uluslararası • international

necmettin erbakan

hukuk kongresi • law congress

10-12 Nisan/April 2021

BİLDİRİ ÖZET KİTAPÇIĞI



NECMETTIN ERBAKAN UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

sempozyum.erbakan.edu.tr/UNEHK

ULUSLARARASI
NECMETTİN ERBAKAN
HUKUK KONGRESİ

10-12 NİSAN 2021

BİLDİRİ ÖZET KİTAPÇIĞI

KONGRE DÜZENLENME TARİHLERİ: 10-12 NİSAN 2021

DÜZENLEME KURULU BAŞKANI

Prof. Dr. Nuran KOYUNCU

DÜZENLEME KURULU

Arş. Grv. Abdullah Enes ALAT
Arş. Grv. Abdurrahim ALTUN
Arş. Grv. Abdüssamet USLU
Arş. Grv. Alparslan AYAN
Arş. Grv. Begüm KAYA
Arş. Grv. Bekir BOGA
Arş. Grv. Enes ERSÖZ
Arş. Grv. Muhammet DURDU
Arş. Grv. Mustafa GÜÇYETMEZ
Arş. Grv. Osman ÖGÜTÇÜ
Arş. Grv. Yasin YILMAZ

BİLİM KURULU

Prof. Dr. Cemil KAYA (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Ferid Süfyan bin SÜHEYB (International Islamic Uni. Malezya)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Oruç Hami ŞENER (Ufuk Ü.)
Prof. Dr. Sevgi Gül AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Ü.)
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (Selçuk Ü.)
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER (Selçuk Ü.)
Prof. Dr. Faruk BİLİR (KVKK Başkanı)
Prof. Dr. Fatih UŞAN (Ankara Yıldırım Beyazıt Ü.)
Prof. Dr. Murat SEZGİNER (TOBB ETÜ)
Prof. Dr. Murat DOĞAN (Erciyes Ü.)
Prof. Dr. Yüksel METİN (Süleyman Demirel Ü.)
Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU (Selçuk Ü.)
Prof. Dr. Mesut AYDIN (Kırıkkale Ü.)
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (Akdeniz Ü.)
Prof. Dr. Murat ATALI (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Vahit DOĞAN (İstanbul Aydın Ü.)
Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR (Ankara Sosyal Bilimler Ü.)
Prof. Dr. Şahin AKINCI (İstanbul Ticaret Ü.)
Prof. Dr. Berrin AKBULUT (Selçuk Ü.)
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Başkent Ü.)
Prof. Dr. Cihan Osmanağaoğlu KARAHASANOĞLU (İstanbul Ü.)
Doç. Dr. Ahmet AKMAN (Necmettin Erbakan Ü.)
Doç. Dr. Abdülkadir YILDIZ (Necmettin Erbakan Ü.)
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ (Yıldırım Beyazıt Ü.)
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ (İstanbul Ü.)
Doç. Dr. Alper UYUMAZ (Selçuk Ü.)
Doç. Dr. Selcen ERDAL (Selçuk Ü.)
Doç. Dr. Kürşat ERSÖZ (Akdeniz Ü.)

Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN (Ankara Yıldırım Beyazıt Ü.)
Doç. Dr. İbrahim ERMENEK (Hacı Bayram Veli Ü.)
Doç. Dr. Musa AYGÜL (Ankara Yıldırım Beyazıt Ü.)
Assoc. Prof. Besa ARIFI (South East European University, Kuzey Makedonya)
Assoc. Prof. Idriz HAXHIAJ (Albanian University, Arnavutluk)
Dr. Öğr. Üyesi Cemil GÜNER (Selçuk Ü.)
Dr. Öğr. Üyesi Ebru Tüzemen ATİK (Selçuk Ü.)
Dr. Öğr. Üyesi Aytekin ÇELİK (Karatay Ü.)
Dr. Öğr. Üyesi Baki Oğuz Mülayim (Necmettin Erbakan Ü.)
Dr. Öğr. Üyesi Banu Bilge SARIHAN (Necmettin Erbakan Ü.)
Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Çağrı ÇORLU (Necmettin Erbakan Ü.)
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KİZİR (Necmettin Erbakan Ü.)
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Onursal CİN (Necmettin Erbakan Ü.)
Dr. Öğr. Üyesi Sinan OKUR (Necmettin Erbakan Ü.)
Dr. Öğr. Üyesi Süheyla ZORLU (Necmettin Erbakan Ü.)
Dr. Öğr. Üyesi Tuğba BAYRAKTAR (Selçuk Ü.)
Dr. Sc. Mensur MORINA (University for Business and Technology, Kosova)
Dr. Sc. Sevdai MORINA (University for Business and Technology, Kosova)
Dr. Kyriaki NOUSSIA (University of Exeter, İngiltere)

İÇİNDEKİLER

İDARE HUKUKU

AVRUPA KONSEYİ BAKIŞIYLA İDARİ USUL İLKELERİ 12
PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE FROM A COUNCIL OF EUROPE PERSPECTIVE 13
AYŞE ALMILA TANRIVERDİ

BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA MÜLKİYET HAKKINA MÜDAHALE OLARAK KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA 14
CONFISCATION WITHOUT EXPROPRIATION AS AN INTERVENTION TO THE RIGHT TO PROPERTY IN INDIVIDUAL APPLICATION DECISIONS 15
M. AYTAÇ ÖZELÇİ

İDARİ YAPTIRIMLARIN ANAYASALLIĞI VE İDARENİN TAKDİR YETKİSİ 21
CONSTITUTIONALITY OF ADMINISTRATIVE SANCTIONS AND DISCRETIONARY POWER OF ADMINISTRATION 22
EDA YILDIZ

BAKANLIKLARIN POLİTİKA KURULLARI KARŞISINDA KONUMLARI 23
KÜBRA İMRAN DİLER

ALMAN İDARE HUKUKUNDA BELİRSİZ HUKUKİ KAVRAMLAR MESELESİ 25
THE PROBLEM OF INDEFINITE LEGAL TERMS İN GERMAN ADMINISTRATIVE LAW 27
DURSUN ÇELİK

TÜRK İDARE HUKUKUNDA İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN UYGULANMASI VE DÖNÜŞÜMÜ 28
A. KÜRŞAT ERSÖZ

YÜKSEK YARGI KARARLARI IŞIĞINDA İDARİ DAVALARDA BİR DAVA ŞARTI OLARAK SÜBJEKTİF EHLİYET 32
SUBJECTIVE CAPACITY TO SUE ON ADMINISTRATIVE CASES AS A CONDITION OF CASE IN THE LIGHT OF HİGH JUDICIAL DECISIONS 33
MURAT BUĞRA TAHTALI

İDARİ YARGI KARARLARI IŞIĞINDA İŞYERİ AÇMA VE ÇALIŞMA RUHSATI VERİLMESİ VE VERİLEN RUHSATLARIN İPTAL EDİLMESİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRME VE TESPİTLER 34
EVALUATIONS AND DETERMINATIONS ON THE ISSUANCE AND REVOCATION OF BUSINESS ESTABLISHMENT AND WORKING LICENSES IN THE LIGHT OF ADMINISTRATIVE JUDICIAL DECISIONS 35
HÜSEYİN BİLGİN

İDARE LEHİNE VEKÂLET ÜCRETİNİN MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKINA ETKİSİ 36
THE EFFECT OF COUNSEL'S FEE IN FAVOR OF ADMINISTRATION ON RIGHT OF ACCESS TO COURT 37
OĞUZHAN GÜZEL

FRANSIZ DANIŞTAYI'NIN DANIŞMA GÖREV VE YETKİSİ 38
ADVISORY DUTY AND AUTHORITY OF THE FRENCH COUNCIL OF STATE 39
PINAR YAĞCI

ŞEHİR HASTANELERİ ÖZELİNDE KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ YÖNTEMİNİN İDARE HUKUKU AÇIINDAN İNCELENMESİ 40
AN EXAMINATION OF PRIVATE PUBLIC PARTNERSHIP METHOD IN CITY HOSPITALS IN TERMS OF ADMINISTRATIVE LAW 42
GENCER K. KARAGENÇ

KAMU PERSONEL HUKUKUNDA MOBBİNG VE MOBBİNGE KARŞI İZLENEBİLECEK HUKUKİ BAŞVURU YOLLARI 43
MOBBING AND LEGAL APPLICATION WAYS THAT CAN BE FOLLOWED AGAINST MOBBING IN PUBLIC PERSONNEL LAW 44
MEHPARE ÇAPTUĞ

TEDVİREN GÖREVLENDİRME USULÜNÜN HUKUKİLİĞİ VE SONUÇLARI ÜZERİNE 45
ON THE LEGALITY AND THE RESULTS OF THE "ASSIGNMENT BY PROXY" 46
SELMAN SACİT BOZ

CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU

CEZA YARGILAMASINDA BİLİRKİŞİLİK VE UYGULAMA SORUNLARI 48
EXPERTİSE AND ITS IMPLEMENTATİON PROBLEMS İN CRİMİNAL PROCEDURE 49
MEHMET ONURSAL CİN

CEZA SORUMLULUĞUNUN ŞAHSİLİĞİ İLKESİ AÇISINDAN TÜZEL KİŞİLERİN CEZAİ SORUMLULUĞU **50**
THE CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES IN TERMS OF THE PRINCIPLE OF INDIVIDUAL CRIMINAL LIABILITY **52**
VEYSEL CANDAN CANOĞLU, SESİM SOYER GÜLEÇ

COVID-19 VE MAHKUM OLUNAN HAPİS CEZASININ KOŞULLU SALIVERİLME ÖNCESİNDE DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRİ UYGULANARAK İNFAZI **54**
COVID-19 AND EXECUTION OF SENTENCE OF IMPRISONMENT BY APPLICATION OF PROBATION MEASURES BEFORE CONDITIONAL RELEASE **55**
FATMA UMAY GENÇ

MÜTEMADİ SUÇLARDA TEMADİNİN KONUSU **56**
THE SUBJECT OF CONTINUITY IN CONTINUOUS OFFENSES **58**
SELİM ERDİN

VİKTİMOLOJİ VE CEZA ADALETİ: SUÇ MAĞDURU KAVRAMININ TEORİ VE UYGULAMADA YERİ **60**
VICTIMOLOGY AND CRIMINAL JUSTICE: THE PLACE OF THE CONCEPT OF CRIME VICTIMIZATION IN TERMS OF THEORY AND APPLICATION **61**
AYKUT ÇALIŞKAN

TÜRK HUKUK TARİHİ

TUTUKSUZ YARGILAMA VE KEFALET MÜESSESESİ: OSMANLI VE İNGİLİZ HUKUKU AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMALI BİR ÇALIŞMA **63**
TRIAL WITHOUT ARREST AND BAIL: A COMPARATIVE STUDY OF OTTOMAN LAW AND ENGLISH LAW **65**
GÜL AKYILMAZ

SEBÎLÜRREŞÂD DERGİSİ'NİN TÜRKİYE'DE BATILILAŞMA VE LAİKLİĞİN BENİMSENMESİ SÜRECİNE BAKIŞI **66**
SEBÎLÜRREŞÂD JOURNAL'S PERSPECTİVE ON THE PROCESS OF WESTERNİZATİON AND THE ADOPTİON OF SECULARİSM İN TURKEY **67**
NEVİN ÜNAL ÖZKORKUT

AZINLIK (CEMAAT) VAKIFLARININ TAŞINMAZ MAL EDİNMESİ SORUNUNUN YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İNCELENMESİ **68**
EXAMINATION OF THE PROBLEM OF THE MINORITY (CEMAAT) WAQFS IN THE LIGHT OF THE JUDICIAL DECISIONS **69**
NURAN KOYUNCU, MERYEM BÜŞRA AKHAN

18. YÜZYILDA KONYA'DA NAFAKA DAVALARI **70**
FAMILY LAW CASES IN KONYA IN THE 18TH CENTURY **71**
BELKIS KONAN

TANZİMAT DÖNEMİ DUALİST HUKUK YAPISININ ŞAHSA KARŞI İŞLENEN SUÇLARA YANSIMASI **72**
REFLECTION OF THE DUALIST LEGAL STRUCTURE IN THE TANZIMAT ERA ON CRIMES COMMITTED AGAINST THE PERSON **73**
AHMET KILINÇ, DAVUT YILDIRIM

AHMED AĞAOĞLU'NA GÖRE 1924 TEŞKİLÂT-I ESÂSİYE KANUNU'NDA KİŞİ HAK VE HÜRRİYETLERİNİN DÜZENLENİŞİ **74**
ACCORDING TO AHMED AĞAOĞLU, PERSONAL RIGHTS AND FREEDOMS IN THE 1924 CONSTITUTION **75**
İREM KARAKOÇ

ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN DEVAMLILIĞI TARTIŞMALARI AÇISINDAN LOZAN ANTLAŞMASI **76**
TREATY OF LAUSANNE IN TERMS OF DISCUSSIONS ON THE CONTINUITY OF INTERNATIONAL TREATIES **77**
SEDA ÖRSTEN ESİRGEN

DÂRÜ'L-FUNÛN HUKUK FAKÜLTESİ MÜDERRİSİ MEHMED NESİB BEY'İN "MECELLE'NİN ISLAHINA DOĞRU" MAKALESİNİN HUKUKÎ AÇIDAN DEĞERLENDİRMESİ **78**
LEGAL EVALUATION OF THE ARTICLE "TOWARDS THE RECLAMATION OF MECELLE" BY MEHMED NESÎB BEY, PROFESSOR OF THE FACULTY OF LAW OF DARU'L-FUNUN **79**
İSMAİL BİLGİLİ

GÜNÜMÜZ VE OSMANLI HUKUKUNDA SAĞLIK HAKKI KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME **80**
A COMPARATIVE ANALYSIS OF CONTEMPORARY TURKISH HEALTH RIGHT AND OTTOMAN HEALTH RIGHT **81**
SÜLEYMAN EMRE ZORLU

1876 ANAYASASI'NDA 1909'DA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN AMAÇLARI VE ULUSLARARASI ANDLAŞMALARIN YAPILIŞI İLE İLGİLİ DEĞİŞİKLİĞİN AMAÇLARA UYGUNLUĞU **82**
THE PURPOSES OF THE CHANGES IN THE CONSTITUTION OF 1876 IN 1909 AND THE FITNESS OF THE CHANGE REGARDING THE CONDUCTING OF INTERNATIONAL TREATIES FOR PURPOSE **83**
TUĞÇE İSAYEV

HADİSAT-I HUKUKİYE VE TARİHİYE MECMUASI: TAKDİM VE TAHLİL **84**
HADISAT-I HUKUKIYE VE TARIHIYE MECMUASI (JOURNAL OF LEGAL AND HISTORICAL EVENTS): PRESENTATION AND EXAMINE **85**
ALİ TURAN

XIX. YÜZYILDA OSMANLI DEVLETİ HUKUK EĞİTİMİNDE MODERNLEŞME **86**
MODERNIZATION OF LAW EDUCATION IN THE OTTOMAN EMPIRE IN THE 19TH CENTURY **87**
HALİL İBRAHİM ÇELİK

MANTIĞIN HUKUK İLE İLİŞKİSİ ÜZERİNE: HUKUK MATEMATİKSEL BİR KESİNLİĞE SAHİP MİDİR? **88**
ON THE RELATIONSHIP OF LOGIC WITH LAW: DOES LAW HAVE A MATHEMATICAL ACCURACY? **89**
MURAT BAYRAM

TANZİMAT DÖNEMİNDE ŞAHİTLERİN TEZKİYESİ VE BUNA YÖNELİK ELEŞTİRİLER **90**
THE "*TEZKİYE*" OF THE WITNESSES IN TANZİMAT PERIOD AND REVIEWS ABOUT IT **91**
MELİKŞAH AYDIN

MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYE'DE KİRA (İCÂRE) AKDİ VE NİZAMİYE MAHKEMELERİNDEKİ UYGULAMASI **91**
CONTRACT OF HIRE IN MECELLE-I AHKÂM-I ADLIYYE AND ITS APPLICATION IN NIZAMIYE COURTS **91**
ASLIHAN NESLİ

MEHMED ALİ PAŞA VE İSMAİL PAŞA DÖNEMİNDE MISIR İDARÎ TEŞKİLATI **94**
ADMINISTRATIVE ORGANIZATION OF EGYPT IN THE PERIOD OF MEHMED ALI PASHA AND ISMA'IL PASHA **95**
SAİD EMRE KUMRAL

OSMANLI SON DÖNEMİNDE SİYÂSET-İ ŞER'İYYE TARTIŞMALARI: İBNÜ'L-HÂZIM FERÎD ÖRNEĞİ **96**
DISCUSSION ON SHERRY POLITICS IN THE LAST OTTOMON PERIOD: THE EXAMPLE OF IBN AL-HAZİM FERİD **97**
BAHADDİN KARAKUŞ

ANAYASA HUKUKU

TÜRKİYE'NİN ANAYASA SORUNU VE YENİ ANAYASA SÖYLEMİNİN DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ **99**
THE CONSTITUTIONAL PROBLEM OF TURKEY AND THE CONSIDERATIONS OF THE NEW CONSTITUTIONAL DISCUSSIONS **100**
ABDULKADİR YILDIZ

EŞİTLİK İLKESİNİN BİZZAT ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN İHLAL EDİLMESİ: MÜSLİM ŞENTÜRK BAŞVURUSU VE MEHMET ŞENTÜRK BAŞVURUSU **101**
VIOLATION OF THE EQUALITY PRINCIPLE BY THE CONSTITUTIONAL COURT ITSELF: MUSLIM SENTURK APPLICATION AND MEHMET SENTURK APPLICATION **102**
AHMET TÜRKMEN

HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞININ ANAYASA HUKUKUNDAKİ BİR GÖRÜNÜMÜ: ANAYASA DEĞİŞTİRME İKTİDARININ KÖTÜYE KULLANILMASI KAVRAMI **103**
AN APPEARANCE OF THE PROHIBITION OF THE ABUSE OF RIGHTS IN CONSTITUTIONAL LAW: THE CONCEPT OF ABUSE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT POWER **104**
ASLIHAN KAPLAN ARIK

1961 ANAYASASINDAN 6771 SAYILI KANUNLA KALDIRILMASINA KADAR ASKERİ YARGININ ANAYASAL SERÜVENİ **105**
THE CONSTITUTIONAL ADVENTURE OF THE MILITARY JURISDICTION FROM THE 1961 CONSTITUTION TO LAW NO. 6771 ..... **106**
EBRU YAVUZ YAYLA

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE AMERİKAN FEDERAL YÜKSEK MAHKEMESİ YAKLAŞIMLARININ SEÇME VE SEÇİLME HAKKI BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMALI İNCELEMESİ **107**
A COMPARATIVE REVIEW OF THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS COURT AND THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES APPROACHES IN TERMS OF RIGHT TO VOTE AND STAND FOR ELECTION **108**
ENES ERSÖZ

100. YILINDA "1921 ANAYASASININ RUHU": 1921 TARİHLİ TEŞKİLÂT-I ESASİYE KANUNUNUN ÖNGÖRDÜĞÜ SİSTEM İLE CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÛMET SİSTEMİNİN MUKAYESESİ (MÜMKÜN MÜ?) **109**
"THE SPIRIT OF THE CONSTITUTION OF 1921" IN ITS CENTENARY: (IS IT POSSIBLE TO MAKE) THE COMPARISON BETWEEN THE SYSTEM OF GOVERNMENT PROVIDED BY THE CONSTITUTION OF 1921 AND THE PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM **110**
HATİCE CEMRE AKYILMAZ

ANAYASA MAHKEMESİNİN BAZI KARARLARINDA DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİ İLE KAMU DÜZENİ KAVRAMLARINI BAĞDAŞTIRMA SORUNU: ERİŞİM ENGELLEME **111**
HAYRETTİN KURT

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN SOYUT NORM DENETİMİ **113**
JUDICIAL REVIEW OF THE PRESIDENTIAL DECREES **114**
MUSTAFA GÜÇYETMEZ

YENI BIR ANAYASAYA HAZIRLIK SÜRECINDE PARASAL ANAYASANIN ÖNEMI **115**
THE IMPORTANCE OF THE MONETARY CONSTİTUTION IN THE PROCESS OF DRAFTING A NEW CONSTITUTION **116**
ÖMER FAZIL EMEK

ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURUDA "AÇIKÇA DAYANAKTAN YOKSUNLUK" KRİTERİ **117**
THE CRITERIA OF "MANIFESTLY ILL-FOUNDED" IN INDIVIDUAL APPLICATION TO THE CONSTITUTIONAL COURT **118**
ÖZLEM ÇELİK

CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİ VE SİYASAL SİSTEME ETKİLERİ **119**
PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM AND ITS EFFECTS ON THE POLITICAL SYSTEM **120**
TUĞBA BAYRAKTAR

BİREYSEL BAŞVURUDA TEDBİR UYGULAMASI **121**
MEASURE APPLICATION IN INDIVIDUAL APPLICATION **122**
HAYRİ KESER

ULUSLARARASI HUKUK

ULUSLARARASI HUKUKTA SÜREGELEN BİR PROBLEM: KÜRESEL SALGIN DÖNEMİNDE GERİ GÖNDERMEME İLKESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ **124**
AN ONGOING PROBLEM IN INTERNATIONAL LAW: THE APPLICABILITY OF THE PRINCIPLE OF NON-REFOULEMENT DURING THE GLOBAL PANDEMIC **125**
SELMAN ÖZDAN

IMMANUEL KANT'IN ÖDEV AHLAKI DÜŞÜNCESİ ÇERÇEVESİNDE "INADİMPLENTİ NON EST ADİMPLENDUM" İLKESİ VE ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR HUKUKU VE İNSANCIL HUKUK KURALLARINDAKİ YANSIMASI **126**
THE PRINCIPLE OF "INADIMPLENTI NON EST ADIMPLENDUM" IN THE FRAMEWORK OF IMMANUEL KANT'S "MORAL OF DUTY" THOUGHT AND ITS REFLECTION OF INTERNATIONAL TREATY LAW AND INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW **127**
OSMAN ÖĞÜTCÜ

DEVLETİN ÜLKESİ VE SİBER UZAY **128**
STATE TERRITORY AND CYBERSPACE **129**
SELEN EZME YUMAK

MEDENİ HUKUK

KİŞİSEL VERİLERİN DEVLET TARAFINDAN İŞLENMESİ -CENSORLUKTAN SOSYAL KREDİ SİSTEMİNE- **131**
PROCESSING OF PERSONAL DATA BY THE GOVERNMENT -FROM CENSORSHIP TO THE SOCİAL CREDIT SYSTEM- **132**
ABDURRAHMAN SAVAŞ

TÜKETİCİ HUKUKUNDA ARABULUCULUK UYGULAMASI **133**
MEDIATION IN CONSUMER LAW **134**
BANU BİLGE SARIHAN

AİLE HUKUKUNDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK **135**
MEDIATION IN DISPUTES ARISING FROM FAMILY LAW **136**
MEHMET AKÇAAL

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK IŞIĞINDA TÜRK HUKUKUNDA HAKKANİYET SORUMLULUĞU **137**
TURKISH EQUITY LIABILITY IN LIGHT OF COMPARATIVE LAW **138**
GÜNHAN GÖNÜL KOŞAR

TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA BAĞLAMINDA ZORUNLU AŞI UYGULAMASI **139**
COMPULSORY VACCINATION IN THE CONTEXT OF CONSENT OF THE PATIENT TO MEDICAL INTERVENTION **140**
ŞEBNEM NEBİOĞLU ÖNER

TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA KÜÇÜK KAVRAMI VE KÜÇÜKLERE YAPILACAK ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALELERE RIZA **141**
DEFINITION OF THE CHILD IN TURKISH CIVIL CODE AND THE CONCENT FOR THE AESTHETIC SURGERY OF THE CHILD **142**
DUYGU KOÇAK DİKER

TELETIP VE HUKUK **143**
TELEMEDICINE AND LAW **145**
HASAN ALİ GÜÇLÜ

MİRAS HUKUKUNDA TENKİS VE DENKLEŞTİRMENİN KARŞILAŞTIRILMASI **147**
COMPARISON OF REDUCTION AND HOTCHPOT IN HERITAGE LAW **148**
NAZLI HİLÂL ÇELİK

ÇOCUĞUN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASI **149**
PROTECTION OF THE CHILD'S PERSONAL DATA **150**
NURTEN İNCE AKMAN

BOŞANMA SEBEPLERİ BAKIMINDAN KUSUR KAVRAMI **151**
CONCEPT OF FAULT IN TERMS OF REASONS FOR DIVORCE **153**
ÖVGÜ SILA KAYAM

MESAFELİ SÖZLEŞMELERİN KURULMASINA ARACILIK EDENLERİN TÜKETİCİ HUKUKU BAĞLAMINDA SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİ **155**
DETERMINING THE LIABILITY OF THOSE WHO INTERMEDIATE IN THE ESTABLISHMENT OF DISTANCE AGREEMENTS IN THE CONTEXT OF CONSUMER LAW **156**
SELİN SERT SÜTÇÜ

ÇOCUĞUN AİLE İÇİNDE KORUNMASI İÇİN ALINABİLECEK ÖNLEMLER **157**
MEASURES THAT CAN BE TAKEN TO PROTECT THE CHILD WITHIN THE FAMILY **158**
SÜHEYLA ZORLU

TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA DÜZENLENMİŞ OLAN EVLENME EHLİYETİ VE EVLENME ENGELLERİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER **159**
EVALUATIONS ON THE LICENSE OF MARRIAGE AND THE IMPEDIMENTS TO MARRIAGE IN THE TURKISH CIVILIZATION LAW **160**
YASEMİN GÜLLÜOĞLU ALTUN

AZİL DURUMUNDA AVUKATLIK ÜCRETİ **161**
ATTORNEY'S FEE IN CASE OF DISMISSAL **163**
ÖZKAN ÖZYAKIŞIR

TİCARET HUKUKU

SALT SÖZLEŞMEYE DAYALI JOİNT VENTURE'LARDA ORTAKLIĞIN FAALİYETİ İÇİN YAPILAN İŞLEMLER KARŞISINDA ÜÇÜNCÜ KİŞİ ALACAKLILAR ORTAKLIKMALVARLIĞINA BAŞVURABİLİR Mİ? **165**
CAN THIRD PARTY CREDITORS APPLY FOR JOINT ASSETS IN RESPONSE TOTRANSACTIONS MADE FOR THE OPERATION OF THE PARTNER IN CONTRACTUAL JOINT VENTURE? **166**
MUNİSE SERAY GÖNCÜ DÖNER, MUSTAFA İSMAİL ÇALIŞ

SERMAYE PİYASASI MEVZUATINDA SON DÖNEMDE KABUL EDİLEN DÜZENLEMELERİN BORSAKOTUNDAN ÇIKMA AÇISINDAN MEYDANA GETİRDİĞİ HUKUKİ SONUÇLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ **167**
EVALUATION THE LEGAL CONSEQUENCES OF THE REGULATIONS RECENTLY ADOPTED IN THE CAPITAL MARKET LEGISLATION REGARDING DELISTING **168**
SERDAR HIZIR

TİCARET HUKUKUNUN BİR KAYNAĞI OLARAK TİCARİ ÖRF VE ADETİ YENİDENDÜŞÜNMEK **169**
RETHINKING COMMERCIAL CUSTOMS AND USAGES AS A SOURCE OF COMMERCIAL LAW **171**
MUHAMMED SULU

TÜRK GEMİ SİCİL DÜZENİ HAKKINDA BAZI TESPİT VE ÖNERİLER **172**
SOME DETERMINATIONS AND RECOMMENDATIONS ON THE TURKISH REGISTER SYSTEM **174**
FEVZİ FIRAT GÖZÜYEŞİL

BİNA TAMAMLAMA SİGORTASINA DAİR GÜNCEL SORUNLAR VE RİSKİN GERÇEKLEŞMESİ HALİNDE TAZMİNATIN KAPSAMI **176**
ACTUAL PROBLEMS REGARDING BUILDING COMPLETION INSURANCE AND THE SCOPE OF COMPENSATION IN CASE RISK OCCURRED **177**
MEHMET DOĞAR

ROSİNEN TEORİSİ (ROSINENTHEORIE) **178**
THEORY OF ROSINEN **180**
İSMAİL ÖZGÜN KARAAHMETOĞLU

İNTERNET YOLUYLA HAKSIZ REKABET **182**
UNFAIR COMPETITION VIA INTERNET **183**
FEYZA KANTAŞ

HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI YASAĞINA GENEL BİR BAKIŞ **187**
AN OVERVIEW THE PROHIBITION OF CONCEALED GAIN TRANSFER IN PUBLIC JOINT STOCK COMPANY **188**
HİMMET KOÇ

MEVCUT BİR BORÇ İÇİN KAMBİYO TAAHHÜDÜNDE BULUNULMASINDAN KAYNAKLANAN SORUNLAR **189**
PROBLEMS ARISING FROM AN COMMITMENT TO EXCHANGE FOR AN EXISTING DEBT **190**
AYTEKİN ÇELİK

POZİSYON MARKALARI **191**
POSITION MARKS **192**
BEGÜM KAYA

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK

YABANCI DİLDE YAPILAN TAHKİM ANLAŞMALARININ 805 SAYILI KANUN VE YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ **194**
A REVIEW OF ARBITRATION AGREEMENTS CONDUCTED IN FOREIGN LANGUAGES IN LIGHT OF LAW NO.805 AND THE COURT OF CASSATION DECISIONS **195**
RAHMİ KOPAR

ULUSLARARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMAN SÖZLEŞMESİNİN AÇIKLANMASI **196**
DISCLOSURE OF THIRD PARTY FUNDING AGREEMENT IN INTERNATIONAL ARBITRATION **197**
SÜLEYMAN YASİR ZORLU

İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ EĞİTİMİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ **199**
OBLIGATION OF THE EMPLOYER TO PROVIDE OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY TRAINING **201**
SEVGİ DURSUN ATEŞ

İŞÇİNİN MÜŞTERİYE YÖNELİK TUTUM VE DAVRANIŞLARI NEDENİ İLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN FESHEDİLMESİ **203**
TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT BY THE EMPLOYER DUE TO THE ATTITUDES AND BEHAVIORS OF THE EMPLOYEE TO THE CUSTOMER **204**
BAKİ OĞUZ MÜLAYİM

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İHBAR TAZMİNATI **205**
NOTICE COMPENSATION IN LIGHT OF THE COURT OF CESSATION'S DECISIONS **206**
HASAN KAYIRGAN

SOSYAL PLAN KAVRAMI **208**
CONCEPT OF SOCIAL PLAN **209**
GÖKHAN TÜRE

COVİD-19 PANDEMİSİNDE İŞÇİNİN ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI **210**
RIGHT OF EMPLOYEE TO ABSTAIN FROM WORK IN THE COVID-19 PANDEMIA **212**
DUYGU ÇELEBİ DEMİR

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ MEVZUATI AÇISINDAN İŞÇİNİN ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI **214**
THE RIGHT TO REFRAIN FROM WORKING OF THE EMPLOYEE IN TERMS OF OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY LEGISLATION **215**
BÜŞRA YAŞAR

İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIKLARINDAN DOĞAN ZARARLARDA İŞ GÜVENLİĞİ PROFESYONELLERİNİN SORUMLULUĞU **216**
AYŞE DÜRÜYE BAHAR, GÜLSÜM GÜNBALA DURHAN

UZAKTAN ÇALIŞMA YÖNETMELİĞİ HAKKINDA GENEL BİR DEĞERLENDİRME **217**
A GENERAL EVALUATION ON THE REMOTE WORK REGULATION **218**
AYÇA İZMİRLİOĞLU

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN GERİYE ETKİSİNDEN YARARLANMA VE KONUYA İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 30.12.2020 TARİHLİ İPTAL KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ **219**
UTILIZATION FROM THE RETROACTIVE EFFECT OF THE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENT AND EVALUATION OF THE RELEVANT ANNULMENT DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT DATED 30.12.2020 ..... **220**
ESRA BASKAN

MEDENİ USUL-İCRA VE İFLAS HUKUKU

ARABULUCULUK-TAHKİM YOLU ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER **224**
SOME REFLECTIONS ON MEDIATION-ARBITRATION **225**
ANIL KÖROĞLU

7251 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN'UN BELİRSİZ ALACAK DAVASINA DAİR DEĞİŞİKLİKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ **226**
EVALUATION OF THE AMENDMENTS OF THE LAW ON CIVIL PROCEDURE NO. 7251 AND THE LAW ON AMENDMENTS TO CERTAIN LAWS REGARDING THE UNQUANTIFIED DEBT LAWSUIT **228**
ÇİĞDEM YAZICI

7251 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN HÜKMÜN TAMAMLANMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ **231**
EVALUATION OF THE REGULATION RELATED TO THE COMPLETION OF JUDGEMENT AS BROUGHT BY THE LAW NO 7251 ..... **233**
EFE DIRENİSA

HÜKMÜN TAMAMLANMASI VE « TALEBİN ÖNEMLİ BİR KISMI HAKKINDA KARAR VERİLMEMESİ » (HMK M. 353/I) SEBEBİNE DAYALI İSTİNAF **236**
COMPILATION OF JUDGEMENT AND APPEAL BY THE REASON OF "THE MAJOR PART OF THE PLEA NOT REACHED A VERDICT" **237**
İDİL TUNCER KAZANCI

USULSÜZ TEBLİGATIN KENDİLİĞİNDEN GÖZETİLMESİNİN YARGITAY KARARLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ **242**
AN ASSESMENT OF EX OFFICIO OF INADEQUACY'S NOTICE IN TERMS OF SUPREME COURT'S DECISIONS **243**
İSMET MAZLUM

MÜTESELSİL SORUMLULUĞUN MEDENİ USUL HUKUKU BAKIMINDAN SONUÇLARI **248**
CONSEQUENCES OF CONTINOUS RESPANSIBILITY IN TERMS OF LAW OF CIVIL PROCEDURA **249**
ESRA BULUT

ADİ KONKORDATO BAĞLAMINDA DÜRÜSTLÜK KURALI **250**
GOOD FAITH IN THE CONTEXT OF ORDINARY CONCORDAT **251**
NURULLAH BAL

İCRA MEMURUNUN HACİZ YAPMA ZORUNLULUĞUNA İLİŞKİN DÜŞÜNCELER **258**
CONSIDERATIONS ON THE BAILIFF'S OBLIGATION TO ATTACH **260**
ASLI ARAS

SON DEĞİŞİKLİKLER ÇERÇEVESİNDE PATENT HAKKININ HACZİ **262**

ATTACHMENT OF PATENT RIGHTS UNDER THE RECENT CHANGES **263**
FİKRET SAMİ TİYEK, ÖNDER TOPAL

AVUKATLIK ÜCRETİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA ZORUNLU ARABULUCULUK. **271**
MANDATORY MEDIATION IN THE DISPUTES ARISING FROM ATTORNEY FEE **272**
AYŞE NUR KILINÇ

İDARE HUKUKU

AVRUPA KONSEYİ BAKIŞIYLA İDARİ USUL İLKELERİ

Ayşe Almıla TANRIVERDİ[1]

Öz

İdarenin bireyin yaşamında ne denli önemli olduğu tartışmasızdır. Bireyin yaşamını doğrudan etkiler nitelikte olan idare ile birey pek çok alanda ilişki içerisindedir. Birey ile idare arasında var olan eşitsizlik, kurulan ilişkide de kendini göstermektedir. Bireyin güvendiği ya da güvenmek zorunda kaldığı idare ile ilişkisinde bu eşitsizliği azaltabilmesi gerekmektedir. Bu ilişkide bazı temel prensiplerin var olması idare karşısında güçsüz konumda olan bireyin haklarının korunması açısından son derece önemlidir. Bu bağlamda geliştirilen ilkeler bulunmaktadır. İdari makamlar karar alırken, kararlarını uygularken ve birey haklarını kullanırken idari usul ilkelerine ihtiyaç duyulmaktadır. İdari usul ilkeleri; kamu gücü ile donatılmış idare karşısında bireyin korunması için araçtır. Bu ilkeler; idarenin keyfi tutumunun önüne geçer, idareyi hukuka yaklaştırır. Aynı zamanda idarenin kötü uygulamalarının önüne geçer. Bu ilkelerin bir kısmı devletlerce kanunlaştırılmıştır. Bir kısmı ise yalnızca tasarı aşamasında kalmıştır. Avrupa Konseyi de idare ile bireyin kurmuş olduğu ilişkide uyulması gereken ilkelere yönelik olarak tavsiye kararları yayınlamış, çeşitli rehberler hazırlamıştır. Yasalara ve hukuki amaca uygunluk, eşit muamele, tarafsızlık ve nesnellik, orantılılık, hukuki belirlilik, şeffaflık, gizlilik ve kişisel verilerin korunması, esasa ilişkin ilkeler olarak ifade edilmektedir. Erişim, katılım, dinlenilme hakkı, temsil ve yardım, süre sınırlamaları, idari işlemlerin şekli ve tebliği, idari işlemlerin uygulanması, idari yaptırımlara ilişkin kurallar ise usule ilişkin ilkeler olarak ifade edilmektedir. Avrupa Konseyinin idari usule ilişkin olarak kabul ettiği ilkeler, "idareyi" olması gereken "iyi idare" kavramına yaklaştırır. İdari usul ilkelerinin uygulanmasına ilişkin değişim ve dönüşüm hem vatandaş düzeyinde hem idareci düzeyinde hem de hukuki düzenlemelerde yaşanmalıdır. İhtiyaca uygun hukuki düzenlemelerin yapılma süreci tamamlanmalıdır. İdari usul ilkelerinin prensip olarak kabul edilmesinden öte ilkelerin hukuk düzenince kabul edilmiş olması da gerekir. Ancak iyi kanunlara ihtiyaç olduğu gibi «iyi idarecilere» de ihtiyaç vardır. Vatandaş nazarında da idari usule ilişkin uygulamalarda her geçen gün farkındalık ve iyileşme yaşanmalıdır. İdare de hem esasa ilişkin ilkelerin hem de usule ilişkin ilkelerin daha iyi uygulanması için titiz çalışmalıdır.

Anahtar Kelimeler: İdare, İdari Usul, İdari Usul İlkeleri, Avrupa Konseyi, Hukuk Devleti.

[1] Dr.Öğr.Üyesi; Gaziantep Üniversitesi Oğuzeli Meslek Yüksekokulu Hukuk Bölümü Adalet Programı; almilaayse@gmail.com; ORC ID: 0000-0002-5215-1527.

PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE FROM A COUNCIL OF EUROPE PERSPECTIVE

Abstract

It is indisputable how important the administration is in the life of the individual. The administration, which directly affects the life of the individual, is in contact with the individual in many areas. The inequality that exists between the individual and the administration also manifests itself in the relationship established. The individual should be able to reduce this inequality in his / her relationship with the administration that he or she trusts. The existence of some basic principles in this relationship is extremely important in terms of protecting the rights of the individual who is weak against the administration. There are principles developed in this context. Administrative procedural principles are needed when administrative authorities take decisions, implement their decisions and exercise individual rights. Administrative procedural principles; It is a tool for the protection of the individual against the administration equipped with public power. These principles; It prevents the arbitrary attitude of the administration and brings the administration closer to the law. It also prevents bad practices of the administration. Some of these principles have been enacted by states. Some of them remained only at the drafting stage. The Council of Europe has also issued recommendations and prepared various guidelines regarding the principles to be followed in the relationship established by the administration and the individual. Compliance with the law and legal purpose, equal treatment, impartiality and objectivity, proportionality, legal certainty, transparency, confidentiality and protection of personal data are expressed as fundamental principles. Rules on access, participation, right to be heard, representation and assistance, time limits, manner and notification of administrative acts, implementation of administrative procedures, and administrative sanctions are expressed as procedural principles. The principles adopted by the Council of Europe on administrative procedure bring "administration" closer to the concept of "good administration" as it should be. Change and transformation in the implementation of administrative procedural principles must be experienced both at the citizen level, at the administrative level, and in legal regulations. The process of making legal arrangements in accordance with the needs must be completed. Beyond accepting the principles of administrative procedure as a principle, the principles should also be accepted by the legal order. But just as there is a need for good laws, there is also a need for "good administrators". Awareness and improvement should be experienced day by day in the practices regarding administrative procedures in the eyes of the citizens. The administration should work diligently to better implement both the substantive and procedural principles.

Keywords: Administration, Administrative Procedure, Administrative Procedure Principles, Council of Europe, Rule of Law.

BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA MÜLKİYET HAKKINA MÜDAHALE OLARAK KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA

M. Aytaç ÖZELÇİ[1]

Öz

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında kamulaştırmasız el atmanın, idareye kamulaştırma işlemi yapmadan taşınmazı elde etme olanağı sağlayan, yasal dayanağı bulunmayan ve kamulaştırma ile kıyaslandığında daha az güvence sunan bir yöntem olduğu tespitlerine yer vermiştir. Kamulaştırmasız el atma, Anayasa'nın 35. ve 46. maddeleri ile Kamulaştırma Kanunu'nda belirtilen usule uymayan bir müdahale olduğundan, kanunilik ilkesini ihlal etmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu uygulamanın kişilere öngörülemez ve keyfi durumlarla karşılaşma tehlikesi taşıdığı; yeteri kadar hukuki güvence sağlayan ve usule uygun gerçekleştirilen bir kamulaştırmanın alternatifini oluşturacak nitelikte olmadığı görüşündedir. Anayasa Mahkemesi ayrıca kamulaştırmasız el atmanın ülkemizde yapısal bir sorun oluşturduğuna dikkat çekmekte ve bu uygulamaya son verilmesi için gerekli hukuksal düzenlemelerin yapılmasını önermektedir.

Anahtar Kelimeler: Mülkiyet hakkı, kamulaştırma, kamulaştırmasız el atma, hukuk devleti, kanunilik ilkesi

[1] Dr. Öğr. Üyesi; İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD, m.aytac@iku.edu.tr ORC ID: 0000-0002-9560-8056

CONFISCATION WITHOUT EXPROPRIATION AS AN INTERVENTION TO THE RIGHT TO PROPERTY IN INDIVIDUAL APPLICATION DECISIONS

Abstract

The Constitutional Court has stated in the individual application decisions that confiscation without expropriation is a method that allows the administration to acquire real estate without expropriation, has no legal basis and offers less guarantee compared to expropriation. Confiscation without expropriation violates the principle of legality as it is an intervention that does not comply with the procedure specified in Articles 35 and 46 of the Constitution and the Expropriation Law. The Constitutional Court states that this practice endangers individuals to encounter unpredictable and arbitrary situations and does not constitute an alternative to an expropriation carried out in accordance with a procedure that provides sufficient legal assurance. The Constitutional Court also draws attention to the fact that confiscation without expropriation creates a structural problem in our country and recommends that the necessary legal arrangements have to be made to end this practice.

Keywords: Right to property, expropriation, confiscation without expropriation, rule of law, principle of legality

I. Giriş

İdare farklı alanlarda (bayındırlık, sağlık, ulaştırma, eğitim, enerji vd.) kamu hizmetlerini yerine getirirken personele, hizmete tahsis edilecek araç ve gereçlere, taşınır veya taşınmaz mallara ihtiyaç duyar. Bunlar bir anlamda kamu hizmetinin bileşenleri olarak da sayılabilir.

İdare Hukuku literatüründe idarenin mal edinme usulleri arasında kamulaştırma, kamulaştırmasız el atma, devletleştirme[2], istimval (rekizisyon)[3], geçici işgal gibi usuller sayılmıştır[4]. İdarenin mal edinme usullerinin belirlenmesinde eğer mülkiyete dayalı bir nitelendirmeden hareket ediliyorsa örneğin geçici işgal, esasen bir mal edinme usulü değildir; kamu yararına dönük bir hizmette kullanılmak üzere özel hukuk kişisinin taşınmaz malının belli bir süreliğine kullanımıdır[5]. Bu sayılan usuller, özel hukuk kişisinin mülkiyetinde bulunan taşınır veya taşınmaz malların kısmen veya tümüyle, geçici ve sürekli biçimde idarenin mülkiyetine geçmesi sonucunu doğuran hukuki işlemlerdir. Bununla birlikte bizce mülkiyete dayalı nitelendirme yapıldığında idarenin mal edinme usulleri bunlarla sınırlı kalmamaktadır. Şöyle ki; idare imar, tapu, kadastro, gecekondu, belediye, kamulaştırma mevzuatında yasal dayanağı olan usullere göre de taşınmaz mal edinebilmektedir. Örneğin İmar Kanunu'nun 18. maddesine göre arazi ve arsa düzenlemesi kapsamında yapılan ve özel hukuk kişisinin taşınmaz malının %45'ine kadar kısmının, bölgenin gereksinim duyduğu kamu hizmetlerinde (yol, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yeşil saha, ibadet yeri ve karakol binası yapımı gibi) kullanılmak kaydıyla, idarenin kullanımına bedel ödenmeksizin

[2] Anayasa'nın "*Devletleştirme ve özelleştirme*" başlıklı 47. maddesine göre "*Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir. Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir.*". Sözü edilen yasal düzenleme ise 3082 sayılı *Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun*'dur.

[3] İstimval (rekizisyon), "*İdareye bazı menkullerin mülkiyetini veya istimal ve intifa hakkını gayrimenkullerin de istimal ve intifa hakkını, haklı bir tazminat mukabilinde, iktisap ettiren idari bir ameliyedir. Rekizisyonun istisnai bir şekli de askerlik mükellefiyeti dışında bedeni mükellefiyet şeklinde de görünmektedir.*". Bkz. Onar, S. Sami. İdare Hukukunun Umumi Esasları, III. Cilt, 3. Baskı, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, s. 1574.

[4] İdarenin mal edinme usullerine farklı başlıklar altında yer verilse de İdare Hukuku literatüründe genel olarak yukarıda sayılan usullerin incelendiği görülmektedir. Örneğin bkz. Gözler, Kemal/ Kaplan, Gürsel. *İdare Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2020, s. 640 vd.; Akgüner, Tayfun. *İdare Hukuku*, 9. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s. 838 vd.; Tan, Turgut. *İdare Hukuku*, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 632 vd.; Sancakdar, Oğuz/ Önüt, Lale Burcu, Us Doğan, Eser/ Kasapoğlu Turhan, Mine/ Seyhan, Serkan. İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 636 vd.; Ulusoy, Ali D. *Yeni Türk İdare Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 652 vd.; Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 627 vd.; Günday, Metin. *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 249 vd.; Kalabalık, Halil. *İdare Hukuku Dersleri (Cilt-II)*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 376 vd.

[5] Bu nedenle öğretide geçici işgal usulünü idarenin mal edinme usulü arasında sayılmaması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir. Bkz. Gözler/ Kaplan, s. 643. Bu farklı görüş, mülkiyet esasına dayalı nitelendirmenin bir sonucudur ve fakat geçici işgal her ne kadar geçicilik ve mülkiyet unsuru nedeniyle idarenin mal edinme usulleri arasında yer almamaktadır denilse de bizce geçici işgal, kamusal bir gereksinim ya da ihtiyaç için özel hukuk kişisinin mülkiyetine müdahale olarak bir mal edinme usulüdür.

geçmesi sonucunu doğuran düzenleme ortaklık payı[6] adı altındaki idari işlem, idarenin taşınmaz mal edinme usulüdür[7]. Yine Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesine göre, kamu tüzelkişilerinin ve kurumlarının sahip oldukları taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkına ihtiyaç duyan bir idare bedeli ödenmek ve devir amacı dışında kullanmamak kaydıyla bunların mülkiyetini elde edebilir. Bizce bu da idarenin kamulaştırma benzeri bir mal edinme usulüdür. Nitekim anılan maddenin 5. fıkrasında belirtildiği gibi, bu yolla devir alınan taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkı, sahibinden kamulaştırma yolu ile alınmış sayılır.

İdarenin mal edinme usullerinden biri olan kamulaştırma Anayasa'nın 46. maddesinde ifade edildiği gibi Devlet ve kamu tüzelkişilerinin kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre edinimidir. Kamulaştırma, bir yönden de Anayasa'nın 35. maddesiyle güvence altında olan mülkiyet hakkına kamu yararı amacıyla ve yasaya dayanılarak müdahaledir. Özel hukuk kişisinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malın bir kısmının ya da tümünün idarenin mülkiyetine geçmesi sonucunu doğuran bir idari işlem olarak kamulaştırma 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu ("2942 sayılı Kanun") ile düzenlenmiştir. Bu çalışmada ele alınan Anayasa Mahkemesi'nin ("AYM" ya da "Yüksek Mahkeme") bireysel başvuru kararlarında da belirtildiği gibi yasa koyucunun 2942 sayılı Kanun'da özel hukuk kişisinin mülkiyet hakkına müdahalenin kim tarafından, hangi gerekçeyle ve usulle yapılacağı hususları başta olmak üzere, kamulaştırmanın tüm aşamalarını sıkı biçimsel koşullara bağlamasının nedeni özel mülkiyetin korunmasına yönelik hukuki güvenliğin sağlanmasıdır ve bu yönüyle usule uygun kamulaştırma "*kamulaştırmasız el atma*" uygulaması karşısında kişilere "*hukuki güvenlik*" sağlamaktadır.

II. Kamulaştırmasız El Atma: Hukuki Niteliği, Terminoloji ve Uyuşmazlıkların Çözümü

İdarenin özel hukuk kişisinin mülkiyet hakkına müdahalesinin hukuken korunması, geçerli sayılması için müdahalenin kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ayrıca ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir[8]. İşte idarenin mülkiyet hakkına yasal/ kanuni dayanağı bulunmadan müdahalesi olarak tanımlanacak kamulaştırmasız el atma yasal dayanaktan o kadar yoksundur ki; "*idarilik*" vasfını tümüyle yitirmiş olan idari eylem, "*fiili yol*"a ya da "*haksız fiil*"e dönüşmüştür[9].

Kamulaştırmasız el atmanın hukuksal niteliği içtihatla ortaya konulmuştur. Bu kapsamda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 1956 ve 1959 yıllarında verdiği içtihadı birleştirme kararları[10] ile kamulaştırmasız el atmadan kaynaklanan ihtilaflar konusunda esasa ve usule ilişkin tespitlere yer verilmiştir[11]. İçtihadi görüş, kamulaştırmasız el atma durumunda "*amme teşekkülünün İstimlak Kanununa uygun hareket etmeden ferdin malını elinden almış olması sebebiyle kanunsuz bir harekette bulunmuş*" olduğundan söz ederken; uğranılan zararın giderilmesi için açılacak davanın "*Medeni Kanun hükümlerine giren mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini*" olacağını hüküm altına almaktadır. Bu halde idarenin eylemiyle taşınmaza fiilen el konulmuştur ve taşınmaz malikinin uğradığı zarar haksız fiil hükümlerine göre adli yargı yerlerinde tazminata konu edilmektedir.

---

[6] Düzenleme ortaklık payı kavramının hukuki niteliği hakkında geniş bilgi için bkz. Muratoğlu, Tahir. *Teşkilat, Planlama ve Uygulama Boyutlarıyla İmar Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 253 vd.; Sancakdar, Oğuz. *İmar Hukuku (Genel Esaslar)*, SB Net Yayınları, İzmir, 2020, s. 285 vd.; Kalabalık, Halil. *İmar Hukuku Dersleri*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 457 vd.; Sezer, Yasin/ Kalkan, Recep Emre/ Şahin, Mustafa Emre. *İmar Hukuku Dersleri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 124 vd.; Yıldız, Ferruh. *İmar Bilgisi (Planlama-Uygulama-Mevzuat)*, 12. Baskı, Nobel Yayınevi, Ankara, 2020, s. 272 vd.; Genç, Mustafa. *İmar Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 118-119.

[7] Aynı yöndeki görüş için bkz. Gözler/ Kaplan, s. 670.

[8] Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu, 2014/1546, T. 2.2.2017, Resmî Gazete Tarihi: 3.3.2017; Sayısı: 30016

[9] Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s.652; Gözler/ Kaplan, s. 668; Ulusoy, s. 657; Akgüner, s. 885-886; Tan, 644; Onar, s. 1558; Özay, İl Han. *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 744-745; Atay, Cevdet. *Türk Hukukunda Kamu Mallarının Hukuksal Durumu (Kazanma-Yararlanma-Yönetme-Koruma-Elden Çıkarma)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 81. Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarından hareketle konuyu ele alan Tarhanlı, kamulaştırmasız el atmanın özel hukuk değil, kamu hukuku konusuna girdiği görüşündedir. Müellif, "üzerinde herhangi bir bayındırlık eseri yapılıp bir kamu hizmetine özgülenmemiş bulunsa fiili yol veya mülke tecavüz gibi haksız eylem sayılabilecek şekilde başlayan sürecin daha sonra kamu yararının konusu ve gerçekleşme aracı haline dönüştüğü ayrık bir duruma" dönüşen kamulaştırmasız el atmanın kamu hukuku alanında mütalaa edilmesi gerektiğini dile getirmiştir. Bkz. Tarhanlı, İştar B. "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Kamulaştırmasız El Atma", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Sayı 1-3, Yıl 11, 1990, s. 41-47.

[10] YİBK, T. 16.5.1956, E. 1956/1, K. 1956/6; T. 16.5.1956, E. 1954/1, K. 1956/7; T. 11.5.1959, E. 17, K. 15, Yine bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, T. 14.6.1958, E. 1958/21, K. 1958/30.

[11] Kamulaştırmasız el atma, 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 9.10.1956 tarihinden sonrası için söz konusudur. Bu tarihten önceki el atmalar, 12.1.1961 tarihinde yürürlüğe giren 221 sayılı Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun ile kamulaştırıldığı kabul edilmiştir (bkz. md.1). Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s.654.

Yargıtay'ın anılan içtihadı birleştirme kararları istikrarlı biçimde kamulaştırma olmadan fiili el atmadan kaynaklanan tazminat davalarında uygulanmaktadır.

Kamulaştırmasız el atma kavramının nitelendirilmesinde içtihadi görüşün seyrinde önemli aşamalardan biri de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ("YHGK") 2010 yılında verdiği bir karar olmuştur. Bu kararda[12] kamulaştırmasız el atma durumunu *fiili el atmanın* yanında ayrıca, uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas yoluna gitmeyen idarenin, *malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılamaz hale getireceği ve dolayısıyla malikin taşınmazdan mülkiyet hakkının özüne uygun biçimde yararlanma olanağının kalmayacağı ve bu haliyle taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının hukuksal bir nedene dayanılmadan idarece engellendiği* biçiminde özetlenecek müdahalesinin de kamulaştırmasız el atma olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu durum literatürde "*hukuki el atma*" adıyla yer bulmuştur. Sonuç olarak YHGK, malikin kamulaştırmasız el koyma hükümleri doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesinin, başka deyişle idareden değer karşılığının ödenmesinin dava ikamesiyle istenilebileceğinin yolunu açmıştır.

Kamulaştırmasız el atma nihayetinde Kamulaştırma Kanunu'nda yapılan düzenlemeyle beraber yasal zemine de kavuşturulmuştur[13].

İdare Hukuku öğretisinde terminolojik yönden kamulaştırmasız el atma konusu "*hukuka uygun kamulaştırmasız el atma- hukuka aykırı kamulaştırmasız el atma*"[14], "*dolayısıyla kamulaştırma*"[15], "*alelâde kamulaştırmasız el atma- bayındırlık eserleri inşası nedeniyle kamulaştırmasız el atma*"[16], "*hukuki el atma-fiili el atma*"[17] ayrımları yapılarak incelenmektedir.

Hukuki el atma nedeniyle idari yargı yerlerinde açılan davalarda da YHGK'nun içtihadi görüşüne paralel biçimde uyuşmazlığın esası hakkında kararlar verilmiş[18] ve her iki yargı kolu (adli yargı ve idari yargı) arasında yaşanan görev sorununda ise Uyuşmazlık Mahkemesi, idari yargı lehine yorum yapmıştır[19].

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararları idari yargı lehine olsa da bu aşamada bir tespit olarak şunu belirtmek isteriz: Anayasa Mahkemesi'nin 20.12.2018 tarihli ve E. 2016/181, K.2018/111 sayılı kararıyla Kamulaştırma Kanunu'nun ek 1. maddesinin "*Bu süre içerisinde belirtilen işlemlerin yapılmaması halinde taşınmazların malikleri tarafından, bu Kanunun geçici 6. maddesindeki uzlaşma sürecini ve 3194 Sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemleri tamamlandıktan sonra taşınmazın kamulaştırmasından sorumlu idare aleyhine idari yargıda dava açılabilir.*" kısmı iptal edilmiş olmasını gerekçe gösteren Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 12.3.2020 tarihli ve E. 2019/11864, K. 2020/4518 sayılı kararında görevli yargı yerinin adli yargı olduğu sonucuna ulaşmaktadır.

Bu başlık altında son olarak, AYM ve Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin kararlarından hareketle, hukuki el atma davalarında adli ve idari yargı yerleri arasında görev uyuşmazlığının yaşanma olasılığının halen mevcut olduğu söylenebilir.

III. Bireysel Başvuru Kararlarında Kamulaştırmasız El Atma

A. Anayasa Mahkemesi'nin Hak İhlali Kararlarında Dayandığı Gerekçeler

AYM bireysel başvuru yoluyla önüne gelen uyuşmazlıklarda kamulaştırmasız el atma kavramına ilk kez Celalettin Aşçıoğlu Başvurusu[20] kararında yer vermiştir. Yüksek Mahkeme bu kararda "*hukuki güvenlik*

[12] YHGK, T. 15.12.2010, E. 2010/5-662, K. 2010/651.

[13] Özetle belirtmek gerekirse: Kamulaştırma Kanunu'na 2010 yılında eklenen Geçici Madde 6'da "*Kamulaştırmasız el koyma sebebiyle tazmin*" başlığı altında bir düzenleme yapılmıştı. Bu madde 2013 yılında başlığı ile birlikte tümden değiştirildi. Geçici Madde 6'nın 10. fıkrasında görevli yargı yeri idari yargı olarak belirlenmişti. Bu fıkra 2016 yılında 6745 Kanunun 34. maddesiyle mülga olmuştur. 6745 sayılı Kanunun 33. maddesiyle bu kez Kamulaştırma Kanunu'na Ek Madde 1 eklenmiştir. Ek Madde 1'in kimi hükümleri de Anayasa Mahkemesi'nin 20.12.2018 tarihli ve E. 2016/181, K.2018/111 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

[14] Ulusoy, s. 657; Sancakdar (İdare Hukuku)., s. 654. Hukuka uygun kamulaştırmasız el atmadan kastedilen "*düzenleme ortaklı payı*" adı altında tesis edilen arsa ve arazi düzenlemesi işlemidir.

[15] Akgüner, s. 885 vd.; Yayla, Yıldızhan. *İdare Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s.218.

[16] Gözler/ Kaplan, s. 667-668.

[17] Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s.656.

[18] Örneğin bkz. Danıştay 6. Daire, T. 22.10.2015, E. 2014/10590; T. 12.4.2016, E. 2016/289, K. 2016/1614; T. 20.12.2016, E. 2016/13035, K. 2016/9113.

[19] Uyuşmazlık Mahkemesi, T. 9.4.2012, E. 2011/238, K. 2012/63, Resmî Gazete Tarihi: 2.5.2012; Sayısı: 28280; T. 23.12.2019, E. 2019/609, K. 2019/814, Resmî Gazete Tarihi: 22.1.2020; Sayısı: 31016. Uyuşmazlık Mahkemesi, bir parselde fiili el atma ve hukuki el atmanın aynı anda gerçekleşmesi halinde ise uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevli olduğuna, yargılamanın salahiyeti ve usul ekonomisi gerekçesine dayanarak karar vermiştir. Bkz. T. 11.4.2016, E. 2016/160, K. 2016/207, Resmî Gazete Tarihi: 8.5.2016; Sayısı: 29706; T. 26.10.2015, E. 2015/708, K. 2015/711.

[20] Celalettin Aşçıoğlu Başvurusu, 2013/1436, T. 6.3.2014.

ilkesi[21]"nden hareketle kamulaştırmasız el atmanın idareye kamulaştırma işlemi yapmadan taşınmazı elde etme olanağı sağlayan, yasal dayanağı bulunmayan ve kamulaştırma ile kıyaslandığında daha az hukuki güvence sunan bir yöntem olduğu tespitinde bulunmuştur.

Atıf yapılan kararda AYM, kamulaştırmasız el atma kavramını nitelendirirken Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen "*temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması*" kuralı ışığında şu hususlara değinmiştir: Her ne olursa olsun idare tarafından isteyerek oluşturulmuş yasaya aykırı bir durumu hukuki olarak kabul etmeye ve idareye kanuna aykırı davranışından fayda sağlama olanağı sunmaya yol açılacak olması, anayasal (Anayasa md. 35 ve46) ve yasal (2942 sayılı Kanun) dayanaktan yoksun bir müdahale olarak kanunilik ilkesini ihlal etmektedir[22].

AYM anılan kararında ayrıca kamulaştırmasız el atılan taşınmazlarla ilgili olarak uzlaşma ve dava yoluna başvurma usulü nedeniyle dava harçlarını ödeme yükümlülüğüne maliklerin katlanacağı; ortada yasal zemine oturmuş bir kamulaştırma işlemi olmadığından, kullanılan taşınmazın devrini meşrulaştırma ve belli bir hukuki güvence sağlama olanağı sunan tek unsurun, idare tarafından kullanımın yasal olmadığını tespit eden ve bireylere "*kamulaştırmasız el atma nedeniyle tazminat*" ödenmesine hükmeden mahkeme kararı olduğuna vurgu yapmaktadır.

Sonuç olarak Yüksek Mahkeme, idarenin yasada belirlenen sıkı biçimsel kuralların ötesine geçme olanağı veren bu uygulamanın, *kişilere öngörülemez ve keyfi durumlarla karşılaşma tehlikesi* taşıdığı; yeterli derecede hukuki güvence sağlayacak ve usule uygun gerçekleştirilen bir kamulaştırmanın alternatifini oluşturacak nitelikte olmadığına hükmetmiştir. Bu tespit kanımızca "*hukuki belirlilik ilkesi*[23]" ile açıklanabilir.

Bu aşamaya kadar yer verilen bilgiler ışığında AYM'nin hak ihlali kararını esas olarak;

a. Hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırılık
b. Temel özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki anayasal ilke ve ölçütlerden biri olarak kanunilik ilkesine aykırılık

biçiminde özetleyebileceğimiz gerekçelere dayandırdığını görüyoruz. AYM'nin diğer bireysel başvuru kararlarında[24] da yukarıda en yalın haliyle verilen görüş ve saptamalar yinelenmiştir.

Diğer yandan gerek yukarıda atıf yapılan ilk kararda gerekse bildiride incelenen diğer bireysel başvuru kararlarında yer verilen hukuksal görüşün çerçevesi çizilirken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ("AİHM") içtihatlarına da değinilmiştir. En genel anlatımla belirtmek gerekirse AİHM kamulaştırmasız el atmanın, kamu makamlarına olağan kamulaştırma usulünü göz ardı etme olanağı tanımakta olduğu ve bu durum da mülk sahipleri yönünden öngörülemez veya keyfi sonuçlara yol açacağı; bu uygulamanın benimsenmesinin hukuka aykırı olan fiili bir durumun onaylanması anlamına geldiği özellikle vurgulanmıştır. AİHM bu sebeplerle uygulanan söz konusu mekanizmanın yeterli derecede hukuki belirlilik sağlamadığına işaret etmiştir. AİHM sonuç olarak hukuka dayalı olmadığından mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Sözleşmenin ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlaline karar vermektedir[25].

[21] Hukuki güvenlik, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yaptığı işlemlerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Danıştay 12. Daire E. 2017/3198 K. 2018/1443 T. 5.4.2018; Danıştay 2. Daire, E. 2016/7265, K. 2018/1950, T. 26.3.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[22] Yüksek Mahkeme anılan karara konu somut uyuşmazlıkta başvurucuya ait taşınmazın bir bölümüne dere ıslah çalışması kapsamında idarenin ihmali sonucunda kamulaştırmasız el atmasının mülkiyet hakkının ihlali saymıştır.

[23] Hukuki belirlilik, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek biçimde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini gerektirir. Hukuki belirlilik, kişilerin hukuk güvenliğini korumakla birlikte idarede istikrarı da sağlayan bir işlevi bulunmaktadır. Bkz. AYM, E. 2005/5, K. 2008/93, T. 17.4.2008 (Resmî Gazete, Tarih: 5.11.2008; Sayı: 27045).

[24] Örneğin bkz. Burhan Keskin ve Diğerleri Başvurusu, 2017/30851, T. 16.9.2020; Mahmut Keskin Başvurusu, 2017/30396, T. 13.2.2020; Şevket Karataş Başvurusu, 2015/12554, T. 25.10.2018; Emel Kaynar ve Diğerleri Başvurusu, 2013/3667, T.10.06.2015; Hüseyin Ünal Başvurusu, 2017/24715, T. 20.9.2018.

[25] Bkz. Papamichalopoulos ve Diğerleri/Yunanistan (B. No: 14556/89, 24.6.1993); Guisso-Gallisay/İtalya (B. No: 58858/00, 22.12.2009); Belvedere Alberghiera S.r.l/İtalya (B. No: 31524/96, 30.10.2003); Carbonara ve Ventura/İtalya (B. No: 24638/94, 11.12.2003); Scordino/İtalya kararı (B. No: 36813/97, 29.3.2006); Pasculli/İtalya kararında (B. No: 36818/97, 4.12.2007); Kahyaoğlu ve Diğerleri/Türkiye (B. No: 37203/05, 31.5.2016).

B. Anayasa Mahkemesi'nin Önerisi ve İnsan Hakları Eylem Planlarında Kamulaştırmasız El Atma

AYM her somut olayın kendine özgü koşullarını değerlendirmek suretiyle kamulaştırmasız el atmayı mülkiyet hakkına müdahale kapsamında ele almaktadır. AYM, kamulaştırmasız el atmanın kanunilik, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerini ihlal ettiği tespitine yer vermekle birlikte, bununla yetinmeyip kamulaştırmasız el atma uygulamasının ülkemizde yapısal bir sorun oluşturduğuna dikkat çekmekte ve bu uygulamaya son verilmesi bakımından yasa ve ikincil düzenlemelerle öngörülen tedbir ve düzenlemelerin gerçekleştirilmesini önermektedir.

Bilindiği üzere 2014 yılında hazırlanan *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planı*[26] mülkiyet hakkı ihlallerinin önlenmesi başlığındaki amaç ve hedefler arasında "*idarelerin kamulaştırmasız el atma yoluna başvurmalarının önlenmesi için gerekli düzenlemelerin yapılması*"na yer verilmişti. Böyle olmakla birlikte gelinen bu aşamada kamulaştırmasız el atma usulüne başvurulmasının önüne geçecek etki ve sonucu doğuracak yasal ve ikincil düzenlemelerin hayata geçirilemediğini müşahede etmekteyiz. Politika belirleyicilerinin bu alanda yaşanan hak ihlallerinin varlığını kabulü veya farkındalığı önemli olmakla birlikte 2021 yılı İnsan Hakları Eylem Planı'nında konunun tekrar edilmesi, mülkiyet hakkı ihlali olarak tescillenmiş kamulaştırmasız el atma konusunda çözüm odaklı hukuksal düzenlemeler yapılması gerekliliğini bir kez daha ortaya koymaktadır.

2021 yılı Eylem Planı'nın "*Mülkiyet Hakkının Daha Etkin Korunması*" başlıklı 7 no'lu Amaç başlığı altında *Kamulaştırma Uygulamalarından Kaynaklı Mülkiyet Hakkı İhlallerinin Önlenmesi* Hedef 7.1.'de kamulaştırmasız el atma konusunda şu hususlar kayda geçmiştir:

a. Kamulaştırmasız el atma gibi mülkiyet hakkına yönelik mevzuat ya da uygulamadan kaynaklı müdahalelere karşı valilikler nezdinde idari bir başvuru yolu getirilecek.
b. Kusuru bulunan kamu görevlilerine idari yaptırım uygulanacak.
c. Kamulaştırmasız el atma eylemlerinden kaynaklı davaların öncelikle görülmesi ve malikin uğradığı zararların en hızlı şekilde ve gecikmeksizin tazmini sağlanacak.
d. Bu davalarda yargılama harç ve giderleri ile vekâlet ücretinin ilgili idareye yükletilmesine ilişkin düzenleme yapılacak.

Bu hedeflerin uygulamaya geçirilmesi önem taşımakla birlikte asıl olan, hukuka bağlı idare anlayışının tesis edilmesine matuf normatif düzenlemelerin uygulanma yeteneğinin olması ve bunların tatbikinde istikrar sağlanmasıdır. Bu durumun, mülkiyet hakkının etkin biçimde korunmasına katkı sağlayacağı bizce muhakkaktır. Mülkiyet hakkı ihlallerinin giderilmesi hedefiyle mevzuatta yapılması düşünülen ve yukarıda yer verilen düzenlemelerin, kamulaştırmasız el atmadan kaynaklanan zararın nakden tazmin edilmesiyle meşrulaştırmanın ötesine geçecek nitelikte olmadığını düşünüyoruz.

IV. Değerlendirme ve Sonuç

Bu çalışmada incelenen AYM kararlarına konu somut olaylarda, kamulaştırmasız el atma nedeniyle başvurucuların derece mahkemelerinde uğranılan zararlarının karşılığı olarak maddi tazminata hükmedilmesinin, mülkiyet hakkının ihlal edildiği ve yasal dayanağı bulunmayan bu uygulamanın "*hukuken meşru*" kabul edilmesine olanak vermeyeceği belirtilmiş olmasına karşın Yüksek Mahkeme'nin, Anayasa'nın 35. maddesinin ihlal edildiği yönündeki kararlarının sonuçlarının etki ve kuvvetinin ne olduğu konusu üzerinde durulmalıdır.

AYM kararlarının hüküm kısmına bakıldığında görüleceği gibi ihlale neden olan idareler ile derece mahkemelerine ihlal kararlarının "*bilgilendirme amacıyla*" gönderilmesine karar verilmektedir. Kimi kararlarda da (örneğin 2017/30851 no'lu karar) başvurucu lehine manevi tazminata da hükmedilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekirse, kamulaştırmasız el atmadan doğan davalarda uğranılan zarar "*nakdi tazminat*" yoluyla giderilmekte ve adli yargı yerlerinde görülen davalarda (fiili el atmadan kaynaklanan) taşınmazın idare adına tesciline karar verilmektedir. Bu durumda taşınmazına ister fiili ister hukuki el atma yoluyla müdahale edilen kişinin hukuka aykırılığın giderilmesi amacıyla elindeki tek seçenek tazminat davası ikame etmesidir. Taşınmaza el atma kamulaştırma usulüyle yapılsaydı bu durumda malik, dava açma seçeneğini kamulaştırma işleminin iptali yönünde kullandığında idare mahkemesinin

[26] Resmî Gazete, Tarih: 1.3.2014; Sayı: 28928.

hukuka uygunluk denetiminin sonucunda kamulaştırmanın iptaline karar verilebilirdi. Bu durumda esasen idari işlemin hukuka aykırı olup olmadığı beş unsur yönünden (yetki, şekil, sebep, konu ve amaç) irdelenmekte ve sonuç olarak mülkiyete yönelik müdahalenin yargısal denetimini yapılabilmektedir.

Bilindiği üzere bireysel başvuru üzerine yapılan denetimde, hak ihlalinin olup olmadığına karar verilmekte; ihlal kararı verilmesi durumunda ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlerin neler olduğu gösterilmektedir. Buna göre hak ihlali bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için "*yeniden yargılama yapılması*" için karar ilgili mahkemeye gönderilebilir ya da somut uyuşmazlığın niteliği gereği yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaması durumunda ise başvurucu lehine "*maddi ve/veya manevi tazminata hükmedilebilir*" ve yine başvurucuya "*genel mahkemelerde dava açılması yolu*" gösterilebilir[27]. Yine 6216 sayılı Kanun gereği (bkz. md.66) AYM kararları yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.

AYM kimi ihlal kararlarında başvurucunun maddi zararının derece mahkemesi kararıyla giderilmiş olması nedeniyle sadece manevi tazminat kararı vermekle birlikte tespit edilen ihlali, yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul etmemektedir. Bu haliyle kamulaştırmasız el atma uygulaması deyim yerindeyse ve Yüksek Mahkeme aksini söylese de olağan kamulaştırma usulünün bir alternatifi olmaya maalesef devam ettiği görülmektedir. Diğer yandan benzer ihlallerin bir daha yaşanmaması amacıyla taşınmaza müdahale eden ilgili kamu kurum ve kuruluşlara hak ihlali kararlarının bilgilendirme amacıyla gönderilmesinin uygulamaya etkisinin ne yönde olacağı da tartışmaya açıktır.

İnsan hakları eylem planlarında ve/veya bireysel başvuru kararlarında kamulaştırmasız el atma yoluyla mülkiyete hukuken meşru olmayan biçiminde müdahaleden söz edilse dahi bizce müdahalenin ilk aşamasında taşınmaza tecavüzün tüm unsurlarıyla ortadan kaldırmaya dönük ve bu bağlamda eski hale iade sonucu doğuran yargısal denetimin sağlanması üzerinde durulabilir.

Kaynaklar

Akgüner, Tayfun. İdare Hukuku, 9. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2021
Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil. Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020
Atay, Cevdet. Türk Hukukunda Kamu Mallarının Hukuksal Durumu (Kazanma-Yararlanma-Yönetme-Koruma-Elden Çıkarma), Yetkin Yayınları, Ankara, 2020
Genç, Mustafa. İmar Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015
Gözler, Kemal/ Kaplan, Gürsel. İdare Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2020
Günday, Metin. İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011
Kalabalık, Halil. İdare Hukuku Dersleri (Cilt-II), 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019
Kalabalık, Halil. İmar Hukuku Dersleri, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019
Muratoğlu, Tahir. Teşkilat, Planlama ve Uygulama Boyutlarıyla İmar Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021
Onar, S. Sami. İdare Hukukunun Umumi Esasları, III. Cilt, 3. Baskı, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966
Özay, İl Han. Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004
Sancakdar, Oğuz. İmar Hukuku (Genel Esaslar), SB Net Yayınları, İzmir, 2020
Sancakdar, Oğuz/ Önüt, Lale Burcu, Us Doğan, Eser/ Kasapoğlu Turhan, Mine/ Seyhan, Serkan. İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019
Sezer, Yasin/ Kalkan, Recep Emre/ Şahin, Mustafa Emre. İmar Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021
Tan, Turgut. İdare Hukuku, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020
Tarhanlı, İştar B. "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Kamulaştırmasız El Atma", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Sayı 1-3, Yıl 11, 1990
Ulusoy, Ali D. Yeni Türk İdare Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020
Yayla, Yıldızhan. *İdare Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009
Yıldız, Ferruh. İmar Bilgisi (Planlama-Uygulama-Mevzuat), 12. Baskı, Nobel Yayınevi, Ankara, 2020

[27] Bkz. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, ("6216 sayılı Kanun"), md. 50

İDARİ YAPTIRIMLARIN ANAYASALLIĞI VE İDARENİN TAKDİR YETKİSİ

Eda YILDIZ[1]

Öz

İdarenin takdir yetkisi, idareye hukukun gerekliliklerine uymaktan kaçınması için alan açan bir kurum olarak anlaşılabilmektedir. Ne var ki, bu kurum, hukuk içerisinde tanımlanmış ve ilkeleri belirlenmiş bir hukukî kurumdur. Başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere, anayasada ve yasalarda belirlenmiş ilkeler, takdir yetkisinin kullanımı için bir yol haritası oluşturmaktadır. Tüm idari işlemlerde olduğu gibi, idari yaptırımlarda da hukukun idareye tanıdığı bir takdir alanı bulunmaktadır. Bu alan, konu ve sebep unsurlarıyla sınırlıdır. Burada kamu yararı amacını gerçekleştirmek ve hizmet gereklerine uygunluk ve tüm diğer anayasal ilkeler idare tarafından dikkate alınmak durumundadır. Aksi takdirde takdir yetkisi kullanılarak gerçekleştirilen işlem ulusal hukuka ve uluslararası sözleşmelere aykırı olabilecektir. Bu çalışma, idari yaptırımlarda takdir yetkisinin kullanılması ile keyfî uygulamalara öngörülmesi zor sebeplerle başvurulması arasında, bulunması hukuk güvenliği açısından zorunlu olan farkı açıklamak gayesiyle yapılmış olup, idarenin takdir yetkisinin ve idari yaptırımların hukuki rejimleri, konuyla ilgili yüksek mahkeme ve Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları rehberliğinde ele alınmıştır. Çalışmanın ilk bölümünde, hukuk devleti tarihsel ve düşünsel değişimleri takip edilerek incelenmiş ve hukuk devletinde idari yargının konumu ile denetim sınırları ortaya konmuştur. İkinci bölümde idarenin yargısal denetiminin bir sınırı olarak takdir yetkisinin ne anlama geldiği ve idari işlemin hangi unsurlarında ortaya çıkabileceği yargı makamlarının yaklaşımları ve öğreti görüşleri çerçevesinde incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise idari yaptırımların hukuki rejimi açıklanmış, anayasal ilkeler üzerinden idari yaptırımlarda takdir yetkisinin anayasal çerçevesinin belirleniş biçimi yargı kararları aracılığıyla irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İdari Yaptırımlar, İdarenin Takdir Yetkisi, Ölçülülük İlkesi, Hukuk Devleti.

[1] Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-2682-6770, E-posta: bogaeda77@gmail.com

CONSTITUTIONALITY OF ADMINISTRATIVE SANCTIONS AND DISCRETIONARY POWER OF ADMINISTRATION

Abstract

The discretionary power of the administration can be understood as an institution that opens up space for the administration to avoid complying with the requirements of the law. However, this institution is an institution which is restricted and has principles defined in law. Principles determined in the constitution and laws, especially the rule of law, constitute a road map for the use of discretionary power. As in all administrative acts, there is a discretion area granted to the administration by law in administrative sanctions. This area is limited by subject and cause elements. Here, the administration must comply with the public interest, service requirements and all other constitutional principles which are nonignorable. Otherwise, the administrative act performed using discretionary power may be against national law and international conventions. This study was carried out to explain the difference between the use of discretionary power in administrative sanctions and resorting to arbitrary implementations for reasons that are difficult to foresee, in terms of legal security, and the legal regimes of the administration's discretionary power and administrative sanctions were discussed under the guidance of the relevant high court and constitutional court decisions. In the first part of the study, the rule of law is analyzed by following its historical and intellectual changes and the position of the administrative judiciary in the rule of law and the boundaries of control are revealed. In the second part, the meaning of the discretionary power as a limit of the judicial control of the administration and in which elements of the administrative act it can arise are examined within the framework of the approaches and doctrinal views of the judicial authorities. In the third part, the legal regime of administrative sanctions is explained, and the way of determining the constitutional framework of discretionary power in administrative sanctions based on constitutional principles is examined through judicial decisions.

Keywords: Administrative sanctions, the discretion of the administration, the principle of proportionality, the rule of law.

BAKANLIKLARIN POLİTİKA KURULLARI KARŞISINDA KONUMLARI

Kübra İmran DİLER[1]

Öz

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda 16.04.2017 tarihli 6771 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiş, bu yeni hükümet sistemin getirisi pek çok değişiklik idari teşkilata da sirayet etmiştir. Yürütmenin yeni sistemdeki tek kanatlı yapısına uygun olacak biçimde, değişiklik öncesi düalist yürütme yapısında yer alan birçok makam ve organın niteliğinde değişim yaşanmıştır. İdari teşkilatta yapılan değişiklikler neticesinde önceki teşkilat yapısından farklı olarak en yüksek idari amiri cumhurbaşkanı olan ve en alttaki memura kadar dikey biçimde inen, piramite benzer bir idari teşkilat yapısı ortaya çıkmıştır. Ortaya çıkan bu yeni yapıdan konumu belki de en çok etkilenenler bakanlar olmuştur. Önceki sistemde olduğu gibi bakanlara bağlı olarak örgütlenen bakanlık teşkilatının görev alanları öncekine benzer olmakla beraber yeni sistemde cumhurbaşkanına da bağlı hale gelmişlerdir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi sonrası idari teşkilatın iskeletini oluşturmak amacıyla çıkarılan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 22 ve devamı maddelerinde "politika kurulu" adı verilen yeni birimler kurulduğu görülmektedir. Bu birimlerin uzmanlık alanları yanında çeşitli görev ve yetkileri de bakanlıkları anımsatmaktadır. Yeni kurulmuş bir sistemde henüz ortaya çıkmamış olsa da bu iki birim arasındaki benzerliğin ilerde belli konularda yetki çatışması yaratması ihtimali göz ardı edilmemelidir. Genel idare hukuku kitaplarının çoğunda bu iki birimden Politika Kurullarının danışmanlık görevi yerine getirdiği; diğer taraftan bakanlıkların ise Cumhurbaşkanınca ilgili kamu hizmetinin uygulayıcısı oldukları ifade edilmektedir. Dolayısıyla aslında bunların gerek görevli oldukları süreçlerin hem de sahip oldukları yetkilerin farklı olduğu ifade edilmektedir. Ancak bu iki birime ilişkin hukuki düzenlemelerde, sözü edilen ayrım konusunda açık ifadelere rastlanmamaktadır. Hukuki düzenlemelerde açıklık olmayan durumlara ilişkin olası çatışma halinde, bu birimlerden hangisinin tercih edileceğine ilişkin hukuki belirsizlik mevcuttur.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, politika kurulları, bakanlıklar, idari teşkilat.

[1] Araştırma Görevlisi; Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İdare Hukuku Anabilim Dalı; kiartan@erbakan.edu.tr; ORC ID: https://orcid.org/0000-0003-2221-2197

Abstract

By the amendments made in the Constitution of Turkish Republic by Law No. 6771 on 16.04.2017, new government system which called "presidential government system" has been adopted and this new system brought many changes in the administrative organization with it. Many positions and organs of former executive system's quality has changed in accordance with the new single winded structure of government. As a result of the changes made in the administrative organization a pyramid-like administrative structure has emerged differ from previous one that the president of the republic is the highest administrative chief. That new structure maybe most affected the position of ministers. As in the previous system, the duties of the ministries under the ministers are similar to the previous ones, but in the new system they have become dependent on the president of the republic, too.

In the article 22 and the followings of Presidential Decree No.1 -which aims to form basic structure of administrative organization- it has established new units called "policy councils". Beside their professions, these units are similar to the ministries in their duties and powers too. Although there is no problem about the limits of those two units' power in the future, the possibility of conflict between policy councils and ministries should not be ignored. Most books on general administrative law state that policy councils act like counselor unlike the ministries' act like practitioner of the policies determined by president of the republic. So, they claim the differency between the process that they are authorized and by the powers they have. But in legal regulations, it has not found any clear statements about the distinction between these units as said. The lack of regulation about possible conflicts creates a legal uncertainty which can occur in the future.

Keywords: Presidential government system, policy councils, ministries, administrative organization.

ALMAN İDARE HUKUKUNDA BELİRSİZ HUKUKİ KAVRAMLAR MESELESİ

Dursun ÇELİK[1]

Öz

İdarenin işlemlerinde kanuna dayanması, hukuk devleti ve demokrasi ilkelerinin bir gereğidir.[2] İdarenin kanuna dayanması ilkesi, idarenin kural olarak sadece parlamentoların çıkaracakları kanunlarla kendisinin yetkilendirildiği durumlarda işlem yapabilmesi anlamına gelmektedir.[3] Ancak ne var ki kanunlarda, bu yetkilendirme yapılırken her zaman aynı netlikte ve anlaşılırlıkta ifadeler kullanılmaz. Bazı ifadeler herkes tarafından anlaşılabilecek düzeyde netlikte ve açıklıkta iken (örneğin zaman ve yer bildiren ifadeler), kimi ifadelerin anlaşılması için bir hukuki bilgiye ihtiyaç duyulur (mülkiyet, imar gibi kavramlar).[4] Fakat kanunların kullandığı ve idari işlemin sebep unsurunu oluşturan bazı kavramlar vardır ki, onların anlaşılması için bir yoruma ihtiyaç duyulur (mesela; kamu güvenliği, kamu düzeni, genel ahlak gibi kavramlar). Belirsiz hukuki terimlerin kullanılması, belirlilik ilkesi anlamında sorunlu görülse de, kanun koyucu her hayat olayını önceden öngöremeyeceği ve çok katı bir şekilde düzenleyemeyeceği için bu tür kavramların yasalarda olması kaçınılmazdır.

Bu tür belirsiz hukuki kavramların somut olayda kullanılabilmesi için, idarenin yorumuna ihtiyaç duyulur.[5] İdarenin somut olaydaki bu yorumunun – yani belirsiz hukuki kavramın kullanılmasının–, idare mahkemesi tarafından tamamıyla denetlenip denetlenemeyeceği ve isabetsiz bulunan kullanımlarda mahkemece bir yorum yapılarak idarenin kararını kaldırıp yerine kendi yorumunu ikame edip edilemeyeceği hususu idare hukuku yargısı ve doktrininde tartışma konusu olmuştur.[6] Alman İdare Hukuku doktrininde bazı yazarlar[7] tarafından savunulan bir görüşe göre; yasa koyucu belirsiz hukuki kavramları kullanmakla idareye bir değerlendirme alanı açmıştır ve bu alan mahkeme tarafından sadece sınırlı bir şekilde kontrol edilebilir. Bu görüşü savunanların gerekçelerinde küçük farklılıklar olsa da üçü de aynı sonuca varmaktadırlar. Özetle bu yazarlara göre; bu kavramların somut olaylarda kullanılması noktasında en yetkin olan, o konuda belirli deneyim ve bilgi sahibi ve somut idari problemlere en yakın olan idaredir. Bu bakımdan idarenin kararlarının mahkeme tarafından tamamıyla kontrol edilmesi amaca uygun değildir.

Buna karşılık yargı kararlarında prensip olarak sınırlı kontrol görüşünün (her belirsiz hukuki kavramın idareye bir değerlendirme alanı verdiği görüşü) kabul edilmediği gözlemlenmektedir.[8] Dogmatik olarak yargının bu görüşü Alman Anayasa'sının 19. maddesinin 4. fıkrasında[9] hüküm altına alınan hukuki koruma garantisine dayanmaktadır.[10] Ayrıca erkler ayrılığı prensibi de idarenin efektif olarak yargı tarafından denetlenmesini emretmektedir.[11]

Genel olarak idarenin belirsiz hukuki kavramlar noktasında bir değerlendirme alanı olmadığı kabul edilse de bazı istisnai durumlarda bu değerlendirme alanının varlığı kabul edilmektedir. Değerlendirme alanının olduğu noktasında tartışma olmayan ilk husus, kanunun bu alanı idareye açıkça bırakması

---

[1] Öğretim Üyesi Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı ORC ID: 0000-0003-0568-1653

[2] Maurer, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht,* 18. Baskı, Verlag C.H. Beck, Münih, 2011, s. 124-125.

[3] Detterbeck, Steffen. Allgemeines Verwaltugnsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 10. Baskı, Verlag C.H. Beck, Münih 2012, s. 76.

[4] Detterbeck, s. 110.

[5] Erbguth,Wilfried/ Guckelberger, Annette. *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht,* 10. Baskı, Nomos Verlag, Baden Baden, 2020, s. 226.

[6] Maurer, s. 153.

[7] Bachof, Otto. " Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht'' *JuristenZeitung* , 20. Februar 1955, 10. Jahrg., Nr. 4, s. 97-102; Ule, Carl Hermann, ''Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht'' *Festschrift für Walter Jellinek,* s. 309; Wolff, Hans Julius, *Verwaltungsrecht,* 7. Baskı, , Verlag C.H. Beck, Münih, 1968, s. 167.

[8] Erbguth/Guckelberger, s. 227.

[9] Bir kamu erki tarafından hakları ihlal edilmiş olan herhangi bir şahsa yargı yolu açıktır. Farklı bir yetki tesis edilmedikçe, olağan yargı yoluna başvurulur. 10. maddenin 2. fıkrasının 2. cümlesi hükmü saklıdır.

