uluslararası • international

1/ 11

necmettin erbakan

13-15 Mayıs | May 2022

hukuk kongresi • law congress

ÖZET BİLDİRİ KİTAPÇIĞI

ABSTRACT BOOK

13 - 15 Mayıs | May ONLINE yapılacaktır.

NEÜ PRESS

Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları:

ULUSLARARASI NECMETTİN ERBAKAN HUKUK KONGRESİ ÖZET BİLDİRİ KİTAPÇIĞI

Grafik & Tasarım
Büşra UYAR
Muhammed Sami TEKİN
Mustafa ALTINTEPE

E-ISBN
978-625-8080-34-6

Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları
Yaka Mah. Yeni Meram Cad. Kasım Halife Sok.
No: 11/1 Meram / KONYA
0332 221 0 575 - www.neuyayin.com

Temmuz, 2022

** Bu eserin tüm hakları Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları'na aittir. Fotokopi yöntemiyle çoğaltılamaz, kaynak gösterilmedikçe resim, şekil vb'leri kullanılamaz.*

** Kitapta yazılı olan her türlü bilginin ve yorumun sorumluluğu yazarların kendilerine aittir.*

İÇİNDEKİLER

ANAYASA HUKUKU 1

Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA 2
2017 Anayasa Değişikliği Sonrası Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı Sorunu

Dr. Öğr. Üyesi Nizamettin Aydın 6
1982 Anayasasında Milenyum Sonrası Değişikliklerin Dinamikleri

Dr. Öğr. Üyesi Abbas KILIÇ 10
Organik Kanun Kavramı ve Organik Kanun'un Türkiye'de Uygulanabilirliği

Dr. Öğr. Üyesi Abdurrahman TEKİN 14
Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Başkanlık Sistemlerinde Bütçenin Kanunlaşması Sürecinde Yasamanın Konumu

Doç. Dr. Abdulkadir YILDIZ 18
7393 Sayılı Kanunla Milletvekili Seçimi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Yapılan Değişikliklerin Demokratik Değeri

CEZA HUKUKU 20

Dr. Öğr. Üyesi Recep KAHRAMAN 21
E-Posta Dolandırıcılığında Olağanüstü İcra Hareketi: Oltalama

Dr. Öğr. Üyesi Emrah ÖZDEMİR 25
5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 245/A: Yasak Cihaz veya Programlar

Dr. Öğr. Üyesi Ezgi CANKURT 29
Over-Sharenting

Arş. Gör. Fatma Dilan TOPUZ 33
Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu Bakımından Whatsapp Kayıtlarının Boşanma Davasında Delil Olarak Kullanılması

Dr. Öğr. Üyesi İlhan BULUT 37
Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılığının Görev ve Yetkileri

Dr. Öğr. Üyesi Özgür TAŞDEMİR 41
Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması (Nemo Tenetur) İlkesi Müdafiye Yalan Söyeleme Hakkı Tanır Mı?

Arş. Gör. Özge Ceren YAVUZ KILIÇ 45
Sır Saklama Yükümlülüğü Çerçevesinde Müdafiin Soruşturma Dosyasını İnceleme Yetkisi ve Soruşturmanın Gizliliğinin İhlali Suçu

Arş. Gör. Hasan İBA 49
Ceza Hukukunda Genel Kabul Gören "Hukukun Bir Dalı Bakımından Hukuka Aykırı Olan Fiil, Zorunlu Olarak Hukukun Diğer Dalları Bakımından da Hukuka Aykırıdır" Önermesine Eleştirel Bir Bakış

Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Emre ÖZDEMİR 53
Uzlaştırmanın Tazminat Hukukuna Etkisi

Dr. Öğr. Üyesi Fatih YURTLU 57
Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumunun Hukuki Niteliği

Dr. Öğr. Üyesi Ercan YAŞAR 61
Suç Konusu Olmayan Eşyanın Müsaderesinin Ceza Hukuku Bağlamında Yol Açtığı Sorunlar

Arş. Gör. Burak BİLGE 65
Ceza Müeyyidelerinin İlkeleri ve Vasıflarına Kapsamlı Bir Bakış

Dr. Öğr. Üyesi Irmak KORUCULU *69*
Kullanma Zimmeti

Dr. Öğr. Üyesi Korhan YEĞRİM *73*
Hırsızlık Suçunda Malın Bulunduğu Yerden Alınması

Arş. Gör. Uğur AŞKIN *77*
Uyuşturucu Ve Uyarıcı Madde Kullanımını Özendirme Suçunun Hakkın Kullanılması Hukuka Uygunluk Sebebi Bağlamında Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Elif YILMAZ FURTUNA - Arş. Gör. Arzu LALOĞLU *81*
Yeni Kanun Değişikliği Kapsamında Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlık

Dr. Av. Mehmet Zülfü ÖNER *85*
Kesintisiz (Mütemadî) Suç

Arş. Gör. Yağmur Ekim YILMAZ *89*
Israrlı Takip Suçunun Farklı Boyutlarıyla Değerlendirilmesi

Arş. Gör. Bekir BOGA *93*
Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu İle Kişisel Verileri Koruyan Suçlar Arasındaki İlişkiye Dair Bir Değerlendirme

HUKUK TARİHİ 97

Prof. Dr. Gül AKYILMAZ *98*
Uygulamadan Örnekler Işığında Osmanlı Aile Hukukunda Zorlayıcı Velâyet Yetkisi Ve Hıyâr'ül Bulûğ Müessesesi

Doç. Dr. İrem KARAKOÇ *102*
Vatandaşlık Statüsünün Tarihi Kökleri Göç, İltica Ve Sığınma Olguları Bağlamında Tarihi Bir Değerlendirme

Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Emre ZORLU *106*
Osmanlı Aile Hukukunda Velayet

Dr. Öğr. Üyesi Ebru KAYABAŞ *108*
1917 Tarihli Hukûk-ı Âile Kararnâmesi

Dr. Arş. Gör. Mahmud Esad KALIPÇI *112*
Cumhuriyetin İlk Yıllarında Müftünün Medeni Hukuk Uygulamasına Katkısı

Doktora Öğrencisi Zeynep Kübra POYRAZ - Prof. Dr. Nuran KOYUNCU *114*
Anayasa Mahkemesi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yansıyan Emval-i Metruke Davaları

Dr. Halil İbrahim ÇELİK *118*
Türkiye Cumhuriyeti'nde Modern Hukuk Eğitiminin Kuruluşu ve Gelişimi

Arş. Gör. Aslıhan AKDENİZ *122*
Kadim Hukuk Sistemlerinde Kira Akdi

Arş. Gör. Ömer Can BAŞ - Arş. Gör. Abdullah ÖZÇELİK *126*
Osmanlı Son Dönem Hukuk Literatüründe Doğal Hukuk - Pozitif Hukuk Ayrımı: Mehmed Servet'in Mukaddime-i İlm-i Hukuk Adlı Eseri

İDARE HUKUKU 130

Dr. Öğr.Üyesi Ahmet BAĞRIAÇIK *131*
Tasarruf İlkesinin İdari Yargılama Usulündeki Anlamı

Arş.Gör. Ahmet Talha TETİK *135*
Sözlü İdari İşlem ve İdari Davaya Konu Edilme Sorunu

Dr. Öğr.Üyesi Ahmet Ziya ÇALIŞKAN *139*
Mahkeme Kararlarına Karşı Yasal Geçerlilik ve Ülkemizde Uygulanabilirliği

Arş.Gör. Gencer Karabekir KARAGENÇ *143*
"İstisnalar Kaideyi Bozdu" 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu 3. Maddesi

Dr. Öğr.Üyesi Jülide Gül ERDEM *147*
Danıştay Kararlarında Haklı Beklentilerin Korunması Kavramı

Dr. Öğr.Üyesi Mahmut CEYLAN *151*
Kabahatlerde Lehe Normun Tespitinin Zorluğu Sorunu ve Çözüm Önerileri

Dr. Öğr.Üyesi Özge ATIL KAYA *155*
Birleşik Devletler Liyakat Sistem İlkeleri

İdari Yargı Hakim Adayı Reşat ÇETİNKAYA *159*
Türk İdari Yargısının Gelişiminin Tarihsel Perspektiften Değerlendirilmesi

Kamu Hukuku Doktoru, Av. Uğur ARSLAN *163*
Kişisel Verilerin Korunması Hakkının Sınırlanması ve Sınırlamaların Yargısal Denetimi

Doç. Dr. Engin SAYGIN *165*
Türk İdari Yargılama Hukukunda Duruşma ve E-Duruşma

İNSAN HAKLARI 167

Arş. Gör. Hatice Cemre AKYILMAZ *168*
Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

Arş. Gör. Ahmet TÜRKMEN *172*
AYM Bireysel Başvuru Usulü'nde Mülkiyet Hakkının Etkin Korunması Bakımından "Meşru Beklenti" Kavramı: Örnek Kararlar Işığında Bir İnceleme

Arş. Gör. Turan ATLI *176*
Covid-19 Pandemisi ve Biyopolitika

Doktora Öğrencisi Serkan CENGİZ *180*
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrasına Dair Denetim Açısından Belirginleşen Yargısallaşma Eğilimi

İNSAN HAKLARI ve DEMOKRASİ 184

Dr. Öğr. Üyesi Fatma Duygu BOZKURT *185*
Üreme Hakkı: Ayrımcı Mevzuat Hükümleri ve Uygulamalara İlişkin Bir Mülahaza

Dr. Öğr. Üyesi Ayşen SEYMEN ÇAKAR *189*
Kadının İnsan Haklarından Bir Sapma Örneği: Çocuk Gelin Uygulaması

Dr. Öğr. Üyesi Rıdvan DEĞİRMENCİ *193*
Hans Kelsen Düşüncesinde Demokrasi Teorisi ve Hukukla İlişkisi

Av. Cemil KOÇ *197*
İnsan Haklarının Sporda Yatay Uygulanabilirliği

İSLAM HUKUKU 201

Prof. Dr. Adem ESEN *202*
Klasik Fıkıh Eserlerinde Çevre ve İmar Konuları ve Hüsâmüddîn Es-Sadrü'ş-Şehîd Ömer B. Abdilazîz B. Ömer B. Mâze El-Buhârî'nin Kitabü'l-Hîtân, Dirase Fıkhıyye Li Ahkami'l-Bina Ve'l-İrtifak Adlı Eserin İncelemesi

Doktora Öğrencisi Abdelbasset KHALED *206*
Mehir Hükümleri Çerçevesinde Cezayir Aile Kanunu İle Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Mukayesesi

Arş. Gör. Mustafa ÜNAL *210*
İslâm Ceza Hukukunda Kasten Yaralama Suçu Bakımından Organ Nakli

Dr. Sumeyra YAKAR *214*
Günümüz Suudi Arabistan Hukuk Sisteminde Hakimlerin Görevleri ve Yasal Prosedür

İŞ ve SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU **217**

Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül EKİN *218*
Anonim Şirket Ortaklarının Sigortalılığı ve 2019/9 Sayılı Genelge Sorunu

Arş. Gör. Dr. Burcu EZER *222*
Türk İş Hukukunda Korumalı İşyeri Kavramı ve Engellilerin Korumalı İşyerlerinde İstihdam Edilmesinin Esasları

Dr. Öğr. Üyesi Çiçek ERSOY *226*
İşe Alım Süreçlerinde Kullanılan Yeni Teknolojilerin Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Emrah ÇETİN *230*
Uzaktan Çalışma Kapsamında İşverenin İşçiyi Koruma Borcu

Arş. Gör. Ercan UZUN *232*
Bireysel İş Hukuku Açısından İşyeri Hekimi İstihdamı

Dr. Öğr. Üyesi Kübra DEMİR *236*
Dijital Çağın Gözde Mesleği "Influencerlık" ve Influencerlarin Hukukî Statüsü

Öğr. Gör. Hasan Hüseyin UMUTLU *238*
İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru

Sümeyye KARA *242*
İşyerinde Psikolojik Tacizin Nedenleri ve Etkileri

MALİ HUKUK **246**

Prof. Dr. Hakkı ODABAŞ - Arş. Gör. İmran ARITI ERDEM *247*
OECD BEPS 13 No'lu Eylem Planının Transfer Fiyatlandırması Belgelendirme Yükümlülüklerine Etkisi: Türkiye Bağlamında Ülke Bazlı Rapor Uygulaması

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep MÜFTÜOĞLU *251*
Kur Korumalı Mevduat Hesaplarına Dair Düzenlemelerin Anayasa'nın 73. ve 161. Maddeleri Bakımından İncelenmesi

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Nihan ÇAMURCU *255*
Damga Vergisine Konu Kağıtlara İlişkin Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğüne Bağlı Vergisel Sonuçlar

Arş. Gör. Sinan Can AVCI *259*
6183 Sayılı Kanun Uyarınca Tüzel Kişi Kanuni Temsilcileri Hakkında İhtiyati Haciz Uygulanmasının Ölçülülük İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi

Arş. Gör. İpek AK *263*
Çeşitli Yönleriyle Devletin Ekonomiye Müdahalesi

MEDENİ HUKUK **267**

Dr. Remzi DEMİR *268*
Pazarlamacılık Sözleşmesinde Şekil Serbestisi Kuralının İstisnalarının Değerlendirilmesi

Doç. Dr. Sabiha Gökçe CANARSLAN KARAKUL *272*
Ailenin Ekonomik Varlığının Korunması İçin Türk Medeni Kanun md.199'a Göre Taşınırlar Üzerinde Alınabilecek Tedbirler

Arş. Gör. Hasan Ali GÜÇLÜ *274*
İnternet Bankacılığında Bankanın Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri

Dr. Öğr. Üyesi Doğa Ekrem DOĞANCI *278*
Dijital Bakım Yükümlülüğü ve Çocuğun Dijital Sosyal Medya Kullanımı Faaliyetlerine Odaklanan Velayet Hakkının Kullanımının Sınırları Üzerine Bazı Değerlendirmeler

Öğr. Gör. Zeliha KARAMAN OKAY *282*
Kişilik Hakkı Çerçevesinde Tüzel Kişilerde Ad ve Adın Korunması

Arş. Gör. Onur İLHAN *286*
Üst Hakkının Sona Ermesi Halinde Ödenmesi Kararlaştırılan Üst Hakkı Bedeline İlişkin Anlaşmaların Şerhi

Arş. Gör. Dr. Ayşe KARACA ÖZ *288*
Anlaşmalı Boşanma Davasından Sonra Nafaka Talebinde Bulunulmasına İlişkin Değerlendirme

Dr. Öğr. Üyesi Duygu KOÇAK DİKER *292*
Üçüncü Kişilerin HaklarI BağlamInda Arsa PayI Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri İle Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Yargıtay Kararlarının Karşılaştırılması

Arş. Gör. Tuğçe KILIÇGİL ÇİÇEK *296*
Türk Borçlar Kanunu Madde 344/2 Hükmünün Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi Açısından Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Süheyla ZORLU *300*
Velayette Çocuğun Üstün Yararı İlkesi

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet DOĞAR *304*
6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılan Bazı Düzenlemelere İlişkin Düşünceler

Av. Dr. Şebnem NEBİOĞLU ÖNER *308*
Yoksulluk Nafakasına İlişkin Güncel Tartışmalar

Arş. Gör. Övgü Sıla KAYAM *312*
Mirasbırakanın Saklı Pay Kurallarını Etkisiz Kılmak Amacıyla Yaptığı Kazandırmaların Tenkisi

Öğr. Gör. Hilal DAVER *316*
Güncel Gelişmeler Işığında Dijital Tereke Kavramının İncelenmesi

Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM *320*
Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Tüketici İşlemi Sayılıp Sayılamayacağı Sorunu

Dr. Öğr. Üyesi Ayça ZORLUOĞLU YILMAZ *324*
Ismarlanmayan Şeyin Gönderilmesinden Doğan Zararın Tazmini

Prof. Dr. Dr. Mehmet KILIÇ *328*
Yabancı Para Borçlarına İlişkin Kefalet Sözleşmesinde Uyarlama

Arş. Gör. Dr. Selvi Nazlı GÜVENÇ *332*
Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Halinde Ortak (Birlikte) Velâyet

Arş. Gör. Hüseyin BULUT *336*
Yoksulluk Nafakasında Süre Sorununa İlişkin Değerlendirmeler ve Çözüm Önerileri

Dr. Öğr. Üyesi Harun Mirsad GÜNDAY *340*
Genel İşlem Koşullarının İçerik Denetimi

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ *344*
Piyango Biletinin Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Nasıl Değerlendirileceği Meselesi

Dr. Öğr. Üyesi Gözde ZEYTİN ÇAĞRI *346*
Sosyal Medyada Çocuğun Kişisel Verilerinin Paylaşılmasının Velayet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Eda ŞAHİN ŞENGÜL *350*
Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Sebepsiz Zenginleşmede Geri Vermenin Kapsamı

Arş. Gör. Aygül KIZILAY GÜNEYLİOĞLU *354*
Borcun Alacaklı veya Başkası Tarafından İfasına İzin Verilmesi Usulü

Dr. Öğr. Üyesi Banu Bilge SARIHAN - Stajyer Av. Mustafa YILDIRAN *358*
Boşanma Davasında Eşlerin Mallarının Yönetimine İlişkin Geçici Önlemler

Arş. Gör. M. Elif ŞEKER BARDAKCI *362*
Noterlerin Yardımcı Kişilerin Fiilinden Sorumluluğu

Dr. Öğr. Üyesi Mahmur KİZİR *366*
Yabancı Para Borcu İle Milli Para Borcunun Birbiriyle Takasında Özdeşlik Şartının Değerlendirilmesi

Pınar ÇAĞLAR *370*
Türk Borçlar Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme

MEDENİ USUL HUKUKU ve İCRA İFLAS HUKUKU 374

Arş. Gör. Mesut KÖKSOY *375*
Geçici Mühlete Karar Verilmeden Önce Doğan Borcun Borçlu Tarafından Mühlet Esnasında Ödenmesi Mümkün Müdür?

Dr. Öğr. Üyesi Burçin YAZICI *379*
Güncel Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İcra İflas Kanunu M. 278/3-1 İlişkin Bir Değerlendirme

Dr. Öğr. Üyesi Cengiz Serhat KONURALP *383*
İcra Ve İflas Kanunu'nda 7343 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mahcuz Malların Elektronik Ortamda Açık Artırma Suretiyle Satışı Usulü

Dr. Öğr. Üyesi Cengiz KULAKSIZ *387*
Ayıplı Aracın Ayıpsız Misli İle Değiştirilmesine İlişkin İlamların İcrası

Doç. Dr. Efe DIRENİSA *393*
Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Bakımından Tahkim Sözleşmesinin Üçüncü Kişiye Teşmili

Arş. Gör. Esra BULUT *399*
Tüketici Kredilerinde Bankalar Tarafından Yapılan Maaş Kesintileri ve Bunun Emekli Maaşlarının Haczedilmezliği Kuralıyla İlişkisi

Dr. Öğr. Üyesi Evren KOÇ *403*
İİK M.111/A Kapsamında Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Gökçe KARABEL *407*
İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'la Getirilen Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi

Arş. Gör. Hüseyin ZORLU *411*
Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Tarihsel Gelişimi, Tanımı ve Türlerinin İncelenmesi

Dr. Öğr. Üyesi Şükran AKGÜN - Arş. Gör. Merve ÇAĞLAK MELEZ *415*
Satıcının Geri Alma Hakkı

Dr. Öğr. Üyesi Şükran AKGÜN - Arş. Gör. Eylül BALIKÇI *419*
Banka Alacaklarının İcra ve İflas Kanunu M. 150/I Hükmü Uyarınca Rehnin Paraya Çevrilmesi Yolu İle İlamlı Takibi

Dr. Öğr. Üyesi Nurullah BAL *423*
Yargıtay Kararları Işığında Hukuk Muhakemeleri Kanunu M. 353/1/A Hükmü Çerçevesinde Verilen Bölge Adliye Mahkemesi Kararlarının Yargısal Denetimi

MİLLETLERARASI HUKUK 427

Doç. Dr. Mehmet GÜNEŞ *428*
Uluslararası Kamu Hukukunda Paralı Askerlerin Hukuki Statüsü: Rusya-Ukrayna Savaşı Üzerinden Bir İnceleme

Av. Mustafa NALLI - Doç. Dr. Süleyman DOST *432*
Savaş Durumunda Siber Saldırıların İnsancıl Hukuk Kuralları Bakımından İncelenmesi

Dr. Öğr. Üyesi Deniz TEKİN APAYDIN *436*
Bir Jus Cogens Norm Olarak Kuvvet Kullanma Yasağı: Rusya'nın Ukrayna'ya Saldırısı Işığında Bir Eleştiri

Dr. Öğr. Gör. Onur URAZ *440*
Bir 'Moral' Üstünlük Savaşı Olarak Azerbaycan İle Ermenistan'ın Uluslararası Adalet Divanı'na Karşılıklı Başvuruları

Arş. Gör. Hüdai ÜNAL *444*
Uluslararası Uzay Hukukunda İş Birliği İlkesinin Hukuki Niteliği

Arş. Gör. Nermin ÖĞÜTCÜ *446*
BM Barış Gücü Operasyonları Özelinde Doğan İnsan Hakları ve İnsancil Hukuk İhlallerinden Devletlerin ve Uluslararası Örgütlerin Yarışan Sorumluluğu

Arş. Gör. Sultan Şuanur ŞİMŞEK *450*
Uluslararası Hukukta Konsoloslukla İlgili Dokunulmazlık, Ayrıcalıklar ve Cemal Kaşıkçı Olayı

Arş. Gör. Ozan Emin HALHALLI *454*
Rusya Federasyonu ve Ukrayna Çatışmasının Uluslararası Hukuk Açısından Kısa Bir Analizi

Arş. Gör. Emine Betül GÖKTAŞ *458*
Rusya'nın Avrupa Konseyi Üyeliğinden Çıkarılmasının Muhtemel Sonuçlarının Değerlendirilmesi

Doç. Dr. Tolga CANDAN *462*
Pandemi Nedeniyle Getirilen Limanlara Giriş Kısıtlamalarının Uluslararası Deniz Hukuku Kuralları Açısından Tartışılması

Lisansüstü Öğrencisi Barkın ÖZYURT *464*
Deniz Gemileri ve Hava Araçlarının Tabiiyetinin Tayininde Başvurulan Sistemler ve Türk Hukukunda Kabul Edilen Yaklaşım

Assoc. Prof. Oleksii MAKARENKOV *468*
Corruption And Other Components The Transformations Of National Law And Practices Of Its Implementation During The War

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK 470

Doç. Dr. Eda MANAV ÖZDEMİR - Dr. Öğr. Üyesi Serhat ESKİYÖRÜK *471*
Uluslararası Tahkimde Yapay Zeka Kullanımının Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Esra YILDIZ ÜSTÜN *474*
ICSId Tahkim Kararlarının Türkiye'de İcrası Problemi: 28.4.2021 Tarihli E. 2021/875 K. 2021/4586 Nolu Yargıtay Kararı Değerlendirmesi

Arş. Gör. Süleyman Yasir ZORLU *478*
Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Hukuki Niteliği

Arş. Gör. Rumeysa ÖZYÜREK *482*
Milletlerarası Derdestlik

Arş. Gör. Vildan ERDOĞAN *485*
Yabancı Mahkeme İlamlarının İcrasında Zamanaşımı Sorunu

Dr. Öğr. Üyesi İlyas ARSLAN *489*
Yetkili Makam Kararıyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları

ROMA HUKUKU 493

Doç. Dr. Mustafa YEŞİL - Av. Ömer ÖRGEN *494*
Hukuk Açısından Argümantasyon ve Argüman Haritalama

Arş. Gör. Seda BAŞ *498*
Roma Hukukundan Günümüze İptal Edilebilirlik Kavramı

TİCARET HUKUKU 502

Av. Ayşe Barçın AKYILMAZ *503*
Anonim Şirketin Yönetim Organı ve Şirket İle Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Dr. Ahmet TOK *507*
Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Sermaye Piyasası Kanunu'ndan Doğan Özel Sorumluluk Halleri

Dr. Öğr. Üyesi Aydın Alber YÜCE *511*
7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'na Göre Spor Anonim Şirketlerinin Diğer Anonim Şirketlerle Karşılaştırılması

Dr. Öğr. Üyesi Aytekin ÇELİK *515*
Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü Konusunda Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar

Arş. Gör. Beşir Abidin HAMARAT *519*
Garanti Markasının Nis Sınıflandırması Sorunu

Arş. Gör. Gamze ÇAKI ÇİFCİ *523*
Anonim Ortaklıklar Özelinde Tüzel Kişilerin Kişilik Hakkının Korunması

Öğr. Gör. Hamit ÇAVUŞ *527*
Sigorta Sözleşme Süresince Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü

Dr. Öğr. Üyesi Muzaffer EROĞLU *531*
Yönetim Kurulu Başkanı ve Ceo'nun Ayrı Kişiler Olması Düzenlemeleri Işığında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Denetim ve Gözetim Ödevi

Dr. Öğr. Üyesi Serdar HIZIR *535*
Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Sahipleri Sözleşmesinin Aleniyeti

ANAYASA HUKUKU

2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI YARGININ TARAFSIZLIĞI VE BAĞIMSIZLIĞI SORUNU

Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA
Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-5888-1750

Özet

2017 Anayasa değişiklikleri beraberinde Cumhurbaşkanının oldukça belirleyici olduğu bir yargısal düzen getirmiştir. Gerçekten de Cumhurbaşkanı özellikle yüksek yargı üzerinde hegemonik kimi yetkilerle donatılmıştır. Bu doğrultuda Cumhurbaşkanı, Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay üyelerinin belirlenmesinde doğrudan veya dolaylı olarak (Hakimler ve Savcılar Kurulu aracılığıyla) yetkilere sahiptir.

Ancak hemen belirtelim ki, yargı hükümet sistemine bağlı olmaksızın her koşulda bağımsız olması gerekir; ne var ki, Cumhurbaşkanının esasında bağımsız olması zorunlu olan yargı organı üzerindeki bu yoğun yetkileri dikkate alındığında erkler arasında fren ve denge mekanizmasını işlevsiz kılabilecek denli bir yetki ağının olduğu görülmektedir. Nitekim Cumhurbaşkanının HSK üzerindeki belirleyici konumu düşünüldüğünde, ilk derece yargı organları üzerinde de bir etkiye sahip olduğu söylenmelidir.

Öte yandan Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi başkanlık sisteminden mülhem olması dolayısıyla yargının bağımsızlığının gerçek anlamda sağlanması zaruridir. Bu bakımdan parlamenter hükümet sisteminde sembolik yetkileri olan ve devlet başkanı konumundaki Cumhurbaşkanının yüksek yargı üzerinde yoğun atama yetkilerine sahip olması bir nebze kabul edilebilir olsa da, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi gibi esas karakteri başkanlık sistemi olan bir sistemde Cumhurbaşkanına bu türden yetkilerin verilmesi tartışmalar doğuracak mahiyettedir. Gerçekten de ülkemizde Cumhurbaşkanı yürütme yetkisinin yegane sahibi konumunda olup partili de olabilmektedir.

Dolayısıyla demokratik bir hukuk devletinde, erkler arası denge ve denetimin sağlanması gerekliliği bir yana, yasama ve yürütme organları arasındaki etkileşimi anayasal yetki haritası doğrultusunda tayin edebilecek yargının tarafsız ve bağımsız olması kaçınılmaz kabul edilmelidir. Üstelik başkanlık sisteminden mülhem bir sistemde bu

durumun hayatiyeti katlanarak artmaktadır; çünkü başkanlık sisteminde yasama ve yürütme arasındaki ilişkileri tayin edebilecek yegane bağımsız organ yargıdır.

Hal böyle olunca, demokratik hukuk devleti hilafına olağan dışı bir durum söz konusu olma ihtimalinden dolayı, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı üzerinden eleştirilebilir olduğu ortaya çıkmaktadır. İşte bu doğrultuda daha detaylı bir incelemeyle Cumhurbaşkanının ilk derece yargı organları üzerinde dahil, özellikle yüksek yargı organları üzerinde yoğun yetki haritasını incelemek gerekir.

Anahtar Kelimeler: 2017 Anayasa Değişikliği, Yargının Tarafsızlığı, Yargının Bağımsızlığı, Hukuk Devleti, Demokrasi.

THE PROBLEM OF IMPARTIALITY AND INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY AFTER THE 2017 CONSTITUTIONAL AMENDMENT

Abstract

The 2017 Constitutional amendments brought with it a judicial order in which the President is very decisive. Indeed, the President is endowed with some hegemonic powers, especially over the supreme judiciary. In this respect, the President has direct or indirect authority (through the Council of Judges and Prosecutors) to determine the members of the Constitutional Court, the Council of State and the Supreme Court.

However, it should be noted right away that the judiciary must be independent under all circumstances, regardless of the government system; however, considering the intense powers of the President over the judiciary, which is essential to be independent, it is seen that there is such an authority network among the powers that the brake and balance mechanism is dysfunctional. As a matter of fact, when the decisive position of the President on the Council of Judges and Prosecutors is considered, it should be said that he also has an influence on the judicial organs of the first degree.

On the other hand, since the Presidential Government System is inspired by the presidential system, it is essential to ensure the independence of the judiciary in real terms. In this respect, although it is acceptable to some extent that the President, who has symbolic powers in the parliamentary government system and is the head of state, has intense appointment powers over the high judiciary, it seems unacceptable to give such powers to the President in a system whose main character is the presidential system, such as the Presidential Government System. Indeed, in our country, the President is the sole owner of the executive power and can also be a party member.

Therefore, in a democratic state of law, aside from the necessity of ensuring balance and control between powers, it should be considered inevitable that the judiciary be impartial and independent, which can determine the interaction between the legislative and executive organs in line with the constitutional authority map. Moreover, in a system inspired by the presidential system, the vitality of this situation increases exponentially; because the only independent organ that can determine the relations between the legislative and executive in the presidential system is the judiciary.

As such, it emerges that the Presidential Government System can be criticized over the impartiality and independence of the judiciary, as there is an extraordinary situation against the democratic rule of law. In this direction, with a more detailed examination, it is necessary to examine the intense authority map of the President over the first-degree judicial organs, especially over the higher judicial organs.

Key Words: 2017 Constitutional Amendment, Impartiality of the Judiciary, Independence of the Judiciary, State of Law, Democracy.

1982 ANAYASASINDA MİLENYUM SONRASI DEĞİŞİKLİKLERİN DİNAMİKLERİ

Dr. Öğr. Üyesi Nizamettin AYDIN
Kütahya Dumlupınar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-9928-7571

Özet

Anayasalar devletin üç temel erki olarak kabul edilen yasama, yürütme ve yargı erklerinin düzenlendiği, devlet yönetiminden idari yapılanmaya kadar birçok kademeye ilişkin önemli düzenlemelerin yer aldığı metinler olmanın yanı sıra, başta insan hakları olmak üzere, demokrasi kültürü, gelişmişlik düzeyi gibi birçok konuda önemli bir gösterge olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasalar, aynı zamanda yazıldıkları dönemlerin izlerini de taşımaktadır. Anayasanın kabul edildiği dönemde ulusal ve uluslararası toplumda meydana gelen olaylar, anayasanın yapımında görev alan kurucu iktidarın mensup olduğu siyasi düşünce, toplumun sosyal ve ekonomik olarak gelişmişlik seviyesi, anayasanın ihtilal, bağımsızlık veya darbe gibi olaylar sonrasında yapılmış olması gibi durumlar anayasa yapımında etkili olan faktörler arasında yer almaktadır. Anayasal metinler, yapıldıkları dönemden sonra ortaya çıkan çeşitli gerekçelerle değiştirilebilen dinamik yapıya sahip metinlerdir. Bir anayasanın kabul edilmesinden sonra toplumda meydana gelebilecek siyasi, ekonomik ve sosyal değişimler, anayasanın da değiştirilmesi ihtiyacını ortaya çıkarabilmektedir. Bu nedenle anayasaların toplumdan soyut olmadığı ve toplumun maruz kaldığı etkilere anayasaların da maruz kaldığı kabul edilmektedir.

Türkiye'de 12 Eylül 1980 tarihinde yapılan darbe sonrası hazırlanan 1982 Anayasası, 7 Kasım 1982 tarihinde yapılan referandumla kabul edilerek 9 Kasım 1982 tarihinde resmî gazetede yayımlanmıştır. Anayasa'nın kabulünden önce ülkede cereyan eden hadiseler 1982 Anayasası'nın yapımında önemli rol oynamış ve 1982 Anayasası'nın özgürlük-güvenlik dengesinde güvenlik yönü ağır basan otoriter bir yapıya sahip olmasına neden olmuştur. Bununla birlikte Anayasa'nın kabul edilmesinden günümüze kadar çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Anayasada yapılan bu değişiklikler, yapıldığı dönemde meydana gelen birtakım dinamiklerin etkisi ile gerçekleştirilmiştir. Bu dinamikler; başta Avrupa Birliği uyum süreci olmak üzere 2001 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde meydana gelen 11 Eylül saldırılarından sonra devletlerin

güvenlik algısındaki değişim ile teknoloji ve iletişimdeki hızlı gelişmeler, göç sorunu, sosyal etkileşimler gibi uluslararası arenada meydana gelen bir dizi gelişmelerdir.

Çalışma kapsamında, 1982 Anayasası'nda milenyum sonrası yapılan on dört anayasa değişikliğinin dinamikleri, değişikliklere ilişkin dönemdeki Türkiye'de ve uluslararası arenada meydana gelenler gelişmelerle birlikte ele alınarak tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, Anayasa Değişikliği, Anayasa Değişikliklerinin Dinamikleri, Siyasi, Ekonomik ve Sosyal Değişimler, Güvenlik Algısı Etkisiyle Anayasa Değişikliği.

DYNAMICS OF POST- MILLENIUM AMENDMENTS IN THE 1982 CONSTITUTION

Abstract

Constitutions are the texts that regulate the legislative, executive and judicial powers, which are accepted as the three main powers of the state, and contain important regulations on many levels from state administration to administrative structure, as well as an important indicator in many subjects such as human rights, democracy culture and level of development. appears as. Constitutions also bear the traces of the periods in which they were written. The events that took place in the national and international society at the time the constitution was adopted, the political opinion of the founding power involved in the making of the constitution, the level of social and economic development of the society, the fact that the constitution was made after events such as revolution, independence or coup are among the factors that affect the constitution. is located. Constitutional texts are texts with a dynamic structure that can be changed for various reasons after the period they were made. Political, economic and social changes that may occur in the society after the adoption of a constitution may reveal the need for the constitution to be changed. For this reason, it is accepted that constitutions are not abstract from society and that constitutions are also exposed to the effects that society is exposed to.

The 1982 Constitution, which was prepared after the coup d'etat on September 12, 1980 in Turkey, was accepted with a referendum on November 7, 1982 and published in the official gazette on November 9, 1982. The events that took place in the country before the adoption of the Constitution played an important role in the construction of the 1982 Constitution and caused the 1982 Constitution to have an authoritarian structure with a predominant security aspect in the freedom-security balance. However, since the adoption of the Constitution, various changes have been made. These changes made in the Constitution were carried out with the effect of some dynamics that took place at the time it was made. These dynamics; It is a series of developments in the international arena such as the change in the security perception of states after the September 11 attacks in the United States of America, especially the European Union harmonization process, rapid developments in technology and communication, the problem of immigration, and social interactions.

Within the scope of the study, the dynamics of the fourteen constitutional amendments made in the 1982 Constitution after the millennium, the developments in Turkey and the international arena during the period of the amendments will be discussed together with the developments.

Keywords: Constitution, Constitutional Amendment, Dynamics of Constitutional Amendments, Political, Economic and Social Changes, Constitutional Amendment with the Effect of Security Perception.

ORGANİK KANUN KAVRAMI VE ORGANİK KANUN'UN TÜRKİYE'DE UYGULANABİLİRLİĞİ

Dr. Öğr. Üyesi Abbas KILIÇ
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-1279-4747

Özet

"Organik kanunlar", Fransa'da anayasa ile olağan kanunlar arasında üçüncü bir kanun türü kategorisi oluşturmaktadır. Bu kanunlar, hem konuları hem de kanun tekniği bakımından usul ve esasları itibariyle farklı bir yöntemle görüşülmeleri sebebiyle diğer kanun türlerinden ayrılmaktadırlar. Organik kanunlar, devlet organlarının kuruluşu ve işleyişini düzenleyen kanunlar olup anayasa kuralı niteliği taşımaktadırlar.

1958 Fransa V. Cumhuriyet Anayasası yazılı hukuk kaynakları alanında normlar hiyerarşisinde farklı bir düzenleme öngörmüştür. Anayasa'nın 46. Maddesi, kanunları organik kanunlar ve olağan kanunlar olmak üzere ikili bir ayırıma tabi tutmuştur. Organik kanunlar devletin temel organlarını ve bunların işleyişlerini ilgilendiren konularda çıkarılırken olağan kanunlar bunun dışında kalan diğer konular için yürürlüğe konulmaktadır. Ayrıca bu kanunlar yürürlüğe girmeden önce Anayasa Konseyi'nin denetiminden geçirilerek Anayasa'ya uygunluğu denetlenmektedir. Ayrıca Anayasa her ne kadar kazuistik bir yönteme dayanıyor olsa da organik kanun konularının doğrudan Anayasa ile ayrıntılı olarak düzenlenmesi ve anayasanın hacminin genişlemesi yerine bunun "organik kanun" ile düzenleme altına alınmasını sağlamaktadır.

Türkiye'de "organik kanun" veya buna karşılık gelebilecek bir kanun türü bulunmamaktadır. Zira bu kanun türünün anayasal dayanağı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Türk anayasal düzeninde kuralların hiyerarşik sistematiği içinde anayasa ile alelade kanunlar arasında bu türde bir kanunun bulunmaması hem devlet organlarının kuruluşu ve işleyişinde hem temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması ve hem de mali-ekonomik hükümlerin düzenlenmesi bakımından önemli bir eksikliktir. Her ne kadar bu yönde bir girişim olarak düşünülebilirse de hiçbir yönü itibariyle benzerlik göstermeyecek şekilde sonuçlanan "temel kanun" türüne yer verilmiştir. Bu kanun türü ise Anayasa ile değil, doğrudan doğruya İçtüzük ile düzenleme altına alınmıştır. Fakat 1982 Anayasası'nın gerek ilk halinde gerekse daha sonraki değişiklikler

sonrasında “temel kanun”a yer verilmemiştir.

Temel kanun, anayasal dayanaktan yoksun olarak tasarlanmıştır. İçtüzükteki düzenleme başlangıçta bu eksikliği gidermeye hedeflese de organik kanundan iyice uzaklaşılmıştır. Çünkü Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) İçtüzüğündeki düzenlemede ne nitelikli çoğunluk şartı ne acil görüşme yasağı ne de temel kanun konularının neler olacağı konusunda belirleme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Organik Kanun, Temel Kanun, Normlar Hiyerarşisi, Anayasaya Uygunluk Denetimi, Nitelikli Çoğunluk.

THE CONCEPT OF "ORGANIC LAW" AND APPLICABILITY OF ORGANIC LAW IN TURKEY

Abstract

"Organic laws" constitute a third category of law type in France between the constitution and ordinary laws. These laws differ from other types of laws in that they are negotiated in a different way in terms of both their subject and legislation technique, in terms of their procedures and principles. Organic laws are the laws regulating the establishment and functioning of state organs and they have a constitutional rule.

The 1958 French Constitution of the V. Republic envisaged a different regulation in the hierarchy of norms in the field of written legal sources. Article 46 of the Constitution has divided laws into two categories: organic laws and ordinary laws. While organic laws are enacted on matters concerning the main organs of the state and their functioning, ordinary laws are put into effect on other matters. Before these laws come into force, they are subject to judicial review by the Constitutional Council. Although the Constitution is based on a casuistic method, it ensures that organic law issues are regulated directly by the Constitution in detail and instead of expanding the volume of the constitution, it is regulated by "organic law".

There is no "organic law" or a corresponding type of law in Turkey. Because this type of law has no constitutional basis. However, the absence of such a law between the constitution and ordinary laws within the hierarchical systematic of rules in the Turkish constitutional order is an important deficiency both in terms of ensuring fundamental rights and freedoms and regulating financial-economic provisions in the establishment and functioning of state organs. Although it can be thought that they are similar, the "basic law" type, which results in no similarity in any aspect, is included. However, this type of law is regulated directly by the standing order, not by the Constitution. However, the "basic law" was not included in the first version of the 1982 Constitution and the later amendments.

The basic law was designed without constitutional basis. Although the regulation in the standing order initially aimed to eliminate this deficiency, it was far removed from the organic law. Because, in the regulation in the Standing Order of the Grand National Assembly of Turkey (GNAT), neither the condition of qualified majority, nor the

prohibition of serial negotiations, nor the determination of what will be the basic law issues have been made.

Key Words: Organic Law, Basic Law, Hierarchy Of Norms, Judicial Review, Qualified Majority.

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAĞLAMINDA BAŞKANLIK SİSTEMLERİNDE BÜTÇENİN KANUNLAŞMASI SÜRECİNDE YASAMANIN KONUMU

Dr. Öğr. Üyesi Abdurrahman TEKİN
Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-3041-3941

Özet

Yasama, yürütme ve yargı organları, çeşitli anayasal mekanizmalarla birbiri üzerine etki edebilecek araçlar ile donatılmışlardır. Böylece kuvvetler arası kontrol ve denge sağlanmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda, en çok etkileşime giren iki kuvvetin yasama ve yürütme olduğu göze çarpmaktadır. Bu iki kuvvet arasındaki kontrol-denge araçlarından en kadim olanı ise Magna Carta'dan bugüne değin varlığını sürdüren bütçedir. Ne var ki yasama organının elde ettiği bütçeyi onaylama yetkisinin, günümüzde önemini yitirmeye başladığı görülmektedir.

Parlamenter sistemlerde bütçeyi onaylama yetkisi teorik olarak yasama organında bulunmakta; ancak yürütme, azınlık hükümetleri hariç her daim yasama çoğunluğuna sahip olduğundan dolayı yasamanın bütçeyi yasalaşma sürecinde denetimi pratikte işletilememektedir. Bütçenin meclis çatısı altında etkin bir şekilde şekillendirilebilmesi ve harcamaların denetlenebilmesi, ilginçtir ki başkanlık sistemlerinde daha olasıdır. Zira başkanlık sistemleri, yasama çoğunluğu ve yürütmenin, farklı siyasi ekollerin eline geçmesine imkân tanımaktadır. Bundan dolayı, başkanlık sistemlerinde, bütçenin onaylanması sürecinde yürütmenin daha etkin kılınmasına yönelik düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Bu amaçla kimi ülkelerde yasama organına bütçe üzerinde oldukça sınırlı değişiklik yapma imkânı tanınırken, kimi ülkelerde ise devlet başkanına yasamanın yasalaştırdığı bütçeyi veto etme hakkı tanınmaktadır. Hatta devlet başkanlarına kararnameler ile bütçe hazırlama yetkisi veren ülkeler de bulunmaktadır.

Bu noktada Türkiye'nin konumu ilgi çekicidir. Türkiye'de Meclis, bütçe konusunda iddia edilenin aksine parlamenter sistem dönemindekine nazaran daha ileri bir noktaya taşınmıştır. Ancak bu durum, anayasal bir yetki ihdası ile gerçekleşmemiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş ile doğal olarak gerçekleşmiştir. Bir diğer ifade ile yasama ve yürütme organlarının farklı siyasi ekollerin kontrolünde

olması durumunda, yasama bütçe üzerinde daha etkin olabilecektir. Zira Cumhurbaşkanının teklif ettiği bütçe, diğer siyasi ekolün çoğunlukta olduğu yasamada, verilen önergeler ile bambaşka bir hale getirilebilir. Böyle bir durumda Cumhurbaşkanının, anayasa gereği bütçe kanunu onaylamaktan başka seçeneği bulunmamaktadır. Ayrıca yürütmenin kararnamelerle bütçede düzenleme yapma yetkisinin olmadığı da hatırda tutulmalıdır.

Bu çalışmada, başkanlık sistemlerinde bütçenin onaylanması süreci karşılaştırmalı hukuk bağlamında ele alınmıştır. Kıyaslama yapılırken literatürde sıklıkla ihmal edilen "denkleştirici" bir bakış açısı geliştirilmiştir. Bu doğrultuda ülkedeki hükümet sistemi, siyasi parti türleri, seçim zamanlaması, meclisteki etkin parti sayısı, devlet başkanının bütçe konusundaki kararname ve veto gücü ve ülkenin devlet şekli gibi unsurlar gözetilmiştir.

Anahtar Kelimler: Bütçe, Kuvvetler Ayrılığı, Kontrol-Denge Mekanizmaları, Başkanlık Sistemi, Yasamanın Güçlendirilmesi.

THE POSITION OF LEGISLATURE DURING BUDGET APPROVAL PROCESS IN PRESIDENTIAL SYSTEM IN COMPARATIVE LAW

Abstract

Legislative, executive and judicial powers are equipped with various constitutional rights or mechanisms in order to secure check and balance of powers. In this context, interaction between legislative and executive branches is remarkable. The earliest of these check and balance mechanisms between these powers is "the budget" which has maintained its existence since Magna Carta. However, the authority of the legislature to approve the budget, which was achieved as a result of long-standing efforts, has started to lose its significance in recent times.

Although the authority to approve the budget theoretically belongs to the legislative branch, this right cannot be used efficiently in parliamentary system because of the dominance of executive branch on the parliament. It is worth mentioning that the modification of budget during the approval or audit of budget are more likely in presidential system in comparison with parliamentary system. Since the probability of divided government is in the nature of presidential system. Nonetheless, when the role of powers on the process of approval of budget is examined, it can be seen that executive power is more effective in presidential system. Indeed, in some countries, legislative power has a quite limited authority on the approval of budget or president has the veto power on budget act. As a matter of fact, in these countries, veto power is combined with the authority to issue a presidential decree to avoid funding gap.

At this point, Turkey's position is remarkable. Counterintuitively, parliament has taken to a higher level on the matter of budget approval in comparison to parliamentary system era. However, this situation has not occurred with a constitutional authorisation; it has emerged naturally with the transition of presidential system of government. In other words, legislature could be more effective on budget approval during divided government. When the budget proposal has been brought to legislature controlled by the opposition, proposal can be amended completely by motions. At this stage, the President has no other choice than ratifying the budget act. Furthermore, the President has to acquiesce to the budged act due to the fact that regulation or amendment of budget act by presidential decree is not allowed according to constitution.

In this presentation, budget approval process in presidential systems has been examined in the context of comparative constitutional law. While comparing the approval processes, “equilibrium” point of view being often-ignored in literature, has been developed. In this respect, types of government system and political parties, election circle, the number of effective political parties in parliament, presidential veto and decree power on budget and forms of government by power structure have been dealt with.

Key Words: Budget Act, Separation of Powers, Check and Balance Mechanisms, Presidential System, Strengthening the Legislative.

7393 SAYILI KANUNLA MİLLETVEKİLİ SEÇİMİ KANUNU VE BAZI KANUNLARDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN DEMOKRATİK DEĞERİ

Doç. Dr. Abdulkadir YILDIZ
Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-6262-7090

Özet

Demokrasinin temel unsuru olan seçimler, nitelikleri yönüyle de demokrasinin standardını ortaya koymaktadır. Bu standart liberal demokrasi yönünde olabildiği gibi bundan sapma şeklinde de ortaya çıkabilir. Liberal demokrasi ise, diğer kurumlarıyla birlikte seçimlerin gerçek anlamda yarışmacı bir içerikte yapılmasını gerektirmektedir. Seçimlerin bahsedilen içeriği seçim sistemi tercihinin yanında seçim çevreleri, baraj ve seçimlerin yargısal denetimiyle ilişkilidir.

Bu bağlamda 7393 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle seçim barajının yüzde ondan yüzde yediye düşürülmesi demokratik bir gelişmedir. Bu durum aynı zamanda, temsilde adalet ilkesi ile de bağdaşmaktadır. Bu gelişmenin şüphesiz ülkemizdeki hükümet sistemi değişikliğiyle de yakından ilişkisi vardır. Hükümetin kurulmasının meclisle ilgili olmaması, istikrar olgusuna daha farklı şekilde yaklaşılabilmesini mümkün hale getirmiştir. Diğer bir değişiklik ittifakla ilgilidir. Partilerin ittifak yaparak seçime girebilmeleri 2018 yılındaki kanun değişikliği ile öngörülmüştü. Son değişiklik ise ittifakı oluşturan siyasi partilerin her birinin çıkaracağı milletvekili sayısının, her seçim çevresinde ittifak içinde elde ettiği oy sayısı esas alınarak genel d'Hondt uygulamasıyla belirlenmesini içermektedir. Siyasi partilerin seçimlere katılabilmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisinde grup kurmuş olmaları şartının kaldırılması yapılan diğer bir değişikliktir. Bundan böyle belli oranda teşkilatlanma suretiyle seçime katılabilme bu yöndeki tek gerekliliktir. İl seçim kurulu başkan ve üyeleri ile ilçe seçim kurulu başkanının en kıdemli olan yerine birinci sınıfa ayrılmış hâkimler arasından kura ile belirlenmesi ile sandık kuruluna üye bildirme hakkı olan bir partinin, oluru olmadan başka bir parti üyesini sandık kurulu üyesi olarak gösteremeyeceğinin düzenlenmesi yapılan diğer değişikliklerdir.

Anahtar Kelimler: Seçimler, Seçim Kanunu, Baraj, Seçim İttifakı, Seçimlerin Yargısal Denetimi.

DEMOCRATIC VALUE OF THE AMENDMENTS MADE BY LAW NO. 7393 WHICH IN THE LAW ON ELECTIONS OF PARLIAMENT AND OTHER LAWS

Abstract

Elections, which are the basic element of democracy, reveal the standard of democracy in terms of their qualities. This standard may be in the direction of liberal democracy, or it may appear as a deviation from it. Liberal democracy, on the other hand, is associated with holding elections in a truly competitive context, along with other institutions. The mentioned content of the elections is related to the election system preference, as well as the elements such as constituencies and thresholds, as well as the judicial review of the elections.

In this context, lowering the electoral threshold from ten percent to seven percent with the law numbered 7393 is a democratic development. This situation is also compatible with the principle of fair representation. Undoubtedly, this development is closely related to the change in the government system in Turkey. The fact that the establishment of the government was not related to the parliament made it possible to approach the stability phenomenon differently. Another change is about electoral alliance. It was regulated with the law change in 2018 that the electoral alliance could enter the elections. The last change includes the determination of the number of deputies to be issued by each of the political parties forming the alliance, by the general d'Hondt practice, based on the number of votes obtained in each constituency within the alliance. Another reform proposes the elimination of the condition for political parties to establish parliamentary groups to be able to run in elections. From now on, complete organizing a certain amount of the provinces is only requirement to take part in elections. Other reforms are the the chairman and members of the provincial election boards will be determined by drawing lots from among the judges allocated to the first class instead of the top senior judge in a district and that a party that has the right to notify a member to the ballot box committee cannot nominate another party member as a ballot box committee member without his consent.

Key Words: Elections, Election Law, Threshold, Electoral Alliance, Judicial Review Of Elections.

CEZA HUKUKU

E-POSTA DOLANDIRICILIĞINDA OLAĞANÜSTÜ İCRA HAREKETİ: OLTALAMA

Dr. Öğr. Üyesi Recep KAHRAMAN
Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-0991-9692

Özet

Malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında yer alan dolandırıcılık suçu; hileli hareket ile mağdurun aldatılarak yarar sağlanmasıdır. Dolandırıcılık suçunda icra hareketi; hileli davranışlarla failin bir kimseyi aldatmasıdır. Hilenin, aldatılan kişinin algılama yetisini, inceleme imkânını ortadan kaldırabilecek özelliği ihtiva etmesi gerekir. Hilenin, mağduru aldatmaya elverişli olup olmadığı, mağdurun içinde bulunduğu hale ve somut olaya göre belirlenmektedir.

Suçun faili, ekonomik ve ticari faaliyetlerin dönüşümüne bağlı olarak aldatma yöntemlerini değiştirebilmektir. E-posta dolandırıcılığında oltalama, muhatabı aldatma yöntemi olarak değerlendirilebilmektedir. Çalışmada, dijital suç kategorisinde olan e–posta dolandırıcılığının gerçekleştirilebilmesi adına bir icra hareketi olarak değerlendirilebilecek olan oltalamanın özelliği ve dolandırıcılık suçunun işlenebilmesi adına elverişliliği incelenmiştir. Çalışmanın amacı; oltalamanın, dolandırıcılık suçundaki elverişliliğini ortaya koyarak; bu yönteminin özellikle ticari ilişkilerdeki e-posta dolandırıcılığında kullanılabilirliğini görünür kılmaktır.

Oltalama, dijital yaşamın bilinen en tesirli saldırı türlerindendir. Bu saldırı türünde genel olarak mağdurun e-posta hesabına; hediye, maaş zammı, para ödülü, ücretsiz tatil gibi dikkat çekici gerçek olmayan iletiler gönderilerek kimlik bilgisi, parola veya benzeri özel bilgilerin temin edilmesi amaçlanır. Oltalama, doğrudan bir kurumu da hedef alabilmektedir. Amaç; seçilen mağdura ait özel bilgilerin veya finansal verilerin elde edilmesidir. Bu halde oltalama, mağdura göre kişiselleştirilerek hazırlanmaktadır. Fail, açık kaynakları kullanarak hedef aldığı şirketi araştırmakta, elde ettiği tüm bilgileri hilenin birer parçası olacak şekilde tasnif etmektedir.

Fail, oltalama yöntemi ile şirketin yönetici hesaplarından bir tanesini ele geçirir. Amaç; şirket bünyesinde finans konusunda görevlendirilmiş kişileri belirleyerek, bu kişilerin sipariş emri gibi gönderilerini

yakından izlemektir. Siparişlerin teslim edilme ya da borcun ödenme zamanına yakın bir tarihte, alacaklı şirketin alan adına çok benzer bir alan adı satın alınır. Alan adının seçiminde bir takım özel teknikler kullanılabilmektedir. Özellikle alacaklı şirketin alan adında «i» harfinin varlığı halinde, «i» harfinin yerine «l» harfinin yer aldığı alan adı satın alınmaktadır. Borçlu şirket personelini rahatlıkla aldatmak amacıyla, alacaklı şirketin alan adıyla benzer alan adı üzerinde, aynı ad soyad, ama alan adında "i" harfi yerine "l" harfi bulunan e-posta ile ödemenin gönderilmesinin istendiği banka hesap bilgisi paylaşılır. Borçlu şirket personelinin şüphe duymasını engellemek amacıyla alacaklı şirketin banka hesap bilgilerinin incelemeye alındığı belirtilip, gerçek olmayan şirkete ait banka hesabına ödemenin yapılması sağlanır.

Anahtar Kelimeler: Dolandırıcılık, E–Posta Dolandırıcılığı, İcra Hareketi, Oltalama, Hile.

EXTRAORDINARY EXECUTIVE ACT IN E-MAIL FRAUD: PHISHING

Abstract

Fraud, which is among the crimes against property; fraudulent act is to provide benefit by deceiving the victim. Executive act in the fraud; is the deception of the perpetrator with fraudulent acts. The deceit must include the feature that can eliminate the ability of the deceived person to perceive and examine. Whether the deceit is suitable for deceiving the victim is determined by the situation of the victim and the concrete case.

The perpetrator of the crime; is to change the methods of deception depending on the transformation of economic and commercial activities. Phishing can also be considered as a method of deceiving the victim in e-mail fraud. In the study, the feature of phishing, which can be considered as an executive act in order to carry out e-mail fraud, which is in the digital crime category, and its feasibility for committing the fraud have been examined. The aim of the study; by demonstrating the feasibility of phishing in the fraud; to make visible the usability of this method, especially in e-mail fraud in commercial relations.

Phishing is one of the most effective types of attacks known in digital life. In this type of attack, in general, the victim's e-mail account; It is aimed to provide identity information, password or similar private information by sending unremarkable, unrealistic messages such as gifts, salary increases, monetary rewards, free holidays. Phishing; it can also directly target an institution. Aim; obtaining private information or financial data of the selected victim. In this case, phishing is prepared by being personalized according to the victim. Perpetrator; it searches the targeted company using open sources, and classifies all the information it obtains as part of the deceit.

Perpetrator takes over one of the company's manager accounts with the phishing method. The aim is to identify the people assigned to finance within the company and closely monitor orders of these people. Close to the time of delivery of orders or payment of debt, a domain name very similar to the domain of the payee company is purchased. A number of special techniques can be used in the selection of the domain name. Especially in case of the existence of the letter "i" in the domain name of the creditor company, the domain name with the letter "l" instead of the letter "i" is purchased. In order to easily deceive the debtor company personnel, the bank account information to which the

payment is requested to be sent is shared via an e-mail with the same name and surname on the domain name of the creditor company, but with the letter "l" instead of the letter "i" in the domain name. It is also stated that the bank account information of the creditor company is examined in order to prevent the personnel of the debtor company from being suspicious. In this way, it is ensured that the payment is made to the bank account of the unreal company.

Keywords: Fraud, E-Mail Fraud, Executive Act, Phishing, Deceit.

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU MADDE 245/A: YASAK CİHAZ VEYA PROGRAMLAR

Dr. Öğr. Üyesi Emrah ÖZDEMİR
Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-2305-1292

Özet

Bu çalışmanın konusunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap, Üçüncü Kısım, Onuncu Bölüm'ünde "Bilişim Alanında Suçlar" başlığı altında 245/A maddesi ile düzenlenmiş olan "Yasak Cihaz veya Programlar" başlıklı suç tipi oluşturmaktadır. Söz konusu suç tipi, ülkemiz ceza hukuku mevzuatına 24.03.2016 tarih ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun (KVKK) 30 uncu maddesi ile dahil edilmiştir. Bu yasal düzenlemenin hukuki dayanağını ise 23.11.2001 tarihinde imzalanan ve 01.07.2004 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi (AKSS) (Budapeşte Sözleşmesi)'ne taraf olmanın getirdiği yükümlülükler oluşturmaktadır.

Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi, internet ve bilgisayar ağları aracılığı ile işlenen suçlara karşı devletlerin daha etkin şekilde mücadele etmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda sözleşmeye taraf olan ülkelerin maddi ceza hukuku kurallarının uyumlaştırılması, ulusal ceza muhakemesi hukuku kurallarına temel oluşturacak uluslararası muhakeme kurallarının yeknesaklaştırılması, uluslararası adli yardım ve işbirliğinin geliştirilmesi temel hedefler olarak belirlenmiştir. Sözleşme niteliği itibariyle küresel düzeyde etki gücüne sahip önemli bir hukuki belgedir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'ni 10.11.2010 tarihinde Strazburg'da imzalamıştır. 22.04.2014 tarihli uygun bulma kanunu ile sözleşme "Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi" resmi tercüme ismi ile onaylanarak aynı yıl iç hukukta yürürlüğe konulmuştur.

Sözleşme'nin 6 ncı maddesi taraf devletlere bilişim suçlarının işlenmesi amacıyla gerçekleştirilen bazı hukuka aykırı ve kasıtlı fiilleri suç olarak düzenleme ve cezai yaptırıma bağlama yükümlülüğü getirmiştir. Bu fiiller; sözleşmenin ikinci ve beşinci maddeleri arasında düzenlenen bilişim suçlarından herhangi birinin işlenmesi amacıyla "yasak cihaz, bilgisayar programı, erişim şifresi, erişim kodu veya benzeri verileri bulundurma, üretme, satma, kullanma amacıyla tedarik etme, ithal etme, dağıtma veya başka bir şekilde erişilebilir hale getirme" olarak belirlenmiştir.

Bu çalışmada, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 245/A maddesinde düzenlenen "Yasak Cihaz veya Programlar" başlıklı suç tipi suçun yapısal unsurları (tipiklik unsuru ve hukuka aykırılık unsuru), özel işleniş biçimleri (teşebbüs, iştirak, içtima), yaptırım tür ve miktarı konu başlıkları çerçevesinde değerlendirme konusu edilecektir. Suç tipinin, Sözleşmenin belirlediği standartlar ile uyumu ilgili başlıklar altında ayrıca ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Bilişim Suçları, Siber Suçlar, Yasak Cihaz veya Programlar, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi, Bilişim Sistemi Güvenliği.

TURKISH CRIMINAL CODE NO. 5237 ARTICLE 245/A: PROHIBITED DEVICE OR PROGRAMS

Abstract

The subject of this study is the type of crime which titled "Prohibited Devices or Computer Programs" regulated with article 245/A under the titled "Crimes Related to Data Processing Systems" in the Volume II, Third Part, Tenth Chapter of the Turkish Penal Code No. 5237. This type of crime has been included in our country's criminal law legislation with Article 30 of the Personal Data Protection Law No. 6698 dated 24.03.2016. The legal basis of this regulation is the obligations of being a party to the Convention on Cybercrime (ETS No.185) (Budapest Convention on Cybercrime) which was signed on 23.11.2001 and entered into force on 01.07.2004.

Convention on Cybercrime (ETS No.185) aims to enable states to fight more effectively against crimes committed through the internet and computer networks. In this context, harmonization of the substantive criminal law rules of the countries that are party to the Convention, to uniformize the rules of international procedure that will form the basis of the national criminal procedure law rules, the development of international judicial assistance and cooperation have been determined as the main objectives. The Convention is an important legal document with global effects due to its feature. The State of the Republic of Turkey signed the Convention on Cybercrime (ETS No.185) on 10.11.2010 in Strasbourg. With the approval law dated 22.04.2014, the Convention was approved with the official translation name of "Contract on Crimes Committed in the Virtual Environment" and entered into force in the same year in the field of domestic law.

Article 6 of the Convention necessitates to the states parties to regulate a number of illegal and intentional acts performed for the purpose of committing cyber crimes as a type of crime and penalize. These acts for the purpose of committing any of the cyber crimes regulated between the second and fifth articles of the Convention; possession, production, sale, supply for the purpose of use, import, distribution or otherwise making available of prohibited device, computer program, access password, access code or similar data.

In this study, the crime named "Prohibited Devices or Computer Programs" regulated in article 245/A of the Turkish Penal Code No. 5237

will be analyzed within the framework of the the structural elements of crime, special appearance forms of crime, type and amount of sanction. The compatibility of the type of crime with the standards determined by the Convention will be discussed separately under the relevant headings.

Keywords: IT Crimes, Cybercrimes, Prohibited Devices or Computer Programs, Convention on Cybercrime, Information System Security.

OVER-SHARENTING

Dr. Öğr. Üyesi Ezgi CANKURT
Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-3869-3290

Özet

Yetişkinler kişisel verilerini paylaşırken rıza gösterilmesi gerektiği ön kabulü ile hareket eder. Sadece kendilerinin olmadığı, farklı birilerinin de aynı fotoğraf karesinde veya videoda bulunması durumunda; mahremiyet haklarının varlığını kabul etmekte ve rıza istemektedir. Benzer bir durum çocuklarla ilgili olduğunda ise, paylaşımlar art arda yapılabilmektedir. Çünkü paylaşım izni vermesi gereken ilgili, paylaşım yapan ebeveynlerdir, bu nedenle de ilk bakışta herhangi bir hukuksal sorun bulunmamaktadır. Ancak hepimizin olduğu gibi, çocukların da dijital ayak izleri vardır. Günümüzde sosyal medya platformlarının sayısının ve kullanımının artması, çocukların dijital dünyadaki haklarının sınırlarının tespitini zorunlu kılmaktadır. Çocuğa ilişkin kamu ve özel hukuk kapsamındaki hukuksal sorunlarda en önemli ilke, "çocuğun üstün yararı"dır ve sosyal medya paylaşımlarında da "çocukların birincil koruyucusu" olan ebeveynler tarafından bu paylaşımların gerekliliği ve olası zararları değerlendirilmelidir.

Sosyal medyanın güncel sorunlarından biri haline gelen, "over-sharenting" olgusu başta Çocuk Hakları Sözleşmesi olmak üzere çocuğun insan hakları kapsamında değerlendirilmelidir. Over-sharenting, ebeveynlerin çocuklarına ilişkin esasında kişisel verilerinden olan fotoğraf ve videolarının sosyal medyada aşırı paylaşılması olarak tanımlanmaktadır. Çocuk fotoğraflarının sosyal medyada paylaşılması, çocuğa dair korunması gereken hukuksal değerlerin özel hayattan çıkartılarak kamusal alana taşınmasına sebep olmaktadır. Çocuğun mahremiyet hakkı, kişisel verilerinin korunması gerekliliğinin göz ardı edilmesinin farklı tehlikeleri de bulunmaktadır. Hashtag kullanarak gerçekleştirilen bir paylaşımın ulaşılabilirliği, izinsiz kaydedilebilme kolaylığı sağlayacağı için çevrimiçi işlenebilecek suçları da kolaylaştırabilmektedir. Çocuğun özerkliği hakkı ve unutulma hakkı açısından da büyük sorunları beraberinde getirmektedir. Kendisini çevrimiçi ortamlardan uzak tutmak istese de, kendisinin rızası olmaksızın paylaşılan verileri sosyal medyada var olmaya devam edecektir. Çocuğun çevrimiçi olarak yaşamının paylaşılması; nerede ikamet ettiği, okulu vs. hakkında çok fazla kişi tarafından ulaşılabilecek bilgileri de vermektedir.

Ebeveynlerin günlük hayatta bilgisini vermeyeceği konuları; milyonlara ulaşan bir paylaşımla, kamusal alanda etmesi tehlikesiz midir? Böylelikle çocukların okuduğu okulun adresine kolaylıkla ulaşılabilmekte, hatta grup fotoğrafı paylaşılmış ise; başka çocukların verileri ebeveynlerinin izni olmadan sosyal medyada paylaşıma açılmaktadır. Çocukların mahremiyet hakkı günlük hayatta korunurken, sosyal medyada ise tam tersi bir yaklaşımla aşırı derecede ihlal edilme eğilimindedir. Bu gibi tehlikeler, over-sharenting olgusunun kamu hukuku -özellikle ceza hukuku- bakımından etkilerinin değerlendirilmesini önemli hale getirmiştir.

Anahtar Kelimeler: Over-Sharenting, Çocuğun Dijital Hakları, Mahremiyet Hakkı, Dijital Ayak İzi, Unutulma Hakkı.

OVER-SHARENTING

Abstract

Adults act with the pre-acceptance that consent is required when sharing their personal data.In the event that they are not alone, and other people are in the same photo frame or video; accepts the existence of privacy rights and asks for consent.When a similar situation is related to children, sharing can be done one after the other.Because it is the parents who are involved and sharing that must give permission to share, so there is no legal problem at first glance. But like all of us, children have digital footprints. Today, the increase in the number and use of social media platforms necessitates the determination of the limits of children's rights in the digital world. The most important principle in legal problems within the scope of public and private law regarding the child is the "best interest of the child" and the necessity and possible harm of these shares should be evaluated by the parents, who are the "primary protectors of children" in social media posts.

On the other hand, the phenomenon of "over-sharenting", which has become one of the current problems of social media, has made it necessary to deal with the human rights of the child in the Convention on the Rights of the Child. Over-sharenting is defined as excessive sharing of photos and videos of parents about their children on social media, which is essentially their personal data. Sharing children's photos on social media causes the legal values that need to be protected about the child to be removed from private life and transferred to the public sphere. There are different dangers of ignoring the child's right to privacy and the need to protect their personal data. Considering the accessibility of a share made using hashtags, it brings with it the fact that they can be recorded without permission, and it can also facilitate crimes that can be committed online. It also brings with it major problems in terms of the child's right to autonomy and the right to be forgotten. Although he wants to keep himself away from online environments, his data shared without his consent will continue to exist on social media. Sharing the child's life online; It also gives information about where he lives, his school, etc. that can be reached by many people.

The subjects that parents will not be informed about in daily life; With a sharing reaching millions, is it safe to do so in the public arena? In this way, the address of the school the children attend can be easily reached, and even if the group photo is shared; data of other children are shared

on social media without the consent of their parents. While children's right to privacy is protected in daily life, it tends to be excessively violated in social media with the opposite approach. Such dangers have made it important to evaluate the effects of over-sharenting in terms of public law, especially criminal law.

Keywords: Over-Sharenting, Child's Digital Rights, Right to Privacy, Digital Footprint, Right to Be Forgotten.

HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU BAKIMINDAN WHATSAPP KAYITLARININ BOŞANMA DAVASINDA DELİL OLARAK KULLANILMASI

Arş. Gör. Fatma Dilan TOPUZ
İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-7872-1823

Özet

Anayasanın "kişilik hakları ve ödevleri"ni düzenleyen ikinci bölümünde "özel hayatın gizliliği ve korunması" başlığı altında, özel hayatın gizliliği (Ay. m. 20), konut dokunulmazlığı (Ay. m. 21) ve haberleşme hürriyeti (Ay. m. 22) hakları düzenlenmiş ve bu haklara müdahalenin sınırları belirlenmiştir. Devlet, yalnızca bu hakları tanımak ve buna müdahale etmekten kaçınmakla bu yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaz. Aynı zamanda bireyler tarafından özel hayata saygı gösterilmesini sağlayacak ve bu haklara yönelen saldırıları önleyecek tedbirleri de almalıdır.

Bireyin korunması gereken özel hayatının önemli kısımlarından birini de haberleşme özgürlüğü oluşturur. Birey, özgür bir şekilde ve kimsenin müdahale etmeyeceğine inanarak çeşitli haberleşme yollarını kullanabilmelidir. Nitekim, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesinde düzenlenen "haberleşmenin gizliliğini ihlal" suçu da bireylerin haberleşme hürriyetini korumaktadır.

Uygulamada bu suçun sıklıkla tartışma konusu yapıldığı bir durum, boşanma davası sırasında ortaya konulan bazı delillerin sonradan ilgili tarafça haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu bakımından şikayet konusu yapılması olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de somut birçok boşanma davasında kendisine karşı sadakat yükümlülüğünün ihlal edildiğini iddia eden taraf, bu durumu ispatlayabilmek maksadıyla eşinin sosyal medya mesajlaşmalarını ondan habersiz ve hukuka aykırı şekilde elde etmekte ve bu eyleminden dolayı sonradan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu (TCK m. 132) işlediği gerekçesiyle ceza soruşturması/kovuşturmasına maruz kalabilmektedir. Üstelik boşanma davalarında, boşanma sebebini ispata yönelik sunulan delillerin elde edilmesi ihtimalinin çoğu zaman kolay olmadığını da göz önüne aldığımızda özellikle aldatılan eşin, delil elde etmek amacıyla hukuki olmayan yollara başvurması keyfiyeti birçok somut olayda karşımıza çıkmaktadır.

Bu tarz delillerin kullanılması boşanma davalarını gören aile

mahkemelerinde hukuken bir sorun teşkil etmez iken, ceza yargılamasında ise bu delili kullanan tarafın haberleşmenin gizliliğini ihlal suçundan sorumluluğunu doğurabilmektedir.

Biz de çalışmamızda her iki yargı alanını da ilgilendiren bu tartışma bakımından konunun uygulamada nasıl çözüme kavuşturulduğu, yüksek mahkemelerin bu alana ilişkin kararlarını, mahkemelerce getirilen çözümlerin mevcut düzenlemelerle çatışıp çatışmadığını irdeleyeceğiz. Hukuk güvenliği ve hukukun birliği ilkesi gereğince, yargı kolları arasında aynı konuya ilişkin farklı yaklaşımların olmaması adına yeri geldiğinde çözüm önerilerimizi de sunmaya çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, Hukuka Aykırı Delil, Boşanma Davası, sosyal medya, mesaj içerikleri.

USING WHATSAPP RECORDS AS EVIDENCE IN THE DIVORCE SUIT FOR THE CRIME OF VIOLATION OF CONFIDENTIALITY OF COMMUNICATIONS

Abstract

In the second part of the Constitution, which regulates "personal rights and duties", under the title of "privacy and protection of private life", the rights to privacy of private life, inviolability of home and freedom of communication are regulated and the limits of interference with these rights are determined. The state does not fulfill this obligation by simply recognizing these rights and refraining from interfering with them. At the same time, it should take measures to ensure respect for private life by individuals and to prevent attacks on these rights.

Freedom of communication constitutes one of the important parts of an individual's private life that must be protected. The individual should be able to use various means of communication freely and believing that no one will interfere. As a matter of fact, the crime of "violating the confidentiality of communication" regulated in Article 132 of the Turkish Penal Code No. 5237 also protects the freedom of communication of individuals.

In practice, a situation where this crime is frequently discussed is the fact that some of the evidence revealed during the divorce case is subsequently filed by the relevant party in terms of the crime of violating the confidentiality of communication. Indeed, in many concrete divorce cases, the party claiming that his duty of loyalty to himself has been violated, in order to prove this situation, obtains his wife's social media messages unknowingly and unlawfully, and due to this act, he is subsequently punished for committing the crime of violating the confidentiality of communication (Article 132 of the TCK). may be subject to investigation/prosecution. Moreover, when we consider that the possibility of obtaining the evidence presented to prove the reason for divorce in divorce cases is often not easy, the fact that the cheated spouse resorts to illegal means in order to obtain evidence emerges in many concrete cases.

While the use of such evidence does not constitute a legal problem in family courts that hear divorce cases, in criminal proceedings, the party using this evidence may be liable for the crime of violating the confidentiality of communication.

In our study, we will examine how the issue was resolved in practice in terms of this debate, which concerns both jurisdictions, the decisions of the high courts in this area, and whether the solutions brought by the courts conflict with the existing regulations. In accordance with the principle of legal security and unity of law, we will try to offer solutions when appropriate, in order that there are no different approaches on the same issue among the judicial branches.

Keywords: Crime Of Violation Of Confidentiality Of Communication, Unlawful Evidence, Divorce Case, Social Media, Message Contents.

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ SAVCILIĞININ GÖREV VE YETKİLERİ

Dr. Öğr. Üyesi İlhan BULUT
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-1246-7137

Özet

Roma Statüsü ile kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) 2002 yılında ilk daimi uluslararası ceza mahkemesi olarak göreve başlamıştır. UCM savcılığı, mahkemenin en önemli organlarından biridir. Savcılığın sahip olduğu yetkiler kuruluş sürecinde en çok tartışılan konulardan biri olmuştur. Sonuç olarak devletler hassas bir kontrol ve denge üzerine kurulan bir soruşturma mekanizması üzerinde anlaşmışlardır. Fakat bu mekanizmanın getirdiği sınırlamalar nedeniyle UCM savcısının bağımsızlığı ve etkinliği konusunda önemli sorunlar bulunmaktadır.

UCM Savcılık Ofisi'nin görev ve yetkileri Roma Statüsü'nün 42. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasında Savcılık Ofisinin bağımsızlığı vurgulanmaktadır. Bu bağımsızlık hem Mahkeme dışı kaynaklara hem de Mahkeme'nin diğer organlarına karşı olmalıdır.

UCM savcısının en önemli görevi soruşturma aşamasında ortaya çıkmaktadır. Bu aşamada savcı önce bir ön soruşturma yapacaktır. Savcı elindeki verilerin söz konusu fiiller hakkında soruşturma açılmasına "makul bir temel" oluşturacak ciddilikte olduğuna karar verirse soruşturma açmak için Ön Yargılama Dairesinden izin almak zorundadır (resen başlatılan soruşturmalar için). UCM Savcısı şüphelinin suçu işlediğine ilişkin makul nedenlerin olduğuna karar verirse Ön Yargılama Daire'sinden tutuklama emri veya celpname çıkarılmasını talep edecektir. Şüpheli duruşma için hazır edildikten sonra Ön Yargılama Dairesi bir duruşma yaparak suçlamalar hakkında bir karar verecektir.

Savcılık ayrıca yargılama aşamasında iddia makamı olarak görev yapar ve hüküm kurulduktan sonra hükmü temyiz etme hakkına sahiptir.

UCM Savcılığı tarafından bir fiilin soruşturulabilmesi için "tetikleme mekanizması" tarafından harekete geçirilmesi gerekmektedir. Bu mekanizma; bir taraf devletin başvurusuyla, BM Güvenlik Konseyi'nin başvurusuyla veya savcının resen soruşturma kararı alması ile harekete geçebilir.

UCM savcısı bir olay ile ilgili ilk incelemesinde iddia edilen suçların özellikle yer, zaman, kişi ve konu bakımından Mahkemenin yargılama yetkisine girip girmediğini tespit etmek zorundadır. UCM Savcısı ayrıca iddia edilen suçları kabul edilebilirlik şartları ve "*tamamlayıcılık kuralı*" açısından değerlendirme yapmak zorundadır.

Temel özellikleri belirtilen UCM Savcısının yetki ve görevleri çok hassas bir mekanizma çerçevesinde belirlenmiştir. Bu mekanizma çeşitli durumlarda UCM savcısının görevini etkin bir şekilde yürütmesine de engel teşkil edebilecektir. Bunun yanında şüphelilerin yakalanması ve tutuklanması konusunda uygulamada önemli sorunlar yaşanmaktadır. UCM savcılığı ile ilgili en tartışmalı konulardan biri de savcının hangi vakaları veya kişileri soruşturacağı noktasında sahip olduğu takdir yetkisidir.

Bu bildiride de bu kurum ile ilgili teorik bilgiler ve temel tartışmalar verilecek ve somut örnekler çerçevesinde uygulamadaki duruma değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Daimi Uluslararası Ceza Mahkemesi, Uluslararası Ceza Hukuku, Roma Statüsü, Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısı, Ön Yargılama Dairesi.

THE POWER AND DUTIES OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURT PROSECUTION OFFICE

Abstract

International Criminal Court (ICC) established by Roma Statute started to work in 2002 as the first permanent international criminal court. The Prosecutor Office of ICC is one of the most important organs of the Court. The powers of the Prosecutor's office have been one of the most controversial issues in the establishment process. Eventually, states have agreed on a mechanism established on a sensitive check and balances system of investigation. However, due to the limitations imposed by this mechanism. there are significant problems with the independence and effectiveness of the ICC Prosecutor.

The power and duties of the ICC Prosecution Office are regulated in article 42 of the Rome Statutes. In the first paragraph of this article, the independence of the Prosecution Office is emphasized. This independence must be against both non-Court sources and other organs of the Court.

The most important duty of the ICC prosecutor arises during the investigation phase. At this stage, the prosecutor will conduct a preliminary investigation first. If the prosecutor concludes that the information he or she has is serious enough to provide a "reasonable basis" for an investigation, he must seek permission from the Pre-Trial Chamber to open an investigation (for the investigations initiated *proprio motu*). If the evidence establishes reasonable grounds to believe a person is responsible for a crime, the ICC Prosecutor will request the Pre-Trial Chamber to issue a summons or arrest warrant. Once the suspect is ready for trial, the Pre-trial Chamber will hold a hearing and make a decision on the charges.

The prosecutor also fulfils the duty of the prosecution during the trial phase and has the right to appeal the verdict of the Court.

In order to investigate an act, the ICC Prosecutor's Office must be activated by the "trigger mechanism". This mechanism can be activated by a referral of a state party, by UN Security Council or by the ICC Prosecutor *proprio motu.*

In its initial investigation of an incident, the ICC prosecutor must determine whether the alleged crimes fall under the jurisdiction of the Court, especially in terms of temporal, territorial, personal and subject

matter. Additionally, the ICC prosecutor has to assess the alleged crimes in terms of admissibility and "*complementary rule*".

The powers and duties of the ICC Prosecutor are determined within the framework of a very sensitive mechanism. This mechanism may also prevent the ICC prosecutor from carrying out his duties effectively in various situations. Additionally, there are serious problems in practice with the arrest of the suspects. One of the most controversial issues with the ICC prosecutor is the discretion of the prosecutor to decide which cases or persons to investigate.

In this paper, theoretical information and basic discussions about this institution will be given and the situation in practice will be discussed within the framework of concrete cases.

Key Words: The Permanent International Criminal Court, Internatioanl Criminal Law, Rome Statute, Internatioanal Criminal Court Prosecutor, Pre-Trial Chamber.

KİŞİNİN KENDİNİ SUÇLAMAYA ZORLANAMAMASI (*NEMO TENETUR*) İLKESİ MÜDAFİYE YALAN SÖYELEME HAKKI TANIR MI? Ceza Adaleti Etiği Çerçevesinde Bir Değerlendirme

Dr. Öğr. Üyesi Özgür TAŞDEMİR
Ankara Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu
ORCID ID: 0000-0001-5327-1822

Özet

Ceza adaleti söz konusu olduğunda her müdafinin kendisine yöneltmesi gereken, ceza adaleti etiği bağlamında yaşamsal bir soru vardır: *"Hangi araçla olursa olsun (by fair means or foul), müvekkilimi beraat ettirmek veya daha az ceza almasını sağlamak zorunda mıyım?"* Bu soruya verilen yanıt olumluysa, bu araçlar arasında "yalan" ve "yanıltma" hangi konumda bulunmaktadır? Bu doğrultuda ceza adaleti etiğine ilişkin önemli bir sınır çizgisi ve aynı zamanda ceza muhakemesinin ilkelerinden biri olan "kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması (*nemo tenetur*) ilkesi" karşımıza çıkar. Anayasanın 38/5'inci maddesinde yer alan bu ilke, susma hakkını ve kendi aleyhine delil göstermeye zorlanma yasağını içerir. Bu ilkeyle sanığın kendisine sorulan sorular karşısında gerçeği söylemek yükümlülüğünün varlığı sorgulanmıştır. Öğretinin geneli, kimliğiyle ilgili kendisine yöneltilen sorular dışında, sanığın yalan beyanda bulunmasının -üçüncü kişileri etkilemedikçe- suç sayılamayacağı düşüncesini benimser. Çalışmada yanıtını arayacağımız ilk soru, sanığın kendisini savunurken kullanacağı yalanlarının kurgusuna ve kullanımına, hukuksal bilgisiyle müdafin katılıp katılamayacağıdır. Kanımızca, bu durumun ilk elde bir meslek etiği ihlali oluşturacağı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken çalışmada, ceza adaleti etiği açısından savunmanın sınırları ve -aşırı- tarafgir müdafilik (*zealous advocacy*) incelenecektir.

Yanıtını arayacağımız ikinci soruysa, sanığın yalanlarının, üçüncü bir kişiye değil de mağdurun veya suçtan zarar görenin kendisine ya da hatırasına yönelmesinin, savunma hakkının sınırları çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Her iki soruya da olumlu yanıt vermek olanaklı değildir. Zira, "*yalan, hile, tasni «savunma aracı» olamaz*." Dikkat çekmek gerekir ki Türk Ceza Kanunu'nun "*iddia ve savunma dokunulmazlığı*" başlıklı 128'inci maddesi, kişilerle ilgili isnadın "gerçek ve somut vakıalara dayanmasını ve uyuşmazlıkla bağlantılı" olmasını aramaktadır. Bu "haber verme hakkı" ile kıyaslanabilir ve

sanıktan görünürdeki somut gerçekliğe dayanmasının beklenmesi yeterli görülebilir. Buna karşın, yalan çok daha farklıdır; "doğru olandan" kasten sapılmasını, yanıltmayı açıklar. Dolayısıyla yapılan savunma gerçek ve somut vakıalara dayanmıyorsa hakaret suçunun oluşabileceği savlanabilir. Bu sınırlar aşıldığında, şartları bulunduğu takdirde, iftira (TCK md. 267), suç uydurma (TCK md. 271), kişinin hatırasına hakaret (TCK md.130) suçlarının da oluşabileceğini ileri sürmek olanaklıdır.

Anahtar kelimeler: Ceza Adaleti Etiği, Savunma Hakkı, Nemo Tenatur, Müdafi, Yalan.

DOES THE PRINCIPLE THAT NO MAN IS BOUND TO ACCUSE HIMSELF (NEMO TENETUR) GIVE RIGHT TO LIE TO DEFENCE COUNSEL
An Evaluation Within the Framework of Criminal Justice Ethics

Abstract

One of the vital questions of criminal justice ethics that every lawyer should ask himself is "By fair means or foul, do I have to get my client acquitted or get a lesser sentence?" If the answer to the question is positive, then we may ask which position do "lie" and "deception" occupy among these tools? In this direction, one of the principles of criminal procedure, "the principle of not being forced to blame oneself (*nemo tenetur*)" emerges. This principle includes the right to remain silent and forbids being compelled to incriminate oneself. With this principle, the existence of the defendant's obligation to tell the truth has been questioned. The general teaching adopts the idea that it is not a crime for the accused to make false statements unless it affects third parties, and it is asked about his identity. The first question we will seek to answer in this study is whether the defense counsel, with his legal knowledge, may use the lies that the accused will use while defending himself and take part in the creation of this deceptive fiction. According to my opinion, at first hand, it should be evaluated that this will constitute a violation of professional ethics. While making this evaluation, I will examine the limits of defense and zealous advocacy in terms of criminal justice ethics.

The second subject of inquiry is whether the accused's lies are directed to the victim or the deceased's memory rather than a third party. How should it be evaluated within the limits of the right of defense? It is not possible to give an affirmative answer to both questions. Because "lie, cheating, fabricated statements cannot be a "defensive tool". It should be noted that the 128th article of the Turkish Penal Code titled "Immunity of Accusation and Defence", seeks for the accusation of persons to be "based on real and concrete facts and related to the dispute". This can be compared to the "freedom to impart information". So defence counsel should depend on an ostensible material fact. However, lying is very different; It explains the deliberate deviation from the "truth", willful deception. Therefore, if the defense is not based on real and material facts, it can be argued that the crime of insult may occur. It is possible to argue that when these limits are exceeded, Calumny (TCK art.267),

Fabricating an Offence (TCK art.271), and Insulting the Memory of a Person (TCK art.130) may occur if they met the conditions.

Keywords: Criminal Justice Ethics, The Right to a Defence, Defence Counsel, Nemo Tenatur, Lie.

SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE MÜDAFİİN SORUŞTURMA DOSYASINI İNCELEME YETKİSİ VE SORUŞTURMANIN GİZLİLİĞİNİN İHLALİ SUÇU

Arş. Gör. Özge Ceren YAVUZ KILIÇ
Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-0139-3999

Özet

Avukatlar yerine getirdikleri görev nedeniyle sır saklama yükümlülüğü altındadır. Şüpheli veya sanığın ceza yargılamasında savunmasını gerçekleştiren avukat olan müdafi de dolayısıyla aynı şekilde sır saklamakla yükümlüdür. Müdafi, sır saklama yükümlülüğü kapsamında, görevini yerine getirirken gerçekleştirdiği suç teşkil eden kimi hareketler dolayısıyla görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanır ve cezai olarak sorumlu tutulmaz. Bu kapsamda, müdafi sır saklamakla yükümlü olması nedeniyle görevinin gereğini yerine getirdiği için kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu ile tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçundan cezalandırılmaz. Ancak müdafiin bu yükümlülüğü ona suç delillerini yok etme, gizleme ve değiştirme ile suçluyu kayırma yetkisi vermeyeceği için müdafiin bu yöndeki eylemlerinden sorumlu olacağı açıktır. Zira müdafiin bu anlamda yapması gereken sır saklama yükümlülüğü gereği bildiklerini açığa vurmamakla sınırlıdır. Bu sebepledir ki Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 46'ncı maddesine göre müdafi, şüpheli veya sanığın rızası olsa dahi tanıklık yapamamaktadır. Yine aynı gerekçeyle, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153'üncü maddesi uyarınca soruşturma dosyasını inceleme ve belgelerden örnek alma yetkisi bulunan müdafiin, bu yetkisini kullanarak öğrendiği bilgileri açıklamaması da gerekir. Müdafi bu bilgileri sadece savunma için kullanmalıdır. Çünkü soruşturma evresindeki usul işlemleri kural olarak gizlidir. Zira şüphelinin lekelenmeme hakkı ve masumiyet karinesinin korunması ancak bu şekilde mümkündür. Öte yandan, soruşturmanın sağlıklı şekilde yürütülerek amacına ulaşması da soruşturmanın gizliliğinin korunması ile sağlanacaktır. Ancak şüphelinin savunma hakkını kullanabilmesi için soruşturma evresindeki gizliliğin savunmaya karşı ileri sürülmesi kural olarak beklenemez ve buradaki gizlilik aslında kamuya karşıdır. Müdafiin soruşturma evresindeyken dosya inceleme yetkisini kullanarak vakıf olduğu bilgileri açıklamak suretiyle bu gizliliği ihlal etmesi ise hem sır saklama yükümlülüğüne aykırı olacaktır hem de Türk Ceza Kanunu'nun 285'inci maddesinin

birinci fıkrasında düzenlenen soruşturmanın gizliliğinin ihlali suçunu oluşturacaktır. Müdafiin bu yöndeki bir hareketi görevin gereklerini yerine getirmekten uzak olacağı için, görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanması mümkün değildir. Bilakis, bu suçun bir kamu görevlisi olarak nitelendirilebilen avukat tarafından yerine getirdiği görevin sağladığı kolaylıktan faydalanılarak işlenmesi Türk Ceza Kanunu'nun 285'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, suçun daha fazla ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli şeklini teşkil etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Müdafi, Sır Saklama Yükümlülüğü, Dosya İnceleme Yetkisi, Soruşturmanın Gizliliği İlkesi, Soruşturmanın Gizliliğinin İhlali Suçu.

THE AUTHORITY OF DEFENSE COUNSELOR TO EXAMINE THE INVESTIGATION FILE WITHIN FRAMEWORK OF THE CONFIDENTIALITY OBLIGATION AND BREACH OF INVESTIGATIONS CONFIDENTIALITY CRIME

Abstract

Attorneys are under confidentiality obligation due to their duties. Consequently, a defense counselor, an attorney who carries out the defense of a suspect or an alleged in criminal proceedings, is also under the confidentiality obligation. In the context of confidentiality obligation, defense counselors benefit from the justification of fulfilling the requirements of the duty and are not held criminally liable due to some of their acts which might constitute a crime when they fulfill their duty. Within this scope, due to the defense counselors having to behave accordingly to the confidentiality obligation, thus fulfilling their duty and for what they do is necessary they will not be liable under the crime of public officials not reporting a crime and nor will be penalized for the crime of failure to inform regarding an arrested or convicted person or evidence of an offence. However, since this obligation of the defense counselors does not give them the right to destroy, hide and change the evidence of the crime and to protect the offender, it is clear that the defense counselors will be responsible for their actions towards the mentioned directions. In this context, according to the confidentiality obligation, what defense counselors are supposed to do is limited to not revealing the information they know. For this very reason, according to Article 46 of the Criminal Procedure Code, the defense counselors may not testify even if the suspect or alleged consents. Again for the same reason, the defense counselors, who are authorized to examine the investigation file and take samples from the documents in accordance with Article 153 of the Criminal Procedure Code, should not reveal the information they learned through the mentioned authorization. Defense counselors should use this information only for defense purposes, due to the procedural proceedings in the investigation stage are confidential as a rule. Because the suspect's right not to be labeled and the presumption of innocence may be preserved only by this way. On the other hand, the proper conduct of the investigation and the achievement of its purpose will be ensured by protecting the confidentiality of the investigation. However, in order for the suspects to use their right to defense, it cannot be expected as a rule that confidentiality during the investigation stage

should be asserted against the defense, and the confidentiality here is actually against the public. The violation of confidentiality through revealing the information they learned during the investigation stage by using the right to examine the file, will both breach the confidentiality obligation and constitute the crime of breaching the confidentiality of investigation that regulated in the first paragraph of Article 285 of the Turkish Penal Code. Since such an action by the defense counselors in this direction will be far from fulfilling the requirements of the duty, it is not possible to benefit from the justification of fulfilling the requirements of the duty. On the contrary, the commission of the mentioned crime by the lawyers, who can be described as a public official, by making use of the convenience of their duty, constitutes a qualified form of the crime that requires more penalizing, in the fourth paragraph of Article 285 of the Turkish Penal Code.

Key words: Defense Counselor, Confidentiality Obligation, Authority Of Examine The Investigation File, Rule Of Investigations Confidentiality, Breach Of Investigations Confidentiality Crime.

CEZA HUKUKUNDA GENEL KABUL GÖREN "HUKUKUN BİR DALI BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRI OLAN FİİL, ZORUNLU OLARAK HUKUKUN DİĞER DALLARI BAKIMINDAN DA HUKUKA AYKIRIDIR" ÖNERMESİNE ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

Arş. Gör. Hasan İba
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-2330-7190

Özet

Türk öğretisinde suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olarak genel kabul gören -bizim aksini savunanı tespit etmediğimiz- görüşe göre, *bir fiil bir hukuk dalında hukuka aykırı ise, zorunlu olarak diğer hukuk dalları bakımından da hukuka aykırıdır*. Bu önermenin, hukuk düzeninin birliği ve bütünlüğü ilkesinin bir gereği olduğu ileri sürülmektedir.

Hukuk, normların bağımsız ve rastgele bir araya geldiği kaotik bir sistem değildir. Hukukun temel fonksiyonu davranışlara rehber olmadır. Hukukun bu fonksiyonunu yerine getirilebilmesi için aynı davranışın bir hukuk dalına göre hukuka uygun, diğerine göre hukuka aykırı olmaması gerekir. Dolayısıyla biz üzerinde hemfikir olunan önermenin arka planındaki düşünceye katılıyoruz. Katılmadığımız; hukukun birliği ve bütünlüğü ilkesini ortaya koymak için ileri sürülen önermenin kendisidir. Bize göre, hukukun birliği ve bütünlüğü ilkesi ile uyumlu olan önerme şudur: *Hukukun bir dalında hukuka uygun olan bir fiil, hukukun diğer dalları bakımından da hukuka uygundur.*

Hukukun bir dalında hukuka aykırı olan bir fiil, zorunlu olarak diğer hukuk dalları bakımından da hukuka aykırı olmaz. Parçadaki (bir hukuk dalı) eksiklik, bütünde de (hukuk düzeni) eksiklik anlamına gelir; fakat parçadaki bir eksiklik zorunlu olarak başka bir parçada eksiklik manasına gelmez. Hukukun bir dalında hukuka aykırılıktan söz ediliyorsa, o hukuk dalına özgü yaptırımların uygulanması gerekir. Ceza hukuku özelinde ifade edecek olursak, kopya çekmeye teşebbüs eden bir öğrencinin idare hukuku bakımından hukuka aykırı olan fiilinin ceza hukuku bakımından da hukuka aykırı olduğu ileri sürülürse, akla bu fiilin hangi suçu oluşturduğu sorusu gelmektedir.

Bir hukuk dalına göre hukuka aykırı olan bir fiile başka bir hukuk dalı *kayıtsız* kalmış olabilir. Bu durumda hukuk düzeni davranışlara rehber olma fonksiyonunu yerine getirir. Kopya çekmeye teşebbüs fiiline ceza

hukuku bakımından suç teşkil etmemesinin nedeni ceza hukukunun bu fiile kayıtsız kalmasıdır. Bir hukuk dalının yasakladığı ya da emrettiği karşısında başka bir hukuk dalı susmuşsa, hukuk düzeninin birliği ve bütünlüğü ilkesi ile çelişilmez. Ancak bu fiilin ceza hukukunda hukuka uygun olduğu kabul edilip, özel hukukta fail hakkında bir tazminata hükmedilmiş olsaydı, o zaman hukuk düzeninin birliği ve bütünlüğü ilkesi ile çelişilmiş olurdu.

Kayıtsız kalma ile izin verme kavramları arasındaki fark, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada belirginleşmektedir. Türk öğretisinde bir görüşe göre, bu tür bir hata kaçınılmazsa, tipikliğin oluşmasını engeller (kastı ve taksiri engelleyen hata). Bir başka görüşe göre, bu tür bir hata halinde hataya düşülen hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiği varsayılır. İlk görüşe göre de ikinci görüşe göre de, fiil suç niteliğinde haksızlık teşkil etmez. Ancak ilk görüş kabul edilirse, fail aleyhine özel hukukta tazminata hükmedilebilecekken, ikinci görüşe göre edilemez. Bunun nedeni, ilk görüşe göre, fiilin suç olmamasının başka bir deyişle ceza hukukunun fiile kayıtsız kalmasının diğer hukuk dalları bakımından fiilin hukuka aykırı olmasına mani olmamasıdır. İkinci görüşe göre, fiil hukuka uygundur. Bir hukuk dalı bakımından hukuka uygun olan fiil diğer hukuk dalları bakımından da hukuka uygun olduğu için ceza hukuku bakımından hukuka uygun olan bu fiilin diğer hukuk dalları bakımından hukuka aykırı olduğu ileri sürülemez.

Anahtar kelimeler: Hukuka Aykırılık, Tipiklik, Hata, Haksızlık, Hukuka Uygunluk Nedenleri.

A CRITICAL PERSPECTIVE ON THE GENERALLY ACCEPTED PROPOSITION "AN ACT THAT IS UNLAWFUL IN TERMS OF ONE BRANCH OF LAW IS NECESSARILY ILLEGAL IN TERMS OF ALL OTHER BRANCHES OF LAW"

Abstract

According to the generally accepted view regarding the illegality of the crime iwe have not identified any writer who argues the opposite - if an act is illegal in one branch of law, it is necessarily illegal in terms of other branches of law as well. It is argued that this proposition is a requirement of the principle of unity and integrity of the legal order.

Law is not a chaotic system where norms come together independently and randomly. Therefore, the same behavior must not be lawful according to one branch of law and unlawful according to another. Therefore, we agree with the thought behind the agreed proposition. What we do not participate is the proposition that is put forward to reveal the principle of unity and integrity of law. In our opinion, the correct proposition is this: An act that is lawful in one branch of law is also lawful in other branches of law.

An act that is illegal in one branch of law is not necessarily illegal in terms of other branches of law. If there is talk of illegality in a branch of law, sanctions specific to that branch of law must be applied. In terms of criminal law, if it is claimed that the act of a student who attempts to cheat on the exam, which is illegal in terms of administrative law, is also illegal in terms of criminal law. Then, the question of what crime this act constitutes comes to mind.

An act that is unlawful according to one branch of law may be indifferent to another branch of law. In this case, the legal order fulfills the function of guiding behavior. The reason why the act of cheating on the exam does not constitute a crime in terms of criminal law is the indifference of the criminal law to this act.

The difference between the concepts of indifference and permitting becomes evident in the mistake of substantive elements of the justification for compliance with the law. According to a view in Turkish doctrine, if such an error is unavoidable, it prevents the occurrence of typicality (error preventing intent and negligence). According to another view, in the event of such an error, it is assumed that justifcation has occurred. According to both views, the act does not constitute an wrongfullness.

However, if the first opinion is accepted, compensation can be ordered against the perpetrator in private law, but not according to the second opinion. The reason for this, according to the first view, is that the act is not a crime. According to the second view, the act is lawful. Since an act that is lawful in terms of one branch of law is also lawful in terms of other branches of law, it cannot be claimed that this act that is lawful in terms of criminal law is unlawful in terms of other branches of law.

Keywords: Unlawfulness, Typicality, Error, Wrongfullness, Justification.

UZLAŞTIRMANIN TAZMİNAT HUKUKUNA ETKİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Emre ÖZDEMİR
Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-0414-4610

Özet

Uzlaştırma, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar ile kanunda sayılan bazı suçlarda şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin belirli hususlar üzerinde anlaşması suretiyle husumetin giderilmesi sürecini ifade eden alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Onarıcı adalet uygulamalarından biri olan uzlaştırma, fail ve mağdur arasındaki uyuşmazlığı sulh yoluyla gidererek toplumsal barışı sağlamayı ve failin yaptığı haksızlığı anlayarak fiilinin sorumluluğunu üstlenmesini amaçlar. Bununla birlikte uzlaştırma ile yargının iş yükünün azaltılmasının hedeflendiği de bilinmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253 ila 255'inci maddeleri arasında düzenlenen ve bir muhakeme şartı niteliği taşıyan uzlaştırma esasen soruşturma evresinde, istisnaen de kovuşturma evresinde tatbik edilir. Uzlaşmanın sağlanamaması halinde soruşturma evresinde Cumhuriyet savcılığı iddianame düzenler; kovuşturma evresinde mahkeme yargılamaya kaldığı yerden devam eder. Uzlaşmanın sağlanması halinde ise edim def'aten yerine getirilmişse, soruşturma evresinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı; kovuşturma evresinde düşme kararı verilir. Ancak edimin yerine getirilmesi ileri tarihe bırakılmışsa, takside bağlanmışsa veya süreklilik arz ediyorsa, soruşturma evresinde CMK'nın 171'inci maddesindeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı; kovuşturma evresinde CMK'nın 231'inci maddesindeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Bu ihtimallerde edim yerine getirilmezse soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı iddianame düzenler; kovuşturma evresinde mahkeme hükmünü açıklar. Öte yandan CMK'nın 253'üncü maddesinde uzlaştırmanın tazminat hukukuna da etki edeceği kabul edilerek uzlaşmanın sağlanması halinde soruşturma veya kovuşturma konusu suç sebebiyle tazminat davası açılamayacağı; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılacağı da hüküm altına alınmıştır. Uzlaştırmanın bu sonucu, uzlaşma sağlandıktan sonra şüpheli veya sanığın edimi yerine getirmemesi halinde dahi geçerliliğini sürdürmektedir. Nitekim uzlaşma raporu veya belgesi, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 38'inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini

haiz belgelerden sayılır. Kanun koyucunun uzlaştırmanın tazminat hukukuna etki edeceğinin kabulü beraberinde çeşitli sorunları da getirmiştir. Uzlaştırmanın tazminat hukukuna etki etmesi, yargının iş yükünün azaltılması hususunda etkili bir yöntem olarak düşünülebilirse de toplumsal barışın sağlanmasını ve adalet duygusunu olumsuz etkileyebilmektedir. Şüphesiz burada uzlaştırmacıların taraflara uzlaştırmanın hukuki sonuçları hakkında doğru bilgi vermesi önem arz eder. Çalışmamızda uzlaştırmanın tazminat hukukuna etkisi incelenecek olup uygulamada karşılaşılan sorunlar değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Uzlaştırma, Uzlaştırmanın Hukuki Sonuçları, Edim, Tazminat, Feragat.

THE EFFECT OF RECONCILIATION ON COMPENSATION LAW

Abstract

Reconciliation is an alternative dispute resolution method that expresses the process of resolving the hostilities by agreeing on certain issues between the suspect or the accused and the victim or the injured party in the crimes whose investigation and prosecution are based on the complaint and some crimes listed in the law. Reconciliation, which is one of the restorative justice practices, aims to ensure social peace by resolving the conflict amicably between the perpetrator and the victim, and to lead the perpetrator to notice the injustice he/she has done and thus to take the responsibility of his/her act. Reconciliation, which is regulated between Articles 253 and 255 of the CPC is applied mainly in the investigation and exceptionally in the prosecution. In case a compromise cannot be reached, the Public Prosecutor's Office issues an indictment in the investigation, but in the prosecution, the court continues the proceedings from where it has left off. In case a compromise is reached, if the deed has been executed at once, it is decided not to bring a prosecution in the investigation, but in the prosecution, the decision is made on discontinuance. However, if the fulfillment of the deed is postponed to a later date, it is split into installments or it is continuous, then the decision is made to postpone the opening of a public case against the suspect without seeking the conditions in Article 171 of the CPC in the investigation, but in the prosecution, the decision is made on the announcement of the verdict without seeking the conditions in Article 231 of the CCP. If the deed is not executed in these possibilities, the Public Prosecutor prepares an indictment in the investigation, but in the prosecution, the court announces the verdict. On the other hand, it is accepted in Article 253 of the CPC that reconciliation will also affect the compensation law. Accordingly, in case reconciliation is achieved, it is stipulated that a compensation lawsuit cannot be filed due to the crime that is the subject of investigation or prosecution, and the lawsuit already filed will be deemed to have been waived. This result of the reconciliation continues to be valid even if the suspect or the accused does not perform the act after a compromise has been reached. As a matter of fact, conciliation report or document is considered as one of the documents that have the nature of a verdict written in Article 38 of the EBL. The legislator's accepting that conciliation will affect the compensation law has brought along various problems. Although the effect of reconciliation

on compensation law can be considered as an effective method to reduce the workload of the judiciary, it can negatively affect the social peace and sense of justice. Undoubtedly, it is important that the conciliators give accurate information about the legal consequences of reconciliation to the parties. In the study, the effect of reconciliation on the compensation law will be examined and the problems encountered in practice will be evaluated.

Keywords: Reconciliation, Legal Consequences of Reconciliation, Deed, Compensation, Waiver.

