramını bir ayrımcılık temeli olarak kabul

bağlamda temel hukuki metinler ışığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları üzerinden hareket edilecektir.

⁴ Söz konusu maddede belirli ayrımcılık temellerinin açıkça sayıldığı görülmektedir. Bazı ayrımcılık temeli olabilecek ifadeler ise madde metninde yer almamaktadır. Ancak maddenin düzenlemesinde “...*herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık...*” ifadesinin yer almaktadır. Bu ifadeyle birlikte her ne kadar sayılmasa da sağlık durumu temelinde ayrımcılığın madde kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Ek olarak “*Bu Sözleşmede tanınan hak ve yükümlülüklerden yararlanma...*” ifadesi ise bize 14. maddenin kural olarak bağlı bir madde olduğunu ve Sözleşmenin diğer maddeleri ile bağlantılı olarak kullanılabileceğini göstermektedir.

⁵ ABİHA m.19/1.

⁶ Temel Haklar Şartı (THŞ) kapsamında da ayrımcılık ayrı bir şekilde düzenlenmişse de tebliğ çerçevesinde ABAD’ın somut olarak Direktifler çerçevesinde verdiği kararlar üzerinden hareket edilecektir.

⁷ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 Implementing the Principle of Equal Treatment Between Persons Irrespective of Racial or Ethnic Origin, OJ L 180 , 19/07/2000. Irk ve Etnik Köken Direktifi olarak kullanılacaktır.

⁸ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation, OJ L 303 , 02/12/2000. Çerçeve İstihdam Direktifi olarak kullanılacaktır.

⁹ Bkz. 2000/78 sayılı Çerçeve İstihdam Direktifi m.1 ve 2000/43 sayılı Irk ve Etnik Köken Direktifi m.1.

etmiştir.¹⁰ Bağlantılı olarak devam eden kararları ile sağlık durumunun da bir ayrımcılık temeli olarak AİHM tarafından değerlendirilmeye başlandığı görülmektedir.¹¹

AB Hukukunda Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) bu alanda kararları olduğu görülmektedir. AİHM'den farklı olarak ABAD burada, AB Hukukunda halihazırda ayrımcılık temelleri arasında sayılan engellilik kavramını yorum yoluyla ayrımcılık temelleri arasına dahil etmek durumunda kalmamıştır. Ancak sağlık durumu temelinde ayrımcılığın durumu farklıdır. AB hukuku kapsamında engellilik kavramının her sağlık durumunu kapsamadığı, istihdama erişim, katılım ya da yararlanmayı etkilediği ölçüde kapsam içerisinde değerlendirileceği söylenebilecektir.¹²

Mahkemelerin bu yaklaşımı yanında, sağlık durumlarına ilişkin güncel tartışma alanları ortaya koyularak sağlık durumu temelinde ayrımcılık konusunun engellilik ile ayrıştığı noktalar da belirlenmeye çalışılacaktır. Engellilik, sınırları çok kesin çizgilerle belirlenemeyecek bir alandır ve homojen bir gruptan bahsetmek zordur. Bu bağlamda bazı sağlık durumlarıyla ilgili yeni tartışmalar ortaya çıkabilmektedir. Örneğin 'obezite' kavramı hukuki açıdan nasıl

¹⁰ Örnek olarak bkz. *Glor v. Switzerland*, no. 13444/04, 30/04/2009, para. 80. AİHS kapsamında engellilik kavramının bir tanımı da bulunmamaktadır. Bu bağlamda AİHM tarafından BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'de yer alan tanımların temel olarak kullanıldığı görülmektedir. Ayrımcılık ile ilgili olarak bkz. BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme m.2. "Engelliliğe dayalı ayrımcılık" siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hak ve temel özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlamayı kapsamaktadır. Engelliliğe dayalı ayrımcılık makul düzenlemelerin gerçekleştirilmemesi dahil her türlü ayrımcılığı kapsar." Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020100834bm_48.pdf

¹¹ Örneğin *Kiyutin v. Russia* kararı ile fiziksel engellilik ve çeşitli sağlık problemlerinin, 14. madde kapsamında, engellilik ya da herhangi başka bir durum çerçevesinde bir ayrımcılık temeli olarak kabul edilebileceği vurgulanmıştır. Bkz. *Kiyutin v. Russia*, no. 2700/10, 10/03/2011, para. 57. Ayrıca bkz. *I.B. v. Greece*, no. 552/10, 03/10/2013, para. 73. Bu bağlamda AİHM'nin *Kiyutin* kararı ile birlikte sağlık durumu kavramını engellilik kavramı ile iç içe ve eş seviyede bir ayrımcılık temeli olarak değerlendirdiği ifade edilebilecektir. Buna göre sağlık durumu göreceli olarak engellilik durumu ile bağlantı kurularak vaka bazında ele alınmaktadır denilebilir. Kişilerin genetik durumlarının da 14. madde kapsamında değerlendirildiği bir örnek için ayrıca bkz. *GN and Others v. Italy*, no. 43134/05, 01/12/2009, para. 126-127.

¹² Bkz. C-363/12, *Z. v. A Government department and The Board of Management of a Community School* [GC], 18 March 2014, ECLI:EU:C:2014:159, para. 81. Bu aşamaya gelmeden önce ABAD'ın *Navas* kararından görüleceği üzere sağlık durumu temelinde bir ayrımcılık vakası ilk defa ABAD önüne geldiğinde bu temeldeki ayrımcılığın, Direktif kapsamında kalmayacağı yönünde bir karar verilmiştir. Bkz. C-13/05, *Sonia Chacón Navas v Eures Colectividades SA*, 11 July 2006, ECLI:EU:C:2006:456. ABAD (tıpkı AİHM gibi) sağlık durumu kavramını engellilik kavramına bağlayarak hareket etmeye çalışmıştır. ABAD'a göre engellilik, ilgili kişinin iş hayatına katılımını engelleyecek fiziksel, zihinsel ya da psikolojik bir noksanlıktan kaynaklanan bir kısıtlama durumunu ifade etmektedir. Bkz. C-13/05, *Navas*, para. 43. Ancak ABAD'a göre bu kavram sağlık durumunu kapsamaz. Bkz. C-13/05, *Navas*, para. 52. ABAD'a göre hastalık, Direktifte açıkça düzenlenmediği gibi Antlaşmalarda da bulunan ve AB'ye düzenleme yapma yetkisi verilen bir ayrımcılık temeli değildir. Bu bağlamda ilgili Direktifle yasaklanan ayrımcılık temelleri arasına eklenemeyecektir. Bkz. C-13/05, *Navas*, para. 53-57. *HK Danmark* kararı ile birlikte bu dar yorumunu genişleten ABAD, tedavi edilebilen/edilemeyen bir hastalığın, bir kişinin diğer çalışanlara göre iş hayatına katılımını engelleyecek fiziksel, zihinsel ya da psikolojik bir kısıtlama durumunu (uzun süreli olarak) ortaya çıkarması durumunda, Direktif bakımından engellilik kapsamında sayılabileceğini vurgulamıştır. Ancak bu şekilde bir kısıtlama getirmeyen hastalık durumları kapsam dışında kalacaktır. Bkz. *Joined Cases C-335/11 and C-337/11, HK Danmark, acting on behalf of Jette Ring v Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11) and HK Danmark, acting on behalf of Lone Skouboe Werge v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Pro Display A/S (C-337/11)*, 11 April 2013, ECLI:EU:C:2013:222, para. 41-42.

değerlendirilmelidir? Engellilik kapsamında görülürse örneğin AB Hukuku bakımından ilgili Direktif çerçevesinde bir ayrımcılık temeli olarak sayılabilecek aksi durumda ise Direktifin kapsamı dışında kalacaktır.¹³ Anneliğe engel kadın hastalıklarında tedavi süreci, psikolojik rahatsızlıklar ve HIV pozitif tanımlı hastaların durumu da ayrıca bu kapsamda tartışılabilecektir.

Sonuç olarak her iki hukuk sisteminde de sağlık durumu temelinde ayrımcılık kavramının engellilik kavramına bağlanmış görünümü, mahkemeler açısından vaka temelinde detaylı incelemeyi gerektirir özelliği ve özellikle AB Hukukunun *sui generis* yapısı bakımından belirli bir şekilde ele alınması zorunluluğunun mevcut durumu ortaya çıkardığı üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda söz konusu hukuki düzenlemelerin güncel tartışmalara uygun yorumlanması ve sağlık durumu temelinde ayrımcılık başlığının yeri bakımından çıkarımlar yapılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ayrımcılık, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Birliği, Avrupa Birliği Adalet Divanı, sağlık temelinde ayrımcılık.

*

CURRENT APPROACH OF THE ECtHR AND CJEU TO THE CONCEPT OF DISCRIMINATION ON THE GROUND OF MEDICAL CONDITION

ABSTRACT

Discrimination can be defined as creating a difference between people or their situations, or causing a party to be discriminated against by acting similarly towards people in different situations. There is an extensive case law in this area and discrimination based on the ground of medical condition became a debated issue in recent case law. This area, which is discussed together with discrimination on the ground of disability, may go beyond this scope due to the diversity of cases and the need for special examination (on case-by-case basis). In this context, the current aspect of discrimination on the ground of medical condition and whether it should be addressed as a separate topic is the issue that will be discussed within the scope of this paper.

Within the framework of this discussion, legal texts of European Union (EU) and European Convention on Human Rights (ECHR) will be examined. With these texts, legal interpretation of Court of Justice of the European Union (CJEU) and European Court of Human Rights (ECtHR) will be taken into consideration.

Differentiation in legal interpretation will be discussed and causes of this different approach of the courts will be emphasized. In this part, nonhomogeneous state of people

¹³ ABAD'ın obezitenin engellilik kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin kararları mevcuttur. Bkz. C-354/13, *Fag og Arbejde (FOA) v Kommunernes Landsforening (KL)*, 18 December 2014, ECLI:EU:C:2014:2463 ; C-270/16, *Carlos Enrique Ruiz Conejero v Ferroservicios Auxiliares SA and Ministerio Fiscal*, 18 January 2018, ECLI:EU:C:2018:17.

forming the disability concept group and recent legal discussions on the medical conditions such as obesity, HIV, temporary psychological disorders and conditions due to treatment of infertility will be underlined. Moreover, in order to understand the nature of this approach, I will bring the *sui generis* nature of EU Law into focus. With this background, inferences will be made on these legal systems and how they should be evolved in the light of the current situation and recent discussions.

Keywords: Discrimination, European Union, European Court of Human Rights, Court of Justice of the European Union, discrimination on the ground of medical condition.

GÜMRÜK KIYMETİ VE TARİFESİNİN TESPİTİNDE YAPAY ZEKÂ DESTEĞİ

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe AKDEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0003-4520-6929, takdemir@ankara.edu.tr

ÖZET

İçinde bulunduğumuz dijitalleşen küresel çağda hayatın hemen hemen her alanına sirayet eden yapay zekâ teknolojileri kamu sektöründe de uygulama alanı bulmakta ve yeni buluşlar kamusal işlemlerin daha hızlı, daha verimli ve daha güvenilir yapılmasına imkân tanımaktadır. Buna göre gümrük işlemlerinde, beyan edilen eşyanın yapay zekâ desteği sayesinde, tarifede hangi sınıflandırmaya dahil olduğunun otomatik tespiti, yapılacak en küçük bir hatanın bile ötesine geçmeye yardımcı olacaktır. Diğer taraftan kamu sektörü üzerindeki iş yükü hafiflerken; özel sektör açısından düşünülecek olursa firmalar herhangi bir zaman ve gelir kaybı yaşamadan eşyayı gümrükten hızlıca ve güvenli bir şekilde çekebilecektir. Örneğin, Ticaret Bakanlığı'nın kurmuş olduğu “Kolay İhracat Platformu” ile yapay zekâ teknolojileri sayesinde akıllı ihracat robotu ile ihracatçılara geçmiş verilerinden ve farklı veri kaynaklarından da yararlanarak ihracatçı özelinde destek sağlanmakta; TÜBİTAK ile yapmış olduğu ortak “Gümrük Tarama Ağı Bulut Depolama ve Görüntü Analiz Sistemi (GÜMSİS) Projesi”¹ sayesinde gümrük işlemlerini hızlandırıcı adımlar atılmaktadır.

Kamu sektöründe yapay zekanın çok çeşitli şekillerde kullanılması fikri yeni olsa da araştırmanın temel amacını oluşturan gümrük işlemlerinde kıymetin ve tarifenin tespiti aşamalarına da bu teknolojinin dahil edilmesi sayesinde, özel sektör vergilendirme konusunda daha uyumlu hale gelebilecek, zamandan ve paradan tasarruf edebilecektir.

Konuya ilk önce gümrük kıymeti ve tarifeler açısından bakıldığında, başta amaç devlete gelir sağlamak olsa da zamanla gelir dışı önlemlerin yönetimi için de dış ticaret politikası olan

¹ “Proje kapsamında geliştirilmesi planlanan sistem ile Türkiye genelinde faaliyet gösteren gümrük kapılarında taşıt ve konteyner içerisine gizlenerek ülkeye sokulmaya çalışılan yasa dışı maddelerin tespiti amacıyla kullanılan X-Ray tarama sistemlerinden alınan tarama görüntülerinin, sistem üreticisinin sağladığı arayüz ve görüntü formatından bağımsız olarak, bulut bilişim altyapısı üzerinde güvenli depolanması, görüntülerin gümrük idareleri ve Ticaret Bakanlığı Komuta Kontrol Merkezi'nden görüntü kalitesi değişmeksizin görüntülenebilmesi, görüntü üzerinde anomali tespiti yapabilme kapasitesine haiz bir otomatik tanımlama sisteminin tasarlanması amaçlanmaktadır. Proje kapsamında ayrıca yapay zekâ temelli makine öğrenmesi algoritmaları ile görüntü üzerinde kaçakçılık (insan, silah, sigara, uyuşturucu) tespiti, kap sayısı tespiti, referans görüntüler arasında fark tespiti ve materyal ayrımı çalışmaları yapılmaktadır. Materyal ayrımı çalışmaları kapsamında Boğaziçi Üniversitesi Teknoloji Transferi Ofisiyle ortak bir çalışma yürütülmektedir.” TÜBİTAK, <https://bilgem.tubitak.gov.tr/gumruk-tarama-agi-bulut-depolama-ve-goruntu-analiz-sistemi-projesi/>, Erişim Tarihi: 24.08.2023.

ve bu politikanın düzenlenmesinde temel araç haline dönüşen gümrük vergileri, gümrük tekniği açısından oldukça önem arz etmektedir. İşte bu kapsamda uluslararası ticaretin belkemiğini oluşturan gümrük sürecinin hızlı, güvenilir ve etkin bir şekilde işlemesi, eşyanın ülkeye zamanında giriş yapması ve eşyanın usul ve esaslara göre doğru vergilendirilmesiyle sonuçlanır.

Gümrük işlemlerinde; tarife, kıymet ve menşeden oluşan üç temel unsur bulunmakta; vergilendirmenin usulüne uygun bir şekilde yapılması ise bu üç unsurun varlığına bağlı olmaktadır. Bu kapsamda, kıymetin belirlenmesi ile matrah; gümrük yükümlülüğünün başladığı tarihte yürürlükte olan tarife ve eşyanın ekonomik milliyeti olan menşenin tespiti ile ad valorem sisteme göre esas teşkil edecek uygun vergi oranları bulunmaktadır.

4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 23 ve 24. maddelerine göre, eşyanın gümrük kıymeti, gümrük tarifesinin ve tarife dışı düzenlemelerin uygulanması amacıyla tayin ve tespit olunan kıymet olup ithal eşyasının satış bedelini ifade eder. Pek çok faktörden oluşan gümrük kıymetinin tereddütte yer bırakmayacak şekilde tespiti ve maliyet hesaplaması açısından gümrük kıymetine hangi türden işlemlerin eklenip eklenmeyeceğinin belirlenmesi ise oldukça önemlidir. Aksi takdirde eşyaya uygulanacak gümrük vergilerinin matrahını oluşturan eksik veya hatalı bir gümrük kıymeti, gümrük vergilerinin de yanlış hesaplanmasına yol açacaktır.

4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 25. ve 26. maddelerine göre, gümrük kıymetinin tespitinde sırasıyla çeşitli yöntemler uygulanmakta olup bunlardan birincisi “satış bedeli yöntemi” olarak kabul edilir. Buna göre satışa ilişkin hususlara dayanılarak beyan edilen kıymetin gümrük kıymeti olarak kabul edilip edilemeyeceği belirlenecektir. Bu yöntemin kabul edilemez bulunması ya da bu yöntemden emin olunamaması halinde, gerekçeler açıklanır ve ikinci sırada yer alan “aynı eşyanın satış bedeli yöntemine” geçilir. Mevzuata göre, ikinci sırada yer alan gümrük kıymetinin aynı eşyanın satış bedeli yöntemi ile belirlenememesi durumunda yine sırasıyla “benzer eşyanın satış bedeli yöntemi”, “indirgeme yöntemi” ve “hesaplanmış kıymet yöntemlerine” geçilmekte² ve ilk beş yöntemle göre kıymet yönteminin yapılamaması durumunda ise yönetmelik ve anlaşmalara göre şekillenen “son yöntem” ile Türkiye'deki veriler de esas alınarak ithal eşyasının gerçek gümrük kıymeti tespit edilir.

Tarife ise, uluslararası ticarete konu olan eşyaya uygulanan vergilerin belirlendiği bir listedir. Gümrük vergilerinin hesaplanmasında eşyanın tarifesi, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 15. maddesinde düzenlenmiş olup gümrük vergileri, gümrük yükümlülüğünün başladığı tarihte yürürlükte olan gümrük tarifesine göre hesaplanmaktadır. Diğer bir ifade ile gümrük vergisi, gümrük yükümlüsü tarafından beyan edilen kıymete, eşyanın gümrük tarife cetvelinde yer alan vergi miktarı veya oranının uygulanması ile tayin olunur.

Uluslararası ticarete konu olan eşyanın her geçen gün çeşidinin artması, farklı eşyaya farklı vergi ve ticaret politikası önlemlerinin uygulanması gerekliliği eşyanın sınıflandırılmasında çeşitli tarife cetvellerinden yararlanılması gerekliliğine yol açmıştır.

² Yazılı talep üzerine gümrük idaresi tarafından uygun bulunduğu takdirde indirgeme yöntemi ile hesaplanmış kıymet yöntemlerinin sırası yer değiştirilebilir.

Tarifelerde, aynı eşya için farklı gümrük vergisi oranları da tanımlanabilmektedir. Bu sebeple belirli sistematik dahilinde oluşturulan Armonize Sistem Nomanklatür (adlar dizgesi) ile belirli kurallar ve ilkeler dahilinde ayrıntılı sınıflandırma yapılmaktadır. Teknolojinin gelişimiyle birlikte yeni eşyanın konulması veya kaldırılması şeklinde Dünya Gümrük Örgütü tarafından belirli aralıklarla bu tarife güncellenmektedir.

21 Bölüm 99 Fasıldan oluşan Armonize Sistem, 6 basamaklı bir kodlama sistemidir. Armonize Sistemin 6 basamaklı kodlamasına Avrupa Birliği ülkeleri iki basamak daha ekleyerek 8 basamaklı “Kombine Nomanklatürü (CN Kodu) kullanırlar. Ülkemizin farklı vergi uygulamalarını yansıtmak amacıyla Avrupa Birliği Kombine Nomanklatürüne, iki basamak daha eklenerek 10 basamaklı bir kodlama (Milli Alt Açılım Kodu) sistemi elde edilmiş; istatistik kodlarını göstermek amacıyla iki basamak daha eklenerek toplam 12 basamaklı ulusal bir kodlama (İstatistik Kodu) sistemi oluşturulmuştur. Eşyanın ülkemizin tarife sınıflandırmasındaki yerini belirleyen 12 basamaklı koduna Gümrük Tarife İstatistik Pozisyonu (GTİP) denilmektedir. Bu kod ise, uluslararası ticarete bütün dünyada aynı kabulü gören eşyanın kimliğini ifade eder.

1964 yılında günümüze değin yapılan değişikliklerle 474 sayılı Gümrük Giriş Tarife Cetveli Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Bu kanun ile Cumhurbaşkanı, Kanunda yer alan vergileri sıfıra indirmeye veya %50'sine kadar artırmaya yetkilidir. Armonize Sisteme uygun olarak hazırlanan Türk Gümrük Tarife Cetveli, gümrük idaresi tarafından yıllık olarak hazırlanır. İthalat Rejimi Kararı'na ekli listelerde ise, ülkeler ve ülke grupları bazında hazırlanmış olan ayrı ayrı sütunlarda, eşyaya uygulanacak gümrük vergisi oranları gösterilir. Buna göre gümrük beyannamesinde dikkat edilmesi gereken en önemli kısım, eşyanın GTİP kodu ile doğru tarifenin belirlenmesi ve doğru vergi oranının gümrük kıymetine uygulanmasıdır.

Şu an için günümüzde otomatik tarife tespiti yapan (GTİP) yapay zekâ kullanılarak oluşturulmuş çok sayıda dijital yazılım bulunsa da bunların tam anlamıyla güvenilir olduğu ileri sürülememektedir. Ancak son aşamada yapılacak kontrollerle birlikte aynı veya benzer eşya kodlarını algoritma sayesinde sıralayan yapay zekâ ile tarifelerin tespiti, uygulamada büyük kolaylık sağlayacaktır. İşte bu sebeple insan müdahalesinin olmadığı ya da az olduğu eşya sınıflandırmasında zaman tasarrufu sağladığı için bu türden araçların gelişimine destek verilmeli ve güvenilir anlamda yapay zekâ destekli akıllı tarife tespit programları oluşturulmalıdır. Böylece gümrük işlemleri konusunda tam tecrübeli olmayan kişiler bile söz konusu yazılımlar sayesinde, yanlış tarife beyanı yapamayacak, getirilen ithal eşyanın vergisini doğru hesaplayabilme imkanına sahip olabilecektir.

Gümrük kıymetinin, tarifesinin ve menşenin tespiti halihazırda gümrük işlemlerinde en önemli unsurdur. Diğer taraftan gümrük işlemlerine yönelik sürecin takibi ve kontrolü zaten başlı başına teknik ve uzmanlık gerektiren bir alan olması sebebiyle, devletlerin en az maliyetle ve gelir kaybına uğramaması adına bu tür teknolojik gelişmelerden özellikle yararlanılması gerekmektedir.