[10] Detterbeck, s.113, dn. 30.

[11] Vgl. BVerfGE 64, 261 (279).

durumudur (normatif yetki öğretisi olarak adlandırılır).[12] Bunun dışında da yargı kararlarında aşağıdaki durumlarda idareye değerlendirme alanı tanınmış ve idarenin belirsiz hukuki kavramı yorumlamasının kontrolü sınırlı tutulmuştur:[13]

a) Sınav ve sınav benzeri kararlar

b) Kamu görevlileri hukukundan kaynaklanan yeterlilik ve performans değerlenmesi

c) Yüksek kişisel profesyonel deneyim gerektiren kararlar

d) Tahmin kararları ve risk değerlendirmeleri (özellikle çevre ve ekonomi hukukunda)

Anahtar Kelimeler: İdarenin Kanuna Dayanması, Belirsiz Hukuki Kavramlar, İdarenin Değerlendirme Alanı, Yargı Denetimi

[12] Erbguth/Guckelberger, s. 228

[13] Erbguth/Guckelberger, s. 228

THE PROBLEM OF INDEFINITE LEGAL TERMS İN GERMAN ADMINISTRATIVE LAW

Abstract

The principles of the rule of law and democracy require that the administration bases its actions on the law. The reservation of the law states that the administration may only act if there is a legal (authorization) basis for this. However, the laws do not always use clear terms. Some norms general clause-like statements, so-called indefinite legal terms (for example, concepts such as public order, public security and general morality).

For the application of these indefinite terms, the interpretation of the authority is required in the specific case. It is controversial whether the administrative courts made the officially Interpretation, ie the subsumption of a concrete state of affairs under one (such) indefinite legal term, are allowed to fully control and are entitled to apply an indefinite application which they consider to be incorrect Replace the legal term with your own decision. According to a view in German administrative literature, only limited judicial control is possible when using the indefinite terms. Because the legislature is the administration through the use of indefinite legal terms to self-responsible, judicial has only authorized decisions that can be checked to a limited extent.

On the other hand, the case rejects only limited scope for official discretion that can be controlled by the court in principle. This view of the jurisprudence is dogmatically based on Article 19 (4) of the Constitution. Furthermore, the principle of the separation of powers requires effective control of the administration by the courts.

Although it is generally assumed that indefinite legal terms do not allow the administration any leeway to judge, there are a few exceptions. It is undisputed that the administration has a margin of appreciation if the law expressly provides this. In addition, the administration has scope for assessment in the following case group awarded:

a) Examination and examination-like decision

b) Civil service decisions

c) Decisions that require a high level of personal professional experience

d) Forecast decisions and risk assessments

Keywords: Reservation of The Law, İndefinite Legal Terms, Margin of Judgement, Judicial Control.

TÜRK İDARE HUKUKUNDA İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN UYGULANMASI VE DÖNÜŞÜMÜ

A. Kürşat ERSÖZ[1]

Öz

Kamu hizmeti sunum biçimlerinden birisi olarak kabul edilen imtiyaz sözleşmeleri, 19. Yüzyıldan günümüze kadar varlıklarını muhafaza etmiştir. Ancak zaman içerisinde kamu hizmetinin tanımı, kapsamı ve sunumunda meydana gelen gelişmelerin de etkisiyle dönüşüm geçirdiği kuşkusuzdur. Çalışmada, imtiyaz sözleşmesinin geçmişteki özellikleri ile günümüzdeki durumu karşılaştırmalı olarak izah edilecek, öneriler sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Hizmeti, İmtiyaz, Finansman, İdari Sözleşmeler.

[1] Doç. Dr. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, akersoz@akdeniz.edu.tr, ORC ID Numarası: 0000-0002-7773-3152.

Abstract

Concession contracts, which are accepted as one of the forms of public service provision, have preserved their existence since the 19th century. However, it is doubtless that it transformed over time with the effect of the developments in the definition, scope and provide of the public service. In the study, the past characteristics of the concession agreement will be explained in comparison with the current situation and suggestions will be presented.

Keywords: Public service, Concession, Financement, Administrative Contracts.

GİRİŞ

İmtiyaz, Türk İdare Hukukunda kamu hizmetinin özel hukuk kişilerince yürütülmesi bakımından kabul edilen klasik yöntemlerinden birisidir. Kamu hizmeti, bir değerdir. Dolayısıyla da dünyada ve ülkemizde ortaya çıkan yeni ihtiyaçlar ya da idareden olan yeni hizmetlerin ifası talepleri, idarenin görev yelpazesini çeşitlendirdiği gibi, kamu hizmetinin görülmesinde de bir takım yeniliklerin gelişimine de sebebiyet vermektedir. İmtiyaz usulü ya da sözleşmesi, her ne kadar çıkışındaki ana ilke ve esasları muhafaza ediyor olsa da, yeni görünüm biçimleri ile tartışılmaya devam edilen bir terim olma özelliğini muhafaza etmektedir. Çalışma kapsamında, kamu hizmetinin görülme yöntemlerinden birisi olarak imtiyazın gelişiminden bahsedilerek, günümüzdeki durumu ve gerekliliği tartışılmaya çalışılacaktır.

I. İMTİYAZ SÖZLEŞMESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

İmtiyaz usulünün ilk defa bağımsız bir müessese olarak ortaya çıkması, 1910 yılında Fransız Danıştay'ının Therond kararı ile olmuştur. Buna göre başıboş köpeklerin yakalanıp denetim altına alınması işi bir kişi ile il idaresi arasında yapılan sözleşme çerçevesinde devredilmiştir[2].

İngiltere, Almanya ve Osmanlı'da da örnekleri görülen benzer uygulamalara, "büyük imtiyazlar dönemi" [3] olarak adlandırılan 1800'lü yılların sonlarından başlayıp 1980'lere kadar imtiyaz usulü genel bir yöntem olarak tercih edilmiştir. Osmanlı yönetiminde 1850'lerden itibaren uygulanma alanı bulan imtiyazın hukuksal yönünden çok mali yönü ağırlık kazanmış, bu nedenle şartnameler, padişah iradeleri dışında normatif bir düzenleme yapılmamıştır[4]. Normatif düzenleme yapılabilmesi ancak II. Meşrutiyet döneminde mümkün olabilmiştir. 10 Haziran 1326 (M. 23 Haziran 1910) tarihli Menafi-i Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun'un çıkarılmasıyla, artık imtiyaz işleminin hukukî çerçevesi, bu dönemde oluşturulmuştur[5].

1924 Anayasasının 26 ncı ve 55 inci maddelerinde, imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay'ın görüşü alındıktan sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) onayı ile verilmesi düzenlenmişti. 1961 Anayasası ise TBMM'nin imtiyaz sözleşmelerini onaylama yetkisini kaldırmış ve Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşme tasarıları üzerindeki görev ve yetkisini de görüş bildirme olmaktan çıkartıp, inceleme haline dönüştürmüştür. 1982 Anayasasında ise Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki inceleme yetkisi ilk başta aynen korunmuş (AY m. 155) ancak 13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanun ile Anayasanın 155 inci maddesinin 2 nci fıkrasında yapılan değişiklik ile Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşme tasarıları üzerindeki inceleme yetki ve görevi salt düşünce (görüş) bildirme şeklinde düzenlenmiştir. Yine Danıştay

[2] Morand-deviller, Cors de Droit Administratif, s. 487 (akt. Karahanoğulları, Onur, *Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim,* Ankara 2015, s. 327). İmtiyaz usulünün ne zaman ortaya çıktığı ile ilgili farklı önermeler vardır. Buna göre Akıllı'ya göre İmtiyaz usulü, 1782 yılında Paris'in su dağıtımı işinin Perier Kardeşler'e verilmesi, uluslararası ilk büyük yatırım olarak 19. yüzyılda Fransız, İngiliz ve Avusturya'nın oluşturduğu bir konsorsiyumun Mısır Hükümeti'nden, Süveyş Kanalı'nın 99 yıllık işletme imtiyazını alması yap-işlet-devret örneği olarak gösterilmiştir (Akıllı, Hüsniye, "Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap İşlet Devret Yöntemine: Yasal Serüven", *Sayıştay Dergisİ,* sy. 89, Nisan - Haziran 2013, s. 95). Fakat verilen örnekler, esasında yap-işlet-devret'in değil, imtiyaz sözleşmesi örnekleridir. Ancak biz, müessese olarak ortaya çıkışını baz almayı tercih ettik.

[3] Karahanoğulları, s. 327.

[4] Örsten Esirgen, Seda, "II. Meşrutiyet Meclis Tutanaklarına Göre Menafii Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun'un Kabulü", *AÜHFD,* 60 (4) 2011, s. 937.

[5] Düstur, II. Tertip, C. II, s. 362-365. Bahse konu kanunun çıkma nedeni Lynch meselesidir. Hüseyin Hilmi Paşa Hükümeti'nin 1908 yılının Aralık ayında Meclise sunmadan İngiliz Lynch Şirketi ile Osmanlı gemicilik şirketinin birleştirilerek, bu şirkete Fırat ve Dicle nehirlerinde vapur işletme imtiyazını vermesi, Bağdat Mebusu İsmail Hakkı Bey ve bir grup mebusun 16 Teşrinisani 1325 (M. 29 Kasım 1909) tarihinde gensoru önergesi sunmalarına neden olmuştur. Bunun üzerine imtiyazların meclis onayına sunulmaksızın verilmesi mümkün olmaktan çıkarılmıştır. Hüseyin Hilmi Paşa, Lynch meselesiyle ilgili gensoruyu cevaplandırdıktan sonra, Meclis-i Mebusan'dan güvenoyu almasına rağmen, 28 Aralık 1909 tarihinde istifa etmiştir. (Örsten Esirgen, s. 942).

Kanunu'nun 24. Maddesine göre imtiyaz sözleşmelerinden doğan davalarda Danıştay ilk derece mahkemesi olarak sayılmıştır.

24 Ocak 1980'de alınan kararlar, ardından Özal iktidarı ile beraber İngiltere'de "Thatcherism" olarak adlandırılan ve 1980'li yıllarda uygulanmaya başlayan liberalleşme hareketleri ile kamu hizmetlerinin sunumu, kamu yararı kavramı, devletin ekonomideki etkinlik derecesi sorgulanmış, paradigma değişimine gidilmiştir. İngiltere'de bu gelişim "Private Finance Initiative-PFI (Özel Sektör Finansman Girişimi)" adı ile literatüre geçmiştir[6]. 1923'ten itibaren o döneme kadar oldukça sınırlı sayıda uygulanan imtiyaz usulü[7], artık daha sık gündeme gelmiş, siyasal iktidar tarafından kullanımı yaygınlaştırılmak istenmiştir. Altyapı projeleri mahiyetindeki yatırım ve hizmet projelerinin Yap İşlet Devret modeli ile gerçekleştirilmeleri amacıyla, enerji sektörü için 1984 yılında 3096 sayılı, Karayolları için ise 1988 yılında 3465 sayılı (4947 sayılı Kanun ile değişik) kanunlar çıkarılmıştır. Bu kanunlar ile enerji de dâhil olmak üzere altyapı faaliyetlerinin yap-işlet-devret ve işletme hakkının devri modelleri çerçevesinde yapılmasının yolu açılmıştır. Akabinde, aynı modelin elektrik enerjisi dışındaki sektörlerde de gerçekleştirilebilmesi için 1994 yılında 3996 sayılı Kanun çıkarılmıştır. İmtiyaz sözleşmelerinin Danıştay incelemesinden geçirilmesi zorunluluğu, idari sözleşme olduğu ve bu nedenle de idari yargı denetimine tabi olması, tahkime müsait olmayışı nedeniyle istenilen etkiyi yaratamadığından yap-işlet-devreti düzenleyen normlar, KHK'ler yoluyla yapılmaya çalışılmış ancak Anayasa Mahkemesi ve Danıştay ile Hükumet arasında süregelen ihtilaflar vücut bulmuştur.

13 Ağustos 1999 tarihinde Anayasa'nın 47. ve 125. maddelerinde değişikliğe giderek idari imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi tutulabileceği ve söz konusu sözleşmeler bakımından ulusal ve uluslararası tahkimin geçerli olduğu esasını benimsenmiştir. 4501 ve 4686 sayılı Kanunlarda ise yabancılık unsuru geniş tanımlanarak imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkime başvurma olanağı alabildiğince genişletilmiştir. Söz konusu düzenlemeler neticesinde Türk mahkemelerinin yargılama yetkisi ulusal ve uluslararası tahkim karşısında önemli ölçüde daralmıştır[8].

II. GÜNÜMÜZDE İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ VE UYGULANMASI

İmtiyaz sözleşmeleri, özellikle dünyadaki gelişmelerin de etkisiyle, 1980'li yıllarda yeniden keşfedilmiştir. Bu keşfin yeniden yapılmasında idarenin kamu hizmetlerini hızlı, etkin şekilde ifa isteği ile personel, zaman ya da bilgi, tecrübe eksikliği nedeniyle kendisinin yerine getirememesi yahut da kendisinin yerine daha kalifiye muhataplarının yerine getirmesinin kamusal faydaya daha uygun olacağı düşünceleri etkendir. İlaveten imtiyaz sözleşmelerinin idare karşısındaki muhataplarının nitelik bakımından yüksek olmalarının yanı sıra, yüksek sermaye birikimine sahip olmaları nedeniyle, kamuya finansman sağlama, istihdam, teknoloji transferi, yabancı yatırımlar nedeniyle uluslararası kredi derecelendirme kurumlarındaki itibarın yükselmesi gibi somut etkilere de sahip olması, imtiyaz sözleşmelerinin tercih edilebilirliğinin nedenleri arasındadır. İmtiyaz sözleşmeleri, 1923'ten 1980'lere kadar şüphe ile yaklaşılan uygulanması ciddi yasal koşullara bağlı, yürütmenin hareket alanının yasal sınırlandırmalarla denetim altında tutulduğu bir kurum olmuştur[9]. Örneğin TBMM onayı, Danıştay incelemesi, imtiyazcının yabancı firma olamaması, yargısal denetimin Danıştay'ca yapılması, tahkim koşulunun kabul edilmemesi, sözleşmenin yapılış ve uygulamasında idare hukuku kurallarının uygulanması, yerel otoritelerce yapılan imtiyaz sözleşmelerinde merkezi yönetimin onayının alınması,

[6] Çal, Sedat, Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramı, *AÜHFD.,* c. 51, sy. 2, 2002, s. 165.

[7] Cumhuriyet Dönemindeki imtiyaz uygulamalarının en önemlileri, Çukurova Elektrik A.Ş."a (ÇEAŞ) , 1326 tarihli Kanun uyarınca alınan 25.06.1953 tarihli ve 4/1017 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Bayındırlık Bakanlığı tarafından inşa edilen Seyhan Barajı Hidroelektrik Santrali"nin devri, santralde elektrik enerjisi üretimi, üretilen enerjinin Çukurova Bölgesi"nin Seyhan İlçesi ve İçel vilayetleri ile diğer muhtaç yerlerine nakli ve mevcut ve kurulacak işletmelere ile tüketimleri 500 kWh"yi geçen sanayi müesseselerine toptan satışı imtiyazı verilmesi ile Kepez ve Antalya Havalisi Elektrik Santralleri Elektrik A.Ş."ye (KEPEZ) 1326 tarihli Kanun uyarınca alınan 18.08.1956 tarih ve 4/7828 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı10 ile Antalya ve havalisinin enerji ihtiyacını karşılamak üzere Antalya" da Kepez mevkiinde bir hidroelektrik santrali ve diğer lüzumlu tesislerin kurulması, istihsal edilecek elektrik enerjisinin Antalya İli dâhilindeki şehir ve kasabalarla diğer istihlak merkezlerine enerji nakil hatları ve transfarmatörler tesisi suretiyle nakli ve belediyelerce işletmeler ve diğer enerji müstehliklerine toptan satışı imtiyazı verilmesidir (Aslan, Erol/ Yavaş, Özcan, "Çukurova Elektrik A.Ş. ve Kepez ve Antalya Havalisi Elektrik Santralleri A.Ş. İmtiyaz Sözleşmeleri ve Sözleşmelerin Feshi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi,* 2012, c. 15, sy. 1., s. 117-166).

[8] Dursun, Hasan, "Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır", *TBB Dergisi,* 2016 (125), s. 142.

[9] İmtiyazın geçerli hukuk sistemimize göre uygulanmasını sağlayan çeşitli konularda çıkarılan farklı kanunların yürürlükte olduğunu söyleyebilmemiz mümkündür. En başta yukarıda da izah ettiğimiz Menafi-i Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun ile 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 10. Maddesi, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15/ e, f, g bentlerinde sayılan hizmetlerin gördürülmesi işleri, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun 15. Maddesinde sayılan işlerin imtiyaz yoluyla da gördürülebileceğine ilişkin kurallar geçerliliğini korumaktadır (Sezginer, Murat, "İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci", *GÜHFD.*, c. XI, sy. 1-2, 2007, s. 1084 vd).

imtiyaz usulüne Osmanlı'nın son dönemlerindeki olumsuz tecrübelerinin ülkedeki etkisiyle oluşan menfi düşüncelerinin sonuçlarıdır[10]. Ancak 1980'lerden sonra izahı yapılan gerekçeler doğrultusunda imtiyaz usulünün uygulanmasındaki sınırlamalar, ülkede siyasal iktidarı elinde bulunduran otoriteler ile yargı ve idare hukuku doktrini arasında, gerilim sahası oluşturmuştur. Yürütme erkini elinde tutan iktidarlar, imtiyazın daha esnek yapılabilmesi, Danıştay denetiminin kaldırılması, idare hukukunun değil özel hukuk kurallarının uygulanmasını, tahkim şartı konulabilmesi gibi araçların imtiyaz sözleşmelerinde varlığının kabul edilmesini arzu etmişler ve büyük ölçüde de başarılı olmuşlardır. İlk başlarda Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin başlayan Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları ile gelişen tartışmalar, yeni imtiyaz modellerinde (Kamu Özel Ortaklığı, Görevlendirme, İşletme Hakkının Devri, GSM Operatörleri, İnternet altyapısına ilişkin ihaleler vb) de devam edegelmiştir.

SONUÇ

Mevcut koşullarda da ortaya çıkan yeni sözleşme tiplerini ya da idarenin uygulamalarının tanımını, özelliklerini, hukuki rejimini, yargısal denetim usul ve araçlarını saptayabilmek çok da kolay olmamaktadır. Oysa ki olması gereken, idarenin yürütmek zorunda olduğu, asli görevi olan kamu hizmetlerini uhdesinde tutarak, özel hukuk kişilerine devrini en son çare olarak düşünmesi, üretimi, hizmet sunumunu kendisinin planlaması ve yerine getirmesi, kamu hizmeti alanını sermayeye değil; kamunun elinde tuttuğu ünitelere teslim etmesi, kamu yararı düşüncesine daha uygundur[11]. Pandeminin dünyaya bizde yarattığı en önemli farkındalıklardan birisi, kamu hizmetinin planlı, merkezi, eşit, adaletli, etkin, akılcı yollarla sunumunun önemidir. İmtiyaz ve bize göre imtiyazın farklı görünümleri olan yap-işlet, yap-işlet-devret, kamu özel ortaklığı, görevlendirme vb sözleşmeleri, kendilerinden beklenen hizmetin kaliteli sunumu, finansman sağlanması, teknoloji ve üretim transferi gibi temel noktalarda beklentiyi karşılayamamıştır. Devletin kamu hizmeti sunmaktan imtina etmesi, bu sahayı özel hukuk kişilerine terk etmesi, etkinlik, verimlilik, karlılık gibi işletme terimleri ile hareket etme düşüncesi içerisinde olması, ulus devlet düşüncesine uygun değildir. Çünkü kamu hizmeti düşüncesi, idare hukukunun ve bireyin hukuksal güvenceye sahip olmasının çıkış noktasıdır. Bu nedenle idarenin kamu hizmeti sunmasının asıl; özel hukuk kişilerinin idare adına kamu hizmeti ifasının son derece sınırlı ve belli şartların gerçekleşmesi halinde kabulünün daha uygun bir yöntem olacağı düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

AKILLI, Hüsniye, "Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap İşlet Devret Yöntemine: Yasal Serüven", *Sayıştay Dergisi,* sy. 89, Nisan - Haziran 2013.
ASLAN, Erol/ YAVAŞ, Özcan, "Çukurova Elektrik A.Ş. ve Kepez ve Antalya Havalisi Elektrik Santralleri A.Ş. İmtiyaz Sözleşmeleri ve Sözleşmelerin Feshi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi,* 2012, c. 15, sy. 1.
ÇAL, Sedat, Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramı, *AÜHFD.,* c. 51, sy. 2, 2002.
DURSUN, Hasan, "Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır", *TBB Dergisi,* 2016 (125).
KARAHANOĞULLARI, Onur, *Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim,* Ankara 2015.
ÖRSTEN ESİRGEN, Seda, *Osmanlı Devleti'nde Yabancılara Verilen Kamu Hizmeti İmtiyazları,* Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
ÖRSTEN ESİRGEN, Seda, "II. Meşrutiyet Meclis Tutanaklarına Göre Menafii Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun'un Kabulü", *AÜHFD,* 60 (4) 2011.
SEZGİNER, Murat, "İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci", *GÜHFD.*, c. XI, sy. 1-2, 2007.
ULER, Yıldırım, "Anayasa Hukukunda Ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti", *Anayasa Yargısı Dergisi,* c. 15, 1998.

[10] Osmanlı Dönemi'nde verilen yabancı imtiyazlar konusunda bkz. Örsten Esirgen, Seda, *Osmanlı Devleti'nde Yabancılara Verilen Kamu Hizmeti İmtiyazları,* Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

[11] "Kamu hizmeti belirsiz değildir, gördüğünüz zaman tanırsınız" (Uler, Yıldırım, "Anayasa Hukukunda Ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti", *Anayasa Yargısı Dergisi,* c. 15, 1998, s. 254).

YÜKSEK YARGI KARARLARI IŞIĞINDA İDARİ DAVALARDA BİR DAVA ŞARTI OLARAK SÜBJEKTİF EHLİYET

Murat Buğra TAHTALI[1]

Öz

Türk hukukunda dava açmak için genel ehliyet şartları (taraf ehliyeti) Türk Medeni Kanunu'na göre hem hak ehliyetine hem fiil ehliyetine sahip olmak olmaktır. Ancak idari yargıda görülen iptal davaları ile tam yargı davalarında taraf ehliyetine sahip olmak için bazı ek şartlara ihtiyaç duyulmaktadır. 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere bu ek şartlar iptal davaları için "menfaat ihlali", tam yargı davalarında ise "kişisel hakların muhtel olması" olarak belirlenmiştir.

Kanun'un 2. maddesinde idari yargıda görülen dava türlerini açıklamak için yapılan tanımların arasına gizlenen bu ek dava şartları doktrinde "sübjektif ehliyet" olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte, idari davalarda taraf ehliyetine ek şartlar getiren bu sübjektif ehliyet koşullarının ayrıntıları, öncelikle Fransız Danıştay'ının, sonrasında oradaki içtihatlardan etkilenerek yeni içtihatlar ortaya koyan Türk Danıştay'ının belirlediği kriterlerle şekillenmektedir. Dolayısıyla idarenin yaptığı eylem ve / veya işlem ne denli haksız olursa olsun, hukuka aykırılık veya kusur iddialarının idari yargı organlarınca değerlendirilebilir bulunması, öncelikle bu sübjektif ehliyet şartının gerçekleşmesine bağlıdır.

Bu çalışmada, yüksek yargı organlarının içtihatları göz önünde bulundurularak idari davalar için öngörülen bu sübjektif ehliyet şartları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İdari Yargılama Hukuku, Sübjektif Ehliyet, Dava Şartı, İptal Davası, Tam Yargı Davası.

[1] Dr. Öğr. Üyesi; İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, bugra.tahtali@inonu.edu.tr,.ORC ID: 0000-0003-2459-9938

SUBJECTIVE CAPACITY TO SUE ON ADMINISTRATIVE CASES AS A CONDITION OF CASE IN THE LIGHT OF HİGH JUDICIAL DECISIONS

Abstract

In Turkish Law, acording to Turkish Civil Code, general conditions for capacity to sue are to have both capacity to rights and capacity to act. However for action of nullity case and full remedy action, which are seems in administrative juristiction, some additional conditions are needed. As a clearly stated in article 2 of Administrative Trial Procedure Law No. 2577, these additional terms has been determined that “breach of interest” for action of nullity cases and “damage to perconel rights” for full remedy actions.

These additional case conditions hidden among the definitions made in order to explain the types of cases seen in the administrative jurisdiction in article 2 of the Law is defined as "subjective competence" in the doctrine. However, the details of these subjective conditions of case, which bring additional conditions to the party license in administrative case are shaped by the criteria determined first by the French Council of State and then by the Turkish Council of State, which is influenced by the case law therein and introduces new case law. Therefore, regardless of how unjust the act and / or action taken by the administration, finding the allegations of illegality or defect to be evaluated by the administrative judicial bodies depends primarily on the fulfillment of this subjective capacity to sue requirement.

In this study, these subjective capacity to sue requirements for administrative cases will be analyzed, taking into account the case law of higher judicial bodies.

Keywords: Administrative Procedure Law, Subjective Capacity To Sue, Condition Of Case, Action Of Nullity Case, Full Remedy Action

İDARİ YARGI KARARLARI IŞIĞINDA İŞYERİ AÇMA VE ÇALIŞMA RUHSATI VERİLMESİ VE VERİLEN RUHSATLARIN İPTAL EDİLMESİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRME VE TESPİTLER

Hüseyin BİLGİN[1]

Öz

İşyeri açmak ve çalıştırmak isteyen kişilerin bu iş için ilgili idarelerden izin almaları gerekmektedir. Bu izinlerin hangi kişilerden ne şekilde alınacağı konusu, 3572 sayılı Kanun ve İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik ile düzenleme altına alınmıştır. Anılan düzenlemelerden 3572 sayılı Kanunda, kanun kapsamına girmeyen işyerlerine yer verilmiştir. Bunu, işyeri açma ve çalışma ruhsatı vermeye yetkili makamlara, işyeri açma ve çalışma ruhsatı verilme şartlarına ve son olarak da ruhsat verilen yerlerin denetlenmesine ilişkin düzenlemeler takip etmektedir.

3572 sayılı Kanun, iş yeri açma ve çalışma ruhsatına ilişkin genel hükümleri göstermiştir. Ancak konu ayrıntılı olarak, işyeri açma ve çalışma ruhsatlarına ilişkin yönetmelikte düzenlenmiştir. Sunumumuzu konusunu da bu iki temel mevzuatta düzenlenen hükümler oluşturmaktadır.

Gerek işyeri açma ve çalışma ruhsatı verilmesi talepli başvuru üzerine tesis edilen işlemler, gerekse mevcut işyeri açma ve çalışma ruhsatının iptaline ilişkin işlemler birer idari işlemdir. İdari işlem olması nedeniyle idari yargı yerlerinin denetimine tabi tutulmuştur. İşyeri açma ve çalışma ruhsatına ilişkin mevzuat hükümleri uyarınca tesis edilen işlemlere karşı da işlemin tebliğinden itibaren 60 gün içinde iptal davası açılabilir. Bu davalarda, ilk derece mahkemesinin vereceği kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilecektir. İstinaf makamın vereceği kararlar ise temyiz yoluna başvuru yapılabilen istisnai dava türlerinden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sunumumuzda işyeri açma ve çalışma ruhsatına ilişkin davalarda gerek Danıştay gerekse bölge idare mahkemelerince verilen kararlar ele alınıp incelenmiştir. Anılan kararlardan hareketle, idareler tarafından ne gibi hukuka aykırılıklar yapıldığına dair tespitler yapılmıştır. İdarelerin işyeri açma ve çalışma ruhsatlarına ilişkin mevzuatı yorumlamasında yapılan hatalar ve yanlışlıklar saptanmıştır. Anılan hata ve yanlışlıkların giderilmesi adına ilgili idarelerin yapması gereken hususlara ilişkin öneri ve tavsiyelere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İşyeri açma ve çalışma ruhsatı, idari yargı, idare mahkemesi, idari işlem, Danıştay

[1] Dr, Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Daire Üyesi, huseyinbilgin22@hotmail.com; ORCİD: 0000-0003-1887-792X

EVALUATIONS AND DETERMINATIONS ON THE ISSUANCE AND REVOCATION OF BUSINESS ESTABLISHMENT AND WORKING LICENSES IN THE LIGHT OF ADMINISTRATIVE JUDICIAL DECISIONS

Abstract

Persons who want to establish and run a business must obtain permission from the relevant administrations. From which persons and how these licenses can be obtained is regulated by Law No. 3572 and the Regulation on Business Establishment and Working Licenses. Among the aforementioned regulations, Law No. 3572 includes businesses that are not covered by the law. This is followed by regulations regarding the authorities authorized to issue business establishment and working licenses, the conditions for granting business establishment and working licenses, and finally, the inspection of licensed places.

Law No. 3572 provides general provisions regarding business establishment and working licenses. However, the issue is regulated in detail in the Regulation on Business Establishment and Working Licenses. The subject of our presentation is the provisions regulated in these two basic legislations.

Both the actions taken upon an application requesting a business establishment and working license to be issued, as well as the actions regarding the revocation of existing business establishment and working licenses are administrative actions. Since it is an administrative act, it is subject to administrative jurisdiction. A revocatory action can also be filed against actions taken in accordance with the provisions of the legislation regarding business establishment and working licenses within 60 days after the notification regarding the action has been served. In these cases, an appeal may be filed against the decisions of the court of first instance. The decisions of the court of appeal appear as one of the exceptional types of cases that can be appealed before the Council of State.

In our presentation, the decisions made by both the Council of State and the regional administrative courts regarding the lawsuits in respect to business establishment and working licenses have been examined and discussed. Based on the aforementioned decisions, it has been determined what kind of unlawful actions have been taken by the administrations. Mistakes and inaccuracies in the interpretation of the legislation on business establishment and working licenses by the administrations were detected. Suggestions and recommendations were made regarding the measures to be taken by the relevant administrations in order to eliminate the aforementioned errors and mistakes.

Keywords: Business establishment and working license, administrative jurisdiction, administrative court, administrative action, Council of State

İDARE LEHİNE VEKÂLET ÜCRETİNİN MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKINA ETKİSİ

Oğuzhan GÜZEL[1]

Öz

2018 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin[2] 13. maddesi uyarınca konusu para olan veya parayla değerlendirilebilen davaların reddi halinde davacı aleyhine nispi vekâlet ücretine hükmedilmekteydi. Adalet Bakanlığı bu düzenlemeye karşı iptal davası açmıştır. Danıştay 8. Dairesi ilgili düzenlemenin yürütmesini durdurmuştur[3]. 8. Dairenin kararına ilişkin itiraz, İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından reddedilmiştir[4]. Danıştay 8. Dairesi kararının gerekçesinde, maddi tazminat talebiyle açılan davalarda kabul edilen tazminat miktarının önemli kısmının vekâlet ücreti olarak "davalı idareye ödenmesi sonucunu doğuran" düzenlemenin açılan tazminat davasını davacı açısından anlamsız hale getirdiğini ve bazı olaylarda davacıyı dava açılmadan önceki hukuki durumundan daha kötü bir duruma girmesine neden olduğunu vurgulamıştır. Bu karar sonrasında Türkiye Barolar Birliği, bir değişiklik yayınlamıştır[5]. Ancak Türkiye Barolar Birliği aynı düzenlemeyi 2019 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde[6] yapmamıştır. Adalet Bakanlığı 2019 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesindeki aynı düzenlemeye karşı tekrar iptal davası açmıştır. Danıştay 8. Dairesi yine aynı gerekçelerle söz konusu düzenlemenin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir[7]. Türkiye Barolar Birliğinin karara ilişkin itirazı da İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından tekrar reddedilmiştir[8]. Bu karar sonrasında Türkiye Barolar Birliği 2019 tarifesinde ilgili değişiklikleri yapmıştır[9]. Türkiye Barolar Birliği, 2020 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ni de Danıştay kararına uygun bir şekilde yayınlamıştır[10].

Tam yargı davasının reddi halinde idare lehine nisbi vekâlet ücretine hükmedilmesi mahkemeye erişim hakkına aykırıdır. Türkiye Barolar Birliğinin 2019 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi ile Danıştayın yürütmenin durdurulması kararı verdiği düzenlemeye geri dönmesi mahkemeye erişim hakkı ihlalinin sürmesine sebep olmuştur.

Danıştay 8. Dairesinin içtihadı sonrasında Türkiye Barolar Birliği, konusu para olan veya parayla değerlendirilebilen bütün davalarda davanın reddi halinde davacı aleyhine nisbi vekalet ücretine hükmedilmesine son vermiştir. Türkiye Barolar Birliğinin bu kararı Danıştay kararı doğrultusunda idare lehine vekalet ücretinin ayrı düzenlenebileceğini yorumlayamaması sebebiyle yanlış olmuştur.

Danıştay içtihadı iptal davalarında da idare lehine vekâlet ücretinin farklı (daha düşük) belirlenebileceği düşüncesini kuvvetlendirmektedir. "İdari uyuşmazlıkların kendine özgü niteliği" bu düşüncenin en temel dayanağıdır.

Anahtar Kelimeler: Mahkemeye Erişim Hakkı, İdari Yargılama Hukuku, Yargılama Giderleri, Vekâlet Ücreti, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi.

[1] Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İdare Hukuku Anabilim Dalı, E-mail: oguzel@ankara.edu.tr, ORCID ID: https://orcid.org/0000-0003-1957-1412

[2] 2018 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi için bakınız 30/12/2017 günlü ve 30286 sayılı Resmi Gazete.

[3] Danıştay 8. Dairesinin 25/01/2018 tarihli ve E.2018/453 sayılı yürütmenin durdurulması kararı.

[4] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 11/10/2018 tarihli ve 2018/648 YD İtiraz no.lu kararı. .

[5] Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde Değişiklik Yapılmasına Daire Tarife için bakınız 29/12/2018 günlü ve 30640 sayılı Resmi Gazete.

[6] 2019 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi için bakınız 02/01/2019 günlü ve 30643 sayılı Resmi Gazete.

[7] Danıştay 8. Dairesinin 20/05/2019 tarihli ve E. 2019/145 sayılı kararı yürütmenin durdurulması kararı.

[8] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun.18/12/2019 tarihli ve 2019/1037 YD İtiraz no.lu kararı.

[9] Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde Değişiklik Yapılmasına Daire Tarife için bakınız 07/12/2019 günlü ve 30971 sayılı Resmi Gazete.

[10] 2019 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi için bakınız 02/01/2020 günlü ve 30996 sayılı Resmi Gazete.

THE EFFECT OF COUNSEL'S FEE IN FAVOR OF ADMINISTRATION ON RIGHT OF ACCESS TO COURT

Abstract

Per Article 13[11] of Minimum Attorneyship Fee Tariff in 2018, courts would rule for partial counsel's fee against the plaintiff if the issue is money or measurable in monetary terms is rejected. The Ministry of Justice filed an annulment action against it. 8th Chamber of Council of State adopted a motion of stay of execution for the relevant regulation[12]. An appeal to the resolution of the 8th Chamber is rejected by the Plenary Session of Administrative Law Chambers[13]. The 8th Chamber of Council of State in justification of the decision emphasized that the regulation, which "paves the way for payment of substantial part of counsel fee to the defendant administration" of the appropriate compensation in material compensation cases, makes it insignificant for the plaintiff, and results in putting the plaintiff in a worse situation than the pre-case situation in some circumstances. Following this resolution, the Union of Turkish Bar Associations has published an amendment[14]. However, the Union of Turkish Bar Associations did not make the same revision in the Minimum Attorneyship Fee Tariff in 2019[15]. The Ministry of Justice filed an annulment action against the same regulation in the 2019 Minimum Attorneyship Fee Tariff. 8th Chamber of Council of State adopted a motion of stay of execution for the relevant regulation with same rationale[16]. The appeal of the Union of Turkish Bar Associations was rejected by the Plenary Session of Administrative Law Chamber[17]. Following this resolution, the Union of Turkish Bar Associations has amended the relevant 2019 tariff[18]. Union of Turkish Bar Associations published the 2020 Minimum Attorneyship Fee Tariff in line with the Council of State resolution[19].

Ruling a partial counsel's feel for the administration if the full remedy action is rejected contradicts the right of access to a court. Union of Turkish Bar Associations' reverting to the regulation to which Council of State adopted a motion of stay of execution with 2019 Minimum Attorneyship Fee Tariff has paved the way for maintaining the violation of the right of access to a court.

Following the 8th Chamber of Council of State jurisprudence, the Union of Turkish Bar Associations put an end to ruling partial counsel's fee against the plaintiff if the issue is money or measurable in monetary terms is rejected. Such resolution of Union of Turkish Bar Associations is wrong since it does not interpret that counsel's fee could be regulated individually for the administration per the resolution of Council of State.

The jurisprudence of the Council of State strengthens the notion that counsel's fee for the administration can be stipulated differently (lower) in action for annulment, as well. "Unique nature of the administrative dispute" is the fundamental reasoning behind it.

Keywords: Right of Access to Court, Administrative Jurisdiction, Court Expense, Counsel's fee, Minimum Attorneyship Fee Tariff.

[11] Please see Official Gazette on 30/12/2017 and no 30286 for 2018 Minimum Attorneyship Fee Tariff.

[12] 8th Chamber of Council of State decision on the motion of stay of execution on 25/01/2018 and E.2018 / 453 no.

[13] Decision of the Plenary Session of Administrative Law Chambers on 11/10/2018 and appeal no 2018/648 YD.

[14] Please see Official Gazette on 29/12/2018 and no 30640 for Tariff to Amend the Minimum Attorneyship Fee Tariff.

[15] Please see Official Gazette on 02/01/2019 and no 30286 for 2019 Minimum Attorneyship Fee Tariff.

[16] 8th Chamber of Council of State decision on the motion of stay of execution on 20/05/2019 and E.2019/ 452 no.

[17] Decision of the Plenary Session of Administrative Law Chambers on 18/12/2019 and appeal no 2019/1037 YD.

[18] Please see Official Gazette on 07/12/2019 and no 30971 for Tariff to Amend the Minimum Attorneyship Fee Tariff.

[19] Please see Official Gazette on 02/01/2020 and no 30996 for 2019 Minimum Attorneyship Fee Tariff.

FRANSIZ DANIŞTAYI'NIN DANIŞMA GÖREV VE YETKİSİ

Pınar YAĞCI[1]

Öz

Fransız Danıştayı'nın tarihi kökenlerinin 13. Yüzyıla kadar uzandığı belirtilmektedir. Ancak bugünkü hali ile doğrudan bağının 13. Louis'den 14. Louis'ye kadar var olan "idari monarşi"nin Kral Konseyi (le Conseil du roi de la "monarchie administrative") ile kurulabileceği ifade edilmektedir. Bu Konseyin hem idari hem de yargısal görevleri bulunmaktaydı. Fransız İhtilali'nden sonra 13 Aralık 1799 tarihli Anayasa ile (la Constitution du 22 frimaire) Kral Konseyi yapısal olarak değiştirilerek Fransız Danıştayı kurulmuştur. 1799 yılındaki düzenlemesi ile Fransız Danıştayı'nın karar taslaklarını hazırlamak ve sunmak gibi idari görevleri bulunmaktaydı. Bunun yanında üst idari makam niteliğinde "idari zorlukları çözmek" görevi düzenlenmişti. Ancak bu dönemde Fransız Danıştayı'nın kararlarının uygulanabilmesi için İmparator'un bu kararlara uygulama gücü – bir nevi onay - vermesi gerekmekteydi, bu duruma "tutuk adalet" ismi verilmektedir. Günümüzde Fransız Danıştayı halen hem idari hem de yargısal görevlerini korumaktadır, ancak kararlarının herhangi bir makamın onayına tabi olmaksızın ifa edilme yeteneği mevcuttur.

Günümüzde Fransa Cumhuriyeti mevzuatı uyarınca, Fransız Danıştayı'na danışılmasının zorunlu olduğu üç durum bulunmaktadır. Bunlardan ilki Fransız Anayasası'nın 39. Maddesi uyarınca kanun taslakları açısından öngörülmüştür. Kanun taslaklarının Bakanlar Kurulu tarafından karara bağlanmasından ve Parlamentoya sunulmasından önce Fransız Danıştayı'nın görüşünün alınmasının zorunludur. İkinci durum ise tüzük taslakları bakımından Fransız Anayasası'nın 38. Maddesi gereğince Fransız Danıştayı'na başvuru zorunluluğu vardır. Tüzük taslaklarının Bakanlar Kurulu tarafından karara bağlanmasından önce Fransız Danıştayı'na sunulma zorunluluğu bulunur. Son olarak ise bazı yönetmelikler için de mevzuatta Fransız Danıştayı'na danışma zorunluluğu getirilmiştir.

Fransız Danıştayı'na ihtiyari başvuru yolu 2008 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile kabul edilmiştir. Fransız Anayasası'nın 39. Maddesi uyarınca parlementerler tarafından sunulan kanun teklifleri üzerine Parlamento ya da Senato başkanı Fransız Danıştayı'nın görüşünü almak üzere başvurabilir. Bunun yanında Hükümetin her zaman bir mevzuat metni için Fransız Danıştayı'na görüşünü almak üzere başvurması mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Fransız Danıştayı, İdari Görev, Danışma

[1] Arş. Gör., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi. ORC ID: 0000-0002-9201-1270

ADVISORY DUTY AND AUTHORITY OF THE FRENCH COUNCIL OF STATE

Abstract

It is stated that the historical roots of the French Council of State date back to the 13th century. However, it is stated that its direct link can be established with the Council of the King (le Conseil du roi de la "monarchie administrative") of the "administrative monarchy" that existed from Louis XIII to Louis XIV. This Council had both administrative and judicial duties. After the French Revolution, with the Constitution dated December 13, 1799 (la Constitution du 22 frimaire), the Council of the King was structurally changed and the French Council of State was established. With its arrangement in 1799, the French Council of State had administrative duties such as preparing and presenting decision drafts. In addition, its duty of "solving administrative difficulties" was arranged as a supreme administrative authority. However, in this period, in order for the decisions of the French Council of State to be implemented, the Emperor had to give the power to implement for these decisions - a kind of approval -, this situation is called "retained justice". Today, the French Council of State still have both administrative and judicial duties, but its decisions can be executed without the approval of any authority.

Today, in accordance with the legislation of the French Republic, there are three situations that it is mandatory to consult the French Council of State. The first of these is foreseen in terms of draft laws in accordance with Article 39 of the French Constitution. Before the draft laws are decided by the Council of Ministers and submitted to the Parliament, it is obligatory to take the opinion of the French Council of State. In the second case, there is an obligation to apply to the French Council of State in accordance with Article 38 of the French Constitution in terms of draft statutes. The draft statutes are obliged to be submitted to the French Council of State before being decided by the Council of Ministers. Finally, for some regulations, it is obligatory to consult the French Council of State according to French legislation.

The voluntary application to the French Council of State was accepted with the Constitutional amendment made in 2008. In accordance with Article 39 of the French Constitution, the President of the Parliament or the Senate may apply for the opinion of the French Council of State upon bill of law submitted by the parliamentarians. In addition, it is always possible for the government to apply to the French Council of State for its opinion for a legislative text.

Keywords: French Council of State, Administrative Duty, Consultation

ŞEHİR HASTANELERİ ÖZELİNDE KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ YÖNTEMİNİN İDARE HUKUKU AÇIINDAN İNCELENMESİ

Gencer K. KARAGENÇ[1]

Öz

Devletin piyasanın koşullarından ayrı kalarak gerçekleştirdiği mal ve hizmet üretimlerine kamu hizmeti adı verilir. Devletler kamu hizmetlerini bizzat kendileri gerçekleştirebilecekleri gibi bunları gözetimleri altındaki özel kişilere de ürettirebilirler. Bir başka ifadeyle, kamu hizmetleri en temelde kamu eliyle ve özel eliyle olmak üzere iki şekilde yerine getirilebilir.

Kamu eliyle yerine getirme usulünde; kamunun kendi personel, malvarlığı ve bütçesiyle mal ve hizmet üretimi gerçekleştirmesi söz konusudur. Bu yönteme emanet adı verilir. Bundan farklı olarak yukarıda da belirtildiği üzere özel kişiler eliyle de kamu hizmetleri gördürülebilmektedir. Özel kişiler kamu hizmetlerini yerine getirirken, bunu bir izin vasıtasıyla (ruhsat) yapabilecekleri gibi bir sözleşme aracılığıyla da yapabilirler. Ruhsat usulünde tekel niteliğinde olmayan bir kamu hizmetinin idareden alınan bir izin vasıtasıyla özel kişi tarafından yerine getirilmesi söz konusudur.

Sözleşme usulünde kamu hizmetleri; iltizam, müşterek emanet ve imtiyaz gibi idari nitelikte sözleşmeler akdedilerek yerine getirilebileceği gibi, yap-işlet-devret ve yap-işlet gibi özel hukuk sözleşmeleri aracılığıyla da kamu hizmetleri yerine getirilebilir. İltizam usulünde, bir kamu hizmetinin önceden belirlenen bir bedel karşılığında özel kişiye gördürülmesi söz konusudur. Bu yöntemde kar ve zarar özel kişide iken, sermaye idarededir. Müşterek emanet yönteminin ise uygulama alanı yok denecek kadar azdır. Bu yöntemde hasar ve zararı idareye ait olmak üzere gelir üzerinden pay verilmek suretiyle kamu hizmetinin gördürülmesi söz konusudur. İmtiyaz usulünde ise kamu hizmetinin kar, zarar ve sermaye özel kişide olmak üzere gördürülmesi mevzu bahistir. İltizam yönteminden temel farkı, imtiyazda sermayede özel kişidedir. Ayrıca devlet adına bu yetki Cumhurbaşkanı tarafından, sadece Türk Anonim Şirketlerine verilebilmektedir.

Bir özel hukuk sözleşmesi olan yap-işlet-devret yönteminde; 49 yılı aşmamak kaydıyla, bir kamu hizmetinin özel kişi tarafından kurulması, belli bir süre işletilmesi, maliyetler çıkartılıp kara geçildikten sonra bedelsiz olarak idareye devri söz konusudur. Yap-işlet yöntemi ise; sadece termik santrallerin kurulması ve işletilmesinde kullanılan ve süresi 20 yılı aşmayan sözleşmelerdir.

Bazı kamu hizmetlerinin kamu ve özel sektörün ortaklaşa çalışmaları ve işbirliğiyle gerçekleştirilmeleri ise sıklıkla rastlanan bir durum haline gelmiştir. Devletler bu tarz yöntemleri kullanmalarına sebep olarak artan altyapı ihtiyaçlarını göstermektedirler. Bu yöntemin tercih edilmesinde, özel sektörün daha verimli üretim yapması ve işletmecilik konusunda uzmanlaşması da sıklıkla vurgulanan diğer argümanlar arasında yer almaktadır. Bu yöntemde bahsi geçen işbirliği sadece inşa sürecinde değil, işletmesinde de devam etmektedir. Sağlık, ulaştırma ve spor tesisleri bu yöntemin uygulandığı alanların başında gelmektedir.

Ülkemizdeki kamu özel işbirliği projeleri içinde değerlendirilmesi gereken projelerin en başında ise şehir hastaneleri gelmektedir. Sağlık kamu hizmeti alanında bu yöntemin hayata geçirilebilmesi için 6428 sayılı "Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" adlı özel bir düzenleme ihdas edilmiştir. Bu kanun aracılığıyla, sağlık kamu hizmetinin içinde yer alan şehir hastanelerinin diğer gördürme yöntemlerinden ayrılması ve daha spesifik hale gelmesi amaçlanmıştır.

Bu çalışmada kamu hizmetinin gördürülme usulleri anlatılarak, şehir hastaneleri aracılığıyla gerçekleştirilen kamu hizmetleriyle bir kıyaslaması yapılmıştır. Bu bağlamda şehir hastaneleri

[1] Araştırma Görevlisi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi, gencerkaragenc@gmail.com; ORCID: 0000-0002-9465-507X

aracılığıyla gerçekleştirilen sağlık kamu hizmetlerinin geçmişten günümüze tarihsel izi sürülmüş ve yaşanan sorunlara çeşitli çözüm önerileri sıralanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Hizmeti, Sağlık Kamu Hizmeti, Kamu Hizmetinin Gördürülme Usulleri , Kamu-Özel İşbirliği, Şehir Hastaneleri.

AN EXAMINATION OF PRIVATE PUBLIC PARTNERSHIP METHOD IN CITY HOSPITALS IN TERMS OF ADMINISTRATIVE LAW

Abstract

The production of goods and services carried out by the state in differ from the conditions of the market is called public service. States can perform public services themselves or have them produced by private individuals under their supervision. In other words, public services can be performed in two ways, mainly by public and private hands.

In the method of performing by the public; it is possible for the public to produce goods and services with its own personnel, assets and budget. Apart from this, as mentioned above, public services can also be provided by private persons. When private individuals perform public services, they can do so through a permit (license) or through a contract.

Public services in contract form; It can be fulfilled by concluding administrative contracts such as tax farming, joint trust and franchise, as well as public services can be performed through private law contracts such as build-operate-transfer and build-operate.

In the tax farming procedure, a public service is given to a private person in return for a predetermined fee. In this method, while the profit and loss belongs to the private person, the capital is managed. Joint escrow method, on the other hand, has almost no application area. In this method, the public service is provided by giving a share from the income, the damage and loss of which belongs to the administration. In the franchise procedure, it is the subject matter that the public service is provided with profit, loss and capital to the private person. The main difference from the tax farming method is in the privilege of the private person in the capital. In addition, this authority on behalf of the state can only be given to Turkish Joint Stock Companies by the President.

In the build-operate-transfer method, which is a private law contract; Provided that it does not exceed 49 years, a public service is established by a private person, operated for a certain period of time, and transferred to the administration free of charge after the costs are deducted and the profit is passed. The build-operate method is; These are the contracts used only in the establishment and operation of thermal power plants and whose duration does not exceed 20 years.

It has become a common situation that some public services are carried out jointly by the public and private sectors. States are showing their increasing infrastructure needs by causing them to use such methods. Among the other frequently emphasized arguments for the preference of this method are the more efficient production of the private sector and its specialization in business administration. The cooperation mentioned in this method continues not only in the construction process but also in the operation. Health, transportation and sports facilities are among the areas where this method is applied.

City hospitals are at the top of the projects that should be evaluated among public-private cooperation projects in our country. In order to implement this method in the field of health public service, a special regulation has been enacted. With this numbered 6428 law, it is aimed to separate city hospitals, which are included in the health public service, from the other methods and make them more specific.

In this study, the methods of providing the public service are explained and a comparison is made with the public services provided through city hospitals. In this context, the historical traces of the health public services provided by city hospitals have been traced from the past to the present and various solutions to the problems experienced are listed.

Keywords: Public Service, Health Public Service, Public Service Methods, City Hospitals, Public Private Partnership.

KAMU PERSONEL HUKUKUNDA MOBBİNG VE MOBBİNGE KARŞI İZLENEBİLECEK HUKUKİ BAŞVURU YOLLARI

Mehpare ÇAPTUĞ*

Öz

Dünyada ilk olarak 1980'li yıllarda iş yaşamında kullanılmaya başlanan mobbing (psikolojik taciz) kavramı, özel sektör çalışanları için olduğu kadar kamu personeli için de önemli bir sorun teşkil etmektedir. Bu çalışmada, kamu personeli bakımından psikolojik taciz ve psikolojik tacize karşı izlenebilecek hukuki başvuru yolları incelenmektedir.

Çalışma hayatında psikolojik tacizin genel kabul gören ölçütleri şu şekildedir: Taciz işyerinde gerçekleşmelidir. Taciz niteliğindeki eylemler üstler tarafından astlarına uygulanabileceği gibi, astları tarafından üstlerine de uygulanabilir ya da eşitler arasında da gerçekleşebilir. Taciz kasıtlı olmalı, sistemli bir şekilde yapılmalı ve süreklilik kazanmış bir sıklıkla tekrarlanmalıdır. Mağdura yönelik yıldırma, pasifize etme ve işten uzaklaştırma amacında olmalıdır. Mağdurun kişiliğinde, mesleki durumunda veya sağlığında zarar ortaya çıkmalıdır. Mağdura yönelik olumsuz tutum ve davranışlar gizli veya açık olabilir.

Kamu personel hukukunda mobbing çeşitli şekillerde gerçekleşebilmektedir. Örneğin; memura görev tanımı dışında iş verilmesi, eşitsiz iş verilmesi, görev yerinin gereksiz yere değiştirilmesi, memur hakkında haksız yere disiplin soruşturması açılması sıklıkla karşılaşılan durumlardır. Bunlar dışında da pek çok farklı yöntemle kamu personelinin psikolojik tacize maruz bırakıldığı bilinmektedir. Peki psikolojik tacize maruz kalan kamu personeli hangi hukuki yollara başvurmalıdır? Mevzuatımızda mobbinge yönelik açıkça ve doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Özel sektörde çalışan işçiler bakımından Türk Borçlar Kanunu ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yer alan bazı düzenlemeler dayanak olarak gösterilmekte ise de kamu personeli bakımından 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan özel bir hüküm bulunmamaktadır. Kamu personel hukuku bakımından mevzuatımızda spesifik olarak yer alan tek düzenleme, 2011 yılında yayımlanan 2011/2 sayılı "İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi" isimli Genelgedir. Söz konusu Genelge, hem özel sektör çalışanlarını hem de kamu personelini kapsayıcı nitelikte bir düzenlemedir. Genelgeye göre, çalışanlara yönelik mobbingin önlenmesi ve çalışanların mobbingden korunması için gerekli önlemlerin alınması konusunda hem işverene hem de idareye görev olarak yüklemiştir. Ancak bu görevin yerine getirilmemesinin yaptırımı halen hiçbir mevzuatta yer almamaktadır. Elbette bu durum genel hükümler uyarınca, idarenin ve mobbing uygulayan kamu görevlisinin sorumluluğuna gidilmesine engel teşkil etmemektedir.

İdare hukuku bağlamında, mobbinge maruz kalan bir kamu personeli öncelikle idari başvuru yollarına başvurabileceği gibi doğrudan idari yargıda dava açabileceği gibi maruz kaldığı eylem suç niteliğinde ise Cumhuriyet Başsavcılığı'na şikayette de bulunabilir. Ayrıca yargı yollarını tüketip sonuç alamaması durumunda bir iç hukuk yolu olarak 2012 yılından itibaren hukuk sistemimizde yerini alan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluyla hak arama imkânına da sahiptir. Kamu personelinin yargı yoluna gitmeden evvel başvurabileceği idari başvuru yolları çok çeşit ve sayıdadır. Ancak önemli olan psikolojik tacizin durdurulması ve bir daha tekrarlanmamasının sağlanması açısından bu başvuru yollarının etkili olmasıdır. Uygulamada, başvurulan idari kurulların kararlarının bağlayıcı olmaması çoğu zaman bireyleri yargı yoluna sevk etmektedir. Bu çerçevede idari yargı yerlerinin içtihatları da günden güne gelişerek şekillenmektedir. Kanaatimizce, gerek toplumsal farkındalığın artması gerekse yargı kararlarında birliğin sağlanması açısından ayrı bir yasal bir düzenlemenin yapılması faydalı olacaktır.

Anahtar kelimeler: Psikolojik taciz, idari başvuru yolları, kamu personeli, idarenin sorumluluğu.

* Arş. Gör. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, mehpare_90@hotmail.com, ORC ID: 0000-0002-1377-2742

MOBBING AND LEGAL APPLICATION WAYS THAT CAN BE FOLLOWED AGAINST MOBBING IN PUBLIC PERSONNEL LAW

Abstract

The concept of mobbing (psychological harassment), which was first used in business life in the 1980s in the world, poses an important problem for public employees as well as for private sector employees. In this study, the concept of psychological harassment and the legal application methods that can be followed against psychological harassment in terms of public personnel are examined.

Generally accepted criteria of psychological harassment in working life are as follows: The harassingly actions can be applied by superiors to subordinates, or by subordinates to superiors, or they can take place among equals. Harassment must be deliberate, systematic, and repeated at an ongoing frequency. It should aim at intimidation, pacification and dismissal towards the victim. There should be harm to the victim's personality, professional status or health. Negative attitudes and behaviors towards the victim can be hidden or open.

Mobbing can take place in various ways in public personnel law. For example; job assignments other than job descriptions, unequal job assignments, unnecessary changes in the place of duty, and unfair disciplinary investigations against the civil servant are frequently encountered situations. Apart from these, it is known that public personnel are subjected to psychological harassment in many different ways. In these cases, what legal remedies should public personnel exposed to psychological harassment resort to?

There is no explicit and direct regulation regarding mobbing in our legislation. Although some regulations included in the Turkish Code of Obligations and Occupational Health and Safety Law are shown as a basis for workers working in the private sector, there is no special provision in the Civil Servants Law No. 657 for public personnel. The only regulation specifically included in our legislation in terms of public personnel law is the Circular No. 2011/2 entitled "Prevention of Mobbing at Workplaces" published in 2011. The Circular in question is a regulation that covers both private sector employees and public personnel. According to the circular, taking necessary measures to prevent mobbing against employees and to protect employees from mobbing is imposed as a duty on both the employer and the administration. However, the sanction for non-performance of this duty is still not included in any legislation. Of course, this situation does not remove the responsibility of the administration and the public official who practices mobbing, in accordance with the general provisions.

In the context of administrative law, a public personnel who is exposed to mobbing may first apply to administrative application remedies, or may file a lawsuit directly in the administrative jurisdiction or, if the act he has been exposed to is a crime, he can also file a complaint with the Office of the Chief Public Prosecutor. In addition, in case of exhaustion of the judicial remedies and failure to obtain results, it also has the opportunity to seek rights through individual application to The Constitutional Court, which has taken its place in our legal system since 2012, as a domestic legal remedy.

Administrative remedies that can be applied by public personnel before going to the judiciary are varied and numerous. However, the important thing is that these remedies are effective in order to stop the psychological harassment and not to repeat it again. In practice, the fact that the decisions of the administrative boards applied are not binding, often leads individuals to judicial proceedings. In this context, the jurisprudence of the administrative jurisdictions is increasing day by day. In our opinion, it would be beneficial to make a separate legal regulation on mobbing in terms of both increasing social awareness and ensuring unity in judicial decisions.

Keywords: Psychological Harassment, Administrative Remedies, Public Personnel, Administration Responsibility.

TEDVİREN GÖREVLENDİRME USULÜNÜN HUKUKİLİĞİ VE SONUÇLARI ÜZERİNE

Selman Sacit BOZ[1]

Öz

Tedvir kavramı, Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre "çekip çevirme", "yönetme" anlamındadır. Bu açıdan tedvir, idare kavramının da sözlük anlamlarından birini ihtiva etmektedir. Ancak tedvir şeklinde kullanılan yönetme, "tam da olması gerektiği" gibi bir idare etme biçimi değildir. Bu yönetme biçimi, bir nevi gemi dümeninin zorunluluk dolayısıyla üçüncü kaptana bırakılmasıdır. Ancak kamusal yetki kullanımında olması gereken liyakat sahibi kişilerin idare adına irade açıklamasında bulunmasıdır.

Kamu hizmetinin asıl yetkili kamu görevlisi tarafından yerine getirilmesinin mümkün olmadığı bazı zamanlarda vekâleten atama yapılmaktadır. Ancak vekil sıfatıyla bile kamu görevinin yerine getirmesini sağlayacak kişinin bulunması her zaman mümkün olmayabilir. Kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanabilmesi, başka bir ifadeyle kamu hizmetinin aksamaması amacıyla asılın olmadığı ve vekâleten de atamanın yapılamadığı durumlarda gereken şartları taşımasa bile yapılan atamaya tedviren görevlendirme denilmektedir. Bu açıdan tedviren görevlendirme kamu hizmetinin aksatılmadan yürütülmesinin zorunluğu sonucu olarak ortaya çıkan bir idare etme biçimidir.

Tedviren görevlendirme, Maliye Bakanlığı tarafından 1987 yılında çıkartılan 99 Seri Nolu Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliğinde düzenlenmiştir. Genel tebliğin 2. maddesine göre, "Asilde aranan şartlara sahip vekil memur bulunamadığı takdirde, hizmetin aksamadan yürütülebilmesi bakımından herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir görevin öncelikle varsa yardımcıları yoksa asilde aranan şartlara en yakın personel tarafından tedviren gördürülmesi mümkün görülmektedir". Bu hükme göre tedviren görevlendirme ancak asılda aranan şartları taşıyan bir vekil bulunamaması durumunda başvurulabilecek istisnai bir yoldur. Bu açıdan tedviren görevlendirme, dayanağını kanundan değil adsız bir düzenleyici işlemden almaktadır. Söz konusu genel tebliğ dışında başkaca düzenleyici işlemlerde de tedviren görevlendirmeye ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Yetkilerin devri (yetki ve imza devri) ile vekâlet müesseseleri, kamu hizmetinde muhtemel aksamaları önleyebilmek için yetki kuralına getirilen istisnalardandır. Tedviren görevlendirme ise istisna niteliğinde olan bu kurumların da istisnası görünümündedir. İstisnaların dar yorumlanması gerektiği bir hukuki rejimde, yetki gibi kamu düzeninden olan bir unsurun daha da esnetilmesi sorunlara yol açmaktadır. Nitekim yasal dayanağı bulunmayan tedviren görevlendirme müessesesinin uygulamasında bazı çelişkiler bulunmaktadır. Bu çelişkiler yargı kararlarına da yansımış durumdadır.

Anayasanın 128. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesinde "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir" hükmü bulunmaktadır. Devlet Memurları Kanunu ve diğer kanunlarda, tedviren görevlendirme usulü hakkında bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Anayasanın açık hükmü karşısında kanun hükmü ile düzenlenmeyen bir görevlendirme usulü, hukuka aykırıdır. Maliye Bakanlığınca çıkarılan bir genel tebliğ, tedviren görevlendirmenin kaynağı olamayacak niteliktedir.

Hukuka aykırı olan bir görevlendirme sonrasında, bu kişi tarafından tesis edilen idari tasarrufların hukuki geçerlilikleri ayrı tartışma konusudur. Diğer taraftan hukuka aykırı olsa bile, tedviren görevlendirilen kişinin yaptığı kamusal işin karşılığı olarak bir hak ya da menfaat elde edebilmesinin mümkün olup olmadığı da tartışılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Yetki Unsuru, Vekâlet, İdarenin Kanuniliği İlkesi, Kamu Hizmetinin Sürekliliği, Tedviren Görevlendirme.

[1] Doktor Öğretim Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, selmansacitboz@gmail.com. ORC ID: 0000-0002-3033-0997

ON THE LEGALITY AND THE RESULTS OF THE "ASSIGNMENT BY PROXY"

Abstract

The concept of proxy means "run a business" and "manage" according to the dictionary of the Turkish Language Association. In this respect, proxy includes one of the dictionary meanings of the concept of management. However, proxy used in the form of management is not "exactly what it should be". In a way, this management method is to leave the helm of the ship to the third captain due to necessity. However, what is sought in the exercise of public authority is that authorized persons declare their will on behalf of the administration.

Occasionally, when it is not possible for the public service to be performed by the main authorized public official, serving as a substitute is made. However, it may not always be possible to find a person who will ensure the fulfillment of public duty even as a substitute. In order to ensure the continuity of the public service, in other words, to prevent the interruption of the public service, in cases where the principal is absent and the appointment cannot be made by substitute, even if it does not meet the necessary conditions, the appointment is called assignment by proxy. In this respect, gradual assignment is a form of administration that emerges as a result of the obligation to carry out the public service without interruption.

The assignment by proxy was regulated in the General Circular of the Civil Servants Law Serial No. 99 issued by the Ministry of Finance in 1987. According to Article 2 of the General Circular, "In the absence of a deputy civil servant with the required conditions, it is considered possible that a task that has been vacated or found vacant in any way, in order to be able to carry out the service without interruption, firstly, if there are no assistants, it is possible to be carried out by the personnel closest to the required conditions". According to this provision, appointment by hand is an exceptional method that can be applied only if there is no attorney who actually meets the requirements. In this respect, it takes its basis from an anonymous regulatory process, not from the law. Apart from the aforementioned general circular, there are also provisions regarding direct assignment in other regulatory transactions.

Delegation of authority (authorization and signature delegation) and power of attorney institutions are among the exceptions brought to the authority rule in order to prevent possible disruptions in public service. Enforcement is an exception to these institutions, which are exceptional. In a legal regime in which exceptions should be interpreted narrowly, further stretching of a public order element such as authority causes problems. As a matter of fact, there are some contradictions in the implementation of the institution of assignment by proxy, which has no legal basis. These contradictions are also reflected in judgments.

The first sentence of paragraph 2 of Article 128 of the Constitution contains the regulation "The qualifications, appointments, duties and powers, rights and obligations, salaries and allowances and other personal affairs of civil servants and other public officials are regulated by law". In the Civil Servants Law and other laws, there is no regulation on assignment by proxy. An assignment procedure that is not regulated by the provision of law against the explicit provision of the Constitution is against the law. A general circular issued by the Ministry of Finance cannot be the source of the assignment by proxy.

The legal validity of administrative savings established by this person is the subject of separate discussion. On the other hand, even though it is illegal, it should be discussed whether it is possible to obtain a right or interest as the public job that has been committed to the person who is assigned to the law.

Keywords: The Element Of Authority, Serving As A Substitute, The Principle Of Legality Of The Administration, The Continuity Of The Public Service, Assignment By Proxy.

CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU

CEZA YARGILAMASINDA BİLİRKİŞİLİK VE UYGULAMA SORUNLARI

Mehmet Onursal CİN[1]

Öz

Bilirkişilik, deliller üst başlığı altında incelenen önemli bir delil elde etme ve değerlendirme aracıdır. Bilirkişi, sahip olduğu teknik bilgi çerçevesinde hâkime yardımcı olan kişi veya kurumdur. Bilirkişi olabilmenin en önde gelen şartı, özel bilgi sahibi olmaktır. Zira hâkim, kendi mesleki ve teknik bilgisiyle çözemediği konuları bilirkişiye danışır. Bilirkişi, hâkimin yardımcısıdır, ama asla hâkimin yerine geçemez, hâkimlik fonksiyonu ifa edemez. Sadece kendisine sorulan sorulara cevap vermekle mükelleftir. Bundan fazlası, bilirkişilik görevinin sınırını aşar. Özetle Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir.

Bu çerçevede ortaya konacak ilk kural, bilirkişiliğin ihtiyari bir mesele oluşudur. Madde metninde de belirtildiği gibi hâkim bilirkişiye "... başvurabilir". Bilirkişiye başvuru, kural olarak zorunlu değildir. Hâkim, günlük bilgisiyle ya da mesleki bilgi ve tecrübesiyle çözebileceği hususlarda bilirkişiye başvuramaz. Bizim sistemimizde hep eleştirdiğimiz, hâkimlerin bir alanda ihtisaslaşamayarak değişik mahkemelerde görev yapmaları aslında bu yönden bir avantajdır. Bir ceza hâkimi, daha önce farklı mahkemelerde görev yapmış olduğundan, hukuki konularda da bilgi sahibi olabilir. Ancak hâkimin zaten hukuka dair her konuda uzman olduğu kabul edilir. Bu çerçevede hâkimin, bir başka hukukçu olarak bilirkişiye başvurması hukuka aykırıdır.

Anahtar Kelimeler: Bilirkişilik, Uygulama Sorunları, Ceza Yargılaması

[1] Dr. Öğr. Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, ORC ID: 0000-0003-2451-7779

EXPERTİSE AND ITS IMPLEMENTATİON PROBLEMS İN CRİMİNAL PROCEDURE

Abstract

Expertise is a tool that obtains and evaluates important evidence examined under the heading of evidence. Expert is the person who assists the judge within the framework of his technical knowledge or institution. The most important requirement for being an expert witness is to have special knowledge. It is because the judge consults an expert on issues that he cannot solve with his professional and technical knowledge. Expert is a vice-assistant of the judge but can never replace a judge or function as a judge. Expert is just obliged to answer the questions that were asked to him. More intervention than that exceeds the limit of the duty of an expert. To sum up, in the situations which require expertise, special or technical knowledge; requesting the opinion of the expert could be decided “sua sponte” , whereas the view of the expert can be decided by the request of the public prosecutor, participant, the attorney or the suspect or the accused, attorney or legal representative. The first rule to be put forward in this context is that expertise is an optional issue. As it is stated in the article text a judge "... can apply" to the expert. Application to an expert is not compulsory as a rule. The judge is responsible for issues that he/she can solve with his daily knowledge or professional knowledge and experience and he is not allowed to apply to an expert. The thing that we always criticize in our system, the fact that judges cannot specialize in a certain court and serve in different courts, is actually an advantage in this respect. However, it is accepted that the judge is already an expert in all legal matters. This is why it is against the law for the judge to apply to an expert as another lawyer.

Keywords: Expertise, Implementation Problems, Criminal Procedure

CEZA SORUMLULUĞUNUN ŞAHSİLİĞİ İLKESİ AÇISINDAN TÜZEL KİŞİLERİN CEZAİ SORUMLULUĞU[1]

Veysel Candan CANOĞLU[2]
Sesim SOYER GÜLEÇ[3]

Öz

Tüzel kişiler, başta ekonomi alanında olmak üzere siyasi, kültürel ve bilimsel birçok alanda faaliyet göstermektedir. Her ne kadar hukuka uygun amaçlar doğrultusunda kurulup, faaliyetlerini hukuk kurallarına uygun bir şekilde devam ettirmeleri öngörülse de, tüzel kişiler suçun işlenişinde araç olarak kullanılabilmektedir. Bu nedenle tüzel kişilerin cezai sorumluluğu, modern ceza hukukundaki en önemli konulardan birisi olarak kabul edilmektedir. Tüzel kişilerin ceza hukukundaki yerine bağlı olarak, suç faili sayılıp sayılamayacağı ve suç nedeniyle tüzel kişiler hakkında yaptırım uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin tartışmaların, bu çerçevede açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu hususta, tüzel kişiliğin hukuki niteliğini açıklayan teoriler yol gösterici olacaktır. Tüzel kişiliğin hukuki niteliğine göre cezai sorumluluğunun kapsamı değişebilmektedir. Bu konuda birçok teori olmakla beraber, bunlar arasından tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna ilişkin neredeyse birbirine zıt olan, "gerçeklik" ve "varsayım" teorileri ön plana çıkmaktadır. Gerçeklik teorisine göre, tıpkı insanlar gibi gerçek birer varlık olan tüzel kişilerin, kendilerine ait iradeleri ve hareket etme yetenekleri bulunmaktadır. Tüzel kişiler iradelerini organları vasıtasıyla açıklamakta ve işlenen suçtan dolayı doğrudan tüzel kişilerin kendileri sorumlu olmaktadır. Buna karşılık, tüzel kişilerin gerçek hayatta olmadığını, hukuk düzeni tarafından farazi olarak yaratıldığını esas alan varsayım teorisine göre, tüzel kişilerin kendilerini oluşturan gerçek kişilerin iradelerinden ayrı ve bağımsız iradeleri bulunmamaktadır. Hareket etme yetenekleri de bulunmayan tüzel kişilerin suç işlemesi mümkün olmadığından, suç faili olarak kabul edilmeleri de söz konusu değildir.

Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi açısından oldukça önemlidir. Bu ilkeye göre, bir kişi, ancak icrai ya da ihmali şekilde gerçekleşen eyleminin neden olduğu neticeden dolayı sorumlu tutulabilmektedir. Bir kişinin her ne sebeple olursa olsun kendisine ait olmayan bir suç nedeniyle cezalandırılması mümkün değildir. Bu kapsamda, tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun kabul edilmesi halinde, tüzel kişiler hakkında uygulanacak olan ceza yaptırımı, gerçek kişilerin cezalandırılmasını sonuçlamaktadır. Başka bir anlatımla, hapis cezası ve adli para cezası şeklindeki ceza yaptırımları, tüzel kişilerin yapılarına uygun olmadığından, ceza yaptırımlarına her ne kadar tüzel kişiler hakkında hükmedilse de, bu yaptırımlar genel olarak tüzel kişilerin organ veya temsilcisi olan gerçek kişiler üzerinde etkisini doğurmaktadır. Ne var ki ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine göre, bir kişi ancak kendisinin işlemiş olduğu suçtan dolayı sorumlu tutulabilecektir. Bu nedenle bir kişinin kendisinin işlememiş olduğu bir fiilden, salt tüzel kişilikte sahip olduğu organ veya temsilci sıfatı nedeniyle sorumlu tutulması, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olacaktır.

Tarihsel süreç içerisinde tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna bakıldığında, modern ceza hukukunun evrensel nitelikteki temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin,

[1] 15.08.2016 tarihli ve 29802 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Dokuz Eylül Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin 17.07.2019 tarihli ve 30834 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Dokuz Eylül Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m.2 ile değiştirilen m.23/7 şu şekildedir: "Öğrencinin doktora öğrenimi tamamlanana kadar (…) tezi ile ilgili çalışmaları hakkında ulusal/uluslararası hakemli bilimsel etkinliklerde en az bir kere sözlü, yazılı veya görsel olarak sunum yapmış olması (…) doktora mezuniyet şartı olarak aranır.". Dokuz Eylül Üniversitesi Senatosunun 25.10.2017 tarihli toplantısında kabul edilen Lisansüstü Öğretim ve Sınav Uygulama Esasları m.29/3 şu şekildedir: "Doktora öğrencilerinin tez konusu ile ilgili öğrencinin ilk isim olarak yer aldığı (…) tezi ile ilgili çalışmaları hakkında ulusal/uluslararası hakemli bilimsel etkinliklerde en az bir kere sözlü, yazılı veya görsel olarak sunum yapmış olması gerekir." Yazar, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programında Dr. Öğr. Üyesi Sesim Soyer Güleç danışmanlığında yürüttüğü teziyle ilgili söz konusu şartın sağlanması amacıyla bu çalışmayı hazırlamıştır.

[2] Arş. Gör., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı canoglu.veysel@gmail.com, ORCID: 0000-0003-1244-8737.

[3] Dr. Öğr. Üyesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı sesim.soyer@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7379-2668.

Türk Ceza Hukukunda da benimsenen bir ilke olduğu görülmektedir. İlk defa 1961 Anayasası m. 33'te düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine, 1982 Anayasası m. 38'de de yer verilmektedir. Ancak her iki Anayasada da "ceza sorumluluğu şahsidir" şeklinde düzenlenen hükmün, tüzel kişilerin cezai sorumluluğu açısından yeterince açık olmaması nedeniyle, Türk Ceza Hukukunda uzun bir dönem tüzel kişilerin cezai sorumluluğu hususunda tartışmalar gündeme gelmiştir. Özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan önce yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi açık bir şekilde düzenlenmediği halde, örneğin rüşvet suçuna ilişkin m. 220'de olduğu gibi, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı öngören hükümler de bulunmaktaydı. Ancak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesinin ilk fıkrasında, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu ve kimsenin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağı hükmüne yer verilirken, bu maddenin ikinci fıkrasında tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı, ancak suç dolayısıyla bunlar hakkında kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların saklı olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Cezalarda olduğu gibi, güvenlik tedbirleri açısından da geçerli olan kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak, tüzel kişiler hakkında ancak kanunda yer alan şartların varlığı halinde güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 60'ta tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri olarak faaliyet izninin iptali ve müsaderenin uygulanabileceği belirtilmektedir. Bir suçun işlenmesine bağlı olarak eşyanın veya kazancın devlete geçmesi olarak tanımlanabilen müsadere, iki başlık altında m. 54'te eşya müsaderesi ve m. 55'te kazanç müsaderesi olarak düzenlenmektedir. Gerçek kişiler hakkında da uygulanabilen bir güvenlik tedbiri olan müsadereden farklı olan faaliyet izninin iptali, sadece tüzel kişiler hakkında uygulanabilmektedir. Maddede aranan şartların varlığı halinde tüzel kişinin faaliyet izninin iptaline karar verildiğinde, her ne kadar tüzel kişilik devam etse de, tüzel kişinin herhangi bir faaliyet icra edememesi nedeniyle ağır sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Ayrıca her ne kadar mevzuatta tüzel kişiler hakkında para cezası niteliğinde bir güvenlik tedbiri öngörülmüş bulunmasa da, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 43/A'ya eklenen hüküm ile bu boşluğun giderilmeye çalışıldığı söylenebilir. Bu hükme göre, daha ağır idari para cezası gerektiren bir kabahatin oluşmadığı durumlarda, bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilcisi olmamakla birlikte tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından katalogda yer alan belirli suçların işlenmesi halinde tüzel kişi hakkında idari para cezasına hükmedilmektedir. Aynı zamanda kabahat teşkil etmeyen ve yalnızca bir suç oluşturan fiil nedeniyle mahkeme tarafından tüzel kişi hakkında hükmedilen idari para cezası, diğer idari yaptırımlardan ayrılmakta ve güvenlik tedbirine benzeyen bir görünüm kazanmaktadır.

Bu kapsamda irade ve hareket etme yeteneği bulunmayan tüzel kişilerin suç faili olarak kabul edilmeleri mümkün değil ise de, suçlulukla mücadelenin bir gereği olarak tüzel kişiler hakkında bazı yaptırımların uygulanması kaçınılmazdır. Tüzel kişiler hakkında uygulanacak olan ceza yaptırımı, suç ile ilgisi olmayan gerçek kişilerin cezalandırılmasına neden olacağından, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine göre, tüzel kişiler hakkında ancak yapılarına uygun olan güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlara hükmedilebilmesi mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Tüzel Kişiler, Güvenlik Tedbiri, Faaliyet İzninin İptali, Müsadere, İdari Para Cezası

THE CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES IN TERMS OF THE PRINCIPLE OF INDIVIDUAL CRIMINAL LIABILITY

Abstract

Legal entities operate in many fields as political, cultural and scientific, especially in economy. Although legal entities are intended to be established for legal purposes and to operate in accordance with the law, legal entities can be deemed as criminal instruments. As a result of this, the criminal liability of legal entities is recognized as one of the most important issues in modern criminal law. Depending on the status of legal entities in criminal law, it is necessary to determine whether legal entities can be considered as offenders of the crime and whether sanctions can be imposed on legal entities due to the crime. As a matter of fact, in terms of this determination, the theories explaining the legal nature of legal entity are the most fundamental issue. The scope of criminal liability of legal entities may vary depending on the legal nature of the legal entities. Among many theories on this subject, almost the opposite "realist" and "fiction" theories regarding the criminal liability of legal entities are highlighted. According to the realist theory, legal entities are real persons just like people, and legal entities have their will and ability to act. Legal entities express their will through their managing bodies and representatives and legal entities are directly liable for the crime committed. However, the fiction theory is based on the fact that legal entities are not really present in life and are created with assumption by the legal order and legal entities have no wills that are separate and independent from the will of the persons who establish them. Legal entities do not have the ability to act and it is not possible for legal entities to commit a crime, therefore, legal entities cannot be offenders.

The criminal liability of legal entity is a very important issue in terms of the principle of individual criminal liability. According to the principle of individual criminal liability, a person can only be held liable for the consequences caused by his/her own omission or action. It is not possible for a person to be punished for an act that he/she did not commit for whatever reason. In this context, if the criminal liability of legal entities is accepted, the penal sanction imposed on legal entities results in the punishment of real persons. In other words, penal sanctions in the form of prison sentences and judicial fines are not suitable for the structures of legal entities. Therefore, although penal sanctions are imposed on legal entities, they have an effect on real persons who are the managing bodies and representatives of the legal entities. In this case, penal sanctions imposed on legal entities are imposed on real persons who are the managing bodies and representatives. According to the principle of individual criminal liability, a person can only be held liable for the crime committed by him/her. In this case, the managing bodies and representative of the legal entity is punished due to the crime committed by the other real person. For this reason, holding a person liable for an act that he/she has not committed due to him/her acting as an organ or representative in a legal entity would be contrary to the principle of individual criminal liability.

It is seen that the principle of individual criminal liability which is accepted as one of the basic principle of modern criminal law is also adopted as a principle in Turkish Criminal Law when examining the criminal liability of legal entities in the historical term in the Turkish Criminal Law. The principle of individual criminal liability, which was first regulated in the 1961 Constitution art. 33, is also regulated in the 1982 Constitution art. 38. In both Constitutions, "criminal liability is individual". However, since this provision was not accurate enough in terms of criminal liability of legal entities, there were discussions on Turkish Criminal Law for a long time regarding the criminal liability of legal entities. Especially, in the Turkish Penal Code numbered 765, which was in force before the Turkish Penal Code numbered 5237, the principle of individual criminal liability was not clearly regulated and for example, there were articles that stipulated penal sanctions on legal entities such as art. 220 in which bribery was regulated. However, although in the first paragraph of Turkish Penal Code numbered 5237 art. 20, which entered into force on 1 June 2005, the provision states that criminal liability is individual and no one can be held liable for someone else's action; it is stated in the second paragraph that no penal sanctions are imposed on legal entities but the sanctions in the form of security measures stipulated in the law are reserved for legal entities associated with crime.

As a result of the principle of legality, which is also valid for security measures as well as penalties, security measures can be imposed on legal entities only if the conditions specified in the law are met. It is regulated under Turkish Penal Code numbered 5237 art. 60 that the cancellation of permission and the confiscation can be applied as a security measure for legal entities. The confiscation, which can be defined as the transfer of property or income within the scope of a crime to the State, is regulated under two headings as confiscation of property in art. 54 and confiscation of income in art. 55. While confiscation can be applied to real persons, the cancellation of permission can only be applied to the legal entities. In case the necessary conditions are met, a decision is made for the legal entity to cancel the permission and in this case, the legal entity can no longer operate. Even if the legal entity still exists, the inability of the legal entity to operate is a serious consequence. In addition, there are no security measures in the nature of fines against legal entities. However, in order to fill this gap, an article was added to Misdemeanor Code numbered 5326 art. 43/A. In cases where there is no fault that requires a heavier administrative fine according to this provision, administrative fine is imposed on the legal entity in the event of certain crimes committed by a person who is a managing body and representative of the legal entity or who is not a managing body and representative of the legal entity but undertakes a duty within the framework of the legal entities' activities. At the same time, an administrative fine is imposed on the legal entity by the court for an act that does not constitute a fault and constitutes only a crime. This administrative fine is different from other administrative sanctions for these reasons and this administrative fine is similar to a security measure.

In this context, although it is not possible for legal entities to be accepted as criminal offenders since they do not have the will and ability to act, it is necessary to impose sanctions on legal entities for crimes as an obligation of crime policy. As the penal sanctions imposed on legal entities would cause the punishment of real persons who are not related to the crime; according to the principle of individual criminal liability, only sanctions in the nature of security measures which are appropriate to their structures should be imposed on legal entities.

Keywords: Legal Entities, Security Measure, Cancellation of Permission, Confiscation, Administrative Fine

COVID-19 VE MAHKUM OLUNAN HAPİS CEZASININ KOŞULLU SALIVERİLME ÖNCESİNDE DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRİ UYGULANARAK İNFAZI

Fatma Umay GENÇ[1]

Öz

5275 sayılı "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun"a 5 Nisan 2012 tarihli ve 6291 sayılı "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"la eklenen "Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı" başlıklı madde 105/A'nın yürürlüğe girmesiyle, mahkum olduğu hapis cezasını infaz kurumunda çekmekte olan bir hükümlünün, hakkında henüz koşullu salıverilme hükümleri uygulanmadan önce infaz kurumundan çıkması mümkün hale gelmiştir. *"Hükümlülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek"* amacı taşıyan bu hükümden yararlanan bir hükümlünün cezasının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmı denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz kurumu dışında, toplumsal ortamda infaz edilmektedir. 5275 sayılı Kanun'un 105/A hükmünde, 15 Nisan 2020 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7242 sayılı "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"la bazı değişiklikler yapılmıştır. Keza, 7242 sayılı Kanun'un 52. maddesiyle, 5275 sayılı Kanun'un "denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı" ile ilgili düzenlemeler ihtiva eden "geçici 6. madde"si de değiştirilmiştir. Ayrıca, 7242 sayılı Kanun'un 53. maddesiyle de 5275 sayılı Kanun'a "denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı" ile ilgili hükümler ihtiva eden yeni bir geçici madde (geçici madde 9) daha eklenmiştir. Bilindiği üzere, 11 Mart 2020 tarihinde, Sağlık Bakanlığı tarafından, ülkemizde ilk COVID-19 vakasının tespit edildiği; 1 Nisan 2020 tarihinde ise Sağlık Bakanı tarafından, söz konusu virüsün bütün illere yayılmış olduğu açıklanmıştır. Tam da hızla salgına karşı önlemlerin alındığı bir dönemde, pek çok tartışma ve eleştiriyi de beraberinde getiren 7242 sayılı Kanun'un ivedilikle kabul edilmiş olması, bu acelenin COVID-19 nedeniyle mi olduğu sorusunu akıllara getirmektedir. Bu bağlamda, sözü edilen 7242 sayılı Kanun'un kabul edilme sebeplerinden birinin, asli sebep olmasa da, ceza infaz kurumunda olan hükümlülerin virüs salgınından zarar görmesinin önüne geçilmek istenmesi olduğu söylenebilir. Ayrıca, Kanun'un geçici 9. maddesinin 5. fıkrasında ise *"Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması"* asli bir sebep olarak açıkça zikredilmiş durumdadır. Diğer taraftan, 5275 sayılı Kanun'da 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin bazı açılardan eleştiri konusu edilmesi de mümkündür. Bu çalışmada, mahkum olunan hapis cezasının koşullu salıverilme öncesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazına ilişkin olarak, 5275 sayılı Kanun'da 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerden COVID-19 salgını ile bağlantılı nitelikte olan düzenlemeler değerlendirme konusu edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: COVID-19, "denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı", Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 7242 sayılı Kanun, 5275 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikler.

[1] Dr. Arş. Gör.; Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku A.B.D.; E-posta: umay.genc@hbv.edu.tr; ORCID ID: 0000-0003-1587-1776.

COVID-19 AND EXECUTION OF SENTENCE OF IMPRISONMENT BY APPLICATION OF PROBATION MEASURES BEFORE CONDITIONAL RELEASE

Abstract

With the entry into force of the article 105/A titled "execution of the sentence by application of probation measures", which was added to the "Law on the Execution of Penalties and Security Measures" (Law No. 5275) by the "Law on Amending the Law on the Execution of Penalties and Security Measures and the Law on Probation, Help Centres and Protection Boards" (Law No. 6291, dated 5 April 2012), it has become possible for a convict, who serves her/his prison sentence in the penal institution, to be released from the institution before the provisions of conditional release have yet been applied. The part of the sentence, until the date of the conditional release, of a convict who benefits from this provision which has the aim of *"ensuring that convicts adapt themselves to outer world, maintain and strengthen their ties with their families"* is executed by allowing her/him to remain in the community by application of probation measures, instead of being in the penal institution. Some amendments were made in the article 105/A of the Law No. 5275 by the "Law on Amending the Law on the Execution of Penalties and Security Measures and Certain Laws" (Law No. 7242) which entered into force by being published in the Official Gazette on 15 April 2020. Likewise, "temporary article 6" of the Law No. 5275, which includes regulations on "execution of the sentence by application of probation measures", was also amended by the article 52 of the Law No. 7242. Moreover, a new temporary article (temporary article 9), which includes regulations on "execution of the sentence by application of probation measures", was added to the Law No. 5275 by the article 53 of the Law No. 7242. As it is known, the first COVID-19 case in our country was announced by the Ministry of Health on 11 March 2020 and the Minister of Health declared on 1 April 2020 that the virus in question had spread to all provinces. At the very time when precautions were being taken against the pandemic, the urgent adoption of Law No. 7242 which brought about many discussions and criticisms conjures up the question of whether this hurry was due to COVID-19. In this context, it is possible to claim that one of the reasons for the enactment of the aforementioned Law No. 7242 was to prevent the convicts who are in the penal institutions from getting harmed by the virus epidemic, although it was not the primary reason. In addition, in the 5th paragraph of the temporary article 9 of the Law, the fact that *"Covid-19 epidemic has been seen in our country"* is clearly indicated as a primary reason. On the other hand, it is also possible to criticize the amendments made in the Law No. 5275 by Law No. 7242 in some aspects. In this paper, among the amendments, made in the Law No. 5275 by the Law No.7242, regarding the execution of sentence of imprisonment by application of probation measures before conditional release, the regulations related to the COVID-19 outbreak is discussed.