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Dr. Öğr. Üyesi Fatih YURTLU
Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi İktisadi İdari ve Sosyal Bilimler Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-2905-7900

Özet

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu madde 231 fıkra 5 ve devamında düzenlenen Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması kurumu niteliği itibariyle ceza hukukumuzda çok yönlü bir fonksiyon ihtiva etmektedir. Bu kurum sayesinde, bir taraftan belirli eşiğin altında kalan suçları işleyenlerin ceza infaz kurumlarına girmesi engellenmekte ve böylece hapis cezasının sakıncaları giderilmekte, diğer taraftan ise ceza infaz kurumuna fiili olarak girecek kişi sayısı azaltılarak infaz kurumları daha yaşanılabilir kılınmaktadır. Kurumun bir diğer işlevi ise, suç işleyenleri belirli süreyle denetim altında tutarak yeniden suç işlemelerini önlemektir. Bu şekilde çok yönlü faydaları olmasına rağmen hükmün açıklanmasının geri bırakılması hem teoride hem de uygulamada tartışmalı bir konuyu oluşturmaktadır. Bu tartışmaların başında ise kurumun hukuki niteliğinin ne olduğu gelmektedir. Bu temel tartışma salt teorik olmanın ötesinde, doğrudan doğruya uygulamaya da yansıyan bir ceza hukuku problemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü hükmün açıklanmasının geri bırakılması bir maddi ceza hukuku kurumu olarak değerlendirildiğinde, yapılan kanuni değişiklikler bakımından lehe uygulama prensibi geçerli olacaktır. Buna karşılık kurum bir muhakeme ya da infaz hukuku enstrümanı olarak değerlendirildiğinde kanuni değişiklikler bakımından derhal uygulama ilkesi geçerli olacaktır. İlgili kurumun hukuki niteliğinin tespiti yalnızca ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması ilkeleri bakımından önem arz etmemektedir. Kurumun hukuki niteliğinin tespiti ilgili normların yorum metotları bakımından da önemlidir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması bir maddi ceza hukuku kurumu olarak kabul edilirse, maddi ceza hukukundaki kıyas ve genişletici yorum yasağı bu normlar bakımından da geçerli olacaktır. Buna karşılılık ilgili kurum bir ceza muhakemesi kurumu olarak kabul edildiği takdirde, kural olarak kıyas ve genişletici yorum yapılabilmesi mümkündür. Kurumun hukuki niteliğine ilişkin olarak üç temel yaklaşım öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki kurumun maddi ceza hukukuna ilişkin olduğunu kabul ederken, ikincisi ise kurumun bir muhakeme hukuku enstrümanı olduğu yönündedir. Yargıtay'ın

da çoğu kararında taraf olduğunu tespit ettiğimiz üçüncü yaklaşım ise kurumun hem maddi ceza hukuku hem de muhakeme hukuku boyutu olduğunu kabul etmektedir. Bir başka ifadeyle, üçüncü görüş hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını bir *"karma nitelikli"* bir kurum olarak değerlendirmektedir. Tüm bu açıklamalar ışığında bu çalışmamızda, Yargıtay kararları ışığında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun hukuki niteliğinin ne olduğuna ilişkin yaklaşımları ele alarak nihayetinde varmış olduğumuz sonucu ortaya koyacağız.

Anahtar Kelimeler: Hüküm, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Lehe Kanun Uygulaması, Derhal Uygulama İlkesi, Suç İşlenmesinin Önlenmesi.

THE LEGAL NATURE OF "DEFERMENT OF THE ANNOUNCEMENT OF THE VERDICT"

Abstract

The concept of "Deferment of the Announcement of the Verdict", regulated in Article 231 and paragraph 5 of the Criminal Procedure Code No. 5271, has multi-functions in Turkish criminal law. Thanks to this concept, on the one hand, those who commit crimes below a certain threshold are prevented from entering correctional institutions. Thus the inconvenience of imprisonment is eliminated, on the other hand, the number of people who will join the correctional institution is reduced, and by this, the prisons are made more livable. Another function of the concept is to keep criminals under control for a certain period of time and prevent them from committing crimes again. Despite these apparent multi-faceted benefits, the concept in question is highly controversial, both in theory and in practice. At the forefront of these discussions is the legal nature of the concept. Beyond being purely theoretical, this fundamental debate appears as a criminal law problem directly reflected in practice. Because when the deferment of the announcement of the verdict is evaluated as a substantive criminal law institution, the retroactivity of the law in favor of a criminal will be valid. On the other hand, when the concept is considered an instrument of procedure or enforcement law, the principle of immediate application will be valid in legal changes. The determination of the legal nature of the relevant concept is not only related to the enforcement ratione temporis of criminal rules. Legal nature is also crucial regarding interpretation methods of the applicable norms. If the deferment of the announcement of the verdict is accepted as a substantive criminal norm, the prohibition of analogy and extensive interpretation method in substantive criminal law will apply to these norms. On the other hand, if the concept is accepted as a criminal procedure norm, it is possible to make an analogy and extensive interpretation as a rule. There are three main approaches regarding the legal nature of the concept. While the first accept that the concept is related to substantive criminal law, the second is that the concept is an instrument of procedural law. The third approach, in which we find that the Turkish Supreme Court is also a party in most of its decisions, accepts that the concept has both substantive criminal law and procedural law dimensions. In other words, the third approach considers the deferment of the announcement of the verdict as a "composite" concept. In light

of all these explanations, in the light of the Supreme Courts' decisions, we will discuss the approaches regarding the legal nature of the concept of deferment of the announcement of the verdict and finally reveal the conclusion we have reached.

Key Words: Verdict, Deferment Of The Announcement Of The Verdict, The Retroactivity Of The Law In Favor, The Principle Of Immediate Application, Prevention Of Crime.

SUÇ KONUSU OLMAYAN EŞYANIN MÜSADERESİNİN CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA YOL AÇTIĞI SORUNLAR

Dr. Öğr. Üyesi Ercan YAŞAR
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-9076-6795

Özet

Geniş anlamda ceza hukuku -kabahatlerin suç olmaktan çıkmasıyla birlikte- kural olarak suç teşkil eden haksızlıklarla ilgilenmektedir. Haksızlık bu anlamda kanun koyucunun suç olarak belirlemiş olduğu normatif düzenlemeye uyan tipik ve hukuka aykırı davranış olmalıdır. Geniş anlamda ceza hukukunun altında yer aldığını düşündüğümüz şekli ceza hukukunun da kural olarak suç teşkil eden haksızlıkların muhakemesi ile ilgilenmesi gerekmektedir. Zira suç teşkil etmeyen bir haksızlık söz konusu ise anılan ihtilafın çözümü için özel hukuka ilişkin muhakeme yahut diğer muhakeme usullerine başvurmak gerekmektedir. Misal taksirli bir mala zarar verme söz konusu olduğunda bu zararın giderimi için hukuk muhakemelerine başvurulmalıdır. Ceza hukukunun taksirli mala zarar verme fiilleriyle ilgilenmesi -ilgili fiil suç teşkil etmediğinden- mümkün değildir. Ancak kanun koyucunun Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 259. madde düzenlemesiyle bu konuda bir kafa karışıklığına sebebiyet verdiği görülmektedir. Mevcut Türk Ceza Kanunu düzenlemelerine baktığımızda tipe uygun ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmiş olduğu şüphesi ortaya çıkmadan ceza hukukunun ve ceza muhakemesi hukukunun devreye girmiyor olması gerekmektedir. CMK m. 259 düzenlemesi ise suça konu olmayan eşya ile ilgilenmek suretiyle ceza muhakemesine maddi ceza hukukundan bağımsız bir işlev yüklemiş bulunmaktadır. Bir eşya herhangi bir suçun konusunu teşkil etmiyorsa bu eşyanın başta müsaderesinin daha sonra ise (müsadere) muhakemesinin mümkün olmaması gerekir. Zira TCK m. 54 ve 55 düzenlemelerinde yer verilen müsadere Türk Ceza Kanunu'nun öngördüğü güvenlik tedbiri yaptırımlarından biridir ve ancak tipe uygun ve hukuka aykırı fiilin varlığı halinde başvurulabilen bir yaptırım türüdür. İlgili bu yaptırım türüne ise ya klasik ceza muhakemesi yürütülmek suretiyle yahut müsadere muhakemesinde olduğu gibi özel bir muhakeme usulü yürütülmek suretiyle hükmedilebilir. Suç konusu olmayan bir eşya ise bu kapsamın dışında kalmaktadır; kalmalıdır.

Suç konusu olmayan eşyanın müsadere edilip edilemeyeceğini açıklığa kavuşturmak için müsadere yaptırımının bir ceza olup olmadığının yanı sıra bir güvenlik tedbiri olup olmadığı ve en nihayetinde nevi şahsına münhasır bir yaptırım olsa da suç konusu olmayan eşyayı müsadere etmek için başvurulabilen bir müdahale aracı olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekir. Aksi durumda ceza hukukuna ve burada söz konusu olduğu gibi şekli ceza hukukuna özü ile uyuşmayan misyonlar yüklemek gerekecektir ki bunun kabul edilmesi mümkün değildir.

Tebliğ sunumu ile bu konuya açıklık getirilmeye çalışılıp ilgili düzenlemenin olması gereken hukuk bağlamında gerekli olup olmadığı tartışmaya sunulacak ve çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Müsadere, Konusu Suç Teşkil Etmeyen Eşya, Eşya Müsaderesi, Suç Eşyası, Elkoyma.

PROBLEMS CAUSED BY FORFEITURE OF NON-CRIMINAL PROPERTY IN THE CONTEXT OF CRIMINAL LAW

Abstract

Since decriminalization of administrative offences, criminal law deals with unlawful acts, which constitutes criminal offenses. In this sense, injustice should be a typical and unlawful conduct that corresponds to the normative regulation that the legislature has determined as a criminal offense. Criminal law, as we understand criminal law in a broader sense, should also deal with the assessment of wrong, which usually constitutes a crime. Because when it is a tort, that does not constitute a crime, it is necessary to use civil or other procedures to resolve the aforementioned dispute. For example, if there is damage to negligent property, civil procedures should be used to compensate for that damage. Negligent damage to property cannot be dealt under criminal law, since the action in question is not a criminal offence. It turns out, however, that the legislature has caused confusion on this issue with the provision of article 259 of Turkish Criminal Procedure Code. If we look at the current provisions of the Turkish Criminal Code, it is necessary that the criminal law and criminal procedure law do not come into force before there is a suspicion that a typical and unlawful act has been committed. On the other hand, article 259 of Turkish Criminal Procedure Code has given criminal procedure a function independent of substantive criminal law by dealing with those goods which are not the subject of the offence. If an item is not the subject of a crime, it should not be possible first to make a forfeiture order and then prosecute that item forfeiture. Because article 54 and 55 of Turkish Criminal Code, which regulate the forfeiture of particular assets and confiscation of benefit from crime, is one of the security measures set out in the Turkish Criminal Code and is a type of sanction that can only be imposed in the presence of a typical and unlawful act. This type of sanction can be imposed either by carrying out a classic criminal procedure or by carrying out a special procedure such as in the confiscation procedure. An item that is not the subject of a criminal offense is excluded from this scope; at least should stay excluded from it.

In order to clarify whether the non-criminal property can be forfeited, it should be clarified whether the forfeiture/confiscation sanctions are punishments or security measures, if not so it should be clarified if it is a sui generis sanction, that can be used as an intervention tool to forfeiture

the non-criminal property. Otherwise, the criminal procedure will have to be imposed to forfeiture of properties which has nothing directly to do with criminal law, as we are talking about here, which cannot be accepted.

This presentation aims to clarify abovementioned questions, whether the current regulation match to framework of the lege feranda, and to open a discussion and to propose solutions.

Keywords: Forfeiture / Confiscation, Non-Criminal Property, Forfeiture Of Property, Criminal Property, Seizure.

CEZA MÜEYYİDELERİNİN İLKELERİ VE VASIFLARINA KAPSAMLI BİR BAKIŞ

Arş. Gör. Burak BİLGE
İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-1344-9232

Özet

Suç adı verilen ve toplum düzenini bozan fiillerin subjektif cezalandırma hakkına sahip olan devletçe müeyyideye bağlanması asıldır. Devletin cezalandırma hakkı aynı zamanda bir görevdir. Devlet cezalandırma görevini yerine getirirken, cezanın muhatabına ve cezanın amacına göre birtakım kurallar belirler. Devletin cezalandırma politikasının ilkelerini tayin etmesi ve bunlara riayet etmesi gerektiği gibi bizatihi "cezanın" vasıflarını da belirlemelidir. Ceza yaptırımı onu ihdas etmeye ve uygulamaya yetkili olanlar tarafından keyfi belirlemelere ve icralara maruz bırakılamaz. Zira onun muhatabı "insan"dır.

Ceza, kanunla yasaklanmış fiillerin işlenmesi halinde devletçe verilen karşılıktır. Kanun koyucu devletin en kuvvetli hukuki araçlarından biri olan ceza hukuku ile toplumun yararı için birtakım fiilleri suç olarak düzenlemiş ve karşılığında ceza adı verilen yaptırımlar ihdas etmiştir. Cezanın zaruri olması günümüzde tartışmasız kabul görmektedir.

Ceza hukukunun, tek başına "cezalandırma hukuku" olduğu anlayışı yerinde değildir. Cezalandırma bireyin temel hak ve hürriyetlerine müdahale anlamı taşırken; diğer yandan bunları koruyucu bir fonksiyonu da haizdir. Diğer yandan cezalandırmanın ilkeleri, siyasal iktidarı da temel hak ve hürriyetler üzerinde sınırsız bir müdahalede bulunamayacağı gerçeğini de ortaya koyar. Böylece cezanın ilkeleri ve vasıflarının "sınırlayıcı" bir fonksiyon icra ettiği ifade edilmelidir.

Cezalandırma yalnızca işlenen haksızlığın karşılığı verilen bir fenalık olarak görülmemelidir. Şayet cezalandırmanın belirli ilke ve özellikleri olmazsa, meşru bir cezadan bahsetmek de mümkün olmaz ve böyle bir cezalandırma zulüm olarak görülebilir. Cezalandırmanın en temel vasfı, cezanın amaçlarına ulaşırken suç ve cezanın temel felsefesinin iyi idrak edilmesi ve de cezaya muhatap kılınanın insan olduğunun unutulmamasıdır. Diğer yandan cezayı tatbik edecek mercii temel ve hak özgürlüklere kanun dahilinde sınırlandırma getirebilecektir. Yine herkes kusuru oranınca sorumludur ve kimse kimsenin suçunun cezasını çekmeyecektir. İşte tüm bunlar cezaların en temel özelliklerindendir.

Çalışmamızın başlığında "kapsamlı" ifadesini kullanmamızın gerekçesi, cezaların ilke ve vasıflarına yalnızca teorik açıdan değinilmemiş olmasıdır. Bilhassa cezanın özellikleri bakımından uygulamada ihlal ve ihmal edilen konuların da üzerinde durulacaktır. Böylece yukarıda dikkat çektiğimiz üzere cezanın salt bir haksızlık karşılığı uygulanan kötülük olarak anlaşılmasının önüne geçilmesi hedeflenmektedir. Diğer yandan cezanın özelliklerinden bahsederken bilhassa uygulayıcı olarak hâkimin nelere dikkat etmesi gerektiği üzerinde de yer yer durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Cezanın Amacı, Cezanın Özellikleri, Cezalandırmanın İlkeleri, Cezaların Gerekliliği, Cezalandırma Yetkisi.

A COMPREHENSIVE OVERVIEW OF THE PRINCIPLES AND CHARACTERISTICS OF CRIMINAL SANCTIONS

Abstract

Sanctions are imposed by the state that has the right to subjective punishment for acts called crimes. The state's right to punish is also a duty. While the state is fulfilling its punishing duty, it determines the rules according to the addressee of the punishment and the purpose of the punishment. The state has to determine the principles of the punishment policy and comply with them. It should also define the nature of the punishment. Those authorized to impose and enforce penalties cannot arbitrarily determine and enforce penalties. Because its addressee is "human".

Punishment is the response given by the state in case of committing acts prohibited by law. The legislator regulates some acts as crimes for the benefit of the society with the criminal law, which is one of the strongest legal instruments of the state. In return, it imposes sanctions called penalties. Today, the necessity of punishment is accepted as undisputed.

Criminal law should not be understood only as "punishment law". Punishment means interference with fundamental rights and liberties. It also has a protective function. On the other hand, the principles of punishment limit the intervention of the political power on fundamental rights and liberties. Thus, it should be stated that the principles and characteristics of punishment perform a "limiting" function.

Punishment should not be seen only as a response to the act committed. If the punishment does not have certain principles and features, it is not possible to talk about a legitimate punishment. Arbitrary punishment can be seen as cruelty. The most basic feature of punishment is to understand the basic philosophy of crime and punishment while reaching the aims of punishment. At the same time, it should not be forgotten that the addressee of the punishment is human. On the other hand, the authority applying the penalty may impose restrictions on fundamental rights and freedoms within the scope of the law. Again, everyone is responsible to the extent of their fault and the penalties are personal. All these are the most basic features of punishments.

The reason why we use the term "comprehensive" in the title of our study is that the principles and qualifications of punishments are not only

mentioned theoretically. In particular, in terms of the characteristics of the punishment, the issues that are violated and neglected in practice will also be emphasized. Thus, as we pointed out above, it is aimed to explain that punishment is not only an evil applied in return for an injustice. On the other hand, while talking about the characteristics of punishment, it will be emphasized from time to time what the judge, as the practitioner, should pay attention to.

Keywords: Purpose Of Punishment, Characteristics Of Punishment, Principles Of Punishment, Necessity Of Punishment, Power Of Punishment.

KULLANMA ZİMMETİ

Dr. Öğr. Üyesi Irmak KORUCULU
Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-2112-5094

Özet

Zimmet suçu; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Millete ve Devlete Karşı Suçlar" başlıklı dördüncü kısmının "Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı birinci bölümünde m. 247'de; "*Görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi, beş yıldan oniki* yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklinde düzenlenmiştir.

Zimmet suçu ile hem kamu görevlilerinin dürüstlüğü, bu kişilere karşı duyulan güven ve bu kişilerin kamu görevine olan bağlılıkları hem de kamu idaresinin işleyişi ve devletin mali yararları korunmak istenmektedir. Ayrıca, toplumun devlet organlarına ve bu organları temsil eden kamu görevlilerine duyduğu güven de korunmaktadır.

Zimmet suç yalnızca kamu görevlisi tarafından işlenebildiğinden özgü suçtur. Bu suçun konusunu hem taşınır hem de taşınmaz her çeşit mal oluşturmaktadır. Bu mal kamu görevlisinin görevi nedeniyle elinde bulundurduğu veya gözetim ve koruması açısından görevli olduğu bir mal olabilir. TCK m. 247'ye göre suçun fiil unsuru; kamu görevlisinin kamu görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilen ya da koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan malı kendisinin ya da üçüncü bir kişinin zimmetine geçirmesidir.

TCK m. 247/3'te "kullanma zimmeti" düzenlenmiştir. Fail, kamu görevi sebebiyle zilyetliği kendisine devredilen eşyayı tam manasıyla kendi malvarlığına eklemeyip iade etme düşüncesiyle yalnızca geçici bir süre kullanmış ise bu durumda kullanma zimmeti söz konusu olacaktır. Kullanma zimmetinden söz edebilmek için önemli olan malvarlığı değerinin ne kadar süre ile failde kaldığı değil, failin suçun konusu değeri kullanma şeklidir. Ancak kullanmanın uzun süreli olması failin kastının malın iadesine yönelik olup olmadığı noktasında duraksamaya neden olabilecektir. Kullanma zimmetinde her ne kadar fail suç konusu eşya üzerinde malik gibi tasarrufta bulunsa da bu eşyayı iade etme niyeti bulunmaktadır. Kullanma zimmetinden bahsedilebilmesi için failin

zimmete geçirme fiilinin geçici olması gerekmektedir. Aksi takdirde zimmet suçunun temel halinden TCK m. 247 sorumlu olacaktır.

Kullanma zimmeti bakımından failin görevi gereği elinde bulundurduğu malı bir süre kullanıp soruşturma başlamadan önce iade etmesi halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulama alanı bulup bulamayacağı hususunun ortaya koyulması gerekmektedir. Bu çalışmada da kullanma zimmeti açıklandıktan sonra etkin pişmanlık kurumu ile olan ilişkisi ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Zimmet suçu, kullanma zimmeti, etkin pişmanlık, cezai sorumluluk, kast.

EMBEZZLEMENT TO USE

Abstract

Embezzlement crime; In the first part of the fourth part titled "Crimes Against the Nation and the State" of the Turkish Penal Code No. 5237, titled "Crimes Against the Reliability and Functioning of the Public Administration", in article 247; "A public official whose possession has been transferred to him due to his duty or who embezzles the property that he is obliged to protect and supervise is punished with imprisonment from five years to twelve years." formatted.

With the crime of embezzlement, it is desired to protect both the honesty of public officials, the trust placed in these people and their commitment to public office, as well as the functioning of the public administration and the financial benefits of the state. In addition, the trust in the state organs of the society and the public officials representing these bodies is also preserved.

Embezzlement is a specific crime as it can only be committed by a public official. The subject of this crime is all kinds of property, both movable and immovable. This property may be a property that a public official holds due to his duty or that he is in charge of surveillance and protection. According to article 247 of the Turkish Penal Code, the act element of the crime; It is the embezzlement of the property of a public official, whose possession has been transferred to him due to his public duty, or that he has the obligation to protect and supervise, himself or a third person.

The embezzlement to use is regulated in article 247/3 of the Turkish Penal Code. If the perpetrator has only used the property for a temporary period of time with the thought of not adding it to his own assets, but returning it, the possession of which has been transferred to him due to his public duty, then there will be embezzlement to use. In order to be able to talk about embezzlement, what is important is not how long the asset value remains with the perpetrator, but the way the perpetrator uses the value that is the subject of the crime. However, the long duration of use may cause hesitation at the point of whether the perpetrator's intent is for the return of the goods. In the embezzlement to use, although the perpetrator makes a disposition on the crime subject as the owner, he has the intention to return this item. In order to talk about embezzlement to use, the perpetrator's act of embezzlement must

be temporary. Otherwise, article 247 of the Turkish Penal Code will be responsible for the basic state of the crime of embezzlement.

In terms of embezzlement to use, it should be revealed whether the provisions of active repentance can be applied if the perpetrator uses the property he has held for a period of time and returns it before the investigation begins. In this study, after the embezzlement to use is explained, its relationship with the active repentance institution will be tried to be revealed.

Keywords: Embezzlement Crime, Embezzlement To Use, Active Repentance, Criminal Liability, Intent.

HIRSIZLIK SUÇUNDA MALIN BULUNDUĞU YERDEN ALINMASI

Dr. Öğr. Üyesi Korhan YEĞRİM
İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-3231-0068

Özet

Hırsızlık suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 'Malvarlığına Karşı Suçlar' başlıklı onuncu bölümünde düzenlenmektedir. Zilyedinin rızası olmaksızın başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alınmasıyla hırsızlık suçu oluşur.

Hırsızlık suçunun maddi unsuru olan malı bulunduğu yerden almak hareketinin gerçekleştiği zamanın tespit edilmesi, suçun teşebbüs aşamasında kalması ya da tamamlanma neticesinin doğması açısından önem arz eder. Bu sebeple hırsızlık suçunda almak hareketinin ne zaman gerçekleştiği hususunda öğretide dört görüş bulunmaktadır.

Elkoyma teorisi olarak adlandırılan birinci görüşe göre; hırsızın malı almak amacıyla onun üzerine elini koyması ile almak eylemi gerçekleşir. Fail esasen eşyaya elkoymak suretiyle mal üzerinde hakimiyetini tesis ettiği için almak eylemi gerçekleşmiştir. Basit hareket teorisi olarak adlandırılan ikinci görüşe göre; hırsızlık suçu failin malı bulunduğu yerden kaldırmış olması ile tamamlanır.

Ayırma teorisi olarak isimlendirilen üçüncü görüşe göre; failin malı bulunduğu yerden almak suretiyle götürmeyi hedeflediği yere götürmesi halinde hırsızlık suçunda almak unsuru gerçekleşmiş olmaktadır. Bu anlayışta almak unsurunun gerçekleşmesi için failin, mağdurun zilyetliğini sona erdirmiş olmasına ya da failin yeni bir zilyetlik tesis etmiş olmasına gerek duyulmaz.

Sahip olma teorisi ya da egemenlik alanı teorisi şeklinde isimlendirilen nihai görüşe göre almak eylemi; failin, zilyedinin egemenlik alanında bulunan taşınabilir malı zilyedinin egemenlik alanından çıkartmak suretiyle kendi nüfuz ve gemenlik alanına geçirmesi ile tamamlanır. Bir başka ifadeyle almak unsurunun gerçekleşmesi ve suçun tamamlanması için failin, mağdurun zilyetliği altında bulunan taşınır malın zilyedin egemenlik sahasından çıkartılarak kendisinin ya da bir başka üçüncü kişinin egemenlik sahasına sokulması ve o mal üzerinde serbest şekilde tasarruf edebilme imkanının kül halde gerçekleşmesi gerekmektedir.

Çalışmamızda, hırsızlık suçunda malın bulunduğu yerden alınması fiili incelenmektedir. Bu kapsamda suçun fiiil ve netice unsurları ile tamamlanma ve bitme anı izah edilerek, teşebbüse ilişkin özellik arz eden hususlarına değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hırsızlık, Malın Bulunduğu Yerden Alınması, Suç, Zilyet, Rıza.

TAKING GOODS FROM THEIR PLACE IN THE CRIME OF THE THEFT

Abstract

The crime of theft is regulated in the tenth chapter of the Turkish Criminal Code No. 5237 entitled 'Crimes against Property'. A crime of theft occurs when a movable property belonging to someone else is taken from its location for the purpose of benefiting him or someone else without the consent of the owner.

It is important to determine the time when the act of taking the property, which is the material element of the crime of theft, takes place, whether the crime remains at the stage of the attempt or arises as a result of its completion. For this reason, there are four opinions in the teaching about when the act of theft occurs in the crime of theft.

According to the first opinion, which is called the theory of possession; the act of taking takes place when a thief puts his hand on him in order to take the property. Since the perpetrator has established his/her dominance over the goods by confiscating the goods, the act of taking them has taken place. According to the second opinion, called the simple theory of movement; the crime of theft is completed by the fact that the perpetrator has removed the property from its location.

According to the third opinion, which is called the separation theory; If the perpetrator takes the goods to the place he intends to take them by taking them from the place where they are located, the element of taking them in the crime of theft occurs. In order for this element of justice to occur in this understanding, the perpetrator does not need to have ended the victim's disgrace or the perpetrator has established a new disgrace.

According to the final opinion, which is called the theory of ownership or the theory of the sovereignty area, the act of taking is completed by the perpetrator transferring the movable property located in the domain of his/her possession to his/her sphere of influence and gemenlik by removing it from the domain of his/her possession. In other words, in order for the crime element to take place and the crime to be completed, the perpetrator must remove the movable property under the possession of the victim from the sovereignty of the bell and put it into the sovereignty of himself or another third party and realize the possibility of freely saving on that property.

In our study, the fact of taking the goods from the place where they

were found in the crime of theft is examined. In this context, the actual and consequential elements of the crime, as well as the moment of completion and termination, were explained and the specific aspects of the enterprise were addressed.

Keywords: Theft, Taking The Property From Its Location, Crime, Possession, Consent.

UYUŞTURUCU VE UYARICI MADDE KULLANIMINI ÖZENDİRME SUÇUNUN HAKKIN KULLANILMASI HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Uğur AŞKIN
İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCİD: 0000-0002-3842-8745

Özet

Uyuşturucu madde kullanımını alenen özendirme suçu TCK m. 190/2'de düzenlenmektedir. Bu suç; "*uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendirme*" ve "*uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirici nitelikte yayın yapma"* şeklindeki seçimlik hareketlerle işlenebilir.

Özendirme, bireyleri uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımına teşvik eden, onları heveslendiren, bu davranışta bulunmaları hususunda isteklendirerek uyuşturucu maddeye karşı pozitif yönde duygular oluşturmadır. Özendirme aleni olmak koşuluyla sözle, görsel anlatımla ya da yazıyla yapılabilir. Uyuşturucu maddenin faydalı olduğunu ya da zararsız bir madde olduğu yönünde bir tanıtım da özendirme olarak değerlendirilmektedir.

Bu suçun oluşumu için özendirmenin alenen yapılması gerekir. Aleniyet, eylemin herkes tarafından duyulabilecek, görülebilecek ve algılanabilecek şekilde yapılmasını ifade eder. Ancak bunun için herkes tarafından duyulabilme, görülebilme ve algılanabilme imkânının sağlanmış olması yeterli olup, fiilin herkes tarafından görülmüş olması, duyulmuş olması ya da algılanması gerekli değildir. Dolayısıyla özendirici hareketin alenen yapılması bu suçun oluşumu için yeterlidir. Bunun haricinde özendirmeye ilişkin fiilin diğer kişilerce nasıl algılandığı veya bu hareketin sonucunda uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımına başlamanın suçun oluşumuna bir etkisi bulunmamaktadır.

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi, 5237 sayılı TCK m. 26/1'de düzenlenmektedir. Bundan yararlanılabilmesi için hukuk düzeni tarafından kabul görmüş bir hakkın mevcudiyeti ve bu hakkın doğrudan doğruya kullanılabilir olması gerekir. Bu şartların varlığına rağmen hakkın kötüye kullanılmaması gerekir. Nitekim Türk Medeni Kanununun 2'nci maddesinde düzenlendiği üzere, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.

Uyuşturucu madde kullanımını alenen özendirme suçunda hakkın kulanılması hukuka uygunluk sebebinin oluşması mümkündür. Bu durum çeşitli hakların kullanılmasıyla gerçekleşebilir. Bilhassa hekimlik mesleğinin icrası, eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları, gazeticilik mesleği kapsamında haber ve yorum yapılması, iddia ve savunma dokunulmazlığı ile bilim ve sanat yapma hakkı bu kapsamdadır.

Çalışmamızda uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımını alenen özendirme suçu, hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi bağlamında değerlendirilecektir. Özellikle çeşitli hakların kullanılması halinde TCK m. 190/2'deki özendirme fiilinin hukuka uygunluğu tespit edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde, Özendirme, Aleniyet, Hak, Hakkın Kullanılması.

EVALUATION OF THE CRIME ENCOURAGING THE USE OF DRUGS AND STIMULANTS IN THE CONTEXT OF THE REASON FOR COMPLIANCE WITH THE LAW ON THE EXERCISE OF THE RIGHT

Abstract

The crime of publicly encouraging the use of narcotic substances is regulated by the second paragraph of Article 190 of the Turkish Criminal Code No. 5237. This crime can be committed by selective actions such as "*publicly encouraging the use of drugs or stimulants*" and "*broadcasting in a manner that encourages the use of drugs or stimulants*".

Encouragement is the creation of positive emotions towards a drug substance that encourages individuals to use drugs or stimulants, encourages them to engage in this behavior, and prompts them to engage in this behavior. Encouragement can be done by word, visual expression or writing, provided that it is public. An introduction that a drug substance is useful or a harmless substance is also considered an incentive.

In order for this crime to be committed, incitement must be done publicly. Publicity refers to the fact that the action is performed in such a way that it can be heard, seen and perceived by everyone. But for this it is enough that it is possible to be heard, seen and perceived by everyone, and it is not necessary that the verb has been seen, heard or perceived by everyone. Therefore, it is sufficient for the occurrence of this crime to carry out the incentive act publicly. In addition, there is no effect on how the act of incitement is perceived by other people, or on the formation of a crime as a result of this act, starting the use of drugs or stimulants.

The exercise of the right is regulated by the first paragraph of Article 26 of the Turkish Criminal Code No. 5237 for the reason of compliance with the law. In order to take advantage of this, there must be a right recognized by the legal order and this right must be directly available. Despite the existence of these conditions, the right should not be abused. As a matter of fact, the legal order does not protect the obvious abuse of a right as regulated by Article 2 of the Turkish Civil Code. The reason for the legality of using the right is regulated in the first paragraph of the 26th article of the Turkish Penal Code. In order to benefit from this, the existence of a right recognized by the legal order and this right must be directly exercised. Despite the existence of these conditions, the right should not be abused. As a matter of fact, as regulated in Article 2 of the

Turkish Civil Code, the legal order does not protect the open abuse of a right.

In the crime of publicly promoting the use of narcotic substances, it is possible for the right to be exercised and the cause of compliance with the law to occur. This can be achieved by exercising various rights. In particular, the practice of the profession of medicine, statements of opinion made for criticism, news and comments within the scope of the journalism profession, immunity from claim and defense, and the right to make science and art are within this scope.

In our study, the crime of publicly encouraging the use of drugs and stimulants will be evaluated in the context of the reason for the use of the right to comply with the law. The legality of the act of encouraging the use of drugs and stimulants, especially in the case of exercising various rights, will be determined.

Keywords: Drugs And Stimulants, Encouragement, Publicity, Right, Exercise Of Right.

YENİ KANUN DEĞİŞİKLİĞİ KAPSAMINDA VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNDA ETKİN PİŞMANLIK

Dr. Öğr. Üyesi Elif YILMAZ FURTUNA
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-3087-2988

Arş. Gör. Arzu LALOĞLU
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-9972-4727

Özet

2 Mart 2021 tarihinde, hukuk devletinin ilkesinin temelinde yer alan insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı tarafından İnsan Hakları Eylem Planı açıklanmıştır. Bu eylem planında, etkin pişmanlık hükümlerinin vergi kaçakçılığı suçu açısından düzenlenmesine yer verilmiş ve diğer değişiklik teklifleriyle birlikte, vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlık düzenlemesini de içeren bir yasa tasarısı meclise sunulmuştur. Yasa tasarısı 7394 sayılı Kanun ile 08.04.2022 tarihinde yasalaşmıştır. 7394 sayılı Kanun ile vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlık hükümleri düzenlenmekle beraber, etkin pişmanlık dolayısıyla cezada indirim müessesesinden yararlanmak bazı şartlara bağlanmıştır. Şartlardan ilki failin vergi kaçakçılığına ilişkin fiilleri nedeniyle ziyaa uğratılan vergi ve bu vergiye ilişkin gecikme zammı, gecikme faizi ve vergi ziyaı cezasının kanunda öngörülen kısının ödemesidir. İkinci şart ise fail tarafından etkin pişmanlıktan yararlanmak için ödenen vergi ile buna ilişkin gecikme faizi, gecikme zammı ve cezalar için vergi mahkemesinde dava açmama, açılmışsa feragat etme ve kanun yollarına başvurmamasıdır. Bu kapsamda en dikkat çeken şart, tarh edilen vergi ile buna ilişkin gecikme faizi, gecikme zammı ve cezalar için vergi mahkemesinde dava açmama, açılmışsa feragat etme ve kanun yollarına başvurmama şartıdır. Bu şartın, AİHS'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının unsurlarından olan mahkemeye erişim hakkı da dâhil olmak üzere, hukuk devletinin gereklerinden olan ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyeti ve 125. maddesinde yer alan *"idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."* hükümleri açısından irdelenmesi gerekmektedir.

Konunun önemine binaen çalışmamızın konusu etkin pişmanlık müessesi ve bu müessesenin vergi kaçakçılığı suçu açısından

uygulanabilirliğidir. Bu kapsamda, öncelikle bir ceza hukuku müessesesi olarak etkin pişmanlık genel hatlarıyla açıklanacak, ardından vergi hukukundaki pişmanlık ve ıslah müessesesi ile olan benzerlikleri ve farklılıkları ortaya konacaktır. Daha sonra vergi kaçakçılığı suçunda, etkin pişmanlık hükümlerine göre cezada indirim müessesesinden yararlanmak için vergi mahkemesinde dava açmama, açılmışsa davadan feragat etme ve kanun yollarına başvurmama şartının iç hukuk ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından değerlendirmesi yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Vergi Kaçakçılığı, Etkin Pişmanlık, Pişmanlık ve Islah, Adil Yargılanma Hakkı, Mahkemeye Erişim Hakkı, Hak Arama Hürriyeti, Hukuk Devleti.

EFFECTIVE REPENTANCE IN TAX EVASION IN THE CONTEXT OF THE NEW LAW AMENDMENT

Abstract

On March 2, 2021, the Human Rights Action Plan was announced by the Ministry of Justice of the Republic of Turkey in order to protect and develop human rights, which are at the core of the rule of law. In this action plan, regulation of effective repentance institution and a draft law including effective repentance regulation related to tax evasion crime were submitted to the parliament along with other amendment proposals. The draft law was enacted on 08.04.2022 with the Law No. 7394. While Law No. 7394 regulates effective repetance provision for tax evasion, the sale of the penalty is bound to certain conditions due to effective repentance. The first of the conditions is the payment of the tax incurred due to the perpetrator's acts related to tax evasion, and the portion of the penalty for late payment, delay interest and tax loss penalty related to this tax. Second condition is not filing a lawsuit in the tax court for the levied tax and related delay interest, late fee and penalties, waiving if filed and not resorting to legal remedies. In this context, the most striking condition is the condition of not filing a lawsuit in the tax court for the levied tax and related delay interest, late fee and penalties, waiving if filed and not resorting to legal remedies. the terms of this condition, including the right of access to a court, which is one of the elements of the right to a fair trial in Article 6 of the ECHR, the freedom of seeking rights in Article 36 of the Constitution of the Republic of Turkey, which is a requirement of the rule of law, and the in Article 125 "Judicial remedy is open against all kinds of actions and actions of the administration." should be examined. Based on the importance of the subject, the subject of our study is the institution of effective remorse and the applicability of this institution in terms of tax evasion crime. In this context, first of all, effective repentance as an institution of criminal law will be explained in general terms, then its similarities and differences with repentance and correction in tax law will be revealed. Subsequently, the condition of not filing a lawsuit in tax court, waiving the lawsuit if filed, and not resorting to legal remedies in order to benefit from the reduction in punishment according to the effective repentance

institution in tax evasion crime will be evaluated in terms of domestic law and the European Convention on Human Rights.

Keywords: Tax Evasion, Effective Repentance, Remorse And Correction, Right To Fair Trial, Right Of Access To Court, Right To Seek Justice, Rule Of Law.

KESİNTİSİZ (MÜTEMADÎ) SUÇ

Dr. / Avukat Mehmet Zülfü ÖNER
Ankara Barosu
ORCID ID: 0000-0002-6251-4424

Özet

Günümüzde suçların çeşitlenmesi ve sayısının artması bir yana, suçların işleniş biçimi ve doğurduğu sonuçların karmaşıklaşması, ceza hukuku kavramlarının yeniden ele alınması ve açıklanması ihtiyacını artırmaktadır. Kesintisiz (mütemadî) suç; ceza hukukunun diğer kavramları gibi, üzerinde tartışmaların ve değişik görüşlerin bulunduğu bir kavramdır. Bu bağlamda kesintisiz suç kavramının tanımı, ceza hukukunun diğer kavramlarıyla olan ilişkisi, maddi ceza hukuku ile ceza muhakemesi alanında doğurduğu sonuçların belirlenmesi, bu alandaki tartışmalar ve uygulanma farklılıkları önem taşımaktadır.

Bir suçun kanuni tanımında yer alan fiilin icrasının belirli bir süreyle devam ettiği suçlara kesintisiz suç adı verilmektedir. Değişik görüşler bulunmakla birlikte, bu suçlarda devam eden esasen suçun hareketi olup hareket devam ettiği müddetçe suç işlenmeye devam etmektedir. Bu bağlamda suçun sırf hareket suçu ya da neticeli suç olması sonucu değiştirmemekte, kanuni tanımda neticenin arandığı hallerde hareket ile birlikte netice de devam etmektedir. Öğretide kesintisiz suçlarda devam edenin hareket, netice veya her ikisi olduğu noktasında farklı görüşler bulunmaktadır. 2005 yılında yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde olduğu gibi yeni Türk Ceza Kanunu da bu suçlara yer vermiştir. Kesintisiz suçlara örnek olarak, TCK'nın 109. maddesindeki kişi özgürlüğünden yoksun kılma suçu, TCK'nın 220. maddesindeki suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, TCK'nın 116. maddesindeki konut dokunulmazlığını bozma suçu verilebilir.

Bu çalışmanın konusu, kesintisiz suç kavramının incelenmesidir. Bu bağlamda, ilk olarak; kesintisiz suç kavramı, bu kavramın hukukî niteliği ve unsurları üzerinde durulacaktır. Bu noktada ceza hukuku öğretisinde kesintisiz suça ilişkin olarak süregelen tartışmaların aktarılmasına çalışılacaktır. İkinci olarak; bu kavramın benzer müesseseler ile karşılaştırması yapılarak aradaki farklar aktarılmaya çalışılacaktır. Bu açıklamalardan sonra kavramın maddi ceza hukuku ve muhakeme hukukundaki bazı hüküm ve sonuçları incelenecektir. Bu kapsamda kesintisiz suç söz konusu olduğunda özellik gösterdiği düşünülen, isnat

yeteneği, ceza kanunlarının birbirini izlemesi, af, şikâyet hakkından vazgeçme, şikâyetin geri alınması ve kesin hükmün önleyici etkisi gibi hususlara değinilecektir. Çalışmada, 765 sayılı TCK ile 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK açısından düzenleme farklılıkları ve yeri geldikçe yargı kararlarına da yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kesintisiz Suç, Ani Suç, Ceza Hukuku, Ceza Muhakemesi.

CONTINUOUS CRIME

Abstract

Today, the number of crimes has increased and not diversified. In addition, the way crime is committed and the complexity of its consequences increase the need to reconsider the concepts of criminal law. Like other concepts of criminal law, continuous crime; it is a concept with discussions and different views on it. In this context, the definition of the concept of continuous crime, its relation with other concepts of criminal law, and the determination of its consequences in the field of criminal law and criminal procedural law is important.

The crimes in which the execution of the act, which is included in the legal definition of a crime, continues for a certain period of time, is called a continuous crime. Although there are different opinions, what continues in these crimes is essentially the movement of the crime, and the crime continues to be committed as long as the action continues. In this context, the fact that the crime is purely an act or a crime with a result does not change the result, but in cases where a result is sought in the legal definition, the result continues with the act. In the doctrine, there are different opinions on the point that what continues in continuous crimes is the act, the result or both. As in the period of the Turkish Penal Code No. 765, which was repealed in 2005, the new Turkish Penal Code also included these crimes. Examples of continuous crimes are the crime of deprivation of personal liberty in Article 109 of the TPC, the crime of forming an organization in order to commit a crime in Article 220 of the TPC, and the crime of violating the immunity of residence in Article 116 of the TPC.

The subject of this study is to examine the concept of continuous crime. In the study, firstly; the concept of continuous crime, the legal nature and elements of this concept will be emphasized. In this context, it will be tried to convey the ongoing debates regarding continuous crime in criminal law doctrine. Secondly; this concept will be compared with similar institutions and the differences will be explained. Finally; some provisions and consequences of the concept of continuous crime in criminal law and criminal procedural law will be examined. In addition, issues such as the ability to impute, the succession of criminal laws, amnesty, waiver of the right to complain, withdrawal of the complaint and the preventive effect of the final judgment, which are thought to be characteristic in the case of continuous crime, will be discussed. In the

study, the differences in the regulations regarding the TPC numbered 765 and the TPC numbered 5237, which entered into force in 2005, and judicial decisions will be included when appropriate.

Keywords: Continuous Crime, Sudden Crime, Criminal Law, Criminal Procedure Law.

ISRARLI TAKİP SUÇUNUN FARKLI BOYUTLARIYLA DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Yağmur Ekim YILMAZ
Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Biga İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-8484-3600

Özet

02/03/2021'de açıklanan İnsan Hakları Eylem Planı, 6/3-b fıkrasında tek taraflı ısrarlı takip fiillerini ayrı bir suç olarak düzenlemeyi ve böylelikle mağdurlara sağlanan güvenceyi arttırmayı taahhüt etmiştir. Bunun üzerine 16/03/2022 tarihinde TBMM Başkanlığı'na gelen, 2/4290 Esas Numaralı **'Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi'** ile sunulan yeniliklerden birisi de 'ısrarlı takip fiilinin müstakil bir suç olarak düzenlenerek yaptırıma bağlanması ve bu suçun uzlaştırma kapsamı dışında tutulması' olmuştur. 'Israrlı takip' fiillerinin Türk Ceza Kanunu'nda ayrı bir suç olarak düzenlenecek olması, soru işaretlerini getirmektedir. Halihazırda, ısrarlı takip fiilleri için Türk Ceza Kanunu kapsamında TCK m.123 'kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu', bu fiillerin 'cinsel amaç' taşıması ve sözlü olması halinde de TCK m.105 'cinsel taciz' suçu uygulanmaktadır. Ancak, failin ilk olarak kişilerin huzur ve sükununu bozucu hareketleri, sonrasında TCK m.105 'cinsel taciz' suçuna girebilecek filleri gerçekleştirdiği noktada, Yargıtay'ın, failin başından beri cinsel taciz amacıyla hareket ettiği varsayımıyla, bütün fiilleri TCK m.105 kapsamında değerlendirmeye yönelik yaklaşımı görülmektedir. Ayrıca, TCK m.105 anlamında cinsel taciz sayılmayacak söylemlerin de TCK m.105'in kapsamına, dolayısıyla da kanunilik ilkesine aykırı olarak, Yargıtayca, TCK m.105'ten dolayı cezalandırılması, doktrinde eleştiri konusudur. Söz konusu Yargıtay yaklaşımlarının, ısrarlı takibin müstakil bir suç olarak düzenlenmemesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir. Ancak, ısrarlı takip fiilleri için TCK m.123 ve TCK m.105 arasındaki içtima sorunlarının bulunduğu bu halde, getirilmesi beklenen ısrarlı takip suçunun yeri tartışmalıdır. Özellikle, ısrarlı takip fiillerinin TCK m.105 anlamında cinsel taciz amacı taşıması halinde, TCK m.105 ile ısrarlı takip suçu arasındaki içtima ilişkisinin ne olacağı; TCK m.123 ile ısrarlı takip suçu arasındaki fark ve sınırın, dolayısıyla içtimalarının nasıl çözümleneceği sorun olarak karşımızda durmaktadır.

Bu çalışmada ısrarlı takip suçunun getirilmesiyle, bu suç ile TCK m.105

ve TCK m.123 arasında nasıl bir içtima ilişkisi uygulanacağı, aralarındaki norm sınırlarının ve ilişkisinin ne olacağı, Türk doktrini, karşılaştırmalı hukuktaki ısrarlı takip suçu doktrini ve uygulamaları, Yargıtay'ın içtima uygulamalarıyla ele alınarak tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Israrlı Takip, İçtima, Cinsel Taciz Suçu, Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu, Karşılaştırmalı Hukuk.

EVALUATION OF THE CRIME OF STALKING IN DIFFERENT ANGLES

Abstract

The Human Rights Action Plan announced on 02/03/2021, in its Paragraph 6/3-b. committed to regulating acts of one-sided stalking as a separate crime and thus to increase the assurance provided to the victims. Thereupon, one of the reforms presented with the 'Draft Law on Amending the Turkish Criminal Code and Some Laws', which came to the Presidency of the Grand National Assembly of Turkey on 16/03/2022 and numbered 2/4290, is that the act of stalking is regulated as a separate crime and sanctioned and this crime excluded from the scope of conciliation. The fact that the acts of 'stalking' will be regulated as a separate crime in the Turkish Criminal Code (TCC) raises questions. Currently, TCC Art. 123 "crime of deterioration of peace and order " is applied for stalking acts, and TCC Art. 105 "crime of sexual harassment" is applied if these actions have a "sexual purpose" and are verbal. However, at the point where the perpetrator firstly commits acts that deteriorate the peace and order of people, and then acts that may constitute 'sexual harassment' under TCC Art. 105, the Court of Cassation has stated an approach to evaluate all acts within the scope of TCC Art. 105, on the assumption that the perpetrator has acted with the aim of sexual harassment from the beginning. In addition, it is a matter of criticism in the doctrine that verbal expressions that do not count as sexual harassment within the meaning of TCC Art. 105 are punished by the Court of Cassation due to TCC Art. 105, which is contrary to the scope of TCC Art. 105 and therefore, contrary to the principle of legality. It is stated that the approaches of Court of Cassation arise from the fact that stalking was not regulated as a separate crime. However, in this situation, where there are problems of joinder between TCC Art. 123 and TCC Art.105 for stalking acts, the place of the crime of stalking that is expected to become a law is controversial. In particular, what will be the joinder relationship between TCC Art. 105 and the crime of stalking, if the acts of stalking carry the purpose of sexual harassment within the meaning of TCC Art. 105; the difference and the border between TCC Art. 123 and the crime of stalking, and how to resolve their conflicts of joinder, remains as a problem.

In this article, with the crime of stalking, what kind of a joinder relationship will be applied between this crime and TCC Art. 105 and TCC Art.123, what will be the norm boundaries and joinder relations between

them will be considered and discussed by handling the Turkish doctrine, the doctrine and judgements of the crime of stalking in comparative law, and the judgements of Court of Cassation.

Key Words: Stalking, Joinder, Crime Of Sexual Harassment, Crime Of Deterioration Of Peace And Order, Comparative Law.

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU İLE KİŞİSEL VERİLERİ KORUYAN SUÇLAR ARASINDAKİ İLİŞKİYE DAİR BİR DEĞERLENDİRME

Arş. Gör. Bekir BOGA
Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID: 0000-0002-0894-8969

Özet

Kişisel verilerin korunması, hukukumuzda özellikle son zamanlarda oldukça yoğun bir şekilde tartışılmaya başlanmıştır. Kişisel verilerin korunması konusu sadece biz hukukçuların ilgisini çekmemekte, toplumda bulunan bütün bireylerin gelişen teknoloji karşısındaki endişelerinin önemli bir bölümünü oluşturmaktadır. Aslında kişisel verilerin korunması hususunun gündeme gelmesi ve münhasır bir hukuk dalı haline tekamül etmesi oldukça yeni bir gelişmedir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilk uluslararası bağlayıcı belge Avrupa Konseyinin 28 Ocak 1981 tarihinde kabul ettiği "Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşmedir". Bu sözleşmede sadece verilerin otomatik olarak işlenmesi açısından gerçek kişiler korunmuştur. Ayrıca bu sözleşme sadece Avrupa Konseyinde yer alan devletlerce imzalanmamış, bütün devletlerin imzasına açılmıştır. Türkiye de bu sözleşmeyi imzalamıştır. Ancak söz konusu sözleşmenin onaylanabilmesi için ülkenin sözleşmeye uygun ulusal bir yasa hazırlaması gerekmektedir. Türkiye bu yükümlülüğünü 2016 yılında kabul ettiği 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile yerine getirmiştir. Bununla birlikte 2005 yılında yürürlüğe giren Türk Ceza Kanununda kişisel verilerin korunmasına ilişkin suç tiplerine yer verilmiştir. Bu durum ceza hukuku uygulamasında kişisel verileri koruyan suç tiplerinin, özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan farkının belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Bu bildiride özellikle özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ile kişisel verileri koruyan suç tipleri arasındaki ilişkiye temas edilecektir. Yargı kararlarında mahremiyete ilişkin olan bilgilere erişim ve bunların ifşası özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu çerçevesinde cezalandırılırken mahremiyete ilişkin olmadığı düşünülen bilgilerin kişisel veri olduğu kabul edilmektedir. Halbuki bu ayrımın bilimsel bir temeli bulunmamaktadır. Doğru olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun genel norm olarak kabul edilmesidir. Nitekim kişisel verilerin korunması hukukunun gelişim süreci de bu görüşe

uygundur. Kanaatimizce kişisel verileri koruyan suç tiplerini, özel hayatın gizliliğinin ihlali suç tipinden ayırabilmek için veri kayıt sistemi kavramının iyi bir şekilde açıklanması gerekmektedir. Zira kişisel verilerin korunması hukuku aslında büyük veri kayıt sistemlerinin insanlara sağladığı faydayı maksimize etme ve bunların verebileceği zararları minimize etme çabası içerisindedir. Ancak Türk Ceza Kanunu düzenlemeleri dikkate alındığında kişisel verileri koruyan suç tiplerinden sadece 138.maddede düzenlenen verilerin yok edilmemesi suçunda veri kayıt sistemi kavramının kullanıldığı görülmektedir. Bu bildiride TCK'nın bu düzenlemeleri yabancı ülke hukuklarından bazı örneklerle birlikte değerlendirilmeye çalışılacaktır. Ayrıca 24.03.2016 tarihli 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin de Türk Ceza Kanunun'da düzenlenen kişisel verileri koruyan suç tiplerinin içeriklerinde veya yorumlarında bir değişiklik oluşturup oluşturamayacağı da tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Veri, Özel Hayat, 6698 Sayılı Kanun, Genel Norm, Özel Norm.

AN EVALUATION ON THE RELATIONSHIP BETWEEN THE CRIME OF VIOLATION OF PRIVACY LIFE AND THE CRIMES THAT PROTECT PERSONAL DATA

Abstract

The protection of personal data has started to be discussed intensely in our law, especially recently. The issue of protecting personal data does not only attract the attention of lawyers, it constitutes an important part of the concerns of all individuals in the society against developing technology. In fact, it is a fairly recent development that the issue of personal data protection has come to the fore and it has evolved into an exclusive branch of law. The first international binding document on the protection of personal data is the "Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data" adopted by the Council of Europe on January 28, 1981. In this convention, only natural persons are protected in terms of automatic processing of data. In addition, this convention was not only signed by the states in the Council of Europe, it was opened for signature by all states. Turkey has also signed this convention. However, in order for the said convention to be ratified, the country must prepare a national law in line with the convention. Turkey has fulfilled this obligation with the Law No. 6698 on the Protection of Personal Data, which it adopted in 2016. In addition, the Turkish Penal Code, which entered into force in 2005, includes the types of crimes related to the protection of personal data. This situation makes it difficult to distinguish between the types of crimes protecting personal data and the crime of violating the privacy of private life in criminal law practice. In this report, especially, the relationship between the crime of violating privacy of private life and the types of crimes protecting personal data will be discussed. In judicial decisions, access to and disclosure of information related to privacy is punished within the framework of the crime of violation of privacy, while information considered not to related privacy is accepted to be personal data. However, this distinction has no scientific basis. It is true that the crime of violating privacy is accepted as the general norm. Thus, the development process of the personal data protection law is also in line with this view. In our opinion, the concept of data recording system should be well explained in order to distinguish the crime types protecting personal data from the violation of privacy. Because the law on protection of personal data actually strives to maximize the benefits of big data recording systems to people

and to minimize the damages they may cause. However, considering the regulations of Turkish Penal Code, it is seen that the concept of data recording system is used only in the crime of not destroying the data regulated in Article 138, among the types of crimes that protect personal data. In this report, these regulations of the Turkish Penal Code will be tried to be evaluated together with some examples from foreign country laws. In addition, it will be also discussed whether the provisions of the Law on the Protection of Personal Data dated 24.03.2016 and numbered 6698 can create a change in the content or interpretation of the types of crimes that protect personal data regulated in the Turkish Penal Code.

Key Words: Personal Data, Private Life, Law No. 6698, General Norm, Special Norm.

HUKUK TARİHİ

UYGULAMADAN ÖRNEKLER IŞIĞINDA OSMANLI AİLE HUKUKUNDA ZORLAYICI VELÂYET YETKİSİ VE HIYÂR'ÜL BULÛĞ MÜESSESESİ

Prof. Dr. Gül AKYILMAZ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID: 0000-0002-9404-9440

Özet

Zorlayıcı velâyet (velâyet-i icbar) veliye velayeti altındaki kişileri rızalarını almadan hatta rızaları hilafına evlendirme yetkisi tanır. Osmanlı Aile Hukukunda küçüklerin, kölelerin ve akıl hastalarının velileri tarafından zorlayıcı velâyet yetkisine dayanılarak evlendirilmesi mümkündür. Ancak bu başlık kapsamında sadece küçüklerin velileri tarafından velâyet-i icbar yetkisi kullanılarak evlendirilmesi ele alınacaktır. Osmanlı Devleti'nde Aile Hukuku büyük oranda şer'i hukuk tarafından düzenlenmiş, bu çerçevede evlenme ve boşanma konusundaki kurallar devletin resmi mezhebi olan Hanefi mezhebine göre şekillenmiştir. Osmanlı Devleti'nde resmi mezhebin görüşleri doğrultusunda evlenmede bir alt yaş sınırı tespit edilmemiş olup, küçüklerin zorlayıcı velayet yetkisine sahip olan velileri tarafından evlendirilebilecekleri kabul edilmiştir. Hanefi mezhebi zorlayıcı velayet yetkisini diğer mezheplerden farklı olarak çok geniş bir akraba zümresine tanımıştır. Bunun ortaya çıkarabileceği sakıncaları bertaraf etmek içinse "*Hıyâr'ül Bulûğ*" müessesesi yoluyla buluğa eren erkek ve kız çocukların dilerlerse nikâh akitlerini feshettirebilecekleri ilkesi kabul edilmiştir. Osmanlı Hukuku erkek ve kız çocuk ayrımı yapmaksızın küçüklerin velileri tarafından zorla evlendirilebileceklerini düzenlerken uygulamada daha çok kız çocuklarının evlendirildikleri görülmektedir. Yine mahkeme kayıtlarından anlaşıldığı üzere kız çocukları gerekli fiziki olgunluğa ulaşana kadar kocalarının evine gönderilmemiş ve evlilikler fiilen başlamamıştır. Mahkemenin fiziki olgunluktan anladığı ise kız çocuklarının cinsel ilişkiye uygun hale gelmesidir. Osmanlı uygulamasında gerek erkek çocuklardan ziyade kız çocuklarının velileri tarafından evlendirilmesi gerekse hıyâr'ül bulûğ ile ilgili hukuki düzenlemelerde erkek ve kadınlar için farklı kuralların belirlenmesi Osmanlı Devleti'nde küçüklerin evliliklerinde tabloyu kadınlar aleyhine ağırlaştırmıştır. 1917 Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile küçüklerin velileri tarafından evlendirilmesi konusunda yaş sınırı getirilmesi son derece önemli bir adım olduğu gibi ilgili maddenin gerekçesinde ifade edilen görüşler de dikkate değerdir.

Tebliğimizde teorik tartışmalara girilmeden konu uygulamadan örnekler çerçevesinde ele alınarak farklı tarihler ve farklı coğrafi bölgelerdeki kayıtlar arşiv belgeleri ve şer'iyye sicilleri ışığında incelenerek değerlendirmeler yapılmaya çalışılacaktır. Çalışmanın amaçlarından birisi de resmi mezhebin konu ile ilgili düzenlemelerine uygulamada ne derece uyulduğunu ortaya koymaktır. Çünkü hazırlık aşamasında ulaşılan belgelerde bu konuda ilgi çekici verilere erişilmiştir. Belgeler üzerinde yapılan araştırmalarda hıyâr'ül bulûğ ile örneklere az sayıda rastlanılmasının önemli sebeplerinden birisinin de bulûğa eren kadınların hıyâr'ül bulûğ yoluyla nikâh akitlerini feshettirmek istediklerinde gerek aile üyeleri gerekse görevliler tarafından engellemelerle karşılaşmaları olduğu tespit edilmiştir. Yine belgelerde karşımıza sıklıkla çıkan bir konu da zorlayıcı velâyet yetkisinin kullanılması sırasında yaşanan yetki tartışmaları olmuştur. Tebliğimizde yukarıda ifade edilen konular uygulamadan örneklerle açıklığa kavuşturulmaya çalışılarak günümüzde de önemli bir toplumsal ve hukuki sorun teşkil eden küçük yaştaki evliliklerin tarihsel kökenlerinin izleri sürülmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Zorlayıcı Velayet, Hıyar'ül Bulûğ, 1917 Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Hanefi Mezhebi, Arşiv Belgeleri, Şeri'yye Sicilleri.

IN THE LIGHT OF PRACTICE COERCIVE GUARDIANSHIP IN OTTOMAN FAMILY LAW AND KHIYÂRAL-BULÛGH INSTITUTION

Abstract

Coercive guardianship (velâyet-i icbar) entitles the guardian to marry of the people under their guardianship without obtaining their consent, even against the consent. Under Ottoman Family Law, legal guardians can marry the minors, slaves and mentally disabled people on the basis of "*coercive guardianship*". However, within the scope of this paper, only the marriage of minors in regard to coercive guardianship will be examined. Ottoman Family Law was dependent on the Islamic Law substantially and rules of marriage and divorce were arranged according to the Hanafi sect which was the official sect of the Ottoman Empire. A certain marriage age was not determined in the Ottoman Family Law and the minors could be married off by their guardians without their consent and even against their stated wishes. According to the Hanafi doctrin, the child's natural guardian is her/ his father. If the father is no longer alive or is absent, the paternal granfather becomes the natural guardian. If both are missing, the guardianship passes other members of the family. Unlike other Islamic sects, Hanafi scholars agreed that besides the father and the paternal grandfather, a large scale of relatives could marry off minors by using their coercive guardianship. For preventing the harmful results of this arrangement, the "*option of puberty*" (khiyâral-bulûgh) institution was accepted by Hanafi scholars. Option of the puberty is a right of a minor girl/boy which can be exercised at the moment she/he reaches the sexual maturity, to refuse the marriage that is arranged by a guardian other than her/his father or paternal father. The minors, both boys and girls, may request the court for the annulment of the marriage. In Ottoman Law, either minor girls or boys could be married off by their guardians, but in practice frequently minor girls were married off the men who are older than them. As it was understood by the shari'a court records, the minor girls stayed in their family house until they reached the physical maturity. When a girl was considered ready for sexual intercourse, she was sent her husband's home and the consummation of marriage took place. In Ottoman practice, minor marriages could be seen among the girls too often rather than the boys and the arrangements of the option of puberty differs according to the gender. For this reason, this practice created serious disadvantages for female minors. The 1917 Family Law Decree is an important step that sets a minimum age

limit when the minors are married by their guardians. Moreover, the explanations stated in legislate intention are also noteworthy.

In this paper, without entering into theoretical discussions, the subject will be handled within the framework of examples from practice, and the records in different dates and in different geographical regions in the light of archival documents and sharia registers. One of the objectives of the study is to reveal the extent to which the regulations of the official sect are complied with in practice. Because, in the documents reached during the preparation phase, interesting data on this subject have been attained. Within the light of researches made regarding those documents, it has been determined that one of the important reasons why the few examples with khiyâral-bulûgh are encountered is that the women who reach puberty face obstacles by both family members and officials when they want to terminate their marriage contract through khiyâral-bulûgh. Another issue that can be determined with those documents is the debates on competence of using the power arising from coercive custody. In this paper, the above-mentioned issues will be clarified with examples from practice and the historical roots of underage marriages, which still constitute an important social and legal problem, will be examined.

Key Words: Coercive Guardianship, Khiyâral-Bulûgh, 1917 Family Law Decree, Hanafi Sect, Archive Documents, Shari'a Court Records.

VATANDAŞLIK STATÜSÜNÜN TARİHİ KÖKLERİ GÖÇ, İLTİCA VE SIĞINMA OLGULARI BAĞLAMINDA TARİHİ BİR DEĞERLENDİRME

Doç. Dr. İrem KARAKOÇ
Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-1142-8689

Özet

18'inci yüzyıldan itibaren Osmanlı Devleti'nde zimmilerin bir kısmının önce Avrupa devletlerinin himaye ettiği beratlısı sonra da vatandaşı oldukları bilinmektedir. Devlet kendi egemenlik hakkına dayanarak kendi uyrukluğunun kazanılması veya kaybedilmesi kurallarını serbestçe belirleyebildiği gibi tebaasını kendi mahkemelerinde yargılayabilirdi. Fakat kuruluş ve yükseliş dönemlerinde İslam dininin tüm insanları koruyucu ve kucaklayıcı ılımlı ve insancıl esasları çerçevesinde, hukuk alanında, müstemen ve gayrimüslimlere eman ve ahitnamelerle sunulan haklar zamanla din/vicdan özgürlüğünün kapsamını aşmış; kapitülasyona evrilmiş ve 1800'lerden itibaren devletin egemenlik hakkı iyice sınırlanmıştır. Kapitülasyonlar, ticari anlaşmalar gibi görünmesine rağmen adli hükümler de içerdiklerinden Osmanlı tebasının ülke değiştirmeden vatandaşlık değiştirerek asli tebanın kendi ülkesinde azınlıkta kalması gibi bir sonucu olmuştur. Bu durum ticaretten tercüman ayrıcalığına; mahmîlikten zimmiliğe kadar tüm sistemi etkilemiş devletin çöküşünde etken olmuştur.

Çalışmamızın konusunun, gündemimizde olan göç-göçmen, sığınma-sığınmacı ve iltica-mülteci kavramları ile de bağ kurularak açıklanmasının daha doğru olduğu düşünülmüştür. Nitekim bu kavramlar birbirine yakın anlamlı oldukları için birbiri yerine kullanılmakta vatandaşlık statüsü ile kolaylıkla ilişkilendirilebilmektedir. Göç-göçmen, iltica-mülteci, sığınma-sığınmacı, koruma-koruma altındaki yabancı gibi kavramlar vatandaşlık ve yabancılık statülerinden tamamen farklı durumlar/kavramlardır. Devletin son dönemlerinde yaşanan vatandaşlık sorunsalı vatandaşlık-yabancılık statülerinin tespiti bağlamında hukukta kavramlar, tanımlar, kurumlar ve kuralların ne denli önemli olduğunu göstermektedir. Ayrıca bu tarihî tecrübeler göçmen, mülteci, sığınmacı kavramlarının vatandaşlıkla karıştırılması, başka bir deyişle bunların sonunda mutlaka vatandaşlığa dönüşeceği gibi bir anlayışın yerleşmesinin de ne denli tehlikeli sonuçları olabileceğinin göstergesidir. Bilindiği gibi *vatandaş-*

yabancı kavramları normal şartlar altında ve genellikle barış zamanında bir kişinin devletle arasında olan/olmayan tabiiyet rabıtasını anlatan iç hukuk kavramlarıdır. Vatandaş kimliği verilenlerin, vatandaşlığın manevi unsuruna ne kadar sahip olduğunun asla ölçülemeyeceğinin iyi değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim Batılı devletlerin Osmanlı ülkesindeki bazı toplulukları himaye etmeye başladıkları sürecin sonunda devletin parçalanması kaçınılmaz olmuştur.

Anahtar Kavramlar: Vatandaşlık, Kapitülasyon, Himaye, Tabiiyet-i Osmaniyye Nizamnamesi, İltica, Göç.

THE HISTORICAL ROOTS OF CITIZENSHIP STATUS A HISTORICAL EVALUATION IN THE CONTEXT OF MIGRATION, ASYLUM AND REFUGE

Abstract

It is known that since the 18th century, some of the Ottoman citizens in the Ottoman Empire were first protectorate foreign states and then citizens. Ottoman State could freely determine the rules for the acquisition or loss of its nationality based on its sovereign right, and it could judge its subjects in its own courts. However, during the establishment and rise of the state, within the framework of the moderate and humane principles of Islam that protect and embrace all people, the rights offered to Muslims and non-Muslims in trust and ahitnames in the field of law, over time, exceeded the scope of freedom of religion/conscience. These have turned into capitulations and therefore the sovereign right of the state has been severely limited since the 1800s. Although the capitulations looked like commercial agreements, since they also included judicial provisions, the Ottoman subjects changed their citizenship in order to take advantage of the capitulations, resulting in a minority of the main subjects in their own country. This situation affected the whole system in the context of trade, interpreter privilege, mahmîlik and dhimmi and became a factor in the collapse of the state.

The subject of our study is suitable to be explained by establishing a connection with the concepts of migration-immigrant and asylum-refugee, which are still on our agenda. As a matter of fact, since these concepts are close to each other, they are used interchangeably in the doctrine and can be easily associated with citizenship status. Concepts such as immigration-immigrant, asylum-refugee, asylum-refugee, protection-protected foreigner are completely different situations/concepts from citizenship and foreigner status. The problem of citizenship experienced in the last period of the state shows how important the concepts, definitions, institutions and rules in law are in the context of determination of citizenship-foreign status. In addition, these historical experiences are an indication of the dangerous consequences of confusing the concepts of immigrant, refugee, asylum seeker with citizenship, in other words, the establishment of an understanding that will eventually turn into citizenship. As it is known, the concepts of citizen-foreigner are domestic law concepts that describe the nationality of a person with or without the state under normal conditions and generally in peacetime.

It is necessary to know that the spiritual element of citizenship cannot be measured by those who are given a citizenship identity, and a control mechanism should be established accordingly. As a matter of fact, the disintegration of the state was inevitable at the end of the process in which the Western states started to protect some communities in the Ottoman country.

Keywords: Citizenship, Capitulation, Protection, Ottoman Nationality Regulation, Asylum, Migration.

OSMANLI AİLE HUKUKUNDA VELAYET

Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Emre ZORLU
Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-8470-4296

Özet

Velayet kelime anlamı olarak "yönelmek, sevmek, bir işin sorumluluğunun üstünde olması" anlamlarına gelmektedir. İslam hukukunda velayet "velayet-i amme" genel velayet ve "velayet-i hassa" özel velayet olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Çalışmamız özel velayet ile ilgili olarak günümüz aile hukukunun konusu olan şahıs varlığı ve mali konularda hukuki temsile karşılık gelen velayettir. Velayet hakkına sahip bulunan kimseye "veli" denir. Velinin hem şahıs varlığı, hem de mali konularda hukuki temsil yetkileri ve bu hususlarda yerine getirmesi gerekli bulunan görevleri bulunmaktadır. Yalnızca malvarlığı ile ilgili işlerde bir şahsı temsil eden kimseye ise "vasi" denir. İslam ve Osmanlı hukukunda, yaş küçüklüğü, bunaklık, uyku, yaşlılık, ölümcül hastalık, sarhoşluk vb. hallerden dolayı fiil ehliyeti bulunmayan kişiye kâsır (kısıtlı) denir. Velinin görevini yerine getirebilmesi için birtakım özelliklere de sahip olması gerekmektedir. Hanefiler ve Malikilere göre bir kimsenin veli olabilmesi için hür, âkil ve bâliğ olması ayrıca velayet yetkisine sahip olacağı kimseyle aynı dinden olması gerekmektedir. Hanbeli ve Şafi mezhebine göre ise velinin ayrıca reşid bir kimse olması gerekmektedir. Sınırlı ehliyetsiz ve tam ehliyetsizlerin velisi öncelikle babadır. Baba yoksa velayet yetkisi baba-dededir. Her ikisi de yoksa velayet yetkisi ile vesayet birbirinden ayrılır. Baba ve dede yoksa velayet yetkisi mirastaki sıra esas alınarak asabe olan akrabalara geçer. Asabe yoksa velayet yetkisi annededir. Ancak şeriyye sicilleri incelendiğinde Osmanlı Devleti'nde baba bulunmadığı durumlarda velayet yetkisinin genellikle anneye verildiği görülmektedir. Osmanlı Devleti'nde tutulan şeriyye sicil örneklerinde sınırlı ehliyetsizlerin ve tam ehliyetsizlerin şahıs varlığı ile ilgili hukuki işlemlerinde velayet yetkisi kimde ise, o kimselerin muhatap alındıkları, bu hususta keyfilikten uzak, ciddi bir prosedür izlendiği anlaşılmaktadır. Sınırlı ehliyetsizlerle ilgili işlemlerde genelde babadan, bazı işlemler için ise örneğin ağır bir tıbbi müdahaleyi gerektiren durumlar vb. hallerde hem annenin hem de babanın velayet yetkisi çerçevesinde tıbbi müdahaleye rızalarının alındığı durumlar olmuştur. Yine Osmanlıdaki yeniçeri ocağında bulunan küçükler ile ilgili olarak velayet yetkisi Acemi Oğlanlar Kethüdası tarafından kullanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Velayet, İslam Hukuku, Osmanlı Hukuku, Veli, Hukuki Temsil.

CUSTODY IN OTTOMAN FAMILY LAW

Abstract

Word for word meaning of custody is "to lean, to love, to undertake the responsibility of a job". In Islamic law, custody is divided into general custody and private custody. Our study is about personal assets which is a subject of today's family law regarding private custody and custody which corresponds to the legal representation of financial matters. One who has the right of custody is called the "guardian". The guardian has both personal assets and legal representation powers in financial matters, as well as duties that she/he must perform in these matters. One who represents another person only in matters related to her/his assets is called a "trustee". Islamic and Ottoman law defines the person who can't act due to being minor, senile, senility, senior, fatally ill, drunk, etc. as kâsır (restricted). The guardian must possess some specific features to perform her/his duties. According to Hanafi and Maliki sects, one must be free, wise, lucid, and share the same religion with the represented to become a guardian. According to the Hanbali and Shafi'i sects, the guardian must also be an adult. Father is the primary guardian of those with a partial disability and absolute disability. If there is no father, the custody authority is the grandfather (father of the father). If both are absent, custody authority and guardianship are separated from each other. If there is no father and grandfather, the custody authority passes to the relatives who possess "asabe" based on the order of inheritance. If there is no asabe, the mother has custody. However, the sharia registers indicate that in cases where there is no father in the Ottoman Empire, custody authority is usually given to the mother. Shariah registry samples which are kept in the Ottoman Empire show that addressees are the people with custody authority during the legal transactions of partially disabled and the absolute disabled people. It is understood that serious procedure, far from arbitrariness, is followed in this regard. Generally, the consent of the father was necessary for transactions related to partially disabled people. But for some transactions, such as serious medical intervention consent of both parents was necessary within the framework of the guardianship authority. Also, the Commander of Conscript Boys was the custody authority of the minors in the guild of janissaries in the Ottoman Empire.

Keywords: Custody, Islamic Law, Ottoman Law, Guardian, Legal Representation.

1917 TARİHLİ HUKÛK-I ÂİLE KARARNÂMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Ebru KAYABAŞ
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-2478-1545

Özet

Tanzimat Fermanı'nın ilanıyla birlikte Osmanlı Devleti'nde diğer birçok alanda olduğu gibi hukuk alanında da ihtiyaç duyulan modernleştirme çalışmaları gerçekleştirilirken, devletin son yıllarında hem hukuk hem de aile hukuku açısından en önemli gelişmelerden birisi olan Hukûk-ı Âile Kararnâmesi 8 Muharrem 1336/25 Ekim 1917 tarihinde yürürlüğe girdi. Kararnâme sadece Osmanlı hukuk tarihinde değil, bilakis tüm İslam hukuku tarihinde aile hukuku alanındaki ilk kanunlaştırma hareketi olduğu gibi aynı zamanda üç kitâbi dinin evlenme ve boşanma ile ilgili hükümlerini bir araya getiren ilk resmi düzenleme olma özelliğine de sahiptir.

Tüm Osmanlı Devleti vatandaşlarını kapsayacak ve zamanla ortaya çıkan problemleri en aza indirip hukuk birliğini sağlayacak bir aile kanununa duyulan ihtiyaç açıkken, çözüm için uzun yıllar beklendikten sonra en karışık ve sorunlu günlerinde devleti böylesine iddialı ve önemli bir Kararnâme'nin kabulüne zorlayan nedenler çok çeşitlidir. Bunlar türlü alt başlıklara da sahip olmakla birlikte hukuki, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel nedenler ana başlıkları altında toplanabilir. Ancak bu beş ana başlığın dışında zaman içinde kadının statüsünde meydana gelen değişiklik ihtiyacı ve güçlenen kadın hareketi de Kararnâme'yi hazırlayan süreçte etkili olmuştur. Bu dönemde siyasal mekanizma yürürlükte olan yapıdan uzaklaşıp değişirken, siyasi yapıyı belirleyen etkenlerin başında gelen hukuk düzeni de kanunlaştırma çalışmalarıyla değişime uğramıştır. Yeni kanun gereksinimlerini zorlayan etkenler sadece siyaset ve yönetim alanlarında reformlar yapma sorunu değil, Batı ile artan ilişkileri de çağın gereklerine bağlama sorunuydu. Dönemin Batıcı, İslamcı ve Türkçü aydınları aile hukuku alanının kanunlaştırılması gerektiği ve bunun acil bir ihtiyaç olduğu yönünde hemfikirdiler ancak diğer neredeyse her konuda çatışmaktaydılar.

Netice olarak Kararnâme'nin kabulü ile amaçlanan değişiklikler bir ölçüde gerçekleşmiş oldu. Böylece cemaat mahkemelerinin yargı yetkisi kaldırılarak tüm davaların şer'iye mahkemelerinde görülmesi sağlanmıştır. Ayrıca evlenme ve boşanmada devletin kontrolü

kuvvetlendirilmiş, çok eşli evlilik sınırlandırılmış, evlilik için asgari yaş haddi getirilmiş ve İslam hükümleri çerçevesinde dört Sünni ekolün düzenlemeleri taranarak çağa en uygun olan hükümleri Kararnâme'ye eklenmiş, böylece uygulamada çıkan sorunların çözümü yoluna gidilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Aile, Kadın, Hukuk, İslam Hukuku, Aile Hukuku, Osmanlı Devleti.

THE LEGAL FAMİLY CODE OF 1917
HUKUK-I AILE KARARNAMESI

Abstract

With the proclamation of the *Tanzimat Fermani***,** in the Ottoman Empire, the much needed modernization studies were carried out in the field of law, aside with other fields, and the Decree on the *Hukuk-i Aile Kararnamesi*, which was one of the most important developments in terms of both law and family law, entered into force as of 8 Muharram 1336/25 October 1917. The decree is the first legal act in the field of family law, not only in the history of Ottoman law, but also in the history of Islamic law, as well as being the first official regulation that brings together the provisions of the three Abrahamic religions on marriage and divorce.

While the need for a law of the family, which applies for all Ottoman citizens and minimizes the problems occuring throughout the time and ensures the legal unity was clear, after waiting for many years for a solution, the reasons that forced the state to adopt such an ambitious and important Decree in its most complicated and troubled days were very diverse. Although these reasons have various sub-titles, they can be grouped under the main titles of legal, political, economic, social and cultural reasons. But aside from these five main sub-titles, the improving woman's movement and the change of the statue of the woman throughout time played a role at the process leading to the preperation of the Decree. In this period, while the political mechanism moved away from the existing structure and changed, the legal order, which was one of the factors determining the political structure, also changed with the efforts of legislation. The push factors of the need for a new law were not only the problem of making reforms in the fields of politics and administration, but also the problem of connecting the increasing relations with the West to the requirements of the age. The Westernist, Islamist and Turkist intellectuals of the period agreed that the family law field should be enacted and that it was an urgent need, but they were in conflict on almost every other issue.

As a result, the changes aimed with the adoption of the Decree were realized to some extent. And with that, the jurisdiction of the *Cemaat Mahkemeleri* were eliminated and it was ensured that all the cases were presented before the *Şer'iye Mahkemeleri.* Also the control of the state over marriage and divorce was strengthened, polygamy was limited,

a minimum age limit for marriage was set out and the regulations of the four Sunni schools were scanned within the framework of Islamic provisions, and the most appropriate provisions for the era were added to the Decree, thus solving the problems in practice.

Key Words: Familiy, Woman, Law, Islamic Law, Family Law, Ottoman Empire.

CUMHURİYETİN İLK YILLARINDA MÜFTÜNÜN MEDENİ HUKUK UYGULAMASINA KATKISI

Dr. Arş. Gör. Mahmud Esad KALIPÇI
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-7531-9436

Özet

Bilindiği üzere, Cumhuriyet'in ilanının ardından gelişen süreçte Türkiye'de büyük bir hukuk devrimi yaşanmıştır. Şüphesiz ki, bunun en önemli simgesi 1926 Tarihli Türk Medeni Kanunu'dur. İsviçre'den muktebes bu kanunun kabulü, yüzyıllardır Türk topraklarında hüküm süren İslam hukuku kaynaklı hukuk sisteminden ve Doğu medeniyetinden yüz çevirme, Batı hukuk sistemi ve medeniyetine dâhil olma yolunda atılmış en önemli adımdır. Bu, Türk hukuk tarihi açısından mühim bir kırılma noktasıdır. Zira bu kanun, daha önce gerçekleştirilen ıslahatlardan farklı olarak, dinin ve kültürün hukukla en sıkı bir biçimde ilişki içerisinde olduğu ahval-i şahsiye alanını dahi Batı hukukuna göre düzenlemiştir.

Devrin atmosferi dikkate alındığında, bu devrim kanununun inşa ettiği hukuki yapının işleyişinde, Osmanlı hukukunda mühim bir yeri olan müftünün rol sahibi olması kulağa pek alışıldık gelmeyebilir. Ancak kanun koyucu, şimdiki Medeni Kanunumuz için olduğu gibi, 1926 Tarihli Türk Medeni Kanununun yürürlüğü hakkında da bazı noktalarda eski hukuka atıfta bulunmuştur. Bunlardan biri de, miras paylaşımında mirasbırakanın öldüğü zaman yürürlükte olan kuralların geçerli olması esasıdır. Bu sebeple, uygulamadaki birçok miras taksimi işlemi açısından, Osmanlı miras hukukunda geçerli olan şer'î intikal (feraiz) ve örfî intikal kurallarının bilinmesi büyük önem arz etmiştir. Doğal olarak, uzmanlık gerektiren bu konuda eski hukuk müktesebâtını iyi bilen kişilerden yararlanılmıştır. Cumhurbaşkanlığı Cumhuriyet Arşivinde yaptığımız taramalarda rastladığımız bazı belgelere göre, bu kapsamda müftülerin bilgi ve birikiminden de istifade edildiği anlaşılmaktadır. Öyle ki bu, Diyanet İşleri Reisliği hakkında özel olarak düzenlenen ilk mevzuatta da yerini almış kanunî bir vazife olarak dikkat çekmektedir.

İşte bu tebliğde, miras meselelerinin çözümü hakkında müftülükler nezdinde düzenlenen bazı arşiv belgelerinden hareketle, eski hukuk geleneğimizden gelen önemli bir aktör olan müftünün hukuk devriminin ilk yıllarında medeni hukuk uygulamasına olan katkısı tartışılacaktır. Bu sayede, yakın dönem Türk hukuk tarihine dair hem bazı yeni bilgilerin ortaya konulması, hem de yeni yapılacak çalışmaları besleyici bazı tespitlerde bulunulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Türk Hukuk Devrimi, Cumhuriyet'in İlk Yıllarında Medeni Hukuk Uygulaması, Osmanlı Miras Hukuku, Müftü, Fetva.

THE CONTRIBUTION OF MUFTI TO CIVIL LAW PRACTICE IN THE EARLY YEARS OF THE TURKISH REPUBLIC

Abstract

As is known, in the ongoing process after the declaration of the republic, a great legal revolution has taken place in Turkey. No doubt, the chief symbol of this is Turkish Civil Code dated 1926. The adoption of this Swiss-origin code is the most important step taken to turn away from the Islamic law-based legal system, which was applied for centuries in Turkish lands, and to enter the Western legal system and civilization. This is a turning point in the history of Turkish law. Because, unlike previous reforms, it regulated even personal status area, where religion and culture are most related to law, according to Western law.

Considering the conditions of the period, it may sound weird that the mufti, who was an important actor in Ottoman law, played a role in the implementation of the legal structure built by this revolutionary code. However the legislator referred to old Turkish law in some matters about its application, as in Turkish current Civil Code. One of them was the principle that the rules regarding the time of death of the deceased are in effect in partition of the inheritance. For this reason, knowledge of the Ottoman inheritance law, which includes the rules of Islamic transfer (şer'î intikal) and sultanic transfer (örfî intikal) rules, was very important for many inheritance issues in practice. Naturally, people who knew old law well were used in this subject, which requires expertise. According to some archival documents, the knowledge and experience of the muftis were also used in this context. So much so that it was a legal duty included even in the specially enacted legislation regarding the Presidency of Religious Affairs.

In this paper, using some archival documents about inheritance issues, the contribution of the mufti, who is an important actor in old Turkish legal tradition, to the civil law practice in the early years of the legal revolution will be discussed. In this way, it is aimed to provide some new information about recent Turkish legal history and make some determinations for new studies.

Key Words: Turkish Legal Revolution, Civil Law Practice In The Early Years Of The Turkish Republic, Ottoman Inheritance Law, Mufti, Fatwa.

ANAYASA MAHKEMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNE YANSIYAN EMVAL-İ METRUKE DAVALARI

Doktora Öğrencisi Zeynep Kübra POYRAZ
Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
ORCID ID: 0000-0002-5710-0243

Prof. Dr. Nuran KOYUNCU
Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-6696-9733

Özet

I. Dünya Savaşı sırasında sevk ve iskana tabi tutulan kişilerin geride bıraktıkları taşınır, taşınmaz mallarıyla alacak ve borçlarına ilişkin bir dizi hukuki düzenlemeler yapılmıştır. 1915 yılında çıkarılan kanunla ilk olarak sevk edilen kişilerin geride bıraktıkları mallar tasfiye edilmiş ardından 1923 yılında çıkarılan kanunla her ne suretle olursa olsun yerinden ayrılan, kaçan, kaybolan kişilerden geride kalan mallar tasfiyeye tabi tutulmuştur. I. Dünya Savaşı sırasında hükümet tarafından görülen siyasi ve idari zorunluluk nedeniyle sevk edilen, bulundukları yerden ayrılan, kaçan ve kaybolan kişilerin geride bıraktıkları mallar, Türk hukuk terminolojisinde "emval-i metruke" olarak adlandırılmıştır. Söz konusu mallarla ilgili olarak 1915-1928 yılları arasında çıkarılan çeşitli hukuki düzenlemeler ise emval-i metruke mevzuatı olarak kabul edilmektedir.

Emval-i metruke mülkiyetinin devlete intikalinin üzerinden yaklaşık bir asır geçmesine rağmen söz konusu taşınmazlar üzerindeki mülkiyet iddiaları günümüzde hala gerek ulusal gerek uluslararası mahkemeler nezdinde ileri sürülmekte ve bu konu güncelliğini korumaktadır.

Emval-i metruke mevzuatı kapsamında taşınmazlarına el konulan kişi ya da mirasçılarının günümüzde mülkiyet haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurdukları görülmektedir. Emval-i metruke konusunda Anayasa Mahkemesine yapılan başvurulardan ilki Agavni Mari Hazaryan ve diğerleri tarafından mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle yapılan başvuru; diğeri de kilise ve manastırın bulunduğu araziye emval-i metruke mevzuatına göre el konulması sebebiyle mülkiyet hakkının, bu taşınmazların ibadet mekanları olmasından dolayı din ve vicdan özgürlüğüyle eşitlik ilkesinin ve tapu

defterlerine ulaşmalarının engellenmesi sebebiyle de adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle yapılan Kilikya Ermeni Katolikosluğu başvurusudur. Her iki başvuru da Anayasa Mahkemesi tarafından esas incelemeye geçilmeksizin çeşitli sebeplerle kabul edilemez bulunarak reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nden ret kararı alan Kilikya Ermeni Katolikosluğu, iç hukuk yollarını tüketmemesine rağmen konuyu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taşımış ve AİHM tarafından da başvuru bu gerekçeyle kabul edilemez bulunmuştur.

Bu örneklerden de anlaşılmaktadır ki emval-i metruke mevzuatı kapsamındaki taşınmazlarla ilgili sorunlar gelecekte de AİHM önüne getirilmeye çalışılacaktır. Bu konuda Türkiye'nin AİHM önünde savunma yapabileceği önemli gerekçeleri bulunmaktadır. Biz de çalışmamızda gerek Anayasa Mahkemesi gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sürecinde emval-i metrukeye ilişkin iddiaların değerlendirilmesine katkı sağlamayı hedeflemekteyiz.

Anahtar Kelimeler: Emval-i Metruke, Tasfiye, Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

ABANDONED PROPERTIES CASES BEFORE THE CONSTITUTIONAL COURT AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Abstract

A series of legal arrangements were made regarding the movable and immovable properties, receivables and debts of the people who were relocation and resettled during the First World War. With the law enacted in 1915, the properties left behind by the people who were first relocation were liquidated, and then with the law enacted in 1923, the properties left behind by the people who left, fled or disappeared under any circumstances were liquidated. The properties left behind by people who were relocation, left their place, fled or disappeared due to the political and administrative necessity of the government during the First World War are called "abandoned properties" in Turkish legal terminology. Various legal regulations enacted between 1915 and 1928 regarding the said properties are accepted as abandoned property legislation.

Although it has been nearly a century since the ownership of abandoned properties was transferred to the state, the claims of ownership on these immovables are still being brought forward before both national and international courts, and this issue remains up-to-date.

It is seen that the person or his/her heirs whose immovable properties were confiscated within the scope of the abandoned property legislation, today apply to the Constitutional Court and the European Court of Human Rights on the grounds that their property rights are violated. The first of the applications made to the Constitutional Court regarding abandoned properties is the application filed by Agavni Mari Hazaryan and others on the grounds that their property rights and fair trial rights were violated; The other is the application of the Armenian Catholicosate of Cilicia on the grounds that the property right was seized due to the confiscation of the land where the church and the monastery are located in accordance with the abandoned property legislation, the freedom of religion and conscience and the principle of equality due to the fact that these immovables are places of worship, and the right to a fair trial due to the prevention of their access to the land registry books. Both applications were rejected by the Constitutional Court as inadmissible for various reasons without proceeding to the merits examination. The Armenian Catholicosate of Cilicia, which received a decision of rejection from the Constitutional Court, brought the issue to the European Court

of Human Rights, although it did not exhaust domestic remedies, and the application was found inadmissible by the ECHR for this reason.

It is understood from these examples that the problems related to immovables within the scope of abandoned property legislation will be take to the ECHR in the future. In this respect, Turkey has important grounds to able to defend before the ECHR. In our study, we aim to contribute to the evaluation of claims regarding abandoned properties in the process of both the Constitutional Court and the European Court of Human Rights.

Keywords: Abandoned Propeties, Liquidation, Right Of Property, Turkish Constitutional Court, European Court Of Human Rights.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NDE MODERN HUKUK EĞİTİMİNİN KURULUŞU VE GELİŞİMİ

Dr. Halil İbrahim ÇELİK
Necmettin Erbakan Üniversitesi
ORCID ID: 0000-0001-5500-4226

Özet

Türkiye Cumhuriyeti, Atatürk'ün siyasi, sosyal ve ekonomik görüşleri ekseninde kurulmuş ve gelişmiştir. Yeni devletin gelişim sürecinde öncelikli adım eğitim ve hukuk alanlarının laikleştirilmesi olarak belirlenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti'nin çağdaş uygarlık seviyesine ulaşma hedefinin en önemli basamaklarından birisi hukuk alanında modernleşmedir. Tanzimat döneminden itibaren Türk modernleşmesi öncelikle hukuk alanında gelişme göstermiştir. Hedeflenen hukuk sisteminin kurulması öncelikle planlanan hukuk sistemine uygun hukuk adamları yetiştirmekle mümkün olacağı düşüncesi Milli Mücadele döneminde Mustafa Kemal Paşa'nın konuşmalarında ifade edilmiştir. Bu düşüncenin bir sonucu olarak 1922 yılından itibaren Ankara'da hukuk mektebi açmak için çalışmalar başlamıştır. Cumhuriyetin devrimci yapısı tutarlı bir hukuk sistemi üzerinde bütünleşmeyi zorunlu kılıyordu. Mustafa Kemal Atatürk, çağdaş ve milli bir hukuk sistemi kurma hedefini 5 Kasım 1925 tarihinde Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nin açılışında yaptığı konuşmada ifade etmiştir. Ankara Adliye Hukuk Mektebi, cumhuriyet döneminde açılan ilk yükseköğretim kurumudur. Cumhuriyetin ilk yıllarında yeni başkent Ankara'da hukuk mektebinin kurulması hukuk eğitiminin önemli adımlarından birisi olarak değerlendirilmektedir. 17 Şubat 1926 tarihinde İsviçre Medeni Kanunu örnek alınarak Türk Medeni Kanununun düzenlenmesi modern hukuk eğitimine olan ihtiyacı artırmıştır. Hukuk Eğitimi alanında bu adımlar atılırken Osmanlı Devleti yeniden yapılanma döneminin birikimi ile birlikte batılı devletlerdeki yasal düzenlemelerden ve batılı hukuk eğitimcilerinden de yararlanılmıştır.

Ankara'da genç cumhuriyetin ruhuna uygun bir hukuk mektebi açılırken İstanbul'da ise Darülfünun ilga edilerek yerine İstanbul Üniversitesi kurulmuştur. 1933 tarihli üniversite kanunu ile İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde hukuk eğitiminin toplumun güncel ihtiyaçlarına ve devrim ilkelerine uygun olarak düzenlenmesi amaçlanmıştır. Bu çalışmalarda İsviçreli akademisyen Prof. Dr. Albert

Malche'nin yükseköğretim raporu da etkili olmuştur. Ankara ve İstanbul hukuk fakültelerinin açılışı Türkiye'de modern hukuk eğitiminin kuruluş ve gelişiminin iki önemli adımı olmuştur. Türkiye'de 1933 Üniversite reformu ile hukuk eğitimi, üniversite içerisinde yüksek öğretimin bir bölümü olarak düzenlenmiştir. Türkiye'de hukuk eğitimi dönemin toplum ihtiyaçları ve Mustafa Kemal Atatürk'ün çağdaşlaşma hedefi birlikte değerlendirilerek modernize edilmiştir. Çalışmada Cumhuriyet'in ilk hukuk fakülteleri olan Ankara ve İstanbul hukuk fakültelerinin kuruluşu, eğitim süreçleri ve ders programları arşiv kaynakları ve litaratür değerlendirilerek incelenmiştir. Türkiye'de hukuk sisteminin niteliği öncelikle hukuk eğitimi ile ilişkilidir. Günümüz hukuk eğitiminin karşılaştığı sorunların çözümü, sistemin güçlü ve zayıf yönlerinin değerlendirilmesi modern hukuk eğitim sisteminin kökenlerinin anlaşılması ile mümkün olacağı düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Eğitimi, Yükseköğretim, Modernleşme, Hukuk Reformu, Albert Malche.

ESTABLISHMENT AND DEVELOPMENT OF MODERN LEGAL EDUCATION IN THE REPUBLIC OF TURKEY

Abstract

The Republic of Turkey was founded and developed on the axis of Atatürk's political, social, and economic views. The primary step in the development process of the new state has been determined as the secularization of the fields of education and law. One of the most critical steps of the Republic of Turkey's goal of attaining the level of contemporary civilization is modernization in the field of law. Since the Tanzimat period, Turkish modernization has developed primarily in the field of law. The idea that the establishment of the targeted legal system would be possible by instructing people in the field of law in accordance with the planned legal system that was expressed in the speeches of Mustafa Kemal Pasha during the National Struggle. As a result of this thought, actions have started to open a law school in Ankara in 1922. The revolutionary structure of the Republic necessitated the integration of a coherent legal system. Mustafa Kemal Atatürk expressed his goal of establishing a modern and national legal system in his speech at the opening of Ankara Courthouse Law School (Ankara Adliye Hukuk Mektebi) on November 5, 1925. Ankara Courthouse Law School was the first higher education institution opened in the republic period. In the first years of the Republic, establishing a law school in the new capital Ankara is considered one of the crucial steps of legal education. The regulation of the Turkish Civil Code on February 17, 1926, taking the Swiss Civil Code as an example, increased the need for modern legal education. While these steps were taken in the field of Legal Education, together with the accumulation of the Ottoman Empire's restructuring period, the legal regulations in the western states and western legal educators were also used.

While a law school in line with the spirit of the young Republic was launched in Ankara, the Darülfünun was abolished in Istanbul, and Istanbul University was established in its place. With the university law of 1933, it was intended to organize legal education at Istanbul University Faculty of Law in accordance with the current needs of the society and the principles of revolution. Swiss academician Prof. Dr. Albert Malche's report on higher education was also influential in these studies. The opening of Ankara and Istanbul law faculties was two essential steps in establishing and developing modern legal education

in Turkey. With the 1933 University reform in Turkey, legal education was organized as a part of higher education within the university. Legal education in Turkey has been modernized by evaluating the social needs of the period and the modernization goal of Mustafa Kemal Atatürk. In the study, the establishment, educational processes, and curricula of Ankara and Istanbul law faculties, the first law faculties of the Republic, were examined by evaluating archive sources and literature. The quality of the legal system in Turkey is primarily related to legal education. It is believed that solving the problems faced by today's legal education and evaluating the strengths and weaknesses of the system will be possible by understanding the origins of the modern legal education system.

Keywords: Legal Education, High Education, Modernization, Law Reform, Albert Malche.

KADİM HUKUK SİSTEMLERİNDE KİRA AKDİ

Arş. Gör. Aslıhan AKDENİZ
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-2342-635X

Özet

Kadim hukuk sistemleri hakkında yapılan araştırmalar, kira akitlerinin en eski akit türlerinden biri olduğunu göstermektedir. Yazının icadı ile bu akitler, çeşitli taşlara yazılarak varlıklarını muhâfaza etmişlerdir. Kadim hukuk sistemleri incelendiğinde, kiralama işleminin toplumda yaygın olduğunu ve arazi, ev, tarla, hayvan, gemi, kayık, araç, insan kirası gibi çok sayıda kira türünün mevcut bulunduğunu söylemek mümkündür. Bu çalışmada, *Sumer, Akkad, Bâbil, Assur, Hitit, Mısır,* İbrâni, *İran, Hint, Çin, Yunan, Anadolu*-İon ve *Roma* uygarlıklarındaki kira akitleri hakkında genel nitelikte bilgiler vermek amaçlanmaktadır. Mezopotamya uygarlıkları incelendiğinde, birbirine benzer veya biri diğerinin devamı yahut gelişmiş hâli niteliğindeki hukuk uygulamaları ile karşılaşılmıştır. Sumer, Akkad, Bâbil ve Assur hukukları buna örnektir. Bâbil hukukunda Hammurabi Kanunları ile genellikle kiracının yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya kiralanan malın zarara uğraması durumlarında kiraya verenin sahip olduğu haklar (malın iadesi, tazminat gibi) ile kira bedeline ilişkin konuların düzenlendiği görülmektedir.

Coğrafya farklılaştıkça insan yaşamı ve örf-âdetlerin değişimine paralel olarak hukuk anlayışı da değişmiştir. Örneğin Hint hukukunda, kiralama işlemleri kimi zaman bir zorunluluk nedeniyle yapılmaktaydı. Taşınmaz mülkiyeti hakkının ilk üç kast (Brahmanlar, Kışatriyalar ve Vaysiyalar) bakımından kabul edilmesi ve Brahmanlar için çeşitli yasakların olması bazı uygulamalara başvurulmasına neden olmuştu. Örneğin, taşınmaz sahibi bir Brahman'ın toprağı bizzat işlemesi yasak olduğundan, bu faaliyeti yerine getirmek üzere, toprağın başka kastlardan kimselere kiralanması gerekirdi. Toprağın işlenmemesi hâlinde mülkiyet kaybı yaşanacağından, kira akdinin yapılması bir çeşit zorunluluk arz etmekteydi.

İzmir Seferihisar'daki Teos Antik Kenti'nde yapılan kazı çalışmaları sonucu ulaşılan en eski kira akdi de çalışmada yer almaktadır. Kutsal arazi kirasına ilişkin olan bu akitte, kiraya veren sıfatının bir topluluğa (*neos*'lara) ait olması ve akdin topluluğun temsilcileri tarafından yapılması oldukça dikkat çekicidir. Nitekim söz konusu topluluğun mülk

edinebilmesi ve hukukî işlemlere taraf olabilmesi, kadim dönemlerde dahi tüzel kişi benzeri yapıların olduğunu göstermektedir. Ayrıca bu akit örneğinden, akitlerdeki genel esaslar hakkında fikir edinmek de mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Kira Sözleşmesi, Kadim Hukuk, Teos Antik Kent, Mezopotamya, Yunan Hukuku.

RENTAL AGREEMENT IN ANCIENT LAW SYSTEMS

Abstract

Researches on ancient legal systems show that rental agreements are one of the oldest agreement types. With the invention of writing, these agreements preserved their existence by being written on various stones. When the ancient legal systems are examined, it is possible to say that the rental process is common in the society and there are many types of rent such as land, house, field, animal, ship, boat, vehicle, human rent. In this study, it is aimed to give general information about rental agreements in *Sumerian, Akkad, Babylonian, Assyrian, Hittite, Egyptian, Hebrew, Iranian, Indian, Chinese, Greek, Anatolian-Ionic* and *Roman* civilizations. When Mesopotamian civilizations are examined, legal practices that are similar to each other or that are the continuation or advanced model of one another have been encountered. Sumerian, Akkad, Babylonian and Assyrian laws are examples of this. In Babylonian law, with Laws of Hammurabi generally it was regulated rent price and the rights of the lessor in cases where the tenant does not fulfill her/his obligations or the rented property suffers damage (such as the return of the goods, compensation).

As the geography differentiates, the understanding of law has also changed in parallel with the change in human life and customs. For example, in Indian law, rental transactions were sometimes made out of necessity. The acceptance of the right of possesion in real estate in terms of the first three castes (Brahmans, Kisatriyas and Vaysiyas) and the existence of various prohibitions for Brahmans caused some practices to be applied. For example, when a Brahman owned real estate, it was forbidden to cultivate the land himself. So the land had to be rented to people from other castes to carry out this activity. For this reason, since property would be lost if the land was not cultivated, it was a necessity to make a rental.

The oldest rental agreement reached as a result of excavations in the ancient city of Teos in Seferihisar Izmir is also included in the study. It is quite remarkable that in this agreement, which is related to the rent of sacred land, the title of lessor belonged to a community (*neos*) and the agreement was made by the representatives of the community. As

a matter of fact, the community could acquire property and became a party to legal transactions shows that there were structures similar to legal entities even in ancient times. In addition, it is possible to get an idea about the general principles of the agreements from that.

Keywords: Rental Agreement, Ancient Law, Teos Ancient City, Mesopotamia, Greek Law.

OSMANLI SON DÖNEM HUKUK LİTERATÜRÜNDE DOĞAL HUKUK - POZİTİF HUKUK AYRIMI: MEHMED SERVET'İN MUKADDİME-İ İLM-İ HUKUK ADLI ESERİ

Arş. Gör. Ömer Can BAŞ
Sakarya Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-7052-7770

Arş. Gör. Abdullah ÖZÇELİK
Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
ORCID ID: 0000-0003-1041-199X

Özet

Doğal hukuk ve pozitif hukuk ayrımı hukukun kaynaklarını göstermek için kullanılmaktadır. Bu ayrım diğer bir ifadeyle, olan ve olması gereken hukuk arasındaki farka ilişkindir. Bu mesele modern hukuk mekteplerinin kurulduğu Osmanlı'nın son dönemindeki özellikle ders kitapları içerisinde de kendisine yer bulmuştur. Bildirinin amacı, o dönemde özellikle tafsilatlı açıklamaları sebebiyle Mehmed Servet'in hukuka giriş türündeki kitabı incelenerek söz konusu ayrımın dayanaklarını, uygulamalarını ve günümüz karşısındaki konumunu ortaya koymaktır.

Mekteb-i Hukuk'ta hukuka giriş ve ceza hukuku dersleri veren Mehmed Servet, Mukaddime-i İlm-i Hukuk adlı eseri ders kitabı formatında hazırlamıştır. Eserde söz konusu husus *Hukuk-ı Tabiiye* ve *Hukuk-ı Mevzua* kavramlarıyla incelenmiştir. Benzer şekilde Mehmed Servet'in yanında İbrahim Hakkı Paşa'nın ve Munif Paşa'nın hukuka giriş niteliğindeki ders kitapları ve Mahmud Esad'ın, Kazım'ın ve Sadullah-Vartan'ın monografileri de bu alana ışık tutmaktadır. Ancak hukuka giriş niteliğinde bir eser olması hasebiyle açık ve berrak bir anlatımın seçilmesi, muadilleri karşısında daha tafsilatlı açıklamaların yer alması ve bizce meseleyi yalnız dini boyutta ele almaması nedeniyle Mehmed Servet'in söz konusu eseri önem arz ettiğinden tercih edilmiştir. Biz bu kapsamda dönemin kendi anlayışı içinde mevzubahis ayrımın, bir yandan dayanaklarını ve uygulamaya yansımalarını diğer yandan da günümüz hukuk anlayışı perspektifinden incelenmesini karşılaştırmalı şekilde ifade etmeye çalıştık.

Yazar, pozitif hukuk kavramını; devletin tebaası bulunan insanların kendi aralarındaki, devlet ve tebaası arasındaki ve devletlerin kendi aralarındaki ilişkilerden doğmak üzere üç kısma ayırmaktadır. Bu

kısımlar sırasıyla; özel hukuk, kamu hukuku ve uluslararası hukuktur. Bunun yanında yazar doğal hukuk ve pozitif hukuk arasında öncelik-sonralık ilişkisi olduğunu ifade eder. Böylece az evvel sayılan hukuk bölümleri/türleri, doğadaki tek olan adalet kaynağından çıkmış bir pınarın döküldüğü havzalardır. Tam da buradaki adalet kaynağı doğal hukuku ifade etmektedir. Bu minvalde doğal hukuk değişmez kabul edilmekte ve özgürlük, eşitlik ile beraberinde iyiyi kötüden ayırma kudretini kanunlar/emirler vs. değil doğal hukukun kendisi bahşetmiştir. Neticesinde, doğal hukuk pozitif hukuk ayrımı günümüzde dahi kullanılan bir ayrımdır. Ancak bu ayrım, Osmanlı'nın son dönemindeki hukuk literatüründe özellikle dini saiklerle farklı yorumların oluşmasına katkı sağlamış ve günümüz anlayışına hem uygun hem de aksi sonuçlara varılmıştır. Bu nedenle elinizdeki çalışma, söz konusu dönem hukuk metinlerinin barındırdıkları zenginliğin ortaya konulması ve taşıdıkları ehemmiyetin vurgulanması noktasında bir gayretin ürünüdür.