Bu kapsamda içinde bulunduğumuz endüstri 4.0'dan "süper akıllı" toplumlardan oluşan insansız makinelerin ön plana çıktığı endüstri 5.0 dönemine doğru ilerlerken, gümrük kıymet ve tarifelerinde yapay zekâ araçlarının kullanılması, gümrük kıymetinin ve tarifesinin usul ve esaslara göre daha hızlı, doğru ve güvenilir bir şekilde otomatik tespitini sağlayacak; böylece, eksik veya hatalı ödenen vergiler en aza indirilebilecek, cezalar önlenebilecektir. İşte bu sebeple söz konusu hukuki düzenlemelerin yapılması, bu konuda toplumsal ön yargıların kırılması, uluslararası iş birliğinin kurulması ile yapay zekâ teknolojilerinin gelişimine yardımcı olacak çeşitli teşvikler sağlanmalı, güvenilir yapay zekâ destekli akıllı gümrük tarifelerine uygulamada daha çok yer verilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Yapay zekâ, gümrük kıymeti, gümrük tarifesi, vergilendirme.

*

SUPPORT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN DETERMINING CUSTOMS VALUE AND TARIFF

ABSTRACT

In this digitalizing globalization age we live in, artificial intelligence technologies, which have spread to almost every aspect of life, are also used in the public sector, and new inventions allow public transactions to be made faster, more efficiently, and more reliably. Accordingly, regarding the customs value declaration provided in customs transactions, the automatic determination of which classification the goods are to be included in the tariff with the support of artificial intelligence will be helpful in terms of avoiding even the tiniest mistake. In addition, while the workload on the public sector will be alleviated, from the perspective of the private sector, companies will be able to retrieve their goods from customs quickly and safely without experiencing any loss of time and income.

Although the idea of using artificial intelligence in numerous ways in the public sector is new, the private sector will be able to become more harmonized in taxation and save time and money thanks to the inclusion of this technology in the determination of value and tariff in customs transactions, which constitutes the main purpose of the research.

In customs transactions, there are three basic elements which are tariff, value, and the origin of the product, and the proper taxation relies on the presence of these three elements.

The customs value of the goods is the value specified and determined in order to apply the customs tariff and non-tariff regulations and refers to the sales price of the imported goods. Tariff, on the other hand, is a list in which the taxes applied to the goods subject to international trade are determined. Customs duties are calculated according to the customs tariff in effect at the time the customs obligation begins.

Although there are many software packages created by using artificial intelligence that perform automatic tariff determination today, they cannot be claimed to be completely reliable.

However, since it saves time in the classification of goods, the development of such tools should be supported, and reliable smart tariffs supported by artificial intelligence should be created. Thus, even people who are not fully experienced in customs transactions will have the opportunity to calculate the tax of the imported goods accurately thanks to the software in question.

In this context, while we are moving from Industry 4.0 era towards Industry 5.0 age in which "super smart" societies will exist with autonomous machines, the use of artificial intelligence tools in customs values and tariffs will enable the automatic determination of the customs value and tariff more quickly, accurately, and reliably according to the procedures and principles; thus, the mistakes to be made in taxation will be minimized and penalties will be prevented. Hence, various incentives should be provided to help the development of artificial intelligence technologies by making necessary legal regulations, eliminating social prejudices in this regard, and establishing international cooperation, and reliable smart customs tariffs supported by artificial intelligence should be more included in practice.

Keywords: Artificial intelligence, customs value, customs tariff, taxation.

MOTOSİKLET ÜZERİNDEKİ ÖZEL TÜKETİM VERGİSİ ÜZERİNE ÖNERİ

Dr. Öğr. Üyesi Kerem ÖNCÜ

Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0003-1045-2273, keremnc@hotmail.com

ÖZET

Ulaşım günümüzde en temel ihtiyaçlardan biridir. Ulaşım üzerindeki vergi yükü ise, kamuoyunda sürekli olarak tartışılmaktadır. İlave motorlu taşıtlar vergisi, akaryakıt üzerindeki vergi yükü gibi konular gündemi meşgul etmektedir. Ulaşım araçları üzerindeki özel tüketim vergisi (ÖTV) de sürekli gündemde olan, tartışılan konulardan biridir. Özellikle otomobiller üzerindeki yüksek ÖTV, çoğu durumda firmalarla alıcıları hatta bazı durumlarda firmalarla devleti karşı karşıya getirmektedir.

Bu tebliğde, bahsedilen soruna farklı bir yönden bakılacaktır. Bilindiği üzere motosiklet, günümüzde giderek yaygınlaşan bir ulaşım aracıdır. Çoğu insan için bir tutku olan motosiklet, otomobil fiyatlarının artması, hizmet sektörünün büyümesi, yatırım gibi nedenlerle de satışları giderek artmaya devam etmektedir. Artan önemiyle birlikte, üzerindeki vergi yükü de haliyle gündeme gelmektedir.

Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun "Verginin Konusu" başlıklı 1. Maddesi uyarınca "*Bu Kanuna ekli; ...*

b) (II) sayılı listedeki mallardan kayıt ve tescile tâbi olanların ilk iktisabı,

... bir defaya mahsus olmak üzere özel tüketim vergisine tâbidir."

Bu noktada Kanun'a ekli listelerde yer alan mallar verginin konusunu teşkil etmektedir. Aynı Kanun'un "Vergiyi doğuran olay başlıklı 3. maddesinin ilk fıkrası ise şu şekildedir: "Vergiyi doğuran olay;

a) Mal teslimi veya ilk iktisap hallerinde malın teslimi veya ilk iktisabı,

b) Malın tesliminden önce fatura veya benzeri belgeler verilmesi hallerinde, bu belgelerde gösterilen miktarla sınırlı olmak üzere fatura veya benzeri belgelerin düzenlenmesi,

c) Kısım kısım mal teslim edilmesi mutat olan veya bu hususlarda mutabık kalınan hallerde, her bir kısmın teslimi,

d) Komisyoncular vasıtasıyla veya konsinyasyon suretiyle yapılan satışlarda, (I), (II) ve (IV) sayılı listelerdeki malların alıcıya, (III) sayılı listedeki malların komisyoncuya veya konsinyi işletmeye teslimi,

e) İthalatta, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'na göre gümrük yükümlülüğünün doğması, ithalat vergilerine tâbi olmayan işlemlerde ise gümrük beyannamesinin tescilidir.”

Motosikletler, kayıt ve tescile tabi mallardandır. Bu sebeple ilk iktisabı durumunda vergiyi doğuran olay gerçekleşmektedir.

Verginin matrahı, Kanun'un 11. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, “(II) ... sayılı listelerdeki mallar için verginin matrahı; bunların teslimi, ilk iktisabı ve ithalinde, hesaplanacak özel tüketim vergisi hariç, katma değer vergisi matrahını oluşturan unsurlardan teşekkül eder.” Kanun'un 12. maddesi uyarınca, “Özel tüketim vergisi, bu Kanuna ekli listelerde yazılı malların karşılarında gösterilen tutar ve/veya oranlarda alınır.”

Motosikletler, 87.11 GTİP numarası ile II sayılı listede yer almaktadır. Kanun'a göre ÖTV oranları şu şekildedir:

“Motosikletler (mopedler dahil) ve bir yardımcı motoru bulunan tekerlekli taşıtlar (sepetli olsun olmasın); sepetler (sepetler hariç) (Sadece elektrik motorlu olanlar hariç)

- Motor silindir hacmi 250 cm³'ü geçmeyenler %8

- Motor silindir hacmi 250 cm³'ü geçenler %37

Diğerleri (sadece elektrik motorlu olanlar)

- Motor gücü 20 kW'ı geçmeyenler %3

- Motor gücü 20 kW'ı geçenler %37”

Mevzuata göre, motosikletin ilk tescili esnasında alınan ÖTV, elektrikli motorlu olmayanlar için %8 ve %37, elektrikli motorlu olanlar için ise %3 ve %37 olmak üzere iki oran üzerinden belirlenmiştir.

1982 Anayasası'nın 73. Maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: “Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.” Dolaylı vergilerin kişilerin mali güçleri ile orantılı olmamaları konusu ne yazık ki artık geride kalmış, söz konusu vergiler, vergi sisteminin ve hayatımızın bir parçası haline gelmiştir. Bu vergilerin nasıl mali güçle orantılı olabileceği üzerine çalışmalar yapılmaktadır.

Motosiklet üzerindeki ÖTV'nin motor hacmi ve motor gücüne göre iki oranlı belirlenmesi, bazı sorunlara yol açmaktadır. Öncelikle anılan düzenlemenin lafzı kanımızca belirsizdir. Bakıldığında motor silindir hacmi 250 cm³'ü geçmeyenler % 8, 250 cm³'ü geçenler %37'dir. Ancak silindir hacmi tam olarak 250 cm³ olduğunda hangi oranın uygulanacağı belirsizdir. 250 cm³'ü geçmeyenler %8 olduğuna göre 250 cm³'ün %37 olduğu düşünülebilir. Ancak %37'lik oran, 250 cm³'ü geçenler için öngörülmüştür. Aynı değerlendirme elektrikli motorlu olanlar için de yapılabilir.

Hukuk devleti ilkesinin bileşenlerinden biri, hukuki güvenlik ilkesidir. Anayasa Mahkemesi E. 2013/83, K. 2013/116 sayılı ve 10.10.2013 tarihli kararında hukuki güvenlik ilkesini şu şekilde tanımlamaktadır: “*normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.*” Söz konusu düzenleme, silindir hacminin tam olarak 250 cm³ veya motor gücünün 20 kW olması durumunda hangi oranın uygulanacağına çözüm getirmemektedir. Bu nedenle hukuki güvenlik ilkesi açısından eleştiriye açıktır. Kanun’da “250 cm³ ve üzeri” ile “20kW ve üzeri” şeklinde bir değişikliğe gidilmesi yeterli olacaktır.

Bir diğer sorun, dolaylı vergiler için zaten eleştiri konusu olan mali güce göre vergilendirme ilkesi ile ilgilidir. Farklı mali güce sahip iki kişi, 200 cm³ motor hacmine sahip motosiklet aldığı anda, aynı vergiyi ödemiş olacaktır. Ancak bu tebliğ konusuna özgü bir sorun olmayıp, dolaylı vergilerin tamamını ilgilendirmektedir. Ancak motosikletlerle ilgili olarak sadece iki farklı oran şeklinde belirleme yapılmış olması, 1 cm³ veya 1 kW artış nedeniyle ÖTV oranının %37’ye çıkmasına neden olmaktadır. Bu iki oran nedeniyle motosiklet fiyatları anlaşılması güç şekilde artmaktadır. Örnek olarak motor hacmi 249 cm³’lük bir motosiklet alan kişi %8 ÖTV öderken, 300 cm³’lük motosiklet alan kişi ise %37 ÖTV ödemektedir. 50 cm³’lük bir farkta ÖTV oranının %29 artmasındaki kamu yararı tartışmaya açıktır.

Başka bir soruna bakmak gerekirse, 251 cm³ motosiklet alan bir kişi ile 2500 cm³ motosiklet alan bir kişi aynı oranda ÖTV ödeyecektir. Oysa bu iki kişinin aynı mali güçte olduğunu savunmak kolay değildir. Zira bu iki motosiklet arasında fiyat farkı oldukça yüksektir.

Son üzerinde durulacak konu ise mali gücü düşük kişilerin tercih ettiği motosikletlerle ilgilidir. Bu kişiler, en düşük motor hacmine ve motor gücüne sahip motosikletleri tercih etmektedir. Örnek olarak 50 cm³’lük motor hacmine sahip motosiklet için zaten genel harcama vergisi olan katma değer vergisi (KDV) ödenmektedir. Söz konusu verginin güncel oranı ise %20’dir. Buna, %8’lik orana sahip ÖTV de eklenince vergi yükü oldukça ağır hale gelmektedir.

1982 Anayasası madde 2 uyarınca Türkiye Cumhuriyeti bir sosyal devlettir. Anayasa’da sosyal devlet ilkesi kapsamında birçok madde yer almaktadır. Anayasa madde 73/1’de yer alan mali güç ilkesi de sosyal devlet ilkesi ile ilintilidir. Bu ilke uyarınca kişiler, ekonomik ve sosyal durumları dikkate alınarak vergilendirilmelidir. Gelir üzerinden alınan vergilerde bunu sağlamak kolayken, harcama üzerinden alınan vergilerde biraz zordur. Bu noktada, zorunlu gereksinim maddelerinin tüketiminin az vergilendirilmesi veya hiç vergilendirilmemesi, lüks tüketimin maddelerinin ise vergilendirilmesi çözümlerden biridir.

Ekonomik nedenlerle zaman zaman bazı mallardaki ÖTV oranlarında değişikliğe gidilebilmektedir. 2018, 2019 yıllarında motor hacmi 250 cm³’ün altında bulunan motosikletlerin ÖTV oranı da % 0 olarak belirlenmiştir. Kısa süren bu uygulama, tartışılan hususların bir kısmına ancak geçici bir çözüm getirmiştir. Bu noktada, sosyal devlet ve kamu

yararı ilkeleri gözetilerek, kişilerin mali güçlerine göre vergilendirilmelerini sağlayacak kalıcı bir çözüm getirilmesi gerekmektedir.

İlk öneri, sürekli eleştiri konusu olan ÖTV'nin kaldırılmasıdır. Zaten kişiler mal veya hizmet alırken %20 gibi yüksek bir oranla KDV ödemekteyken, oranların ve kapsamındaki malların neye göre belirlendiği anlaşılabilen ÖTV'nin ayrıca uygulanması anlaşılabilen değildir. Nitekim Almanya'da motosiklet satın almak isteyen kişi sadece %19 oranında KDV (Umsatzsteuer) ödemektedir. Bunun dışında ayrıca özel tüketim vergisi gibi bir vergi alınmamaktadır.

Ancak bu önerinin içinde bulunulan ekonomik ve siyasi koşullarda gerçekleşmesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir. Bu durumda KDV ve ÖTV'nin birlikte uygulandığı bir sistem düşünülmelidir. Öncelikle 250 cm³ ve 20 kW ayırımının ortadan kaldırılması önerilmektedir. Sınır olarak 250 cm³ seçilmesi, motosiklet üreticileri açısından da sorun teşkil etmektedir. Zira dünya geneline bakıldığında, çeşitli motor hacmine sahip motosikletler üretilmekle birlikte, bilinen markalar, en düşük 300 cm³ motor hacminde motosiklet üretmektedir. Ülkemizde uygulanan 250 cm³'lük sınır için ayrı bir üretim bandı kurulması gerekmekte olup, bu da oldukça maliyetli bir süreçtir.

Elektrikli motosikletler henüz tam yaygınlaşmamakla birlikte, benzinli motosikletlerde motor hacmi 50 cm³'ten 2500 cm³'e kadar çıkabilmektedir. Ağırlıklı olarak düşük gelir sahibi kişilerin tercih etmek durumunda kaldığı en düşük hacimli ve motor gücüne sahip motosikletlerin ÖTV oranının %0 olarak belirlenmesi, sosyal devlet ilkesi açısından daha uygun olacaktır. ÖTV oranında bir artış olursa da bunun 250 cm³'te ve 20 kW'de birden %37'ye çıkması yerine kademeli şekilde artması gerektiğini düşünmekteyiz. Benzinli motosikletlere bakıldığında motor hacimleri 50 cm³ dışında 125, 250, 400, 650, 1000, 1200, 1500 cm³ ve üzeri motosikletler üretildiği görülmektedir. Her segment aralığı için farklı bir artan oran tercihi, yürürlükteki sisteme nazaran hiç değilse daha adaletli bir vergilendirme sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Özel tüketim vergisi, sosyal devlet, mali güç.

*

SUGGESTION ON SPECIAL CONSUMPTION TAX ON MOTORCYCLES

ABSTRACT

People who want to buy a motorcycle in Turkey pay two taxes: value added tax and special consumption tax. The special consumption tax rate for non-electric motorcycles is 8% if the engine capacity is below 250 cm³ and 37% if it is above. For electric motors, it is 3% if the engine power is below 20kW and 37% if it is above. According to the 3rd paragraph of Article 73 of the 1982 Constitution, everyone should be taxed according to their ability to pay.

However, special consumption tax is not compatible with ability to pay in this way. First of all, it is unclear which rate will be applied when the engine capacity is 250 cm³ or engine power is 20 kW. This is against the principle of legal security. Changes need to be made in the Special Consumption Tax Law. Apart from this, two people with different ability to pay, pay the same tax when they buy the same motorcycle. This is unfair and is a general problem with spending taxes. The fact that there are only two different tax rates on motorcycles causes the tax rate to increase to 37% when there is a small increase in engine capacity or engine power. This situation is unfair and there is no public interest in determining only two rates. According to these rates, a person who buys a motorcycle with an engine capacity of 251 cm³ will pay the same rate of Special Consumption Tax as a person who buys a motorcycle with an engine capacity of 2500 cm³. It is not possible for these two people to have the same ability to pay. Another criticism is that special consumption tax is collected from motorcycles with the lowest engine capacity or engine power purchased by people with low ability to pay. Collecting a 20% value added tax and an 8% special consumption tax is a heavy tax burden. Some suggestions are made here. The first recommendation is that the excise tax should not be imposed. It is sufficient to collect only value added tax. However, this is very difficult to happen. Another suggestion is to eliminate the distinction 250 cm³ and 20 kW. The fact that the engine capacity limit is 250 cm³ is a problem for motorcycle manufacturers. Generally 300 cm³ is produced worldwide. A separate production process is required for 250 cm³. Special consumption tax should not be charged on motorcycles with the lowest engine capacity and engine power, which are generally preferred by low-income groups. This will be in accordance with the social state principle. For others, the excise tax rate needs to increase gradually. Determining different rates according to each engine capacity and power will provide a more equitable taxation.

Keywords: Special consumption tax, social state, ability to pay.

BOŞ EV VERGİSİ VE TÜRKİYE’DE UYGULANABİLİRLİĞİ

Ar. Gör. Sude SÖNMEZ

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-0867-0776, sudcan27@gmail.com

ÖZET

Ülkemizde son dönemlerde başta büyükşehirler olmak üzere ülke genelinde konutların satış ve kira bedellerinde yaşanan anormal artış ciddi bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Türkiye’de konut satış ve kira bedellerine ilişkin yaşanan söz konusu konut krizi aynı zamanda birçok ülkenin de gündeminde bulunmakta olup 2020 yılı itibariyle pandeminin de etkisiyle büyüyen ekonomik kriz dünyada yaşanan konut krizini de derinleştirmiştir. Bir yerde konut arzı ile konut talebi arasında uyumsuzluk yaşanması neticesinde o yerde yaşayan kişilerin bu durumdan etkilenecek atıl durumda bulunan konutlara rağmen bütçelerine uygun kiralık veya satılık konut bulamaması durumu, konut krizi olarak adlandırılmakta olup kötü sonuçlara neden olabilmektedir. Bu kapsamda devletin piyasaya müdahale ederek bu durumun nedenlerini araştırması ve uygun çözümler bulması gerekmektedir. Konut krizinin yaşanmış olduğu ülkelerde devletlerin genel olarak 3 farklı çözüm önerisi getirdiği görülmektedir. Bunlar en genel anlamıyla; konutların satış bedelleri ile kira miktar ve artışlarına sınırlama getirme, fahiş kira ve/veya satış bedellerine ceza koyma ve boş ev vergisi alma şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Çalışma kapsamında devletin konut piyasasına vergi yoluyla müdahale etmesinin bir örneği olan “boş ev vergisi (*Empty Homes Tax*)” üzerinde durulacaktır.

Son yıllarda dünya genelinde gelişmiş ve gelişmekte olan birçok ülkede boş ev vergisinin uygulanmaya başlandığı görülmektedir. Boş ev vergisi uygulamasında yaşanan artış özellikle gelişmiş ülkelerde yaşanan boş konut sorununun derinleşmesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü’nün (OECD) 2022 yılında bu konu hakkında hazırladığı kapsamlı bir rapor bulunmakta olup rapora göre boş konut oranı en fazla olan ülkelerin başında sırasıyla; Malta, Japonya, Kıbrıs, Macaristan, ABD, Finlandiya, Şili, Slovenya, Slovakya, Avustralya, İrlanda ve Kanada gelmektedir. Konut arz ve talebi arasındaki uyumsuzluk nedeniyle yaşanan boş konut sıkıntısının tek bir nedeni bulunmamakta ve ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Bununla birlikte; dünya genelinde konut piyasasının yatırım amaçlı kullanılmasının boş evlerin oranında bir artışa neden olduğu ve konut satış fiyatlarını yükseltip konut bulmayı zorlaştırdığı aynı zamanda yatırımcıların oluşturduğu rekabet nedeniyle kira fiyatlarının da arttığı görülmektedir. Söz konusu bu nedenle kentlerde yaşanan barınma sorununa karşı alınan önlemler arasında, boş ev vergisi uygulamasını tercih eden ülke sayısı diğer önlemlere başvuran ülkelere göre daha fazladır. Bunun önemli örneklerinden birini Kanada’nın Vancouver şehri oluşturmaktadır. Boş ev vergisini Kuzey Amerika’da ilk uygulayan ülke olan Kanada, Vancouver şehrinde atıl olarak bekleyen konutların ekonomiye geri kazandırılması ve konut kiralarında yaşanan yükselişi tersine çevirmek için bu vergiyi

tercih etmiştir. 2017 yılında yürürlüğe giren boş ev vergisi, 6 aydan fazla boş kalan ve bununla ilgili özel bir gerekçe sunmayan evlere, yıllık olarak o evlerin değerinin yüzde 1'i oranında uygulanmaya başlanmış daha sonra bu oran yüzde 3'e yükseltilmiştir. Boş ev vergisi uygulamasından sonra Vancouver şehrinde 2017 yılında 2200 olan boş ev sayısı 2020 yılında 1600'e düşmüştür. Aynı zamanda vergiden toplanan hasılatın konut arzını arttırmak için kullanılması uzun vadede de konut krizi için bir çözüm yöntemi olarak kullanılmıştır. Vancouver şehrinde başarıya ulaşan boş ev vergisi Toronto şehri için de bir örnek teşkil etmiş ve 2022 yılı itibarıyla uygulanmaya başlanmış olup aynı şekilde Kaliforniya'nın Oakland şehri de benzer prensiplerle çalışan "Boş Mülk Vergisini (Vacant Property Tax)" yasalaştırmıştır. Avrupa ülkelerinden bir örnek vermek gerekirse; Fransa'da 29 Temmuz 1998 tarihinde yürürlüğe giren yasa ile 200.000'den fazla nüfusa sahip olan kasabaları ilgilendiren "Boş Konut Vergisi (Tax on Vacant Dwellings)" bir yıldan uzun süredir boş olan konutlarda uygulama alanı bulmuş ve oranı ilk yıl kira bedelinin % 10'u, ikinci yıl % 12,5'i ve üçüncü yıldan itibaren %15 olarak belirlenmiştir. Boş ev vergisi uygulamaları dünya genelinde oldukça sınırlı ve yeni bir eğilim olarak düşünülebilecektir. Bu tür vergilerin konut arzındaki yetersizlik, yüksek konut fiyatları ve kiralar üzerinde nasıl etkilere neden olacağı kesin olarak belirlenememekte ve olumlu örnekleri olduğu gibi olumsuz örnekleri de bulunmaktadır. Bununla birlikte; boş ev vergisinin daha çok ülkenin fiziksel koşulları ve/veya ekonomik koşulları nedeniyle konut arzının yetersiz kaldığı yerlerde tercih edildiği söylenebilecektir.

