

**BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK GÜNLERİ**  
**ÖZET BİLDİRİLER KİTABI**  
**(24-25-26 MAYIS 2021)**

**BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ ELEKTRONİK YAYINI**  
**E-ISBN : 978-605-74203-0-5**

**Editörler:**

**Doç.Dr. Gülşen Gedik**

**Dr.Öğr.Üyesi Emine Gökçe Karabel**

**Dr.Öğr.Üyesi Güzide Burcu Doğan**

**Dr.Öğr.Üyesi Zeynep Manavoğlu Özgenç**

**Dr.Öğr.Üyesi Ayşenur Şahin Caner**

**Dr.Öğr. Üyesi Çiğdem Mine Yılmaz**

**Dr. Öğr. Üyesi Gülsüm Kaya**

**Arş. Gör. Alican Mert**



# BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ HUKUK GÜNLERİ TEBLİĞ ÖZETLERİ

## ÖZEL HUKUK OTURUMLARI I

### ROMA HUKUKUNDAN GÜNÜMÜZE BORÇLAR HUKUKU MESELELERİ

#### ROMA HUKUKU OTURUMU

#### PANDEKT HUKUKUNUN AVRUPA SÖZLEŞME HUKUKU'NUN OLUŞUMUNA ETKİLERİ

Prof. Dr. Seldağ Güneş PESCHKE\*

Hukuk kurallarının gelişimi tarih boyunca uzun zamanlara yayılmıştır. Uygulandıkları dönemin sosyal, idari, siyasi yapısı hukuk kurallarının oluşumunda önemli rol oynamıştır. Günümüzde, özellikle kıta Avrupası ülkelerinde kabul edilen Borçlar Hukukuna ilişkin kurallar, belli zaman dilimlerinde oluşturulmuş, daha sonra her dönemin kendi özelliğinden etkilenecek gelişimlerini devam ettirmiştir. M.Ö. I. yüzyılda Roma Devleti'nin bir İmparatorluğa dönüşmesiyle başlayan hukuk anlayışı, zaman içinde değişmekle birlikte, bugünkü Kıta Avrupası ülkelerinin kanunlarına kaynak teşkil etmiştir. Fransız, İtalyan, İspanyol, Alman, Avusturya, İsviçre gibi batı ve orta Avrupa ülkelerinin Borçlar Hukukları, Roma hukuku temeline dayanmakla birlikte, zamanla, o günün, içinde bulunduğu şartlara ve ihtiyaçlara göre değişmiş, ancak her zaman geçmişin izlerini içinde barındırmışlardır. XIX. yüzyıl başlarında, Almanya'da Friedrich Karl von Savigny önderliğinde gelişen tarihsel hukuk okulu ile Pandekt hukukunun önemli isimlerinden olan Jhering, Windscheid, Dernburg, von Tuhr, Borçlar Hukukuna ilişkin kavramları büyük bir ustalıkla işlemiş ve yerleştirmişlerdir. Pandekt hukukçularının Roma hukuku metinlerine dayanarak oluşturdukları özellikle sözleşmelere ilişkin kural ve kavramlar, XIX. yüzyıl sonlarında ve XX. yüzyıl başında girilen büyük kanunlaştırma hareketlerinin kuramsal temellerini oluşturmuştur. Bu çerçevede, Danimarkalı Profesör Ole LANDO tarafından ve onun önderliğinde 1974 yılında basılan çalışma ile muhtelif sözleşme türleri kaleme alınarak 2004 yılında Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri yayımlanmıştır.

Anahtar kelimeler: Pandekt Hukuku, Borçlar Hukuku, Sözleşme, Savigny, Windscheid

---

\* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Karşılaştırmalı Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

# ROMA HUKUKUNDA RECEPTUM ARGENTARIİ'DEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULU

Doç. Dr. Sevgi KAYAK\*

Receptum argentarii, Roma Hukuku kökenli önemli bir bankacılık faaliyetidir. Roma'nın ticaret hayatında önemli bir yer tutmuş olmasına rağmen receptum argentarii ile ilgili olarak kaynaklarda fazla bir bilgi mevcut değildir. Bunun da nedeni, Iustinianus döneminde bu sözleşme ile ilgili olarak yapılan interpolatio'lardır. Receptum argentarii/receptum argentariorum, argentarius olarak adlandırılan ve bankacılık işlemleri ile uğraşan bir kimsenin, müşterisinin üçüncü şahıslara olan borçlarını ödemeyi vaat ettiği bir anlaşmadır. Sadece bankacılarla akdedilebilen bu anlaşmaya göre bankacı durumunda olan kimse müşterisinin üçüncü kişilere olan borçlarını ödemeyi taahhüt ederdi. Müşteri olan kimsenin bankacı nezdinde hesabı bulursa da bulunmasa da bu anlaşma geçerli olur ve müşterinin borcunu ödeyeceğini vaat etmesi ile birlikte bankacı borç altına girerdi. Receptum argentarii ilişkisinde üç tarafın bulunduğu görülür: Ödeme vaadinde bulunan bankacı, bankacının müşterisi ve müşterinin alacaklısı durumunda bulunan üçüncü kişi. Bu anlaşmanın yapılmasıyla birlikte bankacı aleyhine bir alacak hakkı doğmakta, başka deyişle bankacı bu vaat dolayısıyla bir ödeme borcu altına girmektedir. Bankacı bu borcu yerine getirmediği zaman ona karşı actio recepticia olarak isimlendirilen bir dava ikame edilmektedir.

Receptum argentarii ile benzerlik içinde bazı kurumlar da mevcuttur. Bunların başında constitutum debiti alieni gelmektedir. Yine; kefalet sözleşmesi, havale ilişkisi (delegatio), kredi vekaleti, vekalet sözleşmesi gibi hukuki ilişkilerle de benzer tarafları vardır. Ancak receptum argentariorum bu ilişkilerle aynı işlevlere sahip olmadığından söz konusu ilişkilerle aralarındaki farklılıkların ortaya konması gerektir.

Roma hukuku kaynaklarında receptum argentarii ile ilgili kesin bilgilere ulaşmak zordur. Zira receptum argentarii ile ilgili Klasik hukuk kaynakları, özellikle de Digesta metinleri Iustinianus'un 531 tarihli Constitutio'su ile güçlü bir interpolatio'ya uğramış ve receptum argentariorum'dan bahseden kısımlar constitutum debiti'ye uyarlanmıştır. Ancak bazı metinlerin, özellikle de D. 13. 5. 27 fr.'un incelenmesinden yola çıkılarak receptum argentariorum ile ilgili bazı bilgilere ulaşmak mümkündür. Bizim bu çalışmadaki amacımız da ticari hayatta önemli bir boşluğu dolduran ve modern hukukta banka teminat mektuplarının sahip olduğu işleve sahip olduğunu düşündüğümüz bu kurumun Roma Hukukundaki uygulamaları hakkında bilgi vermektir.

Anahtar Kelimeler: Receptum, argentarius, bankacılık, roma hukuku, garanti borcu

---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, ORCID NO: 0000-0002-6147-6147; iletişim: sevgikayak@istanbul.edu.tr

# ROMA HUKUKUNDA KİRA SÖZLEŞMESİNDE KİRAYA VERENİN SORUMLULUĞU

Dr. Öğr. Üyesi Güzide Burcu GÜNVEREN\*

Roma Hukukunda kira sözleşmesi *Locatio Conductio* grubuna giren sözleşmeler arasında yer alırdı. *Locatio conductio rei* olarak bilinen kira sözleşmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan, belli bir maldan belli bir süre için kullanmayı ve yararlanmayı sağlayan, tam iki taraflı ve rızai sözleşmelerdendi. Roma Hukukunda günümüz hukukunda olduğu gibi adi kira-hasılat kirası ayrımı yapılmasa da uygulamada her iki kira çeşidine de rastlanmaktaydı. Adi kira sözleşmesi, *merces* denilen ve para olarak belirlenen kira bedeli karşılığında bir malın kullanımını sağlarken hasılat kirası malın kullanımını ve semerelerinden yararlanmasını sağlardı ve kira bedeli kiralanan maldan elde edilen semerenin bir kısmı olarak belirlenebilirdi.

*Locatio conductio rei* (kira sözleşmesi)'de kiralayan (*locator*), bir şeyi teslim ederek kullanılmasını kiracıya (*conductor*)'a sağlama, kiracı da bunun karşılığında belirlenen kira bedelini ödeme borcu altına girerdi. Kullandırma ve yararlandırma sözleşmeleri arasında yer alan *locatio conductio rei*, kiracının malı kullanımı karşılığında kira bedeli ödemesi borcu dolayısıyla *commodatum* (ariyet sözleşmesi)'dan ayrılırdı.

Kiralayan, kiralanan malı sözleşmede belirlenen kullanım amacına uygun vaziyette teslim etme ve sözleşme süresi boyunca da malın rahat kullanımını temin etme borcu altındaydı (D.19.2.9.2; D.19.2.25.2 ve D.19.2.15.1). Hasılat kirasında hasılatın rahat elde edilmesini sağlama borcu vardır. Bunun için zorunlu masraflar yapmak gerekirse, kiralayanın bunları karşılama yükümlülüğü söz konusudur. Kiralayan kusurlu bir davranışla bahsedilen yükümlülüklerini ihlal etmiş ise bu durumda ortaya çıkan zararı gidermekle yükümlüydü.

Kira sözleşmesinde kiralayanın, kiralanan malın benzerlerinden beklenen özellikleri karşılamaması durumunda kiracıya karşı sorumlu olduğu kabul edilirdi. Kiralanan malın sözleşmede belirlenen amaca uygun olmaması veya sonradan kullanıma elverişsiz hale gelmesi durumunda kiralayanın kiralanan malın bulunan ya da ortaya çıkan ayıp nedeniyle sorumluluğu gündeme gelirdi (D.19.2.19.1; D.19.2.15.2).

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID ID: 0000-0001-5710-6541 gburcudogan@uludag.edu.tr

Kiralayanın bir başka sorumluluğu ise kiracının kiralanan maldan çekişmesiz olarak yararlanmasını sağlama hususundaydı. Bir başka deyişle kiralanan malın hukuki ayıplı olması ve üstün hak sahibinin aynı hak iddia etmesi nedeniyle kiracının evi tahliye etmek durumunda kalması, kiralayanın sorumluluğunu doğururdu. Kiracı bu sebeple malvarlığında oluşan zararın giderilmesini kira sözleşmesinden doğan nisbi hakkını koruyan dava (*actio conducti*) ile talep edebilirdi (D.19.2.7; D.19.2.15.2).

Kira sözleşmesinde kiracının kira bedelini ödeme borcu kiralananı kullanması ve ondan yararlanmasının karşılığı idi. Tarafların kusuru olmaksızın kiracının kiralananı yararlanma imkanı ortadan kalkar ya da azalır, kira bedelini ödeme borcundan tamamen kurtulması ya da kiralananı yararlanma imkanının azaldığı ölçüde kira bedelinin indirilmesi söz konusu olurdu. Köy arazilerinin kiralınması halinde mücbir sebep nedeniyle araziden yararlanma imkanının azaldığı ölçüde kira bedelinin indirilmesine *remissio mercedis* denirdi. Roma hukukunda kira sözleşmesinde “hasar kiralayana aittir (*periculum est locataris*)”.

Anahtar Kelimeler: *Locatio conductio rei, Locator, Conductor, Actio conducti, Merces.*

## **VOLENTI NON FIT INIURIA KURALI VE GÜNÜMÜZ TÜRK HUKUKU HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNA YANSIMASI**

Dr. Av. Duygu Tahan ORHAN\*

Romalı hukukçuların çalışmaları, özellikle günümüzde kişiler arası hukuki ilişkilerin önemli bir kısmını teşkil eden sorumluluk ilkelerini büyük ölçüde etkilemiştir. Bugün mevcut hukuk düzenlerinde geniş uygulama alanı bulan kurumların açık bir şekilde anlaşılması ve uygulanmasında, Romalı hukukçuların çalışmalarının ve dolayısıyla günümüzde bu çalışmaların incelenip değerlendirilmesinin önemi büyüktür.

Romalıların *ius civile* çerçevesinde haksız fiillere ilişkin gerçekleştirdikleri sınıflandırmada, kişilik haklarına ve mala verilen zararlar *iniuria* ve *damnum iniuria datum* olmak üzere iki başlık altında ele alınmıştır. Romalıların haksız fiil ile “kişi” ve “mala verilen zarar” algıları ile bunlara ilişkin modern hukuk yaklaşımları oldukça büyük farklılıklar göstermektedir. Yine, korunan değerler zamanın gereklerine göre oldukça genişlemiştir. Günümüz Türk Hukukunda, haksız fiillere ilişkin genel bir düzenleme kabul edilerek, kusurlu

---

\* Dr. Av. Duygu Tahan Orhan Eposta: [duygutahan@gmail.com](mailto:duygutahan@gmail.com) ORCID: 0000-0002-9422-654X

ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar verenin bu zararı gidermekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

Fiile maruz kalanın rızası, *iniuria* ve *damnum iniuria datum*'a ilişkin metinlerde, Romalı hukukçularca dikkate alınmış ve bu rızaya hukuken bir anlam yüklenmiştir. Haksız fiil değerlendirmesi yapan Romalı hukukçular, fiile maruz kalanın rızasının haksız fiili ortadan kaldıracığını ifade etmişlerdir. Rızanın varlığı halinde artık *iniura*'dan bahsedilemeyeceğini ya da fiili işleyen *lex Aquilia*'ya göre sorumlu tutulamayacağını ifade eden Romalıların bu görüşü, "*volenti non fit iniuria*" ilkesini şekillendirmiştir. Bu açıklamalar doğrultusunda, özet bir ifade ile zarara uğrayanın bu zararının kendi hukuka uygun rızası çerçevesinde ortaya çıktığı durumlarda, haksız fiile maruz kalmış sayılmayacağı şeklinde tanımlayabileceğimiz *volenti non fit iniuria* ilkesi, Türk Borçlar Kanunu'nun ve Türk Medeni Kanunu'nun lafzında "rıza" olarak yansımasını bulmaktadır. Nitekim, Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesinde "fiile razı olmuş ... ise" ifadesi kullanılmış; bu "rıza"nın sınırlamalarını içeren bir hüküm olan Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinde ise hak ve özgürlüklerden "vazgeçme", onları "sınırlandırma" ya da "rıza" ile bir kısım uygulamaların gerçekleştirilmesine olanak sağlanması üzerinde durulmuştur. Yine, Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinde, kişilik haklarına saldırıların hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir neden olarak "rıza"dan söz edilmektedir. Günümüz Türk Hukukunda karşımıza çıkan rıza değerlendirmesinin kökleri, açık bir şekilde, Romalıların hukuki metinlerinde yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: *iniuria*, *volenti non fit iniuria*, *damnum iniuria datum*, rıza, haksız fiil

**ÖZEL HUKUK OTURUMLARI II**  
**MEDENİ HUKUK OTURUMU**

**İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU'NUN HAKSIZ FİİLDE ZAMANAŞIMINA**  
**İLİŞKİN YENİ DÜZENLEMELERİNİN TÜRK HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI**  
**DEĞERLENDİRİLMESİ**

Doç. Dr. Özcan GÜNERGÖK\*

İsviçre'de İsviçre Borçlar Kanunu'nda zamanaşımına ilişkin bir dizi değişiklik gerçekleştirilmiş, bu değişiklikler 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu çalışmada İsviçre Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmında zamanaşımına ilişkin yapılan değişikliklerden haksız fiilde ceza zamanaşımına ilişkin yenilikler ele alınacaktır.

Haksız fiilde zamanaşımını düzenleyen Art. 60 OR hükmünde yer alan bir yıllık kısa zamanaşımı üç yıla çıkarılmıştır.

On yıllık zamanaşımı süresi mutlak zamanaşımı süresi muhafaza edilmekle birlikte, bu sürenin zarara sebep olan davranışın gerçekleştiği ya da sona erdiği günden itibaren başlayacağı belirtilerek sürenin başlangıcına açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Ayrıca ölüm veya bedensel zararlarda on yıllık süre yerine mutlak zamanaşımı süresinin yirmi yıl olacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle geç ortaya çıkan zararlardan doğan tazminat taleplerinin karşılanması amaçlanmıştır.

Fiilin aynı zamanda ceza kanunlarına göre cezayı gerektirmesi halinde haksız fiilden doğan tazminat taleplerine kovuşturma zamanaşımının uygulanacağına dair düzenleme kanunda muhafaza edilmiş, öğretilerde tartışılan bazı hususlara açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Burada bu düzenlemeler Türk Hukukundaki durum ile karşılaştırmalı olarak ele alınıp değerlendirmeler yapılacak, hukukumuz açısından da önerilerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Zamanaşımı, ceza zamanaşımı, İsviçre, Haksız Fiil, Zamanaşımı Reformu

---

\* Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0003-2604-3765, [gunergok@gmail.com](mailto:gunergok@gmail.com).



# ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE UYGULAMA KAYNAKLI YANILGILAR

Do. Dr. Ali Hulki CİHAN\*

Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile ilgili bir kavram karmaşası bulunmaktadır. Bu karmaşaya gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi de dahildir. Öncelikle bu kavram karmaşasının, Türk Medeni Kanunu ve Tapu Kanunu hükümleri ışığında çözülmesi gerekir.

Uygulama yönünden yine önemli bir sorun tapu dairelerinin keyfi uygulamalarına dayalı olarak, borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ayrımının bilgisizlikten ötürü yapılamaması ve buna bağlı olarak da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin sadece noterde satış vaadi şeklinde ön sözleşme niteliğinde yapılabiliyor oluşudur. Bu hem zaman hem para kaybına yol açmakta hem de tapu dairelerinin kanun hükmü uyarınca yapmakla yükümlü oldukları bir koşula bağlı bir borçlandırıcı işlemi, yapmamalarıyla bizi karşı karşıya bırakmaktadır. Bu yanlış uygulamanın doğurduğu bir başka yanlış uygulama ise, aynı taşınmaza ilişkin birden fazla taşınmaz satış vaadi olması halinde, Yargıtay'ın zaman bakımından ilk satış vaadine itibar eden son derece hatalı içtihatlarıdır.

Bir başka sorun ise, uygulamada arsa malikleri arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sebebiyle yükleniciye devredecekleri arsa paylarını, ekonomik ve ticari mülahazalarla, henüz inşaat tamamlanmadan yükleniciye devretmelerinin ardından gelen hukuki sorunlardır. Gerçekten yükleniciye devredilen arsa payları yükleniciye ekonomik olarak rahat bir hareket alanı yaratmaktadır, dolayısıyla yüklenici kendisine baştan devredilmiş olan arsa payları üzerinde tasarruf edebilmekte, bu arsa paylarını üçüncü kişilere satıp mülkiyeti devredebilmektedir. İşte yüklenici tarafından üçüncü kişilere yapılan bu devirler, ciddi bir takım hukuki sorunları içeren uyuşmazlıkları ve davaları da peşi sıra getirmektedir.