Anahtar Kelimeler: Doğal Hukuk, Pozitif Hukuk, Hukuk Felsefesi, Hukuk Teorisi, Hukukun Kaynakları.

THE NATURAL LAW - POSITIVE LAW DISTINCTION IN THE LATE OTTOMAN LEGAL LITERATURE: MEHMED SERVET'S MUKADDIME-I ILM-I HUKUK

Abstract

The distinction between natural and positive law is used to show the sources of law. In other words, this distinction is about the difference between the *de lege lata* and the *de lege ferenda*. This issue also found its place in the textbooks in the last period of the Ottoman Empire, when modern law schools were established. The paper aims to reveal the grounds, practices, and position of the said distinction by examining Mehmed Servet's introduction to the law book, especially due to his detailed explanations at that time.

Mehmed Servet, who gave introduction to law and criminal law lessons at the Mekteb-i Hukuk, prepared the book Mukaddime-i İlm-i Hukuk in the format of a textbook. In the textbook, the subject in question has been examined with the concepts of *Hukuk-ı Tabiiye* and *Hukuk-ı Mevzua*. Similarly, besides Mehmed Servet, the introduction to law textbooks of İbrahim Hakkı Pasha and Munif Pasha, and the monographs of Mahmud Esad, Kazım and Sadullah-Vartan shed light on this field. However, since it is an introductory work to law, it has been preferred because it has a clear and clear expression, contains more detailed explanations than its counterparts, and does not deal with the issue only in a religious dimension, Mehmed Servet's work is important. In this context, we tried to express comparatively the basis of the distinction in question and its reflections on practice, on the one hand, and the analysis from the perspective of today's understanding of the law, on the other hand, within the understanding of the period itself.

The author describes the concept of positive law; It divides the state into three parts, arising from the relations between the people who are the subjects of the state, between the state and its subjects, and between the states themselves. These parts are respectively; private law, public law and international law. In addition, the author states that there is a precedence-later relationship between natural law and positive law. Thus, the law departments/types just mentioned are the basins where a spring, which is the only one in nature, comes out of the source of justice. The source of justice here refers to natural law. In this way, natural law is accepted as unchangeable, and freedom, equality, and the power to separate good from evil are laws/orders etc., not the natural law itself.

As a result, the natural law positive law distinction is a distinction that is used even today. However, this distinction contributed to the formation of different interpretations, especially with religious motives, in the legal literature of the last period of the Ottoman Empire, and both appropriate and contradictory results were reached with today's understanding. For a reason mentioned above, this study is the product of an effort to reveal the richness of the legal texts of the mentioned period and emphasize their importance.

Keywords: Natural Law, Positive Law, Law Philosophy, Law Theory, Sources of Law.

İDARE HUKUKU

TASARRUF İLKESİNİN İDARİ YARGILAMA USULÜNDEKİ ANLAMI

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet BAĞRIAÇIK
Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi
ORCID ID: 0000-0001-9288-2343

Özet

Yargılama usulünde, uyuşmazlığın belirli bir sistem dâhilinde çözümünü sağlamak amacıyla çeşitli yargılama ilkeleri mevcuttur. Bu ilkeler, yargılama sırasında taraflar ve mahkeme arasındaki görev dağılımına, delillerin toplanmasına ve değerlendirilmesine veya yargılamanın gidişatına ve düzenine ilişkindir. Özellikle yargılama hukuku kurallarını yorumlama ve uygulamada yargılama ilkelerinden faydalanılmaktadır[1].

Bilindiği üzere ülkemizde idari yargılama usulünün yanı sıra hukuk yargısı ve ceza yargısı mevcuttur. Her yargılama usulünde kabul edilen ve Anayasa'da yer alan ilkeler; kanuni hâkim ilkesi, adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı usul ekonomisi, eşitlik ve aleniyet ilkesidir. Bazı yargılama ilkeleri ise ilgili yargılama usulünün kendine has özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Sözgelimi re'sen araştırma ilkesi hukuk yargılamasının aksine ceza ve idari yargılama usulüne özgü yargılama ilkelerindendir. Diğer taraftan bazı yargılama ilkelerinin anlamı ait olduğu yargılama usulüne göre farklı bir içeriğe sahiptir. Tasarruf ilkesi de bu tür ilkelerdendir. Diğer bir ifadeyle, tasarruf ilkesi her yargılama usulünde yer alan ilkelerden biri olmakla birlikte idari yargıya özgü niteliği mevcuttur.

Tasarruf ilkesi yargılama usulünde tarafın yargılama faaliyetine ilişkin etkisini ifade etmektedir. Tasarruf ilkesi bahsi geçen farklı yargılama usullerinin hepsine hâkim olan ilkelerden biri olmakla birlikte anlamları ve kapsamları farklılık arz etmektedir. Tasarruf ilkesi teorik olarak yargı yerinin harekete geçmesinde, yargılama faaliyetinin devamında ve bu faaliyetin sona erdirilmesinde tarafın etkisini veya gücünü tanımlamaktadır. Sözgelimi idari yargıda tarafın iradesi dışında veya hilafına dava açılamayacağı kabul edilirken ceza yargısında tarafın dahli söz konusu olmasa da dava açılabilmektedir. Ancak açılmış bir davanın ilgilisine olan etkisi idari yargılama usulünde farklılık arz etmektedir. Başka bir ifadeyle, ilgili menfaatini ihlal eden bir düzenleyici işleme

[1] Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil. *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.

karşı dava açmamış olsa dahi, idari yargılama usulündeki iptal davasının özelliği gereği, ilgili düzenleyici işlemin iptalinden etkilenebilecektir. Diğer taraftan yargılamanın devamı sırasında iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağının kapsamı da idari yargılama usulünde diğer yargılama usullerinden farklı ve sınırlıdır. Yine tarafın açmış olduğu davayı sona erdirme iradesi bağlamında, özellikle feragat hususunda, idari yargılama usulü özellik gösteren içeriği haizdir.

Bu çalışmada tasarruf ilkesinin idari yargılama usulündeki anlamı üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda öncelikle diğer yargı yerlerinden farkı ortaya konmaya çalışılacaktır. Daha sonra idari yargıda tarafın dava açmadaki rolü, yargılamanın devamında özellikle talep sonucunun genişletilmesi ve yeni delillerin sunumu son olarak tarafın yargılamayı sona erdirme iradesinin anlamı ve bu kapsamda özellikle davadan feragat kurumu ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yargılama usulü ilkeleri, idari yargılama usulü, re'sen araştırma ilkesi, tasarruf ilkesi, davadan feragat

THE MEANING OF THE PRINCIPLE OF DISPOSITION IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION

Abstract

In the trial procedure, there are various trial principles in order to ensure the resolution of the dispute within a certain system. These principles are related to the distribution of duties between the parties and the court during the trial, the collection and evaluation of evidence or the course and order of the trial. In particular, the principles of adjudication are utilized in interpreting and applying the rules of trial law.

As it is known, there are civil and criminal jurisdictions in addition to the administrative procedure in our country. Principles accepted in every judicial procedure and included in the Constitution; principle of legal judge, right to a fair trial, right to be heard procedural economy, equality and publicity principle. Some jurisdictional principles arise from the specific features of the relevant trial procedure. For example, the principle of ex officio investigation is one of the judicial principles specific to criminal and administrative proceedings, unlike civil proceedings. On the other hand, the meaning of some jurisdictional principles has a different content according to the jurisdiction to which they belong. The principle of disposition is one of such principles. In other words, although the principle of disposition is one of the principles in every judicial procedure, it has a characteristic specific to the administrative judiciary.

The principle of disposition expresses the effect of the party on the judicial activity in the trial procedure. Although the principle of disposition is one of the principles that dominate all of the different judicial procedures mentioned, its meanings and scopes differ. The principle of disposition theoretically defines the influence or power of the party in the act of the jurisdiction, the continuation of the judicial activity and the termination of this activity. For example, in administrative jurisdiction, it is accepted that a lawsuit cannot be filed against or against the will of the party, while in criminal jurisdiction, a lawsuit can be filed even if the party is not involved. On the other hand, the scope of the prohibition of extending the claim and defense during the continuation of the proceedings is different and limited in the administrative proceedings than in other proceedings. Also, in the context of the will to end the lawsuit filed by the party, especially regarding the waiver, it has the content of the administrative procedure.

In this study, the meaning of the principle of disposition in administrative proceedings will be emphasized. In this context, first of all, its difference from other jurisdictions will be tried to be revealed. Then, the role of the party in litigation in the administrative jurisdiction, especially the extension of the result of the request and the presentation of new evidence in the continuation of the trial, and finally the meaning of the party's will to end the trial and in this context, the institution of waiver of the case will be discussed.

Keywords: Principles Of Judicial Procedure, Administrative Procedure, Principle Of Ex Officio, Principle Of Disposition, Renunciation From The Case.

KAYNAKÇA

Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil. *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.

SÖZLÜ İDARİ İŞLEM VE İDARİ DAVAYA KONU EDİLME SORUNU

Arş. Gör. Ahmet Talha TETİK
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-1894-9065

Özet

Sözlü idari işlemler konusunun idare hukuku öğretisinde pek fazla rağbet gördüğü söylenemez. İdare hukukuna dair yazılan ders kitabı niteliğindeki eserlerin hemen hemen hepsinde konuya temas edilse de bu temasın bir ya da iki paragrafla sınırlı kaldığı görülmektedir. Bu eserlerde de sözlü olarak idari işlem tesisinin mümkün olduğu vurgulanmakla yetinilerek, konuya ilişkin örnek yargı kararlarına yer verilmemektedir. Bunun nedeni, sözlü idari işlemlerin idare hukukunda bir istisna olarak görülmesi olabileceği gibi bu tür işlemlerin genellikle yargılama konusu edilmemesi de olabilir. Ya da yargılamaya konu edilseler de idari yargı mercilerinin bu tür işlemleri yargılamama eğiliminde olmaları da bunun nedeni olarak gösterilebilir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde iptal sebepleri arasında şekil ifadesine yer verilmiştir. İdari işlemde şekil unsurunun, idari işlemin hazırlanma süreci ile birlikte işlemdeki iradenin maddi aleme yansımasını da içerdiği ifade edilmektedir. Diğer bir ifadeyle şekil kavramı, usulü de kapsar şekilde ele alınmaktadır.

İdari işlemin şekline ilişkin kurallar bir taraftan idareye tesis edeceği işlemlerde izlemesi gereken yolu göstermekteyken bir taraftan da işlemin muhataplarına hukuki güven sağlamaktadır. İdari işlemin hangi merci tarafında tesis edildiğinin tespiti ve idari işlemin varlığının ispatı için şekil kuralları gerekli görülmektedir. Ayrıca şekil kuralları idareyi düşünmeye sevk ederek acele karar alınmasının önüne geçmektedir.

Şekil unsuru ile anlatılmak istenen genel bir ifadeyle idarenin tek yanlı iradesinin maddi aleme yansıma tarzıdır. Söz konusu iradenin maddi aleme yansıması genellikle yazılı şekilde olmaktadır. Ancak bazı durumlarda bu iradenin sözlü şekilde de maddi aleme yansıdığı görülmektedir. Acaba bu şekilde tesis edilen işlemler hukuken geçerli kabul edilecek midir? Hukuken geçerli kabul edilseler dahi işleme muhatap olan kişilerin hukuki durumlarında değişiklik meydana getirmeleri mümkün müdür? Diğer bir ifadeyle bu tür işlemler kesin ve yürütülebilir nitelikte bir işlem kabul edilerek idari yargıda iptal davasına konu edilebilecek midir?

Bu çalışmada söz konusu sorulara sırasıyla cevap aranmaya çalışılarak sözlü idari işlemler konusu incelenecektir. Öncelikle bu tür işlemlerin öğretide nasıl yorumlandığı idari işlemin şekil unsuru kapsamında ele alınacaktır. Sözlü idari işlem tesis edilmesinin pozitif hukuk kuralları çerçevesinde mümkün olup olmadığı, mümkünse bunun Türk idare hukukunda kural mı yoksa istisna mı olduğu incelenecektir. İdari eylemlerle sözlü idari işlem arasındaki ilişki ortaya konulduktan sonra konunun idari yargıya yansıyan boyutu ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sözlü İdari İşlemler, İdari İşlemlerin Şekil Unsuru, Yazılılık İlkesi, İptal Davası, İdari İşlemin İcrailiği.

ORAL ADMINISTRATIVE ACT AND THE PROBLEM OF BEING SUBJECT TO ADMINISTRATIVE JURISDICTION

Abstract

It can not be said that the subject of oral administrative acts is very popular in administrative law teaching. Although the subject is touched on in almost all of the textbooks on administrative law, it is seen that this contact is limited to one or two paragraphs. In these study, it is enough to emphasize that it is possible to establish administrative action orally, and sample judicial decisions on the subject are not included. The reason for this may be that oral administrative acts are seen as an exception in administrative law, or that such acts are not usually subject to trial. Or, the tendency of administrative jurisdictions not to prosecute such acts, even if they are subject to trial, can be cited as the reason for this.

In Article 2 of the Administrative Judgment Procedure Law No. 2577, the expression of form is included among the reasons for annulment. It is stated that the element of form in the administrative act includes the preparation process of the administrative act as well as the reflection of the will in the transaction to the material realm. In other words, the concept of shape is handled in a way that includes the method.

The rules regarding the form of the administrative act, on the one hand, show the administration the way to be followed in the transactions it will establish, on the other hand, it provides legal confidence to the addressees of the transaction. Form rules are considered necessary for the determination of which authority the administrative act is established by and for proving the existence of the administrative act. In addition, form rules lead the administration to think and prevent hasty decisions.

In general terms, it is the reflection of the unilateral will of the administration to the material world. The reflection of the said will in the material world is usually in written form. However, in some cases, it is seen that this will is reflected verbally in the material realm. Will the acts established in this way be considered legally valid? Even if they are considered legally valid, is it possible for the persons dealing with the transaction to change their legal status? In other words, can such transactions be accepted as a final and executable act and subject to an annulment action in administrative jurisdiction?

In this study, the subject of verbal administrative acts will be examined by trying to find answers to these questions in turn. First of all, how such acts are interpreted in the doctrine will be discussed within the scope of the form element of the administrative act. It will be examined whether the establishment of an oral administrative act is possible within the framework of positive legal rules, and if possible, whether this is a rule or an exception in Turkish administrative law. After revealing the relationship between administrative actions and verbal administrative action, the dimension of the issue reflected in the administrative judiciary will be discussed.

Key Words: Oral Administrative Acts, Form Element Of Administrative Acts, Principle Of Being Written, Action For Annulment, Execution Of Administrative Act.

MAHKEME KARARLARINA KARŞI YASAL GEÇERLİLİK VE ÜLKEMİZDE UYGULANABİLİRLİĞİ

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Ziya ÇALIŞKAN
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID:0000-0002-5472-8967

Özet

Özellikle Fransız Hukukunda uygulamasını bulan dava edilmiş idari tasarruflara yasal geçerlilik kazandırma uygulamasıyla, genellikle iptal edilme ihtimali bulunan veya yerine göre ilk derece yargılamasında iptal edilmiş bir idari tasarrufun[1], hatta idarenin bazı özel hukuka tabi tasarruflarının, çıkarılan bir kanunla, ceza ve yaptırım uygulamaları hariç[2] olmak üzere geçmişe etkili bir şekilde, kamu yararı amacıyla yasal koruma altına alınması söz konusudur[3]. Bu şekilde davanın konusuz kalması sağlanmaktadır. Mahkemelerce de karar vermeye yer olmadığına karar verilmektedir[4]. Kamu yararı ölçütüne başvurulan en yaygın örnek olarak bir kamu hizmetinin işleyişinin ve sürekliliğinin sağlanması[5] veya kamu personelinin kariyer yapmasının sağlanması, sosyal güvenlik sistemindeki dengeyi bozup buna zarar verecek içtihat farklılıklarının önlenmesi gibi ihtimaller verilebilir[6].

Mahkeme kararlarına rağmen, bir idari tasarrufa (kamu hukuku veya özel hukuka tabi) yasal geçerlilik kazandırma konusunda, CE yargılama aşaması olarak kararın İstinaf mahkemesince karara bağlanmamış olması şartını arıyor. Bu aşamadan sonra artık kararın kesin hüküm ihtiva ettiği kabul ediliyor ve kesin hükmün yasa ile dahi değiştirilemeyeceği kabul ediliyor[7]. Dolayısıyla ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararlara rağmen, geçmişe etkili bir şekilde, iptal edilmiş bir idari uygulamaya yasal geçerlilik kazandırılabiliyor. CE uygulamasında istinaf başvurusunun yapılmış olmasının bu yola başvurmaya engel olmadığını

[1] Mülakat sınavlarına karşı açılan davada uygulama, CE 3 Kasım 1999 tarihli kararı, bkz. Chapus, R., Droit du Contentieux Administratif, Montchrestien, 10. Bası, Paris 2001, s. 868; 1947 yılında 225 öğrencinin katıldığı yüksek okul giriş sınavının iptali üzerine, bu kadar öğrenci için yeniden sınav yapıp geçen süredeki eğitimlerinin geçersiz sayılmaması için 2 Ağustos 1949 tarihli kanun çıkarılarak mahkeme kararı devre dışı bırakılmıştır, bkz. Chapus, s. 1037.
[2] Burada salt ceza hukuku değil herhangi bir müeyyide öngören bütün tasarruflar kastedilmektedir, bkz. https://www.senat.fr/ej/ej_validation/ej_validation.pdf, s. 10, (E.T. 10.4.2022).
[3] Gicquel, J., Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Montchrestien, 19. Bası, Paris 2003, s. 684.
[4] Debbasch, C., Ricci, C., Contentieux Administratif, Dalloz, 8. Bası, Paris 2001, s. 565.
[5] https://www.senat.fr/ej/ej_validation/ej_validation.pdf, s. 11-12, (E.T. 10.4.2022).
[6] Chapus, s. 1038.
[7] https://www.senat.fr/ej/ej_validation/ej_validation.pdf, s. 10, (E.T. 10.4.2022).

görebiliyoruz. Bu durumda sadece idarenin davacı açısından meydana gelen zararları tazmin etmesi gerekiyor[8].

Ülkemizde benzer bir uygulama Anayasa'nın "Mahkemelerin Bağımsızlığı" başlıklı 138. maddesine göre mümkün gözükmüyor. Söz konusu maddeye göre; "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez".

Ülkemizde mahkeme kararlarına yasal geçerlilik kazandırma anlamına gelebilecek bir uygulama olarak, 2012 yılında 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a bir madde eklenerek, özelleştirme uygulamalarının mahkemelerce iptali üzerine oluşacak fiili imkansızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak, Bakanlar Kurulu tesis edilecek iş ve işlemler konusunda karar almaya yetkilidir, şeklinde bir düzenleme yapılıp kanunlaşmıştı. Anayasa Mahkemesi 2013 yılında verdiği kararla söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 138. maddesine aykırı olduğuna karar verdi ve bu yönteme başvurulmasının önünü kapatmış oldu. Anayasa'nın 138. maddesinde bir değişiklik yapılmadığı veya AYM bu konudaki tutumunu değiştirmediği takdirde, ülkemizde böyle bir uygulamaya gitmek mümkün olmayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yasal Geçerlilik, İdari Yargı, İptal Kararı, Fiili İmkânsızlık, Kamu Yararı.

[8] Debbasch/Ricci, s. 565.

LEGAL VALIDITY AGAINST COURT DECISIONS AND APPLICABILITY IN OUR COUNTRY

Abstract

With the practice of giving legal validity to the sued administrative acts, which finds its application especially in French Law, an administrative act that is likely to be annulled or, where appropriate, that has been canceled in the first instance jurisdiction[9], and even some private law acts of the administration, with a law enacted, has retroactive effect, excluding penalties and sanctions. In a way, it is subject to legal protection for the purpose of public interest[10]. Courts also decide that there is no room for a decision[11]. The most common examples of using the public interest criterion are the possibilities of ensuring the functioning and continuity of a public service[12] or ensuring the career of civil servants[13].

Despite court orders, in giving legal validity to an administrative act (subject to public or private law), CE requires that the decision has not been decided by the Court of Appeal as a stage of proceedings. After this stage, it is now accepted that the decision contains a final provision and it is accepted that the final decision cannot be changed even by law[14].

A similar practice in our country does not seem possible according to Article 138 of the Constitution titled "Independence of the Courts". According to the said article; "Legislative and executive organs and the administration must comply with court decisions; These organs and the administration cannot change the court decisions in any way and cannot delay their execution".

As an application that could mean giving legal validity to court decisions in our country, an article was added to the Law No. 4046 on Privatization Practices in 2012, and the Council of Ministers, for the implementation of judicial decisions, in case an irreversible structure emerges in the face of the actual impossibility that will occur after the cancellation of the

[9] Upon the cancellation of the high school entrance exam in which 225 students participated in 1947, the court decision was annulled by enacting the law dated August 2, 1949 in order to re-examine so many students and not to invalidate the education that had passed, Chapus, R., Droit du Contentieux Administrative, Montchrestien, 10th Edition, Paris 2001, p. 868, 1037.
[10] Gicquel, J., Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Montchrestien, 19. Bası, Paris 2003, p. 684.
[11] Debbasch, C., Ricci, C., Contentieux Administratif, Dalloz, 8. Bası, Paris 2001, p. 565.
[12] https://www.senat.fr/ej/ej_validation/ej_validation.pdf, p. 11-12, (A.D. 10.4.2022).
[13] Chapus, s. 1038.
[14] https://www.senat.fr/ej/ej_validation/ej_validation.pdf, p. 10, (A.D. 10.4.2022).

privatization practices by the courts. It is authorized to take decisions on the works and transactions to be established, and it was enacted. With its decision in 2013, the Constitutional Court decided that the regulation in question was in violation of Article 138 of the Constitution and blocked the way for resorting to this method. Unless an amendment is made in Article 138 of the Constitution or the Constitutional Court does not change its stance on this issue, it does not seem possible to adopt such a practice in our country.

Key Words: Legal Validity, Administrative Judgment, Annulment Decision, De Facto İmpossibility, Public İnterest.

"İSTİSNALAR KAİDEYİ BOZDU" 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU 3. MADDESİ

Arş. Gör. Gencer Karabekir KARAGENÇ
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-9465-507X

Özet

İdareler; alım, kiralama, bayındırlık hizmeti gibi kamu harcamasına yönelik konularda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, satım, kiraya verme gibi kamuya gelir sağlanmasına yönelik konularda ise 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabidir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 4.1.2002 tarihinde kabul edilerek, 22.1.2002 tarihli Resmî Gazetede yayımlanmış ve 1.1.2003 tarihi itibariyle de yürürlüğe girmiştir. Kamu harcamalarının daha verimli ve etkili bir şekilde harcanabilmesini amaçlayan kanun, ihtiyaç duyulan mal, hizmet veya işleri en iyi şekilde elde etmeyi hedeflemektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kabul edildiği tarihten günümüze kadar birçok değişikliğe uğramıştır.

Bahsi geçen değişiklerin başında ise kanunun "İstisnalar" başlığını taşıyan 3. maddesindeki değişiklikler gelmektedir. Sadece 6 başlıktaki istisnalar ile başlayan bu süreç günümüzde 24 fıkra ve bir ek bende kadar ulaşmıştır. Bugün itibariyle yaklaşık 50 farklı konuda istisna hükümleri uygulanmaktadır.

İstisnalar; tarım, hayvancılık, savunma, güvenlik, istihbarat, devlet güvenliği, dış finansman projeleri, danışmanlık hizmetleri, kredi derecelendirme hizmetleri, teknoloji, ticari faaliyetler, araştırma-geliştirme faaliyetleri, gıda ürünleri, ulaşım hizmetleri, sağlık alımları, kültürel ve tabiat varlıklarını koruma, onarım ve restorasyon projeleri, acil müdahale alımları, koruma tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin alımlar, doğalgaz ve kömür alımları, çeşitli medya alımları, elektrik enerjisi alımları, çeşitli sportif faaliyetlere yönelik alımlar, çeşitli eğitim alımları, uluslararası organizasyonların gerçekleştirilmesine yönelik alımlar gibi çok geniş bir yelpazede tezahür eden bir mahiyettedir.

İstisnalar kapsamındaki kamu alımları önemli bir mali büyüklük teşkil etmektedir. 2020 yılı baz alınarak Kamu İhale Kurumu tarafından yayınlanan Kamu Alımları İzleme Raporunda, 8572 adet kamu alımının istisna kapsamında gerçekleştirildiği belirtilmektedir. Bu rakam

gerçekleştirilen kamu alımlarının %12,88'ine tekabül etmektedir. Parasal büyüklük olarak ise istisnaların değeri 19.644.018.000 Türk Lirasını bulmuştur. Bu miktar parasal olarak tüm kamu alımlarının %11.39'ına denk gelmektedir.

Kamu alımlarını formüle eden uluslararası metinlerin başında; UNCITRAL Model Kanunu, Avrupa Birliğinin 2014/24/AB, 2014/25/AB, 2014/23/AB, 2009/81/AB sayılı İhale Direktifleri, Devlet Tedarik Anlaşması (GPA) gibi düzenlemeler yer almaktadır. Sayılan uluslararası düzenlemelerin bazılarında belli konularda sınırlı düzeyde de olsa istisna hükümlerine yer verildiği görülmektedir.

Bu çalışmada 4734 sayılı Kamu İhale Kanunundaki istisna hükümleri anlatılmaktadır. Bu kapsamda öncelikle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunundaki istisna hükümlerinin tarihsel değişim süreci incelenmiştir. İstisna hükümlerindeki artışlar, sebepleriyle incelenerek bir değerlendirme yapılmıştır. İstisna konularındaki değişimin, kamu alımlarını regüle eden uluslararası düzenlemelerdeki hükümler ile karşılaştırması yapılarak, geleceğe yönelik çeşitli öneriler sıralanmıştır.

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

"EXCEPTIONS BROKE THE RULE" ARTICLE 3 OF PUBLIC PROCUREMENT LAW NUMBER 4734

Abstract

Administrations; It is subject to the provisions of the Public Procurement Law No. 4734 in matters of public expenditure such as purchase, leasing, public works, and the provisions of the State Procurement Law No. 2886 in matters of generating revenue to the public such as selling and leasing.

The Public Procurement Law No. 4734 was accepted on 4.1.2002 and published in the Official Gazette dated 22.1.2002 and entered into force as of 1.1.2003. The law, which aims to spend public expenditures more efficiently and effectively, aims to obtain the needed goods, services or works in the best way. The Public Procurement Law No. 4734 has undergone many changes since its adoption.

At the forefront of the changes mentioned are the changes in the 3rd article of the law, which is titled "Exceptions". This process, which started with the exceptions in only 6 titles, has reached as far as 24 paragraphs and an appendix today. As of today, exception provisions are applied in approximately 50 different subjects.

Public procurement within the scope of exceptions constitutes a significant financial size. In the Public Procurement Monitoring Report published by the Public Procurement Authority based on 2020, it is stated that 8572 public procurements were made within the scope of the exception. This figure corresponds to 12.88% of public procurements. In terms of monetary value, the value of exceptions has reached 19,644,018,000 Turkish Liras. This amount corresponds to 11.39% of all public procurement in monetary terms.

At the beginning of the international texts that formulate public procurement; There are regulations such as the UNCITRAL Model Law, the European Union's 2014/24/EU, 2014/25/EU, 2014/23/EU, 2009/81/EU Procurement Directives, and Government Procurement Agreement (GPA). In some of the listed international regulations, it is seen that exception provisions are included in certain issues, albeit at a limited level.

In this study, the exception provisions in the Public Procurement Law No. 4734 are explained. In this context, first of all, the historical change process of the exception provisions in the Public Procurement Law No.

4734 was examined. An evaluation has been made by examining the increases in exception provisions with their reasons. Comparing the changes in the exemption issues with the provisions of the international regulations regulating public procurement, various suggestions for the future are listed.

Keywords: Public Procurement, Exceptions, Public Procurement Law, UNCITRAL Model Law, European Union Procurement Directives.

DANIŞTAY KARARLARINDA HAKLI BEKLENTİLERİN KORUNMASI KAVRAMI

Dr. Öğr. Üyesi Jülide Gül ERDEM
Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-3158-1296

Özet

Hukuk devleti her şeyden önce bireylere hukuki güven ve belirlilik vadeder. Bireyin sürekli değişen, öngörülemeyen ve her değişiklikte konumunu sürekli baştan belirlemesine neden olabilecek bir hukuk sisteminin yaratacağı kaos ortamından uzak olması hukuk devletinin bireye yaşattığı en önemli farktır belki de. İdarenin öngörülemez kararlarına karşı, idare edilenlere öngörülebilir bir hukuk düzeni sağlamak hukukun gereğidir. Elbette bu değişmeyen, yenilenmeyen bir kamu idaresi anlamına da gelmez. İdare, kararlarını alırken kamu yararını korumak görevi ile idareye duyulan güveni dengeleyebilmelidir. Haklı beklentilerin korunması hukuka bağlı devlet anlayışının bir sonucu olarak kabul edilmektedir. Bu kavram, yer bulduğu her hukuk sisteminde mahkeme kararlarıyla doğmuştur.

Kavram ilk olarak 1950'li yıllarda Alman idari yargı kararlarında görülür. Haklı beklentilerin korunması ilkesi Almanya'da zamanla içtihadi bir ilke olmaktan çıkıp yasal dayanak da bulmuştur. Ama kavramın çerçevesinin Almanya'da da diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi mahkeme kararlarıyla çizildiği açıktır. Öte yandan pek çok İngiliz hukukçu da haklı beklentilerin korunması ilkesinin 1960'ların sonunda İngiltere'de alınmış bir mahkeme kararıyla doğduğunu savunur. İngiliz hukuk sisteminde ağırlıkla tabii adalet ilkesine dayandırılan haklı beklentilerin korunması kavramı başlangıçta sadece usulü bir hak olarak kabul ediliyordu. Zamanla etki alanı genişledi. Kavram İngiliz hukukçuları tarafından her boyutuyla uzun zamandır incelenip benimsenmiştir. Alman ve İngiliz hukuk sistemlerinin ardından Avrupa Birliği Hukuk Sistemi de bu ilkeyi benimsemiş ve mahkeme kararlarında yer vermiştir. Haklı beklentilerin korunması günümüzde pek çok hukuk sisteminde gitgide daha yerleşik ve güçlü bir şekilde uygulanan bir kavramdır.

Haklı beklentilerin korunması kavramının Türk İdare Hukukunda yer bulması ise pek çok hukuk sisteminde göre çok daha geç ve ürkekçe olmuştur. Türk idari yargı kararlarında kavramın açıkça telaffuz edilmesi

oldukça yenidir. Uzun bir süre de kazanılmış hakların korunması kavramıyla karıştırılmıştır. Danıştay kararlarında kavramın açıkça ve doğru bir şekilde yer almaya başlaması 2000'li yıllardan sonra olmuştur. Yüksek Mahkeme'nin kavramı açıkça reddettiği bile görülmüştür. Yargı bazen de kavramın adını kullanmaktan bilinçli bir şekilde kaçınmış ve başka kavramların adıyla uygulamıştır.

Bu tebliğde Danıştay'ın haklı beklentilerin korunması kavramına nasıl yaklaştığı ele alınacaktır. Teorik tartışmalara yer verilmeyecektir. Danıştay kararlarında kavramın izlerinin ilk görüldüğü yıllardan itibaren konunun nasıl yorumlandığı üzerinde durulacaktır.

Anahtar kelimeler: Haklı Beklentiler, Hukuka Güven İlkesi, Hukuki İstikrar, Hukuk Devleti, Kazanılmış Haklar.

THE CONCEPT OF LEGITIMATE EXPECTATIONS IN THE DECISIONS OF DANIŞTAY

Abstract

First of all, the rule of law promises legal confidence and predictability to individuals. Perhaps the most important difference that the state of law makes for the individual is that he is away from the chaos environment that will be created by a legal system that is constantly changing, unpredictable, and may cause him to redefine his position in every change. It is a requirement of law to provide a predictable legal order against the unpredictable decisions of the administration.

Of course, this does not mean that public administration will never change. The administration should be able to balance the confidence in the administration with the duty to protect the public interest while making its decisions. The protection of legitimate expectations is accepted as a result of the understanding of the rule of law.

This concept was born with judicial decisions in every legal system it found a place in. The concept first appears in German administrative judicial decisions in the 1950s. The principle of protecting legitimate expectations has gradually ceased to be a jurisprudential principle in Germany and has also found a legal basis. But it is clear that the framework of the principle is drawn by court decisions in Germany as in other legal systems. On the other hand, many English lawyers argue that the principle of protecting legitimate expectations was born in the late 1960s with a court decision in England. In the English legal system, the concept of legitimate expectations, based heavily on the principle of natural justice, was initially considered only as a procedural right. Over time, its scope has expanded. The concept has been studied and adopted by English lawyers for a long time in all its dimensions. Following the German and English legal systems, the European Union Legal System has also adopted this principle and included it in judicial decisions. The protection of legitimate expectations is a concept that is increasingly established and strongly applied in many legal systems today.

The concept of protection of legitimate expectations took place in Turkish Administrative Law much later and timidly compared to many legal systems. The explicit articulation of the concept in Turkish administrative jurisprudence is quite new. For a long time it was confused with the concept of acquired rights. It was after the 2000s that

the concept began to take place clearly and correctly in administrative judicial decisions. Danıştay has even been found to have outright rejected the concept. Sometimes the judiciary deliberately avoided using the name of the concept and applied it under the name of other concepts.

In this paper, it will be discussed how the Danıştay approaches the concept of protection of justified expectations. Theoretical discussions will not be included. It will be focused on how the issue has been interpreted since the first years when the traces of the concept were first seen in the decisions of Danıştay.

Keywords: Legitimate Expectations, Legal Confidence, Legal Stability, Rule Of Law, Acquired Rights.

KABAHATLERDE LEHE NORMUN TESPİTİNİN ZORLUĞU SORUNU VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Dr. Öğr. Üyesi Mahmut CEYLAN
Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-8278-611X

Özet

Kanunların geçmişe yürütülemeyeceği ilkesi hukukun önemli genel ilkelerinden birisidir. Bu bağlamda suç ve cezalar da kural olarak geçmişe yürütülemez. Suç ve cezalar için geçerli olan bu ilke idari suç ve cezalar bakımından da geçerlidir. Lehe normun uygulanması ilkesi bu ilkenin istisnasını teşkil etmektedir. Lehe normun tespitinde kullanılan kriterler önem arz etmektedir. Bunun için objektif kriter kullanılması gerektiği görüşü hakimdir. Hangi normun lehe olduğunun tespiti ceza hukuku bakımından çözümü basit bir problem gibi durmaktadır. Zira ceza hukukunda hapis cezasının adli para cezasına kıyasla daha ağır olduğu kabul edilir. Ayrıca iki ayrı adli para cezası arasında nicelik kriteri üzerinden objektif olarak hangisinin lehe olduğunun tespiti kolaydır. Benzer şekilde iki ayrı hapis cezasından hangisinin lehe olduğu nicelik kriteri ile tespit edilir. Öte yandan bir ceza yaptırımının kabahat yaptırımına dönüştürülmesi durumunda da kabahat yaptırımının daha lehe olduğu şeklinde bir sonuca varılabilir. Fakat iki farklı kabahat yaptırımı söz konusu olduğunda hangi normun daha lehe olduğunun tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Bunun haricinde iki ayrı kabahat yaptırımının hangisinin daha lehe olduğunun tespitinde olduğu gibi objektif kriterin işe yaradığı ihtimaller vardır. Örneğin iki ayrı idari para cezası söz konusu olduğunda nicelik üzerinden objektif bir kriter getirilebilir. Fakat objektif kriterin somut olay adaletine gölge düşürme ihtimalinin olduğu durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin bir idari para cezası ile idari tedbir veya iki idari tedbirden hangisinin lehe olduğunun tespitinde objektif kriter getirmek somut olay özelinde zor olabilir. Objektif kriter getirilse bile hakkaniyete uygun sonuç doğurmayabilir. Hukukun her durumda objektif kriter belirleme çabası somut olay adaletine aykırı durumlara sebebiyet verebilir. Objektif kriterle belirlenen lehe norm muhatabı bakımından lehe olmayabilir. Bunda hiç şüphesiz yaptırıma muhatap olacak kişinin içinde bulunduğu

özel koşullar önem arz etmektedir. Bu nedenle kabahat yaptırımlarında objektif kriterin çözüm olamadığı hâllerde sübjektif kriterin tercih edilip edilmemesi incelenmesi gereken önemli bir konudur. Bu çalışmada bu sorunlar tespit edilip çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Kabahat, Geçmişe Yürütülmeme İlkesi, Lehe Norm İlkesi, Objektif Kriter, Sübjektif Kriter.

THE DIFFICULTY OF DETERMINING THE NORM IN FAVOR IN MISDEMEANORS AND SOLUTION SUGGESTIONS

Abstract

The principle of non-retroactivity is one of the important general principles of law. In this context, as a rule, crimes and penalties cannot be enforced retroactively. This principle, which is valid for crimes and penalties, is also valid for administrative sanctions. The principle of applying the norm in favor is the exception to this principle. The criterion used in the determination of the norm in favor are important. There is a prevailing opinion that objective criterion should be used for this. Determining which norm is in favor seems to be a simple issue in terms of criminal law. It is because prison sentence is considered to be heavier than judicial fine in criminal law. In addition, it is easy to objectively determine which one of two separate judicial fines is in favor according to the quantitative criterion. Similarly, which of the two different prison sentences is in favor is determined by the quantitative criterion. On the other hand, in case a criminal sanction is converted into a misdemeanor sanction, it can be concluded that the misdemeanor sanction is more favorable. However, when two different misdemeanor sanctions are in question, it is not always easy to determine which norm is more favorable. Apart from this, there are possibilities that the objective criterion is useful, as in determining which of the two misdemeanor sanctions is more favorable. For example, in case of two separate administrative fines, an objective criterion can be determined over quantity. However, there may also be cases where the objective criterion is likely to overshadow the justice of the concrete event. For example, in a specific case, it may be difficult to put forward an objective criterion in determining which of the two administrative measures is in favor, or whether an administrative fine or an administrative measure is in favor. Even if an objective criterion is put forward, it may not lead to equitable results. The effort of the law to determine objective criterion in every situation may lead to situations contrary to the justice of the concrete event. The norm in favor determined by the objective criterion may not be in favor in terms of the addressee. Undoubtedly, the special conditions of the person who will be subject to the sanction are important. For this reason, in cases where the objective criterion cannot be the solution in

misdemeanor sanctions, it is an important issue to examine whether the subjective criterion should be preferred. In this study, these problems were identified, and solution suggestions were presented accordingly.

Keywords: Misdemeanor, Principle Of Non-Retroactivity, Principle Of Norm In Favor, Objective Criterion, Subjective Criterion.

BİRLEŞİK DEVLETLER LİYAKAT SİSTEM İLKELERİ

Dr. Öğr. Üyesi Özge ATIL KAYA
Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-7618-6935

Özet

Modern Amerikan federal kamu personel rejiminin temelleri rasyonel, adil, ve siyasi etkilerden uzak bir rejimin geçerli ve etkin kılınması adına, kamu personellerinin hizmete alınmalarında ve hizmet içi yükselişlerinde liyakate dayalı bir sistemin kusursuzca işlemesi gerektiği fikrine dayanır. Bu anlayışın kökenlerinde ise Birleşik Devletler 'de 1820-1880 yılları arasında federal hükümette hüküm sürmüş siyasi patronaj sisteminin yarattığı demokrasi karşıtı ilişkilerin azaltılması veya engellenmesi çabaları mevcuttur. Amerikan Meclisi, kamu personeli istihdamında süregelen siyasi patronaj sistemi kaynaklı yozlaşma ve verimsizliğin yarattığı hoşnutsuzluğa karşı, 1883 yılında, Kamu Personeli Yasası'nı kabul etmiştir. Fakat bu yasanın kabulü mevcut problemleri ortadan kaldırmaya yetmemiş, takip eden yıllarda kabul edilen çeşitli hukuki düzenlemelerle iyileştirme ve geliştirme çabaları devam etmiştir. Bu çabaların da yetersiz kalması neticesinde Meclis, 1978 yılında, liyakat açısından köklü değişimler gerçekleştiren ve günümüz Amerikan kamu personel rejiminin temelini oluşturan liyakat sistem ilkelerini de içeren Kamu Personeli Reform Yasası'nı kabul etmiştir. Birleşik Devletler 'de liyakat açısından temel ilkeleri belirleyen Kamu Personeli Reform Yasası, federal iş gücü istihdamını ve federal çalışanları aşırı partizan politikalardan korumak ve federal kamu personel sisteminin bütünlüğünü idame ettirmek adına; federal hükümete nitelikli, yetkin ve siyasi olarak tarafsız bir iş gücü sağlamaya yönelik standartları ve düzenlemeleri kapsar. Yasa, federal kamu personel rejiminin önemli bir unsuru olan liyakat sistem ilkeleri dahilinde, federal iş gücü istihdamı yönetimine ilişkin temel prensipleri içerir. Bu çalışma, Türk kamu personel rejiminin hukuki düzlemde kabul etmiş olduğu liyakat ilkesinin mevcut tartışmalı uygulanabilirliğinin, başkanlık sisteminin kabulü ile yoğunlaşan siyasi patronaj ilişkileri neticesinde tehlikede olduğu düşüncesi ile, ilkenin değerini ve gerekliliklerini daha iyi anlamak adına, benzer tehlikeleri bertaraf etmek amacıyla kabul edilen Birleşik Devletler Kamu Personeli Reform Yasası'nda düzenlenmiş olan güncel liyakat sistem ilkelerinin incelenmesini içerir. Çalışmada öncelikle Kamu Personeli Reform Yasası düzenlemelerinin daha iyi anlaşılabilmesi için

yasanın geçirmiş olduğu tarihsel ve hukuksal süreç kısaca özetlendikten sonra, yasanın getirmiş olduğu güncel liyakat sistem ilkeleri ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kamu Personeli Reform Yasası (CSRA), Birleşik Devletler (US), Amerika, Amerika Hukuku, Liyakat Sistem İlkeleri.

MERIT SYSTEM PRINCIPLES OF THE UNITED STATES

Abstract

The foundations of the modern American federal civil service regime are based on the idea that a merit-based system must function flawlessly in the recruitment and promotion of civil servants in order to make a rational, fair, and politically free regime valid and effective. In the origins of this understanding, there are efforts to reduce or prevent the anti-democratic relations created by the political patronage system that prevailed in the federal government between the years of 1820 and 1880 in the United States. American Congress passed the Civil Service Act in 1883 against the discontent caused by the corruption and inefficiency stemming from the ongoing system of political patronage in the employment of civil servants. However, the adoption of this law was not enough to eliminate the existing problems, improvement and development efforts continued with various legal regulations adopted in the following years. As a result of these efforts being insufficient, the Congress adopted the Civil Service Reform Act in 1978, which made radical changes in terms of merit and included the principles of the merit system that forms the basis of today's American civil service regime. As a major statute governing the basic principles of merit in the United States, the Civil Service Reform Act, encompasses standards and regulations to provide the federal government with a qualified, competent, and politically neutral workforce in order to protect federal employment and employees from the excesses of partisan politics and to maintain the integrity of federal civil service system. The Act itself sets up the merit system principles as main standards that govern the management of the federal workforce and serve as the foundation of the federal civil service. This study considers that the current controversial applicability of the merit principle accepted by the Turkish civil service regime at the legal level is in danger as a result of political patronage relations intensified with the adoption of the presidential system; and contains the analysis of the current merit system principles regulated under the United States Civil Service Reform Act enacted with aims to curtail similar dangers, in order to better understand the values and requirements of the principle. In the study, first of all, the historical and legal process of the law was briefly summarized in order to better understand the regulations of

the Civil Service Reform Act, then, the current merit system principles brought by the law were examined in detail.

Key Words: Civil Service Reform Act (CSRA), United States (US), America, American Law, Merit System Principle(S).

TÜRK İDARİ YARGISININ GELİŞİMİNİN TARİHSEL PERSPEKTİFTEN DEĞERLENDİRİLMESİ

İdari Yargı Hakim Adayı Reşat ÇETİNKAYA
ORCID ID:0000-0003-3000-7361

Özet

Cumhuriyet kurumlarının yapısını Osmanlı modernleşme hareketlerinden ayrıştırmak, söz konusu kurumların sürekliliği prensibine aykırılık teşkil eder. Yeni kurulmuş Cumhuriyet yönetimi, Osmanlı Devleti'nin yeni bir siyasal ve hukuksal düzen arayışlarının sonucu gelişen ve Tanzimat modernleşmesinin eseri olan bazı danışma ve yargılama kurullarının sürdürülmesinde herhangi bir sakınca görmemiştir. Siyasal ve bürokratik kadroların sürekliliği de kurumların devamı açısından Osmanlı-Cumhuriyet miras konseptinin tamamlayıcı unsuru olmuştur. Millet egemenliğine dayanak teşkil eden demokratik ve parlamenter yönetim düzeni, kamu otoritesinin bizatihi kamu gücü ayrıcalığından yararlanarak tesis ettiği işlemlerin hukuki denetimi ve bireyin devlet karşısında korunması anlayışına hizmet eden kurumlar değer görmeye devam etmiştir. Bu bağlamda taşra örgütlenme modeli olan Vilayet Meclisleri ve merkezi örgütlenme modeli Şura-yı Devlet sürdürülmesinde yarar görülen kurumlar olmuş, günümüz idari yargı teşkilatlarının temelini oluşturmuştur.

Tanzimat reformlarını hayata geçirmek adına oluşturulan yasama meclislerinin en gelişkin formu olan Şura-yı Devlet reform düzenlemelerinin merkezi olmuştur. Tanzimat dönemi ile başlayan idari modernleşme sürecinde Şura-yı Devlet, yönetim anlayışının değiştirilmesi çalışmalarında etkin bir rol oynamıştır. Osmanlı modernleşmesinde merkezi yönetim ve danışma fonksiyonunun yanı sıra kısıtlı da olsa yargısal fonksiyon üstlenen Şura-yı Devlet ve yerel yönetim reformlarının en kapsamlı yapılanması olan vilayet meclisleri, Türk idare hukukunun gelişiminde başat kurumlar olmuştur.

İdare hukukunun tedvin edilmesi ve idari yargı kurumlarının nüvelerinin oluşturulmasında uluslararası düzeyde gelişim gösteren diplomatik gelişmelerin etkisi, bilhassa Fransa'nın öncü rolü göz ardı edilemez. Dolayısıyla, idarenin yargısal denetimine ilişkin normların ve Şura-yı Devlet merkezli bir yargısal örgütlenmenin gelişimini analiz edebilmek karşılaştırmalı bir hukuk metodunu gerekli kılmaktadır. Fransa eksenli metodolojinin etkisiyle yargısal görevler üstlenen

sebebiyle Şura-yı Devlet ve taşra meclisleri diğer idari birimlerden farklı bir gelişim seyri izlemiştir.

1840 yılında kurulan taşra meclislerinde adli ve idari işlerin birbirinden ayrılmasına dönük tecrübenin merkeze taşınması fikrinin sonucu oluşan Şura-yı Devlet yargı ayrılığı düşüncesinin gelişmesine öncülük etmiştir. Hukuk devleti olmanın temel gereği olan idarenin yargısal denetimi normunun temelleri Tanzimat reformlarına dayanırken günümüzdeki hukuk anlayışına erişilmesinde Şura-yı Devlet taşıyıcı bir rol üstlenmiştir. Yeni Cumhuriyetin ihtiyaç duyduğu demokratik ve modern yönetim paradigması idarenin yargısal denetimi normunun gelişmesini de içermekteydi. Şura-yı Devlet'in idarenin denetimi noktasında üstlendiği misyon yeni düzen içerisinde değer görmüş, icra ettiği yargısal fonksiyonun boyutu ağırlığını daha da arttırarak günümüze gelmiştir. Evrensel hukuk normlarının ulaştığı düzey ve demokratik gelişmişlik gereği, bu kurumların yapısında ve fonksiyonlarında esas belirleyici olan Cumhuriyet olmuştur. Söz konusu Tanzimat kurumlarının, idari yargılamanın gelişimine olan katkılarının yanı sıra söz konusu parlamenter sisteme geçişe ve güçler ayrılığı fikrine olan katkıları da önemli düzeydedir. Tarihsel birikimin ortaya koyduğu bu perspektif, Türk hukukundaki idari yargı denetimi normunun gelişim evrelerine de ışık tutacaktır. Tarihten süzülen bu verilerden daha verimli bir şekilde yararlanmak amacıyla Türk İdare Hukuku ve Türk İdari Yargı Teşkilatına dair analizleri Tanzimat Dönemi öncesi duruma da değinerek Tanzimat Döneminden başlatmak isabetli olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Vilayet Meclisleri, Şura-yı Devlet, İdari Yargı, İdari Yargı Denetimi, Tanzimat.

AN EVALUATION OF THE DEVELOPMENT OF TURKISH ADMINISTRATIVE JURISDICTION FROM A HISTORICAL PERSPECTIVE

Abstract

Separating the structure of Republican institutions from the Ottoman modernization movements would be contrary to the principle of continuity. The Republican administration did not see any inconvenience in the continuation of some advisory and judicial boards, the result of the Ottoman Empire's effort for a new political and legal order and the Tanzimat modernization. The continuity of the cadres has also been a complementary element of the Ottoman-Republican heritage concept. The sovereignty of the nation, and the protection of the individual against the state continued to be appreciated. In this context, the provincial assemblies and the Council of State, have been institutions that are beneficial to maintain and have formed the basis of today's administrative judicial organizations.

The Council of State, which is the most advanced form of the legislative assemblies formed to implement the Tanzimat reforms, has been the center of reform arrangements. The Council of State played an active role in the studies of changing the understanding of administration. The Council of State have been the dominant institutions in the development of Turkish administrative law, which are the most comprehensive structuring of local government reforms.

The influence of diplomatic developments at the international level, especially France's leading role, in the codification of administrative law and the formation of the core of administrative judicial institutions cannot be ignored. Therefore, analyzing the development of norms regarding the judicial review of the administration and a judicial organization centered on the Council of State requires a comparative law method. The Council of State and provincial assemblies followed a different course of development from other administrative units, since they assumed judicial duties under the influence of the France-based methodology.

The Council of State, which was formed as a result of separating judicial and administrative affairs to the center in the provincial councils established in 1840, pioneered the development of this idea. While the foundations judicial review of the administration, based on the Tanzimat

reforms, the Council of State played a carrier role in reaching today's understanding of law. The democratic and modern management paradigm required by the New Republic also included the development of this norm. The mission undertaken by the Council of State was appreciated in the new regime, and the size of the judicial function, it performed has come to the present day by increasing its weight. Due to the legal norms and democratic development, the main determinant of this concept has been the Republic administration. In addition to contributions to this notion, the Tanzimat institutions also contributed to the transition to the parliamentary system and the idea of separation of powers. In this perspective, which is revealed by the historical overview, will also shed light on the development stages of the administrative judicial review in Turkish law. It would be appropriate to start the analyzes on the Turkish Administrative Judiciary Organization from the Tanzimat Period, by referring to the situation before the Tanzimat Period, in order to benefit more efficiently from data filtered from history.

Keywords: Provincial Assemblies, Şura-yı Devlet (The Council of the Ottoman State), Administrative Justice, Administrative Judicial Review, Tanzimat.

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKININ SINIRLANMASI VE SINIRLAMALARIN YARGISAL DENETİMİ

Kamu Hukuku Doktoru, Avukat Uğur ARSLAN
Ankara Barosu
ORCID ID: 0000-0002-3987-8465

Özet

Kişisel verilerin korunması kişinin özel hayatı ile ilgili olup bireylerin kendileri ile ilgili kişisel verilerin ilgisiz üçüncü kişilerin eline geçmemesi konusunda gerekli tedbirlerin alınmasını isteme, kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsayan temel bir haktır. Açık bir kanunî düzenleme bulunmaması ya da bireyin kendisine ait kişisel verilerin işlenmesi yönünde açık bir irade beyanının olmaması durumunda kişisel verilerin işlenebilmesi mümkün değildir. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 28. maddesi gereğince kişisel verilerin çeşitli gerekçelerle işlenmesi Kanun'un kapsamı dışında tutulmuştur. Bir başka söyleyişle, mezkur hükümle, bazı gerekçelerle, kişisel verilerin sahibinin rızası dışında kayıt edilebileceği belirlenmiştir. Söz gelimi, kişisel verilerin millî savunma, millî güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni veya ekonomik güvenlik amacıyla yetkili mercilerce yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi bu kabildendir. Ulusal güvenlik, milli savunma ve kamu düzeni gibi kavramlar hukukî veya bilimsel olmaktan ziyade sınırları belirsiz siyasî kavramlar olduğundan anılan terimlerin taşıdıkları anlamlar yere ve zamana göre değişen bir mahiyet arz etmektedir. Bu bağlamda kişisel verilere muğlak kavramlarla getirilen sınırlamaların göreceli olması gibi bir tehlike söz konusudur ve konu uygulayıcıların yorum ve takdirine bırakılmış olmaktadır. Sınırları belirsiz söz konusu yetki, görevlilere sınırsız takdir hakkı vermekte bu da idareye geniş bir hareket alanı sağlamaktadır. Bu durum idareye görevlerini ifa etme konusunda gerekli esnekliği sağlasa da öznelliği ve kontrolsüz keyfiliği de beraberinde getirmektedir. Bu çalışmada kişisel verilerin korunmasına ilişkin pozitif hukuktaki kısıtlamalar, kısıtlamaların yasal dayanakları, yasal dayanakların kanunilik ilkesine ve AİHM kararlarına uygun olup olmadığı incelenecek ve anılan kısıtlamaların yargı denetimine tabi olup olmadığı ve bu yöndeki mahkeme kararları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Verilerin Korunması, Ulusal Güvenlik, Milli Savunma, Güvenlik Özgürlük- Dengesi, Yargısal Denetim.

LIMITATION OF THE RIGHT TO PROTECTION OF PERSONAL DATA AND JUDICIAL CONTROL OF LIMITATIONS

Abstract

Protection of personal data is a fundamental right related to a person's private life. This right includes requesting the necessary measures to be taken to prevent the personal data about them from falling into the hands of irrelevant persons, being informed about the personal data about the person, accessing these data, requesting their correction or deletion, and learning whether they are used for their purposes. In the absence of a clear legal regulation or the absence of the individual's consent, it is not possible to process personal data. Pursuant to Article 28 of the Law on Protection of Personal Data No. 6698, the processing of personal data for various reasons is excluded from the scope of the Law. In other words, with this provision, it has been determined that for some reasons, personal data can be recorded without the consent of the owner. For example, processing personal data within the scope of preventive, protective and intelligence activities carried out by the competent authorities for the purpose of national defense, national security, public security, public order or economic security. Since concepts such as national security, national defense and public order are political concepts with uncertain borders rather than being legal or scientific, the meanings of the aforementioned terms vary according to place and time. In this context, there is a danger that the limitations imposed on personal data by ambiguous concepts are relative, and the subject is left to the interpretation and discretion of the practitioners. The said authority, whose borders are unclear, gives the officials unlimited discretion, which gives the administration a wide range of action. Although this situation provides the necessary flexibility to the administration in performing its duties, it also brings with it subjectivity and uncontrolled arbitrariness. In this study, the restrictions in positive law regarding the protection of personal data, the legal grounds of the restrictions, whether the legal grounds are in compliance with the principle of legality and the ECHR decisions will be examined and whether the aforementioned restrictions are subject to judicial review and court decisions in this direction are discussed.

Keywords: Protection Of Personal Data, National Security, National Defense, Security- Freedom Balance, Judicial Audit.

TÜRK İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA DURUŞMA VE E-DURUŞMA

Doç. Dr. Engin SAYGIN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-9003-9966

Özet

Ceza ve hukuk mahkemelerinde yapılan duruşmalara ilişkin yasal düzenlemeler ilgili usul kanunlarında detaylı olarak düzenlenmiştir. İdare mahkemelerinde yapılan duruşmalara ilişkin yasal düzenlemeler ise diğerlerine göre oldukça dar kapsamlıdır. İdari yargıda duruşma, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 17, 18, 19, 31 ve 55. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, idare ve vergi mahkemelerinde, iptal ve değeri yirmibeşbin Türk Lirasını (Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında arttırılır) aşan tam yargı davaları ile tarh edilen vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları toplamı yirmibeşbin Türk Lirasını aşan vergi davalarında taraflardan birinin istemi üzerine duruşma yapılır. 2022 yılı için 77.000,00-TL parasal sınırı sağlamayan davalarda duruşma, hâkimin takdirine bağlıdır.

İdari yargıda yazılı yargılama usulünün ve evrak üzerinden incelemenin esas olması, duruşmanın ceza ve hukuk yargılamalarındaki duruşmalardan farklı şekilde icra edilmesine yol açmaktadır. Örneğin, tarafların duruşmaya katılmaması halinde duruşma açılmayacağı ve incelemenin evrak üzerinden yapılacağı gibi duruşmalarda tanık veya bilirkişi dinlenmeyeceği ifade edilmelidir.

Hukuk yargılamalarında tarafın veya vekilinin duruşmaya aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden katılmalarını ve usul işlemleri yapabilmelerini; tanığın, bilirkişinin ve diğer ilgililerin ise dinlenilmelerini ifade eden e-duruşma, henüz idari yargıda uygulama alanı bulamamıştır.

Çalışmamızda ilk olarak duruşma, e-duruşma ve SEGBİS kavramı ile idari yargıda duruşmanın yasal düzenlemelerine ilişkin bilgi verilecektir. Daha sonra ise idari yargıda duruşma ile adli yargıda duruşma kurumları ve uygulaması karşılaştırılacaktır. Son olarak ise idari yargıda duruşmanın etkili olabilmesi için neler yapılabileceği ve e-duruşmanın idari yargıda da uygulanabilirliği hususları üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Duruşma, E-Duruşma, Yazılı Yargılama Usulü, İdari Yargı, Duruşmanın Etkililiği.

HEARING AND E-HEARING AT THE LAW OF TURKISH ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Abstract

Hearings at criminal and civil courts have been regulated in detail by the relevant procedural legislation. However, legislation on hearings at administrative courts is rather limited compared to the others. The hearing at administrative justice is regulated by Articles 17, 18, 19, 31 and 55 of the Procedure of Administrative Justice Act No 2577. According to the Act, a hearing shall be held upon the request of either party in actions for annulment and full remedy actions exceeding twenty five thousand Turkish Liras, which are filed in the Council of State, administrative and tax courts, and in tax actions regarding taxes, duties, charges and similar financial liabilities levied and the increases and penalties thereof, the total amount of which exceeds twenty five thousand Turkish Liras. The hearing is at the discretion of the judge in cases that does not fulfil the monetary limit of 77.000,00 TL in 2022.

Due to the fact that the written jurisdiction procedure shall be applied in the Council of State, regional administrative courts, administrative courts and tax courts, and the examination shall be made based on written documents, the hearing is conducted differently in administrative proceedings from criminal and civil proceedings. For instance, it should be noted that if the parties do not attend the hearing, no hearing will be held and the examination shall be made based on written documents and no witnesses and expert will be heard.

E-hearing is the system that allows the party and his/her attorney could attend the hearing and make procedural acts by means of audio and video transmission at the same time and that allows to hear the witnesses, experts and other relevant persons in civil proceedings is not applied at administrative justice.

In this study, the framework of hearing, e-hearing and SEGBİS as well as the regulation of hearing at administrative justice will be explained. Then, the theory and practice of hearing in civil and administrative proceedings will be compared. The last part of this study will focus on what can be done to make the hearing more effective and how e-hearing can be applied at administrative justice.

Keywords: Hearing, E-Hearing, Written Jurisdiction Procedure, Administrative Jurisdiction, Effectiveness Of Hearing.

İNSAN HAKLARI

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA EŞİTLİK İLKESİ ve AYRIMCILIK YASAĞI

Arş. Gör. Hatice Cemre AKYILMAZ
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-2480-7020

Özet

Eşitlik ilkesi, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde güvence altına alınan temel ilkelerdendir. Bu ilkenin şeklî ve maddî olmak üzere iki şekilde tanımlanması mümkündür. Şeklî eşitlik, mevzuat hükümlerinin herkese aynı şekilde uygulanmasını ifade ederken maddî eşitlik, bireylerin içinde bulunduğu koşulları dikkate almakta, bu koşulların farklı muameleyi meşru kıldığı sonucuna ulaşmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi kararları incelendiğinde Mahkeme'nin maddî eşitlik anlayışını benimsediği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bireysel başvuru açısından eşitlik ilkesi ele alındığında ise Anayasa Mahkemesi, yapılan başvurularda eşitlik ilkesinin ayrı bir hak ve diğer hak ve hürriyetlerden yararlanmada hâkim bir ilke olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme, bireysel başvuruları incelerken eşitlik ilkesini başlı başına bir hak olarak incelememekte, ayrımcılık ilkesi ile birlikte ele almaktadır. Zira Anayasa'nın 148'inci maddesi uyarınca bir hak veya hürriyetin bireysel başvuruya konu olması için bu hak veya hürriyetin yalnızca anayasada düzenlenmiş olması yeterli değildir; aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) tarafından da korunması gerekmektedir. Eşitlik ilkesi, anayasamızda ayrıca düzenlenmiş olsa da AİHS'te ayrımcılık yasağı bağlamında ele alınmaktadır. Eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağını da içine alan daha kapsamlı bir ilke olduğundan "ortak koruma alanı" kuralı uyarınca Anayasa Mahkemesi, eşitlik ilkesini ayrımcılık yasağı ile sınırlı tutarak incelemektedir. Dolayısıyla çalışma kapsamında eşitlik ilkesinin ayrımcılık yasağı ile beraber incelenmesi zarurîdir. Bunun yanı sıra, Yüksek Mahkeme, ayrımcılık yasağının da bağımsız nitelikte bir koruma işlevine sahip olmadığını, tamamlayıcı nitelikte bir ilke olduğunu belirtmektedir. Diğer bir deyişle, verilen bireysel başvuru kararlarına bakıldığında Mahkeme, ayrımcılık yasağını başlı başına incelenen bir hak olarak ele almamakta, anayasa ve AİHS kapsamında korunan bir ya da daha fazla hak ile birlikte değerlendirmektedir. Bu değerlendirmeyi yaparken ise Anayasa Mahkemesi, norm denetiminde eşitlik ilkesine

dair incelemelerinde olduğu gibi farklı muameleyi dışlamamakta; ancak farklı muameleyi haklı kılacak "çok önemli gerekçeler"in varlığını aramaktadır. Yüksek Mahkeme, AİHM içtihatlarına atıfla farklı muamele için "nesnel ve makul bir neden"in olması gerektiğini vurgulamakta ve ölçülülük ilkesini dikkate almaktadır.

Bu çalışma kapsamında Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruda vermiş olduğu kararlar irdelenerek bireysel başvuruda Mahkeme'nin eşitlik ilkesini ve ayrımcılık yasağını hangi ölçütlere göre incelediği tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu yapılırken Mahkeme'nin içtihatları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları ile de mukayese edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Eşitlik İlkesi, Ayrımcılık Yasağı, Farklı Muamele, Anayasa m.10, AİHS m. 14.

THE RIGHT TO EQUALITY and PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN THE INDIVIDUAL APPLICATION TO THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT

Abstract

The right to equality is one of the fundamental principles guaranteed in Article 10 of the Turkish Constitution. This principle can define in two different ways. According to the first meaning of the right to equality, that principle provides that all legislation must apply in the same ways to everyone. There should be no different implementation. On the other hand, as to the second meaning of equality, the different circumstances should be taken into consideration in every individual situation because these circumstances may necessitate different treatments. The Turkish Constitutional Court makes decisions according to the second definition in judicial review.

The Constitutional Court states that the right to equality is not only an independent right but also it is a vital principle in benefiting from other rights and freedoms in its decisions. However, the Court does not consider the principle of equality independently in individual applications. The Constitutional Court examines the right to equality with prohibition of discrimination in individual application because, according to the Constitution (Art. 148), to examine a right independently in individual application, the right must be guaranteed in the Constitution and the European Convention on Human Rights both. Since the right to equality includes prohibition of discrimination, the Court should examine the applications according to prohibition of discrimination. Furthermore, the Constitutional Court highlights that prohibition of discrimination is also a complementary principle. In other words, just like the principle of equality, prohibition of discrimination cannot be considered an independent right in individual application. Since it is a subsidiary principle, it must be examined with other rights and freedoms. While this examination, with the reference to the European Court of Human Rights' decisions, the Constitutional Court states that there must be some important, reasonable, and objective reasons to legalise the discrimination otherwise, there will be a violation. Also, accordance with the principle of proportionality is crucial.

This paper will argue the decisions of the Turkish Constitutional Court in the individual application and determine according to which criteria the Court examines the principle of equality and the prohibition of

discrimination in the individual application. While doing this, decisions of the Court will also be compared with the decisions of the European Court of Human Rights.

Keywords: The Right to Equality, Prohibition of Discrimination, Differential Treatment, Article 10 of the Turkish Constitution, Article 14 of the European Convention on Human Rights.

AYM BİREYSEL BAŞVURU USULÜ'NDE MÜLKİYET HAKKININ ETKİN KORUNMASI BAKIMINDAN "MEŞRU BEKLENTİ" KAVRAMI: ÖRNEK KARARLAR IŞIĞINDA BİR İNCELEME

Arş. Gör. Ahmet TÜRKMEN
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-5914-4346

Özet

Anayasa Mahkemesi'nin yayınladığı istatistiklere göre, mülkiyet hakkı Türkiye'de en çok ihlal edilen ikinci temel haktır.[1] Sadece bu veri bile mülkiyet hakkının bireysel başvuru usulünde daha aktif korunması gerekliliğini ortaya koyar. Ayrıca, bireysel başvuru usulünde mülkiyet hakkı doğası gereği diğer temel haklardan farklı olduğu için daha hassas bir yaklaşımın benimsenmesi kaçınılmazdır. Öyle ki, diğer temel haklar doğumla kazanılırken mülkiyet hakkı böyle değildir. Bu hak ancak ortada bir malvarlığı değeri/mülk bulunması durumunda bireysel başvuru ekseninde hak ihlali iddiasına konu edilebilmektedir.

Özetle söylenebilir ki mülkiyet hakkı bakımından bir hak ihlali iddiasının AYM nezdinde incelenmesi iki aşamadan oluşur: Hakkın bulunup bulunmadığı ve hakkın ihlal edilip edilmediği. Mahkeme şayet ilk aşamada olumsuz kanaate varırsa konu bakımından yetkisizlik kararı verir ve başvuru ihlal bakımından hiç incelenmeden reddedilir. Ancak hakkın varlığı kanıtlanırsa esastan incelemeye geçilerek ihlalin bulunup bulunmadığı hükme bağlanabilir. Malvarlığı değerinin, bir başka ifadeyle mülkün varlığının şüpheye yer bırakmadığı hallerde ihlal iddiası Anayasa Mahkemesi'nce derhal esastan incelenir. Ancak mülkün varlığı şüpheliyse, mülkiyet hakkı kilidini yalnızca bir anahtar açabilir: Meşru beklenti.

Meşru beklenti kavramı, ulusalüstü insan hakları hukuku kapsamında mülkiyet hakkı ekseninde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında kullanılmaktadır. AİHM, bu öncü kararlarda mülkiyet hakkının esastan incelenebilmesi hususunda etkin rol oynayan meşru beklentilerin kanun ve yargı içtihadı olmak üzere iki dayanağının bulunduğunu hüküm altına almıştır. Genel itibariyle mülkiyet hakkının içtihadi pratiğinde kullanılan bu standart "meşru beklenti çerçevesi" olarak adlandırılabilir.

Anayasa Mahkemesi de mülkiyet hakkı eksenli ihlal iddialarını ele

[1] Bkz.: https://www.anayasa.gov.tr/media/7734/bb_2021_tr.pdf

alırken meşru beklenti ile ilgili hususlarda *görünüşte* bu çerçeveye sadık kalmaktadır. Fakat bireysel başvurular dikkatlice incelendiğinde anlaşılır ki Anayasa Mahkemesi, esasında zaman zaman bu çerçeveyi aşacak şekilde hüküm kurmaktadır. İlk elde olumsuz gibi algılansa da bu durum mülkiyet hakkının daha etkin korunması bakımından son derece olumlu karşılanmalıdır. Çünkü bazen öyle durumlar söz konusudur ki mülkiyet hakkının varlığı için bir kanun ya da yargı içtihadını dayanak olarak aramak, yani meşru beklenti çerçevesine başvurmak anlamsızdır. Zira, mülkün varlığına ve mülkiyet hakkının esastan incelenmesi gerektiğine kanaat getirilmesine sebep olan şey bunların dışında bir başka seçenek olabilir: İdari uygulama. Nitekim Anayasa Mahkemesi de mezkur çerçeveyi bir kenara bırakarak mülkiyet hakkı ihlali iddiasını ele aldığı başvurularda idari uygulama ölçütüne istinaden hüküm kurmaktadır.

Ezcümle, ilk aşamada hakkın varlığını kanıtlayıcı bir işlev üstlenen meşru bir beklentinin bulunup bulunmadığı mülkiyet hakkının korunması bakımından kritiktir. Bu çalışma, mülkiyet hakkının bireysel başvuru usulünde korunması açısından önem arz eden meşru beklenti kavramını örnek kararlar[2] ışığında incelemeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Başvuru, Mülkiyet Hakkı, Meşru Beklenti, Yerleşik İdari Uygulama, Anayasa Mahkemesi.

[2] Özellikle bkz.: *Erdem Caner Bener Başvurusu*, No. 2018/13422, 22/01/2021; *Mehmet Harman Başvurusu*, No. 2017/34154, 3/7/2019; *Mehmet Şentürk Başvurusu*, No. 2014/13478, 25/7/2017; *Hasan Günaydın Başvurusu*, No. 2014/7999, 6/4/2017; *İrfan Öztekin Başvurusu*, No. 2014/19140, 5/12/2017; *Rifat Algan Başvurusu*, No. 2014/19138, 22/2/2018; *Durali Gümüşbaş Başvurusu*, No. 2015/6427, 10/10/2018; *Ayşe Öztürk Başvurusu*, No. 2013/6670, 10/6/2015; *Bayram Üstündağ Başvurusu*, No. 2015/18510, 11/10/2018; *Nazif Kılıç Başvurusu*, No. 2014/5162, 15/6/2016; *Ercan Şengül ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2014/15268, 26/10/2017; *Harun Yalçın ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2014/15254, 17/11/2016; *Süleyman Başmeydan Başvurusu*, No. 2015/6164, 20/6/2019; *Cumali Karaşahin Başvurusu*, No. 2014/2927, 1/2/2017.

THE CONCEPT OF "LEGITIMATE EXPECTATION" IN TERMS OF EFFECTIVE PROTECTION OF RIGHT OF PROPERTY IN THE INDIVIDUAL APPLICATION PROCEDURE OF THE CONSTITUTIONAL COURT: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF EXAMPLE DECISIONS

Abstract

According to the statistics published by the Constitutional Court, the right to property is the second most violated fundamental right in Turkey. Even this data alone reveals the necessity of protecting the property right more actively in the individual application procedure. In addition, since the property right is different from other fundamental rights in the individual application procedure, it is inevitable to adopt a more sensitive approach. So much so that while other fundamental rights are acquired by birth, property rights are not. This right can only be subject to the claim of violation of rights on the axis of individual application if there is an asset value/property.

In summary, it can be said that the examination of a claim of violation of the right to property before the Constitutional Court consists of two stages: Whether the right is found and whether the right is violated. If the court finds a negative opinion at the first stage, it gives a decision of lack of jurisdiction in terms of the subject and the application is rejected without any examination in terms of violation. However, if the existence of the right is proven, it can be decided whether there is a violation or not, by examining the merits. In cases where the value of the property, in other words the existence of the property, leaves no room for doubt, the allegation of violation is immediately examined on the merits by the Constitutional Court. But if the property is in doubt, only one key can unlock the property right: Legitimate expectation.

The concept of legitimate expectation is used in the decisions of the European Court of Human Rights on the axis of property right within the scope of supranational human rights law. In these pioneering decisions, the ECtHR has ruled that the legitimate expectations that play an active role in examining the property right on the merits have two bases: law and judicial case-law. This standard, which is generally used in the jurisprudence of property rights, can be termed as the "legitimate expectation framework".

While the Constitutional Court deals with the claims of violation of property rights, it apparently stays true to this framework in matters

related to legitimate expectations. However, when individual applications are carefully examined, it is understood that the Constitutional Court sometimes makes judgments beyond this framework. Although it is perceived as a negative situation at first hand, this situation should be regarded very positively in terms of more effective protection of property rights. Because sometimes there are situations where it is meaningless to seek a law or judicial jurisprudence as a basis for the existence of the right to property, that is, to resort to the framework of legitimate expectation. Because, the thing that causes the belief that the property exists and the property right should be examined on the merits may be another option: Administrative practice. As a matter of fact, the Constitutional Court leaves the aforementioned framework aside and makes judgments based on the criterion of administrative practice in the applications where it deals with the claim of violation of property rights.

In short, whether there is a legitimate expectation that takes on the function of proving the existence of the right at the first stage is critical for the protection of the property right. This study aims to examine the concept of legitimate expectation, which is important for the protection of property right in the individual application procedure, in the light of sample decisions.

Keywords: Individual Application, Right Of Property, Legitimate Expectation, Established Administrative Practice, Constitutional Court.

COVİD-19 PANDEMİSİ VE BİYOPOLİTİKA

Arş. Gör. Turan ATLI
Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-5986-4135

Özet

Foucault, 18. yüzyıl öncesi iktidarı, ölüm üzerinde hak sahibi iktidar olarak tanımlamıştır. Yani öldürme ya da yaşamda bırakma iktidarı. 18. yüzyıl sonrası iktidar ise yaşam üzerinde kontrol ve denetim sağlama iktidarı olarak çalışmaktadır. Yaşam üzerindeki bu kontrol ve denetim ise çeşitli aygıtlar vasıtasıyla kurulur. Bu iktidar mekanizmasının işleyişinde en önemli araçlardan biri tıp olarak belirmektedir. Tıbbın kendini "yaşam üzerinde söz sahibi olan kutsal bilim" olarak konumlandırması ve modern iktidarın işleyişi ile doktorların genel sağlık ve kamu sağlığının profesyonel belirleyicileri olmaları arasındaki bağ yaşamın medikalizasyonuna yol açmıştır. İnsanlığı hastalıklı olarak ele alan bu düşünüş üzerinden tanımlanan yeni insan artık kendi bedeni üzerinde söz sahibi olmaktan uzaklaştırılmaktadır. Covid-19 Pandemisi ise "yeni normal"in belirleyicisi olarak tıp biliminin politik belirleyici haline gelmesine en güncel örnek olarak verilebilir. Sağlıksızlığın normal, sağlıklı olmanın ise anormal ilan edildiği pandemi döneminde yaşamı tanımlayan bütün bilimler durmuş ve Foucault'un tıbbı bilimlerin kraliçesi ilan etmesini hatırlatırcasına kendini tıbbın hizmetkarı ilan etmiştir. Hukukun, politikanın ve istatistiğin bu yeni normale teslim oluşu ile sokağa çıkma yasağı, maske takma zorunluluğu, dijital takip ve aşı zorunlulukları toplum sağlığı adlı kolektivist makine tarafından işletilmeye başlanmıştır. Tekil insanın bedeni üzerinde hak sahibi olmadığı, hakkını iddia edemediği, direndiğinde en temel haklarının dahi elinden alındığı bir hukukun inşa edildiği, Homo Sacer(Kutsal İnsan)'in bizatihi herkes olduğu dönemin adı Covid-19.

İtalyan filozof ve biyopolitika düşünürü Giorgio Agamben'in Roma Hukuku'ndan aldığı kutsal insan kavramı, öldürülebilir ama kurban edilemez insanı ifade etmektedir. Hukuk düzeninin yarattığı bu insan, isminin zıttı olarak öldürülebilir fakat öldürüldüğü için kimsenin hesap vermediği, cezalandırılmadığı insan olarak tanımlanmıştır. Daha somut olarak ifade etmek gerekirse, kutsal insan, hakları elinden alınabilir fakat bu gasp nedeniyle kimsenin hesap vermediği insandır. Günümüz hukuk düzeninin ve iktidarının hemen herkesi kutsal insana

çevirme iktidarı olduğunu söyleyen Agamben, pandemiyi de bu çizgide okumaktadır. En temel bireysel özgürlüklerimizin altı doldurulmamış argümanlarla kolektivist, bilimci norm yapıcılar tarafından elimizden alındığı ve bunun için kimsenin hesap vermediği Covid-19 pandemisi karşı karşıya kaldık. Dünya'nın birçok ülkesinde farklı olmakla birlikte temel hak ve özgürlüklerin aşındırıldığı, ortadan kaldırıldığı bir dönem yaşandı. İktidarların, temel haklarından her an yoksun bırakılabilir insan inşa etme çabasının bir aparatı olarak Covid-19, tıbbın olduğu kadar hukukun ve politikanın konusu olarak ele alınmadıkça bu pandemi veya sonrakiler, iktidarların insanlığı temel haklarından yoksun bırakma aracı olarak kullanılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Biyopolitika, Tıp, Medikalizasyon, Kutsal İnsan, Covid-19.

COVID-19 PANDEMIC AND BIOPOLICY

Abstract

Foucault defined power before the 18th century as power that has a right over death. The power to kill or keep alive. The power after the 18th century works as the power to control and control life. This control and control over life is established through various devices. One of the most important tools in the functioning of this power mechanism appears as medicine. The link between medicine's positioning as "the sacred science that has a say in life" and the functioning of modern power and doctors' being professional determinants of general health and public health has led to the medicalization of life. The new man, who is defined through this thought, which treats humanity as diseased, is no longer able to have a say over his own body. The Covid-19 Pandemic, on the other hand, can be given as the most recent example of medical science becoming a political determinant as the determinant of the "new normal". During the pandemic, when unhealth was declared normal and being healthy as abnormal, all sciences that define life stopped and declared itself the servant of medicine, reminding Foucault that he declared medical sciences queen. With the surrender of law, politics and statistics to this new normal, the curfew, the obligation to wear masks, digital tracking and vaccination obligations have started to be operated by the collectivist machine called public health. Covid-19 is the name of the period when a law was built where a single human being does not have a right to his body, cannot claim his right, and when he resists, even his most basic rights are taken away, Homo Sacer (Holy Human) is everyone himself.

The concept of holy man, taken from Roman Law by Italian philosopher and biopolitical thinker Giorgio Agamben, refers to a person who can be killed but cannot be sacrificed. Contrary to his name, this person created by the legal order can be killed, but he is defined as a person for whom no one is held accountable or punished for being killed. To put it more concretely, sacred humans' rights can be taken away, but this is a person to whom no one is held accountable for usurpation. Saying that today's legal order and power has the power to turn almost everyone into holy people, Agamben reads the pandemic in this line. We are faced with the Covid-19 pandemic, where our most basic individual freedoms have been taken away by collectivist, scientific norm makers with unfulfilled arguments, and no one is accountable for it. In many

countries of the world, there was a period when fundamental rights and freedoms were eroded and abolished, albeit different. As an apparatus of their governments' effort to build people who can be deprived of their fundamental rights at any time, this pandemic or the following will be used as a tool by governments to deprive humanity of its fundamental rights, unless Covid-19 is addressed as a subject of law and policy as well as medicine.

Keywords: Biopolitics, Medicine, Medicalization, Homo Sacer, Covid-19.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ İCRASINA DAİR DENETİM AÇISINDAN BELİRGİNLEŞEN YARGISALLAŞMA EĞİLİMİ

Avukat Serkan CENGİZ
İzmir Barosu
ORCID ID: 0000-0002-1443-5967

Özet

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m.46/1 uyarınca taraf devletler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından haklarında verilen nihai kararlarla bağlıdırlar. AİHM kararlarının icrasının denetimi, AİHS m.46/2 uyarınca Avrupa Konseyi'nin (AK) icra ve karar verici organı olan Bakanlar Komitesi'nin (AKBK) görevi kapsamındadır. 1990'lı yılların sonuna doğru yaşanan AK'ye üye ülke sayısındaki hızlı artış, AİHS sisteminin bilinirliğinin artması gibi çeşitli faktörler AİHM'e yapılan başvurularda ve verilen kararlarda hatırı sayılır bir artışa neden olmuştur. Karar sayısındaki bu hızlı artış, AİHS sistemi tarafından sağlanan işlevin saygınlığının ve sürdürülebilirliğinin korunması amacıyla kararların icrasının denetimi bakımından birtakım yeni mekanizmaların (reform sürecinin bir parçası olarak) hayata geçirilmesine neden olmuştur. 14 nolu ek Protokol'ün kabulü ile birlikte kararların icrasının denetimi açısından esaslı değişikler hayata geçirilmiştir. Bu değişikliklerden biri taraflar arasında ulaşılan dostane çözüme dayanılarak AİHM tarafından verilen kayıttan düşürme kararlarının icrasının denetiminin AKBK'ye devredilmesidir (AİHS m.39/4). Değişikliklerden ikincisi, AKBK'nin kararın icrasının denetimi sırasında, dayanak AİHM kararı kaynaklı karşılaşılan bir muğlaklığın (şayet ortaya çıkarsa) giderilmesi açısından kararın icrasının denetimine etki eden herhangi bir meseleyi yorum için AİHM'e gönderebilmesidir (AİHS m.46/3). Üçüncüsü ise taraf devletin hakkında verilen kesinleşmiş bir AİHM kararını icra edip etmediğinin tespitiyle ilgilidir. Bu yeni mekanizma uyarınca AKBK, taraf devletin almış olduğu gerekli bireysel ve genel tedbirler vasıtasıyla kararı icra edip etmediğinin tespiti için AİHM'e başvurmaktadır (AİHS m.46/4-5). 14 nolu ek Protokol'ün getirdiği değişiklikler bir yana, AİHM'in son yıllarda sıklıkla başvurduğu taraf devletlerce ilan edilen tek taraflı deklarasyona dayalı kayıttan düşürme kararlarının icrasının denetimi açısından AKBK'nin yetkili olmaması ve dolayısıyla da bu tür kararların icrasının denetiminin AİHS m.37/2 kapsamında (ve bazı şartlar dahilinde) sadece AİHM tarafından

yapılabiliyor olması, Mahkeme kararlarının icrasının denetimi alanında bir yargısallaşma eğilimini ortaya koymaktadır. Esas olarak AKBK tarafından yürütülen AİHM kararlarının icrasının denetimi faaliyeti siyasi ve yumuşak bir mekanizma olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle de kararların icrasının denetiminde yaşanan bu yargısallaşma eğilimi bazı önemli etkilere neden olabilecektir. Bu etkilerin bazıları olumlu, bazısı ise olumsuz olabilir. Örneğin AKBK'nin daha aktif, etkili ve güçlü bir şekilde hareket etmesine imkan vererek taraf devleti, icra açısından gerekli bireysel ve genel tedbir veya tedbirleri almaya zorlayabilmesi, bir bütün olarak olumlu etki olarak değerlendirilebilir. AİHM iş yükündeki olası artış, AİHM'in ulusal hukuk nezdinde bir dördüncü derece mahkemesine dönüşmesi riski, AİHM kararlarının icrasının denetimi açısından yaşanan bazı sorunları hukuki bir süreçle tekrar ele alarak özellikle başvurucular açısından icra sürecinin uzaması ve mağduriyetlerin giderilmesinin belirsiz bir tarihe ertelenmesi olumsuz etkiler olarak sayılabilir. Bu bağlamda çalışmamızda son yıllarda belirginleşen AİHM kararlarının icrasındaki denetim faaliyetinin yargısallaşma eğilimi ile bu eğilimin olası etkileri ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Taraf Devletin İcra Yükümlülüğü, AİHM Kararlarının İcrasının Denetimi, AİHM Kararların İcrasının Denetiminin Yargısallaşması Eğilimi.

THE MATERIALIZING TENDENCY OF JURIDIFICATION WITH REGARD TO SUPERVISION OF EXECUTION OF THE JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Abstract

Pursuant to Article 46/1 of the European Convention on Human Rights (ECHR), the State parties are bound by the final judgments rendered against them by the European Court of Human Rights (ECtHR). Under Article 46/2 of the ECHR, the supervision of the execution of the judgments of the ECtHR falls under the jurisdiction of the Committee of the Ministers (CM) which is the sole executive and decision making body of the Council of Europe (CoE). Several factors such as increase in the number of member states to the CoE by the end of 1990s, awareness raising on the ECHR system etc. have caused significant increase in the number of applications to and decisions given by the ECtHR. The speedy increase in number of the ECtHR decisions has resulted with introduction of new mechanisms (as part of reform process) in respect of supervision of execution of judgments of the Court in order to protect reputation and sustainability of the functions provided by the ECHR system. The adoption of additional Protocol no.14 introduced significant changes with regard to monitoring of execution of decisions. One of the said changes is the transfer of the supervision duty to the CM (Article 39/4 of the ECHR) in respect of the striking out decisions of the ECtHR which are based upon the friendly settlements reached between the parties. The second change is the empowerment of the CM for referring a matter, at the motoring stage, to the ECtHR for interpretation in order to remove any ambiguity (if there is any) which may affect supervision of execution of a final judgment of the ECtHR (Article 46/3 of the ECHR). The third one is related to a determination as to whether the respondent State Party executed the final judgment of the ECtHR rendered against it. Pursuant to this new mechanism the CM is entitled to refer the matter to the ECtHR in order to allow the ECtHR to determine as to whether the respondent State Party is regarded to have executed the judgment by adopting the necessary individual or general measures (Article 46/4-5 of the ECHR). Apart from the changes introduced by the additional Protocol no.14, the fact that CM does not have any jurisdiction of supervision in respect of execution of striking out decisions based upon unilateral declarations of the State Parties and that therefore the supervision of execution of those decisions could only be carried out by the ECtHR itself (under specific

circumstances) pursuant to Article 37/2 of the Convention clearly indicate a tendency towards juridification in the area of supervision of execution of the ECtHR's rulings. Primarily the activity of the CM in respect of monitoring of execution of the judgments of the ECtHR is regarded as a political and soft process. Therefore the juridification in the monitoring of execution of judgments may cause certain important after effects. These effects could be positive or negative. For instance, by allowing the CM to act more actively, effectively and strongly, the CM may force the State Party to adopt necessary individual and general measures for the execution which, as a whole, could be considered as a positive effect. The possible increase in the number of backlog of the ECtHR, the risk of transformation of the ECtHR into a court of fourth instance, prolongation of execution process in respect of applicants by dealing with some execution problems in the context of a legal process once more and postponement of remedying of victims' sufferings to an unknown date could be regarded as negative effects. In this regard, the tendency towards juridification which is becoming evident in recent years in respect of supervision of execution of the ECtHR judgments and possible effects of the said tendency will be dealt with in our study.

Key Words: European Court of Human Rights, Committee of Ministers of the Council of Europe, The Obligation of Execution of a State Party, Supervision of Execution of Judgments of the ECTHR, Tendency of Juridification in respect of Supervision of Execution of Judgments of the ECtHR.

İNSAN HAKLARI VE DEMOKRASİ

ÜREME HAKKI: AYRIMCI MEVZUAT HÜKÜMLERİ VE UYGULAMALARA İLİŞKİN BİR MÜLAHAZA

Dr. Öğr. Üyesi Fatma Duygu BOZKURT
Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-5289-5262

Özet

Üreme hakkı Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları çerçevesinde, özel hayata saygı hakkı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında ele alınan bir haktır. Bu bağlamda üreme hakkı bünyesinde değerlendirilen başlıca haklar: cinsel partnerini seçme hakkı, evlenmeyi seçme hakkı, etkili aile planlaması hizmetlerine erişme hakkı, çocuk sahibi olup olmama hakkı, ne zaman çocuk sahibi olacağına karar verme hakkı, üremeye ilişkin bilimsel gelişmelerden yararlanma hakkı ve üremede eşitlik hakkıdır. Bu tebliğin konusu; yapay döllenme olarak da bilinen üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinde, gebeliğin sonlandırılmasında ve etkili aile planlaması hizmetlerine erişimde yaşanan ayrımcı düzenlemeler, daha genel bir ifadeyle üreme ve cinsel yaşamda eşitlik hakkıdır.

İster doğal veya yapay yollar vasıtasıyla ister evlilik birliği içinde veya dışında olsun; bir çiftin üreme hakkı özel hayata saygı hakkının bir uzantısıdır. Bununla beraber Türk mevzuatına baktığımızda üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin yalnızca evli çiftler için öngörüldüğü görülmektedir. Konuya ilişkin düzenleme Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği'dir. Bu haliyle yönetmelik hükümleri, yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakline cevaz veren Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesine aykırıdır. Şu halde bu konunun öncelikle güncel bilimsel gelişmelere uygun olarak bir kanunla düzenlenmesi gerektiği açıktır. Evli olmayan çiftlerin doğal yolla çocuk sahibi olması serbestken yapay yolla çocuk sahibi olmasının yasaklanmış olması meşru bir amaçtan yoksun ve ölçüsüz bir müdahaledir. Üstelik bu uygulama eşitlik hakkının ihlalidir. Bekâr çiftlerin evli çiftler gibi üreme hakkına sahip olması hem Anayasa m. 10'un hem de AİHS m.14'ün gereğidir.

Aynı husus; evli kadının gebeliğinin sonlandırılması için kocasının rızasının alınması gereğini düzenleyen Nüfus Planlaması Hakkında Kanun hükmü için de geçerlidir. Evli olmayan bir kadının gebeliğinin sonlanması için çocuğun babasından izin alması gerekmezken, evli

kadının kocasından izin alması şartı "ayrımcılık yasağı" ilkesine aykırıdır. Buradaki meşru sebep ya da haklı neden; kocanın evlilik birliği içinde doğan çocuğun babası olmasına yönelik karine olsa da; evli kadının doğmamış çocuğunun babası başkası olabileceği gibi, başkasından gebe kalan bir kadının gebelik süresinde evlenmesi de muhtemeldir. Özellikle yasal sınır olan onuncu haftaya yakın gebeliklerde eşin onayının gecikmesi kadın için hak kaybına neden olmaktadır. Açıktır ki, kürtajın süreyle kısıtlanması ve eşin onayına tabi tutulması halinde, kadının istenmeyen gebeliklere maruz kalmaması için aile planlaması hizmetleri ücretsiz ve erişilebilir olmalıdır. Nitekim 507 sayılı Yönetmelik uyarınca sağlık çalışanlarının nüfus planlamasıyla ilgili sorumluluklarından biri; gebeliği önleyici hapları yeni uygulanacaklar için başlatmak ve izlemek, rahim içi araç, diyafram uygulamak ve bunları izlemektir. Düzenleme her ne kadar evli-bekar ayrımı gözetmeden kaleme alınmış olsa da; uygulamada bu imkanlara çok sınırlı olarak erişilebilmekte ve "evli" olma koşulu de facto bir şart olarak aranmaktadır. Sonuç olarak yasa koyucunun üreme hakkına yönelik bahsi geçen mevuzat hükümleri ve uygulamalar için aranan evlilik kriterini kaldırması ve bilimsel gelişmelere uygun bir düzenleme yapması hem özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkının hem de eşitlik ilkesinin zorunlulu bir gereğidir.

Ahatar Sözcükler: Üreme Hakkı, Özel Hayatın Dokunulmazlığını İsteme Hakkı, Ayrımcılık Yasağı, Yapay Döllenme, Kürtaj.

REPRODUCTIVE RIGHT: A CONSIDERATION ON DISCRIMINATIONAL PRACTICES

Abstract

Reproductive right is considered within the scope of the right to demand respect for private life, within the framework of the case law of the Turkish Constitutional Court and the European Court of Human Rights (ECHR). In this context, the main rights evaluated within the scope of reproductive right are: the right to choose a sexual partner, the right to choose marriage, the right to access effective family planning methods, the right to have a child, the right to decide when to have a child, the right to benefit from scientific advances in reproduction, and the right to equality in reproduction. The subject of this paper is; the discriminatory practices experienced in assisted reproductive treatment methods, also known as artificial insemination, termination of pregnancy and access to effective family planning services, more generally, is the right to equality in reproductive and sexual life.

Whether by natural or artificial means, within or outside the marriage union; a couple's right to reproduce is an extension of their right to respect for private life. However, according to the Turkish legislation, assisted reproductive treatment methods are only prescribed for married couples. The provisions of the Regulation on Assisted Reproductive Treatment Centers are contrary to article 23 of the Turkish Civil Code, which allows the receipt, vaccination and transfer of biological materials of human origin upon written consent. Therefore, it is clear that this issue should be regulated by a law in accordance with current scientific developments. While it is allowed for unmarried couples to have child naturally, the prohibition of having child artificially is a disproportionate and illegitimate intervention. Moreover, this practice is a violation of the right to equality. The fact that single couples have reproductive right like married couples is both in article 10 of the Constitution as well as article 14 of the ECHR.

This also applies to the provision of the Law on Population Planning, which regulates the necessity of obtaining the consent of the husband of the married woman in order to terminate the pregnancy. While an unmarried woman does not need to get permission from the father of the child to terminate her pregnancy, the requirement for a married woman to get permission from her husband is against the principle of "prohibition of discrimination". The legitimate or justified reason here is: although

there is presumption that the husband should be the father of the child born in wedlock; as the father of the unborn child of a married woman may be someone else, it is also possible for a woman who is pregnant by someone else to marry during her pregnancy. Especially in pregnancies close to the tenth week, which is the legal limit, the delay in the consent of the spouse causes irreparable loss of rights for the woman. It is clear that if abortion is limited in duration and subject to the consent of the spouse, family planning services should be free and accessible so that the woman does not suffer from unwanted pregnancies. As a matter of fact, in accordance with the Regulation No. 507, one of the responsibilities of health workers regarding population planning services; initiating and monitoring contraceptive pills for new administrations, administering intrauterine device, diaphragm and monitoring them. Although the regulation was written without discriminating between married and single; in practice, these opportunities are very limited and the condition of being "married" is sought as a de facto condition. As a result, it is a mandatory requirement of both the right to demand respect for private life and the principle of equality for the legislator to abolish the marriage criterion sought for the aforementioned legislative provisions and practices regarding the right to reproduction and to make a regulation in accordance with scientific developments.

Keywords: Reproductive Right, Right to Respect for Private Life, Prohibition of Discrimination, Artificial Insemination, Abortion.

KADININ İNSAN HAKLARINDAN BİR SAPMA ÖRNEĞİ: ÇOCUK GELİN UYGULAMASI

Dr. Öğr. Üyesi Ayşen SEYMEN ÇAKAR
Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-3843-6120

Özet

Çocuk evlilikleri, on sekiz yaşın altındaki bir çocuk ile bir yetişkin veya başka bir çocuk arasındaki resmi evlilik veya gayri resmi birliktelik olarak tanımlanmaktadır. Dünya üzerinde her beş çocuktan biri evlidir. Her yıl on iki milyon kız çocuğu çocuk yaşta evlilikler nedeniyle başta eğitim, sağlık ve istihdam olmak üzere birçok temel haktan yoksun bırakılmaktadır. Türkiye bu zararlı uygulamanın yaygın olduğu ülkelerden biridir. Bugün Türkiye›de 18-45 yaş arası her beş kadından biri çocuk yaşta evlenmiş, çocuk yaşta evlenen her üç kadından biri de çocuk yaşta anne olmuştur. On sekiz yaşından önce evlenen kadınların yarısı fiziksel şiddete maruz kalmıştır. Dünya üzerinde çocuk evliliklerinin en yaygın olduğu ülke ise %76'lık orana sahip Nijer'dir. Çocuk yaşta evlilikler genellikle yerleşik cinsiyet eşitsizliğinin sonucudur ve kız çocukları bu uygulamadan orantısız şekilde etkilenmektedir. Küresel olarak, erkek çocuklar arasında çocuk yaşta evliliklerin yaygınlığı, kız çocukları arasındaki oranın sadece altıda biridir. Türkiye'de ilk evlenme yaşının cinsiyete göre verileri incelendiğinde, 2021 yılı için kadınların erkeklere göre daha erken yaşlarda evlendiği görülmüştür. Evliliğini 18 yaşından önce yapan erkeklerin oranı %4,4 iken kadınların oranı %24,2 olarak tespit edilmiştir. Çocuk gelin uygulamasının temelinde yatan sebebin toplumsal cinsiyet kalıpları olduğunu söylemek mümkündür. Kadının temel görevinin evlenmek ve çocuk doğurmak ve ev içi işleri yapmak, çocuk büyütmek olarak algılandığı ataerkil aile yapısının bulunduğu toplumlarda çocuk gelin uygulamasının varlığı bu sebebe dayanır. Yine kız çocuklarının kendi namusunu koruyamayacağı algısının olduğu toplumlarda, aile bu görevi kendisine yüklemekte ve bir an önce bu sorumluluktan kaçınmak maksadıyla kız çocuklarını evlendirerek bir nevi bu sorumluluğu kocaya geçirmektedir. Bu yönde bir algının bulunduğu toplumlarda bu tür bir namus bekçiliği görevi sözde namus cinayetlerinin de sıkça işlenmesiyle sonuçlanmaktadır. Bazı durumlarda ise çocuk gelin uygulaması ile başlık parası ve berdel gelenekleri iç içe geçmekte ve bu durumlarda kız çocukları alınıp satılabilecek ya da takas edilebilecek bir mal (eşya) statüsüne sokulmaktadır. Söz konusu örneklerin hepsinde

mevcut toplumsal kalıplar ve önyargıların, uygulamaya eşlik ettiği görülmektedir. Dolayısıyla söz konusu örneklerin hepsi aynı zamanda kız çocuklarına karşı yapısal ayrımcılık oluşturmaktadır. Çocuk gelin uygulaması, pek çok uluslararası düzenleme ile yasaklanmış olmasına rağmen anayasamızda bu yönde bir düzenleme bulunmamakta, üstüne üstlük Türk Medeni Kanunu da çocuk yaşta nişanlanma ve evlenmeleri yasal olarak mümkün kılmaktadır. Çocukların korunması yönünde tedbirler almak devletlerin yükümlülüğüdür. Yapılması gereken bir an önce yasal mevzuatın değiştirilmesi ve çocuk yaşta evliliklerin mutlak olarak yasaklanmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Çocuk Gelin, Kız Çocukları, Evlilik, Şiddet, Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği.

A DEVIATION EXAMPLE FROM WOMEN'S HUMAN RIGHTS: CHILD BRIDE APPLICATION

Abstract

Child marriage is defined as a formal marriage or informal union between a child under the age of eighteen and an adult or other child. One in five children worldwide is married. Every year, twelve million girls are deprived of many basic rights, especially education, health and employment, due to child marriages. Turkey is one of the countries where this harmful practice is common. Today, one out of every five women between the ages of 18-45 in Turkey got married as a child, and one out of every three women who got married as a child became a mother as a child. Half of the women who got married before the age of eighteen were subjected to physical violence. The country where child marriages are most common in the world is Niger with a rate of 76%. Child marriage is often the result of established gender inequality, and girls are disproportionately affected by this practice. Globally, the prevalence of child marriage among boys is only one-sixth that among girls. When the data on age at first marriage by gender are analyzed in Turkey, it is seen that women get married earlier than men for 2021. While the rate of men who got married before the age of 18 was 4.4%, the rate of women was determined as 24.2%. It is possible to say that the underlying reason for the child bride practice is gender stereotypes. The existence of child bride practice in societies where patriarchal family structure is perceived as the basic duty of women to marry, bear children, do domestic work and raise children is based on this reason. Again, in societies where there is a perception that girls cannot protect their own honor, the family puts this responsibility on themselves, and in order to avoid this responsibility as soon as possible, they marry their girls and pass this responsibility on to the husband. In societies where there is a perception in this direction, such an honor guard duty results in so-called honor killings being committed frequently. In some cases, the practice of child brides and bride price and berdel traditions are intertwined, and in these cases, girls are put in the status of a commodity that can be bought and sold or exchanged. In all of the mentioned examples, it is seen that the existing social patterns and prejudices accompany the practice. Therefore, all of these examples also constitute structural discrimination against girls. Although the practice of child bride is prohibited by many international regulations, there is no regulation in this direction in our

constitution, and even the Turkish Civil Code makes it legally possible to get engaged and married at a young age. It is the obligation of states to take measures to protect children. What needs to be done is to change the legal legislation as soon as possible and to ban child marriages absolutely.

Keywords: Child Bride, Girls, Marriage, Violence, Gender Inequality.

HANS KELSEN DÜŞÜNCESİNDE DEMOKRASİ TEORİSİ VE HUKUKLA İLİŞKİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Rıdvan DEĞİRMENCİ
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-8408-1033

Özet

Kelsen'in saf hukuk kuramı, hukuku değerlerden hareketle açıklayan doğal hukuk kuramına karşı çıkmaktadır. Hukukun bir bilim olarak kavranabilmesi için değerlerin hukuk teorisinin dışında bırakılması gerektiği görüşündedir. Bununla birlikte, analitik hukuki pozitivizmin hukuku egemenin iradesinden kaynaklanan emir olarak açıklamasını da kabul etmez. Ona göre hukuk ancak kendi normatif sistemi içerisinde açıklanabilirse bilim hüviyetini kazanabilir. Bu düşünceden hareketle hukukun normlarını birbirine kaynaklık edecek şekilde açıklar. Normun kaynağı bir irade değildir, normun bir değeri koruması yahut korumaması onun geçerliliğini etkilemez. Bu sebeple, saf hukuk kuramı, bir devletin demokratik veya otoriter olup olmadığını göz ardı ederek, hukuk sistemini ve onun normatif alanını normlar hiyerarşisi perspektifiyle değerlendirir. Bir norm, kendisine kaynaklık eden norma uygunsa geçerlidir. Üst norma aykırı ise normun bu aykırılığı yetkili organlarca tespit edilene dek geçerliliğini korumaktadır. Bu açıklama normativist pozitivizme getirilen eleştirilerin temel sebebini oluşturur. Kelsen, meşruiyet kavramını teorisinin dışına çıkararak saf bir hukuk kuramı oluşturmuştur. Kelsen, saf hukuk kuramında, saf olanın hukuk değil onun kuramı olduğunu ayrıca belirtmiştir. Kelsen, hukukun, siyasetten, tarihten, sosyolojiden etkilendiğinin farkındadır. Dolayısıyla, Kelsen'in siyasal olan dair bakışı hukuka bakışında olduğu gibi tarafsız ve değerlerden uzak bir çizgide değildir. Kelsen'in saf hukuk kuramı incelenirken onun demokrasiye olan bağlılığı göz ardı edilmemelidir. Hukuku bilimselleştirme çabası ile ortaya koyduğu saf hukuk kuramı, anti demokratik rejimlerde var olan hukuk sistemlerini de açıklar. Bununla birlikte, Kelsen zamanın ruhunu özümsemiş bir teorisyen olarak demokrasinin kurumsallaşmasına dair teorik çalışmalar yapmıştır. Schmitt'in egemeni hukuk dışında tanımlama çabasına karşı çıkan Kelsen, devleti hukukilikle kavramış hukukun dışında ve üzerinde bir egemen/devlet/iktidar kavramının var olamayacağını belirtmiştir. Diğer taraftan Kelsen Birinci Dünya Savaşı sonrası Sovyet Rusya'da sosyalist hareketlerin, İtalya'da ve Almanya'da ise faşizmin yükselişinin

demokrasi ideasını zayıflatacağını öngörmüştür. Bu dönemde, kaleme aldığı eserlerinde demokrasinin değerini vurgulamış ve kurumsal yapısına katkı sağlayacak öneriler getirmiştir. Demokratik rejimin meşruiyeti, temsil, siyasi partiler, çoğunluk ve azınlık ilişkileri gibi konu başlıkları Kelsen'in değerlendirmelerinin odağındadır. Faşizm tehdidi geçtikten sonra demokrasi teorisini farklı boyutlarıyla incelemeyi sürdürmüştür.

Anahtar Kelimeler: Hans Kelsen, Saf Hukuk Kuramı, Demokrasi Teorisi, Meşruiyet, Geçerlilik.

HANS KELSEN'S DEMOCRACY THEORY AND ITS RELATION WITH LAW

Abstract

Hans Kelsen's pure theory of law is against the natural law theory which explain the law according to values. He thinks that the values should be excluded from law theory because of understanding law as a science. Besides, he doesn't approve analitical legal positivism's explenation of law as an order arising from will of the sovereign. According to him, law obtains scientific qualification only if law can be clarified its own normative system. Based on this thought, he elucidate the norms of law in a way that they are sources to each other. The source of law is not a will, whether the norm protects a value or not doesn't affect its validity. Therefore, the pure theory of law evaluates a law system and its normatif field from the perscoective of the hyrearch of norms, ignoring whether a state is democratic or authoritarian. A norm is valid if it appropriates to the upper norm which it originates. If it is inappropriate, it is valid until the compotent legal authorities determines the voidness. This explanation is the main reason of crticism of normativist positivism. Kelsen, constitutes the pure theory of law by taking the legitimacy out of his theory. Kelsen also stated that in pure legal theory, what is pure is not the law but its theory.Kelsen is aware of that law is influenced history, policy and sociology. Therefore, Kelsen's view of political is not neutral and far from values as his understanding of law. While examining Kelsen's pure theory of law, his commitment to democracy should not be overlooked. The pure legal theory, which he put forward with an effort to scientificize the law, also explains the legal systems that exist in anti-democratic regimes. However, Kelsen, as a theorist who assimilated the spirit of the time, made theoretical studies on the institutionalization of democracy. Kelsen, who opposed Schmitt's attempt to define the sovereign outside the law, comprehended the state with legality and stated that the concept of sovereign/state/power cannot exist outside and above the law. However, Kelsen predicted that after WWI socialist movements in Russia, the rise of fasicm in İtaly and Germany would weaken idea of democracy. During this period, he emphasized the value of democracy in his works and made suggestions that would contribute to its institutional structure. The subjects such as the legitimacy of the democratic regime, representation, political parties, majority and minority relations are at the center of Kelsen's

assessments. After the threat of fascism passed, he continued to examine the theory of democracy with different dimensions.