Boş ev vergisinin Türkiye'de uygulanabilirliğine ilişkin bir değerlendirme yapılabilmesi için ise öncelikle Türkiye'de bu verginin bir çözüm yöntemi olarak düşünülmesine sebep olan konut satış ve kira fiyatlarındaki anormal yükselişin asıl nedenine yani; konut arz ve talebinde yaşanan dengesizliğe bakmak gerekmektedir. Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de hem konut fiyatlarında hem de kiralarda hızlı bir artış söz konusudur. Konut fiyat ve kiralarda yaşanan artış konusu artış uzmanlar tarafından farklı nedene bağlanmıştır. Söz konusu nedenleri; pandemi sürecinde düşük faizli krediler nedeniyle para arzının ve dolayısıyla konuta olan talebin artması, döviz kurunun yükselmesi ve maliyet artışı ile birlikte yeni konut projelerinin duraksayarak konut arzının azalması, yeni konut fiyatlarındaki artışın ve kentsel dönüşüm projelerinin kiralık evlere olan talebi arttırması olarak sıralamak mümkündür. Konut fiyat ve kiralarda yaşanan artış ivmesinin 2019 yılı gibi konut arzı fazlası veren bir dönemde bile sert bir düşüş göstermediği söylenebilecek olup Türkiye'de konut arzı fazlasının konut piyasasında fiyatları beklenen şekilde düşürmediği ifade edilebilecektir. 2019 yılı sonrasında ise devletin Kamu Bankalarının inisiyatifi ile düşük faizli konut kredisi imkanı sağlaması üzerine ev sahipleri ve inşaat şirketleri söz konusu düşük faize, fiyat ve kiralaları yükselterek cevap vermiştir. Aynı zamanda bu dönemde düşük faiz politikası konut piyasasındaki algıyı tamamen bozarak konut piyasasındaki aktörlerin düşük faize odaklanmasına neden olmuştur. Bu durum ise gelir dağılımında yaşanan bozulmayı derinleştirmiş ve konutların belli bir kesimin elinde toplanmasına, ev sahiplerinin ve inşaat şirketlerinin fiyat ve kira konusunda direnç göstermesine neden olmuştur. Bu kapsamda devletin konut piyasası aktörlerinin konuya ilişkin algısını değiştirebilmek ve fiyat ve kiralardaki direnci kırabilmek amacıyla boş ev vergisini uygulanabileceği düşünülmektedir.

Boş ev vergisi dünya genelinde daha çok konut arzının sıkıntılı olduğu yerlerde uygulanmakta olup Türkiye açısından düşünüldüğünde yalnızca konut arzı sıkıntısının değil arzın fazlalığının da bir sorun haline geldiği gözlemlenmektedir. Zira, arzın fazla olduğu bir piyasada fiyatların düşmesi beklenirken Türkiye’de tam tersine arz ile fiyatlar paralel bir yükseliş sergilemektedir. Bu durum Türkiye’de boş ev vergisi uygulamaya konulması halinde verginin, konut arzını arttırmak için devlet tarafından yapılan bir müdahale olmaması gerektiğini bize göstermektedir. Ülkemizde boş ev vergisinin asıl amacı konut piyasası aktörlerinin beklentilerini değiştirip dirençlerini kırarak gelir dağılımındaki bozulmayı azaltıcı şekilde fiyat ve kiralari düşürmek olmalıdır. Bu kapsamda söz konusu amacı gerçekleştirmek için uygulanacak olan boş ev vergisinin iyi bir düzenleme ve denetleme mekanizmasına ihtiyacı bulunmaktadır. Boş ev vergisinin uygulanması halinde konut sahiplerinin direnç göstermesi muhtemel olup gerçek olmayan satış ve kiralamaların yapılması gibi hallerin sıkı bir şekilde denetlenmesi gerekmektedir. Aynı zamanda verginin matrahının neye göre belirleneceği de verginin amacına ulaşması için oldukça büyük bir öneme sahiptir. Verginin konusuna konutların girmesi ile birlikte akla ilk olarak emlak vergisi ve emlak vergisinin matrah tespit yönteminin kullanılıp kullanılmayacağı gelmektedir. Emlak Vergisi Kanunu’na göre değerlendirme vergi değeri ile yapılmakta olup vergi değerine göre; “*Maliye Bakanlığınca tespit ve ilan edilen bina metrekare normal inşaat maliyetleri ile binaya ait veya isabet eden arsa değeri toplanarak bulunan değer*” kullanılmaktadır. Konutlar için değerlemenin vergi değeri esas alınarak yapılması, taşınmazın gerçek değerinin çok altında vergiye tabi tutulmasına neden olarak aynı zamanda vergi kaybına sebebiyet vermektedir. Diğer bir ifadeyle; bir gayrimenkulün gerçek satış bedeliyle belediyede kayıtlı bedeli olan vergi değeri arasında parasal olarak çok büyük fark bulunmakta olup bu durum verginin verimliliğini düşürmektedir. Boş ev vergisinin piyasa aktörlerinin dirençlerini kırmak için alınması amacını taşıması halinde ise verginin bu direnci kırabilecek miktarlarda/oranlarda alınması gerektiği ya da istisna ve muafiyet tanınıp tanınamayacağı da ayrıca tartışılması gereken önemli konular olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu kapsamda çalışmada; öncelikle boş ev vergisi ve ülke uygulamaları incelenecek ve uygulama örneklerinin amaçları ve yöntemleri üzerinde durulacaktır. Ardından Türkiye’de boş ev vergisinin uygulanması halinde temel olarak verginin hangi amacı benimsemesi gerektiği, bu amaca ulaşmak için kullanılabilir düzenlemeler ve denetlemeler hakkında değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Boş ev vergisi, konut arzı ve fiyat uyumsuzluğu, Türkiye’de konut krizi, boş ev vergisinde matrah tespiti ve denetleme.

*

EMPTY HOMES TAX AND APPLICABILITY IN TÜRKİYE

ABSTRACT

The recent increase in the general price level in Turkey and the abnormal increase in the sales and rental prices of houses appear as a serious problem. The housing crisis in Turkey regarding housing sales and rental prices is also on the agenda of many countries. In this context, the state must intervene in the market, investigate the reasons for this situation and find appropriate solutions. The study will focus on the "*empty homes tax*", which is an example of the state intervening in the housing market through taxes.

In recent years, empty homes tax has been applied in many developed and developing countries around the world. The increase in empty homes tax is related to the empty house problem, especially in developed countries. There is no single reason for the vacant housing shortage experienced due to the mismatch between housing supply and demand. With this; It is known that the use of the housing market for investment purposes around the world causes an increase in the rate of empty houses. In this context, among the measures taken against the housing problem in cities, the number of countries that prefer to implement an empty homes tax is higher than the countries that apply other measures. One of the important examples of this is Vancouver, Canada. Empty homes tax practices can be considered as a very limited and new trend worldwide.

For the applicability of the empty homes tax in Türkiye, it is necessary to first look at the imbalance in housing supply and demand. It can be said that the excess housing supply in Turkey did not reduce the prices in the housing market as expected and the housing supply encountered resistance in prices and rents. It is thought that an empty homes tax can be applied in order to break down this resistance. In this context, first of all, empty homes tax and country practices will be examined and the purposes and methods of application examples will be emphasized. Then, if the empty homes tax is implemented in Türkiye, evaluations will be made about the basic purpose of the tax and the regulations and inspections that can be used to achieve this purpose.

Keywords: Empty homes tax, housing supply and price mismatch, housing crisis in Türkiye.

ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU SÜRESİNİN BAŞLANGICINA İLİŞKİN YORUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0001-9327-8762, tekinsoy@law.ankara.edu.tr

ÖZET

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Bireysel başvuru usulü" kenar başlıklı 47. maddesinin 5. fıkrasına göre "Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir." Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün "Başvuru süresi ve mazeret" kenar başlıklı 64. maddesinin 1. fıkrasında ise "Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu, öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir." hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi otuz günlük süre kuralının bireysel başvurunun ön şartlarından biri olduğunu, bireysel başvurunun süre koşuluna bağlanmasıyla hukuki istikrarın sağlanmasının hedeflendiğini, sürenin başvurunun her aşamasında dikkate alınması ve otuz günlük süreye ilişkin başlangıç tarihinin tespitinde 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesi hükmü gereği öğrenme tarihinin esas alınması gerektiğini kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru süresine ilişkin bu yaklaşımı idari yargıda dava açma süresine ilişkin yaklaşımla benzerlik göstermektedir. İdari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağı Anayasanın 125. maddesinde öngörüldüğünden, idari işlemlere karşı dava açma süresinin başlangıcı açısından öğrenmeye itibar edilmemektedir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. maddesinde "İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle *öğrendikleri* tarihten itibaren" öngörülen sürelerde idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerekliliği, doğrudan dava açma süresinin başlangıcı açısından olmasa da, Kanunda açıkça öngörülen öğrenme üzerine süresi içinde başvuru zorunluluğudur. Sürenin davanın her aşamasında dikkate alınması gereken hak düşürücü nitelikte kabul edilmesinin yanında içeriği belirsiz bir "hukuki istikrar" anlayışıyla temellendirilmesi ve yorumlanması ise benzer yönlerdir. "Hukuki istikrar" argümanının kolaylıkla kullanılması, yargısal başvuruların hukuki istikrar karşısında bir tehdit olarak algılanmasına ve bu tehdidi ortadan kaldıracak süre koşulunun olabildiğince dar yorumlanmasına zemin hazırlar. Bu durumda "hukuka uygunluk" ile "hukuki istikrar" birbiriyle çatışan değerler haline gelir ve istikrara üstünlük tanınır. Anayasa Mahkemesi, hukuki istikrar ilkesinin bir gereği kabul ettiği bireysel başvuru süresinin, bireysel başvuru yapılmasını imkânsız kılacak ölçüde kısa olmadıkça, bireysel başvuru hakkına

aykırılık oluşturmayacağı sonucuna varmıştır (*Ümran Özkan* [GK], B. No: 2019/13338, 08/03/2023, § 28). Ancak Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru süresinin başlangıcına ilişkin yorumuyla öngörülmez biçimde bireysel başvuru yapılmasını imkânsız kılacak bir yaklaşımı benimsemiştir.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru süresinin başlangıcına ilişkin olarak başvuru yollarının tüketildiği tarihi, tebligat değil “öğrenme” kapsamında yorumlamaktadır. Bu açıdan Mahkemeye göre tebligat esas alınmadan “iddia edilen ihlalin başvuru veya vekili tarafından hangi tarihte öğrenildiğinin araştırılması gerekir. Bireysel başvuru süresi bakımından tebligat, öğrenme şekillerinden sadece bir tanesi olup, yegâne öğrenme şekli değildir.” (*Ümran Özkan*, § 30) çünkü yukarıda verilen Kanun ve İçtüzük hükmüne göre “bireysel başvurularda otuz günlük başvuru süresi ihlale neden olduğu iddia edilen karar veya işlemin *öğrenildiği* tarihten başlamaktadır. Yargılama sonucu verilen bir kararın kanunen tebliğ zorunluluğu bulunsa dahi o kararın gerekçesiyle birlikte herhangi bir şekilde *öğrenilmesiyle* bireysel başvuru süresi başlamaktadır.” (*Ümran Özkan*, § 39). Anayasa Mahkemesinin öğrenme ile ilgili yorumunu değerlendirmeden önce Mahkemenin “başvuru yollarının tüketildiği tarih” ve “başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarih” arasında ayırım gözetmeksizin öğrenmeyi esas almasını ve bu yorumun düzenlemeye uygunluğunu tartışmak gerekir. Bu açıdan yasama sürecinde söz konusu Kanun maddesinin nasıl ortaya çıktığı incelenecektir.

Kanun tasarısının 47. maddesinin 5. fıkrası şöyledir: “Başvurunun kanun yollarını tüketen nihai işlemin başvurucuya tebliğ edildiği tarihten, kanun yolu öngörülmemişse ihlâlin öğrenildiği tarihten başlayarak otuz gün içinde yapılması gerekir.” (S. Sayısı: 696, TBMM Dönem: 23 Yasama Yılı: 5 “Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993)” s. 97) Bu hükme ilişkin gerekçeye göre bireysel başvurunun “kanun yollarını tüketen nihai işlemin başvurucuya tebliğ edildiği tarihten veya kanun yolu öngörülmemişse ihlâlin öğrenildiği tarihten başlayarak otuz gün içinde yapılması öngörülmüştür.” (S. Sayısı: 696, s. 9). Tasarının bu hükmü Alt Komisyon tarafından aynen kabul edilmiştir (S. Sayısı: 696, s. 41). Anayasa Komisyonu ise “Alt Komisyon metninin bireysel başvuru usulünü düzenleyen 47 nci maddesinin görüşülmesi sırasında verilen bir önerenin kabulü ile metinde terminoloji bütünlüğünün sağlanması amacıyla beşinci fıkranın birinci cümlesi yeniden düzenlenmiştir. Benimsenen önerge çerçevesinde madde, Komisyonumuzca kabul edilmiştir.” gerekçesiyle madde “Bireysel başvurunun, kanunlarda zorunlu idari ya da yargısal başvuru yolu öngörülen işlem veya kararlar için, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlâlin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir.” şeklinde kabul edilmiştir (S. Sayısı: 696, s. 126).

TBMM görüşmeleri sırasında söz konusu fıkranın “birinci cümlesinde yer alan “kanunlarda zorunlu idari ya da yargısal başvuru yolu öngörülen işlem veya kararlar için,” ibaresinin” metinden çıkarılması yönünde önerge verilmiş, gerekçe olarak “Tasarıda terim birliğinin sağlanması amacı” sunulmuş ve önerge kabul edilerek bu haliyle kanunlaşmıştır

(Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem: 23, Cilt: 97, Yasama Yılı: 5, 82'nci Birleşim 24 Mart 2011 Perşembe, s. 520).

Madde metninde “başvuru yollarının tüketilmesi” ve “başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenilmesi” başvuru yapılabilecek ihtimaller olarak belirlenmiş olup bu iki ihtimalde de başvuru süresinin öğrenme ile başlayacağı maddenin lafzıyla desteklenmemektedir. Maddenin lafzına göre bireysel başvurunun “başvuru yollarının *tüketildiği tarihten itibaren* otuz gün içinde” ve ikinci ihtimalde “başvuru yolu öngörülmemişse *ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren* otuz gün içinde” yapılması gerekir. Kanun tasarısında ve alt Komisyonca benimsenen metinde “kanun yollarını tüketen nihai işlemin başvurucuya tebliğ edildiği tarih” esas alınmışken Anayasa Komisyonunun “metinde terminoloji bütünlüğünün sağlanması amacıyla” yaptığı düzenlemeyle diğer bazı ifadelerin yanısıra “tebliğ” ile ilgili ifadenin madde metninden çıkarılması, süre başlangıcında tebliğin esas alınmayacağı anlamına gelmez. Kaldı ki bireysel başvuru süresinin başlangıcı açısından *tebliğ* ya da *öğrenme* arasında bir tercih hatta tartışma yapılmamıştır.

Anayasa Mahkemesi İctüzüğünün 12/07/2012 tarih ve 28351 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan ilk halinde 64. maddesinin 1. fıkrası şöyledir: “Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği ve **buna ilişkin kararın kesinleştiği** tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir.” İctüzükte 05/03/2014 tarih ve 28932 sayılı Resmi Gazete’de yapılan değişiklikle fıkra metninden “ve buna ilişkin kararın kesinleştiği” ibaresi çıkarılarak hüküm mevcut haliyle düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi İctüzüğün ilk halinde de “bireysel başvuru süresinin başlangıcına ilişkin olarak ‘başvuru yollarının tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği’ tarihten söz edilmekte ise de bu ibarenin ihlale neden olduğu ileri sürülen nihai kararın öğrenildiği tarih olarak anlaşılması gerekir.” yorumuyla “Başvuruda bulunmak için hükmün kesinleşmesi şartı, başvuru yollarının tüketilmesi anlamında değerlendirilmelidir. Ancak başvuru, etkili yol olarak görmedikleri temyiz yoluna başvurmamışlarsa, mahkemece verilen kararın öğrenilmesinden itibaren 30 gün içinde bireysel başvuruda bulunulması gerekir.” (*Deniz Baykal*, B. No: 2013/7521, 4/12/2013, § 38, 39) sonucuna varmış ve kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşme şerhini dikkate almamıştır.

Anayasa Mahkemesinin sürenin başlangıcını öğrenmeye bağlarken gerekçesinde kullandığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, açıkça başvuru süresinin öğrenmeyle başlayacağı kabulünün olmadığı not edilmelidir. AİHM’nin, Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru süresine ilişkin özellikle (dikkat çekecek derecede) katı yorumunun, başvuru bireysel başvurusunun esasının incelenmesi hakkını orantısız bir şekilde kısıtladığı sonucuna vardığı (*Üçdağ/Türkiye*, B. No: 23314/19, 31/8/2021, § 49) kararı, Anayasa Mahkemesi “AİHM bu kararda, tebliğ zorunluluğuna rağmen tebliğden önce kararın gerekçesiyle birlikte öğrenilmesi hâlinde başvuru süresinin mutlaka tebliğ tarihinden başlayacağı sonucuna varmamıştır. Bir başka deyişle kararda, tebliğden bağımsız olarak kararın içeriğinin yeteri kadar öğrenilebildiği tarihten itibaren bireysel başvuru süresinin başlatılmasına yönelik

herhangi bir olumsuz değerlendirme bulunmamaktadır.” şeklinde yorumlayarak katı yorumunu aynı dikkate çekicilikte sürdürmektedir.

Anayasa Mahkemesi sürenin öğrenmeden başlayacağına ilişkin yorumunun uygulamasını da şöyle ortaya koymuştur (*Ümran Özkan*, § 30, 31, 32, 39, 41, 43):

- “Bireysel başvuruda sürenin başlangıcı tebligatla değil başvuru yolları tüketildikten sonra veya başvuru yolu öngörülmemişse ne şekilde olduğu gözetilmeksizin ihlalin öğrenilmesiyle başlamaktadır.”

- “Vekille takip edilen işlerde de öğrenmenin asıl kişi veya vekil tarafından gerçekleşmesinde sürenin başlangıcı açısından herhangi bir fark söz konusu değildir. Bu bağlamda başvuru süresinin başlangıcı, hak ihlaline maruz kaldığını iddia eden kişinin bu durumu bizzat veya vekilinin öğrendiği tarih kabul edilmektedir. Başka bir ifade ile bireysel başvuruda başvuru süresinin başlangıcı başvuru ve/veya vekili olması fark etmeksizin hangisi tarafından öğrenilirse öğrenilsin ilk öğrenilme tarihinden itibaren başlamaktadır.”

- “Başvurucunun nihai kararın gerekçesini dava dosyasını incelemek suretiyle öğrenmesi mümkündür. Bu doğrultuda dosyadan suret alınması gibi hâllerde başvurucunun gerekçeli kararı öğrendiği kabul edilebilir. Başvurucuların nihai kararın gerekçesini öğrendiklerini beyan ettikleri tarih de bireysel başvuru süresinin başlangıcı olarak ele alınabilir.”

- “Somut olayın koşullarında başvurucunun nihai karardan daha erken bir tarihte haberdar olması gerektiğinin değerlendirilmesi durumunda Anayasa Mahkemesi, başvuru süresinin başlangıcı için bu tarihi de esas alabilir.”

- “Yargılama sonucu verilen bir kararın kanunen tebliğ zorunluluğu bulunsa dahi o kararın gerekçesiyle birlikte herhangi bir şekilde öğrenilmesiyle bireysel başvuru süresi başlamaktadır.”

- Başvurucuların veya avukatlarının UYAP üzerinden gerekçeli kararı öğrendikleri tarih tespit edilerek bu tarih sürenin başlangıcında dikkate alınacaktır.

Ayrıca Anayasa Mahkemesinin, elektronik tebligat yapıldığında da elektronik tebligata ilişkin tebliğ edilme kurallarını dikkate almadan sistem kayıtlarından fiili öğrenme tarihini tespit ederek süreyi buna göre değerlendirdiği de not edilmelidir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru açısından Anayasanın 40/2. maddesindeki “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır” hükmüne hiçbir etki tanımadığı ve bu hükmü değerlendirmesinde dikkate almadığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin kanun yollarını tüketen nihai işlemin tebliğini esas almadan gerekçeli kararın öğrenilmesini sürenin başlangıcı saymasının pozitif temeli bulunmamaktadır. Yargısal süreçte öğrenmenin hukuken geçerli şeklinin tebligata dayandığı durumlarda varsayımsal bir gerekçeyi öğrenme çıkarımı bireysel başvuru hakkı açısından öngörülmez bir sınırlama oluşturmaktadır. Bu yaklaşımın aksine, tebliğ edilen bir kararın bireysel başvuruya

konu olabilecek bir hak ihlali oluşturduğunun tebliğ tarihinden sonra *öğrenilmesinin* mümkün olduğu durumlar olabilir ve *öğrenme*, bireysel başvuru hakkının etkin kullanılmasına olanak sağlayacak şekilde yorumlanabilir.

Anahtar Kelimeler: Bireysel başvuru, başvuru yollarının tüketilmesi, başvuru süresi, tebligat, öğrenme.

