

TÜZE

HUKUK DERGİSİ

Adana Adıyaman Diyarbakır Hatay Gaziantep Elazığ
Kilis Kahramanmaraş Malatya Osmaniye Şanlıurfa



06.02.2023

Başımız sağ olsun....





TÜZE HUKUK DERGİSİ

"DOĞRU OLMANIN ÖZBELİRTİSİ"

HUKUK TOPLULUĞU ADINA

YAYIN SAHİBİ

Mustafa Kaan Sığırcı

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Doğukan Coşkun

YAYIN DANIŞMANI

Dr. Öğr. Üyesi Didem KAYALI

TASARIM

Burak BİÇER

Doğukan COŞKUN

Selin AYDINLI

Hasan AYDİN

Ahmet BOLKAN

YAYIN TÜRÜ

YEREL SÜRELİ

YAYIN ŞEKLİ

3 AYLIK-TÜRKÇE

İDARE ADRESİ

TOBB EKONOMİ VE

TEKNOLOJİ ÜNİVERSİTESİ

Söğütözü Cad. No:43

Söğütözü/ANKARA

BAHAR 2022-2023

YAYIN EKİBİ

Ahmet BOLKAN

Ali Kaan KARAKAŞ

Burak BARKUZ

Burak BİÇER

Berre Nazlı ÇEVİK

Cevahir Beyza OĞAN

Dila ÖZDEMİR

Doğukan COŞKUN

Ece Aydan EROL

Fatih Samed KILIÇASLAN

Fatih ÖNÜRME

Fulya Azra KARAKUŞ

Hasan AYDİN

İrem UZ

İsmail ARSLAN

Mehmet Emre CANDAN

Mustafa Kaan SİĞİRCİ

Ravzanur KURUL

Raziye GÖNEN

Selin AYDINLI

Selin CENGİZ

Şevval İLHAN

6 Şubat 2023 tarihinde yaşadığımız 2 büyük depremle sarsıldık. 45 bini aşkın insanımız hayatını kaybetti. Bazen bir sayıyı telaffuz ederken ağzımızdan kolayca çıkabiliyor, bir çırpıda söyleyebiliyoruz. Ama bu sayının arkasındaki gerçekliği göz ardı edebiliyoruz. Öyle bir felaket ile karşı karşıya kaldık ki aslında bu sayının öyle bir çırpıda dilimizden dökülemediğini, ülkenin her yerinde içimizin yandığını hissettik. Belki depremin yarattığı yıkım 11 ilde görüldü ancak manevi yıkım her birimizin yüreğinin en derinlerine tesir etti. Bir gün içerisinde her şey değişti, geri dönülemez şekilde...

Bu coğrafyanın tarihinde daha önce de büyük depremler görülmüş olmasına rağmen yüzyıllar öncesinde yerleşim ve nüfusun bu denli fazla olmadığını düşünürsek felaketin büyüklüğü kendini tarihi perspektiften de göstermekte.

Cumhuriyetimizin 100.yılına girmeye yaklaştığımız bugünlerde yapacak çok işimizin olduğunun farkına vardık. İkinci yüzyılda milletimizin bu acıları bir daha yaşamaması için daha çok çalışmalı, birlik ve beraberliğimizi geleceğimizi aydınlatmak için kullanmalı ve en önemlisi de bilimin gösterdiği yoldan gitmeliyiz. Cumhuriyetimizin kurucusu Mustafa Kemal Atatürk bu hususta biz yeni nesillere şunları söylüyor; "Benim manevi mirasım ilim ve aklıdır. Benden sonrakiler, bizim aşmak zorunda olduğumuz çetin ve köklü zorluklar karşısında, gayelere tamamen eremediğimizi fakat asla taviz vermediğimizi, akıl ve ilmi rehber edindiğimizi tasdik edeceklerdir."

Çetin ve köklü zorluklar karşısında bir olup Cumhuriyetimizin ikinci yüzyılında milletimizi ve devletimizi daha ileriye taşımak, yaralarımızı hep beraber sarmak için çalışmalı, bu yolda tıpkı deprem sonrasındaki gibi birlik ve beraberliğimizden güç almalıyız.

Tüze Hukuk Dergisi olarak, yaşadığımız bu büyük felaket nedeniyle milletimize baş sağlığı diliyor ve 11.sayımızı depremde hayatını kaybeden vatandaşlarımıza adıyoruz.

Doğukan Coşkun

İLETİŞİM ADRESLERİ

tuzehukukdergisi@gmail.com

Instagram (@tuzehukukdergisi)

Twitter (@tuzehukukdergi)

RÖPORTAJLAR

5

Yunus Arıncı ile Konu Röportajı

-Hazırlayan: Ravzanur Kurul/Ece Aydan Erol/Selin Aydın/Doğukan Coşkun-

9

Akın Ekici ile Kültür Sanat Röportajı

-Hazırlayan: Cevahir Beyza Oğan/Hasan Aydın-

HUKUKİ YAZILAR

13

Refakatsiz Çocukların Korunması

-Av. Burak Biçer-

15

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ve Lex Commisoria Yasağı

-Av. Dila Özdemir-

17

Hukukun Evrensel İlkesi Olarak Tabii Hakim İlkesi Ve Uygulama Alanları

-Fulya Azra Karakuş-

21

Uluslararası Yatırım Tahkiminde Bifurcation Kavramı

-Mustafa Kaan Sığircı-

23

Kamu Görevlileri Açısından Liyakat Sisteminin Türk Hukuk Tarihi Kapsamında İncelenmesi

-Ali Kaan Karakaş-

doğru olmanın özbelirtisi...

25 Doktrin ve Yargı Kararları Doğrultusunda Bilgilenmiş Kullanıcı Kavramı -Doğukan Coşkun-

29 Anonim Şirketlerin Kendi Paylarının İktisabı -LL.M. Av. Sultan Feryal Oral Yalçınkaya-

33 1982 Anayasasında Savunma Hakkı -Mete Hasan Başpınar/Hatice Demirci-

KÜLTÜR-SANAT

35 "Son Kez"

-Hasan Aydın-



Dekanımızdan

TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi öğrencilerini TÜZE dergisini çıkarmış olmalarından dolayı kutluyorum. Henüz 2009 yılında kurulan Fakültemizin öğrencilerinin her alanda kendilerini geliştirdiklerini görmekten büyük heyecan ve gurur duyuyorum. COVID-19 salgınının olduğu bu dönemde dahi öğrencilerimizi elektronik mecrada (online seminerler-konferanslar) etkinliklerine devam etmelerinden dolayı ayrıca tebrik ediyorum.

Hukuk eğitimi veya hukukçunun eğitimi günümüzün en güncel ve önemli konuları arasında yer alıyor. Gelişen ve farklılaşan sosyal ve ekonomik yaşam, hukuk eğitimi alanında da dönüşümü gerektirmektedir. Bu anlamda hukuk eğitiminin de kitle eğitimi yerine, öğrenci ile öğretim üyesinin karşılıklı etkileşimi ile öğrencinin kendisini ifade edebilmesine olanak verecek ve yaratıcılığını destekleyecek şekilde yapılandırılması bu dönüşümü sağlamada önemli bir adımdır. Elbette bu adım, Hukuk Fakültesi kontenjanlarının olabildiğince sınırlandırılması ile atılabilir. Teorik bilgi hukuk eğitiminin olmazsa olmaz bir unsurudur. Öğrencinin derste anlatılanların yanında, bu konuları gerektiğinde birden fazla kaynaktan okuyarak öğrenmesi büyük önem taşır. Bu teorik bilginin, öncelikle içselleştirilmesi ardından da bu bilginin somut olaya uygulanmasını sağlayacak yöntemlerin de öğrenilmesi gerekir. İşte o zaman öğrenci hukuki sorunları analiz edebilme ve hukuk bilgisine dayanarak çözebilme yetisini elde etmiş olur. Bu anlamda TOBB ETÜ’de, öğrenciler, henüz eğitimlerini tamamlamadan gerek mahkemelerde özellikle hukuk uygulamasına yön veren Yargıtay, Danıştay, Bölge Adliye Mahkemeleri gibi yüksek mahkemelerde, gerekse TOBB, Türkiye Noterler Birliği ve Baş Kamu Denetçiliği gibi kurumlarda ve avukatlar yanında uygulamanın içerisinde bulunma olanağına sahip olmaktadır. Lisans seviyesinde eğitimleri sırasında doğrudan uygulamaya katılan öğrencilerin kendilerini ifade etme becerileri artmakta ve öğrenciler “öğretirken öğren” yöntemiyle şekillendirilmiş hukuk klinikleri projelerinde de yer alabilmektedirler.

TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi öğrencilerimizden oluşan Hukuk Topluluğu, aldıkları nitelikli hukuk eğitiminin yanında sosyal, kültürel ve akademik alanlarda ulusal ve uluslararası etkinlikler düzenleyerek; bir yandan kişisel ve akademik olarak gelişmekte diğer yandan ise kendilerini ifade edebilme olanağı bulmaktadır. Bu etkinlikler arasında yer alan TÜZE Hukuk Dergisini çıkarmak başlı başına övgüyü hak etmektedir. Bu dergi aracılığıyla, bilgilerini ve deneyimlerini paylaşan ve kendilerini daha da geliştirme yolunda ilerleyen TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi öğrencilerini candan kutluyor, başarılar diliyorum.

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA
TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi Dekanı

Topluluk Başkanından



TOBB ETÜ Hukuk Topluluğu tarafından çıkartılan Tüze Hukuk Dergisi'nin bu dönemki sayısı ile karşınızdayız. Tüze Hukuk Dergisi; 2017 yılından beri varlığını sürdüren, bugün itibariyle çıkarttığı sayı çift haneli sayılara ulaşmış, yüzlerce tiraja sahip olan ve en önemlisi TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi öğrencilerinin yani bizlerin en kıymetli hazinelerinden birisi haline gelmiştir. Dinamik ve nitelikli bir vizyonla çalışmalarını TOBB ETÜ çatısı altında sürdüren Hukuk Topluluğumuzun gözdesi ve en fazla emek harcadığı faaliyeti hiç şüphesiz Tüze Hukuk Dergimizdir. TOBB ETÜ Hukuk Topluluğu olarak resmi yayın organımız olan Tüze Hukuk Dergisi için yegane amacımız bu değerli çalışmaların, bundan yıllar sonra da istikrarını koruyarak devam etmesini sağlamak ve mümkün olduğunca çok daha fazla okurla buluşabilmesine aracı olmaktır. Çalışmalarımızın bu doğrultuda hız kesmeden devam edeceğini belirtirken aynı zamanda bu güzel ve değerli oluşumu asıl meydana getiren Tüze Hukuk Dergimizin pek kıymetli Yayın Ekibine de buradan teşekkürlerimi iletmeyi bir borç bilirim.

TOBB ETÜ Hukuk Topluluğu, TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi öğrencileri tarafından kurulmuş bir öğrenci topluluğudur. Başta TOBB ETÜ öğrencileri olmak üzere tüm hukuk fakültesi öğrencilerine hizmet etmeyi ve de Ankara'nın ve ülkemizin en aktif ve en etkili öğrenci kulübü olmayı, gerçekleştirdiği yüksek nitelikli ve nicelikli faaliyetleriyle kendisine amaç edinmiştir. Kurulduğu günden bu yana hukukun güncelliğine ve hukukçunun sosyalliğine olan inancıyla üyelerimizin akademik ve kültürel gelişimlerine her alanda yaptığımız çeşitli etkinliklerle katkıda bulunmak topluluğumuzun kuruluşundan beri en büyük gayemizdir. Bu uğurda yaptığımız geleneksel hale gelen Hukukta Kariyer Günleri, Hukukçusu Olmak, Akademix etkinlikleri başta olmak üzere birçok etkinliğimizde kariyer basamaklarımızı şekillendirmeye çalışıyoruz. Ayrıca sosyal medya kullanımının bu kadar arttığı dijital mecralarda farkımızı Instagram, Twitter ve LinkedIn haricinde Spotify'daki kanalımızda podcast yayınlarımızla ve YouTube yayınlarımızla göstermeye gayret ediyoruz. Hukukun birçok alanına dokunmaya çalıştığımız marka etkinlikler gerçekleştirerek sadece kendi üniversitemiz bünyesindeki öğrencilerle değil, Ankara'daki ve tüm Türkiye'deki hukuk öğrencileriyle, avukatlarla, bürokratlarla, akademi ve mahkeme mensuplarıyla temas halinde bulunmayı amaçlıyoruz. Bu kapsamda, Türkiye'deki tüm hukuk toplulukları ile iletişim halinde olmaya gayret gösteriyor ve ortak etkinliklerimizin planlamasını, hazırlığını yapıyoruz. Ayrıca meslek örgütlerine, kamu kurumlarına ve yüksek mahkemelere gezi ve ziyaretler düzenliyor ve de akademik fayda güden ilişkiler kurmaya çalışıyoruz. En nihayetinde bir öğrenci kulübü olmamız hasebiyle sadece akademik etkinlikler düzenlemiyor; derslerden bir nebze uzaklaşmayı sağlayan eğlenceleri, kültürel ve sosyal etkinlikleri de eksik etmiyoruz. Ek olarak, üyelerimizle beraber yürüttüğümüz sosyal sorumluluk projelerimizle yardımlaşma bilincimizi canlı tutarak ihtiyaç sahibi kesimlere bir el de biz uzatıyoruz.

Katılımlarını hiçbir etkinliğimizden eksik etmeyen, bize yaratıcı fikirleriyle ilham olan topluluğumuzun tüm üyelerine ve fikirlerimizi gerçeğe dönüştürmek için her bir mensubu canla başla çalışan TOBB ETÜ Hukuk Topluluğu Yönetim Kurulu Üyelerimize ve Aktif Üyelerimize buradan da bir kez daha teşekkür etmek isterim. Topluluğumuzun yıllar içerisinde bu noktaya gelmesinde en ufak emeği geçen herkesi bu ailenin bir üyesi sayıyor, hali hazırdaki yönetim kurulu olarak çok daha ileriye hep beraber yürümek için son derece hevesli olduğumuzu belirtmek istiyorum. Yönetim Kurulu Başkanı olarak TOBB ETÜ Hukuk Topluluğu ailesinin her bireyini saygıyla selamlıyor, Tüze Hukuk Dergisini elinde bulunduran herkese keyifli okumalar diliyorum. Nice yeni sayılara...

TOBB ETÜ Hukuk Topluluğu Başkanı
Mustafa Kaan Sığirci



Bizlerden

Tüze Hukuk Dergisi olarak siz kıymetli okurlarımızın karşısına çıktığımız ilk sayımızdan itibaren değişen, gelişen ve her geçen gün adından daha çok söz ettirerek büyüyen bir dergi olmakla birlikte; önümüzdeki süreçte de dinamik, objektif, kendine hukuk dünyasında daha çok yer edinen bir dergi olmak için çabalıyor ve yayın ekibi olarak hep beraber çalışmaya devam ediyoruz.

Amacımız fikirlerimizi, araştırmalarımızı, incelemelerimizi ve kendimizden size aktarmak istediklerimizi “hukuk” ile anlatmaktır. Yarının hukukçuları olarak “Tüze Hukuk Dergisi” çatısı altında entelektüel birikimimizi artırmak, sağlamış olduğumuz birikim çerçevesinde üretmek ve bunları size aktarmak için çalışmalarımızı sürdürüyoruz. Sokrates’in “Bilgi ruhun gıdasıdır” dediği gibi bizler de bilginin kıymetini ve önemini biliyor, ruhlarımızı ve zihinlerimizi bilgiyle buluşturmak adına bu yolda durmadan ilerliyoruz.

Tüze Hukuk Dergisi Yayın Ekibi olarak hukukun zengin denizinde barınan her konuya, ayrıca sanat, edebiyat, tarih gibi birçok alana temas ederek zihin ürünlerimizi ortaya koymak, bilgi ve entelektüel birikime önem veren genç hukukçular olarak bu ürünleri göz bebeğimiz Tüze Hukuk Dergisinde siz değerli okurlarımıza sunmaktan büyük mutluluk ve kıvanç duyuyoruz. Dergimizin içeriği, alanında uzman saygıdeğer hukukçuların röportajları, yayın ekibimizin güncel hususlara yahut çeşitli hukuki konulara yönelik araştırma ve inceleme yazıları, kitap-film tanıtımları, TOBB ETÜ Hukuk Topluluğumuzun etkinliklerinin duyurulduğu birçok bölümden oluşmaktadır.

Bu yolda ilerlerken kıymetli destekleriyle bizlerin yanında olan başta TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı olmak üzere değerli hocalarımıza ve resmi yayın organı olduğumuz TOBB ETÜ Hukuk Topluluğu’na teşekkürü borç biliriz.

Son olarak, göz bebeğimizin 10.sayısını çıkarmanın iftihar ve mutluluğuyla, geçmişte yaptıklarımızı geleceğimize düstur edinerek, emeğimizin sonucunu dergimizin her zerresinde hissederek ortaya çıkaracağımız daha nice sayılarımızda sizlerle buluşmayı temenni ediyor ve siz kıymetli okurlarımızı dergimizin sayfalarında keyifli bir yolculuğa uğurluyoruz.

Tüze Hukuk Dergisi Yayın Ekibi Adına
Doğukan Coşkun

*ÇAĞDAŞ İLERLEMELER MİLLETLERİN UYGAR
GEREKSİNİMLERİNİ GENİŞLETME, ARTIRMA VE
AYDINLATMA VE BU UYGAR GEREKSİNİMLERLE
ORANTILI UYGAR HAKLARIN VARLIĞINI
GEREKTİRİR.*

Mustafa Kemal Atatürk



I KONU RÖPORTAJI I



1.Yunus Bey merhabalar. Yunus Arıncı Kimdir? Sizi bir de kendinizden dinlemek isteriz.

20 Mart 1975 tarihinde Ordu Kumru'da doğdum. 1992 yılında Kumru İmam Hatip Lisesini tamamladım. 1996 yılında Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümünden mezun oldum. 2007-2009 yılları arasında Indiana Üniversitesinde Yüksek Lisans yaptım. İkinci üniversite olarak da 2019 yılında Sosyoloji eğitimi tamamladım.

1997 yılında Başbakanlık Müfettiş Yardımcısı olarak göreve başladım, 2000 yılında Müfettiş, 2007 yılında Başmüfettiş oldum. 14 Ekim 2009 tarihinde Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı görevine atandım ve 2015 yılına dek bu görevi sürdürdüm. 2005 yılında 1 yıl geçici görevle TÜBİTAK'ta Daire Başkanı olarak görev aldım. 13 Temmuz 2015 tarihinde Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu Başkanlığı görevine atandım ve halen bu görevi yürütmekteyim.

İyi derecede İngilizce bilmekteyim. Evli ve 3 çocuk sahibiyim.

2. DDK'nın idari yapısını bize anlatır mısınız?

Devlet Denetleme Kurulu, Cumhurbaşkanlığına bağlı üst denetleme organıdır. Kurul; Başkan ve sekiz üyeden oluşan Kurul Karar Organı ile denetim ve soruşturma grupları, Kurul Sekreterliği ve ona bağlı idari birimlerden oluşur.

- Kurul Başkanı, Devlet Denetleme Kurulunu yönetir ve temsil eder. Kurul Başkanı; kurulda alınan kararları uygular, kurul kararlarının yayımlar, tebliğ eder ve kararların gereğinin yerine getirilmesini sağlar, denetim ve soruşturma gruplarını belirler, ve gruplar arasında iş bölümü yapar, programa tabi işlerde denetim ve soruşturma gruplarının çalışma programlarını onaylar, denetleme raporlarını Cumhurbaşkanına sunar ve hem mevzuatla verilen hem de Cumhurbaşkanınca verilecek diğer görevleri yapar.
- Kurul Karar Organı, kurul başkanı ve sekiz kurul üyesinden oluşmaktadır. Kurul karar organı; denetleme usulünü tespit eder, denetim gruplarıncı hazırlanan raporları inceler ve son şeklini verir, Devlet Denetleme Kurulunu ilgilendiren hususlarda görüş verir, Başkan ve Kurul üyelerinin önerilerini görüşüp karara bağlar, kamu kurum ve kuruluşlarının denetim ve soruşturma birimlerinin düzenlemeleri hakkında görüş verir ve mevzuatla verilen diğer görevleri yapar.

Devlet Denetleme Kurulu Başkanı Sn. Yunus Arıncı

- Kurul üyeleri; Kurul çalışma ve kararlarına katılır, denetim ve soruşturma grubuna başkanlık eder, gerekirse çalışma programları hazırlar, grup raporlarını Kurul Başkanlığına sunar ve mevzuatla veya Kurul Başkanınca verilen diğer işleri yapar.
- Denetim ve soruşturma grupları; denetim, inceleme, araştırma ve soruşturma yapacak uzmanlık grupları, denetçi ise; Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulunda denetim, inceleme, araştırma ve soruşturma yapmakla görevlendirilen süreli ve geçici olanlar dâhil denetim görevlileri olarak tanımlanmıştır.
- Denetçiler; denetim ve soruşturma grupları içinde görev onayları ve/veya grup çalışma programlarıyla verilen konularda denetim, inceleme, araştırma ve soruşturma yapar, denetlemelerde görevlendirildikleri konularla ilgili olarak kurum ve kuruluşlar ve bankalar dâhil diğer gerçek ve tüzel kişilerle yazışma yapar, bilgi ve belge ile açıklamalarda bulunulmasını ister, raporlar hazırlar ve Kurul toplantılarında açıklamalarda bulunur, mevzuatla verilen diğer görevler ile Kurul Başkanı ve ilgili Grup Başkanının verdiği işleri yapar.
- Kurul Sekreteri; Kurul Başkanına bağlı ve idari işlemlerin yürütülmesiyle görevli ve sorumludur. Kurul Sekreteri, Kurul Başkanı tarafından atanır.

3. DDK'nın devlet teşkilatındaki yeri ve fonksiyonu nedir?

Merkezi idarenin başkent teşkilatında yer alan Devlet Denetleme Kurulu, Cumhurbaşkanlığının idari teşkilatı olarak, idare içinde konumlanmaktadır.

Devlet Denetleme Kurulu; idarenin hukuka uygun ve verimli çalışmasının ve gelişmesinin sağlanması amacıyla kurulmuş olup yargısal organlar dışındaki tüm kamu kurum ve kuruluşlarında araştırma, inceleme, soruşturma ve denetim yetkisini haizdir. Devlet Denetleme Kurulu Hakkında Beş Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin ikinci maddesi uyarınca Devlet Denetleme Kurulu tarafından kullanılacak olan denetim yetkisi; denetleme, inceleme, soruşturma ve araştırma faaliyetlerini kapsamaktadır.

Ayrıca Kurul, üst denetleme organı olarak kamu kurum ve kuruluşlarında Teftiş Kurullarının inceleme ve soruşturma faaliyetlerinin etkin bir şekilde yürütülmesine ilişkin usul ve esaslar ile bu inceleme ve soruşturmalara ilişkin ilke, yöntem ve standartlarını belirlemeye yetkilidir. Teftiş kurulları ve soruşturmacılar tarafından yürütülecek her türlü inceleme, soruşturma ve raporlama faaliyetlerinde Kurul tarafından belirlenen düzenlemelere uyulur ve Teftiş kurulları ve soruşturmacılarla ilgili denetimi ilgilendiren yönetmelikler hakkında Kurulun uygun görüşü alınır.

Yine, Teftiş kurulları ve iç denetim birimleri ile soruşturmacılar arasında kurum içi ve kurumlar arası alanlarda görev ve yetkileriyle ilgili olarak uygulamada ortaya çıkan görüş ayrılıkları veya sorunların çözüm mercii Devlet Denetleme Kuruludur.

4. DDK'nın görev alanının kapsamı nedir?

Tüm kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, her düzeydeki işçi ve işveren meslek kuruluşları, dernekler, vakıflar, kooperatifler ve birlikler ve bu sayılan mercilerle ilintili kurum, kuruluş, ortaklık ve iştirakler Devlet Denetleme Kurulunun görev alanına girmektedir.

Devlet Denetleme Kurulunun düzenlendiği Anayasanın 108. maddesinde "İdarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla ... her türlü idari soruşturma, inceleme, araştırma ve denetlemeleri yapar" şeklindeki düzenleme yer almaktadır. Kurul, maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere, "İdarenin hukuka uygunluğunun sağlanması" amacıyla hukuka uygunluk sorgulaması olarak adlandırılabilen denetimi yapabilmektedir. Yine aynı şekilde, "İdarenin düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla" da mevzuat değişikliği de dahil çeşitli öneriler getirmektedir.