Keywords: COVID-19, "execution of sentence of imprisonment by application of probation measures", Law on the Execution of Penalties and Security Measures, Law No. 7242, amendments to the Law No. 5275.

MÜTEMADİ SUÇLARDA TEMADİNİN KONUSU

Selim ERDİN[1]

Öz

İşleniş şekline göre suçların tasnifinde ortaya çıkan ayrımlardan biri de ani suç-mütemadi suç ayrımıdır. Bugün genel olarak kabul edilen anlayışa göre suç yolu *(iter criminis)* suç işleme kararının verilmesi, hazırlık hareketleri, icra hareketleri, suçun tamamlanması ve suçun bitmesi aşamalarından oluşmaktadır.

Suç, tipikliğin gerçekleştirilmesiyle tamamlanır. Tamamlanmasıyla birlikte icrası sona eren ve dolayısıyla biten suçlara "ani suç" denilmektedir. Ani suçlarda suçun tamamlandığı an ile bittiği an aynıdır. Bir kısım suçlarda ise suçun tamamlandığı an ile bittiği an farklılık gösterebilmektedir. Bu suçlar mütemadi suç olarak isimlendirilir. Mütemadi suçlarda tipikliğin gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanmakta ise de suç işleme iradesiyle birlikte icrası da devam ettiği için bitmemektedir.

Suçun ani suç mu yoksa mütemadi suç mu olduğunun gerek maddi ceza hukuku bakımından gerek ceza muhakemesi hukuku bakımından önemli sonuçları bulunmaktadır. Fiile hangi zamanda yürürlükte olan kanunun uygulanacağı, zamanaşımı ve takibi şikayete bağlı suçlarda şikayet süresinin ne zaman başlayacağı, suça iştirakin ve meşru savunmanın ne zamana kadar mümkün olduğu ve yetkili mahkemenin belirlenmesi bakımından önemlidir.

Mütemadi suçu tamamlanma anı ve bitme anı gibi nispeten soyut kavramlar üzerinden ve bu iki anın farklılığına göre tanımlamak, bu tanım her ne kadar sonuç itibarıyla doğru ise de, yeterli değildir. Zira bu tanım sadece mütemadi suçun görünümünü ifade etmekte, ancak suçun tamamlanmasına karşın bitmemesi olgusunu açıklamamaktadır. Bu açıdan temadi edenin, yani temadinin konusunun belirlenerek suçun bitmemesi olgusunun somut olarak açıklanması gerekmektedir.

İlgili suç tipi kanunda mütemadi suç olarak düzenlenmiş olabileceği gibi, kural olarak ani suçlardan olan bir suçun mütemadiyen işlenmesi de mümkündür. İlgili suç tipinin ani suç mu yoksa mütemadi suç mu olduğu, somut olayda suçun mütemadiyen mi yoksa ani suç olarak mı işlendiği, keza temadinin ne zaman sona erdiği sorunlarının çözümü mütemadi suçlarda temadi edenin ne olduğunun ortaya konulmasına bağlıdır.

Mütemadi suçlarda temadi edenin veya etmesi gerekenin ne olduğu konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre temadi eden "netice"dir. Diğer bir görüşe göre ise temadi eden netice değil "hareket"tir. Mütemadi suçlarda temadi edenin "hareket" ve bunun sonucunda meydana gelen "netice" olduğu da ileri sürülmüştür. Başka bir görüşe göre ise mütemadi suçlarda temadi eden "hukuka aykırılık"tır.

Temadi edenin ne olduğu konusunda ortaya konulan bu ölçütlerin hepsinde de bir gerçeklik payı vardır. Diğer taraftan ileri sürülen ölçütlerden her birinin ileri süren yazarların suç genel teorisine ilişkin kabulleriyle bağlantısı bulunmakta ve bu kabullerle şekillenmektedir.

Temadi edenin netice olduğu görüşü, özellikle sırf hareket suçu biçimindeki neticesiz mütemadi suçlarda işlevsiz kalmaktadır. Temadi edenin hareket olduğu görüşü ise, bir kısım suç tipleri veya olaylarda hareketin sona ermesine karşın suçun bitmemesi sebebiyle, temadi olgusunu her durumda açıklayamamaktadır. Temadi edenin hareket ve netice olduğu görüşü ise esas itibarıyla ilk iki görüşü birleştirmekten öteye gitmemektedir. Temadi edenin hukuka aykırılık olduğu görüşü ise temadi olgusunun esas itibarıyla tipiklikle ilgili bir sorun olması ve suçun zorunlu bir niteliği olan hukuka aykırılığın temadiye elverişli olmaması sebebiyle isabetli değildir.

Mütemadi suçlarda temadi edenin ne olduğunun belirlenmesinde meşru savunma hukuka uygunluk sebebinde saldırıya ilişkin koşullardan yararlanılması yerinde olacaktır. Meşru savunmaya esas olabilecek saldırı hallerinden biri de "bir hakka yönelmiş, gerçekleşen… haksız bir saldırı"dır (TCK m. 25/1). Tipikliğin gerçekleşmesine ve suçun tamamlanmasına rağmen korunan hukuki değerin ilişkili olduğu konuya, yani korunan hukuki değerin objesine yönelik tipiklikte karakterize edilen saldırının

[1] Arş. Gör. Dr. Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, selim.erdin@yalova.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3294-4092

mevcudiyetini devam ettiriyor olması suçun henüz bitmediğini, yani temadi ettiğini gösterir. Meşru savunma anlamında mevcut bir saldırıdan artık söz edilememesi durumunda ise suç sona ermiştir. Bu açıdan mütemadi suçlarda temadi edenin "tipiklikte karakterize edilen saldırı" olduğu söylenmelidir. Saldırının mevcut olup olmadığı ve dolayısıyla temadinin varlığı bakımından ise meşru savunma hukuka uygunluk sebebinde saldırının mevcudiyetine ilişkin kriterler esas alınacaktır.

Bu ölçüt esas alındığında, temadi edenin hareket olduğu görüşü bakımından herhangi bir sorun doğmayacaktır. Zira hareketin devamı müddetince gerçekleşen saldırının da temadi ettiği kabul edilecektir. Diğer yandan hareketin sona ermesine karşılık, hareketle meydana getirilen hukuka aykırı durumun veya neticenin, failin iktidarında olarak devam ettiği hallerde de saldırının devam ettiği söylenerek temadi olgusu açıklanabilecektir. Son olarak bu ölçüt meşru savunmada saldırını haksız olması gerektiğinden, temadi eden olgunun hukuka aykırılığını da içinde barındıracaktır.

Anahtar Kelimeler: Mütemadi Suç, Temadinin Konusu, Gerçekleşen Haksız Bir Saldırı.

THE SUBJECT OF CONTINUITY IN CONTINUOUS OFFENSES

Abstract

One of the distinctions made in the classification of offenses is instantaneous offense and continuing offense. According to the prevailing opinion iter criminis consists of these stages: decision to commit an offense, preparatory actions, executive actions, completion of the offense and end of the offense.

Offence is completed with the realization of typicality. The offenses whose execution end with the completion and so ended are classified as "instantaneous offence." In instantaneous offences, the moment of completion and end of the offence are the same. However, in some kinds of offenses, these moments may be different. Such offenses are considered as "continuing offence." In continuing offences, offense is completed when typicality occurs; although the offense does not end since the will to commit an offense continues as well as the execution.

There are significant consequences of this distinction in the fields of both criminal law and criminal procedure law. Which law (lex posterior or legi priori) will be applied to the offense, when the prescription and duration of complaint in offenses prosecuted upon complaint start are important in order to determine until when it is possible to act as in complicity or self-defense and the authorized court..

Identifying the continuing offense according to the relatively Abstracts terms such as the time of completion and ending and the distinction between them is accurate, yet inadequate. Then, this definition only describes the appearance of continuing offenses without explaining why/how the offense does not end although it is completed. In this respect it is necessary to explain the non-ending matter of the offense in concrete terms by determination of what continuing and its subject-matter.

An offense may has been directly laid down as continuing offense in the code or it is also possible that an instantaneous offense could be committed as a continuing offense. Questions of whether the offense is continuing or instantaneous, whether the offense is committed instantaneously or continuously, and when the continuity ends rests on the identification of what it is the continuing.

In continuing offenses, what is the thing that continues (or should continue) is a controversial. According to one perspective, the thing that continues is "the consequence of the offense." According to another, the thing that continues is "the act of offense." According to a third perspective, it is both the act and consequence of the offense. There is another perspective which argues that "the unlawfulness" is what continues.

All these measures have a point. It should also be noted that each of these perspectives draw onare shaped by their authors' assumptions regarding the general theory of offense

The "consequence" perspective is inadequate in addressing continuing crimes without consequence that occur as inchoate offense. The "act" perspective cannot explain the matter of "continuity" in some cases where the offense continues even after the act ends. The third perspective does not go further than merely merging the first two perspectives. The forth one is inexact for two reasons; the "continuity" is essentially about the typicality of offense, and "unlawfulness" is not qualify for continuity.

In deciding what is the "continuing", it is useful to benefit from the conditions of assault in self-defense. One of the assaults that is a basis to self-defense is "the ongoing unlawful assault against a right" (TCC a.25/1). Although the typicality occurs and the offense is completed, the offense is not ended and hence is continuous, since the assault which is characterized typically against the subject-matter of protected legal value continues. If an attack in the context of self-defense does not exist, the offense ends. In this respect, it should be noted that the thing which continues with continuing offenses is "the offense which is characterized in typicality." The question whether there is an attack and continuity will be based on the criteria of the existence of an assault in justification of self-defense.

Such an approach will not present any problems for the perspective which takes "act" as the measure of continuity. Then, it will be accepted that the assault continues as long as the action continues. On the

other hand, in those cases where the act ends while the unlawful situation or consequence caused by the act continues through the will of the perpetrator, the continuity can also be explained by concluding that the assault continues. Finally, this criterion also addresses the unlawfulness of the continuing matter as the assault in self-defense should be unlawful.

Keywords: Continuous Offenses, Subject of Continuity, The Ongoing Unlawful Assault.

VİKTİMOLOJİ VE CEZA ADALETİ: SUÇ MAĞDURU KAVRAMININ TEORİ VE UYGULAMADA YERİ

Aykut ÇALIŞKAN[1]

Öz

Bu çalışma ceza adaleti sürecinde pasif süje konumunda yer alan mağdurları Viktimoloji teorileri ışığında incelemektedir. Alan yazınında suç istatistikleri ve mağdur tipolojileri esas alınarak hazırlanan ilk dönem araştırmalar özel suç türleri üzerinden detaylandırılarak suç mağduru araştırmalarının genişlemesine katkı sağlamıştır. Viktimoloji çalışmalarının gelişimindeki bu süreç; veri toplama, teori oluşturma ve mağdur mevzuatı ile mağdurun iyileştirilmesi çabalarının bütünü olarak görülmüştür. Böylelikle suç mağduru üzerine yapılan araştırmalar; mağdur olmanın nedenleri, suçun faili ile ilişkisel durumlarının tespit edilmesi başlıklarını kapsamıştır. Bu durum ceza adaleti sürecinde görev alan birimlere suç ve suçluluğun anlaşılması için katkı sağlamıştır. Türkiye'de suç mağduru istatistiklerinin adalet istatistiklerine yeterli düzeyde yansımadığı görülmekle birlikte, adli sosyal bilimler alanında yapılan araştırmaların da genişlemesine ihtiyaç duyulduğu tespit edilmiştir. Ayrıca mağduriyet risklerinin şiddet, mülkiyet ve daha özel suç türleri özelinde araştırılması Viktimoloji çalışmalarının gelişmesi için faydalı olacaktır. Özellikle cinayet, malvarlığına karşı suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar gibi özel suç türleri özelinde suç mağduriyetinin nedenleri ve önleme stratejileri açısından yapılan araştırmaların Viktimoloji çalışmalarının geleceği açısından önemli olduğu düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ceza Adaleti, Adli Sosyal Bilimler, Viktimoloji, Suç Mağduru, Suç istatistikleri.

[1] Dr. Öğretim Üyesi; Dokuz Eylül Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü; aykut.caliskan@deu.edu.tr; ORC ID:0000-0002-1886-6991

VICTIMOLOGY AND CRIMINAL JUSTICE: THE PLACE OF THE CONCEPT OF CRIME VICTIMIZATION IN TERMS OF THEORY AND APPLICATION

Abstract

This study examines victims who are passive subjects in the criminal justice process in the light of Victimology theories. In the literature, the first period research prepared on crime statistics and victim typologies expanded on specific crime types and contributed to the expansion of crime victimization research. Thus, this process in the development of Victimology studies; data collection, theorizing and primarily the new victim legislation and the efforts to rehabilitate the victim. This situation contributed to the units involved in the criminal justice process in understanding the crime and delinquency. Although not reflected adequately in the interest of justice for victim statistics in Turkey along with statistics of research in forensic social sciences it has been determined that the expansion is needed. However, it has been found that the risks of victimization need to be investigated specifically for violence, property and more specific types of crime. It is thought that the studies conducted in the literature in terms of the causes of crime victimization and prevention strategies in particular types of crimes such as murder, crimes against property, crimes against sexual immunity will contribute to future of Victimology studies.

TÜRK HUKUK TARİHİ

TUTUKSUZ YARGILAMA VE KEFALET MÜESSESESİ: OSMANLI VE İNGİLİZ HUKUKU AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMALI BİR ÇALIŞMA

Gül AKYILMAZ*

Öz

Günümüzde Hukuk Tarihi alanında karşılaştırmalı çalışmaların öneminin anlaşıldığı ve bu yönde yapılan çalışmaların arttığı gözlenmektedir. Bazı hukuki müesseseler ve hukuk kurallarının neden sadece belli ülkelerde ortaya çıktığını, kurallar ve kurumlar arasındaki benzerlikler ve farklılıkları anlayabilmek ancak karşılaştırmalı hukuk tarihi çalışmalarıyla mümkün olabilecektir. Bu çerçevede tebliğimizde iki ayrı ülkede ve iki ayrı hukuk sisteminde karşımıza çıkan tutuksuz yargılama ve kefalet müessesesinin karşılaştırmalı olarak ele alınması amaçlanmıştır. Böylelikle incelenen konu açısından Osmanlı Devleti'nin çağdaşı devletlerle mukayesesi bizi akademik açıdan daha anlamlı sonuçlara yönlendirebilecektir. İngiliz Hukukunda (Anglo-Saxon Hukuku) tutuksuz yargılama ve kefalet kurumunun çok eski tarihlerden beri mevcut olduğu, ancak bu kuralların sistematize edilerek bütün ülkeyi kapsayacak şekilde bir hukuki düzenleme halinde ortaya çıkışının 1275 tarihli Westminster Nizamnamesi ile gerçekleştiği görülmektedir. Tutuksuz yargılanma ilkesinin İngiliz Hukukunda ilk kez 1215 tarihli Magna Carta'da yer alan hâkim kararı olmadan tutuklanamama ve cezalandırılamama (kişi güvenliği ve kişi dokunulmazlığı ilkesi) ilkesi ile de yakından bağlantılı olduğu bilinmektedir. Tutuksuz yargılama ve kefalet kurumunun şekillenmesinde "*Five Knights Case*" büyük bir öneme sahip olup, bu davadan sonra çıkarılan Petition of Rights'ta konuyla ilgili düzenlemeler yer almıştır. Bununla birlikte tutuksuz yargılama ve kefalet kurumu ile ilgili en meşhur belge 1679 tarihli Habeas Corpus Act'tir. İngiliz Hukukunda "*Habeas Corpus*" kavramı şahsın hukuka aykırı olarak tutuklandığını ileri sürerek mahkemeye çıkarılması ve kendisine bir kefil tayin edilmesi için emir verilmesini içeren bir müzekkere isteme hakkını ifade etmektedir. Burada talebin özü kişinin özgürlüğünün temel değer olduğu ve bundan mahrum bırakılmasının ancak hâkim kararı ile olabileceği, kefil bulunması durumunda da yargılamanın tutuksuz olarak sürdürülebileceğidir. Kefil ve kefalet kurumunu ifade eden "*bail*", "*surety*", "*pledge*", "*mainprize*" gibi çok sayıda kavramın varlığı bize İngiliz Hukukunda konunun önemli bir yer tuttuğunu ve yerleşik bir kurum ve uygulama olduğunu kanıtlamaktadır. İslam Hukuku ve Osmanlı Devleti'nin resmi mezhebi olan Hanefi mezhebinde hakkında ayrıntılı düzenlemeler bulunan kefalet kurumu mala kefalet ve şahsa (nefse) kefalet olarak ikiye ayrılmış olup, nefse kefalet ceza hukuku alanında da uygulanma şansına sahip olmuştur. Şahsa kefalet şüphelinin/sanığın mahkemeye veya önceden tayin edilmiş bir yere belli bir zamanda getirilmesine kefil olmayı ifade etmektedir. Osmanlı Devleti'nde Mecelle'de şahsa kefalete yer verildiği gibi klasik dönemde çıkarılan kanunnamelerde de konuyla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Ayrıca İslam ve Osmanlı Hukukunda yürütme gücünün yetkilerini kötüye kullanmasına karşı kişinin haklarının korunmasının bir güvencesi olarak habeas corpus prensibinin kabul edildiği de bilinmektedir. Osmanlı Devleti'nde tutuksuz yargılamanın önemli bir uygulama alanı bulduğu, özellikle sabıkasız, yaşadığı toplumda iyi halli olarak tanınan kişilerin bir kefile bağlanarak tutuksuz yargılandığı görülmektedir. Ayrıca kişinin tutuklu yargılanabilmesi için mutlaka hâkim kararı aranmıştır. Yargılama aşamasında tedbiren tutuklanmasına karar verilen kişiler de kefil bulabilirlerse tutuklanmadıkları gibi, hakkında hüküm verilmiş ve infazını bekleyen kişilerle yargılama yapılıp hakkında yeterli delile ulaşılamayan kişilerin de serbest bırakılması için kefil istenmiştir. Tebliğimizin hazırlık aşamasında kefilin tanımından başlamak üzere tutuksuz yargılama ve kefalet kurumunun ortaya çıkışı, bu düzenlemelerin temelinde yatan sebepler, tutuksuz yargılanacak kişilerin özellikleri, kefalet sözleşmesi, kefillerin sorumluluklarının kapsamı, kefil olarak tayin edilecek kişilerin nitelikleri gibi başlıklarda iki hukuk sistemi arasında önemli benzerliklerin olduğu tespit edilmiştir. Bu çerçevede çalışmamızda incelenen müesseseler açısından iki hukuku sistemindeki benzerlikler ve farklılıklar hem hukuki

* Prof. Dr. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, gulakyilmaz@gmail.com, ORCID: 0000-0002-9404-9440

düzenlemeler hem de mahkeme kayıtları ve arşiv belgeleri temelinde ele alınarak karşılaştırmalı hukuk tarihi açısından bazı sonuçlara ulaşılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tutuksuz Yargılama, Tutuklu Yargılama, Kişi Dokunulmazlığı ve Kişi Güvenliği, Kefalet, Kefil, Habeas Corpus Act, Westminster Nizamnamesi.

TRIAL WITHOUT ARREST AND BAIL: A COMPARATIVE STUDY OF OTTOMAN LAW AND ENGLISH LAW

Abstract

The comparative studies on legal history are increasing nowadays. In order to understand the similarities and the differences between different countries' institutions and their laws, the comparative studies of legal history should be conducted. This paper aims to analyse trial without arrest and bail comparatively in two states which have different legal systems. Therefore, more accurate and meaningful conclusions will be made academically by comparing the Ottoman Empire with its contemporaneous states. Although trial without arrest had existed in English legal history for a long time, it was the Westminster Statue that determined the fundamental principles of these institutions and made those valid through the country. Principal of trial without arrest is also directly associated with Magna Carta's provisions of right to integrity and security (According to the Article 39, nobody could be arrested or sentenced without a judicial decision). "*Five Knights Case*" has a vital importance on setting the frameworks of trial without arrest and bail. After that case, Petition of Rights was adopted and crucial principles about these issues was determined. However, the most well-known document about trial without arrest and bail is Habeas Corpus Act, which was promulgated in 1679. "*Habeas Corpus*" refers to the right to ask for appointment of a bailsman when a person claims that s/he is illegally arrested. The core of this request is that the freedom of a person is a fundamental right and s/he can only be prohibited from it by a court decision. In addition to that, if s/he finds a bailsman, trial without arrest becomes possible. In this context, in Anglo-Saxon Law, there are many terms related to bail, such as "*bailsman*", "*surety*", "*pledge*", "*mainprize*". These terms shows that this institution has a major importance and it has an ongoing practice for a long time. In Islamic law and Hanafi school of law, institution of bail has detailed provisions and divided into two sections. One of them was personal bond system and applied directly during criminal procedure. In this bail system, bailsman is responsible for ensuring defendant's attendance to the trial. In Ottoman law, both at classical age and in Mecelle many codes including provisions regarding those institutions were adopted. In the Ottoman Empire, institution of trial without arrest played an important role during the prosecution process. Especially, the people who are believed to be in good faith were on trial without arresting by bail. Moreover, in Ottoman law, a court decision was required for a pre-trial detention. Lastly, in Ottoman criminal law, it is possible for someone who was arrested pending trial to be released if s/he could find a bail. In addition to that, people who were sentenced and waiting for the execution and who were accused but could not be sentenced due to the lack of evidence, can ask for release if they could find a bail. During the preparation process of this paper, it is noticed there are many resemblances between Ottoman and English Law (Anglo-Saxon), including definition of bailsman, the process and the reasons of release, institution of bail, bail contract, the responsibilities of the bailsman and the features of the bailsman. The purpose of this paper is to examine the similarities and differences between these two legal systems on the basis of legal regulations, court records and archive documents and make some conclusions regarding comparative legal history.

Keywords: Trial Without Arrest, Pre-Trial Detention, Right To Integrity And Security, Bail, Habeas Corpus Act, Statue Of Westminster.

SEBÎLÜRREŞÂD DERGİSİ'NİN TÜRKİYE'DE BATILILAŞMA VE LAİKLİĞİN BENİMSENMESİ SÜRECİNE BAKIŞI

Nevin Ünal ÖZKORKUT[1]

Öz

Sırât-ı Müstakîm/Seblîlürreşâd, yayın hayatına 1908'de başlayan ve arada kesintiye uğramakla birlikte yayımlanmaya devam eden, eğitimli yazar kadrosuyla başlıca din, felsefe, edebiyat ve siyaset alanlarında birçok konuyu ele alan İslamcı bir dergidir. Ebü'l Ulâ Zeynel Âbidin (Mardin) ve Eşref Edip (Fergan) tarafından 1908 yılında Sırât-ı Müstakîm adıyla çıkarılmaya başlanan Dergi, 1912'den itibaren yayın hayatına Sebîlürreşâd adıyla devam etmiştir. Uzun yayın hayatı boyunca II. Meşrutiyet, Birinci Dünya Savaşı, Kurtuluş Savaşı, Cumhuriyetin ilk yılları ve çok partili hayat gibi Türk tarihinin çok önemli dönemlerine tanıklık eden Dergi, anılan dönemlerin farklı dinamiklerinde ve farklı koşullarında fikirlerini İslamcı bakış açısıyla savunmuştur. Sebîlürreşâd, Batı uygarlığının bir bütün olarak alınması düşüncesine, toplumun geleneklerine, inancına, milli kimliğine uygun olmadığını düşündüğü yeniliklere karşı çıkmış; çağdaşlaşmayı ise İslam toplum yapısının ve ahlakının korunması şartıyla kabul etmiştir. Batılılaşmayı ve laiklik esasına dayanan devlet anlayışını kabul etmeyen Dergi, yeni Türk Devleti'nin kuruluş yıllarında da bu düşüncesi savunmuş; bu dönemde başlıca eğitim, hukuk, yargı gibi alanlarda değişimden yana olan görüşleri, önerileri ve yapılan bazı somut düzenlemeleri doğrudan ya da dolaylı bir biçimde eleştirmiştir. Tebliğde, 1923-1925 yılları arasında yayımlanmış bazı makaleler üzerinden Dergi'nin, çağdaşlaşma, Batılılaşma ve laikleşme sürecine yaklaşımı ele alınacaktır.

Anahtar kelimeler: Batılılaşma, Laiklik, Sebilürreşad.

[1] Prof. Dr. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, nevinunalozkorkut@yahoo.com, ORCID ID:0000-0002-6854-3592

SEBÎLÜRREŞÂD JOURNAL'S PERSPECTİVE ON THE PROCESS OF WESTERNİZATİON AND THE ADOPTİON OF SECULARİSM İN TURKEY

Abstract

Sırât-ı Müstakîm / Seblîlürreşâd is an Islamist journal that started its publication life in 1908 and continues to be published although interrupted, with its educated staff of writers dealing mainly with many issues in the fields of religion, philosophy, literature and politics. This journal, which was started to be published under the name of Sırât-ı Müstakîm by Ebü'l-ulâ Zeynel Âbidin (Mardin) and Eşref Edip (Fergan) in 1908, continued its publishing life as Sebîlürreşâd since 1912. During his long broadcast life, Having witnessed very important periods of Turkish history such as the II. Constitutional Monarchy, the First World War, the War of Independence, the first years of the Republic and the multi-party life, the journal defended its ideas with an Islamist perspective in the different dynamics and different conditions of the aforementioned periods. Sebîlürreşâd opposed the idea of taking the Western civilization as a whole, the innovations that he thought were not suitable for the traditions, beliefs and national identity of the society; On the other hand, it accepted modernization provided that the structure and morality of the Islamic society is preserved. The journal, which does not accept westernization and the understanding of the state based on secularism, defended this idea during the establishment years of the new Turkish State; during this period, this journal directly or indirectly criticized the views, suggestions and some concrete regulations that favor change in areas such as education, law and judiciary. In the paper, this journal's approach to the process of modernization, westernization and secularization will be discussed through some articles published between 1923-1925.

Keywords: Westernization, Secularism, Sebilürreşad.

AZINLIK (CEMAAT) VAKIFLARININ TAŞINMAZ MAL EDİNMESİ SORUNUNUN YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İNCELENMESİ

Nuran KOYUNCU[1]
Meryem Büşra AKHAN[2]

Özet

Osmanlı Devleti farklı dinden birçok alt grubu içinde barındırmış, bu nedenle azınlıklar "cemaat" olarak nitelendirilmiştir. Lozan Antlaşması'nda kabul edildiği üzere; Türkiye'deki azınlıklar din esası dikkate alınarak tanımlanmıştır. Azınlık (cemaat) vakıfları, Osmanlı Devleti zamanında gayrimüslim vatandaşlar tarafından padişah fermanı ile kurulmuş olup birçoğunun vakfiyesi bulunmamaktadır. Kurulduğu dönem itibariyle, azınlık vakıfları eski vakıflar arasında incelenmektedir. Cumhuriyetin ilanından sonra, azınlık vakıfları Lozan Antlaşması çerçevesinde kabul edilmişler ve ancak 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile tüzel kişilik kazanmışlardır. AB uyum sürecinde kanunlarda değişiklik yapılarak ve yeni kanunlar yayımlanarak, azınlık vakıflarının taşınmaz mal edinmesi sorunu çözümlenmeye çalışılmış ve diğer vakıflar ile aynı hukuki statüye getirilmiştir. Ancak bu süreçte Yargıtay'ın tenakuz kararları nedeniyle taşınmaz mal edinme hususundaki farklı uygulamalar devam etmiştir. Çalışmada azınlık, vakıf ve eski vakıf kavramlarına değinilerek geçmişten günümüze azınlık vakıflarının hukuki statüsü ve taşınmaz mal edinmesi sorunu Yargıtay kararları ışığında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Vakıf, Azınlıklar, Cemaat Vakıfları, Lozan Anlaşması, Zimmiler.

[1] Prof. Dr. Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, nkoyuncu@erbakan.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6696-9733

[2] Hakim adayı.

EXAMINATION OF THE PROBLEM OF THE MINORITY (CEMAAT) WAQFS IN THE LIGHT OF THE JUDICIAL DECISIONS

Abstract

The Ottoman Empire accommodated many subgroups from different religions, so minorities were described as “congregation”. As agreed in the Lausanne Treaty; Minorities in Turkey have been defined taking into account the basis of religion. Minority waqfs were established by non-Muslim citizens under the sultan's decree during the Ottoman Empire period, and most of them do not have endowments. As of the period of its establishment, minority waqfs are examined among old waqfs. After the proclamation of the Turkish Republic, minority foundations were accepted within the framework of the Lausanne Treaty and gained legal personality only with the Foundations Law No. 2762. During the EU harmonization process, the issue of acquiring immovable property by minority waqfs was tried to be resolved by amending the laws and publishing new laws, and it was brought to the same legal status with other waqfs. However, due to the decision of the Supreme Court of Appeals, different applications regarding the acquisition of immovable property continued in this process. In this study, by mentioning the concepts of minority, foundation and former foundation, the legal status of minority waqfs from past to present and the problem of acquiring real estate will be examined in the light of the decisions of the Turkish Supreme Court.

Keywords: Waqf, Minorities, Community Waqfs, Lausanne Treaty, Dhimmis.

18. YÜZYILDA KONYA'DA NAFAKA DAVALARI

Belkıs KONAN[1]

Öz

Türk hukuk tarihi alanında çalışma yaparken yararlandığımız en önemli kaynaklardan biri şeriye sicilleridir. Şeriye sicillleri, özellikle Osmanlı hukuk sistemi ile ilgili çalışmalarda son derece önemli bir role sahiptir. Bu tebliğde, 18. yüzyılın başında Konya'da şeriye mahkemelerinde görülen nafaka davaları 42 nolu mahkeme kayıtları özelinde incelenmiştir. Şeriye mahkemelerinde nafaka ile ilgili çok sayıda hüküm olmasından dolayı araştırma 1705-1707 yılları ile sınırlandırılmıştır. Defterde yer alan aile hukukuna ilişkin kayıtların yaklaşık dörtte biri nafaka davalarından oluşmaktadır. Çalışmada incelenen hükümler bize nafaka davasının tarafları, nafaka çeşitleri, verilecek nafaka miktarı ile nafaka miktarının belirlenmesinde etkili olan unsurlar hakkında kıymetli bilgiler sunmaktadır. Ayrıca, mahkeme defterlerindeki kayıtlar hukuk alanına ilişkin bilgiler yanında Konya ailesinin sosyo-ekonomik yapısı hakkında da ipuçları vermektedir.

Anahtar Kelimeler: Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Hukuku, İslam Aile Hukuku, Nafaka, Şeriye Defterleri.

[1] Doç.Dr. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, belkiskonan@yahoo.com, ORCID: 0000-0001-5500-8999

FAMILY LAW CASES IN KONYA IN THE 18TH CENTURY

Abstract

In this study, it is aimed to reach concrete data on family law in Konya at the beginning of the 18th century, based on some sample cases and documents that we have selected from the sheriya registry number 42 in Konya. Within the scope of the reseach, the provisions in the sheriya books belonging to the years 1705-1707 were examined under the titles of engagement, marriage, divorce and alimony according to their subjects. While determining who applied to the court for what reasons in cases related to family law, some concrete data were obtained on the procedures applied in case of breach of the engagement, how often the marriage procedure was recorded in the registry, the use of puberty, the termination of marrige with allegiance and muhâlea and alimony request.

Keywords: Islamic Family Law, Ottoman Law, Marriage Engagement, Nikâh, Mahr (Bride Wealth), Alimony, Divorce.

TANZİMAT DÖNEMİ DUALİST HUKUK YAPISININ ŞAHSA KARŞI İŞLENEN SUÇLARA YANSIMASI

Ahmet KILINÇ[1]
Davut YILDIRIM[2]

Özet

Tanzimat Dönemi, Türk Hukuk Tarihin önemli dönemlerinden birisidir. Bu dönemde ülkenin kötü gidişatını durdurmak için her alanda tedbirler alındığı gibi hukuk alanında da tedbirler alınmaya çalışılmıştır. Bir yanda Batı menşeili hukuki müessese ve hukuk kuralları ülkede uygulanmaya başlarken, öte yanda yüzlerce yıllık yerli Osmanlı hukuku müesseseleri ve kuralları icra edilmiştir. Batıdan resepsiyon yöntemi ile temin edilen normlar, beraberinde yeni mahkemelerin oluşmasını sağlamıştır. Bu husus, klasik dönemden beri varlığını sürdüren Şer'iyye mahkemeleri dışında farklı hukuki araçların sağlanmasını da zorunlu kılmıştır. Bu durum ise ülkede düalist (ikili) hukuk sisteminin aynı anda yürürlükte olmasına sebep olmuştur. Düalist hukuk sistemi, birçok hukuk alanında etkisini göstermekte iken, ceza hukukundaki tesiri daha derin olmuştur. Bu bağlamda "ukubata" göre ayrı bir kategoride yer alan şahsa karşı suçlardan olan adam öldürme, müessir fiil ve ıskat-ı cenin suç ve cezaları da düalist hukuki yapıdan ziyadesiyle etkilenmiştir. Zira bu suçlar, bir yandan İslam hukuku kaynaklarına dayanarak hüküm veren Şer'iyye mahkemelerinde muhakeme edilmekteyken öte yandan yeni kurulan Nizamiye mahkemelerinde de görülmekteydi. Dönemin temel ceza kanunları olan 1840, 1851 ve 1858 tarihli ceza kanunnamelerinde düzenlenen adam öldürme, müessir fiil ve ıskat-ı cenin suçlarına ilişkin hükümlerden, öğretinin mütalaalarından ve uygulamaya işaret eden arşiv vesikalardan yola çıkarak elde edilen sonuçlar şu şekildedir: Anılan suç tiplerinin düalist yapıdan en çok etkilendiği dönem 1858 tarihli ceza kanunnamesinin yürürlükte olduğu dönem olmuştur. Zira 1840 ve 1851 tarihli ceza kanunnamelerinde mezkûr suç tiplerinin bir kısmı düzenlenmediği gibi, bu dönemlerde Nizamiye mahkemeleri de yargı teşkilatında aktif rol almamaktaydı. 1858 tarihli ceza kanunnamesi ise özellikle köklü değişikliğe uğramadığı ilk haliyle düalist yapıya ilişkin ortaya çıkabilecek sorunlara yönelik önlemler almaya çalışmıştır. Kanunun 171'inci maddesi kasten adam öldürme suçunda, 182'inci maddesi taksirle adam öldürme suçunda, 177'inci maddesi kasten yaralama suçunda, 183'üncü maddesi taksirle yaralama suçunda ve 192'inci maddesi ıskat-ı cenin suçunda düalist hukuk sistemi ve yargı mercileri arasında uyumu sağlamaya yönelik hükümler içermektedir. Normatif düzenlemelerin yanı sıra dönemin hukukçuları da düalist yapıya işaret eden hükümlerin nasıl uygulanması gerektiği yönünde muhtelif görüşler beyan etmişlerdir. Uygulama düalist yapının özellikle 1909 tarihli irade-i seniyeden sonra şer'iyye mahkemesi aleyhine nizamiye mahkemesi lehine çözüldüğünü ortaya koymuştur. Çalışma ile resepsiyon ile alınması planlanan normların hukuk mantalitesinin iktibas edilecek ülke ile aynı yönde olmasının yararlı olduğu ortaya çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tanzimat Dönemi, Osmanlı Hukuku, Adam Öldürme Suçu, Müessir Fiill, Iskat-ı Cenin, Düalist Hukuki Yapı.

[1] Doç. Dr.; Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, akilinc@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8977-9588

[2] Avukat; Diyarbakır Barosu, ORCID: 0000-0001-7296-9599

REFLECTION OF THE DUALIST LEGAL STRUCTURE IN THE TANZIMAT ERA ON CRIMES COMMITTED AGAINST THE PERSON

Abstract

The Tanzimat Period is one of the important periods of Turkish Law History. In this period, measures were taken in the field of law as well as measures were taken in every field to stop the bad course of the country. On the one hand, Western origin legal institutions and rules of law began to be implemented in the country, on the other hand, hundreds of years of domestic Ottoman law institutions and rules were implemented. The norms provided by the reception method from the west led to the establishment of new courts. This issue has also made it compulsory to provide different legal instruments, apart from the Şer'iyye courts, which have existed since the classical period. This situation caused the dualist (dual) legal system to be in effect simultaneously in the country. While the dualist legal system is effective in many areas of law, its influence in criminal law has been deeper. In this context, the crimes and punishments of murder, wounding and abortion, which are among the crimes against the person, which are classified in a separate category according to the "Islamic criminal law", are also heavily affected by the dualist legal structure. Because these crimes were being tried in the Sharia courts, which ruled based on the sources of Islamic law, they were also heard in the newly established Nizamiye courts. The results obtained based on the provisions on the crimes of murder, murder, wounding and abortion in the penal codes of 1840, 1851 and 1858, which are the basic criminal laws of the period, the opinions of the doctrine, and the archive documents that point to the practice are as follows: The period when the aforementioned types of crimes were most affected by the dualist structure was the period when the penal code of 1858 was in force. Because some of the aforementioned crime types were not regulated in the criminal codes of 1840 and 1851, the Nizamiye courts did not take an active role in the judicial organization in these periods. The penal code dated 1858, tried to take precautions against the problems that may arise regarding the dualist structure, especially in its original form, which has not undergone radical changes. Article 171 for wilful murder, Article 182 for involuntary murder, Article 177 for wilful wounding, Article 183 for involuntary wounding and 192 for abortion of the penal code dated 1858 included the ways to solve the problems about dualist structure. In addition to the normative regulations, the jurists of the period also expressed various opinions on how the provisions indicating the dualist structure should be implemented. The practice of Ottoman Criminal law shows that after the irade-i seniye (normative regulation) dated 1909 came into force, aforementioned crimes were judged in Nizamiye courts instead of Qadı courts. The study reveals that it is beneficial to receive normative regulations from a state which has the same legal and social mentality.

Kewords: The Tanzimat Era, Ottoman Law, The Crime of Murder, Wounding, Abortion, Dualist Legal Structure.

AHMED AĞAOĞLU'NA GÖRE 1924 TEŞKİLÂT-I ESÂSİYE KANUNU'NDA KİŞİ HAK VE HÜRRİYETLERİNİN DÜZENLENİŞİ

İrem KARAKOÇ[1]

Öz

Çalışmanın konusu olan 1924 tarihli ve 491 sayılı Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'nda kişi hak ve hürriyetleri ve bu hürriyetlerin dayandığı ilkeler ile teminatları, anayasaya gerek fikirleriyle gerekse hukukçu sıfatıyla katkı veren *Ahmed Ağaoğlu*'nun bakışıyla ele alınmak istenmiştir. Demokratik toplumlarda idare edenler, "kendilerine değil de millete ait olan egemenliği millet adına/temsilen" kullanırken milletin fertlerinin hürriyetlerine zarar vermemeli, insanların doğuştan sahip oldukları hak ve hürriyetlerini kullanmalarına halel getirmemeli, onların rahat ve huzur içinde toplumda yaşamalarını sağlamalıdırlar. Ferdî haklar bu nedenle anayasaların, devletin şekli/teşkilâtının yer aldığı kısımla birlikte metnin ayrılmaz bir parçası olmuşlardır. Devleti yönetenler egemenliği kullanırken, egemenliğin mahiyetinde var olan cebirden dolayı insan hak ve hürriyetlerinin zedelenme ihtimali vardır. Bu yüzden kişi hak ve hürriyetlerinin tanzimi ve teminatları da anayasalara dâhil edilmiş bu yönüyle Anayasa Hukuku, kamu hukukunun en önemli bölümü hatta "diğer şûbelerin anası" olarak nitelendirilmiştir. Fertlerin hak ve hürriyetleri, 1924 Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu'nda iki kısımda ele alınmıştır. İlki, bu hakların neler olduğu, ne şekilde tanzim edildiği; ikincisi ise güvenceleridir. *Ağaoğlu*, Hukuk-ı Esâsiye Notları'nda önce kişi hak ve hürriyetlerinin dayandığı temel ilkeler/asıllar bağlamında eşitlik, özgürlük ve ferdiyetçilik üzerinde durmuş, kaynak olarak Fransız "İnsan Hakları Beyannâmesi"nden söz etmiştir. Kitapta ayrıca kanun önünde eşitliğin kaynağı ve kavramın kökeni irdelenmiştir. Ferdî hürriyetlerle ilgili dünyadaki diğer devletlerin uygulamalarından örnekler verilmiştir. Ayrıca "Cebre karşı mukavemet" esasının 1924 Anayasası'nda hiç yer almadığı belirtilerek bu konuda Riot Act (Riot Kanunu) üzerinden açıklamalar yapılmıştır. Kitaptaki konular, hürriyetlerin içeriğine göre maddî veya manevî ilerlemeyi sağlamaya yönelik olan bir ayrım yapılarak tamamlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: 1924 Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu, Kişi Hak ve Hürriyetleri, Ahmed Ağaoğlu, Hukuk-ı Esâsiye Ders Notları**.**

[1] Doç. Dr.; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, irem.karakoc@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1142-8689

ACCORDING TO AHMED AĞAOĞLU, PERSONAL RIGHTS AND FREEDOMS IN THE 1924 CONSTITUTION

Abstract

In the Constitution dated 1924 and numbered 491 of Republic of Türkiye, which is the subject of the study, the rights and freedoms of individuals and the principles and guarantees on which these freedoms are based were intended to be addressed with the view of Ahmed Ağaoğlu, who contributed to the constitution both with his ideas and as a lawyer. Those who govern in a democratic society should not harm the freedom of the members of the nation while using the sovereignty belonging to the nation, not on behalf of the nation and on behalf of the nation; therefore, individual rights appear as an integral part of the text, following the part of the constitutions that includes the state organization. While the rulers of the state use sovereignty, there is a possibility that their human rights and freedoms may be damaged due to the force inherent in sovereignty. For this reason, the regulation and guarantees of individual rights and freedoms are also included in the constitutions. Constitutional Law is the most important part of the public law and even qualifies as the "mother of other branches". The rights and freedoms of individuals, which are the subject of the constitutional law, are discussed in two parts in the 1924 Constitution. The first is what these rights are, how they are arranged, and the second is their guarantees. In the book "Hukuk-ı Esâsiye Notes", Ağaoğlu first focused on equality, freedom and individualism in the context of basic principles / essentials on which individual rights and freedoms are based, and referred to the French "Declaration of Human Rights". The source of equality before the law and the origin of the concept are also discussed in the book. Topics covered include individual conscience, religion, freedom of disposition, freedom of trade, industry and work; freedom of assembly, participation, publication and education. In the book, examples of the practices of other states in the world are given. In addition, it was stated that the principle of "resistance to force" was not included in the 1924 Constitution, and explanations were made on the subject through the Riot Act. The book has completed the subjects by making a distinction aimed at providing material or spiritual development according to the content of freedoms.

Keywords: 1924 Constitution, Personal Rights And Freedoms, Ahmed Ağaoğlu, Lecture Notes of Constitutional Law.

ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN DEVAMLILIĞI TARTIŞMALARI AÇISINDAN LOZAN ANTLAŞMASI

Seda ÖRSTEN ESİRGEN[1]

Öz

Devlet kavramı, ülke, insan ve egemenlik unsurlarından oluşmuş; bu unsurlardaki değişiklikler, tarih boyunca devletlerin yıkılışına ve yeni devletlerin kuruluşuna sebep olmuştur. Ancak devlete devlet olma gücünü veren egemenlik unsurunda, aynı toprak parçası üzerinde yaşamını sürdüren nüfusu etkilemeden ortaya çıkan değişim, devletin devamlılığını doğurmaktadır. Devletin devamlılığı ilkesinin doğurduğu çeşitli hukuki sonuçlar arasında uluslararası antlaşmaların devamlılığı da bulunmaktadır. Uluslararası antlaşmaların devamlılığı, belirli bir dönemde devletin yetkili devlet adamları tarafından devlet adına akdedilen uluslararası antlaşmaların, siyasi rejim ya da yöneticiler değiştikten sonra da, uluslararası hukuk bakımından geçerli ve bağlayıcı olmayı sürdürmesidir. Bu çerçevede Osmanlı Devleti ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki ilişki açısından yapılmakta olan devamlılık/halefiyet tartışmalarında Lozan Antlaşması'nın 99.maddesi de, önemli bir yer tutmaktadır. Osmanlı Devleti'nin son döneminde çeşitli konularda Avrupa devletleriyle akdedilmiş çok sayıda uluslararası antlaşma bulunmaktadır. 99.madde, bu antlaşmalardan bazılarına yer vermiş ve söz konusu antlaşmaların yeni kurulan Türk devleti ile diğer taraf devletler arasında yeniden yürürlüğe gireceğini hükme bağlamıştır. Yerli ve yabancı literatürde Osmanlı Devleti ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki ilişki açısından yapılmakta olan devamlılık/halefiyet tartışmalarında 99.maddeye de zaman zaman değinilmekle birlikte, söz konusu madde uluslararası antlaşmaların devamlılığı açısından doğrudan bir araştırmaya konu olmamıştır. Bu doğrultuda çalışma, TÜBİTAK'ın ARDEB-1001 Programı çerçevesinde yürütülmekte olan 220K076 numaralı proje kapsamında da desteklenmektedir. Bildirinin amacı, Osmanlı döneminde akdedilen ve 99. madde kapsamında sayılan uluslararası antlaşmaların Cumhuriyet döneminde yeniden yürürlüğe girişinin Türk hukuk tarihi açısından değerlendirilmesidir.

Anahtar Kelimeler: Lozan Barış Antlaşması, Uluslararası antlaşmalar, Uluslararası antlaşmaların devamlılığı, Halefiyet.

[1] Doç. Dr.; Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, orsten@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7634-8092

TREATY OF LAUSANNE IN TERMS OF DISCUSSIONS ON THE CONTINUITY OF INTERNATIONAL TREATIES

Abstract

The state consists of the country, people and sovereignty elements. The changes in these elements have caused the collapse of states and the establishment of new states throughout history. However, in the element of sovereignty that gives the state the power to be a state, the change that occurs without affecting the population living on the same land, creates the continuity of the state. Among the various legal consequences of the principle of continuity of the state, there is also the continuity of international treaties. The continuity of international treaties is that international treaties concluded on behalf of the state by the authorized statesmen of the state in a certain period continue to be valid and binding in terms of international law even after the political regime or governers change. In this context, Article 99 of the Treaty of Lausanne has an important place in the continuity/succession discussions in terms of the relationship between the Ottoman State and the Republic of Turkey. In the last period of the Ottoman Empire, there are many international treaties concluded with European states on various issues. Article 99 included some of these treaties and stipulated that the treaties in question would enter into force again between the newly established Turkish state and other state parties. Although Article 99 is occasionally mentioned in the continuity/succession discussions in the legal literature in terms of the relationship between the Ottoman Empire and the Republic of Turkey, the article in question has not directly been the subject of a study in terms of the continuity of international treaties. In this regard, the study is also supported within the scope of the project numbered 220K076 carried out within the framework of TUBITAK's ARDEB-1001 Programme.

Keywords: Treaty of Lausanne, Continuity, Succession, Continuity of International Treaties.

DÂRÜ'L-FUNÛN HUKUK FAKÜLTESİ MÜDERRİSİ MEHMED NESİB BEY'İN "MECELLE'NİN ISLAHINA DOĞRU" MAKALESİNİN HUKUKÎ AÇIDAN DEĞERLENDİRMESİ

İsmail BİLGİLİ[1]

Öz

Osmanlı dönemi hukukçularından Zeynelabidinzâde Ebu'l-Fazl Seyyid Mehmed Nesib Efendi 1873 yılında Humus'ta doğup 1930 yılında İstanbul'da vefat etmiştir. Osmanlı Devleti mahkemelerinde hakimlik, Dârü'l-Funûn Hukuk Fakültesinde müderrislik ve Dâru'l-Hikmeti'l-İslâmiye'de üyelik gibi pek çok vazifede bulunmuş, hukuk alanında "Fıkh-ı Hanefî'nin Esasâtı ve Kıyâs ve Deyne Müte'allik Mesâil", "Daman-ı Menfa'at Meselesinde Hanefiyye ile Şafi'iyyenin Münazara-i İçtihadiyesi ve Müçtehidîn-i Hanefîyeden Kemal İbn-i Hümâm'ın Galebe-i Gasıbda Menafi'in Ale'l-ıtlak Mazmuniyeti İle İftânın Lüzûmu Hakkındaki Kavl" gibi makaleler yazmıştır. İslam'ın itikat ve ahlak konularına dair yazıları olmakla beraber daha çok hukukçu kimliği ile tanınan Mehmed Nesib Bey'in hukuk alanında yazdığı "Mecelle'nin Islahına Doğru" başlıklı makalesi bildirinin konusunu teşkil etmektedir. Mehmed Nesib Bey'in "Mecelle'nin Islahına Doğru" makalesi Hukuk Fakültesi Mecmuası'nın 1. Sene Rumi Eylül 1332, Hicri Zilka'de 1334, Miladi Eylül 1916 Salı günü tarihli Hukuk-i Medeniye Tedkîkâtı bölümü altında yayınlanmıştır. Makale, Mecelle halen Osmanlı Devletinde yürürlükte iken kaleme alınmıştır. Makalede, Mecelle'de ele alınan muamelat konularının kısmen tahlili yapılmakta, örfün muamelat hükümlerine tesiri üzerinde durulmakta, özellikle de satım akdi ile faiz konuları hakkında İslam hukukçularının neden farklı kanaatlere sahip olduklarına dair meseleler delilleriyle birlikte izah edilmektedir. Makale Mecelle'ye olan ihtiyacı ortaya koymakla beraber, hukukçuların Mecelle üzerinde ıslah ve olgunlaştırma çalışmalarında bulunması gereğine de işaret etmektedir. Aslında makale, Mecelle'nin daha fonksiyonel bir yapıya sahip olmasına katkı sağlar mahiyette görünmektedir. Bildiride Mecelle'in ıslahına yönelik Mehmed Nesib Bey'in izahları ile bunların hukuki değeri üzerinde durulacak, Mecelle'ye sağladığı katkı tespit edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Mecelle, Mehmed Nesîb, İslam Hukuku, Fıkıh, Borçlar Hukuku.

[1] Doç. Dr.; Necmettin Erbakan Üniversitesi Ahmet Keleşoğlu İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Öğretim Üyesi, bilgiliismail@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-8738-5948

LEGAL EVALUATION OF THE ARTICLE "TOWARDS THE RECLAMATION OF MECELLE" BY MEHMED NESÎB BEY, PROFESSOR OF THE FACULTY OF LAW OF DARU'L-FUNUN

Abstract

Zeynelabidinzade Abu'l-Fazl Sayyid Mehmed Nesîb Bey, one of the jurists of the Ottoman period, was born in Homs and died in Istanbul. He served many duties such as judge in the courts of the Ottoman Empire, as professor (muderris) in the Faculty of Law of Daru'l-Funun and membership in Daru'l-Hikmeti'l-Islamiye, and in the field of law, he wrote articles such as "the basis of Fiqh hanafi and the Mesail of Muqfah and the Muqtahid Hanafi Kemal Ibn Humam's Galebe-i Gasibda Menafi's Ale'l-itlak Mazmuniye "in the matter of Daman-ı Menfaat (Transactions) and the need for ifta". Mehmed Nesîb Bey's article "towards the reclamation of Mecelle" was published during 1st year of Mecelle dated on September 1332 Rumi, Zilkaide 1334 Hijri, on Tuesday, September 1916 Miladi (Gregorian Calender) under the section of law Medeniye Tedkikat. The article was written while Mecelle was still in force in the Ottoman Empire. In the article, the transactions issues discussed in Mecelle are partially analyzed, the effect of the customary transactions provisions is emphasized, especially the issues about why Islamic jurists have different opinions about the sale contracts and interest issues are explained together with their evidence. Although the article reveals the need for Mecelle, it also points out the need for lawyers to work on reclamation and maturation on Mecelle. In fact, the article seems to contribute to Mecelle having a more functional structure. The statement will focus on Mehmed Nesîb Bey's explanations for the rehabilitation of Mecelle and their legal value; their contribution to Mecelle will be tried to identified.

Keywords: Mecelle, Mehmed Nesîb, Islamic Law, Fiqh, Law of Obligations.

GÜNÜMÜZ VE OSMANLI HUKUKUNDA SAĞLIK HAKKI KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME

Süleyman Emre ZORLU[1]

Öz

İnsan için sağlık diğer tüm ihtiyaçlarından daha fazla önem arz eder. İnsanın kendisine, ailesine ve topluma karşı sorumluluklarını gereği gibi yerine getirebilmesi için başta sağlıklı olması gerekmektedir. İnsana ilişkin ihtiyaçları sınırlandırmak mümkün değildir. İnsanın sağlıklı kalmak ve bozulan sağlığına tekrar kavuşmak için karşılanması gereken birçok ihtiyacı vardır. İnsan haklarını oluşturan temel anlayış insanın insanca yaşaması için gereken şartların yerine getirilmesidir. İnsan haklarının varoluş sebebi insanın insanca yaşamasıdır. Bu anlamda sağlık hakkı sağlık durumu bozulmuş bireyin tedavi imkânına erişme, sağlıklı bir hayat sürmesi için gerekli araçlara ulaşma ve faydalanma hakkıdır şeklinde tanımlanabilir. Sağlık hakkının gerçekleştirilmesi adına idarenin birçok yükümlülüğü vardır. Öncelikle sağlık hakkını idarenin bizatihi kendisi ihlal etmemelidir. İdare herkesin eşit sağlık hizmetine ulaşımını engelleyici tedbirler almamalı, konusu sağlık olan bilimsel verileri herkese paylaşıma açmalı ve sansürlememelidir. Ayrıca bireylere eşit sağlık hizmeti sunulurken sağlık hizmetinin sunumunda engelli, mülteci, mahkûm vb. özel durumlara sahip kimseler gözetilmelidir. Tedavi süreci mahir hekimler, pahalı ilaçlar, konforlu hastaneler, son teknolojiyle donatılmış ameliyathaneler vb. gereçler gerektirdiğinden sancılı ve maliyetli bir süreçtir. Sağlık hakkı aynı zamanda en yüksek sağlık standartlarına erişebilme ve faydalanabilme hakkıdır. Ülkemizde sağlık hakkını gerçekleştirmek üzere devletin birçok yükümlülüğünün olduğu görülmektedir. Osmanlı devletinde de halkın sağlığını koruyucu birçok tedbirin alındığı fermanlardan, fetvalardan ve şehir uygulamalarından anlaşılmaktadır. Halkın temiz su, sağlıklı gıdaya ulaşım, çevre temizliği vb. birçok tedbirlerin alındığı tarihi belgelerden anlaşılmaktadır. Osmanlı klasik döneminde hekim ihtiyacını karşılamak için müstakil bir tıp fakültesi kurulduğu gibi hekim olmadığı halde tıbbi tedavi uygulayanlarla da mücadele edilmiştir. Ayrıca salgın hastalıklarla etkin mücadele edilmiş, etkili tedavi yöntem ve uygulamaların Osmanlı ülkesine getirilmesi için girişimlerde bulunulmuştur. Osmanlı esnafı halk sağlığının korunması anlamında sürekli denetime tabi tutulmuştur. Halk sağlığı alanında alınan tedbirlerde müslim, gayrimüslim ayrımının gözetilmediği görülmektedir. Osmanlı devletinde sağlık alanında yapılmış düzenlemelerin ve uygulamaların günümüz hukuk kavramlarıyla ortaya konulması, Osmanlı devletinde sağlık hakkının ne şekilde gerçekleştirildiğini anlamamızı kolaylaştıracaktır.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Hakkı, Osmanlı Hukuku, İslam Hukuku, Osmanlı Tıp Hukuku

[1] D. Öğr. Üyesi; Gaziantep Üniversitesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Doktor Öğretim Üyesi, s.emrezorlu@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-2345-6789

A COMPARATIVE ANALYSIS OF CONTEMPORARY TURKISH HEALTH RIGHT AND OTTOMAN HEALTH RIGHT

Abstract

Health is the most significant requirement of humans. One must be healthy to fulfill responsibilities to him/her, family, and society. Requirements of humans are unlimited to be healthy or to be healed. The basic understanding that constitutes human rights is the fulfillment of the conditions required for a humane life. The fundamental of human rights is living humanely. In this sense, the definition of the health right is to access and benefit from the treatment and necessary tools for a healthy life. The administration has many obligations to realize health rights. First of all, the administration itself should not violate the right to health. The administration should not take measures to prevent everyone from accessing equal healthcare services, and should not censor scientific data about health. Everyone should have access to scientific data about health. Besides, while providing equal health services to individuals, special condition people such as disabled people, refugees, prisoners, etc. should be privileged. The treatment process is painful and costly as it requires tools such as skilled physicians, expensive drugs, comfortable hospitals, cutting-edge technology operating rooms, etc. The health right is also about accessing and benefiting from the highest health standards. The Republic of Turkey has many obligations to realize the health right of its citizens. It is understood from the decrees, fatwas, and city practices that many measures were taken to protect public health in the Ottoman state. Historical documents reveal that several measures were taken for the public such as access to clean water, healthy food, and environmental cleaning, etc. In the Ottoman Classical period, an independent medical faculty was established to meet the physician deficiency, and fight against quack physicians. Besides, there were several effective fights against epidemic diseases. One can see the attempts to bring effective treatment methods and practices to the Ottoman State. The health conditions of local traders in the Ottoman State were constantly monitored to protect public health. It is seen that there is no discrimination between Muslims and non-Muslim in the measures taken in the field of public health. Putting forth the regulations and practices made in the field of health in the Ottoman state with today's legal concepts will make it easier for us to understand how people had Access to health rights in the Ottoman State.

Keywords: Health Right, Ottoman Law, Islamic Law, Ottoman Medical Law

1876 ANAYASASI'NDA 1909'DA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN AMAÇLARI VE ULUSLARARASI ANDLAŞMALARIN YAPILIŞI İLE İLGİLİ DEĞİŞİKLİĞİN AMAÇLARA UYGUNLUĞU

Tuğçe İSAYEV[1]

Öz

1876 Anayasası'nın uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili düzenlemesi 7. maddesinde yer almıştır. Bu düzenleme ile uluslararası andlaşma yapma yetkisi Padişaha verilmiştir. Başka bir ifade ile, uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının tamamını teşkil eden uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi, uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması ve yürürlüğe girmesi bakımından Padişahın yetkili olduğu kabul edilmiştir. 1876 Anayasası'nda 1909'da genel hatları itibariyle Padişahın yetkilerini kısıtlamaya, Meclis-i Umumî'nin yetkilerini artırmaya ve Osmanlı İmparatorluğu'nu gerçek bir meşruti monarşiye dönüştürmeye yönelik önemli değişiklikler yapılmıştır. 1876 Anayasası'nda 1909'da yapılan değişikliklerden biri uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgilidir. Bu çalışmanın amacı, 1876 Anayasası'nda 1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişikliği ve bu değişikliğin 1909 değişikliklerinin amaçlarına uygunluğunu ayrıntılı şekilde incelemektir. Bu çalışma ile varılan sonuca göre, 1876 Anayasası'nda 1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişiklik sonrasında uluslararası andlaşma yapma yetkisi yine Padişaha ait olmakla birlikte birtakım uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması için Meclis-i Umumî tarafından onaylanması şartı aranmaya başlanmıştır. Bu durum, 1876 Anayasası'nda 1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişikliğin 1909 değişikliklerinin amaçlarına uygun olduğunu ortaya koymaktadır. Çünkü, 1876 Anayasası'nda 1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişiklik ile Padişahın; barış andlaşmaları, ticaret andlaşmaları, ülke kazanılmasına ya da terkine ilişkin andlaşmalar, Osmanlı uyruklarının temel ve kişisel haklarına ilişkin andlaşmalar ve devlete mali yük getiren andlaşmalar yapma konusundaki yetkileri kısıtlanmış, sayılan uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması için Meclis-i Umumî tarafından onaylanması şartı getirilerek Meclis-i Umumî'nin yetkileri artırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: 1876 Anayasası, 1909 Değişiklikleri, Meşruti Monarşi, Uluslararası Andlaşmalar, Uluslararası Andlaşmaların Yapılışı Aşamaları.

[1] Dr. Öğr.Üyesi; Kırklareli Üniversitesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,: tugceisayev@klu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8137-3981

THE PURPOSES OF THE CHANGES IN THE CONSTITUTION OF 1876 IN 1909 AND THE FITNESS OF THE CHANGE REGARDING THE CONDUCTING OF INTERNATIONAL TREATIES FOR PURPOSE

Abstract

The regulation of the 1876 Constitution regarding conducting international treaties was included in the 7th article. With this regulation the authority to conduct international treaties was given to the Sultan. In other words, it was accepted that the Sultan was authorized in terms of the formation and formalization of the texts of international treaties, and in being binding and the enforcement of international treaties. Substantial changes were made in the 1876 Constitution in 1909 to restrict the Sultan's powers, increase the parliament's powers, and turn the Ottoman Empire into a genuine constitutional monarchy. One of the changes made in the Constitution of 1876 in 1909 concerns the conducting of international treaties. This study examines the change made in the Constitution of 1876 regarding conducting international treaties in 1909 and its appropriateness for the 1909 changes. According to the conclusion reached by this study, after the change made in 1909 regarding conducting international treaties, the authority to conduct international treaties again belongs to the Sultan. However, certain international treaties were required to be approved by the parliament to become binding. This situation reveals that the change made in 1909 regarding the conducting of international treaties was in line with the aims of the 1909 changes. Because, with the change made in 1909 regarding conducting of international treaties, the powers of the Sultan in peace treaties, trade agreements, treaties on acquisition or abandonment of the country, treaties on the fundamental and personal rights of Ottoman citizens, and treaties that impose a financial burden on the state were restricted, and the powers of the parliament were increased by requiring the ratification of the international agreements to become binding.

Keywords: Constitution of 1876, Changes of 1909, Constitutional Monarchy, International Treaties, Stages of Conducting International Treaties.

HADİSAT-I HUKUKİYE VE TARİHİYE MECMUASI: TAKDİM VE TAHLİL

Ali TURAN[1]

Öz

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye, saltanatın kaldırılması ile cumhuriyet rejimine geçiş döneminde İstanbul'da neşredilmiş olan bir mecmuadır. Mecmuanın müessisi ise Mekteb-i Hukuk mezunlarından dava vekili Abdurrahman Adil Bey'dir. Abdurrahman Adil (Eren), Osmanlı Devleti'nin son dönemlerine ve cumhuriyetin ilk yıllarına şahitlik etmiş mühim bir şahsiyettir. Dava vekili olmasının yanı sıra, ömrünün sonuna kadar matbuat alemine de hizmet etmiştir. Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası'nın neşri, Abdurrahman Adil Eren'in olgunluk dönemlerine rastlar. Bu dergi uzun bir yayın dönemine sahip olamasa da muhtevası itibariyle kayda değerdir. Diğer bir taraftan müessisinin münferit gayretleriyle ayakta tutulmuştur. Mecmuada Osmanlı hukuk tarihine dair mühim yazılar neşredildiği gibi, cumhuriyet rejimine geçiş dönemine ve bilhassa cumhuriyetin ilk yıllarındaki İstanbul'a da bir nebze ışık tutulmaktadır. Bu çalışmanın amacı da hukuk tarihimize ayna tutan bu mecmuayı ve muhtevasını takdim etmektir.

Anahtar Kelimeler: Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası, Abdurrahman Adil, Türk hukuk tarihi.

[1] Dr. Öğr. Üyesi; İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, ali.turan@inonu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6563-6315

HADISAT-I HUKUKIYE VE TARIHIYE MECMUASI (JOURNAL OF LEGAL AND HISTORICAL EVENTS): PRESENTATION AND EXAMINE

Abscract

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye is a journal published in Istanbul during the term of transition to the republican regime after abolition of sultanate regime. The journal is established by the attorney Abdurrahman Adil, a graduate of Mekteb-i Hukuk (Law School). Abdurrahman Adil (Eren) is an important personality who witnessed the latest terms of Ottoman State and the first years of the republican regime. In addition to being an attorney he served to the publications sector until the end of his life. Publication of Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Magazine coincides the maturity term of Abdurrahman Adil Eren. Although this journal did not have a long period of publication, it is remarkable in terms of its content. On the other hand, it has been kept alive by the individual efforts of its constitutor. In addition to the important articles published on this magazine about the legal history of Ottoman State, it also lights the way particularly to the Istanbul during the transition to the republican regime and the to first years of this regime. The aim of this study is to present this magazine and its content which holds a mirror to our legal history.

Keywords: Hadisat-i Hukukiye ve Tarihiye Mecmuasi (Journal of Legal and Historical Events), Abdurrahman Adil, Turkish Legal History.

XIX. YÜZYILDA OSMANLI DEVLETİ HUKUK EĞİTİMİNDE MODERNLEŞME

Halil İbrahim ÇELİK[1]

Öz

Tanzimat Fermanı, Osmanlı Devleti'nde, diğer alanları olduğu gibi eğitim alanını da etkileyen yeni bir sürecin başlangıç noktası olarak tanımlanmıştır. Klasik dönem Osmanlı eğitim sistemi ve ulema sınıfının yönetim ve denetimi dışında ilk eğitim kurumları bu süreçte kurulmaya başlanmıştır. İlk örnekleri askeri eğitim alanında görülen modern eğitim kurumları içerisinde, Kavânîn ve Nizamât Dershanesi, Mekteb-i Hukuk-ı Sultânî, Mekteb-i Hukuk-ı Şâhâne, Mekteb-i Nüvvâb (Mekteb-i Kuzât-1908) ve Darülfünun Hukuk Fakültesi isimli hukuk mektepleri de bulunmaktadır. Yeniden yapılanma döneminde şer'i hukukun düzenlenmesi ve batı ile ilişkileri geliştirme çabaları ile birlikte yol alan yeni hukuk sistemine uygun hukuk eğitimi ihtiyacını karşılamak üzere kurulan bu mektepler, 1878 tarihli Hukuk Mektebi Nizamnamesi ile yeniden düzenlenmiştir. İstanbul'da açılan hukuk mektebinin yanında, taşrada nitelikli hukuk personeli ihtiyacını karşılamak üzere II. Abdülhamid döneminde (1907) Konya, Selanik ve Bağdat vilayetlerinde de hukuk mektepleri açılmıştır. Modernleşme döneminde hukuk mekteplerinde eğitim dili ve Fransızca hukuk terimlerinin Türkçeleştirilmesi çalışmaları Osmanlı Devleti'nde hukuk eğitiminin önemli problemlerinden birisini teşkil etmiştir. Hukuk dilinin Türkçeleştirilmesi hukuk eğitiminde modernleşmenin önemli başlıklarından birisi olarak görülmektedir. XIX. yüzyılda Osmanlı Devleti hukuk eğitiminde, Mustafa Reşit Paşa, Ahmed Cevdet Paşa, Ahmet Mithat Paşa, Safvet Paşa, Sava Paşa, Emin (Emil) Efendi, Kont Leon Ostrorog, Emrullah Efendi, Namık Kemal ve Celal Nuri'nin teorik çerçevenin belirlenmesi ve eğitim uygulamalarında önemli etkileri olmuştur. Hukuk mekteplerinde hem medrese kökenli ulema sınıfından müderrisler hem de batı ülkelerinde hukuk eğitimi almış Türk ve yabancı muallimler görev yapmıştır. Farklı felsefi anlayışlardan beslenen öğretim görevlilerinden ders alan yeni nesil Osmanlı hukukçuları, Türk modernleşme döneminin ikilem ve çatışmasını (modern-muhafazakâr) hukuk eğitimi alanında da sürdürmüşlerdir. Modernleşme döneminde Hukuk mekteplerinin, idari bakımdan bazı dönemlerde Adliye Nezareti'ne bazı dönemlerde ise Maarif Nezareti'ne bağlanması Osmanlı Devleti yeniden yapılanma dönemindeki istikrarsızlık ve plansızlığın hukuk eğitimi alanına da yansıdığının göstergeleri arasında değerlendirilmiştir. Modern dönemin hukukçu ihtiyacını karşılamak üzere medrese dışında açılan hukuk mektepleri açılış nosyonu bakımından, Ahmed Cevdet Paşa'nın hukuk mektebinin ilk dersinde vurguladığı gelenekçi yaklaşım ve misallerine karşın modern dönemin ürünü olarak anlaşılmıştır. II. Meşrutiyet döneminde Darülfünun'a bağlanan ve hukuk fakültesi olarak isimlendirilen mektep, 1870 tarihli hukuk mektebinin devamı niteliğinde olup, güncel ihtiyaçların karşılanması için tesis edilmiş ve hukuk eğitimin modernleşmesini sağlamıştır. XIX. yüzyılda Osmanlı Devleti'nde yeniden yapılandırılan hukuk mektepleri Cumhuriyet dönemi hukuk eğitiminin gelişmesine de kaynaklık etmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Eğitimi, Mekteb-i Hukuk, Modernleşme, Darülfünun, Ahmed Cevdet Paşa

[1] Dr.; Necmettin Erbakan Üniversitesi, hicelik@erbakan.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5500-4226

MODERNIZATION OF LAW EDUCATION IN THE OTTOMAN EMPIRE IN THE 19TH CENTURY

Abstract

The Tanzimat Edict was defined as the starting point of a new process in the Ottoman Empire that affected the education field as well as other fields. Apart from the classical period of Ottoman education system and the management and control of the ulema class, the first educational institutions began to be established during this period. Among the modern educational institutions, the first examples of which are seen in the field of military education, there are also Law schools named Kavânîn and Nizamât Dershanesi, Mekteb-i Hukuk-ı Sultânî, Mekteb-i Hukuk-ı Şâhâne, Mekteb-i Nüvvâb (Mekteb-i Kuzât-1908) and Darülfünun Faculty of Law. These schools, which were established to meet the need for legal education in accordance with the new legal system, which proceeded with the efforts to regulate the religious law and develop relations with the west during the reconstruction period, were rearranged with the Law School Regulations dated 1878. In addition to the law school opened in Istanbul, law schools were also opened in the provinces of Konya, Thessaloniki and Baghdad during the reign of Abdülhamid II (1907) to meet the need for qualified law personnel in the provinces. During the modernization period, the language of education in law schools and the efforts to translate French legal terms into Turkish constituted one of the important problems of legal education in the Ottoman Empire. Turkishization of the legal language is seen as one of the important topics of modernization in legal education. In the 19th century, Mustafa Reşit Pasha, Ahmed Cevdet Pasha, Ahmet Mithat Pasha, Safvet Pasha, Sava Pasha, Emin (Emil) Efendi, Count Leon Ostrorog, Emrullah Efendi, Namık Kemal and Celal Nuri had important effects on the determination of the theoretical framework and educational practices in the legal education of the Ottoman State. Both professors from madrasah-based ulema class and Turkish and foreign teachers who had legal education in western countries worked in the law schools. The new generation of Ottoman lawyers, who took lessons from lecturers fed by different philosophical understandings, continued the dilemma and conflict of the Turkish modernization period in the field of (modern-conservative) legal education. In the modernization period, administrively the attachment of the Law schools to the Ministry of Justice in some periods and to the Ministry of Education in some periods was considered among the indicators that the instability and unplannedness in the Ottoman State reconstruction period was also reflected in the field of legal education. Despite the traditional approach and examples emphasized by Ahmed Cevdet Pasha in the first lesson of the law school, it has been understood as a product of the modern period in terms of the notion of opening law schools opened outside the madrasa to meet the needs of the lawyer of the modern period. The school, which was attached to Darülfünun during the 2nd Constitutional Monarchy and named as the Faculty of Law, is a continuation of the law school dated 1870, was established to meet the current needs and provided the modernization of legal education. Law schools, which were restructured in the Ottoman Empire in the 19th century, also served as a source for the development of law education in the Republic period.

Keywords: Legal Education, Law School, Modernization, Darülfünun, Ahmed Cevdet Paşa

MANTIĞIN HUKUK İLE İLİŞKİSİ ÜZERİNE: HUKUK MATEMATİKSEL BİR KESİNLİĞE SAHİP MİDİR?

Murat BAYRAM[1]

Öz

Yasanın geliştirilmesinde mantığın etkisi nedir? Mantık hukuka bir kesinlik sağlar mı? ve mantık hukukta adilliği sağlama da ne kadar etkiye sahiptir? gibi sorulardan hareketle mantık ve hukuk arasında ki ilişkilere değinerek hukukun bu anlamda adilliği tartışılacaktır. Mantıkta, kıyas, tümevarım, tümdengelim, özdeşlik, çelişmezlik gibi teknik ve ilkelerin hukukta nasıl bir etkiye sahip olduğuna değinilecektir. Bunula birlikte birine, yargı kararlarının matematiksel sonuçlar olduğuna gerçekten inanıp inanmadığını sorarsanız, bu fikrin saçma olduğunu söyleyecektir. Çünkü matematiksel sonuçlar kesindir. Yani 2+2 nin sonucu kesin olarak bellidir. Ancak bir hukukçu bir davanın sonuçlarını bu anlamda bir kesinliğe sahip olduğunu iddia edemez. Her ne kadar hukukun matematiksel bir kesinliğe sahip olmadığını birçoğumuz kabul etse de mantıksız bir hukukun ise onmaz problemlere yol açacağını kabul ederiz. Bu anlamda çalışmamızda hukukun mantığı ne kadar içermesi gerektiği üzerine tartışacağız. Aynı zamanda bu çalışmada mantığın hukukun oluşmasında adilliğin bir göstergesi olduğuna da atıfta bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Mantık, Hukuk, Matematik, Adillik

[1] Dr. Öğr. Üyesi; Bingöl Üniversitesi, SBMY, Hukuk Bölümü, mbayram@bingol.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4768-8282

ON THE RELATIONSHIP OF LOGIC WITH LAW: DOES LAW HAVE A MATHEMATICAL ACCURACY?

Abstract

What is the impact of logic on the development of the law? Does logic provide certainty to the law? and how effective does logic in maintaining fairness in law? By referring to the relations between logic and law, the fairness of law in this sense will be discussed. In logic, the effect of techniques and principles such as analogy, induction, deduction, identity, and inconsistency in law will be discussed. However, if you ask someone if he really believes that judicial decisions are mathematical consequences, he will say that the idea is absurd. Because the mathematical results are precise. So the result of 2 + 2 is absolutely certain. However, a lawyer cannot claim that the results of a case are certain in this sense. Although many of us admit that the law does not have a mathematical certainty, we accept that an illogical law will lead to irreversible problems. In this sense, we will discuss how much the law should include logic in our study. At the same time, in this study, he refers to the fact that logic is an indicator of fairness in the formation of law.

Keywords: Logic, Law, Mathematics, Fairness

TANZİMAT DÖNEMİNDE ŞAHİTLERİN TEZKİYESİ VE BUNA YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Melikşah AYDIN[1]

Öz

Sözlük anlamı "temizlemek, arıtmak, temize çıkarmak" olan tezkiye, İslam hukukunda şahitlerin güvenilirlik soruşturması da denilebilecek olan uygulamaya verilen addır. İslam hukukunda belirli davalarda kesin delil kabul edilen şahitlik delili doğrudan insana dayanan bir delil olduğu için bu delile olan güven insanlar yozlaştıkça ve yalan arttıkça daha da azalmıştır. İşte burada bir tedavi olarak ortaya çıkan tezkiye, mahkemede şahitlik yapacak olan kişilerin güvenilir, yalan söylemeyen ve adil kimseler olup olmadığının tespiti için hâkimin bu şahidi çevresine, arkadaşlarına, tanıdıklarına sordurmasıdır. Hakkında iyi yorumlar yapılan kişiler şahit olarak dinlenebilecekken, yalan söyleme ihtimali bulunan kişilerin şahitliği en baştan kabul edilmeyerek hükmün adil bir şekilde verilebilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. İslam'ın ilk devirlerinde pek rastlanmayan tezkiye kurumuna daha sonraki devirlerde çokça ihtiyaç duyulmuş, tezkiye yapılmaksızın şahitler dinlenilmemiştir. Osmanlı devletinin her döneminde elzem bir uygulama olarak kullanılan tezkiye zaman içinde standartlaşmış ve bazı yorumlara göre işlevini yitirmiştir. Tanzimat döneminin en önemli kanunu sayılabilecek Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin de tezkiye ile alakalı hükümlerinde tezkiyenin usulü ve esasları belirlenmiştir. Bu usul ve esaslar klasik devirde uygulanagelen usul ve esaslardan çok da farklı olmamakla beraber İslam hukukunun çizdiği sınırlar dâhilinde kalınmıştır. Ceride-i Adliye'de yayınlanan iki makalede ise tezkiye kurumunun reforma ihtiyaç duyduğu ve hatta uygulamada yarardan çok zararı bulunduğu belirtilerek tezkiye uygulamasının kaldırılması gerektiğinden bahsedilmiştir. Bu bildiride Mecelle çerçevesinde Tanzimat dönemindeki tezkiye uygulaması hakkında bilgi verilecek, uygulamadaki sıkıntılar makalelerden alıntılarla aktarılacak ve günümüz hukukunda yapılması muhtemel uygulamalara fikir vermek amaçlanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Şahit, Tezkiye, Tanzimat Dönemi, Eleştiri.

[1] Dr.; Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, aydinmeliksah@gmail.com, ORCID: 0000-0002-4077-5025

THE "*TEZKİYE*" OF THE WITNESSES IN TANZİMAT PERIOD AND REVIEWS ABOUT IT

Abstract

The activity of investigating whether the witnesses to be heard in the case are fair and reliable is called tezkiye. As a rule, the act of tezkiye is carried out by the judge who handles the case. In this study, the reflection of the tezkiye institution in Tanzimat period will be examined which applied in Islamic law and the Ottoman Empire. In this respect, the articles related to tezkiye in Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, which can be considered as the most important law of the Tanzimat period, will be examined. Later, in the light of two articles published in Ceride-i Adliye during the last period of the Ottoman Empire, the reviews brought to the tezkiye institution will be discussed. Finally, the applicability of this institution today will be discussed. This issue is important in terms of showing the change of "tezkiye" of the witnesses applied in the courts since the first periods of the Ottoman Empire. The "tezkiye" of the witness, which did not change much in terms of practice and procedure from the foundation of the Ottoman Empire to its collapse, has been the subject of reviews in the last years of the state. These reviews were manifested on the basis that the procedure of "tezkiye" needed reform. It is also important in terms of showing the benefits of the institution which is not applied in our positive law can provide witness evidence.

Keywords: Witness, Tezkiye, Tanzimat period, Review

MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYE'DE KİRA (İCÂRE) AKDİ VE NİZAMİYE MAHKEMELERİNDEKİ UYGULAMASI

Aslıhan NESLİ[1] [2]

Öz

İcâre akdi, Mecelle'nin ikinci kitabı olan *Kitâbü'l-İcârât*'ta düzenlenmiş olup, bey' (satım) akdinden sonra en geniş ele alınan akit türlerinden biridir. Mecelle'ye göre icâre, belirli bir menfaatin belirli bir bedel karşılığında satılmasıdır. Bu bildiride, Mecelle'de düzenlenmiş olan kira akdinin kuruluşu, tarafların hak ve borçları ve akdin sona ermesi ile ilgili hususlar ele alınmıştır. Bu kapsamda akdin rüknü, in'ikad, sıhhat ve nefaz şartları; akdin geçersizlik durumları; kira bedeli, kira süresi ve kiralanan mala ilişkin meseleler; muhayyerlik ve tazminat konuları incelenmiştir. Nizâmiye mahkemeleri kararları değerlendirildiğinde, Mecelle hükümlerinin uygulanışında Mahkeme-i Temyiz'in etkin bir rol üstlendiğini söylemek mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Mecelle, Kira Akdi, İcâre, Tanzimat, Osmanlı Hukuku, Nizamiye Mahkemeleri, Ceride-i Mehâkim

[1] Arş. Gör.; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, İletişim: aslihannes@gmail.com, ORCID: 0000-0002-2342-635X

[2] Bu bildiri, Dokuz Eylül Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin "*Doktora tezinin sonuçlandırılması*" başlıklı 23'üncü maddesinin 7'nci fıkrası uyarınca mezuniyet şartı olan "*tezi ile ilgili çalışmaları hakkında ulusal/uluslararası hakemli bilimsel etkinliklerde en az bir kere sözlü, yazılı veya görsel olarak sunum yapmış olması*" şartını sağlamak üzere hazırlanmıştır.

CONTRACT OF HIRE IN MECELLE-I AHKÂM-I ADLIYYE AND ITS APPLICATION IN NIZAMIYE COURTS

Abstract

Icâre contract is arranged in the second book of Mejelle, *Kitâbü'l-İcârât*, and it is one of the most widely discussed types of contracts after the bey' (sale) contract. According to Mejelle, *icâre* is the sale of a certain benefit for a certain price. In this paper, the issues related to the establishment of the hire contract, the rights and obligations of the parties and the termination of the contract have been discussed. In this context, *rukun* of the contract, *inikat*, *sıhhat* and *nefaz* conditions; the invalidity of the contract, the issues related to the hire fee, hire period and hire property, the issues of the right to choose (*muhayyerlik*) and compensation were examined. When the decisions of the nizamiye courts are evaluated, it is possible to say that the Court of Appeal (Mahkeme-i Temyiz) plays an active role in the implementation of the Mecelle provisions.

Keywords: Mejelle, Contract of Hire, İcare, Tanzimat, Ottoman Law, Nizamiye Courts, Ceride-i Mehakim

MEHMED ALİ PAŞA VE İSMAİL PAŞA DÖNEMİNDE MISIR İDARÎ TEŞKİLATI

Said Emre KUMRAL[1]

Öz

1517 yılında Osmanlı Devleti'nin hakimiyeti altına giren Mısır, devletin yıkılışına kadar olan süre içerisinde gerek coğrafi yapısı gerek jeopolitik konumu ve kozmopolit toplum yapısı ile ülkenin en önemli eyaletlerinden biri olmuştur. Nil nehri ile sulanan bereketli topraklarından yılda üç-dört kez mahsul alınabilen Mısır'da, ziraî gelirlerden alınan vergiler Osmanlı hazinesinin de önemli kaynaklarından biri olmuştur. Akdeniz güvenliğinin sağlanması ve Asya'ya transit geçişlerin sağlanması noktasından da Mısır'a Devlet-i Aliyye tarafından özel bir ihtimam gösterilmiş, sahildeki bölgelerin bir kısmına merkezden sancak beyleri atanmıştır. Kozmopolit toplumu ile birlikte Memlukler döneminden itibaren var olan yerel güç odakları Mısır'da merkezî idarenin sağlanmasını oldukça zorlaştırmıştır. Osmanlı hakimiyetine geçtiği dönemden itibaren 19. yüzyıla gelene kadar bu bölgede uzun süreli bir siyasi istikrar sağlanamamıştır. 19. yüzyılda Mısır tarihini şekillendiren iki önemli figürün Mehmed Ali Paşa ile Hidiv İsmail Paşa olduğu söylenebilir. Mehmed Ali Paşa, herhangi bir servete, güçlü bir soya yahut askerî bir zafere sahip olmadan geldiği Mısır'da hem yerel güç odaklarını birer birer tasfiye etmiş hem de Osmanlı merkez idaresinin bölgede hakim kuvvet olmasını önlemiştir. 43 yıl boyunca ıslahatçı fakat bir o kadar da nepotist ve kahir bir hükümet kurarak Mısır'ın tarihî seyrini değiştiren ve modern Mısır'ın kurucusu olarak anılan Mehmed Ali Paşa, 1841 yılında elde ettiği fermanlarla Mısır'ın salyaneli eyalet statüsünden mümtaz eyalet statüsüne geçişini sağlamıştır. Dedesi Mehmed Ali Paşa'ya Osmanlı Devleti tarafından verilen imtiyazları genişletmek isteyen İsmail Paşa da 1866-1867 tarihli fermanlarla hidivlik ünvanını alarak Mısır'ın iç idaresiyle ilgili düzenlemeler yapma hakkına sahip olmuş ve yabancı devletlerle gümrük ve posta işlerine ait gayr-i siyasî mukaveleler imzalama yetkisi elde etmiştir. Osmanlı Devleti'nden bağımsız olarak Afrika kıtasında müstakil bir Mısır İmparatorluğu kurma arzusunda bulunan İsmail Paşa, özellikle İngiltere ve Fransa gibi devletlere yüksek miktarda borçlanmış ve Mısır'ın makus talihinin de başlangıcını çizmiştir. Bu çalışmada Mısır'ın teşkilat tarihi açısından Mehmed Ali Paşa ve İsmail Paşa dönemleri üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Mısır, Hidivlik, Osmanlı İdari Teşkilatı, Mehmed Ali Paşa, Hidiv İsmail Paşa.

[1] Arş. Gör., AHBVÜ Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, said.kumral@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8362-6153

ADMINISTRATIVE ORGANIZATION OF EGYPT IN THE PERIOD OF MEHMED ALI PASHA AND ISMA'IL PASHA

Abstract

Egypt, which came under the domination of the Ottoman Empire in 1517, has been one of the most important provinces of the Empire with its geographical structure, geopolitical position and cosmopolitan social structure until the collapse of the state. The taxes collected from the agricultural income obtained from Egypt, whose fertile lands irrigated by the Nile River can be harvested three or four times a year, have also been one of the important sources of the Ottoman treasury. Special attention was paid to Egypt by 'Devlet-i Aliyye' from the point of ensuring Mediterranean security and transit to Asia, and sanjak-beys were appointed from the center to some of the regions on the coast. With the cosmopolitan society, local power elites that existed since the Mamluk period made it very difficult to establish central administration in Egypt. Long-term political stability could not be achieved in the region from the period when it came under Ottoman rule, until the 19th century. It can be said that the two important figures that shaped Egyptian history in the 19th century were Mehmed Ali Pasha and Hidiv Ismail Pasha. Mehmed Ali Pasha both eliminated the local power elites one by one and prevented the Ottoman central administration from becoming the dominant force in the region, in Egypt, where he came without any wealth, strong ancestry or military victory. Mehmed Ali Pasha, who changed the historical course of Egypt by establishing a reformist but also nepotist and devastating government for 43 years and is known as the founder of modern Egypt. He ensured the transition of Egypt from the tax-giving (salyaneli) province to the distinguished (mümtaz) province with the edicts he obtained in 1841. İsmail Pasha, who wanted to expand the privileges given by the Ottoman Empire to his grandfather Mehmed Ali Pasha, had the right to make regulations regarding the local administration of Egypt by taking the title of khediviate with the edicts dated 1866-1867 and he held the authority to sign non-political treaties with foreign states regarding customs and postal affairs. İsmail Pasha, who wanted to establish an independent Egyptian Empire in the African continent independent of the Ottoman Empire, borrowed a large amount from countries such as Britain and France and gave a start to Egypt's ill fate. In this study, in terms of the organizational history of Egypt, the periods of Mehmed Ali Pasha and Ismail Pasha will be discussed.

Keywords: Egypt, Khediviate, Ottoman Administrative Organization, Mehmed Ali Pasha, Khedive İsma'il Pasha.