*

EVALUATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S VIEW ON THE START OF THE INDIVIDUAL APPLICATION TIME LIMIT

ABSTRACT

According to the 5th paragraph of the article 47 of the Law No. 6216 on the Establishment and Trial Procedures of the Constitutional Court, titled "Individual application procedure", "Individual application must be made within thirty days from the date on which the remedies have been exhausted; if no remedy has been prescribed, from the date on which the violation is learned." The Constitutional Court stated that the thirty-day period rule is one of the prerequisites for the individual application, that it is aimed to ensure legal stability by making the individual application subject to a time condition, that the period is taken into account at every stage of the application, and that the date of learning is the basis in determining the start date of the thirty-day period, in accordance with the provision of Article 47 of Law No. 6216. The Constitutional Court has concluded that the individual application period, which is accepted as a requirement of the principle of legal stability, will not constitute a violation of the right to individual application, unless it is short enough to make it impossible to make an individual application. However, with its interpretation of the beginning of the individual application period, the Constitutional Court has adopted an approach that may make it impossible to make an individual application.

It is thought that the Constitutional Court's approach has no basis in the legislation. In addition, the Constitutional Court has a very restrictive practice regarding the beginning of the period. The European Court of Human Rights also accepts that -in general- the Constitutional Court's remarkably strict interpretation of the individual application period disproportionately restricts the applicant's right to have the merits of his/her individual application examined. In the practice of the Constitutional Court, it is accepted that the applicant or his lawyer may be informed of the reasoned decision through various means and that the individual application period will begin without legal notification. It is seen that the exemplary practices reflected in the decisions of the Constitutional Court on this issue create significant uncertainty in terms of the use of the right to individual application.

The Constitutional Court does not give any effect to the provision in Article 40/2 of the Constitution that states "The State, in its transactions, must specify which legal remedies and

authorities the relevant persons will apply to and their duration" in terms of individual application and does not take this provision into consideration in its evaluation.

There is no positive basis for the Constitutional Court to consider the learning of the reasoned decision as the beginning of the period, without taking into account the notification of the final decision that exhausts the legal remedies. In cases where the legally valid form of learning in the judicial process is based on notification, the assumption of learning the reasoned decision constitutes an unforeseen limitation in terms of the right to individual application. Contrary to this approach, there may be situations where it is possible to learn after the notification date that a notified decision constitutes a violation that may be subject to individual application, and "learning" may be interpreted in a way that allows the effective use of the right to individual application.

Keywords: Individual application, exhaustion of legal remedies, application period, notification, learning.

ARABULUCULUK MÜZAKERELERİNDE İDAREYİ TEMSİL EDEN KOMİSYON ÜYELERİNİN SORUMLULUĞU MESELESİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Dr. Öğr. Üyesi Serdar YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-5617-9690, serdar.yilmaz@law.ankara.edu.tr

ÖZET

“Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları”nın uygulama alanı, dünyada olduğu gibi ülkemizde de giderek genişlemektedir. Bu bağlamda, anılan yollardan, günümüzde -belki de en popüler olan “arabuluculuk” müessesesi de giderek yaygınlaşmaktadır. Ülkemizde “arabuluculuk” müessesesi, 07/06/2012 tarih ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu¹ (Kanun/HUAK) ve esasen bu Kanun’un uygulanmasına yönelik olarak çıkartılan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği² (Yönetmelik/HUAKY) ile hukuki zemine oturtulmuş bulunmaktadır.

Adı geçen Kanun’daki tanımlamaya göre, “arabuluculuk”; “(s)istemantik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini” ifade etmektedir.³ Yönetmelik’teki tarifte de hemen hemen aynı içerik ve formülasyon tercih edilirken, “arabuluculuk” faaliyeti için, “kamu hizmeti” nitelemesinin de eklendiği görülmektedir.⁴

İlk etapta, salt adı geçen mevzuatta kullanılan başlıklardan da anlaşılacağı üzere, ülkemizde “arabuluculuk” müessesesi, “hukuk uyuşmazlıkları”nın çözümlenmesine yönelik alternatif bir yöntem olarak getirilmiştir. Bu bağlamda, “yabancılaşma unsuru” içersin içermesin, “tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği” iş ve işlemlerden kaynaklanan “özel hukuk uyuşmazlıkları”nın çözümlenmesinde, kural olarak, “arabuluculuk” yönteminin uygulanabileceği öngörülmüştür. Bu noktada, “aile içi şiddet iddiası”nı içeren uyuşmazlıkların

¹ Bkz. RG: T.22/06/2012, S.28331.

² Bkz. RG: T.02/06/2018, S.30439. HUAKY, esas itibarıyla HUAK’ın çeşitli hükümlerine istinaden çıkarılmış olmakla birlikte; 12/10/2017 tarih ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (RG: T.25/10/2017, S.30221) m.3/22 hükmüne de dayanmaktadır.

³ Bkz. HUAK m.2/1-(b).

⁴ Bkz. HUAKY m.4/1-(c).

ise arabuluculuğa elverişli olmadığı özellikle vurgulanmak suretiyle, anılan türden “özel hukuk uyuşmazlıkları”, “arabuluculuk” uygulamasından ayrı tutulmuştur.⁵

Arabuluculuğa elverişli olan “özel hukuk uyuşmazlıkları” için, esasen “*ihtiyari*” arabuluculuk yolu benimsenmekle birlikte; istisnaen “*dava şartı*”, yani “*zorunlu*” arabuluculuk sistemi kabul edilmiştir. Bu arada, “*dava şartı*” arabuluculuğa tabi “özel hukuk uyuşmazlıkları”nın kapsamının zamanla genişletilmesi ve çeşitlendirilmesi cihetine gidilmiştir.⁶ Böylece, “özel hukuk” alanında “arabuluculuk”, -her ne kadar pek çok açıdan yoğun eleştirilere konu olsa da- günümüzde çok önemli bir “alternatif uyuşmazlık çözüm yolu” hâline gelmiştir.

Belirtmek gerekir ki; “arabuluculuk”, idarenin taraf olduğu “özel hukuk uyuşmazlıkları”nın çözümü bakımından da uygulama alanına sahiptir. Başka bir deyişle, idarenin taraf olduğu “özel hukuk uyuşmazlıkları”, esasen, arabuluculuğa elverişlidir.⁷ Açıkçası, idarenin taraf olduğu “idari uyuşmazlıklar”ın değil, ama “özel hukuk uyuşmazlıkları”nın “arabuluculuk” yoluyla çözümlenmesi mümkündür. Bilindiği üzere, idarenin tesis ettiği her işlem, yaptığı her eylem ve yürüttüğü her faaliyet, “idari fonksiyon” a dâhil olmadığından, “idarilik” vasfını haiz bulunmamakta, dolayısıyla “idare hukuku” nun tatbik sahasına girmemekte; hâliyle, “kamu gücü” ne dayanmayan bu tür işlem, eylem ve faaliyetlerden doğan uyuşmazlıkların çözümü, “idari yargı” kolunun görev alanı dışında kalmaktadır. Bu noktada, idarenin “idari” nitelik taşımayan bahse konu işlemleri, eylemleri ve faaliyetleri, “özel hukuk” kapsamında sayılmakta ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde “adli yargı” kolu görevli olmaktadır. İşte, idarenin “özel hukuk” kapsamındaki işlemleri, eylemleri ve faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde, “arabuluculuk” yöntemi de işlerlik kazanabilmektedir.

İdarenin taraf olduğu “özel hukuk uyuşmazlıkları”nın çözümü için; uyuşmazlığın konusuna/türüne göre, “*ihtiyari*” arabuluculuk veya “*dava şartı*” arabuluculuk yollarının uygulanması gündeme gelebilmektedir. İdarenin taraf olduğu “özel hukuk uyuşmazlıkları”nın çözümlenmesi için “*ihtiyari*” veya “*zorunlu*” olarak başvuru alan “arabuluculuk” sürecinde ise, “idarenin temsili” özel bir önem arz etmektedir. Zira burada, tarafların tam bir hareket serbestisine sahip olduğu varsayılan herhangi bir “özel hukuk uyuşmazlığı” değil; “kamu yararı ve hizmet gerekleri”yle sınırlı bir “takdir yetkisi”ni haiz olan “idare”nin taraf olduğu bir “özel hukuk uyuşmazlığı” söz konusudur. Hemen belirtelim ki, bir “özel hukuk uyuşmazlığı”nın taraflarından birinin “idare” olması durumunda, “kamu yararı” amacıyla hareket etmesi gereken idarenin “arabuluculuk” müzakerelerindeki “temsil”i bakımından, özel hukuk

⁵ Bkz. HUAK m.1/2.

⁶ “*Dava şartı*” olarak arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerin kapsamı ve kronolojik seyri için bkz. 12/10/2017 tarih ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (bkz. *supra.*, dn.2) m.3; 13/01/2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG: T.14/02/2011, S.27846) m.5/A; 07/11/2013 tarih ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG: T.28/11/2013, S.28835) m.73/A; HUAK (bkz. *supra.*, dn.1) m.18/B.

⁷ Bu durumun istisnalarının da mevcut olduğuna dikkat çekilmelidir. Örneğin, 01/11/1983 tarih ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu (RG: T.03/11/1983, S.18210) m.30/4 uyarınca; “*MİT’in tarafı olduğu hukuk uyuşmazlıklarında, dava şartı olarak öngörülen arabuluculuk dâhil, arabuluculuk usulü uygulanmaz.*”

kişilerinden farklı bir düzenleme ihtiyacı kendisini hissettirmektedir. Bu anlamda olmak üzere, bir yandan idarenin taraf olduğu “arabuluculuk” süreçlerinde yaşanması muhtemel “keyfilikler”i asgariye indirirken, diğer yandan da söz konusu süreçlerin “etkinliği”ni sekteye uğratmayacak bir “temsil” mekanizması öngörülmesi elzemdir.

Nitekim, gerek Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda gerek Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği’nde, “idare”nin⁸ taraf olduğu “özel hukuk uyuşmazlıkları”nın çözümüne ilişkin “arabuluculuk” müzakerelerinde “idarenin temsili”ne dair birtakım özel kurallar sevk edilmiştir.⁹ Gerçekten, “arabuluculuk” müzakerelerinde “idare”yi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan -yani toplam üç “kamu görevlisi”nden müteşekkil- “komisyon”un temsil edeceği¹⁰; hukuk biriminin veya kurum avukatının olmadığı hâllerde komisyon üyelerinin tamamının üst yönetici tarafından belirleneceği¹¹ ve yedek komisyon üyelerinin de aynı usulle görevlendirileceği¹² öngörülmüş; ayrıca, “komisyon”un kendisini vekil ile temsil ettiremeyeceği¹³ hüküm altına alınmıştır. Bu şekilde teşekkül ettirilen “komisyon”un asıl ve yedek üyelerinin görev süresi “iki yıl” olarak belirlendikten sonra, süresi dolan üyelerin yeniden görevlendirilmesine de imkân tanınmıştır.¹⁴ İlâveten, “asıl üye”nin katılmadığı toplantıya “yedek üye”nin katılacağı düzenlenmiş ve “komisyon”un, kararlarını “oybirliği” ile alacağı hükme bağlanmıştır.¹⁵

“Oluşum”u ile “toplantı” ve “karar” yeter sayısı bu şekilde özetlenen “komisyon”un, “arabuluculuk” müzakereleri sonunda gerekçeli bir “rapor” düzenleyeceği ve bunu “beş yıl” boyunca saklayacağı da ifade edilmiştir.¹⁶ Ayrıca, görevlendirilen “komisyon üyeleri”nin, “arabuluculuk” sürecinde karar alma konusunda “tam yetkili” olduğu¹⁷ vurgulanmak suretiyle, başka bir makamın/merciin “onay”ına tabi olmaksızın karar alma yetkisiyle donatıldığı ortaya konulmuştur. Bu çerçevede, idarenin taraf olduğu “özel hukuk uyuşmazlıkları”nın çözümüne ilişkin “arabuluculuk” müzakerelerine idareyi temsilen katılan “komisyon”, son derece önemli bir görev ve yetkiye sahip kılınmıştır. Bu noktada ise, mezkûr “komisyon”un görevinin gereklerini yerine getir(e)memesinin sonuçlarının ne olacağı sorusu karşımıza çıkmıştır.

⁸ Kanun ve Yönetmelik’teki “tanımlar”a göre, “idare”; “10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idare ve kurumlar ile 5018 sayılı Kanunda tanımlanan mahallî idareler ve bu idareler tarafından kurulan işletmeleri, özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı ortaklıkları, müessese ve işletmelerini, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıkları” ifade etmektedir. [HUAK m.2/1-(e) ve HUAKY m.4/1-(i)]. Ayrıca bkz. *supra.*, dn.7.

⁹ Söz konusu özel kuralların önemli bir kısmının “Kanun”la değil, doğrudan “Yönetmelik”le getirilmiş olduğu müşahade edilmektedir (örneğin bkz. *infra.*, dn.11, dn.12, dn.13, dn.14, dn.15, dn.17). Bu durumun, “kanunilik ilkesi” yönünden ciddi bir tartışmaya sebebiyet verebileceği değerlendirilmektedir.

¹⁰ Bkz. HUAK m.15/8 ve HUAKY m.18/1.

¹¹ Bkz. HUAKY m.18/1. Yönetmeliğin bu düzenlemesiyle, “komisyon”un hiçbir “hukukçu” üye olmaksızın teşekkül ettirilebilmesine de cevaz verilmiştir.

¹² Bkz. HUAKY m.18/1.

¹³ Bkz. HUAKY m.18/1.

¹⁴ Bkz. HUAKY m.18/3 ve m.18/4.

¹⁵ Bkz. HUAKY m.18/4.

¹⁶ Bkz. HUAK m.15/8 ve HUAKY m.18/6.

¹⁷ Bkz. HUAKY m.18/5.

Bu açıdan, genel olarak, kamu hukukunda “yetki” ile “sorumluluğun” birbirini izleyeceğine ilişkin temel prensip doğrultusunda; kanunla belli bir hususta “yetkili” kılınmış olan idarenin/makamın/görevlinin, “yetki”sini aşması durumunda, “sorumluluğu”nun da doğacağı söylenebilir. Ne var ki, pozitif hukukumuz, “arabuluculuk” müzakerelerinde idareyi temsil eden “komisyon”un / “komisyon üyeleri”nin sorumluluğunu son derece sınırlandırıcı mahiyette düzenlemeler getirmek suretiyle bu genel prensipten ayrılmış görünmektedir.

Şöyle ki; Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 15. maddesinin dokuzuncu fıkrasında, “*Komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar sebebiyle açılacak tazminat davaları, ancak Devlet aleyhine açılabilir. Devlet ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan üyelere ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder.*” denilmiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği’nin 18. maddesinin sekizinci fıkrasında da bu husus tekrarlanmış; ancak önceki (yedinci) fıkrasında ise -aslında Kanun’a aykırılık oluşturacak şekilde-¹⁸, “*Komisyon üyeleri(nin), bu madde kapsamındaki görevleri uyarınca aldıkları kararlar ve yaptıkları işlemler nedeniyle görevinin gereklerine aykırı davrandıklarının mahkeme kararıyla tespit edilmesi dışında, mali ve idari yönden sorumlu tutulama(yacakları)*” hükme bağlanmıştır.¹⁹ Aktarılan düzenlemeler marifetiyle, söz konusu “komisyon üyeleri”nin, idari ve mali yönden “sorumluluğu”nun asıl, “sorumluluğu”nun ise istisna hâline getirildiği bir tablo yaratılmıştır. Lakin, bu tablonun, hukuken sorgulanmaya muhtaç olduğu açıktır.

Bir defa, “komisyon üyeleri”nin idari ve mali sorumluluğunu, görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle “görevi kötüye kullandıkları”nın²⁰ yargı kararıyla tespit edilmiş olması koşuluna bağlayan hükümlerin, “idarenin mali sorumluluğu”na ilişkin Anayasal düzenlemelerle bağdaştırılması oldukça güçtür. Zira Anayasa’nın 125. maddesinin yedinci (son) fıkrasında, “*(i)dare(nin), kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü (olduğu)*” açıkça tasrih edilmiş; 129. maddesinin beşinci fıkrasında, “*(m)emurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları(nin), kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabil(eceği)*” hüküm altına alınmış; ayrıca 40. maddesinin üçüncü fıkrasında

¹⁸ Bu noktada, bilhassa, Yönetmeliğin m.18/7 hükmünde, komisyon üyelerinin “idari” açıdan da “sorumluluğu”nun asıl olduğuna müteallik bir düzenleme getirilmiş olmasının; Kanun’un m.15/9 hükmünü “aştığı”, rahatlıkla savunulabilir.

¹⁹ İlâveten, Yönetmeliğin anılan maddesinin dokuzuncu fıkrasında; “Devlet aleyhine” tazminat davası açılması hâlinde, mahkemenin, ilgili “komisyon üyeleri”ne davayı *resen* “ihbar” edeceği de belirtilmiştir. Söz konusu davanın “idari yargı” kolunun görev alanına girdiği değerlendirildiğinden, 06/01/1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun (RG: T.20/01/1982, S.17580) 31. maddesinin birinci fıkrasında da “davanın ihbarı”nın idari yargı yerlerince *resen* yapılacağı öngörüldüğünden; Yönetmeliğin mezkûr düzenlemesi, 2577 sayılı Kanun’un anılan hükmünün bir yansıması olarak telakki edilebilir. Açıkçası, “komisyon üyeleri”nin “rücuen” sorumluluğu gündeme gelebileceğinden; “Devlet aleyhine” açılan tazminat davalarında, mahkemenin, ilgili “komisyon üyeleri”ne davayı *resen* “ihbar” etmesinin, son derece önemli bir fonksiyon ifa ettiği söylenebilir.

²⁰ Bkz. 26/09/2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (RG: T.12/10/2004, S.25611) m.257/1. “Görevi kötüye kullanma” suçuna ilişkin mezkûr hükme göre; “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

ise, “(k)işinin, resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar(ın) da, kanuna göre, Devletçe tazmin edil(eceği); Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı(nın) saklı (olduğu)” belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere, bu düzenlemelerde; idarenin “mali sorumluluğu”nun doğması bakımından “hafif kusur – ağır kusur” gibi bir ayrıma dayanan ölçütten hareket edilmediği gibi, “mali sorumluluğu” ilgili kamu görevlisinin “cezai sorumluluğu”na bağlayan bir şart da öngörülmemiş; ayrıca idarenin, “kusur”u bulunan ilgili kamu görevlisine “rücu” zorunluluğunu/yükümlülüğünü zayıflatan yahut kaldıran böylesi bir duruma da yer verilmemiştir.

Hâl böyle olunca, arabuluculuğa ilişkin mevzuattaki mezkûr düzenlemelerin, Anayasa’nın aktarılan hükümlerine uygunluğu son derece şüpheli görünmektedir. Gerçi, Kanun’da ve Yönetmelik’te yer verilen bahse konu düzenlemelerin; “komisyon üyesi” olarak görev yapan kamu personelinin “arabuluculuk” sürecinde anlaşmaya yanaşmaktan imtina etmesine yönelik “sorumluluk” kaygısını asgariye indirip, pratikte “arabuluculuk” sürecinin daha etkin biçimde yürütülmesine zemin hazırlama fonksiyonunu yerine getirebileceği göz önüne alındığında, isabetli sayılması olası görülebilir. Hatta, aksi hâlde, “sorumluluk” baskısı karşısında “arabuluculuk” sürecinin gereği gibi yürütülemeyeceği, anılan yöntemden beklenen sonucun alınamayacağı ve fayda sağlanamayacağı savıyla, mezkûr düzenlemelerin gerekli olduğu ileri sürülebilir.²¹ Ancak söz konusu pratik mülahazalar, buradaki Anayasa’ya aykırılık sorununun aşılması açısından yeterli değildir. Kaldı ki, Kanun ve Yönetmelik’te yer verilen söz konusu hükümlerin anlam ve kapsamının çok net olmaması hasebiyle, uygulamada birçok açıdan tereddüt doğması da ihtimal dâhilindedir. Bu itibarla, ilkin, söz konusu düzenlemelerin anlam ve kapsamının açıklığa kavuşturulması lazımdır.

Diğer yandan, “idare”yi temsilen “arabuluculuk” müzakerelerine katılan “komisyon üyeleri”nin, “arabuluculuk” faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlardan kaynaklanan tazminat davalarının, “*ancak Devlet aleyhine*” açılabilmesi yolundaki düzenleme bakımından da tartışmaya açık bir nokta vardır: Bu davaların “*ancak Devlet aleyhine*” açılabilmesine ilişkin kural, ilk bakışta, Anayasa’nın 129. maddesinin beşinci fıkrasındaki hükmün bir yansıması olarak görülebilir. Keza, bu kuralın, 14/07/1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun²² 13. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme²³ ile de uyumlu

²¹ Şu da var ki, “kamu görevlisi” statüsündeki “komisyon üyeleri”nin; “*kamu zararı*”na sebebiyet verme endişesiyle, özellikle de Sayıştay denetiminden çekinerek, “arabuluculuk” sürecinde anlaşmaya varmaktan kaçındıkları, pratikte sıklıkla gözlemlenebilen bir vakiydir. Bu nedenle, idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda, “arabuluculuk” yönteminin pratik açıdan işlevsel olduğunu söylemek, hâlihazırdaki hukuki durumda dahi oldukça güçtür. [Teknik bir terim olan “*kamu zararı*”nın pozitif hukukumuzdaki düzenlenişi için bkz. 10/12/2003 tarih ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu (RG: T.24/12/2003, S.25326) m.71; Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (RG: T.19/10/2006, S.26324)].

²² Bkz. RG: T.23/07/1965, S.12056.

²³ Anılan düzenleme şöyledir: “*Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kâğıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi hâlinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.*”

olduğu düşünülebilir. Fakat, burada, “davalı”nın belirlenmesi zımında, “idare” yerine “Devlet” teriminin tercih edilmesinden sâdır olan bir nüans, Anayasa’ya uygunluk yönünden bir sorunun daha varlığını ortaya koymaktadır.