Key Words: Hans Kelsen, The Pure Theory Of Law, The Theory Of Democracy, Legitimacy, Validity.

İNSAN HAKLARININ SPORDA YATAY UYGULANABİLİRLİĞİ

Avukat Cemil KOÇ
Konya Barosu
ORCID ID: 0000-0003-0895-6093

Özet

Hayatımızın önemli ve ayrılmaz bir parçası haline gelen spor, toplumun bütün kesimlerini bir araya getirirken, aynı zamanda dünyanın hemen her yerinde spor ile ilgili kurumsal yapılar oluşturulmuş ve bu kapsamda yasal çalışmalar yapılmıştır. Spordaki kural ve ilkeleri düzenleyen spor yönetim kuruluşları genelde kâr amacı gütmeyen dernek statüsünde olup, bu nitelikleri sayesinde örgütlenme özgürlüğü güvencesi olan ülkelerde önemli ölçüde özerkliğe sahiptirler. Bu yönüyle spor yönetim kuruluşlarının devlet yetkilerini kullanan bir kamu otoritesi değil özel hukuka tabi özerk kuruluşlar oldukları gerekçe gösterilerek, özel hukuk ilişkilerinde eşitsiz bir güç ilişkisi söz konusu olmayacağından bahisle sporda insan haklarının bir rolü olmadığı uzun süre kabul görmüştür.

İnsan hakları hukukunun, «kamu gücünü kullanan kamusal makamlar ile bireyler arasındaki eşitsiz güç ilişkisi söz konusu olduğundan devreye giren bir hukuk disiplini» olmasından hareketle devletin düzenleme sınırları içinde yer almayan ve özerk bir alan olarak kabul edilen spor ile insan hakları arasında bir ilişkinin olmadığı düşünülebilir. Haliyle insan haklarına ilişkin kural ve ilkelerin öncelikle devlet-birey ilişkilerinde uygulanabileceği, sporun özel aktörleri arasında uygulanmayacağı iddia edilebilir. Zira klasik insan hakları hukuku da temel hakların kamu gücünü elinde bulunduran kimselerce ihlal edilmesini aramaktaydı. Ancak günümüzde toplum içinde eşit ilişkilere sahip olmayan bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin kolayca ihlale uğrar hale gelmesi devletlerin bu bireylere karşı koruyucu bir yaklaşım sergilemesini gerekli kılmaktadır. Özellikle toplumsal yaşamın çeşitlenmesiyle birlikte yatay ihlallerde yaşanan artışların hız kazanması zamanla hâkim olan bu anlayışı değiştirmiştir.

Özünde "insanca yaşama" fikrine dayanan insan haklarının bireyler arası ilişkileri de kapsar şekilde tüm hukuki ilişkilerde geçerli olması kaçınılmaz bir gerekliliktir. Nitekim devletin yanı sıra temel haklarla bağlı olan bireyler, diğer bireylerin hak ve özgürlüklerine saygılı davranmak zorundadırlar. AİHM de bu çerçevede AİHS'ye taraf devletlerin özel

hukuk kişileri arasında gerçekleşen her türlü hukuki ilişkiye önlem alma gereklilikleri olduğunu ısrarla vurgulamaktadır. Nitekim, özel hukuk ilişkilerinde de bireylerin temel hak ve özgürlükleri bakidir.

Dünya genelinde kurumsal yapıları haiz özerk spor yönetim kuruluşlarına bakıldığında, birçoğunun bulunduğu devletin yasalarla kendilerine yetki verildiği görülmektedir. Ayrıca bu kuruluşlar tekel niteliğine sahiplerdir. Dolayısıyla sporu yöneten kuruluşların kamu gücüne benzer bir güce sahip oldukları söylenebilir. Buradan hareketle tekelci ve kamusal bir yapıya sahip oluşu dikkate alındığında ulusal ve uluslararası spor kuruluşlarının eylemleri devletlere atfedilebilir.

Ne kadar özerk olurlarsa olsunlar kanunlarla kurulan, disiplin ve yönetim alanında bir tür münhasıran yargı yetkisine sahip tekel niteliğindeki spor kuruluşları devletin fonksiyonlarından birini ifa ettiklerine göre, temel haklara da riayet etmekle yükümlü oldukları kabul edilmelidir. Zira, insan hakları sorumluluğunun temel ilkelerinden biri de devletin normalde kendisine ait olan görev ve yetkilerini özel hukuka tabi gerçek ve tüzel kişilere kısmen veya tamamen devrettiğinde, AİHS kapsamında güvence altına alınmış insan hakları sorumluluğundan kurtulamayacağı hakkındadır. Bu da artık insan hakları hukukunun sporda bir rolü olmadığı yönündeki yaklaşımın geçerli olmadığını göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, Spor, Sporda Insan Hakları, Özerklik, Yatay Uygulanabilirlik.

HORIZONTAL APPLICABILITY OF HUMAN RIGHTS IN SPORTS

Abstract

Sport, which has become an important and integral part of our lives, brings together all segments of society, at the same time, corporate structures related to sports have been created almost everywhere in the world and legal studies have been carried out in this context. Sports management organizations regulating the rules and principles in sports usually have the status of non-profit associations and, thanks to these qualities, have a significant degree of autonomy in countries where freedom of association is guaranteed. In this aspect, it has been accepted for a long time that sports management organizations do not have a role in sports betting, as there will be no unequal power relationship in private legal relations, citing that they are autonomous organizations subject to private law, not a public authority that uses state powers, and human rights have no role in sports betting.

Human rights law, "the unequal power relationship between individuals and public authorities that uses public power is in question because of a law which is activated in the discipline" state is not contained within the boundaries of the editing and motivated by having accepted as an autonomous field in the absence of a relationship between sports and human rights may be considered. It can be argued that the rules and principles dec human rights can be applied primarily in state-individual relations, and not among the private actors of sports. Because classical human rights law also called for the violation of fundamental rights by those who hold public power. However, today, the fact that the fundamental rights and freedoms of individuals who do not have equal relations in society are easily violated makes it necessary for states to take a protective approach to these individuals. Especially with the diversification of social life, the acceleration of the increase in horizontal violations has changed this prevailing understanding over time.

It is an inevitable requirement that human rights, which are based on the idea of "living decently" in essence, should be valid in all legal relations, including interpersonal relations. As a matter of fact, individuals who are bound by fundamental rights, as well as the state, must respect the rights and freedoms of other individuals. Private law of a state party to the ECHR, the EHRC also in this context the relationship between individuals to take action to emphatically stresses that any legal requirements. As a matter of fact, the basic rights and freedoms of

individuals are also important in private legal relations.

Looking at autonomous sports management organizations with corporate structures around the world, it can be seen that the state in which many of them are located is authorized to them by law. In addition, these organizations have a monopoly nature. Therefore, it can be said that the organizations that manage sports have a power similar to public power. Proceeding from this, taking into account the fact that it has a monopolistic and public structure, the actions of national and international sports organizations can be attributed to the states.

No matter how autonomous they are, sports organizations that are established by law and have a monopoly nature with some kind of exclusive jurisdiction in the field of discipline and management should be recognized that they are also obliged to respect basic rights, since they perform one of the functions of the state. Indeed, one of the basic principles of human rights, state responsibility, the duties that belonged to him normally when transferred partially or completely natural and legal persons in private law, that he could not escape from the responsibility for human rights guaranteed under the ECHR is about. This shows that the approach that human rights law no longer has a role in sports is no longer valid.

Keywords: Human Rights, Sport, Human Rights In Sport, Autonomy, Horizontal Applicability.

İSLAM HUKUKU

KLASİK FIKIH ESERLERİNDE ÇEVRE VE İMAR KONULARI VE HÜSÂMÜDDÎN ES-SADRÜ'Ş-ŞEHÎD ÖMER B. ABDİLAZÎZ B. ÖMER B. MÂZE EL-BUHÂRÎ'NİN KİTABÜ'L-HÎTÂN, DİRASE FIKHIYYE Lİ AHKAMİ'L-BİNA VE'L-İRTİFAK ADLI ESERİN İNCELEMESİ

Prof. Dr. Adem ESEN
İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
ORCID ID:0000-0001-9720-6096

Özet

İslam medeniyeti imar konularına önem vermiş, bina (imare) ile toplum ve çevre orasındaki ilişki "fıkh-ı imare" içinde ele alınmıştır. İmar, şehir planlama, bina, sokak ve meydan düzenlemesi gibi konular fıkıh, ahkamü's-sultaniyye ve hisbe kitaplarında yer almıştır. Genellikle büyu' (alışveriş), icare, şuf'a, kısmet, sulh, gasb, ihyau'l-mevat ve diğer konular içinde de işlenmiştir. Cüz'i konularda fakihlerin görüşleri olan Fetava kitapları da bu kaynaklar arasındadır. Ayrıca "ilmü'ş-şurut ve's-sicillat" kitapları mevcuttur. Yani, hukukî muameleleri kayıt altına almak üzere düzenlenen belge, senet" anlamındaki şartın çoğulu şürût ile "yargı kararını içeren belge, i'lâm, mahkeme defteri" anlamına gelen sicilin çoğulu sicillâttan (ilmü'l-vesâik) oluşmaktadır. Yapı işleri aynı zamanda kamu düzenini ilgilendirdiğinden bu konular muhtesibin görevleri arasında yer almıştır. İlmü'l-ihtisâb olarak bilinen bu alan emri bi'lma'ruf nehyi ani'lmünker (iyiliği emretmek, kötülüğü yasaklamak) amacını güder. Çevre ve imar konularında gözetilen ilkeler şöyle sıralanabilir:

- Emri bi'maruf nehy-i ani'l-münker, yani iyiliğin yayılması, kötülüğün engellenmesi.

- Zararın önlenmesi,

- Zarara karşılık zarar vermenin engellenmesi,

- Zararın karşılanması, telafi edilmesi,

- Başta mülkiyet hakkı olmak üzere hakların korunması,

- Harim hakkı (harimü'l-cîran)

Ayrıca bu alanda el-hîtân, el-cidâr veya el-bünyân adlı müstakil kitaplar da vardır. Bunlar arasında Buharalı fıkıh konusunda önemli eserler veren Hüsâmüddîn es-Sadrü'ş-şehîd Ömer b. Abdilazîz b. Ömer b. Mâze el-Buhârî, (483-536 h./1090-1141 m.) ait Kitabü'l-hîtân önemli bir yere

sahiptir. Dr. Abdullah Nezir Ahmed Mizzi bu kitabın yazma nüshalarını karşılaştırarak tahkikini yapmıştır.

*Kitabın Konuları: K*itap üç kısımdır. Her kısımda bâblar, bâbların altında da fusûl (fasıllar) vardır: Kitap 3 aksam, 20 bab ve 57 fasıldan ibarettir. Birinci kısımda duvarlar (hîtân) ile ilgili şu konulara yer verilmiştir: binada istihkak ve ittisal, setr, iki ev arasındaki duvara iştirak (ortaklık), dikili ve bitişik direkler gibi örnekler, duvarlarda anlaşmazlık durumları, binada teallî. İkinci kısımda mesîl (su yolu), saky, ve zer' konuları yer almıştır. Üçüncü kısım turuk (yollar) ve kapılar (ebvab) ele alınmıştır. Yani, irtifak hakları da ele alınmıştır.

Müellif ele aldığı konuları "amaç bakımından en zor ve uzlaştırma bakımından da en güç konular" olarak görür. Gerçekten de bu konular fertlerin menfaatlerini doğrudan ilgilendirdiği için günümüzde de aynı gerçeği korumaktadır. Hîtan (duvarlar) konusunu ele almanın gerekçesi de "insanın başkasındaki hak sahipliği dava ile ortaya çıkar, duvar (hâit) de kişinin başkasındaki hakkını ifade eder, böylece şuf'a, şirb, tarik gibi haklar gibi hâitte dava somutlaşır. Bunun delili iki duvar arasında, çatının altına uzatılan ağaçtır". Buna göre, mülkiyeti belirleyen asıl unsurun, duvar olduğu anlaşılmaktadır. Duvar, mekânı çevreleyen şeydir. Nitekim binanın alt kısmı temelidir.

Çevre ve imar düzenlemeleri ferdi mülkiyet içinde kalmayıp, imar hukuku içinde önemli bir yere sahip olarak kamu idarelerinin görev alanına girmiştir. Hatta çevre ve iklim değişikliği sorunları artık ulusal, hatta uluslararası düzenlemelerin konusu olmuştur.

Anahtar Kelimeler; Çevre, İmar Hukuku, Fıkıh, İslam Hukuku, Hîtan (Duvarlar).

ENVIRONMENTAL AND ZONING SUBJECTS IN CLASSICAL FIQH WORKS AND THE SHORT REVIEW OF "KİTABÜ'L-HÎTÂN, DİRASE FIKHIYYE Lİ AHKAMİ'L-BİNA VE'L-İRTİFAK BY HÜSÂMÜDDÎN ES-SADRÜ'Ş-ŞEHÎD ÖMER B. ABDİLAZÎZ B. ÖMER B. MÂZE EL-BUHÂRÎ'

Abstract

Islamic civilization gave importance to zoning issues, and the relationship between building (imare) and society and the environment was discussed in "fiqh-ı imare". Subjects such as zoning, city planning, building, street and square arrangement were included in the books of fiqh, ahkamü's-sultaniyye and hisbe. Generally, it is also covered in trading (büyu'), icare, suf'a, kismet, compromise (sulh), exaction (gasb), ihyaul-mavat and other subjects. Fatawa books, which are the opinions of jurists on minor issues, are among these sources. There are also the books "ilmü'ş-şurut ve's-sicillat". In other words, the plural of the condition meaning "document, deed", which is prepared to record the legal transactions, and the plural of the register, which means "document containing the judicial decision, i'lâm, court book", consists of sicillât (ilmü'l-vesâik). Since construction works are also related to public order, these issues were among the duties of the muhtasib. Known as İlmü›l-ihtisâb, this field order aims at bi'lma'ruf nehyi ani'lmunker (to enjoin good and forbid evil). The principles observed in environmental and zoning issues can be listed as follows:

- Amri bi'maruf nehy-i ani'l-munkar, that is, spreading goodness and preventing evil.

- Prevention of harm,

- Preventing harm in return for harm,

- Compensation for the damage,

- Protection of rights, especially the right to property,

- Harim right (harimü'l-jiran)

In addition, there are independent books in this field called al-hitân, al-cidâr or al-bünyan. Among them, Kitabü'l-hitân by Hüsamüddin es-Sadrü'ş-şehîd Ömer b. Abdilaziz b. Umar b. Maze al-Bukhari (483-536 H./1090-1141 A.D.) has an important place. Abdullah Nezir Ahmed Mizzi made an analysis of this book by comparing its copies.

Topics of the Book: The book is in three parts. There are chapters in

each section and fusul (chapters) under the chapters: The book consists of 3 parts, 20 chapters and 57 sections. In the first part, the following subjects related to the walls (hîtân) are included: remuneration and ittisal in the building, setr, participation in the wall between two houses (partnership), examples such as standing and adjoining pillars, conflict situations on the walls, taalli in the building. In the second part, the subjects of mesîl (water way), saky, and zer' took place. The third part deals with turuk (roads) and gates (ebvab). In other words, servitudes are also discussed.

The author says that the subjects he deals with are "the most difficult in terms of purpose and the most difficult in terms of reconciliation". Indeed, since these issues directly concern the interests of individuals, they maintain the same reality today. The reason for dealing with the issue of hîtān (walls) is that "one's rightful possession of another person emerges with a lawsuit, and the wall (hâit) expresses one's right in another, so the case becomes concrete in the case of rights such as suf'a, shirb, and tarîk. The proof of this is the tree stretched under the roof between two walls". Accordingly, it is understood that the main element that determines the property is the wall. The wall is what surrounds the space. Indeed, the lower part of the building is the foundation.

Environmental and zoning regulations do not remain in individual property, but have an important place in the zoning law and have entered the field of duty of public administrations. In fact, environmental and climate change problems are now the subject of national and even international regulations.

Key Words: Environment, Zoning Law, Fıqh, Islamic Law, Hîtan (Walls).

MEHİR HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE CEZAYİR AİLE KANUNU İLE HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ'NİN MUKAYESESİ

Doktora Öğrencisi Abdelbasset KHALED
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
ORCID ID: 0000-0002-1983-8503

Özet

Ortak asli kaynakları İslam şeriatı olan 84/11 sayılı Cezayir Aile Hukuku ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi mehir, nikah akid esnasında kocanın eşine vermiş olduğu veya vermeyi taahüt ettiği para veya mal olarak tanımlamaktadır. Bununla bereaber, her iki kanun da, bu para veya mal (mehir) kocanın zimmetinde sabit olan bir borç olarak kadının üzerindeki hakkının korunmasını ve mehirden doğan uyuşmazlıkların nasıl çözümleneceğini düzenlemektedir. Bu çalışmada, Cezayir yargıtay'ın kararları ve Osmanlı mahkeme kayıtlarından istifade ederek hem Cezayir Aile kanunu'nda hem de Hukuk-ı aile Kararnamesi'nde yer alan mehrin hükümleri incelenmesine ek olarak, konu ile ilgili iki kanun arasındaki benzerlikleri, farklılıkları ve bunların İslam Şeriatı hükümleriyle ne ölçüde uyumlu olduğunu belirlemek amacıyla iki kanunda yer alan mehrin hükümleri mukayese edilecektir. Varılan sonuçlar şu şekilde özetlenebilir: Cezayir yasa koyucuları, Malikilerin görüşünü alarak mehir, nikahın şartlarından olarak nitelendirirken, Osmanlı yasa koyucuları, Hanefiler, Şafiiler ve Hanbelilerin görüşünü alarak nikahın bir eseri ve neticesi olarak nitelendirir. Böylece, hem Cezayir Aile Kanunu hem de Hukuk-ı Aile kararnamesi mehir hükümünde farklılık gösterir. Öte yandan, hem Cezayir yasa koyucuları hem de Osmanlı yasa koyucularına göre ödeme zamanı açısından mehr-i müeccel ve mehr-i muaccel olarak ikiye ayrılan mehir, miktarı açısından mehr-i misil ve mehr-i müsamma olmak üzere iki çeşittir. Mehrin edasını gerektiren sebepler konusunda ise, her iki kanun, ister misil olsun ister müsamma olsun taraflardan birinin ölümü veya zifaf (hakiki duhul) gerçekleştiğinde, mehrin tamamında kadının mülkiyet hakkını kazanabilmesini belirtirken, nikah akdinden sonra ve zifaf geçekleşmeden önce talak (boşanma) olması durumunda mehrin yarısı kadının olduğunu belirtir. Böylece, hem Cezayir yasa koyucuları hem de Osmanlı yasa koyucuları Malikilerin ve Şafiiler›in görüşlerini benimsemiş olurlar. Cezayir yasa koyucuları, eşler veya mirasçıları arasındaki mehir mehir ile ilgili ihtilafı kısa ve öz bir şekilde ele alarak her türlü ihtilafı içeren zifafa dayalı genel bir kural koyarken, Osmanlı yasa koyucuları, mehirden kaynaklanan ihtilafları

tesmiyenin varlığında ihtilaf ve mehrin miktarında ihtilaf olmak üzere ikiye ayırdığı için bunu biraz ayrıntılı olarak ele almıştır.

Anahtar Kelime: Cezayir Aile Kanunu, Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Mehir, Nikah, Talak.

THE COMPARISON BETWEEN ALGERIAN FAMILY LAW OTTOMAN LAW OF FAMILY RIGHT IN THE DOWRY PROVISIONS

Abstract

Algerian Family Law No. 84/11 and The Ottoman Law of Family Right, whose common primary source is Islamic Sharia, defines dowry as money or property that the husband gives or undertakes to give to his wife during the marriage contract. Yet, both laws regulate the protection of the woman's right over this money or property (dowry) as a specified debt at the assets of the husband and set out the methods of resolving the dispute regarding the dowry.

In this study, in addition to studying the provisions of the dowry (mahr) in both the Algerian Family Code and the Legal Family Decree, by benefits of the decisions of the Algerian Supreme Court and the Ottoman court records, the provisions of the dowry (mahr) in the two laws will be compared in order to determine the similarities and differences between the two laws on the subject and to what extent they are compatible with the provisions of the Islamic Sharia. The findings reached can be summarized as follows: Algerian legislators, taking the opinion of Malikis, define dowry as a condition of marriage, while Ottoman legislators, taking the thought of Hanafis, Shafiis, and Hanbalis, define it as a work and outcome of marriage. Thus, both the Algerian Family Code and the Family Law decree differ in the law of mahr. On the other hand, according to both Algerian legislators and Ottoman legislators, the mahr, which is divided into two as mehr-i mueccel and mehr-i muaccel in terms of payment time, is of two types as mehr-i misil and mehr-i müsamma in terms of amount. As for the reasons that require the act of mahr, either in misil or müsamma. it dues upon the death of one of the parties or when the marriage (consummation of marriage) occurs, While it states that the woman can acquire the right to own property in the entire mahr, it indicates that half of the dowry goes to the woman when the divorce happens before the consummation of marriage and after the marriage contract. Thus, both Algerian legislators and Ottoman legislators adopted the views of Malikis and Shafiis. While Algerian legislators dealt with the dispute between spouses or their heirs regarding dowry in a brief and succinct method, they put forward a general rule based on a pact including all kinds of disputes, However

Ottoman legislators divided the disputes arising from bridwealth into two disagreements in the naming and in the amount of dowry. Ottoman legislators have covered this in some detail.

Keywords: Algerian Family Law, The Ottoman Law Of Family Right, Dowry, Marriage, Divorce.

İSLÂM CEZA HUKUKUNDA KASTEN YARALAMA SUÇU BAKIMINDAN ORGAN NAKLİ

Arş. Gör. Mustafa ÜNAL
Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-3454-9694

Özet

Kasten yaralama suçu bakımından korunan hukuki yarar, vücut bütünlüğü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hukuki yararın ihlali durumunda failin ceza hukuku sorumluluğu doğacaktır. Ancak bazı durumlarda kişilerin vücut bütünlükleri ihlal edilse de faillerin ceza hukuku sorumluluklarından bahsedilemez. Bu durumlarda fiili hukuka uygun hale getiren bir neden mevcuttur.

Hukuka uygunluk sebepleri meşru savunma, görevin ifası, hakkın kullanılması, ilgilinin rızası ve zilyetliğin korunması şeklinde tasnif edilebilir. Görevin ifası kapsamında hekimin mesleğinin icrası ve ilgilinin rızası kasten yaralama suçunda gerekli şartlar da bulunduğu takdirde birer hukuka uygunluk sebebi arz etmektedir. Bu nedenlerin bulunması halinde, fiil ile kişinin vücut bütünlüğü ihlal edilmiş olsa da failin sorumluluğuna gidilmeyecektir. Bu iki hukuka uygunluk sebebi ile bağlantılı olarak organ nakli meselesi de incelenebilir. Nitekim organ nakli yapılan kimsenin vücut bütünlüğü, ilgili fiil ile ihlal edilmiş olmaktadır. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenleri ile birlikte organ naklinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Organ naklinin hukuka uygun olup olmaması İslâm hukukçuları arasında tartışmalı bir konudur. Günümüzde organ naklinin hukuka uygunluğuna yönelik görüşler ağırlık kazanmıştır. Ancak organ nakli mutlak anlamda değil, gerekli şartları taşıdığı takdirde bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edecektir. Bu bakımdan organ naklini gerçekleştiren faile, failin fiiline ve mağdura yönelik şartlar göz önüne alınmalıdır. Kasten yaralama suçu bakımından, kişinin vücut bütünlüğünü ihlal eden fiilin, organ nakli nedeniyle hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilmesi için işlemi yapanın hekim olması, tıbbi metotların uygulanması, tedavi kastı ile hareket edilmesi, ilgililerin rızasının bulunması ve bu işlemin maddi bir menfaat karşılığı yapılmaması gerekli şartlardandır.

Vücut bütünlüğü ihlal edilen kişinin rızasının, ceza hukuku bakımından hukuka uygunluk nedeni teşkil etmemesi durumunda dahi, ilgili rıza

failin cezalandırılabilirliğine etki edecektir. Bu rıza, özellikle failin kısas ve diyetten dolayı sorumlu tutulmamasına yol açabilecektir. Ancak burada bir ayrım söz konusu olacaktır. Fiil hukuka uygun hale gelmediği için kısas ve diyetten ötürü fail sorumlu tutulmasa dahi, tazir ile cezalandırılabilecektir. Dolayısıyla ilgili rıza hukuki sorumluluğu kaldırıyor olsa da, cezai bakımdan sorumluluğu etkilemeyecektir.

Anahtar Kelimeler: Kasten Yaralama, Organ Nakli, Hukuka Uygunluk Sebepleri, Meslek İcrası, İlgilinin Rızası.

ORGAN TRANSPLANTATION IN WILLFUL INJURY IN ISLAMIC CRIMINAL LAW

Abstract

The legal benefit protected in terms of willful injury is physical integrity. In case of violation of this legal benefit, the criminal liability of the perpetrator will arise. However, in some cases, even if the physical integrity of individuals is violated, the criminal law responsibilities of the perpetrators cannot be mentioned. In these cases, there is a reason that makes the act legal.

Reasons for compliance with law can be classified as legitimate self-defense, performance of duty, exercise of right, consent of the person concerned and protection of possession. Within the scope of the performance of the duty, the execution of the profession of the physician and the consent of the relevant person are grounds for compliance with the law, if the necessary conditions are also included in the crime of willful injury. In the presence of these reasons, the perpetrator will not be held responsible even if the physical integrity of the person has been violated by the act. In connection with these two reasons of compliance with the law, the issue of organ transplantation can also be examined. As a matter of fact, the physical integrity of the organ transplant recipient is violated by the relevant act. Therefore, organ transplantation should be evaluated together with the reasons for compliance with the law.

Whether organ transplantation is legal or not is a controversial issue among Islamic jurists. Today, opinions on the legality of organ transplantation have come to the fore. However, organ transplantation will not be absolute, but will constitute a reason for compliance with the law if it meets the necessary conditions.

Even if the consent of the person whose physical integrity is violated does not constitute a reason for compliance with the law in terms of criminal law, the relevant consent will affect the punishability of the perpetrator. This consent may lead to the perpetrator not being held responsible for quesas and blood money. However, there will be a distinction in this regard. Even if the perpetrator is not held responsible for quesas and blood money, since the act does not become lawful, he

can be punished with tazir. Therefore, although the relevant consent removes the legal liability, it will not affect the liability in criminal terms.

Keywords: Willful Injury, Organ Transplantation, Reasons For Compliance With Law, The Execution Of The Profession, Consent Of The Relevant Person.

GÜNÜMÜZ SUUDİ ARABİSTAN HUKUK SİSTEMİNDE HAKİMLERİN GÖREVLERİ VE YASAL PROSEDÜR

Dr. Sumeyra YAKAR
Iğdır Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-8335-6819

Özet

Günümüzde, yasal sistemlerinde İslam hukukunu (şeriat) uygulayan Suudi Arabistan, İran, Afganistan veya Pakistan az sayıda ülke bulunmaktadır. Suudi kimliği, örf ve hukuk sistemi teoride ve pratikte birbirinden ayrılamaz bir yapıya sahip olduğu için Suudi Arabistan'ın yapısı diğerlerinden farklılık göstermektedir. Suudi Arabistan'da kadı veya hakimlerin rollerinin, görevlerinin ve niteliklerinin ayrıntılı açıklaması, İslam hukukunun günümüz sistemlerinde işlevsel olarak kullanılışını göstermesi bakımından analiz edilmiştir. İslam hukukuna göre hâkimlerin asgari bilgi, beceri ve kapasiteleri çeşitli mezhepler arasında farklılık göstermemesine rağmen, alanında yetkin bağımsız bir müçtehit olarak içtihat yapabilmek için şart koşulan nitelikler mezhepler arasında farklılık göstermektedir. Bu makale, bir alan araştırması örneği olarak çağdaş Suudi Arabistan'daki yargı usullerini ve hakimlerin sorumluluklarını açıklamayı amaçlamaktadır. Suudi hakimler, davaların değerlendirilmesi sırasında bağımsız muhakeme yapma özgürlüğüne sahip olsalar da, klasik fıkıh kaynaklarında bulunan hükümleri uygulamaktadırlar. Bu nedenle Suudi hukuk sistemi, teorik olarak geleneksel İslam hukuku (fıkıh) tarafından yönetilmektedir ve yasama, yürütme ve yargı organları arasında bir ayrım yoktur. Suudi hukuk sisteminin bu yarı bağımsız yapısı, onu kanunlara bağlı olan hukuk sistemlerinden ayırmaktadır.

Araştırma ayrıca, Hanbelî hukuk geleneğinde farklı koşulların nasıl ele alındığını, özellikle bağlamsal unsurların çağdaş Suudi hukuk sisteminin fıkhî usulünde hâkimin kararını nasıl etkilediğini incelemektedir. Analitik ve tanımlayıcı yöntemler uygulayan bu makalenin amacı, Suudi hukuk sisteminde hakimlerin sorumluluklarını ve yargı prosedürünü araştırmaktır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Şeriat, Suudi Arabistan, Kadıların Görevi, Yasal Prosedür, Mahkeme Tutanağı.

THE ROLE OF JUDGES AND THE JURISPRUDENTIAL PROCEDURE IN SAUDI LEGAL SYSTEM

Abstract

The main sources (the Qur'an and Sunna) of Islamic law (*sharī'a*) are immutable, but the law must be applicable and adjustable according to different times and places. The justification of time and place are meaningful and acceptable in Islamic jurisprudence as proponents of change. When the conditions of the society change, the previously existing regulations need change for the applicability of rules. The decision of judge (*qāḍī*) can advocate either consistency or change depending on the contextual factors because Islamic law has a room for local practices and environmental parameters of the community. The consideration of context, therefore, gives flexibility and freedom to legal interpretations and it also enables the judges to apply custom in addition to main legal principles that lead the legal changes. There are a few countries that apply sharia in their legal system such as Saudi Arabia, Iran, Afghanistan, or Pakistan. Saudi Arabia is different among them because Saudi identity, custom, and legal system cannot separated each other either in theory or in practice. The precise description of the roles and qualifications of Saudi judges in the legal process will be analysed to understand the actual practice of the jurisprudence. It is important to note that whereas the minimum level of the judges' skills or essential requirements may not vary among various schools according to Islamic law, the highest stage of qualities or the possibility of independent reasoning (*ijtihād*) might require different conditions. The paper, therefore, aims to shed light on the jurisprudential procedure and the responsibilities of judges in Saudi Arabia as an example of area study. Although the Saudi judges have a freedom to exercise independent reasoning during the evaluation of the cases, they are required to follow the classical regulations which are transmitted by the textual sources of previous scholars. The Saudi legal system is supposedly governed by the traditional framework of Islamic law (*fiqh*) and there is no separation between the legislative, executive and judicial branches. This semi-independent nature of Saudi legal system separates it from completely dependent codified legal systems. The research, also, examines how the different conditions are treated within the Hanbalī legal tradition, in particular how contextual elements influence the decision of the judge in jurisprudential procedure of contemporary Saudi legal system. By applying an analytical and

descriptive methods, the objective of the paper is to investigate the responsibilities of the judges and the jurisprudential procedure at the Saudi legal system.

Key Words: Islamic Law (*Sharī'a*), Saudi Arabia**,** Saudi Jurisprudence, Role Of Judge (*Qāḍī*), Legal Procedur.

İŞ ve SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

ANONİM ŞİRKET ORTAKLARININ SİGORTALILIĞI VE 2019/9 SAYILI GENELGE SORUNU

Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül EKİN
Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-0659-6648

Özet

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 4/I-b,3 maddesine göre anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortaklarının sigortalılığı düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun yürürlüğe girmeden önce anonim şirket yönetim kurulu üyesi olan ortaklarının 4/I-a (SSK) kapsamında sigortalılıkları mümkün iken, Kanun sonrasında artık 4/I-b (Bağ-Kur) kapsamında sigortalı olabileceklerdir. Kanun sonrasında 4/I-a'lı olarak sigortalılığı başlayan ve sigortalılığı kesintisiz devam eden anonim şirket ortağı 4/I-a'lı olarak emekli olabilmekteyken, 2019/9 sayılı SGK genelgesi ile bu durum değişmiş, kişinin kendi şirketinde 4/I-a (SSK) kapsamındaki sigortalılığını iptal ederek, 4/I-b (Bağ-Kur) tescilini yapmak suretiyle SSK primlerini Bağ-Kur'a aktarılmaktadır. SSK olarak yatırılan yüksek miktarlı primler Bağ-Kur'a aktarılırken düşük miktarla işçi payı alınarak geriye kalan işveren payı sigortalının şartları ve talebi doğrultusunda sigortalıya iade edilmektedir.

Kanun'da bu şekilde 4/I-a'dan 4/I-b sigortalılığa aktarıma ilişkin düzenleme bulunmamasına rağmen, 2019/9 sayılı genelge ile aynı şartlarda olan kişilerin farklı sigortalılık ile emekli olmaları vatandaşlar arasında eşitsizliğe yol açacaktır. Nitekim 2019/9 sayılı genelge öncesinde aynı şartlarda olan kişi 4/I-a'lı olarak sigortalı olabilmişken, genelge sonrasında 4/I-b'lı sigortalı olabilmektedir. Anayasa'nın 138. maddesinde yer alan, normlar hiyerarşisi ilkesi gereğince hukuk kuralları alt düzenleyici işlemlerden olan genelge ile başka bir ifade ile alt kademede yer alan bir normun üst kademe normu olan kanuna aykırı olması ya da onun kapsamını aşabilecek şekilde düzenlemeler içermesi mümkün değildir. Normlar hiyerarşisinde kanun hükmü gibi üst kademede yer alan yasal düzenlemelere aykırı düzenleyici tasarrufların idare tarafından yürürlüğe konulmasının hukuka aykırı olduğu açıktır.

Uygulamada görüldüğü üzere anonim şirket yönetim kurulu üyesi olan ortakların 4/I-a sigortalılığı kesintiye uğramamışsa, 2019/9 sayılı genelge öncesinde emekli olmuşsa 4/I-a (SSK) olarak, sonrasında emekli olmuşsa 4/I-b (Bağ-Kur) sigortalısı yapılmaktadır. Belirttiğimiz üzere

alt kademede düzenleyici işlemlerden olan bir genelge ile kişilere farklı sonuçlar doğuracak şekilde emeklilik işlemlerinin yapılması hukuka ve hakkaniyete aykırı olacaktır. Yıllarca 4/I-a (SSK) emeklisi olacağını düşünen sigortalının, daha düşük aylık aldığı 4/I-b (Bağ-Kur) sigortalı olması bile ciddi anlamda hukuka güvensizlik oluşturmaktayken, aynı şartlarda sigortalıya farklı muamele yapılması evleviyetle hakkaniyetsiz sonuçlara sebebiyet verecektir. Bildirimizde 2019/9 Sayılı SGK genelgesinin belirttiğimiz şekilde kişilerin sigortalılık işlemlerinde farklı sonuçlara sebebiyet veremeyeceğini, bu durumun açık şekilde hukuka aykırı olduğunu belirteceğiz.

Anahtar Kelimeler: 5510 Sayılı Kanun, Genelge, Normlar Hiyerarşisi, Anonim Şirket, Sigortalılık.

JOINT STOCK COMPANY PARTNERS INSURANCE AND THE PROBLEM OF CIRCULAR 2019/9

Abstract

According to article 4/I-b,3 of the Social Insurance and General Health Insurance Law No. 5510, the insurance of the shareholders who are members of the board of directors of joint stock companies is regulated. While it was possible for the partners, who were members of the board of directors of the joint stock company before the Law in question, to be insured under 4/I-a (SSK), they will now be able to be insured under the scope of 4/I-b (Bağ-Kur) after the Law. After the law, a joint stock company partner whose insurance started as a 4/I-a and continued uninterruptedly could retire as a 4/I-a member, but this situation has changed with the SSI circular numbered 2019/9, and 4/I-a (SSK) insurance in one's own company has changed.) insurance coverage and by registering 4/Ib (Bağ-Kur) SSK premiums are transferred to Bağ-Kur. While the high amount of premiums deposited as SSK is transferred to Bağ-Kur, the employee's share with a low amount is taken and the remaining employer's share is returned to the insured in line with the conditions and demand of the insured.

Although there is no regulation in the Law regarding the transfer from 4/I-a to 4/I-b insurance in this way, the retirement of people who are under the same conditions with the circular numbered 2019/9 with different insurance will lead to inequality among citizens. As a matter of fact, while the person who was in the same conditions before the circular numbered 2019/9 could be insured with 4/I-a, after the circular numbered, the person with the same conditions could be insured with 4/I-b. Pursuant to the principle of hierarchy of norms in Article 138 of the Constitution, it is not possible for a circular, which is one of the sub-regulatory acts of legal rules, or in other words, for a norm at a lower level to be against the law, which is a norm at a lower level, or to contain regulations that may exceed its scope. It is clear that it is unlawful for the administration to put into effect the regulatory acts contrary to the legal regulations, which are at the top level in the hierarchy of norms, such as the provision of law.

As seen in practice, if the 4/I-a insurance of the shareholders who are members of the board of directors of the joint stock company has not been interrupted, the insured is 4/I-a (SSK) if they retired before the circular numbered 2019/9, and 4/I-b (Bağ-Kur) if they retired

afterwards. As we have stated, it would be against the law and equity to make retirement transactions with a circular, which is one of the lower-level regulatory transactions, in a way that will create different results for individuals. Even the fact that the insured person, who thinks he will be a 4/I-a (SSK) retiree for years, is insured with 4/I-b (Bağ-Kur) insurance, which receives a lower pension, creates a serious distrust of the law, while different treatment of the insured under the same conditions will lead to unfair results. In our statement, we will state that the SSI circular numbered 2019/9 cannot cause different results in the insurance transactions of individuals as we have stated, and that this situation is clearly against the law.

Keywords: Law No. 5510, Circular, Hierarchy of Norms, Joint Stock Company, Insurance.

TÜRK İŞ HUKUKUNDA KORUMALI İŞYERİ KAVRAMI VE ENGELLİLERİN KORUMALI İŞYERLERİNDE İSTİHDAM EDİLMESİNİN ESASLARI

Arş. Gör. Dr. Burcu EZER
Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-4376-656X

Özet

Çalışma hayatındaki dezavantajlı gruplardan biri olarak kabul edilen engellilerin çalışma hayatına aktif olarak katılımlarını sağlamak ve istihdam oranlarını arttırmak amacıyla engelli istihdamına yönelik çeşitli yöntemler geliştirilmiştir. Bu yöntemleri belirli bir oranda engelli istihdamını zorunlu tutan kota yöntemi, destekli istihdam yöntemi, belirli çalışma alanlarının engellilere tahsis edilmesi (seçilmiş iş) yöntemi, kişisel çalışma yöntemi (engellilerin kendi işlerini kurmaları yönünden desteklenmeleri), kooperatif çalışma yöntemi ve koruyucu istihdam (korumalı işyerleri) yöntemi şeklinde örneklendirmek mümkündür. 19. yüzyıl başlarından itibaren tek başına veya diğer yöntemlerle birlikte uygulanmaya başlanan ve ülkelerin dinamikleri ve ihtiyaçları doğrultusunda uygulama biçimleri ülkeden ülkeye farklılık gösteren koruyucu istihdam yönteminde, çalışma koşulları engellilere özel olarak düzenlenmekte ve rekabetten uzak bir çalışma ortamı oluşturulmaktadır. Bu nedenle bu çalışma yöntemi kapsamında yer alan işyerleri "korumalı işyeri" olarak ifade edilmektedir.

Korumalı işyeri uygulaması, Türk Hukukunda ilk olarak 2005 yılında 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (şimdiki adıyla Engelliler Hakkında Kanun) ile getirilmiştir. Bu uygulama ile işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan zihinsel ve ruhsal engelli bireylere, devlet tarafından teknik ve mali yönden desteklenen ve çalışma ortamı özel olarak düzenlenen (korumalı) işyerleri aracılığıyla istihdam oluşturmak amaçlanmaktadır. Korumalı işyerlerinin işleyişine ve denetimine ilişkin usul ve esaslar, yönetmeliklerle düzenlenmiş olup son olarak 27.01.2022 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmelikle, korumalı işyerlerine ilişkin usul ve esaslar yeniden ele alınmıştır. Bu yönetmelikte esas itibariyle korumalı işyeri statüsünün kazanılması ve sona ermesi, korumalı işyerlerinde çalıştırılacak personelin nitelikleri, işyerinin fiziki koşulları, korumalı

işyerinde istihdam edilecek asgari engelli sayısı ve engellilerin engel durumları, korumalı işyerinin işleyiş esasları düzenlenmektedir. Ayrıca çeşitli mevzuatlarda korumalı işyerlerinde çalışan engellilerin ücretleri ve adlarına ödenecek sosyal sigorta primlerine ilişkin teşvikler, korumalı işyeri işvereninin ödemekle yükümlü olduğu bazı vergiler bakımından indirim ve muafiyetler ve korumalı işyeri proje destekleri düzenlenmiştir.

Bu çalışmada, engellilere yönelik düzenlenen bir istihdam yöntemi olarak korumalı işyerlerini ele almak; korumalı işyeri yönteminin uygulama esaslarına ve Türk Hukukundaki tarihsel gelişimine değinmek; yürürlükteki düzenlemeler ışığında Türk Hukukunda engellilerin korumalı işyerlerinde istihdamına ilişkin usul ve esasları incelemek ve son olarak korumalı istihdam yöntemlerinin Türk Hukuku uygulamasındaki işlevselliğini arttırmak adına belli başlı çözüm önerileri sunmak amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Korumalı istihdam, korumalı işyeri, engelli birey, engelli istihdamı, engelli işçi.

THE CONCEPT OF SHELTERED WORKPLACE IN TURKISH LABOR LAW AND THE PRINCIPLES OF DISABLED EMPLOYMENT IN SHELTERED WORKPLACES

Abstract

Various methods have been developed for the employment of the disabled in order to enable the disabled, who are considered as one of the disadvantaged groups in the working life, to participate actively in the working life and to increase their employment rates. It is possible to exemplify these methods as the quota method which obliges the employment of the disabled at a certain rate, supported employment method, the method of allocating certain work areas to the disabled (selected work), personal working method (supporting people with disabilities to set up their own businesses), cooperative working method and sheltered employment (sheltered workplaces) method. In the sheltered employment method, which the application forms of which differ from country to country in line with the dynamics and needs of the countries and that has been applied alone or together with other disabled employment methods since the beginning of the 19th century, working conditions are specially arranged for the disabled and working environment away from competition is created. For this reason, workplaces within the scope of this working method are referred to as "sheltered workplaces".

The sheltered workplace practice was introduced in Turkish Law for the first time in 2005 with the Law No. 5378 on the Law on Disabled People and Amending Certain Laws and Decree Laws (now the Law on the Disabled People). With this practice, it is aimed to create employment for mentally and psychical disabled people, who are difficult to be recruited into the labor market, through workplaces that are technically and financially supported by the state and whose working environment is specially arranged (sheltered). The procedures and principles regarding the process and control of sheltered workplaces are regulated by regulations and lastly, the procedures and principles regarding sheltered workplaces have been reconsidered with the Regulation on Sheltered Workplaces published in the Official Gazette dated 27.01.2022. In this regulation, the acquisition and termination of the sheltered workplace status, the qualifications of the personnel to be employed in the sheltered workplaces, the physical conditions of the workplace, the minimum number of disabled people to be employed in the sheltered workplace

and the disability of the disabled people, the functioning principles of the sheltered workplace are regulated. In addition, incentives for the salaries and social insurance contributions to be paid to the names of disabled people working in sheltered workplaces, discounts and exemptions in terms of some taxes that the employer of the sheltered workplace is obliged to pay and sheltered workplace project supports are regulated in various legislations.

In this paper, it is aimed to deal with sheltered workplaces as a disabled employment method, to touch on the application principles of the sheltered workplace method and its historical development in Turkish Law, to examine the procedures and principles regarding the employment of disabled people in sheltered workplaces in Turkish Law in the light of the regulations in force, and finally, to offer certain solutions in order to increase the functionality of sheltered employment methods in the practice of Turkish Law.

Keywords: Sheltered employment, sheltered workplace, person with disabilities, disabled employment, disabled employee.

İŞE ALIM SÜREÇLERİNDE KULLANILAN YENİ TEKNOLOJİLERİN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Çiçek ERSOY
İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi Hukuk Çalışma Grubu Öğretim üyesi
ORCID ID: 0000-0002-4724-8252

Özet

Kişisel verilerin korunması hukukunda en çok karşılaşılan ve tartışma konusu olan alanlarından biri, insan kaynakları süreçlerinde çalışan ve çalışan adayı verilerinin işlenmesidir. Bu bağlamda işe alım operasyonlarında aday çalışanların kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin aydınlatma metinlerinin hazırlanması, gerektiğinde onay süreçlerinin tamamlanması, varsa aday verilerinin üçüncü kişilere aktarımına ilişkin koşulların sağlanmış olması gerekmektedir. İnsan kaynakları faaliyetlerinde süreçlerin daha etkin yürütülmesi için dijital teknolojilerin kullanımı giderek yaygınlaşmaktadır ve bunun sonucu olarak da bu teknolojileri kullanan şirketlerin kişisel veri koruma hukukundan doğan riskleri artmaktadır. Tebliğ kapsamında, işe alım sürecindeki teknolojik gelişmelerin hukuki etkileri, karşılaşılabilecek riskler ve ve bu alanda çalışan hukukçu ve insan kaynakları profesyonellerinin alabilecekleri tedbirler ve dikkat etmeleri gereken noktalar açıklanacaktır.

İşe alımlarda aday değerlendirme süreçlerinde yapay zekâ kullanımı son zamanlarda kullanılmaya başlanan bir yöntemdir. Bu süreçte uygulanması tavsiye edilen veri koruma etki değerlendirmesi *(Data Protection Impact Assessment –DPIA)* sürecin KVKK'ya uygunluğunun sağlanması açısından çok önemlidir. Veri koruma etki analizi özellikle yeni teknolojik veri işleme yöntemlerinin kullanıldığı veri işleme faaliyetleri açısından söz konusu olmaktadır. Veri işlemenin niteliği, kapsamı, bağlamı ve amacı da dikkate alındığında gerçek kişilerin hak ve özgürlükleri bakımından yüksek risk içermesinin mümkün olduğu hallerde, veri sorumlusu, veri işleme öncesinde bir veri koruma etki değerlendirmesi gerçekleştirmek yükümlülüğü altındadır. Ayrıca bu tür yeni teknolojilerin kullanılmasından önce somut projenin koşulları gerektirdiği ölçüde Tasarımdan itibaren Veri Koruması İlkesi *(Data Protection By Design)* uygulanmalıdır. İşe alım özelinde ise özellikle yapay zekaya dayalı bir sistemin geliştirilmesinde ilk aşamadan itibaren kişisel verilerin korunması ve mahremiyet kurallarının göz önünde

bulundurulması gerekmektedir. Bu prensip gereği veri işleme içeren projelerin en erken aşamasında teknik ve idari tedbirlerin göz önüne alınması, projeye özel veri koruma yöntemlerinin belirlenmesi, projenin yapım aşamasından itibaren kişisel verilerin korunması kurallarının göz önünde bulundurulması ve buna uygun süreçlerin ve içeriğin oluşturulması gerekmektedir.

İşe alım süreçlerindeki dijitalleşmenin bir diğer sonucu dijital insan kaynakları yönetim sistemlerinin daha yaygın kullanılır hale gelmesidir. Bu sistemlerin de KVKK'ya uygun şekilde tasarlanması gerekmektedir. İşe alım süreçleri özelinde, adayların kişisel verilerinin bu dijital sistemlerde depolanması ve farklı şirketlerle (özellikle grup işi şirketlerle) paylaşılması söz konusu olabilmektedir. Bu yönetim sistemleri uygulamaya alınmadan önce de yukarıda açıklanan tasarımdan itibaren veri koruması ilkesi dikkatli şekilde uygulanmalıdır.

Son olarak işe alımda sıklıkla kullanılan dijital iş arama platformları (dijital istihdam büroları) yoluyla yapılacak işe alımlarda, platform ve işe alım yapacak şirket arasındaki ilişkinin KVKK açısından değerlendirilmesi tebliğ kapsamında incelenecektir. Burada iş ortağı konumunda olan şirketlerin veri işleyen ve veri sorumlusu olarak hukuki statüleri tespit edilip sözleşme ilişkisi de buna uygun olarak oluşturulmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Veri, İşe Alım, Veri Koruma Etki Değerlendirmesi, İnsan Kaynakları Yönetim Sistemi, Yapay Zekâ.

NEW TECHNOLOGIES USED IN RECRUITMENT PROCESSES ACCORDING TO PERSONAL DATA PROTECTION LAW

Abstract

One of the most encountered and discussed areas of personal data protection law is processing the data of employees and employee candidates in human resources processes. In this context, it is necessary and obligatory for the employer to prepare the privacy notices regarding the personal data of the employee candidates in the recruitment operations, to complete the consents when necessary, and to meet the conditions for the transfer of the candidate data to third parties. The use of digital technologies in human resources is becoming more widespread and this serves carrying out these processes more effectively. As a result, the risks arising from personal data protection law of companies using these technologies are increasing. Within the scope of this work, the legal effects of technological developments in the recruitment process and the risks that shall be mitigated by the HR professionals and lawyers will be explained.

The use of artificial intelligence and HR management systems in recruiting processes may cause some data protection problems. Employers as data controllers of the candidate data, shall implement some administrative and technical measures in order to mitigate the legal risks arising from the recruiting operations. Data Protection Impact Assessment (DPIA), which is recommended to be applied in this process, is very important in terms of ensuring the compliance with data protection regulations. Considering the nature, scope, context and purpose of data processing, if a data processing is likely to result in a high risk for the rights and freedoms of data owners, the data controller is under the obligation to perform a data protection impact assessment prior to the data processing. Data protection impact analysis is especially relevant in terms of data processing activities where new technological data processing methods are used. Besides DPIA, before the use of such new technologies, the Principle of 'Data Protection By Design' shall be applied to the extent required by the conditions of the concrete project. In terms of recruiting operations, especially regarding a system based on artificial intelligence, the protection of personal data and compliance with the privacy rules shall be considered beginning from the first stage of the project. In accordance with this principle, it is crucial to define and consider all necessary technical and administrative measures at the earliest stage of projects involving data processing.

A further result of digitalization in recruitment processes is the usage of digital human resources management systems. These systems should also be designed in accordance with data protection regulations. In terms of recruiting processes, personal data of candidates may be stored in these digital systems and shared with different companies (especially with group companies and subsidiaries). Before these HR management systems are implemented, the data protection by design principle shall be carefully applied.

Finally, the relationship between the digital job search platforms (digital employment offices), and the companies that will recruit shall be examined within the scope of this work. Here, the legal status of the companies that are business partners as data processors and/or data controllers shall be determined. Accordingly, the terms of the contractual relationship shall be examined.

Keywords: Personal Data, Recruiting, Data Protection Impact Assessment, Human Ressource Management System, Artificial Intelligence.

UZAKTAN ÇALIŞMA KAPSAMINDA İŞVERENİN İŞÇİYİ KORUMA BORCU

Dr. Öğr. Üyesi Emrah ÇETİN
Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-7349-4465

Özet

Bir işletmeyi ayakta tutan en önemli unsurlardan biri, çalışanların gelişen teknolojilerin gerekli kıldığı donanım ve nitelikleri elde etmeleri ve buna uygun çalışma türlerini benimsemeleridir. Bunlardan biri olan uzaktan çalışma; çalışma hayatında daha önce sınırlı çerçevede uygulanan esnek bir çalışma türü olmasına rağmen, COVID-19 pandemisinin ortaya çıkmasıyla daha sık uygulama alanı bulmaya başlamıştır. Uygulamada uzaktan çalışma türünün hem işletme hem de çalışanlar için esneklik, özerklik, performans ve iş-yaşam dengesi açısından potansiyel fayda getireceği yönünde değerlendirilirken diğer taraftan bu çalışma türünün potansiyel dezavantajlarına da işaret edilmektedir.

Uzaktan çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde işçi ile işveren arasındaki ilişki iş organizasyonu kapsamında işyeri dışında gerçekleşmektedir. Bu bakımdan işverenin işçi üzerinde koruma, gözetme borcu ile denetim ve yönetim yetkisi diğer çalışma türlerine göre değişebilmektedir.

Ülkemizde ilk olarak 6 Mayıs 2016 tarihinde yapılan değişiklikle İş Kanunu'nun 14. maddesine eklenerek yasal bir temele kavuşan uzaktan çalışma konusunda çıkarılan yönetmelik yaklaşık beş yıl aradan sonra 10 Mart 2021 tarihinde çıkarılmıştır. Getirilen yönetmeliğin eksiklerine yönelik tartışmalar da göz önünde bulundurularak ülkemizde uzaktan çalışmanın yaygınlaşması ile işverenlerin işçileri koruma borcu altında sorumluluk ve yükümlülüklerinin neler olduğunun bilinmesi son derece önemlidir. Örneğin doktrinde işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu dikkate alındığında pandemi gibi zorlayıcı sebeplerle sınırlı olmak üzere işçilerin sağlığının ve yaşamının korunması adına uzaktan çalışma uygulamasına işverenin tek taraflı iradesi ile geçişin mümkün olması veya uzaktan çalışmanın yasal zorunluluk olarak kabul edilmesi yönünde görüşler yer almaktadır.

Bu çalışma, uzaktan çalışmanın işverenin işçiyi koruma borcu merkezinde işverenin iş sağlığı ve güvenliği sağlama borcu, iş kazaları ve meslek hastalıklarından sorumluluğu ve işçilerin kişiler verilerinin korunması başlıkları altında çeşitli tartışma ve görüşlere de yer vermek suretiyle incelemeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uzaktan Çalışma, İş Sağlığı ve Güvenliği, Tele Çalışma, İşçiyi Koruma Borcu, İş Kazası ve Meslek Hastalığı.

OBLIGATION TO PROTECT OF REMOTE WORKERS OF THE EMPLOYER WITHIN THE SCOPE OF REMOTE WORKING

Abstract

One of the most important elements that keep business alive is the need for employees to acquire the equipment and qualifications required by developing technologies and to adopt an appropriate manner of working. One of them is remote working; although it was a flexible manner of working that was previously applied in a limited framework in working life, it started to find more frequent application areas with the emergence of the COVID-19 pandemic. In litarature, while it is evaluated that the remote working type will bring potential benefits for both the company and the worker in terms of flexibility, autonomy, performance and work-life balance, on the other hand, the potential disadvantages of this type of work are also pointed out.

In an employment contract based on remote work, the relationship between remote workers and the employer takes place outside the workplace within the frame of the work organization. In this respect, the employer's duty of protection, observation and the employer's control and management authority over the worker differ from other manners of working.

The regulation envisaged to be enacted on remote working, which was added to Article 14 of Labour Law was a legal basis with the amendment made on May 6, 2016 in our country, was issued on March 10, 2021, after approximately five years. With the widespread use of remote work in our country, it is extremely important to know what the employers' responsibilities and obligations are under remote worker protection debt within the framework of this regulation. However, it is a fact that there are discussions about the shortcomings of the introduced regulation.

Therefore, this study examines remote work in the center of the employer's remote worker protection debt, by including various discussions and opinions under the titles of the employer's obligation to provide occupational health and safety, responsibility for work accidents and occupational diseases, and protection of the personal data of workers.

Key Words: Remote Work, Occupational Health and Safety, Tele Work, Liability of the Employer to Protect The Worker, Work Accidents and Occupational Diseases.

BİREYSEL İŞ HUKUKU AÇISINDAN İŞYERİ HEKİMİ İSTİHDAMI

Arş. Gör. Ercan UZUN
İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000000237525885

Özet

İşverenler, çalışanlarına sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamı sunmak, işçilerinin fizyolojik olduğu kadar psikolojik sağlıklarının korunmasını da sağlamak zorundadır. İşverenin bu zorunluluğu çalışma yaşamını düzenleyen pek çok yasa ve yönetmelik çerçevesinde açıklanmaktadır. İşyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması bakımından işverenin en önemli yükümlülüklerinden biri işyeri hekimi çalıştırmasıdır.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun (İSGK) tanımlar başlıklı 3/1-ı maddesinde işyeri hekimi *"iş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, işyeri hekimliği belgesine sahip hekim"* ifadesiyle tanımlanmaktadır. Yasa koyucu söz konusu düzenlemede bir tanımdan ziyade işyeri hekimi olabilmenin gerektirdiği şartlara işaret etmiş, kanaatimizce mesleği tam anlamıyla açıklayamamıştır. İşyeri hekimliği genel hekimlikten ayrılan, iş sağlığı ve güvenliği konusunda teknik uzmanlık gerektiren bir meslektir. İşyeri hekimi istihdamı ile işin çalışana uygunluğu, çalışan sağlığının korunması, işyerinin güvenli ve risklerden arındırılmış bir hale getirilmesi amaçlanmaktadır.

İşverenler, işyeri hekimini dışarıdan istihdam edebilir, kamu kuruluşları veya ortak sağlık güvenlik birimi aracılığıyla bu ihtiyacı giderebilirler. Bunun yanı sıra belirli koşullar altında işveren ve işveren vekillerinin dışarıdan temin yoluna gitmeden kendilerinin de işyeri hekimliği yapması mümkündür. İşyeri hekimi ile işveren arasındaki ilişki, esasında işçi işveren ilişkisine dayanmaktadır. İşyeri hekiminin asli görevi, işyerinin güvenli ve sağlıklı bir yapıya kavuşturulması için işverene rehberlik ve danışmanlık yapmasıdır. İşyeri hekiminin alanında uzman olması nedeniyle işverenin yönlendirmesine ihtiyaç duymaması, emir ve talimat almaması iş sözleşmesindeki bağımlılık unsurunun kalktığı ve iş ilişkisinin bulunmadığı anlamına gelmeyecektir.

İşyeri hekimi istihdamında önemli rol oynayan etmenlerden biri işyerinin girdiği tehlike sınıfıdır. Diğer bir önemli husus ise işyerinde bulunan çalışan sayısının varlığıdır. Bu ayrımlar işyeri hekiminin

tam süreli veya kısmi süreli olarak çalıştırılıp çalıştırılamayacağını ve çalıştırılması gereken işyeri hekimi sayısını belirleyecektir. İşyerinde bulunan çalışan sayısı aynı zamanda işyeri hekiminin iş güvencesinden yararlanıp yararlanamayacağını da gösterecektir. Bu açıdan işyeri hekiminin işveren vekili statüsünde olup olmadığı ve iş sözleşmesinin türü önem arz etmektedir. İşyeri hekimleri tarafından tespit edilen eksiklikler, yapılması gerekenlere ilişkin uyarılar işveren ile olan ilişkinin zayıflamasına yol açabileceğinden kanun koyucu işyeri hekimine aynı zamanda mesleki bağımsızlık tanımıştır.

Bu çalışmada işyeri hekiminin görev, yetki ve sorumluluklarından ziyade bireysel iş hukuku çerçevesinde işyeri hekiminin istihdam zorunluluğu, çalışma süresi, ücret politikası, mesleki bağımsızlığı ve iş güvencesi hususunda değerlendirmeler yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İşyeri Hekimi, İşyeri Tehlike Sınıfı, İşyeri Hekiminin Hukuki Statüsü, İş Sağlığı ve Güvenliği, İşyeri Hekiminin Mesleki Bağımsızlığı ve İş Güvencesi

EMPLOYMENT OF OCCUPATION PHYSICIAN IN TERMS OF INDIVIDUAL LABOR LAW

Abstract

Employers are obliged to provide their employees with a healthy and safe working environment, and to ensure the protection of their employees' psychological as well as physiological health. This obligation of the employer is explained within the framework of many laws and regulations in regulating working life. The most important issue in terms of occupational health and safety measures is the employment of an occupational physician.

In Article 3/1,ı, titled definitions, of Occupational Health and Safety Law No. 6331 the occupational physician is defined as *"the physician who is authorized by the Ministry to work in the field of occupational health and safety and has a occupational physician certificate"*. The legislator pointed to the conditions required to be an occupational physician rather than a definition, and according to us the legislator could not fully explain the profession. Occupational physician is a profession that differs from general doctor and requires technical expertise in occupational health and safety. With the employment of an occupational physician, it is aimed to ensure that the work is suitable for the employee, to protect the health of the employee, and to make the workplace safe and free from risks.

Employers can employ the occupational physician from outside and meet this need through public institutions or the joint health and safety unit. In addition, under certain conditions, it is possible for employers and employer representatives to be occupational physician themselves without going to outsourcing.The relationship between the occupational physician and the employer is based on the employer-employee relationship. The primary duty of the occupational physician is to provide guidance and counseling to the employer in order to ensure that the workplace has a safe and healthy structure. Since the occupational physician is an expert in profession, does not need the guidance of the employer and does not receive orders and instructions regarding profession. This situation will not mean that the dependency factor has been removed in the employment contract.

One of the factors that an important role in the employment of an occupational physician is the risk class of the workplace. Another important issue is the presence of the number of employees in the

workplace. These distinctions will also determine whether the occupational physician can be employed full-time or part-time and the number of workplace physicians to be employed. The number of employees in the workplace will also show whether the occupational physician can benefit from job security. In this respect, whether the occupational physician has the status of employer's representative and the type of employment contract are important. Since the deficiencies identified by the occupational physicians and the warnings regarding what to do may weaken the relationship with the employer, the legislator has also secured occupational independence to the occupational physician.

In this study, evaluations will be made on the employment obligation, working time, wage policy, occupational independence and job security of the occupational physician within the framework of individual labor law, rather than the duties, authorities and responsibilities of the occupational physician.

Key words: Occupational Physician, Risk Class of Workplace, Legal Status of Occupational Physician, Occupational Health and Safety, Occupational Independence and Job Security of the Occupational Physician.

DİJİTAL ÇAĞIN GÖZDE MESLEĞİ "INFLUENCERLIK" VE INFLUENCERLARIN HUKUKÎ STATÜSÜ

Dr. Öğr. Üyesi Kübra DEMİR
Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-2073-5085

Özet

Dijital teknolojiler üretim sürecini doğrudan etkiledikleri gibi üretim sürecinin değişmesinde de oldukça fazla paya sahiptir. Teknolojik gelişmelerin odağının üretim olması çalışma hayatını pek çok yönden etkilemekte; tipik istihdam modellerinin yerini yeni istihdam modelleri ve yeni kavramlar almaktadır. Üretimde dijital çağın önemli bir kısmı "Influencer" olarak adlandırılan kimseler aracılığıyla sağlanmaktadır. Çağın yeni ve gözde mesleği haline gelen influencerlık "sosyal medya aracılığıyla farklı ürün veya hizmetleri kullanarak takipçilerini etkileyen kişi" olarak tanımlanabilir. Influencerlar tarafından yerine getirilmekte olan ve "hatırlı pazarlama" olarak da adlandırılan "Influencer Marketing" kavramı da dijital çağın getirdiği ve üretim ve pazarlama süreçlerinin çok büyük bir hızla dönüşümüne neden olan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Influencerlar ile üreticiler arasında influencer ajansları aracılığıyla yapılan influencerlık sözleşmeleri ile influencerlar ürün veya hizmet tanıtımını üstlenmektedirler. Influencerlık sözleşmeleri Türk hukukunu pek çok açıdan ilgilendiren ivazlı, herhangi bir şekil şartına bağlı olmayan ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Niteliği itibariyle atipik sözleşmeler olan influencer sözleşmeleri içeriğinde bulunan yükümlülükler dolayısıyla birden fazla sözleşmeye temas etmektedir. Bu çalışma kapsamında influencerlık sözleşmelerinin içeriği incelenmeye çalışılacak ve bu sözleşmelerin iş görme sözleşmeleri ve ile bağlantılı olup olmadıkları açıklanmaya çalışılacaktır.

Influencerlık sözleşmelerinin tarafı olan influencerların hukukî niteliği de bu kapsamda değinilmesi gereken noktalardan bir diğerini oluşturmaktadır. Influencerların, üreticilerle yaptıkları "işbirliği"nin kapsamı influencerların hukukî statülerinin belirlenmesinde etkili olacaktır. Bu kapsamda influencerlar iş sözleşmesine bağlı olarak çalışan işçi mi yoksa bağımsız çalışan kimseler midir? Bu soruların cevabı influencerların yaptıkları işbirliklerinin içerikleri doğrultusunda değişkenlik gösterebilir mi çalışma kapsamında ele alınacak konulardan bir diğerini oluşturacaktır.

2021 yılında Ticaret Bakanlığı tarafından yayımlanan kılavuz ile influencerlar tarafından yapılan işlere yönelik konulan kurallar ile hukukun iyiden iyiye parçası halini alan bu sektörün çalışma hayatına olan etkisi ve bu kapsamda karşılaşılabilecek hukukî sorunlar bu çalışmanın ana konusunu oluşturacaktır.

Anahtar Kelimeler: Influencer, Hatırlı Pazarlama, Influencer Sözleşmeleri, Dijital Çağ, İşbirliği Yasası.

INFLUENCER: THE POPULAR PROFESSİON OF THE DIGITAL AGE AND THEIR LEGAL STATUS

Abstract

As digital technologies directly affect the production process, they also have a significant share in the change of the production process. One of the focal points of technological developments is the production and this situation affects working life in many ways. Instead of typical employment models, atypical models and new concepts are derived. Influencers are one of the important actors of the digital age in production. Influencer, which has become the new and favorite profession of the age, can be defined as "a person who influences his/her followers by using different products or services through social media." The concept of "Influencer Marketing" appears as a concept brought by the digital age and causes a rapid transformation of production and marketing processes.

Influencer contracts are signed between influencers and producers through influencer agencies. With these agreements, influencers undertake product or service promotion. Influencer contracts are modest contracts that concern Turkish law in many aspects, is not subject to any form of conditions and impose obligations on both parties. Influencer contracts are atypical contracts and touch more than one contract. Within the scope of this study, the content of influencer contracts will be examined. The connection of the contract with the employment contracts will be discussed.

What is the legal nature of influencers? This is one of the topics that will be discussed in this study. In this direction, are influencers workers or independent workers? Can the answer to these questions change with the agreement of influencers with producers? In this study, these questions will be tried to be answered.

The Ministry of Commerce published a guide concerning influencers and with it, influencers have become a part of working life. The effect of influencers on working life and legal problems in working will also be examined within the scope of this study.

Keywords: Influencer, Influencer Marketing, Influencer Contracts, Digital Age, Cooperation Law.

İŞ SÖZLEŞMESİNDE BAĞIMLILIK UNSURU

Öğr. Gör. Hasan Hüseyin UMUTLU
Burdur Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi
ORCID ID: 0000-0001-9218-8992

Özet

İş sözleşmesi, işçi ile işveren arasında karşılıklı borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesidir. Her ne kadar iş sözleşmeleri özel hukuk sözleşmeleri olarak değerlendirilse de Kanun koyucu tarafından güçsüz konumda görülen işçilere yönelik koruyucu düzenlemeler ve ilkeler de kabul edilmiştir. İşçi gördüğü işi, işverenin gözetimi ve denetimi altında yapmaktadır. Bunun tabii sonucu olarak ise işçi, işverenin talimatlarına uymak zorundadır. İşverenin işçilere vereceği talimatların mevzuata uygun olması gerekmektedir. Aksi halde işçi, işverenin talimatı ile bağlı olmayacaktır. İşçinin bilgi ve beceri seviyesinin, hatta yetenek ve yeterliliklerinin işverenden daha iyi olduğu durumlarda bile işçi, işverenden talimat alma ve talimatlara uymakla mükelleftir. İşverenin, işçisine emir ve talimat verebilmesi bağımlılık unsurunun bir sonucudur.

İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmeleri olan eser ve vekâlet sözleşmelerinden ayırt edici en önemli kıstas, bağımlılık ilişkisidir. Diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelerde de bir iş görme olgusu ve ücret ödenmesi söz konusudur. Elbette borçların ifasında özen yükümlülüğü kapsamında eser ve vekalet sözleşmelerinde de iş gören tarafın, iş sahibine karşı bir bağımlılığı vardır. Ancak iş sözleşmelerindeki kadar sıkı bir bağımlılıktan söz edilemeyecektir. Her üç sözleşmede iş görme edimini yerine getiren kişinin işi görülen kişiye karşı ekonomik bağlılığı vardır. İş sözleşmesini belirleyen kriter hukuki-kişisel bağımlılıktır. İş hukukundaki bağımlılık kanundan doğmaktadır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğar. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir. İşçinin bu anlamda işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda, işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ vardır. İş sözleşmesine dayandığı için hukuki, işçiyi kişisel olarak işverene bağladığı için kişisel bağımlılık söz konusudur.

Günümüzde esnek çalışma modellerinin uygulama alanının genişlemesi, kısmi süreli çalışma, uzaktan çalışma gibi modellere sıfır saat sözleşmesi gibi iş sözleşmesi türlerinin eklenmesi ile bağımlılık

unsurunun yeniden tartışılması gerektiği sonucunu beraberinde getirmektedir. Yakın gelecekte işçinin kişisel bağımlılığını işveren tarafından verilen işi en kısa zamanda, en uygun maliyetle ve sağlıklı bir şekilde tamamlamak olarak değerlendirmek mümkün olabilecektir.

Anahtar Kelimeler: İşçi, İşveren, İş Sözleşmesi, İş Görme Borcu, Bağımlılık.

THE ELEMENT OF DEPENDENCE IN THE EMPLOYMENT CONTRACT

Abstract

The employment contract is a private law contract that imposes a mutual debt between the employee and the employer. Although employment contracts are considered as private law contracts, protective regulations and principles for workers who are seen as weak by the legislator have also been adopted. The worker performs the work he sees under the supervision and control of the employer. As a natural consequence of this, the worker has to comply with the instructions of the employer. The instructions to be given by the employer to the workers must be in accordance with the legislation. Otherwise, the worker will not be bound by the employer's instructions. Even in cases where the knowledge and skill level of the worker, even in cases where the skills and qualifications of the worker are better than the employer's, the worker is obliged to receive and comply with the instructions from the employer. The employer's ability to give orders and instructions to his worker is a result of the dependency factor.

The most important criterion that distinguishes the employment contract from other employment contracts, which are work and mandate contracts, is the dependency relationship. In other contracts that create employment debt, there is a business phenomenon and payment of wages. Of course, within the scope of the duty of care in the performance of debts, the working party has a dependency on the employer in the contracts of work and power of attorney. However, it will not be possible to talk about such a tight dependency as in employment contracts. In all three contracts, the person who performs the job has an economic commitment to the person whose job is done. The criterion determining the employment contract is legal-personal dependency. The dependency in labor law arises from the law. In the real sense, legal dependency arises when the worker assumes the obligation to comply with the instructions regarding the conduct of the work and his behavior in the workplace. The worker fulfills his obligation within the framework of the employer's decisions and instructions. In this sense, the employee's personal dependence on the employer comes to the fore. In this sense, there is a hierarchical bond between the employer and the worker. Since it is based on the employment contract, there is a personal dependency as it binds the employee personally to the employer.

Currently, the expansion of the scope of application of flexible working

models leads to the conclusion that the element of dependence should be discussed again with the addition of types of employment contracts such as zero-hours contracts to models such as part-time work, remote work. In the near future, it will be possible to evaluate the personal dependence of the employee as completing the job given by the employer as soon as possible, at the most affordable cost and in a healthy way.

Keywords: Employee, Employer, Employment Contract, Debt of Employment, Dependence.

İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZİN NEDENLERİ VE ETKİLERİ

Sümeyye KARA
Hâkim, Kayseri Adalet Sarayı
ORCID ID: 0000-0002-9031-6257

Özet

Yabancı literatürden gelen mobbing kavramının dilimizde tam bir karşılığı bulunmamaktadır. Bunun sebebi ise mobbingin tek ve önceden belirlenebilir bir sebepten meydana gelmiyor oluşudur. Mobbing kelimesi yerine literatürde işyerinde psikolojik taciz, işyerinde duygusal taciz, işyerinde zorbalık, işyerinde manevi taciz, duygusal şiddet, işyerinde yıldırmaya yönelik psikolojik saldırı gibi kelimeler de kullanılmaktadır. Türk Dil Kurumu ise mobbing kavramının karşılığı olarak bezdiri kelimesini kullanmış, bezdiri kelimesinin tanımını ise "iş yerlerinde, okullarda vb. topluluklar içinde belirli bir kişiyi hedef alıp, çalışmalarını sistemli bir biçimde engelleyip huzursuz olmasına yol açarak dışlama, yıldırma, gözden düşürme" olarak yapmıştır. Biz çalışmamızda kavramı nitelendirmek için işyerinde psikolojik taciz kelimesini kullanacağız. İşyerinde psikolojik taciz; işyerlerinde işveren ya da diğer çalışanlar tarafından bir kişiye sistematik bir şekilde yöneltilmiş düşmanca ve etik olmayan davranışlar bütünüdür. İşyerinde psikolojik taciz kavramı incelemelerinin tarihi çok yakın olsa da işyerinde psikolojik taciz olgusu çalışma hayatının başladığı zamandan beri varlığını sürdürmektedir.

Psikolojik tacizin sebebinin araştırılması, tacize neden olan unsurların ortaya konulması ve teşhisi açısından oldukça önem taşımaktadır. Psikolojik taciz anlaşmazlığı işverenle bir ya da birden fazla işçi arasında olabileceği gibi çalışanların kendi arasında da gerçekleşebilmektedir. Psikolojik taciz sürecinin başlamasına neden olan yalnızca bir sebep olabileceği gibi birden fazla sebepler dizisi de bulunmaktadır. Psikolojik tacizin başlamasında hem failin ve mağdurun psikolojik ve davranışsal nedenleri etkili olabileceği gibi hem de işyeri ile ilgili nedenler ve bazı tetikleyici olaylar etkin olabilmektedir. İşyerinde psikolojik taciz ağırlıklı olarak mağduru istifaya zorlamak için yapılsa da bunun yanı sıra mağduru ikale sözleşmesine zorlamak, emekliliğe sevk etmek, mağdurun terfi almasını engellemek veya yaptığı işi veya çalışma yerini değiştirmek için de sıklıkla psikolojik taciz uygulandığı görülmektedir.

İşyerinde psikolojik tacizin etkileri oldukça geniş olmakla birlikte tahmin edileceği üzere en çok etkiyi mağdur görmektedir. Psikolojik

taciz mağdur üzerinde istifa, ileri seviyede stres, kaygı, endişe, panik atak, alerji vakaları, uyku bozuklukları gibi sağlık sorunlarına neden olmaktadır. İşyerinde psikolojik tacizin mağduru intihara sürüklemesi gibi oldukça ağır sonuçları da bulunmaktadır. İşyerinde psikolojik tacizin yalnızca mağdura değil, mağdurun ailesine, çalışma ortamında bulunan diğer çalışanlara, iş yerinin işleyişine ve ekonomik hayata etkileri de bulunmaktadır. İşyerinde psikolojik taciz uygulanan çalışma ortamlarında, diğer çalışanların mağdurların maruz kaldığı davranışlar nedeniyle moral, motivasyon ve verimlilikleri düşmektedir. İşyerinde psikolojik taciz davranışları çalışma ortamında strese neden olmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İşyerinde Psikolojik Taciz, Mobbing, Yıldırma, Psikolojik Şiddet, Psikolojik Terör.

CAUSES AND EFFECTS OF PSYCHOLOGICAL HARASSMENT IN THE WORKPLACE

Abstract

The concept of mobbing, which comes from foreign literature, does not have an exact equivalent in our language. The reason for this is that mobbing does not occur for a single and predetermined reason. Instead of the word mobbing, words such as psychological harassment in the workplace, emotional harassment in the workplace, bullying in the workplace, moral harassment in the workplace, emotional violence, and psychological attack on intimidation are also used in the literature. On the other hand, the Turkish Language Institution used the word "bazdiri" as the equivalent of the concept of mobbing, and the definition of the word "Bezdiri" is "in workplaces, schools, etc. targeting a specific person within the communities, systematically hindering his work and causing him to feel uneasy, as exclusion, intimidation, and discredit. In our study, we will use the word mobbing in the workplace to describe the concept. Psychological harassment in the workplace; It is the whole of hostile and unethical behavior directed at a person in a systematic way by the employer or other employees in the workplace. Although the history of the concept of psychological harassment in the workplace is very close, the phenomenon of psychological harassment in the workplace has existed since the beginning of working life.

Investigating the cause of psychological harassment is very important in terms of revealing and diagnosing the factors that cause harassment. A psychological harassment dispute may occur between the employer and one or more workers, or it may occur between the employees themselves. There may be only one reason that causes the psychological harassment process to start, or there are multiple reasons. Both the psychological and behavioral reasons of the perpetrator and the victim can be effective in the onset of psychological harassment, as well as workplace-related reasons and some triggering events. Although psychological harassment in the workplace is mainly done to force the victim to resign, it is also seen that psychological harassment is frequently used to force the victim to a mutual rescission agreement, to send them to retirement, to prevent the victim from being promoted or to change their job or place of work.

Although the effects of psychological harassment in the workplace are quite wide, as can be expected, the victims suffer the most. Psychological abuse causes health problems such as resignation, advanced stress,

anxiety, anxiety, panic attacks, allergies, and sleep disorders on the victim. Psychological harassment in the workplace also has serious consequences, such as driving the victim to suicide. Mobbing in the workplace has effects not only on the victim, but also on the victim's family, other employees in the working environment, the functioning of the workplace and economic life. In workplaces where psychological harassment is practiced, morale, motivation and productivity of other employees decrease due to the behavior of victims. Mobbing behaviors in the workplace cause stress in the working environment.

Key Words: Psychological Harassment At The Workplace, Mobbing, Intimidation, Psychological Violence, Psychological Terror.

MALİ HUKUK

OECD BEPS 13 NO'LU EYLEM PLANININ TRANSFER FİYATLANDIRMASI BELGELENDİRME YÜKÜMLÜLÜKLERİNE ETKİSİ: TÜRKİYE BAĞLAMINDA ÜLKE BAZLI RAPOR UYGULAMASI

Prof. Dr. Hakkı ODABAŞ
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-9145-9391

Arş. Gör. İmran ARITI ERDEM
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-3742-5240

Özet

OECD'nin Matrah Aşındırma ve Kâr Kaydırmanın Önlenmesi (*Base Erosion and Profit Shifting*/BEPS) Eylem Planı'nda toplamda 15 adım yer almakta olup bunların her biri, ülkeler için vergi tabanını aşındıran ve vergi gelirlerini azaltan zararlı vergi pratiklerini engellemek ve uluslararası vergi sorunlarına ortak çözümler tasarlamak adına hazırlanmıştır. BEPS projesi içinde yer alan 13 No'lu Eylem Planı ise "Transfer Fiyatlandırmasında Belgelendirme ve Ülke Bazı Raporlama" (*Transfer Pricing Documentation and Country-by-country Reporting*) başlığını taşımaktadır. Bu eylem planı; belirli bir düzeyin üzerinde gelir elde eden çok uluslu işletme gruplarının, ekonomik faaliyette bulundukları ülkelerde elde ettikleri gelirlerin yanı sıra ödedikleri vergiler ile çalışan sayıları ya da dağıtılmamış kârlarına ilişkin olarak ortak bir şablona göre bilgi vermesini düzenlemektedir. Belgelendirme yükümlülüğü; genel rapor (*master file*), yerel rapor (*local file*) ve ülke bazlı raporu (*country-by-country report*) kapsamaktadır.

BEPS projesinin bir parçası olan ülkemizde de 13 No'lu Eylem Planı paralelinde yapılan ilk düzenleme, 25.02.2020 tarihli ve 2151 sayılı Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Karar'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Cumhurbaşkanı Kararı olmuştur. Akabinde 01.09.2020 tarihinde Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında 1 Seri No'lu Genel Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına Dair 4 Seri No'lu Tebliğ yayınlanmıştır. Bugün mevzuatımızda transfer fiyatlandırması belgelendirme yükümlülüğü kapsamında kalan belgelerin (genel rapor, yıllık transfer fiyatlandırması raporu, ülke bazlı raporlamaya ilişkin bildirim formu ve ülke bazlı rapor ile transfer fiyatlandırması, kontrol edilen yabancı kurum ve örtülü sermayeye ilişkin form) yanı sıra ülke

bazlı raporlama bağlamında çeşitli tanımlara da yer verilmiştir. Ülke bazlı rapor ilk kez nihai ana işletmesi veya vekil işletmesi Türkiye'de bulunan çok uluslu işletme gruplarınca 31.03.2021; nihai ana işletmesi veya vekil işletmesi Türkiye'de bulunmayan çok uluslu işletme gruplarınca 30.06.2021 tarihinde verilmiştir.

Uygulaması bu kadar yeni olan ülke bazlı raporlamaya yönelik düzenlemeler; BEPS 13 No'lu Eylem Planı kapsamında mevzuatımıza girmiş olmakla birlikte, eylem planından çeşitli yönlerden farklılaşmaktadır. Bu bakımdan bu çalışma ile ülkemizdeki uygulama; rehber niteliğindeki eylem planı ve çeşitli ülke uygulamaları ile karşılaştırılarak incelenecektir. Böylece uygulamanın, olumlu ve olumsuz yönlerinin ortaya koyularak değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Matrah Aşındırma ve Kâr Kaydırma, Transfer Fiyatlandırması, Transfer Fiyatlandırması Belgelendirme, Ülke Bazlı Raporlama, Çok Uluslu İşletmeler.

COUNTRY-by-COUNTRY REPORTING IN TURKEY AND ITS COMPARISON WITH ACTION 13 OF THE OECD BEPS ACTION PLAN

Abstract

The OECD's Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan covers a total of 15 steps, each designed to prevent harmful tax practices that erode the tax base and reduce tax revenues, and to design common solutions to international tax problems. Within this plan, Action 13 titled "Transfer Pricing Documentation and Country-by-country Reporting" regulates that multinational enterprise (MNE) groups earning above a certain level of income provide information according to a common template regarding these incomes in the countries where they operate economically, as well as the taxes they paid and the number of employees or their undistributed profits. Within this framework; a three-tiered standardized approach to transfer pricing documentation has been adopted. These three tiers are the master file, the local file and the country-by-country (CbC) report.

The first regulation made in parallel with Action 13 in Turkey, which is part of the BEPS project, was the President's Decision to Amend the Decision on The Disguised Profit Distribution through Transfer Pricing no. 2151 dated 25.02.2020. Subsequently, on 01.09.2020, the Directorate of Revenue Administration issued Communiqué No. 4 on The Disguised Profit Allocation through Transfer Pricing. Today, our legislation includes master file, annual transfer pricing report, CbC reporting notification form and CbC report and transfer pricing form on CFC and disguised profits in transfer pricing documentation, as well as various definitions in the context of CbC reporting. Then the CbC report was given for the first time on 31.03.2021 by MNE groups whose ultimate parent entity (UPE) or surrogate parent entity is located in Turkey and it was given on 30.06.2021 by MNE groups whose UPE or surrogate parent entity is not located in Turkey.

Legislative regulations in Turkey for CbC reporting, which is recently entered into force within the scope of Action 13, differs from the action plan in various aspects. In this study; the application of the CbC reporting will be examined by comparing it with the action plan that serves as a

guide and the practices of various countries. Thus, it is aimed to evaluate the application by revealing its positive and negative aspects.

Keywords: Base Erosion And Profit Shifting, Transfer Pricing, Transfer Pricing Documentation, Country-By-Country Reporting, Multinational Enterprises.

KUR KORUMALI MEVDUAT HESAPLARINA DAİR DÜZENLEMELERİN ANAYASA'NIN 73. VE 161. MADDELERİ BAKIMINDAN İNCELENMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep MÜFTÜOĞLU
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-2569-5155

Özet

2021 yılının özellikle ikinci yarısında döviz kurlarında yaşanan öngörülemeyen ve durdurulamayan artış, yürütme organını ve Merkez Bankası'nı birtakım para ve maliye politikası önlemleri almaya itmiştir. Alınan bu önlemlerin başında kur korumalı mevduat hesapları gelmektedir. 21 Aralık tarihinde Merkez Bankası tarafından hazırlanan 2021/14 sayılı Tebliğ ile alt yapısı kurulan uygulama, 29 Aralık tarihli 2021/16 sayılı Tebliğ ile altın hesaplarını da kapsamıştır.

Birçok usul ve esası ilerleyen aylarda ve günlerde farklı kanun değişikliği, cumhurbaşkanı kararı ve genel tebliğler ile düzenlenen sistemin temelinde döviz tevdiat hesapları ve döviz cinsinden katılım fonu hesaplarının dönüşüm kuru üzerinden Türk lirasına çevrilmesi ve bu hesap sahiplerine birtakım güvenceler getirilmesi yatmaktadır. Anılan Tebliğlere göre böyle bir dönüşüm halinde vade sonu kurunun dönüşüm kurundan yüksek olması ve kur farkı üzerinden hesaplanan tutarın banka tarafından ödenecek faiz veya kâr payından yüksek olması durumunda kur farkı üzerinden hesaplanan tutardan faiz veya kâr payı düşülerek hesaplanan tutar mevduat veya katılma hesabı sahibine ödenecektir.

Benimsenen dönüşüm sistemi, kur farkı üzerinden hesaplanan miktarın büyük kısmının hazine tarafından karşılanmasını öngörmekte; hazine ise kamu gelirlerinden oluşmaktadır. Kamu gelirleri içindeki en büyük hasılatı ise vergiler meydana getirmektedir. 1982 Anayasası'nın Vergi Ödevi başlıklı 73. maddesinin 1. fırkasında, herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, maddi gücüne göre vergi ödemekle yükümlü tutulmaktadır. Bu Anayasa hükmünden anlaşılacağı üzere vergiler, kamu giderlerini karşılamak için toplanmaktadır. Bu kamu geliri-kamu gideri ilişkisi içinde dönüşüm hesaplarında yaşanan kur farkının hazine tarafından karşılanmasında ödemenin bir kamu gideri olup olmadığının mali hukuk temelinde tartışılması önem arz etmektedir.

Getirilen güvence sisteminde kur farkının hazine tarafından

karşılanmasının tartışılması önem arz eden ikinci husus ise hazineye gelecek olan mali yükün kaynağının belirsizliğidir. 1982 Anayasası'nın Bütçe ve Kesinhesap başlıklı 161. maddesinin 8. fıkrasına göre bir teklifin carî yıl veya izleyen yılların bütçelerine malî yük getirmesi halinde öngörülen gideri karşılayabilecek malî kaynak gösterilmesi zorunludur. Kur farkından kaynaklanan garantilerin ve bu hesaplardan elde edilecek iratlara sağlanacak vergi kolaylıklarının 2022 ve ilerleyen yıl bütçelerine yük getireceği tartışmasızdır. Bu durumda böyle bir yükün getirilebilmesi için bunun bir kanun teklifi ile TBMM önüne getirilmesi ve yükün karşılanacağı kaynağın da saptanması gerekmektedir.

İçinden geçmekte olduğumuz ekonomik süreçte, kur korumalı mevduat hesapları, döviz ve altında yaşanan hızlı artışın kontrol altına alınmasında benimsenen politikanın yapı taşını oluşturmaktadır. Bu önemden yola çıkarak, sistemin mali hukuk perspektifinden incelenmesi ve hukuki alt yapının doğru kurulması, ilerde yaşanabilecek daha büyük ekonomik ve hukuki sorunların önüne geçilmesi bakımından elzemdir. Bildiride, Aralık 2022 tarihinden bu yana kurulmakta olan yeni sistemin kısaca özetlenmesi ve getirilen güvencenin ortaya konması planlanmaktadır. Ardından 1982 Anayasası'nın 73 ve 161. maddelerinde yer alan ilgili düzenlemelerin analiz edilmesi hedeflenmektedir. Son olarak da kur korumalı mevduat hesapları için kurulan sistemin, incelenen Anayasa ilkeleri üzerinden tartışılması ve eleştirel bir bakış açısı benimsenerek, sistemin Anayasa'ya uygun şekilde işletilebilmesi için çözüm önerileri geliştirilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kur Korumalı Mevduat Hesabı, Merkez Bankası, Mali Hukuk, Kamu Gideri, Kamu Harcaması.

REVIEW OF REGULATIONS ON EXCHANGE RATE PROTECTED DEPOSIT ACCOUNTS FROM THE PERSPECTIVE OF ARTICLES 73 AND 161 OF THE CONSTITUTION

Abstract

The unpredictable and unstoppable increase in exchange rates, especially in the second half of 2021, has prompted the executive branch and the Central Bank to take a number of monetary and fiscal policy measures. One of these measures is exchange-protected deposit accounts. The application, which was established with the Communique No. 2021/14 prepared by the Central Bank on 21st of December, also covered gold accounts with the 29th December dated Communique No. 2021/16.

According to the Communiques mentioned, in the event of such a conversion, if the expiry rate is higher than the conversion rate and the amount calculated on the exchange rate is higher than the interest or dividend to be paid by the bank, the amount calculated by deducting interest or dividend from the amount calculated on the exchange rate will be paid to the deposit or participation account holder.

The adopted conversion system envisages that the treasury which consists of public revenues, will cover the majority of the amount calculated on the exchange rate difference. Taxes constitute the largest revenue in public revenues. In Article 73 of the 1982 Constitution, everyone is obliged to pay taxes according to their financial strength in order to cover public expenses. As this Constitution states, taxes are collected to cover public expenses. In this public income-public expenditure relationship, it is important to discuss on the basis of financial law whether the payment is a public expense in meeting the exchange rate difference experienced in conversion accounts by the Treasury.

The second important issue in the assurance system is the uncertainty of the source of the financial burden that will come to the Treasury. It is undisputed that the guarantees arising from the exchange rate difference and the tax relief to be provided to the revenues to be obtained from these accounts will impose a burden on the budgets of 2022 and the following year. In this case, in order to bring such a burden, it must be brought before the Parliament with a proposed law and the source to be met must also be determined.

In the economic process we are going through, exchange rate-protected deposit accounts form the building block of the policy adopted in controlling the rapid increase in foreign currency and below. Based on this importance, it is essential to examine the system from the perspective of financial law and to establish the legal infrastructure correctly in order to prevent the larger economic and legal problems that may occur in the future. In the study it is planned to briefly summarize the new system, which has been in place since December 2021, and reveal the assurances that have been brought in. It is then aimed to analyze the relevant regulations contained in Articles 73 and 161 of the 1982 Constitution. Finally, it is targeted to discuss the system established for exchange rate-protected deposit accounts through the examined principles of the Constitution and to develop solutions for the operation of the system in accordance with the Constitution by adopting a critical point of view.

Keywords: Exchange Rate Protected Deposit Account, Central Bank, Fiscal Law, Public Spending, Public Expenditure.

DAMGA VERGİSİNE KONU KAĞITLARA İLİŞKİN HUKUKİ İŞLEMLERİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜNE BAĞLI VERGİSEL SONUÇLAR

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Nihan ÇAMURCU
FSM Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCDD ID: 0000-0002-4256-0335

Özet

Vergi Usul Kanunu'nun *"vergiyi doğuran olay"* başlıklı 19. maddesine göre *"Vergi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi bağladığı olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar"*. Şu halde özel vergi kanunlarında yasa koyucunun vergiyi doğuran olayı tanımlarken ya bir olayı ya da bir hukuki durumu (gelişimini) göstermesi gerekmektedir. Peki vergilendirmeye konu hukuki durumun "hukuki işlem" olarak tanımlandığı vergilerde, işlemin yapıldığı anda hükümsüz olması (baştan itibaren kesin hükümsüzlük, yokluk gibi) veya daha sonra geçmişe etkili bir biçimde hükümsüz hale gelmesi (iptal edilebilirlik gibi) olasılığında vergilendirme işleminin akıbeti ne olacaktır? Çalışmada bu soruya damga vergisi kanunu özelinde cevap aranacaktır. Her ne kadar özel hukuk sözleşmelerinin sıhhatli tesis edilip edilmediği vergi borcunun doğup doğmadığı ile yakından ilişkili olabilse de belirtmek gerekir ki bu konuda bir kaç istisnai düzenleme hariç pozitif hukukumuzda genel nitelikli bir düzenleme mevcut değildir.

Vergiyi doğuran olay olarak tanımlanmış hukuki durum vergilendirme işleminin sebep unsurunu (maddi sebep) oluşturur. Bu maddi sebep kesin hükümsüzlük veya yokluk hallerinde olduğu gibi başından itibaren geçersiz bir hukuki işlemden ibaret ise, işlem sebep unsuru yönünden sakatlanacaktır ve tartışmasız biçimde iptali gerekecektir. Ancak hukuki işlemin (iptal edilebilirlik hali gibi) geçmişe etkili bir biçimde geçersiz kılınması halinde damga vergisinin iadesi için yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Bu boşluğun giderilmesi gerekir. Bu aşamada (fesih hallerinde olduğu gibi) ileri dönük olarak sözleşmenin sona ermesi hallerinde, ödenen damga vergisinin akıbeti ne olacaktır sorusunun da ayrıca sorulması gerekir. Kanaatimizce hukuk aleminde belli bir süre ile kısıtlı dahi olsa işlemin hüküm ifade ettiği hallerde, ödenen damga vergisinin iadesi gerekmez. Ancak dikkat çekmek gerekir ki fesih borcu sona erdiren haldir. Bu bakımdan değerlendirme yaparken hükümsüzlük halini ve borcu sona erdiren hali ayrı ayrı ele almak gerekir.

Danıştay, iptal edilen ve geçmişe etkili biçimde hükümsüz hale gelen

ihale kararlarına ilişkin olarak (2016 yılı yasal düzenlemesi öncesinde) ödenen damga vergisinin iade edilmesi gerektiği yönünde -doğru- kararlar vermiştir. Fakat ihaleye dayalı olarak yapılan -ve kanaatimizce hukuki ifa imkansızlığı barındıran- sözleşmeler için ödenenen damga vergileri hakkında mahkeme, aksi yönde görüş bildirmiştir. Çalışmada bu somut örnek özelinde değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Vergilendirmeye ilişkin hukuki işlemlerin tabi oldukları hukukta (baştan itibaren veya geçmişe etkili biçimde) hükümsüz sayılmalarının vergilendirmeye de etki etmesi gerektiği, genel itibariyle ifade edilebilir. Çalışmada bu genel tartışma damga vergisi uygulaması bakımından mevcut düzenlemeler ışığında, güncel yargı kararları ele alınarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Damga Vergisi, Vergiyi Doğuran Olay, Vergilendirme, Vergi Hukuku, İşlem Hükümsüzlüğü.

TAXATION RESULTS DUE TO THE NULLITY OF LEGAL TRANSACTIONS REFLECTED BY THE STAMP TAX SUBJECT PAPER

Abstract

According to Article 19 of the Tax Procedure Law, titled "taxable event","Tax claims arises with the occurrence of an event that tax laws bind the tax or the evolution of the legal situation". Therefore, in special tax laws, the legislator must show either an event or a legal situation (development) while defining the taxable event. Well, in cases where the legal situation subject to taxation is defined as a legal transaction, in case of invalidation at the time of the transaction (such as absolute invalidity from the beginning,absences) What will be the fate of the taxation transaction (such as revocability) if it becomes effectively null and void later on? In this study, an answer to this question will be sought in the context of the stamp tax law. Soundness of private law contracts is closely related to whether a tax debt arises or not. However, except for a few exceptional regulations, there is no general regulation in our positive law. The legal situation defined as the taxable event constitutes the cause element (material reason) of the taxation process. If this material reason consists of an invalid legal action from the beginning, as in cases of final invalidity or absence, the action will be disabled in terms of the cause factor and will have to be cancelled. However, in the event that the legal transaction (such as annulment) is effectively invalidated in the past, there is a need for legal regulation for the return of the stamp duty. This gap needs to be filled. At this stage (as in the case of termination), the question of what will be the fate of the stamp tax paid should also be asked in cases where the contract is terminated prospectively. In our opinion, the stamp duty paid is not required to be refunded in cases where the transaction is valid, even if it is limited to a certain period of time in the legal world. However, it should be noted that termination is the state that terminates the debt. In this respect, it is necessary to consider the invalidity and the termination of the debt separately when making an assessment.

The Council of State has decided that the stamp duty paid (before the legal regulation of 2016) regarding the canceled tender decisions should be refunded. However, in case of not being able to benefit from the contracts, the court notified an opposite opinion. However, the court has expressed the opposite opinion about the stamp taxes paid for the contracts made on the basis of the tender - and which, in our opinion, has the impossibility of legal performance.

In this study, evaluations will be made specific to this concrete example. It can be stated in general that the nullity of legal transactions related to taxation (from the beginning or with retrospective effect) in the law to which they are subject should also affect taxation. In the study, this general discussion will be examined in the light of current regulations in terms of stamp tax application, by considering current judicial decisions.

Keywords: Stamp Tax, Taxable Event, Taxation, Tax Law, Transaction Invalidity.

6183 SAYILI KANUN UYARINCA TÜZEL KİŞİ KANUNİ TEMSİLCİLERİ HAKKINDA İHTİYATİ HACİZ UYGULANMASININ ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Sinan Can AVCI
Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-2160-4685

Özet

6183 sayılı Kanun uyarınca kamu alacaklarının güvence altına alınması amacı ile başvurulan tedbirlerden biri de ihtiyati hacizdir. Kanun'da sayılan hallerden birinin mevcudiyeti halinde amme borçlusunun malvarlığı idari bir karar ile haczedilmektedir. 6183 sayılı Kanun'un tanımlar başlıklı üçüncü maddesinde "amme borçlusu veya borçlu" teriminin tüzel kişiler ve bunların kanuni temsilcilerini ifade edeceği düzenlendiğinden tüzel kişi nezdinde gerçekleşen bir ihtiyati haciz sebebi kanuni temsilci malvarlığı hakkında da ihtiyati haciz uygulanmasına imkân sağlamaktadır.

213 sayılı VUK m.10 uyarınca kanuni temsilcinin tüzel kişinin amme borcundan sorumluluğu kural olarak bir kusur sorumluluğudur. 6183 sayılı Kanun mük m.35 ise amme alacağının tüzel kişiden tahsil edilememesi ya da tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması halinde idareye tüzel kişi hakkındaki cebri icra işlemlerinin sonuçlanması beklenmeksizin kanuni temsilci için de cebri icra işlemleri başlatma olanağı sunmaktadır. Oysa aynı kanun, kanuni temsilcinin malvarlığının ihtiyaten haczedilmesi noktasında kanuni temsilci ve tüzel kişi arasında öncelik-sonralık ilişkisi kurmamış ya da kusur şartı aramamıştır.

Vergisel her işlem, muhataplarının mülkiyet hakkına bir sınırlama teşkil eder. Kişilerin malvarlığının haczedilmesi de bir tasarruf sınırlandırması olarak mülkiyet hakkına müdahale anlamına gelir. Anayasa m.13 uyarınca temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların ölçülü olması gerekir. Ölçülülük ilkesi başvurulan aracın elverişli ve gerekli olmasını; araç ile amaç arasında makul bir denge (orantı) bulunmasını ifade eder. Bir güvence önlemi olarak ihtiyati hacizde amaç kamu alacağının tahsilinin güvence altına alınmasıdır. Başvurulan araç ise henüz kanuni temsilci nezdinde doğmuş bir borç olmaksızın malvarlığının ihtiyaten haczedilmesidir. Kamu hizmetlerinin aksamaması açısından alacağın tahsilinin güvence altına alınmasının elverişli ve gerekli olduğunu söylemek mümkündür. Ancak, tek bir kamusal borç ilişkisi için birden

fazla kişinin malvarlığının ihtiyati hacze konu olması, tüzel kişi ve kanuni temsilci arasında öncelik-sonralık ilişkisi kurulmaması, kanuni temsilci bakımından kusur araştırması yapılmaması ve ihtiyati hacze karar verecek merciin ve kamusal borç ilişkisinin alacaklısının idare olması dikkate alındığında orantılı bir sınırlamadan bahsetmek güçtür. Bu çalışmada, tüzel kişi yanında kanuni temsilci hakkında da ihtiyati hacze uygulanması ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler: 6183 sayılı Kanun, Kanuni Temsilci, İhtiyati Haciz, Mülkiyet Hakkı, Ölçülülük.

ACCORDING TO LAW OF NO 6183 EVALUATION OF IMPLEMENTATION OF LIEN ABOUT LEGAL REPRESENTATIVES IN TERMS OF PROPORTIONALITY

Abstract

One of the measures applied with the aim of securing public receivables pursuant to Law No. 6183 is precautionary attachment. In case of existence of one of the situations listed in the Law, the assets of the public debtor are seized by an administrative decision. Since the third article of the Law No. 6183, titled definitions, states that the term "public debtor or debtor" shall refer to legal persons and their legal representatives, a precautionary lien before a legal person also enables the lien to be imposed on the assets of the legal representative.

Pursuant to article 10 of the VUK numbered 213, the liability of the legal representative for the public debt of the legal person is, as a rule, a liability for fault. On the other hand, Law No. 6183 provides the administration with the opportunity to initiate enforcement proceedings for the legal representative without waiting for the conclusion of the enforcement proceedings against the legal person, in case the public receivable cannot be collected from the legal person or it is understood that it cannot be collected. However, the same law did not establish a priority-subsequence relationship between the legal representative and the legal person at the point of precautionary seizure of the legal representative's assets, or did not seek the condition of fault.

Every tax-related transaction constitutes a limitation on the property rights of the addressees. The seizure of people's assets, which is a limitation of savings, is an interference with the right to property. Pursuant to article 13 of the Constitution, restrictions on fundamental rights and freedoms must be proportion. The principle of proportionality means that the tool used is suitable and necessary; means finding a reasonable balance between target and instrument. As a security measure, the purpose of precautionary lien is to secure the collection of public receivables. The instrument, on the other hand, is the precautionary seizure of assets without a debt arising from the legal representative. It is possible to say that securing the collection of receivables is convenient and necessary in order to prevent disruption of public services. However, considering that the assets of more than one person are subject to precautionary seizure for a single public debt relationship, there is no priority-later relationship between the legal person and the legal representative,

there is no fault investigation in terms of the legal representative, and the authority to decide on the provisional attachment and the creditor of the public debt relationship are the administration. It is impossible to talk about a proportional limitation. In this paper, the application of the precautionary seizure about the legal person as well as the legal representative has been evaluated in the context of the principle of proportionality.

Keywords: Law No. 6183, Legal Represantative, Lien, Right of Property, Proportionality.

ÇEŞİTLİ YÖNLERİYLE DEVLETİN EKONOMİYE MÜDAHALESİ

Arş. Gör. İpek AK
Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-3234-9245

Özet

Devlet iktisadi açıdan incelendiği zaman, ekonominin en önemli bileşenlerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Günümüzde uluslararası kimliği öne çıkmakta olan devlet olgusunun piyasalardan çekilmesi ve rolünün azaltılması beklenmekte fakat durum bu şekilde ilerlememektedir. Bu yeni uluslararası anlayışla ortaya çıkan devletin temel amacı, iktisadi ve sosyal politikalar bağlamında rekabet ve esnekliği sağlamaktır.

Devletin kamusal otoriteler ile piyasalara müdahalede bulunmasının temelinde kamu yararı kavramı yatmaktadır. Bu müdahaleci düşüncelerin temelleri 1929 ekonomik krizine dayanmaktadır. Fakat bu müdahaleci anlayışın temellerinin teorik zemine oturtulmasına en büyük katkıyı, ünlü iktisatçı Keynes vermiştir. Müdahaleci devlet anlayışında değinilmesi gereken bir diğer önemli okul olan Klasik Okul ise Adam Smith'in 'Ulusların Zenginliği' isimli eseri ile tarih sahnesinde görünür olmuştur. Bu anlayışa göre devletin görevi yalnızca, hukuk düzenini ve özel mülkiyet haklarını koruyarak sözleşmelerin uygulanabileceği güvenli ortamı sağlamaktır. Müdahaleci bir devletin asıl görevi piyasa mekanizması koordinasyonunu sağlamak olacaktır.