OSMANLI SON DÖNEMİNDE SİYÂSET-İ ŞER'İYYE TARTIŞMALARI: İBNÜ'L-HÂZIM FERÎD ÖRNEĞİ

Bahaddin KARAKUŞ[1]

Öz

Tanzimat ve sonrasındaki süreçte çalkantılı dönemler yaşayan Osmanlı Hukuk düşüncesinde Batı ile karşılaşmanın etkilerini iyiden iyiye görmek mümkündür. Gerek değiştirilmesi gündeme gelen yönetim şeklindeki arayışlar gerekse Batı kanunlarından yapılan resepsiyonlar devlet ricalinden, aydınlara ve ulema sınıfına geniş bir kitlede yankı bulmuştur. Tartışmaların merkezindeki konulardan biri de şüphesiz bu yeni düzenlemelerin siyâset-i şer'iyyeye uygunluğu ve şerî kanunlara ne derece yer verileceğidir. Bunun sonucunda farklı meşrep ve dünya görüşüne göre yazılan çok sayıda kitap, makale ve risaleden oluşan zengin bir literatür meydana gelmiştir. Özellikle II. Meşrutiyet sonrası meydana geldiği varsayılan rahatlama sonucu, Kanun-i Esasi gibi düzenlemeler başta olmak üzere bazı kanunların tartışılması için uygun bir ortam oluşmuştur. Dönemin aydınlarından İbnü'l-Hâzım Ferîd (ö. 23 Mart 1938), hem klasik medrese hem de hukuk eğitimi almış, yıllarca fiilen adliye teşkilatında görev yapmış, edebi yeteneği de olan çok yönlü bir Osmanlı aydınıdır. Çalışmamızda ele alacağımız İbnü'l-Hâzım'ın "Siyâset-i Şer'iyye" yazı dizisi, bu dönemde şerî siyaset bağlamında tartışılan adalet, eşitlik ve hürriyet gibi daha soyut konuları ele almıştır. Ancak bunlara nispetle, daha çok yürürlükte olan 1858/1274 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayun'unun bazı maddelerinin eleştirisine daha çok yer vermiştir. Ayrıca adliye teşkilatında görülen aksaklıklar, muhakeme usulü ve istibdâd dönemi diye nitelediği süreçte yaşanan problemler de bu yazılarda gündeme getirilmiştir. Ferîd, siyâset-i şer'iyyeyi merkeze alarak sık sık dönemin kanunlarıyla mukayese etmiş ve eksikliklerini dile getirmiştir. Bir yandan yabancı yazarların siyâset-i şer'iyye alanına giren konulara dair eleştirilerine yer verirken diğer yandan Osmanlı aydınlarının bu görüşlerin etkisinde kalarak kendi hukukunu iyice tanımadan şerî siyaset hakkında yanlış kanaat sahibi olduğundan dert yanmaktadır. Muamelat alanında sigorta ve benzeri Batı kaynaklı bazı uygulamaların ve aile hukukunun da incelendiği yazı dizisinin geniş içerikli muhtevası arasından, şerî siyasetin pratik uygulama alanını daha fazla temsil ettiğini düşündüğümüz hukuk felsefesi ve ceza hukukunun meseleleri incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Siyâset-i şer'iyye, Osmanlı Hukuku, Ceza Kanunu, İbnü'l-Hâzım Ferîd, Tanzimat

[1] Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İslam Hukuku Bilim Dalı, Doktora Öğrencisi, bahaddinkarakus42@gmail.com, ORCID: 0000-0003-1980-0705

DISCUSSION ON SHERRY POLITICS IN THE LAST OTTOMON PERIOD: THE EXAMPLE OF IBN AL-HAZİM FERİD

Abstract

It is possible to see the effects of encountering the West in Ottoman law thought, which experienced turbulent periods during the Tanzimat and after. Both the seeking in the form of administration, which has come to the fore to be changed, and the adaptations made from Western laws resonated with a broad audience from state officials to thinkers. Undoubtedly, one of the issues at the center of the discussions is the suitability of these new regulations to politics and the extent to which religious laws will be included. As a result, a rich literature consisting of many books, articles, and treatises written according to different theories and world views has emerged, especially due to the relief that was supposed to have occurred after the II. Constitutional Monarchy, a suitable environment was created to discuss some laws, especially the regulations such as Qanun al-Asasi (the Constitution). Ibnu'l-Hazim Ferid (d. 1938), one of the intellectuals of the period, was a versatile Ottoman intellectual who had both classical madrasah and law education, actively worked in the courthouse for years, and had literary talent. The article series "*Siyâset-i Şer'iyye*" by Ibnü'l-Hazim, which we will discuss in our study, dealt with more Abstract issues such as justice, equality, and freedom, which were discussed in the context of religious politics in this period. However, in relation to these, it gave more space to the analysis of some articles of the Criminal Law of 1274/1858, which was more in effect. Besides, the judicial organization's problems, the procedure of judgment, and the problems experienced in the process that he described as the period of deprivation were also brought to the agenda in these articles. Ferîd often compared the laws of the period and expressed his deficiencies by focusing on politics. Among the wide-ranging content of the series of articles, in which some Western-based commercial practices and family law are also examined, the issues of legal philosophy and criminal law, which we think more represent the practical application of Islamic politics, will be examined.

Keywords: Sharia Politics, Ottoman Law, Criminal Law, Ibn Hâzim Ferid, Tanzimat.

ANAYASA HUKUKU

TÜRKİYE'NİN ANAYASA SORUNU VE YENİ ANAYASA SÖYLEMİNİN DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

Abdulkadir YILDIZ[1]

Öz

Anayasa, Kanun-ı Esasi'nin ilanına götüren dönemi de içine alacak şekilde, Türkiye'nin değişmeyen gündemlerinden biridir. Bakır Çağlar'ın ifadesiyle "siyasi olanın hukukileşmesi anlamına gelen anayasa" kıyafetinin, siyasi sorun ve tıkanıklıkların arttığı dönemlerde sık sık değiştirilmek istenmesi ise bir yerde doğal bir sonuçtur. Dahası sadece asli kuruculuğu doğuran durumlar değil; anayasaların sık sık köklü değişikliklere muhatap olmaları, Türkiye'nin bir anayasa sorunu olduğunu göstermektedir. Öte yandan Türkiye'de kurucu iktidarın sık sık uyanması, siyasi ve toplumsal her türlü sorunun anayasa ile çözülebileceği şeklinde yaygın bir kanaatin (veya yanılsamanın) varlığını da göstermektedir. Bu durumda meseleyi her iki açıdan tartışmak gerekliliği kuşkusuzdur: Anayasadan kaynaklı sorunlar ve anayasadan kaynaklı olmamakla birlikte anayasa ile çözülmek istenen sorunlar. Burada açık bir zihinle meselenin ele alınması çözülmek istenen sorunları tespit etmek için yararlı olacaktır. Başka bir deyişle, anayasa değişikliği veya yeni bir anayasa ile çözülmek istenen mesele nedir? En başta bu sorunun cevaplanması, gerçekten bir anayasaya ihtiyaç varsa bunun kapsamının veya içeriğinin belirlenmesi açısından yol gösterici olacaktır. Bu açıdan anayasalılık ve anayasallık ayrımının net şekilde ortaya konulması gerekir. İktidarı düzenleyen ve fakat sınırlandırmayan bir belge sözde anayasa olarak nitelenebilir. Sırf iktidarın yeni baştan ve tekrar düzenlenmesi amacına müstenit bir anayasa yapıcılığı aslında anayasanın o güne dek sorunlarına rağmen devlet iktidarına kazandırdığı istikrarı ve teamülleri de ortadan kaldırma riskini taşımaktadır. Bu sebeple anayasa ile ilişkilendirilen birçok sorunun demokrasi, hukuk devleti ve insan hakları ilkelerinin anlaşılmamasından ve uygulamadan kaynaklandığı belirtilmelidir.

1787 ABD Anayasası'nı tarihteki ilk yazılı anayasa olarak nitelemeyi sağlayan iktidarı sınırlandırma ve temel hak ve özgürlükleri güvence altına alma mantığı yoksa anayasa yapımı veya anayasa değişikliği söyleminin popülizmden öte anlamının olmadığı söylenebilir. Ama bir anayasa sorunundan söz edildiğine göre anayasa yapıcılığı; 1982 Anayasasının birçok değişikliğe uğraması sebebiyle tutarlılığını ve bütünselliğini yitirdiği, devlet iktidarının yeni baştan düzenlenmesinin yanında temel hak ve özgürlüklerin daha güvenceli bir rejime kavuşturulması saikiyle temellendirilirse bu defa demokratik bir asli kuruculuk neden savunulmasın? Mesele bütünüyle anayasa yapıcılığının suiistimalci anayasacılığa mı, anayasal devlete mi hizmet edeceğinde düğümlenmektedir.

Anahtar Kelimeler: 1982 Anayasası, Kurucu İktidar, Yeni ve Sivil Anayasa, Suistimalci Anayasacılık, Anayasacılık.

[1] Doç. Dr. Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD, ORCID:0000-0002-6262-7090, akadiryildiz@erbakan.edu.tr.

THE CONSTITUTIONAL PROBLEM OF TURKEY AND THE CONSIDERATIONS OF THE NEW CONSTITUTIONAL DISCUSSIONS

Abstract

The Constitution is one of the unchanging agendas of Turkey, including the period leading to the declaration of The first Ottoman Constitution. In the words of Çağlar, the desire to change the "constitution, which means the legalization of the political", in times of increasing political problems and blockages is a natural consequence somewhere. Moreover, it is not only the situations that bring about the primary constituent power but also the fact that constitutions are frequently subject to radical changes shows that Turkey has a constitutional problem. On the other hand, the frequent awakening of the the primary constituent power in Turkey indicates the existence of a common belief (or illusion) that all kinds of political and social problems can be solved with the constitution. In this case, there is no doubt that it is necessary to discuss the issue from both points of view: the problems stemming from the constitution and the problems that are desired to be resolved with the constitution, although not originating from the constitution. Here, it will be useful to address the issue with an open mind to identify the problems that are desired to be solved. In other words, what is the issue to be resolved through a constitutional amendment or a new constitution? First of all, answering this question will be a guide in order to determine the scope or content of a constitution if there is a real requirement for a constitution. In this respect, the distinction between the terms of the state with constitution and constitutionality is supposed to be illustrated. A text that regulates but does not restrict the government in power can be described as a so-called constitution. Constitution-making based solely on the purpose of re-organizing the government from scratch carries the risk of removing the stability and practices that the constitution has brought to the state power despite its problems up to that day. For this reason, it should be kept in mind that many of the problems associated with the constitution stem from the lack of understanding and implementation of the principles of democracy, the rule of law, and human rights.

It can be said that if there is no logic of limiting the power and securing fundamental rights and freedoms, which enabled the US Constitution of 1787 to be described as the first written constitution in history, the discourse of constitution-making or constitutional change has no meaning other than populism. But since a constitutional issue is mentioned, constitution-making; If the Turkey´s 1982 Constitution lost its coherence and integrity due to many amendments, and if it is based on the motive of restoring fundamental rights and freedoms to a more secure regime in addition to the re-arrangement of the state power, why not defend a democratic principal constitution this time? The whole issue comes to a deadlock as to whether establishing a constitution will serve abusive constitutionalism or the constitutional state.

Keywords: 1982 Constitution, Primary Constituent Power, New and Civil Constitution, Abusive Constitutionalism, Constitutionalism.

EŞİTLİK İLKESİNİN BİZZAT ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN İHLAL EDİLMESİ: MÜSLİM ŞENTÜRK BAŞVURUSU VE MEHMET ŞENTÜRK BAŞVURUSU

Ahmet TÜRKMEN[1]

Öz

Anayasamızın 10. maddesi herkesin kanun önünde eşit olduğunu hükme bağlar. Anayasanın Başlangıç hükümlerinde de vurgu yapılan bu ilke, hukuk devleti ilkesinin de temel unsurlarındandır. Sıradan bir anayasal ilke gibi yaklaşılmaması gereken eşitlik ilkesi aynı zamanda devletin temelini de teşkil eder. Öyle ki bu ilkenin devlet organları ve idare makamları tarafından korunmasının bir zorunluluk olduğu anayasamızda belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 23 Eylül 2012'den itibaren temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddiasıyla önüne gelen bireysel başvuruları karara bağlamaya başlamıştır. Mahkemeden beklenen, tutarlı bir içtihat pratiği ortaya koymasıdır. Bunun yanı sıra beklenir ki ihlal iddialarını karara bağlarken mahkemenin kendisi bir ihlale imza atmasın. Ne yazık ki içtihadi pratik zaman zaman bunun aksini göstermektedir. AYM'nin yaklaşık bir ay arayla karara bağladığı Müslim Şentürk Başvurusu ve Mehmet Şentürk Başvurusu kararları bu duruma örnektir. 17 Ağustos 1999 Gölcük depreminde konutları yıkıldığı gerekçesiyle konut yardımından yararlandırılan başvurucular daha sonra bu hak sahipliğinin iptal edilmesinden ötürü mülkiyet haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne ayrı ayrı bireysel başvuruda bulunmuştur.

AYM'nin ikinci bölümü tarafından verilen Müslim Şentürk Başvurusu'na ilişkin kararda adil yargılanma hakkı kapsamında inceleme yapılarak ihlale hükmedilmiştir. Bir ay sonra AYM Genel Kurulu tarafından karara bağlanan Mehmet Şentürk Başvurusu'nda ise inceleme mülkiyet hakkı ekseninde gerçekleştirilmiş ve başvurucunun ilgili kanun hükmü çerçevesinde meşru beklentisinin bulunmadığı gerekçesiyle konu bakımından yetkisizlik kararı verilmiştir. Hukuki ihtilaf ve bireysel başvuruya konu olay itibariyle tamamıyla aynı özellikleri taşıyan iki ayrı başvuruda AYM'nin tutarlı davranmaması eşitlik ilkesinin ihlali olarak nitelenebilir.

Bu çalışmada anayasal eşitlik ilkesine ilişkin genel bilgi verilecek ve ilkenin kapsamı belirginleştirilmeye çalışılacaktır. Eşitlik ilkesinin koruyucusu olması gereken Anayasa Mahkemesi tarafından dahi ihlal edilebileceğinden hareketle önemi ortaya konmaya çalışılacaktır. Bunu yaparken yukarıda bahsi geçen bireysel başvuru kararları örnek olarak alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Eşitlik İlkesi, Bireysel Başvuru, Meşru Beklenti, Mülkiyet Hakkı

[1] Arş. Gör., Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, ahmetturkmen@fsm.edu.tr, Orcid No: 0000-0002-5914-4346

VIOLATION OF THE EQUALITY PRINCIPLE BY THE CONSTITUTIONAL COURT ITSELF: MUSLIM SENTURK APPLICATION AND MEHMET SENTURK APPLICATION

Abstract

Article 10 of our Constitution stipulates that everyone is equal before the law. This principle, which is also emphasized in the Preamble provisions of the Constitution, is also one of the basic elements of the rule of law. The principle of equality, which should not be approached as an ordinary constitutional principle, also constitutes the basis of the state. So much so that it is stated in our constitution that it is an obligation to protect this principle by state organs and administrative authorities.

The Constitutional Court has begun to decide on individual applications brought before it with the allegation of violation of fundamental rights and freedoms since September 23, 2012. What is expected of the court is to demonstrate a consistent practice of case law. In addition, it is expected that the court itself will not sign a violation when adjusting the allegations of violations. Unfortunately, jurisprudence shows at times to the contrary. The Judgments of the Muslim Şentürk Application and the Mehmet Şentürk Application, which the Constitutional Court made a decision about one month apart, are examples of this. The applicants, who benefited from housing assistance on the grounds that their houses were destroyed in the 17 August 1999 Gölcük earthquake, later applied to the Constitutional Court individually, claiming that their property rights were violated due to the cancellation of this right ownership.

In the decision regarding the Application of Muslim Şentürk issued by the second section of the Constitutional Court, a violation was ruled by making an examination within the scope of the right to a fair trial. In the Mehmet Şentürk Application, which was decided by the CC General Assembly one month later, the examination was carried out on the axis of property right and a decision of non-jurisdiction ratione materiae was made on the grounds that the applicant did not have a legitimate expectation within the framework of the relevant law provision. Failure of the Constitutional Court to act consistently in two separate applications that have exactly the same characteristics in terms of the legal dispute and the incident subject to the individual application can be described as a violation of the principle of equality.

In this study, general information about the constitutional equality principle will be given and the scope of the principle will be clarified. Since it can be violated even by the Constitutional Court, which should be the guardian of the principle of equality, its importance will be demonstrated. In doing so, the individual application decisions mentioned above will be taken as an example.

Keywords: Principle Of Equality, Individual Application, Legitimate Expectation, Right of Property

HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞININ ANAYASA HUKUKUNDAKİ BİR GÖRÜNÜMÜ: ANAYASA DEĞİŞTİRME İKTİDARININ KÖTÜYE KULLANILMASI KAVRAMI

Aslıhan KAPLAN ARIK[1]

Öz

Literatürde anayasa değişikliklerinin kullanılması yoluyla anayasanın başkalaştırıldığı, temel ilkelerinin etkisizleştirildiği ve anlamsızlaştırıldığı, yani anayasa değişikliklerinin anayasayı daha ileriye götürme amacı dışında çelişkili amaçlarla kullanıldığı durumları ifade etmek amacıyla fenomen haline gelen "suistimalci anayasacılık" "anayasal parçalanma", "popülist anayasacılık" "anayasaya karşı hile" ve "otoriter anayasacılık" gibi farklı kavramların kullanıldığı görülmektedir. Ancak bu kavramlar sınırlı değildir ve gerçekleştirilen anayasa değişikliklerinin yorumlanmasına göre de farklı kavramların kullanımı ilerleyen zamanlarda elbette karşımıza çıkacaktır. Aslında literatürde farklı kavramlarla ifade edilen ve sonuç olarak anayasayı başkalaştıran, anayasanın temel ilkelerini etkisizleştiren ve içini boşaltan anayasa değişiklikleri anayasa değiştirme iktidarının, değiştirme yetkisini kötüye kullanmasıdır. Bu nedenle literatürde farklı kavramlarla tanımlanmaya çalışılan bu anayasa değişikliği girişimleri yeni bir durumun tespiti olmamakla birlikte, hukukumuzda var olan hakkın ya da yetkinin kötüye kullanılması ilkesinin anayasa hukukundaki görünümüdür. Bu nedenle çalışmada amacı dışında yapılan anayasa değişiklikleri "anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılması" kavramıyla ifade edilmektedir.

Anayasa değiştirme iktidarlarının bu kötüye kullanımı farklı formlarda karşımıza çıkmaktadır. Bazen değişiklik usulünün değiştirilmeye çalışılması yoluyla, bazen anayasa yapma iktidarınca anayasanın temel yapısı olarak belirlenen bir ilkenin ihlali niteliği taşıyacak şekilde, bazen yalnızca kişisel çıkar sağlama amacıyla ve bazen de mevcut siyasi iktidarın, bu iktidarını asla kaybetmeyeceği bir siyasal düzen oluşturmak amacıyla değişiklikler yapmak şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Elbette kötüye kullanım halleri bunlarla da sınırlı değildir. Hukukun diğer alanlarında nasıl hakkın kötüye kullanımının kesin ve belirli bir sınırı bulunmuyorsa anayasa hukukunda da bir sınır belirlemek mümkün değildir.

Bu bağlamda çalışmamızda son zamanlarda literatürde farklı adlandırmalarla karşımıza çıkan amacı dışında gerçekleştirilen anayasa değişikliklerinin hukukumuza yabancı olmayıp genel bir hukuk ilkesi olan hakkın kötüye kullanım yasağının anayasa hukukundaki görünümü olduğu açıklanacaktır. Anayasa değiştirme iktidarlarınca gerçekleştirilen anayasa değişikliklerinin hangisi ya da hangilerinin anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanım hallerinden biri olduğunun tespitinin kolay olmadığı ifade edilmeye çalışılacaktır. Ayrıca anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılması olarak tespit edilen anayasa değişikliklerinin mahkemelerce esas bakımdan denetlenemeyeceği düşüncesinin terkedilerek yargı organlarınca denetlenmesinin bazı ülkelerde kabul görmeye başladığı hususlarına değinilerek yargı organlarınca gerçekleştirilecek denetimin öneminin vurgulanması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Değiştirme İktidarının Kötüye Kullanılması, Anayasa Değişikliklerinin Esas Denetimi, Suiistimalci Anayasacılık, Popülist Anayasacılık, Otoriter Anayasacılık, Anayasal Parçalanma, Anayasaya Karşı Hile, Temel Yapı Doktrini.

[1] Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, ORCID:0000-0003-1234-3804, aslihan.kaplanarik@hbv.edu.tr.

AN APPEARANCE OF THE PROHIBITION OF THE ABUSE OF RIGHTS IN CONSTITUTIONAL LAW: THE CONCEPT OF ABUSE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT POWER

Abstract

It's observed that various phenomenal concepts as "abusive constitutionalism" "constitutional dismemberment" "populist constitutionalism","fraud against constitution", and "authoritarian constitutionalism" have been used in order to express the use of constitutional amendments in the doctrine to alter the constitution, to neutralize its basic principles and make meaningless, that is, to express cases where constitutional amendments are used for contradictory purposes except for the purpose of further developing the constitution. However, these concepts are not limited and according to the interpretation of the constitutional amendments, the use of different concepts will of course seen in the future. In fact, constitutional amendments, expressed with different concepts in the doctrine, which consequently alter the constitution, neutralize and empty the basic principles of the constitution, are the abuse of the power to change the constitution. Therefore, these constitutional amendment attempts, which are tried to be defined with different concepts in the doctrine, are not the determination of a new situation, but they are the appearance of the principle of abuse of right or authority in constitutional law. Therefore, constitutional amendments made out of purpose in the study are expressed with the concept of "abuse of constitutional amendment power".

This abuse of constitutional amendments powers appears in different forms. It may occur sometimes by trying to change the amendment procedure, sometimes as a violation of a principle determined as the basic structure of the constitution by the constitution-making power, sometimes only for personal benefit, and sometimes as creating a political order in which the current political power will never lose this power. Of course, the cases of abuse are not limited to these. It is not possible to set a limit in constitutional law, just as there is no definite and definite limit for the abuse of right in other areas of law.

In this context, in our study, it will be explained that the constitutional amendments made outside of their purpose, which we have recently encountered with different names in the doctrine, are not alien to our law, and it is the appearance of the abuse of the rights which is a general law principle in constitutional law. It will be tried to be expressed that it is not easy to determine which or which constitutional amendments made by the constitutional amendment power constitute an abuse of the constitutional change power. In addition, it is aimed to emphasize the importance of the supervision to be carried out by the judicial organs by referring to the fact that the idea that constitutional amendments, which are determined as the abuse of the constitutional amendment power, cannot be inspected by the courts in essence, is being abandoned and that the supervision by the judicial organs has started to be accepted in some countries.

Keywords: Abuse Of Constitutional Amendment Power, Main Supervision Of Constitutional Amendments, Abusive Constitutionalism, Populist Constitutionalism, Authoritarian Constitutionalism, Constitutional Dismemberment, Fraud On The Constitution, Basic Structure Doctrine.

1961 ANAYASASINDAN 6771 SAYILI KANUNLA KALDIRILMASINA KADAR ASKERİ YARGININ ANAYASAL SERÜVENİ

Ebru YAVUZ YAYLA[1]

Öz

1961 Anayasası ile anayasal bir kurum haline gelen askeri yargı, anayasa değişikliğinin Türkiye gündemine girdiği zamanlarda tartışma masasına getirilmiştir. Ayrı bir yargı kolu olarak varlığını koruması tartışmaların odak noktası olmuş, askeri mahkemelerin kaldırılması ve yargılamanın tek yargı kolu üzerinden yürütülmesi gerektiği savunulmuştur.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemini getirmek amacıyla 6771 sayılı Kanun ile bir takım anayasal reformlar yapılmıştır. Bu reformlardan biri de askeri yargının kaldırılmasıdır.

6771 sayılı Kanun'un 17'nci maddesiyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na eklenen Geçici 21'inci maddenin "E" fıkrasındaki "*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve askerî mahkemeler kaldırılmıştır*" hükmü, askeri yargıyı tarih sahnesinden silmiştir. Aynı Kanun'un 13'üncü maddesiyle Anayasa'nın 142'nci maddesine yapılan "Disiplin mahkemeleri dışında askerî mahkemeler kurulamaz. Ancak savaş halinde, asker kişilerin görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevli askerî mahkemeler kurulabilir." eklemesi, ayrı bir yargı kolu olarak askeri yargının savaş hali hariç bir daha var olmayacağını vurgulamıştır. Böylelikle Askeri Yüksek İdare Mahkemesi benzeri askeri bir idari mahkemesinin barış veya savaş hali fark etmeksizin hiçbir zaman kurulamayacağı, askeri ceza mahkemelerinin ise ancak savaş halinde ve asker kişilerin görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevli olarak kurulabileceği öngörülmüştür.

Tebliğde; öncelikle askeri yargının ayrı bir yargı kolu olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarında yer almasının günün şartları ile birlikte değerlendirmesi yapılacak, 1961 ve 1982 Anayasasındaki yeri ve ilgili düzenlemeler irdelenecektir. Ayrı bir yargı kolu olarak kaldığı dönemde, özellikle tabiî hâkim ilkesi, yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkeleri kapsamında aldığı eleştiriler üzerinde durulacak ve 6771 sayılı Kanunla kaldırılmasına yol açan tartışmalara değinilecektir. Son olarak, 6771 sayılı Kanunla askeri yargının kaldırılmasının sonuçları ve mevcut durumda karşılaşılan sorunlar incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: 6771 Sayılı Kanun, Anayasa Değişikliği, Askeri Yargı.

[1] Dr. Öğr. Üyesi, İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, ebru.yavuzyayla@bakircay.edu.tr, ORCID:0000-0001-5102-3956.

THE CONSTITUTIONAL ADVENTURE OF THE MILITARY JURISDICTION FROM THE 1961 CONSTITUTION TO LAW NO. 6771

Abstract

The military judiciary, which became a constitutional institution with the 1961 Constitution, was brought to the discussion table when the constitutional amendment entered the Turkish agenda. Its existence as a separate judicial branch has been the focus of discussions and it has been argued that military courts should be abolished and trials should be conducted through a single judicial branch.

A number of constitutional reforms were made with Law No. 6771 in order to establish the presidential system. One of these reforms is the abolition of the military judiciary.

Clause "E" of Provisional Article 21 added to the Constitution of the Republic of Turkey with Article 17 of the Law No. 6771: *"As of the effective date of this Law, the Military High Court of Appeals, the Military High Administrative Court and military courts have been abolished"* erased the military judiciary from the stage of history. Addition to Article 142 of the Constitution with Article 13 of the same Law: *"Military courts cannot be established except for disciplinary courts. However, in case of war, military courts can be established to try the cases of crimes committed by military personnel in relation to their duties"* emphasized that the military judiciary, as a separate judicial branch, will never exist again except in a state of war. Thus, a military administrative court like the Military High Administrative Court can never be established, regardless of the state of peace or war and it is foreseen that military criminal courts can only be established to deal with the cases of crimes committed by military personnel in relation to their duties.

In the notification; First of all, the inclusion of the military judiciary as a separate judicial branch in the Constitutions of the Republic of Turkey will be evaluated together with the conditions of the day and ıts place in the 1961 and 1982 Constitutions and related regulations will be examined. During its period as a separate judicial branch, the criticisms it received within the scope of the principle of natural judge, impartiality and independence of the judiciary will be emphasized and the debates that led to its abolition by Law No. 6771 will be touched upon. Finally, the consequences of the abolition of the military judiciary by Law No. 6771 and the current problems will be examined.

Keywords: Law No. 6771, Constitutional Amendments, Military Justice.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE AMERİKAN FEDERAL YÜKSEK MAHKEMESİ YAKLAŞIMLARININ SEÇME VE SEÇİLME HAKKI BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMALI İNCELEMESİ

Enes ERSÖZ[1]

Öz

Seçme ve seçilme hakkı, uluslararası metinlerle koruma altına alınan, demokrasinin sağlıklı işleyebilmesi bakımından önem arz eden bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de bu hakkın koruma altına alınmaması halinde seçimlerin güvenirliliği tehlikeye gireceğinden, o ülkedeki demokrasinin çoğulcu niteliği de tartışmalı hale gelebilecektir. Söz konusu hakkın anayasamız başta olmak üzere iç hukukumuzda da koruma altına alındığı bilinmektedir. Bireysel başvuru usulünün anayasal sistemimize dahil olmasıyla birlikte hakkın koruma alanı ve sınırlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları doğrultusunda şekillendiğini söylemek gerekir. Bu bakımdan hakka ilişkin AİHM içtihadının tespit edilmesi halihazırda Anayasa Mahkemesi'nin şekillenen içtihadını da anlamamızı sağlayabilecektir. Bunun yanında Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin de konuya ilişkin yaklaşımını incelemek, çalışmanın özgün değeri açısından önem arz etmektedir. Zira AİHM içtihatlarında "demokratik toplumun gereklerine uygunluk" olarak karşımıza çıkan ve bunun altında yapılan ölçülülük incelemesiyle birebir aynı olmamakla birlikte Federal Mahkeme'de "strict scrutiny", "closely drawn test", "compelling interest" gibi kavramlarla farklı şekilde ifade edildiği ve uygulandığı görülmektedir. Bu bağlamda Federal Mahkeme'nin yaklaşımını anlamak da Türkiye'deki içtihadın gelişimi açısından farklı bir örnek teşkil etmesi suretiyle katkı sağlayacaktır. Bu bağlamda özellikle ölçülülük ilkesi bakımından ortaya çıkan bu farklılığı daha iyi anlamak adına bazı örnek kararlar üzerinden her iki mahkemenin yaklaşımı ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Seçme ve Seçilme Hakkı, Ölçülülük İlkesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi.

[1] Araştırma Görevlisi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, enes.ersoz@yahoo.com, ORCID:0000-0003-4911-2604.

A COMPARATIVE REVIEW OF THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS COURT AND THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES APPROACHES IN TERMS OF RIGHT TO VOTE AND STAND FOR ELECTION

Abstract

The right to vote and stand for election is a right that is protected by international texts and is important for the healthy functioning of democracy. Indeed, if this right is not protected, the credibility of the elections will be jeopardized, and the pluralistic nature of democracy in that country may also become controversial. It is known that this right is protected in our domestic law, especially in our constitution. With the inclusion of the individual application procedure in our constitutional system, it should be said that the area of protection and boundaries of the right are shaped in line with the European Court of Human Rights (ECtHR) case law. In this respect, the determination of the ECtHR case law on the right will enable us to understand the case-law of the Constitutional Court. Besides, examining the approach of the Supreme Court of the United States on the subject is important in terms of the original value of the study. Because it is seen in the ECtHR's case-law as "necessity in a democratic society" and although not the same as the proportionality examination made under this, it is seen that it is expressed and applied differently in the Federal Court with concepts such as "strict scrutiny", "closely drawn test", "compelling interest". In this context, to understand the approach of the Supreme Court to set an example in terms of different development of the case-law in Turkey will contribute through. In this context, to better understand this difference, especially in terms of the principle of proportionality, the approach of both courts will be discussed through some sample decisions.

Keywords: Right to Vote and Stand for Election, Principle of Proportionality, The European Court of Human Rights, The Supreme Court of United States.

100. YILINDA "1921 ANAYASASININ RUHU": 1921 TARİHLİ TEŞKİLÂT-I ESASİYE KANUNUNUN ÖNGÖRDÜĞÜ SİSTEM İLE CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÛMET SİSTEMİNİN MUKAYESESİ (MÜMKÜN MÜ?)

Hatice Cemre AKYILMAZ[1]

Öz

Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk anayasası Teşkilât-ı Esasiye Kanunu (1921 Anayasası), 20.01.1921 tarihinde kabul edilmiştir. 1921 Anayasası'nın kabulünün üzerinden yüz sene geçmiş olsa da, bu Anayasa'dan sonra farklı dönemlerde üç anayasa daha hazırlanıp yürürlüğe girse de 1921 Anayasası önemini halen korumaktadır. Bu çerçevede, günümüzde tartışılmaya devam eden hususların başında "1921 Anayasası'nın ruhu" kavramı gelmektedir. 1921 Anayasası'nın olağanüstü koşullar altında, ülkenin çeşitli kesimlerinden gelen çok farklı görüşlere sahip milletvekillerinin yoğun tartışmalarının ve müzakerelerinin sonucunda hazırlanması bu özellikli "ruh"un ortaya çıkışının esas sebepleridir. Bu doğrultuda da 1921 Anayasası'nın ruhunun millî irade temelli, çoğulcu ve müzakereci yapısı öne çıkmaktadır. Bu ruh, Anayasa'da öngörülen hükûmet sistemi (meclis hükûmeti sistemi) üzerinde de etkili olmuştur. Yasama organının üstünlüğüne dayanan ve dünyada benzerine sık rastlanmayan bu sistem, 1921 Anayasası'ndan sonraki anayasalarda da Meclis'in üstünlüğü ve önemi bağlamında etkisini göstermeye devam etmiştir. 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği sonrasında uygulanmaya başlayan cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi ile ise Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin rolü ve konumu, çeşitli eleştirilere konu olmuştur. Bu bağlamda, bu bildiride yeni anayasa tartışmaları çerçevesinde yeniden gündeme gelen 1921 Anayasası'nın ruhu ile bu ruhun etkisiyle tasarlanan meclis hükûmeti sisteminin mevcut hükûmet sistemi ile mukayesesi ve 1921 Anayasası'nın ruhu ile cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminin bağdaştırılmasının mümkün olup olmadığı incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: 1921 Anayasası, Meclis Hükûmeti Sistemi, Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi.

[1] Arş. Gör.; Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, hcakyilmaz@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2480-7020.

"THE SPIRIT OF THE CONSTITUTION OF 1921" IN ITS CENTENARY: (IS IT POSSIBLE TO MAKE) THE COMPARISON BETWEEN THE SYSTEM OF GOVERNMENT PROVIDED BY THE CONSTITUTION OF 1921 AND THE PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM

Abstract

The first constitution of the Republic of Turkey was "Teşkilât-ı Esasiye Kanunu" (The Constitution of 1921) and it was adopted on 20.01.1921. Although a century has passed and three more constitutions were entered into force after the Constitution of 1921, the first constitution of Republic of Turkey remains its importance. In this framework, "the spirit of the Constitution of 1921" is still one of the most controversial issues. The main motives which create this specific spirit are the extraordinary period of time that the Constitution was prepared under and the discussions between the members of the Parliament who came from different regions of country and had different point of views, beliefs, and ideologies. Accordingly, the spirit of the Constitution of 1921 is based on national will, pluralism, and deliberation. This spirit has also had a vital effect on the system of government that was provided by the Constitution. This system is based on the supremacy of the parliament. Even though, the system of government started to alter with the Constitution of 1924, the importance of the parliament has continued. However, after the constitutional amendment in 2017, because of the new presidential government system, the role and the position of the Parliament have been criticised. In this context, this paper will examine the spirit of the Constitution of 1921, which is started to discuss again because of "a new constitution" idea, and try to make a comparison between the system of the government provided by the Constitution of 1921 and the presidential government system.

Keywords: The Constitution of 1921, Parliamentary System Of Government, Presidential Government System.

ANAYASA MAHKEMESİNİN BAZI KARARLARINDA DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİ İLE KAMU DÜZENİ KAVRAMLARINI BAĞDAŞTIRMA SORUNU: ERİŞİM ENGELLEME

Hayrettin KURT[1]

Öz

Hukuk devleti tartışmaları gündeme geldiğinde sürgit iki kavram karşımıza çıkmaktadır: Yasallık ve insan haklarının korunması ya da bu haklara verilen "değer" metaforu. Belki de arsasına şato yaptırmak isteyen Kral II. Frederick'e Berlin'de yargıçlar var diyen yaşlı kadın ateşlemişti yasallık ve değer metaforunu. Ancak, Kral'ın geri adım atması tam da hukukun kendisiydi. Normun soyut görüntüsünün altındaki "buyruk" ve itaat edilmediği takdirde yaptırım gücü olan "zecir" uygulama yetkisi mistifikasyona elverişli olan hukuk normlarını somutlaştırıp hukuk devletini inşa etmişti: Berlin'de yargıçlar var. Bununla birlikte, düdüğü çalarak maçı durduracak bir hakem ya da hakim neyi, nasıl ve ne şekilde söyleyecek ki kral ve yaşlı kadın bu söylemden memnun kalsın. Tartışma tam da burada başlıyor. Halen bir ide görüntüsü altında sıklıkla kullanılan demokratik toplum düzeni ve kamu düzeni gibi bazı kavramlar var ki, bu kavramlar Kral Frederick ve yaşlı kadın örüntüsünü modern ulus devletlerin saat gibi işleyen hukuk kurallarına rağmen (!) gündemde tutmaya yetecektir. Türkiye'de erişim engellemeleri ile gündeme gelen ve her seferinde farklı anlamlar verilen bu iki kavram, devlet, toplum ve kişiler bağlamında somut bir muhteva kazanamamıştır. Özellikle Anayasa Mahkemesi'nin Youtube ve Twitter kararları ile Wikipedia kararlarında tartışma daha da görünür olmuştur. Ulus devlet refleksi mi, güvenlik ve özgürlük dengesi mi, sınırsız özgürlüğün normun soyutluğunu aşağı çeken ruhu mu?

Anahtar Kelimeler: Demokratik Toplum Düzeni, Kamu Düzeni, Erişimin Engellenmesi

[1] Dr., Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Denetleme Kurulu Üyesi, Hrktbek@outlook.com.

Abstract

When discussions about state of law start, two infinite concepts emerge: Legality and the protection of human rights, or the metaphor of "value" attached to these rights. Maybe the old woman who had said to Frederick II when he'd wanted to build a chateau on his field that there were judges in Berlin, triggered the legality and the metaphor of value. However, the fact that the King took a step back was the law itself. "Order" under the Abstract appearance of the norm and the authority to use "suppression", which had the power of sanction in case of disobedience built the state of law concretizing the norms of the law which had been suitable for mystification. There are judges in Berlin. However, a referee who will stop the match by blowing the whistle or a judge will say what, how and in what form so that the king and the old woman are satisfied with this rhetoric. The discussion starts right here. There are some concepts such as democratic social order and public order, which are still frequently used under the guise of an idea, which will be enough to keep the King Frederick and old woman pattern on the agenda despite the legal rules of modern nation states running like clockwork (!). These two concepts which become a current issue in Turkey with blocking accesses and are given different meanings each time, have not gained a concrete content in the context of the state, society and individuals. The debate has become more visible especially in the YouTube, Twitter and wikipedia decisions of the Constitutional Court. Is it the nation-state reflex, the balance of security and freedom, or the spirit of unlimited freedom that lowers the Abstraction of the norm?

Keywords: Democratic Social Order, Public Order, To Ban Access

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN SOYUT NORM DENETİMİ

Mustafa GÜÇYETMEZ[1]

Öz

Anayasanın 150 nci maddesi "kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir" hükmünü vaz etmiştir. Buna göre, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin, Anayasaya usul veya esas yönünden aykırılığı iddiasıyla Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisinde mecliste en fazla üyeye sahip iki parti grubu ile 120 milletvekili, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi aleyhine Anayasa Mahkemesine iptal davası açabilirler. 2017 Anayasa değişikliği öncesinde kanun hükmünde kararnameler için yine aynı usul belirlenmişti. Fakat değişiklikle birlikte bu ifadeler iktidar ve ana muhalefet partisi yerine mecliste en fazla üyeye sahip iki parti grubu olarak değiştirilmiştir. İptal davası için Anayasanın 151 inci maddesinde 60 günlük hak düşürücü bir süre belirlenmiştir. Bu süre Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra 60 gün içinde sona ermektedir. Kanun hükmünde kararnameler için de yine aynı süre geçerliydi. Kanundaki şekil yönünden açılacak davalar için Anayasa 10 günlük bir süre belirlemiştir. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için 10 günlük süre geçerli olmayıp, genel kural gereği yine 60 günlük süre geçerlidir. Somut norm denetiminden farklı olarak iptal davası yolu hukuki olmaktan daha çok siyasi nitelikte bir dava yoludur. İptal kararı, Resmî Gazetede yayımlanmasıyla birlikte yürürlüğe girer fakat Anayasa Mahkemesi, kararın yürürlüğe girmesi konusunda ayrı bir tarih belirleyebilir, ancak bu tarih yayımlanmasından itibaren bir yılı geçemez 6216 sayılı Kanunun 38 inci maddesi hükmü, iptal davası dilekçesinin Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliğince havale edildiği gün iptal davası açılmış kabul edileceğini ifade etmektedir.

[1] Arş. Gör., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, mustafagucyetmez92@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-7878-160X.

JUDICIAL REVIEW OF THE PRESIDENTIAL DECREES

Abstract

Article 150 mentions that " *The President of the Republic, the two political party groups having the largest number of members in the Grand National Assembly of Turkey, and at least one-fifth of the total number of members of the Grand National Assembly of Turkey shall have the right to apply for annulment action directly to the Constitutional Court, based on the assertion of the unconstitutionality, in form and in substance, of laws, of presidential decrees, of Rules of Procedure of the Grand National Assembly of Turkey or of certain articles or provisions thereof*" Before the Constitutional amendment in 2017, the same procedure was determined for the decree laws. However, with the change, these expressions were changed to two party groups with the most members in the parliament, instead of the ruling and main opposition party. For the annulment action, a 60-day deprivation period is specified in Article 151 of the Constitution.This period expires within 60 days after the Presidential Decree is published in the Official Gazette.The same period was also valid for the decree laws. The Constitution has determined a period of 10 days for the review to be filed in terms of form. The 10-day period is not valid for Presidential Decrees, and, according to the general rule, the 60-day period is also valid. Unlike concrete norm control, the way of annulment action is more of a political form of action rather than a legal one. The annulment decision takes effect upon its publication in the Official Gazette, but the Constitutional Court may set a separate date for the decision to enter into force, but this date cannot exceed one year after its publication. The provision of Article 38 of Law No. 6216 states that on the day the annulment petition is transferred to the General Secretariat of the Constitutional Court, it will be deemed to have been filed.

YENİ BİR ANAYASAYA HAZIRLIK SÜRECİNDE PARASAL ANAYASANIN ÖNEMİ

Ömer Fazıl EMEK[1]

Öz

Türkiye'de yeni bir anayasa çıkarmanın uzun yıllardır gerekli olduğu ve konu hakkında sıcak bir anayasa tartışmasının yaşandığı günümüzde, literatürde anayasal iktisat teorisi içerisinde yer alan parasal anayasa konusunun yeniden değerlendirilmesi ve yeni anayasa hazırlıkları kapsamında gündeme alınması bir kez daha önemli hale gelmiştir. İktisat ve hukuk bilim dallarındaki düşünce okullarının sentezlerinden biri olan anayasal iktisat okulu; toplumsal, siyasal ve ekonomik düzenin sağlanmasında kural ve kurumların önemine dikkat çekmekte, devletin bu alanlarda sahip olduğu hak ve yetkilerin sınırlandırılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda anayasal iktisat teorisi, devletin ekonomi ile ilgili karar alma mekanizmalarında görev ve yetkilerinin veya uyguladıkları politikaların, anayasa ile sınırlandırılması/güvence altına alınması düşüncesini konu edinmektedir. Bu görev ve yetkiler, genellikle mali ve parasal başlıkta ele alınmaktadır. Parasal başlıkta incelenen temanın başlıca özelliği, parasal bir düzen ve disiplini temin etmek için anayasa ile korunmuş parasal kurallar oluşturmaktadır. Bu kuralların ilki para arzını kontrol etmektir. Bu durumda devletin para basma yetkisinin belirli kurallarla çevrelenmesi, temel parasal normların siyasal ve kurumsal erklerin inisiyatifine bırakılmaması temelinde anayasal iktisat teorisinden türetilen parasal bir anayasanın uygulanması düşüncesi ön plana çıkmıştır. Para politikası ve araçlarının kullanımında iradi yetkiye sahip olan siyasal iktidarın gücünün zayıflatılarak bu gücün anayasal güvence altına alınan kurallara devredilmesi, parasal anayasa düşüncesinin en belirgin özelliğidir. Bu nedenle parasal anayasa savunucularının görüşleri, para politikalarının iradi olarak değil kurallara göre uygulanması yönündedir. Ülkemizde para arzının kontrolü merkez bankası tarafından yürütülmektedir. Merkez bankasının öncelikli amacı, fiyat istikrarını kontrol altına almaktır. Bunun için kendisine bir dizi iradi yetkiler tanınmıştır. Ancak Türkiye uzun yıllardır yüksek enflasyon yaşayan ülke konumundadır. Enflasyona çeşitli unsurların yol açtığı bilinse de belirli dönemlerde para arzının kontrol dışı artırılması bu unsurların en önemlilerindendir. Fiyat istikrarının sağlanamaması durumunda merkez bankasının iradi yetkileri tartışılır hale gelmektedir. Bunun için bir takım iradi yetkilerin anayasaya devredilmesinin fiyat istikrarının ve enflasyonun kontrol altına alınması için gerekli bir koşul olduğu zaman zaman gündeme gelmektedir. Bu bağlamda yapılan çalışmanın amacı kurala dayalı parasal anayasa fikrinin teorik temellerini tartışmak, Türkiye'de yeni anayasa tartışmalarının yoğun olarak yaşandığı bir süreçte parasal anayasanın muhtemel etkilerini incelemektir.

Anahtar Kelimeler: Anayasal İktisat, Parasal Anayasa, Para Politikaları

[1] Dr. Öğr. Üyesi; Mardin Artuklu Üniversitesi Nusaybin Meslek Yüksekokulu Dış Ticaret Prog., omerfazilemek@artuklu.edu.tr, ofemek@gmail.com, ORCID:0000-0003-4429-8892

THE IMPORTANCE OF THE MONETARY CONSTİTUTION IN THE PROCESS OF DRAFTING A NEW CONSTITUTION

Abstract

In today's world where a new constitution has been required for many years and a hot constitutional debate has been taking place in Turkey, it has once again become important to re-evaluate the monetary constitution issue, which is included in the constitutional economic theory in the literature, and to put it on the agenda within the scope of the new constitution preparations. Constitutional School of Economics, which is one of the synthesis of schools of thought in economics and law sciences; draws attention to the importance of rules and institutions in maintaining the social, political and economic order, and claims that the rights and powers of the state in these areas should be limited. In this context, constitutional economics theory is about limiting / securing the duties and powers of the state or the policies they apply in the decision-making mechanisms related to the economy with the constitution. These duties and powers are usually dealt with in financial and monetary terms. The main feature of the theme examined under the monetary title is that it creates monetary rules protected by the constitution in order to ensure a monetary order and discipline. The first of these rules is to control the money supply. In this case, the idea of implementing a monetary constitution derived from the constitutional economic theory on the basis of surrounding the power of the state to issue money with certain rules and not leaving the basic monetary norms to the initiative of political and institutional powers came to the fore. The most prominent feature of the monetary constitutional idea is that the power of the political power, which has voluntary authority in the use of monetary policy and tools, is weakened and this power is transferred to constitutionally guaranteed rules. Therefore, the view of the advocates of monetary constitution is that monetary policies should be implemented according to the rules, not voluntarily. The control of money supply in our country is carried out by the central bank. The primary goal of the central bank is to control price stability. For this, he was granted a series of voluntary powers. However, Turkey is a country experiencing high inflation for many years. Although it is known that various factors cause inflation, the uncontrolled increase in the money supply in certain periods is one of the most important factors. In case of failure to achieve price stability, the discretionary powers of the central bank become questionable. Therefore, it comes to the fore from time to time that the transfer of certain voluntary powers to the constitution is a necessary condition for controlling price stability and inflation. In this context, the aim of the study is to discuss the theoretical foundations of the idea of a monetary constitution based on rules, and to examine the possible effects of the monetary constitution in a period of intense debate on the new constitution in Turkey.

Keywords: Constitutional economics, Monetary constitution, Monetary policies

ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURUDA "AÇIKÇA DAYANAKTAN YOKSUNLUK" KRİTERİ

Özlem ÇELİK[1]

Öz

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 48'inci maddesinin 1'inci fıkrası gereğince bireysel başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verilebilmesi için, başvurunun bazı şartları taşıması gerekmektedir. Bu şartlar kişi, konu, yer ve zaman bakımından yetki şeklinde sınıflandırılmaktadır. Bunların dışında olağan kanun yollarının tüketilmesi ve başvurunun süresi içerisinde yapılmış olması da birinci fıkra kapsamındaki kabul edilebilirlik kriterleri arasında yer almaktadır. 48'inci maddenin 2'nci fıkrasında ise, Mahkeme'nin *anayasal ve kişisel açıdan önem açısından önem taşımayan* başvurular ile *açıkça dayanaktan yoksun olan* başvurular hakkında kabul edilemezlik kararı verebileceği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruların incelenmesinde en önemli aşama kabul edilebilirlik incelemesi aşamasıdır. Anayasa Mahkemesi'nin 2020 yılı istatistiklerine göre, sonuçlandırılan toplam başvuru sayısının %89'unuda kabul edilmezlik kararı verilmiştir[2]. Kabul edilmezlik kararları içerisinde ise en büyük kısmı *"açıkça dayanaktan yoksunluk"* kriterine dayalı olarak verilen kararlar oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi dört durumda "açıkça dayanaktan yoksunluk" kriterine dayalı olarak kabul edilmezlik kararı vermektedir. Bunlar; i) ihlal iddialarının temellendirilmediği ii) kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olarak yapılan iii) karmaşık veya zorlama nitelikteki iv) bir müdahalenin olmadığı veya meşru gerekçelerle müdahale yapıldığının açık bir şekilde belli olduğu başvurulardır. Bu kriterin uygulanmasıyla ilgili Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları ile büyük ölçüde uyumludur.

Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru usulünde yer alan, "açıkça dayanaktan yoksunluk" kriteri incelenecektir. Mahkemenin, bireysel başvuru kararlarının önemli bir kısmını oluşturan "açıkça dayanaktan yoksunluk" gerekçesiyle verdiği kabul edilmezlik kararlarından örnekler vermek suretiyle konu açıklanacaktır. Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvuruların, temyiz başvurularından farkının ortaya konulması açısından bu kararların değerlendirilmesi oldukça önemlidir.

[1] Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, osenturk@selcuk.edu.tr, ORCID:0000-0001-8258-9880.

[2] 31/12/2020 tarihi itibariyle sonuçlandırılan 257.108 başvurunun, 228.855'i hakkında kabul edilmezlik kararı verilmiştir. İstatistikler için bakınız: https://www.anayasa.gov.tr/media/7192/bb_istatistik_2020-min.pdf, (Erişim tarihi: 12.03.2021).

THE CRITERIA OF "MANIFESTLY ILL-FOUNDED" IN INDIVIDUAL APPLICATION TO THE CONSTITUTIONAL COURT

Abstract

In order to be able to give an admissibility decision on an individual application in accordance with the 1st paragraph of Article 48 of the Law No. 6216, the application must meet some conditions. These conditions are classified as jurisdiction in venue, jurisdiction in subject matter, personal jurisdiction, temporal jurisdiction. Apart from these, the the exhaustion of all legal avenues and the application made in due time are among the admissibility criteria within the scope of the first paragraph. In the second paragraph of Article 48, it is stated that the Court can give inadmissibility decision on "applications that are not important in terms of constitutional and personal significance" and "applications manifestly ill-founded".

The most important stage in the examination of individual applications to the Constitutional Court is the admissibility examination stage. According to the statistics of the Constitutional Court for the year 2020, 89% of the total number of applications concluded was inadmissible[3]. Among the inadmissibility decisions, the biggest part consists of the decisions made based on the criterion of "manifestly ill-founded".

The Constitutional Court decides inadmissibility on four occasions based on the criterion of "manifestly ill-founded". These; i) the allegations of violation are not grounded ii) the matters that need to be taken into consideration in the legal remedy, iii) the complex or compelling nature, iv) the absence of an intervention or in which it is clearly evident that the intervention was made on legitimate grounds. The case law of the Constitutional Court regarding the application of this criterion is largely in line with the case law of the European Court of Human Rights.

In this study, the criterion of "manifestly ill-founded" in the individual application procedure to the Constitutional Court has been examined. The issue was explained by giving examples of the inadmissibility decisions given by the Court on the grounds of "manifestly ill-founded", which constitute a significant part of the individual application decisions. It is very important to evaluate these decisions in terms of revealing the difference of individual applications to the Constitutional Court from appeals.

[3] Of the 257,108 applications concluded as of 31/12/2020, a decision of inadmissibility was made about 228,855. For statistics, see: https://www.anayasa.gov.tr/media/7192/bb_istatistik_2020-min.pdf, (Access date: 12.03.2021).

CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİ VE SİYASAL SİSTEME ETKİLERİ

Tuğba BAYRAKTAR[1]

Öz

31 Mayıs 2007 tarihli ve 5678 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu uyarınca halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı'nın 28 Ağustos 2014 tarihinde göreve başlamasından önce, Türkiye'de hükümet sistemi yürütmenin düalist yapıda olduğu, Cumhurbaşkanının yasama karşısında sorumsuz olduğu buna karşın yürütmenin diğer kanadını teşkil eden Bakanlar Kurulu'nun yasamanın güvenine dayandığı dolayısıyla da yasamaya karşı sorumlu olduğu saf bir parlamenter hükümet sistemi niteliğindeydi. 28 Ağustos 2014 tarihinden sonra Türkiye'de uygulanan hükümet sistemi, büyük ölçüde parlamenter sisteme benzese de Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi özelliği onu saf parlamenter sistem niteliğinden çıkarmış ve ona yarı başkanlık sistemine benzer bir nitelik kazandırmıştır. 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile kabul edilen ve 24 Haziran 2018 tarihinde birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimi sonrasında ise Cumhurbaşkanının 9 Temmuz 2018 tarihinde yemin ederek göreve başlamasıyla Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine ilişkin hükümler tümüyle yürürlüğe girmiş ve yeni hükümet sistemi fiilen uygulanmaya başlamıştır.

6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun gerekçesinde önceki anayasalar döneminde tercih edilen hükümet sistemlerinin beklenen kamusal faydayı istenilen düzeyde sağlayamadığından istikrarsızlıkların, krizlerin ve vesayetlerin önünde güvence oluşturamadığı, özellikle 1982 Anayasasının saf parlamenter sistem yerine, Cumhurbaşkanı ve güçlü yürütme ekseninde konumlanan bir özellik gösterdiği ifade edilmiştir. Buna göre, yeni hükümet sistemi, Türkiye'nin sistem tecrübesi ve dünya hükümet sistemi pratikleri gözetilerek geliştirilmiş rasyonel bir modeldir.

Çalışmada, iki yılı aşkın bir süredir uygulanmakta olan Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin özelliklerine değinilerek Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanan başkanlık sistemine benzeyen ve ayrılan yönleri ele alınacaktır. Gelinen noktada Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin değerlendirilmesi yapılacak ve sistemin tartışılan yönleri ile devlet yönetimine (yasama, idare ve yargı bağlamında), siyasal ve toplumsal hayata etkileri üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Türkiye Cumhuriyeti, Siyasal Sistem, Parlamenter Sistem, Başkanlık Sistemi, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi.

[1] Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, tugba.bayraktar@selcuk.edu.tr, ORCID:0000-0001-5738-2829.

PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM AND ITS EFFECTS ON THE POLITICAL SYSTEM

Abstract

The constitutional amendment dated 31 May 2007 No. 5678 elected by the people under the law of the president of August 28, 2014 before taking office, the government in Turkey dualist system in the structure of the executive, the legislature, the president is irresponsible in the face of, however, is the confidence of the Council of ministers, the executive wing of the other, which relies on living, and therefore that he was responsible to live a pure parliamentary system of government was meant to be. Although the system of government implemented in Turkey after 28 August 2014 is largely similar to the parliamentary system, the fact that the president is elected by the people has removed him from the pure parliamentary system and given him a similar quality to the semi-presidential system. January 21, 2017 and the Turkish Grand National Assembly and the presidential election, adopted by the Constitutional Amendment Law No. 6771 and held together on June 24, 2018, after the president took office by oath on July 9, 2018, the provisions on the presidential system of government entered into force in full and the new system of government began to be implemented in fact.

The previous constitutions Constitutional Amendment Act No. 6771 preferred in the justification of the system of government in the period of expected public benefits because it is not able to provide the desired level of instability of the crisis and assured unable to make in front of custody, especially of the 1982 constitution instead of pure parliamentary system, the president and it was stated that showed strong execution that is positioned on the axis of a property. Accordingly, the new government system is a rational model developed by taking into account Turkey's system experience and world government system practices.

The study will focus on the characteristics of the presidential system of government, which has been implemented for more than two years, and the aspects that resemble and diverge from the presidential system applied in the United States. At this point, the Presidential government system will be evaluated and the discussed aspects of the system and its effects on state administration (in the context of legislative, administrative and judicial), political and social life will be discussed.

Keywords: Republic Of Turkey, Political System, Parliamentary System, Presidential System, Presidential Government System.

BİREYSEL BAŞVURUDA TEDBİR UYGULAMASI

Hayri KESER[1]

Öz

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda tedbir, bir yandan başvuru taraflarının hak ve menfaatlerini koruyan, diğer yandan ise mahkemenin vereceği kararın etkinliğini güvence altına alan ve böylece bireysel başvuru yolunun işlevselliğine katkı sunan bir araçtır.

Bireysel başvuru yapan kişinin kamu gücü işleminin olumsuz etkilerine karşı korunması amacı taşınmaktadır.

Bireysel başvuruda tedbir uygulamasına, başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması üzerine, bölümlerce karar verilebilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin tedbir uygulamasının kapsamının genişletilmesi temel hak ve hürriyetlerin etkin korunmasını sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Tedbir Uygulaması, Temel Hak ve Hürriyetler, Maddi ve Manevi Varlık, Etkinlik

[1] Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD, ORCID: 0000-0002-8209-1422

MEASURE APPLICATION IN INDIVIDUAL APPLICATION

Abstract

In individual application to the Constitutional Court, a measure is a tool that protects the rights and interests of the application parties, and on the other hand, guarantees the effectiveness of the court's decision and thus contributes to the functionality of the individual application method.

It is intended to protect the individual applicant against the negative effects of public power transactions.

When it is understood that there is a serious danger to the life of the applicant or his material or moral integrity, the application of measure in an individual application can be decided by the departments.

Extending the scope of the measure application of the Constitutional Court will provide effective protection of fundamental rights and freedoms.

Keywords: Constitutional Court, Measure Practice, Fundamental Rights and Freedoms, Material and Spiritual Existence, Efficiency.

ULUSLARARASI HUKUK

ULUSLARARASI HUKUKTA SÜREGELEN BİR PROBLEM: KÜRESEL SALGIN DÖNEMİNDE GERİ GÖNDERMEME İLKESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

Selman ÖZDAN[1]

Öz

COVID-19 salgının küresel boyutta ortaya çıkarttığı tehdit ve problemler, uluslararası hukuk tarafından garanti altında olan temel korumaların gevşetilmesi yahut geri alınması için devletlere bir zemin hazırladı. COVID-19 salgınının sebep olduğu halk sağlığı sorunu, halihazırda ötekileştirilmiş ve savunmasız durumlarda bulunan bireyleri ve toplulukları orantısız ve ciddi bir şekilde etkilemiştir. Uluslararası hukuk altında temel korumalardan biri olan geri göndermeme ilkesi uluslararası mülteci hukukunun esas ilkelerinden kabul edilir. Temel olarak geri göndermeme ilkesi, hiçbir mültecinin zulüm, herhangi insanlık dışı muamele ya da işkenceye maruz kalma olasılığı bulunan hiçbir ülkeye geri gönderilmemeleri gerekliğini ifade eder. COVID-19 salgını, ülke sınır kapısı kapanmalarının küresel ölçekte uygulanmasına ve bir ülkenin vatandaşı olmayan bireylerin o ülkeye giriş ve yerleşimlerine kısıtlamalar getirilmesine sebep olmuştur. Bir taraftan bu tür tedbirler küresel bir tehdit karşısında gerekli olarak kabul edilirken diğer taraftan söz konusu tedbirler dünyanın en dezavantajlı ya da hassas topluluklarından biri olan mülteciler için ciddi boyutta tehdit unsuru haline gelebilir ve uluslararası hukukta temel ilkelerden biri olan geri göndermeme ilkesinin ihlaline yol açan durumlar doğurabilir. Özellikle belirtmek gerekirse, geri göndermeme ilkesinin COVID-19 salgını bağlamında da devam eden uygulanabilirliği Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği ve Uluslararası Göç Örgütü gibi birçok uluslararası birim tarafından açıkça ifade edilmiştir. Bu sebeple küresel salgın döneminde alınacak tedbirler uluslararası insan hakları prensipleri gözetilerek gerçekleştirilmelidir. Çalışmayı özetleyecek olursak, ilk olarak, uluslararası hukuk çerçevesinde geri göndermeme ilkesi izah edilecektir. Akabinde, COVID-19 salgını bağlamında geri göndermeme ilkesinin uygulanabilirliği uluslararası kurumların yaklaşımları dikkate alınarak tartışılıp bu konuda bazı hükümet tutumları değerlendirilecektir. Sonuç olarak, geri göndermeme ilkesinin her şartta bağlayıcı olup olmadığı hususunda görüş bildirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Geri Göndermeme İlkesi, COVID-19, Mülteci, Sığınmacı, Uluslararası İnsan Hakları, Küresel Salgın, Uluslararası Hukuk

[1] Dr.; Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Kamu Hukuku Anabilim Dalı, e-mail: selmanozdan@gmail.com, 0000-0002-1002-0625

AN ONGOING PROBLEM IN INTERNATIONAL LAW: THE APPLICABILITY OF THE PRINCIPLE OF NON-REFOULEMENT DURING THE GLOBAL PANDEMIC

Abstract

Emerging problems and threats during COVID-19 pandemic have reached the global dimension and this situation has been used by States to loosen or take back basic protections guaranteed by public international law. The public health problem engendered by the COVID-19 pandemic has seriously affected individuals and group of people who are already excluded and in vulnerable situation. The principle of non-refoulement is one of the fundamental principles of international refugee law. Basically, the principle of non-refoulement prescribes broadly that refugees should not be sent back to any country where they are likely exposed to torture, persecution or other inhuman treatment. COVID-19 pandemic has led to the implementation of country border gate closures on a global scale. This pandemic has further resulted in restrictions on the entry and settlement of non-citizens into the country. For some, such measures may be considered necessary in the face of a global threat; however, these measures may become a serious threat to refugees that one of the most vulnerable or disadvantaged group in the world. The measures in question may also lead to situations that transgress the principle of non-refoulement which is one of the fundamental principles under public international law. It should be specifically pointed out that the continuing applicability of the non-refoulement principle during the COVID-19 pandemic has been clearly articulated by number of international bodies such as the United Nations High Commissioner for Refugees and the International Organization for Migration. It follows that, the measures to be taken in the time of the global pandemic should be carried out in accordance with international human rights principles. To briefly outline the steps in this study, it will first explain the principle of non-refoulement within the framework of public international law. Subsequently, the applicability of the non-refoulement principle in global threat situations such as COVID-19 pandemic is being discussed taking into account the approaches of international institutions. In this regard, some governments' attitudes will be evaluated. This study will consequently deliver an opinion as to whether the principle of non-refoulement is binding under public international law in all circumstances.

Keywords: The Principle of Non-Refoulement, COVID-19, Refugee, Asylum Seeker, International Human Rights, Global Pandemic, International Law

IMMANUEL KANT'IN ÖDEV AHLAKI DÜŞÜNCESİ ÇERÇEVESİNDE "INADİMPLENTİ NON EST ADİMPLENDUM" İLKESİ VE ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR HUKUKU VE İNSANCIL HUKUK KURALLARINDAKİ YANSIMASI

Osman ÖĞÜTCÜ[1]

Öz

Immanuel Kant'ın ödev ahlakı olarak adlandırdığı ve ahlak felsefesinin temelini oluşturan düşüncesi kendisinden sonraki dünya için son derece önemli sonuçlar doğurmuştur. Bu durum hiç şüphesiz hukuk kurallarını da etkilemiştir. Immanuel Kant'ın evrensel bir ahlak yasası ortaya koyma amacıyla yazdığı eserleri ile günümüz ahlak anlayışının önemli dayanaklarından birini oluşturmuştur. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'nın ardından insanlık tarihinin tüm deneyimleri dünya barışının ve insan haklarının geliştirilebilmesi adına kullanılmıştır. İkinci Dünya Savaşı'nın uluslararası toplumda ortaya çıkardığı önemli değişikliklerden bir başlık da uluslararası hukuk alanında olmuştur. Uluslararası hukuk normları Birleşmiş Milletler'den, Uluslararası Antlaşmalar Hukukuna ya da İnsancıl Hukuk kurallarına kadar geniş bir yelpazede hızlı bir şekilde kodifiye edilmiştir. Zira insan hakları ya da insancıl hukuk kurallarının hukuki bir zeminde varlığı onların felsefi temellerinin de sağlam olması zorunluluğunu da beraberinde getirir. Bu kurallardan "Inadimplendum non est adimplendum" ilkesi "Karşı taraf kendi yükümlülüğüne saygı göstermediyse diğer tarafın da kendi yükümlülüklerine saygı göstermesine gerek yoktur" şeklinde ifade edilebilir. Bu bağlamda bu ilke özellikle Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 60. Maddesinin 1. fıkrasında geçerlilik kazanmıştır. Aynı ilke 1937 tarihli Uluslararası Daimi Adalet Divanı (Seri A / B No 70 - Seri C No 8I) 28 Haziran 1937 tarihli karar Hollanda- Belçika kararında da kendine yer bulmuş ve hukukun genel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmiştir. Buna karşın insancıl hukuk kuralları açısından taraflardan birinin yükümlülüklerine saygı göstermemesi diğer tarafın yükümlülüklerine saygı göstermemesinin nedeni olamaz. Bu çalışmada Immanuel Kant'ın "ödev ahlakı" olarak nitelendirdiği ve herkese sorumluluk yükleyen ahlak felsefesi düşüncesinin Uluslararası Antlaşmalar Hukuku ve İnsancıl Hukuk kuralları açısından farklı görünümleri üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ödev Ahlakı, Inadimplendum Non Est Adimplendum, Antlaşmalar Hukuku, İnsancıl Hukuk

[1] Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, osman.ogutcu@hotmail.com, ORC-ID: 0000-0002-5335-3876

THE PRINCIPLE OF "INADIMPLENTI NON EST ADIMPLENDUM" IN THE FRAMEWORK OF IMMANUEL KANT'S "MORAL OF DUTY" THOUGHT AND ITS REFLECTION OF INTERNATIONAL TREATY LAW AND INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Abstract

Immanuel Kant's thought that he called duty morality and which forms the basis of his moral philosophy has had extremely important consequences for the world after him. This situation undoubtedly affected the legal rules. Immanuel Kant's works that he wrote to reveal a universal moral law formed one of the important pillars of today's moral understanding. Especially after the Second World War, all experiences of human history have been used in order to develop world peace and human rights. One of the important changes brought about by the Second World War in the international community has been in the field of international law. International legal norms have been rapidly codified in a wide range from the United Nations to International Treaty Law or Humanitarian Law rules. Because the existence of human rights or humanitarian law rules on a legal basis brings with it the necessity of their philosophical foundations. Among these rules, the principle of "Inadimplendum non est adimplendum" can be expressed as "If the other party does not respect its own obligations, the other party does not need to respect its obligations". In this context, this principle has become valid especially in the first paragraph of Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. The same principle was included in the decision of the International Court of Permanent Justice (Series A / B No 70 - Series C No 8I) dated June 28, 1937, in the Netherlands-Belgium decision of 1937 and was accepted as one of the general principles of the law. However, the failure of one of the parties to respect their obligations in terms of humanitarian law cannot be the reason why the other party does not respect their obligations. In this study, the different aspects of the idea of moral philosophy, which Immanuel Kant describes as "duty ethics" and imposes responsibility on everyone, will be emphasized in terms of International Treaties Law and Humanitarian Law rules.

Keywords: Moral of Duty, Inadimplendum Non Est Adimplendum, Treaties Law, Humanitarian Law

DEVLETİN ÜLKESİ VE SİBER UZAY

Selen EZME YUMAK[1]

Öz

Uluslararası hukukun başlıca ve en önemli hukuk kişisi devlettir. Devlet; insan topluluğu, ülke, kurulu otorite olarak gelenekselleşmiş üç unsurdan ve diğer devletlerle ilişki kurabilme yeteneğinden meydana gelmektedir. Egemen devletlerin eşitliği ilkesi ve devletin ülkesinin bütünlüğü ilkelerini esas alan uluslararası hukuk için uluslararası hukukun mekânsal kuralları merkezi bir öneme sahiptir; "ülke" unsuru da devletin egemenliği ile doğrudan ilgili olduğundan ayrıntılı olarak incelenmesi gereken bir kavramdır. Devletlerin ülkeleri üzerinde tam ve münhasır egemen oldukları kabul edilmektedir. Devletler egemenliklerini esas itibariyle ülkeleri üzerinde kullanırlar. Diğer devletler ise devletin egemenlik sahası olan ülkeye uluslararası hukukun istisnai bazı kuralları öngörmedikçe müdahale edemezler. "Ülke" unsuru kara, deniz ve hava olarak üç ayrı sahadan oluşmaktadır. Uzay alanı ise devletin egemenlik yetkilerini kullanması mümkün olmadığı ve dolayısıyla devletin ülke alanları arasında olmadığı konusunda literatürde genel bir kabul görmektedir ve kendine özgü düzenlemeler içermektedir. Günümüze kadar oluşmuş ve hızla devam eden teknolojik gelişmeler sonucunda devletin egemenlik yetkilerini kullandığı ülkesel alan sınıflandırmasında siber uzay yeni bir tartışma konusu olmuştur. İşte bu sebepten ötürü siber uzayda devletin egemenliği hususu, tanımlanması ve açıklanması gereken güncel bir problemdir. Sanal bir ortam olan siber uzay, kendine özgü özellikleri bulunan bir alan olup sayısız kullanıcı tarafından kullanılabilen ve dünyanın her yerinde erişilebilen bir sistemdir. Kara, deniz ve hava gibi sınırları belirlenebilen bir alan değildir; ama bu özellik siber uzayı devletin egemenlik alanları dışında tutabilmek ve yeni bir ülke alanı olarak saymamak için yeterli değildir. Uluslararası hukuk günümüzde siber uzayda da uygulanabilen bir hukuktur. Örneğin NATO, siber uzay alanını hava, kara ve deniz gibi savunulması gereken bir operasyon alanı olarak görmektedir. Tebliğde siber uzayın kara, deniz ve havadan sonra devletin egemenlik yetkilerini kullanabileceği yeni bir yetki alanı olup olmadığı sorusuna, uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde cevap aranmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Siber Uzay, Egemenlik, Uluslararası Hukuk

[1] Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, E-Mail: av.selen_ezme@hotmail.com.

STATE TERRITORY AND CYBERSPACE

Abstract

The principal and most important person of law in international law is the state. The state consists of three traditional elements as human society, country, established authority and the ability to establish relations with other states. The spatial rules of international law have central importance for international law, which is based on the principle of equality of sovereign states and the integrity of the state of the country; the "country" factor is also a concept that needs to be studied in detail, as it is directly related to the sovereignty of the state. States are considered to have full and exclusive sovereignty over their countries. States virtually exercise their sovereignty over their countries. Other states cannot intervene in the country, which is the sovereign area of the state unless some exceptional rules of international law stipulate. The "country" element consists of three separate fields, namely land, sea and air. The space field is generally accepted in the literature that it is not possible for the state to use its sovereign powers and therefore the state is not among the country areas and it contains specific regulations. As a result of rapidly continuing technological developments that have been formed until today, cyberspace has become a new subject of discussion in the classification of territorial areas in which the state uses its sovereign powers. For this reason, the issue of state sovereignty in cyberspace is a current problem that needs to be defined and explained. Cyberspace as a virtual environment is a field with its characteristic features and is a system that can be used by countless users and can be accessed all over the world. It is not an area whose boundaries can be determined such as land, sea and air; however, this feature is not enough to keep cyberspace outside the sovereign areas of the state and not to count it as a new country area. International law is a law that can be applied in cyberspace today. For example, NATO sees the cyberspace field as an area of operation that needs to be defended, such as air, land and sea. In this proceeding, the question of whether cyberspace, where the state can use its sovereign powers, is a new jurisdiction after land, sea and air or not will be tried to be answered within the framework of international law.

Keywords: Cyberspace, Sovereignty, International Law

MEDENİ HUKUK

KİŞİSEL VERİLERİN DEVLET TARAFINDAN İŞLENMESİ -CENSORLUKTAN SOSYAL KREDİ SİSTEMİNE-

Abdurrahman SAVAŞ[1]

Öz

Kişisel veri ve bunların işlenmesi kavramları her ne kadar yeni kavramlar olsalar da fiili olgular olarak oldukça eskidirler. Çünkü sosyal yaşamda önce olay ve olgular gerçekleşir daha sonra bunlar hukuk tarafından düzenlenir. Devletin ortaya çıkması ile birlikte kişilerin ekonomik, sosyal ve ailevi durumları hep devletin ilgisini çekmiştir. Özellikle kişilerin malvarlıkları toplanacak vergiye esas olması açısından tespit edilmek istenmiştir. Roma'da M.Ö. 443 yılında kurulan ve M.Ö. 22 yılına kadar 421 yıl devam eden Censorlar ile vatandaşların sayısı, ailevi ve sosyal durumları ile malvarlıkları tespit edilmiş ve bu uygulama her beş yılda bir tekrarlanmıştır. Yaşantısı kötü olanlara, dürüst olmayanlara, malvarlığını beyan etmeyenlere ve vergisini ödemeyenlere ağır yaptırımlar uygulanmıştır. İmparatorluk döneminde de vatandaşların ahlaki statülerini takip eden görevliler varlıklarını devam ettirmişlerdir.

Censorların en çok çekinilen magistra olmalarının sebebi, sahip oldukları infamis (şerefsiz) ilan etme yetkileridir. İsraf, bekârlık, lüks yaşam, aktörlük, fahişelik, tefecilik, hâkimlerin rüşvet ve hatta ücret almaları infamia sebepleri arasında yer almaktadır. İnfamis ilan edilen kişi, ait olduğu sınıftan ya da vatandaşlıktan çıkarılır ve meclislerde oy kullanamazdı.

Orta çağ döneminde de devlet güvenlik, sağlık, ekonomi ve kamu düzeni gibi sebeplerle kişilere ait özel bilgilerle ilgilenmeye devam etmiştir. Bugün kişisel veri olarak değerlendirilen pek çok veri ve bilgi, bu dönemde de devlet tarafından toplanmış, işlenmiş ve kaydedilmiştir.

Modern çağa gelindiğinde ise özellikle bilişim teknolojilerinin çoğalmasına bağlı olarak kişisel veriler sadece devlet değil pek çok özel kişi veya kurum tarafından toplanmaya ve işlenmeye başlanmıştır. Bu gelişmeler karşısında, kişisel verilerinin nasıl toplanacağı ve işleneceğine yönelik özel düzenlemeler yapılmıştır.

Son zamanlarda Çin Halk Cumhuriyetinde sosyal kredi sistemi olarak isimlendirilen bir uygulama ile kişilerin verileri işlenmeye ve elde edilen sonuca göre vatandaşlara bir kredi verilmeye başlanmıştır. Kredisi yüksek olan dürüst vatandaşlar hizmetlere kolay ve ucuz ulaşabilirlerken kredisi düşük olan vatandaşlar aynı hizmetlere ya ulaşamamakta ya da daha pahalıya ulaşmaktadırlar. Bu sayede kamu düzeninin sağlanması amaçlanmaktadır. İnsan hakları ihlaline kapı açan bu uygulamaların en azından şimdilik batı ülkelerinde uygulanması, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin mevzuatlar sebebi ile mümkün görünmemektedir.

[1] Doç. Dr.; İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku ABD, abdurrahman.savas@istanbul.edu.tr, ORC ID: 0000-0002-3832-484X

PROCESSING OF PERSONAL DATA BY THE GOVERNMENT -FROM CENSORSHIP TO THE SOCİAL CREDIT SYSTEM-

Abstract

Although the concepts of personal data and their processing are new concepts, they are quite old as actual facts. Because in social life, events and facts occur first and then they are regulated by law. With the emergence of the state, the economic, social and family situations of the people have always attracted the attention of the government. Especially, the assets of the persons were wanted to be determined in terms of being the basis for tax to be collected. The number of citizens, family and social status and assets were determined with the Censor, which was established in 443 BC in Rome and lasted for 421 years until 22 BC and this practice was repeated every five years. Severe sanctions have been imposed on those who live badly, those who are dishonest, those who do not declare their assets and those who do not pay taxes. During the empire period, the officials who followed the moral status of the citizens continued their existence.

The reason why Censors are the most feared magistrates is their authority to declare infamis (dishonest). Waste, celibacy, luxury life, acting, prostitution, usury, bribery of judges and even getting paid are among the reasons for infamia. The person declared infamis was removed from his / her class or citizenship and could not vote in councils.

During the medieval period, the governments continued to deal with private information of individuals for reasons such as security, health, economy and public order. In this period many data and information considered as personal data today were collected, processed and recorded by the government.

In the modern era, especially due to the proliferation of information technologies, personal data began to be collected and processed not only by the government but also by many private individuals or institutions. In the face of these developments, special regulations have been made regarding how personal data will be collected and processed.

Recently, in the People's Republic of China, with an application called the social credit system it has started to be collected and processed the data of individuals and to give credits to the citizens according to the result. While honest citizens with high credit can access services easily and cheaply, citizens with low credit either cannot access the same services or access them more expensive. In this way, it is aimed to ensure public order. The implementation of these practices, which open the door to human rights violations, in western countries, at least for now, does not seem possible due to the legislation on the processing of personal data.

TÜKETİCİ HUKUKUNDA ARABULUCULUK UYGULAMASI

Banu Bilge SARIHAN[1]

Öz

Arabuluculuk, birçok ülkede alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında en çok tercih edilen yöntemdir. Uyuşmazlıkların daha kısa sürede, daha az masrafla, daha etkili ve her iki tarafın da kazanması temeli ile çözümlenmesi amaçlandığı için son yıllarda ülkemizde de yargı sistemi içerisinde yerini almıştır. Arabuluculuğun tarafların aralarında yaşamış oldukları uyuşmazlığa ilişkin tarafsız üçüncü bir kişinin müdahalesi doğrultusunda dostane bir çözüm yöntemi olarak taraf iradesine ve gizlilik esasına dayanması da toplumda benimsenmesine katkıda bulunarak mahkemelerin iş yükünün azalması sonucunu doğurmuştur.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun kabulü ile başlangıçta tümüyle ihtiyari olarak düzenlenen arabuluculuk müessesesi, öncelikle iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, sonrasında ise ticari uyuşmazlıklarda zorunlu hale getirilmiştir. Son olarak, 28 Temmuz 2020 tarihinde Resmî Gazete 'de yayımlanan 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a "Dava şartı olarak arabuluculuk" başlığı ile "73/A" maddesi eklenerek tüketici uyuşmazlıklarında da dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı haline getirilmiştir. Ancak bu düzenlemenin istisnaları da belirlenerek, tüketici hakem heyetinin görevi kapsamındaki uyuşmazlıkların (11.330 TL'nın altında kalan uyuşmazlıklar), tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazların, TKHK. m.73/6 kapsamındaki ihtiyati tedbir davalarının, üretimin ve satışın durdurulması ve malın toplatılmasına ilişkin davalar ile tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından kaynaklanan uyuşmazlıkların, arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında olmadığı belirtilmiştir.

Tüketici hukuku hükümleri, hızla gelişen sosyal, teknolojik ve ekonomik yapı içerisindeki uyuşmazlıklarda zayıf taraf olan tüketiciyi koruyan emredici nitelikteki hükümlerdir. Bu çalışmada, öncelikle tüketici uyuşmazlıklarıyla ilgili temel kavramlar üzerinde durularak, tüketici uyuşmazlıklarında arabulucuya başvuru zorunluluğunun kapsamı ile bu konuda getirilen istisnalar, tüketicinin korunması ilkesi çerçevesinde açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, Arabuluculuk, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Tüketici Uyuşmazlığı.

[1] Dr. Öğr. Üyesi; Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, bbsarihan@yahoo.com., ORC ID: 0000-0003-4686-3752.

MEDIATION IN CONSUMER LAW

Abstract

Mediation is the most preferred method among alternative dispute resolution methods in many countries. In recent years, it has taken its place in the judicial system in our country, as it is aimed to resolve disputes in a shorter time, with less cost, more effectively and based on winning both sides. The fact that mediation is based on the will of the parties and the principle of confidentiality as a friendly solution method in line with the intervention of an impartial third person regarding the dispute between the parties has contributed to its adoption in the society and has resulted in a decrease in the workload of the courts.

With the adoption of the Law on Mediation in Legal Disputes numbered 6325, the mediation establishment, which was initially entirely voluntary, was made obligatory in disputes related to labor law first and then in commercial disputes. Finally, with the Law No.7251 on the Amendment of the Civil Procedure Law and Some Laws published in the Official Gazette on 28 July 2020 and the Law on the Protection of the Consumer No.6502, the heading "Mediation as a case condition" and the article "73 / A" were added to the consumer disputes. The fact that a mediator has been applied for before the case is brought has become a condition of the lawsuit. However, by determining the exceptions of this regulation, the disputes within the scope of the duty of the consumer arbitration committee (disputes below 11.330,00 TL), the objections to the decisions of the consumer arbitration committee, TKHK. It has been stated that the interim injunction cases within the scope of Article 73/6, the cases related to the cessation of production and sales and the withdrawal of the property, and the disputes arising from the same of the immovable and in consumer transactions are not within the scope of the obligation to apply to the mediator.

Consumer law provisions are mandatory provisions that protect the consumer, who is the weak side in disputes within the rapidly developing social, technological and economic structure. In this study, primarily by focusing on the basic concepts related to consumer disputes, the scope of the obligation to apply to the mediator in consumer disputes and the exceptions brought about this issue will be explained within the framework of the principle of consumer protection.

Keywords: Consumer Protection Law, Consumer, Mediation, Consumer Dispute.

AİLE HUKUKUNDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK

Mehmet AKÇAAL[1]

Öz

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 7.6.2012 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Böylece, uyuşmazlıkların mahkeme önüne gitmeden alternatif ve daha etkili bir biçimde çözümlenmesi amaçlanmaktadır. Ülkemizde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri konusundaki güncel gelişmeler bununla sınırlı kalmamıştır. Bu kapsamda, başlangıçta tamamen ihtiyarî olarak öngörülen arabuluculuk İş Mahkemeleri Kanunu ile birlikte iş uyuşmazlıkları bakımından dava şartı hâline getirilmiş ve söz konusu düzenleme 01.01.2018 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Devamında, Türk Ticaret Kanunu'na eklenen bir madde ile 01.01.2019 tarihinden itibaren ticarî uyuşmazlıklarda da zorunlu arabuluculuk kabul edilmiştir. Böylece gerek zorunlu arabuluculuk, gerekse ihtiyarî arabuluculukla çözüme kavuşturulan uyuşmazlık sayısı da ülkemizde artış göstermiştir. Buradan hareketle, Mayıs 2019'da yayımlanan Yargı Reformu Strateji Belgesinde hukuk uyuşmazlıklarında alternatif çözüm yöntemlerinin yaygınlaştırılması hedef olarak gösterilmiştir. Bu kapsamda, aynı iş ve ticarî uyuşmazlıklarında olduğu gibi, tüketici uyuşmazlıklarında arabulucuya başvurunun da dava şartı hâline getirilmesi planlanmaktadır.

Söz konusu belgenin diğer bir önemli yeniliği ise aile arabuluculuğudur. Gerçekten de, belgede mahkeme temelli aile arabuluculuğu uygulamasının getirileceği belirtilmektedir. Aynı Belgenin devamında bu düzenleme yapılırken Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (İstanbul Sözleşmesi) dikkate alınacağı ifade edilmektedir. Hemen belirtilmelidir ki, Strateji Belgesinde öngörülen aile arabuluculuğu müessesi henüz kanunlaşıp yürürlük kazanmamıştır. Ancak, aile arabuluculuğunun akıbeti bakımından söz konusu metin bir fikir vermektedir.

Aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliği her bir aile hukuku müessesi bakımından ayrı ayrı değerlendirilebilir. İlk olarak, nişanlanma kapsamında hediyelerin geri verilmesi ile maddî ve manevî tazminatın arabuluculuğa elverişli olduğu ifade edilebilir. Ancak, kamu düzeni gerekçesiyle, evlenmenin yokluğu, butlanı ve boşanma arabuluculuğa elverişli değildir. Oysa, taraflar boşanmanın fer'i sonuçları hakkında arabulucuya başvurabilirler. Meselâ, maddî veya manevi tazminat istemi buraya dâhildir. Ancak, sonuçta aile hukuku uyuşmazlıklarının önemli bir kısmının arabuluculuk ile bağdaşmadığı ve buna elverişli olmadığı belirtilebilir. Bu noktada, sorunun aşılması bakımından arabuluculuğa konu uyuşmazlıklarda varılan çözümün hâkim onayına sunulmasının zorunlu hâle getirilmesi önerilebilir.

Anahtar Kelimeler: Aile hukuku, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Arabuluculuk, Boşanma, Tazminat

[1] Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, mehmetakcaal@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-3228-8486

MEDIATION IN DISPUTES ARISING FROM FAMILY LAW

Abstract

The Law on Mediation in Legal Disputes was accepted on 7th June 2012 and entered into force. It is aimed to resolve disputes in an alternative and more effective way instead of courts. Current developments in alternative dispute resolution methods in our country are not only this. Mediation, which was initially completely optional, was made a procedural requirement in terms of labor disputes with the Labor Courts Law and this Law entered into force in 2018. With an article added to the Turkish Commercial Code, compulsory mediation in commercial disputes has been accepted in 2019. Thus, the number of disputes resolved through both mandatory mediation and optional mediation has also increased in our country. In the Judicial Reform Strategy Document published in May 2019, the generalization of alternative solution methods in legal disputes has been shown as a target. It is planned to make the application to the mediator in consumer disputes as a procedural requirement, just like in business and commercial disputes.

Another important issue in the Document is family mediation. The Document states that court-based family mediation will be introduced. In the Document, it is stated that the European Council Convention on the Prevention of and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) will be taken into consideration about it. It should be noted that the family mediation has not yet become effective. However, the Document gives an idea about the future of family mediation.

The eligibility of disputes arising from family law for mediation can be analyzed in terms of each family law institutions. First of all, it can be stated that the return of gifts within the scope of the engagement, the material and moral compensation are suitable for mediation. However, due to public order, the absence of marriage, annulment of marriage and divorce are not eligible for mediation. On the other hand, the parties can apply to the mediator about the consequences of the divorce. For example, the claim for material or moral compensation is included here. As a result, it can be stated that a significant part of family law disputes are not suitable for the mediation. At this point, it may be suggested that the resolution reached in the disputes subject to mediation must be submitted to the approval of the judge.

Keywords: Family Law, Alternative Dispute Resolution Methods, Mediation, Divorce, Compensation

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK IŞIĞINDA TÜRK HUKUKUNDA HAKKANİYET SORUMLULUĞU

Günhan GÖNÜL KOŞAR[1]

Öz

Türk Medeni Kanunu m. 15 uyarınca, kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz. Ayırt etme gücünden yoksun kimselerin kusurundan söz edilemeyeceği için bu kimseler kusur sorumluluğu uyarınca sorumlu tutulamayacaklardır. Bu kimselerin sorumluluğuna başvurabilmek için kanunda özel olarak belirlenmiş kusursuz sorumluluk hallerinden birinin mevcut olması gerekmektedir. Kusursuz sorumluluk sebeplerinden birisi hakkaniyet esasıdır. Kişi ayırt etme gücü bulunmadığı için kusur sorumluluğu hükümleri (Türk Borçlar Kanunu m. 49) uyarınca sorumlu tutulamayacaksa bu durumda hakkaniyet gerektiriyorsa kısmen ya da tamamen sorumlu tutulabilecektir. (Türk Borçlar Kanunu m. 65)

Türk hukukunda hakkaniyet sorumluluğunun şartları, özetle, şu şekildedir:

1. Haksız fiilin diğer koşulları gerçekleşmiş olmalıdır.

2. Zarar verenin, ayırt etme gücünden yoksun olması gerekir.

3. Hakkaniyet, tazminat ödenmesini gerektirmelidir. Hakkaniyeti hâkim, Türk Medeni Kanunu m. 4'te kendisine tanınan takdir yetkisine göre değerlendirir. Hâkim yapacağı değerlendirmede somut olayın bütün koşullarını dikkate alır. Bununla beraber, hakkaniyet değerlendirmesinde esas belirleyici kıstas tarafların karşılıklı ekonomik durumlarıdır.