Şöyle ki; arabuluculuk mevzuatında, söz konusu “komisyon üyeleri”nin “arabuluculuk” faaliyeti kapsamındaki kusurlarından doğan tazminat davalarının “*ancak Devlet aleyhine*” açılacağı belirtildiğinden; anılan davalar, “Hazine ve Maliye Bakanlığı”na karşı ikame edilebilecek; dolayısıyla adı geçen Bakanlık, *-kendi bünyesinde yürütülen “arabuluculuk” müzakereleri bir kenara bırakıldığında-* aslında başka “idare”lerin “komisyon üyeleri” tarafından verilen zararları tazmin yükümlülüğü altına sokulmuş olacaktır. Kaldı ki, söz konusu davalarda “husumet”in “Hazine ve Maliye Bakanlığı”na yöneltilmesini gerektiren bu kural; doğrudan kendi personeli tarafından gerçekleştirilmemiş olan arabuluculuğa ilişkin faaliyetlerden ötürü, adı geçen Bakanlığın yargılama sürecine etkin biçimde katılmasını ve “savunma hakkı”nı gereği gibi kullanmasını engelleme potansiyelini de bünyesinde barındırdığından, “adil yargılanma hakkı”nın gerçekleşmesine peşinen ket vurmuş olmaktadır.

Dahası, Anayasa’nın 129. maddesinin yukarıda aktarılan beşinci fıkrasında, genel olarak kamu personelinin “görev kusuru”na dayanan tazminat davalarının “*ancak idare aleyhine*” açılacağı öngörülmüşken; arabuluculuk mevzuatında, “komisyon üyeleri”nin “görev kusuru”ndan doğan davaların “*ancak Devlet aleyhine*” açılacağına ilişkin spesifik bir düzenleme yapılmış olması, salt “davalı idare”nin belirlenmesine yönelik teknik bir kural koymaktan ibaret olmadığından, yargısal denetimin etkinliğine de sirayet edebilecek hukuksal sorunlara yol açmaktadır. Bu sorunların, “Anayasa’ya uygun yorum” tekniği ile aşılmasının mümkün olup olmadığının da irdelenmesi icap etmektedir.

Bunların yanı sıra, uygulamada, söz konusu tazminat davalarının hangi “yargı kolu”nun görev alanına girdiği hususunda da ciddi bir tereddüt bulunduğu gözlemlenmektedir. Bu tereddüdün, anılan davalara bakmakla görevli “yargı kolu” ve “mahkeme”nin mevzuatta açıkça belirtilmemiş olmasından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.²⁴ Ancak bu tereddüdün yersiz olduğu değerlendirilmektedir. Zira “geniş görevli idari yargı sistemi”ne dayanan “idari rejim”in benimsendiği ülkemizde; idarenin “hizmet kusuru”ndan doğan bu tür davaların, kural olarak, “idari yargı” kolunun görev alanına dâhil olması gerekmektedir. Kanun’da bu davalar için “adli yargı” kolunun görevli olduğunu ayrıca ve açıkça belirten bir düzenleme bulunmadığına göre; “idari yargı” yerlerinin görevli olduğu kabul edilmelidir. “İdari yargı” kolunda açılması gereken bu “tazminat davaları”nın; “idari dava” türlerinden, “tam yargı davası”na tekabül ettiği de kaydedilmelidir. Ezcümle, Kanun’da görevli “yargı kolu”na ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiş olması, bu davalar bakımından görevli “yargı kolu”nun “idari yargı” olduğunun kabulünü gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla, ilgili mevzuatta, bu açıdan sorun doğurabilecek bir eksiklik bulunmadığına kanaat getirilmektedir.

²⁴ Bu noktada not düşmek gerekir ki; inceleme konusu “sorumluluk” meselesi bağlamındaki tazminat davalarından farklı olarak, *hâkimler* ve *savcılar*ın “hukuki sorumluluğu”na ilişkin düzenlemelerde, “Devlet aleyhine” açılacak tazminat davalarının görüleceği mahkemeler de açıkça belirtilmiştir. Bkz. 12/01/2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (RG: T.04/02/2011, S.27836) m.46-47; 04/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (RG: T.17/12/2004, S.25673) m.141-142.

İdarenin taraf olduğu “özel hukuk uyuşmazlıkları”nın çözümüne ilişkin “arabuluculuk” müzakerelerinde idareyi temsil etmeye yetkili olan “komisyon üyeleri”nin arabuluculuk faaliyeti kapsamındaki “görev kusuru”ndan doğan tazminat davalarının açılacağı “yargı kolu” açısından, aslında tereddüde mahal bulunmadığı değerlendirilmekle birlikte; yukarıda değinilen diğer hususların pek çok hukuksal soruna müncer olduğu anlaşılmaktadır. İşte bu çalışmanın (bildirinin) konusunu da, ana eksenini yukarıda kısaca izah olunan hukuksal sorunlar oluşturmaktadır. Bu minvalde, çalışmanın amacı; söz konusu sorunların hukuksal temellerinin etraflıca ortaya konulması ve saptanan sorunlara ilişkin çözüm önerileri getirilmesidir.

Bu bağlamda, çalışmada; öncelikle, popüler bir “alternatif uyuşmazlık çözüm yolu” olan “arabuluculuk” müessesesinin pozitif temelleri belirtilmekte ve idarenin taraf olduğu hangi uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu ortaya konulup, söz konusu uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin “arabuluculuk” müzakerelerinde “idarenin temsili”ne dair özel kurallar açıklanmaktadır. Ardından ise “arabuluculuk” müzakerelerinde idareyi temsil eden “komisyon”un / “komisyon üyeleri”nin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler mercek altına alınmaktadır. Buna göre, ilkin, ilgili düzenlemelerin anlam ve kapsamı açıklığa kavuşturulduktan sonra; “idari”, “mali” ve “cezai” sorumluluk yönlerinden değerlendirme yapılmakta ve “komisyon üyeleri”nin arabuluculuk sürecindeki “görev kusuru”ndan doğan “tazminat davaları”nın hukuki niteliği ile bu davalara bakmakla görevli “yargı kolu” belirlenmekte ve nihayet, “husumet” ve “rücu” konusundaki Anayasallık problemleri üzerinde durulmaktadır. Böylece, “komisyon üyeleri”nin, idari ve mali yönden “*sorumsuzluğu*”nun *asil*, “*sorumluluğu*”nun ise *istisna* hâline getirildiği mevcut sistemin, hukuken sorgulanmaya muhtaç olduğu ve teorik sorunları giderirken pratik ihtiyaçları da karşılayacak bir çözüm beklediği ortaya konulurken; aslında “içtihadı mütehammil” olan meseleye dikkat çekilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, idareyi temsil eden komisyon, sorumluluk, rücu, tazminat.

*

THOUGHTS ON THE ISSUE OF THE RESPONSIBILITY OF COMMISSION MEMBERS WHO REPRESENT THE ADMINISTRATION IN MEDIATION NEGOTIATIONS

ABSTRACT

The field of application of “alternative dispute resolution methods” is gradually expanding in Türkiye as well as in the world. In this context, the institution of “mediation”, which is -perhaps- the most popular method, is becoming increasingly widespread. In Türkiye, the institution of “mediation” is regulated by the Law on Mediation in Civil Disputes²⁵, dated

²⁵ Official Gazette: 22/06/2012, No.28331 (for English translation of the *Law*, see: <https://rm.coe.int/turkish-law-on-mediation-in-civil-disputes/1680a72d94>).

07/06/2012 and numbered 6325, and the Regulation of Law on Mediation in Civil Disputes²⁶, which has been issued mainly for the implementation of this Law.

It is envisaged that, as a rule, the “mediation” method shall be applied in “private law disputes” arising from “affairs and actions on which the parties may freely have a disposal”, whether or not including a “foreign element”. The “mediation” stipulated for “private law disputes” shall be “mandatory” or “arbitrary”.

It should be stated that “mediation” also has a field of application in relation to the resolution of “private law disputes” of which the administration is a party. In other words, it is possible to resolve the “private law disputes” through “mediation”, but not the “administrative disputes” of which the administration is a party. “Representation of the administration” is very important in the resolution of “private law disputes” of which the administration is a party through “mediation”. According to the Law on Mediation in Civil Disputes, *“In the mediation negotiations, the administration is represented by a commission consisting of two members determined by the top manager and the chief of legal unit or a lawyer or legal advisor to be determined by the top manager. The commission prepares a reasoned report at the end of mediation negotiations and keeps it for five years.”* (Article 15/8).

“Commission members” are “fully authorized” to take decisions during the “mediation” process. Decisions taken by the “commission” do not need to be “approved” by any other authority. In this context, the “commission” has been given a very important role and authority. At this point, the question arises as to the consequences of the “commission”’s failure to fulfill its obligations.

According to the Law on Mediation in Civil Disputes, *“The lawsuits for damages to be filed due to the actions and decisions taken by the members of the commission within the scope of mediation activities can only be brought against the State. The State recovers the compensation it paid from the members who abused their duties by acting against the requirements of their duties within one year from the date of payment.”* (Article 15/9) and according to the Regulation of Law on Mediation in Civil Disputes, *“The members of the Commission cannot be held financially and administratively responsible, except that it is determined by a court decision that they have acted against the requirements of their duties due to the decisions they took and the transactions they made pursuant to their duties within the scope of this article.”* (Article 18/7).

In regard to these regulations, *“irresponsibility” of the “commission members” has become the rule and “responsibility” of the “commission members” is an exception.* This situation should be especially discussed within the context of the Turkish Constitution article 125/7,

²⁶ Official Gazette: 02/06/2018, No.30439 (for English translation of the *Regulation*, see: <https://rm.coe.int/turkish-regulation-of-law-on-mediation-in-civil-disputes/1680a72d95>).

129/5 and 40/3. In addition, it is aimed to analyze the issue within the context of the “branches of judiciary”, “hostility” and “recourse”. The purpose of this study is to reveal the basis of the legal problem in detail and to propose solutions to the problem.

Keywords: Mediation, commission representing the administration, responsibility, recourse, compensation.

MADEN RUHSAT HUKUKU BAKIMINDAN ETKB TAŞINMAZ KOMİSYONU

Dr. Öğr. Üyesi Cemâl DURSUN

Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-3674-9684, cemaldursun@karatekin.edu.tr

ÖZET

16 Haziran 2012 tarih ve 28325 sayılı Resmî Gazete (RG)'de yayımlanan 2012/15 sayılı Başbakanlık Genelgesi (BG) ile Genelge'nin muhatabı olduğu kısmen sayma yöntemi ile belirtilen kamu idarelerinin kendi mülkiyetlerinde veya tasarruflarında bulunan taşınmazlar ile ilgili olarak diğer kamu kurum ve kuruluşları, vakıf, dernek, veya bunların şirketleri, gerçek veya tüzel kişiler ile yapılacak (tadaden sayılan) satış, kira, irtifak, takas, tahsis, devir ve benzeri her türlü tasarrufa yönelik işlemler için Başbakanlık'tan izin alınması zorunluluğu getirilmiştir.

Genelge'nin yürürlüğe girmesinden sonra Başbakanlık tarafından yapılan muhtelif yazışmalardan, Genelge kapsamında olması beklenen/gereken bazı kurumların ve bazı işlemlerin BG'nin kapsamı dışında bırakıldığı anlaşılmaktadır. Hem kurum hem de işlemler bazında oldukça dağınık şekilde ele alınan bu muafiyetlerden tespit edebildiklerimiz bakanlık ve işlem bazında olmak üzere tebliğ içerisinde aktarılacaktır.

BG'ye dayalı olarak yapılan arama ruhsatı verilmesi talebinin reddi şeklindeki birel idari işlemin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla idare mahkemesine yapılan bir başvuruda mahkeme, davacının sadece birel işlemin değil aynı zamanda hem Genelgenin de iptalini talep ettiğinden bahisle dosyadan elini çekerek dosyayı Danıştay'a göndermiştir. Danıştay 8. Dairesi ile 10. Dairesi'nin iştiraki ile oluşturulan müşterek kurulun 11.11.2015 tarih, 2014/7883 E. sayılı kararıyla BG'nin yürütmesini, maden ruhsatları yönünden durdurmuştur (YD). Davalı idarelerin yürütmenin durdurulması kararına karşı yaptıkları itiraz, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 27.04.2016 tarih, 2016/98 E. sayılı kararıyla reddedilmiştir. BG, Danıştay 8. Dairesi'nin 03.12.2018 tarih, 2014/7883 E., 2018/7636 K. sayılı kararıyla iptal edilmiştir. İptal kararının gerekçesinde "*Genelge ile maden mevzuatında öngörülme-yen ayrı bir izin müessesesi getirildiği, bu hali ile anılan Genelge'nin, maden ruhsatları bakımından kısıtlayıcı hükümler içeren ve üst hukuk normu olan Maden Kanunu ve Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği'ne aykırı bir düzenleme olduğu gerekçesiyle iptaline karar verildiği*" belirtilmiştir.

12 Eylül 2018 tarih ve 30533 sayılı RG'de yayımlanan 2018/8 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi (CG) ile BG kaldırılmış, aşağıdaki düzenleyici işlem tesis edilmiştir:

“Cumhurbaşkanlığından, GENELGE, 2018/8

Kamu kurum ve kuruluşları (belediyeler ve il özel idareleri hariç) ile sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamu kurum ve kuruluşlarına ait şirketler, kendi mülkiyetlerinde veya tasarruflarında bulunan taşınmazlarıyla ilgili olarak; kamu kurum ve kuruluşun, vakıf, demek veya bunların şirketlerine, gerçek veya tüzel kişilere; satış, kira, irtifak, takas, tahsis, devir ve benzeri her türlü tasarrufa yönelik işlemlerini, bakanlıklar ile bağlı, ilgili ve ilişkili kamu kurum ve kuruluşlarında bakan yardımcısı, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında üst yönetici başkanlığında teşkil ettirilen komisyonlar vasıtasıyla yapacaklardır.

Söz konusu komisyonlarca izin başvuru ve sonuçları Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim aylarında Cumhurbaşkanlığına bildirilecektir.

16/6/2012 tarihli ve 28325 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan kamu kurum ve kuruluşlarının taşınmazları ile ilgili yapılacak işlemler hakkında 2012/15 sayılı Genelge yürürlükten kaldırılmıştır.

Bilgilerini ve gereğini rica ederim.

11 Eylül 2018”

CG kapsamında 16 Ekim 2018 tarihli ve 2405 sayılı Bakanlık Olur’u ile ETKB Strateji Geliştirme Başkanlığı tarafından “Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Taşınmaz Komisyonunun Çalışma Usul ve Esasları” (kısaca “TKÇUE”) yayımlanmış, TKÇUE ile aynı zamanda “Bağlı İlgili ve İlişkili Kuruluşlar Taşınmaz Komisyonu” (kısaca “ETKB Taşınmaz Komisyonu”) kurulmuştur. TKÇUE, 27 Haziran 2019 tarihinde revize edilmiştir. 3. Madde’de açıkça, TKÇUE’nin dayanağının CG olduğu ifade edilmektedir.

TKÇUE’nin 1. maddesinde, TKÇUE’nin amacı, ETKB ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının taşınmazlarıyla ilgili olarak, CG’de sayılan her türlü tasarrufa yönelik işlemleri yürütecek Komisyonun kurulması ile bu Komisyonun çalışma usul ve esasları ile görev, yetki ve sorumluluklarının belirlenmesi olarak ifade edilmiştir.

2. maddede ise, TKÇUE’nin kapsamı, ETKB ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının kendi mülkiyetlerinde veya tasarruflarında bulunan taşınmazlarıyla ilgili olarak, kamu kurum ve kuruluşları, vakıf, dernek veya bunların şirketlerine, gerçek veya tüzel kişilere; satış, kira, irtifak, takas, tahsis, devir ve benzeri her türlü tasarrufa yönelik olarak CG kapsamında yer alan taleplerine dair işlemlerin ne şekilde yürütüleceği olarak belirlenmiştir.

4. maddede Komisyon, ETKB bünyesinde teşkil edilen komisyon olarak; Sekreteryaya ise, ETKB taşınmazları için Yönetim Hizmetleri Genel Müdürlüğü, bağlı ilgili ve ilişkili kuruluşlarda, tasarrufa konu taşınmaza veya haklara sahip olan kuruluş olarak tanımlanmıştır.

5. maddeye göre Komisyon, Bakan Olur’u ile oluşturulacaktır. Ancak Komisyonun kimlerden oluşturulacağı ve kaç kişinin bu Komisyon’da üye olarak yer alacağı, kimin başkan sıfatı ile toplantılara nezaret edeceği hususları belirli değildir. 7. Maddeye göre, toplantı

zamanı, yeri ve gündemi, gelen taleplere bağlı olarak Sekreteryanın teklifi üzerine Komisyon başkanı tarafından belirlenecektir.

8. maddeye göre Komisyon, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile toplanacak, katılanların oy çokluğu ile karar alabilecektir. Bununla birlikte, 12. Maddede işaret edilen ve yapılan izin başvuruları ve sonuçlarının üçer aylık dönemler itibarıyla, her yılın Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarının en geç ikinci haftasına kadar *Cumhurbaşkanlığına bildirilmek üzere* ETKB Strateji Geliştirme Başkanlığına gönderileceği şeklindeki düzenlemeden, Komisyon toplantılarının yılda en az dört (4) defa yapılması gerektiği sonucuna varılabilecektir.

Mevcut ruhsat hukuku işlemleri bakımından MAPEG'in ETKB Taşınmaz Komisyonu'na dair uygulaması şu şekildedir: Ruhsat sahipleri veya ilgililer tarafından MAPEG'e yapılan başvurulardan Komisyona gönderilenler sırasıyla arama ruhsatı, işletme ruhsatı, işletme ruhsatı temdit (süre uzatım), rödovans, hisse devri, (kamulaştırma amaçlı) kamu yararı, ihale onay talepleridir. İlk başvuru (takaddüm), buluculuk, ipotek, 1. Grup ile 2.a grubu işletme ruhsat başvuruları kapsama dahil değildir. Kabul gören taleplere ilişkin ETKB Taşınmaz Komisyonu kararları, MAPEG web sayfasında yayımlanmakta, red kararları yayımlanmamaktadır. Kararlar başvuruculara e-Maden KEP üzerinden tebliğ edilmektedir.

Maden hakları, adından da anlaşılacağı üzere, bir taşınmaz değildir. Maden ruhsatı ile sahibine bir hak bahşedilmektedir. Bu hak, mutlak haklardan olup devredilebilir, miras bırakılabilir, ipoteye konu edilebilir bir malvarlığı hakkı vasfındadır.

Diğer yandan, mehz İsviçre Medeni Kanunu'nun aksine 2001 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 704 ile madenlerin taşınmazlar arasında sayılmasından vazgeçilmiştir. Türk hukuk sisteminde taşınmaz mallar bakımından *numerus clausus* (belirli sayı ve tipe bağlılık) ilkesi kabul edilmiş olup, kanunda taşınmaz olarak sayılmayan bir şeyin taşınmaz olarak kabul edilmesi mümkün değildir. 3213 sayılı Maden Kanunu'nda (MadK) ne madenlerin ne de maden haklarının taşınmaz olduğuna dair bir hüküm bulunmaktadır.

Yukarıda alıntılanan CG'nin kapsamına dair kısım aşağıdaki gibidir: “*Kamu kurum ve kuruluşları (belediyeler ve il özel idareleri hariç) ile sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamu kurum ve kuruluşlarına ait şirketler, kendi mülkiyetlerinde veya tasarruflarında bulunan TAŞINMAZLARIYLA ilgili olarak (...).*” Bu durumda, yukarıda sayılan ruhsat hukuku işlemlerine yönelik başvuruların ETKB Taşınmaz Komisyonu'nun görevi ve yetkisi kapsamında olmadığı açıktır.

İdari vesayete ilişkin yetkilerin kanunda açıkça düzenlenmesi gerektiğinden ETKB'nin, bağlı bir kuruluşu olan MAPEG'in ruhsat hukuku işlemleri üzerindeki idari vesayet yetkisinin, adsız düzenleyici işlemlerinden olan CG'ye dayalı olarak tesis edilmesi ve yine bu Genelge'ye dayalı olarak çıkarılan TKÇUE ile oluşturulan ETKB Taşınmaz Komisyonu kararlarına yetki unsuru bakımından da hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

CG'de sayılan hukuki işlemler, taşınmaz kavramı üzerine bina edilen satış, kira, irtifak, takas, tahsis, devir ve benzeri her türlü tasarrufa yönelik işlemlerdir. Oysa MAPEG'in

yukarıda sayılan arama ruhsatı, işletme ruhsatı, işletme ruhsatı temdit (süre uzatım), rödovans, hisse devri, (kamulaştırma amaçlı) kamu yararı, ihale onay talepleri üzerine yaptığı işlemler özel hukuk işlemleri değil, ruhsat hukukuna (kolluk ruhsatına) dair birel idari işlemlerdir. Bu işlemler TKÇUE kapsamında ise; ilk başvuru (takaddüm), buluculuk, ipotek, 1. Grup ile 2.a grubu işletme ruhsat başvurularının neden TKÇUE kapsamında olmadığı da izaha muhtaçtır.

Mevcut idari uygulamadaki sorunlardan biri de, yürütülmesi zorunlu (icrai) idari işlemin ne olduğu hususunda öngörülebilirliği ortadan kaldıracak şekilde MAPEG'in ETKB Taşınmaz Komisyonu'ndan gelen kararları başvuru sahibine bildiren adeta bir ulak rolü üstlenmiş olmasıdır. Bu husustaki tereddütler nedeniyle, red cevabı alan başvuru sahipleri hem MAPEG'e hem de ETKB'ye dava açmak zorunda kalmaktadır.

Dahası, MAPEG tarafından başvuru sahibine yapılan bu bildirimlerin tamamı gerekçesiz olup sadece ETKB Taşınmaz Komisyonu tarafından kabul veya reddedildiğine dair bir bilgi içermektedir. İhale onay kararları hariç, yargısal denetimde sırf bu nedenle iptal kararları verilmektedir.