Ülkemizde bu bağlamda devlet, piyasalara müdahalelerini genellikle Rekabet Kurulu, Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurulu, Sermaye Piyasası Kurulu gibi bağımsız idarî otoriteler vasıtasıyla yapmaktadır. Ayrıca devletin vergilendirme yetkisini kullanması, ekonomiye müdahale için en çok kullanılan vasıtalarından biridir.

Devlet bu şekilde müdahalelerde bulunurken sınırsızca özgür değildir, birtakım uyması gereken kurallara göre hareket etmektedir. Bu çerçevede sosyal devlet ilkesi, ekonomiye müdahalelerin asıl sebebini teşkil etmektedir. Sosyal devlet, gelir ve servet dağılımını adil bir hâle getirmek için müdahalelerde bulunur. Bir başka ilke olan hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak devlet herhangi bir müdahaleyi, önceden yasalar ile belirlenmiş kurallar çerçevesinde yapabilir. Dolayısıyla bir hukuk devletinde, bu hukuk kurallarına bağlılık her daim devam

edeceğinden ekonomik hayata müdahale esnasında da bu bağlılık sürdürülmelidir.

Müdahalelerin çeşitli özelliklerine ve bu işin tarihçesine değinildikten sonra bir diğer konu olan Mali Anayasa kavramına değinilecektir. Dünyadaki örnekler incelendiğinde, bir ülkede ekonomiye yönelik sayıca artan kısıtlamalar, o ülkenin yoksullaşmasına, ülkedeki yolsuzlukların artmasına ve ekonominin bu müdahalelerden olumsuz etkilenmesine sebep olmaktadır. Bu çerçevede ortaya çıkan Mali Anayasa anlayışı ile devletin müdahalelerindeki başarısızlığı önlenmek istenmiş, politikacıların bu alana müdahalelerinin hukuki kurallarla sınırlandırılması gerektiği düşünülmüştür. Zira bu konu, son dönemde uluslararası piyasalarda etkisi göze çarpacak şekilde kendini hatırlatmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Devlet, Devlet Müdahaleciliği, Ekonomi Hukuku, Ekonomik Müdahalecilik, Piyasa Ekonomisi.

THE INTERVENTION OF THE STATE IN THE ECONOMYIN VARIOUS ASPECTS

Abstract

When the state is examined from economic angles, it is one of the most important components of the economy. Today, it is expected that the phenomenon of the state, whose international identity is prominent, will be withdrawn from the markets and its role will be reduced, but the situation does not progress in this way. The main objective of the state that emerges with this new international understanding is to provide competition and flexibility in the context of economic and social policies.

The concept of public interest underlies the state's intervention in markets with public authorities. The foundations of these interventionist ideas are based on the 1929 economic crisis. However, the famous economist Keynes made the greatest contribution to laying the foundations of this interventionist approach on a theoretical ground. The Classical School, which is another important school that should be mentioned in the understanding of the interventionist state, has become visible on the stage of history with Adam Smith's work named "Wealth of Nations". According to this understanding, the duty of the state is only to provide a safe environment in which contracts can be implemented by protecting the legal order and private property rights. The main task of an interventionist state will be to provide market mechanism coordination.

In this context, in our country, the state generally intervenes in the markets through independent administrative authorities such as the Competition Board, the Banking Supervision and Regulation Board, and the Capital Markets Board. In addition, the use of the state's taxation authority is one of the most used tools for intervention in the economy.

While the state intervenes in this way, it is not unlimitedly free, it acts according to certain rules. In this context, the principle of social state constitutes the main reason for interventions in the economy. The welfare state intervenes to make the distribution of income and wealth fair. As a requirement of the rule of law, which is another principle, the state can make any intervention within the framework of the rules determined by the laws beforehand. Therefore, in a state of law, since adherence to these rules of law will always continue, this commitment should also be maintained during the intervention in economic life.

After mentioning the various features of the interventions and the history of this work, another subject, the concept of the Financial Constitution, will be mentioned. When the examples in the world are examined, the increasing number of restrictions on the economy in a country causes that country to be impoverished, the corruption in the country to increase and the economy to be adversely affected by these interventions. With the understanding of the Mali Constitution that emerged in this framework, it was aimed to prevent the failure of the state's interventions, and it was thought that the interventions of politicians in this area should be limited by legal rules. This issue has been reminding itself in a way that has been striking in the international markets lately.

Keywords: State, State Intervention, Economic Law, Economic Interventionism, Market Economy.

MEDENİ HUKUK

PAZARLAMACILIK SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL SERBESTİSİ KURALININ İSTİSNALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Remzi DEMİR
Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Üyesi
ORCID ID: 0000-0001-6025-5476

Özet

Hızla gelişen ve küreselleşen ticaret hayatında tacir, ticari işletmesinin merkezi dışındaki müşterilere ulaşmak için mallarının satışını ve sürümünü artırmayı amaçlar. Bu amacını gerçekleştirmek için coğrafi alanlarda şube açabileceği gibi, tacir yardımcısı da görevlendirebilir. Müşteri sayısının az olduğu coğrafi alanlarda şube açma seçeneği tacir için masraflı olabilir. Bu nedenle pazarlamacılık sözleşmesi yapmak suretiyle pazarlamacıya yetki vermek ekonomik ve pratik bir yöntemdir. Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nun 448 ile 460. maddelerinde, hizmet sözleşmelerinin özel bir türü olarak pazarlamacılık sözleşmesi düzenlenmiştir. Bu düzenleme yapılırken İsviçre Borçlar Kanunu (İBK)'nun 347 ile 350. maddeleri kaynak alınmıştır. TBK m. 448'de tanımlanan pazarlamacılık sözleşmesi; pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.

Pazarlamacılık sözleşmesi, iş görme sözleşmelerinden olan hizmet sözleşmesinin bir türüdür. Bu sözleşmenin yapılması, kural olarak herhangi bir geçerlilik şekline bağlı değildir. Ancak bu kuralın bazı istisnaları vardır. Pazarlamacı olarak atanan kişiye, tacir adına sözleşme yapma yetkisi verilmek isteniyorsa, işlem yapma yetkisiyle beraber yapılacak işlem konusunun yazılı olarak verilmesi şarttır. Buradaki yazılı şekil zorunluluğu geçerlilik şeklidir. Bunun sonucu olarak yazılı şekil kuralına uyulmamış ise işlem kesin hükümsüzdür. TBK m. 453/1'e göre belirli bir pazarlama alanında ya da müşteri çevresinde faaliyet gösteren pazarlamacının tekel hakkının kaldırılması da yazılı şekle uyularak yapılmalıdır. Ayrıca TBK m. 454/2'ye göre, ücretin tamamının veya önemli kısmının komisyondan oluşacağına ilişkin anlaşmanın yazılı şekilde yapılması geçerlilik şeklidir.

TBK m. 452/2'ye göre pazarlamacı işlem yapmaya yetkili kılınmışsa, tüm olağan hukuki işlem ve fiilleri gerçekleştirebilir. Olağan işlemler,

sözleşme konusu edimin ifasına hizmet eden ve tarafları bu sözleşme ile ulaşmak istedikleri hedefe götürecek bütün işlemleri kapsar. Ancak tahsilat yapmak, ödeme günlerini değiştirmek, sözleşmeyi feshetmek, sözleşmeden dönmek, maliyetin altında satış ve yüksek oranda indirim gibi ifa amacı dışında kalan ve sözleşmenin sona ermesi neticesini doğuran olağan işlemler kapsamına girmeyen işlemler için özel yetki aranır. Pazarlamacının yetkileri, işveren tacir tarafından yazılı şekilde tek taraflı olarak sınırlanabilir veya geri alınabilir. Pazarlamacıya verilen yetki, üçüncü kişilere değişik yol ve araçlarla duyurulmuş ise sınırlama ve geri alma işleminin de eşdeğer yol ve vasıtalarla duyurulması gerekir. Bu duyuru yapılmazsa, TBK m. 42/3 gereğince, pazarlamacının yetkisinin sınırlandığı ya da geri alındığı iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Bu sınırlandırma ve geri alma işleminin pazarlamacıya da bildirilmesi gerekir. Aksi takdirde işveren tacir veya halefleri, üçüncü kişilerin yetkinin geri alındığını veya sınırlandığını bildikleri durum hariç, pazarlamacının yapmış olduğu hukukî işlemlerin sonuçlarıyla bağlıdır.

Anahtar Kelimeler: Pazarlamacılık, Hizmet Sözleşmesi, Tacir Yardımcısı, Şekil, Yetki.

EVALUATION OF THE EXCLUSIONS TO THE FREEDOM OF SHAPE RULE IN MARKETING CONTRACT

Abstract

In the rapidly developing and globalizing business life, the merchant aims to increase the sale and release of his goods in order to reach customers outside the center of his commercial enterprise. In order to realize this purpose, it may open branches in geographical areas and may appoint assistant merchants. The option to open branches in geographic areas where the number of customers is low can be costly for the trader. For this reason, it is an economical and practical method to authorize the marketer by making a marketing contract. In Articles 448 and 460 of the Turkish Code of Obligations, marketing contracts are regulated as a special type of service contracts. While making this regulation, articles 347 and 350 of the Swiss Code of Obligations were taken as a source. In Turkish Code of Obligations marketing contract defined in 448; It is the contract in which the marketer undertakes to act as an intermediary in the execution of all kinds of transactions, on behalf of and outside the business of a commercial business owner employer, or, if there is a written agreement, to perform the transactions specified in this agreement, and to pay a fee for the business owner-employer.

A marketing contract is a type of service contract, which is one of the employment contracts. As a rule, the conclusion of this contract is not dependent on any form of validity. However, there are some exceptions to this rule. If the person appointed as the marketer is to be authorized to make a contract on behalf of the merchant, the subject of the transaction to be made together with the authorization to take action must be given in writing. The written form requirement here is the form of validity. As a result, if the written form rule is not complied with, the transaction is null and void. According to 453/1 in Turkish Code of Obligations, the abolition of the monopoly right of the marketer operating in a certain marketing area or in the customer's environment must also be done in accordance with the written form. In addition, According to 454/2, it is valid to make an agreement in writing that all or a significant part of the fee will consist of the commission.

If the marketer is authorized to transact in accordance with 452/2 in Turkish Code of Obligations, he may perform all ordinary legal transactions and actions. Ordinary transactions include all transactions that serve the performance of the contractual act and will lead the parties

to the target they want to achieve with this contract. However, special authorization is sought for transactions that do not fall within the scope of ordinary transactions, such as making collections, changing payment days, terminating the contract, returning from the contract, selling below cost and high discount, which are out of the scope of the performance and result in the termination of the contract. The powers of the marketer may be limited or withdrawn unilaterally by the employer merchant in written form. If the authorization given to the marketer has been announced to third parties in different ways and means, the restriction and withdrawal process must also be announced through equivalent means and means. If this announcement is not made, Pursuant to 42/3 in Turkish Code of Obligations, it cannot be claimed against third parties in good faith that the marketer's authority is limited or withdrawn. This limitation and withdrawal must also be communicated to the marketer. Otherwise, the employer, the merchant or his successors are bound by the results of the legal actions taken by the marketer, except in cases where third parties know that the authorization has been withdrawn or limited.

Keywords: Marketing, Service Contract, Merchant Assistant, Form, Authority.

AİLENİN EKONOMİK VARLIĞININ KORUNMASI İÇİN TÜRK MEDENİ KANUN md.199'a GÖRE TAŞINIRLAR ÜZERİNDE ALINABİLECEK TEDBİRLER

Doç. Dr. Sabiha Gökçe CANARSLAN KARAKUL
Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-7334-1872

Özet

Kişiler, evli olup olmalarından bağımsız şekilde hukuki işlemler gerçekleştirebilirler. Türk Medeni Kanunu (TMK) md.193'e göre kanunda aksine hüküm bulunmadıkça evli kişilerin hukuki işlemlerinin sadece evli olmaları sebebiyle sınırlanması mümkün değildir. Ancak TMK md.193 ve devamı hükümlerinde, evlilik birliğinin korunması amacıyla bazı tedbirlerin alınabileceği ortaya koyulmaktadır. Bu kapsamda TMK md.199'da eşlerden birinin, ailenin ekonomik varlığına zarar verme sonucu doğurabilecek işlemlerinin veya evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmemesine yönelik faaliyetlerinin sınırlanmasına imkan tanınmaktadır.

TMK md.199'a göre eşlerden birinin talebi üzerine hakim tarafından verilen kararla birlikte yapılacak tasarruflar, diğer eşin rızasına tabi olacaktır. Elde edilmek istenen yararın aşılmaması için sınırlamanın, aile birliğinin korunması amacına yönelik, ciddi ve orantılı olması gerekmektedir. Söz gelimi eşin malvarlığının belirgin bir sebep olmaksızın azalması, evlilik dışı ilişkiye girilmesi, mali durum hakkında bilgi gizlenmesi, sahip olunan taşınmazın piyasa değerinden düşük bedelle satılmak üzere ilana çıkarılması gibi durumlar tehdidin ciddi olduğunu göstermektedir. Öte yandan eşin mesleki faaliyetlerinin zarar görmemesi için sınırlamalar da orantılılık ilkesi gereğince dikkatle değerlendirilmelidir. Sınırlanacak malvarlığı değerlerinin konusunu banka mevduat hesabı, emeklilik maaşı, ev eşyası, otomobil gibi taşınırlar veya TMK md.194 ile özel koruma altına alınan aile konutunun dışındaki taşınmazlar oluşturabilir. TMK md.199'da belirtilen tedbirlerin alınabilmesi için eşler arasındaki malvarlığı rejiminin önemi bulunmamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Evlilik, Malvarlığı, Rıza, Eş, Orantılılık İlkesi.

MEASURES ON MOVABLE PROPERTIES FOR THE PROTECTION OF ECONOMIC ASSETS OF THE FAMILY ACCORDING TO ARTICLE 199 OF THE TURKISH CIVIL CODE

Abstract

Individuals can enter into legal transactions regardless of their marital status. According to Article 193 of the Turkish Civil Code (TCC), unless otherwise provided by laws, legal transactions of married persons cannot be limited on the sole ground of their marital status. Nevertheless, Article 193 et seq. of the TCC provides that some measures shall be taken for the protection of the union of marriage. In this context, Article 199 of the TCC provides that power of disposition of one spouse can be limited which could result in damaging economic assets of the family or preventing fulfilment of a financial obligation stemming from the union of marriage.

According to Article 199 of the TCC, upon the request of one of the spouses and by the decision of the judge, the power of disposition for certain assets can only be used with the consent of the other spouse. In order not to exceed the required benefit, the limitation should aim at protecting the union of family, it should be serious and proportional. For instance, an unreasonable decrease in property assets of one of the spouses, extramarital relations, concealing information on financial situation, offering an immovable for sale below its market value are available examples to demonstrate the seriousness of the threat. On the other hand, restrictions on the power of disposition should be diligently assessed in line with the principle of proportionality in order not to affect professional activities of the spouse. The subject matter of the limited property values shall be movables such as bank deposit account, pension benefit, household items and motorcar or an immovable other than the matrimonial home particularly protected under Article 194 of the TCC. The property regime agreed upon by the spouses is not significant for establishing measures provided under Article 199 of the TCC.

Keywords: Marriage, Property, The Consent, Spouse, Principle Of Pro portionality.

İNTERNET BANKACILIĞINDA BANKANIN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Arş. Gör. Hasan Ali GÜÇLÜ
Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-0501-7912

Özet

Günümüzde teknolojinin gelişmesi ile birlikte, baş döndürücü olarak nitelendirebileceğimiz birçok gelişme yaşanmıştır. Bankalar da bu baş döndürücü olarak nitelendirdiğimiz gelişmelerden nasibini almıştır. İnternet bankacılığını, günümüzde birçok kişinin faydalandığı bir hizmet olarak ifade etmek mümkündür.

Borç doğuran kaynakların en başında sözleşme gelmektedir. Sözleşmeler kuruldukları andan itibaren taraflara bazı yükümlülükler yüklerler. Bankalar da müşterileriyle sundukları hizmetler için sözleşme yaparlar. Bu sözleşmelere "bankacılık sözleşmesi" adı verilmektedir.

Bankanın hem internet bankacılığı hizmet sözleşmesinden hem de web sitesi aracılığıyla gerçekleştirdiği bankacılık işlemlerinden kaynaklanan yükümlülükleri vardır. Çalışmamız internet bankacılığını konu aldığı için sadece internet bankacılığında, bankanın sözleşmeden doğan yükümlülükleri üzerinde durulacaktır.

Bankanın, internet bankacılığından kaynaklanan yükümlülükleri; bilgi verme aydınlatma, hizmetin gereği gibi yerine getirilebilmesi için önlem alma ve sistem hatalarını giderme olarak temelde üçe ayrılarak incelenebilir. Bunun dışında yapılan başka ayrımlar da mevcuttur.

Bankanın bilgi verme ve müşteriyi aydınlatma yükümlülüğü internet bankacılığı hizmet sözleşmesi yapılmasından sonra da devam edecektir. Banka söz konusu yükümlülüğü müşteriyi bir kere uyararak yerini getirmiş olmaz. Bu noktada internet sürekli gelişen bir mecra olması sebebi ile müşteri gerçekleşebilecek yeni tehlikelere karşı sürekli uyarılmalıdır.

Banka, internet bankacılığı hizmetinin yürütülebilmesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Müşterinin kullanıcı adı ve şifresinin üçüncü kişilerin eline geçmesini önleyecek güvenlik tedbirlerini almak zorundadır. Banka, gerekli güvenlik yazılımlarını gerekirse ücretsiz olarak müşterilerine sunmalıdır. Bankanın tedbir alma yükümlülüğü

her geçen gün değişmekte ve gelişmektedir. Konu ile ilgili yargı kararları ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelerden çalışmamızda detaylı olarak bahsedilecektir.

Bankanın bir diğer yükümlülüğü ise, sistem hatalarını ve eksiklerini giderme yükümlülüğüdür. Bankanın Internet bankacılığı hizmet sözleşmesinden kaynaklanan en önemli yükümlülüğü, bir diğer deyişle asli edim yükümü web sitesinde taahhüt ettiği Internet bankacılığı işlemlerinin web sitesi üzerinden yapılabilmesini her durumda sağlamaktır. Sistem hatası sebebi ile zarar uğrayan müşterinin zararı sözleşme hükümlerinin ihlaline dayanılarak çözülecektir. Bu konu ile ilgili Yargıtay'ın ve Alman Mahkemelerinin çeşitli kararlarına değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Banka, İnternet Bankacılığı, Sözleşme, Yükümlülük, Karşılaştırmalı Hukuk.

CONTRACTUAL OBLIGATIONS OF THE BANK IN INTERNET BANKING

Abstract

Today, with the development of technology, there have been many developments that we can describe as dizzying. Banks, too, have had their share of these dazzling developments. It is possible to express internet banking as a service that many people benefit from today.

Contracts are the primary source of debt. Contracts impose certain obligations on the parties from the moment they are formed. Banks also make contracts with their customers for the services they provide. These contracts are called "banking contracts".

The bank has obligations arising from both the internet banking service contract and the banking transactions it carries out through the website. Since our study is about internet banking, we will only focus on the contractual obligations of the bank in internet banking.

Obligations of the bank arising from internet banking; It can be basically divided into three as giving information, lighting, taking precautions for the proper performance of the service and eliminating system errors. Apart from this, there are other distinctions made.

The obligation of the bank to provide information and inform the customer will continue after the conclusion of the internet banking service contract. The bank does not fulfill the said obligation by warning the customer once. At this point, since the internet is a constantly evolving medium, the customer should be constantly warned against new dangers that may occur.

The Bank is obliged to take the necessary measures for the execution of the internet banking service. It has to take security measures to prevent the customer's username and password from falling into the hands of third parties. The bank should provide the necessary security software to its customers free of charge, if necessary. The bank's obligation to take measures is changing and developing day by day. Judicial decisions on the subject and developments in comparative law will be discussed in detail in our study.

Another obligation of the bank is to correct system errors and deficiencies. The most important obligation of the Bank arising from the Internet banking service contract, in other words, the main performance

obligation, is to ensure that the Internet banking transactions that it has committed on the website can be carried out on the website in any case. The loss of the customer, who suffered damage due to the system error, will be resolved based on the breach of the contractual provisions. Various decisions of the Court of Cassation and German Courts on this subject will be mentioned.

Keywords: Bank, Internet Banking, Contract, Obligation, Comparative Law.

DİJİTAL BAKIM YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE ÇOCUĞUN DİJİTAL SOSYAL MEDYA KULLANIMI FAALİYETLERİNE ODAKLANAN VELAYET HAKKININ KULLANIMININ SINIRLARI ÜZERİNE BAZI DEĞERLENDİRMELER

Dr. Öğr. Üyesi Doğa Ekrem DOĞANCI
Sakarya Üniversitesi İşletme Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-8771-0907

Özet

Dijital dünyadaki aile ve çocuk ilişkilerinin sosyolojik, psikolojik vb. yönleri yanında hukukun çeşitli alanları açısında da farklı boyutları bulunmaktadır. Bu hususun hukuku ilgilendiren alanları arasında özellikle velayet hukuku ve çocuk hukuku zikredilebilir. Velayet hakkı sadece bir hak olmayıp, çocuğun menfaatlerini korumaya yönelik hak, yetki ve ödevler bütünü olarak kabul edilmektedir. İncelememiz yönünden de dijital dünyada velayetin yürütümünde dijital bakım yükümlülüğünden bahsedilmektedir. İncelememizde öncelikle çocuk hukukuna ve velayet hukukuna ilişkin birtakım ilkeleri paylaştıktan sonra velayet hakkının kullanımında dijital bakım yükümlülüğünün kapsamına ilişkin bazı tespitlerimizi paylaşacağız. Günümüzün teknolojinin hızlı gelişimiyle ailelerin dijital bakım yükümlülüğünü yerine getirmesi hiç de kolay değildir. Burada beklenen velilerin sadece çocuğu tehlikelerden korunması değil, bunun ötesinde aktif şekilde birtakım faaliyetlerde de bulunmalarıdır. Bu bağlamda belli durumlarda birbiriyle geçişli olan dijital bakım yükümlülüğüne ilişkin koruma, gözetleme ve kontrol, yasaklama ve kendini geliştirme/eğitme unsurlarını aktaracağız.

Velayet hakkının ve dijital bakım yükümlülüğünün çeşitli sınırları bulunmaktadır. Bu durumlardan biri de çocuğun dijital sosyal medya kullanımı faaliyetlerine odaklanan velayet hakkının kullanımıdır. Velilerin çocuğun dijital ortamda faaliyetlerine yönelik müdahalelerinde kullanılan araçlar arasında ebeveyn kontrolü ("*parental control*") uygulamaları veya aygıtları da yer almaktadır. Bunlar arasında konum bildirme aygıtları ve uygulamaları, tarayıcı geçmişi kontrolü, birtakım internet sitelerine giriş engelleyicileri vb. yer alır. İncelememizde söz konusu durumu çocuk hukuku ilkeleri ve dijital bakım yükümlülüğüne ilişkin unsurlar bağlamında irdeleyeceğiz. Analog dünyada olduğu gibi dijital dünyadaki faaliyetlerde de ana ilke olan çocuğun yüksek yararı ilkesi ön plandadır. Bununla birlikte çocuğun üstüne

yararının gerçekleştirilmesine hizmet eden çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesi, ölçülülük ilkesi, velayet hakkına müdahalenin ikincilliği ilkesi, tamamlayıcılık ilkesi gibi ilkelere yapılan vurgunun seviyesi çocuğun dijital sosyal medya kullanımı faaliyetlerine yönelik yapılacak müdahalelere ilişkin olarak somut olayda değişebilmektedir. Değerlendirmenin son bölümünde ise çocukların dijital faaliyetlerine ilişkin birtakım durumları da genel hatlarıyla örnek olarak ele alacağız. Bunlar arasında akıllı cep telefonu ve oyun konsolları, anlık mesajlaşma servislerinin kullanımı ve konumuzu ilgilendirdiği yönüyle dijital ortamda üçüncü kişilerin verilerinin paylaşıldığı uygulamalar şeklindeki örnekler yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Dijital Bakım Yükümlülüğü, Velayet Hukuku, Ebeveyn Kontrolü Uygulamaları, Çocuk Hukuku, Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi.

SOME CONSIDERATIONS ON THE DIGITAL CARE OBLIGATION AND THE LIMITS OF THE USE OF CUSTODY FOCUSING ON THE CHILD'S DIGITAL SOCIAL MEDIA USE ACTIVITIES

Abstract

Family and child relations has different dimensions in the sociological, psychological fields as well as in various fields of law. Among the legal areas of this issue, especially custody law and juvenile law can be mentioned. The right of custody is not only a right, but is accepted as a set of rights, powers and duties to protect the interests of the child. In terms of our review, the obligation of digital care is mentioned in the execution of custody in the digital world. In our review, firstly, after sharing some principles of child law and custody, we will share some of our determinations regarding the scope of digital care obligation in the use of the right of custody. With the rapid development of today's technology, it is not easy for families to fulfill their digital care obligation. What here expected is that the parents not only protect the child from dangers, but also actively engage in some activities. In this context, we will convey the protection, surveillance and control, prohibition and self-development/education elements related to the digital maintenance obligation, which are interchangeable in certain situations.

The right of custody and the obligation of digital care have several limits. One of these situations is the use of custody, which focuses on the child's digital social media usage activities. Parental control ("parental control") applications or devices are among the tools used by the parents in the intervention of the child's activities in the digital environment. These include geolocation devices and applications, browser history control, websites blockers etc. In our review, we will examine the situation in the context of child law principles and elements of digital care obligation. The principle of the best interests of the child, which is the main principle in the activities in the digital world as well as in the analog world, is at the forefront. However, the level of emphasis on principles such as the principle of respecting the personality of the child, the principle of proportionality, the principle of subordination of the intervention to the right of custody, the principle of complementarity, which serve to realize the principle of the child's best interests, may vary in the concrete case with regard to the interventions to be made towards the child's digital social media use activities. In the last part of the evaluation, we will generally consider some situations related to children's digital activities

as examples. Among these, there are examples in the form of smart mobile phones and game consoles, the use of instant messaging services as well as the general examination of applications where third parties' data is shared in the digital environment to the extent that it is relevant to our subject

Keywords: Digital Care Obligation, Custody Law, Parental Control Practices, Child Law, The Best Interests of the Child Principle

KİŞİLİK HAKKI ÇERÇEVESİNDE TÜZEL KİŞİLERDE AD VE ADIN KORUNMASI

Öğr. Gör. Zeliha KARAMAN OKAY
Burdur Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Ağlasun Meslek Yüksekokulu
ORCID ID: 0000-0003-4537-7146

Özet

Kişinin ad üzerindeki hakkı, kişinin varlığıyla bağlantılı ve ondan ayrılmaz bir haktır, dolayısıyla kişinin adına yönelik haksız ihlallerde, kişinin adı kişilik hakkı koruması altındadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda adın kapsamı için kullanılan ifadeler geniş tutulmuştur. Gerçek ve tüzel kişileri birbirinden ayırmaya yarayan işaretler adın kapsamı dâhilindedir. Tüzel kişilerin, kendilerini diğerlerinden ayırt edilmeleri ve sahip oldukları değerlerin ihlali karşısında hukuki ve ekonomik koruma sağlamak amacıyla kullandıkları ticari ad ve işaretlerden ticaret unvanı, işletme adı ve marka çalışmada ele alınmaktadır. Ticaret unvanı taciri, işletme adı işletmeyi, marka ise mal ve hizmetleri tanıtmaya, benzerlerinden ayırmaya yarar. Ticaret unvanlarının tescil edilmesi durumunda, unvan 6012 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 52'ye göre Türkiye sınırları içerisinde özel olarak korunur. Unvan, uluslararası arenada ise Türkiye'nin taraf olduğu 1883 tarihli Sınai Mülkiyetin korunmasına Dair Paris Sözleşmesi hükümlerince korunur. Tescil edilmeyen unvanlar ise haksız rekabet hükümlerince korunur. Günümüzde doktrinde kabul edilen görüşe göre, ticaret unvanı kişilik hakkı kapsamında kabul edilen bir değer olduğu için ticaret unvanının korunmasında kişilik hakkının korunmasına ilişkin düzenlemelerden de yararlanılabilir. Yaygın olan görüşe göre; ticaret unvanının korunmasında birincil kaynak olarak özel hükümlerden yararlandıktan sonra ikincil kaynak olarak şartları oluştuğu sürece kişilik hakkının korunmasına ilişkin düzenlemelere başvurulacaktır. Ticaret unvanının korunmasına ilişkin maddelerin işletme unvanına da uygulanacağı TTK m.53'te belirtilmiştir. Usulüne uygun olarak tescil ettirilmiş işletme adının tekelci kullanım hakkı tescil ettirene aittir. Bu hak, tescilin yapıldığı sicil çevresinde korunur. Sicil çevresi dışındaki korumalar ise haksız rekabet hükümlerince sağlanır. İşletme adının TTK'daki özel hükümler çerçevesinde korunamadığı durumlarda, ikincil kaynak olarak kişilik hakkını koruyucu düzenlemelere başvurulabilir. Tescil edilmemiş işletme adı ancak haksız rekabet hükümleri ile korunabilir. Marka, bir işletmenin mal veya hizmetlerini başka

işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan kişi adları, sözcükler, şekiller, harfler, sayılar gibi işaretlerdir. Tescil ettirilen marka, marka sahibine tekel hakkı sağlar. Tescil ettirilen markalar 556 sayılı KHK kapsamında korunmadan yararlanabilir. Tescilsiz markalar ise haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunur. Doktrinde markaların ada yönelik korunmalardan yararlanıp yararlanamayacağı ile ilgili farklı görüşler vardır. Genel görüş ise, markaların ürün tanıtımı açısından adın gördüğü işleve sahip olduğu, markalara karşı hukuka aykırı saldırı söz konusu olduğunda, özel hükümlerin yanında adın korunmasına ilişkin genel hükümlerin de uygulanabileceğidir.

Anahtar Kelimeler: Kişilik Hakkı, Tüzel Kişilerde Ad, Ticaret Unvanı, İşletme Adı, Marka.

NAME AND NAME PROTECTION IN LEGAL ENTITIES WITHIN THE FRAMEWORK OF PERSONAL RIGHT

Abstract

The right of the person on the name is a right connected with the existence of the person and is inseparable from him, therefore, the name of the person is under the protection of the personality right in unjust violations against the person's name. The expressions used for the scope of the name in the Turkish Civil Code No. 4721 are kept broad. The signs that distinguish real and legal persons are within the scope of the name. Trade name, business name and brand, which are among the trade names and signs used by legal persons in order to distinguish themselves from others and to provide legal and economic protection against the violation of their values, are discussed in the study. Trade name serves to promote the merchant, business name for the business, and brand serves to promote goods and services and distinguish them from similar ones. The right to use the duly registered and announced trade name belongs to the owner. In case of registration of commercial titles, the title is stated in the Turkish Commercial Code no. 6012 art. According to 52, it is specially protected within the borders of Turkey. In the international arena, the title is protected by the provisions of the Paris Convention on the Protection of Industrial Property dated 1883, to which Turkey is a party. Unregistered titles are protected by unfair competition provisions. According to the view accepted in the doctrine today, since the trade name is a value accepted within the scope of the personal right, the regulations on the protection of the personal right can also be used in the protection of the trade name. According to the common view; After making use of the special provisions as the primary source in the protection of the trade name, the regulations regarding the protection of the personal rights will be applied as long as the conditions are met as the secondary source. It is stated in article 53 of the TCC that the articles regarding the protection of the trade name will also be applied to the business title. The monopoly right of use of the duly registered business name belongs to the registrant. This right is protected around the registry where the registration is made. Protections outside the registry area are provided by unfair competition provisions. In cases where the business name cannot be protected within the framework of the special provisions of the TCC, regulations protecting the personal rights can be applied as a secondary source. Unregistered business name

can only be protected by unfair competition provisions. Trademarks are signs such as personal names, words, shapes, letters, numbers, which are used to distinguish the goods or services of an enterprise from the goods or services of other enterprises. A registered trademark provides a monopoly right to the trademark owner. Registered trademarks can benefit from protection under the Decree Law No. 556. Unregistered trademarks are protected within the framework of unfair competition provisions. In the doctrine, there are different opinions about whether trademarks can benefit from protections for the name. The general view is that the brands have the function of the name in terms of product promotion, and in the case of an unlawful attack against the brands, the general provisions regarding the protection of the name can be applied in addition to the special provisions.

Keywords: Personal Rights, Name in Legal Entities, Trade Name, Business Name, Brand.

ÜST HAKKININ SONA ERMESİ HALİNDE ÖDENMESİ KARARLAŞTIRILAN ÜST HAKKI BEDELİNE İLİŞKİN ANLAŞMALARIN ŞERHİ

Arş. Gör. Onur İLHAN
Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-1658-3867

Özet

Üst hakkı (inşaat hakkı), Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen ve son yıllarda önemi gittikçe artan irtifak haklarından biridir. Sahibine, bir taşınmazın üstünde veya altında yapı inşa etme veya mevcut olan yapıyı kullanma hakkı veren üst hakkı, taşınmaz üzerinde iki ayrı mülkiyetin doğmasına yol açmaktadır. Mülkiyet haklarından biri, üzerinde üst hakkı kurulan ana taşınmaz olup diğeri üst hakkı sahibinin mülkiyetinde olan, taşınmazın üzerinde veya altındaki yapının mülkiyetidir. Üst hakkı süresi boyunca, üst hakkı sahibi tarafından sözleşme ve kanun hükümlerine göre kullanılan yapı, sürenin sonunda arazi malikine kalır ve arazinin bütünleyici parçası hâline gelir (TMK. m. 828). Bu hâlde, Türk hukukunda kural olarak arsa malikinin üst hakkı sahibine bedel ödemesi gerekmez (TMK. m. 829). Ancak taraflar sözleşmede bedel ödeneceğini de kararlaştırabilirler. Taraflar, sözleşmede kararlaştırdıkları bu bedelin miktarını ve hesaplanış biçimini üst hakkının kurulması için gerekli olan resmi şekilde yaparlar. Yapılan bu sözleşme tapu kütüğüne şerh verilerek üçüncü kişilere de ileri sürülebilir hâle getirir. İsviçre Medeni Kanunu ile Türk Medeni Kanunu, bedele ilişkin bu sözleşmenin yapılması konusunda farklılık göstermektedir. İsviçre Medeni Kanunu'na göre, üst hakkının sona ermesi hâlinde üst hakkı sahibine ödenecek bedele ilişkin yapılan sözleşmenin resmî şekilde yapılmasını yeterli görmeyip, tapu kütüğüne de şerh verilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Türk Medeni Kanunu m. 830'a göre ise, bu sözleşme resmî şekilde yapıldığında kurulmuş olacaktır. Taraflar isterse tapu kütüğüne şerh verdirerek, bedele ilişkin yapılan sözleşmeden doğan alacağa eşyaya bağlı borç etkisi ve munzam etki kazandırabilirler.

Anahtar Kelimeler: Üst hakkı, üst hakkının sona ermesinde ödenecek bedel, şerh, üst hakkının sona ermesi, irtifak.

IN CASE OF THE TERMINATION OF THE SUPERFICIES THE ADJUDGED TO BE PAID ANNOTATION OF RELATED AGREEMENTS

Abstract

Superficies (right of building), is one of the easement that is regulated in the Turkish Civil Code and whose significance has increased in recent years. Superficies, which gives the owner the rights to construct a building on or under a real estate or to use the existing building, leads to the result of two seperates ownerships on the real estate. One of the ownership is main real estate on which the right of superficies si established, another ownership of the structure above or below the real estate, which is property of the owner of the superficies. The building which is used by supercifies in accordance with the law and contract, remains with the land owner at the end of the period and becomes and integral part of the land (TCC. Art. 828). In this situation, as a rule in Turkish law, the land owner is not required to pay to any price to the rightful owner (TCC. Art. 829). But, parties may also determine that pay to price in the contract. The parties make the amount and calculation method of this price agreed in the contract in the official form necessary for the establishment of the right of construction. This contract makes an annotation to the land registry, making it adducible to third parties. The Swiss Civil Code and Turkish Civil Code differ in making this contract regarding the price. According the Swiss Civil Code, it did not consider it sufficient to make an official form regarding the price to be paid to the owner of the superficies in case of termination of superificies and accepted that an annotation should be given to the land registry. According the Turkish Civil Code Art. 830, this contract will be established when it is made official form. If the parties wish, they can have an annotation on the land registry, and the debt related effect of the goods and collateral effect may be added to the receivable arising from the contract regarding the price.

Key Words: Superficies, Price When Expiration Of Superficies, Annotation, Expiration Of The Superficies, Easement.

ANLAŞMALI BOŞANMA DAVASINDAN SONRA NAFAKA TALEBİNDE BULUNULMASINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

Dr. Arş. Gör. Ayşe KARACA ÖZ
Adana Alparslan Türkeş Bilim ve Teknoloji Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-4806-0171

Özet

Anlaşmalı boşanma, Türk Medeni Kanunu m. 166/III hükmünde yer almıştır. İlgili hükme göre, "*Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır*". Anlaşmalı boşanmanın gerçekleşmesi için bazı şartlar bulunmaktadır. Bu şartlar; evliliğin en az bir yıl sürmüş olması, eşlerin birlikte dava açması ya da eşlerden birinin başvurması üzerine diğerinin boşanma davasını kabul etmesi, hâkimin eşleri bizzat dinleyerek iradelerinin özgürce açıklandığına kanaat getirmesi ve hâkimin boşanmanın mali hükümleri ve çocukların durumu ile ilgili tarafların kabul ettikleri anlaşmayı onaylamasıdır. Anlaşmalı boşanma durumunda, çocukların durumu ve boşanmaya ilişkin mali hükümler icrası mümkün şekilde açıkça protokolde yer almalıdır. Fakat bazı durumlarda taraflar protokolde nafakayla ilgili bir düzenleme yapmamış ve hâkim de bu şekilde boşanmaya hükmetmiş olabilir. Böyle bir durumda boşanma kararından sonra tarafların nafaka talep edip edemeyecekleri hususunda yargı kararları yer almış ve doktrinde tartışmalar yaşanmıştır. Doktrindeki yazarlardan bazıları, anlaşmalı boşanma sonrasında tarafların artık yoksulluk nafakası talep edemeyeceğini savunmuştur. Yargıtay kararlarının büyük çoğunluğunda da anlaşmalı boşanma sonrasında yoksulluk nafakası talebine sıcak bakılmamaktadır. Ancak doktrindeki yazarlardan bazılarına göre ise, anlaşmalı boşanma durumunda eşin nafaka talebinde bulunmadığına dair herhangi bir ibare yer almıyorsa anlaşmalı boşanma davasından sonra yoksulluk nafakası istenebilir. Zira anlaşmalı boşanma davasında mali konuların kamu düzenine ilişkin olmaları sebebiyle karara bağlanmaları gerekir. Hâkim bu konuyu kendiliğinden dikkate almalıdır. Eğer taraflar mali konulara ilişkin bir düzenleme yapmamış hâkim de bu konuları ele almayı ihmal etmiş ise, boşanmadan sonra da tarafların yoksulluk nafakası talep

edebilecekleri savunulmaktadır. Anlaşmalı boşanma davası sonrasında Yargıtay'ın ve doktrinin ortak görüşüne göre iştirak nafakası talep edilebilmesi mümkündür. Zira iştirak nafakası kamu düzenine ilişkin bir nafaka çeşididir. Boşanma davası sonrasında herhangi bir zamanda istenebilir. Çalışmamızda bahsedilen konulara ilişkin meseleler doktrin ve mahkeme kararları çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anlaşmalı Boşanma Protokolü, Boşanma, Boşanmanın Mali Hükümleri, Yoksulluk Nafakası, İştirak Nafakası.

EVALUATION REGARDING THE REQUEST OF ALIMONY AFTER UNCOSTED DIVORCE

Abstract

Uncontested divorce, Turkish Civil Code m. It was included in the provision 166/III. According to the relevant provision, "If the marriage has lasted at least one year, if the spouses apply together or if one spouse accepts the other's case, the basis of the marriage union is deemed to have been shaken. In this case, in order for a divorce decision to be made, the judge must listen to the parties and conclude that their will is freely expressed and approve the arrangement to be accepted by the parties regarding the financial consequences of the divorce and the situation of the children. There are certain conditions for an uncontested divorce to take place. These conditions are; The marriage has lasted at least one year, the spouses sue together or the other spouse accepts the divorce case upon application, the judge listens to the spouses and is convinced that their will has been expressed freely, and the judge approves the agreement agreed by the parties regarding the financial provisions of the divorce and the situation of the children. In the case of an uncontested divorce, the status of children and the financial provisions regarding the divorce should be clearly included in the protocol as far as possible. However, in some cases, the parties may not have made a regulation regarding alimony in the protocol and the judge may have ruled for divorce in this way. In such a case, after the divorce decision, judicial decisions have taken place on whether the parties can demand alimony and there have been discussions in the doctrine. Some of the authors in the doctrine argued that after the consensual divorce, the parties can no longer demand alimony. In the majority of Supreme Court decisions, the request for alimony after uncontested divorce is not welcomed. However, according to some of the authors in the doctrine, if there is no statement that the spouse does not request alimony in the event of a consensual divorce, poverty alimony can be requested after the uncontested divorce case. Because, in the uncontested divorce case, financial issues must be decided because they are related to public order. The judge should consider this matter spontaneously. It is argued that if the parties did not make any arrangements regarding financial issues and the judge neglected to address these issues, the parties could demand alimony even after the divorce. After the uncontested divorce case, it is possible to demand alimony according to the common opinion

of the Supreme Court and the doctrine. Because participation alimony is a type of alimony related to public order. It can be requested at any time after the divorce proceedings. The issues related to the subjects mentioned in our study have been evaluated within the framework of doctrine and court decisions.

Key Words: Contracted Divorce Protocol, Divorce, Financial Provisions of Divorce, Poverty Alimony, Affiliate Alimony.

ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN HAKLARI BAĞLAMINDA ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ İLE GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN YARGITAY KARARLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

Dr. Öğr. Üyesi Duygu KOÇAK DİKER
Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-6915-5236

Özet

Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin arsa üzerinde inşaatı meydana getirme ve teslim etme borcuna karşılık iş sahibi de belirlenen oranda arsa payı veya bağımsız bölümü yükleniciye devretme borcu altına girmektedir. Ülkemizde yaygın bir uygulama alanı olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ile yüklenicilere inşaatın yapımı sırasında arsa payları devredilmektedir. Devredilen arsa paylarının yüklenici tarafından inşaatın yapımında finansman kaynağı sağlamak üzere üçüncü kişilere devri de sıklıkla karşılan bir durumdur. Yüklenicinin vadesinde inşaatı tamamlayarak arsa sahibine teslim etmemesi temerrüdüne neden olmakta, arsa sahibi yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmektedir. Yüklenicinin temerrüdü sonucunda iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması üzerine, devredilen arsa paylarının akıbeti önemli hukuki sorunları beraberinde getirmektedir. Yargıtay yükleniciye devredilen arsa paylarını avans olarak değerlendirmekte ve dönme üzerine üçüncü kişilere karşı iş sahibi tarafından açılan yolsuz tescilin düzeltilmesi davalarını haklı bulmaktadır. Yargıtay'ın bu görüşü, Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmektedir. Ancak katıldığımız görüş uyarınca, Yargıtay'ın bu görüşü Eşya Hukuku sistemimize hâkim tescil ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Yüklenicinin, arsa üzerinde bağımsız bölümler inşa etmeyi ve bunları üçüncü kişilere satmayı üstlendiği, arsa sahibinin ise buna karşılık, yükleniciye, temsil yetkisi vermeyi ve bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satışından elde edilen geliri yüklenici ile paylaşmayı üstlendiği gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinde ise işleyiş farklıdır. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinde, ileride alıcı olabilecek üçüncü kişiler lehine iş sahibi tarafından taşınmaz satış vaadi taahhüdünde bulunulmakta, bağımsız bölümler yükleniciye değil doğrudan alıcı üçüncü kişilere devredilmektedir, bu sayede de hukuki ilişkinin tarafları alıcılar ve iş sahibi olmaktadır. Bu sözleşmeler, doktrinde, eser,

taşınmaz satış vaadi ve vekâlet sözleşmesinin unsurlarını barındıran, tam iki tarafa borç yükleyen ve sonuca katılmalı karma sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Ancak Yargıtay, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerini, adi ortaklık olarak değerlendirmektedir. Yargıtay'ın gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinin hukuki niteliği üzerinden şekillenen görüşü uyarınca, bu tür sözleşmelerin sona ermesi halinde hak sahibi olan üçüncü kişiler, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine göre daha fazla korunmaktadır. İncelememizde her iki sözleşme bakımından üçüncü kişilerin durumuna ilişkin Yargıtay Kararlarının değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi, Üçüncü Kişi, Yüklenici, Arsa Sahibi.

COMPARISON OF THE SUPREME COURT DECISIONS ON CONSTRUCTION CONTRACTS IN RETURN FOR LAND SHARE AND REVENUE SHARING BASED CONSTRUCTION CONTRACTS IN THE CONTEXT OF THE RIGHTS OF THIRD PARTIES

Abstract

In construction contracts in return for land share which are not precisely regulated in the Turkish Code of Obligations, contractor is obliged to construct buildings and to deliver independent parts to landowner, other contracting party landowner is obliged to transfer determined land share to contractor's property. In such contracts, which is a common practice in our country, land shares are transferred to the contractor during construction or at the beginning soon after the contract. In order to obtain financial source for the construction, contractor transfers the land shares to third parties. Contractor's failure to complete the building on time and deliver it to landowner causes default and the landowner terminates the contract due to the contractor's default. When the construction contract in return for land share is terminated by the landowner as a result of the contractor's default, it might cause important legal problems for the third parties. The land shares which are transferred to the contractor are being determined as advance payment by the Supreme Court. Constitution Court also determines in line with the Supreme Court. However, this comment does not comply with the principals of Turkish Law of Property. In revenue sharing based construction contract, the land shares are not transferred to the contractor. The contractor is obliged to construct the building and sell the independent parts of the construction to the third parties, on the other hand, the landowner is obliged to share the revenue from the sales of the independent parts. In revenue-sharing based construction contracts, landowner and the third party become the contracting parties since the landowner is obliged to sell the independent parts or the land shares of the construction for the benefit of third parties without transferring them to the contractor. Prevailing opinion in the doctrine is a revenue-sharing based construction contract is an atypical debt contract that includes the elements of a preliminary contract for real estate sale, contract of work and contract of mandate, which burdens both parties with debt and participate to the result. However, contrary to the doctrine, the Supreme Court considers revenue-sharing based construction contracts as ordinary partnership agreements. According

to the Supreme Court's perspective based on the legal nature of revenue-sharing based construction contracts, the third parties have stronger legal protection than in construction contracts in return for land share. In scope of this study, it is aimed to compare the Supreme Court decisions regarding the situation of third parties in terms of both contracts.

Keywords: Construction Contracts In Return For Land Share, Revenue Sharing Based Construction, In The Context Of The Rights Of Third Parties, Contractor, Landowner.

TÜRK BORÇLAR KANUNU MADDE 344/2 HÜKMÜNÜN HÂKİMİN SÖZLEŞMEYE MÜDAHALESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Tuğçe KILIÇGİL ÇİÇEK
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-4056-4447

Özet

Kira sözleşmesi, TBK da düzenlenen sözleşmelerden birisidir. Kira sözleşmesinin bir çeşidi olan konut ve çatılı iş yeri kiralarının sosyal hukuk boyutu sebebiyle bu sözleşme kanunda ayrıca düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ile kanun koyucu kiracıyı koruyucu bazı düzenlemeler yapmıştır. Zira konut ve çatılı iş yeri sözleşmelerinde kiracı ve kiraya veren taraf eşit konumda değildir. Bu nedenle özellikle kira bedelinin belirlenmesi ve fesih hakkının sınırlandırılması konularında kiracıyı koruma amaçlı bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Konut ve çatılı iş yeri kiralarından kira bedelinin belirlenmesi sorunu ile çok sık karşılaşılmaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan uzayan dönemde kira bedelinin belirlenmesine ilişkin düzenleme de bu amaçla konulmuş bir hükümdür. Kira bedeli, sözleşme serbestisinin ve kanunların bu konuda çizdiği sınırın içinde kalmak koşulu ile serbestçe belirlenebilmektedir. Kira bedelinin belirlenmesi konusunda ihtilafa düşülmesi halinde kira bedelinin belirlenmesi amacıyla dava açılmaktadır. Tarafların uzayan kira dönemi için kira bedelinin belirlenmesi konusunda bir anlaşma yapmamaları halinde TBK m. 344/2 hükmü uygulanacaktır. Bu hükme göre kira sözleşmesinin uzadığı hallerde uzayan dönem için sözleşmede artış oranı belirlenmemişse bu oran tarafların talebi üzerine hâkim tarafından belirlenmektedir. Kanunda belirtildiği üzere hâkim bu belirlemeyi yaparken tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranı dikkate almaktadır. Bu belirleme sırasında hâkimin tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranı, kiralananın durumu ve hakkaniyet ölçütlerini dikkate alarak karar vermesi gerekmektedir.

Tarafların sözleşmede kira artış oranı veya miktarını belirlememeleri halinde sözleşmede boşluk olduğu kabul edilmektedir. Sözleşmede bir boşluk olup olmadığının belirlenmesi için öncelikle sözleşmenin yorumlanması gerekmektedir. Sözleşmenin tamamlanması kurumu ile karşılaşıldığı hallerde hâkim öncelikle tamamlamanın şartlarının oluşup oluşmadığını incelemelidir. Sözleşmenin tamamlanmasının iki

şartı vardır. Bu şartlar, sözleşmenin kurulmuş olması ve sözleşmede boşluk bulunmasıdır. Sözleşmenin tamamlanması sorunu ile karşılaşan hâkim TMK m. 1 hükmünden hareketle bu boşlukları doldurmalıdır. TBK da genel bir tamamlama normu bulunmamaktadır. Bu nedenle hakim, somut olayın şartlarını da dikkate alarak tarafların farazi iradelerini belirleyerek, yedek hukuk kurallarını da dikkate alarak sözleşmedeki boşluğu doldurmalıdır. TBK m. 344/2 hükmü hâkimin sözleşmeye müdahalesinin bir çeşidi olan sözleşmenin tamamlanmasının bir örneğini oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kira, Sözleşme, Hakim, Müdahale, Bedel.

EVALUATION OF THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS ARTICLE 344/2 IN TERMS OF THE JUDGE'S INTERVENTION IN THE CONTRACT

Abstract

The lease contract is one of the contracts regulated in the Turkish Law of Obligations. Due to the social law dimension of residential and roofed workplace rents, which are a type of lease agreement, this agreement is regulated separately in the law. With these regulations, the legislator has made some regulations to protect the tenant. Because the tenant and the lessor are not in an equal position in housing and roofed workplace contracts. For this reason, there are some regulations aimed at protecting the tenant, especially in determining the rental price and limiting the right of termination. The problem of determining the rental price from residential and roofed workplace rents is very common. The regulation on the determination of the rental price in the extended period, which is the subject of our study, is also a provision made for this purpose. In case of disagreement on the determination of the rental price, a lawsuit is filed to determine the rental price. If the parties do not come to an agreement on the determination of the rental price for the extended rental period, Turkish Law of Obligations the provision 344/2 will apply. As stated in the law, the judge takes into account the rate of change in the consumer price index according to the twelve-month averages while making this determination. During this determination, the judge must decide by taking into account the change rate in the consumer price index according to the twelve-month averages, the condition of the leased property and the criteria of equity.

If the parties do not specify the rent increase rate or amount in the contract, it is accepted that there is a gap in the contract. In order to determine whether there is a gap in the contract, the contract must be interpreted first. In cases where the institution of completion of the contract is encountered, the judge should first examine whether the conditions for completion have been met. There are two conditions for the completion of the contract. The judge faced with the problem of completing the contract, Turkish Civil Code starting from provision 1, these gaps should be filled. There is no general completion norm in the Turkish Law of Obligations. For this reason, the judge should fill the gap in the contract by determining the hypothetical will of the parties, taking into account the conditions of the concrete case, and taking into account

the alternate legal rules. Turkish Law of Obligations the provision of 344/2 is an example of the conclusion of the contract, which is a type of the judge's intervention in the contract.

Keywords: Lease, Contract, Judge, Intervention, Charge.

VELAYETTE ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI İLKESİ

Dr. Öğr. Üyesi Süheyla ZORLU
Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-6962-387X

Özet

"Çocuğun üstün yararı ilkesi" çocuk hukukunun temel ilkelerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bu kavram ilk olarak Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesinde "çocuğun yararı" olarak ifade edilmiştir. Daha sonra Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi kabul edilmiş ve burada "çocuğun üstün yararı" kavramı kullanılmıştır. Ulusal hukukumuz bakımından ise Türk Medeni Kanununun birçok hükmünde bu kavrama değinilmektedir. Birçok Yargıtay kararında da değinilen bu temel ilkenin herkesçe kabul edilen bir tanımı mevcut değildir. Ancak kısaca çocuğun yararına olan eylem ve işlemlerin yapılması, çocuğun tarafında olarak hareket edilmesi, çocuk için en iyi görünen çözümün kabul edilmesi olarak ifade edilebilir. Bu kavram ile çocuğun kısa vadeli, dar ve bencil çıkarı kast edilmez; uzun vadeli, geniş kapsamlı, gelecekteki ve toplumsal çevre içindeki çocuk yararı kast edilir. Çocuğun üstün yararına ilişkin değerlendirme yapılırken, çocuk yetişkin biri olmuş olsa idi kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için nasıl bir karar verebileceği düşünülmeli; çocuk için karar verme konumundaki kişinin de aynı yönde karar verebilmesi sağlanmalıdır. Çocuğun içinde bulunduğu her türlü uygulamada göz önünde bulundurulması gereken "çocuğun üstün yararı ilkesi" velayette de uygulanmalıdır. Zira velayetin varlık amacı çocuğun yararı doğrultusunda hayatına devam etmesinin ve yetiştirilmesinin sağlanmasıdır. Velayette çocuğun yararı tespit edilirken çocuğun cinsiyeti, doğum tarihi, eğitim durumu, kimin yanında okumakta olduğu, talepte bulunanın çocuğun eğitim durumu ile ilgilenip ilgilenmediği, sağlığı, sağlık durumuna göre tedavi olanaklarının kimin tarafından sağlanabileceği gibi özel durumuna ilişkin hususlar göz önünde tutulmalıdır. Örneğin çocuğun yaşı hangi ebeveyne ihtiyacının daha fazla olduğunu bakımından ve çocuğun görüşlerinin dikkate alınabilmesi bakımından önemli bir ölçüttür. Yine örneğin çocuğun büyüdüğü, okula gittiği, arkadaşlar edindiği, aidiyet duyduğu çevrenin değiştirilmesi çocuğu olumsuz etkileyeceğinden bu ortamın değiştirilmesine karar verilmesi çocuğun yararına aykırı olacaktır. Yaşı ve olgunluğu ölçüsünde çocuğun görüşüne önem verilmesi ve onun isteğinin öğrenilmesi de çocuğun yararının gözetilmesi sırasında önem

arz eder. Yine örneğin çocuğun kardeşleri varsa çocuğun kardeşleri ile aynı ortamda yaşaması önemsenmeli, çocukların birbirlerinden ayrılmamasına dikkat edilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk Hakları, Soybağının Sonuçları, Çocuğun Üstün Yararı İlkesi, Velayet, Çocuk Hukuku.

THE PRINCIPLE OF THE SUPERIOR BENEFIT OF THE CHILD IN CUSTODY

Abstract

The "principle of the superior benefit of the child" is recognized as one of the basic principles of juvenile law. This concept was first expressed in the United Nations Declaration on the Rights of the Child as "in the best interests of the child". Later, the United Nations Convention on the Rights of the Child was adopted, in which the concept of "superior benefit of the child" was adapted. As for our national law, this concept is mentioned in many provisions of the Turkish Civil Code. There is no universally accepted definition of this basic principle, which is also mentioned in many Supreme Court decisions. But in short, it can be expressed as taking actions and processes that are in the best interest of the child, acting on the child's side, and accepting the solution that seems best for the child. This concept does not mean the short-term, narrow, and selfish interest of the child; but the long-term, wide-range future benefit of the child in the social environment. When evaluating the best interests of the child, it should be considered how she/he can decide for her/his benefit in an event that concerns her/him, even if the child has become an adult; it should be ensured that the person in the position of deciding for the child can decide the same direction. "Principle of the superior benefit of the child" which should be taken into account in all kinds of applications in which the child takes place, should also be applied in custody. Because the main purpose of custody is to ensure that the child is brought up accordingly and continues her/his life in accordance with her/his best interests. When determining the benefit of the child in custody, the below special conditions of the child should be considered; child's gender, date of birth, educational status, with whom she/he studies, the claimant's concern about the educational status of the child, health, according to the health status who could provide the treatment. For example, one should take the age of the child which is an important criterion to take into account which parent she/he needs more. Another example is changing the environment in which the child grows up, attends school, makes friends, and feels belonging will adversely affect the child, so deciding to change this environment will be against the child's best interests. It is also important to pay attention to the child's opinion to the extent of his age and maturity, as well as to find out his desire during the observance of the child's benefit. Again,

for example, if the child has siblings, it should be taken into account that the child lives in the same environment with her/his siblings, and the children should not be separated from each other.

Keywords: The Rights of the Child, the Consequences of the Paternity, The Principle of the Superior Benefit of the Child, Custody, Juvenile Law.

6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILAN BAZI DÜZENLEMELERE İLİŞKİN DÜŞÜNCELER

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet DOĞAR
Harran Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-0730-7366

Özet

Gelişen teknoloji ve Covid-19 pandemisi ile birlikte tüketicilerin satın alma alışkanlıkları değişmiştir. 2014 yılında yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) bazı hükümleri günümüzde tüketiciye istenilen düzeyde koruma sağlayamadığı gibi, ticari hayatta yaşanan dijital değişim ve dönüşümün de gerisinde kalmıştır. Örneğin, ekonomik ömrünü tamamlayan bazı ürünlerin onarım, güncelleme ya da iyileştirme yapılarak tekrar satışa sunulması, yeni getirilen düzenlemelerden biri olarak göze çarpmaktadır. Yenilenmiş ürün olarak da adlandırılan bu tür malların hangi şartlarda, ne şekilde satışa sunulacağı, tüketicilerin satış sonrası nasıl korunacağı, üzerinde tartışılması gereken ve önem arz eden bir konudur. Bu nedenle, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (7392 sy. Kanun) ile bazı yeni düzenlemeler getirilmiş, bazı hükümlerde ise değişikliğe gidilmiştir.

Tüketiciler günümüzde çoğunlukla ürün ya da hizmet satın alma kararını internet üzerinden yapmış oldukları araştırma ve yorumlara göre vermektedir. Özellikle sosyal medya etkileyicilerinin (influencer/fenomen) sosyal medya hesaplarından yapmış oldukları tanıtım ve paylaşımlarından etkilenen tüketiciler, ilgili ürün veya hizmeti satın almak için üretici/satıcı/sağlayıcı ile umumiyetle mesafeli sözleşme kurmakta ve bunu genellikle e-ticaret siteleri aracılığı ile gerçekleştirmektedir. Korona virüs salgını ile beraber sayıları ve işlem hacimleri ciddi oranlarda artan e-ticaret siteleri ise üretici/satıcı/sağlayıcı ile tüketiciler arasında kurulan mesafeli sözleşmelere aracılık etmektedir. E-ticaret sitelerinde gözlenen hızlı büyüme dikkate alındığında tüketicilerin taraf olduğu mesafeli sözleşmeler bakımından bir takım yeni koruma önlemlerinin alınması gerekmekte ve buna bağlı olarak bahsi geçen mesafeli sözleşmelere aracılık eden platformlara yeni yükümlülükler getirilmektedir. Bununla beraber tüketicilerin özel olarak sipariş ettiği bir kısım ürünler bakımından teslim süresi konusunda istisna getirilmektedir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 40-46 arasında düzenlenen ön ödemeli konut satışlarında konutun teslim edilme süresi de değişikliğe uğramıştır. Buna göre, TKHK m. 44'te azami otuz altı ay olarak belirlenen konutun teslim süresi, yapılan değişiklikle beraber kırk sekiz aya çıkarılmaktadır. Bu çalışmada, 7392 sy. Kanun ile getirilen bir kısım düzenlemelerin amacı ve kapsamı açıklanarak, yukarıda kısaca değinilen değişikliklerin tüketici bakımından olumlu ve olumsuz tarafları değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tüketici Hukuku, Mesafeli Sözleşme, Yenilenmiş Ürün, E-Ticaret, Ön Ödemeli Konut Satışı.

AN ANALYSIS OF THE SOME LEGAL PROVISIONS AMENDED IN THE LAW ON THE PROTECTION OF THE CONSUMER NO. 6502

Abstract

The purchasing habits of consumers have changed due to developing technology and the covid 19 pandemic. Some provisions of the Law on the Protection of the Consumer No 6502, cannot provide the consumer with the desired level of protection today, and it is out of date the digital change and transformation in commercial life. For example, some products that have completed their economic life are repaired, updated or improved and offered for sale again, which is one of the new regulations. This products are called refurbished products and under what conditions and in what way this products will be offered for sale, how consumers will be protected after sales is an important issue that needs to be discussed. As a matter of fact, with the Law on the Amendment of the Law on the Protection of the Consumer (Code no. 7392), some new regulations have been introduced, and some provisions have been amended.

Today, consumers mostly make their decision to purchase a product or service based on the research and comments they have made over the internet. Consumers, who are especially affected by the promotions and shares of social media influencers on their social media accounts, often establish distance contracts with the manufacturer/seller/provider to purchase the relevant product or service, and this is done through e-commerce sites. E-commerce sites, whose sales rates have increased significantly with the corona virus epidemic, brokerage the distance contracts established between the producer/seller/supplier and the consumers. Considering the rapid growth observed in e-commerce sites, some new protection measures need to be taken in terms of distance contracts to which consumers are a party, therefore some new obligations are imposed on the platforms that brokerage the mentioned distance contracts. However, an exception is made in terms of delivery time for some products specially ordered by consumers.

In prepaid housing sales, which regulated by art. 40-46 on Law No. 6502, the delivery time of the residences has changed. The delivery period of a residence, which was determined as a maximum of thirty six months in art. 44, was increased to forty eight months with the amendment made.

In this study, the purpose and scope of the new regulations (according to Law No. 7392) will be explained and the positive and negative aspects of the changes briefly mentioned above will be evaluated for the consumer.

Keywords: Consumer Law, Distance Contract, Refurbished Product, E-Commerce, Prepaid Residence Sales.

YOKSULLUK NAFAKASINA İLİŞKİN GÜNCEL TARTIŞMALAR

Av. Dr. Şebnem NEBİOĞLU ÖNER
Ankara Barosu
ORCID ID: 0000-0002-3827-6032

Özet

Türk Medeni Kanunu evlilik birliğini sadece maddi bir birliktelik olarak ele almamış, manevi yönü ağır basan bir birliktelik olarak tasarlamıştır. Bu bağlamda TMK 185. maddede "Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler. Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar." hükmüne, 186. maddesinde ise "Birliği eşler beraberce yönetirler. Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar." düzenlemesine yer verildiği görülmektedir. Bu düzenlemelerin tümü, evlilik birliğin manevi yönüne, bu bağlamda eşler arasında evlilik boyunca sürdürülmesi gereken yardım ve dayanışma yükümlülüğüne işaret eden hükümlerdir. Ancak kanun koyucu evliliğe atfettiği manevi değer nedeniyle, bu yükümlülüğün yalnızca evlilik süresince devamını öngörmemiş, belirli konularda ve belirli koşullarla, evlilik birliğinin sona ermesini takip eden süreçte de devam edeceğini öngörmüştür. İşte yoksulluk nafakası olarak ifade edilen ve özellikle "süresizlik" karakteri taşıyıp taşımadığı noktasında halen yoğun tartışmaların odağında olan yükümlülük de bu bakış açısının bir ifadesidir. Evliliğin boşanma ile sona ermesinin mali sonuçlarından birisi olarak ele alınsa da aslında, aslında bu düzenleme maddi yönü ile beraber, evlilik birliğinin yardım ve dayanışma yükümlülüğünün birlik sonrasında da devam etmesini sağlayan manevi bir yükümlülüğü de ifade etmektedir. Benzer amacı taşıyan düzenlemelerin TMK'nın diğer maddelerinde de yer aldığı görülmektedir. Örneğin, aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesine ilişkin olarak TMK'da yer verilen özel hükümler de, eşler arasındaki yardım ve dayanışma yükümlülüğünün evlilik birliği sonrasına da taşınmasının bir diğer aracıdır.

TMK'nın 175. maddesinde yoksulluk nafakasına hükmedilmesinin koşulları, 176. maddede ise nafakanın kaldırılması veya miktarının tarafların sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınarak uyarlanabilmesi imkânı öngörülmektedir. Bununla birlikte, 175. maddede yer verilen "süresiz olarak nafaka isteyebilir" ifadesinden hareketle, tartışma

nafakanın süresizliği meselesi ekseninde yürütülmektedir. Kanunda yer alan "süresiz olarak nafaka isteyebilir" ifadesinin talep hakkı sahibine yönelik olduğu, bu hükmün yargı organına her koşulda süresiz olarak nafakaya hükmetme zorunluluğu yüklemediği, bilakis bu algının yargı kararlarındaki hatalı değerlendirmeler sonucunda oluştuğu sıklıkla dile getirilmektedir.

Bu bağlamda "nafakanın süresizliği" tartışmasında, ortada normatif bir problem mi yoksa uygulamadan kaynaklanan bir sorun mu olduğu noktasındaki tespit ve değerlendirmeler önem taşımaktadır. Bu kapsamda söz konusu mesele, birçok özel hukuk ilişkisinde olduğu gibi Anayasal temel hak güvenceleri ile yakından bağlantılı olup, özellikle Anayasa'nın 2., 17., 20. ve 41. maddeleri dikkate alınmaksızın sağlıklı şekilde çözümü ve tanzimi imkansızdır. Anayasa Mahkemesinin norm denetimi ve özellikle bireysel anayasa şikâyeti bağlamında verdiği güncel kararların konuyu ele alış biçimi de, sorunun tespiti ve çözümünde hayati önemi haizdir.

Bu kapsamda tebliğde, nafakanın süresizliği tartışmasının temel nedeni, bu tartışmaya yargısal kararların ve özellikle anayasal içtihadın etkisi üzerinde durulacaktır. Bu suretle olası bir Kanun değişikliğinin etkisi hakkında önerilerde bulunularak, yasa koyucu ve hukuk uygulamacıları tarafından ortak ilkelerin benimsenmesine olanak sağlayan bir zemin oluşturulması çabasına katkı sunulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yoksulluk, Yoksulluk Nafakası, Yoksulluk Nafakasının Ödenme Süresi, Nafakanın Süresizliği, Evliliğin Yardım ve Dayanışma Yükümlülüğü.

CURRENT DISCUSSIONS ON POVERTY ALIMONY

Abstract

The Turkish Civil Code has not considered the marriage union only as a material union, but also has designed this institution as a union whose spiritual aspect predominates. Articles 185 and 186 of the Turkish Civil Code can be evaluated in this context. These regulations are provisions that point to the spiritual aspect of the marriage union, and in this context, it should be maintained throughout the marriage. The obligation, which is expressed as poverty alimony, and which is still the focus of more intense debate, especially at the point of whether it has the character of "indefiniteness", is also an expression of this point of view. Although it is considered as one of the financial consequences of termination of the marriage with divorce, in fact, this arrangement, together with its financial aspect, also expresses a moral obligation that ensures the continuation of the obligation of solidarity and aid of the marriage after the union. It is seen that the regulations with a similar purpose are also included in other articles of Turkish Civil Code in connection with family dwelling.

Article 175 of the Turkish Civil Code regulates the conditions of poverty alimony, on the other hand Article 176, provides for the possibility of revoking alimony or adapting its amount by taking into account the social and economic conditions of the parties. In this context, based on the expression "can demand alimony for subsistence of the other party indefinitely" in Article 175, the discussion is handled as the issue of the duration of alimony. It is generally stated that this expression is directed towards the right holder, that this provision does not impose an obligation on the judicial body to decide on alimony indefinitely under all circumstances, on the contrary, this perception is formed as a result of faulty evaluations in the judicial decisions.

In this context, determinations and evaluations on whether there is a normative problem or a problem arising from implementation are important in the discussion of "the duration of alimony". This issue, like many private law relations, is closely related to the constitutional fundamental rights guarantees, and it is impossible to regulate it properly without considering the relevant articles of the Constitution. The way in which the Constitutional Court deals with the issue in the context of constitutionality review (actions for annulment and objection) and

especially individual application is of vital importance in determining and solving this problem.

In this study, the main reason for the debate on the duration of poverty alimony and the effect of judicial decisions and especially constitutional jurisprudence on this debate will be emphasized. In this way, it is aimed to contribute to the effort of establishing a ground that allows the adoption of common principles by legislators and law practitioners by making suggestions about the impact of a possible amendment.

Keywords: Poverty, Poverty Alimony, Duration of Poverty Alimony, Indefiniteness of Alimony, the Obligation of Solidarity and Aid of The Marriage.

MİRASBIRAKANIN SAKLI PAY KURALLARINI ETKİSİZ KILMAK AMACIYLA YAPTIĞI KAZANDIRMALARIN TENKİSİ

Arş. Gör. Övgü Sıla KAYAM
Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-8057-1521

Özet

Türk Hukukunda altsoy, ana-baba ve sağ kalan eş saklı paylı mirasçı olarak kabul edilmektedir (TMK m. 505, 506). Bu kişilerin mirasçı sıfatını kazanması halinde, miras haklarının bir kısmı saklı pay niteliğinde olup, koruma altındadır. Saklı pay, söz konusu yasal mirasçılara tanınan ve mirasbırakanın üzerinde tasarruf edemediği miras hissesini ifade etmektedir. Malvarlığının saklı paylar toplamı dışında kalan bölümü açısından ise mirasbırakanın serbestçe tasarruf hakkı bulunmaktadır (TMK m. 505/I).

Mirasbırakan, vasiyetname ya da miras sözleşmesi şeklindeki ölüme bağlı tasarruflarla veya sağlararası karşılıksız kazandırmalarla malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği kısmı aşarak mirasçılarının saklı paylarına tecavüz ederse, işbu hukuki işlemlerin, saklı payları ihlal ettikleri oranda etkisizleştirilmeleri, henüz ifa edilmemişlerse mirasçıların bunları ifa borcundan kurtulması, ifa edilmiş olmaları halinde ise saklı pay oranında iadeleri gerekir. Yasal şartların gerçekleşmesi üzerine saklı payların bu surette korunmasına tenkis denilmektedir. O halde tenkis olarak adlandırılan hukuki kurum, mirasbırakanın saklı paya tecavüz eden tasarruflarının bu tecavüz oranında indirilmesi ve bu indirilen kısmın saklı paylı mirasçıya tahsis olunmasını konu almaktadır.

Mirasbırakanın saklı payı ihlal eden ölüme bağlı tasarruflarının tamamı tenkise tabi olmakla birlikte, sağlararası karşılıksız kazandırmalar istisnaen tenkis edilmektedir. Nitekim mirasbırakanın sağlararası karşılıksız kazandırmalarından hangilerinin tenkise tabi tutulacağı TMK m. 565 hükmünde sınırlı olarak sayılmıştır. Saklı paylı mirasçılara tenkis imkanı tanınan sağlararası karşılıksız kazandırmalardan biri de mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalardır (TMK m. 565/b.4). İlgili hüküm incelendiğinde, Yasa'da öngörülen niteliklere sahip sağlararası kazandırmalar tenkise tabi tutulurken, bu özellikleri taşımayan kazandırmaların tenkise konu edilmediği göze çarpmaktadır. Mirasbırakanın malvarlığı üzerindeki

tasarruf özgürlüğüne ağır müdahale teşkil ettiği ve ancak Yasa'da belirtilen niteliklerin bulunması halinde gündeme geldiği için, sağlararası kazandırmaların hangi şartlarla tenkise tabi tutulacağının belirlenmesi son derece önemlidir. Nitekim bu çalışmada da mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı sağlararası kazandırmaların tenkisi sorunsalı ele alınmaktadır. Çalışmamızın konusu itibariyle, öncelikle bahsi geçen sağlararası kazandırmaların tenkise tabi olmasının şartları irdelenecek; ardından, Yargıtay kararları ışığında uygulamada sıklıkla karşılaşılan örnekler üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tenkis, Saklı Pay İhlali, Muris Muvazaası, Mal Kaçırma Amacı, Miras Hukuku.

REDUCTION OF THE SAVINGS MADE BY THE THE TESTATOR TO DEACTIVATION THE RESERVED PORTION RULES

Abstract

In Turkish Law, descendants, parents and surviving spouses are accepted as heirs with reserved portions (TCC a. 505, 506). In the event that these persons gain the title of heir, some of their inheritance rights are in the nature of reserved portion and are under protection. The reserved portion refers to the inheritance share that is given to the legal heirs in question and that the testator cannot dispose of. In terms of the part of the assets other than the total of the reserved portions, the testator has the right of free disposal (TCC a. 505/I.)

If the testator, infringes the reserved portions of his heirs by exceeding the portion on which he can freely dispose of his assets through testamentary dispositions in the form of wills or inheritance contracts or through gratuitous gains, these legal proceedings shall be rendered ineffective to the extent that they violate the reserved shares. If they have not been fulfilled, the heirs must be relieved of their obligation to perform them, if they have been performed, they must be returned at the rate of the reserved portion. The protection of the reserved portion in this way upon the realization of the legal conditions is called reduction. Indeed, the legal institution called reduction is about reducing the savings of the testator that infringes on the reserved portion at the rate of this infringement and allocating this reduced portion to the heir with the reserved share.

While all of the testamentary dispositions of the testator that violate the reserved portion are subject to reduction, gratuitous gains are exceptionally reductioned. Indeed, which of the unrequited gains of the testator will be subject to reduction, it has been counted as limited (TCC a. 565). One of the gratuitous gains that are given to the heirs with reserved portions are the obvious gains made by the testator so that neutralize the reserved share rules. When the relevant article of the law is examined, it is striking that while the gains between the people with the qualifications stipulated in the Law are subject to reduction, the gains that do not have these characteristics are not subject to reduction. It is extremely important to determine under which conditions the gains between the people will be subject to reduction, since it constitutes heavy interference with the freedom of disposition on the property of the testator and comes to the agenda only if the qualifications specified

in the Law are present. Thus, in this study, the problem of the reduction of the gains made by the testator so that neutralize the reserved portion rules is discussed. In terms of our study, firstly, the conditions for the mentioned gain to be subject to reduction will be examined, then the examples that are frequently encountered in practice will be emphasized in the light of the Supreme Court Decisions.

Keywords: Reduction, Breach of Reserved Portion, Decedent Collusion, Purpose Of Hiding Assets, Inheritance Law.

GÜNCEL GELİŞMELER IŞIĞINDA DİJİTAL TEREKE KAVRAMININ İNCELENMESİ

Öğr. Gör Hilal DAVER
Kocaeli Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu
ORCID ID: 0000-0002-7961-1079

Özet

Sürekli değişen ve gelişen dijital dünya, yaşamın her alanı gibi hukuk sahasında da etkiler doğurmaktadır. Web siteleri, yüksek takipçili sosyal medya hesapları, kripto paralar, çevrimiçi mağazalarda müşteriye tanınan ayrıcalık, indirim ve hediye çekleri, e-postalar, kişilerin dijital ortamda sakladıkları yazı ve fotoğrafları, son zamanlarda gittikçe artan Metaverse evrenindeki satın alımlar (söz gelimi arsa satışları) dijital varlıklardan ilk akla gelenlerdir.

Dijital varlığa sahip kişilerin ölümü halinde bu varlıklarının akıbetinin ne olacağı, tereke içerisinde yer alıp almayacakları miras hukukunun güncel ve tartışmalı konularındandır. Türk Medeni Kanunu m. 599/II'de mirasçılara intikal edecek haklar arasında *"diğer malvarlığı haklarının"* da bulunduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla mirasbırakanın dijital varlık ve verilerini ifade eden dijital terekenin, hükümde geçen diğer malvarlığı hakları içinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tespit edilmelidir. Konu ile ilgili Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesinin 13.11.2020 tarihli ve 2020/1149 E. 2020/905 K. sayılı kararında, dijital tereke hakkında bazı tespitler yer alsa da aydınlatılması gereken birçok nokta açıklanmamıştır. Bu nedenle dijital tereke hususunda daha detaylı açıklamalar içeren ve yol gösterici nitelik taşıyan Alman Federal Mahkemesinin 12.07.2018 tarihli kararı başta olmak üzere mukayeseli hukuktaki gelişmeler de dikkate alınmalıdır.

Son zamanlarda pek çok dijital hizmet sunucusu, kullanıcısına hesap varisi belirleme olanağı tanımaktadır; ancak böyle bir belirleme yapılmadıysa özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması ilkeleri karşısında nasıl hareket edileceği muğlaktır. Para ile ölçülebilir değeri olan dijital varlıklar söz konusu olduğunda daha net belirlemeler yapılabilirken mirasbırakanın para ile ölçülebilen değeri bulunmayan e-postalarının, dijital ortamdaki yazı ve notlarının, görüntü ve ses kayıtlarının mirasçılara intikal edip etmeyeceği konusu postmortal haklarla çelişebileceği gerekçesiyle belirsizlik taşımaktadır.

Dijital tereke kavramı incelenmesinde, dijital servis sunucusu şirketlerle yapılan sözleşmelerin niteliği oldukça önemlidir. Bu sözleşmelerin eser, hizmet, kira, vedia, satış ya da lisans sözleşmesi şeklinde nitelendirilmesi dijital varlığın mirasçıya intikali noktasında önem arz edebilecektir. Ayrıca dijital hizmet sunucularının hazırladığı ve hesabın kullanıma açılması için kabulü zorunlu genel işlem şartlarında, bu hesapların mirasçılara intikal etmeyeceği belirtilmişse böyle bir düzenlemenin geçerliliği de tartışılmalıdır.

Çalışmamızın amacı dijital tereke kavramını detaylı şekilde inceleyerek tartışmalı noktaları irdelemek, Türk Hukukunda konuya ilişkin uygulanabilir hükümler olup olmadığını tespit etmek ve mukayeseli hukuktaki gelişmeler ışığında çözüm önerileri sunmaktır.

Anahtar Kelimeler: Dijital Tereke, Külli Halefiyet, Malvarlığı Değerleri, Kişisel Verilerin Korunması, Dijital Varlık.

EXAMINING THE CONCEPT OF DIGITAL HERITAGE IN THE LIGHT OF CURRENT DEVELOPMENTS

Abstract

The ever-changing and developing digital world has effects in the field of law as well as in all areas of life. Websites, social media accounts with high followers, cryptocurrencies, privileges granted to customers in online stores, discounts and gift certificates, e-mails, texts and photos of people stored digitally, increasingly purchases (for example, land sales) in the Metaverse universe are the first to come to mind from digital assets.

In the event of the death of people with digital assets, what will be the future of these assets and whether they will be included in the inheritance are current and controversial issues of inheritance law. Article 599/II of the Turkish Civil Code states that "other property rights" are among the rights that will be passed on to the heirs. Therefore, it should be determined whether the digital heritage, which represents the digital assets and data of the legator, will be considered within the scope of the provision.

There are various determinations on the subject in a decision of the Antalya Regional Court of Justice, but in this decision, many aspects were not disclosed. For this reason, developments in comparative law should be taken into account, especially the decision of the German Federal Court dated 12.07.2018, which contains more detailed explanations on digital inheritance.

Recently, many digital media allow its users to set an account heir. However, if such a determination has not been made, it is unclear how to act against the principles of privacy and protection of personal data. While clearer determinations can be made in digital assets with measurable monetary value, it remains unclear whether the e-mails, texts and notes, image and sound recordings of the inheritor that have no monetary value can be transferred to their heirs.

The nature of the contracts with digital service providers is very important in examining the concept of digital heritage. The characterization of these contracts as service, rental, sale or license agreements is important for the transfer of the digital asset to the heir. In addition, if it is stated in the general transaction conditions prepared by the digital service providers that these accounts will not be passed

on to the heirs, the validity of such an arrangement should be discussed.

The aim of our study is to examine the concept of digital heritance in detail, to determine whether there are applicable provisions in Turkish Law on the subject and to offer solutions in the light of developments in comparative law.

Keywords: Digital Heritance, Universal Succession, Asset Values, Protection Of Personel Data, Digital Assets.

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN TÜKETİCİ İŞLEMİ SAYILIP SAYILAMAYACAĞI SORUNU

Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-3913-245X

Özet

Arsa sahibinin yükleniciye verilecek bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarını ona devretme yükümlülüğünü üstlendiği, yüklenicinin de arsa üzerine bina yaparak kararlaştırılan bağımsız bölüm veya bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi vaad ettiği sözleşmeler arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Bir tarafını arsa sahibinin diğer tarafını ise yüklenicinin oluşturduğu bu tür sözleşmeleri Yargıtay tüketici işlemi olarak kabul etmemekte ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tüketici mahkemesinin görev alanına girmediğine karar vermektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi tarafından güdülen gaye, kullanmak için konut edinmek değil arsasını değerlendirmektir. Kanaatimizce peşin bir kabulle bu tür sözleşmeleri tüketici işlemi dışında görmek Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)'daki tüketici işlemi tanımına uygun değildir. Her somut olayda durumun hâkim tarafından incelenmesi gerekir. Zira 28 Mayıs 2014'de yürürlüğe giren 6502 sayılı TKHK tüketici işlemini tanımlarken sözleşmenin türüne önem atfetmemiştir. Gerçekten de kanun koyucu herhangi bir tartışmaya mahal vermemek için tüketici işlemini; mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem olarak tanımlamıştır. Görüldüğü gibi bir işlemin tüketici işlemi sayılabilmesi için TKHK anlamında mal ve hizmet sağlanmasını konu edinmesi ve taraflarının da yine TKHK'da belirtilen tüketici-satıcı/sağlayıcı konumunda bulunması yeterlidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin ticari veya mesleki amaçlarla hareket ettiğinde kuşku yoktur. Sözleşmenin karşı tarafını oluşturan iş sahibi somut olayda arsanın devri karşılığında kendisi veya yakınlarının kullanımı için konut veya tatil amaçlı taşınmaz edinmek amacıyla sözleşmeye taraf olmuşsa (yani ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmişse) tüketici işleminden bahsetmek mümkün olur. Bu

noktada yükleniciye bedelini ödeyerek kullanmak amacıyla konut veya tatil amaçlı taşınmaz mal edinen biri ile arsasını vererek yine kullanmak amacıyla konut veya tatil amaçlı taşınmaz edinmek isteyen biri arasında ayrım yapmak kanaatimizce TKHK'nın amacına aykırıdır. Zira her iki durumda da yüklenici karşısındaki kişiler, eşit şekilde korunmaya değerdir.

Anahtar Kelimeler: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Tüketici, Tüketici İşlemi, Konut veya Tatil Amaçlı Taşınmaz.

THE PROBLEM OF WHETHER CONSTRUCTION CONTRACTS IN RETURN FOR LAND SHARES CAN BE CONSIDERED A CONSUMER TRANSACTION

Abstract

Contracts in which the land owner undertakes to transfer the land shares of the independent sections to be given to the contractor, and the contractor promises to build on the land and deliver the determined independent section or sections to the land owner are called construction contracts in return for land share. Supreme Court does not accept such agreements, one side of which is formed by the land owner and the other side of the contractor, as consumer transactions and decides that the disputes arising from these agreements do not fall under the jurisdiction of the consumer court. According to the Supreme Court; The aim pursued by the land owner in construction contracts in return for land share is not to acquire a house for use, but to evaluate the land.

In our opinion, it is not in accordance with the definition of consumer transaction in the Law on the Consumer Protection Law (TKHK) to consider such contracts outside the consumer transaction with a prior acceptance. In each concrete case, the situation must be examined by the judge. Because TKHK numbered 6502, which entered into force on May 28, 2014, did not attach importance to the type of contract while defining the consumer transaction.

In order to avoid any discussion, the consumer transaction is a work, transportation, brokerage, insurance, work, transportation, brokerage, insurance policy established between real or legal persons acting for commercial or professional purposes, including public legal entities in the goods or service markets, or acting on behalf of or on behalf of the consumer. It is defined as all kinds of contracts and legal transactions, including contracts of attorney, banking and similar contracts. As can be seen, in order for a transaction to be considered a consumer transaction, it is sufficient that it deals with the provision of goods and services in the sense of TKHK and that the parties are also in the position of consumer-seller/provider as specified in the TKHK.

There is no doubt that the contractor acts for commercial or professional purposes in the construction contract in return for land share. If the business owner, who is the opposite party of the contract, has become a party to the contract in order to acquire residential or

holiday immovables for himself or his relatives in return for the transfer of the land in the concrete case (that is, if he has acted for commercial or non-professional purposes), it is possible to talk about the consumer transaction. In this case, in our opinion, it is contrary to the purpose of the TKHK to distinguish between the situation of the person who acquires immovable for residential or holiday purposes in order to use it by paying the price, and the situation of the person who wants to acquire real estate for residential or vacation purposes in exchange for his land. Because in both cases, the people against the contractor are equally worthy of protection.

Keywords: Construction Contract in Return For Land Share, Consumer Protection Law, Consumer, Consumer Transaction, Residential or Vacation İmmovable.

ISMARLANMAYAN ŞEYİN GÖNDERİLMESİNDEN DOĞAN ZARARIN TAZMİNİ

Dr. Öğr. Üyesi Ayça ZORLUOĞLU YILMAZ
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-7250-4097

Özet

Bir sözleşme ilişkisinin kurulabilmesi için karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığı aranmaktadır. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin bulunmaması, sözleşmenin geçersizliği sonucu doğurur. Sözleşmenin kurulması amacıyla muhataba zaman itibariyle önce yöneltilen irade beyanına öneri; bu öneriye uygun olarak sözleşmenin kurulmasını sağlayan varması gerekli irade beyanına ise kabul adı verilmektedir. Tanıtım, reklam gibi amaçlarla talep edilmeyen bir ürünün veya hizmetin gönderilmesi durumunda TBK md 7 hükmü bunun bir öneri niteliği taşımadığı açıkça kabul edilmiştir. Bu hüküm 2012 yılında Türk Borçlar Kanunu'nun kabulü ile ortaya konulmuş yeni bir hükümdür. TBK md 7 gereğince, ısmarlamadığı bir şeyi alan kimse, bu malı saklamak veya sahibine göndermek zorunda değildir. Benzer bir konuyu düzenleyen hüküm Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun md 7'de de bulunmaktadır. TKHK md 7 gereğince de sipariş edilmeyen bir malın gönderilmesi veya hizmetin sunulması halinde tüketicinin herhangi bir beyanda bulunması gerekmez. Tüketicinin, böyle bir durumda sessiz kalması, hatta ürünü veya hizmeti kullanması dahi bir kabul beyanı olarak kabul edilemez. Konuya ilişkin olarak mehaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu md 6a hükmü değerlendirildiğinde de benzer bir düzenlemenin kabul edilmiş olduğu görülmektedir. İBK md 6a/3 hükmünde ayrıca sipariş edilmeyen ürünün yanlışlıkla gönderildiği açıksa, alıcıya göndericiyi bilgilendirme yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu düzenleme Türk hukukunda yer almamıştır.

Ismarlanmayan şeyin gönderilmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalı bir konudur. Ismarlanmayan şeyin iadesinin nasıl sağlanacağı meselesi hususunda tartışmalar sürmektedir. Bu tartışmaların temelini de ısmarlanmayan şeyin gönderilmesinin öneri sayılmaması sebebiyle sözleşme ilişkisinin kurulmamış olması oluşturmaktadır. Bu konuda farklı hukuk sistemlerinde yer alan düzenlemelerin konuya bakış açısı irdelenmelidir. Çalışmamızın asıl konusunu ise, ısmarlanmayan bir mal veya hizmetin kullanılması durumunda bir zarar doğduğunda

bunun tazmininin hangi hukuki müesseseye dayanarak talep edilmesi gerektiği meselesi oluşturmaktadır. Ismarlamayan şeyin gönderilmesi bir öneri niteliği taşımadığından sözleşme de kurulmuş olmamaktadır. Bu takdirde, ısmarlanmayan şeyin kullanılması sonucu bedensel veya eşya zararı meydana geldiğinde, bu zararın tazmini için hangi temele dayanılması gerektiği hususu açığa kavuşturulmalıdır. Bu konu kanunda düzenlenmiş değildir. Böyle bir durumda zararın tazmini bakımından, ortada bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından haksız fiil hukukunun uygulanması gerektiği ileri sürülebilir. Bu takdirde TBK md 49 hükmünde düzenlenen kusur sorumluluğu çerçevesinde konu ele alınmalıdır. Kusur sorumluluğu gereğince, tazminin sağlanabilmesi için fiil, hukuka aykırılık, illiyet bağı, zarar ve kusur unsurlarının gerçekleşmesi aranır. Konumuz bakımından özellikle kusur unsuru önem taşımaktadır. Şöyle ki, TBK md 50 gereğince zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurlu olduğunu ispat yükü altındadır. Buna göre ısmarlanmayan şeyi kullanarak zarar gören kişi, zararının tazmin edilmesini sağlamak için, bu zararın oluşmasında göndericinin kusurlu olduğunu ispat etmek zorunluluğu altında kalmaktadır. Belki de daha önce hiç duymadığı, haberdar olmadığı, işletme iç işleyişini bilmediği bir göndericinin eylemlerini ve kusurunu ispat yükü altında bırakmak kanaatimizce kendisine tanıtım amacıyla gönderilen bir mal veya hizmeti güven duyarak sadece merak saiki ile kullanan alıcı üzerine hakkaniyete aykırı kabul edilebilecek bir külfet yüklemektedir. Aslında göndericinin de bu mal veya hizmeti göndermesindeki amaç, ileride bir sözleşme kurulmasına ilişkin zemin ve güven tesis etmektir. Bu sebeple ısmarlanmayan şeyin gönderilmesi sonucu alıcıda oluşan zararın tazmini meselesini ayrıntılı olarak ele alınmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Ismarlanmayan Şey, Sipariş Edilmeyen Mal Ve Hizmet, Tazminat, Tüketici, Sözleşme.

COMPENSATION FOR DAMAGES ARISING FROM SENDING UNORDERED GOODS

Abstract

In order to establish a contractual relationship, the existence of mutual and appropriate declarations of will is sought. A proposal is a declaration of intent addressed to the addressee beforehand for the purpose of establishing the contract. In case of sending a product or service for purposes such as promotion or advertisement that is not requested, is not seen as a proposal in the TCO Article 7. Pursuant to Article 7 of the TCO, the recipient is not obliged to return or keep unsolicited goods. A similar provision is also found in Article 7 of the Law on the Protection of the Consumer and in Article 6a of the SCO. In the SCO Article 6a/3, where unsolicited goods have obviously been sent in error, the recipient is obliged to inform the sender. This regulation is not included in Turkish law.

Discussions continue on the issue of how to ensure the return of the unordered thing. The basis of these discussions is the fact that the contractual relationship has not been established since sending the unordered thing is not considered a proposal. In this regard, the point of view of the regulations in different legal systems should be examined. The main subject of our study, on the other hand, is the issue on which legal institution the compensation should be demanded when a loss occurs in case of use of a non-ordered good or service. Since sending the non-ordered thing is not a proposal, the contract is not established. In this case, when bodily or property damage occurs as a result of the use of the non-ordered thing, it should be clarified on what basis the compensation for this damage should be based on. In such a case, it can be argued that the tort law should be applied since there is no contractual relationship. So it should be handled with the liability for fault regulated in Article 49 of the TCO. In the liability for fault, the elements of act, illegality, causal link, damage and fault are sought to obtain compensation. In terms of our subject, the element of defect is especially important. Namely, in Article 50 of the TCO, the injured party is under the burden of proving the damage and the fault of the person who caused the damage. Accordingly, the person who has been damaged by using the non-ordered thing is under the obligation to prove that the sender was at fault in the occurrence of this damage in order to get compensation. In our opinion, it imposes a burden that can be considered unfair, to put the recipient,

who uses a good or service sent to him unsolicitly. In fact, the purpose of the sender by sending this good is to establish the basis and confidence for the contracts in the future. For this reason, the issue of compensation for the damage caused to the recipient as a result of sending the non-ordered thing should be discussed in detail.

Keywords: Unsolicited supplies, unordered goods and services, compensation, consumer, contract.

YABANCI PARA BORÇLARINA İLİŞKİN KEFALET SÖZLEŞMESİNDE UYARLAMA

Prof. Dr. Dr. Mehmet KILIÇ
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-0788-5062

Özet

Borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği bir sözleşme olan kefalet sözleşmesi, esas itibariyle, teminat amacı güden bir sözleşmedir. Bu sözleşme gereğince kefil; bir borç ilişkisinde borçlunun borcunu ifa etmemesinin her türlü sonucundan sorumlu olmayı alacaklıya karşı taahhüt etmektedir. Dolayısıyla alacaklı da bu teminat taahhüdüne güvenerek, borçlu ile borç ilişkisine girmekte, belki de bu taahhüt sebebiyle borçluya kredi vermekte, borçlunun sözleşme ilişkisine girmesini kul etmektedir. Ancak sözleşmenin imzalanmasından sonra, taraflarca öngörülemeyen bazı olaylar ortaya çıkabilir ve bu durum asıl borçlunun borcunu ifasını imkânsız aşırı güçleştirdiği gibi bu durum aynı zamanda kefilin kefalet sözleşmesinden doğan borcunun ifasını da aşırı derecede güçleştirmiş olabilir. Bu durumda gerek borçludan gerekse kefilden borcun ifasının beklemek; dürüstlük kurallarına açıkça aykırı düşecek bir duruma gelmiş olabilir. İşte bu gibi durumları göz önüne alan Kanun koyucu sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını temin amacıyla TBK. m. 138'i kabul etmiş; bunu aynı zamanda yabancı para borçlarına da teşmil etmiştir.

TBK. m. 138 hükmü; genel bir uyarlama hükmü olup; kanunda özel olarak düzenlenmiş olan uyarlama halleri dışında kalan durumlarda uygulanabilecek nitelikte bir hükümdür. Dolayısıyla, kefalet sözleşmesi için kanundan doğan bir uyarlama olarak kabul edilen TBK. m. 599 dışında, diğer hallerde kefalet sözleşmesi için de uygulanıp uygulanamayacağı ve bunun şartlarının incelmemesi önem kazanmaktadır.

6098 sayılı Kanunun 138. maddesiyle kabul edilen bu düzenleme; özel olarak uyarlama hükmüne yer verilen borç ilişkileri dışında kalan diğer bütün borç ilişkilerinde ve bu arada yabancı para borçlarını konu alan borç ilişkilerinde de uygulanacak bir düzenlemedir. Yabancı para borçlarında TBK. m. 138 gereğince uyarlama mümkün olmakla birlikte, bu düzenlemenin yabancı para borçlarına kefalette uygulanıp uygulanamayacağı ve özelikle tüzel kişilerin kefil olduğu yabancı para

borçlarında uygulanıp uygulanamayacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle tebliğde, yabancı para borçlarına kefalet halinde TBK. m. 138 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı; uygulanacak ise bunun uygulama şartlarının ne olacağına ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uyarlama, Uyarlama Şartları, Kefalet, Yabancı Para Borcu, Kefalet Sözleşmesinde Uyarlama.

THE ADAPTION OF THE SURETY CONTRACT REGARDING TO FOREIGN CURRENCY DEBTS

Abstract

The surety contract is a contract that the sponsor undertakes to be personally responsible for the consequences of the debtor's failure to pay debts, in essence, it is a contract for the purpose of collateral. The guarantor pursuant to this contract; undertakes to the creditor to be responsible for all kinds of consequences of the debtor's failure to perform his debt in a debt relationship. Therefore, the creditor also enters into a debt relationship with the debtor by relying on this guarantee commitment, perhaps by giving credit to the debtor due to this commitment, and accepting the debtor's entering into a contractual relationship. However, after the signing of the contract, some unforeseen events may occur by the parties, and this situation may make the performance of the debt of the main debtor impossible and exceedingly difficult, and this situation may also make it extremely difficult for the surety to perform the debt arising from the surety contract. In this case, to expectation of the performance of the debt from both the debtor and the guarantor may have come to a position that would clearly violate the rules of honesty. Taking such situations into account, the legislator has adopted Article 138 of the Turkish Code of Obligations in order to ensure that the contract is adapted to changing conditions; this also covers foreign currency debts.

The provision of Article 138 of the Turkish Code of Obligations is a general adaptation provision that shall be applied in cases other than the adaptation cases specially arranged in the law. Therefore, it is important to examine whether the adaptation that is considered to arise from the law for the surety agreement, except Article 599 of the Turkish Code of Obligations, shall be applied for surety contracts in other cases and if so, the conditions shall be examined.

This regulation that has been accepted by Article 138 of the Law No. 6098 shall be applied in all debt relations other than debt relations that have a special adjustment provision, and also in debt relations that deal with foreign currency debts. Although adaption is possible for foreign currency debts in accordance with Article 138 of the Turkish Code of Obligations, it is an important question whether this regulation can be applied in suretyship for foreign currency debts and especially in foreign currency debts that legal entities are guarantors. For this reason, in the

presentation, evaluations will be made on whether the provision of Article 138 of the Turkish Code of Obligations can be applied in case of bail for foreign currency debts, if so, on the conditions of the application.

Keywords: Adaptation, Terms Of Adaptation, Surety, Foreign Currency Debt, Adaptation In Surety Contract.

EVLİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA İLE SONA ERMESİ HALİNDE ORTAK (BİRLİKTE) VELÂYET

Arş. Gör. Dr. Selvi Nazlı GÜVENÇ
İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-3730-3860

Özet

Velayet esasında çocuk yararı ilkesine dayanan veliye mutlak karakterli bir yetki sağlayan bir aile hukuku görevidir. Evlilik birliği devam ettiği sürece ortak çocuğun velayeti eşler tarafından birlikte yürütülür (TMK m.336/1). Ortak hayat son bulursa veya ayrılık hali gerçekleşmişse hâkim velayeti eşlerden birine verebilir (TMK m.336/2). Boşanmada ise velayet çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir (TMK m.336/3). Mukayeseli Hukuk kökenli bir kurum olarak ortak velayet: Evlilik birliğinin son bulduğu hallerde geçerli kabul edilen bir velayet rejimi olarak, velâyet hakkına ana ve babanın her ikisinin birden, müstakil şekilde sahip olmalarını ifade eder. Buna karşın yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere, Türk Medenî Kanunu m.336 çerçevesinde, bu nitelikte yani ana ve baba tarafından müştereken sahip olunan bir velayet hakkı ancak ortak hayatın devamı süresince kabul edilmiş görünmektedir. Diğer taraftan Yargıtay tarafından da yabancı mahkeme kararlarının ortak velayet unsuruna ilişkin kısmının tenfizi talebi kamu düzenine aykırılık sebebiyle reddedilmekteydi. Ancak 2017'de verilen bir karar ile Yüksek Mahkeme, "*ortak velayet düzenlenmesinin,* Türk kamu düzenine 'açıkça' aykırı olduğunun söylemeyeceği" yönünde görüş değiştirmiştir. Bu değişiklikte Türkiye tarafından, AİHS Ek 7 Nolu Protokol'ün uygun bulunması ve Protokol'ün 1 Ağustos 2016'da yürürlüğe girmesi etkili olmuştur. Öğretimizde de, ortak velayet kavramına ilişkin gerek Avrupa Hukuku'ndaki ve gelişmeler gerek Uluslararası Hukuk Metinlerinin konuya yaklaşımının etkisiyle "ortak velayet hakkı" tartışılmaya başlanmıştır. Bu bağlamda boşanmadan sonra velayeti düzenleyen TMK m. 336/3 hükmü öğretide farklı şekillerde değerlendirilmektedir. Diğer taraftan boşanmadan sonra ortak velayete ilişkin Medenî Kanunumuzda bir hüküm bulunmaması sebebiyle boşanmadan sonra ortak velayet kurumunun hangi şartlarla kabul edilebileceğini araştırma ve tespit görevi uygulama ve Hukuk Doktrininin bir görevi olmaktadır. Bu bağlamda güncel gelişmeler dikkate alındığında öğretimizde ihtilaflı bir konu olan "ortak velayet" kavramının öncelikle pozitif hukuk bakımından incelenmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra olması gereken hukuk (de

lege ferenda) bakış açısıyla konunun değerlendirilmesi de önem taşır. Böylece güncel sosyolojik gelişmeler ışığında çocuğun üstün yararının hangi ölçüde ortak velayetin kabulünü gerektirdiği ve bu kabulün şartları tespit olunabilir.

Anahtar Kelimeler: Velayet Hakkı, Birlikte Velayet, Birlikte Velayet Şartları, Boşanma, Çocuğun Üstün Menfaati.

JOINT CUSTODY UPON THE DISSOLITION OF MARRIAGE UNION VIA DIVORCE

Abstract

Custody is a family law duty that provides an absolute authority to the guardian based on the principle of child benefit. As long as the marriage union continues, the custody of the joint child is carried out by the spouses (TMK m.336/1). If the joint life ends or if the separation situation has occurred, the judge may give custody to one of the spouses (TMK m.336/2). In divorce, custody belongs to the party to whom the child is left (TMK m.336/3). Joint custody as an institution of comparative law: It means that both parents have the right to custody independently, as a custody regime that is accepted as valid in cases where the marriage union has ended. Contrastingly, as can be understood from the explanations above, within the framework of Article 336 of the Turkish Civil Code, a custody right of this nature, that is, jointly owned by the parents, seems to be accepted only during the continuation of the joint life. On the other hand, the request for the enforcement of the part of the foreign court decisions regarding the joint custody element was rejected by the Court of Cassation due to the violation of public order. However, with a decision made in 2017, the Supreme Court changed its view that "it will not say that the arrangement of joint custody is 'clearly' contrary to the Turkish public order". In our teaching, the "right to joint custody" has started to be discussed with the effect of both the developments in European Law and the approach of the International Law Texts regarding the concept of joint custody. In this context, which regulates custody after divorce. TMK m.336/3 is evaluated in different ways in the doctrine. On the other hand, since there is no provision in our Civil Code regarding joint custody after divorce, the task of researching and determining the conditions under which joint custody can be accepted after divorce is a duty of the Law Doctrine.

Considering the current developments in our law, the concept of "joint custody", which is a controversial issue in our doctrine, should be examined primarily in terms of positive law. In addition to this, it is also important to evaluate the issue from the point of view of the law that should be(de lege ferenda). Thus, in the light of current sociological developments, it can be determined to what extent the child's best interests require the acceptance of joint custody and the conditions of this acceptance.

Key Words: The Custody, Joint Custody, The Terms Of Joint Custody, Divorce, The Best İnterests Of The Child.

KAYNAKLAR

Birinci- Uzun, T.: "Türk Medenî Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli", Hacettepe HFD, 6 (1) 2016, s. 135-166.

Çakır, N.: Boşanma Sonrası Ortak Velayet, 1. Bası, Ankara 2020.

Dural, M./ÖĞÜZ, T./GÜMÜŞ, M. A.: Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

Erlüle, F.: Boşanmada Birlikte Velayet, 1. Bası, Ankara 2019.

Hatemi, H.: Aile Hukuku, 8. bası, İstanbul 2021.

İnce, N.: "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet", TAAD, 9 (4), Nisan 2018, s. 189-229.

Kiremitçi, M.: Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velâyet ve Toplumsal Bakış Açısı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.

Kurt, L. M. : "Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet, Joint Custody in the Case of Divorce", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İnÜHFD- Cilt:9 Sayı:2, 2018, s. 157-186.

Öcal-Apaydın, B.: "İsviçre Medeni Kanununun Velâyete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velâyetin Kural Olarak Benimsenmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 145-146, Eylül-Ekim 2016, s. 631-658.

Öztan, B.: "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu" (Birlikte Velâyet), in: Arkan, Sabih/Yongalık, Aynur/Şit, Başak (ed.), Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 251-260.

Serdar, İ.: "Birlikte Velâyet", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, 2008, s. 155-197.

YOKSULLUK NAFAKASINDA SÜRE SORUNUNA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Arş. Gör. Hüseyin BULUT
KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-6289-9662

Özet

Yoksulluk nafakası TMK m. 175'te düzenlenmektedir. Maddeye göre boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilmektedir. Yoksulluk nafakası uzun süredir hukukçuların ve kamuoyunun gündeminde bulunmaktadır. Bunun temel sebebi ise yoksulluk nafakasının süresi konusundaki tartışmalardır.

Yoksulluk nafakasının 743 sayılı Medeni Kanun zamanındaki düzenlemesine göre, yoksulluk nafakası bir yıllık süre için talep edilebilmekteydi. Yapılan eleştiriler sonucu 1988 yılında 3444 sayılı Kanunla yoksulluk nafakasında bazı değişiklikler yapılmıştır. Değişiklikle beraber yoksulluk nafakasının süresiz olarak talep edilebilme imkânı getirilmiştir. Bununla birlikte yoksulluk nafakasının süreli olarak talep edilebileceği de kabul edilmektedir.