5. DDK'nın görev kapsamı olarak, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine ilişkin yapılan Anayasa değişikliğinin öncesi ve sonrasında farklılık var mıdır?

6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun sonrası Devlet Denetleme Kurulunun da görev ve yetkileri artmıştır. Bu yetkilerden en önemlisi de soruşturma görev ve yetkisidir.

Kurul raporlarının parlamenter sistem döneminde tek başına hiçbir yaptırım gücü yoktu. Raporlar gereği yerine getirilmek üzere ya Başbakanlığa gönderilmekte ya da doğrudan adli mercilere sunulmaktaydı. Yani DDK burada sadece bir tespitte bulunmakta idi. Re'sen soruşturma yapma yetkisine de sahip değildi. Dolayısıyla, parlamenter sistem ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde, DDK tarafından hazırlanan denetim raporlarının hukuki sonuçlarında niteliksel dönüşüm söz konusudur. Görüş bildirme içerikli olan ve kendiliğinden hüküm doğurmayan kurul raporları, yeni sistemle birlikte soruşturma yetkisi bağlamında etkili yaptırımlar için kullanılabilir. Bu yetki yeni ve güçlü bir denetleme mekanizması sunmaktadır.

Kurula yeni dönemde inceleme, araştırma ve denetleme yetkilerinin yanı sıra kamu personeli hakkında idari soruşturma açma yetkisi de verilmiştir. Devlet Denetleme Kurulu'nun değiştirilmeden önceki yetkileri içerisinde, araştırma, inceleme ve denetleme yaptığı kurumlarda idari soruşturma yapma ve görevli personel hakkında geçici görevden uzaklaştırma yetkileri yer almazken 2017 yılı ve sonrasında getirilen düzenlemeler ile DDK; araştırma, inceleme ve denetleme yaptığı tüm kurumlarda idari soruşturma yapma yetkisine ve bu kurumlarda görevli tüm personel hakkında görevden uzaklaştırma ve görevden uzaklaştırılmasını önerme yetkilerine sahip olmuştur.



Ayrıca Kurul, üst denetleme organı olarak kamu kurum ve kuruluşlarında Teftiş Kurullarının inceleme ve soruşturma faaliyetlerinin etkin bir şekilde yürütülmesine ilişkin usul ve esaslar ile bu inceleme ve soruşturmalara ilişkin ilke, yöntem ve standartlarını belirlemeye yetkilidir. Teftiş kurulları ve soruşturmacılar tarafından yürütülecek her türlü inceleme, soruşturma ve raporlama faaliyetlerinde Kurul tarafından belirlenen düzenlemelere uyulur ve Teftiş kurulları ve soruşturmacılarla ilgili denetimi ilgilendiren yönetmelikler hakkında Kurulun uygun görüşü alınır.

Yine, Teftiş kurulları ve iç denetim birimleri ile soruşturmacılar arasında kurum içi ve kurumlar arası alanlarda görev ve yetkileriyle ilgili olarak uygulamada ortaya çıkan görüş ayrılıkları veya sorunların çözüm mercii Devlet Denetleme Kuruludur.

4. DDK'nın görev alanının kapsamı nedir?

Tüm kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, her düzeydeki işçi ve işveren meslek kuruluşları, dernekler, vakıflar, kooperatifler ve birlikler ve bu sayılan mercilerle ilintili kurum, kuruluş, ortaklık ve iştirakler Devlet Denetleme Kurulunun görev alanına girmektedir.

Devlet Denetleme Kurulunun düzenlendiği Anayasanın 108. maddesinde "İdarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla ... her türlü idari soruşturma, inceleme, araştırma ve denetlemeleri yapar" şeklindeki düzenleme yer almaktadır. Kurul, maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere, "İdarenin hukuka uygunluğunun sağlanması" amacıyla hukuka uygunluk sorgulaması olarak adlandırılabilen denetimi yapabilmektedir. Yine aynı şekilde, "İdarenin düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla" da mevzuat değişikliği de dahil çeşitli öneriler getirmektedir.

5. DDK'nın görev kapsamı olarak, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine ilişkin yapılan Anayasa değişikliğinin öncesi ve sonrasında farklılık var mıdır?

6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun sonrası Devlet Denetleme Kurulunun da görev ve yetkileri artmıştır. Bu yetkilerden en önemlisi de soruşturma görev ve yetkisidir.

Kurul raporlarının parlamenter sistem döneminde tek başına hiçbir yaptırım gücü yoktu. Raporlar gereği yerine getirilmek üzere ya Başbakanlığa gönderilmekte ya da doğrudan adli mercilere sunulmaktaydı. Yani DDK burada sadece bir tespitte bulunmakta idi. Re'sen soruşturma yapma yetkisine de sahip değildi. Dolayısıyla, parlamenter sistem ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde, DDK tarafından hazırlanan denetim raporlarının hukuki sonuçlarında niteliksel dönüşüm söz konusudur. Görüş bildirme içerikli olan ve kendiliğinden hüküm doğurmayan kurul raporları, yeni sistemle birlikte soruşturma yetkisi bağlamında etkili yaptırımlar için kullanılabilir. Bu yetki yeni ve güçlü bir denetleme mekanizması sunmaktadır.



Kurula yeni dönemde inceleme, araştırma ve denetleme yetkilerinin yanı sıra kamu personeli hakkında idari soruşturma açma yetkisi de verilmiştir. Devlet Denetleme Kurulu'nun değiştirilmeden önceki yetkileri içerisinde, araştırma, inceleme ve denetleme yaptığı kurumlarda idari soruşturma yapma ve görevli personel hakkında geçici görevden uzaklaştırma yetkileri yer almazken 2017 yılı ve sonrasında getirilen düzenlemeler ile DDK; araştırma, inceleme ve denetleme yaptığı tüm kurumlarda idari soruşturma yapma yetkisine ve bu kurumlarda görevli tüm personel hakkında görevden uzaklaştırma ve görevden uzaklaştırılmasını önerme yetkilerine sahip olmuştur.

Ayrıca yeni düzenleme ile Devlet Denetleme Kurulunun inceleme ve denetleme yetkisine sahip olduğu kamu kurum ve kuruluşlarına Genelkurmay Başkanlığı, Kuvvet Komutanlıkları, Milli Savunma Üniversitesi ile her türlü askeri okul, birlik ve birimler de dahil edilmiştir. Sadece hukuk devleti ilkesinin temel bir sonucu olarak kurulumuza yargı organlarının görev ve yetkilerini denetlemek yetkisi verilmemiş; pek doğal bir durum olarak bu müesseseler kurulumuz yetkileri kapsamı dışında bırakılmıştır.

6. Cumhurbaşkanı tarafından verilen bir denetleme görevinde çalışma ekibini nasıl oluşturmaktasınız?

Denetim ve soruşturma grupları, bir Kurul üyesinin başkanlığında yeteri sayıda denetçiden oluşur. Kurul başkanı olarak ihtiyaç halinde ihtiyacı giderecek kadar denetim ve soruşturma grubu oluşturma yetkisi Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile başkanlığımıza tanınmıştır.

7. Tarafınızdan yürütülen bir denetimin başlangıç aşamasından son safhasına kadar gerçekleşen prosedürü anlatabilir misiniz?

Kurul tarafından başlatılan denetim ve soruşturmalarda kapsamda olan kurum, kuruluş ve birimlerin her kademe ve rütbedeki görevlileriyle doğrudan yazışmaya yapılarak gerekli görüldüğü takdirde her türlü bilgi ve belge üzerinde inceleme yapılır. Gerekli görüldüğü durumlarda ilgili mevzuat çerçevesinde bilirkişi de görevlendirilebilir.

Denetim grubunda yapılan faaliyetler neticesinde bir rapor hazırlanarak; başkanlık makamı ve 8 üyeden oluşan kurulumuza sunulur. Burada hazırlanan rapor incelenir ve son hali verilir. Denetleme ve soruşturma sonrasında işleyecek olan hukuki prosedürlerin sağlıklı yürütülebilmesi adına hazırlanan ve son şekli kurulda verilen raporların gizli olup olmayacağı; gizli olacak ise gizlilik derecesi de yine kurulda karara bağlanır. İhtiyaç görülmesi durumunda denetleme ve soruşturma sürecinin sonucunda ortaya çıkan rapor ile birlikte denetleme ve soruşturma konuları hakkında Cumhuriyet Başsavcılıkları nezdinde suç duyurularında bulunulabilmektedir.

8. İncelemeleriniz sonucunda hazırlanan raporların icrai etkisi nedir?

İdari işlemin icraılığı; idarenin tek başına yaptığı bir idari işlemin hukuk düzeninde etki yaratması, sonuç doğurması anlamına gelmektedir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki Devlet Denetleme Kurulu raporları, denetim, inceleme, araştırma ve soruşturma raporlarıdır. Denetim, inceleme ve araştırma niteliğine haiz raporlar, tespit, tavsiye ve öneri içerikli raporlardır. Ancak, soruşturma içerikli raporlar, soruşturmanın doğası gereği hukukilik denetimi içinde değerlendirilir.

Devlet Denetleme Kurulu Hakkında 5 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Devlet Denetleme Kuruluna "soruşturma yapabilme yetkisi" ve buna bağlı olarak Kararnamenin 6. maddesinde belirtilen "görevden uzaklaştırma" öneri yetkisi tanınmıştır. 5 sayılı Kararname ile Devlet Denetleme Kurulu, denetleme ve soruşturma grupları ile idari soruşturma faaliyeti yürütüp, ilgili kurum ve kuruluşlarda yürüttüğü bu soruşturma sonunda gerekli işlemleri yapma yetkisine sahiptir.



Denetime tâbi kurum ve kuruluşlar, Kurul raporlarında yer alan önerilere ilişkin hazırlayacakları cevaplarını yetkili organlarından geçirmek kaydıyla raporu aldıkları tarihten başlayarak kırk beş gün içinde Kurula gönderirler.

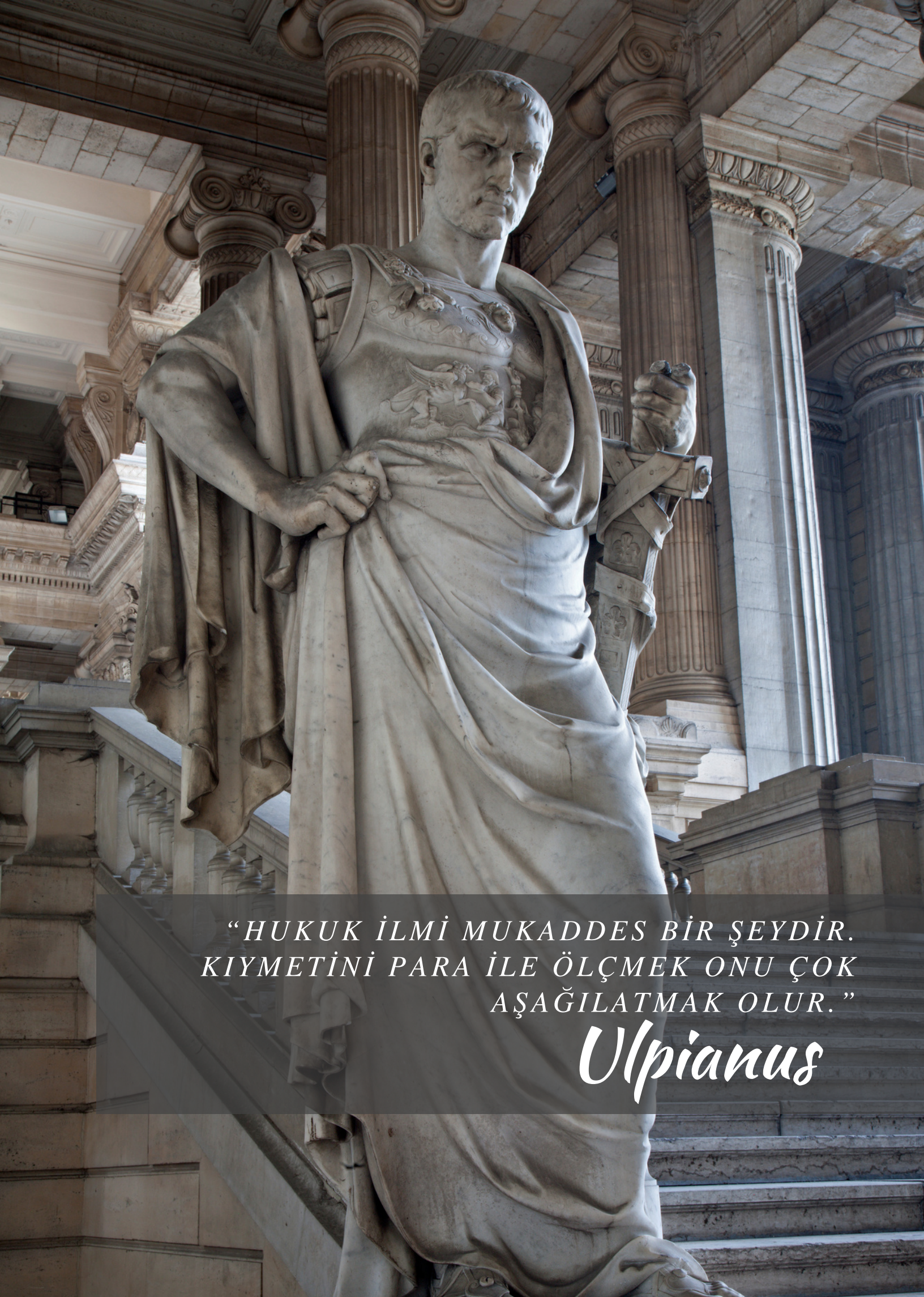
Kurul raporlarında, Kurul dışındaki denetim birimlerince denetimi, incelenmesi veya soruşturulması istenen hususların varlığı halinde, konu denetim birimlerince öncelikle sonuçlandırılır ve sonuçtan Kurula bilgi verilir.

9. Biz geleceğin hukukçularına verebileceğiniz tavsiyeler nelerdir?

Siz kıymetli meslektaş adaylarımız bu ülkenin geleceğisiniz. Her meslek grubu önemlidir. Ancak siz hukukçuların geleceğimizin şekillenmesindeki rolü diğer meslek gruplarına göre çok daha fazla, dolayısıyla sorumluluğu da diğer meslek gruplarına göre çok daha ağırdır. Bu nedenle öncelikli tavsiyem bu ülkenin kendi değerlerinden asla kopmamanızdır. Anadolu coğrafyasının kültürel zenginliği ile harmanlanmış hukuki nosyon paha biçilemez bir kıymet olacaktır.

Ayrıca siz kıymetli öğrenci arkadaşlarıma tavsiyem her daim güncel gelişmeleri takip etmeniz; gelişime ve değişime açık olmanızdır. Bu kapsamda özellikle yabancı dil eğitimlerinize önem göstermenizi tavsiye ederim.

teşekkürlerimizi sunarız...



*“HUKUK İLMİ MUKADDES BİR ŞEYDİR.
KIYMETİNİ PARA İLE ÖLÇMEK ONU ÇOK
AŞAĞILATMAK OLUR.”*

Ulpianus

KÜLTÜR SANAAT RÖPORTAJI AV. AKIN EKİCİ

Öncelikle bizleri kırmayıp röportajımıza katıldığınız için çok teşekkür ederiz. Bizler birer hukuk fakültesi öğrencisi olarak merak ediyoruz, hukuka olan ilginiz nasıl başladı ve o zamanlarda hayatınızda resim var mıydı?

Herkes beni sanatçı kişiliğim son zamanlarda ön plana çıktığı için sonradan meslekte belli bir aşamaya geldikten sonra sanatla ilgilenmeye başlayan bir kişiymişim gibi düşünüyor. Ama ben onlara şöyle söylüyorum. Ben araya hukukçuluğu aldım. Öncesinde bende sanat vardı. Ben ilkokul, ortaokul ve lise zamanlarımda hep sanat ortamında büyüdüm.

İzmir'in Bergama ilçesinde yetiştim. Öğretmen anne ve babanın çocuğu olarak onlar da Bergama Lisesinde öğretmendiler ve orada çok değerli sanat öğretmenleri ve resim öğretmenleri hem benim öğretmenim hem de aile dostumuz olarak yer almaktaydılar. İlkokul öncesinden itibaren benim bazı yapmış olduğum resimleri hocalar gözlemleyerek bendeki bu yeteneği fark etmişler ve benim üstümde özellikle durmuşlardı. İlkokul öncesinden itibaren aslında benim bazı yapmış olduğum resimleri hocalar gözlemleyerek bendeki bu yeteneği fark etmişler ve benim üstümde özellikle durdular.

İzmir bölgesinde birçok yarışmaya katıldım ve ödüller kazandım hatta bazen televizyon programlarında eserler televizyon programlarında gösterildi. Ben daha o zamanlar üniversiteye bile gitmiyordum.

Hiç unutmuyorum bir gün TRT'de bir program vardı ve benim yaptığım resimleri gösteriyorlardı ve ben de şok olmuştum, çok sevinmişim. Dolayısıyla benim resimle olan haşır neşirliğim üniversite yıllarımdan öncesine dayanır. En sevdiğim ders resim dersi idi. Renklerle bir şeyler yaratmayı, boyamayı çok severdim. Tabi bir de etrafımda gördüğüm aile büyükleri, aile dostlarımız, hocalarımız çok güzel resimler yaparlardı. Onlara da imrenirdim. Onların atölyelerine gizli gizli gider bakardım, malzemelerine bakardım. O malzeme ortamı, atölye ortamında bulunmak benim için büyüleyici bir atmosferdi.



Dolayısıyla ben de onlar gibi resim yapmayı çok isterdim. Onların içerisinde rahmetli Yaşar Çakıroğlu çok değerli bir hocamdı ve aile büyüğümüzdü ve aile dostumuzdu, kendisini hep yad ederim. Şimdi Eskişehir üniversitesinde önemli bir sanatçı Profesör Atilla Atar var, o da yine benim yetiştiğim okulda resim öğretmenliği yapmış, bizim takip ettiğimiz hocalarımızdandı. Ben gerek resme duyduğum ilgi gerekse aile dostlarımız olmaları dolayısıyla kendilerinden daha farklı bir eğitim aldım diyebilirim. Benim ilgimin onlar tarafından keşfedilmiş olması nedeniyle de birazcık daha farklı eğitim aldım diyebilirim.

Ne var ki, üniversite tercihi aşamasındaki o zamanın koşulları gereğince, güzel sanatlar fakültesi yerine, klasik olan meslekleri seçmemiz gerekiyordu. Ben de o zaman bana en yakın olduğunu düşündüğüm hukuk eğitimi tercih ettim.

Daha doğrusu bizim o zamanlardaki tercihlerimiz şimdiki gibi aldığı puana göre yapılmıyordu. Daha ezberci ve rastgele yapılan bir sistem vardı. Sınava girmeden önce tercih yaparsanız artık siz hangisini kazanırsanız. Benim şansına hukuk fakültesi geldi, tıp fakültesini daha üst sıralara yazmıştım ama ben o alanlarda çalışabileceğimi pek düşünmüyordum açıkçası. Ailemin istekleri üzerine yapılmış tercihlerdi. Benim en çok içime sinen bölümü, hukuk fakültesini kazandım. Kendimi çünkü sosyal alanlarda hep daha iyi görüyordum. Her zaman için bir konuyu anlatma, sosyal olarak bir konun içerisinde bulunma, ondan anlam çıkarma, makale yazma, kitap yazma gibi birtakım kavramlar olduğu ve sosyal ilişkilerde hep başarılı olduğumu düşündüğüm için hukuk fakültesine gitmemin de o zamanlar açısından doğru bir tercih olduğunu düşünüyorum.

İlk önce Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesini kazandım. 1 yıl orada okuduktan sonra İstanbul Üniversitesi'ne yatay geçiş yaptım. 1985 yılında Selçuk'ta başlayıp 1989'da İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun oldum. 1990 yılında yasal stajımı bitirerek 1991 yılının Ocak ayında avukat oldum. Bu arada 1992 yılında yüksek lisansa başladım. Hindistan Üniversitesi'nde 1994 yılında yüksek lisansı bitirdim. Aynı yıl doktorayı kazandım fakat o zamanlardaki çalışma tempomun yoğunluğu nedeniyle doktora devam edemedim. Bu sene tekrar aftan faydalanarak doktora tekrar kaydoldum. Benim hukukçulukla olan ilişkim dediğim gibi sosyal alanlara duyduğum ilgimden kaynaklanıyordu. Geçerli bir meslekti. Mühendislik, doktorluk gibi hukukçuluk da şimdi olduğu gibi bizim zamanımızda da çok değerli ve gıptayla bakılan bir seçimdi. Bu bakımdan da hukukçu olmayı istedim ve gerçekten de bu gerçekleşti.

Sanat ve hukuk arasında bir bağlantı kuruyor musunuz?

Bu soru bugünlerde bana sıkça sorulan bir soru. Bu sebeple hazırlıklıyım. Sanat ve hukuk arasında bağlantı kuruyorum ama bir anlamda sanat ve hukuk arasında bağlantı kurmakla beraber, kurmanın da gerekli olmadığını düşünüyorum. Yani mutlaka bir bağlantı kurmaya gerek yok, ancak bağlantı var mı derseniz: Var. Neden gerek yok derseniz de bugünlerde sanat kavramı bugün bildiğimiz plastik sanatlar, resim heykel gibi veya görsel sanatlar, tiyatro, sinema gibi alanlarla sınırlı değil. Sanat kavramının ne olduğundan yol çıkarak aslında bakarsanız bu bağlantının olup olmamasına karar vermek lazım. Bunu ikinci plana bırakırsak; öncelikle hukuk ile sanat arasında ne, nasıl bir bağlantı var? Yani bağlantı var kısmını önce ele almamız lazım. Bana göre, hukukun kendisi zaten bir sanat.

Hukuk dediğimiz şey Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na baktığımız zaman hangi nitelikteki işlerin eser niteliğinde sayıldığı belirtilmiş. İlim ve edebiyat eserleri diyor mesela, hukukçu her zaman için yaptığı işte ilim ve edebiyat üretir. Sizin yazdığınız bir dilekçe, bir makale, yapmış olduğunuz bir savunma size özgü özellikler taşıyan, sahibinin hususiyetini taşıyan bir savunma yahut kitaptır. Dolayısıyla akademik bir çalışma olması itibarıyla ilim ve edebiyat eseri kategorisinde değerlendirilmesi gerekir. Bu sebeple hukukun kendisi bizatihi kanun anlamında da sanattır.

Dün bir bilgilendirme notu yazdım fuarlarda ve sergilerde birlikte çalıştığımız ressamalara: Kanundan kaynaklanan haklarının, sanatçıların haklarının, bir eseri satmasından sonra kendisinde kalan maddi ve manevi hakların neler olduğunu; eseri alan kişinin haklarının neler olduğunu belirten bir bilgilendirme notuydu. Dipnot olarak bu bir ilmi ve edebi nitelikte, eser niteliğindedir ve yazarlar tarafından üretilmiş bir eser niteliğindedir diye yazdım.

Sonuç itibarıyla, yaptığınız iş de bir sanat. Gerek kanunun anladığı anlamındaki tanıma uyan bir ilim faaliyetinde bulunuyorsunuz yazdığınız dilekçeyle, savunmayla, makaleyle, kitapla. Gerekse o işi genel bir anlamda bugün sanat olarak bilinen kavramlar üzerinden yaptığınız için. Ama bunu yaparsanız sanat oluyor. Nedir o? Etik, estetik ve adalet kavramlarını içine alacak şekilde yaparsanız.

Sanatta bugün etik, estetik ve adalet kavramları tartışılır. Bir eserin eser olması için ilk önce etiğe uygun olması lazım. Yani başkasının hakkına tecavüz etmemiş olması lazım. Başkasından çalınmamış olması lazım. Estetiğe uygun olması lazım, insan ruhunu okşaması ve güzel olması lazım. Her eser estetik değildir. Estetik kavramı tabi ki güzellik kavramıyla doğru orantılı olduğundan görecelidir de ama genel-geçer de herkesin baktığı zaman rahatsız olmayacağı, güzel olarak ifade edebileceği şeylerin estetik olduğu da paralel olarak kabul edilir. Dolayısıyla estetik unsurunun da gerçekleşmesi lazım. Etik, estetik ve adalet dediğimiz unsur da aslında bakarsanız o eserde ortaya çıkan topluma fayda sağlayacak ve toplumdaki adalet duygusunu okşayacak bir güzellikte ortaya çıkması lazım. Bu etikle de bağdaştırılır aslında bakarsan dolayısıyla bugün sanat kuramında etik, estetik ve adalet üçlüsü bir eserin eser olması ölçütünde kullanılıyor.