MadK 24/4'e göre arama ruhsatlı sahalara, geçici tesis alanı ile arama süresince belirlenen görünür ve/veya muhtemel rezerv alanı üzerine, arama ruhsatının diğer kısımları taksir edilerek, **işletme ruhsatı verilir**. Burada bir **bağlı yetki** düzenlemesi söz konusudur. Bu şekilde bir düzenleme yapılmasının sebebi, IV. grup ruhsatlarda işletme ruhsatı düzenlemesinin, ruhsat sahasında işletme faaliyeti yapılmasına imkân vermemesidir. İşletme faaliyeti yapılabilmesi için işletme ruhsatı verilen kişinin, ruhsatın düzenlenmesini izleyen üç (3) yıllık süre içerisinde işletme izni alması gerekmektedir. İşletme izni alınabilmesi için ise MadK m. 7'de sayılan: mülkiyet izni (işletme izin sahasına tekabül eden arazilerin mülkiyetinin veya kullanım izninin alınması), ÇED olumlu kararı (çevresel etki değerlendirme süresi sonunda verilen), işyeri açma ve çalıştırma ruhsatının (ilgili kurumdan) temin edilmiş ve MAPEG'e sunulmuş olması şarttır. İşletme ruhsatı olmadan işletme izni aşamasının gerektirdiği MadK 7. Madde izinleri sürecinin başlatılması söz konusu olamayacağından, Kanun koyucunun bu aşamada bir bağlı yetki öngörmüş olması Kanunun genel yaklaşımı ile uyumludur. Nitekim, MadK 7/14'te "İşletme faaliyetleri ise, bu Kanuna göre Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliğe göre yürütülür" denilmekle işletme ruhsatı değil, işletme faaliyetinin kendisi esas alınmıştır. Bu durumda CG, MadK 7 ile çelişmektedir. Bir diğer ifade ile CB Genelgesi ve mevcut idari uygulama, MadK'ya açıkça aykırıdır.

MadK 7/14'e göre "*Maden arama faaliyetleri, bu Kanunda sayılanlar dışında herhangi bir izne tâbi değildir.*" MadK'da CG'ye, TKÇUE'ye ve ETKB Taşınmaz Komisyonu'na herhangi bir atıfta bulunulmamaktadır. Bu nedenle MAPEG'in arama ruhsat başvurularını ETKB Taşınmaz Komisyonu'na göndermesi MadK 7/14'e açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

2012/15 sayılı Başbakanlık Genelgesi hakkında Danıştay tarafından verilen YD ve iptal kararlarının gerekçeleri, CG için de ziyadesiyle geçerlidir (Danıştay 8., 11.11.2015, 2014/7883 E.). Birkaç husus dışında her iki Genelge birbirinin aynısıdır. MadK 7/1'in son cümlesi aşağıdaki gibidir: "*Bu Kanun dışında madencilik faaliyetleri ile ilgili olarak yapılacak her türlü*

kısıtlama ancak kanun ile düzenlenir.” MadK’da CG’ye veya ETKB Taşınmaz Komisyonu’na ilişkin herhangi bir atıf veya yollama bulunmamaktadır. CG’nin getirdiği rejimin meşru bir amaç taşıdığı ve ölçülü olduğu düşünülse bile, mülkiyet hakkına müdahale açısından düşünüldüğünde kanunilik unsuru yönünden sorunludur.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı, genelge, maden kanunu, ruhsat hukuku, taşınmaz komisyonu.

*

MENR REAL ESTATE COMMISSION IN RESPECT OF MINING LICENSE REGIME

ABSTRACT

With the Prime Ministry Circular (PMC) No. 2012/15 published in the Official Gazette (OG) No. 28325 dated 16 June 2012, it becomes mandatory to obtain permission from the Prime Ministry for transactions regarding sales, rent/lease, easement, exchange, allocation, transfer and all similar dispositions to be made by the public administrations specified therein to which PMC is addressed, regarding the immovable properties in their own possession or disposal, with other public institutions and organizations, foundations, associations or their companies, real or legal persons. With the Presidential Circular (CG) No. 2018/8 published in Official Gazette No. 30533 dated September 12, 2018, BG was repealed and replaced.

Within the scope of CG, and following the Ministerial Approval dated 16 October 2018 and numbered 2405, the “Working Procedures and Principles of the Real Estate Commission of the Ministry of Energy and Natural Resources (MENR)” (shortly “TKÇUE”) was published by the ETKB Directorate of Strategy Development, and simultaneously as TKÇUE, “Immovable Real Estate Commission for Affiliated and Related Organizations” (in short, “ETKB Real Estate Commission”) was established. TKÇUE was revised on June 27, 2019. In Article 3, it is clearly stated that the basis of TKÇUE is CG.

In terms of current licensing transactions, MAPEG’s application as regards the ETKB Real Estate Commission is as follows: Among the applications made to MAPEG by license holders or relevant parties, the applications sent to the Commission are, respectively, exploration license, operating license, operating license extension, redevance, share transfer, expropriation (based on public interest), tender approval requests. Initial application (takaddum), finder’s fee, hypothec, Group 1 and Group 2.a operation license applications are not included in the scope. ETKB Real Estate Commission decisions regarding accepted requests are published on the MAPEG website, whereas rejection decisions are not published. Decisions are notified to applicants via e-Maden KEP.

Deviating from that of the Swiss Civil Code, pursuant to Art. 704 of Turkish Civil Code (No. 4721, came into force in 2001) minerals are no longer enumerated among immovable

properties. In Turkish legal system, the principle of *numerus clausus* (adherence to a certain number as well as type) has been accepted in terms of immovable properties, and it is not possible to accept something that is not considered as immovable in the law as such. There exists no provision in the Mining Law No. 3213 (MadK) stating that mines or mineral rights are immovable.

The legal transactions listed in the CG are transactions for sale, rent, easement, exchange, allocation, transfer and all similar dispositions based on the concept of real estate. However, the transactions carried out by MAPEG are not private law transactions, but are related to licensing regime based on individual administrative transactions. If these transactions are within the scope of TKÇUE, it warrants an explanation as to why the first application (takaddum), discovery, mortgage, Group 1 and Group 2.a operation license applications are not within the scope of TKÇUE.

Keywords: Presidency, circular, mining law, licensing regime, real estate commission.

YENİ BİR İKLİM REJİMİNİN OLUŞTURULMASINDA İKLİM HUKUKUNUN KURUCU ROLÜ

Ar. Gör. Dr. Ilgın ÖZKAYA ÖZLÜER

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-4242-6208, ilginozkaya@gmail.com

ÖZET

İklim değişikliği sorununun toplumsal, siyasal, ekonomik etkilerinin düzenlenmesi ve sebep olduğu yeni ilişki biçimlerinin hukukun konusu haline gelmesi, bu sorunun hukuk tarafından içselleştirilip kurallaştırabilmesine bağlıdır. Bu kapsamda söz konusu sorun, hukuk özneleri, haklar, yükümlülükler ve devletlerin rolü üzerinde etki doğurmaktadır. İklim değişikliğinin gündelik hayatın pratiğindeki etkileri arttıkça yeni düzenlenmeler, denetleme araçları ve yaptırımlar ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan ekonominin bu yeni duruma göre yönetilmesi gerekliliği de ulusal ve uluslararası politikalar dolayısıyla normların yeniden ele alınmasını gerektirmektedir.

Bu etkiler, gerek kamu hukuku gerek özel hukuk alanında yerleşik pek çok hukuki kavramın anlamını ve kapsamını değiştirirken, yeni kavramların ve araçların da hukuka katılmasını sağlamaktadır. Bu katılanların kamu hukuku-özel hukuk ayrımını görünmez kılacak kadar içiçe geçen yeni bir alan yarattığı, diğer yandan da uluslararası hukukun ulusların egemenlik haklarıyla yarışır üçüncü bir erk kurduğu da söylenebilir. İklim krizinin bazı ülkelerde “yeni bir hukuk” doğurabilmesi, yargı içtihatlarının, doktrinin ve idari pratiğin dönüştürücü, tamamlayıcı ve kurucu gücünün pozitif hukuka öncülük etmesiyle mümkün olmuştur. Devletlerin iklim sorunu temelinde toplumsal-siyasal- ekonomik düzeyde ortaya çıkan yeni ihtiyaçlara yanıt üretmek üzere toprak – toplum - egemenlik unsurlarına ilişkin yerleşik yaklaşımlarını güncellemeleri, bu hukukun yeni bir iklim rejiminin hukuku olmasını mümkün kılmıştır.

Buna karşın mevcut üretim ve yönetim ilişkilerinin korunduğu ülkelerde, iklim değişikliği sorununun mevcut hukuki kavramların ve araçların sınırlılıklarıyla içselleştirilmesi ise, toplumsalın siyasal düzenlenmesinde hukukun “esneyerek” yanıtlar üretme gücüne göre işlevlik kazanır. Bu durum, bahsi geçen ülkelerde iklim sorununun sebep olduğu hukuk pratiğinin meşruiyetini hukukilikle teyit ederek bir hukuk oluşturur. Açıktır ki bu hukuk (iklim hukuku ismi verilse bile), iklim sorununun toplumsal-siyasal ve ekonomik köklü etkilerini anlayarak içselleştiren ve yeni bir hukuki rejim kurmayı hedefleyen diğer “iklim hukukundan” farklıdır.

Bu farklılık, gerek iklim sorununun çok yönlülüğü ve karmaşıklığıyla gerekse gerek hukukun mevcut üretim ilişkilerini doğrudan ve temelden etkileyen iklim krizinin

parametrelerini devletin görev ve sorumluluklarına dahil eden yaklaşımla açıklanabilir. Her iki halde de iklim sorununun varlıkların fonksiyonlarına ve bu fonksiyonların oluşturduğu bütünselliğe yönelen en ciddi küresel sorun olarak kabul eden hukuk açısından, toplumsalın siyasal erk tarafından korunması iradesinin bir sonucu olduğu söylenebilir. Egemenlik ya da mülkiyet ilişkileri üzerine kurulu antroposantrik bir hukuk yaklaşımı iklim sorununda değerleri belirlerken iklim hukukunun konusunu daraltır, insan öznesinin menfaatinin esas alır. Bu açıdan yeni bir iklim rejiminin hukuku kuran iklim hukuku, ekosistemler, türler, ekolojik süreçler ve peyzaj gibi yeni çevresel varlıklar yönünden geleneksel değer kümesini genişleterek şimdiye dek koruma konusu edilmeyen maddi varlığı olan/olmayan çevresel öğeleri de diğer öğelerle olan ilişkileri çerçevesinde ekosistem bütünselliğini görerek hukukun konusu haline getirebilir. Hukukun tarihselliği içinde yargı içtihatlarının, doktrinin, teamüllerin biriktirdiği ilkelerin ve yorum yöntemlerinin yeni bir iklim rejimini hedefleyen hukukun yani “iklim hukukunun” önemli kaynaklarından biri olması da bu açıdan önemlidir.

İklim hukuku, çevresel varlıkların özel hukukun mülkiyet kurallarına dayalı koruma rejiminin dışında tutulduğu ve bu varlıkların bizzat kamu kişilerine ve genelde devlete karşı korunmasını sağlayan genel menfaat kriteriyle ele alındığı yeni bir iklim rejimini kurabilecek güçtedir. Ortak miras kavramının iklim hukukunun temellerinden birini oluşturmasının önemli bir gerekçesi de, bu nedenle kamu mallarının hem bireylere ve topluluklarına hem de devlete ve malik kamu tüzel kişilerine karşı ve aynı zamanda özel mülkiyet hakkının sakıncalarından koruyan bir önleme ilkesini de içermesidir. Bu bağlamda iklim hukukunun konusu, korunmasında “genel menfaatin” bulunduğu tüm varlıkları içerdiğinde yeni bir hukukun adı olarak kabul edilebilir. Türkiye gibi mevcut toplumsal, siyasal, ekonomik ilişkilerin son derece dinamik olduğu ülkelerde, hukukun ekonomik ilişkiler üzerindeki etkisinin önemli olduğu veri olarak kabul edilerek, bu ülkeler açısından hukukun iklim kriziyle ilişkisini yargısal içtihatlar merkezinde geliştirebileceği ve iklim hukukunun yaratılmasında kurucu bir rol oynayabileceği ileri sürülebilir.

Bu bağlamda, iklim sorununa karşı özellikle idari yargının çevresel varlıkların korunmasında sağladığı genel menfaatin, mülkiyet ilişkilerinden bağımsız bir yaklaşımla kişisel/bireysel bir hak/çıkar/ilişki aranmadan kolektif haklara dayanan “davacılar” tarafından açılan davalara ve bu davalarda uygulanacak usul kurallarına ihtiyaç duyulduğu açıktır. Diğer yandan, kamu menfaatinin sağlanmasında hukuki denetim yolunun harekete geçirilmesi, geleneksel yargılama usulü kurallarının katı kalıplarının dışına çıkılmasını gerektirdiğinden, konusunu kamusal menfaat olduğu tartışmasız iklim davalarında dava ehliyeti konusunun ayrıca ele alınmasını gerektirir. Mevcut hukukta menfaat ilişkisinin kişisel, doğrudan, güncel bir ilgi olarak kanıtlanması gerekir. Sonuçta bu ilgiyi kuramayanlar, genelde ve objektif olarak hukuka uygun olmasa bile, kendilerini bu koşullara uygun olarak etkilemeyen idari işlemleri sorgulanmasını sağlayamamaktadır. İklim hukuku açısından ise bu ilgi, genel menfaat “amacıyla” açıklandığından, bu davaların davacılarının geleneksel hukukun kapsamından geniştir. Dava ehliyetine dair yorumun esnekleştirilmesine paralel olarak davacının dava ehliyetinin tanınmamasının idari kararı denetimsiz bırakıp bırakmayacağı gibi sorular da yargı yeri tarafından sorularak ehliyet konusunda kamusal menfaat kriterinin esas alındığı daha geniş

bir yorumun yerleştirilmesini mümkün kılar. Davacıların belirlenmesi konusundaki esneklik, iklim hukukunun gelişiminde yargı kararlarının “güncel ve kişisel ilişkiyi yorumlanmasında da yeni bir menfaat sahibini ortaya çıkarmaya uygundur. Bu kategori, iklim sorunlarının etkileriyle daha derin yüzleşecek olan gelecek nesillerdir.

Konusunun koruma olduğu hatırlanacak olursa, iklim hukukunun denetim, izleme ve kontrolü içeren koruma faaliyetlerini yürüten idarelerin uygulamalarıyla somutlaştığı söylenmelidir. Bu bağlamda, kamu yönetimi politikalarına yön veren ulusal taahhüt, strateji belgesi, kalkınma belgelerinin referans alındığı idari uygulamalar, pozitif hukukun gelişmesine de yol gösterici olacaktır. Diğer yandan idarenin uygulamalarının iklim hukuku açısından baskın karakteri bu alandaki yargısal uyuşmazlıkların daha çok idari yargıda görülen iptal davaları biçiminde olması sonucunu doğurmaktadır. Özellikle de yurtdışı mahkeme kararlarından iklim davalarının izin/denetim ve yaptırım süreçlerine ilişkin olanlarının fazlalığı dikkat çekici olduğundan Türkiye’de de özellikle çevresel etki değerlendirme ve izinler konusunda açılan davalarda iklim değişikliği ile ilgili olarak alınan devletlerin tedbir kararları, kalkınma ve strateji belgeleri ile resmi taahhütlerinin ölçü norm olarak dikkate alınması mümkündür. Bu yönüyle emisyon azaltım taahhütlerine aykırı verilen yatırım izinleri ve verilen ruhsatların dava edilmesi; emisyon azaltım taahhüdünü sekteye uğratacak kararlar ile kimi faaliyetlerin iklim üzerindeki doğrudan ve dolaylı etkilerinin ayrıca değerlendirilmesini gerektiren izinler hakkında açılan davalar ve iklim değişikliğini dikkate almayan idari işlemler nedeniyle zarara uğrayanların davaları gündeme gelebilir. Diğer yandan bu davaların hak ihlallerine neden olduğu vurgulanarak, yaşama hakkı, sağlık hakkı, konut hakkı, gibi haklarla ilişki kurularak dava edilmesi halinde, işlemle haklar arasındaki ilişki, işlemin iptali gerekçesinin iklim hukukunun haklar temelinde şekillenmesinde de önemli bir rol oynayabilir.

Sonuç olarak iklim değişikliği sorununa yönelik yargısal başvuru yoluyla katılım sağlayanlar, ulusal plan, program, taahhütleri de içeren kamu yönetimi politikaları araçlarını etkili olarak kullanarak, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine dayanan ve hak ihlallerini vurgulayan davalarla iklim hukukunun yeni bir iklim rejimini kurmasında önemli ve etkili bir yol geliştirebilirler.

Açılan davalarda ana istem konusu ise, genelde işlemin iptali, faaliyetin yasaklanması, varsa zararın giderilmesidir. Diğer yandan Türkiye’de idari yargının idari bir işlemi yapmaya, bir edimde bulunmaya zorlama etkisi olmadığı gibi idarenin yerine geçerek işlem tesis etmesi de mümkün değildir. Bununla birlikte yerindelik denetimi yapma yasağının yargı yerlerinde geniş yorumlandığı kimi durumlarda kamusal menfaatlerin baskın olduğu hallerde dahi yargı yerinin kamu yararını belirlemede çekingen kaldığı bir gerçektir. Türk hukukunda idareyi bir şeye yapmaya zorlamaya ilişkin bir talebin yargı yerince kabul edilme ihtimali olmadığı gibi idarenin hareketsizliğinin ve görevini yerine getirmemesinin sonlandırılması da mümkün değildir. Buna karşın, yakın tarihli Fransa kararı önemli bir referans olarak kabul edilerek yargı yerlerini tam yargı davalarında izlediğine benzer bir yolu yeni bir dava türü oluşturmaya gerek olmadan geliştirebilmesi de mümkündür. Bu karar, yüzyılın davası adı verilen ve Fransa’da faaliyet gösteren dört sivil toplum kuruluşunun (Notre Affaire à Tous, Nicolas Hulot Vakfı,

Greenpeace Fransa, Oxfam Fransa) iklim değişikliğiyle mücadelede etkin faaliyet göstermediği gerekçesiyle 2018 yılında Fransa Devleti'ne karşı açtığı davaya ilişkin karardır. 3 Şubat 2021'de yayınlanmıştır. Paris İdari Mahkemesi, Fransa Devleti'nin, iklim değişikliğiyle mücadelede ve Fransa'nın belirlediği sera gazı emisyon azaltım hedefine ulaşma kapsamında yetersiz kaldığını belirterek devleti kusurlu bulmuştur. Böylece Fransa'da iklim değişikliğinin olumsuz etkilerine maruz kesimlerin tazminat talebinde bulunmak üzere adalete başvurabilmesinin yolu açılmıştır. Bu karar Fransa'da bir mahkemenin ilk kez devletin iklim değişikliğiyle mücadeledeki yetersizlikten sorumlu olduğunu tasdik ederek, idareyi uluslararası hukuktaki taahhütlerinin iç hukuka yansıtılan iklim hedefleriyle karşılaştırarak, taahhütlerin yerine getirilmemesinin yarattığı zararın giderimini idareyi bu konuda faaliyette bulunarak sağlamasını konu almaktadır.

Sonuç olarak uluslararası iklim ve çevre davalarının genel özellikleri ve neden önemli olduklarının belirlemesi yapılırken Türkiye'de bu konuda mücadele edenlere yol gösterecek araçları, geliştirilmeyi bekleyen tartışmaları ve hukukun biriktirerek gelişeceği umulan teorik yanları dikkate alındı. Diğer yandan, yeni bir iklim rejiminin kurulması için iklim hukukunun kurulması, yeni bir hukuka ihtiyacı olanların öncelikli konusu haline geldikçe iklim değişikliğinin yıkıcı etkilerini dindirmek ve yavaşlamak da mümkün olabilecektir.

Anahtar Kelimeler: İklim hukuku, iklim rejimi, idari yargı, iklim değişikliği.

*

IN THE CREATION OF A NEW CLIMATE REGIME THE FOUNDING ROLE OF CLIMATE LAW

ABSTRACT

It is clear that the public interest provided by administrative justice in the protection of environmental assets against the climate problem requires lawsuits filed by "plaintiffs" relying on collective rights without seeking a personal/individual right/interest/relationship with an approach independent of property relations as well as procedural rules to be applied in those lawsuits. Moreover, since the activation of the judicial review mechanisms in ensuring the public interest requires going beyond the rigid patterns of the traditional rules of judicial procedure, the issue of capacity to sue in the context of climate lawsuits, which are undisputedly of public interest, needs to be addressed individually. Under the current law, the interest relationship must be proved to be a personal, direct and actual interest. After all, those who fail to demonstrate this interest are unable to question administrative actions that do not affect them in accordance with these conditions, even if those actions are generally and objectively unlawful. In terms of climate law, since this interest is linked to the "purpose" of public interest, it is clear that the plaintiffs in these lawsuits are broader than the scope of plaintiffs in traditional law. In parallel with the flexibilization of the interpretation of the capacity to sue, questions such as whether the non-recognition of the plaintiff's capacity to sue would leave the

administrative decisions unreviewable can be asked by the judiciary, making it possible to adopt a broader interpretation of capacity based on the criterion of public interest. The flexibility in the identification of plaintiffs is also conducive to the emergence of a new category of interest holder in the interpretation of the "actual and personal relationship" by judicial decisions in the development of the climate law. This new category is the future generations who will face the impacts of climate problems more profoundly.

Keywords: Climate law, climate regime, administrative justice, climate change.

YABANCILARIN TAŞINMAZ EDİNİMİNDE KARŞILIKLILIK İLKESİNİN KALDIRILMASININ ANAYASAYA AYKIRILIĞI

Dr. Öğr. Üyesi Feyzan OLGUNSOY

Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi
Hukuk Bilimleri Bölüm Başkanlığı

ORCID: 0000-0002-2062-8909, feyzanolgunsoy@gmail.com

ÖZET

1982 Anayasasının Başlangıç kısmında Türkiye Cumhuriyeti Devleti “Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak” nitelendirilmiştir. Bu nitellemenin uluslararası hukukta temeli olan ve 100. yıldönümünü kutladığımız 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması’na ekli ‘İkamet Ve Selahiyeti Adliyeye Dair Mukavelename”¹ de yabancıların ülkenin bir unsurunu oluşturan toprak üzerinde taşınmaz edinmeleri karşılıklılık (mütekabiliyet) ilkesine bağlanmıştır. Karşılıklılık ilkesi, “*en az iki devlet arasında uygulanan ve birbirlerinin vatandaşlarına ülkeleri üzerinde aynı türde, aynı nitelikteki hakları karşılıklı olarak tanımalarını ifade eden bir esastır.*”² Anayasa Mahkemesi (AYM), yabancıların Türkiye’deki taşınmazlar üzerinde hak edinimlerinde karşılıklılık ilkesinin kaldırılmasının Anayasa aykırılığı yönünde benimsediği tutumunu³ 2013 yılında değiştirmiştir.⁴ 2013’teki anılan içtihat değişikliğine kadar, bir yabancı Türkiye’de ev, konut, arsa ya da arazi gibi taşınmaz alabilmesinin koşulu, o yabancı vatandaş olduğu ülkenin de Türk vatandaşlarına gayrimenkul üzerinde mülkiyet hakkını aynı esaslarla tanınmasına bağlıydı. AYM’nin bu içtihat değişikliği sonrasında yabancıların Türkiye’de taşınmaz edinimleri hızla yükselmiştir.⁵ Türkiye’de yabancıların karşılıklılık ilkesine tabi olmadan taşınmaz üzerinde hak sahipliği

¹ 24 Temmuz 1923 tarihli İkamet Ve Selahiyeti Adliyeye Dair Mukavelename 10 Eylül 1923 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan 341 Sayılı Kanun ile TBMM tarafından kabul edilmiştir.