Süresiz olarak yoksulluk nafakası talep edebilmenin mümkün hale gelmesi başka bir problemi de beraberinde getirmiştir. Bu problem yoksulluk nafakasının süresinin belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisinin olup olmamasıdır. Hâkimin takdir yetkisinin olup olmadığı meselesinin çözümünün, süresiz nafaka meselesinin çözümüne de ışık tutacağı söylenebilir.

Hâkimin takdir yetkisinin olup olmadığı meselesinde ağırlıklı olarak iki fikir ileri sürülmektedir. Bunlardan ilkine göre süresiz olarak talep edilmiş bir yoksulluk nafakası varsa artık hâkimin durumun gerektirdiği bir süreyle nafakaya hükmetmesi söz konusu değildir. Burada hâkim ya süresiz olarak nafakaya hükmetmekte ya da nafaka talebini reddetmektedir. Diğerine göreyse yoksulluk nafakası süresiz olarak talep edilmiş olsa bile hâkim durumun gereklerine göre yoksulluk nafakası talebini reddedebileceği gibi nafakaya süreli olarak da hükmedebilir.

Yoksulluk nafakasının süresiz olarak talep edilmesi halinde ya nafakanın reddine karar verilmesinin ya da süresiz nafakaya hükmedilmesinin zorunlu olduğu fikri TMK m. 175'in süre bakımından emredici nitelikte

olduğunun kabulünü gerektirmektedir. Fakat "*süresiz olarak*" ifadesinin emredici olduğu kabul edilirse yoksulluk nafakasının ilk talep edildiği sırada, süreli olarak talep edilmesinin mümkün olmadığının da kabul edilmesini gerektirir. Bu ise makul görünmemektedir.

Türk Medeni Kanunu m. 175 'in mevcut haliyle hâkime takdir yetkisi tanıdığını söylemek mümkün görünmemektedir. Fakat hem doktrinde hem de uygulamada neredeyse herkesin farklı bir anlam çıkardığı "*süresiz olarak*" ifadesinin hangi anlamda değerlendirilmesi gerektiğinin yorum yoluyla açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Yoksulluk nafakasında süresizlik unsurunun bulunması hem meydana getirdiği tartışmalar hem de yoksulluk nafakasının niteliği gereği uygun değildir. Nitekim modern hukuk sistemlerinde de artık kişilerin kendi geçimlerini sağlamasına yönelik düzenlemeler getirilmektedir. Bu çerçevede modern hukuk sistemlerini takip etmek bakımından yoksulluk nafakasının süresi bakımından bir değişiklik yapılmalıdır. Bu değişiklik sabit bir süre sınırı getirmek şeklinde olmayıp nisbî bir süre sınırı olmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Yoksulluk Nafakası, Süresizlik Unsuru, Takdir Yetkisi, Süreli Nafaka, Süresiz Nafaka.

EVALUATIONS AND SOLUTION SUGGESTIONS REGARDING THE PROBLEM OF DURATION IN POVERTY ALIMONY

Abstract

Poverty alimony is regulated in article 175 of the Turkish Civil Code. According to the article, the party that will fall into poverty due to divorce may demand indefinite alimony in proportion to its financial strength, provided that the fault is not more severe. Poverty alimony has been on the agenda of lawyers and the public for a long time. The main reason for this is the discussions about the duration of the poverty alimony.

According to the regulation on alimony during the Civil Code No. 743, alimony could be requested for a period of one year. As a result of the criticisms, some changes were made in the poverty alimony with the Law No. 3444 in 1988. With the amendment made, the opportunity to demand indefinite alimony has been introduced. However, it is also accepted that alimony can be requested temporarily.

The possibility of demanding indefinite alimony brought along another problem. This issue is whether the judge has judicial discretion in determining the duration of alimony. It can be said that the solution of the issue of whether the judge has judicial discretion or not will also shed light on the solution of the indefinite alimony issue.

Basically, two ideas are put forward as to whether the judge has judicial discretion. According to the first of these, if there is an alimony demanded indefinitely, it is not possible for the judge to decide on alimony as long as the situation requires. In this case, the judge either decides on indefinite alimony or rejects the request for alimony. According to the other, even if alimony is requested indefinitely, the judge may reject the request for alimony or decide to pay alimony for a limited period, depending on the requirements of the situation.

If it is accepted that it is mandatory to make an indefinite alimony decision when requested, it should be accepted that Article 175 of the TMK is also mandatory. However, if the phrase “indefinitely” is considered mandatory, it also requires accepting that it is not possible to claim alimony for a temporary period when it is first requested. This does not seem reasonable.

In its current form, it does not seem possible to say that Article 175 of the Turkish Civil Code gives judicial discretion to the judge. However,

the meaning of the expression “indefinitely”, which almost everyone ascribes different meanings both in doctrine and practice, needs to be interpreted and clarified.

The existence of an indefinite element in the poverty alimony is not appropriate due to both the conflict it creates and the nature of the poverty alimony. As a matter of fact, in modern legal systems, regulations have been introduced for individuals to earn their own living themselves. In this context, it is necessary to make a change in terms of the duration of alimony in order to comply with contemporary legal systems. This change should be in the form of a relative time limit, not a fixed time limit.

Keywords: Poverty Alimony, Indefinite Element, Judicial Discretion, Temporary Alimony, Indefinite Alimony.

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİ

Dr. Öğr. Üyesi Harun Mirsad GÜNDAY
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-9429-393X

Özet

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte Türk Hukukunda önemi artan konulardan biri de genel işlem koşullarıdır. Türk Borçlar Kanunu md.20'de genel işlem koşulları; bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri olarak tanımlanmıştır.

Genel işlem koşullarının denetimi üç farklı aşamada gerçekleştirilmektedir. Bu aşamalar sırasıyla yürürlük denetimi, yorum denetimi ve son olarak da içerik denetimidir. Bu kapsamda genel işlem koşulları yönünden yürürlük ve yorum denetimini geçen sözleşme hükümleri için yapılacak en son denetimi içerik denetimi oluşturur. Bu yönüyle de genel işlem koşullarının denetim aşamalarından en önemlisini oluşturmaktadır. İçerik denetimine ilişkin temel düzenlemeyi oluşturan Türk Borçlar Kanunu md.25'e göre, genel işlem koşulu niteliğindeki sözleşme hükümlerine dürüstlük kuralına aykırı olarak, karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelik hükümler konulması yasaklanmıştır.

Genel işlem koşullarının içerik denetimi birtakım ölçütler göz önüne alınarak yapılmaktadır. Bu ölçütleri genel olarak ise mevcut hukukî düzenlemeler, sözleşmeden doğan en uygun hak ve borç dağılımı ve saydamlık kuralı şeklinde sıralamak mümkündür. Bununla birlikte, taraflar arasındaki denge tespit edilirken en nihayetinde dürüstlük kuralına göre bir değerlendirme yapılarak mesele çözümlenmelidir. Bunun sebebi, bir genel işlem koşulunun kötüye kullanılabilir bir şart olarak değerlendirilebilmesi için sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinin dağılımında önemli ve haksız bir oransızlığa sebebiyet vermesi gerektiği düşüncesidir.

Genel işlem koşullarının içerik denetimi taraflar arasındaki hak ve borçların dağılımında önemli bir denge unsurudur. Ancak yine de bu denetimin de birtakım sınırları bulunmaktadır. Bu kapsamda, mevcut yasal düzenlemeleri tekrarlayan veyahut da edim ya da karşı edimi

belirleyen genel işlem koşulları kural olarak içerik denetimine tabi olmaz.

Genel işlem koşullarının içerik denetiminin yapılması ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi haline ne gibi bir yaptırımın uygulanacağı tartışmalıdır. Zira Türk Borçlar Kanunu md.25 hükmü bu hususta hangi yaptırımın uygulanacağını açıkça zikretmemiştir. Bununla birlikte, kanaatimiz, dürüstlük kuralına aykırı olan genel işlem koşullarının Türk Borçlar Kanunu md. 27 kapsamında kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağıdır.

Anahtar Kelimeler: Genel İşlem Koşulları, İçerik Denetimi, Dürüstlük Kuralı, Kesin Hükümsüzlük, Hükümsüzlük.

CONTENT CONTROL OF STANDARDIZED TERMS

Abstract

Upon the entry into force of the Turkish Code of Obligations No. 6098, one of the topics that has become more important in Turkish Law is the standardized terms. In article 20 of the Turkish Code of Obligations; the standardized terms is defined as the contract provisions that the issuer prepares alone and presents to the other party while concluding a contract, in order to use it in many similar contracts in the future.

The control of general trading conditions is carried out in three different stages. These stages are respectively; validity control, interpretation control and finally content control. In this context, the final control to be made for the provisions of the contract that has passed the validity and interpretation controls in terms of general transaction conditions is the content control. In this respect, it constitutes the most important of the audit stages of the standardized terms. According to article 25 of the Turkish Code of Obligations, which constitutes the basic regulation regarding content control, it is prohibited to include provisions that are against the other party or worsen the situation of the other party as opposed to the rule of good faith.

Content control of standardized terms is carried out şn accordance with some criteria. In general, these criteria can be listed as the current legal regulations, the most appropriate contractual rights and debt distribution, and the transparency rule. However, while determining the balance between the parties, the issue should be resolved by making an evaluation according to the good faith. The reason for this is the thought that in order for a standardized term to be considered as an abuseable condition, it must cause a significant and unfair disproportion in the distribution of the rights and obligations arising from the contract.

Content control of the standardized terms is an important balancing factor in the distribution of rights and obligations between the parties. However, this control has some limitations. In this context, standardized terms that repeat the existing legal regulations or determine the performance or counter-performance are not subject to content control as a rule.

It is controversial what kind of sanction will be applied if the standardized terms are subject to content control and breach of the good faith. Because the provision of the Turkish Code of Obligations Art. 25

did not clearly mention which sanction will be applied in this regard. However, in our opinion, the standardized terms which are contrary to the rule of good faith, are in accordance with the Turkish Code of Obligations Art. 27 and they will be subject to the sanction of absolute nullity.

Keywords: Standardized Terms, Content Control, Good Faith, Absolute Nullity, Nullity.

PİYANGO BİLETİNİN EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNİN TASFİYESİNDE NASIL DEĞERLENDİRİLECEĞİ MESELESİ

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-7483-6394

Özet

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmesi ile birlikte mal ayrılığı rejimini terk etmiş, daha adil, günümüz koşullarına daha uygun olan yeni bir mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimini kabul etmiştir. Edinilmiş mallara katılma rejiminde edinilmiş mal, paylı mal ve kişisel mal olmak üzere üç tür malvarlığı değeri vardır. Edinilmiş mal kavramı, eşlerin mal rejiminin devamı sürecinde karşılığını ödemek suretiyle sahip oldukları malvarlığı değerleridir. Eşlerden hangisine ait olduğu tespit edilemeyen malvarlığı değerlerinin paylı mal olduğu kabul edilmiştir. Kişisel mallar ise bir malın tek bir eş tarafından kullanılması veya o eşin kişisel ihtiyaçlarının karşılanması gibi amaçları gerçekleştirmeye yarayan mal olarak kabul edilmektedir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin özünü oluşturan edinme olgusu çalışma ve emek karşılığı eşler tarafından edinilen ve bu sebeple mal rejiminin tasfiyeye tabi olması halinde eşler arasında paylaşıma tabi tutulan değer olarak kabul edildiğinden tespitinin yapılması önemlidir. Kişisel mallar ise mal rejiminin tasfiyesi sonrasında eşlere aynen verilen değerler olarak kabul edildikleri için diğer eşin bu kişisel maldan yararlanması mümkün olmayacaktır. Piyango veya şans oyunları sonucunda eşlerin mal değerlerinde artış olması halinde bu kazanılan maddi karşılığın nasıl değerlendirileceği meselesi uzun tartışmaların ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

Piyango bileti ise eşlerin karşılığını ödedikleri halde beklemedikleri bir karşılılığın söz konusu olması halidir. Piyango biletinin bedeli edinilmiş maldan ödendi ise bilet sonucunda elde edilen ödülün de edinilmiş mal, piyango biletinin bedelinin kişisel maldan ödenmesi halinde ise kişisel mal olarak değerlendirileceği gibi birçok tartışma yapılmış, bu tartışmalar Yargıtay'ın da farklı kararlar vermesi sebebiyle daha da karmaşık bir hal almıştır. Amacımız bu tartışmalara yer vererek kendi görüşümüzü açıklamaktır.

Anahtar Kelimeler: Piyango Bileti, Mal Rejimi, Kişisel Mal, Edinilmiş Mal, Tasfiye.

THE ISSUE OF HOW THE LOTTERY TICKET WILL BE EVALUATED IN THE LIQUIDATION OF THE REGIME OF PARTICIPATION IN GOODS ACQUIRED

Abstract

With the entry into force of the Turkish Civil Code No. 4721 on 01.01.2002, it abandoned the property separation regime and accepted the regime of joining acquired properties as a new property regime that is more fair and more suitable for today's conditions. In the regime of participation in acquired property, there are three types of property value: acquired property, shared property and personal property. The concept of acquired property is the property values that the spouses have by paying for the continuation of the property regime. Asset values that could not be determined to belong to the spouses are considered to be shared goods. Personal property, on the other hand, is considered to be property that is used to realize purposes such as the use of a property by a single spouse or meeting the personal needs of that spouse.

Since the phenomenon of acquisition, which constitutes the essence of the regime of participation in acquired goods, is considered as the value acquired by the spouses in return for work and effort, and therefore, if the property regime is subject to liquidation, it is considered as the value that is shared between the spouses, it is important to determine it. Since personal properties are accepted as the values given to the spouses after the liquidation of the property regime, it will not be possible for the other spouse to benefit from this personal property. In the event of an increase in the property values of the spouses as a result of lottery or games of chance, the issue of how to evaluate this earned monetary value has led to the emergence of long discussions.

A lottery ticket, on the other hand, is a situation in which the spouses pay for a reciprocity that they do not expect. If the lottery ticket price is paid from acquired goods, the prize obtained as a result of the ticket will be considered as acquired property, and if the lottery ticket is paid from personal property, many discussions have been made, and these debates have become even more complicated due to the Supreme Court's decision. . Our aim is to explain our own view by including these discussions.

Keywords: Lottery ticket, property regime, personal property, acquired property, liquidation.

SOSYAL MEDYADA ÇOCUĞUN KİŞİSEL VERİLERİNİN PAYLAŞILMASININ VELAYET HAKKI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Gözde ZEYTİN ÇAĞRI
İstanbul Arel Üniversitesi
ORCID ID: 0000-0002-7062-8317

Özet

Sosyal medya kullanımı, hayatımızın artık ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Birçok kişi hemen hemen her gün kişisel hesaplarından fotoğraflar, videolar, yazılar ve çeşitli başka paylaşımlarda bulunmakta, sosyal medyayı aktif olarak kullanmaktadır. Bunun yanında bazı anne ve/veya babalar, kendi sosyal medya hesapları dışında bir de çocukları adına hesap açmakta, her iki mecrada çocuklarının fotoğraflarını, videolarını ve çocuklarına ait pek çok bilgiyi paylaşmaktadır. Çocukların neredeyse tüm kişisel verileri, onların hiç haberi olmadan sosyal medyada dolaşmaktadır. Arama kısmına uygun sözcükleri yazan herkes tek tıkla/kolayca bu tür verilere erişebilmektedir. Bazı anne ve/veya babalar, daha da ileri gidip kendi hesaplarında çocuklarına ait verileri kullanarak çocukları üzerinden ticari kazanç elde etmektedir. Bahse konu anne ve/veya babalar kişisel sayfalarında bebek/çocuk ürünlerine ait markaların tanıtımını "iş birliği" etiketi adı altında yapmaktadır. Normal şartlarda sadece aile üyelerinin, yakın dostların göreceği fotoğraflar yerine ülkenin hatta dünyanın dört bir yanından insanlara çocuklar söz konusu verilerle sergilenmektedir.

Çocukları böyle durumlarda ortaya çıkacak tehlikelerden korumak için kişisel verilerinin korunmasına dair özel ve yeni düzenlemelere ihtiyaç vardır. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda çocuklara yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple kişisel verileri sosyal medyada anne ve/veya babası tarafından kullanılan çocukların haklarının nasıl korunacağına dair yasal düzenlemeler gerekmektedir.

Çocuklar, anne ve/veya babalarının velayeti altındadır. Anne ve/veya baba sıfatına bağlı veli sıfatı, çocukların korunmasına hizmet etmelidir. Ayrıca çocukların menfaati ve üstün yararı bu süreçte göz önünde tutulmalıdır. Çocukların verilerinin yukarıda örneklediğimiz gibi paylaşılmasının, çocukların korunması ile ilgisinin bulunmadığı açıktır. Bu durumda velilerin davranışları, velayet kurumunun ilkeleri açısından değerlendirilmelidir.

Çalışmamızda, başta velayet hakkı ve kapsamına ana hatlarıyla değinilecek; ardından sosyal medyada anne ve/veya babaların çocuklarının kişisel verilerini paylaşması ve paylaşımın hukuki sonuçları, esasen çocukların korunması açısından incelenecektir. İncelemede kişisel verilerin korunmasına ilişkin uluslararası düzenlemelere de yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Velayet Hakkı, Sosyal Medya, Çocuğun Kişisel Verileri, Paylaşım, Rıza.

ASSESSMENT OF SHARING THE CHILD'S PERSONAL DATA IN SOCIAL MEDIA WITHIN THE SCOPE OF THE RIGHT CUSTODY

Abstract

The use of social media has now become an integral part of our lives. Many people share photos, videos, articles and various posts from their personal accounts almost every day and use social media actively. Besides, the mother and/or the father sets up a social media account on behalf of their children and share the photos, videos and other personal data of the children both on their own pages and from the accounts they have created on behalf of their children. Almost all personal data of children are circulating on social media without their knowledge. Anyone who writes the appropriate words in the search section can easily access such data with one click. Some mothers and/or fathers even use the child's data on their own accounts to gain income upon the child. The aforementioned mothers and/or fathers promote the brands of baby/children products on their personal pages under the label of "collaboration". Under normal circumstances, children from all over the country and even the world are exhibited with these data instead of photos that only family members and close friends can see.

In order to protect children from the dangers that may arise in such situations, there is a need for special and new regulations on the protection of their personal data. There is no special regulation for children in the Law on Protection of Personal Data No. 6698. Therefore, legal regulations are required on how to protect the rights of children whose personal data are used by their parents on social media.

Children are under the custody of their parents. The title of parent attached to the title of mother and/or father should serve to protect children. In addition, the best interests and best interests of the children should be considered in this process. It is clear that sharing children's data as we have exemplified above has nothing to do with the protection of children. In this case, the behavior of the parents should be evaluated in terms of the principles of the custody institution.

In our study, the right of custody and its scope will be discussed in general; Then, the sharing of the child's personal data by the parents

on social media and the legal consequences of sharing will be examined in terms of the protection of the child. International regulations on the protection of personal data will also be included in the review.

Keywords: Right Of Custody, Social Media, Child's Personal Data, Sharing, Assent.

TÜRK BORÇLAR KANUNU KAPSAMINDA SEBEPSİZ ZENGİNLEŞMEDE GERİ VERMENİN KAPSAMI

Dr. Öğr. Üyesi Eda ŞAHİN ŞENGÜL
Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-4741-2171

Özet

Sözleşmeden, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar doğrudan doğruya kanundan doğan borçlardır. Türk Borçlar Kanunu (TBK) üçüncü ayrımda m.77-82 arasında sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkilerini ele almaktadır. Öncelikle TBK m.77/I haklı bir sebep yokken bir başkasının malvarlığından ya da emeğinden zenginleşen kimsenin bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlü olduğunu düzenlemektedir. Sebepsiz zenginleşmenin özünde hakkaniyet ilkesi bulunduğundan Kanun da geri verme yoluyla haksız yere zenginleşen lehine bozulan dengenin tekrar kurulmasını amaçlamaktadır. TBK m.79-81 arası hükümlerde ise sebepsiz zenginleşenin geri verme yükümlülüğünün kapsamı çizilmektedir. Buna göre Kanun sebepsiz zenginleşmede geri vermenin kapsamını zenginleşenin iyiniyetli ve kötüniyetli olmasına göre ikili bir ayrımla ele almakta ve iyiniyetli bakımından geri vermenin kapsamını daha hafif belirlemektedir. Sebepsiz zenginleşen kimsenin iyiniyetli ya da kötüniyetli olup olmadığı da genel esaslardan hareketle Türk Medeni Kanunu (TMK) m.3 uyarınca zenginleşenin zenginleşmenin haksız olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması kriteriyle ölçülmektedir. Şayet sebepsiz zenginleşen kişi zenginleşmenin haksız olduğunu biliyorsa ya da gerekli dikkat ve özeni gösterdiğinde bilmesi gerekiyorsa kötüniyetli kabul edilmekte ve iyiniyetli bir sebepsiz zenginleşene göre daha şümullü bir geri verme yükümlülüğü ile karşı karşıya bırakılmaktadır. Sebepsiz zenginleşen kimsenin hangi anda iyiniyetli veya kötüniyetli olduğu da geri vermenin kapsamı belirlenirken dikkate alınmaktadır. Bir diğer husus da geri vermenin konusudur. Her ne kadar TBK'daki hükümler aynen geri verme ilkesi üzerine kurulu olsa da aynen geri vermenin mümkün olmadığı haller de olabilir. Bu durumda sebepsiz olarak gerçekleşen zenginleşmenin değer itibarıyla geri verilmesi gerekir. Söz konusu değerin hesaplanması geri verme anındaki duruma, zenginleşenin iyiniyetli ya da kötüniyetli olmasına ve zenginleşmeden düşülmesi gereken indirim kalemlerine göre değişir. Diğer yandan, TBK m.80 de zenginleşenin talep edebileceği gider kalemlerini saymaktadır. Sunumumuz sebepsiz zenginleşmeden

kaynaklanan geri verme borcunun kapsamını doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında tartışmayı amaçlamaktadır. Bu çerçevede geri vermenin konusu üzerinde durulduktan sonra sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli ve kötüniyetli olmasına göre bir ayrıma gidilerek geri vermenin kapsamı ve geri verilecek zenginleşmenin hesaplanması hususları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borçlar, Zenginleşenin Geri Verme Borcu, Geri Verme Borcunun Konusu, Geri Verme Borcunun Kapsamı, Geri Verilmesi Gereken Zenginleşme Miktarının Hesaplanması.

THE EXTENT OF REIMBURSEMENT IN UNJUST ENRICHMENT UNDER THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS

Abstract

Obligations arising from contracts, torts and unjust enrichment are the obligations arising directly from the law. Turkish Code of Obligations (TCO) deals with obligations arising from unjust enrichment in the third section between articles 77-82. First of all, the Article 77/I of the TCO states that a person who enriches from someone else's assets or labour without a justified reason is obliged to reimburse this enrichment. Since the principle of equity is at the core of unjust enrichment, the Law also aims to re-establish the balance in favour of the unjustly enriched through reimbursement. The extent of the unjust enrichment's obligation to reimburse is specified in the provisions of Articles 79-81 of the TCO. Hence, the Law deals with the extent of reimbursement in unjust enrichment with a dual distinction according to whether the enriched person is in good faith or bad faith, and if s/he acts in good faith his/her obligation to reimburse is light. Whether a person who unjustly enriches is in good faith or not is determined by the general principles stated in the Article 3 of the Turkish Civil Code (TCC) putting forward the criterion of knowing or being able to know that the enrichment is unjust. If the person who is unjustly enriched knows that the enrichment is unjust, or s/he would have known if s/he has shown the necessary attention and care, s/he is considered malicious and is faced with a more comprehensive obligation to reimburse. The matter of whether the enriched person is in good faith or bad faith is also taken into account when determining the extent of reimbursement. Another issue is the content of reimbursement. Although the provisions of the TCO are based on the principle of full reimbursement, there may be cases where it is not possible to abide by this principle. In such cases, the unjust enrichment must be reimbursed in value. The calculation of the value in question depends on the situation at the time of the reimbursement, whether the enriched person is in good faith or bad faith, and the offtake items that should be deducted from the enrichment. On the other hand, the Article 80 of the TCO considers the expense items that the enriched person can claim back. This presentation aims to discuss the extent of reimbursement arising from unjust enrichment in light of doctrinal discussions and judicial decisions. In that respect, after focusing on the content of the obligation to reimburse, this presentation will examine

the extent and calculation of reimbursement by making a distinction according to whether the unjust enriched person is in good faith or bad faith.

Keywords: Obligations Arising From Unjust Enrichment, The Obligation Of The Enriched Person To Reimburse, The Content Of The Obligation To Reimburse, The Extent Of The Obligation To Reimburse, The Calculation Of The Amount Of Enrichment To Be Reimbursed.

BORCUN ALACAKLI VEYA BAŞKASI TARAFINDAN İFASINA İZİN VERİLMESİ USULÜ

Arş. Gör. Aygül KIZILAY GÜNEYLİOĞLU
Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-2205-4208

Özet

Yapma borcu borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde, alacaklı gideri borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini hâkimden isteyebilir (TBK m. 113). Hâkim talep üzerine eksik veya ayıplı işin kalemlerini ve bunların tamamlanması giderlerini bilirkişiye takdir ettirir. Hükümden de anlaşıldığı üzere, alacaklı kendiliğinden nama ifada bulunamaz, bunun için hâkim izni gereklidir.

İİK m. 30'a bakıldığında şu soru akla gelmektedir: İfanın bir başkası tarafından yapılması için, karşı tarafın/borçlunun baştan ifaya mahkûm edilmesi gerekli midir, bu konuda bir ilâmın varlığı şart mıdır? Bu sorunun cevabı gerek İsviçre Hukukunda gerekse Türk Hukukunda kararlar ışığında değerlendirilecektir. Bundan başka yapma borcunu ifa etmeyen borçluya karşı alacaklı dava dışı nasıl bir olanağa sahip olabilir, bu konu üzerinde durulacaktır.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki İsviçre Hukukunda ZPO Art. 250, basit yargılama usulüne tabi hukuki meseleleri saymıştır. ZPO Art. 250 lit. a/4, ifanın üçüncü bir kişi veya alacaklı tarafından ifa edilmesine izin verilmesini basit yargılama usulüne tabi kılmıştır. Bu basit yargılama usulüne tabi dava öncesi konunun esasen incelenmesi gerekliliği bizi "İsviçre Hukukunda borçlunun önceden ifaya mahkûm edilmesi yönünde bir kararın varlığı şarttır." sonucuna götürmektedir. Nitekim Federal Mahkeme bu konu ile ilgili görüşünü (BGE 142 III 321) şu şekilde belirtmiştir: Davacı, ilk önce olağan yargılama usulüne göre dava açacak ve karardan sonra, OR 98. maddeye dayanarak ikinci bir adımda nama ifa talebinde bulunacaktır[1].

Türk Hukukunda tam tersi bir uygulamaya gidilmiştir. Öyle ki, Yargıtay, TBK m. 113 uyarınca, "nama ifa yetkisi" verilmesi için, alacaklının öncelikle borçlu aleyhine bir mahkeme kararı (eda hükmü) almış olmasını aramamaktadır. Yargıtay 15. HD kararında şu şekilde

[1] http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F142-III-321%3Afr&lang=fr&type=show_document, erişim tarihi: 03.04.2021.

açıklamaya gitmiştir*: "Somut olayda, davalının eser sözleşmesinden kaynaklanan edimini, sözleşme uyarınca tamamen ifa etmediği toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Mahkemece eksik ve kusurlu işler bedeli bilirkişiye hesaplattırılmıştır. Nama ifaya izin kapsamında yüklenici, verilen sürede saptanan bedeli depo etmemiştir. Eğer sözleşme uyarınca yükleniciye düşen bir bağımsız bölümün satışı suretiyle ifaya izin istenmiş ise, o bağımsız bölümün satışı suretiyle ifaya izin verilmesine ve giderlerin satış bedelinden karşılanmasına hükmedilir."*[2]

Son olarak, alacaklı nama ifa yetkisi verilmesi için dava açmak istemiyorsa, dava dışı olarak borçludan giderimi talep edebilmek için şu yola başvurabilir: Sözleşmeye nama ifa ile ilgili bir hüküm sevk edilebilir. Böylelikle borçlu yapma borcunu ifa etmediğinde bir giderim borcu altında olacağını bilecektir.

Anahtar Kelimeler: Yapma Borcu, Nama İfa, Yargılama Usulü, Eda Hükmü, Nama İfa Hükmü.

[2] Yarg 15. HD. 15.01.2019, E. 2018/4828, K. 2019/155, https://www.sinerjimevzuat.com.tr/, erişim tarihi: 03.04.2021.

PROCEDURE FOR PERMITTING THE PERFORMANCE OF THE DEBT BY THE CREDITOR OR OTHER

Abstract

If the debt is not fulfilled by the debtor, the creditor may ask the judge to allow the performance by himself or someone else, at the expense of the debtor (TBK 113). Upon request, the judge has the expert appraise the items of the missing or defective work and the costs of completing them. As it is understood from the provision, the creditor cannot perform on his own behalf, the permission of the judge is required.

İİK m. 30, the following question comes to mind: Is it necessary for the debtor to be sentenced to performance in order for the performance to be performed by someone else, is it necessary to have a judgement in this regard? The answer to this question should be evaluated in the light of the decisions in both Swiss Law and Turkish Law. Apart from this issue, what kind of opportunity the creditor can have out of action against the debtor who does not fulfill his obligation, this issue will be emphasized.

First of all, we should state that ZPO Art. 250 enumerated legal matters subject to simplified proceedings. ZPO Art. 250 lit. a/4 has made the authorization of performance by a third party or creditor subject to the simple procedure. The necessity of examining the pre-litigation issue, which is subject to this simple trial procedure, prompts us to say, "In Swiss Law, it is imperative that there is a decision to sentence the debtor to performance beforehand." leads to its conclusion. As a matter of fact, the Federal Court has stated its opinion on this issue (BGE 142 III 321) as follows: The plaintiff will first file a lawsuit according to the ordinary procedure and after this decision, he will apply for the performance of the name in a second step based on OR art. 98.

In Turkish Law, the opposite has been implemented. So, the Supreme Court stated that:It does not require the creditor to have taken a court decision against the debtor in order to be granted "authority to perform the name".

Finally, if the creditor does not want to file a lawsuit for the granting of the power to perform on behalf of the debtor, he may follow the undermentioned way in order to claim compensation from the debtor

out of action: A provision regarding the performance of the debt by the credıtor or other may be referred to the contract. In this way, the debtor will know that he will be under an expense debt when he/she does not fulfill his debt.

Keywords: Debt to do, The permission of Performance, Judgment Procedure, Action for performance of contract, term of the permission of Performance.

BOŞANMA DAVASINDA EŞLERİN MALLARININ YÖNETİMİNE İLİŞKİN GEÇİCİ ÖNLEMLER

Dr. Öğr. Üyesi Banu Bilge SARIHAN
Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-4686-3752

Stajyer Av. Mustafa YILDIRAN
Konya Barosu, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
ORCID ID: 0000-0002-2356-551X

Özet

Eşlerin sahip oldukları mallarının yönetimi, başka bir ifadeyle eşler arasındaki mali ilişkilerin düzenlenmesi "mal rejimi" olarak ifade edilmektedir. 01.01.2002 tarihiyle yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu (TMK) uyarınca, eşler arasında yasal mal rejimi, "edinilmiş mallara katılma rejimi"dir. Ancak akdi mal rejimi olarak; "mal ayrılığı", "paylaşmalı mal ayrılığı" ve "mal ortaklığı" rejimleri de kabul edilebilmektedir. Edinilmiş mallara katılma rejimi, evlilik süresi boyunca her eşin kendi malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği, mal rejiminin herhangi bir sebeple sona ermesi ile diğer eşin artık değerinde söz hakkına sahip olduğu bir rejimdir.

TMK. 169. maddesi, hakimin, eşlerin mallarının yönetimine ilişkin geçici önlemleri re'sen ele alacağını ifade etmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise geçici önlemlerin TMK uyarınca, davanın durumuna göre bağımsız olaylarda bağımsız bir şekilde ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğidir. Çalışmamız kapsamında eşlerin mallarına yönelik geçici önlemler, "**Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması"** ve **"Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş"** olmak üzere iki başlık altında ayrı ayrı incelenmiştir.

Tasarruf yetkisinin kısıtlanması açısından, TMK'nın 199. maddesinde iki adet seçimlik şart belirtilmiştir. Birincisi, *'ailenin ekonomik varlığının korunması gereği'*, ikincisi ise *'evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmemesi'* olarak düzenlenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, eşlerden biri savurgan davranışlarıyla ailenin ekonomik durumunu tehlikeye sokuyor, aile yaşamına uygulaması gereken mali yükümlülüklerini yerine getirmekte ihmalde bulunuyorsa, diğer eş, mahkemeye başvurarak belirli malvarlığı değerleri ile ilgili tasarrufların iznine bağlanmasına karar verilmesini isteyebilmektedir.

Olağanüstü mal rejimine geçiş açısından, TMK birden fazla madde

içerisinde bu başlığı düzenlemektedir. En başlıca düzenleme olarak TMK'nın 206. maddesi gösterilebilmektedir. Anılan maddede söz konusu düzenleme, *"Haklı bir sebep varsa hâkim, eşlerden birinin istemi* üzerine, *mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir"* şeklinde ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra TMK'nın 167. maddesi ve 197. maddesi kapsamında boşanma ve ayrılık davası açıldığında eşlerin mallarının korunması gerekiyorsa hakim bu hükme dayanarak mal ayrılığına geçişe karar verebilir olarak düzenlenmiştir. TMK'nın 210. maddesi uyarınca ise *"Mal ortaklığını kabul etmiş eşlerden birine karşı icra takibinde bulunan alacaklı, haczin uygulanmasında zarara uğrarsa, hâkimden mal ayrılığına karar verilmesini isteyebilir"* olarak düzenlenmiş ve son olarak TMK'nın 209. maddesi uyarınca *"Mal ortaklığını kabul etmiş olan eşlerden birinin iflâsına karar verildiği takdirde, ortaklık kendiliğinden mal ayrılığına dönüşür"* olarak düzenlenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus eşlerin bu konuda talepte bulunmaları gerekmemektedir, ortaklık kendiliğinden mal ayrılığına dönüşmektedir.

Bu çalışmada, yasal mal rejimi olan "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi" incelenmiştir. Bunun yanı sıra "Boşanma Davasında Eşlerin Mallarının Yönetimine İlişkin Geçici Önlemler" yasal mal rejimi olan katılma rejimi kapsamında değerlendirilmiş ve hâkime tanınan yetkiler incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Türk Medeni Kanunu, Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması, Olağanüstü Mal Rejimi, Boşanma Davası, Geçici Önlemler.

TEMPORARY MEASURES REGARDING THE MANAGEMENT OF THE SPOUSE'S PROPERTY IN THE DIVORCE CASE

Abstract

The management of the property owned by the partners is expressed as a "commodity regime", in other words, regulating financial relations between the partners. In accordance with the Turkish Civil Code (TMK) the legal regime of goods between the partners was the "regime for participation in acquired goods", but as the current fiscal regime, the regimes of "goods separation", "shared goods separation" and "property partnership" were adopted.

The measures that the judge may take regarding the management of the spouse's property, 169 of the TMK. under the section "you take temporary measures to manage the assets of the spouse". The important thing to note here is that temporary measures have to be assessed independently in the case, as per the TMK, in the case of the case. The temporary measures for the spouse's property are examined separately under two topics: "Restriction of Contribution" and "Transition to the extraordinary Goods regime" as part of our study.

In terms of limiting the cost of saving power, the TMK's 199. The first was organized as 'need for the protection of the family's economic presence' and the second was 'failure to fulfill the financial obligations arising from the marriage union'. The important thing to note is that if one of the partners is negligent in the financial situation of the family with their extravagant behavior and neglect to fulfill the financial obligations that they must apply to family life, the other wife may appeal to the court and ask for the decision to be made to allow for savings related to certain assets.

As regards the transition to the special goods regime, the TMK regulates this heading in many articles. 206 of the TMK as the main regulation. can be shown. The first was organized as a "need to protect the economic presence of the family" and the second was a "breach of financial obligations under a conjugal relationship". In addition, the TMK's 167. substance and 197. If the spouse's property should be protected when a divorce and divorce trial is filed under the article, the judge may decide on the move to the separation of property based on this provision. 210 of the TMK. Pursuant to the article, "the creditor who pursues enforcement against one of the partners who have accepted the

property partnership may ask the judge to decide on the separation of property if the foreclosure is damaged", and finally the TMK's 209. In accordance with the article, the partnership is organized as "If a partner who has accepted the property partnership is decided to bankrupt, the partnership will automatically become a separate property". The important thing to note here is that the partners don't have to apply on this issue, the partnership becomes a distinct asset.

In this study, the competencies granted to the judge were evaluated and discussed under the regime for the participation of the "Rejectionary of participation in acquired goods" and "temporary measures for the Management of the spouse's property in the divorce case".

Keywords: Turkish Civil Code, Restriction of Savings, "Olağanüstü Mal Rejimi", Divorce Case, Temporary Measures.

NOTERLERİN YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLİNDEN SORUMLULUĞU

Arş. Gör. M. Elif ŞEKER BARDAKCI
Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-0981-9488

Özet

Türk Hukuk Sisteminde noterlerin oldukça fazla görevi bulunmaktadır. Noter ve noterliğe ilişkin hususlar 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda düzenlenmiştir. Noterlik Kanunu'nun birinci maddesinde ifade edildiği üzere noterlik bir kamu hizmetidir. Noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkların önüne geçmek amacıyla hukuki işlemleri belgelendirirler. Noterler kanunlarca yetkilendirildikleri diğer işlemleri de yaparlar. Noterlerin söz konusu bu işlemleri gerçekleştirirken bazı sorumlulukları ortaya çıkmaktadır. Noterlerin ve yardımcı kişilerin sorumluluğu Noterlik Kanunu'nun 162. Maddesinde "(1)Stajyer, kâtip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar. (2) Noter, birinci fıkra gereğince ödediği miktar için, işin yapılmaması, hatalı yahut eksik yapılmasına sebep olan stajyer veya noterlik personeline rücu edebilir." Şeklinde düzenlenmiştir.

Noterlerin sorumluluğunun hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, noter ile iş yaptırmaya gelen kişi arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Bu nedenle noterin sorumluluğu sözleşme sorumluluğudur. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, noter ile iş yaptırmaya gelen kişi arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle noterin sorumluluğu haksız fiil sorumluluğudur.

Noterin sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğu olduğu kabul edildiği takdirde kusurlu ve kusursuz sorumluluk tartışması ortaya çıkmaktadır. Bir görüş, noterin kendi fiilinden sorumluluğunun kusurlu sorumluluk, yardımcı kişinin fiilinden ise kusursuz sorumluluk esasına göre sorumluğu olacağını savunmaktadır. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, NK m. 162'de kusurdan bahsedilmediği için noterin hem kendi fiilinden hem yardımcısının fiilinden sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğunu savunmaktadır.

Noterin yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğuna, Türk Borçlar Kanunu'nun 66.maddesi uygulanmamalıdır. Zira NK m. 162'de özel

olarak yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk da düzenlenmiştir. TBK m.66'da düzenlenen hüküm adam çalıştıranın sorumluluğudur. TBK m. 66'da adam çalıştırana kurtuluş kanıtı sunarak sorumluluktan kurtulma imkanı tanınmıştır. Ancak NK m.162'de notere kurtuluş kanıtı imkanı tanınmamıştır.

NK m. 162/II'de noterin yardımcı kişiye rücu hakkı düzenlenmiştir. Noter, yardımcı kişinin kusurlu olarak zarara sebep olduğu hallerde, ödediği miktarla sınırlı kalmak üzere yardımcı kişiye rücu edebilir.

Anahtar Kelimeler: Sorumluluk, Kusursuz Sorumluluk, Noter, Noterin Yardımcı Kişi Fiilinden Sorumluluğu, Noterin Sorumluluğu.

NOTARY'S RESPONSIBILITY FOR THE ACT OF ASSISTANT PERSONS

Abstract

Notaries have many duties in the Turkish legal system. Notary public and matters related to notary public are regulated in the Notary Law No. 1512. As stated in the first article of the Notary Law, notary public is a public service. Notaries document legal transactions in order to ensure legal security and prevent disputes. Notaries also carry out other transactions for which they are authorized by law. Notary publics have some responsibilities while performing these transactions. Responsibility of notary publics and assistants is stated in Article 162 of the Notary Law: "(1) Even if it is done by trainees, clerks and clerk candidates, notary publics are liable to those who have been damaged due to failure to do a job or doing it incorrectly or incompletely. (2) The notary public may recourse to the intern or notary staff who caused the work not to be done, to be done incorrectly or incompletely, for the amount paid in accordance with the first paragraph." It is arranged in the form.

The legal nature of the responsibility of notaries is controversial in the doctrine. According to one view, a contractual relationship is established between the notary public and the person who comes to do business. Therefore, the notary public's responsibility is contractual responsibility. According to the other view, which we also agree with, there is no contractual relationship between the notary public and the person who comes to do business. For this reason, the notary public's responsibility is tortious act liability.

If the notary public's liability is accepted as tortious liability, the discussion of faulty and strict liability arises. One view argues that the notary public's responsibility for his own act will be on the basis of faulty liability, and the assistant person's responsibility will be on the basis of strict liability. According to the other view, which we also agree with, NK m. Since the fault is not mentioned in 162, he argues that the responsibility of the notary public for both his own act and the act of his assistant is strict liability.

Article 66 of the Turkish Code of Obligations should not be applied to the notary public's responsibility for the act of the assistant. Because NK m. Responsibility for the actions of assisting persons is also regulated in 162. The provision regulated in Article 66 of the TCO is the responsibility

of the employer. TBK m. In 66, the employer was given the opportunity to escape responsibility by presenting proof of salvation. However, in Article 162 of the NK, the possibility of proof of salvation was not given to the notary public.

NK m. In 162/II, the notary public's right of recourse to the assistant is regulated. The notary public may recourse to the assistant, limited to the amount paid, in cases where the assistant person has caused damage by fault.

Keywords: Responsibility, Strict Responsibility, Notary Public, Notary Liability, Notary Responsibility.

YABANCI PARA BORCU İLE MİLLİ PARA BORCUNUN BİRBİRİYLE TAKASINDA ÖZDEŞLİK ŞARTININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KİZİR
Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-8566-6658

Özet

TBK. m. 139/I'e göre, taraflar karşılıklı bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlandıkları takdirde, alacağı muaccel olan taraf, borcunu alacağı ile takas edebilir. Bunun sonunda her iki borç, takas edilebilecekleri anda daha az olan borç tutarınca sona erer.

Takas, borcu sona erdiren sebeplerden birisidir. Takas beyanıyla birlikte taraflar, ifa masraf ve külfetine katlanmadan, borcunu ifa etmiş ve alacağını tahsil etmiş sayılırlar. Takas gereksiz ifa işlemlerini bertaraf eden, tarafların borcu açısından bir sona erme sebebi, alacağı bakımından bir elde etme tarzıdır. Takas, özellikle tacirler arasındaki câri hesaplarda tarafları karşılıklı ifanın külfet ve masraflarından kurtarır, ticarî ilişkilerin basitleştirilmesini sağlar. Borçlunun ödeme gücünden yoksun olduğu, nakit sıkıntısı çektiği veya ödemek istemediği durumlarda alacaklının hakkına kavuşmasını sağlar ve bu yönüyle bir teminat fonksiyonu icra eder.

Takas, hukuki niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran bir haktır. Borçlu takas hakkını tek taraflı, şekle bağlı olmayan, varması gerekli bir irade beyanıyla kullanır. TBK. m. 143/I'e göre takas, ancak borçlunun takas iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşir. Takas bir sözleşme olmadığı gibi, etkinlik ve geçerliliği karşı tarafın kabul ve onayına da bağlı değildir.

Takasın şartları, olumlu şartlar ve olumsuz şartlar olmak üzere ikiye ayrılır. Olumlu şartlar, takas edilecek borçlar karşılıklı olması, ikisinin de muaccel hale gelmesi ve son olarak takas edilecek borçların dava edilebilir borç olması olarak sıralanabilir. Olumsuz şartlar ise, tarafların takas hakkını sözleşme ile ortadan kaldırmamış olması ve kanunun takas hakkını ortadan kaldırmamış olması olarak sıralanabilir.

Çalışmamız için önem arz eden husus, yabancı para borcu ile milli para borcunun takasında özdeşlik şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesidir. Burada sorun yabancı para alacaklarında tarafların takas edilebilirlik konusunda anlaşmamaları halinde ortaya çıkar.

TBK 139/I de geçen "özdeş" yerine "türdeş" kavramının kullanılması daha isabetli olurdu. Çünkü takas edilecek alacaklar "aynı alacak" (özdeş) değil, "aynı türden alacak" (türdeş) olmak zorundadır. Türdeş "aynı türe dahil bulunan ve mahiyetleri ortak olan iki varlığın bütün yönleriyle birbirine benzemesi" demektir. İki şeyin aynı tür sayılmasında, maddelerin asıllarının aynı olması, aynı maksat için kullanılmaları ve aynı nitelikleri taşımaları gibi kıstaslar esas alınır.

Özdeşlik şartına en uygun olan alacaklar para alacaklarıdır ve takas en çok para alacakları için söz konusu olur. Tarafların alacakları aynı para birimi olduğunda borçlar da özdeş sayılmakta ve bunların birbiriyle takas edilebileceği tartışmasız kabul edilmektedir. Buna karşılık takas edilecek alacakların farklı para birimi ile belirlenmesi halinde özdeşlik şartı açısından tartışmalar meydana gelmekte, doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Takasın mümkün olduğunun kabulü halinde yabancı para alacağı açısından hangi kurun esas alınacağı konusunun da ayrıca tartışılması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yabancı Para Borcu, Milli Para Borcu, Özdeşlik, Takas, Yenilik Doğuran Hak.

THE EVALUATION OF THE IDENTIFICY CONDITION IN EXCHANGE OF FOREIGN CURRENCY DEBT AND NATIONAL CURRENCY DEBT

Abstract

According to TBK. m. 139/I, if the parties owe each other a mutual amount of money or other identical acts, the party whose receivable is due can exchange its debt with its receivable. As a result, both debts expire at the lesser debt amount when they can be exchanged.

Exchange is one of the reasons for ending the debt. With the clearing statement, the parties are deemed to have fulfilled their debt and collected their receivables without incurring the expense and burden of performance. Exchange is a method of termination in terms of the debt of the parties, a method of obtaining in terms of receivables, which eliminates unnecessary performance transactions. Exchange saves the parties from the burdens and costs of mutual performance, especially in current accounts between traders, and ensures the simplification of commercial relations. In cases where the debtor is incapable of paying, has cash shortages or does not want to pay, it ensures that the creditor gets his right, and in this respect, it performs a collateral function.

Exchange is a right that creates disruptive innovations in terms of its legal nature. The debtor exercises his right to exchange with a unilateral, non-formal, and required declaration of will. According to TBK. m. 143/I, the clearing takes place only when the debtor notifies the creditor of the clearing will. Exchange is not a contract, and its effectiveness and validity do not depend on the acceptance and approval of the other party.

The terms of the exchange are divided into two as positive terms and negative terms. Positive conditions can be listed as the debts to be exchanged are mutual, both of them become due, and finally, the debts to be exchanged are litigable debts. Negative conditions can be listed as the fact that the parties did not abolish the right of exchange by contract and that the law did not abolish the right of exchange.

The important issue for our study is to evaluate whether the identity condition is fulfilled in the exchange of foreign currency debt and national currency debt. The problem here arises when the parties do not agree on the exchangeability of foreign currency receivables.

It would be more accurate to use the concept of "homogeneous" instead of "identical" in TBK 139/I. Because the receivables to be exchanged must

be “receivables of the same type” (homogeneous), not “same receivable” (identical). Homogeneous means “two entities belonging to the same species and having a common nature are similar in all aspects”.

Receivables that best meet the identity condition are money receivables, and exchange occurs for those who receive the most money. When the receivables of the parties are in the same currency, the debts are also considered identical and it is unquestionably accepted that they can be exchanged with each other. On the other hand, if the receivables to be exchanged are determined in a different currency, discussions arise in terms of the identity condition, and different views are put forward in the doctrine. If it is accepted that barter is possible, the issue of which exchange rate will be taken as a basis for foreign currency receivables should also be discussed.

Keywords: Foreign Currency Debt, National Currency Debt, Identity, Exchange, Formative Right.

TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME

Pınar ÇAĞLAR
Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Müfettişi
ORCID ID: 0000–0002–6626-5488

Özet

Sözleşme ve haksız fiil gibi sebepsiz zenginleşme de borcun kaynakları arasında yer almaktadır. Sebepsiz zenginleşme 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 77 ila 82'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Sebepsiz zenginleşme, haklı bir sebep olmaksızın bir kimsenin malvarlığının başkasının malvarlığı aleyhine artmasıdır.

Sebepsiz zenginleşmenin; zenginleşme, geçerli bir sebebin bulunmaması, fakirleşme ve illiyet bağı olmak üzere dört unsuru bulunmaktadır.

Sebepsiz zenginleşmenin türleri; edimden doğan sebepsiz zenginleşme ve edim dışı ortaya çıkan sebepsiz zenginleşmeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Edimden doğan sebepsiz zenginleşmeler; geçerli olmayan, gerçekleşmeyen veya sonradan ortadan kalkan sebebe dayalı olarak ortaya çıkabilmektedir. Edim dışı doğan sebepsiz zenginleşmeler ise; müdahaleden veya harcamadan kaynaklanabilmektedir.

Sebepsiz zenginleşme halinde sebepsiz zenginleşme davası açılmaktadır. Ancak, her durumda sebepsiz zenginleşme davası açılması mümkün değildir. Zamanaşımına uğrayan borcun ödenmesi, ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi, haksız ya da ahlaka aykırı amaca yönelik yapılan ödeme, eksik borçların ifası hallerinde sebepsiz zenginleşme davası açılamamaktadır.

Sebepsiz zenginleşme niteliği gereği şahsi borç doğurmakta olup, dava yalnızca sebepsiz zenginleşen kişiye karşı açılmaktadır. Bu kapsamda; davalı zenginleşen, davalı ise aleyhine zenginleşilen kişidir.

Sebepsiz zenginleşme davalarında görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Yetkili mahkemesi ise, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu uyarınca genel yetkili mahkeme olan davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir.

Sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhâlde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Sebepsiz zenginleşme davası ile sebepsiz zenginleşmenin iadesi ve giderler talep edilebilmektedir. Sebepsiz zenginleşmede iade borcunun kapsamını zenginleşenin iyi niyetli olup olmaması belirler.

Malvarlığı kayıplarının tamamında sebepsiz zenginleşme davası açılmamaktadır. Malvarlığının eksilmesi halinde açılacak olan davalar; mülkiyetten kaynaklanan, sözleşmeden doğan, haksız fiilden kaynaklanan, vekâletsiz iş görmeden ve zilyetlikten doğan davalar olmak üzere çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Bu davalar ile sebepsiz zenginleşme davası arasında düzenlendikleri kanun, hukuki tanım ve nitelikleri, dava konusu, dava çeşidi, zamanaşımı vb. birçok açıdan farklılıklar mevcuttur. Bu kapsamda davalar yarışmaktadır.

Sıkça karşılaşılması ve bahşettiği önem nedeniyle bu çalışmada; sebepsiz zenginleşme kavramı, hukuki niteliği, unsurları, kaynakları, talep hakkı, talep edilemeyeceği haller, zamanaşımı, sebepsiz zenginleşme davası, sebepsiz zenginleşme davasının diğer davalarla farklılıkları gibi konular ayrıntılı olarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Sebepsiz Zenginleşme, Sebepsiz Zenginleşme Davası, İade Borcu, Davaların Yarışması, Borcun Kaynakları.

UNJUSTICE ENRICHMENT IN TURKISH LAW OF OBLIGATIONS

Abstract

Unjust enrichment, such as contracts and torts, is also among the sources of debt. Unjust enrichment is regulated between articles 77 and 82 of the Turkish Code of Obligations No. 6098. Unjust enrichment is the increase of one's wealth to the detriment of another's without a justified reason.

There are four elements of unjust enrichment: enrichment, absence of a valid reason, impoverishment and causation.

Types of unjust enrichment; It appears as unjust enrichment arising from the act and unjust enrichment arising out of the act. Unjust enrichment arising from the act; It may arise based on a reason that is not valid, does not materialize or disappears later. Unjust enrichment arising out of action; may result from intervention or expenditure.

In case of unjust enrichment, unjust enrichment lawsuit is filed. However, it is not possible to file an unjust enrichment lawsuit in all cases. An unjust enrichment lawsuit cannot be filed in cases of payment of a statute of limitations, fulfillment of a moral duty, payment made for an unfair or immoral purpose, and incomplete performance of debts.

Unjust enrichment creates personal debt due to its nature, and the lawsuit is filed only against the person who becomes unjustly enriched. In this context; the defendant is the person who gets rich, and the defendant is the person who gets rich against him.

The court in charge of unjust enrichment cases is the civil court of first instance. The competent court is the court of residence of the defendant real or legal person, which is the general competent court in accordance with the Code of Civil Procedure No. 6100, at the date of the lawsuit.

The right of claim arising from unjust enrichment becomes time-barred after two years, starting from the date on which the right holder learns that he has the right to demand back, and in any case ten years starting from the date of the enrichment.

With the unjust enrichment lawsuit, the return of the unjust enrichment and expenses can be demanded. In unjust enrichment, the scope of the return debt is determined by the bona fides of the enriched person.

Unjust enrichment lawsuits are not filed in all loss of assets. Lawsuits

to be filed in case of loss of assets; It appears in various forms, such as lawsuits arising from property, arising from contract, arising from tort, without power of attorney and possession. Between these lawsuits and the unjust enrichment lawsuit, the law, legal definition and qualifications, subject of the lawsuit, type of lawsuit, statute of limitations etc. There are differences in many aspects. In this context, lawsuits are competing.

In this study, due to having frequent encounters with and the importance they have; Subjects such as the concept of unjust enrichment, its legal nature, elements, sources, right to demand, cases where it cannot be demanded, statute of limitations, unjust enrichment case, differences between unjust enrichment case and other cases will be examined in detail.

Keywords: Unjust Enrichment, Unjust Enrichment Case, Extradition Debt, Competition of Lawsuits, Sources of Debt.

MEDENİ USUL HUKUKU VE İCRA İFLAS HUKUKU

GEÇİCİ MÜHLETE KARAR VERİLMEDEN ÖNCE DOĞAN BORCUN BORÇLU TARAFINDAN MÜHLET ESNASINDA ÖDENMESİ MÜMKÜN MÜDÜR?

Arş. Gör. Mesut KÖKSOY
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID:0000-0001-8929-6124

Özet

Geçici mühlete karar verilmesi, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin ortadan kalkmasına neden olmaz. Ancak İcra ve İflâs Kanunu'nun 297'nci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen hukukî işlemlerinin geçerli olarak yapılabilmesi, mahkemenin izin vermesine bağlıdır. Borçlunun maddede sayılan hukukî işlemleri serbestçe yapması mümkün değildir. Bunun dışında mahkeme mühlete karar verirken veya mühlet esnasında bazı işlemlerin geçerli olarak yapılmasını komiserinin iznine tâbi tutabilmekte veya borçlunun yerine komiserin işletme faaliyetinin devam ettirmesine karar verebilmektedir (İİK m. 297/I). Söz konusu sınırlamalar dışında borçlu, konkordato mühleti esnasında, kural olarak tasarruf yetkisine sahiptir. Bu noktada, Kanun'da sayılan tasarruf sınırlamaları arasında yer almadığı için, geçici mühlete karar verilmeden önce doğan borçların, mühlet esnasında borçlu tarafından ödenmesinin mümkün olup olmadığının tespiti önem taşımaktadır. Konkordatoda alacaklılar arasında eşitlik ilkesi geçerlidir. Bu nedenle, konkordato alacaklılarına konkordato projesine göre ve konkordatonun tasdikinden sonra ödeme yapılmalıdır. Bu bağlamda, geçici mühlete karar verilmeden önce doğan borçların borçlu tarafından mühlet esnasında ödenmesi, alacaklılar arasındaki eşitliği bozacak niteliktedir. Diğer taraftan borçlunun konkordato mühleti esnasında ticari faaliyetlerini sürdürebilmesi için gerekli olan hammaddenin ve hizmetin temin edilmesi, geçici mühletten önce doğan borçların ödenmesine bağlı olabilmektedir. Zira mevcut borçların ödenmemesi hâlinde üçüncü kişi, borçlu ile ticari ilişkileri genellikle devam ettirmek istememektedir. Açıklanan gerekçelerle söz konusu mesele, hem Türk hukukunda hem de İsviçre hukukunda tartışmalıdır. Bu tartışmalar, geçici mühlete karar verilmeden önce doğan borçların mühlet esnasında ödenmesinin mümkün olup olmadığı ve ödenmesi hâlinde, yapılan ödemenin geçerli olup olmayacağı noktasında toplanmaktadır. Ayrıca mühletten önce doğan borçların mühlet esnasında ödenmesinin İcra ve İflâs Kanunu'nun 292'nci maddesi kapsamında bir yaptırım gerektirip

gerektirmediğinin tespiti de önem taşımaktadır. Bu noktada konkordato komiserinin mühletten önce doğan borçların ödenmemesi yönünde talimat verip vermemesine göre değerlendirilme yapılmalıdır. Komiser borçların ödenmemesi yönünde talimat vermişse, talimata aykırı şekilde ödeme yapılması, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılmasına veya konkordato mühletinin kaldırılarak konkordato talebinin reddine ve borçlunun iflâsına karar verilmesine neden olabilir. Komiser borçların ödenmemesi yönünde talimat vermemiş ise, borçlunun ödeme yapması, alacaklıları zarara uğratmak amacıyla hareket edip etmediği bağlamında değerlendirilmelidir. Şayet diğer alacaklıları zarar uğratmak amacıyla ödeme yapılmışsa, bu durum, konkordato mühletinin kaldırılarak konkordato talebinin reddedilmesine ve borçlunun iflâsına karar verilmesine neden olmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Geçici Mühlet, Tasarruf Sınırlamaları, Mühletten Önce Doğan Borcun Ödenmesi, Konkordato Mühletinin Kaldırılması, İflâs Kararı.

IS IT POSSIBLE TO PAY THE DEBT ARISING BEFORE THE TEMPORARY RESPITE IS DECIDED BY THE DEBTOR DURING THE RESPITE?

Abstract

Deciding on a temporary respite does not abolish the debtor's power of disposition over her assets. However, validation of the legal transactions stipulated in the second paragraph of Article 297 of the Enforcement and Bankruptcy Law depends on the court's permission. It is not possible for the debtor to freely carry out the legal transactions listed in the article. Apart from this, the court may subject the valid execution of certain transactions to the commissioner's permission while deciding on the respite or during the respite or may decide that the commissioner should continue the business activity instead of the debtor (EBL Article 297/I). Apart from the aforementioned limitations, the debtor, as a rule, has the power of disposition during the concordat respite. At this point, it is important to determine whether it is possible to pay the debts arising before the temporary respite is decided by the debtor during the respite, since it is not among the disposition restrictions listed in the Law. The principle of equality between the creditors is valid in the concordat. Therefore, the creditors of the concordat must be paid according to the concordat project and after the concordat has been approved. In this context, the payment of debts arising before the temporary respite is decided by the debtor during the respite is of a nature to disrupt the equality between the creditors. On the other hand, the provision of feedstock and services necessary for the debtor to continue commercial activities during the concordat respite may depend on the payment of debts arising before the temporary respite. Because, in case the existing debts are not paid, the third party generally does not want to continue the commercial relations with the debtor. For the reasons explained, the issue in question is controversial both in Turkish and Swiss law. These discussions gather on the point of whether it is possible to pay the debts arising before the temporary respite is decided, and if it is paid, whether the payment will be valid. It is also important to determine whether the payment of debts arising before the respite requires a sanction within the scope of Article 292 of the Execution and Bankruptcy Law. At this point, an evaluation should be made according to whether the concordat commissioner gives an instruction not to pay the debts arising before the respite. If the commissioner has given an instruction not to pay the

debts, making a payment in violation of the instruction may cause in the removal of the debtor's power of disposition on his assets or the refusal of the concordat request and the bankruptcy of the debtor by removing the concordat respite. If the commissioner has not given instructions for non-payment of debts, the debtor's payment must be evaluated in the context of whether she has acted to harm creditors. If the payment is made in order to harm other creditors, this situation causes, in the refusal of the concordat request and the bankruptcy of the debtor by removing the concordat respite.

Keywords: Temporary Respite, Disposition Restrictions, Payment of the Debt Arrising Before the Respite, Removal of the Concordat Respite, Adjudication of Bankruptcy.

GÜNCEL ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA İCRA İFLAS KANUNU M. 278/3-1 İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

Dr. Öğr. Üyesi Burçin YAZICI
Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-6621-8059

Özet

Alacağını borçlunun mevcut malvarlığından kısmen veya tamamen karşılayamayan alacaklılar, borçlunun bazı tasarruflarının iptalini talep edebilir. İcra veya iflas takibinden önce veya takip esnasında (tasarruf yetkisinin kısıtlanmadığı evrede) borçlunun, alacaklıların haklarını ihlal edecek şekilde yaptığı şüpheli tasarruf işlemlerinin iptali tasarrufun iptali davası ile gerçekleşir. Şüpheli tasarruflar genel olarak üç kategoride ele alınmıştır. Buna göre ivazlı tasarruflar (m. 278), acz halinde yapılan tasarruflar (m. 279) ve zarar verme kastı ile yapılan işlemler (m. 280) belirli şartların varlığı halinde iptal edilir. İptale tabi tasarruflar ile amaçlanan bu işlemlerin alacaklı bakımından ve alacaklının hakkını ihlal ettiği ölçüde geçersiz sayılmasını sağlamak ve tasarrufa konu mal veya hakkın bedelinden alacaklının alacağına kavuşabilmesini sağlamaktır.

İcra İflas Kanunu m. 278/3-1 borçlu ile işleme giren yakın ailevi ilişki içinde bulunan bazı kişilerin, tasarruf konusu bakımından ifada bulunsa dahi işlemin alacaklılar bakımından bağışlama hükmünde değerlendirileceğini kabul eder. Kanun koyucu burada borçlu ve borçluyla yakın aile ilişkisi içinde bulunan üçüncü kişiler arasında yapılan işlemler bakımından bir varsayımdan hareketle işlemin hukuki niteliğini değiştirmektedir.

İptale tabi tasarruflardan ivazlı tasarrufları düzenleyen İİK m. 278/3-1 bendi son dört yılda iki farklı Anayasa mahkemesi kararına konu olmuştur. İptale konu hüküm "*karı-koca, ile usul ve füru, neseben veya sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar, evlat edinenle evlatlık arasında yapılan ivazlı tasarruflar*" bağışlama sayılacağına dairdir. Somut norm denetimi ile Anayasa mahkemesinin önüne gelen ilk[1] uyuşmazlıkta borçlu ile borçlunun kardeşi arasında yapılan tasarruf işleminin bağışlama olarak kabul edilmesi tartışılırken ikinci[2] kararda ise borçlu ve eşi arasında yapılan tasarruf işleminin bağışlama olarak kabul edilmesi tartışılmıştır. Anayasa mahkemesi her iki kararda da

[1] AYM 11.07.2018 Tarih 9/84 Sayılı Kararı, R.G. 15.11.2018, S. 30596.
[2] AYM 16.12.2021 Tarih 52/97 Sayılı Kararı, R.G. 22.03.2022, S. 31786.

benzer değerlendirmeleri yaparak önce neseben üçüncü dereceye kadar hısımlar bakımından sonra da karı koca arası tasarruflar bakımından mülkiyet hakkının ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Hükümden geriye "*usul-füru ve sıhren* üçüncü dereceye kadar hısımlar ile evlat edinen ile evlatlık" arası tasarruf ilişkileri kalmıştır. Kanaatimizce bu kişiler bakımından da iptal kararı verilmesi yakındır.

Anayasa mahkemesi iptal gerekçesinde borçluyla hukuki ilişkiye giren üçüncü kişi konumunda bulunan İİK m. 278/3-1'de yer alan kişilerin ispat haklarının elinden alınmasını hükmün amacıyla orantısız bulmuştur. Kanaatimizce Anayasa mahkemesi kararları olumludur. Ancak iptal kararları ardından alacaklı bakımından ispat güçlüğü ortaya çıkmış bulunmaktadır. Alacaklı lehine düzenleme yapılarak ispat kolaylığı bakımından yeni bir varsayım sağlanabilir. Bu çerçevede borçluyla yakın ailevi ilişki içinde bulunan belirli kişiler yerine daha geniş ve somut olaya uygun olarak "*borçluyla yakın ilişki içinde bulunan kişi*" kriteri getirilebilir. Ayrıca bu kişiler bakımından İİK m. 280'e dayalı tasarrufun iptal edilmesi de gündeme gelebilir. Nitekim İİK m. 280/3 alacaklı lehine bir varsayım kabul etmektedir.

Anahtar Kelimeler: İptale Tabi Tasarruf, Tasarrufun İptali, Muvazaa, İspat, Varsayım.

AN EVALUATION ON EXECUTIVE BANKRUPTCY LAW ARTICLE 278/3-1 IN THE LIGHT OF CURRENT CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS

Abstract

For the creditors who cannot partially or entirely cover their receivables from the debtor's existing assets, the law has regulated the action for the annulment of the savings. Before or during the execution or bankruptcy proceedings (when the power of disposition is not restricted), the debtor's suspicious savings transactions that violate the creditors' rights are cancelled with the action for the annulment of the savings. Doubtful savings are generally classified into three categories. Accordingly, modest savings (art. 278), savings made in case of insolvency (art. 279), and transactions made with the intent to harm (art. 280) are canceled in the presence of certain conditions. The purpose of the dispositions subject to cancellation by the law is to ensure that these transactions are deemed invalid in terms of the creditor and to the extent that they violate the right of the creditor, and to ensure that the creditor can obtain his receivables from the property or right that is the subject of the disposition.

Enforcement Bankruptcy Law m. 278/3-1 accepts that some people who have close family relations with the debtor, even if they perform in terms of the subject of disposition, the transaction will be considered as forgiveness for the creditors. Here, the legislator changes the legal nature of the transaction based on an assumption in terms of the transactions made between the debtor and the third parties who have close family relations with the debtor.

EBL art. Subparagraph 278/3-1 has been the subject of two different Constitutional Court decisions in the last four years. The provision subject to annulment is that "*husband and wife, procedural and offspring, relatives up to the third degree (including this degree) by lineage or marriage, modest dispositions made between the adopter and adopted"* will be considered as forgiveness. In the first[3] dispute that applied to the Constitutional Court with the concrete norm control, it was discussed that the savings between the debtor and the debtor's brother should be accepted as forgiveness, while in the second decision[4], the acceptance

[3] AYM 11.07.2018 Tarih 9/84 Sayılı Kararı, R.G. 15.11.2018, S. 30596.
[4] AYM 16.12.2021 Tarih 52/97 Sayılı Kararı, R.G. 22.03.2022, S. 31786.

of the savings between the debtor and his wife as forgiveness was discussed. The Constitutional Court made similar evaluations in both decisions and concluded that the right to property and the right to a fair trial were violated, first in terms of relatives up to the third degree, and then in terms of dispositions between husband and wife. What remains of the provision is the disposition relations between "*ascendant and descendent and close relatives up to the third degree, the adopter and adoption"*. In our opinion, an annulment decision is imminent for these people as well.

In the justification of annulment, The Constitutional Court found that the deprivation of the right of proof of third parties, listed in EBL a. 278/3-1, who entered into a legal relationship with the debtor, was disproportionate the purpose of the judgment. In our opinion, the decisions of the Constitutional Court are positive. However, after the cancellation decisions, the difficulty of proof arose for the creditor. A new assumption can be made regarding ease of proof by arranging in favor of the creditor. In this context, instead of certain persons who have close family relations with the debtor, the criterion of "*person who has close relations with the debtor"* can be introduced in accordance with the broader and concrete case. In addition, the cancellation of the savings based on EBL m 280 may also be on the agenda. It may request the cancellation of the savings based on 280/3. As a matter of fact, EBL a. 280/3 accepts an assumption in favor of the creditor.

Keywords: Annullable Savings, Cancellation of Savings, Simulation, Proof, Assumption.

İCRA VE İFLAS KANUNU'NDA 7343 SAYILI KANUN'LA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER ÇERÇEVESİNDE MAHCUZ MALLARIN ELEKTRONİK ORTAMDA AÇIK ARTIRMA SURETİYLE SATIŞI USULÜ

Dr. Öğr. Üyesi Cengiz Serhat KONURALP
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-6395-8668

Özet

İcra ve İflas Kanunu'nda 02.07.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle mahcuz taşınır ve taşınmaz malların açık artırma suretiyle satışı prosedürüne elektronik ortamda teklif verme usulü dâhil edilmiştir. Bu düzenlemeye göre açık artırma suretiyle satış elektronik ortamda teklif vererek başlamakta, fiziki ortamda teklif vermenin yapılacağı günden önceki gün sonunda sona ermektedir. Diğer bir deyişle 6352 sayılı Kanun'la fiziki ortamda teklif verme usulü terk edilmemiş, bunun öncesinde elektronik ortamda teklif verme imkânı açık artırma suretiyle satış usulüne entegre edilmiştir. 24.11.2021 tarihli ve 7343 sayılı Kanun'la İcra ve İflas Kanunu'nda yapılan değişikliklerle mahcuz malların açık artırma suretiyle satışında fiziki ortamda teklif verme usulü tamamen terk edilerek, elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış tek yol haline getirilmiştir. 7343 sayılı Kanun'la İcra ve İflas Kanunu'na eklenen 111/b'de ve İcra ve İflas Kanunu'nun 7343 sayılı Kanun'la değiştirilen 114. ile 115. maddelerinde elektronik ortamda açık artırma suretiyle satışa hazırlık aşaması, artırmanın yapılması ve tamamlanması aşamaları detaylı olarak düzenlenmiştir. Bu hükümlerin taşınır ve taşınmaz mallar bakımından kural olarak aynı şekilde uygulanacağı öngörülmüştür. 7343 sayılı Kanun'la getirilen yeni düzenleme uyarınca elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemine entegre elektronik satış portalında yapılacaktır. Açık artırma suretiyle satış elektronik ortamda yapıldığı gibi satışa ilişkin ilan da elektronik satış portalında yapılacaktır. Elektronik ortamda açık artırma suretiyle satışta teklifler tek bir gün içinde verilmeyecektir. Açık artırmada teklif verme süresi yedi gün olarak belirlenmiştir. Buna göre açık artırma, ilanda belirtilen günler ve saat aralığında ve teklif verme yoluyla gerçekleştirilecektir. Asgari ihale bedelinin teklif edilmediği veya en yüksek teklif verenin ihale bedelini yatırmadığı hallerde daha önce ilanda belirtilen tarihte ikinci artırma başlayacaktır. İkinci artırmanın başlangıç tarihi, birinci artırmanın bitimi tarihinden itibaren bir ayı geçmeyecek şekilde belirlenecektir. İcra müdürü, elektronik satış

portalında artırma bittikten sonraki ilk iş gününde artırmanın sonucuyla ilgili bir artırma sonuç tutanağı düzenleyecek ve bu tutanaktaki bilgileri aynı gün satış portalında ilan edecektir. Kanun koyucu, teklif verenlerin ve elektronik satış portalının güvenliğini sağlamak için gerekli düzenlemelere İcra ve İflas Kanunu m.111/b'de yer vermiştir. Elektronik ortamda açık artırma suretiyle satışa ilişkin düzenlemeler fiziki ortamda karşılaşılan ve ihalenin feshedilmesine sebep olan ihaleye fesat karıştırılmasının büyük ölçüde önüne geçebilecek ve artırmaya katılımın artmasını sağlayacak niteliktedir.

Anahtar Kelimler: Açık Artırma, Elektronik Açık Artırma, Elektronik Satış Portalı, Artırmanın İlanı, Teklif Verme, Artırma Sonuç Tutanağı.

THE PROCEDURE FOR SALE OF SEIZED GOODS BY ELECTRONIC AUCTION IN THE FRAME OF THE AMENDMENTS IN THE ENFORCEMENT AND BANKRUPTCY CODE WITH THE CODE NO. 7343

Abstract

With the amendments made in the Enforcement and Bankruptcy Code with the Code No. 6352, dated 02.07.2012, bidding process on the electronic portal has been added in the auction procedure of movable and immovable properties. According to this regulation, auction starts with bidding process on the electronical portal and ends at the end of the day before the face-to-face auction is made. In other words, with the Code No. 6352, the bidding process in the face-to-face auction was not abandoned, and before that, the possibility of bidding process on the electronic portal was integrated to the auction. With the amendments made in the Enforcement and Bankruptcy Code with the Code No. 7343, dated 4.11.2021, the bidding process in the face-to-face auction has been completely abandoned in the sale of seized goods and auction on electronic portal has become the only way. The stage of preparation for sale by electronic auction, the stages of making and completing the auction are regulated in detail by the 111/b added to the Enforcement and Bankruptcy Code with the Code No. 7343 and the articles 114 and 115 of the Enforcement and Bankruptcy Code amended by the Code No. 7343. It was accepted that these provisions will be applied in the same way as a rule in terms of movable and immovable properties. According to the new regulation brought by the Code No. 7343, sales by auction on the electronic portal will be made on the electronic sales portal integrated into the National Judicial Network Information System. Just as the sale by auction is done on electronic portal, the announcement for the sale will also be made on the electronic sales portal. In electronic auction sales, the bids will not be submitted in a single day. The bidding period in the auction is determined as seven days. According to this, the auction will be held within the days and hours specified in the announcement and by bidding. In cases where the minimum tender price is not offered or the highest bidder does not deposit the tender price, the second auction will start on the date specified in the announcement. The start date of the second auction will be determined not to exceed one month from the end date of the first auction. The enforcement officer will issue an auction result report regarding the result of the auction on the first business

day after the auction ends on the electronic sales portal and announce the information written in the report on the sales portal on the same day. The legislator has included the necessary regulations to ensure the security of bidders and the electronic sale portal in Article 111/b of the Enforcement and Bankruptcy Code. Regulations regarding sales by auction in the electronic portal are of such nature as to prevent the rigging of the tender, which is encountered in the face-to-face auctions and causes the annulment of the tender, and to increase the participation in the auction.

Key Words: Auction, Electronic Auction, Electronic Sale Portal, Announcement Of Auction, Bidding, Auction Result Report.

AYIPLI ARACIN AYIPSIZ MİSLİ İLE DEĞİŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN İLAMLARIN İCRASI

Dr. Öğr. Üyesi Cengiz KULAKSIZ
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-9782-9979

Özet

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun veya 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uyarınca ayıplı araç nedeniyle açılan davalarda verilen ayıplı aracın ayıpsız misli ile değiştirilmesine ilişkin ilamların icrası, araç niteliği itibariyle taşınır olduğundan, İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) "Taşınır Teslimi" başlıklı 24. maddesine göre yapılmaktadır. Buna göre;

Ayıpsız aracın icra emri ile tebliği ile tesliminin emredilmesi üzerine, borçlu tarafından yedi gün içinde aracın ayıpsız mislinin teslim edilmemesi halinde, aracın ayıpsız misli borçlunun elinde (yedinde) ise, ilamda yazılı olan araç icra dairesi tarafından borçludan zorla alınıp alacaklıya teslim edilir.

Aracın ayıpsız mislinin borçlunun elinde olmaması halinde, borçlu aynen ifaya zorlanamaz; aracın ayıpsız mislinin teslimi borcu, kanundan ötürü, para borcuna dönüşür. Bu nedenle, bir taşınır malın aynen teslimi konusunda aldığı ilamı icraya koyan alacaklının, bu malın borçlunun elinde bulunmaması halinde bunun değerinin borçludan tahsili için ayrı bir dava açamayacaktır.

Teslimine hükmolunan taşınır malın değeri ilamda yazılı ise, borçlu, elinde bulunmayan taşınır malın ilamda yazılı olan bu değerini para olarak ödemek zorundadır (m. 24/4- c. l ve 2). Bu durum, alacaklının (davacının) "taşınır malın aynen teslimi, bulunamazsa bedelinin tahsili" talebiyle bir terditli dava açmış olması ve mahkemenin de (hüküm fıkrasında) "taşınır malın aynen teslimine, bulunamazsa bedeli olan şu kadar liranın ödenmesine" şeklinde terditli hüküm vermiş olması hâlinde söz konusu olabilir. Bununla birlikte, aracın ayıpsız misliyle değiştirilmesi istemiyle açılan davalarda mahkemece misli ile değişimin mümkün olmaması hâlinde araç bedelinin iade edilmesi yönünde terditli hüküm kurulmasının mümkün olup olmadığı tartışılacaktır.

İİK m. 24/4 uyarınca, ayıplı aracın mislinin borçlunun eilnde bulunmaması ve aracın değerinin ilamda yazılı olmaması veya çekişmeli

olması halinde, aracın ayıpsız mislinin, icra müdürü tarafından haczin yapıldığı tarihteki rayice göre takdir olunması gerekir. İcra müdürü, taşınır malın değerini takdir ederken, malın değerini borsa veya ticaret odalarından, bu kuruluşların bulunmadığı yerlerde, kendisi tarafından seçilecek bilirkişiden sorar ve alacağı cevaba göre taşınır malın değerini belirler (İİK m. 24/5) ve bu bedeli bir muhtıra ile borçludan ister. Bu bağlamda, alacaklının, belirlenen bedele, değerin belirlenmesi tarihinden itibaren mi, yoksa mezkur muhtıranın tebliği tarihinde mi faiz talep edebileceği üzerinde durulacaktır.

Öte yandan, ayıplı araçtakinden farklı olarak, icra dosyasındaki değer belirleme tarihindeki aynı marka ve model araçta fiyata etkili donanım ve teknik özelliklerin bulunması halinde, aracın ayıpsız misli yerine talep edilebilecek miktarın nasıl tespit edileceği irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Aracın Ayıpsız Misli İle Değiştirilmesi, Taşınır Teslimi, Araç Bedelinin İade Edilmesi, İlamlı İcra, Ayıpsız Aracın Teslimi.

VOLLSTRECKUNG DER URTEILSAUSFERTIGUNG ÜBER DEN ERSATZ DES MANGELNDEN FAHRZEUGS DURCH EINEN NICHT MANGELNDEN FAHRZEUG

Die Vollstreckung der Urteilsausfertigung über den Ersatz des mangelnden Fahrzeugs durch ein nicht mangelnden Fahrzeug in Klagen, die wegen des mangelnden Fahrzeugs gemäß dem Verbraucherschutzgesetz Nr. 6502 oder dem türkischen Obligationenrecht Nr. 6098 eingereicht wurden, hat gemäß Art. 24 des türkischen Gesetz über Sculdbetribung und Konkurs (tSchKG). Vollstreckt wird, weil das Fahrzeug seiner Beschaffenheit nach beweglich ist. Demzufolge

Übergabe des mangelfreien Fahrzeugs durch den Schuldner nach der Zustellung der Vollstreckungsbefehl nicht innerhalb von sieben Tagen erfolgt, sofern sich das mangelfreie Fahrzeug im Besitz des Schuldners befindet, das beglaubigte Fahrzeug wird dem Schuldner vom Vollstreckungsamt zwangsweise entzogen und dem Gläubiger übergeben.

Befindet sich das Fahrzeug nicht in der Hand des Schuldners, kann der Schuldner nicht zur genauen Leistung gezwungen werden, Die Schuld der Übergabe des mangelfreien Fahrzeugs wird per Gesetz zur Geldschuld. Aus diesem Grund kann der Gläubiger, der das Urteil, das er über die Übergabe einer beweglichen Sache in Naturalien erhalten hat, vollstreckt hat, keine gesonderte Klage auf Einziehung ihres Wertes vom Schuldner erheben, wenn der Schuldner nicht über diese Sache verfügt.

Wenn der Wert der beweglichen Sachen, deren Übergabe angeordnet ist, in der Urteilsausfertigung vermerkt ist, muss der Schuldner diesen Wert der beweglichen Sachen zahlen (Art. 24 Abs. 4). In diesem Fall, wenn der Gläubiger (Kläger) eine eventualklage mit dem Antrag auf "Übergabe der beweglichen Sachen im vorliegenden Zustand, Einziehung des Kaufpreises, wenn es nicht gefunden wird" eingereicht hat und das Gericht im Urteilstenor als eventual "das bewegliche Vermögen in seiner ursprünglichen Form zu übergeben, wenn es nicht auffindbar ist, die Zahlung von diesem oder jenem Lira-Betrag" entscheidet, könnte dies das Thema sein. Es wird jedoch diskutiert, ob in Fällen, in denen es dem Gericht nicht möglich ist, das Fahrzeug durch ein mangelfreies zu ersetzen, eine eventualentscheidung über die Rückzahlung des Fahrzeugpreises möglich ist.

Gemäß Art. 24 Abs. 4 tSchKG muss für den Fall, dass der Schuldner

nicht über ein gleiche Fahrzeug des mangelnden Fahrzeugs verfügt und der Wert des Fahrzeugs im Urteil nicht erwähnt wird oder strittig ist, das mangelfreie Fahrzeug geschätzt werden nach dem Marktkurs am Tag der Pfändung durch den Vollstreckungsbeamte. Bei der Schätzung des Wertes der beweglichen Sachen fragt der Vollstreckungsbeamte den Wert der beweglichen Sachen Börse oder den Handelskammern, wo diese Institutionen nicht vorhanden sind, bei dem von ihm zu wählenden Sachverständigen ab und ermittelt den Wert der beweglichen Sachen gemäß der Antwort, die er erhalten wird (Art. 24 Abs. 5 t SchKG) und verlangt diesen Preis vom Schuldner mit einer Anordnung. In diesem Zusammenhang wird darauf abgestellt, ob der Gläubiger ab dem Datum der Wertfeststellung oder dem Datum der Zustellung der vorgenannten Anordnung Zinsen auf den festgestellten Betrag verlangen kann.

Weist das baugleiche Fahrzeug zum Bewertungsstichtag in der Vollstreckungsakte hingegen im Gegensatz zum schadhaften Fahrzeug preisgünstige Ausstattungen und technische Merkmale auf, wird geprüft, wie der stattdessen geltend zu machende Betrag ermittelt werden kann der mangelfreien Version des Fahrzeugs.

Schlüsselwörter: Ersetzen des Fahrzeugs durch ein mangelfreies, Herausgabeanspruch auf eine bewegliche Sache, Erstattung der Fahrzeugswertes, Die Vollstreckung der Urteilsausfertigung, Übergabe des mangelfreien Fahrzeugs.

EXECUTION OF THE WRITS REGARDING THE REPLACEMENT OF THE DEFECTIVE VEHICLE WITH A NON-DEFECTIVE ONE

Abstract

In accordance with, Consumer Protection Law No. 6502 or Turkish Obligations Law No. 6098, in lawsuits filed due to a defective vehicle, the execution of the writs regarding the replacement of the defective vehicle with a non-defective one is carried out in accordance with Article 24 of the Execution and Bankruptcy Law (EBL) titled "Delivery of Movables" due to the vehicle is movable by nature. According to this,

In case of notification and delivery of the defect-free vehicle with an executive order, if the debtor has (possess) the defect-free vehicle and does not deliver it within seven days, the vehicle written in the writ will taken forcibly from the debtor by the enforcement office and delivered to the creditor.

In the event that, if the debtor does not have a defective copy of the vehicle, the debtor cannot be compelled to perform the same. Thus due to the law, the debt of delivery of the vehicle with no defects turns into a monetary debt. For his reason the creditor who enforces the decision taken on the delivery of a movable property in kind, the creditor will not be able to file a separate lawsuit for the collection of its value from the debtor.

If the value of the movable ordered to be delivered is written in the writ, the debtor has to pay this value of the movable that he does not have. (art.24/4-1 and 2)This situation is valid for the case that the creditor, ie. the plaintiff, has filed a gradual lawsuit with the request of "delivery of the movable property as it is, collection of the price if it cannot be found" and the court also decides as "the delivery of the movable property in its original form, if it is not found, the payment of such a lira". In addition to this, in lawsuits filed for the replacement of the vehicle with a non-defective one, if it is not possible to replace the vehicle with the same price, it will be discussed whether it is possible for the court to give a gradual decision to return the vehicle price.

According to EBL art.24/4, if the debtor does not have defective copy vehicle, the value of vehicle is not written in the writ or the value is disputed, the non-defective value of the vehicle must be appraised by the executive director according to current value at the confiscation date. While appraising the value of the movable property, the executive

director asks for the value of the commodity from the stock exchange or chambers of commerce and from an expert to be selected in places where these institutions are not available; thus executive director determines the value of movable property according to respons it will given (art.24/5) and demands this price from the debtor with a memorandum. In this context, it will be focused on whether the creditor can demand interest on the amount determined from the date of determination of the value or the date of notification of the memorandum.

On the other hand, if, unlike the defective vehicle, the same make and model vehicle on the date of valuation in the enforcement file has price-effective equipment and technical features, it will be examined how to determine the amount that can be demanded instead of the vehicle with no defects.

Keywords: Replacement of the Vehicle with a Defect-Free One, Delivery of the Movable Property, Return of the Vehicle Value, Execution with a Judgment, Delivery of the Vehicle without Defects.

ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME BAKIMINDAN TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE TEŞMİLİ

Doç. Dr. Efe DIRENİSA
Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-2220-9468

Özet

Üçüncü kişi lehine sözleşmenin tahkim koşulu içermesi ve bu sözleşmeden bir uyuşmazlık doğması hâlinde, üçüncü kişi konumundaki lehtarın, tahkim koşuluyla (sözleşmesiyle) bağlı olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişinin alacak hakkı mevcut olmadığı için, böyle bir sorunla karşılaşılmaz. Söz konusu sorunu tam üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından ele almak gerekir. Doktrindeki azınlıkta kalan görüşe göre, tam üçüncü kişi yararına sözleşme açısından tahkim sözleşmesi, lehtar üçüncü kişiye teşmil etmez. Çünkü tahkim sözleşmesinin, bu sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişiyi bağlaması için, üçüncü kişinin bu sözleşmeye açıkça veya şüpheye yer vermeyen biçimde örtülü olarak rıza göstermesi gerekir. Lehtar üçüncü kişinin kendisine sağlanan alacak hakkını kabul etmesi, tek başına sözleşmedeki tahkim koşulunu da (tahkim sözleşmesini de) kabul ettiği anlamına gelmez. Zira lehtar üçüncü kişinin, varlığından öncesinde haberdar olmadığı bir tahkim sözleşmesine tâbi kılınması adil olmayıp, hukukî öngörülebilirliğe aykırıdır. Tarafların lehtar üçüncü kişinin alacak hakkını, tahkim sözleşmesini (koşulunu) kabul etmesi şartına bağlaması hâlinde ise, üçüncü kişinin tahkim sözleşmesiyle bağlı olması sözleşmede kararlaştırılmış olan şartın gereği olur ve teşmil sorunu ortaya çıkmaz.

Doktrindeki katıldığımız baskın görüşe göre ise, tam üçüncü kişi yararına sözleşme açısından tahkim sözleşmesi, kural olarak lehtar üçüncü kişiye teşmil eder. Halefiyette ve alacağın temliki durumlarında, halef ve temellük eden kişinin tahkim koşuluyla bağlı olması gibi, tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin lehtarının, alacaklı ile borçlu arasında kararlaştırılan tahkim koşuluyla kural olarak bağlı olması gerekir.

Üçüncü kişi yararına sözleşmede alacaklı ile borçlu, kendi rızaları kapsamında borcun koşullarını belirler. Dolayısıyla maddî hukuk bakımından lehtar üçüncü kişinin elde ettiği talep hakkı, alacaklı ile borçlunun belirlemiş olduğu sözleşmedeki koşullara bağlıdır. Bu sözleşmeye göre ifa talebinde bulunabilme hakkı, tahkim koşuluna tâbi

tutulmuştur. Lehtar üçüncü kişi, tam üçüncü kişi yararına sözleşmedeki tahkim koşuluna tâbi olan bir hak elde etmektedir. Bu nedenle üçüncü kişi yararına sözleşmede yer alan tahkim koşulu, sözleşmeden doğan menfaatleri bilinçli olarak elde eden lehtar üçüncü kişiyi de kapsar.

Alacağının ifa edilmesi talebinde bulunmayı tercih eden lehtar üçüncü kişi, nasıl ki alacağın vadesine itiraz edemiyorsa, tahkim koşuluna da itiraz edemez. Lehtar üçüncü kişi alacak hakkından, bu hakkın tâbi olduğu koşulları bilerek ve bu koşulları değerlendirmek suretiyle ifa talebinde bulunarak yararlanır veya bu hususta ifa talebinde bulunmayarak ret hakkını kullanır. Tahkim koşuluna tâbi olmak istemeyen lehtar üçüncü kişinin ifayı ret hakkına sahip olması, tahkim şartının teşmilinin onun iradesinden tamamen bağımsız olmadığı anlamına gelmektedir.

Dolayısıyla üçüncü kişi lehtara, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmede kararlaştırılmış olan haktan bağımsız bir hakkın tanınması hukukî sebepten yoksun olur. Çünkü aksi yöndeki bir düşünce tarzı, aynı vakıalara dayanan, aynı hayat olayından kaynaklanan bir sözleşmeden doğan ifa talebini alacaklının tahkim yoluyla, üçüncü kişi lehtarın ise devlet yargısı yoluyla ileri sürmesi sonucunu doğurur. Aynı hukukî ilişkiye dayanan bir borcun ifasının iki farklı mahkemeden talep edilmesi çelişkili bir durum olup, hukukî güvenlik ve belirlilik ilkesiyle bağdaşmaz.

Bazı yabancı hukuk sistemlerinde de örneğin, Alman, İsviçre ve Fransız hukukunda ve ICC uygulamasında üçüncü kişi yararına yapılan sözleşmelerde öngörülmüş olan tahkim koşulunun, sözleşmeden yararlanan üçüncü kişiye teşmili kabul edilmiştir.

ABD hukukundaki *equitable estoppel* doktrini uyarınca, tahkim koşulu içeren maddî hukuk sözleşmesinden yararlanan bir kişinin, bu sözleşmedeki tahkim koşuluyla da bağlı olması gerekir. *Equitable estoppel* doktrini, davacının sözleşmenin kendi lehine olan bölümünden (maddî hukuk sözleşmesi kısmından) yararlanırken, aleyhine olan kısımdan (tahkim sözleşmesinden) muaf tutulmaması gerekliliğine dayanmaktadır.

Yargıtay da tahkim şartının üçüncü kişilere teşmilini bazı kararlarında kabul etmektedir. Ancak Yargıtay'ın 11. Hukuk Dairesi 25.06.2015 tarihli ve 9538/8707 sayılı kararında tahkim şartının üçüncü kişilere teşmilini kabul etmemiştir.

Üçüncü kişi yararına sözleşmedeki tahkim koşulunun lehtar üçüncü kişiye teşmil etmesinin bazı istisnaları mevcuttur. Üçüncü kişi yararına sözleşmedeki tahkim koşulunun üçüncü kişiyi bağlaması için, tahkim koşulunun lehtar üçüncü kişinin, katılım hakkını (TBK m. 129/2)

kullanmadan (yani edimin ifasına ilişkin hakkı kullanmak istediğini borçluya bildirmeden) önce yapılması gerekir. Katılım hakkının kullanılmasından sonra kararlaştırılan tahkim koşulu, alacak hakkında değişiklik niteliği taşır ve ancak lehtar üçüncü kişinin onayıyla ona karşı hüküm ifade eder. Öte yandan tahkim sözleşmesinin üçüncü kişiye teşmili somut olayda örneğin, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa, ahlaka aykırı nitelikteyse, aşırı yararlanma söz konusuysa tahkim sözleşmesinin lehtar üçüncü kişiye teşmilinin kabul edilmemesi gerekir. Yine genel işlem koşulu niteliği taşıyan tipik sözleşme çerçevesinde kararlaştırılan tahkim koşulu bakımından gerektiğinde genel işlem koşullarının denetimine (özellikle içerik denetimine) ilişkin hükümlere başvurabilir. Tahkim giderleri ile ifa konusu edimin değeri arasında ciddî bir orantısızlık mevcutsa, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak üçüncü kişinin tahkim koşuluyla bağlı olmadığı sonucuna varılması uygun olur.

Anahtar Kelimeler: Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, Tahkim, Tahkim Şartı, Tahkim Sözleşmesi, Sözleşmenin Nisbiliği, Medenî Usûl Hukuku, Tahkim Sözleşmesinin Teşmili.

EXTENSION OF ARBITRATION AGREEMENT TO THIRD PARTY IN TERMS OF THE CONTRACT FOR THE BENEFIT OF THIRD PARTY

Abstract

If the contract for the benefit of a third party contains an arbitration clause and a dispute arises from this contract, whether the beneficiary, who is the third party, is bound by the arbitration clause (agreement) is disputable in the doctrine. First of all, it should be noted that since the third person has no claim in the incomplete contract for the benefit of the third party, such a problem is not encountered. It is necessary to address the issue in question in terms of the complete contract for the benefit of a third party. According to the minority opinion in the doctrine, arbitration agreement in terms of the complete contract for the benefit of a third party does not extend to the beneficiary third person. Because in order for the arbitration agreement to bind the third person who is not a party to this agreement, the third party must consent to this agreement expressly or in a way that leaves no doubt. The fact that the beneficiary third party accepts the right to claim provided to him/her does not mean that he/she also accepts the arbitration clause (arbitration agreement) in the contract. Because it is not fair that a third party is subjected to an arbitration agreement of whose existence, he/she was not aware before, and it is contrary to legal predictability. On the other hand, if the parties bind the beneficiary third party's right to claim to the condition that he/she accepts the arbitration agreement (clause), the fact that the third party is bound by an arbitration agreement becomes a requirement of the condition agreed in the contract, and the issue of extension does not arise.

However, according to the dominant opinion in the doctrine, with which we agree, arbitration agreement in terms of the complete contract for the benefit of a third party does extend to the beneficiary third person as a rule. In case of assignment of claims and succession, the beneficiary of the complete contract for the benefit of a third party must be bound by the arbitration clause decided between the creditor and debtor as a rule, just as the successor and cessionary are bound by the arbitration clause.

In the contract for the benefit of a third party, the creditor and the debtor determine the conditions of the debt with their own free will. Therefore, in terms of material law, the right to claim obtained by the beneficiary third party depends on the conditions in the contract established by the creditor and the debtor. According to this contract,

the right to request execution is subject to the arbitration clause. Beneficiary third party acquires a right subject to the arbitration clause in the complete contract for the benefit of the third party. For this reason, the arbitration clause in the contract for the benefit of a third party also covers the beneficiary third party who knowingly obtains the interests arising from the contract.

The beneficiary third person who chooses to request the execution of his/her receivables cannot object to the arbitration clause just as he/she cannot object to the maturity of the receivable. The beneficiary third-person benefits from his/her right to claim by knowing the conditions to which this right is subject and by evaluating these conditions, or he/she uses the right of refusal by not requesting execution in this regard. The fact that the beneficiary third person who does not want to be subject to the arbitration clause has the right to refuse execution, means that the extension of an arbitration agreement is not completely independent from his/her will.

Therefore, to entitle a right independent from the right agreed in the contract between the creditor and the debtor to the beneficiary third party would be deprived of legal reason. Because an opinion in the opposite direction will lead to the consequence that the creditor submits a request for execution arising from a contract due to the same life event through arbitration, while the beneficiary third party submits it through the state judiciary. It is a contradictory situation to request the execution of a debt based on the same legal relationship from two different courts and it is incompatible with the principle of legal security and certainty.

In some foreign legal systems, for example in the laws of Germany, Switzerland, and France and in the ICC implementation, the extension of the arbitration clause in the contracts for the benefit of a third party to the third party is accepted.

In pursuant of the equitable estoppel doctrine in the USA law, a person benefitting from a material law contract that contains an arbitration clause must also be bound by the arbitration clause in this contract. Equitable estoppel doctrine is based on the necessity that the plaintiff should not be exempt from the part against him/her (arbitration clause) while he/she's benefitting from the part of the contract that is in his/her favor (material law contract).

The Supreme Court also accepts the extension of an arbitration clause to third parties in some of its verdicts. However, the Turkish Court of Cassation did not accept the extension of an arbitration clause to third parties in its decision in the 11th Civil Chamber dated 25.06.2015 and

numbered 9538/8707.

Extension of the arbitration clause in the contract for the benefit of the third party to the beneficiary third party has some exceptions. In order for the arbitration clause in the contract for the benefit of the third party to bind the third party, the arbitration clause must be made before the beneficiary third party uses his/her right to participate (Turkish Law of Obligations a. 129/2) (that is, before notifying the debtor that he/she wants to exercise the right to execution of the act). The arbitration clause decided after the use of the right to participate constitutes an amendment to the right to claim, and it takes effect against the beneficiary third party only with the approval of him/her. On the other hand, if the extension of the arbitrary agreement to the third party is contrary to the rule of honesty, if it is immoral or if there is excessive use, the extension of the arbitrary agreement to the beneficiary third party must not be accepted. In terms of the arbitration clause decided within the scope of the typical agreement that constitutes a general transaction condition the provisions on the supervision of general transaction conditions (especially content supervision) may be applied if necessary. If there is a serious disproportion between the costs of arbitration and the value of the action subject to execution, considering the details of the concrete case, it is appropriate to conclude that the third party is not bound by the arbitration clause.

Keywords: Contract For The Benefit Of Third Party, Complete Contract For The Benefit Of Third Party, Arbitration, Arbitration Clause, Arbitration Agreement, Relativity Of Contracts, Civil Procedure Law, Extension Of Arbitration Agreement.

TÜKETİCİ KREDİLERİNDE BANKALAR TARAFINDAN YAPILAN MAAŞ KESİNTİLERİ ve BUNUN EMEKLİ MAAŞLARININ HACZEDİLMEZLİĞİ KURALIYLA İLİŞKİSİ

Arş. Gör. Esra BULUT
Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-5881-0813

Özet

Tüketici kredileri, bankalar tarafından çoğunlukla bir teminat gösterilmesi şartıyla verilir. Ancak tüketici emekli ise bu teminatı gösterecek maddi gücü olmayabilir. Bu durumda bankalar, emekliye kredi kullandırmak için çoğunlukla emeklinin maaş hesabını kendilerine taşımasını şart koşarak adeta alacaklarını bu şekilde teminat altına almaya çalışmaktadır. Çünkü banka, icra dairesine başvurduğunda tüketici kredisi sözleşmesinin borçlusu emekliyse karşısına icra ve iflas hukuku anlamında haczedilmezlik yasağı çıkacaktır. 5510 sayılı Kanunda emekli maaşlarının SGK'nın prim alacağı ya da nafaka alacağı dışında borçlunun muvafakati olmaksızın haczedilemeyeceği düzenlenmiştir. Bankanın alacağı, ilgili düzenlemede haczedilmezlik yasağının istisnaları arasında sayılmamıştır. Buna göre, banka icra dairesine başvurduğunda borçlu emekli, hacze muvafakat vermedikçe emekli maaşı haczedilemeyecek ve banka alacağına kavuşamayacaktır. Uygulamada emekliler çoğunlukla maaş aldıkları bankadan kredi kullanmaktadırlar. Nitekim bankalar emeklinin maaş hesabı kendisinde değilse kredi kullandırmaya yanaşmamakta, çoğunlukla emeklilerden maaş hesabını kredi kullanmak istediği bankaya taşımasını şart koşmaktadırlar. Emekliler, tüketici kredisinden doğan borcu ifa etmezlerse banka, emeklinin maaşına bloke koymakta ve maaştan ödenmeyen taksit miktarınca kesinti yapmaktadır. Bankalar, bu kesintileri tüketicinin imzaladığı tüketici kredisi sözleşmesinde yer alan maddelere dayandırmaktadır. Emekli borçlular ise mahkemelerden emekli maaşının emeklinin muvafakati olmaksızın haczedilemeyeceği kuralı gereğince bu kesintilerin iadesini talep etmektedirler. Uygulamada sıklıkla karşımıza çıkan bu durum çalışmanın temelini oluşturmaktadır.

Haczedilmezlik kuralları, sosyal devlet ilkesi gereğince getirilen kurallardır. Emeklilerin muvafakatleri olmadan maaşlarının haczedilememesi borçluya en azından yaşamasına yetecek miktar kadar bir gelirin bırakılması ve böylece topluma muhtaç olmamasının

amaçlanmasıyla ilgilidir. Ancak aynı zamanda sözleşme hukuku çerçevesinde bankayla bir kredi sözleşmesi imzalayan emekli, borçlarını ifa etmekle de yükümlüdür. Emekli tüketici, borcunu ifa etmediği zaman kredi taksitinin maaşından kesilmesine muvafakat verebilir. Çoğu zaman bu muvafakatler kredi verilirken imzalanan kredi sözleşmelerinin içinde yer alır. Burada imzalanan maddelerin tüketici hukuku anlamında haksız şart olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca emeklinin bankaya, maaşına bloke konulması ve takas, mahsup yetkisi vermesi konusu haczedilmezlik kurallarıyla birlikte değerlendirilmelidir. Bu konularda Yargıtay dairelerinin farklı yönde kararları bulunmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu birkaç sene arayla verdiği kararlarda birbirine zıt görüşler bildirmiştir. Bu sebeplerle konu incelenmeye muhtaçtır.

Çalışmada öncelikle haczedilmezlik kuralları ve tüketici kredisi kavramı açıklanacaktır. Tüketici kredisi sözleşmelerinde yer alan, bankaya takas, mahsup yetkisi veren hükümlerin haksız şart olarak kabul edilip edilmeyeceği değerlendirilecektir. Bu kapsamda Yargıtay' ın 11. Hukuk Dairesi ve 13. Hukuk Dairesi kararları karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Ardından Hukuk Genel Kurulu'nun birkaç yıl arayla birbirine zıt yönde görüş bildirdiği kararları değerlendirilerek çalışma sonlandırılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tüketici Kredisi, Haczedilmezlik Kuralı, İcra ve İflas Hukuku, Tüketici Hukuku, Haksız Şart.

SALARY DEDUCTIONS MADE BY BANKS IN CONSUMER LOANS AND ITS RELATION TO THE RULE OF NON-SEIZABILITY OF THE PENSION

Abstract

Consumer loans are mostly given by banks on the condition of showing a collateral. However, if the consumer is retired, he/she may not have the financial power to show this guarantee. In this case, banks often require the pensioner to carry the salary account to themselves in order to give credit to the pensioner. In this way, banks try to secure their receivables. Because when the bank applies to the enforcement office, if the debtor is retired, there is a rule of non-seizability in terms of enforcement and bankruptcy law. According to Law No. 5510, pensions cannot be seized without the consent of the debtor, except for the premium or alimony receivables. The bank's receivables are not counted among the exceptions to the rule of non-seizability in the relevant law. Accordingly, if the debtor does not consent to the attachment when the bank applies to the enforcement office, the pension cannot be seized. In practice, retirees often get a loan from the bank from which they receive a salary. Banks do not want to give loans if the pensioner does not receive a salary from them. Banks often require retirees to carry their salary accounts to themselves. If the retirees do not pay their debts, the bank, takes deductions from the salary. Banks base these deductions on the articles included in the consumer loan agreement. Pensioners, on the other hand, argue that their salaries cannot be seized without their consent. For this reason, they demand a refund of the deductions made. This situation, which is frequently encountered in practice, forms the basis of the study.

The rules of non-seizability are the rules brought in accordance with the social state principle. With this rule, it is aimed to leave at least an income sufficient for the debtor to live. Thus, the debtor does not become dependent on society. However, at the same time, the pensioner, who has signed a loan agreement with the bank within the framework of contract law, has to fulfill her debts. If the pensioner does not fulfill her debt, she may consent to the deduction of the loan installment from her salary. Most of the time, these consents are included in loan agreements. It is necessary to evaluate whether the articles signed here are unfair terms in terms of consumer law. In addition, the issue of blocking the pensioner's salary and granting clearing and deduction authority should be evaluated together with the rules of non-seizability. There are

different decisions of the Supreme Court chambers on these issues. The General Assembly of the Supreme Court of Appeals expressed opposing views in its decisions made at intervals of a few years. For these reasons, the issue needs to be investigated.

In the study, first of all, the rules of non-seizability and the concept of consumer credit will be explained. It will be evaluated whether the provisions in consumer loan agreements that authorize the bank to clear and set off will be accepted as unfair terms. In this context, the decisions of the 11th and the 13th Civil Chamber of the Court of Cassation will be examined comparatively. Then, the study will be concluded by evaluating the decisions of the General Assembly of Law, which have given contradictory opinions every few years.

Keywords: Consumer Loan, The Rule of Non-Seizability, Enforcement and Bankruptcy Law, Consumer Law, Unfair Contract Terms.