4. Farazi kusur tespitinde bulunulmalıdır. Ayırt etme gücünden yoksun kişinin davranışı, kişi ayırt etme gücüne sahip olsaydı ona kusur olarak yükletilebilecek nitelikte olmalıdır.

5. Ayırt etme gücünden yoksun kişinin fiili sebebiyle zarardan başkası sorumlu tutulamamalıdır.

Hakkaniyet sorumluluğuna karşılaştırmalı hukuk ışığından bakıldığı zaman farklı yaklaşımlar gözlemlenmektedir. Karşılaştırmalı hukuktaki farklı yaklaşımlar ışığında Türk hukukunda hakkaniyet sorumluluğu özel olarak incelenmeye değer olup bu çalışmada, Türk hukukunda hakkaniyet sorumluluğuna başvurabilme şartları, hakkaniyet kavramı ve hakkaniyetin değerlendirilmesinde esas alınacak kıstaslar, hakkaniyet sorumluluğuna başvurabilmek için farazi kusurun aranıp aranmayacağı, aranacaksa farazi kusurun nasıl belirleneceği, hakkaniyet sorumluluğunun tali bir sorumluluk olup olmadığı ve TBK m. 65'in zarar görenin kusuru bakımından kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hakkaniyet, Sorumluluk, Ayırt Etme Gücü, Kusur, Tazminat

[1] Arş. Gör. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, gunhangonul@hacettepe.edu.tr, ORCID:0000-0002-2695-6954

TURKISH EQUITY LIABILITY IN LIGHT OF COMPARATIVE LAW

Abstract

Pursuant to Article 15 of the Turkish Civil Code, the acts of a person who does not have power of discernment, without prejudice to the distinct situations indicated in the law, shall not produce legal consequences. Persons who lack power of discernment cannot be at fault; therefore, they cannot be held liable under fault liability. In order for them to be liable, strict liability must exist. One of the grounds for strict liability is equity liability. If a person cannot be held responsible in accordance with the provisions of fault liability (Article 49 of the Turkish Code of Obligations) due to lack of power of discernment, then that person may be held liable in full or partially if required by equity.

The conditions of equity liability in Turkish law are, briefly, as follows:

1. Other conditions of tort must be provided.

2. The tortfeasor must lack power of discernment.

3. Equity should require the payment of compensation. The judge evaluates the condition of equity according to the discretion granted to him by Turkish Civil Code Art 4. The judge takes into account all the conditions of the concrete situation in his evaluation. However, the main criterion in equity evaluation is the economic status of the parties.

4. Hypothetical fault should be evaluated. The behavior of the person who lacks the power of discernment should be such that, that behavior would be evaluated as faulty if the tortfeasor had power of discernment.

5. No other person else should be held vicariously liable for the damage caused by the the act of the person who lacks power of discernment.

Different approaches can be observed when looking at equity liability in light of comparative law. Therefore, Turkish equity liability in light of comparative law is worth to examine. In this study, the requirements of equity liability, the concept of equity and its criteria, whether hypothetical fault shall be required for equity liability and how hypothetical fault shall be evaluated, whether equity liability has subsidiary nature and whether Art. 65 can be applied to contributory fault by analogy shall be examined.

Keywords: Equity, Liability, Power Of Discernment, Fault, Compensation

TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA BAĞLAMINDA ZORUNLU AŞI UYGULAMASI

Şebnem NEBİOĞLU ÖNER[1]

Öz

Vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerin tamamı esasen kişinin hayatı ve sağlığı gibi mutlak ve vazgeçilmez haklarının ihlali anlamına gelir. Ancak belirli şartlarda yapılan tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Tıbbi müdahale en genel tanımıyla, bir hastalığı önlemek, ortadan kaldırmak ya da olumsuz etkilerini en aza indirmek için yetkili kişilerce tıp bilimin ilke ve kuralları dikkate alınarak uygulanan her türlü faaliyeti ifade eder. Bu bağlamda, tıbbi müdahalenin temel unsurları, müdahalenin yetkili kişi tarafından (hekim veya yetkili diğer sağlık personeli) yapılması, bireyin yaşam ve sağlığının korunmasının amaçlanması ve tıp biliminin ilke ve kabullerine uygunluktur.

Bununla birlikte tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun ön şartı rıza beyanıdır. Bu kapsamda hastanın, müdahalenin kapsam ve sonuçları hakkında aydınlatılmış olması zorunludur. Ancak rızanın olmadığı bazı hallerde de, üstün nitelikte özel veya kamusal yararın varlığı tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirebilir. Bu haller genel olarak kişinin hayatta kalabilmesi, salgın bir hastalığın önlenmesi, işlenen bir suçun aydınlatılması gibi gerekçelerle yapılan müdahaleleri kapsar.

Zorunlu aşı uygulaması da bu kapsamda ele alınması gereken özel bir tıbbi müdahale türüdür. Söz konusu müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, bu konuda çatışan iki menfaat olan kamu sağlığı ile kişinin vücut bütünlüğünün korunması hakkı arasında adil bir denge kurulması zaruridir. Bu dengenin tesisi için cevaplanması gereken ilk husus ise, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün yani müdahalenin hukuki bir temelinin mevcut olup olmadığıdır. Hukuk devleti ilkesinin bir türevi veya alt ilkesi olarak görülebilecek olan belirlilik ilkesi hukuksal güvenlikle doğrudan bağlantılıdır.

Bu kapsamda, kamu sağlığı ve buna ilişkin önlemler konusunda temel düzenlemeleri içeren ve zorunlu aşı uygulamalarının yasal dayanağı olarak ele alınan 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun ilgili maddelerinin, söz konusu müdahale bağlamında belirlilik şartını sağlamadığı ve bu yönüyle müdahale için yeterli bir yasal dayanak oluşturmadığı açıktır. Aynı tespit TMK'nın 24. maddesi açısından da geçerlidir.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi Müdahale, Hastanın Rızası, Aydınlatılmış Rıza, Zorunlu Aşı.

[1] Dr.-Medeni Hukuk/Avukat-Ankara Barosu/sebnemnebioglu@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-3827-6032

COMPULSORY VACCINATION IN THE CONTEXT OF CONSENT OF THE PATIENT TO MEDICAL INTERVENTION

Abstract

Any intervention is considered as a violation of the fundemental and absolute rights of the person such as life and health. However, medical interventions performed under certain conditions are considered lawful. In this context, the basic elements of a lawful medical intervention are the execution of the intervention by the authorized person, the protection of the life and health of the patient and compliance with the principles and acceptances of medical science.

The prerequisite for medical intervention to comply with the law is a declaration of consent. In this context, the patient must be informed about the scope and probable results of the intervention. However, in some cases without consent, the existence of superior private or public interest may render the medical intervention lawful. These situations generally include the interventions made for reasons such as to save a patient's life, prevention of an epidemic disease and enlightenment of a crime committed.

Compulsory vaccination is also a specific type of medical intervention that needs to be addressed in this context. In this regard, a fair balance must be struck between the public interest and the right to protect the body integrity of the person. In case of an interference to a right or freedom, the first question to be answered is whether there is a provision of law which authorizes such an interference, i.e. whether the interference has legal grounds or not. The principle of certainty, which may be considered a derivative or sub-principle of the principle of rule of law, is directly linked with legal security. The degree of certainty to be required for a legal regulation increases proportionate to the amount of interference to fundamental rights by that regulation.

In the context of compulsory vaccination, the provisions of Law No. 1593 which were taken as the legal basis of the interference do not meet the criterion of certainty. The same determination is also valid in terms of Article 24 of Law No. 4271.

Keywords: Medical Intervention, the Consent of the Patient, Informed Consent, Compulsory Vaccination.

TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA KÜÇÜK KAVRAMI VE KÜÇÜKLERE YAPILACAK ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALELERE RIZA

Duygu KOÇAK DİKER[1]

Öz

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler, kişinin fiziksel ve ruhsal bakımdan iyileşmesini sağlarlar. Amaçları bakımdan tedaviye veya salt güzelleştirmeye ya da her ikisine yönelik olabilirler. Estetik amaçlı tıbbi müdahalelere rıza, diğer tıbbi müdahalelerden farklı yasal düzenlemelere tabi değildir. Rıza, tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelmesini sağlar ve bu etkisini ancak rıza ehliyetine sahip kişilerde gösterebilmektedir. Tıbbi müdahalede rıza ehliyeti, müdahalenin içeriğini, etkilerini, kapsamını ve sonuçlarını anlayabilecek olgunluğa erişmiş olmak şeklinde tanımlanabilir. Bu tanım uyarınca, rıza ehliyetinin değerlendirilmesinde, rıza verecek küçüğün ayırt etme gücünün var olup olmamasına göre ikili bir ayrım yapılmalıdır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan (*tam ehliyetsiz*) küçüklerin rıza ehliyeti yoktur. Kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan rızanın, kural olarak müdahaleye maruz kalan kişi tarafından verilmesi gerekmekte ise de ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler bakımından bu ilkenin uygulama imkânı bulmamaktadır. Bu sorun, ayırt etme gücü olmayan kişinin menfaatini esas alan bir anlayışla yasal temsilcinin rızası ile aşılmaya çalışılmaktadır. Ayırt etme gücüne sahip küçükler (*sınırlı ehliyetsiz*) bakımından ise kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların tek başına kullanılması konusunda, genel ve özel yasal düzenlemeler çerçevesinde küçüğün tıbbi müdahaleye rızasının geçerliği konusunda doktrinde tartışmalar bulunmaktadır. Günümüzde özellikle tıp biliminde yaşanan teknolojik gelişmeler ve toplum yapısının değişen estetik anlayışı, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin geniş bir uygulama alanına sahip olması ve bu tür müdahalelerin yapıldığı kişilerin yaş ortalamasının düşmesi sonucunu doğurmuştur. Özellikle güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerin, küçükler bakımından hangi durumlarda hukuka uygun olabileceği, küçüğün rıza ehliyetinin varlığının nasıl belirleneceği, küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bağlı olarak yasal temsilcinin velayet hakkından doğan yetkilerinin sınırlarının değerlendirilmesi önemli taşımaktadır. Bu kapsamda küçüğün kişilik hakkı, estetik amaçlı tıbbi müdahalenin yaratacağı sonuçların rıza ehliyetine etkisi, velayet hakkına sahip yasal temsilcinin yetkileri ve çocuğun üstün yararı ilkesi ve estetik amaçlı tıbbi müdahalenin amacı bağlamında yapılacak değerlendirmeler ile anılan sorunlara çözüm önerileri getirilmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Küçük, Rıza, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahale, Kişilik Hakkı, Velayet Hakkı

[1] Dr. Öğrt. Üyesi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, duygu.kocak@kocaeli.edu.tr, ORCID ID: https://orcid.org/0000-0001-6915-5236

DEFINITION OF THE CHILD IN TURKISH CIVIL CODE AND THE CONCENT FOR THE AESTHETIC SURGERY OF THE CHILD

Abstract

Aesthetic Surgeries help person to feel better and look better. Aesthetics are 2 types either treatment/salt beauty or both. General provisions are applied for consent of medical treatment. Consent of the child should be considered carrefully for medical treatment. Consent is one of the elements that makes medical attention legal. Consent discreation in medical attention can be described as content of the discreation, extent and being mature enough to understand the results of it. For the consideration of consent discreation of child under legal disability, dual distinction is being made whether chilh has ability of distinguish or not. With respect to the child (absolute disable) who does not have ability of distinguish, consent discreation does not exist. As a rule consent should be evaluated by the person itself. However, this rule cannot be applied for the children who don't have distinguish ability. Medical attention can be done to these children with the consent of legal representative of them. However, aesthetic surgeries must be considered separately. Mainly for the children who has ability to distinguesh, group on which discussions concentrate, consent discreation is being evaluated according to the situation whether or not consent is accepted as a right of the person. Today aesthetic surgeries have vast implementation areas. And average ages of people who have these surgeries are decreasing. Especially aesthetics for beautification is becoming a problem for the child in terms of legal possibility. If It is legaly possible consent capacity is also becoming a problem in practice. Personal right of the child, competence of legal representative who has parental rights, the best interest of the child, and the content of the medical attention for aesthetics and solutions of named problems are scope of this study.

Keywords: Child, Concent, Aesthetıc Surgery, Personal Right, Parental Rights

TELETIP VE HUKUK

Hasan Ali GÜÇLÜ[1]

Öz

Covid 19 pandemisi ile dünyamızda ve ülkemizde sağlık hizmetlerinin sunumu açısından ciddi değişiklikler olmuştur. Ülkemizde çok yakın zamana kadar hasta ile hekimin fiziksel bir temas kurması gerektiği bu sebepten dolayı da teletıp uygulamalarının yasak hatta suç olduğu kabul edilmekteydi. Ülkemiz açısından Covid 19 pandemisinin ortaya çıktığı ana kadar teletıp uygulamasının çok fazla geliştiği söylenemeyecektir. Ülkemiz açısından baktığımızda genel olarak teletıp uygulamasının gelişmemesi uzaktan tedavi yasağının bulunması ile açıklanabilir.

Dünyayı ve ülkemizi derinden etkileyen Covid 19 pandemisi sebebiyle teletıp olarak ifade edebileceğimiz uzaktan sağlık hizmeti sunumu ülkemiz açısından hızlı ve kontrolsüz bir şekilde gelişmiştir. Dünyaya baktığımızda da teletıp uygulamasının oldukça geliştiğini ve yaygınlaştığını görebiliriz. Avrupa Birliği ülkelerinde teletıp ile ilgili yasal düzenlemelerin mevcut olduğunu görmekteyiz.

Ülkemiz açısından özellikle de Covid 19 pandemisi sürecinde sağlık turizminin geliştiğini gözlemlemekteyiz. Sağlık turizmi içerisinde işin doğası gereği teletıp uygulamaları zorunlu bir unsurdur. Sağlık turizmi içerisinde belki de farkında olmadan teletıp hizmetleri verilmektedir.

Teletıp ve sağlık turizmi hizmetlerinin çok büyük ölçüde mesafeli sözleşmelerle örtüştüğünü söylemek mümkündür. Tarihsel açıdan baktığımızda ise teletıp uygulamalarının MÖ 500'lü yıllarda, antik Yunan ve Roma zamanlarında başladığı belirtilmektedir. Günümüz anlayışındaki teletıp hizmetleri ise 19. yüzyılda ortaya çıkmıştır. 19. Yüzyılda teletıp elektrokardiyografi ya da kısa adıyla EKG verilerinin telefon hatları ile iletilmesi olarak görülmüştür.

Dünya Sağlık Örgütü tarafından yapılan tanım uyarınca teletıp, mesafenin önem arz ettiği durumlarda, sağlık personelinin bilgi ve teknolojiden istifade etmek suretiyle sağlık hizmeti vermesidir.

Ülkemizde, Sağlık Bakanlığı teletıp sistemi kurmuştur. Sağlık Bakanlığı'nın yaptığı tanım uyarınca teletıp:"Radyolojik tetkiklere ait görüntülere 7x24 web ortamında erişilmesine, bu görüntülerin raporlanabilmesine, radyologlar arası telekonsültasyon yapılabilmesine, tıbbi görüntü ve raporların kalite açısından değerlendirilebilmesine ve e-Nabız uygulaması üzerinden vatandaşlar ile paylaşılabilmesine olanak sağlayan bir sistemdir" .

Dünya Tabipleri Birliği teletıbbın kullanımına ilişkin gözetilmesi gereken ilkeleri yayımlamıştır. DTB'ne göre; "yüz yüze danışmanlık, sağlık hizmetlerinde hala esas olmakla birlikte, teletıp, mesafe, fiziksel engel, iş, aile yükümlülükleri, masraf ve hekimlerin randevuları dolayısıyla zamanında bir hekimi görme imkânı olmayanlar için kullanılabilir. Teletıp sürecinde de hekimlerin meslek etiği kurallarına uygun davranması gerekir. Bu kapsamda hekimler, hekim-hasta ilişkisinin güvene, bizzat muayeneye ve hastanın tıbbi geçmişi hakkında bilgi sahibi olmaya dayandığını bilmelidir. Bu nedenle teletıp, hekimin zamanında ve güvenli şekilde fiziki olarak bulunamayacağı durumlarda kullanılmalıdır. Hekim hangi durumlarda yüz yüze görüşme yapması gerektiğini tespit etmeli ve gerektiğinde teletıbbı reddedebilmelidir. Ayrıca herkesin teletıp uygulamasına erişim imkânı olmayabileceğinden, bu uygulamanın toplumda zengin-fakir farkını güçlendireceği bilinmelidir" .

Teletıp ve e- sağlık kavramları çoğunlukla birbirleri yerine kullanılsa da teletıp kavramının kullanımı daha yaygındır. Ülkemizde de tele tıp sistemleri, Sağlık Bakanlığı'nın yürüttüğü Dünya Bankası destekli 'Türkiye Sağlıkta Dönüşüm Projesi' adıyla başlanmıştır. e-nabız, sanal gerçeklik ve 3D tekniklerinin ülkemizde kullanımı yaygındır.

Covid 19 salgını sebebi ile birçok ülkenin teletıp uygulamasına başvurmak zorunda kaldığı bir gerçektir. Teletıp uygulaması her türlü sağlık hizmeti için değil de belli başlı sağlık hizmetleri için uygun bir yöntem olabilir.

[1] Araştırma Görevlisi, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hasanaliguclu93@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0501-7912

Dünyada ilk teletıp uygulamaları veba salgını ile ortaya çıkmıştır. Ülkemiz uygulamasına baktığımızda ise, teletıp uygulamasının ilk başlarda daha çok radyoloji alanında kullanıldığı görülmektedir. Covid 19 pandemisi ile teletıp uygulamasının kontrolsüz bir biçimde arttığı gözlemlenmektedir. Teletıp uygulaması kontrolsüz bir biçimde artsa da ülkemiz açısından henüz bir yasal düzenlemenin olduğunu söyleyemeyiz.

Covid 19 pandemisinden önceki dönemlerde hekimin hastayı bizzat görüp, teşhis ve tedavi etme yükümlülüğü olduğu ifade edilmekteydi. Hekimin, hastayı bizzat görmeden teşhis ve tedavi de bulunmasının suç oluşturacağı da ifade edilmekteydi.

Yakın zamana kadar suç olarak kabul edilen teletıp uygulamaları Covid 19 pandemisi dolayısıyla " de facto" sağlık hizmeti haline gelmiştir. Teletıp uygulamaları ile ilgili henüz yeterli bir verinin oluşmaması sebebi ile bir tıbbi standartın belirlenmesi de oldukça zor görünmektedir.

Covid 19 pandemisine kadar hekimin hastayı bizzat görme yükümlülüğünün olduğu kabul edilmekteydi. Hekimin, hastayı bizzat görmemesi görevi kötüye kullanma suçuna sebebiyet verebileceği ifade edilmekteydi. Hekimin bizzat tedavi yükümlülüğü aslında uzaktan teşhis ve tedavinin yasak olduğunun bir ifadesidir.

Türk Hukuku incelendiğinde hekimin, hastayı bizzat görmesi, teşhis ve tedavisini bizzat yapmasının şart olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu husus, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde ifade edilmiştir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.16, "Tabip ve diş tabibi bir kimsenin sıhhi durumu hakkında, ilmi metodları tatbik suretiyle bizzat yaptığı muayene neticesinde edindiği vicdani ve fenni kanaata ve şahsi müşahadesine göre rapor verir" şeklindedir. Nizamname ile hem hekim hem de diş hekimlerine bizzat teşhis ve tedavi yapmak zorunluluğu getirilmiştir. Bizzat kelimesi bu düzenlemede önem arz eden bir kelime olarak karşımıza çıkmaktadır. Bizzat kelimesini zamanın ruhuna uygun bir şekilde yorumlamak gerekmektedir. Bizzat kelimesinden başka aracı kişilerin kullanılmaması gerektiği ifade edilmektedir.

Tıbbi danışma adını verdiğimiz uygulamaları da teletıp kapsamında değerlendirebiliriz. Tıbbi danışmanı durumlarında hekimin, hastayı görmeden uzaktan değerlendirme yapması günümüz koşullarında hukuka uygun kabul edilmelidir.

Doktrinde teletıbbın mümkün olamayacağı ifade edilse de aslında hukuk sistemimiz teletıp uygulamalarına izin vermektedir. Teletıp ve sağlık turizmi uygulamaları niteliği gereği uzaktan yapılmaktadır. Teletıp hizmetlerinin mesafeli sözleşmenin olumlu ve olumsuz unsurlarını bünyesinde barındırdığını söylemek mümkündür. Online hekim hizmeti olarak da adlandırabileceğimiz teletıp uygulamalarının birer tüketici işlemi olduğunu söylemek mümkündür.

Bu tebliğ ile teletıp ya da bir başka deyişle e- sağlık hizmetleri kısaca anlatılacak, hukuki niteliğinden bahsedilecektir. Yine bu tebliğ ile teletıp uygulamasının olumlu ve olumsuz yönlerinden bahsedilecektir. Teletıp uygulamasının yasal olup olmadığı incelenecek ve bazı çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Teletıp, E- Sağlık, Uzaktan Tedavi, Pandemi.

TELEMEDICINE AND LAW

Abstract

With the Covid 19 pandemic, there have been serious changes in the delivery of health services in our world and in our country. Until very recently in our country, it was considered that telemedicine applications were prohibited, even criminal, for this reason that the patient and the physician had to establish physical contact. From the point of view of our country, the fact that telemedicine application is not developed in general can be explained by the prohibition of remote treatment.

Due to the Covid 19 pandemic, which deeply affected the world and our country, the remote health service delivery, which we can express as telemedicine, has developed rapidly and uncontrolled for our country. When we look at the world, we can see that the application of telemedicine has developed and become widespread. We see that there are legal regulations regarding telemedicine in the European Union countries.

We observe that health tourism has developed in terms of our country, especially during the Covid 19 pandemic. Telemedicine applications are a mandatory element in health tourism due to the nature of the business. Telemedicine services are provided in health tourism, perhaps without realizing it.

It is possible to say that telemedicine and health tourism services overlap to a great extent with distance contracts. When we look historically, it is stated that telemedicine applications started in the years of 500 BC, in ancient Greek and Roman times. Telemedicine services in today's understanding emerged in the 19th century. In the 19th century, telemedicine was seen as electrocardiography, or the transmission of ECG data by telephone lines.

In accordance with the definition made by the World Health Organization, telemedicine is the provision of healthcare services by healthcare personnel using information and technology when distance is important.

In our country, the Ministry of Health has established a telemedicine system. In accordance with the definition made by the Ministry of Health, telemedicine: "It is a system that allows access to images of radiological examinations on the 7x24 web environment, reporting these images, making teleconsultation between radiologists, evaluating medical images and reports in terms of quality and sharing them with citizens via e-Pulse application".

The World Medical Association has published the principles to be observed regarding the use of telemedicine. According to DTB; “Face-to-face counseling is still essential in healthcare, but telemedicine can be used for those who do not have the opportunity to see a physician on time due to distance, physical disability, work, family obligations, expenses and physician appointments. In the telemedicine process, physicians must act in accordance with the rules of professional ethics. In this context, physicians should know that the physician-patient relationship is based on trust, personal examination and knowledge of the patient's medical history. Therefore, telemedicine should be used in situations where the physician cannot be physically present in a timely and safe manner. The physician should determine in which situations he should have a face-to-face interview and be able to refuse telemedicine when necessary. It should also be known that since not everyone may have access to telemedicine applications, this practice will strengthen the rich-poor difference in the society ”.

Although the concepts of telemedicine and e-health are often used interchangeably, the use of the telemedicine concept is more common. In our country, tele-medicine systems, the Ministry of Health conducted by the World Bank supported 'Turkey Health Transformation Project' was initiated by name. The use of e-pulse, virtual reality and 3D techniques is common in our country.

It is a fact that many countries have had to resort to telemedicine application due to the Covid 19 outbreak. Telemedicine application may be a suitable method for certain health services, not all types of health services.

It is a fact that many countries have had to resort to telemedicine application due to the Covid 19 outbreak. Telemedicine application may be a suitable method for certain health services, not all types of health services.

The first telemedicine applications in the world emerged with the plague epidemic. When we look at the practice in our country, it is seen that the telemedicine application was used mostly in the field of radiology at first. With the Covid 19 pandemic, it is observed that the application of telemedicine has increased in an uncontrolled manner. Although the application of telemedicine has increased uncontrollably, we cannot say that there is a legal regulation for our country yet.

In the periods before the Covid 19 pandemic, it was stated that the physician had an obligation to see, diagnose and treat the patient personally. It was also stated that the diagnosis and treatment of the physician without seeing the patient in person would constitute a crime.

Telemedicine applications, which were considered a crime until recently, have become “de facto” healthcare services due to the Covid 19 pandemic. Establishing a medical standard seems to be very difficult due to the lack of sufficient data on telemedicine applications yet.

Until the Covid 19 pandemic, it was accepted that the physician had an obligation to see the patient in person. It was stated that if the physician did not see the patient in person, it could lead to a crime of misconduct. The physician's obligation to treat himself is actually an expression that remote diagnosis and treatment are prohibited.

When the Turkish Law is examined, it is revealed that it is necessary for the physician to see the patient personally, to diagnose and treat them personally. This issue has been stated in the Medical Deontology Regulations.

Article 16 of the Medical Deontology Regulation is, "A physician and dentist reports on the health status of a person based on his conscientious and scientific opinion and personal observation as a result of his examination by applying scientific methods." With the regulation, both physicians and dentists are obliged to diagnose and treat themselves. The word itself appears as an important word in this arrangement. It is necessary to interpret the word itself in accordance with the spirit of the time. It is stated that other than the word personally, intermediary persons should not be used.

We can also evaluate the applications we call medical counseling within the scope of telemedicine. In the case of a medical consultant, the physician's remote evaluation without seeing the patient should be considered legal under today's conditions.

Although it is stated in the doctrine that telemedicine is not possible, our legal system actually allows telemedicine applications. Telemedicine and health tourism applications are carried out remotely due to their nature. It is possible to say that telemedicine services include the positive and negative elements of the distance contract. It is possible to say that telemedicine applications, which we can also call as online physician services, are consumer transactions.

Telemedicine, in other words, e-health services will be explained briefly and its legal nature will be mentioned with this communiqué. Again, with this paper, the positive and negative aspects of telemedicine application will be mentioned. It will be examined whether the telemedicine application is legal or not and some solution suggestions will be made.

Keywords: Telemedicine, E-Health, Distance Therapy, Pandemic.

MİRAS HUKUKUNDA TENKİS VE DENKLEŞTİRMENİN KARŞILAŞTIRILMASI

Nazlı Hilâl ÇELİK[1]

Öz

Miras Hukukunda tenkis ve denkleştirme birbirine yakın kavramlar olup her ikisi de miras paylarının belirlenmesi açısından önemlidir. Ancak bu iki kurum, temelde birbirinden oldukça farklılıklar içermektedir.

Mirasbırakanın ölüme bağlı ya da sağlararası tasarruflar ile saklı payları ihlal ettiği durumlarda, tasarruf oranlarını aşan miktar açısından söz konusu tasarrufların etkisizleştirilmesinde mirasçıların ifa borcundan kurtulmaları ya da ifa oranında iadelerin kararlaştırılmasına tenkis denir. Denkleştirmede ise mirasçılardan bazılarına yapılan kazandırmaların tasarruf oranının aşılıp aşılmadığına bakılmaksızın terekeye iadesi söz konusudur. Tanımlardan yola çıkılarak aralarındaki ilk farkın, tenkiste saklı payın iadesinin söz konusu olması karşısında denkleştirmede tam bir iadenin söz konusu olması ve mirasçılar arasında eşitliğin sağlanması ile miras paylarını tam almaları olduğu söylenebilir.

Bu iki kurum arasındaki bir diğer farklılık da talep edebilecek kişiler açısından karşımıza çıkar. Tenkiste önemli olan saklı paylar olduğu için, talepte bulunacak olan da saklı paylı mirasçılardır. Denkleştirmede ise saklı paylarla ilgilenilmez ve tasarrufta bulunulmuş olan değer aynen terekeye geri gelir. Bu sebeple de denkleştirmede saklı paylı değil tüm yasal mirasçılar talep eden konumunda olabilirler. Tenkis davasında davalılar saklı payları ihlal eden kazandırmaların lehine yapıldığı diğer mirasçılar ya da üçüncü kişilerdir. Denkleştirmede ise davalılar her zaman yasal mirasçılardır.

Tenkis ve denkleştirme arasındaki bir başka farklılık ise, bu iki durumun hangi tür tasarruflarla gerçekleşebileceğidir. Tenkis hem ölüme bağlı hem de sağlaraarası tasarruflarda görülebilecekken, denkleştirme sadece sağlararası tasarruflarda görülür.

Tenkis taleplerinde mirasbırakanın bu talebi engelleyecek yönde irade beyanının varlığı bir önem taşımayacak, bir başka deyişle mirasbırakan bu tasarruflara dokunulmaması yönündeki arzusunu dile getirmiş olsa bile buna sonuç bağlanmayacaktır. Denkleştirmede ise TMK. m. 669'un son cümlesinde mirasbırakanın iradesine sonuç bağlandığı görülmektedir. Hükme göre kazandırmanın denkleştirmeye tabi olabilmesi için, mirasbırakanın bu kazandırmanın denkleştirmeye tabi olmayacağı şeklinde açıkça belirtmemiş olması gerekir. Eğer miras bırakan söz konusu kazandırma açısından denkleştirmeye tabi olmaması yönünde iradesini açıklamışsa bu durumda denkleştirme söz konusu olmaz.

Tenkis davasında hak düşürücü süreler, TMK m. 571'de düzenlenmiştir. Hükme göre mirasçıların dava hakkı, saklı paylarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde vasiyetnamenin açılması ya da diğer tasarruflarda mirasın açılması tarihinden itibaren on yıl geçmekle sona erer. Denkleştirme için ise böyle bir düzenleme yoktur. Ancak doktrinde ve yargı kararlarında denkleştirme taleplerinin miras paylaşımı sırasında ortaya çıkabileceği düşünülerek, buna ilişkin taleplerin bu aşamada ileri sürülmesi gerektiği ve mirasın paylaşılması ile artık ileri sürülmesinin mümkün olmayacağı belirtilmektedir.

Bildirinin amacı, tenkis ve denkleştirme kurumlarına ilişkin özellikleri karşılaştırmalı olarak incelemek; bunlara ilişkin farklı görüş ve yargı kararlarını değerlendirmektir.

Anahtar Kelimeler: Miras Hukuku, Tenkis, Denkleştirme

[1] Dr. Öğr. Üyesi, Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, nhcelik@fsm.edu.tr, ORC ID: 0000-0001-6527-5425

COMPARISON OF REDUCTION AND HOTCHPOT IN HERITAGE LAW

Abstract

In Inheritance Law, reduction and hotchpot are similar concepts and both are important in determining share in the inheritance. However, these two situations are fundamentally different from each other.

In cases where the inheritance is testamentary disposition or intervitos savings and the reserved shares, in terms of the amount exceeding the savings rates, the inheritors to get rid of the performance debt or the decision of the return at the rate of performance is called reduction. In the hotchpot, it is possible to return the gains made to some of the heirs to the estate regardless of whether the savings rate is exceeded or not. Based on the definitions, it can be said that the first difference between them is the fact that there is a full refund in the hotchpot in the case of the return of the reserved share in the reduction and that they receive their inheritance shares in full by ensuring equality between the heirs.

Another difference between these two institutions appears in terms of the people who may demand. Since the hidden shares are important in the reduction, it is the heirs with the reserved shares who will make the request. In the hotchpot, the hidden shares are not taken care of and the saved value comes back to the estate exactly. For this reason, in the hotchpot, all legal heirs, not reserved shares, can be in the position of demanding. In the action in abatement, the defendants are other inheritors or third parties who are in favor of the gains that violate the reserved shares. In the hotchpot, the defendants are always legal heirs.

Another difference between reduction and hotchpot is in what kind of savings these two situations can occur. Whereas reduction can be seen in both testamentary disposition and intervitos savings, hotchpot only occurs in intervitos savings.

The presence of a declaration of will in order to prevent this request of the inheritance will not be important in reduction requests. In hotchpot, in Art. 669 TMK., it is seen that the will of the inheritance is concluded. If the inheritor has declared his will not to be subject to hotchpot in terms of the acquisition in question, then there will be no hotchpot.

In the action in abatement, the peremptory time limits are regulated in Art. 571 TMK. According to the provision, the right to sue the heirs ends one year from the date they learn that their reserved shares have been damaged, and in any case, ten years from the date of opening the testament or opening the inheritance in other acts. There is no such arrangement for hotchpot. However, in the doctrine and judicial decisions, considering that the demands for equalization may arise during the inheritance sharing, it is stated that the demands for this should be put forward at this stage and that it will no longer be possible to put forward by sharing the inheritance.

The purpose of the paper is to comparatively examine the characteristics of the reduction and hotchpot, and to evaluate the different opinions and judicial decisions.

Keywords: Inheritance law, Reduction, Hotc

ÇOCUĞUN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASI

Nurten İNCE AKMAN*

Öz

Teknolojide meydana gelen gelişmeler insan hayatını son derece etkilemiştir. İnsanlar hayatlarının büyük bir kısmını dijital ortamlarda geçirmekte ve pek çok hukuki işlem hatta ticari işlem internet ortamında yapılmaktadır. İnsanlara ait birçok bilgiye artık internet üzerinden ulaşılması mümkündür. Bu durum beraberinde kişisel verilerin korunması sorununu da gündeme getirmiştir. Kişisel verilerin özellikle kişinin etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği gibi özel nitelikte kişisel verilerin ne şekilde korunup işleneceği pek çok ülkenin ulusal mevzuatında düzenlenmiştir. Artık özel nitelikteki kişisel verilerin kişinin rızası olmadan işlenemeyeceği kabul edilmektedir. Ancak kişisel verilerin korunması hususunda çocukların özel korunması gerekmektedir. Çocukların kişisel verilerinin işlenmesinde rızanın nasıl ve kimler tarafından verileceğinin dışında çocuğun kişisel verilerinin ebeveynleri tarafından ihlal edilmesi durumunda çocuğun nasıl korunacağı cevaplanması gereken önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Çeşitli internet platformu işletmecilerinin sunduğu imkanlarla insanlar hiç düşünmeksizin kendisinin ya da çocuğun özel hayatına dair bilgileri ve resimleri paylaşmaktadır. Çocuklar ebeveynleri, öğretmenleri ve çevresindeki diğer yetişkinler tarafından çoğu kez adeta bu paylaşımların nesnesi haline gelmektedirler. Çocuğun her halinin internet ortamında paylaşılması dışında çocuğa verilen bazı oyuncaklarla (my friend Cayla) üçüncü kişilerin çeşitli yöntemlerle (Bluetooth) bu oyuncaklar üzerinden çocuğa ulaşması, onunla konuşması mümkün hale gelmiştir. Çocukların bu şekilde kullanılan kişisel verileri veya kendisine verilen oyun aletleri siber zorbalık, pedofili gibi birçok sorunla karşı karşıya geldikleri ve kişilik haklarının ihlal edildiği görülmektedir. Bu çalışmada Alman ve Türk hukukunda çocuğun kişisel verilerinin korunmasına hukuki düzenlenmeler ve mahkeme kararları incelenerek bu korunmanın yeterli olup olmadığı, çocuğun kişisel verilerinin daha etkin olarak nasıl korunabileceği incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk Kişisel Verileri Korunması, Çocuğun Üstün Yararı, Kişilik Hakkının İhlali, Velayet Hakkının Sınırları, Dijital Ortam.

* Dr. Öğretim Üyesi, Marmara Üniversitesi, iletişim: nurten.ince@marmara.edu.tr. ORCID: 0000-0002-8674-3221.

PROTECTION OF THE CHILD'S PERSONAL DATA

Abstract

Advances in technology have had a profound impact on human life. People spend most of their lives in digital environments and many legal and even commercial transactions are conducted online. It is now possible to access a lot of information about people on the internet. In this case, the issue of personal data protection was also raised. Personal data is "any information relating to an identified or identifiable natural person ('data subject'); an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his or her physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity". It is now recognised that personal data may not be processed without the consent of the data subject. However, with regard to the protection of personal data, children should be particularly protected. Regardless of how and by whom consent to process children's personal data is given, the protection of the child in the event of a breach of the child's personal data by his or her parents is an important issue. With the possibilities offered by various internet platform operators, people share information and images about their own or the child's private life without thinking about it. Children are often the subject of this sharing by their parents, teachers and other adults around them. Apart from this, the child can be reached by third parties through the toys given to them (my friend Cayla), through various methods (BlueTooth). It is observed that the personal information of children used in this way or the toy tools made available to them face many problems such as cyberbullying and pedophilia and their personal rights are violated. This study uses the legal provisions and court decisions on the protection of the child's personal information under German and Turkish law to examine whether or not this protection is sufficient and how the child's personal information can be protected more effectively.

Keywords: Protection of children’s personal data, The best Intersts of the child, Violation of the right of personality, Limits of custody, Digital platforms

BOŞANMA SEBEPLERİ BAKIMINDAN KUSUR KAVRAMI

Övgü Sıla KAYAM[1]

Öz

Boşanma, geçerli bir şekilde kurulan evlilik birliğinin, yasada öngörülen sebeplerden birine dayanılarak mahkeme kararı ile ortadan kaldırılmasını sağlayan bir hukuki kurumdur. Evlilik birliğini sona erdiren diğer sebeplerden daha büyük bir öneme sahip olduğundan, Türk Medeni Kanun'un 161 ile 184. maddeler arasında bağımsız bir bölüm olarak düzenlenmiştir. Türk Hukukunda evlilik birliğinin boşanma ile sona erdirilebilmesi için kanunda öngörülen boşanma sebeplerinden birine dayanılarak dava açılması ve bu hususta bir mahkeme kararı alınması zorunludur. Bu itibarla belirli boşanma sebeplerinin varlığını ve mahkeme tarafından boşanmaya hükmedilmesini gerektiren bir boşanma sistemi öngörülmüştür.

Öte yandan öğretide belirtildiği üzere boşanma, kusur, irade, temelden sarsılma, elverişsizlik ve eylemli ayrılık olmak üzere beş temel ilkeye dayanmaktadır. Türk Medeni Kanunu, boşanmanın dayandığı ilkeler açısından karma bir sistem benimsemiş olup; boşanma sebeplerinden zina (TMK m. 161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (TMK m. 162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK m. 163) ve terkte (TMK m. 164) kusur ilkesine, akıl hastalığında elverişsizlik ve temelden sarsılma ilkesine, genel boşanma sebeplerinden evlilik birliğinin temelden sarsılmasında temelden sarsılma ilkesine, fiili ayrılıkta eylemli ayrılık ilkesine, anlaşmalı boşanmada ise (TMK.m.166/III) irade ilkesi ve evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesine birlikte yer vermiştir. Bu yaklaşım çerçevesinde boşanma sebepleri "genel sebepler-özel sebepler", "mutlak sebepler-nisbi sebepler", "kusura dayanan sebepler-kusura dayanmayan sebepler" gibi çeşitli şekillerde sınıflandırılabilir. Ancak boşanma sebepleri ve boşanmanın mali sonuçları açısından "kusur" ve "kusur ilkesi" kavramlarının ön plana çıktığı görülür.

Kusurlu olmayan eşin korunması düşüncesini temel alan kusur ilkesine göre, boşanmaya karar verilmesi için eşlerden birinin kusurlu olması şarttır. Bu itibarla esasen kusursuz eşin, kusurlu eş aleyhine boşanma davası açmak hakkı bulunmaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere, boşanma sebeplerinin çoğu kusur ilkesine dayanmaktadır.

Kusura dayanan boşanma sebeplerinde, boşanma sebebi olarak öngörülen olgunun gerçekleştirilmesi kusur olarak değerlendirilir. Boşanma sebebi teşkil eden olguları gerçekleştiren eş, bu sebeplere dayanarak boşanma davası açamayacaktır. Ayrıca kusura dayan boşanma sebeplerinde, boşanma sebebi teşkil eden eylemin kasten ve iradi olarak yapılması şarttır. Başka bir ifadeyle boşanma sebebi olarak öngörülen davranışın, bilerek ve isteyerek yapılması gerekmektedir. Bunun gerçekleşebilmesi için de boşanma sebebi teşkil eden kusurlu fiilli gerçekleştiren eş, ayırt etme gücüne sahip olmalıdır. Ayırt etme gücünden yoksun olan eşe, davranışları yönünden kusur yüklenemeyeceğinden, onun aleyhine kusura dayanan boşanma sebeplerine dayalı boşanma davası açmak mümkün değildir. Ancak geçici olarak ayırt etme gücünü kaybeden eş, bu sırada boşanma sebebi teşkil eden bir davranışta bulunursa Türk Borçlar Kanunu m. 59'a kıyasen sorumlu tutulabilir. Dolayısıyla boşanma sebebi teşkil eden kusurlu fiili gerçekleştiren eş, ayırt etme gücünü kendi kusuru ile kaybetmiş ise onun aleyhine kusura dayalı boşanma sebeplerine dayanarak boşanma davası açılabilir. Ayrıca, kusura dayanan mutlak boşanma sebeplerine dayanılarak dava açıldığında, boşanma sebebi ispat edilirse, eşlerin kusur durumları konusunda bir karşılaştırma (kıyaslama) yapılmaksızın boşanmaya hükmedilmesi gerekir.

Diğer taraftan, evlilik birliğinin temelinden sarsılması kusur ilkesine dayanan bir boşanma sebebi olmasa da, tarafların kusur durumundan etkilenmektedir. Zira TMK.m.166 uyarınca evlilik birliği temelden sarsılmışsa eşlerden biri boşanma davası açabilir. Fakat açılan dava da davacının kusur oranı daha yüksekse, davalı, davaya itiraz ederek boşanmayı engelleme imkanına sahiptir. Öte yandan boşanma sonucunda maddi veya manevi tazminat talep edebilmek için de kusursuz veya daha az kusurlu olmak gerekmekle birlikte, tazminat yükümlüsü tarafın da kusurlu olması aranmaktadır. Ayrıca, boşanma

[1] Arş. Gör., Kocaeli Üniversitesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, ovgu.kayam@kocaeli.edu.tr, ORC ID: 0000-0001-8057-1521.

nedeniyle yoksulluğa düşecek tarafın, kusuru daha az olması kaydıyla diğer taraftan yoksulluk nafakası talep edebilmesi öngörülmüş olup, yoksulluk nafakası açısından da kusur önem arz etmektedir. Boşanmanın mali sonuçlarından maddi-manevi tazminat ile yoksulluk nafakasının miktarında da kusurun etkisi olduğu gibi, boşanma davası sonucu yapılacak mal paylaşımında da boşanma sebebindeki kusur oranları rol oynamaktadır.

Esasen haksız fiil sorumluluğu içinde düzenlenen bir kavram olan kusur, hukuka aykırı sonucu istemek (kast) veya bu sonucu istememekle birlikte hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamak (ihmal) şeklinde tanımlanabilir. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere kusur, kast veya ihmal olmak üzere iki türlü gerçekleşir. Kast, doğrudan kast-dolaylı kast, ihmal ise ağır ihmal-hafif ihmal olarak ikiye ayrılır. Bu çalışmada, ilk başta kusur kavramı ve önemi ortaya konulacaktır. Ardından boşanma kavramına değinilerek, kusurun etkili olduğu boşanma sebepleri ve bu sebeplerde kusur ilkesi açıklanacaktır. Son olarak boşanma halinde gündeme gelecek mali sonuçlardan nafaka ve tazminatlarda kusurun önem ve işlevi ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kusurun Boşanma Sebeplerine Etkisi, Boşanmada Kusur, Boşanma Sebepleri, Boşanmanın Mali Sonuçları.

CONCEPT OF FAULT IN TERMS OF REASONS FOR DIVORCE

Abstract

Divorce is a legal institution that ensures that a validly established marriage union is terminated by a court decision on the basis of one of the reasons provided for in the law. As its importance is greater than other reasons that terminate the marriage union, it was regulated as an independent section between articles 161 and 184 of the Turkish Civil Code. In order for the marriage union to be terminated by divorce in Turkish Law, it is necessary to file a lawsuit on the basis of one of the reasons for divorce provided for in the law and to obtain a court decision on this matter. In this respect, a divorce system was envisaged stipulating the existence of certain reasons for divorce and a ruling by court on divorce.

On the other hand, as stated in the teachings, divorce is based on five basic principles: fault, will, fundamental shaking (irretrievable breakdown), unsuitability and active separation. Turkish Civil Law has adopted a mixed system in terms of the principles on which divorce is based, and listed the following principles together: The principle of fault in case of adultery (TCC a. 161), attempt on life, very bad or humiliating behaviour (TCC a. 162), committing a crime, and leading a life without dignity (TCC a. 163), and abandonment/desertion (TCC a. 164) from among the causes of divorce; and the principles of unsuitability and fundamental shaking in case of mental illness, the principle of fundamental shaking in case of fundamental shaking of marriage union from among general reasons of divorce; the principle of active separation in case of actual separation, and the principle of will and the principle of fundamental shaking of marriage union in case of consented divorce (TCC a. 166/III). Within the framework of this approach, reasons for divorce can be classified in various ways, such as “general reasons and special reasons”, “absolute reasons and relative reasons” and “reasons based on fault and reasons not based on fault”. But in terms of reasons for divorce and financial consequences of divorce, it is seen that the concepts of “fault” and “principle of fault” come to the fore.

According to the principle of fault, which is based on the idea of protecting the spouse not at fault, it is a requirement that one of the spouses is at fault in order that a divorce may be granted. In this respect, essentially, the spouse not at fault has the right to file for divorce against the spouse at fault. As stated above, most of the reasons for divorce are based on the principle of fault.

In the reasons for divorce based on fault, realization of the case foreseen as the reason for divorce is considered as a fault. The spouse who realizes the facts that constitute the reason for the divorce will not be able to open a divorce case based on these reasons. In addition, for the reasons for divorce based on fault, the act that causes the divorce must be performed intentionally and voluntarily. In other words, the behavior envisaged as the reason for divorce should be done knowingly and willingly. In order for this to happen, the spouse who performs the flawed act that constitutes the reason for the divorce must have ability of distinguish. Since the spouse, who lacks the ability of distinguish, cannot be imposed fault in terms of her behavior, it is not possible to file a divorce suit against her based on the reasons for divorce based on fault. However, if the spouse, who temporarily loses the ability of distinguish, acts in the meantime that constitutes a reason for divorce, spouse may be held responsible (By analogy, Turkish Code of Obligations article 59). Therefore, if the spouse who performed the flawed act that constitutes the reason for the divorce has lost the ability of distinguish by her/him own fault, a divorce action may be filed against her based on the reasons for divorce based on fault. In addition, when a lawsuit is filed based on the absolute reasons for divorce based on fault, if the reason for the divorce is proved, the divorce should be ordered without making a comparison on the fault of the spouses.

On the other hand, although the marriage union, which has been fundamentally shaken, is not a reason for divorce based on the principle of fault, it is affected by the fault of the parties. Because, according to article 166 of TCC, if the marriage union has been fundamentally shaken, one of the spouses can file for divorce. But if the complainant's rate of fault is higher in the case, the defendant is entitled to block the divorce by objecting to the lawsuit. On the other hand, although it is necessary to be not at fault or less at fault to claim material or moral damages as a result of divorce, the law seeks that the party liable to

compensate must also be at fault. Additionally, it is envisaged that the party who will fall into poverty due to divorce will be able to claim poverty alimony, provided that their fault is less, and the fault is also important in terms of poverty alimony. While the fault has effect on the amount of material and moral compensation and poverty alimony, which are among the financial consequences of divorce, the rates of fault in the cause of divorce play a role in the sharing process of properties that will be concluded as a result of divorce proceedings.

The fault, which is essentially a concept regulated within scope of liability for wrongful act, can be defined as seeking an illegal outcome (intent) or but not using will to a sufficient extent (negligence) to avoid illegal act while not desiring such outcome. As can be seen from this definition, fault comes in two types: Intent and negligence. Intent is divided into direct intent and indirect intent, and negligence into gross negligence and slight negligence. Firstly, the concept of fault and its importance will be revealed in this study. Then, the concept of divorce will be touched on and the reasons for divorce in which the fault is effective and the principle of fault in these reasons will be explained. Finally, the importance and function of the fault in alimony and compensation, which are among the financial consequences to come up in case of divorce, will be evaluated in detail.

Keywords: Effect of Fault on the Reasons of Divorce, Fault in Divorce, Reasons of Divorce, Financial Consequences of Divorce.

MESAFELİ SÖZLEŞMELERİN KURULMASINA ARACILIK EDENLERİN TÜKETİCİ HUKUKU BAĞLAMINDA SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİ

Selin SERT SÜTÇÜ[1]

Öz

Mesafeli sözleşmeler, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un m.48 hükmünde ve aynı zamanda Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği kapsamında ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve hüküm altına alınmıştır. COVID-19 süreci ile birlikte mesafeli sözleşmeler, hayatımızın ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Mesafeli sözleşmelerin sıklıkla tercih edilmesi, bu sözleşmelerin tüketiciler tarafından çok vakit harcamadan, oturdukları yerde, birden çok seçenek arasından kolaylıkla seçim yapmasına imkân sağlamasıdır. Bu sözleşmelerde tüketicilerin paylaştıkları bilgilerinin kötüniyetli üçüncü kişilerin eline geçme ihtimalinin olması, tüketicilerin kişisel verilerinin korunması gerekliliği de mesafeli sözleşmelerin riskleridir. Mesafeli sözleşmelerin Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun kapsamında da düzenlenmiş olması sebebiyle, bu kanun hükümlerinde düzenlenen aracılık edenler kavramıyla, TKHK kanun kapsamında düzenlenen aracılık edenler kavramının benzer, farklı yönlerinin belirlenmesi gerekmektedir. Çalışmamızda, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması farklı açılardan değerlendirilmiş, mesafeli sözleşmelere aracılık edilmesi hususu da tüketicinin korunmasını gerektiren özel bir düzenleme olarak karşımıza çıkmıştır. Aracılık etme kavramının ne olduğu, yasal mevzuat içerisinde ne şekilde düzenlendiği ve aracıların tüketicilere karşı sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: tüketici, mesafeli sözleşme, aracılık, sorumluluk, tüketicinin korunması.

[1] Doç. Dr. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, selin81hukuk@gmail.com, selinsert@akdeniz.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-7483-6394.

DETERMINING THE LIABILITY OF THOSE WHO INTERMEDIATE IN THE ESTABLISHMENT OF DISTANCE AGREEMENTS IN THE CONTEXT OF CONSUMER LAW

Abstract

Distance contracts have been regulated in detail and taken under the provisions of Article 48 of the Law No. 6502 on the Protection of Consumers and also within the scope of the Regulation on Distance Contracts. With the COVID-19 process, distance contracts have become an integral part of our lives. The fact that distance contracts are frequently preferred is that these contracts allow consumers to easily choose from multiple options, where they live, without spending much time. In these contracts, the possibility of the information shared by consumers to be captured by malicious third parties and the necessity to protect the personal data of consumers are the risks of distance contracts. Since distance contracts are regulated under the Law on the Regulation of Electronic Commerce, similar and different aspects of the concept of intermediaries regulated under the provisions of this law and the concept of intermediaries regulated under the TKHK law should be determined. In our study, the protection of the consumer in distance contracts has been evaluated from different perspectives, and the issue of intermediation in distance contracts has emerged as a special regulation that requires the protection of the consumer. It is necessary to determine what the concept of intermediation is, how it is regulated in the legal legislation and the responsibility of intermediaries towards consumers.

Keywords: Consumer, Distance Contract, Mediation, Responsibility, Consumer Protection.

ÇOCUĞUN AİLE İÇİNDE KORUNMASI İÇİN ALINABİLECEK ÖNLEMLER

Süheyla ZORLU[1]

Özet

Covid- 19 salgını nedeniyle olağan hayat işleyişimiz ve normallerimiz değişmiştir. Bu süreçte pek çok insan evden çalışmaya ve vaktinin büyük bir kısmını evde geçirmeye başlamıştır. Okulların da kapanmasıyla, tüm dünyada çocukların ve ailelerin yaşamları adeta alt üst olmuştur. Covid 19 sürecinde aile içinde şiddete maruz kalan çocuk sayısında ciddi artış olmuştur. Nitekim halk sağlığını etkileyen daha önce karşılaşılmış olaylarda da çocuğa yönelik şiddet, çocuk istismarı ve sömürüsünde artış gözlemlenmiştir. Örneğin Batı Afrika'da 2014-2016 yılları arasında etkili olan Ebola salgınında okullar kapanmış; bununla çocuk işçiliğinde, çocuk ihmalinde, çocuklara yönelik cinsel istismarda ve küçük yaşta gebelik gibi olaylarda artış yaşanmıştır[2]. Aile içinde gerçekleşen şiddetin her türlüsü öncelikle insan hakları ihlalidir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 19 uncu maddesi de çocukların ana babalarının ya da başkalarının bakımında iken şiddetin her türlüsünden korunmalarını öngörmektedir. Ana baba velayetin kendilerine yüklediği sorumlulukları gereği gibi yerine getirmezlerse, çocuğun yüksek yararı zedelenirse hâkim gerekli önlemleri kendiliğinden alabilir (TMK. m. 346). Burada son çare olarak velâyetin kaldırılması dahi söz konusu olabilir (TMK. m. 347). Çocuğun aile dışında karşı karşıya kaldığı tehlikelerin yanı sıra, aile içinde ve özellikle de ebeveynleri karşısında korunması, hâkimin velayete yönelik olarak müdahalede bulunmasını gerektirir. Velayete yönelik müdahale için ana babanın kusurlu olması aranmaz. Burada önemli olan çocuğun gelişiminin tehlikeye düşmüş olmasıdır. Önlemlerin amacı tehlikeyi ve bu tehlike nedeniyle çocuğa gelebilecek zararı önleyebilmektir. Bu çalışmada çocuğun kişivarlığının, bilhassa pandemi döneminde artan yoğunlukla maruz kaldığı, aile içi şiddet, ihmal ve istismar karşısında korunabilmesini sağlamak için başvurulabilecek yollar ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Çocuğun Korunması, Velayet, Çocuk Hakları.

[1] Dr. Öğr. Üyesi; Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, szorlu@erbakan.edu.tr, 0000-0001-6962-387X

[2] Bkz. https://www.unicef.org/turkey/bas%C4%B1n-b%C3%BCltenleri/covid-19-getirilen-k%C4%B1s%C4%B1tlamalar-giderek-artarken-%C3%A7ocuklara-y%C3%B6nelik-istismar-ihmal (E.T. 25.01.2021).

MEASURES THAT CAN BE TAKEN TO PROTECT THE CHILD WITHIN THE FAMILY

Abstract

Due to the Covid-19 outbreak, our usual life processes and normals have changed. During this period, many people started to work from home and spend most of their time at home. With the closure of the schools, the lives of children and families all over the world have been turned upside down. During the Covid 19 process, there has been a significant increase in the number of children subjected to violence within the family. As a matter of fact, an increase in violence against children, child abuse and exploitation has been observed in previous incidents affecting public health. For example, in the Ebola epidemic in West Africa between 2014-2016, schools were closed; This led to an increase in child labor, child neglect, sexual abuse of children and early pregnancy[3]. Any kind of violence in the family is primarily a violation of human rights. Article 19 of the UN Convention on the Rights of the Child also stipulates that children should be protected from all forms of violence while in the care of their parents or others. If the parents fail to fulfill the responsibilities imposed on them by the guardianship, if the best interests of the child are harmed, the judge can take the necessary measures automatically (Turkish Cıvıl Code, Art. 346). Here, as a last resort, it may even be possible to abolish guardianship (Turkish Cıvıl Code, Art. 347). Apart from the dangers faced by the child outside the family, the protection of the child within the family, and especially in the face of their parents, requires the intervention of the judge for custody. Parents are not required to be at fault for the intervention in the guardianship. The important thing here is that the development of the child is endangered. The purpose of the precautions is to prevent the danger and the harm that may occur to the child due to this danger. In this study, the ways to protect the child's personality against domestic violence, negligence and abuse will be discussed, especially during the pandemic period.

Keywords: Child Protection, Custody, Child Rights.

[3] See https://www.unicef.org/turkey/bas%C4%B1n-b%C3%BCltenleri/covid-19-getirilen-k%C4%B1s%C4%B1tlamalar-giderek-artarken-%C3%A7ocuklara-y%C3%B6nelik-istismar-ihmal (E.T. 25.01.2021).

TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA DÜZENLENMİŞ OLAN EVLENME EHLİYETİ VE EVLENME ENGELLERİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

Yasemin GÜLLÜOĞLU ALTUN*

Öz

Bu tebliğin amacı Türk Medeni Kanunu'nun aile hukukuna ilişkin düzenlemelerinden bir tanesi olan evlenme ehliyeti ve evlenme engellerinden bazılarının yeniden ele alınması yönünde tespitlerden ibarettir.

Evlenme ehliyeti düzenlemesi Türk Medeni Kanunu 124 ile 128 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Evlenme ehliyetinin koşullarından bir tanesi olan *"yaş"* koşulunun eski Medeni Kanunu'na göre iyileştirildiği ama bununla beraber kadın ve erkek için aynı yaş sınırı getirilmiş olsa da olağan ve olağanüstü evlenme yaşı ayrımı devam ettirilmiş ve beraberinde erginlik yaş sınırı düzenlemesi sadece olağan evlenme yaşı ile sınırlı tutulmuştur. İsviçre Medeni Kanunu düzenlemesi ise olağan olağanüstü yaş ayrımına gitmeden 18 yaş evlenme yaşı olarak kabul edilmiştir.

Özellikle dikkat çekilmesi gereken bir diğer sorun da, iddet müddetinin yani yeniden evlenebilmek için aranan bekleme süresinin uzunluğudur. Türk Medeni Kanunu madde 132'e göre *"Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün geçmedikçe evlenemez"* denilmiştir. Bu süre yeni bir düzenleme ile daha aşağıya çekilebilir. Uygulamada da artık pek önemli bir süre olarak kabul edilmemektedir. Zira tıp yöntemlerinin gelişmesi ile bir kadının hamile olup olmadığı kolay bir şekilde tespit edilebilmektedir.

Bir diğer değiştirilmesi gerektiğini düşündüğümüz durumda evlat edinilen ile evlatlık arasında evlenme engelinin yeniden getirilmesi ve eski düzenlemenin yerinde olduğu görüşüdür.

Anahtar Kelimeler: Evlenme Ehliyeti, Evlenme Engelleri, Evlenmenin Butlanı, Bekleme Süresi

* *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Doktor Öğretim Üyesi, e-mail: yasemin.gulluoglu@asbu.edu.tr , ORCID ID: https://orcid.org/0000-0003-3134-6015.*

EVALUATIONS ON THE LICENSE OF MARRIAGE AND THE IMPEDIMENTS TO MARRIAGE IN THE TURKISH CIVILIZATION LAW

Abstract

The purpose of this communiqué consists of determinations in order to reconsider some of the marriage license and marriage barriers, which are one of the regulations of the Turkish Civil Code regarding family law.

The marriage license is regulated in article 124 to 128 of the Turkish Civil Code. Although the *"age"* condition, which is one of the conditions of the marriage license, was improved according to the old Civil Code, but the same age limit was introduced for women and men, the separation of ordinary and extraordinary marriage age was maintained and the regulation of maturity age limit was limited to the usual age of marriage. was kept. The Swiss Civil Code regulation, on the other hand, accepted the age of 18 as the age of marriage without the usual extraordinary age distinction.

Another problem that deserves particular attention is the length of the period of time of violence that is, the waiting period sought in order to remarry. According to article 132 of the Turkish Civil Code, it is stated that *"If the marriage has ended, the woman cannot marry until three hundred days after the termination of the marriage".* This period can be brought down with a new regulation. In practice, it is no longer considered an important period. Because with the development of medical methods, it can be easily determined whether a woman is pregnant or not.

Another case that we think should be changed is the view that the marriage impediment to marry is reintroduced between the adopted and adopted and the old regulation is in place.

Keywords: Marriage License, Impediments to Marriage, Annulment of Marriage, Waiting Time.

AZİL DURUMUNDA AVUKATLIK ÜCRETİ

Özkan ÖZYAKIŞIR[1]

Öz

Avukatın hukukî yardımının karşılığı olan meblâğ veya değer, avukatlık ücreti olarak ifade edilir. Avukatlık Kanunu m. 164'de düzenlenen ve miktarı bu hüküm çerçevesinde belirlenen avukatlık ücreti, kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemlerin karşılığıdır[2]. Zira avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan hukukî yardımda bulunma yükümlülüğünün, kesin hükümle yerine getirildiği kabul edilir. Kesin hükümden maksat, üstlenilen işin tamamlanmasıdır. Nitekim Avukatlık Kanunu m. 171/I'e göre, *"Avukat, üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder."* Bütün bu gerekçelerle, avukatlık ücreti, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, üstlenilen işin nihayete ermesiyle (tamamlanmasıyla) muaccel hâle gelir[3]. Ancak avukat, üstlendiği işi tamamlamadan, bir başka ifadeyle hukukî yardımda bulunmaya devam ettiği sırada azledilmiş olabilir. Bu durumda avukatlık ücretinin akıbeti gündeme gelir.

Avukatın azli, avukatlık sözleşmesinin vekâlet veren tarafından tek taraflı olarak sona erdirilmesidir. Bilindiği üzere 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 512/I uyarınca vekâlet sözleşmesi, gerek vekâlet veren gerek vekil tarafından her zaman tek taraflı olarak sona erdirilebilir. Bu durum, vekâlet sözleşmesinin karşılıklı güven esasına dayalı bir sözleşme olmasından kaynaklanmaktadır. O hâlde, TBK m. 512/I gereğince vekâlet veren, herhangi bir sebep göstermeden ve süre vermeden avukatı azledebilir. Azil, avukatlık sözleşmesini sona erdirir.

Azlin haklı bir sebebe dayalı olup olmaması, avukatlık sözleşmesinin sona ermesi bakımından herhangi bir role sahip değildir. Haklı da olsa haksız da olsa azil, avukatlık sözleşmesini sona erdirir. Ancak avukatlık ücreti bakımından azlin haklı sebebe dayanması, önem arz eder. Zira Avukatlık Kanunu m. 174/II'de, avukatlık ücretinin akıbeti, azlin haklı bir sebebe dayalı olup olmamasına göre farklı düzenlenmiştir. Azlin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığının belirlenmesinde öncelikle avukatın, TBK m. 505 vd.'nda düzenlenen vekilin yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirip getirmediğine bakılır. Bununla birlikte avukatın yaptığı işin hesabını eksiksiz verip vermediğine, vekâlet verenle arasındaki güven ilişkisini sarsıcı tutum ve davranış sergileyip sergilemediğine de bakılmalıdır. Nihayetinde vekâlet sözleşmesi, güven esasına dayanan bir sözleşmedir[4].

Avukatlık Kanunu m. 174/II'e göre, *"Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir. Şu kadar ki, avukat kusur veya ihmalinden dolayı azledilmiş ise ücretin ödenmesi gerekmez."* Bu hüküm uyarınca, avukat, haklı bir sebep olmadan azledilmişse vekâlet ücretinin tamamına hak kazanır. Bu durumda avukata, üstlendiği işi tamamlamış gibi muamele edilip vekâlet ücretinin tamamı ödenmek zorundadır. Buna karşın azil, haklı bir sebebe dayanıyorsa avukatlık ücreti ödenmez; dava evvel ödenmiş olan ücret geri verilir[5]. Ancak YHGK. T. 23.09.1987, E. 87/3- 188, K. 87/657 sayılı kararı ve bunu takip eden yerleşik içtihatlarda[6], ilke olarak azil haklı sebebe dayandığında avukatlık ücretinin istenemeyeceği, fakat avukatın azle yol açan davranışının müvekkili aleyhine herhangi bir sonuç doğurmadığı, davranışın kötüniyetli olmadığı ve bu

[1] Dr. Öğr. Üyesi, Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Afyonkarahisar, Türkiye. ozyakisirozkan@gmail.com , https://orcid.org/0000-0002-1401-9891

[2] Bkz. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m. 2/I (RG. T. 24.11.2020, Sa. 31314).

[3] Y. 13. HD. T. 25.06.2013, E. 2012/26965, K. 2013/17391; Y. 13. HD. T. 28.12.2009, E. 009/5688, K. 2009/15479; Y. 13. HD. T. 15.03.2007, E. 2006/15465, K. 2007/3590 (https://legalbank.net, E.T.

31.01.2021).

[4] Y. 3. HD. T. 11.03.2013, E. 2013/2995, K. 2013/3972; Y. 13. HD. T. 04.12.2008, E. 2008/7738, K.

2008/14598 (https://legalbank.net, E.T. 31.01.2021).

[5] YHGK. T. 03.11.2010, E. 2010/13-571, K. 2010/550; Y. 13. HD. T. 15.04.2008, E. 2008/3367, K. 2008/5412; Y. 13. HD. T. 24.04.2006, E. 2005/16998, K. 2006/6398 (https://legalbank.net, E.T.31.01.2021).

[6] Y. 3. HD. T. 11.03.2013, E. 2013/2995, K. 2013/3972; Y. 13. HD. T. 14.01.2008, E. 2007/8188, K. 2008/253; Y. 13. HD. T. 04.12.2008, E. 2008/7738, K. 2008/14598 (https://legalbank.net, E.T. 31.01.2021).

davranış sebebiyle müvekkilin bir zarara uğramadığı durumlarda hakkaniyet gereğince avukata, azil tarihine kadar sarf etmiş olduğu mesai, yapılan işin önemi ve işin bulunduğu aşama göz önünde bulundurularak adalete uygun bir avukatlık ücretinin ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. Böylece Yüksek Mahkeme, bahsi geçen şartların varlığı hâlinde, azil haklı bir sebebe dayansa dahi hakkaniyet gereği adalete uygun bir avukatlık ücretinin ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Bu bildiride, azil durumunda avukatlık ücretinin akıbeti, özellikle YHGK. T. 23.09.1987, E. 87/3-188, K. 87/657 sayılı kararı ve bunu takip eden yerleşik içtihatlar çerçevesinde değerlendirilerek tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Avukatın Azli, Vekilin Yükümlülükleri, Haklı Sebep, Avukatlık Ücreti.

ATTORNEY'S FEE IN CASE OF DISMISSAL

Abstract

The amount or value corresponding to the legal aid of an attorney is expressed as the attorney's fee. Attorney's fee regulated in the Attorneys' Act Article No. 164 and its amount specified within the framework of this provision is the compensation of the case, services, and procedures until the definitive judgment is made[1]. It is accepted that the obligation of providing legal aid arising from the attorney agreement is fulfilled with the definitive judgment. Definitive judgment means the fulfillment of the undertaken work. According to the Attorneys' Act Article No.171/I, "*The attorney follows the work she/he undertakes in accordance with the provisions of the law until the end regardless of the presence of a written agreement.*" The attorney's fee becomes due and payable upon the finalization (completion) of the undertaken work unless otherwise agreed by the parties with all these justifications[2]. However, the attorney may be dismissed without completing the work he/she undertakes, in other words, while she/hecontinues to provide legal aid. This situation brings the outcome of the attorney's fee into question.

Dismissal of the attorney is the unilateral termination of the attorney agreement by the grantor. As is known, the attorney agreement can be terminated both by the grantor and the attorney one-sidedly at any time according to the Turkish Code of Obligations No. 6098 Article No. 512/I. This is because the attorney agreement is based on mutual trust. Thus, the mentor can dismiss the attorney without showing any justification and giving time as required by the Turkish Code of Obligations Article No. 512/I. Dismissal terminates the attorney agreement.

Whether the dismissal has a just cause does not have any role in terms of the termination of the attorney agreement. Dismissal terminates the attorney agreement whether valid or not. However, the dismissal based on a just cause is of great importance for the attorney's fee. Because the outcome of the attorney's fee was regulated differently in the Attorneys' Act Article No. 174/II based on the dismissal with or without a just cause. In the determination of whether the dismissal has a just cause, it is first investigated whether the attorney fulfilled the obligations of the attorney regulated in the Turkish Code of Obligations Article No. 505 ff. Additionally, it should be checked whether the attorney gives the full account of his/her work and whether he/she exhibits an attitude and behavior that violates the trust between the grantor and the attorney. Eventually, the attorney agreement is based on trust.

According to the Attorneys' Act Article No. 174/II, *"In the event of the dismissal of the attorney, the fee is paid in full. If the attorney is dismissed because of fault or neglect, then no fee has to be paid."* According to this provision, if the attorney is dismissed without a just cause, he/she is granted the right to the entire attorney's fee. In this case, the attorney must be treated as if he/she has completed the work he/she has undertaken and the attorney's fee must be paid in full. On the contrary, if the dismissal is based on a just cause, no attorney's fee is paid and the previously paid fee is compensated[4]. However, in the Supreme Court Assembly of Civil Chambers Date 23.09.1987, Principle 87/3-188, Act 87/65 numbered decision and following settled case-laws, it is specified that the attorney's fee cannot be claimed when the dismissal has a just cause in principle. However in cases where the attorney's behavior resulting in dismissal does not have any consequences against the client and the behavior is not malicious and the client does not suffer a loss due to this behavior; an equitable attorney's fee should be paid to the attorney as required by equity considering the time spent until the date of dismissal, the importance of the work done and the stage of the work. Thus, the Supreme Court decided that a reasonable attorney's fee should be paid as required by the equity in the presence of the abovementioned conditions even if the dismissal is based on a just cause.

The outcome of the attorney's fee in case of dismissal was discussed within the framework of especially the Supreme Court Assembly of Civil Chambers Dated 23.09.1987, Principle 87/3-188, Act 87/65 numbered decision and following settled case-laws in this notice.

Keywords: Dismissal of Attorney, Obligations of Attorney, Just Cause, Attorney's Fee.

TİCARET HUKUKU

SALT SÖZLEŞMEYE DAYALI JOİNT VENTURE'LARDA ORTAKLIĞIN FAALİYETİ İÇİN YAPILAN İŞLEMLER KARŞISINDA ÜÇÜNCÜ KİŞİ ALACAKLILAR ORTAKLIK MALVARLIĞINA BAŞVURABİLİR Mİ?

Munise Seray GÖNCÜ DÖNER[1]
Mustafa İsmail ÇALIŞ[2]

Öz

Günümüzde büyük hacimli ve riskli işlerin yapılması önemli mali güç ve teknik kapasite gerektirmektedir. Bu boyutta iş ve faaliyetlerin gerçekleştirilmesi için gereken yeterlilik bazen tek birkişi veya kuruluşun güç ve kapasitesinin çok üzerinde bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak kişi ve kuruluşlar bir araya gelmekte, iş ve faaliyetin sonuca ulaşması için birtakım edimleri üstlenerek iş birliği içine girmektedirler. Ortaya çıkan ve iş birliği temelinde esas itibariyle bir sözleşmeye dayananadi ortaklık biçimine salt sözleşmeye dayalı "Joint Venture" denilmektedir.

Salt sözleşmeye dayalı Joint Venture'lerin hukuki nitelikleri itibariyle bir adi ortaklık oldukları doktrin ve Yargıtay kararlarında kabul görmektedir. Bunun sonucu olarak sözleşmeye dayalı Joint Venture'ler hukuki anlamda bir kişiliğe sahip değildir. Taraflar arasında salt bir borçlar hukuku ilişkisine dayanan sözleşme hükümleri uyarınca ortaklık ilişkisi sürdürülecek ve ortak amaca ulaşmak için birtakım faaliyetlerde bulunulacaktır. İşte bu ortaklık faaliyetleri kapsamında üçüncü kişiler nezdinde birtakım haklar ve kazanımlar elde edilebileceği gibi, bazı borçlar ve yükümlülükleraltına da girebileceklerdir. Tam da bu noktada ortaya çıkan hak ve borçların kime ait olacağı ve borçların kime karşı ileri sürüleceği önemli bir sorun teşkil etmektedir. Bu bağlamda bir yanda adi ortaklık ilişkisine dayalı bir faaliyet yürüten, kendi malvarlıklarıyla sınırsız ve müteselsil sorumlu ortaklar bulunmaktadır. Diğer yanda ise herhangi bir kişiliğe sahip olmayan fakat ulaşılmak istenen sonuca yönelik gerçekleştirilen faaliyetler neticesinde birtakım kazanımlarla oluşan malvarlığını bünyesinde barındıran ortaklık (Joint Venture) yer almaktadır. Bahsedilen bu malvarlığı üzerinde aynı zamanda ortakların el birliği ile mülkiyeti bulunmaktadır.

Joint Venture'nin işlemleri nedeniyle alacakları bulunan 3. kişilerin bu alacak taleplerini kimekarşı ileri sürecekleri ve bu çerçevede ortaklığın dava ve takip ehliyetinin (aktif ve pasif) bulunup bulunmadığının tespiti önem arz etmektedir. Bununla birlikte, ortaklık işlemleri nedeniyle alacaklarıbulunan 3. kişilerin yalnızca ortakların kâr veya tasfiye payına mı yönelebileceği, yoksa ortaklığın malvarlığına veya alacaklarına mı başvuracaklarının belirlenmesi gerekmektedir. İlgili bu hususlar çok sayıda yargı kararına konu olmuş ve uyuşmazlıklar Hukuk Genel Kurulu'nda dahi görüşülmüştür.

Çalışmada; Joint Venture'lerin hukuki nitelikleri, ortaklık ilişkisi kapsamında bulunabilecekleri faaliyetler ve bu faaliyetler neticesinde üçüncü kişiler nezdinde kazanabilecekleri haklar ve borçlar üzerinde durularak, Joint Venture'nin işlemleri nedeniyle alacakları bulunan 3. kişilerin bu alacak taleplerini kime karşı ileri sürecekleri ve bu çerçevede ortaklığın dava ve takip ehliyetinin (aktif ve pasif) bulunup bulunmadığı hususları ilgili Yargıtay kararları çerçevesinde incelenerek, ifade edilecektir.

Anahtar kelimeler: Joint Venture, Adi Ortaklık Sözleşmesi, Müteselsil Sorumluluk, El Birliği Mülkiyeti, Taraf Ehliyeti.

[1] İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Ticaret Hukuku A.B.D. Araştırma Görevlisi, 0000-0002-1539-8205, seray.goncudoner@bakircay.edu.tr
[2] İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Ticaret Hukuku A.B.D. Araştırma Görevlisi, 0000-0003-0923-3460, mustafaismail.calis@bakircay.edu.tr.

CAN THIRD PARTY CREDITORS APPLY FOR JOINT ASSETS IN RESPONSE TO TRANSACTIONS MADE FOR THE OPERATION OF THE PARTNER IN CONTRACTUAL JOINT VENTURE?

Abstract

Today, it requires significant financial power and technical capacity to do large volumes of risky work. The competence required to carry out work and activities of this size is sometimes muchabove the power and capacity of a single person or organization. As a result of this, individuals and organizations come together and cooperate by undertly underting some measures to reach the conclusion of business and activity. The form of ordinary partnership that emerges and is based on a contract on the basis of cooperation is called "Joint Venture" based on contract only.

It is accepted in the doctrine and Supreme Court decisions that Joint Ventures based on contract are a ordinary partnership as a matter of legal qualifications. As a result, contractual Joint Ventures do not have a legal persona. In accordance with the provisions of the contract based on a purely debt law relationship between the parties, the partnership relationship will be maintained andcertain activities will be carried out to achieve the common goal. Within the scope of these partnershipactivities, some rights and gains can be obtained before third parties, as well as some debts and obligations. At this point, it is an important problem who will own the rights and debts that arise andwho the debts will be put forward against. In this context, there are unlimited and responsible partnerswith their own assets who carry out an activity based on a ordinary partnership relationship on the one hand. On the other hand, there is apartnership(Joint Venture)that contains its assets, which do not have any persona but are formed with some gains as a result of the activities carried outtowards the desired result. This asset is also owned by the partners in cooperation.

It is important to determine who the 3rd persons who have receivables due to Joint Venture'stransactions will make these claims against and whether the partnership has a litigation and follow- up license (active and passive) within this framework. However,it is also necessary to determine whether the 3rd persons who have receivables due to partnership transactions can only direct their requests towards the profit and liquidation share of the partners, or whether they can direct them to the assets orreceivables of the partnership.

In thestudy; By emphasizing the legal qualifications of Joint Ventures, the activities they maybe involved in within the scope of the partnership relationship and the rights and debts they may gainbefore third parties as a result of these activities, it will be examined and expressed within the framework of the relevant Supreme Court decisions who will make these receivable requests of the 3rd persons who will receive due to Joint Venture transactions and whether the partnership has alitigation and follow-up license (active and passive) within this framework.

Keywords: Joint Venture, Ordinary Partnership Agreement, Joint Liability, Cooperationownership, PartyLicens

SERMAYE PİYASASI MEVZUATINDA SON DÖNEMDE KABUL EDİLEN DÜZENLEMELERİN BORSAKOTUNDAN ÇIKMA AÇISINDAN MEYDANA GETİRDİĞİ HUKUKİ SONUÇLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Serdar HIZIR[1]

Öz

Türk hukukunda borsada kotundan çıkma kurumunun mevzuatta ilk kez düzenlenmesinin üzerinden uzun bir süre geçmiştir. Bununla birlikte konu, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun(SerPKn) 23'ncü maddesine dayanılarak 2014 yılında çıkarılan II-23.1 sayılı Ortaklıktan Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği'ne (II-23.1 sayılı Tebliğ) kadar kapsamlı şekilde düzenlenmemiştir. Nitekim SerPKn m. 23/1(d) hükmünde "önemli nitelikte işlem"olarak değerlendirilen borsa kotundan çıkma, anılan Tebliğ'de Sermaye Piyasası Kurulu (SPK/Kurul) tarafından belirlenen bağımsız usul ve esaslara tabi tutulmuştur. Ayrıca aynı Tebliğ'in 8'nci maddesinde, kottan çıkma usulü hakkında özel ve ayrıntılı hükümler de öngörülmüştür. Ancak 20 Şubat 2020 tarihli 7222 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la kabul edilen değişiklik neticesinde, borsa kotundan çıkma işlemleri, önemli nitelikteişlemler arasından çıkarılmıştır. SerPKn'da yapılan bu değişikliğe uygun olarak II-23.1 sayılı Tebliğyürürlükten kaldırılmış ve belirtilen Tebliğ'in yerine II-23.3 sayılı Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği (II-23.3 sayılı Tebliğ) 27 Haziran 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yeni Tebliğ'de, Kanun'daki değişikliğe paralel olarak, kottan çıkma işlemlerinden söz edilmemiştir. Hattaanılan Tebliğ hakkında SPK tarafından yapılan basın duyurusunda da ortaklıkların borsa kotundan çıkmasının önemli nitelikte işlem kapsamından çıkarıldığı ve ayrıca kottan çıkmanın II-27.2 sayılı Tebliğ hükümleri çerçevesinde mümkün olduğu açıklanmıştır. Gerçekten II-27.2 sayılı Tebliğ uyarınca, çıkarma hakkının kullanılması, borsa kotundan çıkarılma için SPK'ya başvuruda bulunmazorunluluğuna neden olmaktadır. Ne var ki 31 Aralık 2020 tarihinde II-27.2 sayılı Tebliğ deyürürlükten kaldırılmış ve yerini aynı başlıklı II-27.3 sayılı Tebliğ'e bırakmıştır.

Belirtmek gerekir ki borsa kotundan çıkma, II-27.3 sayılı Tebliğ'de de çıkarma hakkının kullanılmasının bir sonucu olarak kabul edilmiştir. Ancak yeni Tebliğ'de kabul edilen ve örneğin çıkarma hakkı bedellerinin belirlenmesinde uygulanacak ölçütler ile çıkarma hakkını kullanılabilecekkişilerin tespiti yönünden önem arz eden "birlikte hareket etme" kavramına ilişkin değişiklikler, borsakotundan çıkacak ortaklıklar için de önemlidir. Keza ortaklıktan çıkarma eşiğinin, II-27.2 sayılı Tebliğ'de olduğu gibi %98 olarak belirlenmiş olması da incelenmeye değerdir. Bununla birlikte, SerPKn m. 23/1(d) hükmünün ve II-23.3 sayılı Tebliğ'de kabul edilen değişikliklerin borsa kotundançıkma açısından doğuracağı sonuçlar üzerinde ayrıca durmak gerekir. Nitekim anılan değişiklikler neticesinde, artık tüzel kişiliğin iradesiyle kottan çıkma yolunun mümkün olup olmadığı hususu tartışılabilir hale gelmiştir. Bu bağlamda çalışmada, borsa kotundan çıkma işlemlerinin arz ettiği özellikler bakımından önemli nitelikte işlem olarak sayılmasının gerekip gerekmediği ve bu nitelikteişlem olarak sayılmamanın meydana getireceği hukuki sonuçlar, karşılaştırmalı hukuktaki durum dadikkate alınarak irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Borsa Kotundan Çıkma, Önemli Nitelikteki İşlemler, Çıkarma Hakkı, Pay Alım Teklifi, Halka Açık Ortaklıklar

[1] Dr. Öğr. Üyesi; Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, 0000-0002-7545-3149, serdar.hizir@atilim.edu.tr

EVALUATION THE LEGAL CONSEQUENCES OF THE REGULATIONS RECENTLY ADOPTED IN THE CAPITAL MARKET LEGISLATION REGARDING DELISTING

Abstract

It has been a long time since the delisting from the stock exchange regulated for the first timein Turkish law. However, the subject has not been regulated in detail until the Comminuqué on Common Principles of Fundamental Corporate Changes and Appraisal Right (Comminuqué No. II- 23.1) came into force in 2014 based on Art. 23 of the Capital Markets Law No. 6362 (SerPKn). In fact, the delisting transaction, which was considered as fundamental corporate change in Art. 23/1(d)of SerPKn was subjected to the separate procedures and principles determined by the Capital MarketsBoard of Turkey (SPK) in the mentioned Communiqué. In addition, special and detailed provisions about delisting procedure had been located in the Art. 8 of the same Communiqué. However, as the result of the amendment adopted by the Law No. 7222 Amending Banking Law and Certain Other Laws dated February 20, 2020, the delisting transaction has been excluded from fundamental corporate changes. In accordance with this amendment made in Art. 23/1(d) of SerPKn,the Communiqué No. II-23.1 has been repealed and the Communiqué on Fundamental Corporate Changes and the Appraisal Rights (Communiqué No. II-23.3) entered into force on June 27, 2020. Inline with the amendment in the SerPKn, delisting transactions have not been mentioned in the new Communiqué. Moreover, in the press release made by the SPK regarding the aforementioned Communiqué, it was stated that the delisting from the stock exchange is excluded from the scope of fundamental corporate changes and also clarified that the delisting is possible on basis of the provisions of the Communiqué on Squeeze-Out and Sell-Out Rights (Communiqué No. II-27.2). Indeed, pursuant to the Communiqué No. II-27.2, using the squeeze-out right causes an obligation toapply for delisting to the SPK. However, the Communiqué No. II-27.2 has been also repealed on December 31, 2020 and replaced by the Communiqué No. II-27.3 with the same title.

It should be noted that the delisting from stock exchange has been accepted as the result of using the squeeze-out right in the Communiqué No. II-27.3 as well. However, some of the provisionsof this new Communiqué, for example the provisions regarding the criteria of determining the pricesthat applicable to squeeze-out, and regulating the concept of "acting in concert", which haveimportance in terms of determining the persons who can use the right the squeeze-out, are importantfor corporations will be delisted. Likewise, it is worthwhile to examine the threshold that has been determined as 98% as in the previous Communiqué numbered II-27.2. However, the consequences of the amendments in the Art. 23/1(d) of SerPKn and the provisions accepted in the Communiqué numbered II-23.3 should be deliberated separately in terms of delisting from the stock exchange. In fact, as the result of the aforementioned amendments and new provisions, it has become debatable whether it is possible to delist voluntarily by the legal entity of the corporation. In this context, it willbe examined in the study whether the delisting transactions should be considered as fundamental corporate change in terms of their characteristics and the legal consequences of not being consideredas fundamental corporate change in terms of these transactions by also taking into consideration the situation of the comparative law.

Keywords: Delisting, Fundamental Corporate Changes, Squeeze-Out Right, Tender Offer, PubliclyHeld Corporations.

TİCARET HUKUKUNUN BİR KAYNAĞI OLARAK TİCARİ ÖRF VE ADETİ YENİDEN DÜŞÜNMEK

Muhammed SULU[1]

Öz

Kişiler, toplum içinde başkaları ile sürekli ya da süreksiz ve sayısı belirsiz ilişkiler kurarlar ve bütün bu ilişkilerde güven duygusuna muhtaçtırlar. Prof. Dr. Teoman Duralı'nın hoş bir sözüne göre; "Hayatta en hakiki mürşit güvendir. Çünkü güven olmazsa birlikte yaşama imkanını yitiririz." İlişkiler arasında güvenin tam tesis edilebilmesi için bu davranışların belirli kurallara bağlanması gerekir. Aksi takdirde toplumda oluşacak kaos ve anarşi toplumsal yaşamı çekilmez kılar. Güçlününgüçsüzü haksızca ezmesini ancak hukuk engeller. Hukuki bir yargının gerekçelendirilmesinde kullanılan her şey hukukun kaynağıdır. Bu bağlamda kıta Avrupası hukuk sistemindeki klasik ayrımda örf ve adet hukuku, yazılı olmayan bağlayıcı bir hukuk kaynağı olarak kabul edilmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesine göre, hakim önündeki hukuki uyuşmazlığı çözümlemede kullanacağı gerekçeyi herhangi bir kanunda (yazılı ve bağlayıcı hukuk kaynağında) bulamaz ise örf ve adet hukukuna bakmak durumundadır. Örf ve adet kuralları, genel bir ifade ile; uzun zamandan beri uygulanagelen ve bunun sonucunda ilgili somut uyuşmazlıkta uyulmasının zorunlu olduğu yolunda yaygın bir inanışın kişilerde yerleşmiş olduğu davranış kurallarıdır. Tarihsel arka plana bakıldığında, tüm kuralların örf ve adet kuralı olduğu, bunların zaman içinde kodifiye edilip kanunlaştırıldığı görüldüğünde örf ve adetin ne denli büyük önemi haiz olduğu anlaşılabilir. Nitekim topraklarımızda doğup tüm dünyayı yüzyıllar boyunca etkileyen iki büyük kodifikasyon olan Corpus Iuris Civilis ve Mecelle-i Ahkam-ı Adliye zamanlarına kadarki örf ve adet hukuku kurallarının bir nevi derlenmesinden oluşmuşlardır.

Türk Ticaret Kanunu, her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nun *ayrılmaz bir parçası* olsa da ticaret hayatının gereklerine uygun özel ve teknik bilgi ile usuller neticesinde TTK'da TMK'dan ayrılan pek çok hükme rastlamak mümkündür. Örf ve adetin ticaret hukukundaki yeri de bunlardan biridir. Öncelikle TTK m. 1/2'ye göre, örf ve adet kuralı ticari bir uyuşmazlığa genel hükümlerden (TMK, TBK vb.), yani ticari mevzuat dışındaki diğer mevzuat hükümlerinden önce uygulanır. Objektif hukuk kuralı mahiyetindeki ticari örf ve adet kurallarının hakim tarafından re'sen dikkate alınması gerekmektedir. Buna mukabil, bu denli büyük öneme sahip olan ticari örf ve adetingünümüzde önemini yitirmesi, ticaret mahkemelerimizin ticari örf ve adet kuralı incelemesinden önce genel hükümlere göre kararlar vermeleri, ticaret hukukunun önemli bir kaynağı olarak ticariörf ve adeti yeniden düşünüp incelemeyi elzem kılmaktadır. Zira kanaatimizce TTK m. 1/2 hükmü karşısında günümüzde verilen pek çok mahkeme kararı sakat/hukuka aykırı durumdadır.