Sonuç itibarıyla, sizler de yani hukukçular etik, estetik ve adalet kavramları çerçevesinde yani bu üçünün sentezi olan layıkıyla, hakkıyla yaparak topluma ve kendinize katkı sağlamak çerçevesinde yaparsanız bir sanat icra etmiş olursunuz.





Sanatsal çalışmalarınızın, mesleki hayatınıza ne gibi etkilerini gözlemlediniz?

Her şeyden önce şunu söylemem lazım; öncelikle bana şunlar söyleniyor, "Her iki alanı yönetmek zor değil mi" ya da "Nasıl oluyor çok alakasız değiller mi?", "Yani birinde renklerle, boyalarla ilgileniyorsun, diğerinde mahkeme koridorları bitmek tükenmek bilmeyen müvekkil sorunları, adliyeler, kalın kalın kitaplar, dosyalar.", "İki farklı dünya nasıl ikisi aynı anda gidiyor?" tarzında sorular. Ben de diyorum ki fark etmez, ben ikisini de sanat olarak yapıyorum, az önce açıkladığım gibi. Hani bağlantı kurulması gerekmez dediğimde aslında bakarsanız az önceki soruda cevabını verdim. Herkes işini sanat olarak yaptığı sürece, bir meslekle sanatçılık arasında bağlantı kurmaya gerek kalmaz. O mesleğin kendisidir zaten sanatçılık. Ben burada her iki işi de aynı özenle yapıyorum. Yani bir resmi, yağlı boyayı, tabloyu nasıl dikkat ve özenle yapıyorsam, avukatlık alanındaki işleri de aynı hassasiyetle, aynı özendeyim yapmaya çalışıyorum. Gerek müvekkillerimizin bir işten yeterince tatmin olmaları gerekse ofisimizin ve ofisimizdeki çalışanları da yeteri kadar beslenmeleri yani mesleki anlamda fayda sağlamaları açısından, elimden gelen bütün özenle yapmaya çalışıyorum ve ikisi arasında da bu şekilde bir bağlantı kuruyorum.

Sanat alanındaki çalışmalarım, aslına bakarsanız benim beynimi başka bir yönden daha çalıştırıyor. Hem beni dinlendiriyor hem de detayları daha kolay görmemi sağlıyor. Çünkü beynim sanatla uğraşırken yeni alanlara açılacak şekilde, yeni alanlara imkân verecek şekilde dinlenmiş oluyor ve oradaki dinlenme; benim mesleki alana, avukatlığa döndüğüm zaman daha yaratıcı olmamı sağlıyor. Daha dinlenik bir zihinle, ruhla konulara daha kapsamlı, daha detaylı, daha doyurucu, daha çözüme yönelik bakabiliyorum bunu fark ettim. Keza avukatlık mesleğime ne kadar detaylı, hassas yaparsam; oradaki duygu, düşünce ve bilgi birikimimi sanat üretimime geçtiğimde bunu orada kullanabiliyorum. Yani müvekkillerle ya da hakimle, savcıyla iletişimim nasıl hassas ve nazik oluyorsa, sanat üretiminde de bir eseri yaparken malzemeyi, malzemeyi uygulayacağım yüzeyi de aynı hassasiyetle ve detaylıca işleyebiliyorsun. Böyle ben kendimce bir korelasyon kurabiliyorum. Başkalarına göre böyle bir korelasyon mantıksız gelebilir, abartı denebilir ama kendimce böyle bir dünya kurabiliyorum.

Bizlere yani henüz hukuk fakültesi sıralarında ders gören öğrencilere bir öneriniz var mıdır? Sanatı hayatlarımıza ve mesleklerimize harmanlayabileceğimiz yollar sizin için nelerdir?

Geçen sene İstanbul'da bir sergim olmuştu. Bu sergi kapsamında da İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencilerinin bir kulübü, Resim Heykel Kulübü adında bir kulüp kurmuşlardı, sergiyi gezmeye gelmişlerdi, on on beş kişilik bir grup. Orada da aynı şeyi sordular.

Bize hukuk fakültesi öğrencisi olarak ne önerirsiniz? Bizim hayatımızda sanat olmalı mı ya da bizden de ressam olur mu? Ben de dedim ki tabi ki sizden ressam olur. Benden oluyorsa sizden de olur niye olmasın. Herkes ressam olabilir, kimsenin tekelinde değil. Tabi ki güzel sanatlar fakülteleri, akademiler; doktriner alanda, öğretim alanında gerçekleştirilmesi için akademik faaliyet veren kurumlar olmak itibarıyla çok önemlidir ama her akademiden mezun olan, ressam olacak diye bir kavram yoktur. İş adamı olan birçok tanıdığım vardır, güzel sanatlar fakültelerinden veya akademilerden mezun olan ama bu okullardan mezun olmayıp da dünyanın önde gelen ressamları arasında girmiş ressam da vardır.

Sonuç itibarıyla bu, illa güzel sanatlar fakültesini bitirmeniz gerekmez, ressam olabilmeyi için. Sizin onlardan daha çok şey yapmanız gerekir ki onların önüne geçebilsin. Daha fazla yaratıcı, daha fazla özgün olmanız lazım. Daha fazla detayı görmeyi lazım ki bir akademi mezunundan bir adım önde olabilesiniz. Olur musunuz? Evet olursunuz.





Olmak için ne lazım? Öncelikle yaratıcı duyguya ve düşünceye ihtiyaç lazım. Tabi ki yeteneğe ihtiyaç lazım. Ancak illa herkesin muhteşem resim yapmasına, muhteşem heykeller yapmasına, kabartmalar, granürler yapmasına gerek yok ya da herkesin sinemacı ya da tiyatrocı olmasına gerek yok. Önemli olan insanların sanata taraf olması. Bu kavram çok önemli. Sanata taraf olmak, sanatın içinde olmayı gerektirir. Tıpkı sanatçı, ressam, müzisyen nasıl o işi yaparken sanat icra ediyorsa siz de onun sanat yaptığı alanın bir parçası olabilirsiniz. İlla o sanatı yapmanıza gerek yok. Resim konusunda bir koleksiyoner olabilirsiniz. Sanat eserleri konusunda koleksiyoner olabilirsiniz. Koleksiyoner olmanıza da gerek yok. Kendi çapınızda izleyici, takip edici de olabilirsiniz. Sanat dünyasının içerisinde olabilirsiniz. Sergileri takip edersiniz, gezersiniz. Operalara, sinemalara, balelere gidersiniz. Bunun parçası olmak bile aslında sizin hayatlarınızda, ruhlarınıza güzellik katacak unsurdur.

Sanat, hayatın içinde olması gereken çok önemli bir unsurdur. İlla resim, tiyatro gibi bir alanla uğraşmanıza gerek yok, hayatınızın içine sanatı dahil etmeniz lazım. Siz öğrenciler olarak tabi ki ders yükü altındasınız, çok yoğun derslerle uğraşıyorsunuz fakat eğer bu ders yükünün arasına bir sanat alanını ister hobi olarak ister icra eden olarak, ister izleyici olarak soktuğunuz anda derslerde daha çok başarılı olduğunuzu göreceksiniz. Çünkü sürekli olarak aynı yöne kanalize olan beyin bir noktadan sonra tıkanır.

Tıkanan beyni, tıkanan duyguları blokajları açmak için ona ilaç vermek gerekir. İlaç da sanatın kendisidir.

Okuldan çıktınız, çok zor dersleriniz var, ertesi hafta veya ertesi iki üç gün sonra sınavınız var ve çok karamsar bir haldesiniz zaten hava da kapalı, o kadar canınız sıkkın ki ne yapacağınızı bilmiyorsunuz. Zaten yorgunsunuz bir de ders çalışmak zorundasınız. Bu karamsar düşüncelerle yurdunuza veya evinize gidiyorsunuz. O sırada kafeteryada çalan bir müzik sizi içeriye davet ediyor. İçeride kitaplar var. Bir de bakmışsınız o güzel müzik ve kitaplarla beraber bir de sergi var. O anda içerisinde bulunduğunuz karamsar ortamdan çıkar, bambaşka bir dünyaya geçersiniz. Orada geçireceğiniz yarım saat size ilaveten beş saat fazla çalışma enerjisi verir. Bilmem yeterli mi?

Sizlere tavsiyem, sanatçı olmanıza gerek, buna engel de yok. Ben örneğim karşınızda ve benim gibi birçok kişi de var. Hayatınızda sanata yer açtığınız zaman yani sanatın tarafı olduğunuz zaman hayatınızdaki hafifleme görecekler zaten. Hayatta yapamayacağım diye bir şey yoktur. Sadece belki o an yapamazsınız. Onun hazırlıklarını yaparsınız. İleride iyi bir heykeltıraş olmak için şimdi bununla ilgili kitaplar okuyabilirsiniz. İleride iyi bir ressam olmak için şimdi bununla ilgili hazırlıklar yaparsınız. Renkleri efendim çalışmaları, disiplinleri takip edebilirsiniz. Atölyeleri ziyaret edebilirsiniz. Sizde var olan nüveyi harekete geçirmek için ön malzemeyi toplarsınız. Günü geldiğinde de bunlar patır patır ortaya dökülür.



teşekkürlerimizi sunarız...

REFAKATSİZ ÇOCUKLARIN KORUNMASI

Yazan: Av. Burak Biçer



Dünya üzerinde meydana gelen şiddet olayları veya savaşlarda, insanların toplu olarak yerlerinden edildiği durumlarda, doğal afetlerde ve diğer tüm politik veya çevresel krizlerde; çok sayıda çocuk, ailelerinden veya onlara bakmaktan sorumlu diğer yakınlarından ayrılmak zorunda kalır. Bu çocuklar, genelde yakınlarının ölmesi veya belirli bir süre yakınlarıyla bağlantı kurulamaması nedeniyle, bakım ve korumadan yoksun olduklarından, böylesi ortamlardaki en korunmasız grupları oluştururlar.

Herhangi bir korumadan yoksun olan bu çocuklar, elbirliğiyle oluşturduğumuz modern ve eksiksiz dünyada(!) şimdiye kadar edindiğimiz tecrübeler dâhilinde, temel haklarının ihlal edilmesi, istismar, sömürü, silahlı kuvvetlere asker yapılma ve organlarının çalınması tehlikesiyle dahi karşı karşıya kalmışlardır.

Ülkemizde de 06.02.2023 günü, Türkiye saati ile 04.17'de ve 13.24'de sırası ile merkez üssü Pazarcık (Kahramanmaraş) ve Elbistan (Kahramanmaraş) olan Mw 7.7 ve Mw 7.6 büyüklüğünde iki deprem meydana gelmiştir.

Her iki deprem Kahramanmaraş, Hatay, Adıyaman, Gaziantep, Malatya, Kilis, Diyarbakır, Adana, Osmaniye, Şanlıurfa ve Elazığ'da çok şiddetli hissedilmiş can kaybı ve ağır hasara neden olmuştur. Yaşanan bu büyük afet neticesinde maddi, manevi ve kültürel yıkımlar ile beraber belki de insanlığın ortak hassas noktası olan çocuklar, bakıma, gözetime ve korumaya muhtaç hale gelmiştir. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın 12.03.2023 tarihi itibarıyla Refakatsiz Çocuklar Arama Ekranında yayınladığı verilere göre[1], **1.915 Refakatsiz çocuktan 1.673'ü ailesine teslim edilmiş, 153'ü hastanede takip edilmekte, 89'u Kurum bakımına alınmış, 45'inin ise halen kimliği tespit edilememiştir.**

İşte bu ebeveyn ve ailelerinden kopan çocukların hayatta kalmalarının, eğitimlerinin ve gelişimlerinin sağlanmasına yönelik temel sorumluluk devlet ve toplumun üzerine düşmektedir.

Bu çerçevede, birçok uluslararası örgüt tarafından, az da olsa ülkemizdeki kurumlar tarafından yapılan çalışmalar bulunmaktadır. Bu konuda en kapsamlı çalışma ise, daha çok psikolojik ve organizasyonel bir bakışa dayalı olmakla birlikte; Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Uluslararası Kurtarma Komitesi Save the Children UK, BM Çocuk Fonu, BM Mülteciler Yüksek Komiserliği, World Vision International gibi kurumlar tarafından ortaklaşa hazırlanan "Refakatsiz Ve Ailesinden Ayrı Düşmüş Çocuklar'a İlişkin Kurumlararası Rehber İlkeler"[2] olarak dikkat çekmektedir.

Bu metin, isminden anlaşılacağı üzere bağlayıcılığı olmayan ilkeler bütününden oluşsa da, tanımlar, yönlendirmeler ve önceki tecrübeler dahilinde yapılacak düzenlemelere ışık tutabilecek niteliktedir. Örneğin, "refakatsiz çocuk" kavramının en kapsayıcı ve aydınlatıcı tanımına bu metinde yer verilmiştir. Buna göre, **"her iki ebeveyninden ve diğer akrabalarından ayrılmış ve yasayla veya gelenek yoluyla ona bakmakla sorumlu bir kişi tarafından bakılmayan çocuklar"** refakatsiz çocuk olarak tanımlanmıştır.

Durumları hemen belirlenemediği için bunlara yetim veya öksüzden ziyade refakatsiz çocuk denilerek çocuklara hukuken ve psikolojik anlamda farklı bir statü tanınmıştır.



[1] <https://www.aile.gov.tr/sayfa/refakatsiz-cocuklar-arama-ekrani/>

[2] Uluslararası Kızılhaç Komitesi Merkezi Takip Kurumu ve Koruma Birimi, Refakatsiz Ve Ailesinden Ayrı Düşmüş Çocuklar'a İlişkin Kurumlararası Rehber İlkeler, Ocak 2004

(<https://www.unicef.org/turkiye/media/1641/file/REFAKATS%C4%B0Z%20ve%20A%C4%B0LES%C4%B0NDEN%20AYIRI%20D%C3%9C%C5%9EM%C3%9C%C5%9E%20C3%87OCUKLAR'a%20C4%B0H%C5%9Fkin%20Kurumlararası%C4%B1%20Rehber%20C4%B0lkeler.pdf>)

Bu rehberde ayrıca, refakatsiz veya ailesinden ayrı düşen çocuklar için çocuğun yüksek yararı gözetilerek yardım noktasında temel olarak üç ek eylem çeşidi ifade edilmiştir:

- *Müdahale eylemleri (belirli bir türde istismarın acil etkilerini önlemeyi, bunlara son vermeyi ve/veya bunların etkilerini hafifletmeyi amaçlayan eylemlerdir)*
- *İyileştirici eylemler (rehabilitasyon, eski haline getirme ve onarma aracılığıyla saygın yaşam koşullarının düzeltilmesini amaçlayan eylemlerdir)*
- *Çevre inşası (bireyin haklarına tam saygı gösteren bir çevrenin (siyasi, hukuki, sosyal, kültürel ve ekonomik) oluşturulmasını ve/veya güçlendirilmesini amaçlayan eylemlerdir.)*

Rehberde ifade edilen süreç, çocukların halen hayatta ise aileleriyle yeniden birleştirilmelerine odaklı olarak inşa edilmiştir. Bu nedenle, bu çocuklar hakkında hızlı bir biçimde evlatlık verme veya koruyucu aileye teslim etme kararlarının yerine devlet gözetimi altında aile tespitine yönelik çalışmaların gerekliliği vurgulanmıştır.

Öte yandan, refakatsiz çocuğun kimliğinin ve bulunduğu yerin kayıt edilmesinin (ülkemizdeki deprem özelinde enkazdan çıkarıldığı yerin koordinatları, mahalle, sokak apartman kayıtlarının tutulması); hem çocuk ve aile bağlantısının kurulabilmesi hem de çocuğun büyüdüktan sonra geçmişine dair bilgi edinebilmesi açısından önemli görülmüştür. Aile takibine yönelik **hakkında yetersiz bilgi olan çocukların elbiselerinin ve eşyalarının saklanması ve mümkünse fotoğraflarının çekilmesinin çocuğun kimliğinin belirlenmesine yardım edebileceği** ifade edilmiştir.

Bir diğer dikkat çekici husus ise, kalabalık ortamlarda çocukların bulaşıcı hastalıklara karşı hassas olması sebebiyle mümkün olan yerlerde, **küçük gruplar halinde tutulmaları** gerektiği hususudur. Ülkemizde ise, deprem sonrası hem refakatsiz çocuklar hem de diğer depremzede çocuklar KYK yurtlarında veya sevgi evlerinde toplu bir biçimde kaldığı/kalmaya devam ettiği görülmüştür. Özellikle böylesine bir felaketten sonra küçüklerin sağlıkları için bu noktaya önem gösterilmesi gereklidir.

Uluslararası mevzuata bakıldığında ise, 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen **BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesine** bakılması gerekecektir. Bu sözleşmenin 20. Maddesi uyarınca, **geçici ve sürekli olarak aile çevresinden yoksun kalan veya kendi yararına olarak bu ortamda bırakılması kabul edilmeyen her çocuk, taraf devletten özel koruma ve yardım görme hakkına sahip olacaktır.**

Bu çerçevede devletlerin, yetki alanları içerisinde bulunan savunmasız bireyleri ve savunmasız grupları koruyucu nitelikte önlemler alması gerekir. AİHM'in kararlarında da yer aldığı üzere, Sözleşme'nin 19. ve 37. maddelerinde, zihinsel ve fiziksel her türlü şiddete karşı çocukları koruyucu uygun yasal, idari, sosyal ve eğitimsel önlemler almaları hususunda devlete pozitif yükümlülük öngörülür ve çocuklara karşı işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yasaklanırken, insan olmasından kaynaklanan onuruna uygun davranılması gerekmektedir.

Türk Hukukunda, refakatsiz çocuklar hakkında kapsamlı bir tanım bulunmamakla beraber 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda, daraltıcı bir biçimde:

“Sorumlu bir kişinin etkin bakımına alınmadığı sürece, kanunen ya da örf ve adet gereği kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati bulunmaksızın Türkiye’ye gelen veya Türkiye’ye giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan çocuk” ifadeleriyle tanımlanmıştır.

Mevzuatımız uyarınca, refakatsiz çocuklarımız hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda yer alan koruyucu hükümler uygulanabileceği gibi; görüşü de dikkate alınarak çocuklar, uygun konaklama yerlerine veya yetişkin akrabalarının veya koruyucu bir ailenin yanına ya da yaşı uygun olanlar barınma merkezlerine yerleştirilebileceklerdir.[3]

6 Şubat tarihli depremlerden sonra, Sağlık Bakanlığı 11.02.2023 tarihli E-11045126-045.02 sayılı yazısıyla; yataklı tedavi kurumlarında sağlık hizmeti alan ve birinci dereceden yakınları bulunamamış olan çocuklara ilişkin tedaviler sonuçlandıktan sonra, çocuğun tespit edilen tüm kimlik bilgilerinin kayıt altına alınarak ve fotoğrafı çekilerek Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne teslim edilmesi gerektiği bildirilmiştir. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı da bu bilgilerin TUBİTAK tarafından hazırlanan ‘Deringörü’ yüz tanıma ve eşleştirme sistemine yüklendiği, bu uygulama ile toplam 206 çocuk eşleşmesi yapıldığını belirtmiştir.

Bu anlatılanlar ve devletin bu konudaki pozitif yükümlülükleri çerçevesinde yapılması gereken, yalnızca Bakanlıklara iletilen şikayetlerle sınırlı olmayarak (çünkü hayatta kalan istismara açık çocuğun hiçbir yakını kalmamış olabilir) deprem bölgesindeki nüfus/ikamet bilgilerinden ve varsa yerel vatandaşlarla yapılan görüşmelerden yola çıkılarak deprem bölgesinde yaşayan tüm çocuklar tespit edilmeli; sonrasında hastane, valilik il değiştirme, cenaze kayıtları ve Bakanlık bünyesindeki veriler çocuk nüfus verileri ile eşleştirilmeli; her çocuğun akıbeti tespit edilmelidir. Sonrasında, refakatsiz olduğu tespit edilen çocukların aile takibi ve tespiti yapılmalı, son seçenek olarak evlatlık veya koruyucu aile seçenekleri değerlendirilmelidir. Öte yandan, Bakanlık, küçüğün yararı kapsamında verilerin gizliliğine çok yüksek seviyede dikkat etmeli; tek bir çocuk dahi devlet denetimi dışındaki herhangi bir organizasyonun kontrolü altında istismara açık hale getirilmemelidir.

Bu konuda takip görevi ise, toplum, sivil toplum örgütleri ve meslek odalarına düşmektedir. Dezenformasyondan uzaklaşarak, Bakanlık ile işbirliği içerisinde, kendilerine gelen şikayet ve bilgileri ilgili birimlere gizlilik içerisinde iletmeli; reklam, kutuplaşma ve siyasi amaçlardan arınarak yalnızca ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI gözetilmek suretiyle devlet-kuruluşlar-toplum amaç birlikteliği oluşturmalıdır.

[3] MERİÇ, Emre Oğuz, "Kahn v. Fransa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi Bağlamında Refakatsiz Çocukların Korunmasının Kapsamı", Suç ve Ceza Dergisi, 13.3 (2020)

TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ KANUNU VE LEX COMMISORIA YASAĞI

Yazan: Av. Dila Özdemir

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, ticari işletme kavramını; **“Esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan, faaliyetlerinin devamlı ve bağımsız bir şekilde yürütüldüğü işletme”** olarak tanımlamıştır.

Bu tanımdan, ticari işletmenin varlığından söz edebilmek için gereken unsurları çıkarmak mümkündür. Bu unsurlar; esnaf işletmeleri için öngörülen sınırın aşılması, gelir sağlama amacı, devamlılık ve bağımsızlık olarak sayılabilecektir.

Unsurlardan biri olan devamlılık, işletmede yürütülen faaliyetin; işin, niteliğinin gerektirdiği doğal kesintiler hariç olmak üzere; devam amacı güdülerek sürdürülmesini ifade etmektedir. Bu anlamda devamlılık, sadece tek sefere mahsus, tesadüfi nitelikteki faaliyetlerin, bir (ticari) işletmeye vücut vermeyeceğini göstermektedir[1].

Devamlılığın sağlanması bakımından; tacirin her zaman aynı koşullar altında bulunduğu söylenemez. Zor koşullar altında dahi devamlılığının sürdürülebilmesi amacıyla; tacirlere ve daha sonra bahsedilecek diğer bazı kimselere kolaylık sağlanması amacıyla, kredi temini imkanı getirilmiştir. Kredi ise, ancak yeterli şahsi veya ayni teminat karşılığında açılır. Kredi veren (alacaklı) lehine teminat, taşınmaz ya da taşınır mallar üzerinde rehin hakkı kurulması yoluyla sağlanır[2].

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, rehin konusuna ilişkin olarak; taşınmazlar bakımından tapu siciline tescili ve taşınırılar bakımından ise taşınırın rehin alana teslimi öngörmüştür. Bu düzenlemeler gözetilerek bir an için tacirin, kredi temini amacıyla işletmesine özgü taşınırılarını, rehin alana teslim ettiğini düşünecek olursak; işletmede kullanılan taşınırılar rehin alana teslim edildiğinden işletmenin faaliyeti sürdürülemez ve dolayısıyla devamlılık unsuru sağlanamayacak, ayrıca borcu olan rehin veren tacir borcunu ödeyemeyecektir.



Hal böyle olunca; 1971 tarihli 1447 sayılı Ticari İşletmenin Rehni Kanunu (TİRK) düzenlenerek, teslimsiz rehin kurulmasının önü açılmıştır. Anılan Kanun, 1 Ocak 2017’de yürürlüğe giren 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu (TİTRK) ile yürürlükten kaldırılmıştır.