İİK M.111/A KAPSAMINDA BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Evren KOÇ
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-1379-8771

Özet

30 Kasım 2021 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 7343 sayılı Kanun ile icra hukukumuz için yeni bir kurum olan, borçluya satış yetkisi verilmesi usulü ihdas edilmiştir. İİK m. 111/a ile düzenlenen bu usule göre, borçlunun mahcuz malı belirli şartlar altında rızaen satmasına izin verilmektedir.

Borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin düzenleme esas olarak, mahcuz malın açık artırma yoluyla ederinden çok daha az bedelle satılmasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Bununla birlikte hükümde yer alan eksiklikler nedeniyle, söz konusu satış işlemine ilişkin gerekli denetim mekanizmasının sağlanamadığı görülmektedir. Söz konusu eksiklikler nedeniyle, kötüniyetli borçluların, dosya borcunu tatmin etmek yerine mahcuz malın düşük bedelle elden çıkarılmasına yönelmesinin engellenmesi son derece zor gözükmektedir.

Borçluya satış yetkisi verilmesi usulü, İİK'da benimsenmiş olan satış sisteminden birçok noktada farklılık arz etmektedir. Bu nedenle, borçluya satış yetkisi verilmesi usulünün cebri satış sistemindeki yerinin belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca satış usulünün kapsamı da ilgili kanun hükmünde tam olarak belirlenmemiştir. Bu bağlamda borçluya hangi tür mahcuz mallar için ve hangi takip yollarında satış yetkisi verilebileceğinin tespit edilmesi lüzum göstermektedir.

İİK m. 111/a'da düzenlenen usule uygun yapılan satış işleminde, borçlandırıcı işlem borçlu ile alıcı arasında gerçekleşmektedir. Tasarruf işleminin gerçekleşmesi için ise ilgili düzenlemedeki yolun takip edilmesi ve nihayetinde icra mahkemesinin satışı kabul etmesi gerekmektedir.

Borçluya satış yetkisi verilmesi usulüne başvurulması için borçlunun talebi gerekmektedir. Borçlunun, kendisine kıymet takdirinin tebliğiyle birlikte yedi gün içinde talepte bulunmasıyla süreç başlamaktadır. İkinci adımda, borçlunun tabi olduğu, satış için asgari bedelin belirlenmesi gerekmektedir. Kıymet takdirinin kesinleşmesiyle birlikte borçluya, belirlenen asgari satış bedeli üzerinden satış yetkisi verilmektedir. Borçluya tanına on beş günlük süre içinde, belirlenen bedelin icra

dosyasına yatırılmasıyla satışın tamamlanması için son aşamaya geçilmektedir: icra mahkemesi yaptığı inceleme üzerine satışı kabul ya da reddedecektir.

İİK m.111/a'daki düzenlemedeki en ciddi sorunların başında, söz konusu satış işlemine muhalefete yönelik herhangi bir hukuki imkan tanınmamış olmasıdır; icra mahkemesinin satış işlemine ilişkin vereceği karar kesin nitelikte kabul edilmiştir. Bunun yanında, her ne kadar rızai satış kararının öncesindeki hazırlık işlemi mahiyetindeki icra takip işlemlerine karşı şikayet yolu mevcut gözükse de borçlu dışındaki takibin diğer ilgililerine tebligat yapılmadığından bunların süreçteki hukuka ve hadiseye aykırılıklara karşı şikayet yoluna gitmeleri süreçten haricen haberdar olmalarına bağlıdır. Öte yandan, alıcının, malın esaslı vasıflarındaki ayıptan dolayı maddi hukuktan kaynaklı haklarını kullanması önünde bir engel olmadığını söyleyebilmeliyiz.

Anahtar Kelimeler: Rızaen Satış, Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi, Cebri Satış, Rızai Satış Bedeli, Kıymet Takdir.

GRANTING SALE AUTHORIZATION TO THE DEBTOR WITHIN THE SCOPE OF İİK 111/A

Abstract

The procedure of granting sales authorization to the debtor which is a new institution for Turkish Enforcement Law has entered in force by means of the Law no. 7343 promulgated in the Official Gazette dated on November 30, 2021. In accordance with this procedure provided under İİK 111/a, the debtor is allowed to sell the attached property voluntarily under certain conditions.

The subject procedure intends to prevent the attached property from being sold in auction for much less than its estimated value. However, due to the deficiencies in the provision, the necessary control mechanism for the sale transaction is not seen duly established. Due to the mentioned deficiencies, it is seen hard to prohibit the debtors who prefer to sell the attached properties with lower prices instead of satisfying the debt in execution file.

The procedure of granting sale authorization to the debtor is different from the enforced liquidation system adopted under the Law of Enforcement and Bankruptcy (İİK). Therefore, it is necessary to establish the subject procedure in the forced sale system. Moreover, as the scope of the sales procedure hasn't been fully determined in the relevant provision, it is necessary to determine what kind of attached property the debtor can be authorized to sell the attached properties as well as the sorts of enforcement proceedings adequate for such liquidation procedure.

The sale transaction regulated under İİK 111/A, the promissory transaction takes place between the debtor and the purchaser. On the other hand, the act of disposal is fulfilled following that the subject procedure is pursued and that the enforcement court confirms the sale.

The request of the debtor is required in order to file the procedure of granting sales authorization to the debtor. The debtor shall claim the authorization within seven days as of the notification of the valuation report for the attached property. At the second step, the minimum price for the sale shall be determined. Following the finalization of the valuation, the debtor will be authorized to sell the attached property considering the determined minimum sales price within the fifteen days. Finally, the enforcement court will accept or reject the sale upon

examination.

One of the most serious problems related to the article İİK 111/A is the lack of any legal remedy against the sale transaction, since the decision of the enforcement court about sales transaction is considered as final. It can be expressed that the remedy of complaint against the enforcement proceedings is entitled to be filed against the preparatory acts preceding the consent sale decision. However, since no notification is done to other relevant parties of the proceedings apart from the debtor, they can only be aware of the process by coincidence, externally to make a complaint against the violations of the law and the event in the process. On the other hand, it should be considered that there is no obstacle for the purchaser to use the rights arising from material law arising from the defect in the basic characteristics of the goods.

Keywords: Consentingly Sale, Granting A Sales Authorization To The Debtor, Forced Sale, Consent Selling Price, Valuation.

İCRA VE İFLAS KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN'LA GETİRİLEN BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Gökçe KARABEL
Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-1787-165X

Özet

7343 sayılı "İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" 30.11.2021 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmış ve aynı gün yürürlüğe girmiştir. Söz konusu kanunun 12. maddesiyle İcra İflas Kanunu'nun paraya çevirmeye ilişkin hükümlerine 111. maddeden sonra gelmek üzere "borçluya satış yetkisinin verilmesi" başlığı ile 111/a maddesinin eklendiği görülmektedir. Maddede borçlunun, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde haczedilen malının rızaen satışı için kendisine yetki verilmesini talep edebileceği ve icra müdürünün kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra cebri satış işlemlerini durdurarak borçluya on beş günlük süre vereceği düzenlemiştir. İcra ve İflas Kanunu'nun 113. maddesince "vaktinden evvel satış" başlığı altında alacaklı talep etmeden borçlunun talebiyle de satışın yapılabileceği düzenlenmiş olmakla birlikte, vaktinden evvel olması şartı aranmaksızın kıymet takdiri yapılmış her malın satışının da borçlu tarafından talep edilebilmesi bu yeni madde ile hukukumuza girmiştir. Kanundaki bu değişiklik, hacze ve satışa ilişkin diğer değişikliklerle birlikte değerlendirildiğinde kanun koyucunun, malın satışının malın değeri düşmeksizin yapılmasını ve satışın yapılmamasına veya malın alıcıya teslim edilmemesine ilişkin olarak uygulamada ortaya çıkan sorunların giderilmesini amaçladığı görülmektedir.

Maddeye bakıldığında borçlunun satış talebinde bulunması için birtakım koşulların arandığı görülmektedir. Maddede borçlunun, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde satış talebinde bulunabileceği ve icra müdürünün de kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra cebri satış işlemlerini durdurarak borçluya on beş günlük süre vereceği koşulu getirilmiştir. Kanımızca on beş günlük sürede, borçlunun malını alacak bir alıcı bulması ve aynı süre içinde malın satışının gerçekleştirilmesi maddenin uygulanmasını neredeyse imkansız hale getirmektedir. Bunun yanı sıra rızai satışta, malın muhammen kıymetinin

yüzde doksanına karşılık gelen ya da rüçhanlı alacakların toplamından hangisi fazla ise bunu karşılayacak bedelin ödenmesinin aranmasının da maddenin uygulanmasını güçleştireceği açıktır. Zira satış aşamasına gelmiş bir icra takibinde ihalede malın yüzde ellisini (ve elbette rüçhanlı alacaklıları) karşılayacak bedeli verip malı alma imkanı olan alıcının daha yüksek bir bedelle malı almak istemesi istisnaen mümkün olacaktır. Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise bedelin dosyaya ödemesi halinde icra müdürünün dosyayı derhal icra mahkemesine göndereceği, mahkemeninse en geç on gün içinde yapacağı inceleme sonucunda dosya üzerinden talebin kabulüne veya reddine kesin olarak karar vereceğine ilişkin fıkradır. Burada satışın alıcının malı almasıyla mı yoksa mahkemenin kararıyla mı hüküm ve sonuçlarını doğuracağı tartışmaya açıktır.

Madde gerekçesine bakıldığında, detaylı bir açıklama veya gerekçelendirme olmadığı adeta maddenin tekrar edildiği görülmektedir. Bununla birlikte kanunda, maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Adalet Bakanlığınca yürürlüğe konulan yönetmelikle belirleneceği ifade edilmişken gerekçede uygulama için yönetmeliğin bekleneceğinin belirtilmediği de dikkati çekmektedir. Maddenin uygulanmasında ortaya çıkabilecek muhtemel sorunların çözümü için şu aşamada yönetmelik bekleniyor olsa da yönetmeliğin kanunla düzenleme getirilmeyen bir konuda düzenlemesi yapması mümkün olmadığından maddenin uygulanabilirliği konusundaki tereddütler yönetmeliğin yayınlanmasıyla tamamen ortadan kalkmayacaktır. Bildiride söz konusu sorunlara değinilerek borçluya kendi malını satmasına imkân verilmesiyle amaçlanan hedefe ulaşmanın mümkün olup olmayacağı ve bu maddenin borçlu ve alacaklı arasındaki menfaat dengesine zarar verip vermediği dikkate alınarak maddeye ilişkin önerilere yer verilecektir. Sempozyumun gerçekleşeceği tarihe kadar borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin yönetmeliğin de yayımlanması durumunda konu, yönetmelik hükümleri çerçevesinde ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Cebren Satış, Rızaen Satış, Kıymet Takdiri, Paraya Çevirme, Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi.

GIVING SALES AUTHORITY TO THE BORROWER ACCORDING TO THE LAW AMENDING THE CODE OF EXECUTION AND BANKRUPTCY AND CERTAIN OTHER CODES NO 7343

Abstract

The Law amending The Code of Execution and Bankruptcy and Certain Other Codes no 7343 was published in the Official Gazette on 30.11.2021 and entered into force on the same day. It is seen that with the 12th article of the said law, the article 111/a with the title of "granting the sales authorization to the debtor" has been added to the provisions of the Enforcement and Bankruptcy Law on realization, following the article 111.

In the article, it is regulated that the debtor can request authorization for the sale of the seized property within seven days following the notification of the valuation, and that the enforcement manager will stop the forced sales transactions and give the debtor a period of fifteen days after the valuation is finalized. When this change in the law is evaluated together with other amendments related to seizure and sale, it is seen that the legislator aims to sell the goods without decreasing the value of the goods and to eliminate the problems that arise in practice regarding not making the sale or not delivering the goods to the buyer.

Looking at the article, it is seen that certain conditions are sought for the debtor to make a sale request. The article stipulates that the debtor can request a sale within seven days from the notification of the valuation and that the executive manager will stop the forced sale transactions after the valuation is finalized and give the debtor a period of fifteen days. In our opinion, finding a buyer for the debtor's goods within fifteen days and realizing the sale of the goods within the same period makes the application of the article almost impossible. In addition, it is clear that the demand for payment of the price corresponding to ninety percent of the appraised value of the goods or the sum of the priority receivables, whichever is more, in the consent sale, will make it difficult to implement the article. Because, in an enforcement proceeding that has reached the stage of sale, it will be possible for the buyer, who has the opportunity to buy the goods by paying the price that will cover fifty percent of the goods (and of course, the priority creditors) in the tender, to purchase the goods at a higher price. Another issue that needs to be emphasized here is the paragraph stating that if the price is paid to the file, the executive director will immediately send the file to the enforcement court, and

the court will make a final decision on the acceptance or rejection of the request based on the file as a result of the examination to be carried out within ten days at the latest. Here, it is open to debate whether the sale will result in the buyer's purchase of the goods or the court's decision.

When we look at the preamble of the article, it is seen that there is no detailed explanation but the article is almost repeated. However, while it is stated in the law that the procedures and principles regarding the implementation of the article will be determined by the regulation put into effect by the Ministry of Justice, it is also noteworthy that it is not stated in the justification that the regulation will be awaited for implementation. Although a regulation is expected at this stage to solve possible problems that may arise in the implementation of the article, hesitations about the applicability of the article will not completely disappear with the publication of the regulation, since it is not possible for the regulation to regulate a subject that is not regulated by law. In the paper, the above problems will be mentioned and the suggestions regarding the article will be included considering whether it will be possible to achieve the intended goal by allowing the debtor to sell his own property and whether this article harms the balance of interests between the debtor and the creditor.

Key Words: Forced Sale, Voluntary Sale, Appraisal, Encashment, Granting The Debtor Right To Sale.

ÇEVRİM İÇİ UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ, TANIMI VE TÜRLERİNİN İNCELENMESİ

Arş. Gör. Hüseyin ZORLU
Yozgat Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-8385-0104

Özet

Çevrim içi (online) uyuşmazlık çözüm yöntemleri kavramının tanımı hakkında doktrinde bir fikir birliği mevcut değildir. Kavram ilk ortaya çıktığı zamanda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin çevrim içi ortamda yapılan şekli olarak ifade edilmekte idi. Nitekim ilk keşfedildiğinde kavram çevrim içi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri (E-ADR, İ-ADR) olarak zikrediliyor idi. Arabuluculuk, tahkim gibi klasik çevrim içi uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin çevrim içi ortamda yürütülmesiyle oluşan sürece çevrim içi uyuşmazlık çözüm yöntemleri adı veriliyordu. Ancak çevrim içi uyuşmazlık çözüm yöntemleri kavramı bu şekilde dar yorumlanamaz. Zira zamanla kavramın muhtevası genişlemiştir. Geçmiş dönemde sadece alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle sınırlı olarak uygulanan bu yöntemler, zamanla devlet yargılaması bakımından da uygulanır hâle gelmiştir. Karşılaştırmalı hukukta ortaya çıkan çevrim içi mahkemeler, çevrim içi uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yargı sistemlerine entegre edilmesi için yazılımlar geliştirilmesi gibi somut teknolojik gelişmeler kavramın sınırlarının genişlediğinin en bariz örnekleridir. Bu yüzden çevrim içi uyuşmazlık çözüm yöntemleri teknolojinin uyuşmazlık çözüm sürecinin bütününde kullanıldığı, diğer bir deyişle uyuşmazlığın tamamen bilişim araçlarının yardımıyla çözüldüğü süreci ifade etmektedir.

Teknolojinin hızla gelişmesi klasik uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tartışılmasına, eleştirilmesine ve yeni arayışlara yol açmıştır. İşte çevrim içi uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tarihsel gelişimi bu yenilik arzusunun ve eleştirilerin sonucunda başlamıştır. İlk olarak internetin ortaya çıkması ve çevrim içi ortamda kullanıcıların artmasıyla, bu ortamdaki uyuşmazlıkların kendine has yöntemlerle çözülme ihtiyacı vuku bulmuştur. Daha sonra çevrim içi uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ilk somut örnekleri ortaya konulmuştur. Ardından çevrim içi ortamda meydana gelen ticaret uyuşmazlıklarının çözümü için bu uyuşmazlıklara münhasır olmak üzere platformlar kurulmuştur. Nihayet günümüzde de yargı sistemlerinde çevrim içi uyuşmazlık çözüm yöntemleri

kullanılmaya başlanmıştır.

Çevrim içi uyuşmazlık çözüm yöntemleri öğretide çevrim içi müzakere, çevrim içi arabuluculuk ve çevrim içi tahkim olmak üzere üç ana grupta incelenmektedir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere kavram bu gruplarla sınırlı değildir. Zira özellikle son yıllarda e-ticaret alanında ve devlet yargılamalarında yeni nesil çevrim içi uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ortaya çıkması kavramın yeniden sınıflandırılması ihtiyacını beraberinde getirmiştir.

Anahtar Kelimeler: Çevrim İçi, Uyuşmazlık, Alternatif, Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri.

DEFINITION, HISTORICAL DEVELOPMENT AND EXAMINATION OF TYPES OF ONLINE DISPUTE RESOLUTION METHODS

Abstract

There is no consensus in the doctrine about the definition of the concept of online dispute resolution methods. When the concept first emerged, it was expressed as the online form of alternative dispute resolution methods. As a matter of fact, when the concept was first discovered, it was mentioned as online alternative dispute resolution methods (E-ADR, I-ADR). The process, which consisted of classical online dispute resolution methods such as mediation and arbitration, was called online dispute resolution methods. However, the concept of online dispute resolution methods cannot be narrowly interpreted in this way. Because over time, the content of the concept has expanded. These methods, which were limited to alternative dispute resolution methods in the past, have become applicable in terms of state jurisdiction over time. Concrete technological developments such as online courts in comparative law and the development of software for integrating online dispute resolution methods into judicial systems are the most obvious examples of expanding the boundaries of the concept. Therefore, online dispute resolution methods refer to the process in which technology is used in the whole of the dispute resolution process, in other words, the dispute is resolved entirely with the help of information tools.

The rapid development of technology has led to the discussion and criticism of classical dispute resolution methods and new searches. The historical development of online dispute resolution methods started as a result of this desire for innovation and criticism. First of all, with the emergence of the internet and the increase in the number of users in the online environment, the need to resolve the disputes in this environment with unique methods has occurred. Then, the first concrete examples of online dispute resolution methods are presented. Then, platforms have been established for the resolution of trade disputes that occur in the online environment, exclusively for these disputes. Finally, today, online dispute resolution methods have started to be used in judicial systems.

Online dispute resolution methods are examined in three main groups as online negotiation, online mediation and online arbitration.

However, as we mentioned above, the concept is not limited to these groups. Especially in recent years, the emergence of new generation online dispute resolution methods in the field of e-commerce and state proceedings has brought the need to reclassify the concept.

Keywords: Online, Dispute, Alternative, Dispute Resolution Methods.

SATICININ GERİ ALMA HAKKI

Dr. Öğr. Üyesi Şükran AKGÜN
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-6780-6074

Arş. Gör. Merve ÇAĞLAK MELEZ
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-5659-589X

Özet

İcra ve İflas Kanunu uyarınca iflas açıldığı anda, müflise ait haczi kabil olan bütün malvarlığı değerleri iflas masasını oluşturmaktadır. Bu kapsamda müflise ait olmayan malların masa kapsamında yer almaması gerekmektedir. Müflise değil de üçüncü kişiye ait olan malların masada yer alması halinde söz konusu mallar, masadan çıkarılarak üçüncü kişiye teslim edilmelidir. Üçüncü kişiye ait olan malların masadan çıkarılması esasında istihkak iddiasında bulunulması ve duruma göre istihkak davası açılması ile gerçekleştirilmektedir. Ancak Kanun bazı özel durumlara ilişkin ayrı düzenlemelere yer vermektedir. İcra ve İflas Kanunu m. 190'da yer alan satıcının geri alma hakkı da masadan mal çıkarılmasına ilişkin bu özel durumlar arasında yer almaktadır.

Satıcının geri alma hakkına ilişkin talebin, istihkak iddiasının özel bir görünümü olduğu ifade edilmektedir. Ancak kanaatimizce, istihkak iddiasına (davasına) ilişkin şartlar ile satıcının geri alma hakkına ilişkin şartlar karşılaştırıldığında söz konusu talep hakkının istihkak iddiasından bağımsız bir talep hakkı olup iflasın sözleşmelere etkisi bağlamında değerlendirilmesi daha makul bir yaklaşımdır. Zira istihkak iddiası, iflas açıldığı anda müflisin (masanın) zilyetliğinde bulunan ancak malik olmadığı mallara yönelik ileri sürülebilirken satıcının geri alma hakkı iflas açıldığı anda müflisin zilyetliğinde bulunmayan mallara yönelik ileri sürülebilmektedir. Ayrıca iflasta istihkak iddiasının konusunu yalnızca mülkiyet hakkı oluştururken satıcının geri alma hakkında satıcının satış sözleşmesine konu malın maliki olmasına gerekmemektedir. Bu nedenlerle satıcının geri alma hakkı istihkak iddiasından bağımsız daha geniş bir talep hakkıdır.

İstihkak iddiasından bağımsız ve geniş olan bu talep hakkı, kanaatimizce iflasın sözleşmelere etkisi kapsamında bir talep olarak değerlendirmelidir. İflastan etkilenen sözleşmeler, müflisin iflasın

açılmasından önce tarafı haline geldiği ancak iflasın açıldığı anda henüz tam olarak ifa edilmemiş olan sözleşmelerdir. Kanun m. 190 uyarınca satıcının geri alma hakkını kullanabileceği satış sözleşmeleri de iflas açıldığı sırada sözleşmeye konu malın müflisin eline ulaşmadığı sözleşmeler olduğundan henüz tam olarak ifa edilmemiş sözleşmeler kapsamında yer almaktadır.

Satıcının İİK m. 190'da yer alan geri alma hakkını kullanabilmesi için öncelikle satış sözleşmesinin iflas kararından önce yapılmış olması gerekmektedir. Doktrinde yüz yüze yapılan satışlarda gönderilmesi gereken taşınır bir malın söz konusu olmadığı gerekçesiyle satıcının geri alma hakkını kullanamayacağı ifade edilmektedir. Ancak kanaatimizce yüz yüze yapılan satışlarda da gönderilmesi gereken bir mal söz konusu olabileceğinden İİK m. 190 hükmü uygulama alanı bulabilmelidir. Dolayısıyla iflasın açılmasından önce yapılan satış sözleşmenin yüz yüze yapılan bir sözleşme olması İİK m. 190/1'in uygulanmasına engel teşkil etmemelidir.

Satıcının geri alma hakkını kullanabilmesi için satış bedelinin tamamen ödenmemiş olması gerekmektedir. Ancak hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde temel sınır olan TMK m. 2 kanaatimizce satıcının geri alma hakkında da söz konusu olmalıdır. Bu kapsamda satış bedelinin ödenmeyen kısmı ödenen kısma nazaran çok az ise satıcı İİK m. 190/1'in uygulanmasını talep edememelidir.

Anahtar Kelimeler: İflas, İflasın Hukuki Sonuçları, İflasın Sözleşmelere Etkisi, Satıcı, Satıcının Geri Alma Hakkı.

SELLER'S RIGHT TO TAKE BACK

Abstract

In accordance with the Enforcement and Bankruptcy Law, at the time of filing for bankruptcy, all assets that can be seized form the bankrupt's estate. In this context, goods that do not belong to the bankrupt should not be included in the estate. If the goods belonging to the third party, are on the estate, handed over to the third party. In this case, a lawsuit may need to be revendicate filed. However, the Law includes some special cases. The seller's right to take back, which is included in Article 190 of the Enforcement and Bankruptcy Law, is among these special cases regarding the removal of goods from the bankrupt's estate.

It is stated that the demand for the seller's right to take back is a special aspect of the apply for claim. However, in our opinion, it is a more reasonable approach to evaluate the right of claim in the context of the effect of bankruptcy on contracts, as it is a right of claim independent from the claim of remuneration. Because the claim of remuneration is for the goods that are in the possession of the bankrupt but not owned at the time of the bankruptcy, while the seller's right to take back is for the goods that are not in the possession of the bankruptcy. In addition, while the subject of the claim for remuneration in bankruptcy is only the property right, the seller does not need to be the owner of the goods subject to the sales contract. For these reasons, the seller's right to take back is an independent and broader claim right.

In our opinion, this right of claim should be considered as a claim within the scope of the effect of bankruptcy on contracts. Pursuant to article 190 of the Law, sales contracts, in which the seller can exercise his right to take back, are also included in the scope of contracts that have not yet been fully executed, since the goods subject to the contract did not reach the bankruptcy at the time of filing the bankruptcy.

In order for the seller to use the right of withdrawal in article 190, the sales contract must be made before the bankruptcy decision. In the doctrine, it is stated that the seller cannot use the right to take back in face-to-face sales. However, in our opinion, since there may be a commodity that must be sent in face-to-face sales, the provision of Article 190 should be able to find an application area.

In order for the seller to exercise the right of redemption, the sale price must not be fully paid. However, if the unpaid part of the sale price is

very small compared to the paid part, the seller should not be able to claim the right to take it back.

Keywords: Bankruptcy, Legal Consequences of Bankruptcy, Impact of Bankruptcy on Contracts, Seller, Seller's Right to Take Back.

BANKA ALACAKLARININ İCRA VE İFLAS KANUNU M. 150/I HÜKMÜ UYARINCA REHNİN PARAYA ÇEVRİLMESİ YOLU İLE İLAMLI TAKİBİ

Dr. Öğr. Üyesi Şükran AKGÜN
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-6780-6074

Arş. Gör. Eylül BALIKÇI
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-1188-5652

Özet

Kanun koyucu hukuk kurallarını toplumun ihtiyaçlarına göre düzenlemektedir. Dönem itibari ile içinde bulunulan ekonomik durumda, tasarrufları korumak amacıyla 02.05.1985'te 3182 sayılı Bankalar Kanunu ile bankalar lehine 91. madde getirilmiştir. Daha sonra uygulamada eşitliğin sağlanması amacıyla 3494 sayılı kanun ile ilgili madde bir miktar değiştirilerek İcra ve İflas Kanunu'na eklenmiştir.

İcra ve İflas Kanunu m. 150/ı'da bahsedilen borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli nakdi veya gayri nakdi kredi şeklinde işleyen krediler, birer bankacılık terimi olup günümüzde bankalar tarafından verilmektedir. Bankaların özel olarak düzenlenen bu kredilerde ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilmeleri İİK m. 150/ı ile kolaylaştırılmıştır. Ancak, bu düzenleme doktrinde haklı bir şekilde eleştirilmiştir. Bu düzenleme ile menfaat dengesi, alacaklı banka lehine bozulmuştur. Her ne kadar kanun koyucu zaman zaman alacaklı veya borçlunun lehine düzenleme öngörse de her zaman menfaat dengesini sağlamaya çalışmalıdır. Bir düzenleme ile alacaklı lehine menfaat dengesinin bu derecede bozulması uygun düşmemektedir.

İİK m. 150/ı'da hesap özeti tazmin talebi veya ihtarın içeriğinin nasıl olması gerektiği düzenlenmemiştir. Fikrimizce, bu belgelerle ödeme için borçluya bir süre verilmesi, bu sürede ödeme gerçekleşmezse bankaya takibe geçme hakkı tanınabilirdi. Böylelikle menfaat dengesi bir miktar sağlanmaya çalışılmış olurdu. Her ne kadar borçluya kendisine gönderilen belgelere itiraz etme hakkı tanınmışsa da banka, itiraza rağmen İİK m. 149 uyarınca rehinin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı icra takibi başlatabilmektedir (İİK m. 150/ı). Belgelere itiraz eden borçlu kendisine karşı başlatılan bu takibe karşı şikayet yoluna başvurabilecektir. Ancak, bilindiği gibi şikayet de takibi durdurmayacaktır. Borçlunun şikayet

etmesi üzerine alacaklı banka, borcun varlığını İİK m. 68/b çerçevesinde diğer belgelerle ispatlayabilecektir. 68/b'de sayılan diğer belgeler ise alacaklının düzenlediği belgelerdir. Alacaklının kendi düzenlediği belgelerle borçlunun borçlu olduğunu ispat etmesi durumu söz konusu olmaktadır. Görüldüğü üzere, menfaat dengesi alacaklı lehine bozulmuştur. Ayrıca, bu maddede 'tebliğ edilmiş sayılma' denerek tebligat hukukunda olmayan bir usul benimsenmiştir.

Çalışmamızda ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip ve bu takibin nasıl yapılacağı doktrindeki eleştirilerle birlikte incelenmiştir. Bankalar lehine düzenlemeler içeren ve borçlu ile alacaklı arasındaki dengeyi bozan İİK m. 150/ı hükmü eleştirilmiş, maddeye ilişkin öneriler sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Banka, Hesap Özeti, İtiraz, Şikayet ve Borçlu.

THE BANK RECEIVABLES' ENFORCEMENT PROCEEDINGS WITH A JUDGMENT BY WAY OF FORECLOSURE OF A MORTGAGE ACCORDING TO ARTICLE 150/I OF ENFORCEMENT AND BANKRUPTCY LAW

Abstract

The legislator regulates the provisions of the law in accordance with the social needs. In the current economic situation of the period, a regulation in favor of banks was introduced with Article 91 of the Banking Law dated 02.05.1985 and numbered 3182. Later, in order to ensure equality in practice, the article related to Law No. 3494 was added to the Enforcement and Bankruptcy Law by slightly changing it.

Debtor current account or short, medium, long term cash or non-cash loans mentioned in Article 150/ı of the Enforcement And Bankruptcy Law are banking terms and are given by banks in this day and time. The banks' ability to prosecute on these specially arranged loans by converting the mortgage into cash is facilitated by Article 150/ı of the Enforcement And Bankruptcy Law. But, this regulation has been justifiably criticized in the doctrine. Balance of benefit is overturned in favour of the creditor bank with this regulation. Although the legislator may envisage regulations in favor of the creditor or debtor from time to time, should try to balance the interests even if this is the case. It would not be appropriate to deteriorate the balance of interests to such a degree in favor of the creditor with a regulation.

Article 150/ı of the Enforcement And Bankruptcy Law the account statement compensation request or the content of the warning is not regulated. In our estimation, giving the debtor a deadline for paying with these documents and if the payement is not made within this period, the bank may be given the justification to prosecute. Although the debtor has the right to object to the documents sent to them, the bank despite the objection, may initiate enforcement proceedings with a verdict by converting the pledge into money pursuant to Article 149 of the Enforcement And Bankruptcy Law (EBL Article 150/ı). The debtors who objects to the documents may apply for a complaint against this proceeding initiated against them. However, as it is known the complaint will not detain the prosecution. Upon the debtor's complaint the creditor bank will be able to testify the existence of the debt with other documents within the frame of Article 68/b of the Enforcement And Bankruptcy Law. Other documents listed in 68/b are the documents settled by the

creditor. The creditor has to prove that the debtor is indebted with the documents they have issued themselves. As one can see, the balance of benefits has deterioriated in favour of the creditor. In addition, a procedure that is not in the Law Of Notification has been adopted by declaring 'considered to be notified' in this article.

In our study legal prosecution through the conversion of the mortgage into cash and how this prosecution is done are considered together with the criticisms in the doctrine. Article 150/ı of the Enforcement And Bankruptcy Law, which includes regulations in favor of banks and disrupts the balance between the debtor and the creditor, has been criticized and proposals regarding the article have been presented.

Keywords: Bank, Account Abstract, Objection, Complaint and Debtor.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU M. 353/1/A HÜKMÜ ÇERÇEVESİNDE VERİLEN BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ

Dr. Öğr. Üyesi Nurullah BAL
Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-3477-5336

Özet

Bilindiği üzere yargı sistemimizde, 19. Yüzyılda Osmanlı döneminde yapılan reformlarla kabul edilen ve Cumhuriyet'in ilânından kısa süre sonra kaldırılan istinaf uygulaması, 5235 sayılı Kanun ile birlikte 2004 yılında tekrar kabul edilmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde de düzenlenen istinaf uygulaması fiilen 20 Temmuz 2016'da olabilmiştir. 5235 sayılı Kanun ve HMK ile birlikte kabul edilen dar istinaf modelinde amaç, istinaf yargılamasında ilk derece yargılamasının tümüyle tekrarlanması veya yeniden yapılması olmayıp, ilk derece yargılamasında eksik ve/veya hatalı olan noktalara hasredilmiş bir yargılama yapılmasıdır. Bu anlamda, temyizden farklı olarak maddi vakıa denetiminin de yapılabildiği istinaf aşamasında, söz konusu maddî ve usûlî denetim, belirli sınırlar dâhilinde yalnızca ilk derece mahkemesi nezdinde yapılan yargılamadaki eksik veya hatalı olan hususlar bakımından yapılacaktır. Nitekim HMK m. 353/1/a hükmü de bu amaç doğrultusunda kabul edilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 353/1/a hükmünde öngörülen sınırlı sayıdaki hâllerde, ilk derecede yapılan yargılamanın önemli usûlî hatalar içerdiğinden hareketle; ilk derece yargılamasının istinaf bakımından sınırlı bir incelemenin dahi yapılmasına imkân vermeyecek mahiyette olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu hâllerde ilk derece mahkemesi kararının kaldırılıp dosyanın kesin olarak ilk derece mahkemesine iade edilmesi düzenlenmiştir. Anılan maddenin özellikle 6'ncı alt bendinde yer alan delillerin toplanmasına ilişkin düzenlemeye yönelik BAM'lar tarafından benimsenen yaklaşım, öğretide ciddi eleştirilere konu olmuştur. Bu bağlamda, özellikle 6'ncı alt bende ilişkin olarak ortaya çıkan sorunların çözümü amacıyla Yargıtay tarafından HMK m. 369/1 hükmü gerekçe gösterilerek, BAM tarafından verilen iade kararları kesin olmalarına rağmen temyiz incelemesine tâbi tutulmuştur. Ne var ki konuya ilişkin olarak 7251 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemeyle birlikte, öğretide işaret edilen sorunlar, adeta hukukî zemine kavuşturulmuştur.

Dahası, yine 7251 sayılı Kanun ile birlikte eklenen HMK m. 362/1/g hükmüyle birlikte, m. 353/1/a kapsamında verilen kararlara karşı (esasen belirtilen hükümde BAM kararlarının kesin olduğu belirtilmiş olsa da) temyiz kanun yolunun kapalı olduğu ayrıca düzenlenmiştir. Şu hâlde, 7251 sayılı Kanun ile kabul edilen HMK m. 362/1/g hükmüne kadar, Yargıtay'ın, Bölge Adliye Mahkemelerinin HMK m. 353/1/a kapsamında verdiği kararlara ilişkin HMK m. 369/1'e istinaden temyiz incelemesi yapılabileceğine yönelik yaklaşımının akıbeti, HMK m. 362/1/g karşısında önem arz etmektedir. Zira 7251 sayılı Kanun sonrasında dahi, özellikle HMK m. 369/1 gerekçe gösterilerek Yargıtay'ın temyiz incelemesi yapılabileceği yönünde kararları veya karşı oy yazıları gözlenmektedir. Bu durum; özellikle dava şartlarına ilişkin 4'üncü ve delillerin toplanmasına ilişkin 6'ncı alt bent başta olmak üzere HMK m. 353/1/a'da geri göndermeye ilişkin sebepler açısından, Kanun'un lafzına ve daraltılmış istinafın ruhuna uygun olmayan teorik ve pratik problemlere neden olmaktadır.

Bu itibarla çalışmada, öncelikle hukuk yargısına ilişkin kanun yolu sistemi ve özellikle istinafın temel özellikleri genel olarak değerlendirilmiş, ardından seçilmiş bazı Yargıtay kararları ışığında ortaya çıkabilecek sorunlara işaret edilmiştir. Sonuç olarak; HMK m. 353/1/a hükmü mutlak usûl hataları ve vakıaların toplanmasına ilişkin hatalar şeklinde ikiye ayrılarak değerlendirme yapılmalıdır. Bu sayede mutlak hatalar açısından Yargıtay'ın zorlayıcı kararlar vermesi önlenebilir. Vakıa ve delillerin toplanması açısından ise kıta Avrupası hukuk sistemlerine benzer şekilde hâkime takdir hakkı tanınması ve buna yönelik belirli ölçütler kabul edilmesi ve taraf talebini önceleyen yaklaşım benimsenmesi yönünde değişiklik yapılması uygun olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kanun Yolları, İstinaf, Temyiz, Medenî Usûl Hukuku.

JUDICIAL CONTROL OF REGIONAL COURTS OF JUSTICE DECISIONS PURSUANT TO ARTICLE 353/1/A OF TURKISH CIVIL PROCEDURE CODE IN THE LGHT OF SUPREME COURT DECISIONS

Abstract

As it is known, the application of appeal in our judicial system, which was accepted with the reforms made in the 19th century in the Ottoman period and was abolished shortly after the proclamation of the republic, is re-adopted in 2004 with the Code no 5235. The application of appeal, which was also regulated with the Code of Civil Procedure No. 6100, could actually take place on 20 July 2016. In the narrow appeal model which is adopted together with the Code No. 5235 and Tukish Code of Civil Procedure, the aim is not to repeat or re-make the first trial completely, but to make a trial devoted to the deficient and/or faulty points in the first trial. In this sense, at the stage of appeal, material fact checking can also be carried out unlike the Supreme Court, and this material and procedural inspection will be carried out within the limits of deficient or faulty issues of first instance court's proceedings. As a matter of fact the Art. 353/1, a of Turkish Civil Procedure Code No. 6100 has been adopted for this purpose.

By the limited number of conditions stipulated in the provision of Turkish Code of Civil Procedure Article 353/1/a, it is regulated that the first-instance courts' trial contains important procedural errors; so it is accepted that the first-instance courts' trial would not allow even a limited examination in terms of appeal. Therefore, in this cases, it is regulated that the decision of the court of first-instance is lifted and the file is returned to the court of first-instance definitively. The legal approach of Regional Courts of Justice for especially the 6th subclause of the mentioned paragraph, has been seriously critisized by doctrine. In this sense, in order to solve problems which caused by especially 6th subclause, the Supreme Court has accepted the appeal request against Regional Courts of Justice's decisions even if they are definitive within the justification according to Article 369/1 of Turkish Code of Civil Procedure. However with the regulations made with the Code No. 7251 on the subject, the problems which are pointed out by doctrine, were almost brought to a legal basis. Moreover, with the provision of Article 362/1/g of Turkish Code of Civil Procedure which is attached anew with the Code No. 7251, it is regulated that the legal remedy for appeal is closed against the decisions made by Article 353/1/a (even though it

is stated that the decisions of Regional Courts of Justice are final in the mentioned provision). In this sense, the aftermath of Supreme Court's legal approach about the possibility that the appeal examination pursuant to Article 369/1 of Turkish Code of Civil Procedure against the decisions of Regional Courts of Justice pursuant to Article 353/1/a Turkish Code of Civil Procedure, has importance in relation to Article 362/1/g of Turkish Code of Civil Procedure. Because even after Law No. 7251, it is observed that there are still Supreme Court's decisions or dissenting opinions on the possibility of appellate reviews pursuant to Article 369/1 of Turkish Code of Civil Procedure. This situation causes theoretical and practical problems that don't comply with *verba legis* and the spirit of narrowed appeal system, in terms of the remand clauses which are regulated with the Article 353/1/a Turkish Code of Civil Procedure, especially the 4th subclause about litigation conditions and the 6th subclause about collection of evidences.

In this respect, in this study, first of all, the legal remedy system regarding the civil justice and especially the basic features of the appeal is evaluated in general, and then the problems that may arise in the light of some selected Supreme Court decisions pointed out. As result; the Article 353/1/a Turkish Code of Civil Procedure should be evaluated by dividing into two, one as absolute procedural errors and the other one as errors on collection of facts and evidences. Thus, it is possible to prevent the Supreme Court from making compelling decisions in terms of *verba legis* and systematic of the Code. In terms of the collection of facts and evidences, it has been concluded that it would be appropriate to make a legal arrangement to give the judge discretion power and accept certain criteria for this and to adopt an approach that prioritizes the partys' requests and which is similar to continental Europe's legal systems.

Keywords: Legal Remedy, Appeal, Appellate, Civil Procedure Law**.**

MİLLETLERARASI HUKUK

ULUSLARARASI KAMU HUKUKUNDA PARALI ASKERLERİN HUKUKİ STATÜSÜ: RUSYA-UKRAYNA SAVAŞI ÜZERİNDEN BİR İNCELEME

Doç. Dr. Mehmet GÜNEŞ
Ahmet Yesevi Üniversitesi
ORCID ID: 0000-0003-3285-3043

Özet

Savaş, karşılıklı güçlerin kimi zaman haklı ve onurlu bir mücadelesi olmak yanında çeşitli gerekçe ve beklentilerle savaş bölgesi dışındaki diğer taraftar ve karışanları da içine alan ve onlara yeni imkân ve fırsatların kazanılabileceğine ilişkin kaotik ortamı sağlayan bir olgudur. Bu açıdan bir savaş ortamında paralı askerler öteden beri en bilinen fırsatçılar olarak görülmekte Antik çağlardan bu yana eski Çin, Yunan ve Roma ordularında dahi çok sayıda paralı askerin savaşlarda kullanıldığı bilinmektedir.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında sadece devletlerin güç kullanma tekeline sahip olduğunun kabul edilmesi sonrasında paralı askerin savaşan statüsündeki sorumluluklarına ilişkin ilk defa 1977'de 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek I. Protokol metninde yer verilmiştir. Bu metindeki düzenlemeye göre paralı askerlerin muharip ya da savaş esiri olamayacağı kabul edilmekle birlikte taraflarca paralı askerlerin savaşta kullanılmasının veya finanse edilmesinin yasaklanmasına dair herhangi bir hüküm düzenlenmemiştir. Bu konuda artan uygulama sorunları sebebiyle nihayet paralı askerlerin sorumluluğuna yönelik Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulunda 1989'da kabul edilen "*Paralı Askerlerin İstihdamı, Kullanımı, Finansmanı ve Eğitimine Karşı Uluslararası Sözleşme*" 2001 yılında yürürlüğe girmiştir. BM Güvenlik Konseyin daimî üyelerinin hiçbirinin tarafı olmadığı bu sözleşme, halen 37 devlet tarafından onaylanmıştır. Bu sözleşme paralı askerlik olarak nitelendirilebilecek tüm faaliyetleri yasaklamaktadır. BM Sözleşmesi'nde; paralı askerleri silah altına alan, kullanan, finanse eden veya eğiten, doğrudan çatışmalara ya da duruma göre planlanmış şiddet hareketlerine katılan; Sözleşmede yer alan suçları işleyen ya da işlemeye teşebbüs edenlerin cezai sorumluluğunun doğduğunu kabul edilmiştir. Ancak belirtilen suçun uygulanabilirliği devletlerin kendi iç hukukuna bırakılmıştır.

Paralı askerlerin ve onları kabul eden devletlerin bir savaştaki sorumluluğuna yönelik çeşitli fikir ve görüşler ileri sürülse de hiçbiri

halen yaşanan Ukrayna-Rusya savaşı özelinde yeterince tartışılmamıştır. 24 Şubat 2022'de Rusya, komşusu Ukrayna ülke sınırlarına girerek başlattığı savaşın geleceğini belirleyecek şekilde her iki taraf adına savaşmak için paralı askerlerin bölgeye sevk edildiği görülmektedir. BM Sözleşmesi gereğince kuralları ortaya konulan paralı askerlerin savaştaki rolüne yönelik 1989 tarihli BM sözleşmesini halen savaşta olan Ukrayna 1990 yılında imzalamış ve 1993 yılında ise onaylamış iken diğer taraf olan Rusya ise bu sözleşmeye taraf değildir. Oysa ki savaş öncesinde Ukrayna'da AGİT'in gözetiminde Eylül 2014'te Belarus'un başkentinde imzalanan ve ateşkesi amaçlayan 12 maddelik Minsk Anlaşmasında; tarafların Ukrayna'da silahlı grupların askeri donanımlarını, savaşçılarını ve paralı askerlerini geri çekmesi yükümlülüğü daha önce kabul edilmişti. Ukrayna Savaşı halen devam ederken özellikle Rusya tarafından, kendi ülkesinde özel askeri şirketlerin faaliyetleri yasak olduğundan dolayı 2016 itibarıyla Arjantin'de kurulmuş gözüken "Wagner" adlı özel askeri şirkete bağlı paralı askerleri bölgeye sevk ettiği, diğer yandan Ukrayna Dışişleri Bakanı Dmitro Kuleba'nın yerel basına verdiği demecinde, 52 ülkeden yaklaşık 20 bin paralı askerin Ukrayna saflarında Rusya'ya karşı savaşmak için başvuruda bulunduğunu açıkladığı görülmektedir.

Bölgesel bir savaşı uluslararası bir savaş dönüştürme, emperyal devletlerin savaş sorumluluğunu gizleme, küresel silah şirketleri ve devlet aktörlerinin savaşa yeni istikamet verme amaçlarına hizmet eden paralı askerlik müdahalesinin açık şekilde görüldüğü Ukrayna-Rusya savaşı özelinde; uluslararası kamu hukuku kural ve yargı içtihatlarına göre paralı askerlerin hukuki statüsü ve devlet sorumluluğunun inceleneceği bu bildiride, savaşların önlemesine ilişkin yeni değerlendirme ve kapsamlı öneriler yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Paralı Askerler, Savaşan Statüsü, İnsancıl Hukuk, Devlet Sorumluluğu, Rusya-Ukrayna Savaşı.

THE LEGAL STATUS OF MERCANARIES IN INTERNATIONAL PUBLIC LAW: A REVIEW ON THE RUSSIA-UKRAINE WAR

Abstract

In addition to being a just and honorable struggle of mutual powers, war is a phenomenon that includes other supporters and participants outside the war zone with various reasons and expectations, and provides them with a chaotic environment where new opportunities and opportunities can be gained. In this respect, mercenaries have always been seen as the most well-known opportunists in a war environment. It has been known that many mercenaries were used in wars since ancient times, even in ancient Chinese, Greek and Roman armies.

After the Second World War, after the recognition that only states had a monopoly on the use of force, the responsibilities of the mercenary in combatant status were included for the first time in the text of the "Additional Protocol I" to the 1949 Geneva Conventions in 1977. Although it is accepted that mercenaries cannot be combatants or prisoners of war according to the regulation in this text, no provision has been made by the parties to prohibit the use or financing of mercenaries in war. Due to the increasing implementation problems in this regard, the Convention of "*International Convention Against the Employment, Use, Financing and Training of Mercenary Soldiers*"which adopted in 1989 at the United Nations (UN) General Assembly for the responsibility of mercenaries, entered into force in 2001. This convention, which none of the permanent members of the UN Security Council is a party, has still been ratified by 37 states in today.

Although various ideas and opinions have been put forward in regarding the responsibility of mercenaries and the states that accept the responsibility of mercenaries in a war, none of them have been sufficiently discussed in the current Ukraine-Russia war. It is seen that mercenaries were sent to the region to fight on Ukraine war that Russia started by entering the borders of its neighbor Ukraine on February 24. While Ukraine, which is still at war, signed the 1989 UN convention on the role of mercenaries in the war, the rules of which were laid down in accordance with the UN Convention, in 1990 and ratified it in 1993. But Russia, which is the other party of this war, is not a party to this convention.

It is clearly seen that by using mercenaries which serves the purpose

of transforming a regional war into an international war, concealing the war responsibility of the imperial states, and giving a new direction to the war by global army companies and state actors in the case of the Ukraine-Russia war. In this paper, it will be made examining the legal status and state responsibility of mercenaries according to the rules and jurisprudence of public international law and new evaluations and comprehensive suggestions will be made regarding the prevention of wars.

Keywords: Mercenaries, Combatant Status, Humanitarian Law, State Responsibility, Russia-Ukraine War.

SAVAŞ DURUMUNDA SİBER SALDIRILARIN İNSANCIL HUKUK KURALLARI BAKIMINDAN İNCELENMESİ

Av. Mustafa NALLI
Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
ORCID ID: 0000-0003-1394-1005

Doç. Dr. Süleyman DOST
Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-0317-6389

Özet

Yirmi birinci yüzyılda yaşanan teknolojik gelişmeler, özellikle internet bağlantısının gelişmesi siber uzay kavramının oluşması ve siber uzayda gerçekleşen saldırılar sonucunda siber güvenlik anlamında önemli sorunları meydana getirmiştir. 2007 yılına gelindiğinde Eski Sovyet Birliği üyesi olan Estonya'da gerçekleşen siber saldırılar bu önemli sorunların en önemli ilk örneğidir. Talinn'de bulunan ikinci dünya savaşında savaşmış bir askerin heykelinin sökülmesiyle başlayan olayların neticesinde Estonya'daki internet sistemine aşırı derecede veri girilerek sistemin çökmesi sağlanmıştır. Estonya'da o yıllarda kağıtsız devlet politikası sebebiyle tüm kamu işlerinin internet üzerinden yapılması ise saldırının zararını arttırmıştır. Bu saldırı neticesinde NATO düzleminde siber saldırıların önemi farkedilmiş ve Siber Kale denilen sistemin temeli atılmıştır. Daha sonra uluslararası arenada çok ciddi olarak olarak dikkat çeken bir olay 2010 yılında gerçekleşmiştir. ABD ve İsrail'in STUXNET'i İran'daki nükleer santralleri yavaşlatmak amacıyla yayması bu sorunu daha önemli hale getirmiştir. Günümüzde sürmekte olan Ukrayna Rusya savaşında ise Siber saldırılar çokça gündeme gelmiş ve savaş içerisinde etkisi gözler önüne serilmiştir. Ukrayna'nın alt yapısı ve kamuya ilişkin yazılımlara zarar verilmiş hatta özel kişilerin bilgisayarlarına girerek kişisel verileri yok etmiştir. Ayrıca Rusya siber sistemleri kullanarak savaşa ilişkin yanlış haberler yayarak modern dönemde savaşın psikolojik yönünü de hayata geçirdiği görülmüştür. Bunun yanında siber saldırıların silahlar üzerinde etki etmesi de mümkündür. Askeri unsurlar dijitalleştikçe, bu unsurlara karşı siber saldırıda bulunmak için daha fazla alan sunuyor. Rus güçlerin, örneğin bazı uygulamalar üzerinden Ukrayna topçu birliklerinin yönetimini ele geçirmeye çalıştığı ve tehlike yaratmayı denediği biliniyor. Dahası 5G teknolojisinin gelişimiyle günlük hayatta tartışmaya başladığımız nesnelerin interneti kavramıyla tüm cihazların

ve hatta insanların bile internete bağlanmasının mümkün olabileceğinin ifade edildiği bugünlerde siber saldırıların ne kadar tehlikeli boyutlara ulaşabileceğinin göstergesidir. Bu noktada insancıl hukukun temel kaynakları olan; 1907 Lahey Sözleşmeleri, 1949 Cenevre Sözleşmesi ve 1977 Cenevre Sözleşmelerinde düzenlenen saldırı tanımlarının yetersiz kaldığı bazı noktalar vardır. Bu çalışmada yeni saldırı çeşidi olarak nitelendirebileceğimiz siber saldırıların insanlar üzerinde meydana getirebileceği etkileri insancıl hukuk kapsamında değerlendireceğiz.

Anahtar Kelimeler: Siber Uzay, Siber Güvenlik, Siber Saldırı, İnsancıl Hukuk ve Uluslararası Antlaşma.

EXAMINATION OF CYBERATTACKS IN THE EVENT OF WAR IN TERMS OF HUMANITARIAN LAW

Abstract

Technological developments in the twenty-first century, especially the development of the Internet connection, have created important problems in terms of cyber security because of the formation of the concept of cyberspace and attacks in cyberspace. Cyber attacks that took place in Estonia, which is a member of the Former Soviet Union in 2007, are the first examples of these important problems. Because of the events that started with the removal of the statue of a soldier who fought in the second world war in Tallinn, we entered excessive data into the internet system in Estonia, causing the system to collapse. Because of the paperless state policy in Estonia in those years, all public works carried out over the internet increased the damage of the attack. Thus this attack, the importance of cyber attacks on the NATO level was realized and the foundation of the system called Cyber Fortress was laid. Then, an event that drew attention seriously in the international arena took place in 2010. The spread of STUXNET by the USA and Israel to slow down the nuclear power plants in Iran has made this problem more important. In the ongoing Ukraine-Russia war, cyber-attacks have come to the fore. It has revealed a lot and its effect on the war. Ukraine's infrastructure and public software were damaged and even entered the computers of private individuals and destroyed personal data. In addition, it has been seen that Russia has implemented the psychological aspect of the war in the modern era by spreading false news about the war by using cyber systems. In addition, cyberattacks can affect weapons. As military elements go digital, it offers more scope for a cyberattack against these elements. It is known that the Russian forces, for example, tried to seize the management of the Ukrainian artillery units through some practices and tried to create a danger. With the development of 5G technology, the concept of the Internet of Things, which we discussed in daily life, shows how dangerous cyber attacks can reach these days, where it is stated that it is possible to connect all devices and even people to the Internet. The primary sources of humanitarian law; There are some points where the definitions of aggression in the 1907 Hague Conventions, the 1949 Geneva Conventions, and the 1977 Geneva Conventions fall short. In this

study, we will evaluate the effects of cyberattacks, which we can define as a new type of attack, on people within humanitarian law.

Keywords: Cyberspace, Cyber Security, Cyber Attack, Humanitarian Law and International Treaty.

BİR *JUS COGENS* NORM OLARAK KUVVET KULLANMA YASAĞI: RUSYA'NIN UKRAYNA'YA SALDIRISI IŞIĞINDA BİR ELEŞTİRİ

Dr. Öğr. Üyesi Deniz TEKİN APAYDIN
Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-6022-4407

Özet

Rusya, 24 Şubat 2022'de Ukrayna'ya geniş çaplı bir askeri saldırı başlattı ve sonrasında olaylar hızla tırmandı. BM, diğer faaliyet alanlarının yanı sıra, uluslararası barış ve güvenliği sağlamak ve uluslararası hukuku korumakla ilgilenen en büyük uluslararası örgüt olarak, hemen yanıt verdi. Aynı gün BM Genel Sekreteri, BM Şartı'nın 2(4) maddesinden alıntı yaparak saldırının hukuka aykırı olduğunu vurgulayan bir açıklama yaptı ve Rusya'yı askeri harekatı durdurmaya çağırdı. 'Kuvvet kullanma ya da kuvvet kullanma tehdidinde bulunma' konusunda katı bir yasak içeren bu madde aynı zamanda uluslararası hukukçuların yaygın olarak atıfta bulunduğu üzere *jus cogens* -buyruk kural- niteliği taşımaktadır. Kurala yapılan bu atıf, BM'nin Uluslararası Hukuk Komisyonunun yanı sıra çeşitli uluslararası mahkemelerin ve tahkim mahkemelerinin içtihatlarında da doğrulanmıştır. 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. Maddesi, her birini ayrı ayrı isimlendirmeksizin bu tür kuralların emredici statüsünü tanımlar. Bu tür kuralların mutlak ve emredici doğası, onları hiyerarşik olarak üstün kılar, dolayısıyla hiçbir istisnaya izin verilmez. Yani, 2001 tarihli Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerden Sorumluluğuna Dair Taslak Maddeler V. Bölüm'de yer alan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlar, uluslararası hukukun emredici normlarından sapmak için bir gerekçe olarak kullanılamaz. Ayrıca, UAD tarafından ilk kez *Barcelona Traction* davasında zikredildiği üzere, *jus cogens* normlarının ihlalinin *erga omnes* yükümlülüklere yol açtığı da kabul edilmektedir. 2001 tarihli Devletlerin Sorumluluğuna Dair Taslak Maddelerin 40. Maddesine göre, bir ihlal, bu tür bir yükümlülüğün yerine getirilmesi bakımından "*ağır ve sistematik bir başarısızlık*" içeriyorsa, Madde 41 tarafından öngörüldüğü üzere hususi -*erga omnes*- bir takım sonuçlar doğuran 'ciddi' bir ihlal olarak kabul edilir. Ayrıca, uluslararası hukuka aykırı fiilde bulunan devletlerin, sırasıyla 30 ve 31. Maddelere göre hukuka aykırı fiili sonlandırma ve tekrar etmeme ödevi, ve bu fiilden doğan zararları tam tazmin etme yükümlülüğü vardır. Bu tebliğ, özelde *jus cogens* normların ve genelde uluslararası hukukun, mevcut durumunu, gücünü

ve etkinliğini anlamak amacıyla Rusya'nın Ukrayna'ya yönelik saldırısını uluslararası hukukun bu temel kuralları çerçevesinde incelemeyi amaçlamaktadır. Bu analizde, ilk olarak kuvvet kullanma ya da kuvvet kullanma tehdidinde bulunmayı yasaklayan kuralın gücünü; ikinci olarak, *jus cogens* normların hükmünü; ve nihayetinde tüm uluslararası hukuk sisteminin etkinliği sorgulamak için temelde tümevarımsal bir yöntem kullanılmaktadır. Elde edilen bulguların ve süreç sırasında ortaya atılan soruların uluslararası hukukun gelecek uygulamalarında yansıma bulması umulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kuvvet Kullanma, Jus Cogens, Devlet Sorumluluğu, BM Şartı Madde 2(4), Rusya-Ukrayna.

THE PROHIBITION ON THREAT OR USE OF FORCE AS A NORM *JUS COGENS*: A CRITIQUE IN LIGHT OF RUSSIAN INVASION OF UKRAINE

Abstract

Russia started a large-scale military attack on Ukraine on 24 February 2022, and things have escalated rapidly afterwards. The UN, as the largest international organisation, which is dealing with, *inter alia*, maintaining international peace and security, and upholding international law, responded almost immediately. On the same day, the UN Secretary-General made a statement emphasising the unlawfulness of the attack quoting the Article 2(4) of the UN Charter, and called Russia to stop the military operation. This article, containing a strict prohibition on 'threat or use of force' also bears a *jus cogens* character, as is commonly referred by international lawyers. This attribution to the rule was confirmed by the ILC of the UN as well as the case-law of various international courts and tribunals. Article 53 of the VCLT of 1969 defines the peremptory status of such rules, without individually cataloguing each of them. The absolute and overriding nature of such rules renders them to be hierarchically superior, hence no derogation is permitted. That is to say, circumstances precluding wrongfulness -as is provided in Chapter V of the Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts of 2001- cannot be used as a justification to derogate from the peremptory norms of international law. It is also accepted that the breach of *jus cogens* norms leads to *erga omnes* obligations, as confirmed by the ICJ in the *Barcelona Traction* Case for the first time. According to Art.40 of the Draft Articles on Responsibility of States of 2001, a breach is considered as 'serious' if it involves a "*gross and systematic failure*" to fulfil such obligation, which leads to particular -*erga omnes*- consequences as prescribed by Art.41. Moreover, the wrongdoing States have a duty of cessation and non-repetition of the wrongful act, and an obligation to make full reparation as per Articles 30 and 31 respectively. This presentation aims to examine the Russian attack on Ukraine under these basic rules of international law in an attempt to understand the current status, power and effectiveness of *jus cogens* norms in particular and international law in general. This analysis mainly uses an inductive method to question first, the potency of the rule prohibiting threat or use of force; second, the authority of *jus cogens* norms; and then the efficacy

of the international law system all together. The inferred findings and the questions posed during the process is hoped to project onto future practices of international law.

Keywords: Use Of Force, Jus Cogens, State Responsibility, UN Charter Article 2(4), Russia-Ukraine.

BİR 'MORAL' ÜSTÜNLÜK SAVAŞI OLARAK AZERBAYCAN İLE ERMENİSTAN'IN ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NA KARŞILIKLI BAŞVURULARI

Dr. Öğr. Gör. Onur URAZ
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-1761-049X

Özet

İkinci Karabağ Savaşı Azerbaycan`ın zaferi ile sona ermiş ve ateşkes sağlanmış olsa da geçtiğimiz on sekiz ay boyunca taraflar arasında kalıcı barışı temin edecek bir antlaşma henüz vaki olmamıştır. Bu süreçte tarafların kalıcı barışa yönelik görüşmeleri devam etmekteyse de, iki tarafın da – ancak bilhassa Ermeni tarafının – süreçteki 'moralite' üstünlüğünü ele geçirmek amacı ile çeşitli teşebbüslerde bulunduğu gözlemlenmektedir. Bu yöndeki girişimlerden biri de Ermenistan'ın 'Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşmenin' (CERD) ihlal edildiği iddiası ile 16 Eylül 2021 tarihinde Uluslararası Adalet Divanı'na (UAD) yaptığı başvuru ve Azerbaycan'ın bir hafta sonra aynı sözleşmeye dayanarak yaptığı karşı başvurudur. UAD, tarafların ihtiyati tedbir taleplerini değerlendirdiği 7 Aralık tarihli kararında karşılıklı taleplerden bir kısmını kabul etmiştir.

Bu tebliğ UAD önündeki sürece dair iki temel soruna yoğunlaşacaktır. Bunlardan ilki CERD'in kullanımı sorunsalıdır. Son yıllarda bu sözleşmeye görece sıklıkla başvurulduğunu görmek mümkündür. Katar'ın BAE ve Gürcistan'ın Rusya aleyhine yaptığı başvurular yargı yetkisinin doğmadığı gerekçesi ile reddedilirken, Ukrayna'nın Rusya'ya karşı yaptığı başvuru halen Divan'ın önündedir. Bu nokta da öncelikle yargı yetkisi bakımından mahkemenin üzerinde durduğu iki hususu irdelemek elzemdir. Öncelikle, CERD'in 22.maddesinde öngörülen ve Sözleşmenin uygulaması veya yorumuna dair uyuşmazlıkların UAD'ye taşınabilmesi için evleviyetle müzakere edilmesi veya Sözleşmede öngörülen diğer prosedürlerin tamamlanması gerekliliğinden ne anlaşılması gerektiği değerlendirilecektir. Mahkeme'nin Gürcistan'ın başvurusunu yetki yönünden reddederken kullandığı gerekçesi olan, 'taraflar arasındaki müzakerelerde CERD kapsamında ileri sürülen iddialar gerçek manada müzakere edilmedi' argümanın Azerbaycan ile Ermenistan'ın başvuruları bakımından ne ölçüde geçerli olabileceği ziyadesi ile önem arz etmektedir. Öyle ki, mahkeme bir kez daha

müzakere yükümlülüğünden esasa ilişkin konuların sahici bir şekilde görüşülmesini anlar ise, kanımızca, iki tarafında başvurusunu yetki yönünden reddedilebilmesi muhtemel hale gelecektir.

Öte taraftan yargı yetkisi bakımından diğer ihtilaflı olabilecek husus ise başvuruya konu uyuşmazlıkların gerçekten CERD kapsamına girip girmediğidir. Katar'ın başvurusuna dair kararında, Divan bir ülkenin vatandaşlarına karşı yapılan her türlü farklı uygulamanın direkt olarak ırk ayrımcılığı teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Her ne kadar bağlamsal olarak ziyadesi ile farklı bir başvuru olsa da, Katar vatandaşlarının ortaya çıkan politik gerilim nedeni ile sınır dışı edilmeleri, Katar şirketlerinin lisanlarının iptal edilmesi, Katar'lılarla evlilik izinlerinin askıya alınması gibi uygulamalar Divan'ca Katar'ın başvurusunun CERD kapsamında değerlendirilmesi için yeterli görülmemiştir. Bu bağlamda, Azerbaycan ve Ermenistan başvurularının kimi yönleri CERD'in muhtevasına girse de, kanımızca bu noktada mahkeme ihtilafın asıl konusunun ne olduğunu irdelemelidir. Başvurulardan gözlemlenen şudur ki iki taraf arasındaki ihtilaf, ırk ayrımcılığından ziyade, insancıl hukuka ilişkin bir ihtilaf olup, yetki yönünden davaların reddi gerekmektedir. Bu da bizi ikinci tartışma konusuna, CERD'in oldukça 'geniş' biçimde formüle edilmiş maddelerine dayanarak ne ölçüde gerçek anlamda bir ihtilaftan bahsedilebileceğidir. Bu tebliğ, CERD'in şu ana kadar Divan önündeki kullanımının ziyadesi ile politik olduğunu ve Sözleşmenin geniş muhtevalı uyuşmazlıklarda 'moral' üstünlük devşirmek adına bir araç olarak kullanılmaya başladığını savunacaktır. Sayısı artan bu yöndeki 'kötüye' kullanımların önüne geçmek için Divan'ın 'davanın esas uyuşmazlığı' incelemesini katı biçimde ifa etmesi önerilecektir.

Anahtar Kelimeler: Azerbaycan-Ermenistan, Uluslararası Adalet Divanı, Irk Ayrımcılığının Önlenmesi, İnsancıl Hukuk, Kültürel Varlıkların Korunması.

MUTUAL APPLICATIONS OF AZERBAIJAN AND ARMENIA TO THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AS A WAR OF MORAL SUPREMACY

Abstract

Although the Second Karabakh War ended with the Azerbaijan victory, no treaty has been signed that will ensure lasting peace between the parties. Although the negotiations for a permanent peace continue, it is observed that both sides have made various attempts to seize the `moral` superiority in the process. Two of the initiatives in this direction is Armenia's application to the International Court of Justice (ICJ) on September 16, 2021, alleging that the 'Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination' (CERD) has been violated, and Azerbaijan's counter application based on the same Convention.

This paper will focus on two questions regarding the process before the ICJ. First, the use of CERD, which has been referred frequently in recent years, appears problematic. In the previous cases, the ICJ rejected Qatar's applications against the UAE and Georgia`s against Russia due to the lack of jurisdiction, while Ukraine's application against Russia is still pending. Considering these cases, it is essential to examine two issues that the Court emphasizes in relation to jurisdiction. First, it will be evaluated what should be understood from the necessity of negotiating, stipulated in the Article 22 of CERD, to bring the disputes regarding the Convention to the ICJ. In rejecting Georgia's application, the ICJ reasoned that `the allegations made within the scope of CERD were not genuinely negotiated`. It is rather important to see which standard will be applied on this point by the ICJ in assessing the applications of Azerbaijan and Armenia. If the Court sets a high standard to fulfil the negotiation requirement, in our opinion, the jurisdictional rejection of both applications will become possible.

Another controversial jurisdictional issue is whether the disputes subject to the application really fall within the scope of CERD. In assessing Qatar's application, the Court stated that different treatments against the citizens of a country do not per se constitute racial discrimination. Practices such as the deportation of Qatari citizens due to the emerging political tension were not considered sufficient by the ICJ. In this context, although some aspects of the Azerbaijan and Armenian applications fall within the scope of CERD, in our opinion, the Court should examine what the main subject of the dispute is. As far as is observed, the dispute

between the parties is a conflict lack of humanitarian law rather than racial discrimination, and the cases thus should be rejected due to the of jurisdiction. This brings us to the second point of discussion, which is, to what extent we can speak of a genuine conflict based on the rather 'broadly' formulated articles of CERD. This paper will argue that the use of CERD before the Court has so far been highly political and that the Convention has begun to be used as a tool to gain 'moral' upper hand in disputes with a wider content. To prevent the increasing number of such 'abusive' uses, the Court should strictly conduct its examination of the 'main dispute of the case'.

Key Words: Azerbaijan-Armenia, International Court of Justice, Elimination of Racial Discrimination, Humanitarian Law, Protection of Cultural Heritage.

ULUSLARARASI UZAY HUKUKUNDA İŞ BİRLİĞİ İLKESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Arş. Gör. Hüdai ÜNAL
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-4837-7985

Özet

Uzayın askeri ve sivil alanlarda devletlere sunduğu avantajlar sebebiyle, uzay stratejik bir öneme sahiptir. Günümüzde devletler bu avantajlardan faydalanmak için ulusal uzay programlarını oluşturmuşlar ve bu yönde çalışmalara başlamışlardır. Bu programlarda ulusal hedeflere ulaşmak amacıyla uzay alanında yapılacak iş birlikleri önemli yer tutmaktadır. Zira, uzay çalışmalarının gelişmiş teknik kabiliyet gerektirmesi, uzayın sunduğu imkanların karmaşık yapısı ve uzay çalışmalarının yüksek maliyeti gibi sebepler, uzay faaliyetlerinde devletler arasında iş birliğini zorunlu kılmaktadır.

İş birliği ilkesinin, uzay hukukunda önemli yansımaları mevcuttur. Nitekim, Uzay Antlaşması'nda birçok yerde, uzay alanında iş birliği ilkesinin önemine vurgu yapılmış ve devletler bu yönde teşvik edilmiştir. Bununla birlikte, uzay hukukunda iş birliğinin kapsamı net olarak ortaya konmuş değildir. Gelişmiş devletler ile gelişmekte olan devletler iş birliği ilkesini kendi ulusal menfaatleri çerçevesinde farklı yorumlamaktadırlar.

13 Aralık 1996'daki Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş deklarasyon uzay hukukunda iş birliği ilkesinin yorumlanmasına büyük katkı sağlamıştır. Bu deklarasyonda özellikle uzay programlarına yeni başlamış devletler ile, gelişmiş uzay teknolojilerine sahip devletler arasında iş birliği yapılması gerektiği özellikle vurgulanmıştır. Telekomünikasyon, meteoroloji ve navigasyon sistemleri gibi alanlarda iş birliğinin güçlenmesi, bu deklarasyonun olumlu anlamda en büyük etkisi olarak değerlendirilebilir.

Bununla birlikte, iş birliği ilkesinin, devletler açısından bağlayıcı bir yükümlülük olup olmadığı meselesi uzay hukuku literatüründe tartışmalı bir husustur. Çalışmamızda, iş birliği ilkesinin hukuki boyutu ele alınacak, uzay anlaşmalarındaki yeri ortaya konacak, uygulamadaki küresel, bölgesel ve ikili iş birlikleri değerlendirilecek ve sonuç olarak bu ilkenin bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı hususu tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uzay Hukuku, İş Birliği İlkesi, Uzay Antlaşması, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Deklarasyonu, Uzay Faaliyetleri.

LEGAL STATUS OF COOPERATION PRINCIPLE IN INTERNATIONAL SPACE LAW

Abstract

Space has a strategic importance because of the advantages that space offers to states in military and civil fields. Today, states have created national space programs to take advantage of these advantages and have started working in this direction. In these programs, cooperation in the field of space has an important place in order to achieve national goals. Since space studies require advanced technical capabilities, the complex structure of space opportunities and the high cost of space studies necessitate cooperation between states in space activities.

The principle of cooperation has important repercussions in space law. As a matter of fact, the importance of the principle of cooperation in the field of space was emphasized in many articles in the Space Treaty and the states were encouraged in this direction. However, the scope of cooperation in space law is not clearly defined. Developed and developing states interpret the principle of cooperation differently within the framework of their national interests.

The declaration adopted by the United Nations General Assembly on 13 December 1996 contributed greatly to the interpretation of the principle of cooperation in space law. In this declaration, it was especially emphasized that there should be a cooperation between states that have just started space programs and states that have advanced space technologies. Strengthening cooperation in fields such as telecommunications, meteorology and navigation systems can be considered as the biggest positive impact of this declaration.

However, the issue of whether the principle of cooperation is a binding obligation for states is a controversial issue in the space law literature. In our study, the legal dimension of the principle of cooperation will be discussed, its place in space treaties will be revealed, global, regional and bilateral cooperation in practice will be evaluated, and as a result, whether this principle is binding or not will be discussed.

Key words: Space Law, The Principle of Cooperation, Outer Space Treaty, United Nations General Assembly Declaration, Space Activities.

BM BARIŞ GÜCÜ OPERASYONLARI ÖZELİNDE DOĞAN İNSAN HAKLARI VE İNSANCIL HUKUK İHLALLERİNDEN DEVLETLERİN VE ULUSLARARASI ÖRGÜTLERİN YARIŞAN SORUMLULUĞU

Arş. Gör. Nermin ÖĞÜTCÜ
Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-4215-9039

Özet

Sorumluluk hukuku, toplumsal düzenin devamına ve düzenin bozulması halinde yeniden tesisine hizmet etmektedir. Kurallara uyulmaması halinde ilgili uluslararası hukuk kişisinin durumunun ne olacağı hususu, doğal bir sonuç olan uluslararası sorumluluk hukukunu oluşturmuştur. Devletlerden ve uluslararası örgütlerden oluşan uluslararası toplumda örf ve adet hukuku kuralı olarak yer alan uluslararası sorumluluk hukukunun amacı, herhangi bir uluslararası hukuk kuralına aykırı hareket eden uluslararası hukuk kişisinin hukuka aykırılıktan doğan zararı telafi etmesini sağlamaktır. Yalnızca devletlerin ve uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmalarından dolayı uluslararası sorumluluklarının doğabileceği, doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Kural olarak uluslararası sorumluluğun doğabilmesi için hukuka aykırı eylem ve bu eylemin ilgili uluslararası hukuk kişisine atfedilebilmesi gerekmektedir. Uluslararası örgütlerin ve devletlerin sorumluluğunun doğmasında karmaşık olan husus, sorumluluğa neden olan eylemin her iki uluslararası hukuk kişisine birlikte atfedilebilmesinin mümkün olduğu hallerde ortaya çıkmaktadır. Uygulamada bu durumla BM Barış Gücü Operasyonları özelinde sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu hususdaki temel sorun, ilgili eylemin kimin sorumluluğunu doğurduğudur. Burada genellikle iki ihtimal ön plana çıkmaktadır. Bir uluslararası örgüt ve ilgili uluslararası örgütün üyesi olan devlet.UHK'nın 2011 tarihli Uluslararası örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Metninde bu husus şöyle düzenlenmiştir: 'Başka bir uluslararası örgütün tasarrufu altındaki bir devlet organının ya da bir uluslararası örgüt organının ya da temsilcisinin eylemi, eğer o eylem üzerinde etkin kontrolü varsa, kontrolü altında bulunulan uluslararası örgütün eylemi sayılır.'. Bu anlamda etkin kontrolün kimde olduğunun tespiti, hukuka aykırılığın atfedilebilmesi bakımından oldukça önemlidir. Uygulamada ve uluslararası yargı kararlarında sorumluluğun tespiti bağlamında etkin kontrol testine sıklıkla başvurulmaktadır. Ayrıca bu kıstasa ilişkin detaylı değerlendirmelere uluslararası yargı

kararlarında ve doktrinde de sıklıkla yer verilmiştir. Bu çalışmada BM Barış Gücü Operasyonlarında meydana gelen insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerinde sorumluluğun atfedileceği uluslararası hukuk kişisinin uluslararası hukuk çerçevesinde ne şekilde tespit edildiği ve etkin kontrol testinin mahiyeti ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Sorumluluk, Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu, Etkin Kontrol, İnsancıl Hukuk, Birleşmiş Milletler.

COMPETING RESPONSIBILITY OF STATES AND INTERNATIONAL ORGANIZATIONS FOR VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS AND HUMANITARIAN LAW ARISING SPECIFIC TO UN PEACEFORM OPERATIONS

Abstract

Responsibility law serves the continuation of the social order and its re-establishment in case of disruption. The issue of what will happen to the relevant international legal person in case of non-compliance with the rules has created the international responsibility law, which is a natural consequence. The purpose of international responsibility law, which takes place as a customary law rule in the international community consisting of states and international organizations, is to ensure that an international legal person who violates any international law rule compensates for the damage arising from the illegality. It is predominantly accepted in the doctrine that international responsibilities may arise only because states and international organizations have the personality of international law. As a rule, in order for international responsibility to arise, the unlawful act and this act must be attributable to the relevant international legal person. The complexity in the emergence of the responsibility of international organizations and states arises when it is possible to attribute the act giving rise to responsibility to both international legal persons together. In practice, this situation is frequently encountered in UN Peacekeeping Operations. The main problem in this regard is who is responsible for the relevant action. Two possibilities come to the fore here. An international organization and the state that is a member of the relevant international organization. In the IHL's 2011 Draft Text on the Responsibility of International Organizations, this issue is regulated as follows: 'The action of a state body or an international organization body or representative under the disposal of another international organization If it has effective control over the action, it is considered an action of the international organization under its control.'. In this sense, the determination of who has the effective control is very important in terms of attributing the illegality. Effective control test is frequently used in the context of determining responsibility in practice and in international judicial decisions. In addition, detailed evaluations of this criterion are frequently included in international judicial decisions and doctrine. In this study, it will be discussed how the international legal person to whom responsibility will be attributed in violations of human

rights and humanitarian law occurred in UN Peacekeeping Operations is determined within the framework of international law and the nature of the effective control test.

Keywords: International Responsibility, Responsibility Of İnternational Organizations, Effective Control, Humanitarian Law, United Nations.

ULUSLARARASI HUKUKTA KONSOLOSLUKLA İLGİLİ DOKUNULMAZLIK, AYRICALIKLAR VE CEMAL KAŞIKÇI OLAYI

Arş. Gör. Sultan Şuanur ŞİMŞEK
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-1345-3899

Özet

Konsolosluklar yabancı bir devlette bulunan gerçek veya tüzel kişilerin menfaatlerinin korunması, vize, pasaport vermek gibi **şahsi** işlemlerinin yerine getirilmesi ve iki devlet arasındaki ticari, iktisadi, ilmi, kültürel ve dostluk ilişkilerinin geliştirilmesi amacıyla kurulan devlet kurumu olarak tanımlanabilir. Konsolosluk kurumlarının ve bu kurumlarda çalışan kişilerin görevlerini yerine getirebilmeleri için dokunulmazlık ve ayrıcalıklara ihtiyaçları vardır. Bu konuda uluslararası alanda bağlayıcı niteliği olan 1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi ile detaylı düzenlemeler getirmiştir. Ancak bu dokunulmazlık ve ayrıcalıklar Sözleşme'de belirtilenlerle sınırlı olmayıp iki devletin kendi aralarında yapacağı konsolosluk antlaşmasıyla da bunların içeriği genişletilebilir. Bu noktada sahip olunan dokunulmazlık ve ayrıcalıkların kötüye kullanımının önüne geçilmesi için gönderen devlet nezdinde sınırların belirlenmesi gerekmektedir.

Yakın zamanda Türkiye ve Suudi Arabistan arasında yaşanan Cemal Kaşıkçı olayı bu sınırların netleştirilmesinin ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Söz konusu olay öncelikle 1963 Sözleşmesi ve BM İnsan Hakları Konseyi Raporu ışığında Türkiye (kabul eden devlet) ve Suudi Arabistan (gönderen devlet) açısından incelenmelidir. Nitekim Suudi Arabistan açısından olay ele alındığında; Uluslararası Adalet Divanı'nın 2001 yılında vermiş olduğu LaGrand Kardeşler Kararı bu bakımdan önemlidir. Çünkü bu karara göre bir devletin sorumluluğu, devlet nezdinde hareket eden her türlü makamın faaliyetleri ile ilişkilidir ve yükümlülüklerinin çiğnenmesi halinde sorumlulukların doğması da kaçınılmazdır. Bu sebeple Suudi Arabistan devletinin sorumlu olduğu kuşkusuz kabul edilmektedir.

Türkiye açısından ise; bina dokunulmazlığı kapsamında bir değerlendirme yapılmıştır. Kural olarak; kabul eden devlet makamları, gönderen devletin yetkili kurumlarından izin almadıkları sürece münhasıran konsolosluk işleri için kullanılan kısımlara girememektedirler. Ancak kabul eden devletin, acil koruma gerektiren

sair durumlarda zımni olarak izin alınmış sayılacağı için konsolosluk binalarına girmeleri mümkündür. BM Kaşıkçı Raporu, Türkiye'nin Kaşıkçı'ya yönelik olarak gerçek ve ciddi bir saldırının gerçekleşme ihtimalinin varlığını bilmediğini veya bilmesi için yeterli deliller olmadığını, Sözleşme'deki sair sebeplerden kastın ise doğal sebepler olduğunu belirterek Türkiye'nin üzerine düşen yükümlülüğe uygun davrandığını kabul etmiştir.

Tüm bu bilgiler ışığında; Sözleşme'de ele alınan dokunulmazlık ve ayrıcalıklar, devletler arası ilişkilerin doğası gereği aynı zamanda bir zorunluluktur. Bu sebeple ortaya çıkan kimi sorunları çözmek için bunların kaldırılması pek de mümkün gözükmemektedir. Ancak sorunların çözümü için özellikle dokunulmazlık ve ayrıcalıkların sınırlarının belirlenmesi ve yaşam hakkı başta olmak üzere Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda ele alınmış temel hakların ihlal edilmemesi için Sözleşme metnine uyarlanarak ele alınması, Sözleşme'deki düzenlemelerin tekrar gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Konsolosluk, Dokunulmazlık, Ayrıcalık, Bağışıklık, Cemal Kaşıkçı.

IMMUNITY AND PRIVILEGES ASSOCIATED WITH CONSULATE IN INTERNATIONAL LAW AND JAMAL KHASHOGGI INCIDENT

Abstract

Consulates can be defined as a government agency which established for not only protection of interests of natural or legal persons located in a foreign state, performing personal transactions such as issuing visas or passports, but also growth commercial, economic, scientific, cultural, and amicable relations between two countries. Consular agency, and consular officers who work in this agency need both immunities and privileges so that they can perform their duties. Vienna Convention on Consular Relations of 1963, which is internationally binding, has introduced detailed regulations about this issue. However, these immunities and privileges are not limited to those mentioned in Convention. Two countries have the right to enlargement the content of these via consular treaty between themselves. At this point, in order to prevent the abuse of the immunity and privileges, it is necessary to determine the limits in terms of the sending state. The recent Jamal Khashoggi incident between Turkey and Saudi Arabia shows how important it is to clarify these borders.

First of all, this incident should be evaluated from the point of view of Turkey (as receiving state), and Saudi Arabia (as sending state) in the light of Convention of 1963, and United Nations Human Rights Council Jamal Khashoggi Report. Indeed, from the point of view of Saudi Arabia, LaGrand Germany v United States of America Decision of International Court of Justice in 2001 is important because the responsibility of a state is related to the activities of all kinds of authorities acting within the state, and it is inevitable that their responsibilities will arise. For this reason, it is undoubtedly accepted that the state of Saudi Arabia is responsible.

From the point of view of Turkey, an assessment has been made within building inviolability, the state authorities cannot enter the parts used exclusively for consular work unless they obtain permission from the authorized institutions. However, it is possible for the receiving state to enter the consular buildings because they have been tacitly granted permission in other cases which are requiring urgent protection. According to the UN Khashoggi Report, Turkey does not know or has no sufficient evidence about the existence of the possibility of a real and serious attack on Khashoggi, and urgent protection situations should be caused by natural reasons, so because of that it has been accepted that

Turkey acted in according to these obligations.

In the light of all this information, immunities and privileges in the Convention are also a necessity because of the nature of international relations. For this reason, it seems unlikely that they can be removed. However, the provisions of the Convention should be revised again, especially in order to violate the fundamental rights covered by the United Nations Treaty, and the limits of immunity and privileges and the right to life.

Key Words: Consul, Inviolability, Privilege, Immunity, Jamal Khashoggi.

RUSYA FEDERASYONU VE UKRAYNA ÇATIŞMASININ ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN KISA BİR ANALİZİ

Arş. Gör. Ozan Emin HALHALLI
Türk - Alman Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-0203-7662

Özet

Rusya Federasyonu ile Ukrayna arasında, özellikle son dönemde silahlı çatışmaya dönüşen bazı uyuşmazlıklar yaşanmıştır. 16 Mart 2014 tarihinde Kırım'da gerçekleştirilen referandum neticesinde ortaya çıkan hukuki durum, sonrasında her ne kadar Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun almış olduğu 68/262 sayılı Karar ile tanınmamış olsa da önemli bir süreci başlatmıştır. Rusya Federasyonu'nun Kırım'ı ilhak etmesiyle başlayan bu süreç, gelinen noktada uluslararası hukuk açısından önemli sonuçları beraberinde getirmiştir. Bu sonuçların belki de en önemlisi, Rusya Federasyonu tarafından "Luhansk Halk Cumhuriyeti" ve "Donetsk Halk Cumhuriyeti" olarak adlandırılan toprakların bağımsızlıklarının kabul edilmesidir. Bu tanıma işleminin öncesinde ve sonrasında ortaya çıkan hukuki tartışmaların; Birleşmiş Milletler Antlaşması ve uluslararası örf-adet kuralları açısından kısaca değerlendirilmesi çalışmanın temel amacını oluşturmaktadır. İki devlet arasında yaşanan uyuşmazlıklar çok yönlüdür. Rusya Federasyonu tarafından askeri müdahalenin gerekli olduğuna ilişkin ileri sürülen üç hukuki ifade dikkat çekicidir. Bunlardan ilki, Rusya Federasyonu'nun önleyici meşru savunma hakkı olduğuna ilişkindir. Ancak, uluslararası hukukta bu argümanı destekleyen yazılı bir norm olmaması nedeniyle ilgili argümanın birçok tartışmayı beraberinde getirdiği de bir gerçektir. İkinci argüman ise Luhansk Halk Cumhuriyeti ve Donetsk Halk Cumhuriyeti tarafından yapılan çağrının karşılığında Rusya Federasyonu'nun Birleşmiş Milletler Antlaşması madde 51 düzenlemesi uyarınca kolektif meşru savunma hakkının olduğuna ilişkindir. Rusya Federasyonu'nun uluslararası hukuku ilgilendiren son temel argümanı ise Ukrayna'da bazı kesimlere yönelik olarak soykırım, saldırı gibi fiillerin gerçekleştirildiği iddiasıdır. Bu iddia ile birlikte Rusya Federasyonu, insani amaçla gerçekleştirilen askeri operasyonun uluslararası hukuka uygun olduğunu kabul etmektedir. 24 Mart 1999 tarihinde NATO güçleri Kosova'da askeri operasyon gerçekleştirmişti. NATO, bu operasyonu insani amaçla kuvvet kullanımı olarak nitelendirmişti. Rusya Federasyonu ise o dönemde insani amaçla kuvvet kullanımına karşı çıkmaktaydı. Aradan geçen kısa süreçte,

tarafların uluslararası hukuka dayandırdıkları iddialarının tam tersini savunmaları, uluslararası hukukun aslında var olmadığı görüşünü destekleyenleri de haklı çıkarır niteliktedir. Tüm bu sürecin, Rusya Federasyonu'nun ileri sürdüğü iddialar ile ele alınması önemlidir. Uluslararası hukuk açısından ortaya çıkan bu durumun; kuvvet kullanma yasağı, tanıma, self-determinasyon ve benzeri konularla genel bir çerçeveden tartışılması önemli görünmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, Rusya Federasyonu, Ukrayna, Kırım'ın İlhakı, Minsk Protokolü.

A BRIEF ANALYSIS OF THE RUSSIAN FEDERATION AND UKRAINE CONFLICT IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW

Abstract

There have been some conflicts between the Russian Federation and Ukraine, which have turned into an armed conflict, especially in the last period. The legal situation that emerged as a result of the referendum held in Crimea on March 16, 2014, which was not recognized with the resolution 68/262 of the United Nations General Assembly, started an important process. This process, which started with the annexation of Crimea by the Russian Federation, has brought important results in terms of international law at the point reached. Perhaps the most important of these results is the recognition of the independence of the lands called "Luhansk People's Republic" and "Donetsk People's Republic" by the Russian Federation. The main purpose of the study is to briefly evaluate the legal debates that emerged before and after this recognition process in terms of the United Nations Charter and international customary rules. Disputes between the two states are multifaceted. Three legal statements put forward by the Russian Federation regarding the necessity of military intervention are noteworthy. The first of these concerns the right of the Russian Federation to preventive self-defense. However, since there is no written norm supporting this argument in international law, it is a fact that the relevant argument brings with it many discussions. The second argument is that in response to the call made by the Luhansk People's Republic and the Donetsk People's Republic, the Russian Federation has the right of collective self-defense pursuant to article 51 of the United Nations Charter. The last main argument of the Russian Federation concerning international law is the allegation that acts such as genocide and attacks were carried out against certain groups in Ukraine. With this claim, the Russian Federation accepts that the military operation carried out for humanitarian purposes is in accordance with international law. On March 24, 1999, NATO forces carried out a military operation in Kosovo. NATO described this operation as the use of force for humanitarian purposes. The Russian Federation, on the other hand, opposed the use of force for humanitarian purposes at that time. In the short period that has passed, the parties' defense of the opposite of their claims based on international law also justifies those who support the view that international law does not actually exist. It is important that all these issues are addressed with the claims put forward by the Russian

Federation. This situation, which has emerged in terms of international law, should be discussed in a general framework with the prohibition of use of force, recognition, self-determination and similar issues.

Keywords: International Law, Russian Federation, Ukraine, Annexation of Crimea, Minsk Protocol.

RUSYA'NIN AVRUPA KONSEYİ ÜYELİĞİNDEN ÇIKARILMASININ MUHTEMEL SONUÇLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Emine Betül GÖKTAŞ
Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-5334-5318

Özet

Avrupa Konseyi, 1949 yılında imzalanan ve yürürlüğe giren Avrupa Konseyi Statüsü ile kurulmuş olan, insan haklarını koruma ve geliştirme amacı güden bölgesel bir örgüttür. Rusya'nın Konseyden çıkarılma kararına kadar toplamda 47 ülke Avrupa Konseyi Statüsüne taraf olarak Konseyin üyesi haline gelmiştir. Üyelikle birlikte ülkeler, Statünün 3.maddesi kapsamında çeşitli yükümlülükler yüklenmişlerdir. Buna göre; Avrupa Konseyi üyesi her ülkenin, hukukun üstünlüğü prensibini ve yasal yetkisi altında bulunan her şahsın insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanma prensibini kabul etmesi ve Avrupa Konseyi'nin amacına uygun davranması gerekir. 3. madde ve Avrupa Konseyi'nin amaçlarının yer aldığı 1.madde birlikte değerlendirildiğinde üye devletlerin Konseye katılırken taahhüt ettikleri en temel şeylerden birinin insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması, geliştirilmesi ve yetki alanları dahilindeki kişilere sağlanması olduğu söylenebilir.

Avrupa Konseyi üye devletlerin insan haklarına ilişkin taahhütlerine uymalarını sağlamak amacıyla çeşitli mekanizmalar benimsemiş ve yine bu taahhütlere uymamanın ne gibi yaptırımlarla sonuçlanacağı söz konusu mekanizmalarla belirlenmiştir. Bildiride incelenecek konu itibariyle önem arz eden ve üzerinde durulması gereken belki de en ağır yaptırımlar Avrupa Konseyi Statüsü 8.maddede belirtilmiştir. Buna göre; bir üye devlet 3.maddede belirtilen taahhütlerini yerine getirmeyip maddeyi ciddi surette ihlal ettiğinde, diğer bir değişle ciddi insan hakları ihlalleri gerçekleştirdiğinde temsil hakkından mahrum edilmesi, Konseyden çekilmeye davet edilmesi ve son olarak bu davet dikkate alınmadığında bizzat Bakanlar Komitesi tarafından komitenin tayin edeceği tarihten itibaren Konsey üyeliğinin sona erdirilmesi mümkündür. Bu yaptırımların uygulamaya konulması birçok yasal ve ekonomik problemi beraberinde getireceğinden son çare olarak düşünülmüştür. Nitekim 25 Şubat 2022 tarihine kadar 8.maddede belirtilen yaptırımların hiçbiri uygulamaya konmamıştır. Ancak 20 Şubat 2014 tarihinden beri devam edegelen Rusya'nın Ukrayna'ya

karşı takındığı saldırgan tutumun 24 Şubat 2022 tarihinde şiddetini arttırmasıyla birlikte ciddi insan hakları ihlallerinin yaşanması üzerine Rusya'ya karşı 8.madde işletilmeye başlanmıştır. Bu kapsamda ilk olarak 25 Şubat 2022 tarihinde Rusya'nın Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisindeki temsil hakları askıya alınmış, daha sonra 16 Mart 2022 tarihinde üyeliği sona erdirilmiştir. Üyeliği sona erdirilmeden 1 gün önce ise Rusya Avrupa Konseyi Statüsü m.7'ye dayanarak Konseyden çekilmek istediği kararını bildirmiştir. Bu kararlarla birlikte tartışılması gereken birtakım meseleler de gün yüzüne çıkmıştır. Bu çalışmada hedeflenen bu meseleleri açıklığa kavuşturmaktır. Bu noktada ilk olarak Rusya'nın Konseyden çıkma ihbarında bulunmasının ardından Konseyden Bakanlar Komitesi kararıyla çıkarılması halinde hangi tarafın iradesine öncelik verileceği ve buna bağlı ne gibi farklı sonuçların gündeme gelebileceği değerlendirilecektir. Ardından Rusya'nın üyeliğinin sona ermesiyle birlikte Avrupa Konseyi bünyesinde taraf olduğu sözleşmelerdeki durumu, kendisine karşı yapılan devlet başvurusu ve bireysel başvuruların akıbeti, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında yargılama yetkisini kabul ettiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yetkisinin ne zamana kadar süreceği gibi kritik noktalar ele alınacaktır. Ayrıca Konseyden çıkarılma yaptırımının sonucu olarak artık Rusya'ya karşı bireysel başvuru yapılması imkanı kalmadığından, bu durumun dolaylı bir şekilde Rusya'nın ihlallerinden etkilenen Rus vatandaşları için de bir yaptırım anlamına gelip gelmediği tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Rusya, Avrupa Konseyi, Üyelikten Çıkarılma, İnsan Hakları, Yaptırım.

EVALUATING THE POSSIBLE CONSEQUENCES OF RUSSIA'S EXCLUSION FROM THE COUNCIL OF EUROPE

Abstract

Signed in 1949, The Council of Europe is a regional organization established through the '*Statute-of-the-Council-of-Europe*', aiming to protect and promote human rights. Until the decision to remove Russia from the Council, a total of 47 countries were involved in the *'Statute-of-the-Council-of-Europe'* and became members of the Council. The member states have undertaken various obligations within the scope of Article 3. According to this article, every member state accepted the rule of law principles and the enjoyment of human rights, fundamental freedoms and act in accordance with the purpose of the Council. When Article 3 and Article 1 are evaluated, in which the aims of the Council are outlined, one of the most fundamental element that member states undertake when joining the Council is arguably the protection and promotion of human rights, fundamental freedoms and their provision to those within their jurisdiction.

The Council of Europe has adopted a various mechanisms to ensure that members comply with their human rights commitments. Furthermore, sanctions for non-compliance are also determined by these mechanisms. The heaviest sanctions, which are crucial and relevant for this study are specified in Article 8 of the *'Statute-of-the-Council-of-Europe'*. Respectively, any member of the Council which has seriously violated Article 3 may be suspended from its rights of representation and requested by the Committee of Ministers to withdraw. If such member does not comply with this request, the Committee may decide that it has ceased to be a member of the Council from a date determined by the Committee. These sanctions were considered as a last resort as they could cause many legal and economic problems which is why they were never implemented until 25 February 2022. However, due to the aggressions of the Russian Federation against Ukraine which constitutes a serious violation of human rights, the Committee decided to launch the aforementioned procedure provided by Article 8. With regards to this context, Russia's right of representation in the Council of Europe were suspended on 25.02.2022, leading to the termination of its membership on March 16, 2022. The day before its membership was terminated, Russia announced its decision to withdraw from the Council based on Article 7 of the Statute. Subsequent to Russia's decision

of withdrawal, issues of severe importance have emerged. The aim of this study is to clarify these issues. Firstly, consequences of the decision to terminate Russia's membership and withdrawal from the Council will be evaluated. Thereafter, significant points such as the status of Russia in the conventions to which it is a party within the Council of Europe and the outcome of state applications and individual applications made against it will be analysed. In addition, how long the jurisdiction of the European Court of Human Rights will last, whose jurisdiction Russia accepted within the scope of the Eurpoean Convention on Human Rights, will also be discussed. Finally, the extent in which this situation means a sanction for Russian citizens who are indirectly affected by Russia's violations, as making individual applications against Russia is impossible through the aforementioned sanctions, will be assed.

Keywords: Russia, Council of Europe, Cessation of the Membership, Human Rights, Sanction.

PANDEMİ NEDENİYLE GETİRİLEN LİMANLARA GİRİŞ KISITLAMALARININ ULUSLARARASI DENİZ HUKUKU KURALLARI AÇISINDAN TARTIŞILMASI

Doç. Dr. Tolga CANDAN
Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-0666-3027

Özet

2019 yılının Aralık ayında Çin'in Wuhan şehrinde ortaya çıkan ve daha sonra hızla yayılarak tüm Dünyayı etkisi altına alan Koronavirüs (COVID-19) salgını, Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) tarafından 11.03.2020 tarihinde Küresel Pandemi olarak nitelendirilmiştir. Çok kısa sürede dünya çapında yayılan bu salgın karşısında, devletler tarafından önce ülke sınırları seyahatlere kapatılmış, daha sonra da, ulusal düzeyde çeşitli diğer kısıtlayıcı tedbirler alınmıştır. Ulusal düzeyde alınan bu kısıtlayıcı tedbirlerin, Anayasal düzeyde güvence altına alınan temel hak ve hürriyetleri ihlal ettiği konusunda kamuoyunda ortaya çıkan itirazlar hukuk dünyasında da karşılığını bulmuş, bu tedbirlerin bir kısmı iptal istemiyle ulusal mahkemeler önüne taşınmıştır. Devletler tarafından diğer ülke vatandaşlarına getirilen seyahat kısıtlamaları sadece karada seyahat eden kişilere yönelik değildir. Devletlerin virüsün yayılmasını kontrol altına almak için benimsediği önlemlerden biri, gemilerin limanlara girişinin, mürettebatın veya yolcuların gemiye binmesinin veya gemiden inmesinin önlenmesinden, kargo yüklerinin yüklenmesinin önlenmesine, yakıt, su, yiyecek veya erzak alınmasının önlenmesine kadar değişen liman kısıtlamaları olmuştur. Bu kısıtlamalar; istihdam, eğlence, gezi, askeri amaçlar veya göç etmek amacıyla, pandemi sırasında denizde bulunan kişilerin insan haklarını etkileyen daha önce benzeri görülmemiş insani krizlere neden olmuştur.

Kıyı devletleri tarafından yabancı devlet gemilerine getirilen liman kısıtlamalarının, bu gemilerde bulunan yolcu ve mürettebat açısından yaşam hakkı, seyahat hürriyeti, özgürlük ve güvenlik hakkı, özel hayatın gizliliği gibi hususlarda kıyı devletinin sorumluluğunu doğuracak derecede uluslararası sözleşmelere aykırılık taşıdığı tartışılmaktadır.

Bu tebliğde, bir Covid-19 önlemi olarak getirilen liman kısıtlamalarının denizdeki kişilerin insan hakları üzerindeki etkisini uluslararası deniz hukuku kuralları açısından tartışmayı hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Deniz Hukuku, Limanların Hukuki Statüsü, Sahil Devletinin Yetkileri, Limanlara Giriş Kısıtlamaları, Zaruret Hali Durumu.

A BRIEF ANALYSIS OF ENTRY RESTRICTIONS TO PORTS DUE TO THE PANDEMIC IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW OF THE SEA

Abstract

The Coronavirus (COVID-19) epidemic, which emerged in Wuhan, China in December 2019 and then spread rapidly and affected the whole world, was described as a Global Pandemic by the World Health Organization (WHO) on 11.03.2020. In the face of this epidemic, which spread worldwide in a very short time, the borders of the countries were closed to travel by the states and then various other restrictive measures were taken at the national level. The public objections that these restrictive measures taken at the national level violate the fundamental rights and freedoms guaranteed at the Constitutional level have also found their way in the legal world, and some of these measures have been brought before the national courts with the request for annulment. [2]Travel restrictions imposed by states on citizens of other countries are not limited to land travellers. One of the measures adopted by states to contain the spread of the virus has been port restrictions, which range from preventing ships from entering ports, crew or passengers boarding or disembarking, to preventing cargo loads from being loaded, and from receiving fuel, water, food or supplies. These restrictions are; It has caused unprecedented humanitarian crises affecting the human rights of persons at sea during the pandemic, whether for employment, leisure, travel, military purposes or for migration purposes.

It is argued that the port restrictions imposed by the coastal states on foreign state ships are contrary to international conventions to the extent that they give rise to the responsibility of the coastal state in matters such as the right to life, freedom of movement, freedom and security and privacy of private life for the passengers and crew on these ships.

In this paper, it is aimed to discuss the impact of port entry restrictions imposed as a Covid-19 precaution on the human rights of people at sea in terms of international maritime law rules.

Keywords: International Law of the Sea, Legal Status of Ports, Sovereign Rights of Coastal States, Port Restrictions, Force Majeure.

DENİZ GEMİLERİ VE HAVA ARAÇLARININ TABİİYETİNİN TAYİNİNDE BAŞVURULAN SİSTEMLER VE TÜRK HUKUKUNDA KABUL EDİLEN YAKLAŞIM

Lisansüstü Öğrencisi Barkın ÖZYURT
İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-6911-4124

Özet

Bu çalışma, günümüzde önemi artık yadsınamayacak bir noktada olan şeylerin yani deniz gemilerinin ve hava araçlarının tabiiyetine ilişkin sorunları, bu sorunların çözümünde uluslararası hukukta esas alınan ölçütleri, uluslararası hukukta ve Türk hukukunda tabiiyetin tayini ve özellikleri ayrıntılı şekilde ele almaktadır. Ayrıca doktrindeki bazı tartışmalar ve önemli noktalar ayırt edilmiş ve nihayetinde sistematik olarak sentezlenerek bu çalışmaya aktarılmıştır. Çalışmanın konu başlıkları belirlenirken ağırlıklı olarak Prof. Dr. Rona Aybay ve Prof. Dr. Gülin Göngör'ün eserlerine kullandıkları sınıflandırmalar esas alınmıştır. Nihai olarak, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku kapsamında deniz gemilerinin ve hava araçlarının tabiiyeti hakkındaki meselelerin tamamına yakını kısaca ele alınmaya çalışılmış ve bu akademik çalışma hazırlanmıştır. Bu kapsamda öncelikle deniz gemileri ve hava araçlarının tabiiyeti sorunu, gerçek (hakiki) bağ (genuine link) sorunu ve tabiiyetin belirlenmesinde dikkate alınan dört temel esas olan Malikin Tabiiyeti (Mülkiyet) Esası, İnşa Olunan Yer Esası, Bulunulan Yer Esası ve Tescil Olunan Devlet Esası kısaca ele alınarak açıklanacaktır. Devamında ikinci bölümde, deniz gemilerinin tabiiyeti, uluslararası hukuktaki yeriyle uluslararası anlamda gemi tanımı ve 1958 tarihli Birleşmiş Milletler Açık Deniz Sözleşmesi (UNCOHS) ile 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (UNCLOS)'ne değinilerek genel olarak ve Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili maddeleri çerçevesinde, bir gemiye Türk Bayrağı çekme hakkının tanınması; yabancı gemilere Türk Bayrağı çekme izninin verilmesi ve gemilerin Türk Bayrağı çekme hakkını kaybetmesi ekseninde Türk Hukuku'ndaki haliyle anlatılacaktır. Üçüncü bölümde, uluslararası hukuktaki yeriyle hava araçlarının tabiiyeti uluslararası anlamda hava aracı tanımı ve 1919 tarihli Paris Konvansiyonu ile 1944 tarihli Milletlerarası Sivil Havacılık Anlaşması (Şikago Anlaşması)'na değinilerek genel olarak ve Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun ilgili maddeleri çerçevesinde, bir hava aracının Türk Sivil Hava Aracı olarak sayılması; yabancı bir hava aracının geçici olarak

tescili ve bir hava aracının Türk Sivil Hava Aracını vasfını kaybetmesi ekseninde Türk Hukuku'ndaki haliyle anlatılacak ve son olarak deniz gemileri ve hava araçlarının tabiiyetlerinin tayin öneminin altı çizilerek sonuca varılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tabiiyet, Deniz Gemilerinin Tabiiyeti, Hava Araçlarının Tabiiyeti, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku, Gerçek Bağ.

SYSTEMS FOR DETERMINING THE NATIONALITY OF VESSELS AND AIRCRAFTS AND THE APPROACH RECOGNISED IN TURKISH LAW

Abstract

This work deals with in detail the problems related to the nationality of vessels and aircrafts, the importance of which can no longer be denied today, the criteria used to determine nationality in International Law, the determination of nationality in International and Turkish law and its features. In addition, the discussions and important points in the doctrine were distinguished and lastly, systematically synthesized and transferred to this work. While determining the subtopics of the study, the classifications used by Prof.Dr. Rona Aybay and Prof.Dr. Gülin Göngör for their works are based on. Finally, almost all of the issues about the nationality of vessels and aircrafts within the scope of Citizenship and Foreigners Law have been tried to be briefly discussed and this academic study has been prepared. In this context, first of all, the problem of nationality of naval vessels and aircrafts, the problem of genuine link and the four basic principles which are the Owner's Nationality (Ownership) Basis, the Built Place Basis, the Current Place Basis and the Registered State Basis taken into account in determining the nationality, the Owner's Nationality (Ownership) Basis, the Built Place Basis, the Current Place Basis and the Registered State Basis have been explained. Afterwards, in the second part, the nationality of vessels, the definition of ship in international law and the United Nations Convention on the High Seas (UNCOHS) of 1958 and the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) of 1982 have been explained in general and within the framework of the relevant articles of the Turkish Commercial Code, on the axis of the recognition of the right to hoist the Turkish Flag on a ship, granting permission to hoist the Turkish Flag to foreign ships and the loss of the right to hoist the Turkish Flag by ships as it is in Turkish Law. In the third part, the nationality of the aircraft in international law, the definition of aircraft in the international sense, and the Paris Convention of 1919 and the International Civil Aviation Agreement (Chicago Agreement) of 1944 have been explained in general and within the framework of the relevant articles of the Turkish Civil Aviation Law, on the axis of the being counted as a Turkish Civil Aircraft, the temporary registration of a foreign aircraft and the loss of the qualification of an

aircraft as a Turkish Civil Aircraft as it is in Turkish Law. Finally, it will be concluded by underlining the importance of determining the nationality of vessels and aircraft.