Ticari örf ve adetlerin tespit edilip somut olaylara uygulanması da önemli bir meseledir. Bu kuralların tespit edilip ilan edilmesi görevi, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar veBorsalar Kanunu'nun 12. maddesi ile ticaret odalarına verilmiştir. Ne var ki, ticaret odalarının da kanun ile kendilerine yükletilmiş bu görevi tam anlamı ile yerine getirmedikleri müşahade

[1] Dr. Öğr. Üyesi; İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, msulu@29mayis.edu.tr 0000-0001-9634-2272

edilmektedir. Tebliğde bu önemli sorunun tespitine ve çözüm önerilerine yönelik açıklamalarda da bulunulacaktır. Yine ticari örf ve adetin tespit edilebilmesi bağlamında; yaygın-yöresel örf ve adet ile genel-özel örf ve adet ayrımlarından bahsedilecektir.

Günümüzde önemini kaybetmesi sebebi ile pek çok soruna ticari örf ve adetin teorik anlamda ve uygulama planında yeniden değerlendirilmesi tebliğin dayanak noktasını teşkil etmektedir. Bu bağlamda, ticari örf ve adetin unsurları, amacı, önemi ve işlevi eleştirel bir bakış açısıyla yeniden irdelenirken Mecelle-i Ahkam-ı Adliye hükümlerinden, günümüz mukayeseli hukukundan ve uygulama örneklerinden faydalanılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Kaynağı, Ticari Hükümler, Ticari Örf ve Adet

RETHINKING COMMERCIAL CUSTOMS AND USAGES AS A SOURCE OF COMMERCIAL LAW

Abstract

Persons establish permanent or discontinuous and uncertain relationships with others in society, and need a sense of trust in all these relationships. According to Prof. Teoman Durali; "Trust is the most genuine guide in life. Because if there is no trust, we will lose the opportunity to live together". In order to establish trust between relationships, these behaviors must be determined by certain rules. Otherwise, the chaos and anarchy that will occur in the society makes social life unbearable. Only the law prevents the strong from unjustly oppressing the weak. Everything used tojustify a legal jurisdiction is the source of the law. In this context, in the classical distinction in the continental European legal system, customary law is accepted as an unwritten binding law source. According to Article 1 of the Turkish Civil Code, if the judge cannot find the reason to be used in resolving the legal dispute in any law (written and binding law source), s/he has to look at the customary law. Customary rules, in general terms; It is a code of conduct that has been applied for along time and consequently a common belief that it is mandatory to comply in the relevant concrete dispute. Looking at the historical background, when it is seen that all rules were rules of custom andthat they have been codified and enacted in time, it can be understood how important the customs and traditions are. As a matter of fact, they were formed from the compilation of a kind ofcustomary law rules up to the times of Corpus Juris Civilis and Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, two major codifications that were born in our lands and affected the whole world for centuries.

Although the Turkish Commercial Code ("TCC") is an integral part of the Turkish Civil Code ("TMK"), it is possible to come across many provisions in the TCC that separate from the TMK as a result of special and technical knowledge and procedures in accordance with the requirements of commercial life. The place of customs and usages in commercial law is one ofthem. First of all, According to Art. 1/2 of TCC, the customary rule is applied to a commercial dispute before the general provisions (TMK, TBK, etc.), that is, the provisions of other legislation other than commercial legislation. Commercial customs and traditions, which are in the nature of anobjective rule of law, should be taken ex officio into account by the judge. On the other hand, the fact that commercial customs and traditions, which are of such great importance, have lost their importance today. Our commercial courts make decisions according to general provisions before examining the commercial customs and customs rules, making it necessary to reconsider andexamine commercial customs and usages as an important source of commercial law. Because, in our opinion, many court decisions given today against the Art. 1/2 of TCC are faulty/unlawful.

Determining and applying commercial customs and usages to concrete events are alsoimportant issues. The obligation of determining and announcing these rules is given to chambers of commerce with the Art. 12 of the Act of Turkey Chambers and Stock Exchanges Union ofChambers and Commodity Exchanges. However, it is observed that the chambers of commerce do not fulfill this obligation assigned to them by law. In the presentation, explanations regarding the determination of this important problem and solution suggestions will also be made. Also, in the context of determining the commercial customs and usages; the distinctions between common-local customs and general-special customs will be mentioned.

Due to the fact that it has lost its importance today, the reassessment of commercial customsand usages in theoretical terms and in the implementation plan constitute the basis of the presentation. In this context, while re-examining elements, purpose, importance and function of the commercial customs and usages with a critical point of view, the provisions of Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, today's comparative law and examples of implementation examples will be used.

Keywords: The Source of Law, Commercial Provisions, Commercial Customs and Usages

TÜRK GEMİ SİCİL DÜZENİ HAKKINDA BAZI TESPİT VE ÖNERİLER

Fevzi Fırat GÖZÜYEŞİL[1]

Öz

Denizlerdeki askerî, ilmî, sportif, turistik ve ticarî faaliyetler ekseriyetle gemiler vasıtasıyla gerçekleştirilir. Bilhassa ticarî deniz taşımacılığının gemiler ile yapılması ve bu gemilerin fevkalade iktisadî büyüklüklere ulaşması, gemiler için münhasır bir sicil düzeninin tesisini de zorunlu kılmıştır. Nitekim "gemi sicili" kavramı etrafında şekillenen bu düzen, sektördeki artan ihtiyaçlar, çeşitlenen araç varlığı ve ülkenin denizcilik politikasına bağlı olarak karmaşık bir hâle gelmiştir. Bu noktada gemi sicil düzeninin anlaşılır ve açık olması; ilgili kuralların ise uygulama alanının tam olarak tespit edilmesi gerekir.

Türk hukukunda genel kabule göre üçlü bir gemi sicil düzeni mevcuttur. Bu siciller; Millî Gemi Sicili (MGS), Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil (Yapı Sicili) ve Türk Uluslararası Gemi Sicili (TUGS)'dir. Bağlama Kütüğü ise ekseriyetle sicil olarak kabul edilmemektedir ve Türk Ticaret Kanunu'ndaki gemi siciline dair düzenlemelerin bu dört sicilden hangilerini işaret ettiği konusunda öğretide ve tatbikatta tereddütler söz konusudur. Mesela öğretide ve tatbikatta kullanılan "Millî Gemi Sicili" ibaresi, TTK'da düzenlenmemiştir fakat TUGSK m. 2/1-c'de tanımlanmıştır. Bununla birlikte TTK'da kullanılan "gemi sicil" terimi, Millî Gemi Sicili olarak yorumlanmaktadır.

Bu düzenleme tarzı birtakım sorunlara yol açmaktadır. Mesela TTK m. 937/2'de, TMK m. 523'de yer alan "tapu sicili" terimine "gemi sicilleri"nin dâhil olduğu ifade edilmiş ve MGS dışındaki siciller bakımından hükmün uygulama alanı bulup bulamayacağı sorunu gündeme gelmiştir. Hâkezâ sicilin tutulmasından Devletin sorumlu tutulması hakkında, TTK m. 954/3'de yapılan atıf ile TMK m. 1007 gemi sicilleri hakkında da uygulanacaktır. Bu düzenlemede de çoğul ekinin kullanılmış olması, MGS ve diğer siciller bakımından da Devletin sorumlu olup olmadığı hususunu tartışmaya değer kılacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 996'ncı maddesine göre, Kanun'un gemi mülkiyeti ve gemi üzerindeki aynî haklarla ilgili hükümleri, kanunda aksi bulunmadıkça sadece "Türk Gemi Sicili"ne kayıtlı gemiler hakkında uygulanacaktır. Bunun gibi TTK m. 997/1'e göre, "Türk Gemi Sicili"ne kayıtlı bulunmayan Türk gemileri üzerindeki mülkiyet ve sınırlı ayni haklara, Türk Medenî Kanununun taşınırlara ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Bu hükümlerde, "Türk Gemi Sicili" bir özel isim olarak kullanılmıştır ve fakat mevzuatta Türk Gemi Sicili adında bir sicil ihdas edilmemiştir.

Öğretide MGS, Yapı Sicili ve TUGS'nin sicil mahiyeti hakkında bir tereddüt olmamakla birlikte Bağlama Kütüğü'nün sicil mahiyetinde olmadığı genel olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte Bağlama Kütüğü'nün kamu güvenine mazhar olmaması, TTK m. 974'de düzenlenen sicil karineleri, TTK m. 983'de düzenlenen sicile güven ilkesi, TTK m. 973'de düzenlenen sicilin aleniyeti ilkesinin Bağlama Kütüğü bakımından cârî olduğuna dair herhangi hüküm mevcut değildir. Hâkezâ Bağlama Kütüğü'nün belediyeler bünyesinde tutulduğundan ayrı bir sicil teşkilatının olmadığı, ilgili uyuşmazlıklarda adlî değil de idarî mahkemelerin görevli olduğu gibi hususlar da Bağlama Kütüğü'nün sicil mahiyetinde olmadığının gerekçeleri olarak ileri sürülmüştür.

Sicil, Arapça kökenli bir kelime olarak arşiv, kayıtlar, defter, liste gibi anlamlara karşılık gelmektedir. Ayrıca bir sicilin mutlak ve tam bir aleniyet sağlaması, kamu güvenine mazhar olması şart değildir. Bu husus tamamen kanun koyucu veya düzenleyici otoritenin iktisadî, siyasî yahut içtimaî tercihlerine bağlıdır. Salt idarenin iç işleyişi ile sınırlı olmayan, kısmen de olsa aleniyet sağlayan ve TMK m. 7 bağlamında resmî olarak tutulan kayıtların da sicil olarak kabulü gerekir. Bu bakımdan öğretideki genel kabulden ayrılarak, Bağlama Kütüğü'nün sicil mahiyetinde olduğu kanaatini taşımaktayız. Bu esastan olmak üzere, öğretide daha önce teklif edildiği üzere Bağlama Kütüğü'nün adının "Türk Deniz Araçları Sicili" ya da "Bağlama Sicili" gibi sicil mahiyetini vurgulayan bir isimle değiştirilmesi ve bir kanunla düzenlenmesi yerinde olacaktır. Bu noktada özellikle KTK'da yer alan trafik sicili düzenlemelerinden

[1] Araştırma Görevlisi Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı. fevzi.gozuyesil@hbv.edu.tr, 0000-0002-3266-1642

yararlanılması da pekâlâ mümkündür.

Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği m. 14/1'de yer alan düzenlemeye göre; Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının mülkiyetinin devrini konu alan hukukî işlemlere yönelik belgelerin başkanlıklar huzurunda veya noterde düzenlenmesi zorunludur. Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemi, deniz ve içsu aracının devrine dair sözleşmenin noterde yapılması hâlinde; devreden, devri yapılacak araç üzerinde bulunan takyidatın yer aldığı ve satışın yapıldığı tarihle aynı tarihli bağlama kaydı örneğini, devralanın incelenmesi amacıyla notere sunar (BKUY m. 14/2). Bu düzenlemeler ile Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı takyidatın, işlem tarafı olacak kimselerce öğrenilmesi amaçlanmıştır. Bu düzenleme göstermektedir ki Bağlama Kütüğü, hiçbir hukukî sonuç doğurmayan, alelade bir kayıt değildir.

Türk hukukunda yürürlükte bulunan kurallara göre, sicile kaydı zorunlu olmayan bir gemi bulunmamaktadır. Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği m. 6/1 ve m. 9/1'e göre, MGS'ye veya TUGS'ye tescil edilmemiş, 18 gros tonilatonun altında ve 2,5 metre ve üzerindeki tüm gemi ve deniz ve iç su araçlarının Bağlama Kütüğü'ne tescili zorunludur. Nitekim boyu 2,5 metrenin altında olan araçların da "pek küçük" olduğundan gemi olarak tavsif edilemeyeceği kanaatini taşımaktayız. Bir başka ifade ile boyu 2,5 metrenin üzerindeki tüm gemiler, bir sicile kayıtlıdır. Kaldı ki MGS, Yapı Sicili, TUGS ve Bağlama Kütüğü kayıtları, gemi siciline kayıt ve tescilin yapıldığı, sicil bilgilerinin elektronik ortamda tutulduğu Gemi Sicil Bilgi Sistemi (GESBİS)'nde tutulmaktadır. Bağlama Kütüğü'ne dair bu izahat kapsamında ifade edilebilir ki, Bağlama Kütüğü'nün bir sicil olarak nitelendirilmesi ve sicile güven ilkesi çerçevesinde kanun ile ihdas edilmesi için gerekli altyapı ve şartlar hâlihazırda mevcuttur.

Kanaatimiz ve önerimiz odur ki; Türk gemi sicil düzeni bir bütündür; bu düzen içinde yer alan MGS, Yapı Sicili, TUGS ve Bağlama Kütüğü de Türk gemi sicilleri olarak ifade edilmelidir. Her bir sicil müdürlüğünde veya belediyede tutulan kayıtlar, ayrı birer sicilin varlığını göstermez. Sadece, sicil kayıtlarını tutmakla görevli ayrı müdürlüklerin ve birimlerin varlığı söz konusudur. Bu noktada evvelâ Türk Ticaret Kanunu'nda, bu konudaki duraksamaları giderecek değişiklikler ve düzenlemelere gidilmelidir. Kanun'da yer verilen "gemi sicilleri" ya da "Türk gemi sicili" ibaresi, bu dört sicili de kapsamalıdır. Şayet bu sicil unsurlarından sadece biri veya birkaçı kastedilmek isteniyorsa; o sicillere ismen yer verilmelidir. Bunun için ise her sicilin ilgili mevzuatta tanımının yapılması ve tatbikatta da bu isimlerin kullanılması gerekir.

SOME DETERMINATIONS AND RECOMMENDATIONS ON THE TURKISH REGISTER SYSTEM

Abstract

Military, scientific, sportive, touristic and commercial activities at sea are usually carried out by ships. Especially the maritime trade transportation with ships and the fact that these ships reach extraordinary economic turnover have also made it necessary to establish an exclusive registration system for ships. As a matter of fact, this system shaped around the concept of "ship register" has become complex due to the increasing needs in the sector, the existence of diversified vehicles and the maritime policy of the state. At this point, the ship register system should be understandable and clear; the application scope of the relevant regulations should be determined exactly.

There ara three ship register in Turkish law. These ara National Ship Register (NSR), Register for Ships under Construction (RSC) and Turkish International Ship Register (TISR). It is generally agreed that Home Port Log is not a “register” and there are some hesitations in the doctrine and practice as to which of these four registers the regulations on "ship registger" in the Turkish Commercial Code (TCC) indicate. For example, the term "National Ship Register" used in doctrine and practice is not governed in the TCC but it is defined in Code on Turkish International Ship Register (CTISR) Art. 2/1-c. Despite this the term “ship register” is used in TCC is interpreted as National Ship Register.

This way of regulation causes a number of problems. For example, in TCC Art. 937/2 is stated that "ship registers" are included in the term "land register" in Turkish Civil Code Art. 523. The question of whether the provision could find a field of application in terms of registers other than NSR has been raised. Turkish Civil Code Art. 1007 regulates the state's liability for the damage incurrening as a result of keeping the register records, is also applicable for the state's liability as a result of keeping the TNSR records. Likewise the state's liability for the damage arising as a result of keeping the register records which is governed in Turkish Civil Code Art. 1007 is also applicable for the keeping the TNSR records. The fact that the plural suffix is used in this articale makes it worthwhile to discuss whether the State is responsible for other ship registers. Moreover according to TCC Art. 997/1, the provisions of the Turkish Civil Code regarding movable properties is applied to the ownership and limited real rights on Turkish ships that are not registered in the "Turkish Ship Register". In these provisions, "Turkish Ship Register" is used as a proper noun, but a register under the name of the "Turkish Ship Register" has not been established in the legislation.

Although there is no hesitation about the register nature of NSR, RSC and TUSR in the doctrine, it is generally agreed that the Home Port Log is not a register. However, the (Home Port Log) has not public trust. Also registry presumptions (TCC Art. 974), registry trust principle (TCC Art. 983), publicity principle (TCC Art. 973) is not valid for Home Port Log. Since the Home Port Log is kept within the municipalities, has no unique and independent register organization and also and the related disputes are not judicial, so that fthe Home Port Log does not have the form of a register.

Registry (sicil), as a word of Arabic origin, corresponds to meanings such as archive, records, notebook, list. In addition, a register does not necessarily have to be absolutely and fully openness and have public trust. This issue depends entirely on the economic, political or social preferences of the legislative or regulatory authority. Not limited to the internal functioning of the administration, but partly providing openness and in the context of TMK is accepted as public register must be also agreed as "register". In this context, leaving the general approach in doctrine, we think that the Home Port Log is a "register". On this basis, it would be appropriate to change the name of the Home Port Log to a name such as "Turkish Maritime Vehicles Register" or "Home Port Register" emphasizing the registration nature and regulating it with a law, as suggested before in doctrine. At this point, it is also possible to benefit from the vehicle registration regulations in the Highway Traffic Code.

According to the Home Port Log Regulation (HPLR) Art. 14/1, it is obligatory to prepare the documents regarding the legal proceedings for the transfer of ownership of ships, sea and inland water vehicles

registered in the Home Port Log before the municipalities or at the notary. In case the contract for the transfer of the ship ownership, sea and inland water vehicle registered in the Home Port Log is made at the notary; the transferor submits the copy of the records, which includes the restriction on the vehicle to be transferred and the same date as the date of sale, to the notary public for the review of the transferee (HPLR Art. 14/2). With these regulations, it is aimed to learn the encumbrance registered in the Home Port Log by those who will be the parties to the transaction. This regulation shows that the Home Port Log is not an ordinary record that has no legal consequences.

According to the regulations in force in Turkish law, all types of ships have to be registered. According to the (HPLR Art. 6/1), all ships and sea and inland water vehicles that are not registered with NSR or TISR, below 18 gross tonnage and 2.5 meters and above are required to be registered in the Home Port Log. As a matter of fact, in our opinion that vehicles under 2.5 meters in length cannot be described as ships because they are "very small". In other words, all vessels over 2.5 meters in length are registered in a register. Moreover, NRS, RSC, TISR and Home Port Log records are kept in the Ship Register Information System (GESBİS), which registration are made in the ship register and registration information is kept electronically. Within the scope of this explanation regarding the Home Port Log, it can be stated that the necessary infrastructure and conditions are already available for the Home Port Log to be described as a register and to be regulated by law within the framework of the principle of trust.

I am of the opinion that; the "Turkish Ship Register" system is a whole: NSR, RSC, TISR and HPL included in this order should also be expressed as "Turkish Ship Registers". Records kept in each register office or municipality do not indicate the existence of a independent register. There are only separated directorates and units responsible for keeping register records. At this point, firstly, amendments in the TCC should be regulated to eliminate the hesutations s in this matter. The term "ship registers" or "Turkish Ship Register" included in the Law should contain all four registers. If only one or more of these register units are intended to be meant; those registers should be concreted by name. For this, each register should be defined in the relevant legislation and these names should be used in practice.

BİNA TAMAMLAMA SİGORTASINA DAİR GÜNCEL SORUNLAR VE RİSKİN GERÇEKLEŞMESİ HALİNDE TAZMİNATIN KAPSAMI

Mehmet DOĞAR[1]

Öz

Halk arasında "maketten satış", "topraktan daire satın alma" veya "inşaata temelden girme" olarak adlandırılan ve çoğu zaman henüz ortada olmayan, hatta yapımına dahi başlanmayan barınma amaçlı konutlar için tüketicilerin ödeme yapmaya başlaması, diğer bir anlatımla barınma amaçlı bir konutun ön ödemeli olarak satın alınması, özel bir korumayı gerektirmektedir. Tüketicilerin konut gereksinimlerini daha uygun fiyata karşılamak, müteahhitlerin (satıcı/yüklenici) ise ucuz finansman ihtiyacını bulmak adına başvurdukları bu satış türünde karşılaşılan en önemli problem, satılan konutların tüketicilere ya hiç veya zamanında teslim edilmemesidir. Satıcıların konut yapımı için yüzlerce tüketici ile sözleşme akdetmeleri ve çok yüksek tutarda meblağları piyasadan toplamaları ise başka bir önemli sorundur[2].

Ön ödemeli konut satışlarında konutun satış bedelini kısmen tahsil etmeye başlayan satıcı, teslim etmekle yükümlü olduğu konutu ise genellikle ileri bir tarihte teslim etmektedir. Satıcının tahsil ettiği satış bedellerine rağmen inşaata hiç başlamaması (bırakıp kaçması) veya başlamış olduğu inşaatı bazı sebeplerden dolayı (iflas vs.) tamamlayamaması tüketici mağduriyetlerine yol açmakta ve çok sayıda insanın hem maddi hem de manevi olarak sıkıntıya girmesine neden olmaktadır.

Günlük hayatta oldukça fazla karşılaşılan bu mağduriyetlerin giderilmesi için 6502 sy. TKHK md. 42 ve Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik (ÖÖKSHY) md. 12 ve 13 ile teminat müessesesi ve dolayısıyla "bina tamamlama sigortasını" getiren yasa koyucu esasen isabetli bir düzenleme yapmış olsa da, ilgili hükümler gerektiği şekilde uygulanamadığı için tüketicilere hiçbir fayda sağlayamamıştır. Nitekim ön ödemeli konut satışlarında bina tamamlama sigortası yaptıran firmalar halihazırda oldukça az sayıdadır.

Bu çalışmada, bina tamamlama sigortasına dair güncel sorunlara kısaca değinilerek, çözüm yolları irdelenmeye çalışılacak ve bina tamamlama sigortalarında önemli riskin gerçekleşmesi halinde tazminatın kapsamı, hangi şekilde ve kimlere ödeme yapılması gerektiği konuları anlatılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ön Ödeme, Konut, Satış, Bina Tamamlama, Sigorta

[1] Harran Üniversitesi İ.İ.B.F. Öğretim Üyesi. Orcid No: 0000-0003-0730-7366. mdogar@harran.edu.tr.

[2] TKHK md. 42/1 gerekçesi.

ACTUAL PROBLEMS REGARDING BUILDING COMPLETION INSURANCE AND THE SCOPE OF COMPENSATION IN CASE RISK OCCURRED

Abstract

Consumers start to pay for housing purposes, which are popularly referred to as "selling from a model" or "purchasing a house from the ground" which are often not available or even the construction of a house prepaid purchase, requires special protection. The most important problem encountered in this type of sales, which is to meet the housing needs of the consumers at a more affordable price and to find the cheap financing needs of the contractors (sellers/contractors) is that the houses sold are not hand over to the consumers. Another important problem is, the sellers enter into contracts with hundreds of consumers for housing construction and collect very high amounts from the market.

The seller, who started to partially collect the sales price of the house in pre-paid house sales, commits the house he is obliged to deliver at a later date. The fact that the seller does not start the construction at all (quit and run away) or completes the construction he has started due to some reasons (bankruptcy, etc.) despite the sales prices collected causes consumer grievances and causes a large number of people to suffer both financially and morally.

Law on Consumer Protection (TKHK) Art. 42 and Regulation on Prepaid Housing Sales (ÖÖKSHY) art. 12 and 13 Even though the legislator, which introduced the guarantee establishment and therefore the "building completion insurance" has made a proper regulation. But unfortunately it has not provided any benefit or advantage to the consumers as the relevant provisions were not properly implemented.

In this study, current problems related to building completion insurance will be briefly mentioned, solutions will be tried to be examined and the scope of compensation in case of a risk, which is an important problem in building completion insurances, will be explained.

Keywords: Prepaid, House, Sellings, Building Completion, Insurance

ROSİNEN TEORİSİ (ROSINENTHEORIE)

İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU[1]

Öz

Tescili zorunlu olduğu hâlde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilanı zorunlu iken ilan olunmamış bir husus, ancak bunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği ispat edildiği takdirde, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir (TTK m. 36/4; TSY m. 30/4). Bu husus ticaret sicilinin dış etkilerinden olumsuz etki olarak anılmaktadır[2]. Bu etki neticesinde sicile kayıt ve sicil gazetesinde ilan edilmeyen bir hususun üçüncü kişiler tarafından bilinmemesi asıldır[3]. Haliyle kanun koyucunun sicildeki görünüme gerçek durumun varlığına nazaran öncelik tanıdığını söyleyebiliriz[4]. Bu sayede ticaret sicilinin olumsuz etkisiyle üçüncü kişilerin menfaatleri korunmaktadır[5].

Ticaret sicilinin olumsuz etkisi bağlamında üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde ticaret sicilindeki kayıt ve sicil gazetesindeki ilan edilen husus ile sicile kayıt ve ilan edilmemiş gerçek durumdan hangisi dayanıp dayanmayacağı konusunda bu üçüncü kişiye bir seçim hakkı tanınıp tanınmayacağı konusunda içtihatlarda ve doktrinde bir tartışma vardır[6]. Bu tartışmayı bir adım daha öteye götürdüğümüzde tebliğin konusu ortaya çıkmış olacaktır. Buna göre, üçüncü kişiye sicile değişiklik kaydı yapılmayan mevcut gerçek hukuki duruma mı yoksa ticaret sicilinin olumsuz etkisinden istifade edilerek değişiklikten önceki (görünüşteki) duruma mı dayanacağı konusunda bir seçimlik hakkının tanınıp tanınmadığını[7] tartışmak gerekir. İşte seçim hakkının aynı hususta farklı şekillerde kullanılması anlamına gelen -diğer bir adıyla -en çok gözetilme (Meistbegünstigung)- Rosinen teorisininin[8] Türk hukuku açısından ne şekilde ele alınması gerektiği konusunda bir değerlendirme yapılacaktır.

Yapılacak bu değerlendirmeyi somutlaştırmak adına şu örnekten hareket edilebilir[9]: "*T. Mann ve Frl. Moni bir komandit şirketin şahsen sorumlu ortaklarıdır. Her iki ortak ticaret sicili kayıtlarına göre şirketi birlikte temsile, yani ortaklaşa temsile yetkilidirler. T. Mann şirketten ayrılmıştır. Ancak bu husus ticaret siciline kaydedilmemiştir. T. Mann'ın ayrılışından sonra D, komandit şirketi temsil eden Frl. Moni aracılığıyla komandit şirket ile bir satım sözleşmesi yapmıştır. D'nin bu noktada iki amacı söz konusudur: /D, komandit şirketi satım sözleşmesiyle bağlı kılmak istemekte ve komandit şirketten ayrılan T. Mann'dan komandit şirketin borcu olduğu semeni şahsen talep etmek niyetindedir. T. Mann ve Frl. Moni komandit şirketi yalnızca birlikte temsil edebileceklerinden komandit şirketle yapılan sözleşme geçerli olarak meydana gelemez. Bununla birlikte D, gerçek hukuki duruma dayanmak isterse geçerli bir sözleşme akdedilmesi amacına ulaşabilir. Birlikte temsile yetkili pay sahiplerinden birinin kararlaştırılmış birlikte temsilinde şirketten ayrılırsa, bunlar şirketi tek başına temsile yetkili hale gelirler. Bu sayede Frl. Moni komandit şirket için sözleşmeyi geçerli bir şekilde yapmış olacaktır. Buna karşın, D, HGB § 15 Abs. 1 hükmü uyarınca hukuki görünüşe güvenirse, komandit şirket ile geçerli bir sözleşme yapılmış olmaz: T. Mann'ın ayrılması ticaret siciline tescil edilmez ve bu yüzden birlikte temsilin devam ettiği gerçeğinden yola çıkılabilir. Bununla birlikte Frl. Moni tek başına hareket edebilir. Bu yüzden sözleşme geçerli olarak meydana gelemez. Bu*

[1] Arş. Gör. Dr. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Kayseri, Türkiye / Asst. Dr., Erciyes University, Faculty of Law, Department of Commercial Law, Ankara Turkey.

[2] Karayalçın, Yaşar. "Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri", *Batider*, C. VIII, S. 2, 1975, s. 1-29, s. 17 vd.

[3] Bilge, Mehmet Emin. Ticaret Sicili, 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999, s. 186; Ayhan, Rıza / Çağlar, Hayrettin / Özdamar, Mehmet. Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 260-261.

[4] Bilge, s. 186.

[5] Bilge, s. 187.

[6] Bkz. Bilg, s. 204 vd.

[7] Bilge, s. 205; Ayan, Özge. "Ticaret Sicili Kayıtlarının Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisi", *Hacettepe Üniversitesi HFD*, C. 10, S. 2, 2020, s. 461-493, s. 478-479.

[8] MükoHGB/Krebs, 5. Aufl. 2021, HGB § 15 Rn. 58; Oetker/Preuß, 6. Aufl. 2019, HGB § 15 Rn. 29-31; Henssler/Strohn GesR/Wamser, 5. Aufl. 2021, HGB § 15 Rn. 5; EBJS/Gehrlein, 4. Aufl. 2020, HGB § 15 Rn. 15; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, 9. Aufl. 2019, HGB § 15 Rn. 16; Baumbach/Hopt/Merkt, 40. Aufl. 2012, HGB § 15 Rn. 6. (www.beckonline.de. , Erişim Tarihi: 21.02.2021); Klostermann, Susanne. *Die "Rosinentheorie" des BGH zu [Paragraph] 15 ABS.1 HGB im Lichte von Sinn, Zweck und Funktionen des Handelsregisters*, 1. Aufl, Westfälische Wilhelms-Universität, Münster, 1986, s.1 vd.

[9] Teichmann, Artur. *Handelsrecht*, 3. Auflage, Nomos UTB, Baden-Baden, 2013, HGB § 15 Abs. 1, Rn. 360 ff., s. 186 ff.

sayede D gerçek bir hukuki duruma dayanabilir; çünkü komandit şirket için bir sözleşmenin akdedilmesi söz konusudur./ Ayrıca D, varlıklı olan T.Mann'dan şahsen talepte bulunabilir. Bundan D, HGB § 15 Abs. 1 hükmüne dayanarak faydalanabilir. Buna göre T. Mann sözleşmenin akdedilmesi anında halen komandit şirketin şahsen sorumlu ortağı olarak ve ayrılan ortak ayrılışına kadar şirketin bu borcu için sorumlu tutulacaktır (HGB § 160 Abs. 1). / Ticaret siciline kaydedilmesi gereken bir husus söz konusu olmasına rağmen, T. Mann'nın ayrılması ticaret siciline tescil edilmemiştir (HGB § 161 Abs. 2, 143 Abs. 2). Bunun sonucunda T. Mann komandit şirketin pay sahibi sayılır ve bundan kaynaklı borç için de şahsen sorumlu tutulur (HGB § 161 Abs. 2, 128)."

Verilen bu örnek ışığında hukuki mesele, D açısından yani olgu ile ilgili olarak-T. Mann'ın pay sahipliği-kısmen gerçek hukuki durumu talep etmek ve kısmen HGB § 15 Abs. 1'den hareketle olduğu gibi hukuki duruma dayanıp dayanamayacağıdır. Alman Federal Mahkemesi'nin verdiği kararda[10] üçüncü kişinin temsil yetkisine ilişkin gerçek hukuki duruma (tescil edilen birlikte temsil yetkisinde münferiden temsil yetkisi) ve sorumluluk açısından pay sahibinin ayrılmasının eksik ilanına (birlikte temsil yetkisinin varlığının devamına) dayanabileceğine hükmetmiştir. Verilen bu kararda üçüncü kişinin sicilin olumsuz etkisinden kaynaklı seçimlik hakkını kullanabileceği anlayışı doktrinde hâkim görüş tarafından da kabul edilmektedir. Oysaki, azınlıkta kalan bir görüş ise ticaret sicili kayıtlarındaki içerik açısından bölünmüş güvenin söz konusu olamayacağı için üçüncü kişinin bu durumda bir seçimlik hakkının olmadığını savunmaktadır.

Alman hukukundaki görüşler ışığında -Türk hukukuna kıyasla farklılıklar da göz önünde tutularak- Rosinen teorisinin Türk hukuku açısından doğrudan hukuki bir dayanağının olup olmadığı ve bu bağlamda teorinin geçerliliği tartışılarak bir sonuca varılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ticaret Sicili, Sicilin Olumsuz Etkisi, Rosinen Teorisi

[10] BGHZ 65, 309 f. (NJW 1976, 569 f.) (www.beckonline.de. , Erişim Tarihi: 21.02.2021)

THEORY OF ROSINEN

Abstract

The thing that should be registered and announced but did not, may not be asserted to the third parties. However if it is proven that third parties know or should know the related matter then it is possible to assert (TCC Art. 36/4, TRR Art. 30/4). This is called as an external effect which is the negative effect of commercial register. As a result of this effect, it is a basis to that the thing not registered in the registry and announced in the commercial registry gazette is not known by third parties. Naturally, we can tell that the legislator prioritize to the appearance in the registry over the existence of the real situation. By this means, the interests of third parties are protected due to the negative effect of the commercial registry.

Within the context of the negative effect of the commercial registry, there is a dispute in the case law and the doctrine about whether this third person will be granted a right of choice on the condition that the third party in good faith, the thing published in the commercial registry and in the commercial registry gazette, and whether it is based on the real situation that has not been registered and published. When we take this debate one step further, the subject of the paper will be came into view. Accordingly, it is required to discuss whether the third party has been granted a right of choice as to which will be based on the current real legal situation for with no change is registered in the registry or the (apparent) situation before the change by benefiting of the negative effect of the commercial registry. Already, an evaluation will be made on how Rosinen's theory should be handled in terms of Turkish law, which means the use of the right to choose in different ways on the same issue - in other words – great taking care of (Meistbegünstigung).

In order to materalise this evalution to be made, the following example can be used: "*T. Mann and Frl. Moni is the personally responsible stockholder of a limited partnership. According to the commercial registry entries, both stockholders are authorized to represent the company together. T. Mann has left the company. However, this thing has not been recorded into the commercial registry. After T. Mann's disincorporate, D, made a sales contract with the limited partnership company represented by Frl, Moni. D has two purposes at this point./ D aims to make the limited partnership qualified by the sales contract. and intends to personally request the consideration that the limited partnership owes from T. Mann, who left the limited partnership. Because of that T. Mann and Frl. Since Moni can only represent the limited partnership together, the sales contract made with the limited partnership cannot be valid. Although, if D wants to rely on the actual legal situation, D can reach the goal of concluding a valid contract. If one of the stockholders authorized to represent together leaves the company regarded as agreed on co-representation, they become authorized to represent the company alone. Thus Frl. Moni will have made the contract valid for the limited partnership. In spite of that, D, by operation of the provision of HGB § 15 Abs. 1, relies on the legal appearance, valid contract is not concluded with the limited partnership: The departure of T. Mann is not registered into the commercial registry, and therefore, one can based on the fact of the maintenance of the co-representation. However, Frl. Moni can act alone. Therefore, the contract cannot be valid. In this way, D can be based on a real legal situation; because it is a matter of concluding a contract for the limited partnership./ Also, D can personally demand from the wealthy T.Mann. Hence D, can benefit from this by based on the provision of HGB § 15 Abs. 1. According to this, T. Mann will still be held personally responsible as a partner of the limited partnership at the time of conclusion of the contract and will be held liable for this debt of the company until the departure of the stockholder (HGB § 160 Abs. 1). / Although there is an issue that should be registered into the commercial registry, T. Mann's departure has not been registered into the commercial registry (HGB § 161 Abs. 2, 143 Abs. 2). Consequently, T. Mann is deemed to be the stockholder of the limited partnership and is held personally liable for the debt arising from it (HGB § 161 Abs. 2, 128).*"

Based upon this example, the legal issue is, from the point of D -stockholders of T.Mann's - demanding real legal status partly and partly as it is in pursuant to the provision of HGB § 15 Abs. 1 is whether it can be based on the legal situation or not. In the decision of the German Federal Court, it was decided that it

could be based on the real legal situation regarding the representation power of the third party (individual representation power in the registered co-representation power) and the incomplete announcement of the departure of the stocholder in terms of responsibility (the maintenance of the co-representation power). In this decision, the understanding that the third person can exercise her right of choice due to the negative effect of the registry is also accepted by the dominant opinion in the doctrine. In this decision, the consciousness that the third person can exercise his right of choice due to the negative effect of the registry is also approved by the dominant opinion in the doctrine. Also, a minority dictum argues that the third party does not have a right of choice in this case as there is no divided trust in terms of content in the commercial registry records.

Within the context of the opinions in German law -considering the differences by comparison with Turkish law- it will be attempt to come to a conclusion by quarrelling whether the Rosinen's theory has a direct legal basis in terms of Turkish law and in this context the legal validity of the theory.

Keywords: Commercial Register, Negative Effect, Theory Of Rosinen.

İNTERNET YOLUYLA HAKSIZ REKABET

Feyza KANTAŞ[1]

Öz

Teknolojinin gelişmesiyle beraber internet ortamı da bu durumdan etkilenmiş ve rekabetin artmasıyla tüketiciye daha hızlı, ucuz ve kolay ulaşmanın kapılarını açan internet, küresel bir pazar haline gelmiştir. Ticaret hayatında rekabet, kalitenin artması ve fiyatların düşürülmesi anlamında ve kişinin kendi emeğine ve çabasına dayalı olarak gerçekleşmelidir[2]. Rekabetin dürüstlük kurallarına uygun olarak ve kötüye kullanılmadan yapılması gereklidir[3]. Bu noktada işletmeler teknolojinin getirdiği yeniliklerden internet yoluyla yararlanırlarken, internet ortamında haksız rekabet teşkil eden davranışlar da söz konusu olabilmektedir. Bu bağlamda haksız rekabetin önlenmesi özellikle internet alanında gerçekleşen ihlaller bakımından günümüzde ayrı bir öneme sahiptir. Çalışmamızın konusunu oluşturan temel problem önemli bir küresel pazar haline gelen internette haksız rekabetin nasıl gerçekleştiği, öncelikle haksız rekabet kavramı ve haksız rekabetten doğan sorumluluğun üzerinde durularak anlatılmaya çalışılacak ulusal ve uluslararası yargı kararlarına değinilerek konu irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Haksız rekabet, İnternet, E-Ticaret, Rekabet

[1] Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi, Ankara, feyzatx@gmail.com.

[2] Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru. *"*Elektronik Ortamda Haksız Rekabet*", TAAD*, Yıl:5, S:8, s. 80.

[3] Arkan, Sabih.*"Ticari İşletme Hukuku",* 15. Bası, Ankara, 2011.

UNFAIR COMPETITION VIA INTERNET

Abstract

With the development of the technology, the internet environment has also been affected by this situation and with the increase of the competition, the internet has become a global market which provides a faster, cheaper and easier access to the consumer. In business life, competition should take place in the sense of increasing quality and lowering prices and based on one's own labor and effort. Competition must be conducted in accordance with the rules of integrity and without abuse. At this point, while businesses benefit from the innovations brought by technology through the internet, there may be behaviors that constitute unfair competition in the internet environment. In this context, nowadays, prevention of unfair competition is of particular importance especially in terms of violations in the internet field. The main problem that constitutes the subject of our study will be how unfair competition takes place in the internet, which has become an important global market, first of all, the concept of unfair competition and the responsibility arising from unfair competition will be discussed by addressing national and international judicial decisions.

Keywords: Unfair Competiiton, Internet, E-Commerce, Competition

GİRİŞ

İnternet yoluyla gerçekleşen haksız rekabete değinmeden önce genel olarak haksız rekabet kavramına bakmamız gerekmektedir. Haksız rekabet kavramının öncelikli olarak, rakipleri ezmek, onları ekonomik faaliyet alanından uzaklaştırmak amacını taşıyan ve kanuna, kurallara, ahlaka ve/veya dürüstlük kurallarına aykırı nitelik taşıyan davranışları kapsadığı söylenebilir[4].

Hukukumuzda haksız rekabete ilişkin düzenlemeler esas olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 57. maddesi ile Türk Ticaret Kanunu'nun 54 ila 63. maddelerinde düzenlenmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 57. Maddesi, 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, 'yanlış ilanlar' şeklindeki ibareyi, teknolojideki gelişmeler dikkate alınarak 'gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması' şeklinde değiştirmiştir[5]. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 57. Maddesinin 2. Fıkrasında ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir.

TTK' nın 54. Maddesinde haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin amacı, "Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır" şeklinde belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırı olduğu belirtilerek haksız rekabete ilişkin temel ilkeler ortaya konmuştur.

TTK' m. 55'te haksız rekabet halleri sınırlayıcı olmamak üzere, örnekseme suretiyle yirmi bir tane olarak sayılmıştır. 6102 sayılı TTK' da haksız rekabet oluşturan hallere ilişkin örnekseyici sayım arttırılmış ve tüketicilerin hatta tüketici olmayan üçüncü kişilerin haksız rekabet fiillerini işleyebilecekleri hususuna açıklık getirilerek yaptırımlar güçlendirilmiştir[6].

TTK 55. Maddesinde sayılan haksız rekabet hallerinden ilki, dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlardır. Bunlardan özellikle konumuzla ilgili olanı 5. Bentte sayılan, Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmektir.

[4] Örs, Fahri Halil. *"Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet"*, Ankara, 1958.

[5] Ayhan, Rıza / Çağlar, Hayrettin. *"Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar"*, 10. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 375-376.

[6] Yasaman, Hamdi. *"6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Haksız Rekabet İle İlgili Getirdiği Yenilikler"*, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2012, s. 33.

İkinci grupta, sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmeye ilişkin davranışlar sayılmıştır. Üçüncü grupta, başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma; dördüncü grupta, üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek sayılmıştır. Beşinci grupta iş şartlarına uymamak; özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanların dürüstlüğe aykırı davranmış olacağı belirtilmiş ve son olarak dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanma hali belirtilerek haksız rekabet halleri sayılmıştır.

Ancak kanunda belirtilen bu haller örnekseme suretiyle sayıldığından bunlardan başka haksız rekabet halleri de ortaya çıkabilecektir.

6102 sayılı TTK haksız rekabet anlamında hukuki sorumluluğa ilişkin de bir yenilik getirmiştir. TTK m. 56/2 uyarınca Ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşteriler de birinci fıkradaki davaları açabileceği hükme bağlanmıştır. Önceki kanunda yalnızca iktisadi menfaati zarar görenlere dava açma hakkı tanınmışken yeni kanun ile zarar görme tehlikesi ile karşılaşmak dava açmak için yeterli görülmüştür. Maddenin devamında tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumların da birinci fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davaları açabileceği belirtilerek Rekabet Kurumu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu gibi kurumlara da dava açma hakkı tanınmıştır[7].

İnternet yoluyla haksız rekabet ise genel olarak aldatıcı reklamlar, rakibi kötüleme, karışıklığa neden olma şeklinde karşımıza çıkmakla beraber gerçek ortamda yer almayan ve haksız rekabet oluşturan spaming, framing, domain name, ilişim (hyperlink) ve yönlendirici kod (metatag) ve adwords reklamlar kullanılarak da haksız rekabet meydana gelebilmektedir[8].

Çalışmamızda internet yoluyla gerçekleşebilecek bu haksız rekabet halleri ayrıntılı olarak incelenerek, sorumlu olan kişiler de değerlendirilip konu E-Ticaret Yönergesi kapsamında da ele alınacaktır.

I. HAKSIZ REKABET KAVRAMI

TTK 'da "Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar" olarak belirtilen haksız rekabet kavramı, iktisadi faaliyet alanında diğer tacirlerin rekabetini güçleştirecek nitelikte olan ve kendi lehine sonuçlar elde edebilmek maksadıyla objektif iyiniyet kurallarına aykırı davranışlar içine girerek, meşru olmayan zeminde meydana gelen rekabete ilişkin davranışlar haksız rekabetin gerçekleşmesine neden olacaktır[9].

A. Haksız Rekabete Genel Bakış

1. Haksız Rekabetin Tanımı ve Unsurları

Kanun koyucu Türk Ticaret Kanunu'nun 54. maddesinin 2. fıkrasında "*rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar"* demek suretiyle haksız rekabeti tanımlamıştır.

Haksız rekabetin varlığından söz edilebilmesi için öncelikle hukuka aykırı bir fiil bulunması gerekmektedir. Bunun yanı sıra iktisadi rekabetin bozulması ve zarar veya zarar tehlikesinin meydana gelmiş bulunması haksız rekabetin diğer unsurlarıdır[10].

2. Haksız Rekabet Halleri

TTK'nın 55. Maddesinde önemli haksız rekabet halleri sayılmış ise de haksız rekabet teşkil edebilecek haller yalnızca bunlarla sınırlı olmayıp iktisadi rekabetin dürüstlük kuralına aykırı şekilde kötüye kullanılması halinde haksız rekabet ortaya çıkabilecektir[11].

Başlıca haksız rekabet halleri;

- Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar,
- Sözleşmeyi ihlale ve sona erdirmeye yöneltmek,
- Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma,

[7] Baştürk, İhsan. "Türk Ticaret Kanunu'nda Bilişim Yoluyla Haksız Rekabetin Hukuki- Cezai Sonuçları", *TAAD*, C: 1, S: 6/2011, s. 285.

[8] Bozkurt Yüksel, s. 95-96.

[9] İnal, H. Tamer. "Haksız Rekabet", *Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Ekim 2014, S:5, s. 84.

[10] Güneş, İlhami. "Ticari Sırların Haksız Rekabete Karşı Korunmasında Son Gelişmeler", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi,* C:11, S:120, s. 98.

[11] Bilgili, Fatih / Demirkapı, Ertan. *Ticari İşletme Hukuku 6335 sayılı Kanunla Değişik 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kaleme Alınmış*, Dora, Bursa,2013, s. 232-233.

- Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek,
- İş şartlarına uymamak,
- Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmaktır.

B. Haksız Rekabetten Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk

Kural, bilişim kuruluşlarının sorumsuzluğudur. TTK m. 58'de her türlü basın, yayın, iletişim ve bilişim işletmeleriyle, ileride gerçekleşecek teknik gelişmeler sonucunda faaliyete geçecek kuruluşlar aracılığıyla işlenmişse, 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davalar, ancak, basında yayımlanan şeyin, programın; ekranda, bilişim aracında veya benzeri ortamlarda görüntülenenin; ses olarak yayımlananın veya herhangi bir şekilde iletilenin sahipleri ile ilan veren kişiler aleyhine açılabilir denmek suretiyle ilke olarak bilişim kuruluşlarına başvurulamayacağı belirtilmiştir.

Maddenin devamında istisnai hallere yer verilerek bilişim araçlarıyla erişime sunulmuş olan içeriğin sahibi ile ilan verene belirli nedenlerle ulaşılamaması veya haklarında dava açılamaması halinde diğer kişiler olarak adlandırılan, iletiyi, yayın, iletişim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi; bunlar gösterilemiyorsa, işletme veya kuruluş sahibi aleyhine dava açılabilecek ve haksız rekabet oluşturan içerikten sorumlulukları gündeme gelecektir[12].

Bu bağlamda sorumlu kişilere karşı haksız rekabetin tespiti davası, haksız rekabetin men'i davası ve haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılması davasının yanı sıra kusurun bulunması halinde maddi ve manevi tazminat davası da açılabilecektir.

II. İNTERNETTE HAKSIZ REKABET

Teknolojinin gelişmesiyle pazarlama aracı olarak kullanılan internet, işletmelerin rekabet ortamında ancak faaliyetlerini gerçekleştirebilmelerinin yanı sıra, haksız kullanım sonucu haksız rekabete de yol açmaktadır.

Haksız rekabetin geleneksel şekilleri olan, aldatıcı reklamlar, rakibi kötüleme, karışıklığa neden olma vb. internet için de geçerli olup yalnızca internet ortamına özgü istenmeyen elektronik posta, alan adı, çerçeveleme (framing), ağ reklamları (webvertising) , ilişim (link/hyperlink) ve arama motorlarınca kullanılan ve web sayfasını tanımlayan çoklu metinler (metatag) içindeki anahtar sözcük (AdWord) veya web sayfasında yer alan herhangi bir ifade veya metin bu tür haksız kullanımlara zemin hazırlar[13]. Çalışmamızda bahsedilen bu haller ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

SONUÇ

Haksız rekabet, ticari hayatta ve piyasada muhtemel kar miktarının fazlasını elde etmek amacıyla, aynı alanda faaliyet gösteren rakipleri zayıf duruma düşürmek ve pazarın büyük kısmını elde tutabilmek için tacirin başvurduğu her türlü yöntem, fiil ve davranışları ifade etmektedir[14]. Teknolojide gerçekleşen yeniliklerle hayatımızın önemli bir alanını kuşatan internet aynı zamanda global bir pazar haline de gelmiştir. İnternetin küresel bir pazar haline dönüşmesiyle birlikte sağladığı imkanların yanı sıra birtakım hukuki problemler de beraberinde ortaya çıkmaktadır. İnternet ortamında haksız rekabetin geleneksel şekillerinden olan aldatıcı reklamlar, rakibi kötüleme, karışıklığa neden olma gibi hallere ek olarak internet alanına özgü elektronik posta (spam), alan adı (domain name), ağ reklamları (webvertising), ilişim (link, hyperlink), web sayfası bölümleri (frame) ve arama motorları tarafından gerçekleştirilen adwords reklamlar gibi haksız rekabet şekilleri de meydana gelmektedir[15].

KAYNAKÇA

Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku,* 15. Bası, Ankara, 2011.

Ayhan, Rıza / Çağlar, Hayrettin. *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Baştürk, İhsan. *Türk Ticaret Kanunu'nda Bilişim Yoluyla Haksız Rekabetin Hukuki- Cezai Sonuçları,* Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C: 1, S: 6/2011, s. 279-317.

Bıdık, Barış. *İnternet Yoluyla Haksız Rekabet, Terazi Aylık Hukuk Dergisi,*C. 10, S. 110, 2015, s. 48-57.

[12] Baştürk, s. 288-289.

[13] Okan, Neval. "İnternette Haksız Rekabet" *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:2, S:1, 2011, s. 126-127.

[14] İnal, s. 116.

[15] Bıdık, Barış. "İnternet Yoluyla Haksız Rekabet", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi,* C. 10, S. 110, 2015, s. 56.

Bilgili, Fatih / Demirkapı, Ertan. *Ticari İşletme Hukuku 6335 sayılı Kanunla Değişik 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kaleme Alınmış*, Dora, Bursa, 2013.

Bozkurt Yüksel, Armağan. *Elektronik Ortamda Haksız Rekabet,* TAAD, Yıl:5, S:8, s. 79-112.

Güneş, İlhami. *Ticari Sırların Haksız Rekabete Karşı Korunmasında Son Gelişmeler,* Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C:11, S:120, s. 79-82.

İnal, H. Tamer. *Haksız Rekabet,* Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, Ekim 2014, S:5, s. 82-116.

Okan, Neval. *İnternette Haksız Rekabet,* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**,** C:2, S:1, 2011, s. 123-137.

Örs, Fahri Halil. *Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet*, Ankara, 1958.

Yasaman, Halil*. 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Haksız Rekabet İle İlgili Getirdiği Yenilikler,* Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2012.

HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI YASAĞINA GENEL BİR BAKIŞ

Himmet KOÇ[1]

Öz

Şirketler kâr gütme amacıyla kurulan tüzel kişilerdir. Pay sahiplerine kâr dağıtmak şirketlerin temel hedefleri arasında yer almaktadır. Halka açık anonim ortaklıklara ilişkin hükümler, Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) nazaran daha geniş ve ayrıntılı bir şekilde 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda (SPKn) düzenlenmiştir. SPKn'da hüküm bulunmayan hallerde ise TTK'ya başvurulmaktadır. Pay sahiplerinin etkin bir biçimde korunmaları için, SPKn'da çeşitli kısıtlamalar, yasaklar veyahut cezalar ön görülmüştür. Bu yasaklardan bir tanesi de 21. maddede düzenlenen "Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı"dır. Nitekim madde başlığı da aynı adı taşımaktadır. Bir ticari işletmede işletmenin aleyhine olarak, ilişkili bulunan başka bir gerçek veya tüzel kişinin lehine olacak şekilde örtülü olarak işlemlerde bulunularak ticari işletmenin elde etmesi gereken kârı elde edememesi, malvarlığının azaltılması, ya da zarar etmesi sonuçlarını doğuracak işlemler örtülü kazanç aktarımı olarak tanımlanabilir. Örtülü kazanç aktarımı yasağının düzenlenmesi, halka açık anonim şirketlerde pay sahiplerinin kâr payı almasının engellenmesi yönündeki girişimlere engel olabilme amacı taşımaktadır. Örtülü kazanç aktarımı sorunu, vergi kaybına neden olması sebebiyle öncelikle vergi mevzuatında, daha kapsamlı ama vergi odaklı olarak düzenlenmiştir. Yine örtülü kazanç aktarımı yasağı, halka açık anonim ortaklıklarda yatırımcıları ve azınlık pay sahiplerini koruma amacına yönelik getirilmiş özel bir hükümdür.

Anahtar Kelimeler: Örtülü Kazanç, Örtülü Kazanç Aktarımı, Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı, Halka Açık Anonim Şirket, Sermaye Piyasası.

[1] Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi. himmetkoc92@gmail.com, https://orcid.org/0000-0002-3020-0412

AN OVERVIEW THE PROHIBITION OF CONCEALED GAIN TRANSFER IN PUBLIC JOINT STOCK COMPANY

Abstract

Companies are juridical persons, which established for profit taking. Distributing profits to shareholders is among the main goals of companies. Arrangements regarding public joint stock companies are regulated in the Capital Market Code (CMB) numbered 6362 in a broader and more detailed manner compared to the Turkish Commercial Code (TCC). In cases where there is no regulation in the CMB, the TCC is applied. In order to protect the shareholders effectively, various restrictions, prohibitions or penalties are stipulated in the CMB. One of these prohibitions is the "Prohibition Of Concealed Gain Transfer" regulated in Article 21. As a matter of fact, the title of the article has the same name. The definition of prohibition of concealed gain transfer can be made as follows: In a commercial enterprise, against the enterprise, on behalf of another juridical or real person related to the enterprise, implicitly, transactions that will result in the enterprise failing to obtain the required profit, reducing its assets, or making a loss. The arrangement of the prohibition of concealed gain transfer aims to prevent attempts to prevent shareholders from receiving dividends in public joint stock companies. The problem of the prohibition of concealed gain transfer has been regulated primarily in the tax legislation in a more comprehensive but tax-oriented manner. As it causes tax losses. Prohibition of concealed gain transfer is a special provision aimed at protecting investors and minority shareholders in public joint stock companies.

Keywords: Concealed Gain, Concealed Gain Transfer, Prohibition Of Concealed Gain Transfer, Public Joint Stock Company, Capital Market.

MEVCUT BİR BORÇ İÇİN KAMBİYO TAAHHÜDÜNDE BULUNULMASINDAN KAYNAKLANAN SORUNLAR

Aytekin ÇELİK[1]

Öz

Kambiyo taahhüdünde bulunulması, bir kimsenin kambiyo senetlerinde borç altına girmesini ifade eder. Buna göre poliçe, bono ve çek düzenlenmesi, poliçenin muhatap tarafından kabul edilmesi, kambiyo senedi içerisinde yer alan hakkın ciroyla devredilmesi ve kambiyo senedinden kaynaklanan borç için aval verilmesi kambiyo taahhüdü niteliğindedir.

Kambiyo taahhüdünde bulunulmasının sonuçları, hangi amaçla kambiyo taahhüdünde bulunulduğuna göre farklı şekillerde karşımıza çıkar. Bu çerçevede mevcut bir borcun ifası için, mevcut bir borca teminat sağlamak için veya kredi sağlamak amacıyla kambiyo taahhüdünde bulunulabilir.

Mevcut bir borcun ifası amacıyla kambiyo taahhüdünde bulunulduğu durumlarda aksi kararlaştırılmamışsa ifa amacıyla edimden söz edilir. Dolayısıyla kambiyo taahhüdünde bulunulması aksi belirtilmemişse temel ilişkiden kaynaklanan borcun yenilendiği anlamına gelmez. Bu durumda birbirinden bağımsız iki ayrı talep hakkı ortaya çıkar. Söz konusu durumda temel borç ilişkisi ortadan kalkmadığından alacağa ilişkin ayni ve şahsi teminatlar da varlığını sürdürür. İfa amacıyla kambiyo taahhüdünde bulunulan durumlarda alacaklının öncelikle kambiyo taahhüdüne ilişkin talep hakkına başvurması gerekli olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde hakim görüş bu duruma alacaklının talep haklarından istediğine başvurabileceği yönündedir. Yargıtay kararları da bu yöndedir. Ancak kanaatimizce bu durumda alacaklının öncelikle kambiyo taahhüdüne ilişkin talep hakkına başvurması gerekir. Zira ifa amacıyla yapılan edimin paraya çevrilerek tahsili mümkün olduğu sürece temel borç ilişkisine başvurulması mümkün değildir. Dolayısıyla kambiyo taahhüdüne ilişkin talep hakkının vadesi gelmeden temel borç ilişkisine ilişkin talep hakkına başvurulması mümkün değildir. Kambiyo taahhüdüne ilişkin talep hakkının kullanılması neticesinde alacak tahsil edilmişse hem temel ilişkiden hem de kambiyo taahhüdünden kaynaklanan borç sona erer. Bu durumda temel borç ilişkisinden kaynaklanan alacak tamamen ödenmemişse borçlu bakiye kısımdan sorumlu kalmaya devam eder. Aynı şekilde temel ilişkiden kaynaklanan alacaktan fazla bir bedel tahsil edilmişse bu kısmın borçluya iade edilmesi gerekir.

Buna karşılık kambiyo taahhüdünden doğan talep hakkı yerine temel ilişkiye ilişkin talep hakkı kullanıldığında kambiyo senedinin kambiyo taahhüdüne ilişkin talep haklarının kullanılmasının mümkün bir şekilde (zedelenmeden) borçluya geri verilmesi gerekir. Bu sebeple mevcut bir borcun ifası amacıyla kambiyo taahhüdünde bulunulduğunda alacaklının (söz konusu kambiyo senedinde yer alan hakkı devretmediği durumlarda) kambiyo senedini süresi içerisinde ödenmek için ibraz etmesi, senet bedelinin ödenmemesi durumunda da süresi içerisinde söz konusu durumu tespit ettirmesi ve zamanaşımı süresi içerisinde takip veya dava yoluna başvurması gerekir. Müracaat hakkının kaybedilmesi, senetten doğan hakların zamanaşımına uğrama vb. sebeplerle senet zedelenmişse, borçlu zedelenmeden kaynaklanan zararını alacaklıya karşı defi olarak ileri sürebilir.

Mevcut bir borcun ifası için kambiyo taahhüdünde bulunulduğu durumlarda taraflar söz konusu durumun yenileme anlamına geldiğini de kararlaştırabilirler. Bu durumda alacaklı sadece kambiyo taahhüdünden kaynaklanan talep hakkını ileri sürebilir.

[1] KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (aytekincelik@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-4943-8156)

PROBLEMS ARISING FROM AN COMMITMENT TO EXCHANGE FOR AN EXISTING DEBT

Abstract

Commitment to exchange means that a person becomes indebted in bills of exchange. Accordingly, the issuance of policies, bills and checks, the acceptance of the policy by the addressee, the transfer of the right in the bills of exchange with endorsement, and the issuance of avalue for the debt arising from the bills of exchange are in the nature of a commitment to exchange.

The consequences of commitment to exchange appear in different ways depending on the purpose for which the commitment to exchange was made. In this context, a commitment to exchange can be made for the fulfillment of an existing debt, to provide security for an existing debt or to provide credit.

In cases where a commitment to exchange is made in order to fulfill an existing debt, the performance is mentioned for the purpose of performance unless otherwise agreed. Therefore, commitment to exchange does not mean that the debt arising from the primary liability relation is renewed, unless otherwise specified. In this case, two independent claims arise. In this case, since the primary liability relation is not eliminated, in-kind and personal guarantees regarding the receivables also continue to exist. In cases where a commitment to exchange is made for the purpose of performance, it is controversial in the doctrine whether the creditor should first apply for the right to demand for the foreign exchange commitment. The prevailing view in the doctrine is that the creditor can apply whatever he wants from his claims. The decisions of the Supreme Court are in this direction. However, in our opinion, in this case, the creditor should first apply for the right to demand the commitment to exchange. Because it is not possible to apply to the primary liability relation as long as it is possible to convert the performance made into money. Therefore, it is not possible to apply for the right to demand the primaryliability relation before the right to demand the commitment to exchange is due. If the receivable is collected as a result of the exercise of the right to demand for the commitment to exchange, the debt arising from both the primary liability relation and the commitment to Exchange ends. In this case, if the debt arising from the underlying debt relationship has not been fully paid, the debtor remains responsible for the remaining portion. Likewise, if an excess amount has been collected from the debt arising from the primary liability relation, this part must be returned to the debtor.

On the other hand, when the right to demand the primary liability relation is used instead of the right to demand arising from the commitment to exchange, the use of the demand rights related to the commitment to exchange should be returned to the debtor in a possible (without damage) way. For this reason, when a commitment is made in order to fulfill an existing debt, the creditor (in cases where the right in the said bills of exchange does not transfer the right) should submit the bill to be paid in due time, if the bill amount is not paid, the situation in question is determined within the period of time, and the prosecution or action within the prescription period. must apply. Loss of application right, limitation of rights arising from the deed, etc. If the deed is damaged due to reasons, the debtor can claim the damage caused by the damage against the creditor.

In cases where a commitment to exchange is made for the fulfillment of an existing debt, the parties may also agree that the said situation means renewal. In this case, the creditor can only claim the right to claim arising from the commitment to exchange.

POZİSYON MARKALARI

Begüm KAYA[1]

Öz

6769 s. SMK m. 4 sicilde gösterilebilir olmak kaydıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçiminin marka olarak tescil edilebildiği hükmolunmuştur. Ancak marka olabilecek işaretler SMK m. 4'te sayılan işaretlerle sınırlı değildir. Bu işaretlerin yanı sıra doktrinde birçok işaretin sicilde gösterilebilir olması ve ayırt edicilik taşıması şartıyla marka olarak tescil edilebileceği kabul edilmiştir. 556 S. KHK'den farklı olarak işaretin tescil edilebilirliği için çizimle gösterilme şartı kaldırıldığı için, elektronik ortamda gösterilebilir olan işaretler de marka olarak tescil edilebilmektedir. Böylece geleneksel olmayan birçok işaret marka olarak tescil edilebilir kabul edilmiştir. Geleneksel olmayan bu markalara örnek olarak hareket markası, hologram markası gösterilebilir. Pozisyon markaları da geleneksel olmayan markalar kategorisindedir. Pozisyon markası, AB hukukuna ilk defa 2017/1431 sayılı Uygulama Tüzüğü'nün 3. maddesinde düzenlenerek dahil edilmiştir. İlgili düzenlemede pozisyon markası tanımlanmış ve başvuruların nasıl yapılması gerektiğine dair bilgi verilmiştir. Hukukumuzda ise benzer bir düzenleme ne SMK'de ne de SMK Uygulama Yönetmeliği'nde bulunmaktadır. Ancak Türk Patent ve Marka Kurumu (TürkPatent) tarafından yayımlanan Marka İnceleme Kılavuzunda pozisyon markası tescil edilebilecek işaretler arasında sayılmıştır. Söz konusu Kılavuz'da Tüzük ile uyumlu bir şekilde pozisyon markası "işaretin özel bir şekilde ürünün üzerine yerleştirilmesi veya eklenmesiyle oluşturulan markalar" şeklinde tanımlanmıştır. Pozisyon markasında ayırt edicilik işaretin iliştiği konum ve şekli ile sağlanmaktadır. Tescil edilmiş pozisyon markasına örnek, Prada ayakkabılarının arka topuk kısmında bulunan kırmızı şerit örnek verilebilir.

Hukukumuzda pozisyon markasının tescil edileceği kabul edilse de pozisyon markasına ilişkin sorunlar, şekil markasından ayrılması ve ayırt edicilik şartının sağlanıp sağlanmadığı ve tescil edilebilirliği ABAD, EUIPO ve UKIPO nezdinde tartışmalara konu olmuştur. Çalışmamızda da pozisyon markaları özellikle bu kurumlar tarafından verilen kararlar doğrultusunda sınırlandırılacak ve incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Marka, Pozisyon Markası, Tescil Edilebilir İşaret, Ayırt Edicilik

[1] Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku A.B.D. Araştırma Görevlisi, https://orcid.org/0000-0001-6261-9616, begumkaya@erbakan.edu.tr

POSITION MARKS

Abstract

According to 6769 numbered Turkish Industrial Property Law (IPL) Art. 4, it has been decided that words, figures, colors, letters, numbers, sounds, including personal names, and the shape of the goods or their packaging can be registered as trademarks. However, signs that could be registered as trademark are not limited to the signs counted in Art. 4. In addition to these signs, it has been accepted in the doctrine and practice that many signs can be registered as trademarks if they can be shown in the registry and have distinctiveness. Unlike the Decree Law No. 556, since the requirement of showing with a drawing is removed for the registration of the sign, the signs that are displayed electronically can be registered as trademarks. Thus, many non traditional signs are can to be registered as trademarks. Motion marks, hologram marks can be shown as examples of these non-traditional brands. Position brands are also in the category of non-traditional brands. Position mark has been included in EU law for the first time in Article 3 of EU Regulation 2017/1431. In this Regulation, the position mark was defined and information was given on how the applications should be made. In Turkish Law, there is a similar regulation neither in the IPL nor in the IPL Implementation Regulation. However, in the Trademark Examination Guide published by the Turkish Patent and Trademark Office (TürkPatent), the position mark is considered among the marks that can be registered. In the aforementioned Guide, in accordance with the EU Regulation, the position mark is defined as "themarks created by placing or adding the mark on the product in a special way". Distinctiveness in the position mark is provided by the position and shape of the mark which is affixed to product. An example of a registered position mark is the red stripe on the back heel of Prada shoes.

Although it is accepted that the position mark will be registered in our law, the problems related to the position mark, the separation from the shape mark and whether the distinctiveness requirement is met and its registrability have been the subject of discussions before ABAD, EUIPO and UKIPO. In our study, position marks will be limited and examined especially in line with the decisions made by these institutions.

Keywords: Trademark, Position Marks, Signs That Can Be Registered As Trademarks, Distinctiveness

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK

YABANCI DİLDE YAPILAN TAHKİM ANLAŞMALARININ 805 SAYILI KANUN VE YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Rahmi KOPAR[1]

Öz

805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun, 1926 yılında kabul edilmiş ve halen yürürlükte olan, geniş etki alanına sahip bir kanundur. Dönemin meclis tutanakları incelendiğinde kanunun çıkarılma gerekçesinin Türkçeyi korumak ve Türkçe konuşan ahalinin iş imkanlarını artırmak olduğu görülebilecektir. Yalnızca dokuz maddeden oluşan bu kanuna göre Türk tabiiyetindeki şirketler Türkiye dahilindeki her nevi işlem, sözleşme ve haberleşmelerini Türkçe yapmak; hesap ve defterlerini de Türkçe tutmak mecburiyetindedirler. Yabancı şirketler içinse bu mecburiyet yalnızca Türk tabiiyetinde olan kişilerle yaptıkları hukuki işlemler ve resmi makamlara sunmak durumunda oldukları evrak ve defterler için mevcuttur.

Bu kanun son yıllarda sıklıkla gündeme gelmeye başlamıştır ve özellikle tahkim anlaşmaları bakımından bir belirsizlik doğurmaktadır. Kanunun uygulanması esnasında karşılaşılan sorunlardan birisi 'Türkiye dahilinde' ibaresinden ne anlaşılması gerektiğidir. Sözleşmenin fiilen kurulduğu yer mi yoksa sözleşmenin ifa edileceği yer mi anlaşılmalıdır? Bu konuda öğretide bir görüş birliği olmamakla birlikte 'Türkiye dahilinde' ibaresinden hiçbir şekilde yabancılık unsuru taşımayan sözleşmelerin anlaşılması gerektiği görüşü bu çalışmanın da benimsediği yaklaşımdır. Bir diğer sorun ise kanunun yabancı şirketleri düzenleyen 2. maddesinde 'sözleşme' ibaresinin bulunmuyor olmasından kaynaklanmaktadır. Yabancı şirketlerin Türk tabiiyetindekilerle yaptıkları sözleşmeler Türkçe mecburiyetinin dışında mı bırakılmıştır, yoksa bu maddede yer alan 'hukuki işlem' ibaresi sözleşmeleri de kapsamakta mıdır? Bu çalışmada öncelikle bu sorunlar ele alınacak ve açıklığa kavuşturulacaktır.

Sonrasında ise 805 sayılı kanun, tahkim anlaşmaları özelinde değerlendirilecektir. Bu kanunun milletlerarası tahkim anlaşmaları yönünden ve yabancılık unsuru taşımayan, tüm yönleriyle Türkiye ile alakalı tahkim anlaşmaları bakımından incelemesi yapılacaktır. Yargıtay'ın bu kanunun uygulanmasıyla ilgili son yıllarda verdiği birtakım kararları bulunmaktadır ve bunların bazıları da çelişen yaklaşımlar içermektedir. Bu çalışmada diğerlerine ek olarak 2020 yılının Ekim ve Kasım aylarında Yargıtay tarafından tahkim anlaşmalarıyla ilgili verilmiş iki güncel kararın değerlendirmesi de yapılacak ve bundan sonra 805 sayılı kanun ile ilgili nasıl bir yol izlenmesi gerektiği yönünde görüşler ifade edilecektir.

***Anahtar Kelimeler**: Tahkim Anlaşması, Milletlerarası Tahkim Anlaşması, 805 Sayılı Kanun, Yabancı Dilde Sözleşme, Türkçe Kullanma Mecburiyeti*

[1] Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, rkopar@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-6854-0001

A REVIEW OF ARBITRATION AGREEMENTS CONDUCTED IN FOREIGN LANGUAGES IN LIGHT OF LAW NO.805 AND THE COURT OF CASSATION DECISIONS

Abstract

The Law No.805 on the Mandatory Use of Turkish in Economic Enterprises was enacted in 1926 and is still in force with a far-reaching impact on many legal transactions. If the Parliamentary minutes prior to the enaction are reviewed, it can be seen that the reason underlying this Law was mainly to protect Turkish language and to increase the employability of the Turkish speaking public. This law consists of only nine articles and according to these, companies and enterprises of Turkish nationality must use Turkish in all their transactions, contracts, and correspondence conducted 'within Turkey' and also keep their accounts and books in Turkish. Foreign companies must follow this requirement only if the other party is a Turkish national or for the documents they will submit to official authorities.

This Law has become a hot topic recently and it creates uncertainty especially for arbitration agreements. One of the problems that arise from the application of the Law is the question of what to understand from 'within Turkey' phrase. Should the place of contract or the place of performance be understood from this phrase? Even though there is no consensus on this matter in the literature, the view which propounds that only the contracts that bear no foreign element should be understood from this phrase will be followed by this work as well. Another problem is related to the 2nd Article which regulates the foreign companies. The text does not include a reference to 'contracts' here. This brings the question whether the 'contracts' that foreign companies conclude with Turkish nationals were left out of the scope of this article on purpose or whether the 'transaction' term covers the contracts as well? These issues will primarily be discussed and clarified.

Thereafter, Law No.805 will be analysed within the context of arbitration agreements. The language requirement for international arbitration agreements and domestic arbitration agreements will be reviewed separately. There are several decisions delivered by the Court of Cassation on this matter in recent years, some of which include contradicting views as well. In addition to the previous decisions, two recent ones delivered in October and November 2020 will be reviewed in-depth. Also, this study will include views on how to approach the Law No.805 henceforth.

Keywords: Arbitration Agreements, International Arbitration Agreements, Law No.805, Contract in Foreign Languages, Mandatory Use of Turkish

ULUSLARARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMAN SÖZLEŞMESİNİN AÇIKLANMASI

Süleyman Yasir ZORLU[1]

Öz

Uluslararası tahkim, uluslararası ticaret ve yatırım hukukuna ilişkin sözleşmelerde taraflarca öncelikle tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Tahkimin uyuşmazlıkları çözme konusunda tercih edilmesini destekleyen önemli özellikleri söz konusudur. Fakat bu özelliklerinin yanı sıra uluslararası tahkim, masraflar ve maliyet açısından uyuşmazlığın taraflarına maddi külfetler oluşturmaktadır. Bu durumun sonucu olarak taraflar tahkim sürecinin getireceği maddi yükümlülükler konusunda finansman arayışına girmektedir. Bu ihtiyaca binayen çeşitli ülkelerde devlet yargılamalarında kullanılan "üçüncü kişi finansmanı" yöntemi uluslararası tahkimde de yer bulmaya başlamıştır.

Üçüncü kişi finansmanı, genellikle davacı tarafın haklı ve güçlü olduğunu düşündüğü davasının, davacının maddi zorluklar ya da mali politikaları nedeniyle, üçüncü bir kişi olan finansman şirketi tarafından desteklenmesini talep etmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu süreçte finansmanın sağlanması için taraflar arasında bir sözleşme yapılacak ve bu sözleşmeyle birlikte üçüncü kişi finansmanı sürece dahil olacaktır. Fakat taraflar arasında akdedilen bu sözleşme, tarafların ötesinde tahkimdeki diğer aktörleri de etkileyecektir. Finansman sözleşmesinin tahkimin işleyişi ve hakem seçimleri gibi konulara dair etkisi nedeniyle bu sözleşmenin tahkim esnasında sözleşme tarafı olmayan ilgili kişilerle paylaşılması tartışma konusu haline gelmiştir. Bu bağlamda, finansman sözleşmesinin açıklanması hakemlerin seçimi ve menfaat çatışması konusunu doğrudan etkileyecektir. Ayrıca, hakem heyetinin davacıdan teminat gösterilmesi kararı, finansman sözleşmesinin varlığına bağlı olarak değişiklik gösterecektir. Aynı zamanda, finansman sözleşmesinin açıklanması davacının sağlam bir dava hazırlığı içerisinde olduğunu gösterecek ve böylece tahkimin seyri bu durumda etkilenecektir. Fakat, uluslararası ticari tahkim ve yatırım tahkiminde bu konuya ilişkin çalışmalar ve kurallar henüz gelişme göstermektedir. Bu gelişmeler çerçevesinde açıklama yapma zorunluluğu ve açıklamanın kapsamı gibi konular belirlilik kazanacaktır.

Bu bağlamda, tebliğde öncelikle uluslararası tahkimde üçüncü kişi finansmanı konusu genel olarak ele alınacaktır. Daha sonrasında, finansman sözleşmesinin açıklanmasının sonuçları ve etkileri uluslararası ticari tahkim ve yatırım tahkimi bakımından incelenecektir. Ayrıca tahkimde üçüncü kişi finansmanı konusuna dair kanun ve kurallar değerlendirilecektir. Son olarak, finansman sözleşmesinin açıklanması meselesine ilişkin öneriler ortaya konacaktır.

Anahtar kelimeler: Tahkim, Üçüncü Kişi Finansmanı, Menfaat Çatışması, Teminat

[1] Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, syzorlu@fsm.edu.tr

DISCLOSURE OF THIRD PARTY FUNDING AGREEMENT IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Abstract

International arbitration is a dispute resolution method preferred by the parties primarily in contracts regarding international trade and investment law. There are important features that support arbitration being preferred in resolving disputes. However, in addition to these features, international arbitration creates financial burdens on the parties to the dispute in terms of costs and expenditure. As a result of this, the parties seek funding for the financial obligations to be brought by the arbitration. In that respect, the method of "third party funding" used in litigation in various countries has also started to find a place in international arbitration.

Third party funding is usually the result of the plaintiff's claim to be supported by a third party funding company, due to financial difficulties or financial policies of the plaintiff. In this process, a contract will be made between the parties to provide funding and third party funding will be included in the process with this contract. However, this contract concluded between the parties will affect other actors in the arbitration. Due to the effect of the funding agreement on matters such as the functioning of the arbitration and the appointment of arbitrators, it has become a matter of discussion to disclose this agreement with the relevant persons who are not contracting parties. In this context, disclosure of the funding agreement will directly affect the appointment of arbitrators and the issue of conflict of interest. In addition, the decision of the arbitral tribunal to provide security for costs from the plaintiff will vary depending on the existence of the funding agreement. At the same time, disclosure of the funding agreement will show that the plaintiff has a strong case and thus the course of the arbitration will then be affected. However, studies and rules on this issue are still developing in international commercial and investment arbitration. Within the framework of these developments, issues such as the obligation to disclose and the scope of the disclose will become definite.

In this context, the issue of third party funding in international arbitration will be discussed in general in this paper. Afterwards, the results and effects of the disclosure of the funding contract will be examined in terms of international commercial arbitration and investment arbitration. In addition, laws and rules regarding third party funding in arbitration will be evaluated. Finally, recommendations will be put forward on the issue of disclosure of the funding agreement.

Keywords: Arbitration, Third Party Funding, Conflict of Interest, Security for Costs

İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ EĞİTİMİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sevgi DURSUN ATEŞ[1]

Öz

İş kazaları ve meslek hastalıkları tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de çalışma yaşamının en önemli sorunlarındandır. Konuyla ilgili iş mevzuatımızda kapsamlı düzenlemeler yapılmış olmasına rağmen iş ilişkisinin tarafları bakımından gerçek bir iş sağlığı ve güvenliği kültürü oluşamamıştır. Toplumsal kültürün iş güvenliği kültüründe önemli etkileri bulunmaktadır. Bu nedenle iş sağlığı ve güvenliği konusunda bilincin öncelikle bireyler bakımından oluşturulması gerekir. Eğitim, iş kazalarının önlenmesinin, iş sağlığı ve güvenliği meselelerinin çözümünün ilk adımı ve işverenlerin en önemli görevlerindendir. Çalışma yaşamındaki sağlık ve güvenliğe ilişkin olumsuzlukların giderilmesi için iş sağlığı ve güvenliği konusunda çalışanların eğitilmesi oldukça önemlidir. İş sağlığı ve güvenliği eğitimleri; çalışanların fiziksel ve ruhsal sağlıklarının korunması, işverenlerin iş ve işyeriyle ilgili kayıplarının engellenmesi ve iş ilişkisinin taraflarının çalışma yaşamındaki varlıklarının devamlılığı bakımından en etkili yöntemlerdendir. Özellikle iş sağlığı ve güvenliği kültürünün oluşumunda eğitimin rolü büyüktür.

İşverenin işçilerini koruma ve gözetme borcu kapsamındaki yükümlülüklerinden birisi de iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasıdır. İşveren, işçinin yaşamının, sağlığının ve beden bütünlüğünün korunması için işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlayacak önlemler almak mecburiyetindedir. İşverenin iş sağlığını ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak ve araç ve gereçleri noksansız bir biçimde bulundurmak zorunda olduğu düzenlenmiştir. 2012 yılında yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda iş sağlığı ve güvenliği alanına ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilerek tüm çalışanlar Kanun kapsamına alınmış ve işverenlere iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önemli yükümlülükler öngörülmüştür. Kanun'un 4. maddesinde işverenin genel yükümlülükleri hüküm altına alınarak işle ilgili sağlık ve güvenliği sağlamakla ve meslek risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dahil her türlü tedbiri almakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. İşverenin genel yükümlülükleri kapsamındaki kimi yükümlülüklerinden bir kısmı özellik taşıdığından ayrı maddelerde daha geniş olarak yer almıştır. İşverenin bu yükümlülüklerinden birisi de çalışanların eğitilmesi olup Kanun'un 17.maddesinde düzenlenmiştir. "Çalışanların Eğitimi" başlıklı 17. maddenin birinci fıkrasında; işverenin, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini almasını sağlamak zorunda olduğu, bu eğitimin özellikle; işe başlamadan önce, çalışma yeri veya iş değişikliğinde, iş ekipmanının değişmesi halinde veya yeni teknoloji uygulanması halinde verileceği, ayrıca eğitimlerin değişen ve ortaya çıkan yeni risklere uygun olarak yenileneceği, gerektiğinde ve düzenli aralıklarla tekrarlanacağı; mesleki eğitim alma zorunluluğu bulunan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde, yapacağı işle ilgili mesleki eğitim aldığını belgeleyemeyenlerin çalıştırılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Çalışanlara verilecek iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin usul ve esasları ise Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile düzenlenmiştir.

İşveren tarafından verilmesi gereken eğitimler, iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenebilmesi için oldukça önemlidir. Nitekim, işyerindeki disiplinin ve güven ortamının sağlanması ve iş verimliliğinin artırılması için çalışanların niteliğine özgü iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin verilmesi icap eder. İş sağlığı ve güvenliği konusunda bir bilinç oluşturulmasının en etkili yolu çalışanlara iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri verilmesi ile sağlanır. Ayrıca işveren, çalışanlarını işle ilgili risklere karşı korumalı ve bu riskleri önlemelidir. Çalışanların işyerindeki riskler ve riskler karşısında alınacak önlemler hakkında eğitilmesiyle iş güvenliği bilinci oluşacaktır. Böylelikle ortaya çıkabilecek iş kazası veya meslek hastalığına ilişkin risklerin en aza indirilmesi sağlanmış olacak yahut iş kazası ve meslek hastalığı gerçekleşmeden engel olunabilecektir. Bunun sağlanabilmesi ise iş sağlığı ve güvenliği politikalarının tam ve doğru bir biçimde uygulanması ile mümkündür.

[1] Dr. Öğr. Üyesi; Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet MYO., sevgi@selcuk.edu.tr, ORCID: 0000-0002 3259-9180.

İş sağlığı ve güvenliği bilincinin oluşturularak iş kazalarının ve meslek hastalıklarının önlenmesinde eğitimin rolü oldukça büyüktür. Etkili farkındalık kapsamlı bir eğitim ile başlar. İşveren, her çalışanın güvenlik ve sağlık eğimi almasını sağlamalıdır. Çalışmamızda, işverenin iş sağlığı ve güvenliği eğitimi verme yükümlülüğü 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: *İş sağlığı ve güvenliği, işverenin yükümlülüğü, iş sağlığı ve güvenlği eğitimi, iş kazası ve meslek hastalığı, 6331 sayılı Kanun.*

OBLIGATION OF THE EMPLOYER TO PROVIDE OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY TRAINING

Abstract

Occupational accidents and occupational diseases are among the most important problems of working life in our country as in the world. Although comprehensive regulations have been made in our relevant labour legislation on this issue, a true occupational health and safety culture could not occured in terms of the parties to the labour relationship. Social culture has important impacts on occupational safety culture. Hence, awareness of occupational health and safety should be created primarily from the point of view of individuals and it must therefore stimulate awareness of them. Training is the first step and the most important precaution to be taken in the prevention of occupational accidents and the solution of occupational health and safety issues. And training is also one of the most important tasks to be carried out by employers. It is very important to train workers on occupational health and safety in order to eliminate the negative impacts regarding health and safety in working life. Occupational health and safety training is one of the most effective methods in terms of protecting the physical and mental health of workers, preventing employers' diminutions related to work and workplace, and maintaining the existence of the parties of the business relationship in working life. Especially, it could not be ignored the role of education in the evolution of occupational health and safety culture.

Employers have various obligations with regard to protect and supervise the workers. One of the obligations of the employer is to ensure the occupational health and safety.The employer shall take precautions to ensure the occupational health and safety in the workplace in order to protect the life, health and bodily integrity of the worker. It is stated in article 417 of the Turkish Law of Obligations that employer has a duty to ensure the occupational health and safety of workers in every aspect related to work. It is stated in the second paragraph of article 417 that the employer shall take all necessary precautions to ensure the occupational health and safety in the workplace and provide tools and materials completely. The Occupational Health and Safety Law numbered 6331, which was enacted in 2012, shall apply to all works and workplaces in both public and private sector, employers of these workplaces and their representatives, all workers including apprentices and interns regardless of their field of activity. The law envisaged significant obligations for employers regarding occupational health and safety. It is stated in the article 4 of the Occupational Health and Safety Law entitled general obligation of the employer that the employer shall have a duty to ensure the safety and health of workers in every aspect related to the work. And in this respect, the employer shall take the measures necessary for the safety and health protection of workers, including prevention of occupational risks and provision of information and training. Some of the employer's obligations under its general obligations were more broadly entered in separate articles, as they were features. Training of the workers is one of these obligations of the employer and it is issued in the article 17 of the Occupational Health and Safety Law numbered 6331. It is stated in the first paragraph of article 17 entitled training of workers that the employer shall ensure that each worker receives safety and health training. This training shall be provided on recruitment, in the event of a transfer or a change of job, in the event of a change in equipment or introduction of any new technology and the training shall be adapted to take account of new or changed risks and repeated periodically if necessary. Paragraph is also ensured that the workers failing to present documents to prove that they have received vocational training on their job might not be employed in jobs classified as hazardous and very hazardous which require vocational training. The procedures and principles of the occupational health and safety training to be given to workers was enacted by the regulation on the Principles and Regulations for Occupational Health and Safety Training of Employees. The purpose of this regulation is to regulate the occupational health and safety training to be given to employees.

Training that should be given by employers is very important in order to prevent occupational accidents and occupational diseases. Hence, occupational health and safety trainings specific to the qualifications of the workers have been required in order to ensure discipline and an environment of trust in the

workplace and to raise labour productivity and efficiency. Safety and health training of workers is the most effective way to raise awareness about occupational health and safety. Besides, employers must prevent and protect workers from occupational risks. Occupational safety awareness will be arised by training workers about the risks and measures to be taken against the risks in the workplace. Thus, the risks regarding to occupational accidents or occupational diseases that may arise would be reduced or it could be prevented before the occurrence of occupational accidents and diseases. This can only be achieved by absolutely and accurately implementing occupational health and safety policies.

Training has a great importance in preventing occupational accidents and occupational diseases by raising awareness of occupational health and safety. Effective awareness starts with comprehensive training. The employer shall ensure that each worker receives safety and health training. In our study, the employer's obligation to provide occupational health and safety training will be discussed within the scope of the Occupational Health and Safety Law numbered 6331 and related legislation.

Keywords: Occupational Health And Safety, Obligation Of The Employer, Occupational Health And Safety Training, Occupational Accident And Occupational Disease, Law Numbered 633.

İŞÇİNİN MÜŞTERİYE YÖNELİK TUTUM VE DAVRANIŞLARI NEDENİ İLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN FESHEDİLMESİ

Baki Oğuz MÜLAYİM[1]

Öz

İşyerinin itibarı, işveren açısından çok önemlidir. İşveren açısından önemli olan diğer bir önemli husus ise işyerinde çalışma barışının sağlanması ve sürdürülmesidir. İşçilerin, kendi aralarında ve işveren ile uyum içerisinde çalışmaları gerekmektedir. Bununla birlikte belirli sektörlerde ya da yaptığı görev itibarı ile bazı işçilerin, müşterilere yönelik tutum ve davranışları da işyerinin itibarı ile çalışma barışı açısından öne çıkar.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 396. maddesi gereğince işçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatlerinin korunmasında sadakat borcuna uymakla yükümlüdür. Sadakat borcu, işçinin, sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, işverenin şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermemesini gerektirir. Ayrıca işçi, sözleşmede öngörülen amacı tehlikeye atabilecek ve karşılıklı güveni zedeleyebilecek her türlü davranıştan da kaçınmalıdır.

4857 sayılı İş Kanununun 25. maddesinin ikinci bendinde, ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan haller sıralanıp, belirtilen durumlar ile benzerlerinin, işçi tarafından yapılması halinde, işverenin, iş sözleşmesini, haklı nedenle feshetme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Maddenin (e) alt bendinde ise işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan işçi davranışlarının da işçinin iş sözleşmesinin feshinde işveren açısından haklı neden teşkil ettiği belirtilmiştir. Bu bakımdan haklı nedenle fesih hakları, belirli haller ile sınırlı sayıda olmayıp, genel olarak işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturan söz ve davranışları da işverene fesih hakkı verir.