Yargıtay'ın bu davalardaki yerleşik uygulaması, inşaat tamamlanmadan yükleniciye devredilen arsa paylarının, “avans” niteliğinde olduğu gerekçesiyle, yüklenicinin edimini tam ve gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, önceden yükleniciden arsa payı satın alan üçüncü kişilerin kazanımlarının korunmayacağı noktasındadır. Yakın geçmişte Anayasa Mahkemesi de önüne gelen olayda, söz konusu Yargıtay uygulamasının

---

\* Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-4463-3841, [hcihan@dogus.edu.tr](mailto:hcihan@dogus.edu.tr).

yükleniciden aynı hak edinen üçüncü kişilerin mülkiyet hakkının ihlali niteliğinde olmadığı yönünde karar vermiştir.

Bu şekildeki bir hukuki yaklaşım hem Roma Hukukundan günümüze gelen temel ilkelere, teorik gerçekliklere ve Türk Medeni Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu hükümlerine açıkça ters düşmektedir.

Anahtar Kelimeler: Arsa Payı, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Borçlandırıcı İşlem, İnşaat Sözleşmesi.

## COVID-19 SALGINININ BORÇ İLİŞKİLERİNE ETKİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Aslı AÇIKGÖZ\*

Aralık 2019'da Çin'de ortaya çıkan ve Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) 12.03.2020 tarihli kararında pandemi ilan edilen COVID-19 salgınının kontrol altına alınması amacıyla dünyada olduğu gibi ülkemizde de birçok koruyucu tedbir alınmıştır. Bu tedbirlerden olmak üzere İçişleri Bakanlığı genelgeleri ve çeşitli kanunî düzenlemeler uyarınca ticari işletmelerin faaliyetlerinin durdurulması; sokağa çıkma, seyahat, uçuş yasaklarının konulması; uzaktan eğitime zorunlu geçilmesi; kira sözleşmeleri ve perakende ticareti bakımından özel yasakların öngörülmesi ve benzeri yaptırımlar ticaret, hizmet, ulaşım, turizm, kültür, sanat ve eğlence gibi çok sayıda sektörün etkilenmesine yol açmıştır. Bu durum sayılan alanlardaki borç ilişkilerinin ifası bakımından sorunları da beraberinde getirmiş ve söz konusu ilişkilerin hukukî akıbeti yoruma açık hâle gelmiştir.

COVID-19 salgınının hukuken “sosyal felaket” olarak nitelendirilmesi tereddüte yer bırakmamaktadır. Bu olguyla bağlantılı olarak ilk akla gelen soru bunun hukuken bir mücbir sebep (“*force majeure*”) sayılıp sayılamayacağıdır. Her salgın hastalık muhakkak bir mücbir sebep teşkil etmezse de dünya tarihinde görülen SARS ve benzeri salgın hastalıklar hukuken mücbir sebep olarak nitelendirilmiş ve Türk Yargıtayı da konuyla ilgili kararlarında salgın hastalıkları birer mücbir sebep hâli olarak kabul etmiştir. Bu genel kabulle birlikte, borç ilişkisindeki taraflardan birinin ekonomik durumundaki bozulmanın peşinen mücbir sebepten kaynaklandığını ve önceden taahhüt etmiş olduğu borcuna aykırı davranabileceğini söylemek mümkün değildir.

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, [aaicikgoz@uludag.edu.tr](mailto:aaicikgoz@uludag.edu.tr), ORCID: 0000-0001-8381-6627.

COVID-19 salgınının borç ilişkilerine etkisi ve salgına bağılı sonuçların incelenebilmesi, her borç ilişkisinin özelliğine göre yapılacak detaylı bir hukuki değerlendirmeyi gerektirir. Genel itibarıyla sorumluluk hukuku bakımından çeşitli olasılıklar doğrultusunda ilişkiye uygulanacak hükümleri belirlemede öncelikle ilgili sözleşmede salgın hastalığın açıkça (veya sözleşmenin yorumu yoluyla) mücbir sebep olarak hüküm altına alınıp alınmadığı incelenmelidir. Bu soruya olumlu cevap verilmesi hâlinde burada öngörülen sonuçlar uygulanmalı, düzenlenmemişse ilişkide taraflar arasındaki menfaatler dengesi göz önünde bulundurulmak suretiyle söz konusu riskin eşit olarak paylaştırılmasına imkân veren en uygun çözüm benimsenmelidir. Bu ise mevcut borç ilişkisini sonlandırmak yerine tarafların durumu iyi niyetle müzakere ederek ortak bir çözüm bulmaları, ancak bunun sağlanamaması hâlinde sözleşmenin imkânsızlık nedeniyle sonlandırılması veya borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulmasını gerektirir. Yine somut olayın özellikleri dikkate alındığında eğer şartlarını taşıyorsa aşırı ifa güçlüğü, geçici ifa imkansızlığı ve ödemezlik defî de Türk Borçlar Kanunu kapsamında gündeme gelebilecek diğere çözüm yolları arasındadır.

Henüz ne kadar süreceğinin, nasıl son bulacağının ve kendisine intikal eden hukuki uyumsuzluklarda yargı makamlarının ne yönde görüş benimseyeceğinin öngörülemez oluşu, COVID-19 salgınının borç ilişkilerine etkisi bakımından şimdiden kesin yargılara varılmasını imkânsız kılmaktadır. Konu hakkında genel ve açık bir kanuni düzenleme yapma yoluna gidilmesi de muhtemel ve makul bir çözüm olarak akla gelmektedir. Gelinen bu noktada takip eden dönemde COVID-19 salgınına bağılı yaşanabilecek gelişmeler doğrultusunda içtihatlar yoluyla uygulamanın şekilleneceğini söylemek doğru olacaktır.

Anahtar kelimeler: COVID-19, salgın hastalık, sosyal felaket, borç ilişkileri, mücbir sebep.

**TÜRK BORÇLAR KANUNU 55'İNCİ MADDE HÜKMÜ**  
**BAĞLAMINDA TAZMİNAT HESABINDA HAKKANİYET İNDİRİMİ**  
**SORUNU**

Dr. Öğr. Üyesi Ayşenur ŞAHİN CANER\*

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 55/I son cümlesindeki “*Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz*” hüküm, çalışmamızın esasını oluşturmaktadır. TBK’ya Meclis komisyonunda eklenen bu hüküm gereğince, bedensel zarar ve ölüm halinde hesaplanan tazminat miktarı esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz ve azaltılamaz. Öncelikle ifade olunmalıdır ki hükümde yer alan tazminatın “*hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz*” ifadesi anlamsız bir ifadedir. Zira aksine açık düzenleme olmadıkça, sorumluluk hukukundaki temel prensip, zarardan fazla tazminata hükmedilememesi olduğundan; hükümde yer alan “*artırılamaz*” ifadesinin isabetli olmadığını ifade etmek gerekir. Hükmün gerekçesinde bedensel zarar ve destekten yoksun kalma zararlarında hesaplanan tazminatın azlığından bahisle artırılamayacağı, çokluğundan bahisle indirilemeyeceği ifade edildikten sonra hüküm ile çokluk indirimi yolu kapatılmıştır.

Hükmün anlaşılması bakımından uygulamada “*çokluk indirimi*” olarak adlandırılan indirim türü üzerinde durulması gerekir. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde sıklıkla başvuru olan, hesaplanan tazminat miktarının fazla çıkması sebebiyle tazminattan “*hakkaniyet indirimi*” adı altında “*çokluk indirimi*” yapıldığı görülmekteydi. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde sıklıkla başvuru olan bu indirim, başka bir sebep olmaksızın, sadece hesaplanan tazminat miktarının fazla olması sebebiyle yapılmakta ve özellikle indirim oranlarında bir standardizasyon olmaması ve hâkimin keyfî davranarak tazminattan indirim yapmasına sebebiyet vermesi nedeniyle uygulamada sorunlara neden olmaktadır.

Kanaatimizce TBK m. 55/I son cümle ile hâkimin bilirkişiler tarafından düzenlenen raporlar ile bağlı olduğu anlamı çıkarılması mümkün olmadığı gibi, yargı yetkisinin bilirkişilere devredildiği anlamı da çıkarılamaz. Ayrıca TBK m. 55/I son cümle hükmü bedensel zarara ilişkin tazminatın belirlenmesine TBK m. 51 hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmediği gibi, TBK m. 51/I’de düzenlenen tazminattan indirim sebepleri ve özellikle TBK m. 52/II’de düzenlenen hakkaniyet indiriminin bedensel zararlar bakımından uygulanmasına da engel teşkil etmez. TBK m. 55/I son cümle düzenlemesi TMK m. 4’te hükme bağlanan hakimin takdir

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID ID: 0000 0002 7443 8617, [aysenurcaner@uludag.edu.tr](mailto:aysenurcaner@uludag.edu.tr).

yetkisine ilişkin temel prensibi de ihlal etmemektedir. Bu anlamda hâkim, bedensel zararın belirlenmesine ilişkin olarak hesaplanan tazminatta somut olaydaki durum ve koşullar gerektiriyorsa hakkaniyet indirimi yapabilecek; ancak hâkim somut olayda indirimi gerektiren bir durum yoksa sırf hesaplanan tazminat miktarının çok olması sebebiyle “çokluk indirimi” yapamayacaktır. TBK m. 55/I son cümledeki düzenlemeyi getiren kanun koyucunun amacı, bilirkişi tarafından belirlenen tazminat miktarı üzerinden “miktar esas alınarak” diğer bir ifadeyle, sadece hesaplanan tazminat miktarının çok olması nedeniyle indirim yapmasına engel olmaktır ki; TBK m. 55/I son cümlede de bu husus açıkça ifade edilmiştir. Nitekim Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin E. 2012/18203, K. 2013/12827, T. 18.06.2013 kararı da bu görüşümüzü doğrular niteliktedir. İş bu kararda yüksek mahkeme, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 55’in yürürlüğe girmesi ile birlikte tazminat miktarının çokluğunun hakkaniyet indirimine gerekçe olamayacağını, bu nedenle özellikle takdiri indirim koşullarının bulunmadığı ve artık tazminatın çokluğunun tek başına indirim nedeni olamayacağı göz ardı edilerek hüküm veren ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

Anahtar Kelimeler: Zarar, bedensel zarar, destekten yoksun kalma, tazminattan indirim, hakkaniyet indirimi.

### ÖZEL HUKUK OTURUMLARI III

#### TİCARET VE SİNAİ MÜLKİYET HUKUKUNDA GÜNCEL SORUNLAR

#### TİCARET VE İŞ HUKUKU OTURUMU

#### TTK m. 210/1’DE TİCARET BAKANLIĞI’NA VERİLEN TEBLİĞ ÇIKARMA YETKİSİ VE BUNUN SINIRLARI HAKKINDA DEĞERLENDİRMELER

Prof. Dr. Halit AKER\*

Anayasa m. 124/I’de “Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler” hükmü yer almaktadır (ayrıca bkz. Anayasa m. 104/XVIII). İdare sadece ismi “yönetmelik” olan düzenleyici işlemler değil, ismi Anayasa’da belirtilmemiş olan “isimsiz” düzenleyici işlemler

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, [haker@uludag.edu.tr](mailto:haker@uludag.edu.tr), ORCID: 0000-0002-3818-7128.

yapmaya yetkilidir. Anayasa m. 124’de idarenin bu türden işlemleri için sadece “kanunlar ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlama” ve “bunlara aykırı olmama” şeklinde iki sınırın getirildiği görülmektedir. Öte yandan kanun koyucunun idareye düzenleyici işlem yapma yetkisi verirken, tercih ettiği düzenleyici işlemin türü ile bunun için yetkilendirdiği idari merci ve -her zaman olmasa da- düzenleyici işlemin konusunu az ya da çok belirlediği de görülmektedir.

6102 s. TTK’da da başta Cumhurbaşkanı ve Ticaret Bakanlığı olmak üzere idareye düzenleyici işlemler yapma yetkisi verilmiştir. Bu düzenleyici işlemlerin türleri olarak “yönetmelik” ve “tebliğ” açıkça zikredilmiş, öte yandan az da olsa işlemin türü açıkça belirtilmeden idareye düzenleme yetkisi verilmesi de söz konusu olmuştur. Bunlardan birisi de “Gümrük ve Ticaret Bakanlığının düzenleme ve denetleme yetkisi” kenar başlığını taşıyan TTK m. 210/1 c. 1-2’deki “Gümrük ve Ticaret Bakanlığı bu Kanunun ticaret şirketlerine ilişkin hükümlerinin uygulamasıyla ilgili tebliğler yayımlamaya yetkilidir. Ticaret sicili müdürlükleri ve şirketler bu tebliğlere uyarlar” hükmüdür.

Anılan düzenlemede geçen “Kanunun ticaret şirketlerine ilişkin hükümlerin” sayısı oldukça fazladır. Zira salt TTK m. 124-644 dikkate alındığında beşyüzden fazla kanun maddesi ile karşılaşılmaktadır. Bunlara örneğin dolaylı şekilde de olsa ticaret şirketlerini ilgilendiren TTK m. 16, 42-43, 47, 64/3 gibi hükümlerin de eklenmesi mümkündür. Kanun koyucunun bu kadar geniş bir alan için idareye düzenleme yetkisi vermiş olmasının -TTK m. 210/1’in selefi olan mülga eTTK m. 274/I’in de hukuk sistemimize bir KHK ile girdiği hatırlanacak olursa, daha doğru ifadeyle yürütmenin hazırlamış olduğu kanun tasarısında kendisine bu denli geniş bir düzenleme alanını saklı tutmasının yerindeliği ve ne gibi hukuksal riskler barındırabileceği üzerinde dikkatlice düşünmek gerektiği açıktır. eTTK m. 274/I’in yürürlükte olduğu 1995-2012 yılları arasında Bakanlığın tebliğ çıkarma yetkisini nispeten sınırlı şekilde kullandığını söylemek mümkündür. Ancak son yıllarda bu konuda sözleşme serbestisi ve ticaret şirketlerinin temel ilkeleri ile uyumlu olup olmadığı tartışmaya açık idarî düzenlemelerde bir artış yaşandığı da dikkat çekmektedir.

Bu bildiride “*bu Kanunun ticaret şirketlerine ilişkin hükümlerinin uygulamasıyla ilgili*” ifadesinden hareketle Bakanlığa verilmiş tebliğ çıkarma yetkisinin, şirketler hukukuna içkin temel niteliklerden kaynaklanan özel hukuk karakterli maddî sınırları olup olmadığı hakkında değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ticaret Hukuku, Ticaret Şirketleri, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, Düzenleme Yetkisi, Denetleme Yetkisi.

# TİCARET HUKUKU VE İŞ HUKUKUNUN BİRBİRİNİ ÇAĞRIŞTIRAN İKİ KAVRAMI ÜZERİNE:

## TİCARİ İŞLETME DEVRİ *IPSO FACTO* İŞYERİNİN DEVRİ SONUCUNU DOĞURUR MU?

Prof. Dr. Halit AKER\*

Doç. Dr. K. Ahmet SEVİMLİ\*

Ticari işletme devri, TTK ile Ticaret Sicili Yönetmeliğinde (TSY) düzenlenmiştir. “Devir” kavramı, dar anlamda ticari işletmenin bir satış sözleşmesi ile satılmasını ifade etse de, işletmenin ürün kirası ile kiralanması ve uygulamada belki hiç görülme de bağışlanması da “devir” niteliğindedir<sup>2</sup>. TTK, TBK ve TSY’nin ilgili hükümleri birlikte değerlendirildiğinde devrin, ticari işletmeye dâhil maddi (örn. makine parkı) ve gayri maddi malvarlığı (örn. patent, marka, know how) unsurlarının, ancak bilhassa işletme organizasyonunun (işletme konusu sınai ve/veya ticari faaliyet, bunun yapılış biçimi, tedarikçi ve müşteri ilişkileri bütünü) sahipliği ile işletmecisinin/müteşebbisin değişmesi, söz konusu ekonomik ve hukuki bütünlüğün artık devralan kişi tarafından kendi adına ve hesabına, her türlü ticari risk kendisine ait olmak üzere işletilmesi, devredenin “işletmeci/müteşebbis” olarak” ticari işletme ile olan aktif ekonomik ve hukuki ilişkilerini sonlandırması anlamına geldiği sonucuna varmak mümkündür. Bu durum, devreden devre konu işletme bakımından Ticaret Hukuku açısından “tacirlik”, İş Hukuku açısından ise “işverenlik” sıfatının son bulması sonucunu doğurur. Bu ekonomik ve hukuksal sonuçlar, örneğin bir satış sözleşmesi ya da ürün kirası sözleşmesi ile ortaya çıkabilir. TTK m. 11/3’de devir amacıyla akdedilen sözleşmelerin muhtevasının (c. 2), şeklinin (c. 3) ve “aynî” etkisinin (c. 1); TBK m. 202’de ise, devir için rızasına ihtiyaç duyulmayan alacaklıların korunması saikiyle devirden önce ve sonra doğan borçlar bakımından bir sorumluluk düzeninin getirildiği görülmektedir.

Öte yandan İş Hukuku mevzuatında işyeri veya bir bölümünün devrinin sonuçları düzenlenmiş olmakla birlikte (İŞK m. 6), işyeri veya bir bölümünün devri tanımlanmamıştır. Mevzuatta işyeri devrinin tanımına yer verilmemiş olması, bu hukuki kurumun Öğreti görüşleri ve İçtihat yoluyla tanımlanmasını zorunlu kılmıştır.

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, [haker@uludag.edu.tr](mailto:haker@uludag.edu.tr), ORCID: 0000-0002-3818-7128.

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, [ahmetsevimli@uludag.edu.tr](mailto:ahmetsevimli@uludag.edu.tr), ORCID: 0000-0002-2733-4305

<sup>2</sup> TTK m. 11/3 c. 3: “Bu *devir sözleşmesiyle* ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan *diğer sözleşmeler* [...]”.

Yargıtay'ın Öğreti görüşlerinden de yararlanılarak kaleme alındığı anlaşılan işyeri devrine ilişkin kararlarında kullandığı tanıma bakıldığında, işyeri devrinin temel ölçütünün, ekonomik birliğin kimliğinin korunması olarak kabul edildiği görülür. Ekonomik birliğin kimliğini koruyup korumadığının saptanmasında ise yürütülen faaliyetin devirden sonra yeni işveren tarafından aynı veya özdeş biçimde sürdürülüp sürdürülmediği, işyerinin taşınmaz ve taşınır malları ile maddî olmayan varlıkların, işyerinde çalışan işçilerin sayı ve uzmanlık bakımından çoğunluğunun, bunun yanı sıra müşteri çevresinin devredilip devredilmediği, devir öncesi ve sonrasındaki faaliyetler arasında benzerlik olup olmadığı, devir sebebiyle işyerinde faaliyet askıya alınmışsa askı süresi gibi olgular dikkate alınır.

“Ticari işletme” TTK'nın, işyeri ise İşK'nun terimleri olmakla birlikte esasen her “ticari işletmenin”, fabrikada/atölyede tüm işlerin robotlar tarafından görülmesi gibi çok istisnai durumlar dışında en az bir “işyeri” bulunduğunu kabul etmek gerekir. Zira ticari işletmede belli bir organizasyon dâhilinde mal ve/veya hizmet üretilir ya da bunun ticareti yapılır. Buna rağmen İş Hukukundaki işyeri devri, Ticaret Hukukundaki ticari işletme devrinden farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bir başka ifadeyle TTK'na göre bir ticari işletme devri söz konusu olmaksızın da işyeri devri gerçekleşebilir. Uygulamada işyeri devrinin mevcut olup olmadığı tartışılırken ticari işletme devrinin gerçekleşip gerçekleşmediği argümanının kullanıldığı görülmektedir. Ticaret Hukuku alanında gerçekleştiği kabul edilen bir ticari işletme devri, İş Hukuku alanında ipso facto işyerinin devredildiği sonucuna varmak için yeterli midir?