TİTRK; rehin kapsamındaki kişileri artırmıştır. TİTRK m.3’e göre; kredi kuruluşları ile tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü ve serbest meslek erbapları gerçek ve tüzel kişiler arasında ve tacir ve veya esnaflar arasında rehin sözleşmesi yapılabilecektir. Ek olarak; TİTRK, rehine konu olabilecek unsurları da genişletmiş [3] ve hammadde, ticari hat, hayvan, çok yıllık ürün veren ağaçlar gibi unsurlar rehin kapsamına alınmıştır. Ayrıca TİTRK m.4’e göre; rehin için ayrı bir sicil (Rehinli Taşınır Sicili) kurulması öngörülmüştür.

Rehin, sicile tescil ile geçerli hale geliyor olduğundan yapılan tescil ise kurucu etkiye sahiptir. TİTRK m.5/II’de “... Bu varlıkların rehni diğer kanunlarca bir sicile tescilini gerektiriyorsa bu rehin ilgili sicillere bildirilir” düzenlemesi tahtında, ticari işletme rehni kapsamında rehin diğer kanunlarca bir sicile tescilini gerektiren malvarlığı unsuru var ise rehmin bu sicillere bildirilmesi gerekecektir. İlgili sicillere yapılan bildirim ise kurucu değil açıklayıcı olacaktır[4].

Anılan hükmün ikinci ve devamındaki fıkralarında, taraflar arasında rehin kurulabilmesi için bir rehin sözleşmesinin varlığının gerektiğine işaret edilmiştir. Buna göre; “Rehin sözleşmesi elektronik ortamda ya da yazılı olarak düzenlenir. Elektronik ortamda düzenlenen rehin sözleşmesinin Sicile tescil edilebilmesi için sözleşmenin güvenli elektronik imza ile onaylanması şarttır.



Yazılı olarak düzenlenen rehin sözleşmesinin Sicile tescil edilebilmesi için tarafların imzalarının noterce onaylanması veya sözleşmenin Sicil yetkilisinin huzurunda imzalanması şarttır.

Rehin sözleşmesine konu olmuş taşınırın rehininin, yukarıda bahsedilenden daha ağır bir şekle tabi olduğu hallerde; rehin sözleşmesinin yapılış biçiminin nasıl olacağına da değinmekte fayda vardır. Doktrinde hakim görüşün, devir kapsamına daha ağır şekil şartına tabi olan malvarlığı unsurları girse de TTK m.11/3'te yer alan şekil şartına uyulmasının yeterli olacağı görüşünün hakim olduğu görülmektedir. Ticari işletme rehni, rehlin kapsamına bakılmaksızın TİTRK m.4'ye yer alan şekle uyulması yeterli olacak, rehni kapsamına giren malvarlığı unsurlarının münferit olarak rehni için özel bir şekil şartı bulunsada dahi bu özel şarta uyulması aranmayacaktır [5].

Kurulan rehin, borçlu tacirin borcunu ödememesi durumunda rehine konu malın paraya çevrilerek bedelin alacaklıya ödenmesi amacıyla hizmet etmektedir. Kısaca rehni temel amacı, malın mülkiyetinin değil; satışından elde edilen bedel ile alacaklının tatmin edilmesidir. Bir borç ilişkisinde, borcun vadesinde ödenmemesi durumunda rehni konusu eşyanın mülkiyetinin rehlinli alacaklıya intikal edeceğine ilişkin sözleşme kaydı konulamaması yasağına; "lex commissoria yasağı" adı verilmektedir[6].

Eşyanın değerinin vadede alacak miktarından fazla olma ihtimali söz konusudur. Lex commissoria yasağı, rehlinli alacaklının bu değer fazlalığını borçlu aleyhine elde etmesini engelleyerek rehni konusu eşya üzerinde sahip olduğu yetkinin alacak miktarı ile sınırlı olduğunu vurgulamaya yöneliktir[7].

Doktrinde lex commissoria yasağının temel amacının ne olduğu konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Konuya ilişkin hakim görüş yasağın temel amacının kredi ihtiyacı içinde zor durumda bulunan borçlunun gabine karşı korunması gereği yönündedir[8]. Kanun koyucu ekonomik açıdan borçluya nispeten daha güçlü konumda bulunan alacaklının kredi ihtiyacını karşılayabilmek için kendisine dayatılan lex commissoria anlaşmasını kabul etmek durumunda kalan borçlunun içinde bulunduğu güç koşullardan istifade etmek suretiyle bu şekilde haksız menfaat elde etmesini ahlaka aykırı bularak lex commissoria anlaşmasını kesin hükümsüzlük yaptırımı ile müeyyidelenmiştir[9].

TİTRK m.14/1-a'da yer alan konuya ilişkin düzenleme ise şu şekildedir;

"Bu Kanun kapsamındaki borçların süresinde ifa edilmemesi hâlinde alacaklı, aşağıdaki yollara başvurabilir:

a) Birinci derece alacaklı ise icra dairesinden 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 24 üncü maddesi uyarınca rehlinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep edebilir..."

Anılan kanun hükmü, TİTRK'in lex commissoria yasağını kaldırdığına ilişkin doktrinsel bir tartışma yaratmıştır. Doktrinde bazı görüşler; bu yasağın kaldırıldığı yönündeyken[10], diğer bazı görüşler ise genel yasağa istisna getirildiği yönündedir[11].

Toparlayacak olursak; ticari işletmenin unsurlarından biri olan devamlılık unsurunun sağlanabilmesi amacıyla tacir ve diğer bazı kimselere, TİTRK uyarınca; ticari işlemlerde taşınır rehni kurulabilmesi imkanı getirilmiştir. TİTRK kapsamındaki borçlarda temerrüde düşülmesi halinde İİK m.24 uyarınca, malın mülkiyetinin devrinin talep edilebileceği düzenlenmiş ve bu düzenleme lex commissoria yasağına ilişkin doktrinsel tartışmalar doğurmuştur.

KAYNAKÇA:

- [1] ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 24. Bası, Ankara 2018, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.31
- [2] ARKAN, s.48.
- [3] Ayrıntılı bilgi için bkz: TİTRK m.5
- [4] GENÇ Döndü Nadide, "Ticari İşleme Rehni", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2019, s.94
- [5] GENÇ, s.83.
- [6] DERELİ Zehra, "Lex Commissoria Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2009, s.28
- [7] DERELİ, s.12.
- [8] DERELİ, s.4.
- [9] DERELİ, s.4
- [10] Bkz: ŞİT İMAMOĞLU, ARKAN
- [11] Bkz: ANTALYA, ACAR



HUKUKUN EVRENSEL İLKESİ OLARAK TABİİ HAKİM İLKESİ VE UYGULAMA ALANLARI

Yazan: Fulya Azra Karakuş

Hukuk varlığı ve etki alanı ile birlikte dünden bugüne gelişen ve değişen bir görünüm elde etmektedir. Kant hukukun tanımını için "Hukukçular hala hukukun tanımını arar" der. Bu sözü oldukça doğru kabul etmek gerekir. Çünkü hukuk, toplumların her döneminde toplum ile birlikte değişmiş ve toplumu şekillendirmiştir. Kelime anlamı ile hukukun tanımını inceleyecek olursak; toplumu düzenleyen ve devletin yaptırım gücünü[1] belirleyen yasaların bütünü demek doğru olacaktır. Bu tanımdan yola çıkarak, hukukun devlet-birey gibi dikey ilişkileri ve birey-birey gibi yatay ilişkileri düzenleyen bir işleve sahip olduğu görülür. Bu düzenleme işlevi ile birlikte aslında toplumda belli unsurların ve belli işlevlerin gerçekleşmesini sağlar. Hukukun bahsi geçen bütün işlevleri aslında birbirlerine bağlı ve bağımlı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Toplumsal adaleti sağlama işlevi aslında hukukun toplumsal eşitlik fonksiyonunun hem nedeni hem sonucudur. Diğer yandan, bu iki fonksiyon, hukukun keyfiliği önlemesi işlevinin hem nedeni hem sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Birbiriyle bu kadar bağlantılı ve hayati özellikleri olması sebebiyle ne hukuktan ayrı bir toplum düşünülebilir ne de toplumdan ayrı hukuk. Bahsettiğimiz işlevler hukukun sahip olduğu işlevlerin sadece birkaçı olmakla birlikte bu işlevlerin doğru bir biçimde gündelik hayatta, hukuk düzeninde var olması için belli başlı ilkelere ve kurallara ihtiyaç duyulmaktadır. Biz bunları 'Hukukun Evrensel İlkeleri' olarak tanımlamaktayız. Hukukun temel ilkeleri, hukukun işlevlerinin olması gerektiği gibi gerçekleşmesinin yegâne güvencesidir. Hukuk, topluma göre değişip şekillense de Hukukun Evrensel İlkeleri tüm devletler ve toplumlar için bakidir ve değişimleri zordur.

Bahsi geçen ilkelere örnek verecek olursak: Hukuk Devleti İlkesi, Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, Yargı Birliği İlkesi, Tabii Mahkeme ve Hakim Güvencesi, Eşitlik İlkesi, Laiklik İlkesi, Sözleşme Özgürlüğü ve Güvenliği İlkesi, Hak Arama Hürriyeti, Dürüst Davranma ve İyi Niyet İlkeleri, Hakim Tarafsızlığı İlkesi, Hukuk Güvenliği Hakkı[2] gibi ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkeler bireyleri devlete karşı korumanın yanında, bireyi bireye karşı da korumakta ve hukukun temel amaç ve işlevlerinin topluma entegre olmasına yardımcı olmaktadır.

Hukukun amaç ve işlevlerinde bahsettiğimiz gibi temel ilkeler de birbirine bağlı ve bağlantılıdır. Bunun önemli bir örneği yargı bağımsızlığı ilkesi ve hakim tarafsızlığı ilkeleridir. İlk olarak tanım boyutunda dahi kavramların birbiriyle olan ilişkisi dikkat çekmektedir.

Esasında hakim tam bağımsız ve özgür olmalıdır ki otorite olarak görev yaptığı yargı bağımsız ve özgür olabilsin. Bu sebeple hukuk devletin varlığını sağlamak için hukukun hiçbir ilkesinden ve hiçbir işlevinden vazgeçilemez ve biri birinden daha önemli değildir, bu ilkeler bir kıyas içinde yarıştırlamaz. Normlar hiyerarşinin en tepesinde bulunan jus cogens veya peremptory norm olarak da adlandırılan bu ilkeler milletlerin anayasalarının koruma altına alınmıştır.

Türk Hukuk Sisteminde de Hukukun Evrensel İlkelerinin koruma altında olduğunu görmekteyiz. Türk Anayasa Mahkemesi, Hukukun Genel İlkelerini bir ölçü norm olarak kullanmakta, özgürlükler hukuku alanında genel ilkeleri formüle etmekte, aynı bağlamda Hukuk Devleti kavramından genel ilkeler çıkartmaktadır.[3]

Anayasa Mahkemesi'ne göre; *"Kanunlarımızın Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır."*[4]

Bu ifadelerden Anayasanın ve Anayasa yargısının tamamen bir takdir yetkisine sahip olmadığı sonucunu çıkarmak gerekir. Anayasa ve Anayasa Yargısı daima Hukukun Genel İlkelerini gözetmek durumundadır. Tabii yargı yolu yani doğal hakim güvencesini bir genel ilke olarak incelerken bu bilgiler ışığında incelemek ve kanuni hakim güvencesi farkını bu mercer altında incelemek gerekmektedir. Bu iki ayrım hakimler tarafından icra edilen yargılama görevinin bazı noktalarda farklılaşması olarak karşımıza çıkmaktadır.

İlk olarak doğal hakim güvencesinin tanımını inceleyecek olursak, hakim önüne gelen uyuşmazlıkların, kanunda hangi mahkemece ve hangi hakim tarafından incelenip sonuçlandırılacağı belli olan ve bu koşulların herkes için geçerli olacağı bir güvence olarak karşımıza çıkmaktadır. Doğal hâkim ilkesi, mahkemelerin görev ve yetkilerinin kanunla belirlenmiş olmasının yanı sıra, bu kuralların önceden belirlenmiş olması kriterini de içermektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, doğal hâkim ilkesine ilişkin bu kriter vurgu yapılmıştır: *"Bir yargı yerinin, kuruluş, görev, işleyiş ve izleyeceği yargılama usulü itibarıyla hukuki yapılanmasının, doğal hâkim ilkesine uygunluğunun sağlanabilmesi için, bu alana ilişkin belirlemenin kanunla yapılmış olması tek başına yetmez. Ayrıca sözü edilen belirlemenin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce yapılmış olması da gerekir. Bu nedenle, doğal hakim ilkesinin bünyesinde, "kanuniliğin" yanı sıra "önceden belirlenmiş" olmaya da yer verilmiştir."*(AYM, 2012/146E., 2013/93K., 17/7/2013T.)

Tabii hakim ilkesini, mahkemelerin kuruluş, görev ve işleyişlerinin belirlenmesinde işlev gören diğer bir yargılama hukuku ilkesi olan kanuni hakim ilkesiyle karıştırmamak gerekir. İkisi arasında bazı temel farklar bulunmaktadır. Tabii hakim ilkesini karakterize eden öğeleri, öncedenlik ve kanunilik oluşturduğu halde; kanuni hakim ilkesini karakterize eden yegâne öğe, kanunilik tir. Kanuni hâkim ilkesine uygunluğun sağlanabilmesi için, mahkemenin yargılama usulünün, "kanun" ile yapılmış bulunması yeterlidir; bu belirlemenin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce veya sonra yapılmış olmasının, herhangi bir önemi yoktur. Oysa, tabii hakim ilkesine uygunluğun sağlanabilmesi açısından, mahkemenin bir yargılama usulünün belirlenmesi işleminin hem kanunla hem de söz konusu uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce yapılmış olması gerekir.

Dolayısıyla belirleme, kanunla, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden sonra yapılmış ise, yargı yerinin yapılanması, kanuni hakim ilkesine uygun olduğu halde, tabii hakim ilkesine aykırılık teşkil eder. Tabii hakim ilkesi, ideal hukuktan değil, pozitif hukuktan gelen temel bir yargılama hukuku ilkesidir. Burada sözü edilen tabii hakimden anlaşılması gereken de, olağan mahkemenin hakimidir. Anayasamızda mahkemelerin örgütleniş biçimi ile ilgili düzenleme öngören ve "kanuni hakim güvencesi" başlığını taşıyan Anayasa'nın 37. maddesinde yer alan ilke ile de kastedilen, tabii hakim ilkesi olduğu şüphesizdir. Özellikle, sözü edilen anayasal düzenlemenin ikinci fıkrasındaki "Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz" şeklindeki kuralda, kanuni hakim güvencesi ile anlatılmak istenenin tabii hakim ilkesi olduğunu açıkça görülmektedir. Zira tabii hakim ilkesinin en temel işlevi, kişiye ve olaya (somut duruma) göre değişkenlik gösteren yargı yerlerinin, yani, olağanüstü (istisnâî) mahkemelerin kurulmasını önlemektir.

Tabii hâkim ilkesi, hukukun genel ilkelerinin önemli bir parçasıdır. Örneğin hukuk devletinin olmazsa olmazlarından birisini teşkil eden, hukuki güvenlik ilkesiyle de sıkı bir ilişki içerisinde. Hukuki güvenlik ilkesi, kişilerin tabi olacağı hukuki rejimi önceden bilebilmesini ve buna göre hareket etmesini ifade eden temel bir ilke konumundadır. Hukuki güvenlik, doğası gereği öncedenliği ve belirliliği bünyesinde barındırır. Tabii hakim ilkesi, aleniyeti ön plana çıkararak hukuki güvenliğin ve şeffaflığın sağlanmasına hizmet etmektedir. Bu ilke yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkeleriyle de yakından ilişkilidir.

En genel çizgileriyle yargı bağımsızlığı, hakimlerin, hukukun çizdiği sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla, her türlü etki ve baskıdan uzak bir biçimde, hür ve serbest iradeleriyle kanaatlerine göre uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmalarına olanak veren bir ortamın yaratılması şeklinde tanımlanabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre de, yargı bağımsızlığının amacı mahkemenin, yürütmenin ve yasamanın etkisi altında kalmaması, taraflarla herhangi bir bağının bulunmaması ve mahkeme üyelerinin, görevlerini yaparken herhangi bir kişi, organ, kurum ya da kuruluştan emir ve talimat almamalarıdır.[5]

AİHS'nin 6.maddesinin bir yansıması olan, bu yönüyle yargının bu ilkeye uygun bir biçimde yürütülmesinin ve olası etkilerden uzaklaştırmanın teminatı tabii hakim ilkesidir. Yargının taşınması gereken temel niteliklerden birisi de, tarafsızlıktır. Tabii hakim ilkesi sayesinde önceden ve soyut olarak düzenlenen yargılama mercii ve görevli hakim önüne gelen uyuşmazlıkla alakalı maddi manevi bir düşünce veya his ile hareket etmeyecek ve bu vesileyle yargı bağımsızlığına hizmet etmiş olacaktır.

Zira tabii hakim ilkesinin en temel işlevi, kişiye ve olaya (somut duruma) göre değişkenlik gösteren yargı yerlerinin, yani, olağanüstü (istisnâî) mahkemelerin kurulmasını önlemektir.

Tabii hakim ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ve Anayasa'mızın 36. maddesinin birinci fıkrasıyla güvence altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkının unsurları arasında yer alan "kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılama"nın da, alt ögesi konumundadır. [6] Mahkemenin yapılanması, tabii hakim ilkesine uygun olarak gerçekleştirildiği takdirde, hakim, taraflara yargılama boyunca, eşit mesafede bulunması ve eşitlik temelinde yargılamayı sürdürmesi mümkün hale gelir. Bir mahkemenin oluşumu tabii hakim ilkesine aykırı bir biçimde gerçekleştirilirse, hakim yargılamada, taraflara eşit mesafede bulunması ve eşit işlem yapması pek mümkün olmaz.

Sonuç olarak, bu bağlamda bir değerlendirme yapıldığında, bir mahkemenin oluşumunun tabii hakim ilkesine aykırılık arz etmesinin, adil yargılanma hakkının, diğer öğelerini de temelden etkileyen, ciddi ve ağır bir ihlâl biçimi oluşturabileceği söylenebilir. Çünkü, tabii hakim ilkesi, sağlıklı ve adil bir yargılama yapılabilmesinin ön şartı, her şeyin başı konumundadır. Tabii hakim ilkesini özel mahkemeler ve olağanüstü mahkemeler açısından değerlendirecek olursak; tabii hakim ilkesi, genel mahkemelerin yanında, ayrı özel mahkemeler kurulmasına herhangi bir engel teşkil etmez.

Özel mahkemeler, genel mahkemelerin yanında, belirli türdeki uyuşmazlıklara bakmak üzere sosyal ekonomik ilişkilerde ayrı bir uzmanlık gerektiren uyuşmazlıkların giderek artması ile ortaya çıkan ihtiyacı karşılamak düşüncesine dayanılarak var olmuşlardır. Özel mahkemeler, belirli kişiler yahut meslek mensupları arasında ortaya çıkan belirli uyuşmazlıklara bakmakla yükümlü uzman yargı yeridir. Uzmanlaşmanın doğal sonucu olarak, özel mahkemelerden verilen kararlar, genel mahkemelerden verilenlere nazaran, daha isabetli ve hata yapma olasılığı daha az olacaktır. Bununla birlikte yargısal süreç, belirli uyuşmazlık tiplerinin daha profesyonelce ele alınmasının doğal bir sonucu olarak, daha kısa sürede tamamlanabilecek; bu suretle usul ekonomisine de katkı sağlanmış olacaktır. Özel mahkemelerin oluşturulması evresinde de, genel mahkemelerin teşkilâtlandırılmasında olduğu gibi, mahkemelerin kuruluşu ile ilgili anayasal dayanakları da bulunan temel ilkelere uygun hareket etmek gerekir. Temel ilkelere uygunluğun sağlanması sebebiyle tabii hakim ilkesine bir aykırılık teşkil etmesi söz konusu değildir.



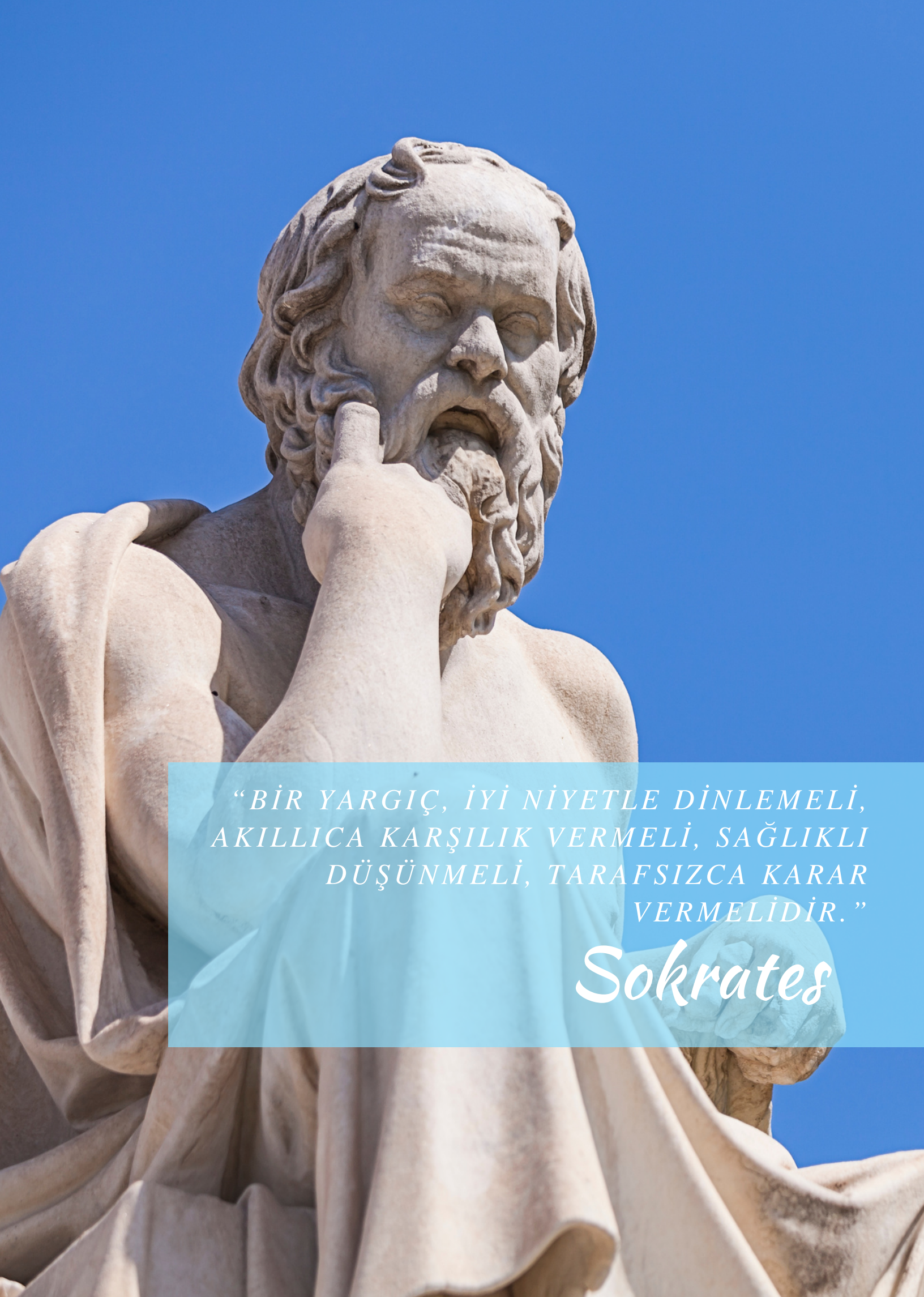
Özel mahkemelere örnek olarak iş, kadastro ve trafik mahkemeleri gösterilebilir. Olağanüstü mahkemeler ise somut olaya yahut somut duruma göre değişiklik gösteren yargı yerleri konumunda bulunan belirli kişilerin yargılanmasının gerçekleştirilmesine özgü olarak, olaydan sonra kuruluşu gerçekleştirilmiş ya da sonradan kendilerine görev verilmiş olan mahkemelerdir. Bu mahkemeler kanunla kurulmuş olsalar da uyuşmazlık sonrasında kuruldukları için tabii hakim ilkesinin fitratını oluşturan iki temel unsurdan birisiyle örtüşmemektedir. Zira olay gerçekleştikten sonra kurulmaları öncedenlik unsuruna aykırıdır.