Keywords: Nationality, Nationality of Vessels, Nationality of Aircrafts, Law of Citizenship and Foreigners, Genuine Link.

CORRUPTION AND OTHER COMPONENTS THE TRANSFORMATIONS OF NATIONAL LAW AND PRACTICES OF ITS IMPLEMENTATION DURING THE WAR

Assoc. Prof. Oleksii MAKARENKOV
Vice-Dean for International Relations of the Zaporizhzhia National University Law Faculty
ORCID ID: 0000-0003-0042-165X

Abstract

The article reveals corruption and other components the transformations of national law and practices of its implementation during the war. It is determined that the main burden of destroying and weakening key economic and public institutions of power in peacetime is borne by corrupt officials and traitors. Their activities are diverse, ranging from illicit enrichment through the decline of entire sectors of the economy to espionage (transfer of classified information to foreign states), propaganda of the values of other nations / states, terrorism and other subversive activities. Bribery, appointments based on kinship and personal ties, rather than professional qualities, and other means of corruption reveal the social danger of the motive (subjective side) perpetrator and method (objective side) the person who ordered the crime. The war is caused by the failure of law enforcement agencies to neutralize corruption in peacetime. This pattern is characteristic of both sides of the war. The advantage of the state was the desire to integrate into the civilization which standards have made it possible to make significantly greater anti-corruption efforts (law-making, organizational and institutional, etc.), compared to state which don't integrated in highly developed civilization. The desire to return the occupied territories becomes an additional incentive to improve the activities of law enforcement agencies and other components of state power. Similtaneously, the aggressor state, which violates international law, has no such incentives to eradicate corruption and improve (organizational and technological) law enforcement agencies.

As well the author emphasized that military law is completely dynamic matter of changes in the rules of national and international level on the territory of the war and during the war. It is system of universally binding norms. It regulates legal relations between the military and in wartime extends its effect to the entire population. Also noted that all national law during martial law and its transformation due to war, variations

in the legal requirements of the occupiers in the territories under their control, norms of international humanitarian law and the practice of its application by the International Committee of the Red Cross, relevant judicial and other acts of law.

The author acknowledged that implementation of national law during the war is limited by the need for organizational, economic and other costs to counter the enemy. Its effectiveness also shows the inertia of great corruption in peacetime, namely: lack of technical equipment of troops; underdeveloped and psychologically weak civil servants in a number of positions, etc. Public authorities are forced to focus on public awareness and education on programs adequate to military challenges for public servants (ideological level). There is a growing demand for the formulation of timely and adequate changes in legislation suitable for changing war conditions. It is important to intensify existing and form other organizational institutions to neutralize the enemy as soon as possible and restore the constitutional order throughout the country (volunteers, volunteers, territorial defense of local communities, and other forms of self-organization).

Key words: Corruption, Humanitarian Law, Illicit Enrichment, law Enforcement Agencies, Military Law.

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK

ULUSLARARASI TAHKİMDE YAPAY ZEKA KULLANIMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Eda MANAV ÖZDEMİR
Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Daire Başkanı
ORCID ID: 0000-0003-3183-0325

Dr. Öğr. Üyesi Serhat ESKİYÖRÜK
Adana Alparslan Türkeş Bilim ve Teknoloji Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-8155-3253

Özet

Yapay zekanın (AI), her alanda olduğu gibi uyuşmazlık çözüm mekanizmalarında kullanımı son dönemde tartışılmaktadır. Tahkimin merkezi olmayan bir sistem olması, esnekliği, yeniliklere açık ve hızlı adaptasyonu, teknolojik gelişmelerin kullanımı için öncü bir platform sunabilir.

Uluslararası tahkimde yapay zekanın muhtemel faydaları arasında; verimlilik, maliyetlerin azalması, kararlar arasında çelişkilerin giderilmesi, hakemlerin bağımsız ve kontrolü sayılmaktadır. Yapay zekanın tahkim yargılamasında kullanım potansiyeli gerçekten de geniştir; mevzuat ve içtihat araştırmaları, tahkim anlaşması hazırlanması, veri analizi gibi birçok yapay zeka aracı halihazırda kullanılmaktadır. Taraf beyanlarının hazırlanmasında, işlenmesi ve analizinde, yabancı dil tercümelerinde, duruşma tutanaklarının hazırlanmasında, duruşmalarda ifadelerin transkript metin haline getirilmesinde, belge üretim taleplerinde delillerin ayıklanması gibi destekleri görüşülmektedir. Tahkim anlaşmasının ön incelenmesi, avukatların, bilirkişilerin ve tanıkların seçimi, hakemlerin atanması, yargılama maliyeti ve süre tahmini, tahkim karar taslaklarında standart bölümlerinin hazırlanması, kararlarını kontrolü gibi bazı prosedürlerde yapay zekanın desteği tartışılmaktadır. Hatta yapay zekanın kararların tahmininde kullanılması ile tarafların müzakere etmesi ve anlaşmasına teşviki ve üçüncü taraf fon sağlayıcılara fikir sağlayabileceği ileri sürülmektedir.

Buna karşın, yapay zekanın hakemlere yardımcı olması ve tahkim kararlarında rol alması gibi yaklaşımlarda temkinli olunmalıdır. Tahkimde yapay zeka kullanımı ciddi etik ve hukuki sorunlara sebebiyet verebilir. Özellikle, karar dayanağı algoritmalarda şeffaflık eksikliği,

kullanılan verilerin güvenilirliği, sosyal ve politik değişimlere uyum, kararların gerekçeli olma yükümlülüğü, hakemlerin sorumluluğu, hakemlerin çeşitliliği, empati yoksunluğu, kamu düzeni gibi nedeniyle tahkim kararlarının iptali veya tanıma ve tenfizinin reddi başvurularının konusu teşkil edebilir. Çalışmada, yapay zekanın tahkim yargılamasında muhtemel kullanımı, etkileri ve sınırları ile ilgili kurumların konuya ilişkin çalışmaları incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Tahkim, Yapay Zeka, Tahkim Kararları, Tahkim Yargılaması, Tahkim Hakemi.

CRITICALLY EVALUATION OF THE OPERATION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Abstract

The potential usage of artificial intelligence (AI) are discussed in every discipline, including the dispute resolution mechanism. As a decentralized system, flexible, non-conservative and adapt rapidly to innovation, arbitration might be a pioneering platform for the usage of high technological developments.

The potential advantages of artificial intelligence in international arbitration might be; efficiency, reduction of costs, harmonization of arbitration awards and confirmation of the arbitrators' independence and impartiality. The discussion on the potential use of artificial intelligence in arbitration proceedings is extensive; such as legal research, drafting of arbitration agreement, data analysis, preparation, processing and analysis of statements, translations, drafting of hearing minutes, transcripts of oral statements, elimination of documents in discovery requests and so forth. Its usage is also argued at the preliminary examination of the arbitration agreement, the selection of expert and factual witnesses, the appointment of arbitrators, the cost and time estimation, drafting the standard parts of arbitration decisions, scrutiny of the awards and even the effects on settlement and third-party funding via prediction of the results.

On the other hand, the usage of artificial intelligence should be considered very carefully, especially its assistance to arbitrators and/or taking a role in decision making process. Since, such course of action may not only cause ethical and legal complications, but also ground for challenge claiming; the lack of transparency in the algorithms, the reliability of the used data, adaption of policy reforms, requirement of justified decision, the liability of the arbitrators, the diversity of the arbitrators, the lack of empathy and public policy. This paper reviews the potential use of artificial intelligence in arbitration proceedings, its effects and risks, as well as the current innovation held at the institutions.

Keywords: International Arbitration, Artificial Intelligence, Arbitral Awards, Arbitration Proceeding, Arbitrator.

ICSID TAHKİM KARARLARININ TÜRKİYE'DE İCRASI PROBLEMİ: 28.4.2021 TARİHLİ E. 2021/875 K. 2021/4586 NOLU YARGITAY KARARI DEĞERLENDİRMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Esra YILDIZ ÜSTÜN
Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-4106-4812

Özet

Türkiye'nin de taraf olduğu Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Konvansiyon (ICSID Konvansiyonu) yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin farklı bir sistem oluşturmuştur. ICSID Konvansiyonu'nun 54. maddesi ICSID hakem kararlarını geleneksel tanıma ve tenfiz prosedürünün dışına çıkarmış olup, her âkit devletin ICSID hakem kararı ile bağlı olduğunu ve kararda yer alan parasal yükümlülükleri kendi milli mahkemesinin nihaî bir kararı gibi yerine getireceği düzenlenmiştir. Bu madde aslen ICSID kararlarının doğrudan üye ülkelerde ilamlı icraya konulabileceğini açıklamaktadır. Türkiye'de taraf olduğu bu anlaşma gereği ICSID kararlarını doğrudan icra etmekle yükümlüdür. Taraf devletlerin ICSID kararlarını inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Ancak 2021 yılında Yargıtay'ın verdiği bir karar bu konuda kafa karışıklığına yol açmıştır. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararda ICSID tahkim kararları Türkiye'nin ICSID tahkim enstitüsüne bildirdiği onay merciinin denetimi olmadan ilamlı icra başlatılamayacağı aksi halde gerek Türk hukukuna gerekse ICSID Konvansiyonuna uygun düşmeyeceğine ilişkin gerekçe sunmuştur. Devamında ise, yabancı mahkemeler tarafından hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş ilamların icrası için Türk mahkemeleri tarafından MÖHUK 60. md ve devamı hükümlerine göre tenfiz kararı verilmesi ve bu tenfiz kararının usulünce kesinleşmesinden sonra ilamlı icraya konu edilmesi mümkün iken, takibe konu ICSID hakem kararının icra edileceği ülke makamları tarafından denetlenmeksizin ilamlı icraya konulmasını uygun görmediğini belirtmiştir. Yargıtay'ın kararından anlaşılan Türkiye tarafından belirlenen onay merciinin bir denetim mekanizması olarak lanse edilmesidir ki bu ICSID Konvansiyon'unun amacına ve ruhuna hizmet etmez. İkincil olarak ise bu onay aşamasının atlanmış olması ICSID kararının üye ülkelerdeki ilamlı icra niteliğini kaybettirmez. Çünkü sözleşmeye taraf olan devletlerin sadece 73'ü onay mercii belirtmiştir. Geri kalanı henüz böyle bir mercii için bilgilendirme yapmamıştır. Bu

demek oluyor ki onay mercii bu kararların icrasında zorunlu unsur olarak kabul edilmemelidir. Konvansiyonun amacı yatırım tahkimi kararlarının icrasını kolaylaştırmakken bu onay aslen *res judicata* ilkesine yönelik düzenlenmiştir.

Bu çalışma 3 ana bölümden oluşmaktadır. İlk olarak uyuşmazlık konusu dava kısaca özetlenecek ve ardından ICSID Sözleşmesi'nin kararların icrasına ilişkin 54. mdsinde belirtilen üye ülke tarafından onay merciinin belirtilmemiş olması veyahut bu aşamanın atlanılmış olması durumları tartışılacaktır. Son olarak ise, diğer üye devletlerden de örnekler sunularak Yargıtay'ın kararı yorumlanacaktır.

Anahtar Kelimeler: ICSID Hakem Kararı, Tanıma, Tenfiz, *Res Judicata*, Onay Makamı.

THE PROBLEM OF ENFORCEMENT OF ICSID AWARDS IN TURKEY: EVALUATION OF THE COURT DECISION DATED 28.4.2021 E. 2021/875 K. 2021/4586

Abstract

The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (hereafter 'ICSID Convention') that Turkey is a party has created a different system for the enforcement of foreign arbitral awards. According to Article 54 of the ICSID Convention, ICSID has taken the arbitral awards out of the traditional recognition and enforcement procedure, and it has been regulated that each contracting state shall recognize an award rendered under this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. This article essentially explains that ICSID decisions must be enforced directly in member states. ICSID Convention does not allow the contracting states to review these awards. However, a decision of the Supreme Court in 2021 confused about enforcement stage in Turkey. In the decision of the Supreme Court, the ICSID awards provided a justification that a judgment cannot be initiated without the supervision of the approval authority that Turkey has notified to the ICSID arbitration institute, otherwise, it would not comply with both Turkish law and the ICSID Convention. Afterward, while Turkish courts issue an enforcement decision by the provisions of International Private Law and Procedural Law Article 60 and its continuation for the execution of the verdicts given by foreign courts concerning civil lawsuits and finalized according to the laws of that state, and subject to execution with a verdict after this enforcement decision is duly finalized; the Supereme Court considers that it is not appropriate to enforce the ICSID awards without being examining by the authorities of the enforcing state. It is understood from the decision of the Supreme Court that the approval authority determined by Turkey is introduced as a control mechanism, which does not serve the purpose and spirit of the ICSID Convention. Secondly, skipping this approval stage does not affect the ICSID award's power of enforcement in member states. Because only 73 of the states that are party to the convention have stated the ratification authority. The rest of the contracting states have not yet notified such an authority. This means that the approval authority should not be regarded as a mandatory element in the execution of these arbitral awards. While the purpose of the convention is to facilitate the

enforcement of investment arbitration decisions, this approval was originally drafted for the principle of *res judicata*.

This study is divided into 3 main parts. First, the case will be briefly summarized, and then the disputes where the ratification authority has not been specified by the member state specified in the Article 54 of the ICSID Convention on the enforcement of decisions or this stage has been skipped will be discussed. Finally, by presenting example cases from other member states, the decision of the Supreme Court will be evaluated.

KeyWords: ICSID Arbitral Award, Recognition, Enforcement/ Execution, *Res Judicata,* Ratification Authority.

ULUSLARARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Arş. Gör. Süleyman Yasir ZORLU
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-6561-7691

Özet

Tahkim, uluslararası ticaret ve yatırımdan kaynaklı uyuşmazlıkların çözümü için en çok tercih edilen uyuşmazlık çözüm yöntemlerindendir. Devlet yargısına kıyasla tarafların usul ve esas anlamında serbestiye sahip oldukları tahkim yöntemi, aynı zamanda sürece dair tüm masrafların taraflarca ödenmesi gereken bir usuldür. Bu çerçevede, uluslararası ticari tahkim ile yatırım tahkiminde süreç içerisinde ortaya çıkan masraflar, tahkimin taraflarına için önemli bir finansal yük oluşturmaktadır. Bu nedenle tahkimin tarafları, oluşan bu maliyeti ve riski dengelemek için dışarıdan bağımsız bir şirketten finansman arayışına başvurmaktadır. Bu şekilde giderek artan taleplerin sonucu olarak tahkim konusunda uzman ve tahkim masraflarını karşılamaya yönelik fonlara sahip olan şirketlerle tahkimin tarafları arasında hukuki ilişki oluşmaya başlamıştır. Bu ilişki, tahkimde öğreti ve yargı kararlarına son dönemde konu olmuş ve tahkimin paydaşları arasında daha fazla tartışmaya başlanmıştır.

Tahkimde üçüncü kişi finansmanı, dar anlamıyla "uyuşmazlığın tarafı olmayan profesyonel bir kişi ya da kurumun, yargılama neticesinde verilecek karardan maddi fayda sağlamak için, söz konusu uyuşmazlığın taraflarından birisinin dava masraflarını üstlenmesi" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu ilişkinin hukuki çerçevesi ise taraflar arasında imzalanan üçüncü kişi finansman sözleşmesiyle oluşmaktadır. Bu sözleşme taraflara çeşitli hak ve yükümlülükler yüklemektedir. Ayrıca, taraflar arasında sürece ilişkin kurulan bir ortaklığın varlığı da gündeme gelmektedir fakat bu sözleşmenin hukuki niteliği konusunda karşılaştırmalı hukuk bağlamında tartışmalar halen devam etmektedir. Hukuki niteliğine dair farklı hukuk sistemleri bünyesindeki çeşitli sözleşme türlerinin özelliklerini dikkate alarak değerlendirmeler yapmaktadır. Türk Hukuku açısından da mesele çok sınırlı bir şekilde gündeme gelmiştir ve bu konuda kapsamlı bir akademik çalışma söz konusu değildir.

Bu bağlamda, tebliğde öncelikle uluslararası tahkimde üçüncü kişi finansmanının ortaya çıkış sebepleri ve üçüncü kişi finansmanının

temel özellikleri ele alınacaktır. Daha sonrasında ise tahkimde üçüncü kişi finansman sözleşmesinde taraflar arasındaki hak ve yükümlülükler ifade edilecektir. Bunun akabinde, üçüncü kişi finansman sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin karşılaştırmalı hukukta yer alan yaklaşımları belirtilecektir. Son olarak, Türk Hukuku açısından tahkimde üçüncü kişi finansman sözleşmesinin hukuki niteliğine yönelik değerlendirmelere yapılarak hukukumuzda yer alan sözleşme türleriyle karşılaştırmalı analizi ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Üçüncü Kişi Finansmanı, Sözleşme, Adi Ortaklık, Alacağın Temliki.

THE LEGAL NATURE OF THIRD PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Abstract

Arbitration is one of the most preferred dispute resolution methods for the resolution of disputes arising from international trade and investment. Compared to the state jurisdiction, the arbitration method, in which the parties have freedom in terms of procedural and substantive terms, is also a procedure in which all costs related to the process must be paid by the parties. The costs incurred in the process of international commercial arbitration and investment arbitration constitute a significant financial burden for the parties of the arbitration. In this context, the parties to the arbitration resort to seeking funding from an external independent company in order to balance this cost and risk. As a result of increasing demands in this way, legal relations have started to form between the parties of arbitration and companies that are experts in arbitration and have the funds to cover the arbitration costs. This relationship has recently started to be discussed more as a subject of doctrine and judicial decisions in arbitration.

In arbitration, third party funding is defined as "a professional person or institution that is not a party to the dispute, to undertake the litigation costs of one of the parties to the dispute in order to obtain financial benefit from the decision to be given as a result of the trial". This contract imposes various rights and obligations on the parties. In addition, the existence of a partnership established between the parties regarding the process comes to the fore, but the discussions about the legal nature of this contract in the context of comparative law still continue. Different legal systems regarding its legal nature make evaluations by taking into account the characteristics of various types of contracts within the legal order. In terms of Turkish Law, the issue has come to the fore in a very limited way and there is no comprehensive academic study on this subject.

In this context, in this paper, first of all, the reasons for the emergence of third party funding in international arbitration and the basic features of third party funding will be discussed. Afterwards, the rights and obligations between the parties will be expressed in the third party funding agreement in arbitration. Following this, the approaches in comparative law regarding the legal nature of the third party funding agreement will be specified. Finally, in terms of Turkish Law, the legal

nature of the third party funding agreement in arbitration will be evaluated and a comparative analysis will be made with the contract types in our law.

Keywords: Arbitration, Third Party Funding, Contract, Ordinary Partnership, Assignment of Claim.

MİLLETLERARASI DERDESTLİK

Arş. Gör. Rumeysa ÖZYÜREK
Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-8981-9543

Özet

İnsanlar arasındaki etkileşimin ülke sınırlarını aşması sonucunda, aralarında kurulan bu ilişkiye yabancılık unsuru dahil olmuştur. İnsanların aralarında kurdukları ilişkinin neticesinde bir anlaşmazlık durumu ile karşılaşması halinde ise, yabancılık unsuru dahil olan bu anlaşmazlığın hangi ülkede ve hangi ülke hukukuna göre çözülmesi meselesi ortaya çıkmıştır. Bir anlaşmazlık bakımından birden fazla ülkedeki mahkemenin yetkili olması hali söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda ilişkinin taraflarının kendi menfaatlerini ön planda tutarak, bu doğrultuda istedikleri ülke mahkemesinde anlaşmazlığı çözmek istemesi durumu ortaya çıkabilmektedir. Tarafların bu beklentilerinin beraberinde getirdiği sonuçlardan birisi de, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir davanın birden fazla mahkeme önünde açılması ve görülmesi ihtimalidir. Tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir davanın birden fazla ülke mahkemesi önünde açılmış ve görülüyor olması durumunda sorun olarak karşımıza çıkan mesele, milletlerarası derdestlik olarak adlandırılmaktadır. Aynı davanın birden fazla ülke mahkemesi önünde açılması hem uyuşmazlık bakımından birden fazla farklı sonuç doğurabilecek karar ortaya çıkmasına ve verilen kararın diğer bir ülkede tanınması ve tenfizi sorununa yol açacak, hem de gereksiz bir şekilde birden fazla devlet mahkemesini meşgul etmek suretiyle zaman ve ekonomik kayıplara yol açacaktır. Bu sorunu çözmek adına devletler gerek milletlerarası karar ahenginin sağlanması, gerek tarafların menfaatinin korunması, gerekse de pratiklik ve usul ekonomisinin sağlanması adına iç hukuklarında ve uluslararası alanda düzenlemeler yapma ihtiyacı duymuşlardır. Ancak her ne kadar bu konuya ilişkin düzenleme yapan ülkeler bulunsa da, bu konuyu düzenleme altına almayan birçok ülke de bulunmaktadır. Türkiye de bu ülkelerden biridir. Türk hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinin 1. fıkrasının (ı) bendinde *"aynı davanın, daha* önceden *açılmış ve hâlen görülmekte olması"* şeklinde ifade edilmek suretiyle her ne kadar iç hukuk bakımından derdestlik müessesesi düzenlenmiş olsa da, milletlerarası derdestlik hususunu düzenleyen bir düzenleme hukukumuzda mevcut değildir. Bu nedenle de, milletlerarası derdestlik

hukukumuzda tartışma konusu olan ve çözüme kavuşturulamamış bir müessesedir. Bu tebliğde Türk hukukunda milletlerarası derdestlik hususu, doktrindeki tartışmalara da değinilerek değerlendirme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Derdestlik, Milletlerarası Derdestlik, Usul Ekonomisi, Pratiklik, Taraf Menfaati, Milletlerarası Karar Ahengi.

INTERNATIONAL PENDENCY

Abstract

As a result of the fact that the interaction between people has crossed the borders of the country, the element of foreignness has been included in this relationship established between them. In the event that people encounter a conflict situation as a result of the relationship they have established, the question of in which country and according to which country's law this dispute which includes the element of foreignness, will be resolved has arisen. In terms of a dispute, it may be the case that the courts in more than one country have jurisdiction. In such a case, it may occur that the parties of the relationship, by prioritizing their own interests, want to resolve the dispute in the court of the country they want in this direction. One of the consequences brought by these expectations of the parties is the possibility that a case in which parties, subject, and reason are the same will be opened and seen before more than one court. A case whose parties, subject and cause are the same has been filed in front of more than one country's courts and if it is seen, the issue that emerges as a problem is called international pending. Opening the same lawsuit before the courts of more than one country will both lead to the emergence of a decision that may have more than one different result in terms of conflict and the problem of recognition and enforcement of the decision in another country, and also lead to cause time and economic losses by occupying more than one state court unnecessarily. In order to solve this problem, the states needed to make arrangements in their domestic laws and internationally in order to ensure the harmony of the international decision, to protect the benefits of the parties and to ensure the practicality and procedural economy. However, although there are countries that regulate this issue, there are many countries that do not regulate this issue. Turkey is one of these countries. In Turkish Law, although the institution of pending is regulated in terms of domestic law by expressing "the same lawsuit has been filed before and is still pending" in subparagraph (ı) of paragraph 1 of Article 114 of the Code of Civil Procedure, provision regulating the issue of international pendency is not available in our law. Therefore, international pendency is an institution that is the subject of debate in our law and has not been resolved. In this study, the issue of international pendency in Turkish law will be discussed with reference to the discussions in the doctrine.

Keywords: Pendency, International Pendency, Procedural Economy, Practicality, Parties Benefit, Harmony Of The International Decision.

YABANCI MAHKEME İLAMLARININ İCRASINDA ZAMANAŞIMI SORUNU

Arş. Gör. Vildan ERDOĞAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-8811-1391

Özet

Yabancı mahkeme kararlarının ülkemizde icra edilebilmesi için tanınması veya tenfiz edilmesi gereklidir. Bu nedenle ilk olarak tanıma ve tenfiz taleplerinde uygulanacak zamanaşımı sürelerinin tespiti önem arzetmektedir. Bu konuda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun da açıklık bulunmadığından farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu kapsamda zamanaşımının hangi ülkenin hukukuna göre belirleneceği başka bir ifade ile vasıflandırılması önem arzetmektedir. Bunlar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, yabancı mahkeme kararının verildiği yer (karar yeri) hukuku ve tanıma veya tenfiz kararı verecek olan ülke hukukuna göre zamanaşımı sürelerinin belirlenmesidir.

İlk görüşe göre, MÖHUK'un 8. maddesi gereğince zamanaşımı hukuki işlemin veya ilişkinin esasına uygulanan hukuka tabi olacaktır, buradan hareketle tanıma ve tenfize ilişkin zamanaşımı süreleri, yabancı mahkeme kararına konu uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka göre belirlenmelidir.

İkinci görüş ise karar yerini esas alır, buna göre kararı veren mahkemenin hukukuna göre zamanaşımı süreleri geçmiş ve Türk mahkemelerinden bu kararın tanıma veya tenfizi talep ediliyorsa mahkeme, karşı tarafın da itirazı ile MÖHUK 55/2 hükmüne dayanarak yabancı mahkeme ilamının yerine getirilmesine engel bir sebebin varlığını gerekçe göstererek tanıma ya da tenfiz talebini reddedebilir.

Son görüş tanıma ve tenfiz edilecek ülke hukukuna göre karar verilmesi gerektiğini ifade eder. Bu görüşün dayanağını ise yabancı mahkeme kararı tanındıktan ya da tenfiz edildikten sonra MÖHUK 57. madde gereğince Türk mahkemelerinden verilmiş ilamlar gibi icra edilebilmesi oluşturur. Bu hükme göre tanınan ya da tenfiz edilen yabancı mahkeme kararı artık Türk mahkemelerinden verilmiş ilam gibi olacağından hukukumuzda düzenlenen zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle ilgili ilama bağlanmış alacak hakkı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun

156/2 hükmüne göre on yıllık zamanaşımına tabi olacaktır, bu süre içinde ilamın icraya konulması gerekir, bu aşamadan sonra ilamlı icrada zamanaşımı süresini düzenleyen 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 39. maddesine göre takip on yıl içinde neticelendirilmelidir.

Yabancı mahkeme kararı tanındıktan veya tenfiz edildikten sonra icraya konulacak olan ilamın tabi olacağı zamanaşımı süresinin belirlenmesi ve bu sürenin başlangıcına ilişkin yukarıda açıklanan görüşleri destekleyen Yargıtay kararları bulunmaktadır, ancak hangi görüşün hangi gerekçeler ile uygulanacağına dair bir içtihat birliği bulunmamaktadır. Kanaatimizce son görüş kabul edilmeli ve tenfiz edilerek Türk mahkemelerinden verilmiş ilam niteliği kazanan yabancı mahkeme kararlarına uygulanacak zamanaşımı tenfiz yeri olan Türk hukukuna göre belirlenmelidir.

Anahtar Kelimeler: Tanıma, Tenfiz, Zamanaşımı, İlam Zamanaşımı, Uygulanacak Hukuk.

THE PROBLEM OF TIME-LIMITATION IN THE EXECUTION OF FOREIGN COURT JUDGMENTS

Abstract

Foreign court decisions must be recognized or enforced in order to be enforced in our country. For this reason, it is important to first determine the statute of limitations to be applied in recognition and enforcement requests. Since there is no clarity in the Law on International Private and Procedural Law No. 5718 on this issue, different opinions have been put forward in the doctrine. In this context, it is important that the statute of limitations is determined -qualified - according to the law of which country. These are the determination of the statute of limitations according to the law applicable to the merits of the dispute, the law of the place of decision and the law of the country that will make the recognition or enforcement decision.

According to the first opinion, in accordance with Article 8 of the International Private and Procedural Law, the statute of limitations will be governed by the law applicable to the substance of the legal transaction or relationship. From this point of view, the statute of limitations regarding recognition and enforcement should be determined according to the law applicable to the merits of the dispute subject to the foreign court decision.

The second opinion is based on the decision place. According to the law of the court giving the decision, the statute of limitations has expired and the recognition or enforcement of this decision may be requested from the Turkish courts. In this case, the court, with the objection of the other party, may reject the request for recognition or enforcement by citing the existence of a reason preventing the execution of the foreign court decision based on the provisions of MÖHUK 55/2.

The final opinion states that the decision should be made according to the law of the country to be recognized and enforced. The basis of this opinion is that after the foreign court decision is recognized or enforced, it can be enforced like the writs given by Turkish courts in accordance with Article 57 of MÖHUK. Since the foreign court decision recognized or enforced according to this provision will now be like a verdict issued by Turkish courts, the statute of limitations set in our law will find application. For this reason, the right of receivable attached to the relevant judgment will be subject to a ten-year statute of limitations in

accordance with the 156/2 provision of the Turkish Code of Obligations No. 6098. The verdict must be put into execution within this period. After this stage, the execution proceeding must be concluded within ten years, according to Article 39 of the Execution and Bankruptcy Law.

There are Supreme Court decisions that support the above-mentioned views regarding the determination of the statute of limitations for the judgment to be enforced after the foreign court decision is recognized or enforced, and the beginning of this period. However, there aren't stare decisis of jurisprudence on which view should be applied and on what grounds. In our opinion, the final opinion should be accepted and the statute of limitations to be applied to foreign court decisions that have been enforced and become a verdict from Turkish courts should be determined according to Turkish law, which is the place of enforcement.

Keywords: Recognition, Enforcement, Time Limitation, Statute Of Limitations, Applicable Law.

YETKİLİ MAKAM KARARIYLA TÜRK VATANDAŞLIĞININ KAZANILMASINDA İDARENİN TAKDİR YETKİSİNİN SINIRLARI

Dr. Öğr. Üyesi İlyas ARSLAN
Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-1567-2630

Özet

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda (TVK) yabancıların Türk vatandaşlığını sonradan kazanabilecekleri hallerin başında yetkili makam kararıyla kazanma gelmektedir. TVK, ilk olarak başvurulacak genel yolu düzenlemiş (m.11), ardından ilgili yabancının niteliklerinden hareketle daha az koşullar içeren ve vatandaşlığı kazanmayı daha kolay ve mümkün kılan çeşitli kategoriler öngörmüştür. Bunlar sırasıyla Türk vatandaşlığının istisnai yolla (m.12), yeniden (m.13-14), evlenme yoluyla (m.15) ve -TVK m.9'da ayrı bir vatandaşlık kazanma yolu gibi algılansa da- evlat edinilme yoluyla (m.17) kazanılmasıdır. İlgili yabancının vatandaşlığa alınması kararını verecek yetkili makam, başvurulan yola bağlı olarak İçişleri Bakanlığı veya Cumhurbaşkanlığıdır.

Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasının en tipik özelliği, vatandaşlığa alınma konusunda yetkili idareye takdir yetkisinin tanınmasıdır. Bu husus, "Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen bir yabancının, Kanunda belirlenen şartları taşıması hâlinde yetkili makam kararı ile kazanabileceğini" öngören TVK m.10/1'de "Aranan şartları taşımak vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak sağlamaz." ifadesiyle ortaya konmuştur. İdarenin bu konuda takdir yetkisi, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, devletin sahip olduğu egemenlik hakkına dayanmaktadır. Dolayısıyla, TVK m.10/1'in net ifadesi, Türk hukukunda, aranan şartlar yerine getirilse dahi yabancıların Türk vatandaşlığına alınmasını idarenin mutlak takdir yetkisine bırakan bir hukuk anlayışının benimsendiği, bu yönüyle yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığına alınmanın bir hak değil, lütuf olarak düzenlendiği izlenimi yaratmaktadır. Diğer taraftan, Türk hukukunda idarenin, takdir yetkisini kullanırken keyfi davranamayacağı esası kabul edilmiş, her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açık tutulmuştur. İdarenin, Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin kararları da bu kapsamda olduğundan, takdir yetkisinin mutlak nitelikte olmadığı, dolayısıyla bu yolla vatandaşlığının kazanılmasının ne hak ne de lütuf olduğu izlenimi de yaratmaktadır.

Bu durumda, söz konusu takdir yetkisinin, idare hukukunda idareye diğer idari işlemlerde tanınandan daha farklı ve geniş mi olduğu sorusu akla gelmektedir. Şüphesiz, vatandaşlığın devletin ve toplumun menfaatleriyle yakından ilgisinin olması nedeniyle Türk vatandaşlık hukukunda idareye bu konuda takdir yetkisinin verilmesi bir gerekliliktir. Ayrıca, ilgili yabancının Türk devletiyle ve toplumuyla vatandaşlık bağını tesis etmeye yetecek derecede aidiyete sahip olup olmadığının tespiti, ancak idarenin yapacağı değerlendirmeyle mümkün olacaktır. Diğer yandan, idarenin takdir yetkisini kullanırken keyfi davranamayacağı ve gerekçe göstermek zorunda olduğu anlayışı, vatandaşlık hukukunda da geçerlidir. Dolayısıyla, idarenin söz konusu takdir yetkisinin sınırsız ve geniş olmadığı anlaşılmaktadır.

Peki, Türk vatandaşlık hukukunun amacı ve gerekleri karşısında, vatandaşlığa alınma konusunda idareye tanınan takdir yetkisinin sınırlarını hangi hususlar çizmektedir? İdarenin söz konusu takdir yetkisi, başvurulan usule göre farklılık arz edebilir mi? İdare, TVK m.10/1'de açıkça verilen yetkiye dayanarak ve salt bu hükmü gerekçe göstererek Kanunda aranan şartları taşıyan bir yabancının vatandaşlığa alınma talebini reddedebilecek midir? Dahası, TVK'nın çeşitli maddelerinde aranan "milli güvenlik ve kamu düzenine engel teşkil edecek hali olmama", "iyi ahlak sahibi olma" gibi içeriği belirsiz ve soyut kavramların yer aldığı şartların idareye geniş takdir yetkisi sunduğu belirtilmektedir. Bu çalışmada yukarıdaki sorulardan hareketle Türk vatandaşlık hukukunda yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında idareye tanınan takdir yetkisinin kapsamı ve sınırları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Türk Vatandaşlığının Kazanılması, Yetkili Makam Kararı, İdarenin Takdir Yetkisi, Takdir Yetkisinin Sınırları.

THE LIMITS OF DISCRETIONARY POWER OF ADMINISTRATION ON ACQUSITION OF TURKISH CITIZENSHIP WITH THE DECISION OF COMPETENT AUTHORITY

Abstract

In Turkish Citizenship Law No. 5901 (TCA), the first way of post facto acquisition of Turkish citizenship is acquisition by a decision of competent authority. TCA first regulates the general procedure that any foreigner can apply (Art 11), then, based on the qualifications of the foreigner concerned, envisages various categories that include less conditions than general procedure and make easier and more possible to acquire citizenship. These are respectively the acquisition by an exceptional way (Art.12), reacqusition of citizenship (Art.13-14), acquisition through marriage (Art.15) and -even though it is perceived as a separate way of acquisition citizenship in Art.9- acquisition through adoption (Art.17). The competent authority to decide on naturalisation, depending on the procedure applied, may be the Ministry of Internal Affairs or Turkish Presidency.

The typical feature of acquisition of citizenship with decision of competent authority is that it gives discretion to administraton for naturalisation. This is set out in Art.10/1 of TCA as follows: "An foreigner who wishes to acquire Turkish citizenship can acquire Turkish citizenship with the decision of the competent authority, provided that he/she fulfils the conditions stipulated by this Law. However, fulfilling the conditions required, do not grant an absolute right to the person to acquire Turkish citizenship.". The discretion granted to the administration in this regard is based on the sovereign right of the state, as stated in the preamble of the Art.10. In this respect, the clear expression of Art.10/1 makes the impression that a legal approach is adopted by Turkish law that leaves acquisition of Turkish citizenship to absolute discretion of administration, even if the required conditions are met. It also creates the impression that acquisition of Turkish citizenship by the decision of the competent administration is regulated as a favor, not a right in Turkish law. On the other hand, the principle that the administration cannot act arbitrarily while using its discretionary power has been accepted, and judicial remedy has been kept open against all kinds of actions of the administration. Since the decisions of administration regarding acquisition of Turkish citizenship are also within the scope of this principle, it creates the impression that the administration's

discretionary power in question is not absolute. Therefore, it also creates the impression that being granted Turkish citizenship by the decision of the competent authority is neither a right nor a favor.

As a result of these explanations, the question arises whether the discretion granted to the administration regarding naturalisation, is different and wider than that granted to the administration in other administrative proceedings in administrative law. Undoubtedly, since citizenship is closely related to the interests of the State and society, it's a necessity to give discretion to the administration in Turkish citizenship law. In addition, it's only possible with the evaluation made by the administration whether the foreigner in question has a sufficient sense of belonging to Turkish state and society to establish the bond of citizenship. On the other hand, the approach that administration cannot act arbitrarily and has to give reasons when using its discretion is also current in terms of citizenship law. In this respect, it's understood that discretionary power of the administration regarding the acquisition of Turkish citizenship is not unlimited and not as wide as it was thought.

In the face of purpose and requirements of Turkish citizenship law, what are the limits of the discretion granted to the administration regarding acquisition of Turkish citizenship by foreigners? Does the said discretion of administration differ depending on the procedure applied? Can the administration reject the request of a foreigner who meets the conditions sought in the Law, based on this authority expressly given in Article 10/1 and just by citing the aforementioned provision as a reason? It's stated that certain conditions sought in various articles of TCA such as "not pose a threat to national security and public order" and "having good morals", which include vague and abstract concepts, give the administration wide discretion. In this study, based on the above questions, the scope and limits of discretion granted to the administration in the acquisition of Turkish citizenship by the decision of the competent authority in Turkish citizenship law will be examined.

Keywords: Acquisition of Turkish Citizenship, Discretionary Power of Administration, Decision of Competent Authorirty, Limits of Discretionary Power.

ROMA HUKUKU

HUKUK AÇISINDAN ARGÜMANTASYON VE ARGÜMAN HARİTALAMA

Doç. Dr. Mustafa YEŞİL
Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal ve Beşeri Bilimler Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-7070-042X

Av. Ömer ÖRGEN
Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
ORCID ID: 0000-0002-7517-6436

Özet

Argümantasyon sadece bizzat sunulan veya muhatap tarafından ileri sürülen iddiaları makul gerekçeler sunarak destekleme, zayıflatma veya çürütme değil aynı zamanda gerekçeleri de destekleme, zayıflatma veya çürütme türünden bir etkinliktir. Argümantasyonun en önemli işlevi gerekçelendirmedir ve bu faaliyetin hukukun hem bir disiplin olarak teşekkülündeki hem de uygulanma sürecindeki etkisi tartışma götürmeyecek derecede açıktır. Hatta argümantasyonu hukuk disiplininin akıl yürütme metodu olarak ele almak bu etkileşimin belirgin bir neticesidir. Elbette yüzyıllardır sadece hukuk alanındaki değil, diğer pek çok alandaki araştırmacılar gerek kendi iddialarını desteklemek gerekse muhataplarının iddialarını zayıflatmak veya çürütmek maksadıyla gerekçelendirme faaliyetine başvurmaktadırlar. Ancak son dönemde farklı disiplinlerdeki araştırmacıların argümanları haritalandırarak gerekçelendirme faaliyetini daha ayrıntılı ve ikna edici hale getirmeleri, özellikle hukuk alanındaki gerek teorik tartışmalara gerekse pratik uygulamalara ilişkin gerekçelendirme faaliyetlerinin de haritalandırılmasını bir ihtiyaç haline getirmektedir. Argüman haritalama faaliyeti yoğun ve karmaşık bir metnin içeriğini görselleştirme bakımından hukukun öncelikle hem öğretilmesine hem de öğrenilmesine önemli kolaylıklar sağlamaktadır. Diğer taraftan bu faaliyet herhangi bir vakıaya ilişkin iddianın hangi gerekçelerden hareketle ileri sürüldüğünü ya da kararın hangi gerekçelere dayandırıldığını görselleştirme bakımından hukukun uygulanma sürecine de doğrudan katkı sağlamaktadır. Üstelik bu katkı sadece iddia, vakıa, hukuk kuralı ve yargı kararı arasındaki ilişkinin tutarlılığını değil aynı zamanda yargı kararının dayandırıldığı gerekçeler arasındaki muhtemel tercih ve yorum olanaklarını da açığa çıkarmaktadır. Argüman haritalama faaliyeti sağladığı görsellik ve kolaylık sayesinde felsefe, siyaset, iletişim, sosyoloji

ve psikoloji gibi farklı disiplinler ile meşgul olan araştırmacıların hukuki metinleri ve kararları daha kolay anlamalarına da katkı sağlamaktadır. Elbette argüman haritalama faaliyetinin evrensel ve tekbiçimli bir modeli yoktur. Hatta bu esneklik bilgisayar destekli farklı argüman haritalama modellerinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Biz ise bu sunumda öncelikle hukuk ve argümantasyon ilişkisine kısaca değineceğiz ve daha sonra, son dönemde özellikle bir hukuki akıl yürütme modeli olarak ön plana çıkan Toulmin'in argüman modelini esas alarak bazı dava örneklerini haritalayacağız. Bu haritalama örneklerinde, mümkün olduğu oranda Toulmin'in argüman modeline sadık kalarak iddia, vakıa, gerekçe, destekleyici, çürütücü, istisna ve karar ögelerini sunmaya çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Hukuk, Gerekçelendirme, Argüman, Argümantasyon, Argüman Haritalama.

LEGAL ARGUMENTATION AND ARGUMENT MAPPING

Abstract

Argumentation is not only a process that supports, weakens or refutes the claims made personally or put forward by the addressee by providing reasonable justifications but also a process of the kind that supports, weakens or refutes the reasons themselves. The most important function of argumentation is justification, and the impact of this activity on both the formation of law as a discipline and the process of its implementation is unquestionably clear. In fact, considering argumentation as the reasoning method of the legal discipline is a clear result of this interaction. Of course, for centuries, researchers not only in the field of law but also in many other fields have resorted to justification activities in order to support their own claims and to weaken or refute the claims of their interlocutors. However, the fact that researchers in different disciplines have made the justification activity more detailed and convincing by mapping their arguments in the recent period especially makes it a necessity to map the justification activities related to both theoretical discussions and practical applications in the field of law. Argument mapping activity provides significant convenience to both teaching and learning of law in terms of visualizing the content of a dense and complex text. On the other hand, this activity also directly contributes to the process of law implementation in terms of visualizing the justifications from which the claim regarding any fact is asserted or the justifications on which the decision is based. Moreover, this contribution reveals not only the consistency of the relationship between claim, fact, rule of law and judicial decision, but also the possible choices and interpretation possibilities between the justifications on which the judicial decision is based. Argument mapping activity due to the visuality and convenience it provides also contributes to the easier understanding of legal text and decisions by researchers dealing with different disciplines such as philosophy, politics, communication, sociology and psychology. Of course, there is no universal and uniform model of argument mapping activity. In fact, this flexibility leads to the emergence of different computer-assisted argument mapping models. In this presentation, we will first briefly touch on the relationship between law and argumentation, and then map some case examples based on Toulmin's argument model, which has recently come to the fore as a model of legal reasoning. In these mapping examples, we will try to

present the elements of claim, fact, justification, supporting, rebuttal, exception and decision, while remaining faithful to Toulmin's argument model as much as possible.

Keywords: Law, Justification, Argument, Argumentation, Argument Mapping.

ROMA HUKUKUNDAN GÜNÜMÜZE İPTAL EDİLEBİLİRLİK KAVRAMI

Arş. Gör. Seda BAŞ
Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-5382-2663

Özet

Bir hukuki işlemin geçerli olması, kurucu unsurlarının ve geçerlilik şartlarının mevcut olmasına bağlıdır. Kurucu unsurları tamam olan hukuki işlem, geçerlilik şartlarını taşımıyorsa, bu durum iki tür yaptırımı gündeme getirir: Hukuki işlem ya kesin hükümsüzdür ya da iptal edilebilirlik yaptırımına tabidir. İptal edilebilirlik, hukuki işlemin kurucu unsurları tamam olmakla birlikte geçerlilik unsurlarından bireysel çıkarları korumaya yönelik olanlarda bir eksiklik olması durumunda söz konusu olur. İptal edilebilirlik yaptırımı, kavramsal olarak Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça zikredilmemektedir. Kanun'da irade sakatlıkları ve aşırı yararlanmanın söz konusu olması durumunda, "sözleşmeyle bağlı olmama" öngörülmektedir. Hükümsüzlük teorisinde sözleşmeyle bağlı olmama şeklinde bir yaptırım bulunmamaktadır. Öğretide bu kavramın, iptal edilebilirlik yaptırımı şeklinde somutlaştığı kabul edilmektedir. Bu çalışma, literatürdeki eksikliği göz önünde bulundurularak, iptal edilebilirlik yaptırımını yalnızca tarihsel süreç bağlamında ele almayı amaçlamaktadır.

İptal edilebilirlik kavramı, 19. Yüzyılda Alman hukukçu Friedrich Carl von Savigny tarafından ortaya atılmıştır. Savigny, 1841 tarihli eserinde hukuki işlemlerin geçersizliği kategorisini oluşturarak bu sınıflandırmada iptal edilebilirliğe de yer vermiştir. Tarihsel süreç içerisinde bakıldığında, iptal edilebilirlik kavramının hangi temellere dayandığını ortaya koyabilmek için, hükümsüzlük kategorisi içerisinde bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Öte yandan hükümsüzlük kategorisi içerisinde iptal edilebilirlik yaptırımı hususunda tam bir kavram kargaşasının mevcut olduğu söylenebilir. Geçersizlik kavramı gibi iptal edilebilirlik de Roma hukukuna yabancı bir kavramdı. Ancak iptal edilebilirliği, Roma'da Praetor hukukuna dayandırmak mümkündür. Alman hukukunda iptal edilebilirlik hakkında bir düzenlemeye ilk kez 1881 tarihli Medeni Kanun Tasarısı'nda yer verilmesine rağmen söz konusu hüküm kanunlaşamamıştır. Bu tasarıdaki düzenleme bugün BGB § 143/I'de yer almaktadır. İsviçre öğretisinde iptal edilebilirliği ifade etmek üzere "tek taraflı bağlamazlık" kavramı karşımıza çıkar.

Bu kavramın da hükümsüzlük teorisi içerisindeki yeri ve anlamı öğreti de tartışmalıdır. Avusturya hukukunda, ABGB § 871 ve 877 de iptal edilebilirlik anlamında yorumlanmaktadır. Fransız hukukunda, Medeni Kanun'un 117. maddesi ve İtalyan hukukunda, Codice Civile m. 1441 ve devamı ile bağlantılı olarak 1428, hataya düşenin hak sahibi olduğu bir hükümsüzlük davası öngörmektedir.

Anahtar Kelimeler: İptal Edilebilirlik, İrade Sakatlığı, Aşırı Yararlanma, Geçersizlik, Sözleşmenin İptali.

THE CONCEPT OF ANNULABILITY FROM ROMAN LAW TO THE PRESENT

Abstract

The validity of a legal transaction depends on the existence of its constituent elements and validity conditions. If the legal act, whose constituent elements are complete, does not have the validity conditions, this situation brings up two types of sanctions: The legal act is either null or annulability. Annulability occurs when the constituent elements of the legal act are complete, but there is a deficiency in the validity elements of those aimed at protecting individual interests. The sanction of annulability is conceptually not explicitly mentioned in the Turkish Code of Obligations. It is provided "not being bound by contract" in case of disability of will and lesion in the TCO. In the nullity theory, there is no sanction in the form of not being bound by a contract. In the doctrine, it is accepted that this concept is embodied in the form of annulability sanction. Considering the lack in the literature, this study aims to deal with the annulability sanction only in the context of the historical process.

The concept of annulability was introduced by the German lawyer Friedrich Carl von Savigny in the 19th century. Savigny, in his work of 1841, created the category of invalidity of legal transactions and included annulability in this classification. When viewed in the historical process, it is necessary to make an evaluation within the category of invalidity in order to reveal the grounds on which the concept of annulability is based. On the other hand, it can be said that there is a complete confusion of concepts regarding the sanction of annulability within the category of invalidity. As the concept of invalidity, annulability was a foreigner concept to Roman law. However, it is possible to base the annulability on the Praetor law in Rome. Although a regulation on annulability in German law was included in the Civil Code Draft of 1881 for the first time, the said draft law could not be enacted. Today, the regulation in this draft law is contained in BGB § 143/I. The concept of "ex parte non-binding" appears in the Swiss doctrine to express annulability. The place and meaning of this concept in the nullity theory is also controversial in the doctrine. In Austrian law, § 871 and 877 ABGB are also interpreted

as meaning of annulability. In French law, article 117 of the Civil Code, and in Italian law, Art. 1428 in conjunction with Code Civile Art. 1441 etc. provides for an action for nullity in which the person who commits the fault is entitled.

Keywords: Annulability, Disability Of Will, Lesion, Invalidity, Annulment Of Contract.

TİCARET HUKUKU

ANONİM ŞİRKETİN YÖNETİM ORGANI VE ŞİRKET İLE ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Av. Ayşe Barçın AKYILMAZ
Ankara Barosu
ORCID ID: 0000-0002-5863-5901

Özet

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) anonim şirketin yönetiminden ve temsilinden kural olarak yönetim kurulunun sorumlu olduğu düzenlenmektedir (TTK m.365). Yönetim kurulunun, yönetim yetkisi, kanundan doğduğu için doktrinde yönetim kurulunun yönetim organı sıfatı "şekli organı" başlığı altında incelenmektedir. Buna karşılık, kanun koyucu TTK'nın 367. maddesinde yetki devrini düzenleyerek, yönetim kurulunun yönetim yetkisini, birkaç üyeye veya üçüncü kişilere devretmesinin mümkün olduğunu hükme bağlamaktadır. Bu bağlamda yönetim yetkisini devralan kimselerin yönetim organı sıfatını haiz olacağı söylenebilecektir. Doktrinde yetki devri yoluyla yönetim yetkisini iktisap eden kimselerin "maddi organ" olarak adlandırıldığı görülmektedir. Buna karşılık, yöneticilerin yalnızca yönetim yetkisini icra eden şekli organdan, yani yönetim kurulu üyeleri ile TTK m.367 kapsamında yönetimi devralan kimselerden, ibaret olduğunu savunmak pek doğru olmayacaktır. Zira kimi hallerde şirkette, şeklen organ sıfatına sahip olmamakla beraber, fiilen organ olarak hareket eden kimseler bulunmaktadır. Bu sebeple eğer yönetici kavramı dar yorumlanarak sadece maddi ve şekli yönetim organlarını kapsayacak şekilde tanımlanırsa; fiilen yönetici gibi hareket eden kimselerin sorumluluktan muaf tutulması söz konusu olacaktır. Başka bir anlatımla, yöneticinin sahip olduğu yetkileri, resmi olarak yönetici sıfatını iktisap etmeden kullanan kimselerin TTK m.553 uyarınca sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmayacaktır. TTK'da "*yönetici*" kavramı yalnızca sorumluluğa ilişkin 553. madde hükmünde "*yöneticiler"*in sorumluluğu şeklinde düzenleme alanı bulmaktadır. Anılan madde uyarınca "*yönetici*" sıfatına sahip kimseler, kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettikleri takdirde, meydana gelecek zarardan şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı kusurları oranında sorumlu tutulacaktır. Kanun koyucunun anılan maddede "*yönetici*" ifadesini kullanmasının sebebi, şeklen yönetim organı sıfatını haiz olmasa da şirket yönetiminde söz sahibi olan ve şirket iradesinin açıklanmasına yönelik işlemlerde bulunan kimselerin sorumlu tutulabilmesini mümkün kılmaktır.

Bu bağlamda *Gerekçe*'de "*yönetici*" sözcüğünün yorumlanmasının öğreti ve yargı kararlarına bırakıldığı ifade edilmektedir. Yönetici sıfatını haiz kişilerin belirlenmesinin, yönetim organı olarak sorumlu tutulacak kimselerin tespit edilmesi hususunda büyük bir önem taşıdığı söylenebilecektir. Buna ek olarak belirtmek gerekir ki, yönetim organı sıfatının kazanılmasıyla yöneticiler ile anonim şirket arasında hukuki bir bağ oluşmaktadır. Doktrinde söz konusu hukuki ilişinin niteliği hususunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu bağlamda anılan ilişkinin çoğunlukla vekalet akdi niteliği taşıdığı kabul edilse de doktrinde bu ilişkiyi hizmet akdi veya *sui generis* bir ilişki olarak nitelendiren yazarlar da bulunmaktadır. Son olarak, günümüzde yönetim organı ile anonim şirket arasındaki ilişkinin, biri organsal ilişkiden diğeri borçlar hukukundan kaynaklanan iki farklı hukuki ilişkiye vücut verdiği kabul edilmeye başlamıştır. Çalışmamızda, öncelikle anonim şirket yöneticileri ile kastedilenin ne olduğu anlatılacaktır. Bu kapsamda anonim şirketin yönetim organı, "şekli organ", "maddi organ" ve "fiili organ" başlıkları altında incelenecektir. Ardından yönetim organı ile şirket arasındaki ilişkinin niteliği irdelenecek ve bu bağlamda hizmet sözleşmesi, vekalet sözleşmesi ve *sui generis* sözleşme teorileri açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yönetim Organı, Şekli Organ, Maddi Organ, Fiili Organ, Anonim Şirket ile Yöneticiler Arasındaki Hukuki İlişki.

MANAGEMENT BODY OF A JOINT-STOCK COMPANY AND ITS THE LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN THE COMPANY

Abstract

In accordance with Turkish Commercial Code (TCC), board of directors are responsible for the management and the representation of the company (TCC Art. 365). Since the board of directors exercise the power of management on the basis of a competence stemmed from the law, they are accepted as the "formal organ" of the company. Moreover, TCC allows board of directors to delegate the power of management to some officers or the third parties. In this regard, it is possible to say that the managers who took over the power of management will become the management body of the company. Doctrine names the managers who took over the power of management from board of directors as "material organ". On the other hand, in some cases, there could be some people who exercise the power of management and act as a management organ, without attaining the mentioned power by means of an official delegation process. Thus, if the concept of manager is interpreted narrowly and includes only formal and material organs; it may be possible to exempt persons who act as *de facto* managers from liability. The concept of "manager" is included to TCC only in the 533th Article, where the liability of "managers" is provided. Pursuant to the Article no. 553, managers will be held liable to the company, shareholders and creditors, in proportion to their faults, for any damages that may occur in case of violation of their obligations arising from the law. In the legal intention of TCC, it is clarified that, the interpretation of the word "managers" is left to doctrine and the decisions. It should be noted that interpretation of word "manager" has a great importance in terms of determining who will be held responsible for the damages that occur as a result of the executing the power of management. Furthermore, with the acquisition of the "manager" title, a legal relationship between managers and company emerges. Although, it is mostly accepted that this relationship is actually a contract of mandate, some authors claim that this relationship is a labor contract or a *sui generis* contract. Also, nowadays it is started to be accepted, that the relationship between the company and managers embodies two different relationships: one stemming from the organic relationship and the other arising from law of contracts. In this paper, firstly, the concept of "manager" will be explained. With this regard, the management body of the joint stock company will be examined under

three different notions: “formal body”, “material body” and “de facto body”. Then the nature of the relationship between the management organ and the company will be examined in the context of contract of mandate labor contract and *sui generis* contract theories.

Keywords: Management Body, Formal Body, Material Body, De Facto Body, The Relationship Between Company and Managers.

BAĞIMSIZ YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SERMAYE PİYASASI KANUNU'NDAN DOĞAN ÖZEL SORUMLULUK HALLERİ

Dr. Ahmet TOK
Sermaye Piyasası Kurulu
ORCID ID: 0000-0003-2804-9255

Özet

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) sorumluluk açısından yönetim kurulu üyelerinin nitelikleri, uzmanlık alanları veya icrada görevli olup olmamaları itibarıyla herhangi bir ayrım gözetilmediği görülmektedir. Bağımsız üyelerin sorumluluğuna dair 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda (SPKn./Kanun) veya Kanuna istinaden çıkarılan II.17.1 sayılı "Kurumsal Yönetim Tebliği"nde de herhangi bir özel hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla bağımsız üyeler de diğer yönetim kurulu üyeleri gibi yönetim kurulu üyesi olmanın hukuki ve cezai sorumluluğunu haiz olup, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin, doğal olarak bağımsız üyeler için de tatbik-i kabil olduğu söylenebilir.

6102 sayılı TTK'daki genel sorumluluk yanında SPKn.'da sermaye piyasası mevzuatına tabi halka açık şirketlerin yönetim kurulu üyeleri açısından bazı özel yükümlülükler getirilmiş ve bu yükümlülüklerin ihlali halinde doğacak zararlardan yönetim kurulu üyeleri sorumlu tutularak yatırımcıların hakları himaye edilmeye çalışılmıştır. Bunlar arasında; örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırı davranmama, izahnamedeki bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olması sebebiyle husule gelen zarardan sorumluluk, finansal raporlama yükümlülüklerinin neden olduğu zararlardan sorumluluk, kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluk, kâr payı avansından doğan sorumluluk, kısa dönem işlem kazancının şirkete devredilmesine ilişkin sorumluluk zikredilebilir.

Öte yandan bağımsız üye, niteliği gereği icrada görevli olmayan üye olup herhangi bir operasyonel yetkisi bulunmamaktadır. Bu kapsamda sorumluluğunun kaynağı ancak üst düzey yönetim ve gözetim faaliyetlerini gereği gibi yerine getirmemek olabilecektir. TTK'da da hukuksal sorumluluğa ilişkin olarak yönetim kurulu üyeleri açısından bu üyelerin bağımsız üye sıfatı taşıyıp taşımamalarına göre herhangi bir ayrım gözetilmemekle birlikte, sermaye piyasası mevzuatında bağımsız üyelere yüklenen misyon uyarınca, bağımsız üyelerin şirket menfaatine aykırı işlemleri onaylamama yükümlülüğü, komitelerde gerçekleştirilen

faaliyetlerden kaynaklanan sorumluluk, genel kurul kararına karşı iptal davası açma yükümlülüğü gibi bazı özel durumlarda sorumlulukları gündeme gelebilecektir.

İşbu çalışmamızda, özellikle halka açık şirketlerde yönetim kurulunda yer almaları zorunlu olan bağımsız yönetim kurulu üyelerine sermaye piyasası mevzuatı açısından yüklenen sorumluluk halleri ilgili hükümler çerçevesinde analiz edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sermaye Piyasası Kanunu, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyesi, Kurumsal Yönetim İlkeleri, Hukuki Sorumluluk, Özel Sorumluluk Halleri.

SPECIAL LIABILITY CIRCUMSTANCES OF INDEPENDENT MEMBERS OF THE BOARD OF DIRECTORS ARİSİNG FROM THE CAPİTAL MARKET LAW

Abstract

In the Turkish Commercial Code (TCC) numbered 6102, there is no difference in terms of liability connected with the qualifications of the members of the board of directors, their fields of expertise or whether they are executive or non executive. There are no special provisions in the Capital Market Law (CML/Law) numbered 6362 regarding the liability of independent members or in the Communiqué on Corporate Governance No. II.17.1 issued in reliance upon to the Law. Therefore, independent members, like other board members, have legal and criminal responsibility for being a board member, and it can be said that the provisions regulating the responsibility of board members are naturally applicable to independent members as well.

In addition to the general liability in the TCC numbered 6102, some special obligations have been imposed on the members of the board of directors of the publicly traded companies subject to the capital market legislation in the CML, and the rights of the investors have been tried to be protected by holding the members of the board of directors responsible for the losses that may arise in case of violation of these obligations. Among them; not to act against the prohibition of illegal transfer pricing activities, liability for losses caused by inaccurate, misleading or incomplete information in the prospectus, liability for losses caused by financial reporting obligations, responsibility arising from public disclosure documents, liability arising from advance dividends, liability for transferring short-term transaction profits to the company can be mentioned.

On the other hand, the independent member is a non-executive member due to its nature and does not have any operational authority. In this context, the source of his responsibility may only be the failure to properly fulfill the senior management and oversight activities. In the TCC, there is no difference between the members of the board of directors in terms of legal responsibility, whether these members are independent members or not. In accordance with the mission imposed on independent members in the capital market legislation, responsibilities of independent members may arise in some special cases such as the obligation not to approve transactions contrary to the

company's interests, responsibility arising from the activities carried out in the committees, and the obligation to file a lawsuit for the annulment of the general assembly resolution.

In this paper, the responsibilities imposed on the independent board members, who are required to be on the board of directors, especially in publicly traded companies, in terms of capital market legislation, have been analyzed within the framework of the relevant provisions.

Keywords: Capital Market Law, Independent Board Member, Corporate Governance Principles, Legal Responsibility, Special Liability Circumstances.

7405 SAYILI SPOR KULÜPLERİ VE SPOR FEDERASYONLARI KANUNU'NA GÖRE SPOR ANONİM ŞİRKETLERİNİN DİĞER ANONİM ŞİRKETLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

Dr. Öğr. Üyesi Aydın Alber YÜCE
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-6178-9143

Özet

Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu Teklifi ile, spor faaliyetlerine katılan anonim şirketlerin "spor anonim şirketi" vasfını kazanmaları öngörülmektedir. Spor anonim şirketleri, hem bir spor kulübüne bağlı şekilde hem de bir spor kulübünden bağımsız olarak kurulabilecektir. Teklifin genel gerekçesine göre, böylelikle, amatör spor dalları da dahil olmak üzere sporda şirketleşmenin önü açılmaktadır. Spor anonim şirketi vasfının kazanılabilmesi için Gençlik ve Spor Bakanlığı nezdinde bu yönde bir tescil şartı getirilmektedir.

Teklifin TBMM Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu'nda kabul edilmesinden itibaren, kamuoyunda özellikle spor kulüplerinin yönetiminde bulunanların sorumluluklarının önemli derecede ağırlaştırıldığı yönünde yorumlar yapılmıştır. Ancak, bizzat teklife ait genel gerekçede, "*Spor kulübü ve spor anonim şirketi başkan ve yönetim kurulu üyelerinin; mevzuat, tüzük ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kasıt veya ihmalle ihlal ettikleri takdirde kulüp, şirket, pay sahipleri ve alacaklılara karşı verdikleri zararlardan müteselsilen sorumlu olduklarına ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan hükümlere benzer düzenleme yapıldığı*" belirtilmektedir. Dolayısıyla, kanun teklifinin yasalaşması durumunda, spor kulüpleri açısından önemli değişikliklerin getirilip getirilmediği üzerinde durulmalıdır. Zira, spor dünyasındaki ekonominin önemli bir kısmını pay senetleri borsada işlem gören dört büyük futbol kulübünün oluşturduğu bilinmektedir.

Teklif ile, spor anonim şirketlerine getirilen malî kısıtlamalarla birlikte, bazı temlik ve borçlanma işlemleri de suç olarak düzenlenmektedir. Spor anonim şirketlerine denk bütçe zorunluluğu bu teklif ile getirilmektedir. Bütçe denkliği denetimini ilgili spor federasyonu gerçekleştirecektir. Ayrıca teklif ile, spor anonim şirketleri açısından bazı tür kamu borçlarının bulunmaması zorunluluğu konulması da bu anlamda dikkat çekicidir.

Bu çalışmada, spor anonim şirketi kavramı incelenecektir. İnceleme, "spor anonim şirketi" kavramının, bu vasıfta olmayan anonim şirketlere göre ne türde bir farklılık arz ettiğine yönelik olacaktır. Bilhassa, spor anonim şirketlerinin hissedarlık yapısı ve yönetimi açısından farklılığın ortaya konulması, özellikle, aslında TTK ve SerPK ile kabul edilmiş olan sistemle karşılaştırmak suretiyle yapılacaktır. Bu anlamda ayrıca, teklif ile getirilmek istenen sorumluluk sistemi ile mali disiplinin sağlanmasına yönelik hükümlerin, halihazırda faal olan anonim şirketlerin tabi olduğu sisteme nazaran nasıl bir farklılık arz ettiğine temas edilecektir.

Anahtar kelimeler: Anonim Şirketler, Yönetim Kurulu, Şirket Yöneticilerinin Sorumluluğu, Spor Anonim Şirketi, Spor Anonim Şirketlerinde Yönetim.

A COMPARISON OF SPORT JOINT COMPANIES WITH ALTERNATE JOINT STOCK COMPANIES ACCORDING TO THE SPORTS CLUBS AND SPORTS FEDERATIONS LAW NR. 7405

Abstract

Joint stock companies that engage in sports activities are expected to get the classification of "sports joint stock company" under the Law on Sports Clubs and Sports Federations. Sports joint stock corporations can be established both as part of a sports club and as a stand-alone entity. According to the proposal's general logic, this opens the door to involvement of establishment of a legal corporation in sports, even amateur sports. A registration requirement is brought before the Ministry of Youth and Sports in order to achieve the registration of a sports joint stock company.

Since the proposal was approved by the Grand National Assembly of Turkey's National Education, Culture, Youth, and Sports Commission, public opinions have stated that individuals in charge of sports clubs now have significantly more obligations. However, it is stated in the general justification for the proposal that "*A regulation similar to the provisions of the Turkish Commercial Code has been made regarding the fact that the chairmen and board of directors of the sports club and sports joint stock companies are jointly and severally liable for the damages they cause to the club, company, shareholders, and creditors if they intentionally or negligently violate their obligations*". As a result, if the proposal becomes law, it should be emphasized whether major changes in terms of sports clubs have been made. Because it is well known that the four major football clubs, whose stocks are listed on the stock exchange, account for a considerable portion of the sports economy.

Some assignment and borrowing operations, as well as financial restrictions imposed on sports joint stock companies, are regulated as crimes under the plan. With this proposal, a balanced budget requirement for sports joint stock enterprises is also implemented. The budget balance control will be carried out by the relevant sports federation. Furthermore, it is noteworthy in this regard because the proposal includes a requirement for sports joint-stock corporations not to have certain forms of public indebtedness.

The notion of a sports joint stock corporation will be examined in this work. The focus of the examination will be on how the notion of "sports

joint stock company" differentiates from joint stock companies that do not have this qualification. Comparing the TTK and SerPK models with the system brought by the proposal actually will illustrate the differences in terms of shareholding structure and management of sports joint-stock companies. In this regard, it will be discussed how the proposed liability framework, as well as the rules for ensuring financial discipline, vary from the system that currently regulates actual joint stock corporations.

Keywords: Joint Stock Companies, Board Of Directors, Liability Of Company Directors, Sports Joint Stock Companies, Management İn Sports Joint Stock Companies.

SİGORTACININ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ KONUSUNDA UYGULAMADA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

Dr. Öğr. Üyesi Aytekin ÇELİK
KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID: 0000-0002-4943-8156

Özet

Aydınlatma yükümlülüğü TTK m. 1423'te ve Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik (SBİY)'te düzenlenmiştir. Ancak her iki düzenlemede özellikle aydınlatma yükümlülüğünün şekli, kapsamı ve yükümlülüğün ihlali halinde uygulanacak müeyyide konusunda önemli farklılıklar söz konusudur.

Her iki düzenlemede de aydınlatma yükümlülüğü poliçe verme yükümlülüğünden bağımsız bir şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen Yargıtay'ın sigorta ettiren tarafından imzalanmış olan poliçeyi aydınlatma metni olarak kabul eden[1], aydınlatma metninde somut açıklamalara yer verilmeden poliçe ve genel şartlara atıf yapan aydınlatma metinlerini yükümlülüğün yerine getirilmesi konusunda yeterli gören[2] kararları bulunmaktadır. Ancak söz konusu yükümlülük poliçe verme yükümlülüğünden bağımsız bir yükümlülük olup sözleşmenin kurulmasından önce sigorta ettirene gerekli inceleme süresi de tanınarak yerine getirilmesi gerekir. Buna karşılık poliçenin sözleşmenin kurulmasından önce düzenlenebilmesi mümkün değildir. Bu sebeple poliçenin sigorta ettiren tarafından imzalanmış olması aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği şeklinde değerlendirilemez. Aynı şekilde söz konusu yükümlülüğün kapsamı ve şekli hem TTK hem de SBİY'de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu sebeple aydınlatma metninde hiçbir somut bilgiye yer verilmeksizin sadece poliçe ve genel şartlara atıf yapılması yükümlülüğün yerine getirildiğinin söylenebilmesi açısından yeterli değildir.

TTK m. 1423/2'de aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde sigorta ettirenin on dört gün içerisinde itiraz etmemesi durumunda sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla yapılmış olacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna karşılık SBİY m. 7'de ise aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde sigorta ettirene sözleşmeyi fesih ve tazminat talep etme hakkı tanınmıştır. Bunun

[1] 17HD, 2.4.2015, 2014/25229, 2015/5264.
[2] 11HD., 27.11.2014, 10970/18507

dışında TTK m. 1423'te sadece aydınlatma açıklamasının verilmemesi durumu düzenlenmiş buna karşılık söz konusu yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilmemesi, sigortacı hakkında yanıltıcı bilgi verilmesi ve aydınlatma metni içerisinde yer alan bilgilerin gerçeğe aykırı olması konusunda bir düzenleme yapılmamıştır. Buna karşılık SBİY m. 7'de söz konusu hususlar da düzenlenmiştir.

Her iki mevzuatta aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda uygulanacak müeyyidenin farklı şekilde düzenlenmesi bu konuda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Yargıtay'ın da konuya ilişkin istikrar kazanmış kararları bulunmamaktadır. Yargıtay'ın bazı kararlarında sigorta ettiren tarafından 14 günlük süre içerisinde sözleşmeye itiraz edilmemişse aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediğinin ileri sürülemeyeceğine hükmedilmiştir[3]. Buna karşılık Yargıtay'ın bazı kararlarında sigorta ettirenin 14 günlük süre içerisinde sözleşmenin yapılmasına bir itirazda bulunulup bulunulmadığına bakılmaksızın aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediği hususunun ileri sürülebileceğine karar verilmiştir[4].

TTK m. 1423'te on dört günlük itiraz süresinin ne zamandan itibaren işleyeceği, itirazda bulunulması halinde hangi sonuçların doğacağı ve sözleşme sırasındaki aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde hangi müeyyidelerin söz konusu olacağı konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Ayrıca söz konusu düzenleme sözleşmenin yapılmasına on dört gün içerisinde itiraz edilmemesi halinde poliçede yer alan hükümlere hiçbir şekilde itiraz edilemeyeceği şeklinde bir anlamı da içermektedir. Zira söz konusu düzenlemeye göre itiraz hakkının kullanılmaması halinde sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış kabul edilmektedir. Oysa poliçenin sözleşmeye aykırı olarak düzenlenmesinin hukuki sonuçları TTK m. 1425'te ayrıca düzenlenmiştir. Bu sebeple sözleşmenin yapılmasına on dört gün içerisinde itiraz edilmemiş olsa bile poliçenin sözleşmeye aykırı olduğu hususunun ileri sürülebilmesi mümkündür. Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Aydınlatma Yükümlülüğü, Sigorta Sözleşmesi, Sigorta Poliçesi, Yükümlülüğün Kapsamı, Yükümlülüğün İhlali.

[3] 17HD., 15.02.2016, 10782/1632; 11HD., 16.12.2019, 1676/8202; 17HD., 24.10.2019, 13711/9963.
[4] 11HD., 14.02.2017, 14860/649; 11HD., 06.12.2017, 4761/6982; 11HD., 17.10.2016, 8210/8157; 11. HD., 07.05.2014, E. 2013/11089, K. 2014/8643.

PROBLEMS ARISING IN PRACTICE REGARDING THE INSURER'S OBLIGATION TO INFORM

Abstract

The obligation to inform is regulated in TTK 1423 and the Regulation on Information in Insurance Contracts (SBİY). However, there are significant differences in both regulations, especially in the form and scope of the obligation to inform and the sanction to be applied in case of breach of the obligation.

In both regulations, although the obligation to inform is regulated independently from the obligation to issue a policy, the Supreme Court considers the policy signed by the insurer as a clarification text and refers to the policy and general conditions without any concrete explanations in the clarification text. This obligation is independent from the obligation to issue a policy and must be fulfilled by giving the insurant the necessary review period before the contract is concluded. It is not possible to issue the policy before the conclusion of the contract. For this reason, the fact that the policy is signed by the insured cannot be considered as fulfilling the obligation to inform. Likewise, the scope and form of the said obligation has been regulated in detail in both the TTK and SBİY. For this reason, it is not sufficient to state that the obligation is fulfilled by simply referring to the policy and general conditions without including any concrete information in the clarification text.

TTK 1423/2 includes a regulation stating that if the insurant does not object within fourteen days in case the obligation to inform is not fulfilled, the contract will be concluded with the conditions written in the policy. On the other hand, in SBİY m. 7, in case of violation of the obligation to inform, the insurant has the right to terminate the contract and demand compensation. Apart from this, in TTK 1423 only the case of not providing the disclosure explanation is regulated, however, no regulation has been made regarding the failure to fulfill the said obligation as required, giving misleading information about the insurer and the fact that the information contained in the clarification text is untrue. On the other hand, these issues are also regulated in SBİY 7.

In both legislations, the different sanction to be applied in case of not fulfilling the obligation to inform has led to different opinions on this issue. There are no stable decisions of the Supreme Court on the subject. In some decisions of the Supreme Court, it has been ruled that if the

policyholder has not objected to the contract within 14 days, it cannot be claimed that the obligation to inform has not been fulfilled. On the other hand, in some decisions of the Supreme Court, it has been decided that it can be argued that the insurer's obligation to inform is not fulfilled, regardless of whether an objection is made to the conclusion of the contract within 14 days.

TTK 1423 does not contain a regulation on when the fourteen-day objection period will run, what consequences will arise in case of an objection, and what sanctions will be in question if the obligation to inform during the contract is not fulfilled.

In addition, the said regulation also includes the meaning that if the conclusion of the contract is not objected to within fourteen days, no objection can be made to the provisions in the policy. Because, according to the regulation in question, if the right of objection is not exercised, the contract is deemed to have been concluded with the conditions written in the policy. However, the legal consequences of issuing the policy in violation of the contract are regulated separately in TTK 1425. For this reason, it is possible to argue that the policy is contrary to the contract, even if no objection is made to the conclusion of the contract within fourteen days. As a matter of fact, there are decisions of the Supreme Court in this direction.

Key Words: Liability To Inform, Insurance Contract, Insurance Policy, Scope Of Liability, Violation Of Obligation.

GARANTİ MARKASININ NİS SINIFLANDIRMASI SORUNU*

Arş. Gör. Beşir Abidin HAMARAT
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0001-6892-2632

Özet

Garanti markası, üzerine konulduğu mal veya hizmetlerin ortak özelliklerini, üretim usullerini veya kalitesini garanti etmeye yarayan işaretlerdir. Marka sahibi, garanti markasının kullanıldığı mal veya hizmetlerin, önceden belirlenen kriterlere uygun olduğunu müşteriye taahhüt eder. Bu bağlamda marka sahibinin izniyle, ilgili kriterleri sağlayan herkes tarafından kullanılabilir. Garanti markası, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununda ayrı bir marka türü olarak düzenlenmiştir.

Markalar, kural olarak tescil edildiği mal veya hizmet sınıflarında korunur. Nitekim markaların tescil başvurularında yapılacak incelemeler yine bu sınıflara göre gerçekleştirilmektedir. Markaların sınıflandırılmasında, Nis Anlaşması kabul edilmiştir. Bu anlaşmaya göre markalar, ulusal ve uluslararası tescilde bu sınıflandırmaya göre tescil edilir ve korunur. Bu sınıflandırmada markaların kullanılacağı mal veya hizmetlerin faaliyet alanlarının birbirine yakınlığı ve markaların ayırt edicilik fonksiyonu esas alınmıştır. Markanın tescil başvurusunun ücretlendirilmesi, başvurunun ret nedenleri açısından incelenmesi, markanın korunması ve hukuki işlemlere konu olması bu sınıflara göre gerçekleştirilir.

Garanti markası, marka sahibinin izni ve önceden belirlenen kriterleri sağlamak şartıyla herkes tarafından kullanılabilir. Ancak Sınai Mülkiyet Kanununda marka sahibinin markayı kullanması yasaklanmıştır. Ayrıca marka sahibi dışındaki herkes tarafından kullanılabilen garanti markasının bir mal veya hizmeti ayırt edici özelliği bulunmamaktadır. Garanti markası, bu özellikleriyle diğer marka türlerinden ayrılmaktadır. Çünkü markalar genel anlamda üzerine konulduğu mal veya hizmete kimlik kazandırırken, garanti markası üzerine konulduğu mal veya hizmetin sahip olduğu özelliklere ilişkin bilgi sağlar. Garanti markasının kullanım amacı dikkate alındığında Nis Anlaşmasında yer alan sınıflandırma, garanti markalarını tasnif açısından yetersiz kalmaktadır.

Garanti markasının tüm mal veya hizmetlerde kullanılabilmesi ve korunması için tüm sınıflarda ayrı ayrı tescil edilmesi gerekmektedir.

Bu durumda başvuru sahibine hem inceleme hem de ödenecek ücret bakımından büyük külfetler yüklemektedir. Diğer taraftan tescil edildiği sınıflarda garanti markası, konusu farklı olsa dahi ferdi markaların tescilini engellemektedir. Söz konusu sorunlar, uluslararası tescil başvurularında da yaşanmakta, her ülke garanti markasının sınıflandırılmasında farklı çözümlere gitmektedir. Ayrıca garanti markasının tescil edilmediği mal veya hizmet sınıfında kullanılmasının marka hakkına tecavüz teşkil edip etmeyeceği açık değildir.

Anahtar Kelimeler: Nis Sınıflandırması, Ayırt Edicilik, Garanti Markası, Tescil, Nis Anlaşması.

NICE CLASSIFICATION PROBLEM OF CERTIFICATION MARKS

Abstract

The certification mark is the sign that guarantees the spesific features, production methods or quality of the goods or services on which it is used. The certification mark owner undertakes to the customer that the goods or services for which the certification mark is used comply with the previously announced criteria. In this context, the certification mark can be used by anyone who meets the criteria, with the permission of the trademark owner. Certification mark is regulated as a type of trademark in the Industrial Property Law No. 6769.

Trademarks, as a rule, are protected in the class of goods or services in which they are registered. Therefore, the registration applications of the trademarks will be examined according to these classes. Nice Agreement on the classification of trademarks has been accepted. According to this agreement, trademarks are registered and protected according to this classification in national and international registration. This classification is based on the proximity of the activity areas of the goods or services and the distinctiveness function of the trademarks. Cases such as charging the registration application of the trademark, examining the application in terms of rejection reasons, protecting the trademark or being subject to legal proceedings are carried out according to these classes.

The certification mark can be used by anyone, provided that the certification mark owner's permission and predetermined criteria are met. However, the certification mark owner is prohibited from using his own mark in the Industrial Property Code No:6769. In addition the certification mark does not have a distinguishing feature of a good or service because it can be used by everyone. With these features, the certification mark is distinguished from other trademark types. Because trademarks give identity to the goods or services on which they are placed, but the certification mark provides information about the characteristics or quality of the goods or services on which they are placed. Considering the basic nature of the certification mark, the classes included in the Nice Agreement are insufficient in terms of classifying the certification mark.

In order for the certification mark to be used and protected in all classes of goods or services, it must be registered in all classes. In this case, it causes difficulties for the certification mark owner in terms of

determining the distinctiveness and registration fee in the registration process. However, these ways cause actions outside the Industrial Property Law No:6769. On the other hand, the certification mark prevents the registration of trademarks even if the purpose of use is different in the classes in which it is registered. These problems are also experienced in international registration applications, and each country goes for different solutions in the classification of the certification mark. In addition, it is not clear whether the use of the certification mark in the class of goods or services for which it is not registered will constitute an infringement of the trademark right. In addition, it is not clear whether the use of the certification mark in the classes where it is not registered will violate the trademark right.

Keywords: Nice Classification, Distinctiveness, Certification Mark, Registration, Nice Agreement.

ANONİM ORTAKLIKLAR ÖZELİNDE TÜZEL KİŞİLERİN KİŞİLİK HAKKININ KORUNMASI

Arş. Gör. Gamze ÇAKI ÇİFCİ
Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
ORCID:0000-0003-4365-6125

Özet

Anonim ortaklıkların kişilik hakkı, tüzel kişi olmalarından hareketle tüzel kişilerin kişilik hakkı kapsamında incelenmelidir. Tüzel kişilerin, hak ehliyetlerinin bulunması temelinde cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği gerçek kişilere özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün hak ve borçlara ehil olmalarıyla paralel olarak kişilik hakkına da sahip oldukları kabul edilmelidir. Anonim ortaklıklar bakımından bu kişilik hakkı değerlerinin neler olabileceği ve içeriğinin izahı önem taşımaktadır. Bu kapsamda ilk olarak akla gelen soru ticaret unvanının ad kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususudur. Ticaret unvanının anonim ortaklığın adı olarak değerlendirilerek kişilik hakkı değeri olarak da korunması gerekmektedir. Kişilik hakkı kapsamındaki bir değer olarak gizli ve özel hayat alanı korumasına ilişkin olarak ise, temkinli bir yorum yapılmalıdır. Zira anonim ortaklıklar kurumsal yönetim anlayışının da gereği olarak şeffaflık ilkesi çerçevesinde faaliyet göstermelidir. Ancak ticarî sırlar bu hususta bir sınır olarak çizilmeli, ticarî sır oluşturan hususlar gizli ve özel hayat alanı içerisinde değerlendirilerek kişilik hakkı koruması kapsamına sokulmalıdır. Kişilik hakkı kapsamında korunması gereken bir değer olarak onur ve saygınlık ise anonim ortaklıklar bakımından sosyal ve ticarî olarak iki ayrı yönden incelenmelidir. Kurumsal yönetim anlayışı gereği anonim ortaklıkları sadece ticarî anlamda değerlendirmek yerinde bulunmayıp, kurumsal sosyal sorumluluklarının varlığı da kabul edilmelidir. Bu kapsamda anonim ortaklıkların sosyal saygınlıkları da korunmalıdır. Ancak faaliyet gösterdiklerini alanda varlıklarını sürdürebilmeleri açısından ticarî onur ve saygınlıklarına özel önem atfedilmelidir. Önemine binaen bu hususta çok sayıda Yargıtay kararı bulunmaktadır. Kişinin meslekî, ticarî ve sanatsal faaliyet ve yetenekleri sayesinde toplum içinde elde ettiği ekonomik kişiliği de korunması gereken kişilik hakkı değeri olarak ifade edilmelidir. Bu bağlamda anonim ortaklığın ekonomik potansiyelinin özgürce kullanılmasını sağlayan tüm değerleri koruma kapsamındadır. Kişilik hakkına ilişkin saldırılara karşı Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hükümlerinde gerekli koruma sağlanmıştır. Bu bağlamda

anonim ortaklıkların kişilik haklarının ihlâli durumunda öngörülen diğer talepler yanında manevî tazminat talebinde de bulunabilecekleri kabul edilmelidir. Anonim ortaklıklara karşı gerçekleştirilen bir fiil haksız rekabet olarak da değerlendirilebilmektedir. Bir fiil hem haksız rekabet hem de kişilik hakkına saldırı teşkil ediyorsa, ilgili hükümlerin düzenlenme amaçları farklılık arz ettiğinden aralarında genel ve özel hüküm ilişkisi bulunmadığı kabul edilmelidir. İlgili hükümler arasında somut olay bakımından taleplerin yarışması ya da taleplerin yığılması ilişkisi bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Ortaklık, Tüzel Kişilik, Kişilik Hakkı, Kişilik Değerleri, Kişilik Hakkının Korunması.

THE PROTECTION OF PERSONAL RIGHTS OF LEGAL PERSONS IN TERMS OF JOINT STOCK COMPANIES

Abstract

The personal right of joint stock companies (JSC) should be examined within the scope of the personal rights of legal persons, considering that they are legal persons. Based on legal persons' capacity to have rights and obligations, it should be accepted that they also have personality rights in parallel with their competence in all rights and obligations, excluding those that depend on characteristics peculiar to natural person by nature, such as gender, age, kinship. In terms of JSC, it is important to explain what these personal rights values and contents can be. The first question that comes to mind in terms of JSC is whether the trade name can be considered within the scope of the name. The trade name should be considered as the name of the JSC and protected as a personal right value. A cautious comment should be made regarding the protection of confidential and private life space as a value within the scope of personal rights. Because JSC should operate within the framework of the principle of transparency as a requirement of the corporate governance approach. However, trade secrets should be drawn as a limit in this regard, and the matters constituting trade secrets should be evaluated within the sphere of confidential and private life and included in the scope of personal rights protection. Honour and dignity as value that should be protected within the scope of personal rights, should be evaluated in two separate ways, social and commercial, in terms of JSC. In accordance with the corporate governance approach, it is not appropriate to evaluate JSC only in a commercial sense, and the existence of corporate social responsibilities should also be accepted. In this context, the social reputation of JSC should be protected. However, special attention should be paid to the commercial honour and dignity of JSC to maintain their existence in the field in which they operate. There are many the Supreme Court of Appeals on this issue. It should be expressed as the value of the personality right to be protected that the economic personality of the person acquired in the society thanks to her/him professional, commercial and artistic activities and abilities. All the values that enable the economic potential of the JSC to be used freely are within the scope of protection. Necessary protection is provided in the regulations of the Turkish Civil Code and the Turkish Code of Obligations against attacks on personal rights. It should be accepted that JSC can also ask non-pecuniary damages in addition to

other asks in case of violation of personal rights. An act against JSC can also be considered as unfair competition. If an act constitutes both unfair competition and an attack on personal rights, it should be accepted that there is no general and special judgement relationship between them, since the purposes for which the regulations are regulated differ. There is a relationship between the competition of claims or the accumulation of claims in terms of concrete event among the relevant regulations.

Keywords: Joint Stock Company, Legal Personality, Personal Rights, Personality Values, Protection of Personal Rights.

SİGORTA SÖZLEŞME SÜRESİNCE SİGORTA ETTİRENİN BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Öğr. Gör. Hamit ÇAVUŞ
Çankırı Karatekin Üniversitesi Kurşunlu Adalet Meslek Yüksekokulu
ORCID ID: 0000-0002-3846-2767

Özet

Sigorta sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen iki taraflı bir sözleşmedir. Sigorta ettirenin prim ödeme yükümlülüğü ile birlikte en önemli bir diğer yükümlülüğü beyan yükümlülüğüdür. Sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü Türk Ticaret Kanunu'nun 1435 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Sigorta ettirenin; sözleşme kurulurken, sözleşme süresince ve riziko gerçekleştiğinde beyan yükümlülüğü bulunmaktadır.

Çalışmamızda sigorta ettirenin sözleşme süresince beyan yükümlülüğü incelenmiştir. Çalışmamızda bu konunun seçilmesi Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2019/832 E. ve 2020/3949 K. sayılı kararının incelenmesi üzerine olmuştur.

TTK md. 1444'te 'Sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasından sonra, sigortacının izni olmadan rizikoyu veya mevcut durumu ağırlaştırarak tazminat tutarının artmasını etkileyici davranış ve işlemlerde bulunamaz. Sigorta ettiren veya onun izniyle başkası, rizikonun gerçekleşme ihtimalini artırıcı veya mevcut durumu ağırlaştırıcı işlemlerde bulunursa yahut sözleşme yapılırken açıkça riziko ağırlaşması olarak kabul edilmiş bulunan hususlardan biri gerçekleşirse derhâl; bu işlemler bilgisi dışında yapılmışsa, bu hususu öğrendiği tarihten itibaren en geç on gün içinde durumu sigortacıya bildirir'' şeklinde sigorta ettirenin sözleşme süresince beyan yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilecek durumlar açıklanmıştır. Sigorta ettirenin şahsından bağımsız olarak ortaya çıkan riziko ağırlaşması ''objektif riziko ağırlaşması'', sigorta ettirenin kendi fiiliyle veya bilgisi dahilinde gerçekleşen riziko ağırlaşması ise ''subjektif riziko ağırlaşması'' olarak tanımlanmaktadır. Sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü ihlal etmesinin sigortacı tarafından riziko gerçekleşmeden veya gerçekleştikten sonra öğrenilmesi farklı sonuçlar ortaya çıkartmaktadır.

TTK md. 1445'te ise beyan yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde sigorta ettirene karşı sigortacının haklarına yer verilmiştir. TTK'da hangi hallerin riziko ağırlaşması olarak sayılması gerektiğini tarafların

sözleşmede kararlaştırabileceklerini öngörülmüştür. Tarafların riziko ağırlaşması olarak sözleşmede belirlemedikleri hallerin rizikonun gerçekleşmesine sebep olması durumunda sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü ihlal ettiğinden dolayı tazminat veya bedelden mahrum olması mümkün değildir. Ancak TTK md. 1445'teki ''... söz konusu ihlal tazminat miktarına veya bedele ya da rizikonun gerçekleşmesine etki edebilecek nitelikte ise, ihmalin derecesine göre, tazminattan veya bedelden indirim yapılır. Sigorta ettirenin kastı hâlinde ise meydana gelen değişiklik ile gerçekleşen riziko arasında bağlantı varsa, sigortacı sözleşmeyi feshedebilir; bu durumda sigorta tazminatı veya bedeli ödenmez.'' ifadesi ile her ne kadar sözleşmede riziko ağırlaşması olarak belirlenmemiş durum *eğer tazminat miktarına veya bedele ya da rizikonun gerçekleşmesine etki edebilecek nitelikte ise* sigorta ettirenine beyan yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir.

Anahtar Kelime: Sigorta Sözleşmesi, Sigorta Ettiren, Beyan Yükümlülüğü, Objektif Riziko Ağırlaşması, Subjektif Riziko Ağırlaşması.

DECLARATION OBLIGATION OF THE INSURER DURING THE INSURANCE AGREEMENT

Abstract

The insurance contract is a two-party contract that loads mutual debt. It is the obligation of the insurer to declare another important obligation, along with the premium payment obligation. The obligation of the insurance provider to declare is 1435 th of the Turkish Commercial Code it is regulated in. The insurer has a duty to declare when the contract is established, during the duration of the contract and when it is consensual.

In our study, the obligation of the insurer to declare has been reviewed during the contract. The selection of this topic in our study is Supreme Court 11. 2019/832 E. And 2020/3949 K.. it was based on the examination of his decision.

The Turkish Commercial Code art. 1444, 'the insured cannot act and act expressively after the contract has been made, by aggravating the livelihood or the current situation without the insurance authority and increasing the compensation amount. If, under his or her consent, someone else makes any aggravating or present situation or makes any of the things that are expressly considered as a gross of Risk when the contract is being made, immediately; if these transactions have been carried out outside of the information, the insurance informs the insurer of the situation within ten days of the date of the learning.' the conditions to be considered as a breach of the obligation of declaration during the contract are explained. The risk weight, which is generated independently of the person of the insurer, is defined as 'objective risk weight' and the willpower weight of the insurer, which occurs in its own or in its knowledge, is 'subjective Risk weight'. The information of the insurer's breach of the obligation of declaration is found by the insurance provider without consent or after it has been performed, which results in different results.

The Turkish Commercial Code art. 1445, the rights of the insurer against the insurer were given in the event of a breach of the obligation of declaration. The Turkish Commercial Code stipulates that the parties may decide which cases should be considered as the risk of livelihood. In the event that the parties do not set the terms under the contract as a livelihood, it is not possible that the insurance provider is not deprived of compensation or compensation for violating the obligation to declare.

However, The Turkish Commercial Code art.1445, '... if such infringement could affect the amount of compensation or the cost or the fullment of the consent, the compensation or price will be reduced according to the degree of negligence. If there is a link between the change made by the insurance provider and the consent incurred, the insurance agent may terminate the contract; in this case, no insurance compensation or compensation will be paid.' in the event that the situation, which is not defined as the livelihood of the contract, shall fulfill its obligation to the insurance provider if it may affect the amount of compensation or the cost or the fulfillment of the consent.

Keyword: Insurance Agreement, Insurance Entity, Declaration Liability, Objective Riziko Weight, Subjective Riziko Weight.

YÖNETİM KURULU BAŞKANI VE CEO'NUN AYRI KİŞİLER OLMASI DÜZENLEMELERİ IŞIĞINDA ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULUNUN DENETİM VE GÖZETİM ÖDEVİ

Dr. Öğr. Üyesi Muzaffer EROĞLU
Boğaziçi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0003-0079-178

Özet

Anonim şirketlerde yönetim kurulunun (YK) yönetim üzerindeki etkin gözetim ve denetim rolünü yerine getirebilecek şekilde oluşturulması gerekir. Bu nedenle de icranın başı olarak kabul edilen CEO ile yönetim kurulunun sağlıklı işlemesinde önemli rolü olan YK başkanının aynı veya farklı kişiler olması önemli bir tartışmadır. Ancak bu ayrımın etkin olarak uygulanması için hangi kuralların getirilmesi gerektiği tartışmalıdır. Bu Tebliğ'de YK başkanı ve CEO ayrımının gerekliği ve bu yöndeki düzenlemeler karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

Sermaye şirketlerinde çok sayıda yatırımcının bir araya gelmesinden kaynaklı ve şirketin önemli kararlarının yönetim organına bırakılmasından dolayı çıkar çatışmaları oldukça yaygındır. Bu çıkar çatışmalarını önlemede önemli araç olarak şirketin iç dinamiklerinde yönetimin ayrışarak farklı rollere bürünmesi önemli rol oynar. Bu rollerde en önemli ayrım ise icra görevi üstlenen yöneticiler ile ve iç denetim ve gözetim görevi üstlenen yöneticilerin ayrılması olduğu söylenebilir. Şirketlerde icracı yetkiye sahip yöneticiler şirketin faaliyet alanı ile ilgili kararları alırken icracı olmayan yöneticiler ise bir denge oluşturarak icranın denetimi ve pay sahipleri ile olan ilişkilerde menfaat çatışmasının önlenmesi için önemli roller üstlenmektedir. Bu durumda yönetim kurullarında icracı olmayan üyelerin çoğunlukta olması ve bu üyeler arasında bağımsız üyelerin olması önem arz etmektedir. Anonim şirketlerde icra görevi yerine getirilirken CEO'nun icranın başında yer alması sistemini alan bir yapının kurulması yaygın bir uygulamadır. CEO icra ile ilgili işleri organize ederken YK ise yönetim kurulu başkanı tarafından sevk ve idare edilecektir. İşte bu ikili ayrımın en iyi şekilde işlemesi için YK başkanı ile CEO'nun ayrı kişiler olması iyi kurumsal yönetim açısından desteklenmektedir. Nitekim bu şekilde bir ayrımın yönetim içerisindeki çatışmaları en aza indirmesi beklenmektedir.

Yönetim kurulları ortaklık yapısı ne olursa olsun çıkar çatışmalarını yönetmekle ve tüm pay sahiplerine eşit mesafede durmakla yükümlüdür.

Bu nedenle pek çok ülkede mevzuat hem yönetim kurullarında belli oranda bağımsız üyelerin yer almasını zorunlu tutmakla birlikte YK başkanının bağımsızlığını öngörmektedir. Bu ayrıma göre CEO şirketin faaliyet alanına giren konulardaki işleri, YK başkanı ise YK'nu yönetmekle görevlidir. Pay sahipliğinin dağıtık olduğu ülkelerde CEO ve YK başkanının ayrılması YK başkanının bağımsız olması anlamına gelmektedir. Burada esas olan bağımsız YK başkanının CEO'nun güdümünde olmamasıdır.

Kontrol eden pay sahiplerinin yaygın olduğu ülkelerde sıklıkla YK başkanının kontrol eden pay sahibinin doğrudan veya dolaylı temsilcisi olduğu görülür. Bu durum YK'nun tüm pay sahiplerine eşit mesafede durmasını zorlaştırdığı gibi YK'nun CEO'nun yetki alanına müdahalesini de kolaylaştırmaktadır. Sayıları az da olsa Türkiye'de icracı olmayan veya bağımsız YK başkanlarının atandığını görmekteyiz. Bu durumda esas olan ise YK başkanının bir karar organı olarak YK'nun yetkisini bastıracak resmi veya resmi olmayan bir güce sahip olmamasıdır.

Her ne kadar doğrudan yasaklanmasa da gerek pay sahiplerine sağlıklı bilgi akışının sağlanması ve gerekse YK'nun gözetim ve denetim ödevini yerine getirebilmesi için YK başkanı ile CEO'nun farklı kişiler olması gerektiği yönünde önemli çalışmalar ve bu çalışmalara dayanarak çıkarılan kurallar vardır. Bu sunumda YK başkanı ve CEO ayrımının önemine işaret eden çalışmalar gösterildikten sonra bu yöndeki kurallar incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Yönetim Kurulu, CEO, Başkan, Anonim Şirketler, Kurumsal Yönetim.

THE AUDIT AND SUPERVISION DUTY OF THE BOARD OF DIRECTORS IN JOINT STOCK COMPANIES IN LIGHT OF THE PROVISIONS THAT THE CHAIRMAN OF THE BOARD AND THE CEO SHOULD BE SEPARATE PERSONS

Abstract

In joint stock companies, the board of directors (board) should be formed in a way that it can fulfil its role of supervision over the management. It is an important debate whether the CEO, who is the head of the executive, and the chairman of the board of directors, (chairman) are the same or different persons. It is questionable which rules should be introduced for the effective implementation of this distinction. This presentation comparatively examines the provisions and necessity of the separation of the chairman and the CEO.

Conflicts of interest are common in stock companies as a large number of investors come together and important decisions of the company are left to the governing body. In order to prevent these conflicts of interest, management plays an important role in the internal dynamics of the company. The most important principle is the separation of role of executives and non-executive directors. While executive managers in companies make decisions regarding the company's business, non-executive managers play an important role in overseeing the execution and preventing conflicts of interest. It is important that non-executive members are in the majority in the board and that there are independent members among these members. The CEO will organize the executive affairs, the board will be directed and managed by the chairman. Good corporate governance advocates that the chairman and the CEO are separate persons. Such a separation is expected to minimize conflicts within the administration.

Regardless of the partnership structure, the board are responsible for managing conflicts of interest and keeping an equal distance from all shareholders. For this reason, in many countries, the legislation requires the presence of a certain percentage of independent members in the boards, but also provides for the independence of the chairman. According to this distinction, the CEO is responsible for managing the affairs of the company, and the chairman is responsible for managing the board. In countries where shareholding is distributed, the Chairman is chosen from mostly amongst independent directors.

In countries where controlling shareholders are common, it is often expected that the chairman is the direct or indirect representative of the controlling shareholder. This situation not only makes it difficult for the board to maintain an equal distance from all shareholders, but also facilitates the Board's intervention in the CEO's jurisdiction. It is observed that non-executive or independent chairman are appointed in Turkey. In this case, the essential thing is that the chairman does not have any official or informal power to suppress the authority of the board as a decision-making body.

Although it is not directly prohibited, there are important studies and rules established based on these studies that the chairman and the CEO should be different persons in order to ensure efficient application of the duty of supervision and audit of the board. This presentation examines the studies pointing to the importance of the distinction between the chairman and the CEO and rules established based on these studies.

Keywords: Board of Directors, CEO, Chairman, Joint Stock Companies, Corporate Governance.

ANONİM VE LİMİTED ŞİRKETLERDE PAY SAHİPLERİ SÖZLEŞMESİNİN ALENİYETİ

Dr. Öğr. Üyesi Serdar HIZIR
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-7545-3149

Özet

Pay sahipleri sözleşmesi, anonim veya limited şirket pay sahipleri tarafından akdedilen ve kimi zaman bizzat şirketin veya diğer üçüncü kişilerin de taraf olarak katıldığı bir tür borç sözleşmesidir. Söz konusu sözleşmenin temel amacı, mevzuatta şirketler hukuku açısından kabul edilmiş olan hükümlerin yanında, sözleşmenin tarafları hakkında geçerli olacak kuralların tespit edilmesini ve uygulanmasını sağlamaktır. Belirmek gerekir ki, pay sahipleri sözleşmesinde kararlaştırılan bu kurallar, etkisini ilke olarak borçlar hukuku yönünden gösterse de, çoğu zaman mevzuatta şirketler hukuku yönünden kabul edilen kurallarla aynı veya benzer konuları düzenler. Örneğin pay devrinin sınırlandırılması, şirket üzerinde hâkimiyetin tesis edilmesi veya şirketin organlarında karar alma süreçlerinin belirlenmesi, şirket esas sözleşmesinin yanında pay sahipleri sözleşmesine de konu edilebilmektedir. Ancak, içerdiği hükümler dolayısıyla (bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 339/2, 576 ve 577) Türk hukukunda şirketler hukuku açısından sonuçlar doğuran şirket esas sözleşmesi, TTK m. 35/ f. 2 hükmü uyarınca alenidir. Oysa aynı durum pay sahipleri sözleşmesi için geçerli değildir. Gerçi sermaye piyasası mevzuatında halka açık şirketler için getirilen düzenlemeler, şeffaflık ve kamuyu aydınlatma ilkeleri gereğince, pay sahipleri sözleşmelerinin de kamuya açıklanmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak halka kapalı statüdeki anonim şirketlerde ve limited şirketlerde benzer bir imkân bulunmamaktadır. Belirtilen sonuç, özellikle pay sahipleri sözleşmesine imza atmamasına rağmen sözleşmenin içeriği hakkında bilgi sahibi olmak konusunda menfaati bulunan kişilerin durumunun değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Bu çalışmada, yukarıda kısaca izah edilen tespitler ışığında, pay sahipleri sözleşmesi ve içeriği hakkında yürürlükteki mevzuata nazaran aleniyetin daha fazla sağlanmasına ihtiyaç olup olmadığı irdelenecektir. Belirtilen amaç için öncelikle, söz konusu sözleşmenin temel özelliklerine kısaca açıklanacaktır. Ek olarak, sözleşme açısından aleniyetin sağlanmasının muhtemel yararlarına ve sakıncalarına yer

verilecektir. Bu yapılırken, konunun karşılaştırmalı hukuk açısından ön plâna çıkan yönlerine mümkün olduğunca temas edilecektir. Son olarak pay sahipleri sözleşmesinin aleniyeti, Türk hukuku açısından hem halka açık anonim şirketler hem de halka kapalı anonim şirketler ile limited şirketler yönünden mevcut düzenlemeler çerçevesinde ele alınacaktır. Bu çerçevede, konu hakkında ihtiyaç duyulan noktalarda öneriler sunulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Pay Sahipleri Sözleşmesi, Aleniyet, Esas Sözleşme, Anonim Şirket, Limited Şirket.

THE PUBLICITY OF THE SHAREHOLDERS AGREEMENT IN JOINT-STOCK AND LIMITED COMPANİES

Abstract

A shareholders agreement is a type of debt agreement concluded by the shareholders of a joint-stock or limited liability company and sometimes by the company itself or other third parties participating as a contracting party. The main purpose of the aforementioned contract is to determine and implement the rules that will be applied to the parties of the contract, as well as the provisions ensured in the legislation in terms of company law. It should be noted that although these rules, which are decided in the shareholders' agreement, show their effect in principle in terms of the law of obligations, they often regulate the same or similar issues with the rules accepted in the legislation in terms of company law. For example, the limitation of share transfer, the establishment of domination on the company, or the determination of decision-making processes on the boards of the company can be subject to the shareholders agreement as well as the company's articles of association. However, the company's articles of association, which has consequences in terms of Turkish company law due to the provisions it contains (see Turkish Commercial Code no. 6102 (TCC) Art. 339/2, 576, and 577), are public according to the Art. 35/2 of TCC. However, the same does not valid for the shareholders agreement. In fact, by the principles of transparency and public disclosure, the regulations regarding publicly-held corporations in the legislation of the capital market require the disclosure of shareholders' agreements to the public. But there is no similar possibility in privately- held corporations and limited liability companies. This result requires an evaluation of the status of persons who have an interest in being informed about the content of the shareholders agreement, especially if the shareholders have not signed the contract.

In this study, in the light of the findings briefly explained above, it will be examined whether there is a need to provide more publicity about the shareholders agreement and its content in comparison with the current Turkish legislation. For this purpose, first of all, the basic features of the shareholders agreement will be briefly explained. In addition, the potential pros and cons of increasing publicity of the shareholders agreement will be discussed. While doing this, the prominent aspects of the subject in terms of comparative law will be touched upon as much

as possible. Finally, the publicity of the shareholders agreement will be discussed within the framework of the existing regulations in terms of Turkish law, both in terms of publicly/ privately-held corporations and limited liability companies. In this framework, suggestions will be made on the subject where needed.

Keywords: Shareholders Agreement, Publicity, Articles of Association, Joint Stock Company, Limited Liability Company.