Anahtar Kelimeler: Ticari İşletme, İşyeri, Ticari İşletme Devri, İşyerinin Devri, Ticaret Hukuku, İş Hukuku.



## DENİZ YÜK SENEDİ

Dr. Öğr. Üyesi Sinan MİSİLİ\*

Denizde eşya taşımacılığında uzun zamandır bazı hallerde sadece ispat özelliği hesaba katılarak, eşyayı temsil özelliğine ihtiyaç duyulmadığı hallerde dahi, konişmento kullanılmaktadır. Çok modlu taşımacılık, konteyner taşımacılığı ve diğerk teknolojik gelişmeler, keza konişmentonun eşyayı temsil özelliğinden kaynaklanan problemler sonucunda meydana gelen gereksinimler ve ihtiyaçlar, deniz taşımacılığında geleneksel hale gelmiş olan konişmentodan farklı fonksiyonları olan farklı denizcilik belgelerini ortaya çıkarmıştır.

Uygulamada konişmento ile aynı düzeyde ve aynı hukuki anlamda olmasa da, birçok deniz taşıma belgesi ortaya çıkmış ve kullanılmaya başlanmıştır. Ortaya çıkan bu yeni deniz taşıma belgeleri konişmentolu sistemden, taşıma belgeli sisteme düzenli bir geçiş eğilimini göstermektedir. Geleneksel konişmentoya popüler ve kullanışlı bir alternatif olarak, devredilemeyen özelliğe sahip ‘deniz yük senedi’ gösterilmektedir.

Deniz yük senedi konişmentodan farklı olarak, uluslararası deniz konvansiyonlarında ayrıntılı düzenleme konusu yapılmamış, ancak deniz ticareti uygulamasından doğan bir taşıma belgesidir. Ulusal hukuklar bakımından da aynı durum söz konusudur. Türk Ticaret Kanunu (TTK), konişmento hakkında “Deniz Ticaret Kitabı Dördüncü Kısım Üçüncü Bölüm Altıncı Ayrım”da “Deniz Taşıma Senetleri” başlığı altında, md. 1228 – 1241 arası hükümlerini sevkettiğinde, içinde deniz yük senedi de bulunan diğerk denizde taşıma senetlerini altıncı ayrım içinde md. 1242 ile sadece bir madde ile düzenlemiştir.

Deniz yük senedi denizde eşya taşıma sözleşmesini ispatlayan veya içeren, taşıyıcının eşyayı teslim edeceği kişi olan gönderilene teşhis eden bir tesellüm belgesi olarak tanımlanmaktadır. Deniz yük senedi kısaca, kendi bünyesinde yer alan şart ve klozlara bağlı olarak devredilemeyen denizde eşya taşıma senedi olarak da tanımlanmaktadır.

Deniz yük senetlerinin esaslı avantajı, gerek ödemenin ve gerekse de teslimin teminatı için veya taşıma sırasında eşyanın mülkiyetinin devri için kullanılan mülkiyet hakkı sağlayan belgeye ihtiyaç olmaması hallerinde ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan gönderilenin deniz yük senetlerinde eşyanın teslimi talebine karşılık teşhis için tam/kapsamlı olarak kimlik sunmak zorunda kalmaması büyük bir avantaj yaratmaktadır.

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD., [smisili@uludag.edu.tr](mailto:smisili@uludag.edu.tr), <https://orcid.org/0000-0002-6759-2317>.

Deniz yük senedi, ciro edilemeyen ve dolayısıyla devredilemeyen özelliğe sahiptir. Devredilemeyen özelliğe sahip olan deniz yük senedi, sözleşme şartlarını içeren bir alındı belgesi niteliğindedir.

Deniz yük senetleri birer kıymetli evrak değildir. Bunların yalnızca ispat fonksiyonları bulunmaktadır. Deniz yük senedi taşıyan ve taşıtan arasında navlun sözleşmenin yapılmış olduğunu ve şartlarını, navlun sözleşmesinde tayin edilen gönderileni ve eşyanın taşıyan tarafından senette yazılı olduğu şekilde teslim alındığını gösteren bir ispat belgesi niteliğindedir. TTK md. 1243 uyarınca deniz yük senedi belirttiğimiz konularda aksi ispat edilebilen bir karine yaratmaktadır.

Taşınan eşya sadece senette yer alan ve kendini gönderilen olarak tanıtan kimseye teslim edilebilmektedir. Deniz yük senetleri emtia senetleri sınıfına dahil değildir. Yani deniz yük senedi eşyayı temsil etmez, sadece bilgiyi taşır. Oysa konişmentonun ciro edilmesiyle (ve devredilmesiyle) eşyanın mülkiyetinin devredilmesi sağlanır.

Deniz yük senedi, taşıyıcıya senette yer alan veya sonradan verilen talimatla belirlenen gönderilene teşhise yeter kimlik bilgisi karşılığında eşyanın teslimine yetki veren bir belgedir. Deniz yük senetleri konişmentolar gibi tesellüm karşılığı veya yükleme karşılığı düzenlenebilmektedir. Bu bakımdan tesellüm yük senedi veya yükleme deniz yük senedi düzenlenebilir.

Konişmentoya nazaran avantajları sayesinde artık deniz yük senetleri, konişmentoların yerini almaya başlamıştır.

Anahtar Kelimeler: Deniz Yük Senedi, Konişmento, Deniz Taşımacılığı, Navlun Sözleşmesi, İspat Belgesi.

## **BİYOTEKNOLOJİK BULUŞLARIN PATENTLENEBİLİRLİLİĞİ**

Arş. Gör. Burak MEYDANCI\*

“Biyo” kelimesi biyoloji ile ilgili olan kavramları nitelendirmek için kullanılmaktadır. Kelimenin yapısına uygun olarak biyoteknoloji ise biyoloji alanındaki teknik gelişmeleri ifade etmektedir. Sanılanın aksine biyoteknolojinin varlığı ilk antik zamanlara Sümerler’in Mezopotamya’da bira ve ekmek üretmek için kullandıkları ürünlere kadar dayanmaktadır.

---

\* Uludağ Üniversitesi İİBF Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi, [bmeydanci@uludag.edu.tr](mailto:bmeydanci@uludag.edu.tr), ORCID: 0000-0002-9097-0929.

Biyoteknolojik buluşların patent hukukunun konusu haline gelmeye başlaması ise 1970'li yıllarda mümkün hale gelmiştir.

Yaşayan organizmalar ya da mikro organizma parçaları kullanılarak bir ürünü bitkiyi, hayvanı üretmek ya da değiştirmek ve mikro organizma geliştirmek için kullanılan her türlü yöntem biyoteknolojinin bir parçasıdır. Ancak son dönemlerde biyoteknoloji rekombinant DNA teknolojisi üzerine yoğunlaşmaktadır. Bu DNA bir bakteriye, bitkiye, hayvana ve hatta bir insana ait olabilmektedir.

Yapılan çalışmalar sonucunda biyoteknolojik buluşlar insan yaşamının kalitesini artırmakta ve birçok hastalığa çare olmaktadır. Elde edilen sonuçlar sağlık, çevre ve tarım gibi birçok alanda kullanılmaktadır.

Biyoteknolojik çalışmaların sonuçlanması beş ile on yıl arasında bir süreye ve yüz milyonlarca dolara dayanabilmektedir. Şirketler için biyoteknoloji alanına yatırım yapılması elde edecek sonuçların patentlenebilirliği ile doğru orantılıdır. Ancak biyoteknolojik buluşların patentlenebilirliği fikri mülkiyet hukuku ile etik ve ahlak ilkelerinden kaynaklı problemlerle karşılaşmaktadır. Farklı hukuk sistemleri bu problemleri farklı şekillerde sonuçlandırmaktadır.

Gerek Türk Hukuku'nda gerekse diğer birçok hukuk sisteminde biyoteknolojik buluşların patentlenmesi kanunla özel olarak düzenlenmemiştir. Buluşlar yenilik, sanayiye uygunluk ve buluş basamağı ilkelerini sağlamak koşuluyla patentlenebilmektedir. Bu durum biyoteknolojik buluşlar için diğer buluşlarda bulunmayan çeşitli patent engellerine sebep olabilmektedir. İzole edilerek elde edilen biyolojik materyallerin yenilik açısından değerlendirilmesi; bu materyallerin hangi şekillerde sanayiye uygulanacağı anılan engellerden birkaçıdır. SMK'da düzenlenmemiş bu tür engellerin çözümünde Türkiye'nin de taraf olduğu Biyoteknolojik Buluşların Hukuki Korunmasına İlişkin 98/44 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi'nin dikkatte alınması yerinde olacaktır.

Biyoteknolojik buluşların patentlenebilirliği açısından önem arz eden diğer bir mesele getirilen özel yasaklardır. SMK m. 82/3 hükmü uyarınca bitki çeşitleri ve bitki çeşidi üretimine, hayvan çeşitleri ile hayvan çeşidi üretimine yönelik yöntemler biyoteknolojik buluş olarak diğer gerekli unsurları taşımalarına rağmen patentlenememektedir. Benzer şekilde insan klonlama, insan kimliğini etkileyecek şekilde genetik değişimler ve insan embriyosunun sınai ya da ticari amaçlarla kullanımına yönelik buluşlar da patentlenememektedir. Hayvanlara acı verecek genetik işlemler ile bu işlemler sonucunda meydana getirilen hayvanlar ise ancak insanlar ya da hayvanlar açısından önemli bir tıbbi fayda sağlanması koşuluyla patentlenebilmektedir. Bu yasaklar kamu yararı, kamu düzeni ya da etik ilkelerine dayalı olarak düzenlenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Biyoteknoloji, biyoteknolojik buluşlar, DNA, bitki türleri, hayvan türleri, genom dizilim, patent.

**ÖZEL HUKUK OTURUMLARI IV**  
**UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNDE VE CEBRİ İCRADA GÜNCEL SORUNLAR**  
**MEDENİ USUL HUKUKU OTURUMU**

**Çocuk Teslimi ve Çocuk Ziyareti Kararlarının Yerine Getirilmesine İlişkin Mevzuat Değişikliği Hazırlıkları Hakkında Düşünceler**

Doç. Dr. Cengiz Topel ÇELİKOĞLU\*

Hukuk sistemimizde çocuk teslimi ve çocuk ziyareti (ÇT-ÇZ) ilişkin mahkeme kararları, icra daireleri tarafından, psikolog-pedagog-sosyal çalışmacı uzman eşliğinde, fiziki zor ve hapsen taziyik yaptırımıyla yerine getirilir (İİK, m.25-25b,341). Bu husustaki düzenlemeler, ÇT-ÇZ kararlarının temelde menkul teslimine dair ilamların icrasına ilişkin hükümlere (İİK, m.24) göre yerine getirilmesini amirdir. Hukuk camiasında, İİK'nın bu düzenlemelerinin ÇT-ÇZ kararlarının çocuk haklarına riayeten yerine getirilmesine elverişli olmadığı hususunda, yaygın bir kanaat vardır. Son zamanlarda, ÇT-ÇZ kararlarının yerine getirilmesinin icra dairelerinin görev alanından çıkarılmasına yönelik, mevzuat değişiklik hazırlıkları gözlemlenmektedir. Bu minvalde Şubat 2021'de, hazırlanmakta olduğu açıklanan Yargı Reform Paketi- 4 kapsamında, Çocuk Teslim Merkezi (leri) açılacağı duyurulmuştu. Değişiklik hazırlık çalışmalarına ilişkin materyallerde, bu hususta görev verilecek yeni organ hakkında, temelde üç alternatifte işaret ediliyor: i) Aile Bakanlığı, ii) Aile Mahkemeleri, iii) Adalet Bakanlığı. Bu kapsamda, sözkonusu kararların, bunlardan ilkinde Aile Bakanlığı taşra teşkilatı bünyesindeki uzmanlar eliyle; ikincisinde aile mahkemesi kalemince ve/veya adliyede görevli uzman marifetiyle; üçüncüsünde Adalet Bakanlığı taşra teşkilatı bünyesinde yer alan görevli uzmanlar eliyle; aile mahkemesi gözetim-denetimi altında yerine getirilmesi önerilmektedir. Bu meyanda, bazı başka düzenlemelerin yanısıra, sözkonusu hususta belirtilen yaklaşımlardan üçüncüsü temelinde mevzuat değişikliği de öngören bir kanun tasarısı taslağı

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku ABD Öğretim Üyesi, cengiztc@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1261-4379.

(Mağdur Hakları Kanun Tasarısı Taslağı) Temmuz 2017 kamuoyuna açıklanmıştır. Mağdur Hakları Kanun Tasarısı Taslağı'nın (MHKTT), diğer düzenlemeleri, Haziran 2020'de yürürlüğe sokulmuş (CbK-63: RG.10.06.2020/31151) ve adliyelerde Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlükleri (ADM) teşkil olunmuştur.

MHKTT'nin geriye kalan ÇT-ÇZ'ye ilişkin düzenlemelerinin yasalaşıp yasalaşmayacağı belli değildir. Yetkililerce çalışmaların devam ettiği ve diğer alternatifler üzerinde de durulduğu ifade ediliyor; ancak, henüz başka bir Teklif ortaya koyulmamıştır. MHKTT'da yer alan düzenlemelerin merkezinde uygulama planı kurumu yer almakta olup; çocuk koruma mevzuatından alınmış olan, bu kurum esasen hazırlık materyallerinde sözü edilen diğer alternatifler bakımından da işlevseldir. Dolayısıyla, düzenleme değişikliği hazırlıklarının MHKTT kalan düzenlemeleri üzerinden tartışılması mümkündür.

MHKTT'nin sözkonusu hükümleri uyarınca, ÇT-ÇZ kararlarının çocuğun bulunduğu yerdeki ADM'ye ibrazı ve talep üzerine, yükümlüye yapılacak bildirim sonuçsuz kalması halinde, kural olarak tarafların da katılımıyla hazırlanan ve kararın uygulanma şekli ile araçlarını gösterecek olan uygulama planı teklifi aile hâkimi onayına bağlanılıp taraflara tebliğ olunacaktır. Bu işlem, mevcut modeldeki icra emri-muhtıra emri'ni ikame etmekle birlikte, onu aşan bir işleve sahiptir. Bununla, kararın, herhalukarda değil; çocuk için uygun yer-zaman-şekilde yerine getirilmesi hedeflenmektedir. Uygulama planına rızaen uyulmaması durumunda, ÇT-ÇZ, Plan'a göre ve bu idari mercide görevli uzmanlar tarafından, gereğinde kolluk yardımıyla temin edilecektir. Bu meyanda, diğer tarafın aile mahkemesine başvurusu üzerine, yükümlünün hapsen tazyiki ve tekerrür halinde tecziye (disiplin) hapsi de, dolaylı yaptırım aracı olarak devreye sokulabilecektir. MHKTT'da önerilen model (hâkim yönetiminde idari merci eliyle icra) tamamen yeni olup; bilinen bir ülke örneği yoktur. Taslakta benimsenen bu icra modelinin dayandığı uygulama planı kurumu başarılı olabilir görünmektedir. Bununla birlikte, MHKTT'de bazı düzenleme noksan ve/veya zayıflıkları mevcuttur. Ezcümle, önerilen modelin çalışabilmesi bakımından, sözkonusu düzenleme taslağının iyileştirip geliştirilmesi gerekir. Tebliğimizde, sözkonusu değişiklik hazırlığına hukuk camiasının dikkatini çekip; konunun tartışılmasına katkıda bulunmayı amaçladık.

Anahtar Kelimeler: Çocuk teslimi, çocuk ziyareti, çocuk teslimi ve çocuk ziyareti kararlarının icrasında uzman desteği, uygulama planı, çocuk teslimi ve çocuk ziyareti kararlarının icrasında direkt ve dolaylı yaptırımlar.

## İSTİNAF KANUN YOLUNDA İCRANIN GERİ BIRAKILMASI (TEHİR-İ İCRA)

Dr. Öğr. Üyesi E. Gökçe KARABEL\*

Kural olarak bir hüküm için kanun yoluna başvurulmuş olması, ilamın kesinleşmeden icra edilemeyecek bir ilam olması dışında, icrayı durdurmaz. Ancak kanun koyucunun ilamlı icrayı düzenlediği hükümler içerisinde borçlunun ilamın icrasını ertelemek istemesi halinde nasıl bir yol izleyeceğini belirten düzenlemeler de yer almaktadır. Gerçekten de İcra İflas Kanunumuzun 36. maddesine göre ilama karşı istinaf veya temyiz yoluna başvuran borçlu, hükmolunan para veya eşyanın resmi bir mercie depo edildiğini ispat eder yahut hükmolunan para veya eşya kıymetinde icra mahkemesi tarafından kabul edilecek taşınır rehni veya esham veya tahvilat veya taşınmaz rehni veya muteber banka kefaleti gösterirse veya borçlunun hükmolunan para ve eşyayı karşılayacak malı mahcuz ise icranın geri bırakılması için Bölge Adliye Mahkemesi veya Yargıtaydan karar alınmak üzere icra müdürü tarafından kendisine uygun bir süre verilir. Maddeden açıkça anlaşılacağı gibi kanun koyucu alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin korunması amacıyla ilamlı icrada ödeme emrine itiraz imkânı olmayan borçluya kanunda sayılan teminatı göstererek icranın geri bırakılması için karar alabilme imkanı tanımıştır.

Kanunda ilamlı icra hükümleri içinde yer almakla birlikte iki farklı kurumu düzenlenen 33. madde ve 36. madde hükümlerinin başlıklarının aynı olması karışıklığa sebebiyet verebilmektedir. İİK m. 33'te icra emrinin tebliği üzerine borçlu yedi gün içinde dilekçe ile icra mahkemesine başvurarak borcun zamanaşımına uğradığı veya imhal veya itfa edildiği itirazında bulunabileceği hükme bağlanmışken İİK m. 36'da yer alan düzenlemenin icranın

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul İcra İflas Anabilim Dalı Dr. Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-1787-165X, [gokcekarabel@uludag.edu.tr](mailto:gokcekarabel@uludag.edu.tr).

durdurulması ve ilerlemesinin ertelenmesini amaçladığı görülmektedir. Bu sebeplerle İİK m. 36'daki düzenlemeye "icranın ertelenmesi" denmesinin yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

İcranın ertelenmesinde çözüme kavuşturulması gereken hususlardan ilki Bölge Adliye Mahkemesi'nin istinaf başvurusunu esastan red kararına karşı temyiz yoluna gidilip gidilemeyeceğidir. Kanımızca borçlu bu durumda Yargıtay'dan icranın ertelenmesini isteyebilmelidir. Borçlunun Yargıtay'dan icranın ertelenmesi kararı alması halinde teminat bakımından ise teminatın alacaklıya ödenmemesinin yerinde olacağı sonucuna varılmıştır. İİK m. 36/6'nın temyize başvuru imkânı olmayan ya da temyize başvurulmamış kararlar bakımından uygulanması yerinde olacaktır.