Tabii hakim ilkesinin diğer genel ilkelerle olan ilişkisi sebebiyle fitratıyla örtüşmeyen uygulamalar diğer genel ilkelerle de örtüşmeyecektir. Buna örnek olarak, uyuşmazlık sonrasında tayin edilen bir yargılama sürecinin hukuki güvenliğe ve öngörülebilirliğe aykırılık sağlayacağı şüphesizdir. Zira öncesinde var olmayan bir uygulamaya tabii tutulmak, bu ilkenin özüne aykırı olacaktır. Tabii hakim ilkesi, yargılamayı yapacak olan mahkeme ve hakim yargılanacak kişi ve olay tespit edilmesinden önce, kanunla belirli olmasını öngören anayasal bir güvencedir. İlkenin doğal sonucu ise, olağanüstü mahkemelerin kurulması yasağıdır. Tanör'ün ifadesiyle; tabii hakim ilkesi ve olağanüstü mahkeme kurma yasağı, bir süs değildir ve yargı bağımsız ve özgür oldukça adalet vardır. Bu sebeple genel ilkeler ve genel ilkelerin normlar hiyerarşisindeki üstünlükleri hukuk devletin, adaletin ve hakkaniyetin güvencesini oluşturmaktadır.



KAYNAKÇA:

- [1] <https://sozluk.gov.tr/>
- [2] <https://sen.av.tr/tr/makale/25-baslikta-hukukun-evrensel-ilke-ve-esaslari>
- [3] <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6401/kaboglu.pdf> -20
- [4] E. 1963/166, K. 1964/76, Ka. t. 22.12.1964, AYMK.D, sy. 2, s. 288-291
- [5] İnceoğlu, S.: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002, s.161-162; Centel, N.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı ve Türk Hukuku (Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s.45-57), s.47.
- [6] Tanrıver, 214; Pekcanitez, H: Medeni Yargıda Adil Yargılanma (İzmir Barosu Dergisi, 1997/2, 35-55)



*“BİR YARGIÇ, İYİ NİYETLE DİNLEMELİ,
AKILLICA KARŞILIK VERMELİ, SAĞLIKLI
DÜŞÜNMEİ, TARAFSIZCA KARAR
VERMELİDİR.”*

Sokrates

ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNDE BIFURCATION KAVRAMI (Kabul Edilen Bifurcation Kararları Işığında)

Yazan: Mustafa Kaan Sığircı

1. BIFURCATION NEDİR?

Bifurcation; yargılamanın ayrı konularının, hakem heyeti tarafından farklı aşamalara ayrılmasını ifade eder. Bifurcation, genellikle yargı sorunlarının anlaşmazlığın esasından veya zararlardan ayrılması sonucunu doğurmaktadır. Mahkemeler, özellikle çatallanmanın yargılamanın süresini ve maliyetini önemli ölçüde azaltıp azaltmayacağı gibi tüm koşulları göz önünde bulundurur.[1]

Genellikle yatırım tahkiminde gündeme gelen bifurcation kavramı, ön sorunların nihai kararda, karara bağlanacak diğer konularla birlikte mi değerlendirileceği yoksa tahkim yargılamanın ayrı bir aşamasında mı ele alınacağı değerlendirmesidir.

Yatırım tahkiminde bifurcation, çoğunlukla davalının hakem heyetinin yetkisine itiraz ettiği durumlarda talep edilir. Bununla birlikte, yargı yetkisine ilişkin itirazlar dışında, belge orijinalliği sorunları[2], geçerli yasayla ilgili sorunlar veya iddiaların kabul edilebilirliğiyle ilgili sorunlar[3] gibi çeşitli diğer ön hususlarda çatallanma meydana gelebilir.

Yatırım tahkiminde bifurcation, çoğunlukla davalının hakem heyetinin yetkisine itiraz ettiği durumlarda talep edilir. Bununla birlikte, yargı yetkisine ilişkin itirazlar dışında, belge orijinalliği sorunları, geçerli yasayla ilgili sorunlar veya iddiaların kabul edilebilirliğiyle ilgili sorunlar gibi çeşitli diğer ön hususlarda çatallanma meydana gelebilir.

Tahkim yargılamalarının ikiye/üçe ayrılmasının ardındaki ana fikir, maliyet ve zaman etkinliklerini teşvik etmek ve dolayısıyla, özellikle büyük olgusal ve hukuki karmaşıklığın damgasını vurduğu davalarda, usul ekonomisini sağlamaktır.

2.HAKEM HEYETLERİNİN BIFURCATION İTİRAZLARINDA KULLANDIKLARI STANDARTLAR VE ÖLÇÜTLER

Uzun süre boyunca ICSID Sözleşmesi veya ICSID Tahkim Kuralları, hakem heyetlerinin bifurcation uygunluğunu belirlemek için uygulanabilir bir yasal standart belirlememiştir. Bunun yerine, kurallar bu kararı tamamen hakem heyetinin takdirine bırakmış ve uyuşmazlık için subjektif koşulları da değerlendirmelerine olanak sağlayarak kendi özel koşulları belirleme yetkisini vermiştir. Fakat ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) Arbitration Rules (2022) [4] ile bifurcation usulünde uygulanması gereken kurallar detaylı bir şekilde açıklanmıştır.



Ancak bu kurallaştırma öncesinde birçok karar birbirini refere ederek benzer test veya ölçütü kullanırken, bazı davalarda farklı içtihatlar da oluşturulmuştur. Birçok davada, "Philip Morris Asia Limited v. Commonwealth of Australia" davasından hareketle şu ölçüt/test kullanılmıştır:

- İtiraz ilk bakışta ciddi ve önemli mi?
- İtiraz ön yargıya varılmadan ve esasa girilmeden incelenebilir mi?
- İtiraz başarılı olursa ileri sürülen iddiaların tamamını veya önemli bir kısmını ortadan kaldırabilir mi?

Ayrıca yukarıdaki testten hareketle bazı davalarda bu maddelerin yorumlanarak genişletilmiş hali[6] ve yine bazı davalarda bu testin ekleme yapılmış halleri[7] kullanılmaktadır.

[1] Kinsella, N.S. and Rubins, N. D., Arbitration Procedure, International Investment, Political Risk, and Dispute Resolution: A Practitioner's Guide, Oxford University Press, 2005, p. 346.

[2] Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/14 and I2/40, Procedural Order No. 13, 18 November 2014.

[3] A. Carlevaris, "Chapter 6 – Preliminary Matters: Objections, Bi-furcation, Request for Provisional Measures" in Ch. Georgetti, Litigating International Investment Disputes – A Practitioner's Guide, Brill/Nijhoff (2014), pp. 173-205.

[4] ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) Arbitration Rules (2022) CHAPTER VI.

[5] Philip Morris Asia Limited v. Commonwealth of Australia, PCA Case No 2012-12, Procedural Order No. 8, 14 April 2014 ("Philip Morris"), §109.

[6] Glamis Gold Ltd - ABD, UNCITRAL, Usul Talimatı No. 2 (gözden geçirilmiş), 31 Mayıs 2005, § 12; Cairn Energy PLC ve Cairn UK Holdings Limited (CUHL) - Hindistan, PCA Vaka No. 2016-7, Usul Kararı No. 4, 19 Nisan 2017, § 37.

[7] Ayat Nizar Raja Sumrain and others v. State of Kuwait, ICSID Case No. ARB/19/20, Procedural Order No. 2 (Decision on Bifurcation), 1 February 2021, para. 16

3.HAKEM HEYETLERİNİN DİKKATE ALDIĞI BIFURCATION İTİRAZLARI

a)Yatırım yapılmadığına veya yatırımcı olunmadığına ilişkin itirazlar

Bu tür bifurcation itirazları, yatırım tahkiminde en çok gündeme gelen uyuşmazlık kaynaklarındandır. Yatırımın yapıldığı ülkelerin bu itirazlarının kabulü halinde dava genellikle konusuz kalmaktadır. Dolayısıyla; davanın esasına geçilmeden veya birlikte değerlendirilmeden önce bifurcation itirazları genellikle bu çekişme açısından çok önemlidir.

Bu itiraz kapsamında özellikle yatırımcılar için koruma altında bulundukları ve yatırımın yapıldığı ülkenin de yatırımın korunacağına taahhüt ettiği uluslararası veya ikili yatırım antlaşmaları (BIT) gündeme gelmektedir. Bu antlaşmalarda bulunan yatırım ve yatırımcı tanımları ve bu maddelerin konulma amacı ve yorumu itirazın esas dayanağı olmaktadır.

İlk olarak ICSID Case No. ARB/19/20'da[8], davalı, davacının yatırım yaptıklarını iddia ettikleri şirketlerde herhangi bir bedel ödemediği hisse sahibi olmalarını, herhangi bir maddi katkıların bulunmadıklarını ve maddi bir risk üstlenmediklerini ileri sürmüştür ve bu durumun taraflar arasındaki BIT'in ilgili maddesi ve ICSID Sözleşmesi m. 25 bağlamında yatırım faaliyeti sayılmayacağı iddiasında bulunmuştur.

Ayrıca ICSID Case No. UNCT/20/3'da[9], davalı, davacı tarafından ihlal olarak iddia edilen olguların (davalı tarafından alınan önlemlerin) gerçekleştiği tarihlerde, hâlihazırda davada davacı olarak bulunan şirketin, yatırım yapan şirkette kontrolü bulunmadığını ileri sürmüştür. Daha detaylı ifade etmek gerekirse, davacının o tarihlerde Kanada'da bulunan yatırımları satın almadığı, satın alma işlemlerinin yatırımcı Westmoreland Coal Company'nin yeniden yapılandırılmasıyla yatırım hususlarına sahip olduğu ve ihlal edildiği iddia edilen işlemlerin gerçekleştiği zamanlarda yatırımcı olamayacağı itirazında bulunmuştur.

Ek olarak ICSID Case No. ARB/18/29'da[10], davalı, antlaşmanın (FTA) yatırım tanımına binaen yatırımcının yatırım sürecinde aktif olması gerektiğinin vurgulandığını ve davacının yaptığı faaliyetlerin aktif olarak değil pasif faaliyetler olarak nitelendirilmesi gerektiği ileri sürmüştür.

ICSID Case No. ARB/18/23'da[11], davalının itirazında, davacının iki Venezüella vatandaşı tarafından kontrol edilmesi gerekçesiyle yatırım için uygulanması gereken Kanada-Kolombiya FTA'sına taraf olmayan bir yatırımcı olduğunu ve davanın bu kişilerce açılmasının bifurcation itirazı olabileceğini savunmuştur. Davalının bu itirazı, devletlerin yatırım anlaşmalarını imzalarken korumayı amaçlamadığı yatırımcılara dair ciddi bir itiraz olarak görülmüş ve "denial of benefits" kavramı altında kabul edilmiştir.

b)Uygulanacak yatırım antlaşmalarının şekil şartlarının sağlanmaması

ICSID Case No. ARB/20/44'te[12], taraflar arasındaki yatırıma dair uygulanması gereken BIT'in uyuşmazlık çözümüne ilişkin maddesinin yanlış yorumlandığı iddia edilmiştir. Davalı taraf, davacı tarafından mevcut uyuşmazlığa ilişkin tüketilmesi gereken yargılama ve uyuşmazlık çözüm yollarına dair sözleşme şartlarını yerine getirmediğini, bu sebeple davanın usul açısından eksikliğini ileri sürmüştür. Hakem heyeti davalının bu itirazını bifurcation nezdinde kabul etmiş ve ayrıca bu itiraza dair bekletici mesele yapılması hususunda değerlendirme sürecine devam etmektedir.

Ayrıca ICSID Case No. UNCT/20/2'de[13], davalı tarafından, davacıların bir kısmının, taraflar arasında uygulanması söz konusu olan BIT'de ve NAFTA kurallarında bulunan "notice of intent" bildirimlerinin rızanın gerçekleşmesi için şart olması sebebiyle gerektiği gibi usulüne uygun olarak yapılmadığı itirazında bulunmuştur.

c)Yatırıma ilişkin Zararın Zamanaşımı Sebebiyle Talep Edilememesi

İlk olarak PCA Case No. 2018-54'da[14], taraflar arasında uygulanan NAFTA'nın 1116(2) hükmüne uygun talepte bulunulmadığı gerekçesiyle antlaşmanın ihlali itirazı yapılmıştır. İlgili hüküm gereği yatırımcı kayıp ve zararı öğrendiği veya öğrenmesi gereken tarihten itibaren 3 yıl içinde bildirmesi ve talep etmesi gerekmektedir. Davalı, davacının ihlal iddiasında bulunduğu tarihten 3 yıl geçtikten sonra talepte bulunduğunu, bu sebeple de zamanaşımına maruz kalacağını iddia etmiştir.

İkinci olarak ICSID Case No. UNCT/20/2'de[15], Arjantin-Meksika BIT'inde taleplerin ileri sürülebileceği zaman aralığına ilişkin hükme dayanılarak zamanaşımı itirazında bulunulmuştur. İlgili hükme göre kaybın veya ihlalin gerçekleştiğinin bilindiği veya bilinmesi gerektiği tarihten itibaren 4 yıl içerisinde iddia ve taleplerin sunulması gerekmektedir. Davalıya göre davacı, bu taleplerini kaybın veya ihlalin gerçekleşmesinden 6 yıl geçtikten sonra ileri sürmüştür. Dolayısıyla; bu talepler için zamanaşımı hükmünün uygulama alanı bulup bulmadığı bifurcation talebi olarak kabul görmüştür.

d)Hakkın Kötüye Kullanılması Sebebiyle

ICSID Case No. UNCT/20/2'de[16], davalı, davacıların yatırımın yapıldığı ülkede ekonomik faaliyet yürütülmesi amacıyla yapılmayan, yatırımın amacıyla bağdaşmayan ve BIT kapsamında talep edilemeyecek faaliyetlerine ilişkin taleplerini, sırf tahkim yargılamasında talep edebilmek amacıyla yaptığı ve bu durumun hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal ettiği gerekçesiyle bifurcation itirazında bulunmuştur.

e)Davanın Konsolidasyonu Sebebiyle

ICSID Case No. UNCT/20/2'de[17], davacı tarafta bulunan kişilerin 6 farklı millettten olması ve 4 farklı antlaşmanın (NAFTA, Arjantin-Meksika BIT, Fransa-Meksika BIT, Meksika-Portekiz BIT) uygulanması söz konusu olacağından ve bu anlaşmalara dayanılarak iddia ve talepler ileri sürüleceğinden, davalı tarafından, davanın konsolidasyon (bütünlük olma veya birleşme) açısından uygun olmadığına itiraz edilmiştir.

[8] Ayat Nizar Raja Sumrain and others v. State of Kuwait, ICSID Case No. ARB/19/20

[9] Westmoreland Mining Holdings, LLC v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/20/3

[10] The Carlyle Group L.P., Carlyle Investment Management L.L.C., Carlyle Commodity Management L.L.C. and others v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/18/29

[11] Aris Mining Corporation (formerly known as GCM Mining Corp. and Gran Colombia Gold Corp.) v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/18/23

[12] Nasib Hasanov v. Georgia, ICSID Case No. ARB/20/44

[13] Carlos Sastre and others v. United Mexican States, ICSID Case No. UNCT/20/2

[14] Tennant Energy, LLC v. Government of Canada, PCA Case No. 2018-54

[15] Carlos Sastre and others v. United Mexican States, ICSID Case No. UNCT/20/2

[16] Carlos Sastre and others v. United Mexican States, ICSID Case No. UNCT/20/2

[17] Carlos Sastre and others v. United Mexican States, ICSID Case No. UNCT/20/2

KAMU GÖREVLİLERİ AÇISINDAN LİYAKAT SİSTEMİNİN TÜRK HUKUK TARİHİ KAPSAMINDA İNCELENMESİ

Yazan: Ali Kaan Karakaş

Giriş

Devletin meşru olan tek işlevi, çeşitli kural ve ilkelere uygun bir biçimde kamuya hizmet sunmaktır. Hizmetlerin yerine getirilmesi esnasında uyulması gereken kurallardan birisi, Anayasamızın 10.maddesinde düzenlenmekte olan eşitlik ilkesidir. Eşitlik ilkesi devletin kişiler arasında ayırım yapmaksızın, herkese eşit şekilde muamele etmesini gerektirdiğinden; devletin kamu hizmetlerini de tarafsız bir şekilde tesis etmesini de beraberinde getirir. Kamu hizmetlerinde tarafsızlığın sağlanmasının iki yönü bulunmaktadır.

Bunlardan ilki hizmetlerin sunumu esnasında, hizmetten yararlanan kişilerin siyasi, ideolojik, dini sebeplerle veya herhangi bir başka sebeple ayırma tabi tutulmaması; diğeri ise kamu hizmeti sunan teşkilatın, hizmetten yararlanacak olanlara tarafsız muamele edecekleri konusunda toplumda bir kanaat oluşması gereğidir.

Toplumun devlete kamu hizmetlerini tarafsız biçimde yerine getireceği konusunda duyduğu güven, kurumsal tarafsızlık olarak adlandırılmaktadır. Kurumsal tarafsızlığın sağlanmasının bir kısmını; personel hakkında tesis edilen işlemlerde, tarafsızlığın gözetilmesi oluşturur. İlgili kurum ve kuruluşta görevli olan ya da görevli olmak isteyen kişilere yönelik uygulanan idari işlemlerde, eşitlik ilkesine uygun hareket edilmesi gerekir. Nitekim personel hakkında siyasi, dini, ideolojik ve buna benzer sebepler doğrultusunda tesis edilen işlemler neticesinde, personel sistemi eşitlikten uzak ve adaletsiz bir temel üzerine kurulur. Bu doğrultuda oluşturulan bir sistemin parçası olan görevliler ise tarafsız bir biçimde kamu hizmeti yerine getirme düşüncesinden oldukça uzak kalacaklardır. Kamu personeli üzerinde ayırmacı uygulamaların arttığı bir teşkilatta, görevliler hizmet sunumunda eşitliğe uygun hareket etseler dahi; toplum devletin hizmet sunumunda tarafsız olduğuna şüpheyile yaklaşır. Bahsedilen nedenlerle, personel ve personel adayı hakkında tesis edilen işlemlerde tarafsızlığın sağlanması, kamu hizmetleri açısından önemli sonuçlara sahiptir.

Kamu personelinin, kendisi hakkında işlem tesis etmeye yetkili makamlar tarafından yapılacak her türlü ayrımcılıktan korunmasını sağlayan hukuki araç, liyakat ilkesidir. Liyakat ilkesi, personel hakkında tesis edilecek işlemlerde yalnızca görevin gerektirdiği niteliklerin dikkate alınmasını gerektirir. Dolayısıyla liyakat ilkesi yoluyla sağlanan hukuki koruma, bir yandan personel hakkında işlem tesis etmeye yetkili makama bir yükümlülük getirirken öte yandan da ilgili kamu personeline özel bir koruma sağlamaktadır.

Liyakat İlkesinin Tarihsel Arka Planı

Öncelikle liyakat sisteminin karşısında kayırma sisteminin olduğu bilinmeli ve kayırma sisteminin ne olduğunu kavranarak liyakat ilkesinin öneminin vurgulanması gerekmektedir. Bu sistemde memur siyasi eğilimi ve belirli bir siyasi partiye yapmış olduğu hizmet dolayısıyla işe alınır. Sistemin temel felsefesi, seçimden başarılı çıkan siyasi partinin iktidara yandaşları ile gelmesi ve yine onlarla gitmesidir. Bu sistem memurluğa giriş ve ilerleyişte siyasi kayırmanın, memuriyetlerin bir savaş ganimeti gibi yağmalanmasının ve partizan kadrolar oluşturulmasının yolu olmuştur. Güran'a göre kayırma sisteminin gözlem ve inceleme alanı ABD'dir. Sanayi Devrimi sonucunda bir yandan devlet fonksiyonları çeşitlenmiş diğer yandan sanayinin gelişimiyle örgütlenebilen büyük bir işçi sınıfı ortaya çıkmıştır. İşçiler kendilerini devlete karşı korumak için sendika ve siyasi parti gibi çeşitli gruplara mensup olmuştur, bu grupların üyeleri ise sonraki dönemlerde kayırma yapılırken temel hareket noktasını oluşturmuşlardır. Sanayi Devrimi'nden hemen sonraki zaman diliminde kamu hizmetleri henüz önemsiz ve uzmanlık gerektirmeyen işler olarak görülmekteydi. Bu nedenle bürokrasinin politize olmuş, nitelsiz kişilerden oluşması henüz bir problem olarak göze çarpmamıştı. 1829 yılında Andrew Jackson'ın başkanlık seçimlerini kazanması sonrasında bu kadrolar, iktidar yandaşlarına dağıtılabilecek bir ganimet olarak görülmeye başlanmıştır. Neticede bu dönemde kayırmacılık sistemi personel sistemine dâhil olmuştur.



Ganimet olarak kadroların dağıtılabileceği düşüncesinin arkasında yatan en büyük sebep; bu kadrolardakilerin önemli bir iş yapmadıkları, kamu hizmetlerini her türlü parti üyesinin yapabileceği yolundaki inançtır. Kayırma sisteminin uygulanması zamanla iktidar partisinin liderlerini zorlamış ve parti üyelerinin sonsuz talepleri karşısında istemedikleri birçok atama yapmak zorunda kalmışlardır. 1861-1865 yılları arasında yaşanan Amerikan İç Savaşı sonrasında durum gittikçe kötüleşmiş ve siyasi kayırma sonucu yapılan atamalar iki katına çıkmıştır. Kadrolara yapılan çok sayıda gereksiz atama ve ardı arkası bitmeyen taleplerin karşılanamaması sonucunda sistemde değişiklik yapılması ihtiyacı doğmuştur. 1881 yılında Gitean isimli vatandaşın, istediği görevin kendine verilmemesi nedeniyle Başkanı Garfield'ı öldürmesi üzerine liyakat ilkesi kamu nezdinde önemini kanıtlamıştır. Akabinde 1883 yılında Pendleton Kanunu (Pendleton Act) kabul edilmiş ve bu şekilde liyakat sistemine geçiş süreci başlamıştır. Liyakat sistemini ele alacak olursak, Sanayi Devrimi'yle birlikte topluma sunulan hizmetlerde yaşanan gelişmelere paralel olarak bilgi birikimine sahip bürokrat ihtiyacı daha da hissedilir hale gelmiştir. Sanayileşme sonucunda kamu hizmetlerinin önemi gittikçe artmış, çok partili siyasi hayata geçişle birlikte liyakat ilkesinin oluşumuna giden süreç başlamıştır. Diğer bir ifadeyle; Sanayi Devrimi çok partili siyasi hayata geçiş tetiklemiş, çok partili siyasi hayat ise artan kamu hizmetlerinde uzmanlığı ve tarafsızlığı sağlamak için liyakat ilkesini ortaya çıkarmıştır. Kısaca; sanayi devrimi, çok partili siyasi hayat, tarafsızlık, uzmanlık liyakatin ortaya çıkışını ortaya koyan temel kavramlardır. Söz konusu kavramlar arasındaki bağlantı batılı devletlerde ve Osmanlı Devleti'nde farklı oluşum süreçlerinden geçmiştir.

Türk Hukuk Sisteminde Liyakat İlkesinin İncelenmesi

Ülkemiz açısından liyakat sisteminin gelişimini iki döneme ayırarak ele almak yerinde bir yaklaşım olacaktır. Tek partili siyasi hayatın mevcut olduğu devletlerde idare, siyasi iktidarın politikalarını uygulamak için vardır. Ülkemizde de tek partili dönemde aynı durum yaşanmış, bürokratlar ülkenin siyasetini kontrol eden seçkin kişilerden oluşmuştur. Örneğin, 1923-1946 yılları arasında İçişleri Bakanı CHP Genel Sekreteri, valiler ise CHP il başkanlarından seçilmiş, böylelikle siyaseten güçlü kişiler mülki yöneticiler olarak idari yapı içerisinde görev almıştır.

Liyakate ilişkin ilk kanuni düzenleme ise 18 Mart 1926 tarihli 788 sayılı Memurin Kanunu ile yapılmıştır. Kanunun 4. maddesinde memur olabilmek için gerekli şartlar açıkça belirtilmiş; 9. maddesinde ise memurların siyasi partilere üyelikleri, seçimlere müdahaleleri ve siyasi beyanatta bulunmaları yasaklanmıştır. Yapılan kanuni ve anayasal düzenlemeler sonucunda liyakat ilkesinin temelleri; belli durumlarda uygulanacak bir yeterlilik sınavı öngörülmesi, belli bir eğitim koşulu aranması, memurların siyasetle ve ticaretle uğraşmalarının yasaklanması yönlerinden atılmıştır. 1945 yılında Demokrat Partinin kurulmasıyla başlayan çok partili siyasi hayata geçiş çabaları, 1950 yılında Demokrat Parti'nin iktidara gelmesiyle tam manasıyla sonuç vermiştir. 1950 yılında iktidara gelen Partinin, önceki iktidarın bürokrasiye yönelik politikalarının etkilerini silmek amacıyla yaptığı girişimler, bürokrasinin eski ihtişamlı günlerinin geride kalması sonucunu doğurmuştur.