Bazı durumlarda, işçinin müşterilere yönelik tutum ve davranışları iş sözleşmesinin feshi açısından, geçerli bir neden olarak da kabul edilebilir. Zira bu durumların varlığı halinde, iş sözleşmesinin, işveren tarafından sürdürülmesi beklenmez. Bu durumlar, iş sözleşmesinin feshi açısından haklı bir neden teşkil etmemekle birlikte, işyerlerinde, işin görülmesini, önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir.

Anahtar Kelimeler: Müşteriye Sataşma, Müşteri, İş Sözleşmesinin Feshi, Ahlâk ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Haller, Haklı Nedenle Fesih.

[1] Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Dr. Öğretim Üyesi, bmulayim@erbakan.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5472-8414.

TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT BY THE EMPLOYER DUE TO THE ATTITUDES AND BEHAVIORS OF THE EMPLOYEE TO THE CUSTOMER

Abstract

The reputation of the workplace is very important for the employer. Another important issue for the employer is also the establishment and maintenance of work peace in the workplace. The employees have to work in harmony with each other and with the employer. However, it is also in certain sectors or as a result of their duties, the attitudes of some employees towards customers also stands out in terms of work peace with the reputation of the workplace.

In pursuance of article 396 of the Turkish Code of Obligations numbered 6098, the employee is obliged to do his job carefully and to comply with the duty of loyalty in protecting the rightful interests of the employer. The duty of loyalty obligation requires the employee, in the performance of the employee's debts arising from the contractual relationship, not to harm the employer's person, property and other legally protected assets. The employee must also refrain from any behavior that may endanger the purpose stipulated by the contract and undermine mutual trust.

In the second paragraph of article 25 of the Labor Law numbered 4857, the situations that do not comply with the rules of morality and goodwill are listed and it is regulated that the employer has the right to terminate the employment contract for a just cause in case the specified situations and similar situations are made by the employee. In the sub-clause (e) of the article, it is stated that acts those do not accord with the honesty and faithfullness such as abusing with the trust of the employer, stealing, disclosure of the trade secrets of the employer consitutes a just cause for the employee to terminate the employment contract. In this respect, the right to terminate for a just cause is not limited to certain situations, and generally, the words and the behaviors that are contrary to the duty of loyalty of the employee also give the employer, the right to terminate.

In some cases, the attitudes and behaviors of the employee to the customer may also be accepted as a valid reason for termination of the employment contract. Because, in the presence of these cases, the employment contract should not be expected to be maintained by the employer. Although these situations do not constitute a just cause for the termination of the the employment contract, they are the reasons that significantly affect adversely the performance of the work in the workplaces.

Keywords: Bullying The Customer, Customer, Termination Of Employment Contract, The Situations Not Comply With The Rules Of Morality And Goodwill, Termination By Just Cause.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İHBAR TAZMİNATI

Hasan KAYIRGAN[1]

Öz

İş sözleşmesinin haklı nedene dayanmadan feshedilmesi halinde fesheden taraf işçinin kıdemine göre belirli bir süre önceden iş sözleşmesinin feshedildiğini karşı tarafa bildirmekle yükümlüdür (İş K. m. 17). Bu amaçla işverenin hemen işçi bulma, işçinin de işsiz kalma riski kısmen bertaraf edilmek istenmiştir. Bu itibarla bildirimli fesih belirsiz süreli ve sürekli iş sözleşmelerinde başvurulabilen ve sözleşmeyi belirli bir süre geçtikten sonra sona erdiren bir irade beyanıdır. Görüldüğü üzere taraflarca iş ilişkisinin devamının çekilmez hale geldiği 24 ve 25. maddeler haricinde sözleşmeyi fesheden tarafın bildirim sürelerine uyması gerekir. İş sözleşmesinin haklı neden dışında feshedildiği her halde bildirim süreleri tanınması gerektiğinden geçerli nedenle fesih halinde de bildirim sürelerine uyarak iş sözleşmesi feshedilmelidir.

İş Kanununun 17. maddesi uyarınca bildirim süreleri;

- İşi altı aydan az sürmüş olan işçi için iki hafta;
- İşi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için dört hafta;
- İşi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için altı hafta;
- İşi üç yıldan fazla sürmüş işçi için sekiz haftadır.

4857 sayılı İş Kanunu m. 24 ve 25'te sayılan hallerin dışındaki bir nedenle iş sözleşmesinin feshedilmesi ve m. 17'de aranan bildirim sürelerine uyulmaması halinde ise yine m. 17 uyarınca ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü öngörülmüştür. Ancak anlaşıldığı üzere bildirimsiz fesih hakkı tanıyan m. 24 ve 25'e dayanarak yapılan fesihlerde m. 17 uyarınca öngörülen sürelere itibar etmeden iş sözleşmesinin feshedilmesi mümkündür. Bununla beraber haklı fesih sebebi bulunmakla birlikte, işçi ya da işverenin 26. maddede öngörülen hak düşürücü süre geçtikten sonra fesih yoluna gitmeleri durumunda bildirim sürelerine uyulması şarttır. Ayrıca İhbar süreleri bölünemez kuralı uyarınca 17. maddede yer alan sürelerin tam olarak uygulanması gerekir. Bu bağlamda asgari olarak belirlenen bu sürelerin altında bir süre önce iş sözleşmesinin feshedildiğini bildiren taraf bildirim sürelerine hiç uymadan iş sözleşmesini feshetmiş sayılır.

İşK.17/4'de usulsüz fesih halinde, bildirim sürelerine uymayan tarafın bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarınca karşı tarafa tazminat ödemek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Bu tazminata öğretide *ihbar tazminatı* adı verilmektedir.

İhbar tazminatının miktarı "bildirim süresine ait ücret" olarak belirlenmiştir. İhbar tazminatının hesabında, ücrete ek olarak, işçiye sözleşme veya kanun gereğince sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün çıkarların brüt tutarı dikkate alınır. Ancak ihbar tazminatının miktarı iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile artırılabilir. Bildirim sürelerinin sözleşme ile artırılması halinde, ihbar tazminatının hesabında da sözleşmede öngörülen bildirim süreleri esas alınır. Bu nedenle işçiye asıl ücretinde yanında sosyal yardım niteliğinde ödenen para veya para ile ölçülebilir menfaatler de giydirilmiş brüt ücretin hesabında dikkate alınacaktır. Ancak bir tavan uygulaması yer almadığından aldığı ücretin tamamı hesaplamaya dahil edilecektir.

Çalışmada bildirim sürelerinin niteliği, uyulmaması halinde ne tür sonuçların olduğu mukayeseli bir şekilde ifade edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Bildirim süreleri, Fesih, İhbar Tazminatı

[1] Gaziantep Üniversitesi Hukuk, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Dr. Öğretim Üyesi, kayirgan@gantep.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-6819-7725.

NOTICE COMPENSATION IN LIGHT OF THE COURT OF CESSATION'S DECISIONS

Abstract

In case that the employment contract is terminated without just cause, the terminating party is obliged to inform, a certain time in advance, the other party about the termination and the period depends on the employee's seniority (Labor Code Art. 17). The underlying reasons for this are to ensure employee to find a job immediately and to eliminate the possibility of being unemployed. In this respect, notified termination is a declaration that can be applied to indefinite and permanent employment contracts and terminates the contract after a certain period. Except for termination under Art 24 and 25 of the Turkish Labour Code, where the continuation of the employment relationship becomes impossible, the party that terminates the contract must comply with the notification periods. Since the notice periods must be provided in any case where the employment contract is terminated if there is no just cause, the employment contract should be terminated according to the rules of notification periods.

Notification periods under Art 17 of the Labor Code;

- Two weeks for the worker whose job has lasted less than six months;
- Four weeks for the worker whose job has lasted from six months to one and a half years;
- Six weeks for the worker whose job has lasted from one and a half to three years;
- Eight weeks for a worker whose job has lasted more than three years.

In case of the termination of the employment contracts for a reason other than the circumstances listed in Art 24 and 25 of The Labor Code No. 4857 and not complying with the notification periods under Art 17, the terminating party is required to pay a notification compensation. However, it should be emphasised that where the terminations were made on the basis of Art 24 and Art 25, it is possible to terminate the employment contract without notification periods. In addition, although there is termination with just reason, notification periods must be followed if the employee or employer attempts to terminate after the time-limit foreseen in Article 26 has expired. Moreover, the periods specified in article 17 must be fully implemented. In this context, the party notifying that the employment contract was terminated a while ago that less than minimum periods is deemed as if the termination of employment contracts without complying with the notification periods.

Art 17(4) of the Labor Code stipulates that in case of illegal termination, the party that breaches the rules of notification periods must pay compensation to the other party in the amount of the fee for the notification periods. This compensation is called 'notice compensation' in the doctrine.

The amount of notice compensation (or pay) has been determined as "the fee for the notification period". In the calculation of the notice compensation, in addition to the wage, the money and the gross amount of benefits that can be measured by money and money provided to the worker in accordance with the contract or law are taken into consideration. However, the amount of notice pay can be increased by an employment contract or collective bargaining agreement. Where the notification periods are increased by contracts, the notification periods determined in the contract are considered while calculating its amount. For this reason, in addition to the actual wage, the money paid to the worker in the form of social assistance or benefits that can be measured by money will be taken into account in the calculation of the gross wage. However, since there is no ceiling application, the entire fee will be included in the calculation.

In this study, the feature of the notification periods and the potential consequences of non-compliance will be explored comparatively.

Keywords: Notification periods, Termination, Notice Compensation (or Pay)

KAYNAKÇA

Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen Kaplan, Emine Tuncay; İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 6. B., Ankara, 2013.

Akyiğit, Ercan; Bireysel İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Alpagut, Gülsevil; Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Kamu-İş Dergisi.

Atabek, Reşat; İş Akdinin Feshi, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1938.

Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap; İş Hukuku, Beta Yayınları, 5. B., İstanbul 2018.

Çelik, Nuri/Caniklioğlu Nurşen/Canbolat Talat; İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Çil, Şahin; İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Çil, Şahin; İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra; Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2020.

Ekonomi, Münir; İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1976.

Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan Esra. Bireysel İş Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Göktaş, Seracettin; Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Güven, Ercan/Aydın, Ufuk. Bireysel İş Hukuku. Eskişehir-İstanbul: Nisan Kitabevi, 2020.

İzveren, Adil; İş Hukuku, Doğuş Matbaacılık, Ankara, 1974.

Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal; İş Kanunu Şerhi, Legal Yayıncılık, 3.B., İstanbul 2013.

Köseoğlu, Ali Cengiz; İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, Beta Yayınevi, İstanbul 2004.

Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş. İş Hukuku Ders Kitabı, C. I, LYKEION Yayınları, Ankara, 2020.

Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Oğuzman, Kemal; Hizmet İş Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955.

Oğuzman, Kemal ve Öz Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.

Saymen, F. Hakkı; Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.

Senyen Kaplan, Emine Tuncay; Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020.

Senyen Kaplan, Emine Tuncay; İşverenin Fesih Hakkı, Kadıoğlu Matbaası, Ankara 1987.

Senyen Kaplan, Emine Tuncay; İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1992.

Sümer, Haluk Hadi; İş Hukuku. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Sümer, Haluk Hadi; İş Hukuku Uygulamaları. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Sümer, Haluk Hadi/Kayırgan, Hasan; İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021

Süzek, Sarper; İş Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Şahlanan, Fevzi; İş Arama İzninin Verilmemesinin Hukuki Sonuçları, Tekstil İşveren, Mart 2005.

Tunçomağ, Kenan/Centel Tankut; İş Hukukunun Esasları, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Uşan, Fatih/Erdoğan, Canan; İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

SOSYAL PLAN KAVRAMI

Gökhan TÜRE[1]

Öz

Teknolojik gelişmeler, rekabetin artması ve küreselleşme gibi ticaret hayatını etkileyen değişimlere ayak uydurabilmek amacıyla ticaret şirketleri birleşme, bölünme ve tür değiştirme gibi yapısal değişikliklere başvurmakta ve bu durum işyerlerini de etkilemekte ve işyerlerinde yapısal değişikliklere yol açmaktadır. Gerek ticaret şirketlerindeki gerekse işyerlerindeki yapısal değişikliklerin, mevcut iş sözleşmeleri üzerinde olumsuz sonuçları bulunmaktadır. Nitekim yapısal değişikliklerin sonucunda sıklıkla işyerinde işgücü fazlalığı meydana gelmekte; bu süreçlerin devamında sıklıkla toplu işçi çıkarma ile karşılaşılmaktadır. Bu noktada sosyal plan, yapısal değişikliğe konu işyerlerinde çalışan işçiler açısından yapısal değişikliğin olumsuz ekonomik ve sosyal sonuçlarının ortadan kaldırılması ya da en aza indirilmesini amaçlayan bir anlaşmadır. Daha kapsamlı bir tanım yapmak gerekirse sosyal plan, yapısal değişiklik sonucunda iş sözleşmelerinin feshinden kaçınılması ya da feshedilen iş sözleşmesi sayısının azaltılması yahut iş sözleşmesinin sona ermesinin sonuçlarının hafifletilmesi amacıyla çeşitli önlemlerin öngörüldüğü ve işçi(ler) veya işçi sendikası ile işveren veya işveren sendikası arasında yapılan bir sözleşmedir. Sosyal planın işçi tarafını sendikanın oluşturduğu durumlarda, bu sözleşme aynen toplu iş sözleşmesi gibi normatif etki göstermekte ve kapsamında yer alan tüm işçiler açısından hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Sosyal planın içeriğinde; çalışma sürelerinin düzenlenmesine, bildirim sürelerinin ve iş arama izinlerinin arttırılmasına, sosyal seçim ölçütlerine, işçilere ikramiye ve kıdem tazminatı adı altında çeşitli ödemelerin yapılmasına, işgücü piyasasına katılabilmeleri için işçileri destekleyici faaliyetlerde bulunulmasına, sosyal sigorta hukukuna ilişkin ödemelerin yapılmasına ve benzeri birçok düzenlemeye yer verilebilmektedir. Türk pozitif hukuku incelendiğinde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun iki maddesinde sosyal plan kavramına değinildiği görülmektedir. TTK m. 147/2(i) uyarınca birleşme raporunun, mümkünse bir sosyal planın içeriğini ve TTK m. 169/2(g) uyarınca bölünme raporunun varsa sosyal planın içeriğini açıklaması gerekmektedir. Her iki hükümden de anlaşıldığı üzere Türk hukukunda ticaret şirketlerinin birleşmesi ya da bölünmesinde sosyal plan yapılması bir yükümlülük olarak düzenlenmemektedir. Aynı şekilde toplu işçi çıkarma halinde işyeri sendika temsilcileri ile görüşme yükümlülüğünün düzenlendiği 4857 sayılı İş Kanunu m. 29/4'te, görüşme sonucunda bir anlaşmaya varılmasının zorunlu olmadığı görülmektedir. Ancak sosyal planın çalışma hayatında üstleneceği fonksiyon ve iş barışına sunacağı katkı dikkate alınırsa, mehaz hükümlerin bulunduğu İsviçre hukukunda olduğu gibi, toplu işçi çıkarmanın planlandığı ve belli sayıda işçinin çalıştığı işyerlerinde sosyal plan hazırlanmasının bir yükümlülük olarak öngörülmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Plan, Toplu İşçi Çıkarma, İşçilerin Korunması, Yapısal Değişiklikler

[1] Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Dr. Araştırma Görevlisi, gokhantuere@gmail.com, ORCID: 0000-0002-2441-5636.

CONCEPT OF SOCIAL PLAN

Abstract

Trade companies resort to structural changes such as merger, demerger and change of legal form in order to keep up with the changes affect business life as technological developments, increased competition and globalization. Also this situation effects workplaces. Structural changes in both commercial companies and workplaces may have negative consequences on employment contracts. As a result of structural changes, workforce surplus often occurs in the workplaces and afterwards of these processes collective dismissal is frequently encountered. At this point, social plan is an agreement aims at eliminating or minimizing the negative economic and social consequences of structural change on employees working in the workplaces subject to structural change. In regard to a more comprehensive definition, social plan is a contract between employee(s) or the trade union and the employer or the employer union in which various measures are regulated in order to avoid termination of employment contracts or to reduce the number of terminated employment contracts and to alleviate the consequences of termination of the employment contract as a result of the structural change. When social plan is concluded by the trade union, it has a normative effect just like the collective agreement and bears legal consequences for all employees involved. Social plan shall contain various provisions, inter alia, regulating working working times, increasing notification periods and job seeking permissions, social selection criteria, making various payments to employees, supporting employees to participate in the labor market, making payments related to social insurance law. Normatively in the Turkish law, concept of social plan is mentioned only in two articles of the Turkish Commercial Code numbered 6102. Pursuant to Article 147/2(i) and Article 169/2(g) of the Turkish Commercial Code, merger report and demerger report shall explain the content of social plan, if any. It can be understood from both provisions, concluding a social plan in the event of merger or demerger of trade companies is not a legal obligation in the Turkish law. Likewise, in case of collective redundancy, the obligation to negotiate with union representatives pursuant to Article 29/4 of Labor Law No. 4857 doesn't lead a necessity to conclude an agreement. However, considering its function in working place and contributions to working environment peace, concluding a social plan in the event of merger and demerger of trade companies that are economically strong and employ more than a certain number of employees should be regulated as a legal obligation as is the case with Swiss law that has the referred provisions about social plan.

Keywords: Social Plan, Collective Redundancy, Protection Of Employees, Structural Changes.

COVİD-19 PANDEMİSİNDE İŞÇİNİN ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI

Duygu ÇELEBİ DEMİR[1]

Öz

Covid-19 (Koronavirüs) pandemisi 2020 yılının başından bu yana tüm dünyayı etkisi altına almış ve insan sağlığını önemli ölçüde etkilemiştir. Koronavirüs olarak da adlandırılan Covid-19 her geçen gün hızla yayılarak pek çok kişinin hayatını kaybetmesine neden olmuştur. Nitekim Covid-19 pandemisi insan sağlığı yanında çalışma hayatını da ciddi anlamda etkilemiştir. Ülkemizde de ilk olarak 11 Mart 2020 tarihinde tespit edilmiş ve tüm dünyada olduğu gibi vaka sayıları hızla artarak devam etmiştir. Ülkemizi de etkisi altına alan Covid-19 pandemisi işverenlerin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği anlamında işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğünün öneminin artmasına neden olmuştur. Bu bağlamda Covid-19 pandemisinin işçinin çalışmaktan kaçınma hakkına etkisinin ne olacağının saptanması önem taşımaktadır.

Bilindiği üzere iş ilişkisi iki tarafa karşılıklı borç yükleyen ve süreklilik arz eden bir sözleşmesel ilişkidir. İş sözleşmesi taraflar arasında kişisel bir ilişki kurması nedeniyle işverene kıyasla sosyal ve ekonomik açıdan daha zayıf konumda bulunan ve işverene bağımlı olarak çalışan işçinin ortaya çıkabilecek çeşitli tehlikeler karşısında korunması ihtiyacını doğurur. Bu bağlamda işveren işçiye zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma, işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü altındadır. İşçiyi koruma ve gözetme borcu yükümlülüğü kapsamında işveren, işçinin işyerinde karşılaşabileceği iş tehlikelerine karşı yaşamını, vücut bütünlüğünü ve sağlığını korumalı, işçilerin işyerindeki tehlikelere maruz kalmaması için gerekli tedbirleri almalıdır. Aksi halde işçinin işverene karşı kullanacağı birtakım hakları söz konusu olabilecektir. Nitekim işverenin iş sağlığı ve güvenliğinden doğan yükümlülüklerine uymadığı ve işyerindeki tehlikelerin ortaya çıkmaması için gerekli önlemleri almadığı durumda işçinin kullanabileceği en önemli haklarından birisi olan çalışmaktan kaçınma hakkı gündeme gelmektedir. İş kazası ve meslek hastalıklarının ortaya çıkmasının önlenmesi ve çalışanın korunması çalışmaktan kaçınma hakkının temel amacını oluşturmaktadır.

Çalışmaktan kaçınma hakkı 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinde düzenleme bulmuştur. Kanuna göre, *"(1) Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir. (2) Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır. (3) Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz. (4) İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir. Toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile çalışan kamu personeli, bu maddeye göre çalışmadığı dönemde fiilen çalışmış sayılır. (5) Bu Kanunun 25 inci maddesine göre işyerinde işin durdurulması hâlinde, bu madde hükümleri uygulanmaz".* Belirtilen düzenleme çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımında işyerinde ortaya çıkan ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığı halinde kurula ya da işverene başvurulmasını aramaktadır. Bununla birlikte belirli koşulların varlığı halinde söz konusu usule uymaksızın işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmeleri kanun gereği mümkün olabilmektedir.

Covid-19 çok hızlı yayılan bir hastalık olarak ortaya çıkmış ve geçirdiği mutasyonlar neticesinde virüsün yayılma hızı ve hastalığın ağır seyretmesi durumu daha da artmıştır. Dünyanın birçok ülkesinde olduğu

[1] Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri/İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Dr. Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-6029-9564.

gibi Türkiye'de de bazı işyerleri işe ara verirken bazı işyerlerinde ise faaliyetler devam etmekte ve bu işyerlerinde çalışanlar salgın tehlikesine karşın çalışmalarını sürdürmektedir. Bu bağlamda Covid-19 pandemisinde çalışanın bu hastalığa maruz kalabilme ihtimali karşısında çalışmaktan kaçınma hakkını kullanıp kullanamayacağının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda öncelikle mevzuatımızdaki yasal düzenleme çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkı ele alınacaktır. Sonrasında Covid-19 pandemisi özelinde bu hakkın kullanımı değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Covid-19 Pandemisi

RIGHT OF EMPLOYEE TO ABSTAIN FROM WORK IN THE COVID-19 PANDEMIA

Abstract

The Covid-19 (Coronavirus) pandemic has affected the whole world since the beginning of 2020 and has significantly affected human health. Covid-19, also known as coronavirus, spreads rapidly day by day and causes the deaths of many people. Thus, Covid-19 pandemic has seriously affected woring life as well as human health. It was first detected in our country on March 11, 2020 and the number of cases have continued to increase rapidly as in the whole world. Covid-19 pandemic, which also affected our country, has caused to increase the importance of employers' responsibility to protect and supervise the employee in terms of occupational health and safety in the workplace. In this context, it is important to determine what the impact of the Covid-19 pandemic will be on the worker's right to abstain from working.

As it is known, employment relation is a contractual relationship that imposes mutual debt on both sides and is continuous. The labor contract creates a need for protection of the worker who is weak in a social and economic position compared to the employer and works dependent on the employer against various dangers that may arise due to the establishment of a personal relationship between the parties. The labor contract due to the establishment of a personal relationship between the parties creates a need for protection of the worker who is weak in a social and economic position compared to the employer and works dependent on the employer against various dangers that may arise. In this context, the employer is under the resposibility to avoid from any behavior that may harm the employee, to protect and supervise the employee. Within the scope of the responsibility to protect and supervise the employee, the employer should protect the life, physical integrity and health of the employee against the occupational hazards that the worker may encounter in the workplace, and take the necessary cautions to prevent the employees from being exposed to the dangers in the workplace. Otherwise, there may be some rights that the employee will use against the employer. As a matter of fact, in case the employer does not comply with the obligations arising from occupational

health and safety and does not take the necessary cautions to prevent the dangers in the workplace, one of the most important rights of the worker, which is the right to abstain from working, is brought to agenda. The main purpose of the right to abstain from work is to prevent the occurrence of occupational accidents and diseases and to protect the employee.

The right to abstain from working has been regulated in the 13th article of the Occupational Health and Safety Law No. 6331. According to Law, *"(1) Workers exposed to serious and imminent danger shall file an application to the committee or the employer in the absence of such a committee requesting an identification of the present hazard and measures for emergency intervention. The committee shall convene without delay and the employer shall make a decision immediately and write this decision down. The decision shall be communicated to the worker and workers' representative in writing. (2) In the event that the committee or the employer takes a decision that is supportive of the request made by the worker, the worker may abstain from work until necessary measures are put into practice. The worker shall be entitled to payment during this period of abstention from work and his/her rights arising under the employment contract and other laws shall be reserved. (3) In the event of serious, imminent and unavoidable danger; workers shall leave their workstation or dangerous area and proceed to a place safety without any necessity to comply with the requirements in the first paragraph. Workers may not be placed at any disadvantage because of their action. (4) Where the necessary measures are not taken despite the requests by workers, workers under labour contract might terminate their employment contract in accordance with the provisions of the law applicable to them. As for the workers under collective bargaining agreement, the abstention period as defined in this article shall be deemed as actual work time. (5) In compliance with the article 25 of this law, the provisions of this article shall not apply in the event of cease of work in the enterprise."*. The stated regulation seeks to apply the committee or the employer in the presence of a serious and imminent danger in the workplace in the exercise of the right to abstain from working. At the same time in the presence of certain conditions, it is possible by law for employees to exercise their right to abstain from working without complying with the said procedure.

Covid-19 emerged as a very rapidly spreading disease and as a result of the mutations it had undergone, the rate of spread of the virus and the severe course of the disease has increased. In Turkey, as in many countries, while some workplaces discontinue to work, in some workplaces work activities continue and in these workplaces employees continue to work despite the danger of epidemic. In this context, in the Covid-19 pandemic, it should be evaluated whether the employee can exercise right to abstain from working in the face of possibility of being exposed to this diasease. In this context, our work will primarily focus on the right to abstain from working within the framework of the legal regulations in our laws. Afterwards, the use of this right will be evaluated specifically for the Covid-19 pandemic.

Keywords: Occupational Health and Safety Law No. 6331, Right to Abstain from Working, Covid-19 Pandemia

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ MEVZUATI AÇISINDAN İŞÇİNİN ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI

Büşra YAŞAR[1]

Öz

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkının Türk Çalışma mevzuatına dahil edilmesinin temelinde şüphesiz işçinin korunması düşüncesi bulunmaktadır. Bu düşünce, işçinin maddi ve manevi varlığını içine alan geniş bir korumayı gerekli kılmaktadır. Bu itibarla, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınarak işyerindeki risklerin tespiti ve azaltılması birincil hedeflerdendir. Bu alanda etkin bir korumanın sağlanabilmesi için iş ilişkisinin tarafları birtakım yükümlülükleri yerine getirmek durumundadır. Bu bağlamda, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcundan kaynaklı geniş çerçevede bir sorumluluğunun olduğu görülmektedir. Nitekim, koruma ve gözetme borcunun kapsamı kanun koyucu tarafından iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin her türlü önlemi alma şeklinde belirtilmiştir. İşverenin söz konusu borcunu yerine getirmesi işçinin sağlıklı ve güvenlikli bir ortamda çalışmaya devam etmesini sağlamaktadır. Aksi halde, işçinin çalışması kesintiye uğrayacaktır. Nitekim, işçinin iş sözleşmesi ile üstlenmiş olduğu iş görme borcunu geçerli bir neden olmaksızın yerine getirmemesi aleyhine sonuçlar doğurmaktadır. Buna karşılık, İş Sağlığı ve Güvenliği mevzuatında düzenlenen çalışmaktan kaçınma hakkı, işçinin çalışma borcuna bir istisna teşkil etmektedir. Zira, işçinin bu nedenle çalışmaktan imtina etmesi yaşamına yönelmiş ciddi ve yakın bir tehlikeden kurtulma refleksinden kaynaklanmaktadır. Bu çalışmada çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin genel çerçeve bir çerçeve çizilmiş ve hakkın hangi şartlar altında kullanılacağı, kullanım şekli, süresi, hakkın kullanılmasına bağlı hukuki sonuçlar doktrin görüşleri ve yargı kararları ışığında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, İş Sağlığı ve Güvenliği, İşçi, İşveren.

[1] Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, busra.yasar@erzincan.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3691-7078.

THE RIGHT TO REFRAIN FROM WORKING OF THE EMPLOYEE IN TERMS OF OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY LEGISLATION

Abstract

The right to refrain from working of the employee which regulated Turkish Labor legistation arises from the idea of protection the employee. This idea requires a wide protection that includes the material and moral values of the employee. In this respect, determining and reducing the risks in the workplace by taking occupational health and safety measures is one of the primary goals. In order to ensure effective protection in this area, the parties of the labor relationship must fulfill certain obligations. In this context, it is seen that the employer has a wide-ranging responsibility arising from the obligation to protect and supervise the employee. As a matter of fact, the scope of the protection and surveillance obligation has been specified by the legislator as taking all kinds of precautions regarding occupational health and safety. If the employer fulfill this requirement, employee can continue to work in a healthy and safe environment. Otherwise, employee cannot fulfill the obligation to work without a valid reason and it has negative consequences. On the other hand, the right to refrain from working, regulated in the Occupational Health and Safety legislation, constitutes an exception to the employee's obligation. Because, the refusal of the employee's from working for this reason is due to the reflex of getting rid of a serious and imminent danger towards his life. In this study, it is evaluated a general framework of right to refrain from working and the conditions of exercise, the way of exercise, the legal consequences in the light of the doctrinal opinions and judicial decisions.

Keywords: The right to refrain from working, Occupational Health and Safety, Employee, Employer.

İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIKLARINDAN DOĞAN ZARARLARDA İŞ GÜVENLİĞİ PROFESYONELLERİNİN SORUMLULUĞU

Ayşe Dürüye BAHAR[1]
Gülsüm Günbala DURHAN[2]

Öz

Tam iki tarafa borç yükleyen iş sözleşmesinin sözleşme taraflarından işverene getirdiği yükümlülüklerden biri de işçinin gözetilmesidir. İşveren gözetme borcu gereği olarak işçileri işyerinde meydana gelen tehlikelerden korumak, onların yaşamsal, bedensel ve ruhsal sağlık bütünlüklerini korumak için işyerinde teknik ve tıbbi önlemler dahil olmak üzere bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı tüm önlemleri almak zorundadır. Dolayısıyla iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması gözetme borcu kapsamdaki önemli konulardandır.

İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında iş güvenliği profesyonelleri işverene rehberlik ve danışmanlık etmektedir. İş yeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı görev yaptığı iş yerinde mevzuat ve teknik gelişmelere uygun olarak aksaklık ve eksikliklerle ilgili tedbir ve önerilerini işverene yazılı olarak bildirmekle yükümlüdür. İşverenin tepkisi olmadan bildirim yükümlülüklerini yerine getirebilmeleri ise ancak görevlerini yaparken bağımsız olmaları aynı zamanda iş güvencesine sahip olmaları ile sağlanabilecektir. Aksi halde işverenin çalışanı durumunda olan iş güvenliği profesyonellerinin sağlıklı bir şekilde görevlerini yerine getirmeleri mümkün olamayacaktır. İş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi esas itibariyle işverene ait bir yükümlülük olduğundan iş güvenliği uzmanı ve iş yeri hekiminin belirtilen eksikliklerin tamamlanmasından yasal sorumlulukları bulunmaz.

İş kazaları ülkemiz ekonomisinin sanayi yönünde genişlemesi ile birlikte son yıllarda oldukça artış göstermektedir. Teknolojik gelişmeler ve makineleşme ne yazık ki iş kazası ve meslek hastalıklarını engelleyememektedir. İşçinin beden gücüne olan ihtiyaç halen devam etmektedir. Çalışmamızda öncelikle iş kazası ve meslek hastalıkları, iş güvenliği profesyonelleri ve profesyonellerin yükümlülüklerinden bahsedilecektir. Devamında iş güvenliği profesyonellerinin iş ilişkisindeki hukuki durumunun açıklanmasının ardından iş güvenliği profesyonellerinin iş kazası ve meslek hastalıklarından doğan zararlardaki hukuki sorumlulukları ifade edilecektir.

Anahtar Kelimeler: İş Kazası Ve Meslek Hastalığı, İş Güvenliği Profesyoneli, Hukuki Sorumluluk

[1] Öğretim Görevlisi, Gaziantep Üniversitesi, Oğuzeli M.Y.O. Hukuk, ayseyeni@gantep.edu.tr.
[2] Öğretim Görevlisi, Gaziantep Üniversitesi, Oğuzeli M.Y.O. Hukuk, gunbalaguven@gantep.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1854-4295.

UZAKTAN ÇALIŞMA YÖNETMELİĞİ HAKKINDA GENEL BİR DEĞERLENDİRME

Ayça İZMİRLİOĞLU[1]

Öz

Uzaktan çalışma, internet ağı, gelişen teknoloji ve çalışma hayatının dinamik yapısı karşısında doğan ihtiyaç üzerine 4857 sayılı İş Kanunu'na 6715 sayılı Kanun ile 2016 yılında dahil edilen bir esnek çalışma şeklidir. Evde çalışma ve tele çalışma türleri ile uygulama alanı bulmakta olan uzaktan çalışma İş Kanunu'nun 14. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Sözü geçen maddenin son fıkrasında zikredildiği üzere Bakanlık tarafından uzaktan çalışmanın yapılamayacağı işleri, verilerin korunması ve paylaşılmasına ilişkin işletme kurallarının uygulanmasını ve uzaktan çalışmanın usul ve esaslarını belirlemek amacı ile çıkarılan Uzaktan Çalışma Yönetmeliği 10 Mart 2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Öte yandan, İş Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 461 ile 469. maddeleri arasında düzenlenen evde hizmet sözleşmesi ve evde hizmet sözleşmesine ilişkin düzenlemelerde hüküm bulunmayan hallerde ise Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin genel hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Özellikle Covid-19 pandemisi sürecinde, işverenler iş sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamında işyerlerindeki riskleri bertaraf etmek maksadı ile işçilere evden çalışma imkânı tanıdığı için uzaktan çalışma yaygın hâle gelmiştir. Gerek İş Kanunu gerek Uzaktan Çalışma Yönetmeliği'nde açıkça düzenlendiği üzere, uzaktan çalışma yazılı olarak kurulması gereken bir iş ilişkisi olup, tarafların iş sözleşmesi veya uzaktan çalışma protokolü ile kurdukları iş ilişkisini yukarıda bahsi geçen mevzuata uygun şekilde düzenlemeleri ileride uyuşmazlıkların ortaya çıkmaması bakımından önem arz etmektedir. Bu bağlamda, bildirimizde Uzaktan Çalışma Yönetmeliği mercek altına alınarak, ilgili Yönetmelik'te düzenlenen ve uzaktan çalışmanın usul ve esaslarını oluşturan verilerin korunması, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınması, çalışma süreleri, uzaktan çalışmaya geçiş gibi konular genel hatları ile incelenecektir. Ayrıca, Yönetmelik'te yer almayan ve boşluk bulunduğu için öğretide tartışma konusu olan birtakım hususlar da irdelenmek suretiyle Yönetmelik ayrıntılı olarak değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uzaktan Çalışma, Uzaktan Çalışma Yönetmeliği, Evde Çalışma, Pandemi

[1] İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD, Dr. Öğretim Üyesi, ayca.izmirlioglu@idu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8900-331X.

A GENERAL EVALUATION ON THE REMOTE WORK REGULATION

Abstract

Remote work is a flexible working type that was included in the Labour Law No. 4857 and Law No. 6715 in 2016, based on the need arising from the internet network, developing technology and the dynamic structure of working life. Remote work, which finds an application area with the ways of working from home and telework, is stipulated in Article 14 of the Labour Law. The Remote Work Regulation, which was issued by the Ministry in order to determine the procedures and principles of remote work, the implementation of working rules regarding the protection and sharing of data, and the procedures and principles of remote work, entered into force on 10 March 2021. On the other hand, in case there is no provision in the Labour Law, the home service contract and the general provisions of the service contract regulated in the Turkish Code of Obligations Law No. 6098 are applicable. Especially during the Covid-19 pandemic process, remote working has become widespread as employers allow workers to working from home in order to eliminate risks in their workplaces. As explicitly regulated both in the Labour Law and the Remote Work Regulation, remote work is an employment relationship that needs to be established in writing, through a business contract or a remote working protocol in accordance with the above-mentioned legislation in order to avoid future conflicts. In this context, in our proceeding by focusing on the Remote Work Regulation, the procedures and principles of remote work such as the protection of data, taking occupational health and safety measures, working times, changeover to remote work will be examined and also the Regulation will tried to be evaluated in detail by examining some issues that are the subject of discussion in the doctrine as they are not taking place in the Regulation.

Keywords: Remote Work, Remote Work Regulation, Working From Home, Pandemic

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN GERİYE ETKİSİNDEN YARARLANMA VE KONUYA İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 30.12.2020 TARİHLİ İPTAL KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Esra BASKAN[1]

Öz

Hukukumuzda 1982 Anayasası'nın 53. maddesi ile anayasal güvence altına alınan toplu iş sözleşmesi yapma hakkının kullanılmasına, toplu iş sözleşmesinin yapılmasına ve uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile düzenlenmiştir. Söz konusu kanunda yer alan önemli hükümlerden biri de toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya ilişkin 39. maddedir ve bu maddeye göre toplu iş sözleşmesinin parasal hükümlerinden kural olarak taraf sendikanın üyeleri yararlanır. Buna karşılık taraf sendikanın üyesi olmayan işçilerin de dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkündür. Nitekim söz konusu düzenlemenin 4. fıkrasına göre, toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye olmayanlar, sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olup da ayrılanlar veya çıkarılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır.

Buna karşılık yakın zamana kadar, yine aynı düzenleme içinde, taraf sendika üyeleri ve dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlananlar arasında yararlanmanın başlangıç tarihi konusunda önemli bir farklılık bulunmaktaydı. Nitekim söz konusu düzenlemeye göre toplu iş sözleşmesinin imzalandığı tarihte sendika üyesi olan işçiler toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinden itibaren, bir diğer ifadeyle sözleşmenin geriye etkisinden yararlanma hakkına sahipken, dayanışma aidatı ödeyen işçiler toplu iş sözleşmesinden en erken imza tarihinden itibaren yararlanabiliyordu. Zira 39. maddenin 4. fıkrasında dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın talep tarihinden itibaren geçerli olacağı, imza tarihinden önce yapılan taleplerin imza tarihi itibariyle hüküm doğuracağı hükme bağlanmıştı. Ancak söz konusu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından toplu iş sözleşmesinden geriye etkisinden yararlanmak isteyen işçilerin taraf sendikaya üye olma zorunluluğunun hem olumsuz sendika hakkını hem de toplu iş sözleşmesi hakkını sınırladığı ve bu sınırlamanın Anayasanın 13, 51 ve 53. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir[2].

Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu karar sonrasında, yasaya göre, imza tarihi ile yürürlük tarihi arasındaki dönem için toplu iş sözleşmesinden yararlanma konusunda taraf sendikaya üye işçiler ile dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanan işçiler arasında herhangi bir fark kalmamıştır. Daha açık bir ifadeyle toplu iş sözleşmesinin imzalandığı tarihte sendikaya üye olan işçiler gibi, dayanışma aidatı ödeyen işçilerin de toplu iş sözleşmesinin geriye etkisinden yararlanması yasal açıdan mümkün hale gelmiştir.

Belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu karar çeşitli yönlerden tartışmaya açıktır. Gerçekten, bir yandan, kararla Anayasa'nın 51. maddesiyle güvence altına alınan hiç kimsenin sendikaya üye olmaya zorlanamayacağı kuralı gereği toplu iş sözleşmesinin geriye etkisinden yararlanma için öngörülen üyelik koşulunun işçilerde yaratacağı baskının ortadan kaldırılması ve böylelikle bireysel/olumsuz sendika özgürlüğünün korunması isabetli görülebilir. Ancak diğer taraftan iptal kararıyla sendika üyesi işçilerle dayanışma aidatı ödeyen işçiler arasında toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın tamamen eşit koşullara bağlanması işçilerin sendikaya üye olmalarının en önemli nedenini de ortadan kaldırmaktadır. Bu ise kolektif sendika özgürlüğüne ciddi anlamda zarar verme

[1] Dr.Öğr.Üyesi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD Öğretim Üyesi, esrabaskan@maltepe.edu.tr, ORCID No: 0000-0003-2386-5771

[2] AYM, 30.12.2020, E. 2020/57, K. 2020/83. 3.3.2021 Tarih ve 31412 sayılı Resmî Gazete.

tehlikesi yaratır. Bu itibarla iptal kararının çatışan bireysel ve kolektif sendika özgürlüğü arasında kurulacak optimal denge bağlamında değerlendirilmesi zorunludur.

Çalışmamızın amacı Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu karar sonrasında toplu iş sözleşmesinin geriye etkisinden yararlanma koşullarının açıklanması ve değerlendirilmesidir. Bu kapsamda öncelikle toplu iş sözleşmesinden yararlanma kavram ve koşulları üzerinde durulacak, taraf sendikaya üye işçiler ile dayanışma aidatı ödeyen işçilerin toplu iş sözleşmesinden geriye etkili olarak yararlanmasına ilişkin yasal düzenlemeler incelenecek ve bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin sözü edilen kararının isabetli olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Toplu iş sözleşmesi, yararlanma, toplu iş sözleşmesinin geriye etkisi, dayanışma aidatı, anayasa

UTILIZATION FROM THE RETROACTIVE EFFECT OF THE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENT AND EVALUATION OF THE RELEVANT ANNULMENT DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT DATED 30.12.2020

Abstract:

In our legal system, the procedures and principles regarding the use of the right to conclude collective bargaining agreement, which is under constitutional guarantee by Article 53 of the 1982 Constitution, and the conclusion and implementation of collective labor agreements are regulated by the Law on Trade Unions and Collective Bargaining Agreement numbered 6356. One of the important provisions included in the aforementioned law is Article 39 on utilization from collective bargaining agreement, and pursuant to this article, members of the party union shall benefit from the monetary provisions of the collective bargaining agreement. Notwithstanding, it is also possible for workers who are not members of the party union to utilize from collective bargaining agreement by paying their solidarity dues. Hence, as per paragraph 4 of the aforementioned regulation, the beneficial ownership of those who are not members of the labor union at the time of signing the collective bargaining agreement, those who are not members of the labor union even after starting their job, those who become a member of the labor union at the signature date, or those who left or were dismissed from the party, depends on the solidarity dues paid to the labor union, which is a party of the collective bargaining agreement.

On the other hand, there has been a significant difference in the same regulation between party union members and those who utilize from collective bargaining agreement by paying solidarity dues regarding the commencement date of the utilization until recently. Hence, as per the aforementioned regulation, workers who were members of the union at the time the collective bargaining agreement signed had the right to benefit from the retroactive effect of the agreement. Whereas workers who paid the solidarity dues were to benefit from the collective bargaining date as of the earliest signature date. It was stipulated in paragraph 4 of Article 39, that benefiting from collective bargaining agreement by paying solidarity dues would gain validity from the request date, and requests made before the date of signature would be effective as of the date of signature. Nevertheless, the aforementioned regulation was annulled on the grounds that the obligation to join the party union of industrial workers willing to benefit from the retroactive effect of collective bargaining agreement via the Constitutional Court restricted both the negative union right and collective bargaining right, and this restriction was cancelled with Articles 13, 51 and 53 of the Constitution[3].

After the decision of the Constitutional Court, no difference was left between the workers who are members of the union and the workers who utilize by paying the solidarity dues for the period between the signing date and the effective date. More clearly, just like the workers who were affiliated to the union at the signature time of the collective bargaining agreement, workers who pay solidarity dues can also benefit from the retroactive effect of collective bargaining agreement.

It is worth noting that the decision of Constitutional Court is disputable from various aspects. On one hand, it may be seen as appropriate to eliminate the pressure that will be put on workers by the membership condition stipulated to utilize from the retroactive effect of collective bargaining agreement, and thus to protect individual/negative union freedom, in accordance with the provision stating that no one can be forced to become a union member. On the other hand, the fact that the utilization of the collective bargaining agreement is completely equal between the workers who are members of the union with the annulment decision and the workers who pay their solidarity dues eliminates the most crucial ground for the union membership. This situation jeopardizes the collective union freedom. In this respect, the annulment decision must be evaluated against the backdrop of the optimal balance to be established between conflicting individual and collective union freedom.

[3] C.C, 30.12.2020, E. 2020/57, K. 2020/83. Official Gazette dated 3.3.2021 and numbered 31412.

The aim of the paper is to explain and evaluate the conditions of utilization from the retroactive effect of the collective bargaining agreement after the decision of the Constitutional Court. Within this context, firstly the terms and conditions of utilization from collective bargaining will be addressed and the legal regulations regarding the retrospective benefit of the collective bargaining agreement by the workers who are union members and the workers who pay the solidarity due will be examined and whether the stated decision of the Constitutional Court is appropriate will be evaluated in this regard.

Keywords: Collective bargaining agreement, utilization, retroactive effect of the collective bargaining agreement, solidarity due, constitution

MEDENİ USUL-İCRA VE İFLAS HUKUKU

ARABULUCULUK-TAHKİM YOLU ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER

Anıl KÖROĞLU[1]

Öz

Arabuluculuk kurumuyla ilgili olarak Türk hukukunda son yıllarda önemli gelişmeler yaşanmıştır. Özellikle bazı uyuşmazlıklar için arabuluculuğa başvurunun davadan önce yerine getirilmesi gereken bir şart olarak düzenlenmesi, bu gelişmeler arasında önemli bir yer tutmaktadır. Öte yandan tahkim yolu ise Türk hukukunda uzun yıllardan beri mevcuttur. Her ne kadar arabuluculuk ile tahkim birbirinden önemli ölçüde ayrışsa da bu iki kurum bir araya getirilerek yeni bir uyuşmazlık çözüm yolu modeli ortaya çıkmıştır: Arabuluculuk-Tahkim Sözleşmesi ("*Med-Arb Agreements*"). Arabuluculuk-Tahkim sözleşmesinde, uyuşmazlığın çözülmesi için ilk olarak arabulucuya başvurulacağı, burada anlaşmaya varılamaması durumunda tahkim yoluyla ihtilafın sona erdirileceği kararlaştırılmaktadır. Arabuluculuk-Tahkim yolunun özellikle Amerika Birleşik Devletleri, Çin ve bazı Asya ülkelerinde önemli bir yeri olduğu gözlemlenmektedir. Öte yandan Türkiye'de de son yıllarda bu konu üzerinde bazı çalışmaların yapıldığı görülmüştür. Öyle ki hem İstanbul Tahkim Merkezi hem de İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi tarafından Arabuluculuk-Tahkim Kuralları'nın düzenlenmesi bu konuda yaşanan önemli bir gelişmedir. Tebliğde öncelikle arabuluculuk-tahkim yolu kısaca takdim edilecektir. Sonrasında arabuluculuk-tahkim yolu Türk hukukundaki arabuluculuk ve tahkime ilişkin düzenlemeler kapsamında çeşitli açılardan incelenecektir. Bu konuda ortaya çıkabilecek bazı problemli durumlar üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda arabuluculuk-tahkim yolunun tarafların tahkim iradesinin açık olması şartını yerine getirip getirmediği konusu ele alınacaktır. Arabuluculuk-Tahkim yolu bakımından Türk hukuku açısından ortaya çıkabilecek diğer bir sorun da arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar ile tahkime elverişlilik uyuşmazlıklar arasında bazı farklılıkların bulunmasıdır. Söz konusu farklılıkların arabuluculuk-tahkim sözleşmesi üzerindeki etkilerine değinilecektir. Bu kapsamda örneğin tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlıkla ilgili arabuluculuk-tahkim sözleşmesinin yapılmasının arabuluculuk sözleşmesini geçersiz kılıp kılmayacağı üzerinde durulacaktır. Buradaki mesele, arabuluculuk-tahkim sözleşmesinin niteliği konusunda bir tespit yapılmasını da zorunlu kılar. Dolayısıyla tebliğde bu sözleşmenin niteliği üzerinde de durulacaktır. Arabuluculuk–Tahkim yolu bakımından doktrinde de üzerinde sıklıkla durulan bir diğer mesele özellikle arabulucunun daha sonra hakem sıfatıyla uyuşmazlığı çözüp çözemeyeceğidir. Bu mesele hakkında doktrindeki görüşler ve yabancı ülkelerdeki durum değerlendirilerek bir sonuca ulaşılacaktır. Tebliğde arabuluculuk-tahkim yolu konusu, arabuluculuğa ilişkin 6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu ile iç tahkime ilişkin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında ele alınacaktır. Ayrıca tebliğde tartışılacak konularla sınırlı olmak üzere İstanbul Tahkim Merkezi tarafından düzenlenmiş olan Arabuluculuk-Tahkim Kuralları da irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Tahkim, Arabuluculuk-Tahkim, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu, Medenî Usûl Hukuku

[1] Dr. Öğr. Üyesi; Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. koroglu@tau.edu.tr ORCID: 0000-0003-2359-385X

SOME REFLECTIONS ON MEDIATION-ARBITRATION

Abstract

Regarding the mediation institution, significant developments took place in Turkish law in recent years. Primarily regulating the application to mediation for certain disputes as a condition to be met before any lawsuit hold a significant place within these developments. On the other hand, arbitration has been applied in Turkish law for many years. Although mediation and arbitration differ significantly, these two institutions have been brought together, and a new dispute resolution model has emerged: Mediation-Arbitration Agreement ("Med-Arb Agreements"). In the mediation-arbitration agreement, it is decided that the dispute will be referred to the mediator for resolution. If a settlement cannot be reached there, the dispute will be concluded through arbitration. It is observed that the mediation-arbitration method has a vital place mainly in the United States of America, China, and some Asian countries. On the other hand, it is seen that certain studies have been conducted in Turkey on this matter in recent years. So much so that the regulation of Mediation-Arbitration Rules by the Istanbul Arbitration Center is an essential development in this regard. In the Communiqué, first of all, the mediation-arbitration method will be presented briefly. Afterward, the mediation-arbitration method will be examined from various angles within the scope of the mediation and arbitration regulations in Turkish law. Some problematic situations that may arise in this regard will be emphasized. In this context, whether the mediation-arbitration method fulfills the clarity of the parties' will to arbitrate will be discussed. Another problem that may arise in terms of Turkish law regarding the mediation-arbitration procedure is that there are some differences between disputes eligible for mediation and disputes eligible for arbitration. The impacts of the said differences over mediation-arbitration agreement will be mentioned. In this context, it will be emphasized whether the conclusion of a mediation-arbitration agreement regarding a dispute that is not suitable for arbitration will invalidate the mediation agreement. The issue here makes it mandatory to decide regarding the nature of the mediation-arbitration agreement. Hence, the nature of this agreement in the communiqué will be emphasized. Another issue frequently emphasized in the doctrine in terms of the mediation-arbitration method is whether the mediator will be able to resolve the dispute later as an arbitrator. A conclusion will be reached by evaluating the opinions in the doctrine and foreign countries' situation about this matter. The issue of mediation-arbitration in the communiqué will be dealt with within the scope of the Mediation Law No. 6325 on mediation and the Civil Procedure Law No. 6100 on internal arbitration. Also, without being limited to the matters discussed in the communiqué, the Mediation-Arbitration Rules issued by Istanbul Arbitration Center will be studied. Keywords: Mediation, arbitration, med-arb agreements, alternative dispute resolution, civil procedure law

Keywords: Mediation, Arbitration, Med-Arb Agreements, Alternative Dispute Resolution, Civil Procedure Law

7251 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN'UN BELİRSİZ ALACAK DAVASINA DAİR DEĞİŞİKLİKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Çiğdem YAZICI[1]

Öz

7251 sayılı Kanun'la Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden biri de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde düzenlenen "*Belirsiz Alacak ve Tespit Davası*"na ilişkindir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, üçüncü fıkranın kaldırılması sebebiyle maddenin kenar başlığı artık "*Belirsiz Alacak Davası*" dır. Üçüncü fıkranın kaldırılmasından önce de doktrinde belirsiz alacak davasının alacaklıya yeterli hukukî koruma sağladığı, belirsiz alacak davasının kanunda açıkça düzenlendiği bir sistemde, ayrıca belirsiz tespit davasının düzenlenmesinin yerinde olmadığı, söz konusu fıkranın kaldırılmasının yerinde olacağına ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır. Kanun koyucu da bu değerlendirmeleri dikkate alarak 7251 sayılı Kanun'la belirsiz alacaklar için belirsiz tespit davası açmakta hukukî yararın varsayıldığı üçüncü fıkrayı yürürlükten kaldırmıştır.

7251 sayılı Kanun'la belirsiz alacak davasının ilk fıkrasında herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu nedenle, belirsiz alacak davasının koşulları değişmemiştir. Belirsiz alacak davası, davacının dava açtığı anda alacağının miktarını veya değerini belirlemesinin kendisinden beklenmeyeceği veya bu belirlemenin imkânsız olduğu hallerde açılabilecektir. Davacı dava dilekçesinde, hukukî ilişkiyi göstermelidir. Son koşul olarak, davacının dava açtığı ana kadar belirleyebildiği alacağını asgari miktar veya değer olarak dava dilekçesinde göstermesi gerekir. Doktrinde davacının asgari miktar veya değer olarak, "*keyfi*" veya "*sembolik*" bir miktar veya değer gösteremeyeceği kabul edilmektedir.

7251 sayılı Kanun'la 107. maddenin ikinci fıkrasına önemli yenilikler getirilmiştir. Bunlardan ilki, alacağın belirlenmesine yönelik karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda, hâkimin tahkikat sona ermeden davacıya talebini tam ve kesin olarak belirlemesi için iki haftalık kesin sürmesi vermesidir. Değişiklikten önce Türk doktrinde hâkimin davacıya talebini belirlemesi için süre verip veremeyeceği tartışmalı idi. Bu değişiklik ile bu tartışma da sona ermiştir. İsviçre doktrininde ise, kanunda özel bir düzenleme bulunmamasına rağmen, belirsiz alacak davasında hâkimin davacıya talebini belirlemesi için süre vermesi gerektiği kabul edilmektedir. 7251 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle hâkimin davacıya talebini "*belirlemesi*" için süre vereceği düzenlenmiştir. Bu değişiklikten önce "*artırma*" yerine "*belirleme*" kelimesi kullanılarak hâkimin davacıya süre vermesi halinde, hâkimin ihsası reyde bulunduğu ya da davacıya yol gösterdiği şeklinde yorumlanmasının önüne geçeceği, sürenin verilmesinin hâkimin aydınlatma ödevinin bir gereği olduğu ifade edilmiştir.

7251 sayılı Kanun'la 107. maddenin ikinci fıkrasına son cümle olarak davacının iki haftalık süre içerisinde talebini belirlememesi durumunda yargılamaya; dava dilekçesinde gösterdiği geçici değer veya miktar üzerinden devam edileceği ve mahkemenin bu değer üzerinden davanın esası hakkında karar vereceği düzenlenmiştir. Bu durumda, davacının hükümden sonra belirlemediği kısım için yeni bir dava açıp açamayacağı, derdestlik ve kesin hüküm bakımından önemli tartışma yaratacaktır. Doktrinde bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre davacının verilen süre içerisinde talep sonucunu belirlememesi halinde, hâkim yargılamaya kısmî dava olarak devam ederek hüküm verecektir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.05.2019 tarih ve 22-1166/576 sayılı kararı bu doğrultudadır. Bu görüşün kabul edilmesi halinde, belirsiz alacak davası açan davacının artırmadığı kısma ilişkin olarak ileride dava açması mümkündür.

Diğer görüşe göre ise, alacaklı belirsiz alacağının hüküm altına alınması için hangi dava türünü seçmiş ise, o dava türünün sonuçlarından yararlanacaktır. Diğer bir deyişle davacı bir yandan kısmî dava açıp diğer yandan belirsiz alacak davasının sonuçlarından yararlanamayacağı gibi, belirsiz alacak davası açıp

[1] Dr. Öğr. Üyesi; MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: yazicic@mef.edu.tr.

kısmî davanın sonuçlarından da yararlanamaz. Belirsiz alacak davası kısmi davanın bir türü olarak nitelendirilemeyeceği gibi, davacının alacağının miktarını artırmaması, bu davanın kısmî davaya dönüştüğü sonucunu da doğurmaz. Bu nedenle belirsiz alacak davası açıldığı takdirde, alacağın miktarı belirli hale gelmesine rağmen alacaklının geçici değeri artırmamasının akıbetini de, belirsiz alacak davasının sonuçlarına göre değerlendirmek gerekir. Belirsiz alacak davası tam eda davası olduğu için, derdestlik alacağın tamamı bakımından doğar; zamanaşımının kesilmesi ve temerrüt de aynı şekilde alacağın tamamı bakımından davanın açıldığı tarihte doğar. Bu nedenle, verilen hüküm de alacağın tümü bakımından sonuç doğurur. İlk verilen hüküm kesinleşmeden alacaklının artırılmayan kısım için dava açması derdestlik nedeniyle; ilk hüküm kesinleşmişse alacaklının artırmadığı kısım için ikinci bir dava açması kesin hüküm nedeniyle mümkün değildir. 7251 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten sonra, doktrinde ileri sürülen görüşlerden hangisinin uygulamaya yön vereceği içtihatlarla belirlenecektir.

7251 sayılı Kanun'la 107. maddede yapılan değişikliğe ilişkin gerekçede de önemli bir değerlendirme bulunmaktadır. Gerekçede, hâkimin davacıya iki haftalık süre vermesinin, bölge adliye mahkemelerinde tahkikat yapılması durumunda da kıyasen uygulanacağı ifade edilmiştir. Buna göre, ilk derece mahkemesinin verdiği karar istinaf başvurusu üzerine alacağın belirlenmesini etkileyecek bir sebeple bölge adliye mahkemesi tarafından kaldırılır ve yargılamaya bölge adliye mahkemesinde devam edilirse, tahkikat aşamasında bölge adliye mahkemesinin davacıya talebini belirlemesi için iki haftalık süre vermesi gerekir. Aynı sonuç, Yargıtay'ın hükmü bozduğu hâllerde de geçerli kabul edilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Belirsiz Alacak Davası, Hâkimin Süre Vermesi, Derdestlik, Kesin Hüküm

EVALUATION OF THE AMENDMENTS OF THE LAW ON CIVIL PROCEDURE NO. 7251 AND THE LAW ON AMENDMENTS TO CERTAIN LAWS REGARDING THE UNQUANTIFIED DEBT LAWSUIT

Abstract

Significant changes have been made in the Civil Procedure Law with the Law No. 7251. One of these changes is related to the "Unquantified Debt and Determination Lawsuit" regulated in Article 107 of the Code of Civil Procedure. First of all, it should be stated that due to the removal of the third paragraph, the title of the article is now "Unquantified Debt Lawsuit". Before the abolition of the third paragraph, in the doctrine, in a system where the unquantified debt case provides sufficient legal protection to the creditor, the unquantified debt case is clearly regulated in the law, it is also not appropriate to arrange only to determinate the unquantified amount and it will be appropriate to abolish the aforementioned paragraph. Considering these evaluations, the legislator has abrogated the third paragraph assuming the legal benefit to open an unquantified determination case for uncertain receivables with Law No. 7251. Accordingly, whether the determination case can be opened in terms of unquantified receivables should be evaluated within the framework of the general provision regarding the determination case regulated in Article 106 of the Code of Civil Procedure.

With the Law No. 7251, no change has been made in the first paragraph of the unquantified debt case. Therefore, the conditions of the unquantified debt action have not changed. Unquantified debt action may be filed in cases where the plaintiff is not expected to determine the amount or value of his receivable at the time he filed a lawsuit or it is impossible to determine this. The plaintiff must show the legal relationship in the petition. As a last condition, the plaintiff must show his receivable, which he can determine until the moment he filed a lawsuit, as a minimum amount or value in his petition. It is accepted in the doctrine that the plaintiff cannot show an "arbitrary" or "symbolic" amount or value as a minimum amount or value.

Significant innovations have been brought to the second paragraph of Article 107 with Law No. 7251. The first of these is that when it is possible to determine the amount or value of the receivable completely and precisely as a result of the information provided by the opposing party or the investigation regarding the determination of the receivable, the judge gives the plaintiff a definite two-week period before the investigation ends. Before the change, it was controversial in Turkish doctrine whether the judge could give time to the plaintiff to determine his request. With this change, this discussion has also ended. In the Swiss doctrine, although there is no special regulation in the law, it is accepted that the judge must give the plaintiff a time to determine his request in the unquantified debt case. With the amendment made with the Law No. 7251, it is regulated that the judge will give the plaintiff a time to "determine" his request. It has been stated that if the judge gives time to the plaintiff by using the word "determination" instead of "increase" before this change, the judge will prevent the judge to be interpreted as voting or guiding the plaintiff, and giving the time is a requirement of the judge's duty of enlightenment.

As the last sentence to the second paragraph of Article 107 with Law No. 7251, if the plaintiff does not determine his request within two weeks; it was stipulated that the provisional value or amount indicated in the petition would be continued and the court would decide on the merits of the case based on this value. In this case, whether the plaintiff can file a new lawsuit for the part that he has not determined after the judgment will create an important debate in terms of due process and res judicata. There are different views on this subject in the doctrine.

There is also an important evaluation in the justification of the amendment made in Article 107 with Law No. 7251. The reasoning stated that the judge's two-week period to the plaintiff will be applied by comparison, even in the case of an investigation in the regional courts of appeal. Accordingly, if the decision of the court of first instance is lifted by the regional court of appeal for a reason that will affect the determination of the debt upon the application of appeal, and the trial is continued in the regional court of appeal, the regional court of appeal must give the plaintiff a two-week period during the

investigation phase. The same result should be considered valid in cases where the Supreme Court overturns the judgment.

In this communiqué, first of all, the amendments made with the Law No. 7251, which we have outlined above, will be examined, discussions in the doctrine on this issue and the current practices of the Court of Cassation will be evaluated.

Keywords: Unquantified Debt Lawsuit, Judge Giving Time, Pending, Final Judgment.

Genel Bibliyografya

AKİL, Cenk. *Kısmî Dava*, Ankara 2013.

ALANGOYA, H. Yavuz/YILDIRIM, M. Kamil/DEREN YILDIRIM, Nevhis. *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, İstanbul 2009.

ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel. *Medenî Usul Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2020.

ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin**.** *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 3. Bası, Ankara 2020.

BUDAK, Ali Cem. *Belirsiz Alacak Davası*, Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, Ocak 2013.

BUDAK, Ali Cem/KARADEMİR, Dilek. *Şartları Oluşmadığı Halde Belirsiz Alacak Davası Açılırsa Hâkim Nasıl Karar Vermelidir?*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. XIII, S. 1.

BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol. *Medenî Usul Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2020.

ERCAN, İbrahim, *Belirsiz Alacak ve Tespit Davası*, Konya 2013.

GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet. *Medenî Usûl Hukuku*, 9. Bası, Ankara 2020.

KARAASLAN, Varol. *Medeni Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 2. Bası, Ankara 2019.

KARSLI, Abdürrahim. *Medeni Muhakeme Hukuku*, 5. Bası, İstanbul 2020.

KURU, Baki. *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C. II, Ankara 2020.

KURU, Baki/AYDIN, Burak. *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 4. Bası, Ankara 2020.

KURU, Baki/BUDAK, Ali Cem. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler*, İBD, C. 85, S. 2011/5.

ÖZEKES, Muhammet. *Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmî Dava İle Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu (Belirli-Belirsiz-Belirlenebilir Alacak Ayrımı),* Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. II, Ankara 2014, s. 1589-1606.

ÖZEKES, Muhammet/BULUT, Uğur. *Kısmî ve Belirsiz Alacak Taleplerinde Islah Sorunu (Bir HGK Kararı Işığında İnceleme)*, MİHDER Cilt: 13, Sayı:38, 2017/3, s. 685-718.

ÖZTEK, Selçuk/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/KALE, Serdar. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi*, TBBD 2020, S.149, s. 77- 152.

PEKCANITEZ, Hakan. *Belirsiz Alacak Davası*, DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı: Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, 2009, Basım Yılı: 2010, C. I, s. 509-552.

PEKCANITEZ, Hakan. *Belirsiz Alacak Davası*, Ankara 2011.

PEKCANITEZ, Hakan. *Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2017.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet. "*Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme*", TBBD 2020, S. 150, s. 247-299.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet. *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 8. Bası, İstanbul 2020.

SİMİL, Cemil. *Belirsiz Alacak Davası*, İstanbul 2013.

SİMİL, Cemil. *Yargıtay Kararları Işığında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmî Dava İle İlgili Sorunlar, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukunun Güncel Sorunları II*, 21 Haziran 2019, İstanbul 2020.

SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral. *Türk Medeni Yargılama Hukuku*, İzmir 2013.

TANRIVER, Süha. *Belirsiz Alacak Davası ve Bu Bağlamda Uygulamada Yaşanan Güncel Sorunlar*, Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2015-2, s. 8-32.

TANRIVER, Süha. *Medenî Usûl Hukuku*, C. 1, 3. Bası, Ankara 2020.

UMAR, Bilge. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Ankara 2014.

YAVAŞ, Murat. *Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkisi*, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2), Seminer-25 Mayıs 2012, İstanbul 2012.

YILMAZ, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. III, 3. Bası, Ankara 2017.

YILMAZ, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Dava Çeşitleri,* Bankacılar Dergisi, 2012/80, s. 83-104.

7251 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN HÜKMÜN TAMAMLANMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Efe DIRENİSA[1]

Öz

Mahkeme, yargılamada tarafların ileri sürdüğü bazı talepler ya da kendiliğinden hükme geçirmesi gereken hususlar hakkında tamamen veya kısmen karar vermemiş olabilir. Bunun sebebi iş yüküne ya da yargılamanın karmaşık olmasına bağlı dikkatsizlik veya unutkanlık olabileceği gibi, ihmal de olabilir. Hükmün tamamlanması kurumu, 7251 sayılı "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un (RG 28.07.2020, S. 31199) 27. maddesiyle, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenmiş olan 305/A maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, taraflar (veya ilgililer) çeşitli sebeplerle karara bağlanmamış olan aslî ya da fer'î nitelikteki talepleri için hükmün tamamlanması talebinde bulunarak, "ek karar" verilmesini isteyebilirler. Örneğin, kararda talep edilmiş olan faiz, cezaî koşul, maddî veya manevî tazminat ödenmesine hükmedilmesi unutulmuş ya da bir boşanma davasında çocuğun velâyetiyle ilgili olarak karar verilmesi ihmal edilmiş veyahut kendiliğinden hükmedilmesi gereken yargılama giderlerine kısmen veya tamamen hükmedilmemiş olabilir. Hakkında karar verilmemiş olan bir talep, karşı davada ileri sürülmüş olabileceği gibi; birleşen davaların biriyle ilgili, davaların yığılması ya da terditli davalar bakımından da söz konusu olabilir.

Türk hukukunda 7251 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce, iç tahkimde (HMK m. 437) ve milletlerarası tahkimde (MTK m. 14) hükmün tamamlanmasına ilişkin düzenlemeler mevcut iken, devlet yargısı (mahkemelerde görülen dava ve işler) bakımından böyle bir düzenleme mevcut değildi.

Hükmün tamamlanması kurumu etkin hukukî koruma, yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması ve usûl ekonomisi ilkelerine hizmet etmektedir. Mahkemenin bir ya da birden çok talebi karara bağlamaması, hukukî korunma talebine aykırılık teşkil eder ve hükümde boşluk oluşturur. Bu durum şüphesiz, anayasal hak olan hak arama hürriyetinin ve hukukî dinlenilme hakkının ihlal edilmesine neden olur. Hükmün tamamlanması yoluyla nihaî kararlarda oluşan boşlukların doldurulması amaçlanmaktadır.

Hükmün tamamlanması kurumu, kendine özgü bir hukukî çare olup, teknik anlamda kanun yolu niteliğini haiz değildir.

İlk derece mahkemelerinin kararları gibi bölge adliye mahkemelerinin kararları da hükmün tamamlanmasına konu olabilir. Ayrıca Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararları dışında, temyiz incelemesi neticesinde verdiği kararlarında da unutulan hususlarda hükmün tamamlanmasının istenebileceği kabul edilmektedir. Kanundaki düzenlemenin içeriği dikkate alındığında, herhangi bir ayırım bulunmadığından dolayı, sadece hükümler (esasa ilişkin nihaî kararlar) için değil, usûle ilişkin nihaî kararlar bakımından da hükmün tamamlanması kurumu işlerlik kazanabilir. Ayrıca gerek çekişmeli gerekse çekişmesiz yargıda verilen nihaî kararlar bakımından da hükmün tamamlanması talep edilebilir.

Taraflar, hükmün tamamlanmasını, eksik kararın kendilerine tebliğinden itibaren bir ay içinde isteyebilir. Hükmün tamamlaması talebi dilekçeyle ve bu dilekçeye tarafların sayısı kadar nüsha eklenmek suretiyle nihaî kararı veren mahkemeden istenir. Dilekçenin bir nüshası, cevap süresi mahkemece belirlenerek karşı tarafa tebliğ edilir. Cevap, tamamlama talebinde bulunan tarafa tebliğ olunur (HMK m. 306/1). Mahkeme, cevap verilmemiş olsa bile dosya üzerinde inceleme yaparak karar verir; ancak gerekli görürse iki tarafı sözlü açıklamalarını yapabilmeleri için davet edebilir (HMK m. 306/2). Hükmün tamamlanmasında verilen karar mahkemedeki nüshalar ile verilmiş olan suretlerin altına veya bunlara eklenecek ayrı bir kâğıda yazılır, imzalanır ve mühürlenir (m. 306/3, 304).

[1] Dr. Öğr. Üyesi; Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: direnisa@tau.edu.tr
ORCID ID: orcid.org/0000-0002-2220-9468

Hükmün tamamlanması yargılaması neticesinde verilen ek karar, kısmî hüküm niteliğinde olup, bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilir (HMK m. 305A/1). Hükmün tamamlanmasının talep edilmiş olması, hükmün şeklî anlamda kesinleşmesine engel olmaz. Dolayısıyla hükmün tamamlanmasının talep edilmiş olması, karara karşı kanun yoluna başvurulmasına (eğer mümkünse) mâni olmadığı gibi, karara karşı kanun yoluna başvurulmamış olması durumunda da bir aylık süre dolmadan hükmün tamamlanması yoluna başvurulabilir. Hükmün tamamlanması kurumu, Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 321. maddesinde Avusturya Medenî Usûl Kanunu'nun 423. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu tebliğde "hükmün tamamlanması" imkânı, doktrindeki görüşlere, yargı kararlarına ve çeşitli hukuk sistemlerindeki (özellikle Almanya ve Avusturya) düzenlemelere değinilerek incelenecektir. Bu kapsamda öncelikle hükmün tamamlanmasının amacı, içeriği, hukukî niteliği, zaman itibariyle uygulanması ve benzer kurumlardan (tavzih ile hükmün tashihi gibi) farkı üzerinde durulacaktır. Sonrasında hükmün tamamlanmasının koşullarına; ardından da hükmün tamamlanması usulüne değinilecektir. Son olarak hükmün tamamlanması talebinin reddi veya kabulü kararına karşı kanun yoluna başvurunun ne şekilde olabileceği ve hangi türden tartışmaların ortaya çıkabileceği çeşitli ihtimaller gözetilerek ele alınacaktır. Tebliğ genelinde, kurumun uygulamasıyla ilgili söz konusu olabilecek muhtemel tartışmalara da yeri geldikçe temas edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Hükmün Tamamlanması, Tahkim, Ek Karar, Etkin Hukukî Koruma, Usûl Ekonomisi, Hükmün Tavzihi, Hükmün Tashihi, Medenî Usûl Hukuku, Kanun Yolu, Yargıtay, Temyiz, Bölge Adliye Mahkemesi, İstinaf.

EVALUATION OF THE REGULATION RELATED TO THE COMPLETION OF JUDGEMENT AS BROUGHT BY THE LAW NO 7251

Abstract

The court may not wholly or partially decide on the certain requests brought by the parties or matters that are required to be taken into the judgement *ex oficio*. The reason for this may be inattention or forgetfulness due to the workload or complexity of the trial while it may also be omission. The institution for the completion of judgement is regulated in article 27 of the "Law on the Amendment of the Civil Procedure Law and Certain Laws" (Official Gazette 28.07.2020, No. 31199), and article 305/A as added to the Code of Civil Procedure numbered 6100. As per the said provision, the parties (or relevant parties) may request completion of judgement for their principal or accessory requests that are not taken under judgement for various reasons, and may request rendering of "additional judgement". For example, it may be forgotten to render a decision on the requests for the payment of interest, penalty, material or non-material compensation or it may be neglected to render a decision on the custody of a child in a divorce lawsuit or the litigation costs, which should be decreed *ex oficio*, may wholly or partially remain undecided. A request for which a decision has not been rendered may have been claimed in the counter action, or, concerning one of the merging cases, it may also be the case in terms of the backlog of the cases or the alternative claims.

Before the amendment made in Turkish law with Law No. 7251, while there were regulations regarding the completion of the judgment in domestic arbitration (CCP art. 437) and international arbitration (LIA art. 14), there was no such regulation in terms of state jurisdiction (cases and proceedings at court).

The institution of completion of the judgment serves the principles of effective legal protection, conclusion of the trial in a reasonable time and judicial economy. Failure of the court to decide on one or more requests constitutes a violation of the request for legal protection and creates a gap in the judgement. This situation undoubtedly leads to the violation of the constitutional right, the freedom to seek rights, and the right to be heard. By completing the judgment, it is aimed to fill the gaps in the final judgement.

The completion of judgement institution is a sui generis legal relief, and is not a legal remedy in a technical sense.

The decisions of the appeal court, as well as the decisions of the courts of first instance, may be subject to the completion of the judgement. In addition, it is accepted that besides the decisions of the Court of Cassations as a court of first instance, it may be requested to complete the judgement in the matters that are forgotten in the decisions rendered as a result of the cassation examination. Considering the content of the regulation in the law, since there is no discrimination, the completion of judgement provision can become functional not only for the judgements (final decisions on the merits) but also for the final decisions regarding the procedure. In addition, completion of the judgement may be requested in terms of final decisions made in both contentious and non-contentious judgments.

The parties may request the completion of judgement within one month after the incomplete judgement is notified to them. The completion of judgement shall be requested from the court that rendered the final judgement by giving a petition and adding copies thereof in the amount of all parties. A copy of the petition will be notified to the opposing party with the response period being determined by the court. The response shall be notified to the party who requested the completion of judgement (CCP art. 306/1). The court will render a decision over the case file even though no response is provided; however, if it finds it necessary, both parties may be invited for providing verbal explanations (CCP art. 306/2). The judgement rendered in the completion of judgement shall be recorded below the copies given at the court or to a separate paper to be annexed thereto, shall be signed and sealed (CCP art. 306/3, 304).

The additional judgement rendered as a result of the trial for completion of judgement is a partial decree and it is possible to apply to legal remedy against this decision (CCP art. 305A/1). Request for the completion of judgement does not prevent the formal finalization of the judgement. Thus, requesting

completion of judgement does not prevent the application to legal remedies against the decision (if possible) and in case no legal remedies were applied against the decision, the completion of judgement may be requested within the one-month period. The institution of completion of judgement is regulated in the Code of German Civil Procedure article 321 and in the Code of Australia Civil Procedure article 423.

In this communiqué, "the completion of judgement" option will be examined by referring to the views of the academy, judicial decisions and regulations in various legal systems (especially Germany and Australia). Within this scope, firstly, the purpose of completion of judgement, its legal characteristic, implementation regarding time and its difference from similar institutions (such as clarification of decision and rectification of decision) will be emphasized. Thereafter, the terms for completion of judgement and then the procedure of completion of judgement will be mentioned. Finally, the subjects of how the legal remedies may be applied against the rejection or acceptance of completion of judgement request and what kind of discussion may emerge will be examined with considering various possibilities. Possible discussions that may arise regarding the implementation of the institution will be addressed throughout the communiqué when appropriate.

Keywords: Completion Of Judgement, Arbitration, Additional Judgement, Effective Legal Protection, Judicial Economy, Clarification Of Decision, Rectification Of Decision, Civil Procedure Law, Legal Remedy, Court Of Cassation, Cassation, Court Of Appeal, Appeal.

Genel Kaynakça / General Bibliography

Akkaya, Tolga. "Medeni Usûl Hukukunda Hükmün (Nihai kararların) Tamamlanması", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXXV, S. 1, 2021, s. 19-60.

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel. *Medenî Usul Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin. *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Anders, Monika. *Zivilprozessordnung*, 78. Aufl., C.H. Beck, München 2020.

Boran Güneysu, Nilüfer. *Medenî Usûl Hukukunda Karar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Brunner, Alexander/Gasser, Dominik/Schwander, Ivo. *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar*, 2. Aufl., Dike Verlag, Zürich/St. Gallen 2016.

Budak, Ali Cem/Karaaslan Varol. *Medenî Usul Hukuku*, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Bulut, Uğur. *Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Fashing, Hans W./Konecny, Andreas. *Kommentar zu den Zivilprozessgesetze*, Band 3, Manz, Wien 2018.

Gehri, Myriam A./Jent-Sørensen, Ingrid/Sarbach, Martin. *ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Orell Füssli, Zürich 2015.

Görgün, Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet. *Medenî Usûl Hukuku*, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Jauernig, Othmar/Hess, Burkhard. *Zivilprozessrecht*, 30. Aufl., C.H. Beck, München 2011.

Karslı, Abdurrahim. *Medeni Muhakeme Hukuku*, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.

Kodek, Georg E./Mayr, Peter G. *Zivilprozessrecht*, 4. Aufl., Facultas, Wien 2018.

Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO*, Band 1, 6. Aufl., München 2020.

Kuru, Baki/Aydın, Burak. *Medenî Usul Hukuku*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang. *Zivilprozessordnung (ZPO)*, 16. Aufl., Franz Vahlen, München 2019.

Oberhammer, Paul/Domej, Tanja/Haas, Ulrich. *Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2013.

Özbay, İbrahim/Erdem, Murat. "Hakem Kararlarının Tavzihi, Düzeltilmesi ve Tamamlanması (HMK m.437)", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, 2013.

Öztek, Selçuk/Taşpınar Ayvaz, Sema/Kale, Serdar. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 149, 2020.

Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet. *Medenî Usûl Hukuku*, 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

Pekcanıtez, Hakan. *7251 sayılı Kanun'la Değişik Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, 2020, https://www.youtube.com/watch?v=tvmHJ9LboBE, (Erişim Tarihi: 28.02.2021).

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 150, 2020.

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi*, https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/, (Erişim Tarihi: 20.01.2021).

Pekcanıtez, Hakan/Özekes Muhammet. *HMK'da 7251 S.K. İle Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi*, 2020, https://www.youtube.com/watch?v=GdEMWyjfA6c, (Erişim Tarihi: 28.02.2021).

Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer. *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.

Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus. *ZPO Zivilprozessordnung Kommentar*, 12. Aufl., Luchterhand Verlag, Köln 2020.

Rechberger, Walter H./Klicka, Thomas. *Zivilprozessordnung*, 5. Aufl., Verlag Österreich, Wien 2019.

Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter. *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl., C.H. Beck, München 2018.

Saenger, Ingo. *Zivilprozessordnung: ZPO*, 8. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2019.

Spühler, Karl/Tenchio, Luca/Infanger, Dominik. *Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2017.

Stein, Friedrich/Jonas, Martin. *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 4, 23. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2018.

Sutter-Somm, Thomas/Hasenböhler, Franz/Leuenberger, Christoph. *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 2016.

Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku, Cilt I*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Thomas, Heinz/Putzo, Hans. *Zivilprozessordnung*, 41. Aufl., C.H. Beck, München 2020.

Tutumlu, Mehmet Akif. "Hukuk Davaları İçin Zorunlu Bir Kurum: Hükmün Tamamlanması", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 132, 2013.

Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A. *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, Band 5/1, 4. Aufl., De Gruyter, Berlin 2015.

Zöller, Richard. *ZPO Zivilprozessordnung*, 33. Aufl., Dr. Otto Schmidt, Köln 2020.

HÜKMÜN TAMAMLANMASI VE « TALEBİN ÖNEMLİ BİR KISMI HAKKINDA KARAR VERİLMEMESİ » (HMK M. 353/I) SEBEBİNE DAYALI İSTİNAF

İdil Tuncer KAZANCI[1]

Öz

Hükmün tamamlanması 7251 sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'muza girmiştir. Bir hukuki çare olarak tanımlayabileceğimiz hükmün tamamlanması yolu ile yargılama sırasında talep edilmiş olmasına rağmen hükme bağlanmayan taleplerin hüküm altına alınması mümkün hale gelmiştir. Bununla birlikte, talebin önemli bir kısmı hakkında hüküm verilmemiş olması aynı zamanda bir istinaf sebebidir. Aynı amaca yönelik iki düzenleme, talebi hükme bağlanmayan tarafa her iki yola da başvurabilme imkanı tanımaktadır. Aynı anda hem hükmün tamamlanması hem de istinaf yoluna başvurulması, bazı sakıncalar doğurmaya elverişlidir. Özellikle hükme bağlanmayan taleple ilgili hükmün tamamlanması yoluna, diğer taleplerle ilgili ise istinaf yoluna başvurulmuş olması durumunda bu sakıncalar daha net görülebilir. Bu ihtimalde hükmün tamamlanması talebinin reddi kararına karşı kanunyolu açık olduğundan, tarafın reddedilen hükmün tamamlanması talebini kanunyoluna konu etmesi ve bu şekilde ilk istinaf başvuru ile birleştirilmesini istemesi imkan dahilindedir. Hükmün farklı kısımları için istinaf ve hükmün tamamlanması yoluna başvurulması da kanun tarafından tanınmış bir imkanıdır. Keza hükmün tamamlanması yoluna karşı kanunyolunun açık olması da bu imkanı işaret etmektedir. Bununla birlikte talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması durumunun istinaf başvurusuna konu edilmemesi, unutulması ve aynı gerekçe ile bu sefer hükmün tamamlanması yoluna başvurulması, hükmün tamamlanması kurumunun amacı ile bağdaşmamaktadır.

Anahtar Kelimeler: İstinaf, Hükmün Tamamlanması, Hukuki Çare, Davaların Birleştirilmesi, Başvuru Süresi

[1] Dr. Öğr. Üyesi; Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD. E- posta: idil.tuncerkazanci@erdogan.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6285-5958

COMPILATION OF JUDGEMENT AND APPEAL BY THE REASON OF "THE MAJOR PART OF THE PLEA NOT REACHED A VERDICT"

Abstract

Compilation of judgement is included in Code of Civil Procedure Law by Law no. 7251. Through the compilation of judgement, which we can define as a legal remedy, it is made possible to reach a verdict for those appeals though appealed during trial and that have not reached a verdict. Nevertheless, it is at the same time the subject of first degree court should the major part of the plea not reach a verdict. Two regulations aiming for the same goal provide, the party whose plea has not been addressed the opportunity to appeal for both ways to appeal for both completion of judgement and to appeal to first degree court have certain drawbacks. The drawbacks can be seen clearly especially in the case of appealing for compilation of judgement for the plea that has not reached a verdict and for the other pleas to appeal to the first degree court. In this option, since the legal route is open for the refused appeals of compilation of judgement, it is possible for the appealing party to make it the subject of his application for the legal way and to ask to combine the first degree court application with the plea for the refused completion of judgement. It is indeed an opportunity recognized by the law to appeal for different parts of the judgement to the first degree court and the compilation of the judgement. Similarly this opportunity is indicated in the fact that in response to the compilation of judgement, the process of law is open. Nonetheless, the state that no decision is reached on the major part of the plea is not indicated in the subject of the plea to the first degree court, oblivion and this time appealing for compilation of judgement with same reasoning are not conformable with the goal of the institution of compilation of judgement.

Keywords: Appeal, Completion Of The Judgement, Legal Solution, Consolidation Of Actions, Application Period

Giriş

7251 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden birisi de HMK m. 305/A maddesinde düzenlemesini bulan hükmün tamamlanmasıdır. Hükmün tavzihi ve tashihi ile benzer bir şekilde düzenlenen hükmün tamamlanması, temelde talep edilmesine rağmen hükme bağlanmayan taleplere veya re'sen karar verilmesi gereken konularda karar verilmemiş olması haline özgülenmiştir. Hüküm verilirken, unutkanlık veya ihmal sebebiyle ortaya çıkabilecek eksiklikleri hızlı bir şekilde çözmeye yarabilecek olan hükmün tamamlanması imkanı, başvuru süresi ve özellikle istinaf kanun yolu ile kesiştiği noktalar bakımından bazı sorunları da beraberinde getirebilir.

Çalışmamızda öncelikle hükmün tamamlanması kurumunun genel bir incelemesini yaptıktan sonra, istinaf ile kesiştiği nokta olan "taleplerden biri hakkında karar verilmemiş olması" halini değerlendireceğiz. Nihayet farklı ihtimaller ışığında, taleplerden biri hakkında karar verilmemiş olması halinde eş zamanlı olarak istinaf ve hükmün tamamlanması yoluna başvurulması ve bu durumda ortaya çıkabilecek sonuçlara yer vereceğiz.

I. Hükmün Tamamlanması Kurumuna Genel Bakış

Hükmün tamamlanması, 7251 sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'muza HMK m. 305/A düzenlemesi ile girmiştir. Hakem yargılamasındaki "Hakem kararının tavzihi, düzeltilmesi ve tamamlanması" başlıklı HMK m. 437 düzenlemesinden esinlenerek yapılan bu düzenleme ile mahkeme kararları bakımından da yargılamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda, taraflara nihai kararın tebliğinde itibaren bir ay içinde hükmün tamamlanmasını talep etme imkânı tanınmıştır[1].

[1] Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme", *TBBD*, Y. 2020, S. 150, s. 280 ; Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer. *Medeni Usul Hukuku Dersleri,* Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 786 ; Görgün, Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet. *Medeni Usul Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 683.

Hükmün tamamlanması, bir kanun yolu olmayıp, hükümdeki eksiklikleri gidermeyi amaçlayan bir hukuki çaredir. Zira hükmün tamamlanması, nihai kararda yer alan hukuki eksiklikleri veya maddi hataları gidermeye yönelik bir imkân olmayıp, sadece mahkemenin kendiliğinden hükme geçirmesi gereken veya yargılamada ileri sürülmesine rağmen hakkında karar verilmeyen hususların daha kısa bir inceleme ile tamamlanmasına hizmet eder[2]. Yani hükmün tamamlanması esasen nihai hükümde karara varılmış bir konuda mahkemenin yanlış veya eksik olarak yaptığı bir değerlendirmenin düzeltilmesini amaçlamaz. Nitekim hükmün tamamlanması yoluna başvurulması kararın şekli anlamda kesinleşmesini engellemeyeceği gibi, başvuru merci de kararı veren mahkemenin kendisidir[3].

Bu noktadan hareketle hükmün değerlendirilmesi yoluna başvurulabilmesi için bazı koşullar belirlemek mümkündür. Hükmün tamamlanması yoluna, mahkemenin kendiliğinden karar vermesi gereken hususlarda karar vermemesi durumunda başvurulabilir. Örneğin HMK m. 332 maddesi gereğince yargılama giderlerine re'sen hükmedilir. Dolayısıyla, mahkemenin nihai kararında yargılama giderlerine hükmetmeyi unutmuş olması halinde pekâlâ hükmün tamamlanması yoluna başvurulabilmesi mümkündür. Hükmün tamamlanması yoluna başvurulabilecek diğer bir hal yargılamada ileri sürülmesine rağmen, talep hakkında kısmen veya tamamen bir karar verilmemiş olmasıdır. Örneğin taraf hem maddi hem manevi tazminat talep etmesine rağmen mahkeme sadece manevi tazminat talebini hükme bağladıysa, maddi tazminat talebi bakımından hükmün tamamlanması yoluna başvurulabilir. Nihayet hükmün tamamlanması yoluna ancak bir nihai karara karşı başvurulabilir. Farklı bir ifade ile ara kararlara karşı hükmün tamamlanması yoluna başvurulabilmesi mümkün değildir[4]. Mahkeme tarafından verilen nihai karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmese de bu karar hakkında da hükmün tamamlanması yoluna başvurulabileceği doktrinde kabul edilmektedir[5].