İcranın ertelenmesi prosedüründe Bölge Adliye Mahkemesinin icranın ertelenmesi kararı verirken takdir yetkisinin olup olmadığına bakıldığında, uygulamada koşulları eksiksiz olan taleplerin mahkemece takdir yetkisi kullanılmaksızın kabul edildiğini görmekte beraber icranın ertelenmesinin cebri icra hukukuna özgü bir geçici hukuki koruma olmasıyla bağlantılı olarak mahkemenin yaklaşık ispat ölçütüyle karar verebileceğinin ve takdir yetkisinin olduğunun kabulü gerekir.

İstinafa başvurulmuş olması halinde Bölge Adliye Mahkemesinin vereceği icranın ertelenmesi kararının, kararın temyiz edilmesi halinde de devam edip etmeyeceği meselesinde ise uygulamada farklı yönde verilmiş kararlara rastlanmaktadır. Bazı Bölge Adliye Mahkemeleri icranın temyiz incelemesinin sonuna kadar erteleneceğine hükmedilirken, diğer Bölge Adliye Mahkemeleri kararlarında ise icranın ertelenmesine sadece istinaf süreci sonuna kadar ya da temyiz isteme süresinin sonuna kadar karar verildiği görülmektedir. Kanımızca icranın ertelenmesi kararı veren Bölge Adliye Mahkemesinin Yargıtay'daki incelemeyi de kapsayacak bir karar vermesi mümkün değildir. İcranın ertelenmesi kurumunun korumayı hedeflediği amaç ve usul ekonomisi ilkesi bir arada değerlendirildiğinde istinaf kanun yolunda verilen icranın ertelenmesi kararının temyiz isteme süresinin sonuna kadar geçerli olacağına kabulü uygun olacaktır.

Anahtar Kelimeler: İcranın ertelenmesi, teminat, ilamlı icra, istinaf kanun yolu, temyiz kanun yolu

# MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA

## E- DURUŞMA

**Dr. Öğretim Üyesi Tülay ÖZGÜL\***

Yargı hizmetlerinin hızlandırılması ve iyileştirilmesi kapsamında yapılan reform çalışmaları; bilişim alanındaki gelişmeleri de takip ederek çok çeşitli teknolojik, elektronik ve akıllı uygulamaların yargı alanında kullanılmasına imkân sağlamıştır. Ulusal Yargı Ağı ile 1998 yılında başlatılan bu süreç, özellikle bilişim teknolojilerinin hızla geliştiği son yirmi yıl içerisinde; dava açılmasından duruşma yapılmasına kadar yargı faaliyetlerinin hemen her alanında etkilerini göstermiştir.

Yargı işlemlerinin ses ve görüntü nakli yoluyla yapılması konusunda ilk düzenleme, 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu ile yapılmıştır. Ceza muhakemesindeki bu gelişmeler, hukuk yargılaması alanında da etkili olmuş ve 2011 yılında kabul edilen Hukuk Muhakemeleri Kanununun 149. maddesinde, “Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrası” başlığıyla düzenlenmiştir.

Son dönemde yaşanan bu teknolojik gelişmelere ek olarak, ülkemizde ve tüm dünyada yaşanmakta olan COVID-19 salgını nedeniyle yaşanan olumsuzluklar, özellikle yargılama faaliyetlerinin devamı bakımından ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası konusunda mevcut düzenlemelerin önemini artırmış bulunmaktadır. Mevzuatımızda on beş yıldır mevcut olan ve Yargı Reformu Stratejilerine hemen her dönem konu olan düzenlemelerin daha etkin şekilde kullanılabilir olması pandemi salgını dönemine denk gelmiştir. Her ne kadar ceza muhakemesi alanında sanık ve tanık ifadesi alınması aşamalarında ses ve görüntü nakli çok daha önce başvurulmuş bir uygulama olsa da medeni yargılama alanında duruşmaların e-duruşma şeklinde yapılması ilk defa 2020 yılında gerçekleşmiştir. 17.06.2020 tarihinde, Adalet Bakanı Abdulhamit Gül ve Türkiye Barolar Birliği Başkanı Metin Feyzioğlu’nun katıldığı temsili bir duruşmayla test edilen e-duruşma sisteminin ilk gerçek uygulaması; 15.09.2020 tarihinde Ankara Batı Adliyesi 1. Tüketici Mahkemesinde görülen duruşmada yapılmıştır.

Uygulamanın hayata geçirilmesinin ardından HMK’nın 149. maddesinde yer alan düzenleme ise, günümüz şartlarına ve ihtiyaçlarına uygun şekilde değiştirilerek; uygulamanın daha aktif kullanılması için tekrar düzenlenmiştir. Maddenin ilk hâlinde de tanığın, bilirkişinin,

---

\* Beykent Üniversitesi, Meslek Yüksekokulu Hukuk Bölümü, İstanbul, e-posta: tulayozer@beykent.edu.tr, ORCID numarası: 0000-0002-0495-2119



uzmanın veya bir tarafın ses ve görüntü olarak aynı anda duruşma salonuna nakledilerek dinlenilmesi imkânı bulunmaktaydı. Ancak ilk düzenlenen şekliyle, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası için mutlaka tarafların rızasının bulunması gerekiyordu. Aksi takdirde tarafların, vekillerinin, tanık, bilirkişi ya da uzmanın ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenilmesi mümkün değildi. 22.07.2020 tarihinde yapılan değişiklik neticesinde ise, her iki tarafın rızasının bulunması koşulu kaldırılmıştır. Böylece tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri dava ve işler bakımından hâkimin re'sen veya talep üzerine, diğer dava ve işler bakımından ise taraflardan birinin talebi üzerine; talep eden tarafın veya vekilinin ya da ilgilinin aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine karar verebileceği düzenlenmiştir. Tanık, bilirkişi veya uzmanın ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenilebilmesi bakımından ise hâkimin re'sen ya da taraflardan birinin talebi üzerine karar vermesi mümkündür.

Çalışmamızda, 18.01.2021 tarihi itibarıyla 505 mahkemede uygulama imkânı bulunan e-duruşma sistemine nasıl başvurulacağı, sistemin nasıl çalıştığı ve yargılama ilkeleri bakımından değerlendirilmesi konuları üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: E-duruşma, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası, UYAP, SEGBİS, tarafların dinlenilmesi.

## **TÜKETİCİ MAHKEMELERİNDE ÖZEL DAVA ŞARTI: ZORUNLU ARABULUCULUK**

Ar. Gör. Feriha KURU\*

Tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir. Dünya çapında küreselleşme ile tüketici ve sağlayıcılar arasındaki alışveriş, farklı yöntemlerle gelişmekte ve hızla yayılmaktadır. Bu noktada tüketicinin korunması, üretici ve satıcı karşısında daha zayıf durumda bulunan tüketicilerin pazardaki güçlerini artırmayı amaçlayan bir sosyal hareket olarak görülmektedir. Zamanla bu hassas konuya ilişkin genel düzenlemeler yeterli bulunmayarak; özel bazı düzenlemeler yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla 1982 Anayasasında yer alan düzenleme ile yetinilmeyip; 07.11.2013 tarihli 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir.

Türk hukukunda tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünde iki farklı mercii belirlenmiştir. Tüketici hakem heyeti ile tüketici

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi, ferihakuru@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2793-2911.

mahkemesi bu açıdan görevli ve yetkili kılınarak; tüketicinin haklarının korunması amacına da uygun bir yaklaşım benimsenmiştir.

Bir uyuşmazlığın hangi mahkemede yargılama konusu yapılabileceği, mahkemelerin görevi ile ilgili bir konudur. Görevli mahkeme tespit edilirken ilk değerlendirilmesi gereken; uyuşmazlık konusu hakkında özel görevli bir mahkemenin bulunup bulunmadığının incelenmesidir. Bu noktada, tüketiciler ve tüketici işlemleri açısından özel görevli bir mahkeme olarak tüketici mahkemeleri devreye girmektedir. Tüketici hukukunda uyuşmazlık konusunun hem parayla ölçülebilen ancak belirli bir parasal sınırın üzerinde kalması durumunda hem de parayla ölçülemeyen talepler içermesi durumunda tüketici mahkemesi görevli olacaktır.

Hukuk sistemimizde dava ile amaçlanan, dava dilekçesi ile mahkemeye yöneltilen talebin maddi hukuk açısından değerlendirilerek karara bağlanmasıdır. Ancak davanın açılması ile taraflar arasında var olan maddi hukuk ilişkisinin yanı sıra; ayrı bir usul hukuku ilişkisi de kurulmaktadır. Söz konusu usul hukuku ilişkisinde davanın karara bağlanabilmesi açısından bazı kurallara dikkat edilmesi gerekir. Açılan davanın esastan incelenerek karara bağlanabilmesi için varlığı veya yokluğu tüm dava süreci boyunca aranan ve eksikliği hâkim tarafından resen dikkate alınan usuli şartlara dava şartları denilmektedir. Dava şartlarının bir kısmı tüm davalarda aranan genel dava şartları ve sadece bazı davalar açısından, genel dava şartlarına ilave olarak aranan, özel dava şartları şeklinde kategorize edilebilir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73/A' da tüketici mahkemeleri açısından geçerli olabilecek özel bir dava şartı düzenlenmiştir. Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması, bir dava şartıdır. Tüketici uyuşmazlıklarında söz konusu olan özel dava şartı şeklindeki zorunlu arabuluculuk, tüketiciyi koruma ve tüketici mahkemelerindeki iş yükünü azaltma amaçlarına da uygun olarak; taraflara daha hızlı ve yargılamaya göre daha az masraflı bir yol ile uyuşmazlığı çözme imkânı sağlamaktadır. Fakat belirtmek gerekir ki; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73/A' da sayılan bazı uyuşmazlıklarda, özel dava şartı şeklindeki zorunlu arabuluculuk uygulanmayacaktır.

Tebliğimizde, tüketici mahkemelerinde aranan özel dava şartı şeklindeki zorunlu arabuluculuk kurumu incelenecektir. Öğretide arabuluculuk kurumunun davalara olan etkisi ve mahkemelerin iş yükünü azaltmasındaki başarısı üzerine ifade edilen görüşlerden yola çıkılarak; tüketici mahkemelerine yönelik etkisi tüketicilerin korunması açısından değerlendirilecektir. Bu noktada sağlayıcı veya satıcılar ile tüketiciyi ortak bir çözüm etrafında birleştirip, aynı zamanda hukuki dengelerinin korunup korunamayacağı da ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: “Tüketici”, “Özel Mahkeme”, “Tüketici Mahkemesi”, “Dava Şartı”, “Özel Dava Şartı”, “Arabuluculuk”, “Zorunlu Arabuluculuk”.

**ÖZEL HUKUK OTURUMLARI V**  
**DEVLETLER ÖZEL HUKUKU OTURUMU**

**ÇEVİRİMİÇİ TAHKİM UYGULAMASI VE ÖZELLİKLE COVID 19**  
**SALGININDAN SONRAKİ GELECEĞİ**  
**TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN ÇEVİRİMİÇİ TAHKİMİN**  
**DEĞERLENDİRİLMESİ**

Dr. Öğr. Üyesi Dilek AYDEMİR\*

Bilindiği üzere tahkim, mahkeme dışı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmakla birlikte yargılama sonucunda verilen kararın nihai ve bağlayıcı olması sebebiyle arabuluculuk, müzakere gibi diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayrışır. Özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıklarda sıkça tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm metodu olan tahkimin kural olarak tıpkı mahkeme yargılamasında olduğu gibi belli aşamaları fiziki ortamda gerçekleşir. Ancak özellikle covid 19 pandemisinin de etkisiyle, fiziki ortamda yargılamanın yapılması bütün uyuşmazlık çözüm yöntemleri bakımından zorlaşmıştır. Özellikle son on yıldır WIPO(ICANN) gibi belli uluslararası ticari organizasyonlar tarafından belli tip uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan online uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bütün özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından uygulanabilirliği ve buna ilişkin altyapı uygunluğu tartışılır olmuş; bu konuda çeşitli uyuşmazlık çözüm kurumları bazı çalışmalar yapmıştır. Bu çalışmalar pandemi sonrası uyuşmazlık çözüm usulleri bakımından daha önem arz eder hale gelmiştir.

Uyuşmazlıkların online ya da çevrimiçi olarak çözümü deyince akla bütün yargılamanın online yapılması yanında sadece belli aşamaların online yapılması da gelir. Sadece belli aşamaların online olarak yapıldığı tahkim yargılamalarında teknolojinin asistanlığından/desteğinden bahsedebiliriz ve aslında bu yargılama tam anlamıyla online

---

\* Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8262-5316>, [dilek.aydemir@medeniyet.edu.tr](mailto:dilek.aydemir@medeniyet.edu.tr).

yargılama olarak nitelendirilmeyip normal/geleneksel tahkim yargılaması olarak değerlendirilir. Online tahkimde asıl kastedilen yargılama süjelerinin hiçbir Şekilde bir araya gelmeksizin bütün yargılamanın (sözleşmenin kurulmasından kararın verilmesine ve tebliğine kadar) online iŐlemlerle yürütüldüğü bir yargılama kastedilir. Sunumumuzda özellikle bu tür bir tahkim yargılamasında karŐılaŐılabilecek meseleler incelenecek ve geleneksel tahkime ilişkin kuralların online tahkime uygulanabilirliği/online tahkim bakımından yeni kurallara ihtiyaç olup olmadığı değerlendirilecektir. Bu meselelerden baŐlıcaları ise, online olarak (zellikle internet ortamında iltihak sözleşme ile) kurulan (ve/veya tarafının tüketicisi olduğu) tahkim sözleşmesinin geçerliliği, taraflar bir araya gelmeksizin duruşmaların online olarak icrası, bütün belge delillerinin ve tanık dinlenmesi, keŐif yapılması gibi delil toplama işlemlerinin de online yapılması, taraflarca belirlenmemesi halinde online tahkim yerinin belirlenmesi, online tahkim yargılaması sırasında mahkemenin müdahalesi, (zellikle tahkim kararının imzalanması ve taraflara iletilmesi bakımından) hakem(ler)in online yargılama sonunda verecekleri tahkim kararının bağlayıcı ve nihai olup olmadığı gibi meselelerdir.

Bu meseleler yanında online tahkim yargılamasının mutlaka bir kurum bünyesinde icra edilme gereksiniminin olup olmadığı, bu açıdan online tahkimde örgütlenmenin (ulusal/bölgesel/uluslararası) nasıl olması gerektiği de değerlendirilmesi gereken bir diğer meseledir. Bu noktada, özellikle internete eriŐim adalete eriŐim için ön koŐul mu sorusu bakımından tahkim yargılamasının evrimii olarak yapıldığı haller için uyuşmazlığın üzümünde kullanılan online platformun önemine değinmek gerekir. Öte yandan online tahkimin tercih edildiği uyuşmazlıkların mali değeri de dikkate alındığında büyük mali değere sahip özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıklar bakımından hala fiziki ya da geleneksel tahkim yargılaması kabul edilirken online tahkimin daha çok kk ölçekli uyuşmazlıklar bakımından tercih edildiği gerçeği de bahsedilmeye değer bir konudur.

Sunumumuzda bu meseleler incelenirken başta UNCITRAL Working Group III'n çalışmaları olmak üzere çeşitli ulusal/uluslararası kuruluŐların konuya ilişkin çalışmaları örnek verilecektir. Türk hukuku bakımından kayda değer örnek olarak ISTAC online duruşma kurallarına değinilecektir. Sunum sonunda Türk hukuku bakımından online tahkim uygulamasının mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Online tahkim, evrimii tahkim, online duruşma, e-tahkim, online tahkim sözleşmesi, e-sözleşme, e-karar, UNCITRAL, ISTAC.

## **5718 SAYILI MÖHUK KAPSAMINDA HAKEM KARARLARININ TENFİZİNİN REDDİ SEBEPLERİ**

Dr. Öğr. Üyesi Gizem Ersen PERÇİN\*

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan tahkim gerek yerel gerekse yabancılık unsuru içeren ticari uyuşmazlıklarda sıklıkla başvurulmuş bir yargılama faaliyetidir. Türk Hukukunda, yerel ticari uyuşmazlıklardan doğan tahkim yargılamaları 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na tabi iken, yabancılık unsuru içeren ticari uyuşmazlıklardan doğan tahkim yargılamaları 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabidir. Bu kanunların otoritesi altında verilmiş ulusal hakem kararlarının yanı sıra, uygulamada yabancı hakem kararlarına da rastlanmaktadır. Bu yabancı hakem kararlarının Türk Hukuku'nun bir parçası haline gelebilmesi için ise tenfiz işleminden geçirilmesi gerekmektedir. Tenfiz işlemi Türkiye'nin de taraf olduğu 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi kapsamında gerçekleştirilebilir. Ancak bu sözleşme kapsamında yer almayan yabancı hakem kararları 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) hükümlerine göre tenfiz edilecektir. Bu noktada yabancı hakem kararlarının MÖHUK kapsamında tenfizi durumunda hangi hallerin tenfizin reddi sebebi olarak kabul edileceğini ve bu sebeplerin kapsamını tespit etmek önem arz etmektedir.

Sunulmak istenen tebliğde, öncelikle yabancı hakem kararlarının tenfizinde geçerli olan genel ilkeler üzerinde durulacaktır. Bunlar; Davanın Esasına İlişkin İnceleme Yapılmaması (Revizyon Yasağı), Tanıma ve Tenfizin Reddi Sebeplerinin Sınırlı Olarak Sayılması (Sınırlı Sayı İlkesi) Ret Sebeplerinin Dar Yorumlanması (Dar Yorum İlkesi) ve Ret Sebeplerinin Varlığı Halinde Tenfiz için Takdir Yetkisinin Sınırlı Olarak Kullanılması (Takdir Yetkisi İlkesi) dir. Bu ilkelerin MÖHUK'taki düzenlemeye nasıl yansıdığı ve MÖHUK'un, 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nden ayrıldığı kısım açıklanmaya çalışılacaktır.

---

\* İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, gizemersen@yahoo.com, ORCID ID: 0000-0003-1724-4012.

Daha sonrasında, 5718 sayılı MÖHUK m.62'de düzenlenen yabancı hakem kararlarının reddi sebeplerine tek tek değinilecektir. Bu kapsamda öncelikle tenfiz mahkemesi hakiminin re'sen inceleyeceği red sebepleri olan; tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış olması, hakem kararı genel ahlaka veya kamu düzenine aykırı olması ve hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümünün mümkün olmaması üzerinde durulacaktır. Söz konusu red sebeplerinin kapsamını belirlerken, her bir red sebebine ilişkin Yargıtay Kararlarına değinilecektir.