² Yazarsız Yazarsız, “Yabancıların Türkiye’de Gayrimenkul İktisabı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:5, Sayı:2, 1985, s. 125.; AYM, E.1986/18, K.1986/24, K.t.: 09/10/1986.

³ AYM, E.1984/14, K.1985/7, K.t.:13.6.1985.; AYM, E.1986/18, K.1986/24, K.t.:9.10.1986; AYM, E.2003/70, K.2005/14, K.t.:14.3.2005.; AYM, E.2006/35, K.2007/48, K.t.:11.4.2007 (2007/48 sayılı kararda yabancı tüzel kişilerin yabancı gerçek kişilerden farklı olarak karşılıklılık esasına dayanmadan Türkiye’de taşınmaz mülkiyeti ve taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak edinimleri Anayasaya uygun bulunmuştur. Bu karara katılmayan üyelerden Kantarcıoğlu’na göre yabancı tüzel kişilerin anılan hak edinimlerinde taşınmazların toplam yüzölçümü bakımından bir üst sınır öngörülmemesi ve karşılıklılık koşulunun aranmaması Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırıdır.

⁴ AYM, E.2012/75, K. 2013/88, K.t.: 10.7.2013.

⁵ TÜİK verilerine göre 2023 Ocak-Temmuz aylarında yapılan 675327 toplam konut satışından 22076 adedi yabancılara yapılmıştır. 2022 yılında yapılan toplam 1485622 konut satışından 67490 adedi yabancılara satılmıştır. 2013-2023 yılları arasında yabancılara yapılan konut satışları hakkındaki bilgi için Bkz. <https://data.tuik.gov.tr/Kategori/GetKategori?p=Insaat-ve-Konut-116>

edinmeleri siyaset, ekonomi ve sosyoloji gibi çeşitli bilim alanları bağlamında incelenmesi gereken pek çok soruna neden olmuştur.⁶

Bu çalışmayı ilgilendiren hukuki sorun ise AYM'nin anılan içtihadındaki argümantasyonun eristik bir diyalektikle yazıldığı iddiasıdır. Bir diğer ifadeyle kararın gerekçesinde mantık hatası (safсата) olduğu için, kararın ulaştığı sonucu gösteren hükmün de hatalı olduğu değerlendirilmektedir. Gerek doğa bilimlerinde gerek hukuk biliminde kesinliğin olmadığı bir zeminde, hakikate ulaşmak, doğruyu bulmak ancak ileri sürülen tasım sınandığında onun tutarlı olduğu kanıtlanabildiği ölçüde belki mümkün olabilir.⁷ Bu çalışmada da anılan içtihadındaki tasım nesnel biçimde sınanarak, karardaki tutarsızlık gösterilecektir. Bunun için kararın gerekçesindeki şu dört argümanın incelenmesi üzerinden karşılıklılık ilkesinin eşitlik ilkesinin bir unsuru olduğu ve bu ilkenin kaldırılmasının anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

(1) AYM'nin birinci argümanı, başlangıçtaki görüş ve ilkelerin soyut niteliği gereği anayasaya uygunluk denetiminde bağımsız bir ölçü norm olarak uygulanamayacağı ifadesidir. AYM'nin buradaki akıl yürütmesinde düştüğü hata 'kanıtı varsayma'dır.⁸ Bu mantık hatasında ileri sürülen öncüller varılan tasımla alakasızdır, çünkü öncülün doğruluğu kanıtın olmamasından bağımsızdır.⁹ Öncülü ileri süren kişi kanıtlanması gereken şeyi gizli bir biçimde varsaymaktadır.¹⁰ AYM'nin "soyut nitelikli anayasal kuralların anayasaya uygunluk denetiminde kullanılabilmesine ilişkin bir kural (kanıt) yok, o halde uygulanmamalıdır" şeklindeki tasımı *argumentum ad ignorantiam*'dir. Zira aslında Anayasanın 176. maddesinde yer alan başlangıç kısmına anayasallık denetiminde referans norm olarak başvurulacağı kuralı bir kanıt olarak vardır. Ancak AYM öncelikle dikkate alması gereken 176. maddedeki kanıtı uygulamamıştır. Bunun yerine kuralın yokluğuna dayalı kanıtı varsayma yolu izlemiştir. Bu mantık hatasını kanıtlayabilmek için öncelikle AYM'nin 'anayasanın başlangıç kısmındaki soyut nitelikli anayasal hükümler anayasaya uygunluk denetiminde uygulanamaz' önermesindeki ifade üzerinde durulacaktır. Akabinde de 'başlangıç kısmının hukuki değeri nedir' sorusuna yönelik cevabi görüşlerin bir analizine yer verilecektir.

(2) AYM'nin ikinci argümanı başlangıçtaki "*dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi*" ifadesinden karşılıklılık ilkesinin çıkarılamayacağı argümanıdır. Bu ifadedeki mantık hatasını kanıtlamak için öncelikle karşılıklılık ilkesinin uluslararası hukukun genel bir ilkesi olup olmadığı yönündeki çalışmaların bir analizine yer verilecektir.¹¹ Karşılıklılık ilkesi

⁶ Toygun Atasoy, "Türkiye'de Yabancı Gerçek Kişilerin Taşınmaz Ediniminin Sınırlandırılması: Antalya İli Alanya İlçesi Örneği," Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015.; Ceren Ünlü Öztürk, Zeynep Yılmaz Bayram, "Yabancı Coğrafyada Konut Talebinin Sosyal Ve Ekonomik Etkileri: Trabzon Örneği," Coğrafya Dergisi, 2021, 42, s. 181-194.

⁷ Oktay Uygun'un Konuşması, Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum Ve Norm Somutlaşması, Ed. Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği, 2014, s. 311-314.

⁸ Arthur Schopenhauer, Eristik Diyalektik (Çev.Ülkü Hıncal), Sel Yayıncılık, 2012, s. 29.

⁹ Giovanni Tuzet, "On the Absence of Evidence," Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation, Ed. Thomas Bustamante, Christian Dahlman, Springer, 2015, s. 38.

¹⁰ Schopenhauer, s. 29.

¹¹ Arienna Whelan, Reciprocity in Public International Law, Cambridge University Press, 2023.; Rene Provost, "Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law," British Yearbook of International Law, Vol. 65, No.1,

1982 Anayasasında kabul edilen devletlerin egemen eşitliği ilkesinin uygulanmasının bir aracıdır. Bu bağlamda karşılıklılık ilkesinin tek başına hukukun genel bir ilkesi olmadığı kabul edildiğinde bile, karşılıklılık ilkesinin eşitlik ilkesine mündemiç olduğunun aksi yönünde bir kanıt ya da bulgu elde edilmez. Karşılıklılık ilkesinin eşitliğin sağlanması için gerekli ama yeterli olmadığı söylenebilir. Dolayısıyla karşılıklılık ilkesinin kaldırılması anayasal bir ilke olan devletlerin egemen eşitliği ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir.

(3) AYM'nin üçüncü argümanı karşılıklılık ilkesinin 1982 Anayasası'nın hiçbir maddesinde açık ya da zımni olarak belirtilmediği şeklindeki önermesidir. Bu öncül doğru değildir. Zira 1982 Anayasasının 74. maddesinde düzenlenen dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı vatandaşlara ve “*karşılıklılık esasını gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılara*” tanınmıştır. Dolayısıyla karşılıklılık ilkesi 1982 Anayasasının 74. maddesinde açıkça vücut bulan bir ilkedir.

(4) AYM'nin dördüncü argümanı “*insan hakları hukuku açısından bakıldığında da karşılıklılık ilkesinin her durumda uygulanması zorunlu bir ilke olduğu söylenemez*” şeklindeki ifadesidir. Günümüzde karar verme süreçlerinde insan hakları kartını oynamak ikna edici ve hatta tartışmayı bitirici olmaktadır.¹² AYM'nin karşılıklılık ilkesinin kaldırılması bağlamında, insan hakları kavramını kullandığı bu ifade de eleştiri oklarından kurtulmayı hedeflemektedir. Zira günümüzde insan hakları öğretisine dayalı bir argüman ileri sürüldüğünde buna meydan okumak neredeyse imkansızdır.¹³ Öte yandan insan hakları hukuku açısından karşılıklılık ilkesinin zorunlu olmadığı iddiası yakından incelendiğinde geçerliliğini kaybetmektedir.¹⁴ Zira normatif düzeyde insan hakları anlaşmaları da taraf devletlere karşılıklı hak ve yükümlülükler yüklemektedir. Ancak bu hak ve yükümlülüklerin yerine getirilmesinde diğer anlaşmalardan farklı olarak devletlere ayrıca maddi bir yarar sağlanmamaktadır. Devletlerarası ilişkileri düzenleyen anlaşmalarda, taraf devletlerin yükümlülüğünü yerine getirmesinden kaynaklanan çıkarlardan yararlanılması için anlaşma yükümlülüklerinin olmazsa olmaz koşul olarak kabul edilmesi ve uygulanması gerekirken, insan hakları sözleşmelerinin öngördüğü standartlar tek taraflı olarak da gerçekleştirilebilir. Tek taraflı gerçekleştirilebilirliğe rağmen, devletlerin bu tür insan hakları yükümlülüklerini anlaşma biçiminde üstlenmesi, her bir akit tarafın diğer tarafların aynı yükümlülükleri kabul ederek adım atması konusundaki menfaatiyle açıklanabilir.¹⁵ İnsan hakları öğretisi açısından değerlendirildiğinde, karşılıklılık ilkesi uygulanmadan yabancıların gayrimenkul üzerinde hak edinmelerinde Türk vatandaşları ile

1994, s. 383-454.; Alexander Orakhelasvili, “Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of European Court of Human Rights”, EJIL, Vol.14, No.3, s. 529-568.

¹² Andrew Clapham, Human Rights A Very Short Introduction, 2. bs. OUP, 2015, s.1.

¹³ Gözler de insan haklarının değil, insan hakları söyleminin adeta kutsandığını ve böylece ileri sürülen iddiaların eleştirilerden masun tutulduğuna dikkat çekerek, anayasa hukukunda okuma yapılırken kelimelerin duygusal etkisine karşı dikkatli olunmasını önermektedir. Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Metodolojisi, Ekin, 1999, s. 98-101.

¹⁴ Bruno Simma, “Reciprocity”, Max Plunck Encyclopedia of Public International Law, Oxford Public International Law Oxford University Press, 2008, s. 401.

¹⁵ ibid.

yabancılar arasında 1982 Anayasasındaki eşitlik ve ölçülülük ilkelerine aykırı sonuçlar doğmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Karşılıklılık ilkesi, yabancılara mülk satışı, eristik diyalektik, Anaasa Mahkemesi.

*

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE ABOLITION OF THE PRINCIPLE OF RECIPROCITY IN THE ACQUISITION OF REAL ESTATE BY FOREIGNERS

ABSTRACT

The principle of reciprocity is applied between two or more countries and states that each of them mutually recognizes the same rights to the citizens of the other in their country. The principle of reciprocity was a valid principle in the Turkish legal system as a condition for a foreigner to buy real estate such as house, residence or land in Türkiye. In 2013, the Turkish Constitutional Court rejected the claim of unconstitutionality regarding the Act that abolished the principle of reciprocity. The fact that foreigners can acquire real estate in Türkiye without being subject to the principle of reciprocity caused many problems that need to be examined in the context of various scientific fields such as politics, economics and sociology. This study claims that the argumentation in the Turkish Constitutional Court's decision dated 2013 was written in the form of eristic dialectics. In other words, since there is a logical error in the justification of the decision, it is considered that the conclusion of the decision is also erroneous. There is no certainty in both natural sciences and legal science. Reaching the truth may only be possible to the extent that the proposed syllogism can be proven to be consistent when tested. The syllogism in the jurisprudence of the Turkish Constitutional Court in question will be tested and it will be proven that the decision is not correct by showing the fallacy in the argumentation.

Keywords: Reciprocity, the sale of property to foreigners, eristic dialectics, Turkish Constitutional Court.

BİR BİREYSEL BAŞVURU KARARI IŞIĞINDA KISMÎ DAVADA ALINAN BİLİRKİŞİ RAPORUNUN BAĞLAYICILIĞI ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

Dr. Derya BELGİN GÜNEŞ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0003-4009-4526, deryabelgin@yahoo.com

ÖZET

Bu bildirinın konusunun seçiminde Anayasa Mahkemesi'nin 2017/15460 başvuru numaralı ve 8.9.2020 karar tarihli *Mehmet Beşir Arda* başvurusu üzerine verilen kararı etkili olmuştur. Başvurunun konusu, kamulaştırmaz el atmaya ilişkin kısmî davada “kesin delil” niteliği kazanan olgunun ek davada dikkate alınmaması nedeniyle mülkiyet hakkını ihlâl ettiği iddiasıdır.

Kısmî davada alınan bilirkişi raporunun ek dava bakımından bağlayıcı nitelikte olup olmadığını açıklamak için öncelikle kısmî dava, kesin hüküm ve bilirkişi raporunun delil değeri hususlarına değinilmesi gerekir.

Medenî usûl hukukunda kısmî dava, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda “Dava çeşitleri” altında 109. maddede düzenlenmektedir. Bu hükme göre kısmî dava, talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmının dava yoluyla ileri sürülmesidir. Kısmî dava açarken, davacının dava konusu yapmadığı alacak kesimini saklı tutmasına gerek yoktur. Çünkü HMK m. 109/III gereğince kural olarak kısmî dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez. Ancak kısmî dava açılırken, davacı talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat etmiş ise kalan kısım dava konusu yapılamaz. Kısmî davada, dava konusu yapılmayan alacak kesiminin dava konusu yapılabilmesi için davacının elinde iki imkân bulunur. Birincisi iddianın genişletilmesi yasağının istisnalarına başvurulmasıdır. Bunlar karşı tarafın rızası ile ıslahıdır (HMK m. 141). İkincisi ise kalan kısma ilişkin ayrı bir dava açmaktır. Kısmî dava konusu yapılmayan alacak kesimi için ayrıca açılan bu davaya kısaca “ek dava” denilir.

Kısmî dava ile ek dava arasındaki ilişki, özellikle kesin hüküm çerçevesinde incelemeye tâbi tutulmalıdır.

Kesin hüküm, taraflar arasındaki uyuşmazlığın nihai olarak çözüme kavuşturulmasıdır ve mahkeme kararlarına tanınan kesinlik gücünü ifade eder. Kesin hükmün iki etkisi bulunur: olumsuz ve olumlu etki. Olumsuz etki, kesin hüküm teşkil eden bir karar varken tarafları, sebebi ve konusu aynı olan ikinci davanın görülememesidir. Bunun için ikinci davada kesin hüküm itirazı ileri sürülebilir ve hâkim resen dikkate alır. Kesin hükmün olumlu etki ise, tarafları ve

sebebi aynı olan ikinci bir davada kesin hüküm ile mahkemenin bağlı olmasını ifade eder. Her ne kadar iştirak etmesek de, kesin hükmün olumlu etkisine “kesin delil” teşkil etmesi de denmektedir. Ancak kanaatimizce kesin hükmün olumlu etkisini bağlayıcılık olarak ifade etmek daha doğrudur.

Kısmî davada verilen kararın ek davada bağlayıcı olup olmadığına ilişkin doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler kısmî davada kabul veya ret kararı verilmesine göre farklı sonuçlar ortaya koymaktadır.

Kısmî davanın kabul edilmesi ve kesinleşmesi hâlinde, bir görüşe göre, ek davada, dava konusu aynı olmadığından ek dava bakımından kesin hükümden söz edilemez. Başka bir görüşe göre, kısmî davada taraflar arasında hukukî ilişkinin mevcut olduğuna dair verilen hüküm, ek davaya bakan hâkimi bağlar. Başka bir deyişle kısmî davada hukukî ilişkinin mevcudiyetine dair verilen hüküm ek davada “kesin delil” teşkil eder. İkinci görüş, kısmî davada verilen kararın tamamını değil, yalnızca müspet tespite ilişkin kısmını ek davada bağlayıcı kabul etmektedir.

Kısmî davanın reddedilmesi hâlinde bir görüşe göre, ek dava açıldığında dava konusu aynı olduğu için kesin hüküm engeli ile karşılaşılır. Çünkü ilk davada alacağın mevcut olmadığı veya geçersiz olduğu sadece kısmî talep bakımından değil, alacağın tamamı bakımından incelenerek karar verilmiştir. İkinci görüşe göre, kısmî davanın reddi kararı ek dava bakımından kesin hüküm teşkil etmez. Çünkü kısmî davada verilen karar sadece dava konusu yapılan kısım ile sınırlıdır ve ek dava üzerinde bir etkiye sahip değildir. Başka bir görüşe göre ise kısmî dava ile ek dava arasındaki ilişkinin kısmî davada kabul veya ret kararı verilip verilmediğine bakılmaksızın açıklanması gerekir. Bu görüşe göre, kısmî dava reddedilmişse bu karar ek davaya bakan hâkimi bağlamaz. Çünkü kısmî dava ile ek dava birbirinden bağımsız davalardır. Bu doğrultuda bilirkişi raporu da ek davada bağlayıcı değildir, bilirkişi raporunun takdiri delil niteliği buna engeldir. Ayrıca kesin hüküm sadece hüküm fıkrası ile ilgili olduğundan bilirkişi raporu ek davada dikkate alınmaz. Ancak kısmî dava ile ek dava arasında çelişkili kararların ortaya çıkmasını engellemek için dürüstlük kuralı göz önünde bulundurulmalıdır.

Kısmî davada alınan bilirkişi raporu bakımından ise doktrinde, bu rapora itiraz edilmemiş ise ek dava bakımından usûlî kazanılmış hak teşkil edeceği ve bu rapordaki miktardan daha azına veya daha fazlasına hükmedilemeyeceği ileri sürülmektedir.

Yargıtay ise, kısmî davanın ek davada bağlayıcı olup olmadığı konusunda verdiği kararlarda istikrar bulunmamaktadır. Yargıtay kimi kararlarında kısmî davada verilen kararı kesin delil saymakta, hatta kimi zaman kesin hüküm niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte Yargıtay kısmî davada alınan bilirkişi raporunun ek davada ne ölçüde dikkate alınacağına ilişkin de birbirinden farklı yönde kararlar vermiştir. Yargıtay kimi zaman kısmî davada alınan bilirkişi raporunun ek dava bakımından da bağlayıcı olduğunu kimi zaman ise bu raporun ek dava bakımından bağlayıcı olmadığını içtihat etmiştir.

Bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden karar verilir. Medenî

usûl hukukunda bilirkişi raporu, takdiri deliller arasında kabul edilmektedir. Bu husus, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 282. maddesinde açıkça "Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir." denilerek düzenlenmiştir. Buna göre, bilirkişi raporu hâkimi bağlamaz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu hususta herhangi bir istisna da bulunmamaktadır.

Bilirkişi raporunun mahkemeye sunulması üzerine duruşma gününden önce birer örneği taraflara tebliğ edilir. Taraflar, bilirkişi raporunun, kendilerine tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde, raporda eksik gördükleri hususların, bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik gösteren hususlar hakkında ise bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını mahkemeden talep edebilirler. Mahkeme, bilirkişi raporundaki eksiklik yahut belirsizliğin tamamlanması veya açıklığa kavuşturulmasını sağlamak için, bilirkişiden, yeni sorular düzenlemek suretiyle ek rapor alabileceği gibi, tayin edeceği duruşmada, sözlü olarak açıklamalarda bulunmasını da kendiliğinden isteyebilir. Mahkeme, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse, yeni görevlendireceği bilirkişi aracılığıyla, tekrar inceleme de yaptırabilir. HMK m. 281'de öngörülen bu prosedür, bilirkişi raporunun kesinleşmesini düzenleyen bir prosedür değildir. Bilirkişi raporuna itiraz üzerine, eksikliğin tamamlanması veya hâkimin bilgi almak istediği konuda tam ve yeterli nitelikte bir rapora ulaşılabilmesi içindir. Böylece tarafların ispat hakkını etkin bir biçimde kullanmaları ve dolayısıyla hukukî dinlenilme hakkının yerine getirilmesi sağlanır.

Bireysel başvuruya konu olayda kısmî dava biçiminde açılan kamulaştırmasız el atmadan doğan tazminat davası söz konusudur. Bu davada bilirkişi raporunda 257.693 TL olarak davacının zararı tespit edilmiştir. İlk derece mahkemesi, davanın kabulüne ve ıslah yoluyla artırılan miktar olan 220.000 TL'nin davacıya ödenmesine karar vermiştir. Kalan miktar için açılan ek davada ise ilk derece mahkemesi, ilk davadaki bilirkişi raporu hatalı olduğu için davacının zararı kalmadığı gerekçesiyle ek davayı reddetmiştir. Kararın istinaf edilmesi üzerine bölge adliye mahkemesi, ilk davada alınan bilirkişi raporunun ek davaya bakan mahkemeyi kesin delil niteliğinde olmadığı için bağlamadığını, bu raporun ek davada denetlenebileceğini, ek davada dava konusu edilen kısmın davacı tarafça kanıtlanması gerektiği, davacının zararı ilk davada giderildiğinden bunu aşan bir zararı olmadığı için ek davanın reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi ise yargısal denetimden geçen ve artık bağlayıcı duruma gelen bilirkişi raporunun daha önce davalı tarafça ileri sürülmeyen yeni itirazlarla tartışılabilir hale gelmediği ve bu durumun başvuru konusunun değil davalı idarenin kusurundan kaynaklandığı gerekçesiyle hukukî belirlilik ve öngörülebilirlik ile bağdaşmadığından, başvuru konusunun mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir.