Zira bir zamanlar siyasi iktidarın görüşlerine müdahale edebilen, bir başka deyişle iktidarın politikasını uygulamadaki en büyük aracı olan bürokrasi; yeni iktidara ayak diremiştir.

Demokrat Parti iktidarı bürokrasinin tutumu üzerine, kamu görevlileri konusunda idareyi kontrol altında tutmaya yönelik çeşitli hukuki düzenlemeler yapmıştır. Başka bir ifadeyle önceden iktidarın aracı olmaktan öte bir anlama sahip olan bürokrasi, bu dönemde iktidar tarafından politik bir araç haline getirilmeye çalışılmıştır. Dolayısıyla bu dönemde personel sisteminde önceden yaşanan olumsuzlukların önüne geçilememiş ve iktidarın baskısı bürokrasi üzerinde yoğun bir şekilde hissedilmiştir. 27 Mayıs 1960 tarihli askeri darbeden sonra ise ülkemiz hukuk sisteminde önemli değişikliklere gidilmiştir. Bu değişikliklerden en önemlisi 1961 Anayasası'dır. 1961 Anayasası ile 788 sayılı Memurin Kanunu'nda yer alan memurların siyasi partilere üyelik yasağı, anayasal temele kavuşmuş ve söz konusu yasağın kapsamı genişletilmiştir. Ardından personel sistemiyle ilgili çeşitli raporlar ve araştırmalar hazırlanmıştır. Değinilen çalışmalar neticesinde hukukumuzda personel reformuna gidilmesi gerektiği anlaşılmış, nihayet 1965 yılında kamu personel rejimini ilgilendiren en önemli düzenlemelerden birisi olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu yürürlüğe girmiştir. Kanunun 3. maddesinde doğrudan liyakat ilkesine yer verilmiştir. Maddeye göre liyakat, "Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır." DMK'nin kabul edilmesinden sonraki süreçte liyakat ilkesinin uygulamasında yaşanan aksaklıklar devam etmiştir. DMK'nin yürürlüğe girdiği tarihten sonra Bakanlar Kurulu tarafından 29.05.1971 tarihli karar ile kurulan İdari Reform Danışma Kurulu "İdarenin Yeniden Düzenlenmesi: İlkeler ve Öneriler" isimli bir rapor hazırlamış ve etkili ifadelerle raporunu desteklemiştir. Ekonomik ve toplumsal gelişmeler açısından devlet için yol gösterici olması amacıyla 1973 yılından günümüze kadar yapılmakta olan kalkınma planlarında da bu konu her zaman önemini korumuş ve bu belgelerin tümünde liyakat ilkesinin yanlış uygulanmasından kaynaklanan aksaklıklara doğrudan ya da dolaylı olarak değinilmiştir.

Sonuç: Liyakat İlkesinin Ehemmiyeti

İdare ve idari yapılanma siyasetten ayrı düşünülmediği sürece yönetimin özerkliği ya da iktidar karşısındaki bağımsızlığının pratik bir anlamı kalmamaktadır. Bu sebeple liyakat ilkesi, kamu hizmetlerini etkili ve verimli şekilde yürütecek personelin seçiminde tarafsızlığın sağlanmasında ve kayırmacılığın önlenmesinde fonksiyonel bir öneme sahiptir. Kamu hizmetlerinin sunumunda bürokrasinin artan rolü ve önemi reddedilmesi zor olan bir gerçekliktir. Bürokrasinin kamu hizmetlerinin sunumunda işlevsel önemi kabul edilirse, verimli ve etkin bir işlerlikten söz edebilmek için açıklık, gayri şahsılık, liyakat, uzmanlaşma, kariyer yapısı gibi özellikleri bünyesinde barındırması zorunludur. Dolayısıyla liyakat ilkesinin, siyasal kayırmaların ve pazarlıkların konusu olmasını engelleyecek şekilde bir ülkenin hukuki mevzuatında garanti altına alınmış olması önemli bir zarurettir.

KAYNAKÇA:

- ADAL, Hasan Şükrü, Kamu Personeli İdaresi, Ahmet Sait Matbaası, 1968.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- AKYILMAZ, Bahtiyar; SEZGİNLER, Murat; KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, Ankara, 2017.
- GÜRAN, Sait, "Cumhuriyet Kurulurken Memurin Kanununun Dikkat Çekici Bir Hükümü", İHİD, C. 2, 2011.
- GÜRAN, Sait, "Türk Kamu Personel Rejimi ve Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı'nın Bu Konudaki Hükümleri", Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 48, 2010.
- GÜRAN, Sait, Memur Hukuku'nda Kayırma ve Liyakat Sistemleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1980. (Liyakat Sistemi)
- HEPER, Metin, Türkiye'de Devlet Geleneği, Doğu Batı Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2015.
- TUTUM, Cahit, "Yönetimin Siyasallaşması ve Partizanlık", AİD, C. 9, S. 4, 1976, s. 9-32. (Yönetimin Siyasallaşması)
- ROOSEVELT, Theodore, "The Merit System versus The Patronage System", <http://www.theodore-roosevelt.com/images/research/treditorials/c4.pdf>, Erişim Tarihi: 31.01.2018
- KOCAMAN, Halip, "Hukuki Tarihçeyle İstisnai Memuriyet ve TBMM Örneği", YASAMA Dergisi, S. 4, 2007, s. 57-83.

DOKTRİN VE YARGI KARARLARI DOĞRULTUSUNDA BİLGİLENMİŞ KULLANICI KAVRAMI

Yazan: Doğukan Coşkun

Sınai mülkiyet haklarının koruma kapsamı ve sahip olması gereken nitelikler 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu çerçevede SMK m.55/1'de tasarımın tanımı yapılmıştır. Bu tanım doğrultusunda, tasarımın ürünün görünümünden ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Bunun haricinde "Yenilik ve Ayırt Edicilik" başlığı altında düzenlenen SMK m.56/1'de bir tasarımın yeni ve ayırt edici niteliğe sahip olması gerektiği belirtilmektedir. Buradan hareketle, bir tasarımın yeni olması ve ayırt edici nitelik taşıması tasarım tescilinin sağladığı korumanın hem gerekçesi hem de şartı durumundadır.[1] Bir tasarımın tescil edilip, bu tescil çerçevesinde korunabilmesi adına yenilik ve ayırt edicilik kriterlerini sağlaması gereklidir.

Tasarımın yeni olması, ürünün dış görünüm itibarıyla kıyasa tabi tasarımlardan farklı olması anlamına gelir. Bir tasarımın yeni olmasının Kanundaki[1] ifade edilmiş tarzı ise bir tasarımın aynısının başvuru veya rüçhan tarihinden veya tescilsiz tasarımlar için kamuya ilk sunulduğu tarihten önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış olmasıdır. Ayırt edici nitelik, "bilgilenmiş kullanıcı" üzerinde yaratılan genel izlenimden hareketle belirlenecektir. Kanunda[2] bir tasarımın bilgilenmiş kullanıcı üzerinde bıraktığı genel izlenim, başvuru veya rüçhan tarihinden önce, tescilsiz tasarım için tasarımın kamuya ilk sunulduğu tarihten önce, kamuya sunulmuş herhangi bir tasarımın aynı kullanıcı üzerinde yarattığı genel izlenimden farklı olması durumunda tasarımın ayırt edici niteliğe sahip olduğu kabul edilecektir denilmektedir.

İşte SMK m.56/5'te düzenlenen ve bir tasarımın ayırt edici niteliğinin belirlenmesinde kullanılacak temel kıstas olan bilgilenmiş kullanıcı üzerinde yaratılan genel izlenim bakımından belirleme yapabilmek için "bilgilenmiş kullanıcı" kavramını iyi tanımlamak ve çerçevesini doğru çizmek gerekmektedir. Kanun burada farazi (varsayımsal) bir kişi üzerinden yola çıkarak tasarımın ayırt edici niteliğinin belirlenmesini düzenlerken bilgilenmiş kullanıcı kavramının tanımını yapmamaktadır. Dolayısıyla bu belirleme yapılırken kendimizi yerine koyacağımız ve somut olayda benzerlik değerlendirmesi yaparken sanki onun gözünden bakacağımız bu farazi kişinin kim olabileceği, taşıdığı vasıf ve nitelikleri önem arz etmektedir.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından yapılan bilgilenmiş kullanıcı kavramı tanımı ve nitelendirmelerine bakmak bu hususta bilgilenmiş kullanıcı kavramının kapsam ve niteliğini belirlemek açısından yerinde olacaktır.

SULUK'a göre bilgilenmiş kullanıcı ne dikkatsiz bir kullanıcı ne de uzmandır:

"Bilgilenmiş kullanıcı, ne dikkatsiz bir kullanıcıdır; ne de tasarım uzmanı düzeyinde bir bilgiye sahiptir. Bilgilenmiş kullanıcı, sıradan bir kullanıcının gözden kaçırabileceği önemli ayrıntıları fark eder. Ama bir tasarımcı kadar da bilgi birikimine sahip olmadığı için ayrıntılarla ilgilenmez." (Suluk (Karasu/Nal), Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara 2017, s.317)

[1] GÜNEŞ, İ., Tasarım Tescil Korumasında Uygulama İlkeleri, *Terazi Hukuk Dergisi*, 14.155, (2019): 1417-1423

[1] 6769 sayılı SMK m.56/4

[2] 6769 sayılı SMK m.56/5

GÜNEŞ ise bilgilenmiş kullanıcıyı şu şekilde tanımlamaktadır:

“Bilgilenmiş kullanıcı, daha ziyade tasarım konusu ürünü kullanarak tasarım hakkında bilgi sahibi olmuş, başkalarına nazaran ürünün dış görünümüne nispeten daha çok önem veren, ortalama dikkat ve deneyim sahibi kişilerdir.” (GÜNEŞ, İ., Tasarım Tescil Korumasında Uygulama İlkeleri, Terazi Hukuk Dergisi, 14(155), 1417-1423)

ŞEHİRALİ bilgilenmiş kullanıcıyı piyasadaki ürünlerden haberdar olan ve piyasaya daha önce sunulmuş olan tasarımlar hakkında bilgi ve deneyimi olan kimse olarak görmektedir ve şu ifadelerle yer vermektedir:

“Dolayısıyla bilgilenmiş kullanıcı piyasadaki ürünlerden haberdar olan ve tasarımlar arasındaki farkları tespit edebilecek durumda olan kişidir. Bilgilenmiş kullanıcının sahip olması gereken bilgi ve deneyim özellikle ilgili ürün veya piyasaya daha önce sunulmuş olan tasarımlara ilişkindir. Dolayısıyla bilgilenmiş kullanıcı piyasadaki ürünlerden haberdar olan ve tasarımlar arasındaki farkı tespit edebilecek durumda olan kişidir.” (Feyzan Hayal Şehirali, F. H. Ş., Tasarımların Ayırt Edicilik İncelemesinde Malzeme, Renk ve Desen Değişikliğinin Rolü, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 28(1), s.15)

KOŞER ise Tasarım Hukukunda Bilgilenmiş Kullanıcı Kavramı adlı makalesinde bilgilenmiş kullanıcı hakkında şu ifadelerle yer vermektedir:

“Uygulama ve doktrindeki tüm bu görüşler çerçevesinde; kullanıcı kavramının; uzmanlık seviyesine erişmeden ilgili sektör bakımından karar verici sayılabilecek ve tasarımın piyasada kullanılması noktasında aktif kişi gruplarının tümünü karşılar nitelikte kullanıldığı görülmektedir. Buna göre bu kişi; alıcı, son kullanıcı, tüketici veya ilgili alanda yönetici olabilecektir.” (Koşer, N. (2021). TASARIM HUKUKUNDA BİLGİLENMİŞ KULLANICI KAVRAMI. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12 (1), s.386)

Görüldüğü üzere, doktrindeki bu açıklamalar doğrultusunda bilgilenmiş kullanıcıyı o alanın uzmanı olmamakla birlikte ilgili ürün hakkında bilgi sahibi olan, tasarımlar arasındaki farkı tespit edebilecek kapasitede dikkatli ve deneyim sahibi bir kişi olarak kısaca tanımlamak mümkündür.

Bu tanımlamaların ardından bilgilenmiş kullanıcının işlevi ve sahip olması gereken özelliklere bakmak gerekir. Bilgilenmiş kullanıcı üzerinde yaratılan genel izlenim kıstası, tasarımların ayırt edici niteliklerinin değerlendirilmesinde kullanılır. Bu ayırt edici nitelik, ilgili tasarımın bilgilenmiş kullanıcı üzerinde kıyasa tabi tasarımlara göre yarattığı genel izlenimdeki farklılıktan hareketle belirlenir.[4] Dolayısıyla bilgilenmiş kullanıcının bazı özelliklere sahip olması gereklidir.

Ortalama bir tüketiciden farklı şekilde bilgilenmiş kullanıcı tasarım ve daha öncesinde piyasaya sunulmuş bulunan tasarımlar hakkında bilgi ve deneyim sahibidir. Dolayısıyla ortalama tüketiciye nazaran bu tasarıma ve ilişkili diğer tasarımlara aşinadır. Bilgilenmiş kullanıcı, ilgili tasarım ve piyasadaki diğer tasarımlar hakkındaki bu bilgi ve deneyimi sayesinde ayırt edici niteliğin tespitinde tasarımlar arasındaki farkları tespit edebilecektir.[5] Ayırt edicilik değerlendirmesinin yapılabilmesi için bilgilenmiş kullanıcının ilgili tasarım ve bununla ilişkili tasarım külliyatı hakkında belli bir seviyede bilgi sahibi olması gerekmektedir.[6]

Bu nitelemeler doğrultusunda anlaşılmaktadır ki bilgilenmiş kullanıcı ortalama bir tüketiciden çok daha fazla bilgili olmasına karşın bir uzman kadar bilgiye de sahip değildir.[7] Bu durum SMK m.56/5'in gerekçesinde bilgilenmiş kullanıcı kavramının kapsamı ve bilgilenmiş kullanıcının tanımı ile birlikte şu şekilde belirtilmektedir:

“Ayırt edicilik, tasarımın korunabilmesi için kıyaslanan tasarımlarla arasındaki farklılığın seviyesinin belirlenmesi için konulmuş bir kriterdir. Tasarımlar ayırt edici nitelik açısından birbirleriyle kıyaslanırken farklı bilgi ve tecrübeye sahip kişilerce değişik şekilde yorumlanabilmektedir. Söz konusu sektörde bilgi ve tecrübe sahibi olan bir kişinin yapacağı kıyaslama ile herhangi bir tüketicinin yapacağı kıyaslama farklı olacaktır. Ayırt edici niteliğin belirlenmesinde ve tasarımların karşılaştırılmasında, ne sıradan tüketici gibi basit ne de ilgili sektörde uzman kişi kadar derin bir değerlendirme gerektirmeyecek şekilde, ürün hakkında temel bilgilere sahip bir kişinin yapacağı değerlendirme anlaşılmalıdır. Söz konusu değerlendirmeyi yapabilecek kişi Kanunda bilgilenmiş kullanıcı olarak yer almıştır.”



[4] KOŞER, s.388

[5] ŞEHİRALİ, s.15

[6] KOŞER, s.388

[7] SULLUK (KARASU/NAL), s.317

Bilgilenmiş kullanıcı kavramının özelliklerinin ardından son olarak, bilgilenmiş kullanıcı kavramı üzerinde duran yargı kararlarına bakmak yargı uygulaması hakkında fikir vermesi bakımından yerinde olacaktır:

"Bir tasarımın ayırt edici olduğundan söz edebilmek için de, KHK'nın 7. maddesi uyarınca, koruma talep edilen tasarımın, önceden bilinen tasarıma karşı, bilgilenmiş kullanıcı nazarında genel izlenim yönünden belirgin bir faklılık oluşturacak özellikte olması gerekir. Ayırt edici nitelik belirlemesi yapılırken, koruma talep edilen tasarımın, önceki tasarımlarla karşılaştırması sırasında, tasarımcının bu sınıftaki ürünler yönünden sahip olduğu seçenek özgürlüğü de dikkate alınarak, tasarımlar arasında farklılıklardan çok ortak özelliklerinin belirlenmesi ve bilgilenmiş kullanıcının genel izlenimi itibarıyla, ortaya çıkan farklılıkların, tasarımı önceki tasarımlara nazaran ayırt edici kılıp kılmadığının belirlenmesi gerekir ve karşılaştırılan ürünlerin teknik ve işlevsel özellikleri dikkate alınmaz. KHK'nın 7. maddesinde bahsedilen bilgilenmiş kullanıcı olarak, tasarım konusu ürünü bizzat kendi işlerinde veya ortamında kullanan, genel kullanıcılara göre nispeten daha dikkatli, ancak tasarıma konu ürünün de uzmanı olmayan kişiler ölçüt olarak dikkate alınmalıdır." (Yargıtay 11.HD., 24.9.2018, E. 2016/14497, K. 2018/5594)

"Ayırt edicilik incelemesinde görüşü dikkate alınacak bilgilenmiş kullanıcı kesinlikle, bir tasarım uzmanı veya o tarz ürünlerin üretim veya satışını yapan uzman kişiler değildir. Bilgilenmiş kullanıcı daha ziyade, tasarım konusu ürünü kullanarak tasarım konusunda bilgi sahibi olmuş, başkalarına nazaran ürünlerin dış görünümüne nispeten daha çok önem veren, ortalama dikkat ve deneyim sahibi kişilerdir. Bu anlamda umumiyetle nihai tüketiciler ve bazen de o ürünü satıcıdan satın alarak nihai yerine eden kişiler bilgilenmiş kullanıcı olarak kabul edilmelidir. Ayırt edicilik incelemesi sırasında bilgilenmiş farazi kullanıcıların görüşleri dikkate alınırken, öncelikle başvuru konusu ürünün nihai kullanımı sırasındaki dış görünümü dikkate alınmalı ve KHK'nın 7/son maddesi uyarınca, seçenek özgürlüğü kapsamında, tasarımcının o tasarımı geliştirmek için ne kadar çaba harcadığı ve yeni tasarımda hangi farklılıkları sağladığı, bu farklılıkların tasarımın bütününe nazaran bilgilenmiş kullanıcı nazarıyla ayırt ediciliği sağlamaya yetip yetmediği değerlendirilmelidir. Bu anlamda tasarımın ayırt ediciliğinin değerlendirilmesinde, tasarıma konu ürünün işlevsel olup olmamasının bir etkisi bulunmamaktadır." (Yargıtay 11.HD., 19.9.2018, E. 2016/14393, K. 2018/5421)

Tüm bu doktrindeki tanımlamalar ve yargı kararlarındaki açıklamalar doğrultusunda, bilgilenmiş kullanıcıyı o alanın uzmanı olmamakla birlikte ilgili ürün hakkında bilgi sahibi olan, piyasa ve ilgili tasarımlara muttali olan, karşılaştırmaya tabi tasarımlar arasındaki farkı tespit edebilecek kapasitede dikkatli ve deneyim sahibi bir kişi olarak ana hatlarıyla tanımlamak mümkündür.

"Dava, davalı kurum kararının iptali ile başvuruya konu tasarımın hükümsüz kılınması istemine ilişkindir. İlk derece mahkemesince, başvuruya konu tasarımın davacı tasarımları karşısında yeni ve ayırt edici olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmişse de, tasarımlar arasındaki farklılıkların ayırt ediciliği sağlayıp sağlamadığı hususunun tasarım konusunda uzman kişilerin bakış açısına göre değil, o ürünün potansiyel ortalama bilgilenmiş kullanıcılarının (tüketicilerinin) bakış açısına göre belirlenmesi gerekmektedir. Somut olayda, başvuruya konu tasarımın hitap ettiği kitlenin daha çok çocuk ve gençler olduğu, ürün tasarımında dikkati çeken baskın unsurun geleneksel kek formlarından farklı olarak simit ve boş kare şekilleri olup, tasarımda yer alan renk ve parlaklık unsurlarının tek başına ayırt edicilik sağlamadığı, ürün üzerindeki şekil desenlerinin ise küçük ayrıntılardan ibaret olduğu, başvuruya konu tasarımda mesnet tasarımlardan farklı olarak yer alan unsurların tasarımı bütüncül izlenim itibarıyla ayırt edici kılmadığı halde Bölge Adliye Mahkemesince, hatalı değerlendirmeye dayalı olarak verilmiş ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması gerekirken yazılı gerekçelerle istinaf başvurusunun reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir." (Yargıtay 11.HD., 29.4.2019, E. 2018/1614, K. 2019/3210)

"...concept must be understood as lying somewhere between that of the average consumer, applicable in trade mark matters, who need not have any specific knowledge and who, as a rule, makes no direct comparison between the trade marks in conflict, and the sectoral expert, who is an expert with detailed technical expertise. Thus, the concept of the informed user may be understood as referring, not to a user of average attention, but to a particularly observant one, either because of his personal experience or his extensive knowledge of the sector in question.

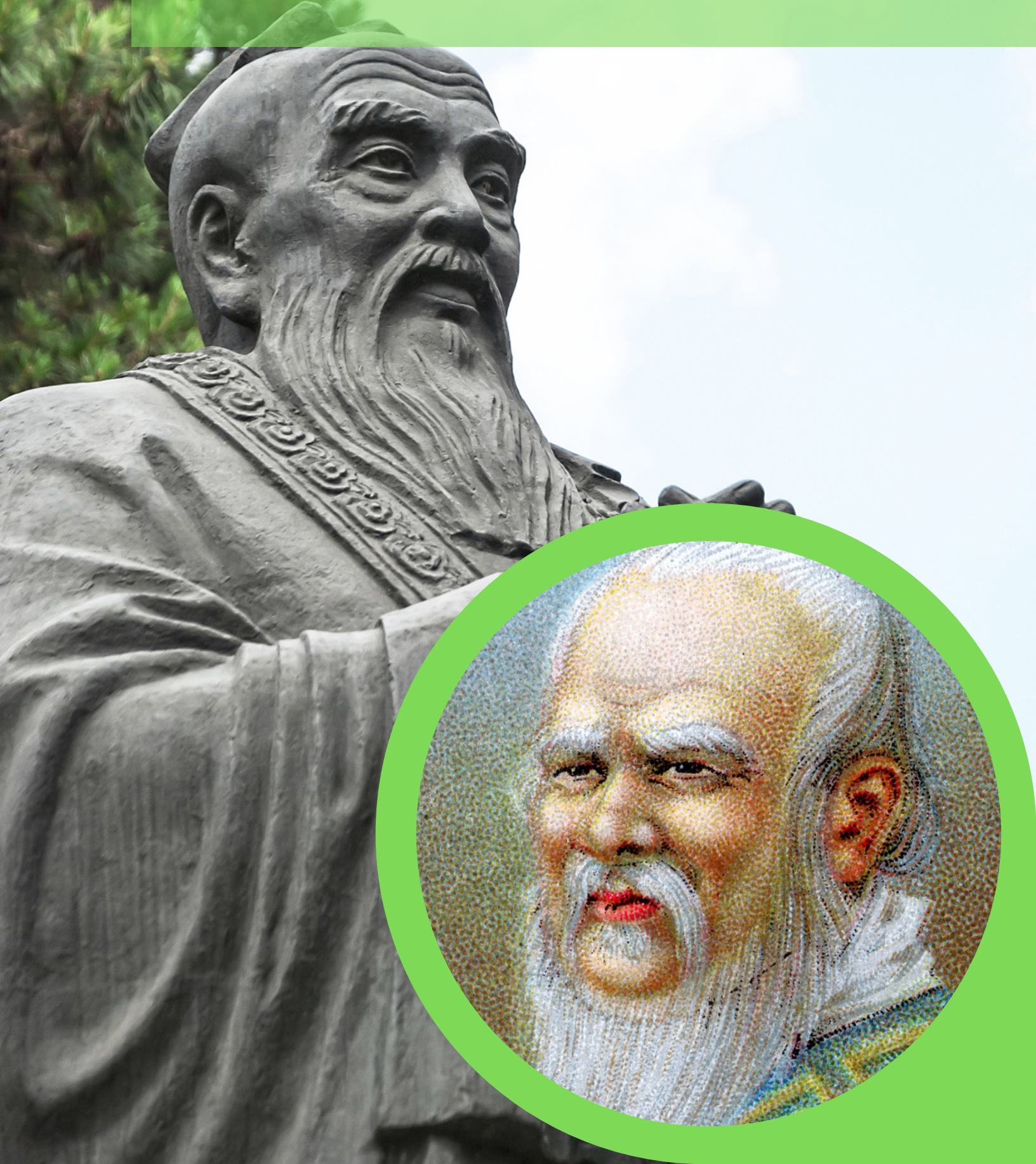
...he is also not an expert or specialist capable of observing in detail the minimal differences that may exist between the designs in conflict. Thus, the qualifier 'informed' suggests that, without being a designer or a technical expert, the user knows the various designs which exist in the sector concerned, possesses a certain degree of knowledge with regard to the features which those designs normally include, and, as a result of his interest in the products concerned, shows a relatively high degree of attention when he uses them." (Judgment of 20 Oct 2011, C-281/10 (PepsiCo) para.53 and 59)

KAYNAKÇA:

- GÜNEŞ, İ., Tasarım Tescil Korumasında Uygulama İlkeleri, Terazi Hukuk Dergisi, 14(155), 1417-1423
- Feyzan Hayal Şehirali, F. H. Ş., Tasarımların Ayırt Edicilik İncelemesinde Malzeme, Renk ve Desen Değişikliğinin Rolü, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 28(1), 5-37
- Koşer, N. (2021). TASARIM HUKUKUNDA BİLGİLENMİŞ KULLANICI KAVRAMI. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12 (1), 380-393.
- SULUK (Karasu/Na). Fikri Mülkiyet Hukuku (I.Bs.) Ankara: Seçkin Yayıncılık
- CJEU, C-281/10P, PepsiCo
- <https://www.hukukturk.com/yargitay-kararlari>

*“ADALET KUTUP YILDIZI GİBİ YERİNDE
DURUR VE GERİ KALAN HER ŞEY ONUN
ETRAFINDA DÖNER.”*

Konfüçyüs



ANONİM ŞİRKETLERİN KENDİ PAYLARININ İKTİSABI

Yazan: LL.M. Arb. Av. Sultan Feryal ORAL YALÇINKAYA

Payın ortaya çıkmasından sonra henüz kimsenin mülkiyetinde bulunmayan, direkt şirket üzerinden kişinin malvarlığına geçen pay, aslen iktisap anlamını taşımaktadır [1]. Anonim şirketlerde aslen iktisap yapılabilmesi için kuruluş döneminde ya da esas sermaye artırımında işlem yapmak gerekmektedir. Halka açık olmayan anonim şirketlerde ise yönetim kurulunun ihraç etmiş olduğu pay senetlerinin satın alınması gerekmektedir [2].