Son olarak, davalının itirazı üzerine tenfiz mahkemesinin inceleyebileceği tenfiz sebeplerine değinilecektir. Bunlar; taraflardan biri hakemler önünde usulüne göre temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş olması, hakkında hakem kararının tenfizi istenen tarafın, hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş yahut iddia ve savunma imkânından yoksun bırakılmış olması, tahkim sözleşmesinin veya şartının taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz olması, hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usulün, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna aykırı olması, hakem kararının, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin olması veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor olması durumunda kısmi tenfizin uygulanması ve hakem kararının tâbi olduğu veya verildiği ülke hukuku hükümlerine veya tâbi olduğu usule göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti veya bağlayıcılık kazanmamış veya verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş olması halleridir. Söz konusu red sebeplerinin de kapsamı, konuya ilişkin Yargıtay Kararları ve öğretilerdeki görüşlere değinilerek belirlenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hakem Kararı, Tenfizin Reddi, Sınırlı Sayı İlkesi, Kamu Düzeni, Tahkime Elverişlilik

## **MİLLETLERARASI USÛL HUKUKU ÇERÇEVESİNDE ACENTENİN YABANCI MÜVEKKİLİNİ DAVADA TEMSİL YETKİSİ**

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep ÖZGENÇ\*

---

\* Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, [zeynepm@uludag.edu.tr](mailto:zeynepm@uludag.edu.tr),  
ORCID: 0000-0001-6402-769X.

Acente, tacir müvekkili nam ve hesabına sürekli olarak sözleşmeler akdeden ya da bu sözleşmelere aracılık hizmeti sunan bağımsız tacir yardımcısıdır. Acente ile temsil ettiği tacir müvekkil arasında özel bir ticarî ilişki doğmaktadır. Bu ilişkinin özelliği, acentenin müvekkilini temsil etmesinde de kendini göstermektedir. Nitekim TTK madde 105/I uyarınca acente, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerle ilgili her türlü ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları müvekkili adına yapmaya ve bunları kabule yetkilidir. Tebliğ konumuzu asıl ilgilendiren ve Türk acentelerin yabancı müvekkilini davada temsil etmesine ilişkin kural ise TTK madde 105/II'de yer almaktadır. Bu hükmün ilk cümlesi itibarıyla, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı acente, müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Ayrıca TTK madde 105/II, c. 2 ile yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan bu kurala aykırı şartların geçersiz olacağı hükme bağlanmaktadır. Türk vatandaşı tacirlerin, acentenin müvekkilini davada temsil edemeyeceğinin kararlaştırılabileceğine karşılık; yabancı tacirlerin acenteleri bakımından aynı durumun söz konusu olamayacağı kabul edilmektedir.

Söz konusu hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere bu kural, yabancılık unsuru bulunan uyuşmazlıklar açısından ayrı bir önem arz etmekte ve bazı belirsizlikler ortaya çıkmaktadır. Özellikle müvekkilinin menfaatini koruma yükümlülüğü kapsamında acentenin özen ve sadakat borcunun, milletlerarası usûl hukuku anlamında somutlaştırılması gerekmektedir. İlgili kuralın düzenleme amacı, kapsamı, acentenin yetkili mahkeme nezdindeki hukuki konumu, temsil yetkisinin niteliği gibi temel hususların tebliğ kapsamında değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca TTK madde 105/II hükmünün milletlerarası yetki kuralı olarak kabulü, müvekkile izafeten acentelere karşı yabancı mahkeme/hakem kararlarına ilişkin tanıma ve tenfiz talebinde bulunulup bulunulmayacağı, hakem kararlarının icrası aşamasında acentenin yetkilerinin varlığı ile tahkim anlaşmasının acenteler tarafından akdedilmesi de milletlerarası usûl hukuku açısından tartışılması gereken hususlardan biridir.

Özellikle bu kapsamda ilk olarak, TTK madde 103'te düzenlenen acentelik hükümlerinin uygulama alanına ilişkin hükmün TTK madde 105/II açısından uygulanabilirliği değerlendirilecektir. İkinci olarak ise Yargıtay içtihatları çerçevesinde şekillenen TTK madde 105/III hükmü de tanıma-tenfiz hukuku açısından ayrıca ele alınacaktır. Söz konusu madde ile acentelerin ad ve hesabına hareket ettikleri kişilere karşı Türkiye'de açılacak olan davalar sonucunda alınan kararlar acentelere uygulanamayacağı düzenlenmektedir. Bu hüküm ışığında tebliğde acentelere izafeten tanıma-tenfiz taleplerinin yapıp yapılamayacağı incelenecektir.

Tebliğimiz ile yukarıda genel ve soyut olarak da ifade edildiği üzere, acentenin müvekkili adına hâkimin reddi, istinaf ve temyiz gibi medeni usûl hukuku açısından incelenmesini de gerektiren hususlardan ziyade, milletlerarası usûl hukuku anlamında uyuşmazlığın yabancılık arz etmesi halinde karşılaşılan veya karşılaşılmaması muhtemel sorunlar ile çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Usûl Hukuku, Türk Acente, Yabancı Tacir Müvekkil, Temsil Yetkisi, Sözleşme

## **İTİRAZIN İPTALİ DAVASININ MİLLETLERARASI USUL HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Arş. Gör. Sinan Can KONYALI\*

Milletlerarası usul hukukunda kabul edilen temel ilkelerden birisi de devletin cebri icra organlarının yetkisine giren ya da onları harekete geçiren uyuşmazlıklarda icra organlarının yetkisinin münhasır olduğudur. Dolayısıyla bu tip uyuşmazlıklar yabancı bir mahkeme ya da hakem veyahut hakemler tarafından karara bağlanamamaktadır.

Alacaklı-borçlu arasında yabancı mahkemeleri ya da hakemleri yetkilendiren bir yetki veya tahkim anlaşmasının akdedildiği durumlarda uyuşmazlık, yetkili kılınan mahkemede ya da hakemler önünde görülecektir. Ancak söz konusu anlaşmalar, alacaklı tarafın yetkili icra dairesine başvurarak takip başlatılmasına engel teşkil etmeyecektir. Diğer bir deyişle yetki ya da tahkim anlaşmasının varlığına rağmen icra dairelerinin yetkisi devam edecektir. Dolayısıyla alacaklı, yetki ya da tahkim anlaşmasının varlığına rağmen borçluya karşı icra takibi başlatabilecektir.

Borçlunun takibe itiraz etmemesi durumunda takip kesinleşecek ve alacaklı haciz işlemlerine başlayabilecektir. Borçlunun takibe itiraz etmesi durumunda ise elinde İİK md. 68'deki belgelerden biri bulunmayan veya itirazın kaldırılması talebi reddedilen alacaklı ancak itirazın iptali davası açarak takibin devamını sağlayabilecektir.

İtirazın iptali davasının niteliği hakkında Yargıtay kararları ve öğretide fikir birliği bulunmamaktadır. Eda ya da tespit davası olduğu görüşlerinin yanı sıra icra hukukuna özgü bir dava türü olarak addeden yazarlar da mevcuttur. Çalışmada söz konusu nitelendirmeleri iki

---

\* Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, sinancankonyali@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5992-8415.



sınıfa ayırma gereği duyulmuştur. Davanın icra hukukuna özgü olup olmadığı milletlerarası yetki ve tahkim anlaşmaları bakımından; eda ya da tespit davası niteliği ise kararın tanınması ve tenfizi aşaması bakımından birçok önemli sonuçlar doğurmaktadır.

İtirazın iptali, talep sonuçları açısından değerlendirildiğinde ilk bakışta icra hukukuna özgü bir dava türü olarak gözükmektedir. Her ne kadar genel hükümlere göre temel borç ilişkisine ilişkin bir inceleme yapılsa da talep sonucunda takibin devamına ya da iptaline ve icra hukukuna özgü birtakım tazminat taleplerine yer verilmektedir. Davanın icra hukukuna özgü bir dava olduğunun kabulü halinde daha önce belirtilen temel ilke uyarınca yabancı mahkeme ya da hakemler önünde görülemeyecektir. Dolayısıyla yetkili yabancı mahkeme ya da hakemler önünde dava ikame etmek istemeyen alacaklının yetki ya da tahkim sözleşmesi hükümlerini etkisiz kılacak davranışlarının önü açılmış olacaktır. Bu sebeplerle her ne kadar talep sonuçları bakımından icra hukukuna özgü olsa da geçerli bir yetki ya da tahkim anlaşmasının varlığı halinde dava yetkili mahkeme ya da hakemler önünde görülebilmelidir. Diğer bir deyişle Türk mahkemesi, borçlunun yetki itirazında bulunmuş olması şartıyla yetki ya da tahkim sözleşmesine aykırı bir şekilde açılan davada yetkisizlik kararı vermelidir.

Yabancı mahkeme ya da hakemler tarafından verilen itirazın iptali kararının Türk icra organlarını ne şekilde harekete geçirebileceği ise tanıma ya da tenfiz aşamasının konusudur. İtirazın iptali davasında alacağın tahsiline ilişkin bir hüküm verilmemekte; tespit davası niteliği ön planda olduğundan kararın tanınması gerekmektedir. Tespit niteliğinde olan kararın icra organlarını tek başına harekete geçirmesi mümkün olmayacağından alacaklı, her halükârda Türk mahkemelerinde de ayrı bir dava açmak durumunda kalacaktır. Açılan bu davada yabancı mahkemenin kararı daha önceden tanınmış olup olmamasına göre –tanındıysa kesin delil, tanınmadıysa takdiri delil- farklı şekillerde dikkate alınacaktır. İlk bakışta usul ekonomisi ilkesine uygun görünmese de yetki ya da tahkim sözleşmesi hükümlerini bertaraf etmek isteyen alacaklılara karşı borçlunun korunması ve menfaatler dengesi açısından alacaklının katlanması gereken bir çözüm olarak görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: İtirazın İptali, Milletlerarası Usul Hukuku, Yetki Sözleşmesi, Tahkim Sözleşmesi, Tanıma-Tenfiz

## **KAMU HUKUKU OTURUMLARI I**

### **CEZA POLİTİKALARI**

CEZALANDIRMANIN EKONOMİ-POLİTİĞİ: Rusche ve Kirchheimer'in Yaklaşımı

Ceza politikaları üretim biçimleriyle ve kapitalist sistemlerin farklı aşamalarıyla ilişkiler içerisinde. Bu konuyu analiz etmeye yönelik ilk çalışmalardan biri Frankfurt Okulu ile ilişkili olan Rusche ve Kirchheimer'ın *Punishment and Social Structure*(1939) isimli kitabıdır. Bu çalışma radikal kriminolojiyi ve başta Michel Foucault'nun *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*(1991) ve Loic Wacquant'ın *Punishing the Poor*(2009) adlı kitapları olmak üzere cezalandırma sosyolojisi alanındaki önemli çalışmaları etkilemiştir. Bu çalışmalarında Rusche ve Kirchheimer cezalandırmaya tarihsel bir perspektifle yaklaşmış, erken Ortaçağ'a, geç Orta Çağ'a ve 17.yüzyıla odaklanarak cezalandırmanın geçmiş olduğu dönüşümlerin üretim ilişkileri, emek piyasası ve kültürel değerlerle olan bağlantılarını ortaya koymaya çalışmışlardır. Her ne kadar yeterli ampirik veriye dayanmadığı ve spekülasyon olduğu eleştirileri getirilse de, üretim biçimi ve emeğe olan ihtiyaç ile, cezalandırma formlarının geçirdiği dönüşüme ilişkin tartışılmaya değer bir perspektif sunmuşlardır.

Bu çalışmada söz konusu kitap değerlendirilecek ve Rusche ve Kirchheimer'ın yaklaşımlarının ceza politikalarının neoliberal dönemde geçirmiş olduğu dönüşümlerin anlaşılmasında yardımcı olup olamayacağı tartışılacaktır. Neoliberal dönemde özellikle gelişmiş ülkelerde mavi yakalı işçilere olan ihtiyacın azalması ve refah devleti politikalarının terkiyle birlikte, ceza politikalarının sertleşme eğiliminde olduğu, ıslahtan ziyade kapatmanın esas alındığı yolunda iddialar bulunmaktadır. Bu bakış açısına göre gelişmiş ülkelerde kol emeğine olan ihtiyacın azalmasıyla birlikte, nüfusun bir bölümü artık "fazla nüfus" olarak görülmektedir. Gelişmiş ülkelerin siyasetçileri bu fazla nüfusu yönetme konusunda problemler yaşamakta, onları kapatarak kontrol altında tutmak ve sosyal politikaları terk ettikleri koşullarda güvenlik politikaları üzerinden oy devşirmek ciddi bir alternatif olarak ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultudaki araştırmaları değerlendirme açısından Rusche ve Kirchheimer'ın yaklaşımlarının katkısı ele alınacaktır. Bir zamanlar onlara yöneltilen yeterli ampirik kanıttan yoksun ve spekülasyon olma eleştirisi yukarıdaki iddialara da yöneltilmektedir. Bu çalışmada bu eleştirilerin dar bir sosyolojik pozitivistliğe dayandıkları, tarihsel bir perspektifin sorunun bilimsel analizi açısından daha aydınlatıcı olduğu iddia edilecektir.

---

\* Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, golbasis@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-7929-9580>.

Anahtar Kelimeler: Cezalandırma, Kapitalizm, Üretim İlişkileri, Emek Piyasası, Refah Devleti, Neoliberalizm, Ceza Politikası.

## SUÇ POLİTİKASI BAKIMINDAN UYUŞTURUCU VE UYARICI MADDE SUÇLARI

Arş. Gör. Şerif Ahmet ÖZTÜRK\*

Son dönemde uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımında yaşanan artış nedeniyle Türkiye uyuşturucu ve uyarıcı madde suçlarında sert bir tutum almış ve hem söz konusu suçların cezalarını arttırmış hem de hükmedilen cezaların cezaevinde çekilen kısmını uzatmıştır. Buna rağmen uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımı artmaya devam etmektedir. Bu da uygulanan ceza politikalarının sorgulanmasını gerektirmektedir. Karşılaştırmalı hukukta, AB ülkelerinde uyuşturucu satmaya ilişkin cezaların alt sınırlarının düşük tutulduğu görülmektedir. Bu sayede az miktarda uyuşturucu ile yakalanan kişilerin daha düşük cezalar alması mümkün olmakta; ekonomik zorunluluklar nedeniyle uyuşturucu satmak durumunda kalan ve yeri kolayca doldurulabilen kişilerin topluma yeniden katılmalarının öncelikli hedef olduğu görülmektedir. Avrupa Uyuşturucu ve Uyuşturucu Bağımlılığı İzleme Merkezi (EMCDDA) tarafından hazırlanan rapora göre (2017) Avrupa ülkelerinden 10'unda 1 kg esrarla yakalanan kişilerin cezalarının ertelenme ihtimali bulunmaktadır. Uyuşturucu ile mücadele alanında oldukça sert yasalarıyla bilinen ABD'de de, düzenlemeler eyaletlere göre değişiklik gösterse de, uyuşturucu satmaya ilişkin cezaların ülkemize göre düşük olduğu görülmektedir.

Türkiye'de, uyuşturucu satma bakımından minimum ceza 10 yıl olarak belirlenmiştir. Ancak TCK m.188'deki bazı nitelikli hallerin uygulanma oranı oldukça fazla olduğundan, uygulamada suçun ortalama cezasının daha yüksek olduğu görülmektedir. Bu suç politikasının sonucunda Türkiye'de en fazla tutuklu ve hükümlü uyuşturucu suçlarından dolayı cezaevinde bulunmaktadır.

Uyuşturucu ile talep yönünde yürütülen mücadeleye bakıldığında; TCK m.191 gereğince uyuşturucu kullanan kişiler ilk defa yakalandıklarında kamu davasının açılmasının ertelenmesi

---

\* Arş. Gör., Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, serifahmet@msn.com, ORCID ID: 0000-0001-8107-4367.

kararı verilir. Kararla birlikte bir denetim süresi öngörülür ve kişi hakkında tedavi tedbiri uygulanabilir. Bu süre içerisinde tedbirlere uymayan veya tekrar uyuşturucu kullanan kişi hakkında kamu davası açılır. Maddede düzenlenen suçun cezası iki yıldan beş yıla kadar haptir. Karşılaştırmalı hukukla kıyaslandığında bu cezanın oldukça yüksek olduğu, uyuşturucu kullanmanın ya ceza adaleti sisteminden tamamen çıkarılarak rehabilitasyon alanına çekildiği ya da çok daha hafif cezalarla yetinildiği görülmektedir. Özellikle esrar kullanma suçuna bu kadar yüksek yaptırım uygulanması oldukça dikkat çekicidir.

Türkiye'nin uyuşturucu maddelerle mücadele politikasında göze çarpan en önemli sorun cezaların alt sınırlarının yüksekliğidir. Bu nedenle hafif uyuşturucularla ağır lar arasında veya küçük çaplı satıcılarla uyuşturucu baronları arasında ceza bakımından ayırım yapmak güçleşmektedir. Örneğin; örgüt faaliyeti kapsamında işlenen bir esrar satışından dolayı yakalanan kişi örgütün önemsiz bir üyesi dahi olsa en az 20 yıl ceza alacaktır. Bu durumun en önemli nedenlerinden biri Türkiye'nin uyuşturucu satışını bir narkoterör faaliyeti olarak görmesidir. Gerçekten de terör örgütleri uyuşturucu madde imal ve ticaretinden ciddi gelir elde etmektedir ve bu gelirin durdurulması elzemdir. Yine, ülkemiz özellikle eroin ticaretinde en önemli transit ülkelerden biridir. Ancak bu mücadele yürütülürken terör örgütlerine katkı sağlayan uyuşturucu tacirlerine verilen cezaların küçük çaplı satıcılara da aynen uygulanması adaletsiz sonuçlara yol açmaktadır.

Bu bağlamda yapılması gereken ilk şey, hafif ve ağır uyuşturuculara verilen cezalar arasındaki farkın artırılması ve uyuşturucu miktarının azlığı durumunda ceza indirimi olanağı sağlanmasıdır. Böylelikle ülkemizin eroin gibi ağır uyuşturuculara karşı mücadelesi güç kazanacak ve büyük satıcılar tarafından kullanılan sokak satıcılarına karşı adaletsiz cezalar verilmesinin önüne geçilmiş olacaktır. Diğer yandan, uyuşturucu kullanmanın suç kapsamından çıkarılması ve bağımlıların rehabilitasyon merkezlerine yönlendirilmeleri gerekmektedir. Ancak suç kapsamında tutulması halinde de cezasının azaltılması ve bağımlılık tedavisine ihtiyaç duyan kişilerin cezalarını rehabilitasyon merkezlerinde çekmeleri uygun olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uyuşturucu Suçları, Suç Politikası, Ölçülülük, Ceza Adaleti, Bağımlılık

## **CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNUN AVRUPALILAŞMASI SÜRECİNDE EŞLEŞTİRME PROJELERİNİN ROLÜ**

Bu çalışma, ceza hukukunun avrupalılaşması sürecinde, AB koşulsallığının etkinliği ve politika transferi kavramları bağlamında, AB eşleştirme projelerinin Adalet Bakanlığının politika yapma sürecindeki rolünün analiz edilmesini amaçlamaktadır. Bu çerçevede, ilk olarak *Avrupalılaşma* kavramı açıklanmıştır. Avrupalılaşma, son yıllarda akademik literatürde sıklıkla kullanılan kavramlardan birisidir. Genel olarak, bir politik sistem Avrupalı bir şeyden etkilenirse, “Avrupalılaşma” terimi kullanılmaktadır. Bununla birlikte, yaygın ve popüler kullanımının aksine üzerinde uzlaşmış bir Avrupalılaşma tanımı bulunmamaktadır. Bu durumun başlıca sebebi, Avrupalılaşma kavramının birden fazla anlamlı bir doğaya sahip olmasıdır. Bu bağlamda, Avrupalılaşmanın beş farklı kullanım biçimi tespit edilmiştir: Dış sınırlardaki değişimler olarak Avrupalılaşma, Avrupa düzeyindeki kurumların geliştirilmesi olarak Avrupalılaşma, ulusal yönetim sistemlerinin merkezi etkisi olarak Avrupalılaşma, siyasi organizasyon biçimlerinin dışa ihracı olarak Avrupalılaşma, siyasi birleşme projesi olarak Avrupalılaşma. Türk doktrininde ise Avrupalılaşma kavramının daha çok Avrupa Birliği ile bağlantılı olarak tanımlandığı görülmektedir. Zira Avrupalılaşma, AB’nin hem derinleşme hem de genişleme politikaları bağlamında ortaya çıkmış bir kavramdır.