Kanaatimizce kısmî davada alınan bilirkişi raporunun ek davada bağlayıcı olup olmadığı konusunda delillerin niteliğinden yola çıkılarak sonuca varılması isabetli değildir. Bilirkişi raporunun takdiri delil olduğu kanunen açıktır, ona daha kuvvetli bir delil gücü mahkeme kararları yolu ile tanınmaz. Burada kısmî davada verilen kararın, ek davada bağlayıcı olup olmadığı ve bağlı olacağı ne ölçüde bağlayıcı olacağı sorunu söz konusudur. Kısmî dava ile ek dava, tarafları ve dava sebebi aynı olan fakat dava konusu yapılan uyuşmazlık miktarı

bakımından birbirinden farklı olan davalardır. Bu durumda kesin hükmün olumlu etkisi akla gelmelidir. Kesin hükmün olumlu etkisi bakımından ek davaya bakan hâkim, ilk davada hükme esas alınan bilirkişi raporu çerçevesinde verilmiş karar ile bağlı olur. İlk davada birden fazla bilirkişi raporu da alınmış olabilir, ama hâkim yargılama faaliyeti kapsamında raporları değerlendirerek bir sonuca varmış ve hükme esas alarak kısmî davada esasa ilişkin bir nihai karar vermiştir. Konuyu kesin hükmün kapsamı bakımından da irdelemek gerekir. Kesin hüküm kural olarak hüküm fıkrasında karar verilen hususlar ile sonuç doğurur (HMK m. 303/II). Ancak hükmün gerekçesi ile hüküm fıkrası arasında sıkı bir bağ varsa gerekçenin de kesin hükme dâhil olduğu kabul edilmektedir. Bu çerçevede kesin hükmün başka bir davada bağlayıcı olup olmadığını tespit edebilmek için gerekçeye bakılması gerekiyorsa onun kesin hükmün kapsamında olduğunu istisna olarak kabul etmek gerekir. Bu nedenle kısmî hükmün ek davada bağlayıcı olması da gerekçenin kesin hükmün kapsamında yer aldığı istisnai hâllerden biri olmalıdır.

Ek davaya bakan hâkimin, kısmî davadaki hükmü dikkate almadan karar vermesi veya bu hükmü sonuçsuz bırakacak biçimde bilirkişi raporu tekrar değerlendirilerek kısmî davadaki kesin hükmün aksine karar vermemesi gerekir. Aksi durum çelişkili kararların ortaya çıkmasına sebebiyet vereceği gibi hukukî belirliliği de ihlâl eder nitelikte olur. Ek davada kısmî davadaki kesin hükmün aksine karar vermek aynı zamanda sürpriz karar verme yasağına da aykırı olur ve bu bağlamda adil yargılanma hakkını da ihlâl eder.

Anahtar Kelimeler: Kısmî dava, kesin hüküm, kesin hükmün olumlu (bağlayıcı) etkisi, bilirkişi raporu, kesin delil-takdiri delil.

*

EVALUATIONS ON THE BINDINGNESS OF THE EXPERT REPORT RECEIVED IN PARTIAL LAWSUIT IN THE LIGHT OF AN INDIVIDUAL APPLICATION DECISION

ABSTRACT

The decision of the Constitutional Court with the application number 2017/15460 and the decision date of 8.9.2020 on the application of *Mehmet Beşir Arda* was effective in choosing the subject of this report. The subject of the application is the claim that the right to property has been violated due to the fact that gained the quality of “conclusive evidence” obtained in the partial lawsuit was not taken into account in the additional case.

In civil procedural law, partial lawsuit is regulated by Article 109 of the Code of Civil Procedure under the title of “Types of Cases”. According to this provision, a partial lawsuit is one in which only a part of the subject matter of the action is brought in cases in which the subject matter is divisible by its nature.

Res judicata is the final resolution of the dispute between the parties and expresses the finality power given to court decisions. *Res judicata* has two effects: negative and positive effect. Negative effect is when there is a decision that constitutes a final judgement, the same parties cannot see a second case with the same cause and subject. For this, a *res judicata* objection can be raised in the second case and the judge will take it into account *ex officio*. The positive effect of *res judicata* is that the court is bound by *res judicata* in a second case with the same parties and the same cause.

Different opinions have been presented in legal theory as to whether the decision rendered in a partial lawsuit is binding in subsequent cases. These opinions reveal different results depending on whether a decision of acceptance or rejection is given in partial lawsuit.

The Court of Cassation does not have stability in its decisions on whether or not partial lawsuit is binding in additional case. In some of its decisions, the Court of Cassation considers the decision given in partial lawsuit as conclusive evidence, and sometimes even states that it has *res judicata* quality.

The opinion of an expert shall be obtained in cases where the solution requires special or technical knowledge outside law, upon request of one of the parties or by decision *ex officio*. In civil procedural law, expert report is accepted among discretionary evidences. This issue is clearly regulated in Article 282 of Code of Civil Procedure.

In our opinion, it is not appropriate to reach a conclusion by starting from the nature of evidences on whether or not expert report taken in partial lawsuit is binding for additional case. In terms of positive effect of *res judicata*, judge who looks at additional case is bound by decision given within framework of expert report taken as basis for judgement in first case. Judge who looks at additional case should not make a decision without taking into account judgement in partial lawsuit or re-evaluate expert report in a way that will render this judgement ineffective and should not make a decision contrary to *res judicata* in partial lawsuit.

Keywords: Partial lawsuit, *res judicata*, binding effect of *res judicata*, expert report, conclusive evidence-discretionary evidence.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN NORM DENETİMİNDE İNCELEMENİN KAPSAMINI VE KARARIN GEREKÇESİNİ ÖLÇÜ NORMLAR YÖNÜNDEN SINIRLAMASI

Ar. Gör. Ali Erdem DOĞANOĞLU

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0001-7346-3389, demdoganoglu@gmail.com

ÖZET

6216 sayılı *Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun* 43. maddesinin üçüncü fıkrasında da belirtildiği üzere, norm denetiminde Anayasa Mahkemesi'nin başvuran tarafından ileri sürülen anayasaya aykırılık gerekçesiyle bağlı olmadığı ve buna paralel olarak başvuruda ileri sürülmeyen bir gerekçeyle de başvuru konusu kuralı iptal etme yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir. Buradan hareketle, bir kuralın anayasaya uygunluğunun esas yönünden denetlenmesi durumunda, sonuçta denetimin anayasallık blokunda yer alan tüm ölçü normlar bakımından yapıldığı varsayılabilirse de, hayatın olağan akışından kaynaklanan kısıtlar ve aynı zamanda norm denetimi yoluyla ulaşılması amaçlanan hedefler bakımından ihtiyaç duyulmaması nedeniyle, yazılan gerekçeli kararlarda denetlenen kuralın anayasallık blokunda yer alan her bir ölçü norma uygun olup olmadığına ilişkin bir inceleme ve değerlendirmeye yer verilmez.

Anayasallık blokunda yer alan her bir ölçü norm bakımından değerlendirme yapılması mümkün veya gerekli olmasa da, norm denetimi kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurularda çoğu kez iptali istenen her bir kuralın birden çok anayasa hükmüne veya anayasal ilkeye aykırı olduğu ileri sürüldüğünden ve ayrıca kimi zaman da Anayasa Mahkemesi denetlediği kuralı başvuruda değinilmeyen bazı anayasa hükümleriyle de doğrudan ilgili gördüğünden, anayasaya uygunluk denetiminin çok sayıda anayasa hükmünü içeren bir kapsamda yapılabileceği akla gelebilir. Oysa Anayasa Mahkemesi, belirli bir kuralın anayasaya uygunluğunu denetlerken yaptığı incelemeyi ve gerekçeli kararında ortaya koyduğu değerlendirmeyi çoğu kez bir ya da birkaç anayasa hükmü veya anayasal ilke ile sınırlamaktadır. Sözü edilen nedenlerle denetimin değerlendirme ölçütleri bakımından sınırlandırılması mümkün, makul ve hatta zorunlu olsa da, sınırlamanın, Mahkeme tarafından hangi durumlarda nasıl yapıldığı ve ne gibi sonuçlar doğurduğu, üzerinde durmaya değer hususlardır.

Mahkeme, özellikle geniş kapsamlı anayasaya aykırılık iddialarının bulunduğu başvurularda incelemeyi sınırladığında, durumu gerekçeli kararlarında çeşitli ifadelerle belirtebilmekte ve bu ifadeler Mahkeme'nin sınırlamayı hangi çerçevede yaptığını dair ipuçları sunmaktadır. Bildiride Mahkeme'nin kararlarında kullandığı ifadeler ve ortaya koyduğu gerekçelerle yaptığı denetimin kapsamını ölçü normlar bakımından nasıl sınırladığına ve bu

bağlamda ortaya çıkabilecek çeşitli sorunlara değinilecek, bu sorunlar Mahkeme'nin temel yapısal özellik ve işlevleri bakımından ele alınacak ve böylece Mahkeme'nin tutumu eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirilecektir. Tüm bunlar için, şu iki sorunun cevabı aranmalıdır: Mahkeme hangi durumlarda ve hangi gerekçelerle, denetlediği kuralın Anayasaya aykırılık iddiaları arasında yer verilen veya herhangi başka bir nedenle ilişkilendirilebilecek ölçü normlara aykırı olup olmadığını incelememektedir? Mahkeme'nin bu bağlamda vardığı sonuçlar nasıl yorumlanmalıdır? Sonuçta bu sorulara verilecek cevaplardan hareketle Anayasa Mahkemesi'nin tutumuna yönelik eleştirel bir değerlendirme yapmak da mümkün olacaktır.

Verdiği kararlar, üzerinde durulan konu bakımından gözden geçirildiğinde, Anayasa Mahkemesi'nin ölçü normlar bakımından inceleme ve gerekçenin kapsamını, genel olarak nedenleri bakımından iki farklı durumda sınırladığı saptanmaktadır. Birincisi Mahkeme denetim konusu norm ile Anayasaya aykırılık iddialarının dayandırıldığı veya herhangi bir nedenle gündeme gelen ölçü norm arasında *anayasaya uygunluk denetimine esas alınabilecek düzeyde bir ilişki bulunmadığı* kanaatine vardığı durumlarda, denetimin kapsamını sınırlamakta ve söz konusu ölçü norm bakımından inceleme yapmamaktadır. Mahkeme, bu şekilde verdiği nispeten eski tarihli kararlarında durumu, denetlenen normun ölçü norm ile “doğrudan” ilgisinin veya “doğrudan” bir ilişkisinin görülemediğini belirterek ifade etmiştir.¹ Daha sonraki birçok kararında ise Mahkeme, “doğrudan” vurgusu yapmaksızın denetlenen normun, üzerinde durulan ölçü normla “ilgili” görülmediğini belirterek incelemeyi tamamlamıştır.²

Mahkeme ikinci olarak, öncesinde başka ölçü normlar çerçevesinde yapılan değerlendirme ile bir sonuca varılması ve bir diğer ölçü norma uygunluk bakımından yapılacak incelemenin *varılan sonucu değiştirmeyecek olması* kanaatiyle incelemeyi sonlandırıp söz konusu diğer ölçü norma uygunluk denetimi yapmaktan kaçınabilmektedir. Bu nitelikte olmakla birlikte şu durumu bir diğerinden ayırmak gerekir: Mahkeme, özellikle son yıllarda verdiği kararlarında, öncesinde yaptığı inceleme ve değerlendirmenin aslında doğrudan adını ya da dayanak Anayasa maddesinin numarasını belirtmese de ilgili diğer ölçü norm bakımından bir denetimi de kapsadığını bildirerek söz konusu diğer ölçü norm bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç olmadığını açıkça ifade etmektedir. Bu kararlarında Mahkeme ölçü normlar arasındaki özellik genellik ilişkisinden söz etmekte, özel hüküm bakımından yapılan değerlendirmenin genel hüküm bakımından yapılabilecek değerlendirmeyi de içerdiği kanaatiyle genel hüküm bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılmasına gerek görülmediği sonucuna varmaktadır.³ Tartışılabilir yanları olsa da, bu durumda bir sınırlamadan ziyade incelemenin kapsamına ilişkin Mahkeme tarafından yapılan bir vurgudan söz etmek

¹ E. 1985/9, K. 1986/14, 26.06.1986, s. 10; E. 1989/6, K. 1989/42, 07.11.1989, s. 17; E. 1990/30, K. 1990/31, 29.11.1990, s. 12; E.1991/7, K. 1991/43, 12.11.1991, s. 6.

² E. 1997/29, K. 1998/19, 21.05.1998, s. 5; E. 2008/73, K. 2009/120, 01.10.2009, s. 3; E. 2008/57, K. 2010/26, 04.02.2010, s. 5; E. 2008/80, K. 2011/81, 18.05.2011, s. 11; E. 2012/40, K. 2012/158, 18.10.2012, s. 5; E. 2011/65, K. 2013/49, 28.03.2013, s. 17, 18, 21, 29; E. 2015/46, K. 2017/130, 26.07.2017, p. 12, 61, s. 5, 13; E. 2019/108, K. 2019/101, 25.12.2019, p. 33, s. 6.

³ E. 2015/41, K. 2017/98, 04.05.2017, p. 318, s. 80; E. 2018/89, K. 2019/84, 14.11.2019, p. 38, 53, 64, s. 10, 13, 14; E. 2019/50, K. 2019/96, 25.12.2019, p. 37, s. 8; E. 2019/46, K. 2020/55, 15.10.2020, p. 21, s. 6; E. 2021/1, K. 2021/32, 29.04.2021, p. 37, s. 8.

daha doğru olur. Burada Mahkeme ilgili iddiaları kapsayıcı bir değerlendirmenin önceden yapılmış olduğunu belirtmekte ve bu kanaatini gerekçelendirmektedir.

Mahkeme'nin vardığı sonucu değiştirmeyeceği gerekçesiyle ve başka ölçü normlar bakımından inceleme yapılmasına gerek olmadığı kanaatıyla denetimini sona erdirdiği bir diğer ve asıl üzerinde durulması gereken durum ise şudur: Mahkeme, daha önce yaptığı değerlendirme sonucunda denetim konusu düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu kanaatine varmış ise, denetlenen norm ile norm denetimine esas alınabilir düzeyde bir ilişkisi bulursa dahi başka ölçü normlar bakımından değerlendirme yapmaktan kaçınabilmektedir. Mahkeme bu tür kararlarının bir kısmında, denetlenen norm anayasaya aykırı bulunarak iptal edildiği için diğer ölçü norm veya normlar bakımından değerlendirme yapılmasının “gerekli” görülmediğini belirtmiştir.⁴ Aynı yöndeki diğer kararlarında ise Mahkeme, yine düzenlemenin anayasaya aykırı bulunarak iptal edildiğini ifade etmekle birlikte, buna ihtiyaç duyulmadığını dahi belirtmeksizin ilgili diğer ölçü normlar yönünden bir inceleme yapılmadığını bildirmekle yetinmiştir.⁵

Anayasa Mahkemesi'nin ölçü normun denetlenen norm ile denetime esas alınabilecek düzeyde bir ilişkisi olmadığı ya da aynı kuralın denetlenmesi kapsamında daha önce yaptığı değerlendirmenin bir diğer ölçü norm bakımından yapılabilecek incelemeyi de içerdiği kanaatıyla incelemesini ve gerekçesini sonlandırması anlaşılmalıdır. Bu yöndeki kararlarında zamanla giderek belirginleşen ve özellikle durumun ifade edilmiş biçimine ilişkin bir özensizlik göze çarpmaktaysa da, ilkesel olarak hukuken bir sorun görünmemektedir. Ancak iptal sonucunun değişmeyeceği kanaatıyla inceleme ve gerekçenin sonlandırılması hakkında aynı sonuca varmak güçtür.

Özetle, norm denetimi kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne yüklenen görev ve işlevlerin gereği, denetlenen normun anayasaya uygun olup olmadığının saptanmasından ibaret değildir. Anayasa Mahkemesi, demokratik değerler ve meşruluk bakımından kimi zaman eleştirel bir bakış açısıyla ifade edilse de, hukuk kurallarıyla belirlenmiş mevcut yapısıyla, aynı zamanda bir tür *kanun koyucu* işlevi görür.⁶ Hem iptal ederek denetlediği normları hukuk düzeninden çıkarma yetkisine sahiptir; hem de kararlarının tüm kişi ve organları bağlayıcı etkisinin bir sonucu olarak, gerekçeli kararları aracılığıyla denetim kapsamındaki kuralları koymaya yetkili kişi ve organları yönlendirir. Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi, anayasa hükümlerinin anlamlandırılması konusunda da en yetkili organdır.⁷ Ayrıca, iç hukuk düzeni *stare decisis*

⁴ E. 1979/30, K. 1980/2, 15.01.1980, s. 8; E. 2009/67, K. 2009/119, 01.10.2009, s. 3; E. 2008/17, K. 2010/44, 25.02.2010, s. 10; E. 2009/33, K. 2010/78, 03.06.2010, s. 3; E. 2008/80, K. 2011/81, 18.05.2011, s. 9, 16; E. 2014/62, K. 2014/125, 03.07.2014, s. 3; E. 2014/177, K. 2015/49, 14.05.2015, s. 32; E. 2014/88, K. 2015/68, 13.07.2015, p. 53, 60, 98, s. 19, 20, 26.

⁵ E. 2013/39, K. 2013/65, 22.05.2013, s. 5; E. 2014/177, K. 2015/49, 14.05.2015, s. 40; E. 2019/48, K. 2019/74, 19.09.2019, p. 37, s. 8; E. 2019/62, K. 2019/98, 25.12.2019, p. 16, s. 5; E. 2019/108, K. 2019/101, 25.12.2019, p. 33, s. 6.

⁶ Comella, Victor Ferreres, *Constitutional Courts & Democratic Values, A European Perspective*, Yale University Press, New Haven & London 2009, s. 15 vd.

⁷ Goldsworthy, Jeffrey, “Constitutional Interpretation”, içinde *the Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (Ed.: Michel Rosenfeld ve Andras Sajó), Oxford University Press, Oxford 2012, s. 690;

ilkesinin benimsenmesi anlamında içtihadî nitelik taşımasa da, *hukuk devleti* ve onun bir unsuru olarak *hukuki güvenlik ilkesi* gereği hukuk düzeninde mahkeme kararları ve kanunlar dahil diğer kamu hukuku işlemleri bakımından belirli düzeyde bir tutarlılık ve devamlılık ihtiyacı vardır.⁸ Anayasa Mahkemesi'nin de *negatif kanun koyucu* ve *otantik yorumcu* olarak bu ihtiyacın giderilmesinde önemli bir rolü bulunmaktadır.⁹ Anayasa mahkemeleri ve anayasa mahkemesi yargıçları bu görevlerini yerine getirerek hukukun konulmasına katılırlar.¹⁰ Bunlar ve burada değinilmeyen benzeri ilgili nedenlerle Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçeleri Anayasa Mahkemesi'ne yüklenen işlev ve görevlerin yerine getirilmesi konusunda en önemli araçtır. Gerekçenin kapsamının nasıl belirlendiği de bu nedenle son derece önemlidir. Öyleyse Anayasa Mahkemesi norm denetimi kapsamında teknik olarak önüne gelen talebi bir sonuca bağlamakla yetinmemeli, kararlarında değinilen işlev ve görevlerini yerine getirecek kapsam ve düzeyde bir gerekçe ortaya koymalıdır. Bu kabul çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında da, Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarına yansıyan ve sırf iptal sonucuna ulaşılması nedeniyle incelemenin sonlandırılması yönündeki tutumu yerinde görülmemektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, anayasa yargısı, norm denetimi, ölçü norm.

*

THE CONSTITUTIONAL COURT'S LIMITATION OF THE SCOPE OF THE REVIEW AND THE REASONING OF THE DECISION IN CONSTITUTIONALITY REVIEW IN TERMS OF THE CRITERION NORMS

ABSTRACT

In constitutionality review, it is accepted that the Constitutional Court is not bound by the grounds of unconstitutionality put forward by the applicant and has the authority to annul the rule subject to the application on a ground not put forward in the application. These are also regulated in the third paragraph of Article 43 of the Law No. 6216 on *Establishment and Rules of Procedures of the Constitutional Court*. Based on this, in cases where the constitutionality of a rule is reviewed on the merits, it can be assumed that the review is carried out in compliance with the all criterion norms in the constitutionality block. However, due to the limits arising

Gözler, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş – Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, US-A Yayıncılık, Ankara 1998, 195 vd.

⁸ *Stare decisis* genel olarak Anglo Amerikan hukuk düzeninde kabul edilen ve kısaca daha önce verilen ve içtihat niteliği kazanmış yargı kararların daha sonra gerçekleşen aynı nitelikteki hukuki sorunların çözümünde uygulanması zorunluluğunu ifade eder. (Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, 9. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2003, s. 66.) Ayrıca bkz.: Sadurski, Wojciech, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer, Dordrecht, 2005, s. 44-45.

⁹ *Otantik yorumcu* adlandırması Michel Troper'den aktarımla Gözler tarafından kullanılmıştır. Bunun için Bkz: Gözler, 1998, s. 197.

¹⁰ Sweet, Alec Stone, "Constitutional Courts", içinde the *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (Ed.: Michel Rosenfeld ve Andras Sajó), Oxford University Press, Oxford 2012, s. 827-828.

from the ordinary course of life and the fact that it is not necessary for the purposes of constitutionality review, the reasoned decisions do not include an examination of whether the rule under review complies with each of the norms in the constitutionality block.

On the other hand, in applications to the Constitutional Court within the scope of constitutionality review, it is often claimed that each rule to be annulled is contrary to more than one constitutional provision or principle. Moreover, sometimes the Constitutional Court considers that the rule under review is directly related to some other constitutional provisions not mentioned in the application. For these reasons, it may be thought that the constitutionality review can be conducted within a scope that includes a large number of constitutional provisions. However, the Constitutional Court often limits its review of the constitutionality of a particular rule to one or a few constitutional provisions or principles. Although it is possible, reasonable and even obligatory to limit the review in terms of evaluation criteria for the aforementioned reasons, it is worth emphasizing how and in which cases this limitation is made by the Court and what kind of consequences it leads to.

When the Court limits the review, it expresses this in various words in its reasoned decisions. These expressions reveal the basis on which the Court makes the limitation. The paper will address how the Court limits the scope of the review in terms of criterion norms and the problems that may arise in this context. These problems will be discussed with respect to the Court's main structural features and functions and thus the Court's position will be evaluated from a critical perspective.

Keywords: Constitutional Court, constitutional jurisdiction, constitutionality review, criterion norms.