Aslen iktisap işlemi sermaye artırımı sayesinde ortaya çıkabilir. Söz konusu esas sermaye sistemi olduğunda, esas sözleşmenin değişimi sermaye artırımını nedeni ile olabilir. Alınan kararın tescil edilmesinden sonra ise paylar aslen iktisap edilir. (TTK, m.549)

Ticaret ile uğraşan bir şirketin tür değiştirme yolu ile anonim şirkete dönüşmesi durumunda payların aslen kazanıldığı kabul edilir. (TTK m.180 vd) [3] Yine yaygın olan aslen iktisap hallerinden bir diğeri, iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımında bedelsiz payların payları oranında pay sahiplerine dağıtılması hali olarak karşımıza çıkmaktadır [4].

Devren iktisap söz konusu olduğunda herhangi bir kişiye ait olan payın, bir başka kişinin malvarlığına geçmesinden bahsedilecektir. Bir pay, aslen kazanılmış dahi olsa, bir kişinin mülkiyetinden o payı devralmak devren iktisap olarak adlandırılacaktır [5].

Bir pay sadece aslen kazanıldığı zaman devren iktisaptan bahsedilmez. Hukuken bir payın kazanılmasından sonra başka birinin malvarlığına geçmesi sadece devren iktisap ile mümkün olabilir. Devren iktisap sonucunda pay sahipliği sıfatı, payın sahip olduğu haklar ve borçlar yeni alan kişinin üzerine geçmektedir. Çıplak paylar, pay senetleri ya da ilmühaberinin devri, devren iktisabı ilgilendirmektedir.

Devren iktisap, satış, bağışlama sözleşmeleriyle yapılabileceği gibi mahkeme kararı, cebr-i icra, miras gibi yollar ile de yapılabilir [6].

Anonim şirketlerin paylarını iktisap etmesi sadece devren iktisap ile mümkündür [7]. Şirket paylarının kuruluş aşamasında ya da sermaye artırımında iktisap edilmesinin kabul edilmesi şirketin kendi payını taahhüt edebilmesi anlamını taşır ki bu durum kanuna aykırıdır [8] (TTK m.388).

Anonim Şirketin Kendi Payını İktisap Etmesi:

Anonim şirketlerin paylarını sınırlama olmadan devredebilme hakkı vardır. Yine de payları alacak olan kişiler ile ilgili sınırlamalar bulunmaktadır ve bu nedenle de anonim şirketlerin buna uygun hareket etmesi gerekmektedir. “Kendi payı” kavramına bakıldığında öncelikle bir şirket sermayesi olmalı, bu sermayeden de pay sahipliği yapılmalıdır [9]. Temettü kuponu, intifa senetleri ve tahviller iktisap ile bir arada kullanılamaz (TTK m. 379) [10]. Çünkü bu senetlerin hiçbir pay sahipliği hakkı tanımamaktadır.

Anonim şirketlerde pay iktisabının yapılması tüzel kişiliği kapsamaktadır. Tüzel kişiliğin bünyesinde yer alan bir kişiye ait olan payların, tüzel kişilik için alınması iktisap konusudur. Türk Ticaret Kanunu’nun 379. maddesine bakıldığında senedin niteliği önemli değildir.

Anonim şirketin paylarını iktisap etmesi, şirketin ortağı olduğu anlamına gelmemektedir [11]. Yani paylarını iktisap eden anonim şirket paylardan doğan haklarını kullanamayacaktır (TTK m.389/1). İktisaptan sonra paya ait olan hakların da dondurulduğu görülmektedir. Yönetmel, malvarlıksal ve koruyucu haklar, hakların dondurulması nedeni ile kullanılamaz. Donma, elde bulundurulmuş hakların payın devrinin tamamlanmasına kadar geçen süre içerisinde kullanılamayacağı anlamına gelmektedir. Payların şirket tarafından devredilmesinden sonra ise haklar devralan bakımından yeniden kullanılabilir. Şirketin kendi payını iktisap etmesi, esas sermayenin bir parçası olduğu gerçeğini değiştirmez ve varlık devam eder.

[1] SEVİ, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, s.38.

[2] POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Şirketler Hukuku I, s. 827.

[3] POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Şirketler Hukuku I, 827.

[4] OTLU vd., TTK’ya Göre Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi ve Muhasebeleştirilmesi, s. 286.

[5] OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2012, s. 70; SEVİ, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, s. 40.

[6] OTLU vd., TTK’ya Göre Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi ve Muhasebeleştirilmesi, s. 286; Detaylı Bilgi bkz. Devren Kazanma Türleri, SEVİ, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, s. 41.

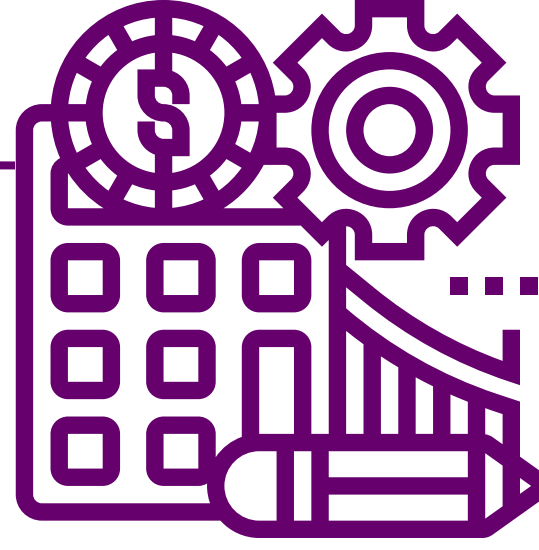
[7] OTLU vd., TTK’ya Göre Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi ve Muhasebeleştirilmesi, s. 287; ÖZKORKUT, s. 189.

[8] ÖZKORKUT, s. 189.

[9] SEVİ, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, s. 69; ÇAKIR ÇELEBİ, s. 51.

[10] ÖZDAMAR, s. 32.

[11] OTLU vd., TTK’ya Göre Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi ve Muhasebeleştirilmesi, s. 287.



Şirketlerin kendi payının iktisabının hukuki niteliği ile ilgili doktrinde farklı görüşler mevcutsa da günümüzde genel olarak kabul edilen görüşe göre şirketin kendi paylarını iktisabı şirkete pay sahibi niteliği yüklememiş olsa bile şirketin payların maliki olmasına vesile olur. Payların maddi bir bedelinin olması, iştirakler ile eş olmasa da ticari bir değeri bulunması olumludur. Şirketin bir bedel karşılığında kendi paylarını iktisap etmesi bir karşı değer (pay) ortaya çıkar. Payların iktisabı bu nedenle karşılıklı edimler içeren bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliği taşır [12].

Türk Hukukunda Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi:

1926 senesinde anonim şirketlerin kendi paylarını iktisabı 865 sayılı Türk Ticaret Kanunu kapsamında ele alınmıştır. Anılan kanunun m.346 hükmünde genel kurul tarafından yetkilendirilen yönetim kurulu, bedeli tamamen ödenmiş olan payları, paylardan elde edilen kârlar aracılığı ile ödeme yapmak koşulu ile satın alma hakkına sahip olmuştur.

1956 senesinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, anonim şirketlerin kendi paylarının iktisabını yasaklamıştır [13]. 6762 sayılı TTK'nın m.329/1 hükmüne bakıldığında "Şirket kendi paylarını temellük edemeyeceği gibi, rehin olarak da kabul edemez. Bu senetlerin temellükü veya rehin alınması neticesini doğuran akitler hükümsüzdür." ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Bu ifade İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alınmadır [14].

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile birlikte anonim şirketlerin kendi paylarını iktisabı yasaklanmış ancak, istisnai durumlar unutulmamıştır. 865 sayılı TTK m.346 hükmünün içermiş olduğu yasaklar özellikle hem malvarlığını hem de alacaklıların haklarını korumayı hedeflemiştir.

Şirketin Kendi Payları İktisap Etme Yöntemleri:

Şirketlerin kendi paylarını iktisap edebilmeleri için pek çok farklı yol bulunmaktadır. Günümüzde iktisap için üç farklı yöntem sıklıkla kullanılmaktadır. Bunlar; payların borsa yolu ile devralınması, aleni bir şekilde geri alım teklifinin yapılması ile iktisap sağlanması ve karşılıklı müzakereler sonucunda payların alınması yöntemleridir.

TTK m.379/1 hükmünde "Bir şirket kendi paylarını, esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşan veya bir işlem sonunda aşacak olan miktarda, ivazlı olarak iktisap ve rehin olarak kabul edemez. Bu hüküm, bir üçüncü kişinin kendi adına, ancak şirket hesabına iktisap ya da rehin olarak kabul ettiği paylar için de geçerlidir." ifadesi bulunmaktadır. Bu maddeye göre esas sermayenin en fazla 10'da 1'i iktisap edilebilecektir. Burada bir sınırlı serbestlik olduğu görülmektedir. Yani iktisap işleminin yapılabilmesi için kurallara ve sınırlara tam uyum sağlanması gerekecektir. Payların iktisabı aşamasında özel bir amaca yönelmek zorunlu değildir.

Türk Ticaret Kanunu'na göre bir şirketin kendi paylarını iktisap etmesi mümkündür. Ancak, m.382 kapsamında bu işlemin yapılabilmesi için belirli istisnai durumların da ortaya çıkabileceği görülmektedir.

6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'na bakıldığında zaman bazı istisnai durumlar dışında anonim şirketlerin kendi paylarının iktisabı yasaklanmıştır. Bunun yanında şirketlerin kendi paylarını rehin olarak almalarının da önüne geçilmiştir. Ekonominin küresel alandaki değişimleri ile 6102 sayılı TTK ile bu yasaklar kaldırılmış, belirli şartlarda şirketlerin kendi paylarının iktisabına izin verilmiştir.

Bir anonim şirketin kendi payını iktisap edebilmesi için öncelikle eşit işlem ilkesine, malvarlığının korunması ilkesine ve sermayenin iadesi yasağı ilkesine uyum göstermesi gerekmektedir. Malvarlığında bir kayıp yaşanmaması, alacaklı ya da pay sahiplerinin korunması amacı ile kanun koyucu bu ilkelere uyum sağlanması gerektiğini belirtmiştir.

Anonim şirketlerde kendi payının iktisabı konusunda sınırsız bir şekilde işlem yapılmasına izin verildiği durumlarda hem pay sahipleri hem alacaklılar hem de şirket pek çok olumsuz durum ile karşı karşıya gelecektir. Şirket sınırsız şekilde pay iktisap ettiği zaman serbest malvarlığından bedelini ödemiş olduğu ancak yararlanamayacağı, ekonomik açıdan değeri olmayan bir pay sahibi olmuş olur. Bu payı elinden çıkardığı zaman ekonomik bir değer kazanmış olur. Sermayenin korunması ilkesi ile sermayenin iadesi yasağı birbiri ile bütünleşmiş ve somutlaşmıştır. Yani bir şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, sermayenin iadesi yasağına aykırı bir durumdur. Ekonomik ve sosyal nedenlerden ötürü şirketler bazı durumlarda kendi paylarının iktisabını yapmak zorunda kalabilir. Yani şirketin kendi paylarını devralması ve finanse edilmesi mümkün olabilir. Bazı durumlarda şirketin elinde likidite fazlası olabilir ve bu fazlalığı kullanmak için de iktisaba başvurabilir. Halka açık anonim şirketler söz konusu olduğunda bu işlemin genel amacı borsa kurlarını dengelemek ve istikrar sağlamak olacaktır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu sayesinde daha liberal bir yapı benimsenmiş, şirketlerin iktisap işleminde minimum risk alabilmesi sağlanmıştır. Genel bir yaklaşımla bakıldığında şirketlerin kendi paylarını iktisap etmesi şirketin korunmasını sağlayabilmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Hukuku, AB yönergeleri, Alman Hukuku ve İsviçre Hukuku birbirine uyum sağlamıştır.

Şirketin kendi payını iktisap edebilmesi için genel kurul kararı şarttır. Genel kurul, yönetim kurulunu bu işlem için yetkilendirmelidir.

[12] OTLU vd., TTK'ya Göre Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi ve Muhasebeleştirilmesi, s. 288.

[13] 856 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun madde 346'sında: Meclisi idare, şirket hesabına şirket hisse senedatını iştirak veya işbu senedatı rehin mukabilinde kabul ederek para ikraz veya avans ita edemez. Şu kadar ki heyeti umumiye, usulü dairesinde tahakkuk eden temettüattan tefrik olunan meblâğ mukabilinde bedelleri tamamen tediye olunan hisse senedatının iştirakı için meclisi idareye mezuhiyet verebilir, ifadesi yer almaktadır.

[14] POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Şirketler Hukuku I, s. 833.



Öğretiye bakıldığında tartışmalı görüşler olduğu görülmektedir. Bunlardan biri de genel kurul tarafından yetkilendirilmeden yönetim kurulunun payları iktisap etmesi ve sonrasında genel kurul tarafından iktisap işleminin onaylanması durumunda payların akıbeti ne olacaktır? Kanaatimce kanun metnine ve öngörülen şartlara bakıldığında geniş bir yorumlama yapılmalıdır ve geniş açıdan yorumlandığında böyle bir onay verilemez. Çünkü genel kurul yetkilendirmesi olmadan payların iktisabı genel kurulu pasif hale getirecektir. Aynı zamanda yönetim kurulu, genel kurulun üzerinde baskı kurmuş anlamına da gelmektedir.

Yönetim kurullarına verilen yetkinin azami süresi beş senedir. Genel kurul kararı kapsamında yönetim kuruluna verilecek olan yetki için toplam itibari değer, en yüksek ve en düşük olarak belirlenmelidir.

Bir şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesi için öncelikle şirketin malvarlığının iktisap işlemine yetecek düzeyde olması gerekmektedir. Şirketin net aktifinin, iktisap bedeli düşüldükten sonra en az yedek akçelerin toplamına tekabül etmesi gerekmektedir. Sermayenin Korunması İlkesi burada etkisini göstermektedir. Pay bedelleri serbest malvarlığından karşılanmalıdır.

Şirketin malvarlığı çok yüksek olsa da pay iktisabı yapılırken payların miktarı esas ya da çıkarılmış sermayenin onda birinden daha az olması gerekmektedir. Yani yüzde onun üzerinde bir değerde şirketlerin kendi paylarını iktisap etmesi yasaktır.

Anonim şirketlerin kendi paylarını iktisap edebilmeleri için öncelikle payların bedellerinin tamamen ödenmiş olması şartı vardır. Bedeli tam olarak ödenmemiş olan bir payın şirket tarafından iktisap edilmesi payın bedeli kadar şirketi zarara uğratacaktır. Aynı zamanda söz konusu durum sermayenin iadesi yasağına da aykırı olarak kabul edilmektedir. Söz konusu hükmün konulmasındaki amaç geniş açıda şirketin, dar açıda ise pay sahiplerinin ve alacaklıların zarar etmesinin önüne geçmektir. Şirket kendi paylarını iktisap ettikten sonra kenarda iktisap işleminin bedelini karşılayabilecek düzeyde yedek akçe bulundurmak zorundadır. Aynı zamanda Kanun kapsamında iktisap işleminden sonra şirket tüzel kişiliği pay sahibi olamaz.

TTK m.379 ve devamındaki hükümlere aykırı bir şekilde şirketin kendi payını iktisap etmesi durumunda iktisap işlemi geçerli sayılacaktır. Ancak bu aşamada m.385 ve m.386 hükümlerinde belirtilene göre payların altı ay içerisinde elden çıkarılması gerekecektir.

TTK m.381 hükmüne bakıldığında yakın ve ciddi bir kayıp söz konusu olduğunda genel kurulun yetkilendirmesine gerek kalmadan şirketin kendi payını iktisap edebileceği görülmektedir. Böyle bir durumda iktisap işleminin yetkisiz yapılabilmesi için TTK m.379 hükmünde belirtilmiş olan tüm şartlara uygun şekilde hareket edilmesi gerekmektedir. Kanuna göre yakın ve ciddi bir kayıpta genel kurul kararına gerek olmadığı kabulü yapılmış ancak m.379 hükmüne tam uyulması gerektiği vurgulanmıştır.

Anonim şirketlerin kendi paylarını iktisabı konusunda bazı istisnai durumlardan bahsetmek gerekmektedir. TTK m.382/1 hükmünde var olan hallerde şirket m.379 hükmündeki şartlara uymadan iktisap işlemini yapabilmektedir. Şirketin sermayenin azaltılması kararı vermesi ile birlikte külli halefiyet kuralının bir gerekliliği olarak bedeli tam olarak ödenmiş olan payların cibr-i icradan alınması durumunda m.379'daki şartlara uyulması gerekmez. Şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin gerekliliği bir kanun yükümlülüğünden doğuyorsa, burada TTK m.531 hükmüne göre bir değerlendirme yapılması çok önemlidir. Çalışmamızın ilgili bölümü içerisinde bu konu ile ilgili detaylı açıklamalar yapılmış, bu durumun da bir istisna olarak kabul edildiği görülmüştür. Menkul kıymet şirketlerinin paylarının iktisabı muafiyet durumuna girmektedir. Eğer ki iktisabı yapılan payların oranları yüzde on sınırını aşıyorsa üç yıl içerisinde şirketin payları elinden çıkarması zorunludur. Eğer ki bu paylar elden çıkarılmıyorsa sermayenin azaltılması yolu ile itfa edilecektir.

TTK m.380 hükmünde belirtilene göre şirketlerin kendi paylarını iktisap edebilmesi için sunulan kısıtlamaları aşmak amacı ile yapılacak hukuki işlemleri, aykırılıkları ve yaptırımları değerlendirmek mümkündür. Bu madde Kanuna Karşı Hile başlığı altında yer almaktadır. Şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesi için üçüncü bir kişi ile yapmış olduğu sözleşmeler batıl kabul edilmektedir. Bu sözleşmelerin konusunun avans, ödünç ya da teminat olması gerekmektedir. Şirketin m.379 hükmündeki şartlara uymadan kendi paylarını iktisap etmesi adına üçüncü bir kişiye finansal destek sağlaması durumunda da yapılan işlem batıl sayılacaktır. Yani bu işlem hiç yapılmamış sayılacaktır. TTK m.379 hükmündeki şartlara uyum sağlamadan yapılan direkt iktisap işlemlerinde ise durum geçerli sayılacak ancak, payların elden çıkarılması istenecektir.





Anonim şirketin kendi payının iktisabı sonucunda yönetsel hakların, mali hakların ve koruyucu hakların tamamı donmuş olacaktır. Genel kurula katılma, oy kullanma, görüş bildirme, öneride bulunma gibi yönetsel hakları kullanılamayacaktır. Kâr payı hakkı, tasfiye hakkı da mali haklardandır ve bu hakların da kullanılması mümkün değildir. Aynı zamanda iptal davası ya da sorumluluk davası açma hakları da haiz olmayacaktır. İktisap işlemi yavru şirket tarafından yapılıyorsa yavru şirketin de oy hakkı ve oy hakkına bağlı olan diğer hakları donacaktır.

Kanuna uygun bir şekilde iktisap edilmiş olan paylar için sermayenin yüzde onuna kadar olan payların elden çıkarılması gerekmemektedir. Yüzde on sınırının üzerinde olan payların ise şirketin malvarlıksal açıdan zarar görmemesi için en kısa süre içerisinde elden çıkarılması gerekmektedir. Bunun için tanınmış olan süre ise üç sene olarak hükümde belirtilmiştir. Bir payın elden çıkarılması ile ilgili yetkili olan yönetim organı yönetim kuruludur. Yönetim kurulu yüzde on sınırının altında yapılan yasal açıdan sorun teşkil etmeyen payların elden çıkarılması ile ilgili takdir yetkisini kullanabilmektedir. Yönetim kurulu payları elinden çıkaracağı zaman mutlaka eşit işlem ilkesine uygun şekilde hareket etmelidir.

TTK m.385 hükmüne bakıldığında kanuna aykırı olarak iktisap edilmiş olan tüm payların iktisap edilme tarihlerinden itibaren en fazla altı ay içerisinde elden çıkarılmaları gerekmektedir. TTK m.385 hükmü öğretide yeterli yaptırımın sunulmaması gerekçesi ile eleştirilmektedir.

Avrupa Birliği'nin 2017/1132 sayılı "The European Parliament And Of The Council" yönergesine bakıldığında belirtilmiş olan süre içerisinde sermayenin azaltılması işlemi yapılmamış ise payların batıl sayılacağı kabul edilmiştir. Üye devletler bu aşamada başka düzenleme yapma hakkına da sahip olmuştur (m.61/3, m.62).



Türk hukukuna bakıldığı zaman bu durum kapsamında paylar ile ilgili butlan yaptırımı öngörülmemiştir. Yönetim kurulu eğer ki esas sermayenin azaltımı için genel kurulu toplantıya çağırıyorsa ve sermaye bu nedenle azaltılamıyorsa yönetim kurulu üyeleri için sorumluluk davası açılması söz konusu olacaktır. Yani bu durum yönetim kurulunun sorumluluğu altında olan bir konudur.