Avrupalılaşmanın kavramsal çerçevesi genel hatları ile oluşturulduktan sonra, Avrupalılaşmanın nasıl gerçekleştirileceği sorusu cevaplanmaya çalışılmıştır. Bu soruya Üye Devletler ve Aday Devletler açısından ayrı ayrı cevap vermek gerekmektedir. Üye Devletler için, Birliğin supranasyonel yetkisine dâhil alanlarda yaptırımlar söz konusu iken, Aday Devletler için temel Avrupalılaşma mekanizması *koşulsallık* kavramıdır. AB literatürü çerçevesinde koşulsallık, “aday ülkelerin, AB’ye tam üye olmaları için yerine getirmeleri gereken koşullar” olarak tanımlanabilir.

Bir Avrupalılaşma mekanizması olarak koşulsallık kavramı açıklandıktan sonra, AB koşulsallığının etkinliği ile ilişkili olarak *politika transferi* kavramı incelenmiştir. Belirli bir zaman veya mekandaki kurumlara, yönetsel düzenlemelere ve politikalara ilişkin bilginin, başka bir zaman veya mekandaki kurumların, yönetsel düzenlemelerin ve politikaların geliştirilmesinde kullanılması süreci olarak tanımlanabilen politika transferi; gönüllü politika transferi ve zorlayıcı politika transferleri (koşulsallık transferi ve yükümlü politika transferi) olarak iki alt türe ayrılmaktadır. Çalışmamız açısından önem arz eden politika transferi türü ise, *zorlayıcı politika transferidir*.

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Avrupa Birliği Hukuku Ana Bilim Dalı, merveinan@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6407-6096.

Çalışmanın son bölümünde, bir politika transferi aracı olarak *eşleştirme projeleri* ele alınmıştır. Eşleştirme mekanizması, AB'ye üye olmak isteyen bir devletin, AB müktesebatını uygulayabilmesi için ihtiyaç duyduğu idari ve adli mekanizmalarının kurulmasını ve güçlendirilmesini amaçlayan bir AB enstrümanıdır. Bu kapsamda, Türkiye'nin yürütmüş olduğu eşleştirme projelerinden bahsedilmiştir ve“ Türkiye'deki Denetimli Serbestlik Hizmetlerinin Geliştirilmesi Eşleştirme Projesi” örnek proje olarak seçilmiştir.

Anahtar kelimeler: Avrupalılaşma, Ceza Hukukunun Avrupalılaşması, Koşulsallık, Politika Transferi, Eşleştirme Projeleri.

## **KAMU HUKUKU OTURUMLARI II**

### **MİLLETLERARASI HUKUKTA GÜNCEL MESELELER**

#### **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER (BM) SÜRECİNDE İNSAN HAKLARININ**

#### **ULUSLARARASI ALANA GEÇİŞİ VE KORUNMASI**

Prof. Dr. Mehmet GENÇ\*

II. Dünya Savaşında ideolojik olarak faşizme karşı yürütülen mücadelede “Müttefikler”, özellikle de Amerika Birleşik Devletleri, savaştan sonra tesis edilecek barış düzeninde insan hak ve özgürlüklerinin sağlanmasının da ilkesel olarak gaye edinilmesini Wilson İlkeleri mirasçılığında benimsenen “Atlantik Beyannamesi” ve “Birleşmiş Milletler Beyannamesi” ile deklare etmiştir.

Bu beyannameler ile deklare edilen değerlerin de belirleyici olduğu, savaş sonrası 30 Haziran 1945'te San Francisco'da imzalanan Birleşmiş Milletler (BM) Kurucu Andlaşması ile ihdas edilen BM örgütü, insan hak ve özgürlüklerinin uluslararası alanda etkin hale gelmesi, korunmasının ve denetlenmesinin gelişmesi sürecinde ve güçlenerek pozitif hukuka geçişinde işlevsel ve güçlü bir fonksiyon üstlenmiştir.

BM'ye insan hak ve özgürlükleri konusunda üstlendirilen fonksiyon gereği örgüte, bir taraftan BM Kurucu Andlaşmasının Dibacesi ve hemen 1'inci ve 2'inci maddeden başlamak üzere 8., 10., 13., 55.-57., 62.-63. veya bu hükümlerle üstü örtülü de olsa illiyet bağı içerisinde

---

\* Doğu Üniversitesi Öğretim Üyesi, mgenc@dogus.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1141-8894.

değerlendirilmesi gereken 24 ve 25'inci maddeler ile sarıh veya zımni görev ve sorumluluklar verilmiştir. Diğer taraftan ILO, WHO, UNESCO vb. uluslararası yapıların ihdas edilmesi ile konuya kurumsal bazda atfedilen önem tartışmasızdır.

Doktrinde zamandan ve mekândan bağımsız olarak kişinin sadece insan olmasından dolayı sahip olduğu haklar olarak benimsenmiş olan insan hak ve özgürlükleri, belirgin olarak evrensel özelliktedir. İnsan dil, din, köken, cinsiyet gibi ayrımlara göre değişmediğinden, insanın doğuştan sahip olduğu hak ve özgürlükler, yer ve zamandan bağımsız olarak bütün insanlar için aynı olmalıdır.

BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948) 1'inci maddesi uyarınca **“bütün insanlar özgür ve onurda ve haklarda eşit olarak doğarlar.”** ve 28'inci maddesi uyarınca da **“herkesin bu Bildirgede yer alan hakların ve özgürlüklerin tam olarak gerçekleşebileceği bir toplumsal ve uluslararası düzende yaşama hakkı vardır.”**

BM, kurucu andlaşmasının yarattığı yetki ve sorumluluklara istinaden bir taraftan BM Sistemine bağlı ilgili kuruluşlar üzerinden insan haklarıyla ilgili genel veya özel düzenlemeler yaptığı gibi, andlaşmasının verdiği yetkiyle de özel görevli alt organlar kurarak çalışmalarını bu alt organlar aracılığıyla yürütürken, diğer taraftan; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948), Kadınların Siyasi Hakları Üzerine Sözleşme (1952), Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Bildirgesi (1967), Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ikiz sözleşmeler) (1966), Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılması (1965), Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (1979), Çocuk Hakları Beyanname (1959), Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989) veya çalışma hayatı konusunda çok sayıda ILO sözleşmeleri ve bu sözleşmelerin mütemmim cüzü olan ek protokollerle ciddi mevzuat yaratmış ve denetim mekanizmaları oluşturmuştur.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, Mevzuat, BM, Ulusal Hukuk İlişkisi, Denetim.

## AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA EGEMENLİK OLGUSU

Prof. Dr. Kamuran REÇBER\*

Avrupa Birliği (AB) hukukunda, AB üyesi devletlerin belirli alanlarda egemenlik yetkilerini AB'ye devretmeleri neticesinde, bu alanlarda yetki kullanma yetkisi AB'ye dolayısıyla bu konuda yetki kullanan AB'nin ilgili organlarına geçmiş durumdadır. AB, bu özelliği ile diğer klasik uluslararası örgütlerden ayrılmaktadır. Üye devletlerin egemenlik

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü Devletler Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, recber@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7388-479X.

yetkilerini devrettikleri alanlarda AB'nin yetkili organları, üye devletlerin ülkelerinde doğrudan uygulanma ve/veya etki doğurma kabiliyetine sahip normlar (özellikle tüzükler) tesis etmektedir. Ayrıca, yetki devri sonucunda akdedilen ve usulüne göre yürürlüğe konulan AB Kurucu Andlaşmaları'nın kimi düzenlemeleri de üye devletlerin ülkelerinde doğrudan uygulanabilmekte ve/veya etki doğurabilmektedir.

Bu anlamda, bahsi geçen normlar itibarıyla üye devletlerin kendi iç hukukları gereğince yetki kullanamama durumu gerçekleşmektedir. Ayrıca, bu tür normların üye devletleri bağlaması nedeniyle, üye devletler bu normlara aykırı olabilecek işlemler tesis edememekte veya eylemlerde de bulunamamaktadır. Bu konuya ilişkin üye devletler açısından aksi yönde bir durum söz konusu olduğunda, AB yargısında ilgili üye devlete karşı ihlal davasının açılması mümkündür. Elbette bu durumu yaratan, AB'nin belirli alanlarda sahip olduğu uluslararası karakteridir.

AB üyesi devletler tarafından devredilen egemenlik yetkilerinin tekrar üye devletlere dönmesi, ancak Kurucu Andlaşmaların değiştirilmesi ile mümkündür. Eğer bu konuda bir yetki devri değil de bir yetki tanınması durumu olsaydı, yetkinin tekrar üye devlete dönmesi mümkün olabilirdi.

Üye devletler yasama, yürütme ve yargı alanlarındaki egemenlik yetkilerinin bir kısmını ilk etapta oluşturulan Avrupa Toplulukları'na devretmiştir. Daha sonra Avrupa Toplulukları'nın (Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu varlığını sürdürmektedir) halefi mahiyetinde bir misyon üstlenen AB, bu alanlardaki yetkileri kullanmaktadır. Üye devletlerin egemenlik yetkilerinin devredildiği alanlarda AB özgün bir hukuk yapısına sahip olmaktadır. Bu durum da AB'yi uluslararası kılmaktadır. Ancak, AB'nin uluslararası bir yapıya sahip olduğuna dair düzenlemeleri, AB'nin Kurucu Andlaşmaları'nda açıkça tespit edememekteyiz. Üye devletlerin belirli alanlarda AB Kurucu Andlaşmaları aracılığıyla AB'ye egemenlik yetkilerini devretmeleri veya egemenlik yetkilerinin kullanılması hakkını tanımaları neticesinde, AB hukukunun bazı normları ulusal hukuklarda doğrudan sonuç yaratmaktadır.

Ancak tekrar belirtmek gerekir ki, üye devletler her alanda ulusal egemenlik yetkilerini AB'ye devretmemiştir. Örneğin, üye devletler ortak dış politika, güvenlik, savunma, adalet, içişleri gibi alanları münhasır egemenlik sahaları olarak değerlendirmektedir. Bu konularda egemenlik yetkilerinden feragatte bulunmayı benimsemeyen üye devletlerin başında İrlanda ve Danimarka gelmektedir. AB'nin ekonomik, siyasal, kültürel vb. alanlarda bir bütün olarak entegrasyona gitmesi için AB üyesi devletlerin egemenlik yetkilerinden daha fazla feragat etmeleri gerekmektedir. Bu çalışmada üye devletlerin egemenlik yetkilerini AB'ye



devretmelerinin yanı sıra üye devletlerle AB arasında farklı alanlarda oluşturulan işbirliğine (hatta belirli alanlarda sıkılaştırılmış işbirliğine) değinilecektir. Bu anlamda çalışmada AB'nin klasik bir uluslararası örgüt olmadığı görüşü argümanlarla tespit edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği, Egemenlik, Avrupa Birliği Hukuku, Ulusal Hukuk, Yetki Devri.

## İKLİM MÜLTECİLERİ

Dr. Öğr. Üyesi Sercan REÇBER\*

Yeryüzünü etkileyen çok sayıda sorunun kaynağında iklim değişikliği bulunmaktadır. Bilim insanları tarafından iklim değişikliğinin; deniz seviyesinin yükselmesi, insan sağlığının olumsuz etkilenmesi, tarım alanlarının kaybedilmesi, su kaynaklarının azalması, çölleşme, doğal yaşam alanlarının bozulması gibi birçok alanda doğrudan veya dolaylı etkisi olduğu belirtilmektedir. İklim değişikliğinin beraberinde getirdiği bu çevresel bozulmalar sonucunda çok sayıda insan göç etmektedir. Bu nedenlerden dolayı göç etmek zorunda kalan kişilere yönelik çeşitli kavramlar kullanılmakla birlikte, genel olarak literatürde iklim mültecileri en yaygın kullanılan kavramlardan biridir.

Uluslararası hukukta, mülteci ve sığınmacıların hukuki statüsü 1951 tarihli Mültecilerin ve Sığınmacıların Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi'nde düzenlenmiştir. Sözleşmeye göre "*Irkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korunmasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden mutaden ikamet ettiği ülke dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen şahıs*" mülteci olarak tanımlanmaktadır.

Bu sözleşmede yer alan tanımdan anlaşılacağı gibi uluslararası hukukta çevresel faktörler ya da iklim değişikliğinden kaynaklanan nedenlerle göç eden kişilere yönelik bir hukuki kategori bulunmamaktadır. Milyonlarca insanı aynı kadere sürükleyen bu duruma

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, srecher@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7834-7969.

karşı uluslararası toplum ve hukuk ne yapabilir. Göç etmek zorunda kalan insanlar uluslararası hukukta nasıl bir statü çerçevesinde korumaya sahip olacaklardır. Bununla birlikte bu kişilerin içinde bulunduğu durumlara yönelik birçok tanım yapılmasına rağmen, bu kavramların hiçbiri devletleri herhangi bir hukuksal yükümlülüğe tabii kılmamaktadır.

Bu sorunun çözümü açısından 1951 tarihli sözleşmenin iklim mültecilerini kapsayacak şekilde gözden geçirilmesi düşünülebilir. Bununla birlikte bu seçeneğe Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği göç ile iklim değişikliği arasında yanıtıcı sonuçlara ulaşılabileceği ve bunun mevcut koruma rejimini olumsuz etkileyebileceği gerekçesiyle karşı çıkmaktadır. Başka bir öneri tamamen çevre ya da iklim mültecilerini kapsayacak yeni bir sözleşmenin yapılmasıdır. Bu yapıldığı takdirde bile özellikle göç gibi birçok faktörün etki ettiği bir olgunun ve buna yönelik hukuki statünün düzenlenmesi gerekir. Bu noktada iklimde meydana gelen değişiklikler nedeniyle karşılaşılan göç ile diğer göçlerin arasındaki ayrımın belirlenmesi gerekir. Bu yapılmadığı takdirde statüsü son derece belirsiz bir hukuki kavramla karşılaşılabılır. Bu konuda dikkat edilmesi gereken diğer bir konu bu sorunun aynı zamanda çözüm yollarından birinin iç hukuklarda aranmasının gerekliliğidir.

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin denetim organı olan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi iklim değişikliğinin etkilerinden dolayı sığınma talebi reddedilen kişinin şikayetine yönelik vermiş olduğu Ioane Teitiota Kiribati/ Yeni Zelanda kararında devletlerin, yaşam hakkını ihlal eden iklim değişikliğinden kaynaklanan koşullarla karşılaşan kişileri sınır dışı edemeyeceğini belirtmiştir. Özellikle küresel ısınma nedeniyle buzulların erimesi sonucunda deniz seviyesinde meydana gelen yükselişler nedeniyle kıyı bölgelerinde ve ada devletlerinde yaşayan insanlar açısından bu sorun daha acil ve hayati niteliktedir. Bu ada devletlerinin (Tuvalu, Kiribati, Maldivler vb.) tamamen ortadan kalkması beklenen gelişmeler arasındadır. Bu karar iklim değişikliğinin etkilerinden dolayı sığınma hakkı arayanlar açısından emsal niteliği taşıyabilir.

Anahtar Kelimeler: İklim Değişikliği, İklim Mültecileri, Sığınma Hakkı, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Göç.

## **KARA DENİZE HÜKMEDER İLKESİ: ULUSLARARASI DENİZ HUKUKU VE EGEMENLİK**

Uluslararası hukukta devletin unsurları arasında yer alan egemenliğin devletin kullanabileceği yetkilerin de esasını oluşturduğu kabul edilir. Egemenlik lke unsuru ile sıkı sıkıya bağlıdır, kural olarak, bunun ülke ile sınırlı olduğu ve ilgili ülke üzerinde yalnızca o devletin egemen olduğu kabul edilir. Uluslararası deniz hukukunda, deniz alanlarında devletlerin egemenliklerinin bulunup bulunmadığı, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde (BMDHS) kimi deniz alanlarında devletlerin yetkilerinin düzenlenmesinde “egemen haklar” ifadesinin kullanılması kara egemenliği ve deniz egemenliği arasındaki olası farklılıklar dolayısıyla öne çıkmaktadır.

“Kara denize hükmeder (*the land dominates the sea*)” ifadesi ile formüle edilen dominasyon ilkesinin kara ülkesine öncelik tanıdığı, ilke ve uygulanışının kendi içerisinde kara ve denizin aynı ülkesel nitelikte olmadıklarını ortaya koyduğu ifade edilir. Uluslararası Adalet Divanı da çeşitli kararlarında deniz yetki alanlarında “kara ülkesinin (*land domain*)” belirleyiciliğini kabul eder. Deniz yetki alanlarında devletlerin kullandıkları yetkilerin kaynağında kara egemenliğinin bulunduğunun kabulü, devletlerin denizde sahip olduğu yetkilere türeme bir nitelik atfetmektedir.

İlkenin uygulanmasında iki husus ne çıkar: farklı kararlar ve farklı deniz alanları. İlk olarak karanın hangi deniz alanlarına hükmedebileceği, hangi deniz alanlarında kıyı devletlerinin ne tür haklara sahip olabileceği ve yetkiler kullanabileceğinin belirlenmesi gerekir. Bu açıdan kıyı devletin egemenliği altında kabul edilen ve egemen haklar kullanabileceği deniz alanları birbirinden ayrılmalıdır. Her ikisi de karaya bağlı hak ve yetkileri ifade etmeleri dolayısıyla egemenlik ve egemen haklar arasında benzerlikler bulunsa da öncelikle kıyı devletin icra edebilecekleri yetkiler ve sahip oldukları hakların kapsamı bakımından farklıdırlar.

İkinci olarak ilkenin farklı kara yapıları bakımından ortaya çıkardığı sonuçlar, karanın özelliklerine göre sahip olunabilecek deniz alanları belirlenmelidir. Bu çerçevede anakaradan farklı nitelik taşıyan adasal yapıların durumları, adalar, kayalıklar ve cezir yüksekliklerinin deniz alanlarının bulunup bulunmadığı ve bunların deniz alanlarının belirlenmesine etkileri önem taşır. Güney Çin Denizi Tahkim Kararında etraflı bir biçimde ele alınan farklı özellikteki kararlar değerlendirilerek kara denize hükmeder ilkesinin uygulanmasında karanın zelliklerinin

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Doktor ğretim yesi, kaya.gulsum@gmail.com, ORCID: 0000-0003-3901-0540.

belirleyici olduğu ortaya konmuştur. Teknolojinin gelişmesiyle denizde yer alan karasal yapıların biçimlendirilmesi ve bu yolla karakterinin değiştirilmesi mümkün hale gelmiştir. Buna ilişkin uyuşmazlıklar bakımından Güney Çin Denizi Tahkim Kararında söz konusu adasal yapının/karanın sahip olacağı deniz alanlarının belirlenmesinde veya bunun deniz alanlarına etkisinin belirlenmesinde doğal halinin göz önünde bulundurulacağına hükmedilmiştir.

Hem farklı kara yapıları hem de farklı deniz alanları bakımından ayrıca değerlendirme yapılmasını gerektiren ilkeyi test edecek gelişmelerin mevcut olduğu da bilinmektedir. İlke deniz seviyesi, kıyı esas hatları, adasal yapılar gibi fiziksel/coğrafi koşulların sabit olmasına dayanır. Bu koşullara etki eden iklim değişikliği, deniz seviyesinde yükselme gibi olgular nedeniyle ilkenin uygulanmasında bazı değişiklikler öngörülebilmektedir. Nitekim deniz alanlarının belirlenebilir olması ve belirsiz hale gelmemesi için mevcut durumun korunmasına yönelik getirilen öneriler yahut da karaların şekillendirilmesini içerebilecek çözüm olasılıkları yargı kararlarıyla da desteklenen anlayıştan sapılmasını gerektirebilecek türdendir. Dolayısıyla kara denize hükmeder ilkesinin geçerliliğini ne zamana dek koruyabileceği, öne çıkan bir soruyu teşkil etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Dominasyon ilkesi, egemenlik, egemen haklar, adasal yapılar, deniz yetki alanları.

## **MÜŞTEREK (ÇOK TARAFLI) KARŞI ÖNLEMLER: ULUSLARARASI HUKUK İÇİN BİR REÇETE?**

Arş. Gör. Habip ÜNYILMAZ\*

Uluslararası hukuk düzeninin en çok eleştirilen yönlerinden biri, hukuk ihlallerine karşı verilecek tepkilerin özü itibarıyla mağdur devletin imkanlarıyla sınırlı olması, yani yatay ilişkilere özgü karakterin baskın gelmesidir. Birleşmiş Milletlerin kuruluşundan sonra Güvenlik Konseyine verilen yetkilerle bu durumun değişeceği, ihlallere karşı mağdurun adaletinin ötesine geçilerek yaptırımlarla güçlendirilmiş bir düzen kurulacağı düşünülmüştür. Söz konusu umutlar, başta Soğuk Savaş dönemi uygulamasının gösterdiği üzere siyasî iklimin sürekli Güvenlik Konseyinin yapısından faydalanmasından dolayı tatmin edici biçimde gerçekleşmekten uzak kalmıştır. Buna rağmen gerek buyruk kurallarının (*jus cogens*) gerekse *erga omnes (partes)* yükümlülüklerin açık biçimde kabul görmesi ve bunların ağır ihlallerinden doğrudan etkilenmeyen devletlerin birlikte ortaya koydukları tutum, BM yaptırımlarına

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, hunyilmaz@uludag.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-1185-3626.

ilaveten veya yaptırımsızlığın ikamesi olarak ağır hukuk ihlallerine tepkilerin kurumsal yapıya ihtiyaç duymaksızın mümkün olduğunu göstermiştir. Öte yandan, sadece çok ağır ihlallere özgülense bile, merkezîleşmiş hukuk icrasının yapısal zayıflığını gidermek ile birel olarak devletlerin suistimale açık yetkilerle donatılması arasında kaçınılmaz bir gerilim bulunmaktadır.

Nitekim, ifade edilen gerilim, devletlerin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden doğan sorumluluğunu gündemine alan BM Uluslararası Hukuk Komisyonunun çalışmalarında dikkate değer tartışmalardan biri olmuştur. Komisyon, Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler’le nihayetlenen çalışmasında, uzlaşmaya varılamamasından dolayı müşterek karşı önlemlerin hukukî çerçevesini çizmekten kaçınmış hatta belirgin örnekleri göz ardı ederek muğlak bir alan bırakmıştır. Bu kapsamda, Taslak Maddeler’in Güvenlik Konseyinin işlevini yerine getiremediği durumlar da dahil olmak üzere belirli kuralların ağır ihlallerinde kurumsal olmamasına rağmen ortak tepkilerin varlığını tanıdığı fakat tepkinin ölçüsünü ve bürüneceği şekli belirlemekten açıkça kaçındığı görülmektedir. Hakeza *jus cogens* normların ağır ihlali ölçüsüne varmayan diğer ihlaller için belirsizlik çok daha aşikardır. Uluslararası toplumun geneline yayılmış istikrarlı hukukî uygulama eksikliğinden bahisle düzenlemeden kaçınılan müşterek karşı önlemler, Taslak Maddeler’in üzerinden geçen yaklaşık yirmi yıllık sürede gerek uygulama açısından gerekse öğretinin ilgisi bakımından güncelliğini muhafaza etmiştir. Komisyonun konuyu muğlak bırakma gerekçesinin temelini oluşturan uygulama yetersizliği argümanı, artarak çeşitlenen uygulama örnekleri ve bunları etraflica inceleyen akademik çalışmalarla giderilmeye çalışılmıştır. Bu tebliğde etkin şekilde işleyen örgütlü bir yaptırım mekanizmasının yokluğu nedeniyle eleştirilen uluslararası hukukun müşterek karşı önlemleri nasıl düzenlediği ve söz konusu önlemlerin hukukun icrasına dönük taleplere hangi ölçüde cevap verebileceği incelenecektir.

Anahtar kelimeler: Müşterek Karşı Önlemler, Buyruk Kuralları, Uluslararası Yaptırım, Taslak Maddeler, Güvenlik Konseyi

### **KAMU HUKUKU OTURUMLARI III**

#### **VERGİ HUKUKUNUN GÜNCEL MESELELERİ**

#### **VERGİ YARGILAMASINDA DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Vergi uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde ayrı bir vergi yargılaması kanunu bulunmadığından vergi kabahatlerine ilişkin uyuşmazlıklarda yargılama sürecinin tamamı 2577 Sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu (İYUK) hükümlerine göre işletilmektedir.

Vergi hukukunda genel kurala uygun olarak iddia sahibi iddiasını ispatla yükümlüdür. Vergi idaresi de vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin gerçek içeriklerini hukuka uygun elde edilmiş her türlü delille ispatlayabilir. İddia sahibinin olgulara ilişkin iddiasını ispatlamak amacıyla delillerden yararlanır.

Vergi hukukunda ispat yüküne yönelik kural özellikli bir nitelik arz eder ve VUK 3/B maddesine göre; “*iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir*”. Dolayısıyla normal ve mutad durumun aksini kim iddia ediyorsa ispat yükü ona aittir.

VUK 3,B maddesi hükmüne göre; “*Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır*” hükmünde yer alan “gerçek mahiyet”, ancak nesnel ve öznel ölçütlerin bir arada değerlendirilmesi ile ortaya çıkarılacaktır. VUK 3/B hükmü, doktrinde bazı yazarlar tarafından “gerçek bir ispat kuralından çok vergi hukukunda ekonomik yaklaşıma ilişkin kural öngördüğü” şeklinde değerlendirilmiştir. VUK 3.madde düzenlemesiyle gerçek mahiyetin, ekonomik niteliğin, yemin hariç her türlü delille ispatlanacağı öngörülme suretiyle delil serbestisi hükme bağlanmıştır.

Maddi hukukta vakıalar, tecrübe kuralları ve hukuk kuralları ispatın konusunu oluşturduğuna göre vergilendirme alanında da maddi hukuk konusundaki anlaşmazlıklar yani “vergiyi doğuran olay” ispatın konusunu oluşturacaktır. VUK 19’da “*Vergi alacağı vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar. Vergi alacağı mükellef bakımından vergi borcunu teşkil eder*” düzenlemesinde ispat konusu maddi olay, “hukuki olay” veya “hukuki işlem” olacaktır. Bu iki kavram da ispat konusunu oluşturan vakıalar, tecrübe kuralları ve hukuk kurallarını kapsamaktadır. İspat ve ispat için verilen tanımlarda kullanılan “delil” vasıtaları kavramlarına bakıldığında ise vergi hukukunun usul hukuku ile yakın bağlantısı ortaya çıkmaktadır.

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, gulsengedik@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3267-7409.

Vergi yargılamasında delil serbestisi benimsenmekle birlikte iki istisna yer almaktadır. Yemin ve vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan tanık ifadesi. Buna göre vergi idaresi, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetini her türlü delille ispatlama olanağına sahiptir.

Vergi hukuku bakımından idari yargılamada “gerçeğe ulaşma” konusunda en önemli husus, duruşmada tanık dinlenip dinlenemeyeceğidir. İYUK’da tanık delili yer almamaktadır ve 31.maddede HMK’ya atıf yapılan durumlar arasında da tanık beyanı sayılmamıştır. Duruşmada tanık dinlenmesi ile ilgili yasal düzenleme mevcut değildir. Ancak aksi yönde kesin yasaklayıcı bir düzenleme de yoktur.

Danıştay içtihatları yazılı yargılama usulünün geçerli olduğu idari yargılamada tanık dinlenemeyeceği yönünde olmakla birlikte, VUK 3/B ispat kuralı gereği vergiyi doğuran olayla doğrudan ve yakın bağlantısı bulunan kişilerin tanık olarak dinlenebilmesi mümkündür ve doktrinde özellikle Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ile güvence altına alınmış adil yargılanma hakkı bakımından da önem arz etmektedir. Kaldı ki İYUK 20.maddesine göre idari yargıda “re’sen araştırma ilkesi”, maddi vakıaların aydınlatılması ve dolayısıyla delillerin araştırılması açısından önemlidir ve hakim her türlü delile başvurabilmeli, tanık da dinleyebilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Vergi yargısı, tanık, ispat, delil, VUK3.

## VERGİSEL BOYUTUYLA ÖLÜM TAZMİNATI

Arş. Gör. Erdem Utku ÇAKIR\*

Ölüm doğal bir olay olduğu kadar hukuk düzeni tarafından kendisine birtakım sonuçlar bağlanması itibariyle hukuki olay niteliğini de haizdir. Zira Miras Hukuku başta olmak üzere hukukun birçok alanında ölüme bazı sonuçlar bağlandığı görülmektedir.

Bilindiği üzere sağ ve tam doğumla başlayan kişilik, ölümlle sona erer. Ölüm, kişiliği sonlandırması dışında birçok borç ilişkisinin de sona ermesine neden olmaktadır. Bunlardan birisi de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda hüküm altına alınan hizmet sözleşmesidir. TBK m. 393’te, “işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona, zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme” şeklinde

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, eucakir@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3518-9056.

tanımlanmış olan hizmet sözleşmesi, sürekli edimli ve borçlunun şahsının ön planda olduğu bir borç ilişkisi özelliği göstermektedir. Ediminin ifası, belirli veya belirli olmayan bir süre içinde tekrarlanarak devam eden hizmet sözleşmesine son veren nedenler, sözleşmenin düzenlendiği TBK’da sayılmış olup, bu nedenlerden birisi de borçlunun ölümüdür. Borcun konusu, borçlunun şahsi özelliklerinin, yetenek ve tecrübelerinin ön planda olması nedeniyle *şahsi edim* olarak nitelendirildiğinden; borç altına giren kimsenin ölmesinin sözleşmeyi sona erdirmesi, özel hukuk kaideleri bakımından doğal bir sonuçtur. Ancak bu husus, Kanun koyucu tarafından ayrıca ve açıkça sayılmış ve ölüm olayına bir takım hukuki neticeler bağlanmıştır. Ölümü ve sonuçlarını hüküm altına alan TBK m. 440’a göre; *“Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür.”*

818 sayılı Mülga Borçlar Kanununda ölüme, sözleşmeyi son veren bir neden olarak yer verilmekle birlikte, işverene herhangi bir ödeme yapma yükümlülüğünden bahsedilmemiştir. Öğretide *ölüm tazminatı* olarak isimlendirilen bu ödeme yükümlülüğü bizzat 6098 sayılı Kanun tarafından getirilmiş olup taraflar aralarında yapacakları anlaşmayla bu yükümlülüğü bertaraf edemezler. İşçinin ölümünden sonra işverenin tazminat ödeme yükümlülüğünün, işçiyi gözetme borcunun sözleşme sonrasına etkisi olduğu konusunda görüş birliği bulunmaktadır. İşçinin ölümünün yanı sıra, hakkında ölüm veya gaiplik karinesine hükmedilmesi halinde de aynı hukuki sonuçlar doğar. Sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olması veya kısmi süreli olması önem taşımaz. Hatta deneme süreli sözleşmeyle çalışmakta olan işçiler bakımından da söz konusu tazminatın ödenmesinin mümkün olduğu ifade edilebilir.

Ölüm tazminatına hak kazanacak olanlar; ölen işçinin sağ kalan eşi ve ergin olmayan çocukları, bunlar yoksa bakma yükümlü olduğu kişilerdir. Eş olma statüsü ve ergin olma niteliğinin belirlenmesinde ölüm tarihi esas alınır. Ergin çocuklara ise, bedensel ve ruhsal durumları ne olursa olsun ölüm tazminatı ödenmez. Ergin olan çocukların hiçbir ayırım yapılmaksızın kapsam dışı bırakılması isabetli olarak eleştirilmektedir. Hak sahibinin birden çok olması halinde tazminatın nasıl paylaşılacağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmekle birlikte yakın tarihli yargı kararlarında söz konusu kimselerin veraset ilamındaki hisseleri oranında dağıtımın yapılması gerektiğinin altı çizilmektedir. Belli bir kıdem şartına bağlı olmadan ödenmesi söz konusu olan tazminat, brüt ücret üzerinden hesaplanır. Parasal bir değer olması nedeniyle ölüm tazminatının, hem tazminatı ödeyen işveren, hem de kendisine tazminat ödenen kimseler bakımından bir takım sonuçları olacaktır. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu m.



25/1 gereği, gelir vergisinden istisna tutulan ölüm tazminatını ödeyen işveren, gayrisafi kazancından indirim konusu yapabilir.

Anahtar Kelimeler: Ölüm, hizmet sözleşmesi, işveren, gelir vergisi, veraset.

## **7256 SAYILI KANUNDAKİ “VARLIK BARIŞI”NIN DOLAYLI AF ETKİSİ VE ANAYASAYA AYKIRILIK DURUMU**

Arş. Gör. Alican MERT\*

Vergi affi, Vergi Usul Kanunu ve Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun’da tanımlanmamış olsa da, vergi aslı, fer’i ve/ya cezalarının sona erdiren bir yol olduğu kabul edilmekte; vergi suçlarına ilişkin af düzenlemeleri doğrudan vergi affi kanunlarında yer almamaktadır. Vergi kabahatlerine uygulanan vergi cezalarının affının Anayasa’nın 87. maddesinde aranan nitelikli çoğunlukla kabul edilen bir kanun ile olup olmayacağı üzerinde tartışma bulunmakla birlikte; AİHM, AYM ve Danıştay içtihatlarında vergi cezalarının, devletin cezalandırma yetkisinin kullanıldığı; ancak benimsenen suç politikası gereğince idare eliyle yaptırımların uygulandığı tespitlerine yer verilmiş olması vergi cezalarının affının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekliliğini doğurmaktadır.

Çalışma kapsamında son vergi affi kanunu olan 7256 sayılı “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 21. maddesi ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’na “Geçici Madde 93” olarak eklenen, Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından “*Bazı Ekonomik Varlıkların Ekonomiye Kazandırılması*” ve “*Varlık Barışı*” şeklinde ifade edilen düzenlemenin yarattığı dolaylı af etkisi ve Anayasa’nın 87. maddesinde aranan nitelikli çoğunlukla kabul kuralına aykırılık durumu incelenmiştir. Bu

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı, alicanmert@uludag.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3605-3775>.

düzenlemenin 1. ve 5. fıkralarında, yurtdışında ve yurtiçinde kayıt dışı bulunan para, döviz, altın, menkul kıymet ve sermaye piyasası araçların ekonomiye kazandırılmasına yönelik hükümler bulunmaktadır.

Düzenlemeye konu ekonomik değerlerin vergilendirme boyutu olacağından, kanun koyucu 7. fıkrada bu madde kapsamında bildirilen varlıklar sebebiyle vergi incelemesi yapılamayacağı ve vergi tarh edilemeyeceğini düzenlemiştir. Kanun'un bu düzenlemesi, ekonomiye katılması beklenen varlıklara yönelik hukuki düzenlemenin, hayata geçirilmesi için, her ne kadar eşitlik ve hukuki güvenlik ilkelerine aykırılık oluştursa da, anlaşılabilir bir hükümdür. Ancak bu düzenlemenin vergi ceza hukuku bakımından sonuçları olacaktır.

Vergi kabahatlerinin tespitinin vergi incelemesi ile mümkün olması ve bildirilen varlıklarla ilgili vergi incelemesi yapılamayacağına dair düzenleme birlikte düşünüldüğünde, kanun koyucunun vergi cezalarının sebep unsurunun tespiti yapmaktan vazgeçmesi ve cezalandırma yetkisini kullanmak istemediği sonucunu doğurmaktadır. Bu da vergi cezalarına yönelik dolaylı af etkisi oluşturmaktadır.

Aynı şekilde bildirilen varlıklarla ilgili vergi incelemesi yapılamaması, kaçakçılık suçunun cezalandırılmasında usulün düzenlendiği VUK 367. maddeye göre, bir vergi incelemesine bağlanan ve kovuşturma şartı olan mütalaa ve görüşün alınmasını engellemekte; bu yüzden kaçakçılık suçuna yönelik soruşturma ve kovuşturma yapılmasını imkansız kılmaktadır. Bu durum da her ne kadar kanun metninde açıkça yer verilmemiş olsa da, vergi kaçakçılığı suçu bakımından cezalandırma yetkisinden vazgeçilmesi, bir başka ifadeyle dolaylı bir af etkisi sonucunu doğurmaktadır.