19 Haziran 2020 tarihinde İsvBK m.653s vd. hükümlerinde yapılan revizyon ile esas sözleşmeye eklenecek hüküm ile yönetim kurulu, iktisap ile kanunda öngörülen %10'luk sınırın aşılması halinde en fazla 5 yıllık sürede ve belirlenecek bant aralığında sermaye artırımına ve azaltımına yetkili kılınabilmektedir. Böylelikle, sermayenin azaltılması amacıyla yapılacak itfada ve sermaye artırımında yönetim kuruluna yetki verilmesi, şirketin sermaye yapısının gerçeğe uygun hale getirilmesini kolaylaştırıcı bir düzenleme olmuştur. Kanaatimizce bu revizyonun Türk Ticaret Kanunu kapsamına da alınması, şirket bilançosunun kısa sürede düzenlenmesi ve uygun hale getirilmesi ile şirketlerin kendi paylarını iktisabını kolaylaştırıcı olması açısından önemli bir düzenleme olacaktır.

Kanaatimizce kurallara aykırı olarak gerçekleştirilen iktisap işlemlerinde yaptırımın sadece altı ay süre içerisinde elden çıkarılması olması hükmün niteliğinin zayıflamasına neden olmaktadır. Kanun kapsamında hükmün etkisinin artırılması, hükme aykırılık durumunun engellenebilmesi için ilerleyen süreçte daha etkili olacak önleyici ve engelleyici korumaların sağlanması büyük önem teşkil etmektedir.

KAYNAKÇA:

- ÇAĞLAR, Hayrettin. "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketin Kendi Paylarını İktisap Etmesi". Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukemli Hukuk Dergisi, 2010, S.75-76: 82-100.
- ÇAKIR ÇELEBİ, Fatma Betül. "Payları Borsada İşlem Gören Şirketlerin Kendi Paylarını Edinmesinin Koşulları". D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019.
- GÜLER, Murat "Anonim Şirketin Kendi Paylarının İktisabı Amacıyla Finansal Destek Verme Yasağı(6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde 380.1)". Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, I. Baskı, 2014.
- OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ Özer /ÖZDEMİR OKTAY Saibe, "Eşya Hukuku", II. Baskı, İstanbul, 2006.
- OTLU Fikret/ BEKÇİ İsmail /KARATAŞ Özlem Nilüfer. "TTK'ya Göre Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi ve Muhasebeleştirilmesi". Çankırı Karatekin Üniversitesi İİBF Dergisi, 2014, 4.1: 283-298.
- ÖZDAMAR, Mehmet. "Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi". Yetkin Yayınları, 2005.
- ÖZKORKUT, Korkut. "Sermaye Piyasası Kurulu'nun 10.08. 2011 Tarih ve 26/767 Sayılı İlke Kararı ile Tüm Borsa Şirketlerinin Kendi Paylarını İktisap Edebilmeleri Mümkün Hale Gelmiş midir?", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2011.
- POROY, Reha /TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin. "Şirketler Hukuku I", Yeniden Yazılmış 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- SEVİ, Ali Murat. "Anonim Ortaklıkta Payın Devri". Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2018.
- YANLI, Veliye / OKUTAN NILSSON, Gül. "Şirketlerin Kendi Paylarını İktisabına İlişkin 10.08.2011 Tarih ve 26/767 Sayılı SPK İlke Kararının 6762 Sayılı TTK Çerçevesinde Değerlendirilmesi". Arslanli Bilim Arşivi, 2012



1982 ANAYASASINDA SAVUNMA HAKKI

*Yazarlar: Mete Hasan Başpınar
Hatice Demirci*

1982 Anayasası savunma hakkını düzenleyen 36. maddesinde “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” ifadesine yer vermiştir. Aslında 1879 yılından beri anayasalarımızda yer alan bu maddeye 2001 yılında adil yargılanma hakkının eklendiğini görmekteyiz. Anayasamızın bu maddesini tahlil ettiğimizde en dikkat çeken husus yargı mercileri ifadesidir. Yargı mercilerinden anlaşılması gereken sadece yargılama yetkisine sahip olan merciler midir yoksa yargılama evresinin tamamında görevli olan merciler midir? Ayrıca mahkeme olmamalarına rağmen yaptırım uygulama yetkisine sahip olan disiplin cezası vermeye yetkili kişi ve kurullar hakkında bu madde uygulanacak mıdır? Yine kabahatler hakkında karar verme hakkını haiz olan cumhuriyet savcısı veya yetkili diğer idari kurul, makam ve kamu görevlilerinin anayasamızın 36. Maddesine riayet etme yükümlülüğü bulunmakta mıdır?

Öğretideki baskın görüş haklı olarak, savunma hakkının kullanılmasını sadece yargılama yetkisini haiz mahkemelerin önünde olacak şekilde sınırlı kabul etmek yerine; kişiye isnadın ilk yapıldığı ve haliyle kendisini savunabilme fırsatını ilk bulduğu andan itibaren mümkün olması; kullanım yerinin de sadece adli makamlar ile sınırlandırılmaması ve idari makamlar önünde yapılan savunmalarda da geçerli olması gerektiğini savunmaktadır.(Erem, 1963, s.183; Özgenç/Şahin, 2001, s.6) Bu görüşe göre devletin her organında savunma hakkının kullanılması mümkündür.(Öztürk, 2019, s.6) Buna rağmen bir kısım yazarlar adli yargı içerisinde yer almayan makamların idari faaliyet olarak nitelendirilecek işlemleri sırasında yapılan savunmaların, savunma hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. (Hafızoğulları, 1994, s.25-26; Öz, 2019, s.19)

Anayasanın 36. Maddesini lafzi olarak yorumladığımızda adli veya idari ayrımı yapılmaksızın yargı mercilerinden bahsedildiğini görürüz. Ayrıca sistematik yorum yöntemini kullanırsak söz konusu hüküm 1982 Anayasası’nın “Yargı” veya “Yürütme” başlığı altında değil; “Kişinin Hak ve Ödevleri” başlığı altında düzenlenmesi sebebiyle savunma hakkını sadece adli ya da idari yargı koluna özgü kabul etmek pek doğru bir tabir olmayacaktır. Her iki yargı kolunda da uyuşmazlık yargı mercilerinin önüne gelmeden önce adli veya idari işlemlerden geçmektedir. Uyuşmazlığın geçmiş olduğu bu işlemler ve bu işlemler sırasında yapılmış olan savunmalar sonraki evrede yargı mercilerinin önüne geldiğinde hükme esas alınabilmektedir. Kişinin yargı mercileri önüne gelmeden önceki iş ve işlemlerinde savunma hakkı kısıtlanmış ve bu şekilde kişilerden beyan alınmışsa; bu beyanların yargı mercileri tarafından değerlendirilmesi sırasında savunma hakkı verilmesi bir anlam ifade etmeyecektir. Kişiye savunma hakkı sadece duruşmada değil; duruşma evresine gelene kadarki süreçte de tanınmalıdır. Özgür ve adil bir hükümden bahsetmenin tek yolu hükme esas alınacak işlemlerin tamamında savunma hakkının korunmuş olmasıyla mümkün olacaktır. Aksi halde savunma hakkı duruşmaya zaten ayağında pranga ile çıkmış olacaktır. Bu sebeple de yargı mercilerinin önünde olmasa dahi yargılama sürecinin bir parçası olan veya yargı yolu açık olan tüm işlemlerde savunma hakkının korunması gerekmektedir.



Peki yargı yolu kapalı olan işlemlerde savunma hakkı anayasal korumadan yararlanabilecek midir? Çalışmamızın önceki kısımlarında da belirttiğimiz üzere savunma hakkı, yöneltilen isnadın aleyhe hüküm ve sonuç doğurmaması amacıyla etkisiz hale getirilmesine yönelik bir faaliyettir. O halde kişinin aleyhine hüküm ve sonuç doğurabilecek kararlar almaya yetkili her devlet otoritesine karşı bu hak ileri sürülebilmelidir.

Negatif statü hakkı olarak düzenlenen savunma hakkının kullanımında devlet gerekli kolaylıkları sağlayarak, kişinin bu hakkının kendisi(Öztürk, 2019, s.4.) veya bir başkası tarafından ihlal edilmemesi için gerekli davranışlarda bulunmalıdır. Bu davranış yükümlülüğünün bir sonucu olarak savunma hakkının ihlal edilmesi CMK madde 289/h hükmü gereği kesin hukuka aykırılık hali olarak kabul edilmiştir. Bu hallerde üst mahkeme verilen kararı bozmak zorundadır. Sanığa verilen savunma hakkı ise sınırsız bir hak olmayıp yalnızca “meşru vasıta ve yollar” aracılığı ile kullanılabilir. Sanığın bu hakkını kullanmak amacıyla suç işlemesi kabul edilemez. Fakat Yargıtay tarafından bu hususta bir istisna kabul edilmiştir. Buna göre kişinin kendisine karşı gerçekleştirilen haksız ve ani nitelikte bir saldırıyı bir daha kanıt elde etme olanağının olmaması ve derhal yetkili makamlara başvurma imkânı bulamaması halinde saldırıda bulunanın bilgisi ve rızası haricinde sesli veya görüntülü olarak kayıt altına alabilecektir.[1]

Bu durumda gerçekleştirilen hareketin kusuru kaldırdığı mı yoksa hukuka uygunluk sebebi mi oluşturduğu da üzerinde durulması gereken bir noktadır. Kusuru kaldırdığının kabul edilmesi halinde ortada halen hukuka aykırı bir fiil olacak ve kişiye ceza verilmese dahi hukuka aykırı delil olarak kabul edilecektir. Yargıtay tarafından bu durum iddia ve savunma hakkı sebebiyle hakkın kullanılması olarak değerlendirilerek hukuka uygunluk sebebi kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında mağdura attığı mesajda suçu ikrar etmiş olan failin gönderdiği mesajı hukuka aykırı kabul etmemiş; mağdurun savunma hakkını kullanması sebebiyle hukuka uygun bir hareket olarak nitelendirmiştir.[2]



[1] Yargıtay 12. C.D., E. 2013/26087, K. 2014/10205, T. 28.04.2014, Erişim Tarihi: 04.05.2021: “...Ancak kişinin, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda, örneğin; kendisine karşı işlenmekte olan (cinsel saldırı, hakaret, tehdit, iftira veya şantaj gibi) bir suç söz konusu olduğunda ya da kendisine veya aile birliğine yönelen, onurunu zedeleyen, haksız bir saldırıyı önlemek için, kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyip, yetkili makamlara sunarak güvence altına almak amacıyla, saldırıyı gerçekleştiren tarafın bilgisi ve rızası dışında, konuşma ve haberleşme içeriklerini veya özel hayata ilişkin ses ve görüntülerini dinleme, izleme ya da kaydetme eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu kabul etmek mümkün olmadığı gibi, esasen bu hallerde, kişinin hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket ettiğinden de söz edilemeyeceği...”.

[2] Yargıtay 13. CD., E. 2013/17864, K. 2014/19714, T. 03.06.2014, Erişim Tarihi: 04.05.2021: “... Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1. maddesi ile TC. Anayasasının 36. ve 5237 sayılı TCK'nın 26/2. maddelerinde düzenlendiği üzere, hakkın kullanılması bir hukuka uygunluk nedenidir. İddia ve savunma hakkı da; hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir haktır...”

KAYNAKÇA:

1. EREM, Faruk, “Anayasa ve Savunma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 1963, S. 2.
2. ÖZGENÇ, İzzet / ŞAHİN, Cumhur, “İddia ve Savunma Hakkı”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2001, C. 5, S. 2.
3. ÖZTÜRK, Müberra, *Hukuka Kesin Aykırılık Hali Olarak Savunma Hakkının Kısıtlanması (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
4. HAFİZOĞULLARI, Zeki, (1994). “Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 1994, S. 1.
5. ÖZ, Buket, *Şüphelinin ve Sanığın Savunma Hakkının Sınırları (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s.19.
6. <https://karararama.yargitay.gov.tr>

TÜZE KÜLTÜR SANAT

“SON KEZ”

YAZAN: HASAN AYDİN

“Başlangıcı olmayan bir sonun, sonu olmayan bir başlangıcın arasında sıkışıp kalmıştık. Biz insanlar, gün geçtikçe kaybediyorduk içimizde yaşamayı gereken saf duyguları, düşünceleri. Bazen unutmak için bazense sadece yaşamak için unuttuyorduk. Kimimiz geçmişte, kimimiz gelecekte yaşamaya çalışırken aslında hepimiz şimdinin yaşanmadığı bu zamanın ufkundan ayrılmıştık çoktan. Zamanın kırıncasına yenik düşmüştük, daha evvel zamanı yaşamadan.” Bunları söylerken kendi kendine bir an geldi ve gözlerini gökyüzüne çevirdi Nazım. Artık gökyüzünde dans etmeyen kuşlar geldi aklına. “Oysa geçmiş zamanı hatırlamak için onca gün vardı yaşadığımız. Gökyüzü ne oldu da cıvılcıplak kaldı şimdiye! Sonrasını düşünmeyen insanlardan, şimdiyi yaşamaktan aciz olanlardan, herkesten özür bekliyor gibi kuşlar sanki son kez geri dönmek için! Peki ya güneşe ne demeli! Ya da yıldızlara, artık bize göz kırpmayan...” O sırada gözleri doldu Nazım’ın. Her şeyi sorgularsan olacağı bu dedi kendi kendine. “Diğerleri gibi yaşamazsan olacağı buydu zaten! Yalnız insanı, kimsesiz kalmış bir gökyüzü izler yalnızca. Mavinin ışığından özgürlüğü koparılmıştır onun. Güneşin ateşinde en çok o yakılmıştır.”

Nazım derin bir nefes çekti içine. Bu onun gözlerini gökyüzünden ayırıp, tekrar yürümesini sağlayan bir andı sadece. O an artık gelmek zorundaydı Nazım için. Yürüdü, ta ki yolun sonunda yemyeşil bir örtüyle süslenmiş bir ovaya ulaşınca kadar. Hemen solunda tertemiz bir nehir ve içerisinde artık kuşlardan korkmayan balıklar yüzüyordu. Sağ tarafında ise başları karlı sıradağlar ve eteklerinde kurulan koca bir şehir duruyordu, yeşilden arınmış olan. “Zaman akıp giderken ben hala aynı günün kahramanı olmaya çalışmışım hep. Gelmemiş bir günün kahramanı olmaya çalışırken anlayamamışım aslında yaşamam gerekeni. Yalnızca bunun için kırgınım şimdi yürürken bu yolda...”. Adımları Nazım’ı hızlandırmaya çalışıyordu, Nazım hiç istemese bile. Son kez yürüdüğü ve sonu daha en baştan yazılmış bu yolda kendisini daha çok tanımak istiyordu. Bunun için soruyordu kendine aklına gelen her bir soruyu. İsmi, yaşını, doğduğu şehri ve hatta hiç tanımadığı ailesini soruyordu kendine. Onları yalnızca kendi olmak istediği şekilde yanıtladığını fark etti. Ne adı vardı cevaplarında, ne de onu o yapan ailesinden biri geçiyordu cümlelerinde.



Son kez Leyla’yı düşündü, uğruna kaybettiklerini. “Sanırım bu hayatta ardımda yalnızca bir keşke bırakıyorum. İsmi unutabileceğim kadar gerçek ve tek bir keşke. Beni bu yoldan alıkoyabilecek ve beni ben yaptıktan sonra yitip giden tek bir keşke. Ancak bazen keşkelerin de bir keşkesi olabilir mi. Unuttuğumda fark etmişim adını.”

Yollar Nazım’ın yavaş adımlarıyla uzadıkça uzadı. Zihninde kendiyi baş başa kaldığı bu yolda, onu arkasından takip edenler bu durumdan pek de hoşnut görünmüyorlardı. Nazım arkasına dönüp onlara baktığında tek yaptığı şey gülümsemek ve ardından tekrar gözlerini yavaş adımlarına çevirmekti. “Aslında onlara gerçekte onlar olmadıklarını söylersem ne tepki verirler merak ediyorum. Acaba benim gibi onlar da farkında olabilirler mi bu gerçeğin? Ancak hayatın bana öğrettiği şeylerden biri de kimsenin bilmediği cümleler hiyerarşisi! Kimin söylediği önemli olan artık, ne söylediği değil! O yüzden onlara ne söylersem söyleyeyim dinlemeyecekler. Ne söylersem söyleyeyim cümleleri benden değil, beni onlara anlatanın sesinden ve düşüncesinden duyacaklar. Tıpkı benim Leyla’ya yaptığım gibi...” Bir an tökezledi Nazım, zihninde bir anda Leyla’nın yüzü canlanınca. Özgürlüğe giden bir yolda tökezledim dedi onu izleyenlere kahkaha atarken. Ancak bu kahkaha durduğunda kendisini yine düşüncenin soğuk kollarına bırakarak ağır adımlarla yürümeye devam etti. “Oysa yazmadığım onca şiir varken, ellerimden yoksun bıraktım. Görmediğim onca gün varken, gecenin hüznüne kapıldım. Sevmediğim onca insan varken, sevdiklerimden uzak bırakıldım. İşte buydu beni bu yola iten. Ağır adımlarımın altında ezilen bu papatyalar bu yüzden şimdi. Bu yüzden yalnızca geride kalan tek ve gerçek keşkem...” Aklından geçen onca şeyin altında son kez eziliyordu Nazım. Ona onu anlatabilen cümleler büyüdükçe büyüyordu zihninde...



İnsanların bozulmuş inançlarıyla inşa ettiği bir toplumun son kurbanıydı o. Ölmek onun için bir kurtuluştur belki ama diğerleri için bir ihanetti kendilerine yaptığı. Bu yüzden son yolculuğunda diğerlerinin aksine gülümsüyordu Nazım. Korkmuyordu onlar gibi. Kaçmıyordu düşünceden, düşüncelerin yasaklandığı bir çağda. O daha yaşıyorken insanların iyi ya da kötü ayırımını yapmadan inandıkları ahlaktan, hukuktan, adaletten ve toplumdan uzak yaşamıştı. Herkesin yalnızca toplumun bir parçası olabilmek adına yaşadıklarına ve yaşattıklarına kızmıştı hep. Her şeyin üzerinde olması gereken iyiye inanmıştı yalnızca. "Sırf toplumun bir parçası olabilmek adına en büyük kötülüğü yaptık kendimize. Biz olmayı değil, onlar olmayı tercih ettik. Peki sonra ne oldu dersiniz? Koca bir hiç! Onlar olmak istedik, onlar olunca irademizden geriye bir şey kalmayınca kadar. İşte bu yüzden biz onlar olduğumuzda, bizden geriye yalnızca onlar kalacaktı...". Bu düşünceydi Nazım'ı soyutlayan yaşanan bu çağdan. Kendi olmaya çalışırken yaşadıklarıydı onu insanların arasından ayıran. Çünkü inanıyordu Nazım. Tıpkı her çağın bitebileceği gibi, her yeni bir çağın bir başlangıcı olabileceğine inanıyordu. "Yeni bir sabaha uyanmak istedim her seferinde. Güneşi görmeyen insanlara güneşi anlatmamın sebebi buydu. O yeni sabah artık acıtmayacaktı yüreğimi, ne zaman ki insanlar görebildiklerinde güneşi...".

Yolculuğu bitmişti adımlarının. Son kez gökyüzüne bakıp derin bir nefes çekti içine. Gözlerini açıp kapattığında bembeyaz bir güvercinin dans ettiğini gördü bulutların altında. Son kez umutla doldu yüreği. Son kez gülümsedi ona bakıp. O gülümserken daha, arkasından gelenler yanına gelip bileklerindeki ipi çözdüler. Nazım'a hemen sağında bulunan ağacı elleriyle gösterip arkalarını dönüp uzaklaştılar. Nazım onların gidişlerini izlemek yerine ağacı izledi onlar giderken. "Daha önce böylesine huzur kokan bir ağaç görmemiştim. Merhaba güzel ağaç. Kim bilir sen belki de benden yüzlercesini tanımışsındır. Eminim şu anda sana söylediklerimi duyuyorsundur. Çünkü ben seni duyuyorum. Ancak özür dilemene gerek yok güzel ağaç. Son kez sırtımı sana yasladığım için mutluyum. Benden sonra gelecek olanlara beni anlat. Gülümsememden, şiiirlerimden bahset onlara. Leyla'dan bahset sonra, onun güzelliğiyle sarhoş olsunlar son kez. Eminim ki onu benden daha iyi tanırıyorsundur. O da buradaydı öyle değil mi? O da son kez sırtını sana yaslamıştı.". Sol eliyle ağacın gövdesine dokundu, düşüncesinde o güzel ağaçla konuşurken. O sırada acı bir ısıklık sesi duyuldu. Bu ses havada uçan bir şahini andırdı ona. Omuzuna az önce uçtuğunu gördüğü güvercinin konduğunu hissetti sonra. Ancak onu görmek artık çok geçti Nazım için.

"Ve son kez vakit geldi dedi, evvel zamanı çoktan bitmiş olana...".

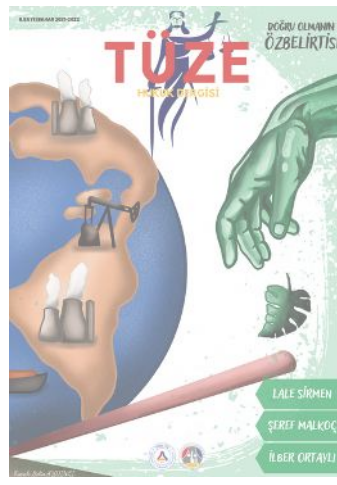
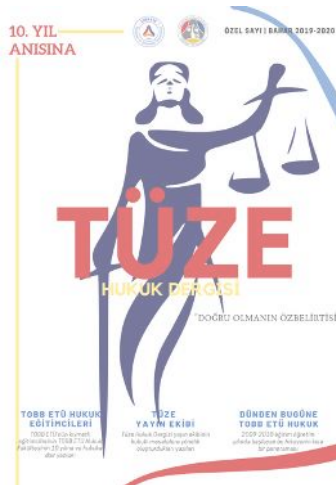
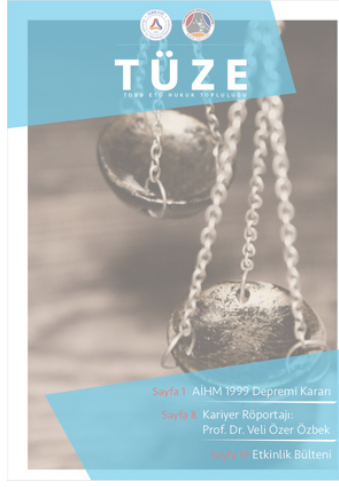
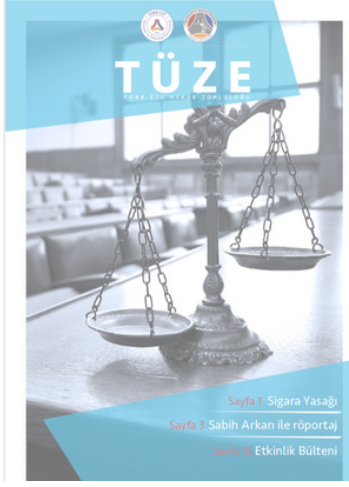


TÜZE'ye yazmak ister misiniz?

- Yazı, **tuzehukukdergisi@gmail.com** adresine gönderilmelidir.
- Derginin yayın dili Türkçe'dir. Çeviriler; yazarından ve yayıncısından izin alındığı ispat edildiği takdirde yayınlanabilir.
- Yazı, içeriği itibariyle özgün olmalı; daha önce herhangi bir yerde yayımlanmamış olması gerekmektedir.
- Yazı, ana bölümlerde 1,15 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
- Yazı, **6.000 ila 8.000 karakter** veya **800 ile 1000 kelime** aralığında olmalıdır.
- Yazarın ad, soyadı ve unvanını, makalede yer almasını istediği şekliyle ve Dergi'de yer alan yazı formatına uygun olarak yazıya eklemesi gereklidir. Ayrıca iletişim bilgilerinin yazının gönderildiği e-postada gösterilmesi gerekmektedir.
- Dipnotlarda ve kaynakçada, koyu renkle, altı çizili ve/veya italik yazılan kısımlar (yayın kurallarında italik yazılacağı belirtilenler hariç) düzeltilmeli ve internet kaynaklarındaki alt çizgiler kaldırılmalıdır.
- Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırasıyla yazılmalıdır.

Örneğin: Çiğdem Kırca, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, AÜHF Dergisi, Ankara 2001, C. x, S. x, s. xx.

- Yazılar, Yayın Kurulu tarafından değerlendirilir ve Yayın Kurulu kararıyla yayımlanabilir. Yayımlanan yazılar için telif ücreti ödenmemektedir.





 /tüze-hukuk-dergisi/

 @tuzehukukdergisi

 @tuzehukukdergi