Vergi ödevini zamanında yerine getiren vergi mükellefleri bakımından yaratılan eşitliğe aykırı durum bulunmakla birlikte; cezalandırma yetkisinden vazgeçmek suretiyle vergi kabahatleri ve vergi suçlarına uygulanan yaptırımlara yönelik af içeren bir düzenlemenin, Anayasa'nın 87. maddesi kapsamında aranan nitelikli çoğunluk olan 3/5 üye tam sayısı ile kabul edilen bir kanun ile yürürlüğe sokulması gerekmektedir. Ancak 7256 sayılı Kanun, 214 milletvekilinin kabul oyu ile yasalaşmıştır. Kanuni düzenleme içerisinde her ne kadar kabahat ve suçlar bakımından bir af hükmü bulunmuyor olsa da, getirilen düzenlemenin yaratmış olduğu dolaylı af etkisi sebebiyle, mevcut kanun diğer anayasal ilkelere aykırılık durumuyla birlikte, nitelikli çoğunlukla kabul kuralına da aykırılık oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: vergi affı, yapılandırma, mütalaa şartı, matrah artırımı

## BİR YÖNETİM TEKNİĞİ OLARAK ORDOLİBERALİZM

Dr. Öğr. Üyesi A. Emre ZEYBEKOĞLU\*

Büyük Buhran'ın üstesinden gelinmesi ve Weimar Cumhuriyeti sırasında yaşanan toplumsal ve siyasal krizlerin bir daha tekrarlanmaması için kurgulanan bir strateji olarak ordoliberalizm hem 19. yüzyılın klasik liberalizminden hem de artçısı sayılabilecek neo-liberalizmden farklı bir akımdır. Büyük Buhran'a Keynesçi yaklaşımlarla yanıt verilen yıllarda 'tecrit olmuş bir azınlık' konumunda olan ordoliberalerin tezleri son ekonomik krizden sonra yeniden gündeme gelen bir araştırma konusuna dönüşmüş bulunmaktadır. Ordoliberalerin Keynes'in savunduğu planlamacı sosyal hukuk-devleti karşısında topluma, ekonomiye ve devlete biçtikleri roller düşünüldüğünde bu ilgi daha iyi anlaşılır. Ordoliberaler, özetle, piyasaların sağlam ve dayatılabilir bir hukuki çerçeveye kavuşturulmasını; piyasaların sevk ve idaresi için neredeyse diktatörce yetkilerle donanmış güçlü bir devletin varolmasını; serbest piyasanın düzenleyici ve buyurucu eylemlerle güvence altına alınmasını; fiyat mekanizmalarını eşitlemeci değil, eşitsizliği kurumsallaştıran farklılaştırıcı unsurların belirlediği bir sistemde toplumsal politikanın eşitliği kendisine bir hedef olarak koymamasını; rekabet mekanizmaları toplumun tüm kesimlerini her an düzenleyebildiği için piyasaların toplum üzerindeki yıkıcı etkilerinin düzeltilmemesini; girişimci, üretici bir şirket insanı olarak yeni bir *homo economicus*'un yaratılması için toplumsal çerçeve üzerinde birtakım müdahalelerde bulunulmasını; liberal projenin varlığını güvence altına alabilmek için aile ve komşuluk gibi doğal toplulukların yeniden önem kazandıkları geleneksel toplum biçimlerine dönülmesini; ekonomik modernleşmeyi dengeleyecek bir karşı ağırlık olarak ulus ve din gibi birtakım mitlerin yeniden canlandırılmasını; toplumun şirket modeli temelinde şekillendirilmesini ve şirketlerin temel ekonomik aktör olarak kabul edildiği bir düzen üzerine kurulu kurumsal bir yeniden yapılanmanın gerçekleştirilmesini; bireylere küçük birer şirket rolü biçilen bu düzende kanunun, nasıl oynandığına karışmadığı bir oyunun kurallarını koymakla yetinmesini; şirketlerin sayısının artması çatışma, sürtüşme ve hukuki anlaşmazlık olasılığını arttıracığı için şirketler arası hakemlik rolü oynayacak yargı organlarının sayıca arttırılmasını ve çeşitlendirilmesini; demokrasinin çoğulculuktan arındırılmasını ve teknokratik bir hükümlerlik biçimini savunurlar. Bir yandan hukuki müdahalelerle piyasanın içinde

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku ABD, ezezbekoglu@yahoo.com, ORCID: 0000-0001-5603-6051.

serbestçe iş göreceği genel bir çerçeve oluşturularak kapitalist ekonomik yaşamın doğal akışının muhafaza edilmesini ve ne olursa olsun, eşitsizliğin doğurduğu sonuçların yeniden paylaşımcı politikalarla giderilmemesini, öte yandan şirket modeli temelinde yeniden şekillendirilmesi amacıyla topluma geniş çaplı müdahalelerde bulunulmasını savunan ordoliberalizm yeni bir yönetim tekniğini gerektirir. Yurттаşı, salt yurттаş olmaktan dolayı birtakım haklara sahip olduğu sosyal hukuk devleti dönemini geride bırakarak paydaşa dönüştüren bu yönetim tekniği hukuk devletini, açıkça tanımlanmış birtakım hedeflere ulaşmak amacıyla plan yapan bir devlet olmaktan çıkararak salt biçimsel bir hukuk devletine dönüştürür. Günümüz teknolojisinin otomasyon ve yapay zeka bağlamında ulaştığı nokta kitlelerin işgücüne katılmasını zorunlu olmaktan çıkardığı için bu yönetim tekniği gerçekte denklemin dışına çıkmış olan kitlelerin otoriter bir liberal perspektif çerçevesinde hizada tutulması dışında bir amaca hizmet etmez.

Anahtar sözcükler: Ordoliberalizm, neoliberalizm, otoriter liberalizm, toplumsal piyasa ekonomisi, toplum politikası, demokrasi.

## **TERÖRİZM İLE KÜRESELLEŞME ARASINDA BİR KORELASYON ARAŞTIRMASI**

Arş. Gör. Ömer Faruk GÖK\*

Yakın dönem terörizm çalışmalarında yoğunluklu işlenen temalardan biri terörizm ile küreselleşme arasında kurulan bağıntılara odaklanıyor. Yeni terör dalgasının *leitmotivi* olarak market ekonomisi karşıtlığı, modernlik karşıtlığı, liberalizm karşıtlığı gibi motivasyonlar olduğu söylenegeliyor. Teorik akıl yürütmenin ikna kabiliyeti olsa da bu akıl yürütmenin gerçeklikle bağlantısı pek az çalışmanın konusu haline gelebilmiş durumda. Yalnızca bireysel radikalleşme öyküleri yahut ıslah programları ampirik terörizm çalışmalarının odağında yer alıyor. Ne var ki kül halinde küreselleşme ile terörizm arasındaki korelasyona dair ampirik çalışmalar pek nadir. ABD karşıtlığı ve terörizm bağlamında uluslararası yardımlar, askeri müdahaleler yahut dış politika yaklaşımlarının çeşitli ülkelerde nasıl sonuçlara yol açtığına dair bir takım çalışmalar ise yalnızca ABD temelli yaklaşımları nedeniyle eksik. Bu noktada küreselleşme ile terörizm arasında bir korelasyon araştırması zorunlu gözüküyor.

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, farukgok@uludag.edu.tr , ORCID:0000-0001-5615-8980.

Çalışmanın ana araştırma konusu iki soru etrafında örgütleniyor: 'Terörizm küreselleşiyor mu?' ve 'Terörizm ile küreselleşme arasında kurulan karşılıklı ilişkisinin gerçeklikle bağı nedir?'. Bu amaçla çalışma terörizm ile küreselleşme arasında korelasyon araştırması olarak büyük veritabanları üzerinden ilerliyor. İlk elde terör verilerinin analizi amacıyla START girişimi tarafından tutulan Küresel Terörizm Veritabanı'nda yer alan verilerin işlenmesi söz konusu. Terörün küreselleştğine dair söylemin analizi amacıyla terör eylemlerinin bölgelere göre yıllar içindeki sayısı ve aktif eylem sayıları ile çok eylemli örgütlerin aktif eylem alanları inceleniyor. İnceleme sonucunda terörün küreselleştği önermesinin doğruluğu olup olmadığının ortaya çıkacağı düşünülüyor. Devamla küreselleşme, DHL Global Connectedness Index (DHL Küresel Bağlanmışlık Endeksi) ve KOF Globalisation Index (KOF Küreselleşme Endeksi) verileri üzerinden, örnek küme olarak seçilen Nijerya, Irak ve Taylan ülkelerinde 2000-2020 yılları arasındaki terör eylemlerinin aktivitesi ile karşılaştırılıyor.

Araştırmanın hedefi terör örgütleri, aktif oldukları bölgeler incelenerek terörün küreselleştğine dair önermenin analizini yapmak ve örnek üç ülke kapsamında küreselleşme verileri ile terör eylemliliğinin artış ve azalışını karşılaştırarak terör örgütlerine atfedilen küreselleşme karşılığının gerçekliğini analiz etmek. İlk sonuçlar terör örgütlerinin eylemlilikleri zaman içinde değişkenlik gösterse de örgütlerin ülkesel ve/veya bölgesel kalmaya devam ettiklerini gösteriyor. Veri sınırı olarak belirlenen 2000-2020 yılları arasında bölgelere göre aktif örgüt sayılarının 2014 küresel terör zirvesinden itibaren düşmeye başladığını her bölge için de aktif örgüt sayısının 2000 yılı ile anlamlı bir farklılık göstermediği, aktif örgütlerin eylemlilik alanları incelendiğinde ise IŞİD ve El-Kaide dışında 5 bölgede eylem yapabilen örgüt yok (Toplam 12 bölge). Terör verileri ile küreselleşme verilerinin karşılaştırmalı analizinde ise ülkeler bazında farklı sonuçlar görülüyor. Bazı ülkeler yüksek küreselleşmeye rağmen yükselen terör eylemleri yaşarken bazı ülkelerde ise terör ile küreselleşme ters orantılı işliyor. Nijerya örneğinde terörizm ile küreselleşme verileri arasında pozitif yahut negatif bir korelasyon kurulamıyor. Irak örneğinde terör ile küreselleşme arasında negatif korelasyon kurulabiliyor. Tayland örneğinde ise terör ile küreselleşme arasında pozitif korelasyon görülebiliyor. Sonuç olarak terörizm ile küreselleşme arasındaki korelasyon araştırması bunlar arasında kesin korelasyon kurulamayacağını gösteriyor.

Anahtar Kelimeler: Terörizm, Küreselleşme, Anti-Küreselleşme, Gelir Eşitsizliği, Gelişmişlik, Veri Analizi

## AKIL, ÖZNE VE ÖZGÜRLÜK: MODERN ÇAĞIN ÖZGÜRLEŞİM VAADI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Arş. Gör. Selen TUNÇ\*

Modernite pek çoklarına göre baskı ve tahakkümden özgürleşim istemini ve vaadini içerir. Bilen özneyi ve işlevselliği vurgulayan modern rasyonalite ile özgürlük idealinin beraberce ele alınması, bu iki temel kavramın moderniteye özgü tarihlerini ve hikayelerini ortaklaştırmıştır. Batı düşünce geleneğinin yabancı olmadığı akıl/özgürlük ilişkisinin modern varyantı hem modern-araçsal aklın buyruğu hem de radikal bir bireycilik ve öznelliğe varan soyut ve yalıtık özne algısı nedeniyle eşi görülmemiş bir tahakkümün işlemesine neden olmaktadır. Böylece modern dünya anlayışının çift kutuplu yapısı eleştirilerin ve dönüşüm taleplerinin odağı haline gelmiş, modernitenin kurucu terimleri ile özgürlük idealinin ilişkisi üzerine yeniden düşünen ve bu ilişkinin anlamını yorumlayan zengin bir literatür oluşmuştur.

Özgürlük anlayışı dünya ve dünya içinde yaşayanlarla ilişkimizi büyük ölçüde belirler. Dolayısıyla özgürlüğü bir birey/özne ve hakimiyet meselesi olarak ele almanın da birtakım hayati sonuçları vardır: Modern paradigmanın öznesi hem tahakküm eden hem de zapt edilendir. Akıl, rasyonalite ve özgürlük ilişkisinin yorumlanma ve uygulanma biçiminin modernitenin başlıca vaadi olan özgürleşim idealini yerine getirmesine nasıl engel oluşturduğunu ve belki de vaadin formüle edilmesinde ne tür problemlerin olduğunu görmek için üç tartışma hattı takip edilecektir.

Modern özgürlük tartışması ve deneyimi, öznellik/nesnelleştirme, özerklik/determinizm ikiliği arasındaki gerilimin etkisi altında şekillenmiştir. Bilimsel yasallık paradigması ile bireysel özgürlük ideali çatışan algılar olarak modern düşüncede bir yarılma meydana getirmiştir. Evrenin ve toplumun sınırlarına nüfuz edebilen ve bunları dönüştürme gücüne sahip “özgür insan” projesi ile bilimsel determinizm tarafından yönetilen “rasyonel bir düzen” anlayışının beraberce ele alınmasındaki zorluklar modern özgürlüğe ilişkin ilk tartışma konusunu oluşturur. İkinci mesele, araçsal akla dayalı özgürlüğün paradoksudur. Bu paradoks, özgürlüğün bilimsel kontrol, araçsal akıl ve (hem içsel hem de dışsal) doğayı dönüştürme ve hakimiyet altına alma aracılığıyla tarif edilmesinin eninde sonunda özgürlük yitimine yol açacağıdır. Üçüncü başlık, özgürlüğün bireyin bir niteliği olarak görülmesinin sonuçlarına ilişkindir. Özgürlüğün öznelleştirilmesi, esas olarak doğal haklar (günümüzde insan hakları)

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, selentunc89@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-8753-4301.

söyleminin unsuru haline getirilmesi negatif yahut liberal özgürlük anlayışının önemli bir özelliğidir ve baskıcı iktidara cevap niteliği taşımaktadır. Bu özgürlük anlayışının iktidarın sadece baskıyla değil arzuların üretimi ile işlediği çağdaş toplumlarda kendi istemlerini gerçekleştirmeye yeter olup olmadığı tartışılacaktır.

Modernist anlamda özgürlük ya da özerkliğin reddi ya da kurumsal olarak sahiplenilmesinden çok insan özgürlüğünün ve bunun sosyal ve doğal çevre dünyayla ilişkisinin radikal olarak yeniden düşünülmesi, modern özgürlük anlayışlarının dünyayı yorumlama tarzımızla ilişkisini ortaya çıkarabilir. Özgürlük liberal yahut negatif özgürlük anlayışlarının kavradığı gibi bireyin bir niteliği ya da hakkı değil, bireyi dışarıya açan bir ilişkidir. Dışarıyı ontolojik anlamda Varlık ve varolanların içinde yer aldığı dünya, siyasal ve toplumsal anlamda kamusal alan olarak tarif edilebilir. Özgürlük pozitif özgürlük anlayışlarında olduğu gibi içsel ya da dışsal doğaya hakimiyet olarak da anlaşılabilir. Böylesi bir özgürlük anlayışı paradoksal biçimde özgürlük kaybıyla neticelenir. O halde özgürlük “bir şeyden özgürlük” ya da “bir şeye özgürlük” olarak değil “dünya içinde” özgürlük olarak kavranmalıdır. Pozitif ve negatif özgürlük anlayışları bu temel ilişkinin türevleri olarak görülmelidir.

Anahtar Kelimeler: Özgürlük, modern rasyonalite, araçsal akıl, özne, özgürleşim.

## HUKUKUN AKLI VE AHLÂKI: ARGÜMANTASYON

Arş. Gör. Meriç Seyhan KARACA\*

Akıl ile etik arasında bir ilişki var mıdır? Hukukun bir etiği var mıdır, olmalı mıdır? Hukukta bir akıl var mıdır, olmalı mıdır? Argümantasyon teorisi sayesinde bu soruların hepsine olumlu karşılık verebiliriz. Böylelikle akıl, etik ve hukuk arasındaki ilişkiyi ve bu kavramlar için argümantasyonun önemini de hatırlayabiliriz. İddiam hukukun akılcı ve etik olması gerekliliğinin salt normatif bir gereklilik olmadığıdır. Hukukun var olup sürmesi için akla uygun ve etik olması gerekir, bu da ancak argümantasyonla sağlanabilir.

Kanıtlanma, bir akıl yürütme ile ulaşılan sonuç, bir iddianın doğruluğunu nedenlerle gösterme anlamlarını içeren argümantasyonun özünü gerekçelendirme oluşturur. Bir argümantasyondaki gerekçeler şekli, salt teorik veya kesin mantık çıkarımlarından farklı olarak kesin olmayan, maddî veya pratik bir içeriğe sahiptir. Bu, bir argümanın sağlamlığının hem maddî hem usulî koşulları bulunduğu anlamına gelir. Bir argümantasyonun sağlamlık koşulları

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, mskaraca@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7797-2436.

hakkındaki fikirlerimiz, felsefî konumumuza göre belirlenir. Nitekim isimlerini anacağımız dört argümantasyon teorisyeni, Perelman, Toulmin, Alexy ve Peczenik, bir argümantasyonun sağlamlığı konusunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Ancak her halükârda bu düşünürler değer yargılarının rasyonelliği ile ilgilenir. Yine hepsi Kartezyen rasyonalizmin kesin ve zorunlu ilişkileri anlayan teorik aklıdan farklı, eylem ve tercihlerimizi yönlendiren bir tür pratik akıl ile mutlak, sabit veya kesin doğruluktan farklı, uyarlanabilir bir doğruluktan söz eder.

Kariyerine değer yargılarının bir mantığı bulunup bulunmadığını sorgulayarak başlayan Chaim Perelman'a göre argümantasyon, Aristotelesçi diyalektik ve retorığı içerir. Perelman yeni retorik ismini verdiği teorisini mantık ile argümantasyon, rasyonalite ile makuliyet arasında koyduğu ayrımlarla ve olgu ile değer, retorik ile diyalektik arasında kurduğu ilişkilerle temellendirir. Akıl yürütmenin etikteki yerini inceleyen Stephen Toulmin de rasyonellik ile makuliyet olan arasındaki ayrıma değinir. Düşünüre göre 17. yüzyıla kadar insan aklının uyum sağlama ve matematik değer/kuvvet olmak üzere iki yönü vardır. Ancak Galileo, Descartes ve Hobbes'tan sonra bu denge bozulmuş, mantık ile retorik arasında bir karşıtlık görülmeye başlanmış ve bu durum da aklın dengesini yitirmesi ile sonuçlanmıştır. Toulmin akılcılık anlayışımıza makul olanı dahil ederek, teori ile pratik, mantık ile retorik arasındaki dengeyi yeniden kurabileceğimizi savunur. Toulmin'e göre etik bakımdan nötr bir olgu, ahlâkî yargı için iyi bir neden oluşturabilir.

Değer yargılarının rasyonelliği ile ilgilenen bir diğer isim Robert Alexy için hukukî muhakeme bir tartışmadır ve genel pratik tartışmanın özel bir halidir. Ona göre bir önermenin doğruluk koşulu, her bir başka kişinin o önerme hakkında uzlaşmasıdır. Alexy, ayrıca hukuk ile ahlâk arasında zorunlu kavramsal bir ilişki bulunduğunu ileri sürer ve bu iddiasını doğruluk kavramı aracılığıyla gerekçelendirir. Ona göre hukukta bir doğruluk iddiası vardır ve bu iddia ahlâkî bir doğruluk iddiasını kuşatır. Tam da bu doğruluk iddiası nedeni ile hukuk ve ahlâk arasında kavramsal bir ilişki vardır.

Alexy gibi Alexander Peczenik de hukuk ile ahlâkın kavramsal ilişkisini kabul eder ve bir kusursuz tartışma ile varılan sonuç hakkındaki uzlaşmanın rasyonellik için önemini vurgular. Ancak ona göre rasyonelliğin nihaî ölçütü tutarlılıktır. Böylelikle hakkında istikrarlı bir konsensüsün bulunduğu bir yargının rasyonel olduğunu ileri sürebiliriz.

Özetle, argümantasyon teorisyenlerine göre pratik akıl ile etik yakından ilişkilidir. Olgular ile değer, aktüel ile ideal, doğal hukuk ile pozitif hukuk arasında kesin bir ayrım değil geçişkenlik vardır. Yalnızca olgular alanında değil değerler alanında da doğruluktan söz



edilebilir. Bu, mutlak veya kesin değil ama genelleştirilebilir bir doğrudur. Genelleştirilebilirlik ancak argümantasyonla sağlanır. Değerler alanında gerekçelendirme, doğruluğun ölçütü değilse de göstergesidir.

Anahtar Kavramlar: Argümantasyon, akıl yürütme, akıl, pratik akıl, etik, retorik, diyalek.