Kısaca değindiğimiz bu koşullar içinde, özellikle yargılamada ileri sürülmesine rağmen, tamamen veya kısmen hükme bağlanmayan hususlar bakımından, istinaf yoluna başvurulabilmesi de mümkündür. Zira HMK m. 353/I, a, 6 uyarınca mahkemenin, talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması hali de bir istinaf sebebi olarak kabul edilmiştir. Böyle bir durumda bölge adliye mahkemesi, esası incelemeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine gönderilmesine duruşma yapmaksızın karar verir. 7251 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması, bu madde kapsamında bir istinaf sebebi olarak değerlendirilmemekteydi. Yani 7251 sayılı kanun ile talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması hem bir istinaf sebebi hem de hükmün tamamlanmasına başvuru koşulu olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla yargılamaya konu olan taleplerden biri hakkında karar verilmemiş olması halinde, tarafın dilerse hükmün tamamlanması, dilerse istinaf yoluna başvurabilmesi imkânı bulunmaktadır. Çalışmamızda da inceleyeceğimiz sorun da aynı husus hakkında hem hükmün tamamlanması hem de istinaf yoluna başvurulması halinde ortaya çıkabilecek sorunlardır.

II. Bir İstinaf Sebebi Olarak Hükmün Önemli Bir Kısmı Hakkında Karar Verilmemesi

HMK m. 353. Maddesi, bölge adliye mahkemesinin duruşma yapılmaksızın karar verebileceği halleri düzenlemektedir. Anılan maddenin ilk fıkrasının a bendinde usule ilişkin olarak duruşma yapılmaksızın karar verilebilecek haller sayılmıştır. Talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması hali de duruşma yapılmaksızın karar verilebilecek haller arasındadır. Bu durumda bölge adliye mahkemesi, esası incelemeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine gönderilmesine duruşma yapmadan kesin olarak karar verir (HMK m. 353/I). Talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması hali, 7251 sayılı kanun ile madde metnine alınmıştır. Farklı bir ifade ile 7251 sayılı

[2] Akkaya Tolga. "Medeni Usûl Hukukunda Hükmün (Nihai Kararların) Tamamlanması", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV, Y. 2021, Sa. 1, s. 26.

[3] Akkaya, s. 31.

[4] Tutumlu, Mehmet Akif. "Hukuk Davalarında Hükmün Tamamlanması Kurum ve Uygulanma Koşulları", *Ankara Barosu Dergisi*, 2020/3, s. 410; Akkaya, s. 35.

[5] Akkaya, s. 35, 37.

kanun hükmün tamamlanması kurumu ile birlikte, talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması halini bir istinaf sebebi olarak kabul etmiştir[6].

III. Hükmün Tamamlanması ve İstinaf Yoluna Eşzamanlı Başvurulması ve Ortaya Çıkabilecek Muhtemel Sorunlar

HMK m. 305/A maddesinde hükmün tamamlanması yoluna başvurulabilmesi için bir aylık bir süre öngörülmüştür. Anılan madde uyarınca taraflardan her biri, nihaî kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde, yargılamada ileri sürülmesine rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda hükmün tamamlanmasını talep edebilir[7]. Bunun yanında, yukarıda da değindiğimiz üzere, talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması sebebine (HMK m. 353/I, a, 6) dayanılarak ilamın tebliğinden itibaren iki hafta içinde istinaf yoluna başvurulabilmesi de mümkündür. Talebin bir kısmı hakkında hüküm kurulmaması nedeniyle iki hafta içinde kanun yoluna başvurulması, aynı gerekçe ile hükmün tamamlanması yoluna başvurulmasına engel değildir[8]. Farklı bir ifade ile her iki yola da eşzamanlı olarak başvurulabilmesi mümkündür. Doktrinde her iki kurum bakımından başvuru sürelerinin farklı düzenlenmiş olması eleştirilmiştir. Hakem kararlarının iptaline ilişkin HMK m.439/IV uyarınca, hakem kararlarının iptali davası, hakem kararının veya tavzih, düzeltme ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren bir ay içinde açılmalıdır. Dolayısıyla hakem yargılaması bakımından kanun, bir aylık sürenin, hükmün tamamlanmasına ilişkin kararın taraflara bildirilmesinden itibaren başlamasını öngörmektedir. Bu açıdan bakıldığında, hakem kararının taraflara bildirilmesinden itibaren, taraflardan her biri bir ay içinde hükmün tamamlanmasını talep edebilir (HMK m. 437/IV).

Tamamlama ve istinaf bakımından farklı başvuru süreleri öngörülmüş olması nedeniyle, aynı anda hem istinaf hem de tamamlama başvurusu yapılması yahut iki kurumdan sadece birisine başvurulması ihtimallerinin ayrı ayrı değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Taraf sadece hükmün tamamlanması yoluna başvurursa, mahkeme hükümde eksik bırakılan talep hakkında ek karar verebilir. Bu karara karşı da kanun yoluna başvurulması mümkündür. Ancak bu durumda, yani hükmün tamamlanması kararına karşı istinaf yoluna başvurulduğunda artık HMK m. 353/I, a, 6'ya dayanılması mümkün değildir. Zira bu durumda mahkeme eksik bırakılan talep hakkında (hatalı da olsa) bir karar vermiştir. Eğer hükmün tamamlanması talebi reddedilirse, bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilir. Bu ihtimalde HMK m. 353/I, a, 6 hükmüne dayanılarak istinaf başvurusu yapılması mümkündür, zira ilk derece mahkemesi ek karar vermeyerek, taleplerden birisini hükme bağlamamış olacaktır.

Taraf sadece HMK m. 353/I, a, 6 uyarınca istinaf yoluna başvurursa, bölge adliye mahkemesinin, dosyayı hükme bağlanmayan taleple ilgili inceleme yapmak için ilk derece mahkemesine göndermesi söz konusu olacaktır. Dolayısıyla bu ihtimalde, istinaf incelemesinin, hükmün tamamlanması fonksiyonu gösterdiği söylenebilir. Bununla birlikte, hükmün tamamlanmasının daha kısa ve hızlı bir yol olduğu düşünüldüğünde, bu yola başvurulmasının daha avantajlı olacaktır[9].

Tarafın hem istinaf hem de hükmün tamamlanması yoluna başvurması da mümkündür. Bu ihtimalde, bölge adliye mahkemesi, hükmün tamamlanması başvurusunu bekletici mesele yapacaktır[10]. Eğer tamamlama başvurusu kabul edilip, kanun yoluna başvurulmaksızın kesinleşirse, artık istinaf incelemesi de konusuz kalacağından[11], istinaf başvurusunun reddedilmesi gerekir. Buna karşın, hükmün tamamlanması talebi reddedilip de bu karara karşı kanun yoluna başvurulmazsa, artık bölge adliye mahkemesi, taleplerden birinin hükme bağlanmamış olması gerekçesine dayanarak incelemesini yapacaktır. Bu ihtimalde, hükmün tamamlanması talebi reddedildiği ve bu karar da kesinleştiğinden bahisle, istinaf incelemesinden hakkında karar verilmeyen talep için inceleme yapılamaması söz konusu değildir. Zira talebin hükme bağlanmamış olması, tamamlama talebinden bağımsız olarak istinafa konu

[6] Bu konuda bkz. 7215 sayılı Kanun Gerekçesi, s. 25: https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2735.pdf.

[7] Tanrıver Süha. Medeni Usul Hukuku, C. I, Ankara, 2020, s. 1042.

[8] Tanrıver, s. 1043.

[9] Akkaya, s. 33.

[10] Aksi görüş için bkz. Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 282.

[11] Akkaya, s. 48.

edilmiştir. Hükmün tamamlanması talebi reddedilmiş ve bu karara karşı (istinaf) kanun yoluna başvurulmuşsa, bölge adliye mahkemesinde bu iki dosyanın birleştirilmesi mümkündür[12].

Tarafın, hükme bağlanmayan kısımla ilgili tamamlama, hükmün geri kalan kısmı hakkında ise istinaf yoluna başvurması hali bakımından, yine tamamlama talebinin akıbetine göre bir inceleme yapılması gerekecektir. Buna göre tamamlama talebi kabul edilir ve buna karşı kanun yoluna başvurulmazsa, tamamlama talebine konu olan talep bakımından ilk derece mahkemesi kararı kesinleşmiş olacağından, istinaf incelemesi şüphesiz sadece başvuru konusu ile sınırlı olarak yapılacaktır. Ancak tamamlama talebinin kabulü kararına karşı kanun yoluna başvurulursa, kanaatimizce yine her iki dosyanın birleştirilmesi yerinde olur. Hükmün tamamlanması talebinin reddedilmesi ve bu karara karşı kanun yoluna başvurulması halinde ise, hükme alınmayan talep bakımından bölge adliye mahkemesi tarafından inceleme yapılacaktır. Bununla birlikte, mahkemenin verdiği ilk karara karşı yapılan istinaf başvurusu, hükme bağlanmayan talebi içermemektedir. Hükmün tamamlanması talebinin reddine karşı yapılan kanunyolu incelemesi ile ilk karara karşı yapılan kanun yolu incelemesinin birleştirilmesi söz konusu olabilir. Hükmün tamamlanması yoluna başvuru süresinin bir ay, kanun yoluna başvuru süresinin ise iki hafta olduğu göz önüne alınırsa, bu ihtimalde eksik hükme istinaf başvurusunda yer vermeyi unutan tarafın, istinaf süresi geçtikten sonra, unuttuğu istinaf sebebini bu kez hükmün tamamlanması yolu ile ileri sürebileceği görülecektir. Kanaatimizce bu durum, HMK m. 353/I, a, 6 bakımından istinaf başvurusu sırasında unutulan bir sebebin (talebin hükme bağlanmamış olması) sonradan ileri sürülebilmesi yoluyla hükmün tamamlanması kurumunun kötüye kullanılması ihtimalini de ortaya çıkarmaktadır. Yani taleplerinden birinin hükme bağlanmadığını, istinaf başvurusunu yaptıktan sonra farkeden taraf, iki haftalık istinaf süresi geçmiş olsa dahi, bir aylık süre içinde hükmün tamamlanması yoluna başvurabilecektir. İlk derece mahkemesinin yargılamada talep edilmesine rağmen hükme bağlamadığı husus bakımından kesin hükmün, hükmün tamamlanmasından sonra ortaya çıkacağı açıktır. Yani o talep bakımından mahkeme aslında (gecikmeli de olsa) hükmünü hükmün tamamlanması talebin üzerine vermektedir. Hükmün tamamlanması kararına karşı kanunyolunun açık olması da bu tespiti doğrular. Bununla birlikte, tarafın kanunyoluna başvuru sırasında eksik talep hakkında hüküm verilmesini bir istinaf sebebi olarak belirtmeyi unutması ve sonradan bu hususu hükmün tamamlanması yoluna konu etmesi, kanaatimizce kurumun amacı ile bağdaşmaz.

Yukarıda kısaca özetlemeye çalıştığımız ihtimallerde doğabilecek sakıncaların, öncelikle hükmün tamamlanması ve istinafa başvuru sürelerinde yapılacak bir düzenleme ile mümkün olacağı kanaatindeyiz. İstinaf süresinin, tıpkı hakem yargılamasında olduğu gibi hükmün tamamlanması için öngörülen sürenin sonundan itibaren işlemeye başlaması, büyük oranda değindiğimiz sakıncaları ortadan kaldıracaktır. Doktrinde böyle bir düzenlemenin, tarafların her durumda hükmün tamamlanması yoluna başvurabilecekleri ve bunun yargılamanın uzaması sonucunu doğurma ihtimalinin bulunması sebebiyle eleştirildiğine de değinmek isteriz[13]. Ancak kanaatimizce hükmün tamamlanması, oldukça sınırlı hallerde başvurulabilecek bir çare olduğundan, tarafların bu kurumu tıpkı bir kanunyolu gibi kullanmaları mümkün değildir.

Sonuç

7251 sayılı kanunla değişik Hukuk Muhakemeleri Kanunu'muz bakımından yargılamada ileri sürülmüş olmasına rağmen, taleplerden biri hakkında karar verilmemiş olması hem hükmün tamamlanması hem de bir istinaf sebebi olarak öngörülmüştür. Bu durum her iki yola da eş zamanlı başvurulmabilmesi imkanını da beraberinde getirmektedir. Kanunda her iki yola da başvurmaya engel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte özellikle talebin bir kısmının hükme bağlanmamış olması nedeniyle hükmün tamamlanması yoluna, hükmün geri kalan kısmı için ise istinaf yoluna başvurulması ihtimalinin özellikle değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Hükmün tamamlanması talebi reddedilirse, bu karara ilişkin olarak yapılan kanunyolu incelemesi ile ilk karara karşı yapılan kanun yolu incelemesinin birleştirilmesi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda istinaf süresi olan iki hafta geçtikten sonra, bir aylık süre içinde yapılmış ve reddedilmiş bir hükmün tamamlanması talebi söz konusu olacaktır. Şüphesiz ilk derece mahkemesinin yargılamada talep edilmesine rağmen hükme bağlamadığı husus bakımından kesin hüküm, hükmün tamamlanmasından sonra ortaya çıkacaktır. Yani

[12] Akkaya, s. 48.

[13] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 36.

o talep bakımından mahkeme aslında (gecikmeli de olsa) hükmünü hükmün tamamlanması talebin üzerine vermektedir. Ancak bu durum istinaf başvurusuna eksik talebe ilişkin istinaf sebebini eklemeyi unutan tarafa, bir aylık süre içinde hükmün tamamlanmasını talep etme, reddi halinde de kanunyoluna başvurma ve bu başvurusunun ilk istinaf talebi ile birleştirilmesini talep etme yolunu da açmaktadır. Hükmün tamamlanması kurumunun bu şekilde amacına aykırı bir kullanımı, kanaatimizce istinaf başvurusunu özensiz bir biçimde yapan tarafa, unuttuğu istinaf sebebini, bu kez, hükmün tamamlanması yolu ile istinaf incelemesine dahil etme imkanı vermektedir.

KAYNAKÇA

Akkaya Tolga. "Medeni Usûl Hukukunda Hükmün (Nihai Kararların) Tamamlanması", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. XXV, Y. 2021.

Görgün, Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet. Medeni Usul Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme", TBBD, S. 150, Y. 2020.

Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer. Medeni Usul Hukuku Dersleri, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Tanrıver, Süha. Medeni Usul Hukuku, C. I, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.

Tutumlu, Mehmet Akif. "Hukuk Davalarında Hükmün Tamamlanması Kurum ve Uygulanma Koşulları", Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Y. 2020.

USULSÜZ TEBLİGATIN KENDİLİĞİNDEN GÖZETİLMESİNİN YARGITAY KARARLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

İsmet MAZLUM[1]

Öz

Adil yargılamayı gerçekleştirmeye yönelik her hukuk kuralı savunma hakkının varlığına işaret edecektir. Hak arama özgürlüğü ve bunun somut unsurlarından biri olan savunmanın yapılabilmesinin ilk koşulu ise tebligattır. Bir yargılama sırasında taraflar, yargılama hakkındaki ilk bilgilere ve bunun sonucunda iddia ve savunma yapabilme haklarına ancak usulüne uygun tebligat ile kavuşabilecek ve bu şekilde savunma yapılabilecektir. Bunun tersi olarak geçerli ve usulüne uygun bir tebligat olmaksızın yargılama yapılması ise, savunma hakkının dolayısıyla, en temel insan haklarından birinin ihlali anlamına gelecektir. Bu nedenle, tebligatın, yargılama için önemi dikkate alındığında usulüne uygun olup olmadığının kendiliğinden dikkate alınması gereken bir durum olarak kabul edilmesi gereklidir.

Anahtar Kelimeler: Tebligat, Usulsüz Tebligat, Adil Yargılanma Hakkı.

[1] Dr. Öğr. Üyesi; Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. E-posta: ismetmazlum@cankaya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3243-356X.

AN ASSESMENT OF EX OFFICIO OF INADEQUACY'S NOTICE IN TERMS OF SUPREME COURT'S DECISIONS

Abstract

Any rule of law to conduct a fair trial will indicate the existence of the right to defense. The first condition of the freedom to seek rights and defense, which is one of the concrete elements of this, is notification. During a trial, the parties will only be able to obtain the first information about the trial and the consequently the right to make a claim and defense with a proper notification and defense can be made in this way. On the contrary, making a trial without a valid and proper notification would mean a violation of the right to defense, and therefore one of the most fundamental human rights. Therefore, it should be regarded as a matter of course that whether the notification is in accordance with the procedure or not, given its importance for the trial, should be taken into account ex officio.

Keywords: Judicial Notice, Inadequacy of Notice, Fair Trial Principle.

GİRİŞ

Tebligat, bir bilgi veya haberin ilgilisine bildirilmesi ve ulaştırılması için yapılan bir işlemdir. Tebligatın tanımı, doktrin ve yargı uygulamalarında çeşitli şekillerde yapılmıştır. Tebligat, hukukî işlemlerin kanunun öngördüğü esas ve usullere uygun olarak yazılı veya ilân yoluyla yetkili makam tarafından muhataba bildirilmesi ve bu bildirimin belgelendirilmesi işlemi şeklinde tanımlanmıştır[2]. Muşul'a göre tebligat, hukukî işlemlerin kanunda öngörüldüğü şekilde muhatabına veya muhatap adına kabule kanunen yetkili şahıslara yazılı olarak bildirimi ve bu bildirimin yapıldığının, kanunda öngörülen şekilde belgelendirilmesi işlemidir[3]. Kuru, tebligatı, dava ile ilgili olan kişilerin özellikle davanın taraflarının davaya ilişkin bir işlemi öğrenebilmesi için usulüne uygun olarak yapılan belgeleme işlemi şeklinde tanımlamıştır.[4] Bir başka ifadeyle, yetkili makamlar tarafından bir takım hukuki işlemlerin, bunların hukuki sonuçlarından etkilenmeleri amaçlanan kimselere kanuna uygun şekilde bildirimi ve bu bildirimin de usulüne uygun şekilde yapıldığının belgelenmesi olarak tanımlanan tebligat, Anayasa ile güvence altına alınan iddia ve savunma hakkının, daha da özelde hukuki dinlenilme hakkının tam olarak kullanılması ve bu suretle adil bir yargılamanın yapılmasını sağlayan çok önemli bir araçtır.

I. Usulsüz Tebligat

Usulsüz tebligat ise, tebligatın, mevzuatta belirtilen usullere göre yapılmaması sonucunda olur. Usulüne aykırı tebliğin hükmü, Tebligat Kanunu'nun 32'nci maddesi ile Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 53'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükümlere göre, "Tebliğ, usulüne aykırı yapılmış olsa bile, muhatabı tebliği öğrenmiş ise geçerlidir. Aksi takdirde tebligat yapılmamış sayılır. Muhatap, her ne şekilde olursa olsun tebliğ evrakını veya davetiyeyi alırsa ya da bunların içeriğini öğrenirse tebliği öğrenmiş sayılır. Muhatabın tebliği öğrendiğini beyan ettiği tarih, tebliğ tarihi olarak kabul edilir. Tebliğin usulüne aykırı yapılmış olması halinde, muhatabın tebliği öğrendiğinin ve bunun tarihinin iddia ve ispatı mümkün değildir."

II. Usulüne Uygun Bir Tebligatın Yapılmasının Önemi

Tebligat, yargılamanın yürütülmesi açısından büyük öneme sahiptir. Tarafların veya ilgililerin yargılama faaliyeti içinde yer almaları, yapılacak veya yapılmış işlemleri öğrenmeleri, bu bağlamda, kendilerine

---

[2] Deliduman, Seyithan. *Tebligat Hukuku Bilgisi*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 15; Özbay, İbrahim/Yardımcı, Taner Emre. *Tebligat Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.16; Akcan, Recep/Albayrak, Hakan. *Tebligat Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 23;; Yılmaz, Ejder/Çağlar, Tacar. *Tebligat Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s 53; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Üçüncü, Hilal. *Tebligat Hukuku,* 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 15; Çatalkaya, İbrahim. *Tebligat Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 11; Yılmaz, Ejder/Arslan, Ramazan/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel. *Medeni Usul Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 191; Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 460; Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 135.

[3] Muşul, Timuçin. *Tebligat Hukuku*, Altıncı Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 45

[4] Kuru, Baki/Aydın, Burak. Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 599

tanınan hakları kullanabilmeleri, anılan işlemlerin tebliğ edilmesini gerektirir. Bununla birlikte tebligatın öneminin, yargılamaya egemen olan ilkeler ile bağlantısının ortaya konması ile de ifade edilmesi mümkündür.

Anayasa Mahkemesi, 2017/170 karar ve 2016/14 esas sayılı kararında tebligatın önemine ilişkin olarak, bazı tespitlerde bulunmuştur. İlgili kararda, tebligatın, yetkili makamlarca birtakım hukuki işlemlerin, bu işlemin hukuki sonuçlarından etkilenmeleri amaçlanan kişilere kanuna uygun şekilde bildirimi ve bu bildirimin usulüne uygun olarak yapıldığının belgelendirilmesi işlemi olduğu belirtilmiştir. Usulüne uygun işlemlerin kendilerine bağlanan hukuki sonuçları doğurabilmesi için muhatabına bildirilmesi gerekir. Usulüne uygun olarak yapılan tebligat, Anayasa'da güvence altına alınmış olan iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesinin ve bireylere tanınan hak arama hürriyetinin önemli güvencelerinden biridir. Tebligatta amaçlanan en önemli husus, hakkında işlem tesis edilen kişilerin, işlem hakkında haberdar edilmesi ve kişilere hukuki yollara başvurma imkanlarının sağlanmasıdır.

Yargılamaya egemen olan ilkelerden biri adil yargılanma hakkıdır. Adil yargılanma hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6'ncı maddesiyle güvence altına alınmış olan, yargılamaya ilişkin temel haklardan birisi ve en önemlisidir. Anılan düzenlemeye göre, adil yargılanma, "Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir." şeklinde düzenlenmiştir[5].

Adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olan, hakkaniyete uygun yargılamanın bir parçasını da, hukukî dinlenilme hakkı oluşturur. Hukukî dinlenilme hakkına ilişkin ayrı bir kanunî düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27'nci maddesinde yer almaktadır. Anılan düzenlemeye göre, "Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler. Bu hak, yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini, içerir." Bu bağlamda, bilgilendirmeyi talep hakkı, açıklama ve ispat hakkı ve dikkate alınma hakkı, hukukî dinlenilme hakkının unsurları olarak sayılabilmesi mümkündür[6]. Bilgilenme hakkına göre, hak sahibinin kendisi ile ilgili yargılama ve yargılamanın içeriği hakkında tam bir şekilde bilgi sahibi olması sağlanmalıdır. Bilgilenme hakkı, gerek karşı taraf gerekse yargı organlarının işlemleri ve dosya kapsamına girip yargılamayı etkileyen her şeyi kapsar. Tarafın bilgi sahibi olmadığı işlemler, belge ve bilgiler yargılamada esas alınamaz. Bilgilenmenin şekli bakımından, hukuki dinlenilme hakkına uygun davranılmalı, ilgilinin bilgilenmesi şeklen değil, gerçekten sağlanmaya çalışılmalıdır. Özellikle tebligat ve davetiye kurallarının uygulanmasında özen gösterilmelidir. Usulüne uygun tebligat yapılmadan, davetiye çıkarılmadan, tefhimi mümkünse tefhim gerçekleşmeden yapılan işlemler taraflar bakımından sonuç doğurmaz. Taraflardan gizli yargılama yapılamayacağı için, yargılamaya dahil olan her işlem bakımından taraflar, dosyanın korunması ve yargılamanın sağlıklı yürütülmesi dışında bir sınırlamaya tabi olmadan tam olarak bilgilenme hakkını kullanabilirler. Bu sınırlamalar da bilgilenme hakkını ortadan kaldırıcı nitelikte olmayıp sadece kullanılmasını yargılamanın sağlıklı işlemesi için belirli kurallara bağlamak şeklinde olabilir. Tarafların bilgisine açık olmayan hiçbir husus hükme esas alınamaz.

Açıklama ve ispat hakkına göre, hak sahibinin bilgilendiği hususlarda açıklama hakkı tam olmalıdır. Açıklama hakkı kapsamına, yargılamanın temelini oluşturan vakıalar, bunların ispatına ilişkin faaliyet ve hukuki sebepler girmektedir. Bununla birlikte, açıklama hakkı sınırsız değildir. Bu konuda hakkın özünü zedelemeyen, yargılamanın sağlıklı işlemesine yönelik sınırlamalar getirilebilir. Ancak, hakkı anlamsız kılacak sınırlamalar kabul edilemez. Bu çerçevede örneğin, makul kabul edilebilecek, iddia ve savunmayı genişletme yasağı ile delil gösterilmesi konusunda getirilen sınırlamalar hukuki dinlenilme hakkına aykırı sayılmaz. Burada, teksif ilkesi ve usul ekonomisi ortaya çıkacak, hukuki dinlenilme hakkı ihlali sonucunu doğurmayan, teksif ilkesine ve usul ekonomisine uygun olan sınırlamalar kabul edilebilecektir.

[5] Anayasa'nın 36'ncı maddesinde, "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." şeklinde bir düzenleme yer almaktadır.

[6] Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 86 vd; Yılmaz/Arslan/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 148 vd; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 195-197.

Dikkate alınma hakkına göre ise, taraf açıklamalarını yargı organları, tam olarak dikkate alıp değerlendirmelidir. Ancak bu şekilde ilgililer gerçek anlamda yargılamayı etkileyen bir yargılama süjesi haline gelmiş olur. Aksi halde bilgilenme ve açıklama hakkı anlamsız kalacaktır. Bu sebeple, dikkate alma ve değerlendirme, yargı organı için mutlak bir yükümlülüktür.

Yargılama bakımından, sadece bir tarafın dinlenmesi, başka kimsenin dinlenmemesi, tek yönlü karar verilmesi demektir. Yargılamada yer alan taraflar, yargılamanın objesi değil, süjesidir. Hukuki dinlenilme hakkı, doğru karar verilmesinin garantisidir; bu nedenle, haksızlığa karşı koyabilme imkanı tanır. Bu hak, hukuk devletinin, insan onurunun korunması ve eşitlik ilkesinin, hak arama özgürlüğünün, adil yargılanma hakkının bir gereğidir.

Hukuki dinlenilme hakkı, sadece belli bir yargılama için ya da yargılamanın belli bir aşaması için geçerli olan bir ilke değildir. Tüm yargılamalar için ve yargılamanın her aşamasında uyulması gereken bir ilkedir. Bu çerçevede gerek çekişmeli ve çekişmesiz yargı işlerinde gerekse bu yargılamalarla bağlantılı geçici hukuki korumalarda, icra takiplerinde, tahkim yargılamasında, hatta hukuki uyuşmazlıklarla ilgili yargılama dışında ortaya çıkan çözüm yollarında, her bir yargılama, çözüm yolu ve uyuşmazlığın niteliğiyle bağlantılı şekilde hukuki dinlenilme hakkına uygun davranılmalıdır.

Hukuki dinlenilme hakkına aykırılık bir istinaf gerekçesi ve temyizde de bozma sebebidir. Hakkın ihlalinin niteliğine göre, yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilebilir. Ayrıca adil yargılanma ihlali çerçevesinde de Avrupa İnsan Haklan Mahkemesi'ne başvurulabilir[7].

Hakkaniyete uygun bir yargılanmanın gerçekleşmesini sağlayacak en önemli bir başka ilke ise silahların eşitliği ilkesidir[8]. Başka bir deyişle, silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarından birini diğeri karşısında avantajsız bir duruma düşürmeyecek şekilde her iki tarafın deliller de dahil olmak üzere, iddia ve savunmasını ortaya koymak için makul bir olanağa sahip olması, tarafların denge içinde olması demektir[9]

Söz konusu ilke tarafların usulüne uygun olarak mahkemenin önüne gelmelerini sağlayan tebligat işlemi açısından önemlidir. Çünkü ancak hukuka uygun bir usulde gerçekleşen tebligat üzerine, durumdan haberdar olan taraflar iddia ve savunmalarını eşit şekilde yapabileceklerdir.

III. Usulsüz Tebligatın Kendiliğinden Gözetilmesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

A. Mahkemeler Tarafından Usulsüz Tebligatın Kendiliğinden Gözetilmesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

Savunma hakkının yeterince kullanılamadığı bir yargılamanın doğru sonuçlar vermesi beklenemez. Adil yargılamayı gerçekleştirmeye yönelik her hukuk kuralı savunma hakkının varlığına işaret edecektir. Hak arama özgürlüğü ve bunun somut unsurlarından biri olan savunmanın yapılabilmesinin ilk koşulu ise tebligattır. Bir yargılama sırasında taraflar, yargılama hakkındaki ilk bilgilere ve bunun sonucunda iddia ve savunma yapabilme haklarına ancak usulüne uygun tebligat ile kavuşabilecek ve bu şekilde savunma yapılabilecektir. Bunun tersi olarak geçerli ve usulüne uygun bir tebligat olmaksızın yargılama yapılması ise, savunma hakkının dolayısıyla, en temel insan haklarından birinin ihlali anlamına gelecektir. Bu nedenle, tebligatın, yargılama için önemi dikkate alındığında usulüne uygun olup olmadığının mahkeme tarafından kendiliğinden gözetilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Yargıtay, birçok kararında buna işaret etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.07.2003 tarih, 2003/445 karar ve 2003/12-442 esas numaralı kararında**,** tebligatın usulüne uygunluğunun hakimin resen göz önüne alması gereken kamu düzeni yanı ağır basan hususlardan olduğuna işaret edilmiştir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 21.11.2011 tarih, 2011/5586 karar ve 2011/1559 esas numaralı kararında, "Yargılamanın hukuka uygun ve sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, iddia ve savunmanın özgürce ileri sürülebilmesi ve delillerin eksiksiz olarak toplanıp tartışılabilmesi, öncelikle tarafların yargılamadan haberdar edilmeleriyle olanaklıdır. Hasımsız davalar hariç olmak üzere, dava dilekçesiyle duruşma gün ve saati karşı tarafa tebliğ edilmeden ve taraf teşkili sağlanmadan davaya bakılamaz ve yargılama yapılamaz. Davanın taraflarıyla vekillerinin davaya dair işlemleri öğrenebilmesi için, tebligatın usulüne uygun olarak yapılması, duruşma gün ve saatinin kendilerine bildirilmesi gerekmektedir.

[7] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun T. 02.07.2003, K. 2003/445, E. 2003/12-442 (legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari).

[8] Hanağası, Emel. *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 36 vd.

[9] Hanağası, s. 37.

Duruşma günüyle tebligatın yapıldığı tarih arasında makul bir süre olmalıdır. Aksi takdirde tarafların hukuksal hakları kısıtlanmış olur. Yargılama sırasında yapılan tebliğlerle ilgili tebliğ mazbatalarının ve ilgili diğer belgelerin dosyaya konulması gerekir. 7201 Sayılı Tebligat Kanunu ve bu Kanunun uygulanması için çıkarılan Tüzük hükümleri tamamen şeklidir ve titizlikle uygulanması gerekir. Bir davada yapılan tebligatların usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığını hakim kendiliğinden denetlemelidir" şeklinde ifade edilmiştir[10].

B. İcra Müdürü Tarafından Usulsüz Tebligatın Kendiliğinden Gözetilmesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

İcra hukuku bakımından ise, icra müdürünün tebligatın usulüne uygunluğunun denetleme yükümlülüğünün olup olmadığının incelenmesi gereklidir. Adil yargılanma hakkı ve hukukî dinlenilme hakkına ilişkin ilkeler icra hukukunda da uygulama alanı bulur. Bu bağlamda, adil yargılanma hakkı cebri icra faaliyeti içinde, yargılamadaki gibi mutlak olmasa da, cebri icranın niteliğiyle bağdaşır şekilde gözetilmek zorundadır. Çünkü, cebri icra, yargılamadan ayrı düşünülemeyen, etkin hukukî korumanın bir gereğidir. Ayrıca, icra organları, mahkemeler kadar olmasa da bağımsız hareket eden, tarafsız ve objektif davranma yükümlülüğü altında olan organlardır ve kanunla kurulurlar. Bununla birlikte, cebri icra organları da hukukî dinlenilme hakkına cebri icranın özelliklerini dikkate alarak uymak zorundadır. Temel hak olması nedeniyle, hukuki dinlenilme hakkından vazgeçilemez. Bu bağlamda, icra memurları gerektiği ölçüde tarafların bilgilenme haklarına uygun davranmalı, onlara yeterli açıklama imkanı tanımalı ve bunları değerlendirmelidir. Bu nedenle, tebligatın usulüne uygun olup olmadığının denetlenmesi, icra müdürü tarafından kendiliğinden yapılması gereklidir. Ancak Yargıtay, birçok kararında tebligatın usulüne uygun olup olmadığını tespit ve takdir yetkisinin borçlu tarafından şikayet yoluyla icra mahkemesine başvurulduğu takdirde, icra mahkemesine ait olduğunu, icra müdürünün böyle bir yetkisi olmadığını belirtmiştir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 30.05.2017 tarih, 2017/8440 karar ve 2017/1921 esas numaralı kararında, "Tebligat işlemi gerçekleştikten sonra İcra Müdürünün borçluya çıkarılan ödeme emrinin usulüne uygun tebliğ edilip edilmediğini tespit yönünde bir takdir yetkisi yoktur. Bu husus şikayet mahiyetinde olup karar mercii İcra Hukuk Mahkemesidir. Yanlış tebligat işlemi işlem süreyi kaçırmış olan borçluya hakkındaki takibi durdurma yetkisi vermeyecektir" şeklinde bir karar tesis etmiştir[11].

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 13.04.2015 tarih, 2015/9520 karar ve 2014/35381 esas numaralı kararında, "İcra müdürünün ''ödeme emrinin borçluya usulüne uygun olarak tebliğ edilmemiş olduğunu" kendiliğinden gözeterek, alacaklının haciz talebini reddetme yetkisi bulunmamaktadır. Borçluya yapılan tebligatın yasaya uygun olup olmadığının takdir ve tesbiti icra müdürüne değil; bu hususta şikayet vaki olduğu takdirde, tebligatın usulüne uygun olup olmadığı hakkında ve tebliğ tarihinin düzeltilmesi gerekip gerekmediği yönünde karar verme yetkisi icra mahkemesine aittir.[12]"

Yine, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 07.09.2015 tarih, 2015/19793 karar ve 2015/17219 esas sayılı kararında, "İcra müdürünün ödeme emrinin borçluya usulüne uygun olarak tebliğ edilmemiş olduğunu kendiliğinden gözeterek, alacaklının haciz talebini reddetme yetkisi bulunmamaktadır. Tebligat Kanunu'nun 21. maddesine göre borçluya yapılan tebligatın yasaya uygun olup olmadığını tespit ve takdir yetkisi borçlu tarafından şikayet yoluna başvurulduğu takdirde icra mahkemesine ait olup, icra müdürünün böyle bir yetkisi yoktur. Borçlunun usulsüz tebligat şikayeti bulunmadığına göre, mahkemece istemin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir." şeklinde ifade etmiştir[13].

Kanaatimizce, tebligat çıkaran icra dairesinin, tebligatın usulsüz olup olmadığını kendiliğinden inceleyememesi, adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkının ihlali anlamına gelmektedir. Bu nedenle, icra dairelerinin tebligatın usulsüz olup olmadığının kendiliğinden inceleme yetkisinin bulunması ve usulsüzlüğün tespiti durumunda yeniden tebligat çıkarılması hukuki güvenlik anlayışına daha uygun

[10] Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin T. 21.11.2011, K. 2011/5586, E. 2011/1559 (legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari).

[11] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 30.05.2017, K. 2017/8440, E. 2017/1921 (legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari).

[12] Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, T. 13.04.2015, K. 2015/9520, E. 2014/35381 (legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari).

[13] Yargıtay 12. Hukuk Dairesi T. 07.09.2015, K. 2015/19793, E. 2015/17219 (legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari).

düşecektir[14]. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de, 16.01.2003 tarih, 2003/344 karar ve 2002/8860 esas numaralı kararında, icra müdürünün, tebligatın uygun olarak tebliğ edilip edilmediğini denetlemekle yükümlü olduğunu belirtmiştir[15].

SONUÇ

Savunma hakkının yeterince kullanılamadığı bir yargılamanın doğru sonuçlar vermesi beklenemez. Hak arama özgürlüğü ve bunun somut unsurlarından biri olan savunmanın yapılabilmesinin ilk koşulu ise tebligattır. Bir yargılama sırasında taraflar, yargılama hakkındaki ilk bilgilere ve bunun sonucunda iddia ve savunma yapabilme haklarına ancak usulüne uygun tebligat ile kavuşabilecek ve bu şekilde savunma yapılabilecektir. Aynı şekilde, icra takipleri açısından da, hak arama özgürlüğünün ve bunun somut unsurlarından biri olan savunmanın yapılabilmesi büyük önem teşkil etmektedir. Bu bağlamda, hukukî dinlenilme hakkı ve adil yargılanma hakkına ilişkin ilkelerin, icra takipleri sırasında da gözetilmesi gereklidir. Bu nedenle, tebligatı çıkaran icra dairesinin, tebligatın usulsüz olup olmadığının kendiliğinden incelemesinde yarar vardır.

KAYNAKÇA

Akcan, Recep/Albayrak, Hakan. *Tebligat Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016

Akcan, Recep. "*İcra İşlerinde Tebligat*" Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, GÜHFD, S. 1, Ocak 2002, s. 175-207.

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Üçüncü, Hilal. *Tebligat Hukuku,* 3. Baskı*,* Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

Çatalkaya, İbrahim. *Tebligat Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Deliduman, Seyithan. *Tebligat Hukuku Bilgisi*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Hanağası, Emel. *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Köksoy, Mesut. *İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Kuru, Baki/Aydın, Burak. Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Muşul, Timuçin. *Tebligat Hukuku*, Altıncı Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Özbay, İbrahim/Yardımcı, Taner Emre. *Tebligat Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Özekes, Muhammet. *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Yılmaz, Ejder/Çağlar, Tacar. *Tebligat Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

Yılmaz, Ejder/Arslan, Ramazan/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel. *Medeni Usul Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Yargıtay Kararları

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun T. 02.07.2003, K. 2003/445, E. 2003/12-442

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 30.05.2017, K. 2017/8440, E. 2017/1921.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 16.01.2003, K. 2003/344, E. 2002/8860.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, T. 13.04.2015, K. 2015/9520, E. 2014/35381.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi T. 07.09.2015, K. 2015/19793, E. 2015/17219.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin T. 21.11.2011, K. 2011/5586, E. 2011/1559.

[14] Akcan, Recep. "*İcra İşlerinde Tebligat*" Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, GÜHFD, S. 1, Ocak 2002, s. 175-207; Köksoy, Mesut. *İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 107.

[15] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 16.01.2003, K. 2003/344, E. 2002/8860 (legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari).

MÜTESELSİL SORUMLULUĞUN MEDENİ USUL HUKUKU BAKIMINDAN SONUÇLARI

Esra BULUT[1]

Öz

TBK m. 162 vd. hükümlerinde düzenlenen müteselsil borçluluk, alacaklı karşısında birden çok borçlunun yer aldığı birlikte borçluluk durumlarından biridir. Müteselsil borçluluk ya taraflarca kararlaştırılması ya da kanunen düzenlenmesi halinde söz konusu olmaktadır. Müteselsil sorumluluk esasen maddi hukukta gerçekleşmekle birlikte medeni usul hukuku bakımından birçok sonucu vardır. Müteselsil sorumluluk ilişkisinde alacaklı, müteselsil borçlulara karşı ayrı ayrı dava açabileceği gibi birkaçına ya da hepsine birden de dava açabilir. Müteselsil borçluların davada birlikte yer almaları durumunda aralarında *"ihtiyari dava arkadaşlığı"* doğar. Buna göre, her ihtiyari dava arkadaşının davası birbirinden bağımsızdır ve dava arkadaşı sayısı kadar dava vardır. Dava şartları ve ilk itirazlar her dava arkadaşı bakımından ayrı ayrı incelenir. Müteselsil borçlulara birlikte dava açılması isteniyorsa görevli mahkemenin hepsi için aynı mahkeme olması gerekmektedir. Yetkili mahkeme bakımından ise konunun özellikle TBK m. 61 özelinde incelenmesi gerekmektedir. Birden çok kişinin haksız fiilde bulunması halinde müteselsilen sorumlu olacaklarını öngören TBK m. 61 vd. hükmü de, kanunen düzenlenmiş müteselsil borçluluk durumlarından biridir. Haksız fiilden doğan davalarda yetkili mahkeme HMK m. 16'ya göre, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi olabilir. Haksız fiilden doğan davalarda, birden fazla kişinin davalı olması durumunda haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin yetkisinin kesin yetkili olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Kesin yetki kuralları, görev kuralları gibi kamu düzenindendir ve hakim tarafından re'sen gözetilir. HMK m. 7'de düzenlenen yetki kuralının kesin yetki niteliğinde olup olmadığı çalışmamızda değerlendirilmiştir.

Müteselsil borçlulardan birine karşı dava açıldığında davalı, diğer müteselsil borçlulara davayı ihbar edebilir. Bu, müteselsil borçlular arasındaki iç ilişki bakımından önem arz eder. Çünkü alacaklı tarafından açılan ilk davada iç ilişkideki payından fazlasını ödeyen müteselsil borçlu, bu tutarı diğer borçlulardan talep edebilir. Bu noktada ilk davada verilen hükmün rücu davasında kesin hüküm teşkil edip etmeyeceğinin incelenmesi gerekir. Ayrıca davanın ihbarı yoluyla ihtiyari dava arkadaşlığı oluşturulup oluşturulamayacağının ve *"dahili dava"* hususunun da incelenmesi gerekmektedir. Çalışmamızda bahsedilen konulara ilişkin meseleler doktrin ve mahkeme kararları çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Müteselsil Borç, Müteselsil Sorumluluk, Medeni Usul Hukuku, İhtiyari Dava Arkadaşlığı, Haksız Fiil, Yetkili Mahkeme.

[1] Arş. Gör. Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı. E-posta: esrabulut@cu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5881-0813.

CONSEQUENCES OF CONTINOUS RESPANSIBILITY IN TERMS OF LAW OF CIVIL PROCEDURA

Abstract

Joint and several liability which is designated under Art. 162 of Turkish Code of Obligations (TCO), constitutes to be a kind of joint liability where a multiple number of debtors can be held liable against the creditor. Consecutive debt should be either agreed upon by the parties or should be specified by law. Continous respansibility takes place in substantive law, but it has many consequences in terms of law of civil procedura. In the continous respansibility relationship, the creditor may file a case against consecutive debtors as well as sue several or all of them. If the consecutive debtors take part in the lawsuit together, "*permissive joinder of parties"* arises between them. According to this, in the joinder of parties are independent of each other and the number of joinder of parties are up to. Cause of actions and preliminary objections are examined separately for each joinder of parties. If it is desired to file a lawsuit against consecutive debtors, the court in charge must be the same court for all of them. In terms of the competent court, the issue should be examined especially in terms of Art. 61 of TCO. Art. 61 of TCO, which states that if two or more persons commit a tort, they all should be held liable, can demonstrate to be an example for a lawful designation of several liability. In cases arising out of tort, the competent court may be the place where the wrongful act has been committed or the damage has occurred or the possibility of damage has occurred, or the place of residence of the injured person, according to article 16 Code of civil procedure. In cases arising from tort, if more than one person is defendant, the tort is whether the jurisdiction of the court of the place where it is committed is the mandatory jurisdiction is controversial in the doctrine. Mandatory jurisdiction rules, like the rules of jurisdiction, are of public policy and are enforced ex officio by the judge. It has been evaluated in our study that whether in article 7 Code of civil procedure is definite Mandatory jurisdiction or not.

When a suit is commenced against one of the consecutive debtors, the defendant, the other consecutive debtors may notice to proceeding. This is important for the internal relationship between consecutive debtors. Because the consecutive debtor who paid more than his share in the internal relationship in the first action commenced by the creditor, this may demand the amount from other consecutive debtors. At this point, whether the verdict given in the first case will constitute a final judgment in the recourse case should be examined. In addition, it is necessary to examine whether permissive joinder of parties can be established through the notice of proceeding and the issue of *"internal lawsuit"*. Issues related to the issues mentioned in our study were evaluated within the framework of doctrine and court decisions.

Keywords: Consecutive Debt, Continous Respansibility, Law Of Civil Procedura, Permissive Joinder Of Parties, Torts, Competent Court.

ADİ KONKORDATO BAĞLAMINDA DÜRÜSTLÜK KURALI

Nurullah BAL[1]

Öz

Günümüzde icra iflâs hukukunun amaçlarından birisi de, mali durumu bozulan borçluların, artan icra takipleri ve özellikle iflâsın ağır sonuçlarından korunarak ekonomik düzen içinde varlıklarını devam ettirebilmelerinin sağlanması suretiyle borçlunun, alacaklıların ve kamunun menfaatlerinin korunmasıdır. Bu çerçevede 7101 sayılı Kanun[2] ile birlikte, yoğun şekilde eleştirilen iflâsın ertelenmesi kurumu kaldırılmış ve konkordato yeniden düzenlenerek temel iyileştirme yöntemi olarak kabul edilmiştir. Konkordato kurumunun yeni yapısı göz önüne alındığında, kanun koyucunun, konkordato kurumuna "*dürüst borçlulara verilmiş bir lütuf*" şeklindeki sübjektif bakış açısıyla değil, iyileştirme anlayışının hâkim olduğu objektif bir bakış açısıyla yaklaştığı ifade edilebilir. Nitekim dürüstlük, konkordato başvurusu ve mühlet kararı verilmesi ve konkordatonun tasdiki bakımından bir şart olarak değerlendirilmemektedir. Şu hâlde konkordato sürecinde, dürüstlük kuralı temel hareket noktası teşkil etmemektedir; ancak, konkordatoda dürüstlük kuralının hiçbir şekilde dikkate alınamayacağı da söylenemez. Zira dürüstlük kuralı, genel bir hukuk ilkesi olarak hukukun her alanında ve özellikle usûl hukukunda da geçerlidir. Konkordato ise bir yandan borçlu ile alacaklıların anlaşması temeline dayandığından maddi hukuk, diğer yandan da mahkeme tarafından gerçekleştirilen yargılama faaliyetini öngörüldüğünden usûl hukuku niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla hem maddi dürüstlük kuralı (TMK m. 2) hem de usûl hukukuna ilişkin dürüstlük kuralı (HMK m. 29) konkordatoda da geçerlidir. Bu çalışmanın amacı objektif esaslar üzerine inşa edilen adi konkordato hükümlerinin, dürüstlük kuralı bağlamında değerlendirilmesidir.

Anahtar Kelimeler: Konkordato, İcra ve İflâs Hukuku, Dürüstlük Kuralı, Hakkın Kötüye Kullanılması.

[1] Dr.; Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, E-Posta: nurullah.bal@hbv.edu.tr, ORC-ID: 0000-0002-3477-5336.

[2] Resmî Gazete, T. 15.03.2018, S. 30361.

GOOD FAITH IN THE CONTEXT OF ORDINARY CONCORDAT

Abstract

Today, one of the aims of the enforcement and bankruptcy law is to protect the interests of the debtors, creditors and the public by ensuring that the debtors whose financial situation deteriorates can continue their existence in the economic system by protecting them from increasing enforcement proceedings and especially the severe consequences of bankruptcy. In this context, with the Law no. 7101, the bankruptcy postponement procedure which was critisized intensely repealed and the concordat procedure rearranged and accepted as the essential recovery method. In view of the new structure of the concordat institution, it can be stated that the legislator aproached the concordat institution with an objective perspective which is preponderated by an understanding of rehabilitation, rather than subjective point of view in the form of "grace given to the honest debtors". Indeed good faith is not considered as a condition, in terms of application for concordat and granting a term of respite and attestation of concordat. So then, good faith does not constitute a starting point in concordat; but it can not be said that it is not valid in concordat procedure. Because, good faith, as a general legal principle, is valid in all areas of law and also in procedural law. Concordat, on the one hand has materail law characteristic as it is based on the agreement of the debtor and creditors and on the other hand has procedural law characteristic as it is envisaged the trial activity which is carried out by the court. Hence, both material good faith (Turkish Civil Code Art. 2) and procedural good faith (Turkish Code of Civil Procedure Art. 29) is valid in concordat. The aim of this study is to evaluate the ordinary concordat provisions built on objective principles in the context of good faith.

Keywords: Concordat, Enforcement and Bankruptcy Law, Good Faith, Abuse of Right.

GİRİŞ

Vadesi gelmiş borçların ödenememesi veya vadesinde ödenememesi tehlikesinin ortaya çıkması hâlinde, alacaklılar nezdinde borçlunun kişisel ve ticari itibarının sarsılması kaçınılmazdır. Bu durumda borçluların artan cüzi icra takiplerinden ve özellikle iflâsın ağır sonuçlarından korunması ve ekonomik ve ticari düzenin istikrarı amacıyla Türk hukukunda geçmişten günümüze konkordato, iflâsın ertelenmesi ve uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma şeklinde üç temel kurum öngörülmüştür. Bununla birlikte özellikle iflâsın ertelenmesi kurumu bakımından, bünyesindeki yapısal ve uygulamadan kaynaklanan sorunlardan dürüstlük kuralına aykırı şekilde faydalanıldığı tecrübe edilmiştir. Nihayetinde 7101 sayılı Kanun ile eleştirilerin odağındaki iflâsın ertelenmesi kurumu tamamen kaldırılmış ve konkordato yeniden düzenlenmiştir. Ancak anılan Kanun, İsviçre'de 1 Ocak 2014 itibariyle yürürlüğe giren değişiklikler temelinde, Türkiye'nin içinde bulunduğu ekonomik, sosyal ve politik sürecin de etkisiyle oldukça kısa zamanda kabul edilmiştir. Nitekim kısa süre sonra da ortaya çıkan ihtiyaçlara binaen 7155 sayılı Kanun[3] değişiklikleri yapılmıştır. Hâl böyleyken, konkordato ve özellikle iflâsın ertelenmesi kurumları bakımından geçmişte tecrübe edilen dürüstlük kuralına aykırı davranışlar da dikkate alındığında, öngörülen yeni sistemin dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

I. Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Mevcut Adi Konkordato Hükümlerinin Genel Olarak Değerlendirilmesi ve Adi Konkordato Bakımından Benimsenen Temel Yaklaşım

7101 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenen adi konkordato hükümleri, dürüstlük kuralı bağlamında genel olarak değerlendirildiğinde, anılan Kanun ile esasen, yalnızca konkordatonun tamamen feshine dair İİK m. 308/f hükmünde dürüstlük kuralına ilişkin düzenleme yapıldığı görülmektedir. Kısa süre sonra ise 7155 sayılı Kanun ile kesin mühletin kaldırılmasına ilişkin İİK m. 292 hükmüne, borçlunun alacaklıları zarara uğratma kastıyla hareket etmesi eklenmiştir. Buna göre adi konkordato hükümleri içerisinde sadece mühletin kaldırılması ve konkordatonun tamamen feshi bakımından dürüstlük kuralına yönelik

[3] Resmî Gazete, T. 19.12.2018, S. 30630.

düzenleme mevcut olup, konkordato başvurusu ve başvuru üzerine geçici-kesin mühlet kararı verilmesi ve tasdik yargılaması bağlamında herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu itibarla kanun koyucunun, borçlu ile işletmeyi ayrı değerlendirmek suretiyle, konkordatonun dürüst borçlulara tanınmış hak olduğu şeklindeki sübjektif yaklaşımdan ziyade objektif nitelikte "iyileştirme anlayışının" ön planda tutulmasına ilişkin -*esasen 4949 sayılı Kanun değişiklikleriyle birlikte benimsediği*- anlayışını muhafaza ettiği ifade edilebilir. Nitekim öğretide de dürüstlük kuralının konkordato bağlamında temel hareket noktası teşkil etmediği belirtilmektedir. Ancak, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, genel bir hukuk ilkesi olarak hukukun her alanında ve medenî usûl-icra iflâs hukukunda da geçerlidir. Dolayısıyla dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının, adi konkordato kurumunun temel işleyişi ve başarılı bir konkordato uygulaması bağlamında değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

II. Konkordato Başvurusu ve Geçici-Kesin Mühlet Bağlamında Dürüstlük Kuralı

İcra ve İflâs Kanunu m. 287 uyarınca, borçlunun taleple birlikte gereken belgeleri eksiksiz sunması hâlinde derhâl geçici mühlet kararı verilir. Bu açık düzenleme karşısında mahkemenin herhangi bir takdir hakkının veya talebi esastan inceleme yetkisinin bulunmadığı, konkordato talebiyle birlikte belgelerin eksiksiz sunulmasıyla "otomatik durdurma" olarak ifade edilen sonuç başta olmak üzere geçici mühletin sonuçlarının (kesin mühletin sonuçlarıyla birlikte) doğacağı, dolayısıyla konkordato mühlet kararının avantajlarından dürüstlük kuralına aykırı şekilde yararlanılabileceği ifade edilebilir.

Bu noktada taleple birlikte eklenmesi gereken belgelerin makul güvence raporu -*ki bu rapor da sadece iflâsa tâbi borçlular bakımından aranmaktadır*- hariç olmak üzere diğerlerinin objektif nitelikte olmadığı, bizzat borçlu tarafından hazırlandığı da dikkate alındığında, özellikle belgeler gerçeği yansıtmamasına rağmen mühlet kararı verilebilecektir. O hâlde burada gerçeğe aykırı belgelerle başvuruda bulunulmuş olması hâlinde veya gerçeğe uygun belgeler sunulmuş ise de borçlunun esasen sırf konkordato mühletine ilişkin avantajlardan yararlanmak istemesi veya alacaklıları zarara uğratmak amacıyla hareket etmesi hâlinde ortaya çıkması muhtemel sakıncaların bertaraf edilmesine yönelik olarak adi konkordato hükümlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Gerçeği yansıtmayan belgelerle başvurulması hâlinde, mühlet kararının alınmasıyla birlikte ortaya çıkacak etkiler nedeniyle alacaklıların zarar görmelerinin engellenmesine yönelik olarak şu hususlar değerlendirilebilir:

Geçici mühlet süresinin kısa olduğu, komiserin ilk raporuyla dahi bu durumun ortaya çıkarılabileceği ve geçici mühlet kararının kaldırılabileceği ileri sürülebilirse de kısa süreliğine dahi olsa mühlet kararının takip ve maddi hukuka ilişkin etkileri dikkate alındığında alacaklıların zarara uğrayabilecekleri şüpheden uzaktır. Kaldı ki geçici komiserin bilgi düzeyi ve donanımı kısa sürede bu durumun ortaya çıkarılmasını sağlamayabilir.

Geçici mühlet kararının ilanıyla birlikte alacaklıların itiraz edebileceği ve bu durumu engelleyebileceği düşünülebilirse de, öngörülen 7 günlük kısa süre içinde mühlet kararı verilmesini gerektirecek bir hâl bulunmadığını delilleriyle birlikte ileri sürmeleri zor görünmektedir. Kaldı ki kanun koyucunun öngördüğü yeni sistem bakımından otomatik koruma anlayışının ön planda olduğu, zira geçici mühlet kararına karşı kanun yolu imkânının dahi öngörülmediği, dürüstlüğün başvuru şartı olarak benimsenmediğinden hareketle, uygulamada bu itiraz üzerine yapılacak denetim de etkili olmayabilir.

Geçici komiserin bilgi-belgeleri incelemesi sonucunda, belgelerin gerçeği yansıtmadığını, dolayısıyla konkordatonun başarıya ulaşmayacağını tespit edip, mahkemeden konkordato talebinin reddini ve borçlunun (iflâsa tâbi ise) iflâsına karar verilmesini isteyeceğinden bu durum önlenebileceği düşünülebilir. Gerçekten de İİK m. 292 hükmünün kıyasen geçici mühlete de uygulanacağına ilişkin bu durum esasen, iflâsa tabi borçlular için kötü niyetli girişimleri engelleyebilir. Ancak bu hâlde dahi alacaklıların uğradığı-uğrayabilecekleri zararlara ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Öte yandan iflâsa tâbi olmayan borçlular için konkordato talebinin sadece reddine karar verilebileceğinden, kötü niyetli girişimlerin engellenmesinde etkisi olmayacaktır.

Geçici mühlet kararıyla, ilk bakışta İİK m. 287/1 çerçevesinde, İİK m. 297/2'deki sonuçlar dâhil borçlunun malvarlığının muhafazasına ve gerekli görülen diğer tedbirlere karar verilebileceği, dolayısıyla zaten borçlunun malvarlığını azaltamayacağı ve alacaklıların zarara uğramayacağı düşünülebilir. Ancak konkordatoya ilişkin benimsenen yeni yaklaşımda, esasen borçlunun tasarruf yetkisinin tam tutulması,

gerekli görülürse kısıtlamaya gidilmesi anlayışı hâkimdir. Ayrıca geçici mühletin amacının, kesin mühletin sonuçlarının tedbir niteliğinde öne alınması; konkordatonun başarıya ulaşma sonucunun güvence altına alınmasının ise kesin mühletin amacı olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla sadece şekli incelemeye istinaden verilecek olan geçici mühlet kararlarında, borçlunun yalan-yanlış bilgi ve belgelere dayalı olarak başvuru yaptığı öngörülüp, ek tedbirlerle tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına karar verilmesi gerçekçi olmayabilecektir.

Kanun'un 334'üncü ve 338'inci maddeleri uyarınca öngörülen hapis cezaları da önleyici bir hüküm olarak değerlendirilebilirse de, bu yaptırımlar yalnızca kötü niyetli işlemlerin akabinde borçluların cezalandırılmasını sağlayacağı, dolayısıyla alacaklıların zarara uğramasının engellenmesi bakımından söz konusu hükümlerin etkili olmayacağı açıktır.

Şu hâlde borçlu tarafından gerçeğe aykırı bilgi ve belgelere istinaden konkordato talebinde bulunulması hâlinde, geçici mühlet korumasından hukuka aykırı şekilde yararlanılması ve alacaklıların zarara uğramasının önlenmesine yönelik etkili bir çözüm-düzenleme bulunduğunu söylemek zordur. Buna karşılık gerçeğe aykırı bilgi-belgelerle kesin mühlet kararı alınabilmesinin pek mümkün olmadığı ifade edilmelidir. Zira geçici konkordato komiseri, zaten temel varlık amacı olan sunulan belgelerin esastan incelenmesi ve konkordatonun başarı şansının olup olmadığının tespitine yönelik görevi çerçevesinde bu durumu engelleyebilecektir. Konkordato başvurusu ve mühlet kararları bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da, borçlu tarafından, konkordato sebepleri mevcut olmakla ve belgeler gerçeği yansıtmakla birlikte, gerçekte konkordato niyeti olmaksızın, yalnızca mühletin etkilerinden yararlanmak veya alacaklıları zarara uğratmak amacıyla yapılan başvuruların ne surette önlenebileceğidir. Dikkat edilirse bu faraziyede, belgeler gerçeği de yansıttığından ve borçlu başarıya ulaşma şansı bulunan bir proje sunduğundan, prensip itibariyle, ne alacaklıların itirazı söz konusu olacaktır ne de mühletin kaldırılması talebiyle birlikte konkordatonun reddedilmesi gündeme gelecektir. Özetle kesin mühlet kararı dahi alınabilir. Böylece teorik olarak uzatmalarla birlikte 5 ay geçici ve 18 ay kesin mühlet olmak üzere toplamda 23 ay gibi uzun bir süre boyunca alacaklılar, takip hukuku ve sınırlı bazı etkiler nedeniyle maddi hukuk bağlamında etkisiz bırakılabilir.

Öte yandan bu ihtimalde borçlu, gerçekte konkordato da istemediğinden, mühletin etkilerinden yararlanabildiği kadar yararlanıp veya sırf alacaklıları uğratabildiği kadar zarara uğratmak istediğinden, borçlunun kendisine göre belirlediği bir anda teklifinden vazgeçmek istemesinin neden olacağı sorunlar da ayrıca değerlendirilmelidir. Şöyle ki, konkordato prosedürü bakımından iyileştirme anlayışı-kamu düzeni gibi gerekçelerle sürece devam mı edilmelidir, yoksa alacaklıların zarara uğramasına rağmen konkordatonun sonuçsuz kalması mı sağlanmalıdır? Bu durumun değerlendirilmesi, esasen konkordatoya yönelik kanun koyucunun yaklaşımı ve mevcut hükümler çerçevesinde konkordatonun hukukî niteliği bağlamında yapılmalıdır.

Buna göre belirtmek gerekir ki mevcut hükümler çerçevesinde; borçlu veya alacaklının talebi olmaksızın konkordato sürecinin başlatılabilmesi söz konusu olmadığından, alacaklının talebiyle konkordatoya başvurulduğunda, borçlunun belgeleri teslim etmeyerek sürecin sonuçsuz bırakılmasına neden olmasına yönelik olarak teklifin reddinden başka bir yaptırım öngörülmediğinden ve hatta proje tasdik edilse dahi borçlu konkordato niyetinde olmadığından proje kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğinden, bu ihtimalde konkordato sürecinin devam ettirilmesi veya proje oylanmış ve kabul edilmişse komiserin tasdik talebiyle mahkemeye başvurması mümkün değildir. Dolayısıyla süreçten vazgeçilmesi, teklifin geri alınması veya konkordatodan feragat bağlamında değerlendirilmelidir. Bu bağlamda da kamu düzeninden kabul edilen ve genel olarak çekişmesiz yargı işi niteliğindeki konkordato sürecinde, borçlu ve alacaklıların iradeleriyle sürecin sona erdirilip erdirilemeyeceği (sorunu) ayrıca değerlendirilmelidir. Geri almanın alacaklıların tamamının rızasına tâbi olduğu benimsenirse, alacaklılar bu kadar zarara uğramışken rıza göstermeyebilecektir. Feragat olduğu kabul edilirse de alacaklıların rızası dahi olmadan talep geri alınabilecektir. Bu durumda alacaklıların zararlarının tazminine yönelik bir hüküm bulunmadığından (kuşkusuz genel hükümler saklıdır) alacaklıların menfaatleri ihlâl edilmiş olacaktır. Kanımızca bu sorun, İİK m. 292/1, c hükmünün kıyasen uygulanması veya TMK m. 2 ve özellikle HMK m. 29 hükümlerine istinaden çözüme kavuşturularak, konkordato sonuçsuz bırakılmalıdır. Fakat her hâlde konkordato sürecinden vazgeçilmesinin şart, hüküm ve sonuçlarına yönelik kanun düzenlemesinin yapılması uygun olacaktır. Zira konkordato sürecinin geri alınması veya tekliften vazgeçilmesi dürüstlük kuralına aykırı olmayan-olağan surette de gündeme gelebilir.

III. Tasdik Yargılaması Bağlamında Dürüstlük Kuralı

Tasdik yargılamasına ilişkin olarak Kanun'un 305 inci maddesinde, tasdik şartları içerisinde dürüstlük kuralı bakımından herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Belirtmek gerekir ki bu husus, konkordato bakımından dürüstlük kuralının temel bir unsur olarak görülmemesi şeklindeki yaklaşıma istinaden, esasen 4949 sayılı Kanun ile birlikte kaldırılmıştır. Dolayısıyla 7101 sayılı Kanun ile birlikte konkrodatonun tasdiki bakımından aynı anlayışın muhafaza edildiği söylenebilir.

Bu noktada, kanımızca her ne kadar dürüstlük kuralı, tasdik şartları arasında düzenlenmediğinden, özel olarak aranması gereken bir şart olarak ifade edilemese de, tasdik yargılaması bakımından merciin dürüstlük kuralına ilişkin hiçbir değerlendirme yapamayacağı da söylenemez. Her şeyden önce konkordatonun kötü niyetle tasdik ettirilmiş olması, konkordatonun tamamen feshine yol açabilecek olduğundan, tasdik yargılaması bağlamında kötü niyetin varlığına dair hususların mevcut olduğuna kanaat getirildiğinde, merciin evleviyetle tasdik talebini reddedebilmesi gerekir. Zira daha sonradan feshe neden olabilecek bu durumun dikkate alınmaması, konkordato ile alacaklıların ve kamunun menfaatlerinin gözetilmesi amacına aykırı olacaktır. Bu bakımdan gerek alacaklıların itirazları çerçevesinde gerekse de tasdik yargılamasının çekişmesiz yargı işi niteliğinden hareketle resen araştırma ilkesinin uygulanması çerçevesinde tasdik yargılamasında dürüstlük kuralı değerlendirilebilmelidir. Kaldı ki tasdik yargılamasının mühlet içerisinde gerçekleştirileceği de dikkate alındığında mühlet süresi içerisinde alacaklıları zarara uğratma girişimlerine ilişkin m. 292/1, c hükmünün de uygulanabilmesinde engel bulunmadığı ifade edilmelidir. Bu noktada belirtmek gerekir ki anılan hüküm borçluya yönelik olarak kabul edilmiştir ve sübjektif niteliktedir. Oysaki konkordato sürecinde dürüstlük kuralına ilişkin değerlendirmede dikkate alınması gereken bir diğer husus da, yalnızca borçlunun değil, aynı zamanda alacaklıların da borçluyla birlikte veya kendi aralarında kötü niyetli girişimlerde bulunarak konkordatonun tasdikini sağlayabileceğidir. Bu bakımdan, TMK m. 2 ve HMK m. 29 hükümlerinin, yargılamada tarafları ve ilgilileri de bağladığından hareketle tasdik yargılamasında anılan hükümler çerçevesinde de dürüstlük kuralının gözetilmesi gerekir. Nihayet tasdik yargılaması bakımından komiserin raporuyla da bağlı olunmadığından, hâkimin yalnızca tasdik şartlarıyla sınırlı bir inceleme yapmakla yetinmemesi, gerek borçlu gerekse de alacaklıların-ilgililerin dürüstlük kuralına aykırı işlemlerinin resen araştırma ilkesi çerçevesinde inceleyebilmesi gerekir.

IV. Konkordatonun Feshi Bağlamında Dürüstlük Kuralı

İcra ve İflâs Kanunu m. 308/f düzenlemesi uyarınca, konkordatonun kötü niyetle sakatlanmış olması hâlinde, her alacaklı konkordatonun feshini talep edebilecektir. Bu bakımdan açıktır ki, konkordatonun feshi bağlamında, dürüstlük kuralı çerçevesinde inceleme yapılacaktır.

Konkordatonun feshini gerektirecek kötü niyetli işlemler, pek çok şekilde olabilir. Ancak her bir kötü niyetli işlem bakımından konkordato sürecine ilişkin ayrıca değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre belirtmek gerekir ki, konkordato sürecinden önceki kötü niyetli işlemlerin, her ne kadar benimsenen sistem bakımından dürüstlük kuralına doğrudan yer verilmemiş olsa da, fesih bakımından özellikle değerlendirilebilmesi gerekir. Bu anlamda, konkordato başvurusundan önce borçlunun bilgi ve belgelerinde hileli işlemler yapmış olması ve fakat her nasılsa mühlet süresinde veya tasdik yargılamasında bu durumun belirlenememiş olması hâlinde, söz konusu önceki işlemler nedeniyle konkordatonun feshedilmesi gerektiği şüpheden uzaktır. Kaldı ki *otomatik durdurma-iyileştirme* anlayışının etkisiyle, prensip olarak mühlet kararı veya tasdik yargılaması bağlamında dürüstlük kuralına ilişkin bir değerlendirme yapılamayacağından hareketle, gerçeğe aykırı bilgi ve belgelerle veya gerçekte konkordato niyeti olmamasına rağmen konkordato sürecinin işletilebilmesi amacıyla kötü niyetli işlemlerin konkordato sürecinden önce gerçekleştirilme olasılığı yüksek olacaktır. Dolayısıyla bu ihtimal bakımından kötü niyetli işlemlerin evleviyetle fesih sebebi olarak dikkate alınması gerekmektedir.

Mühlet içinde kötü niyetli işlemler yapılması bakımından ise; öncelikle ifade etmek gerekir ki konkordatonun temel ilke ve esaslarına, örneğin alacaklılar arasındaki eşitliğe aykırı işlemlerin, pasiflerin artırılmasına ilişkin veya çoğunluğu sağlamaya yönelik muvazaalı işlemlerin, fesih sebebi sayılacağında kuşku yoktur. Öte yandan, yasak işlemler de, mahkeme izni olmadan yapılması hâlinde hükümsüzlük yaptırımına tâbi olduğundan, her hâlde fesih sebebi olarak değerlendirilmelidir. Buna karşılık yasak işlemler dışında komiserin rızası-onayı olmaksızın işlem yapılması hâlinde, bu işlemler, İİK m. 308/c, 2 uyarınca konkordato kapsamında değerlendirileceğinden, öğretide tartışmalı olmakla

birlikte geçerli olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla, mühlet içerisinde yasak işlemler dışında komiserin onayı-rızası olmaksızın işlemler yapılması hâlinde, prensip olarak konkordatonun feshinin istenememesi gerekir. Zira esasen bu ihtimalde komiserin mühlet kararının kaldırılması talebiyle birlikte konkordatonun reddine karar verilmelidir. Her nasılsa bu yönde karar verilmemişse, tasdik yargılaması bağlamında alacaklıların bu hususu itiraz yoluyla ileri sürme imkânı bulunmaktadır; itiraz edilmemiş veya edilmiş ve fakat itiraz reddedilmişse, konkordatonun feshi istenemeyecektir. Şu hâlde mühlet içerisinde komiserin izni-onayı olmaksızın yapılan işlemler bakımından, mühlet kararı kaldırılıp konkordato reddedilmemiş, alacaklılarca itirazda bulunulmamış veya bulunulmuş olmasına rağmen mahkemece reddedilmiş ise, daha sonradan bu işlemler nedeniyle konkordatonun feshi istenememeli; buna karşılık söz konusu işlemler, alacaklıların elinde olmayan sebeplerle ileri sürülememiş veya her nasılsa mühlet ve tasdik yargılaması sürecinde dikkate alınamamışsa, ancak bu durumda fesih sebebi olarak sayılmalıdır.

Konkordatonun tasdikinden sonra kötü niyetli işlemlerin gerçekleştirilmesi hâlinde ise prensip olarak konkordatonun tamamen feshi değil, ilgili alacaklılar bakımından konkordatonun kısmen feshinin (İİK m. 308/e) uygulanacağını ifade etmek gerekir. Bununla birlikte, münhasıran belirli alacaklılara karşı ödemelerin yapılmamasından farklı olarak, doğrudan konkordato kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesinden kaçınmaya yönelik kötü niyetli işlemlerin yapılması hâlinde de konkordatonun tamamen feshi sağlanabilir mi? Bir diğer ifadeyle konkordato, tasdikten sonra borçlunun konkordatodan doğan yükümlülüklerini yerine getirmesine engel olacak mahiyetteki işlemlerle de "*kötü niyetle sakatlanmış*" olarak kabul edilebilecek midir? Kanımızca bu soruya her ne kadar açık düzenleme olmasa da olumlu yanıt verilmelidir. Zira tasdikten sonraki kötü niyetli işlemlerle uygulanma kabiliyetini yitirmiş bir projeye itibar edilmesi, her hâlde alacaklıların ve kamunun menfaatine aykırı olacaktır. Dahası bu durumda, her bir alacaklının kendisi bakımından konkordatonun kısmen feshi yoluna gitmesini beklemek de kanun koyucunun amacıyla bağdaşmayacaktır. Keza konkordatonun tasdik kararıyla birlikte, konkordato hükümleri kapsamında borçlunun yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak için gerekli tedbirleri almak üzere kayyım atanabileceğine ilişkin İİK m. 306/2 hükmü de bu hususu desteklemektedir. Bu anlamda kanun koyucu, konkordatonun kamusal niteliğini de dikkate alarak, tasdikten sonra konkordatonun gerçekleştirilmesi sürecini tamamen tarafların inisiyatifine terk etmemiştir. Ancak belirtmek gerekir ki tasdikten sonraki kötü niyetli işlemlere dayanan fesih taleplerinde, her somut olayın özelliğine göre alacaklıların ve kamunun menfaati özellikle dikkate alınmalıdır. Zira tamamen fesih, tüm alacaklılar bakımından geçmişe etkili olarak konkordato hükümlerinin ortadan kalkmasına yol açacağından, konkordato yükümlülüklerinin münferit alacaklılara yönelik yerine getirilmemesine dayanan kısmen fesih ölçüsünü aşmadığı sürece, tasdikten sonraki kötü niyetli işlemler nedeniyle konkordatonun tamamen feshine karar verilmemelidir.

Konkordatonun feshi bakımından fesih sebebinin hileli işlemler suretinde olması şart değildir. Bu çerçevede iptale tâbi tasarruflara istinaden de konkordatonun feshi istenebilecektir. Kötü niyetli işlem, borçlu, üçüncü kişi veya borçlu ile birlikte üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilebilir. Ancak üçüncü kişi tarafından yapılan hile, doğrudan konkordatonun tasdikinde etkili olmamakta ve borçlu tarafından hile bilinmemekte ise, konkordatonun feshi mümkün olmamalıdır.

Fesih sebebiyle konkordatonun tasdiki arasında illiyet bağının mevcut olmasının gerekip gerekmediği tartışmalı olmakla birlikte, kanımızca illiyet bağı aranmaksızın konkordato feshedilebilmelidir. Ancak bu durumda, benimsenen yeni anlayış karşısında, alacaklıların ve kamu menfaatlerinin de dikkate alınması gerektiği ifade edilmelidir.

SONUÇ

Konkordato bakımından her ne kadar dürüstlük kuralı esaslı bir unsur olarak kabul edilmemiş, borçludan ziyade işletmenin iyileştirilmesi anlayışı benimsenmiş olsa da; hukukun genel bir ilkesi olarak dürüstlük kuralından tamamen sarfınazar edildiği söylenemez. Konkordato süreci, bir yandan konkordato talep etme hakkının kullanılması suretiyle maddi hukuk kapsamında bir hakkın kullanılması, diğer yandan da bu talep üzerine yargı mercilerinin harekete geçirilmesi suretiyle usûl hukuku kapsamında bir yargılama sürecinin gerçekleştirilmesi mahiyetindedir. Dolayısıyla konkordato sürecinin temel işleyişinde, dürüstlük kuralına yönelik doğrudan düzenlemelere yer verilmemiş olsa da, özel olarak konkordato talebi, mühlet ve tasdik süreçleri, genel olarak ise başarılı ve amacına uygun bir konkordato

uygulamasının sağlanması bakımından TMK m. 2 ve HMK m. 29 hükümleri çerçevesinde dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının dikkate alınması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Akil, Cenk. *Sorularla Adi Konkordato*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Akyürek, Ayhan / Akyürek, Remziye. *Konkordato Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Altay, Sümer / Eskiocak, Ali. *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

Arslan, Ramazan. *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, S Yayınları, Ankara, 1989.

Atalay, Oğuz. "Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler", *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, Ed. Prof. Dr. Muhammet Özekes, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 111-134.

Atalı, Murat. "Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları", *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, Ed. Prof. Dr. Muhammet Özekes, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 85-109.

Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Doğan, Emsalgül. *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Erdönmez, Güray. *Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Baskı, C. 1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017. (Erdönmez – Usûl)

Erdönmez, Güray. "Yeni Konkordato Düzenlemesi Hakkında Bazı Tespitler", *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, Ed. Prof. Dr. Muhammet Özekes, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 137-142. (Erdönmez – Tespitler)

Eroğlu, Orhan. "İflâs Dışı Adi Konkordato Mühleti İçerisinde Borçlunun İflâsına Karar Verilebilecek Durumlar", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 3, s. 785-807. (Eroğlu – Konkortado Mühleti)

Eroğlu, Orhan. *Uygulamada Konkordato*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020. (Eroğlu – Konkordato)

Hunkeler, Daniel. *Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz Kurzkommentar SchKG*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014.

Kale, Serdar. "İsviçre İcra İflâs Kanununun Adi Konkordato Hükümlerine Genel Bir Bakış", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2017, C. 4, S. 2, s. 153-169. (Kale – Genel Bakış)

Kale, Serdar. "7101 Sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflâs Dışı Adi Konkordato", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2018, C. 5, S. 1, 213-270. (Kale – Adi Konkordato)

Keser, Leyla. Dürüstlük Kuralı ve Konkordato Mühleti Bakımından Önemi, *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan*, İzmir, 2001, s. 253-267.

Kostkiewicz, Jolanta Kren / Vock, Dominik. *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. Auflage, Shulthess Verlag, Zürich, 2017.

Lorandi, Franco. *Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) in a nutshell*, 2. Auflage, Dike Verlag, Zürich, 2014.

Namlı, Mert. "Türk ve İsviçre Hukuku'nda Gerçekleştirilen Reformların Konkordato Hukuku Bakımından Getirdiği Değişiklikler", *Yargıtay Dergisi*, Yıl 2018, C. 44, S. 4, s. 1479-1552.

Pekcanıtez, Hakan. "7101 Sayılı Kanunla Getirilen Konkordato Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, MİHBİR 16. Antalya Toplantısı 4-6 Ekim 2018, Adalet Bakanlığı, Ankara, 2019, s. 157-167. (Pekcanıtez – Değerlendirme)

Pekcanıtez, Hakan. "Genel Değerlendirme", *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, Ed. Prof. Dr. Muhammet Özekes, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 145-147. (Pekcanıtez - Genel Değerlendirme)

Pekcanıtez, Hakan / Erdönmez, Güray. *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Oğuz / Sungurtekin Özkan, Meral / Özekes, Muhammet. *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Özekes, Muhammet. "Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı", *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, Ed. Prof. Dr. Muhammet Özekes, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 43-83.

Öztek, Selçuk / Budak, Ali Cem / Tunç Yücel, Müjgan / Kale, Serdar / Yeşilova, Bilgehan. Yeni Konkordato Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Sarısözen, M. Serhat. *Konkordato*, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Spühler, Karl / Dolge, Anette. *Schuldbetreibungs und Konkursrecht II*, 6. Überarbeitete und ergänzte Auflage, Schultess Verlag, Zürich, 2014.

Staehelin, Daniel. "İsviçre İcra İflâs Hukukunda Aciz Hukukunda Yapılan Yeniliklere İlişkin Değerlendirmeler", Çev. Abdurrahman Kavasoğlu / Ömer Çon, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2018, C. 8, S. 1, s. 35-48.

Studer, Josef / Zobeli, Markus. *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht Ein Letfaden für die Praxis*, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, Freiburg, 2015.

Tanrıver, Süha. *Konkordato Komiseri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993. (Tanrıver – Komiser)

Tanrıver, Süha. "Konkordatonun Tasdiki Şartı Olarak Dürüstlük Koşulu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Yıl 1994, C. 17, S. 4, s. 65-73. (Tanrıver – Dürüstlük)

Tanrıver, Süha. "Konkordato Prosedürünün Islahı İle İlgili Bazı Düşünceler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2001, C. 50, S. 3, s. 1-9. (Tanrıver – Düşünceler)

Taşpınar Ayvaz, Sema. "Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Yıl 2003, C. 22, S. 2, s. 49-92. (Taşpınar Ayvaz – Değişiklikler)

Taşpınar Ayvaz, Sema. "Konkordatonun Tamamen Feshi", *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, MİHBİR 16. Antalya Toplantısı 4-6 Ekim 2018, Adalet Bakanlığı, Ankara, 2019, s. 197-205. (Taşpınar Ayvaz – Fesih)

İCRA MEMURUNUN HACİZ YAPMA ZORUNLULUĞUNA İLİŞKİN DÜŞÜNCELER

Aslı ARAS[1]

Öz

İcra hukuku, bir yandan alacaklının alacağına kavuşmasına hizmet ederken diğer yandan borçlunun ve takibin tarafı olmayan üçüncü kişilerin temel haklarının korunmasına hizmet etmektedir. İcra ve İflas Kanunu'nun 85. maddesinin birinci fıkrasında, alacaklının alacağını karşılamak üzere borçlunun elinde veya üçüncü kişide bulunan mal ve alacaklarının haczedileceği belirtilmiştir. Üçüncü kişilerde bulunan malların haczi, bunların borçluya ait olması halinde mümkündür. İcra ve İflas Kanunu'nda, haczedilecek malların açıkça borçluya ait olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla kanun, üçüncü kişilere ait malların haczedilmesini yasaklamıştır.

İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesinin son fıkrasında yer alan "İcra memuru, haczi talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığını değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir" şeklindeki düzenlemeyle icra memuruna haczi talep edilen malın haczinin caiz olup olmadığını değerlendirerek uygun görmüyorsa haciz talebini reddetme konusunda bir takdir hakkı tanınmıştır. Yargıtay kararlarında, icra memuruna hacizde tanınan takdir yetkisinin İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesi kapsamında malın haczinin caiz olup olmadığı ile sınırlı olduğu; icra müdürünün haczi istenen malın borçluya ait olup olmadığı konusunda bir takdir yetkisi olmadığı belirtilmektedir.

İcra hukukumuzda, gerçekte üçüncü kişiye ait bir malın borçlunun sanılarak haczedilmesi halinde üçüncü kişinin mülkiyet hakkının korunması için istihkak prosedürü öngörülmüştür. Kanunda, haczedilecek malın borçlunun veya borçluyla birlikte üçüncü kişi elinde olması halinde, istihkak prosedürü bakımından aynı düzenleme getirilmiştir. İcra ve İflas Kanunu'nun 97/a maddesine göre, bir taşınır malı elinde bulunduran onun maliki sayılacağından, malın borçluyla birlikte üçüncü kişinin elinde olması durumunda bu mal borçlunun sayılır ve haczedilebilir. Mal haczedilirken borçlunun üçüncü kişi lehine istihkak iddiasında bulunması veya üçüncü kişinin bu malın kendisine ait olduğunu ifade etmesi üzerine icra memuru istihkak iddiasını haciz tutanağına geçirerek malı haczedecektir. Haczedilen mal üzerindeki mülkiyet karinesi borçlu lehine olduğu için bu durumda istihkak davası açarak malın kendisine ait olduğunu ispat yükü üçüncü kişide olacaktır. İcra ve İflas Kanunu'nun 97/a maddesi "Birlikte oturulan yerlerdeki mallardan mahiyetleri itibariyle kadın, erkek ve çocuklara aidiyetleri açıkça anlaşılanlar veya örf ve adet, sanat, meslek veya meşgale icabı olanlar bunların farz olunur. Bu karinenin aksini ispat külfeti iddia eden kişiye düşer" demekle açılan istihkak davasında üçüncü kişi lehine bir karine öngörmüştür. Haczedilen malın niteliği itibariyle borçluya ait olmadığı anlaşılıyorsa bu malın üçüncü kişiye ait olduğu kabul edilecek ve bunun aksinin ispatı alacaklıya düşecektir. Bu karine, her ne kadar istihkak davasında uygulanacak bir karine olarak düzenlenmiş olsa da kanımızca, karinenin haciz sırasında icra memuru tarafından da dikkate alınması gerekir. Zira, haczedilecek malın açıkça bir başkasına ait olduğu anlaşılmasına rağmen haczinin yapılması, üçüncü kişinin mülkiyet hakkına zarar vermektedir.

Malın sadece üçüncü kişinin elinde olması halinde ise mülkiyet karinesi üçüncü kişi lehine olduğu için muhafaza tedbiri uygulanmayıp haczedilen mal üçüncü kişide bırakılacak; üçüncü kişinin istihkak iddiası üzerine haczedilen mal üzerinde istihkak davası açarak haczedilen malın aslında borçluya ait olduğunu ispat yükü alacaklıya yüklenecektir. Ancak, uygulamada üçüncü kişi ile borçlu arasında organik bağ bulunduğu gerekçesiyle mal borçlunun elinde sayılarak malın haczedildiği ve muhafaza tedbirlerinin alındığı da görülmektedir. Kanımızca, organik bağın tespitinde daha dikkatli davranılmalıdır. Özellikle, borçla ve borçluyla hiçbir ilgisi bulunmayan üçüncü kişilerin elinde olan bir malın haczedilmesinde çok dikkatli olunmalıdır.

Sonuç olarak, sadece alacaklının verdiği bilgiye dayanılarak takiple hiçbir ilgisi bulunmayan üçüncü kişilere ait olduğu anlaşılan malların haczedilmesi, Anayasa'da korunan temel hak niteliğindeki mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelir. Kanımızca, icra memuru, haciz mahallinde açıkça üçüncü kişiye ait olduğu

[1] Dr. Öğr. Üyesi; Kıbrıs İlim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. E-posta: asliaras@csu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5510-2157.

anlaşılan bir malı haczetmemelidir. Zira, bir takipte ancak borçluya ait mallar haczedilebilecektir. İcra memuru, bir malın borçluya ait olup olmadığını takdir ederken sadece alacaklının verdiği bilgiyle yetinmemeli; üçüncü kişi elindeki malın borçluya ait olabileceğine ilişkin başka emarelere de bakmalıdır. İcra memurunun bir malın borçluya ait olup olmadığı konusunda tereddütte kalması halinde ise o malın borçluya ait olabileceği kabul edilerek ona göre işlem yapılmalıdır. Ancak, icra memuru bir malın açıkça borçluya ait olmadığını anlıyorsa bu durumda söz konusu malı haczetmeme konusunda takdir hakkına sahip olmalıdır.

Anahtar Kelimeler: İcra Memuru, Haciz Yapma Zorunluluğu, Üçüncü Kişinin Mülkiyet Hakkı.

CONSIDERATIONS ON THE BAILIFF'S OBLIGATION TO ATTACH

Abstract

Enforcement law, on the one hand, serves the creditor to obtain its receivables, on the other hand, it serves to protect the fundamental rights of the debtor and third parties who are not a party to the proceedings. In the first paragraph of Article 85 of the Execution and Bankruptcy Law, it is stated that the properties and credits in the hands of the debtor or the third party will be attached. Seizure of property owned by third parties is possible if they belong to the debtor. In the Execution and Bankruptcy Law, it is stated that the goods to be attached clearly belong to the debtor. Therefore, the law prohibits the seizure of property belonging to third parties.

With the regulation stating in the last paragraph of Article 82 of the Enforcement and Bankruptcy Law, "The bailiff evaluates whether the attachment of the requested property or rights is permissible and decides whether the request is accepted or rejected", a discretionary right has been given to the bailiff to reject the attachment request by evaluating whether the attachment is permissible or not. In the decisions of the Supreme Court, the discretion granted to the bailiff in attachment is limited to whether the seizure of the property is permissible within the scope of Article 82 of the Enforcement and Bankruptcy Law; it is stated that the bailiff has no discretion as to whether the property requested for attachment belongs to the debtor.

In our enforcement law, a recovery procedure is stipulated in order to protect the property rights of the third party in case of an attachment of the property belonging to a third party, assuming belonging to the debtor. In the law, if the property is attached in the hands of the debtor or a third party with the debtor, the same regulation has been introduced in terms of the recovery procedure. According to Article 97/a of the Enforcement and Bankruptcy Law, since being possessor of a movable property is deemed to be its owner, if the property is in the possession of a third party together with the debtor, this property is deemed to be the debtor's property and can be attached. When the debtor claims ownership in favor of the third party or the third party states that this property belongs to him, the bailiff will put his claim in the attachment report and attach the property. Since the presumption of ownership on the attached property is in favor of the debtor, the third part carries the burden of proof that the property belongs to him by taking an action for recovery (replevin). With the regulation stating Article 97/a of the Enforcement and Bankruptcy Law "The property in the places where they live together is clearly understood to belong to women, men and children or those which are due to customs, art, profession are obligatory are assumed to belong to them. The burden of proving the contrary of this presumption is on the person who claims it", stipulated a presumption in favor of the third party in the action for recovery. If it is understood that the attachment property does not belong to the debtor, it will be deemed to belong to the third party and the proof of the contrary is on the creditor. Although this presumption has been arranged as a presumption to be applied in the case of in an action for recovery, in our opinion, the presumption should also be taken into account by the bailiff during the attachment. Because, the seizure of the property, which is clearly understood to belong to someone else, damages the property right of the third party.

If the property is in the possession of only a third party, since the presumption of ownership is in favor of the third party, the attached property will be left with the third party; the creditor carries the burden of proof that the attached property actually belongs to the debtor by taking an action for recovery on the attached property upon the claim of the third party. However, in practice, it is also seen that the property is deemed in the hands of the debtor on the grounds of an organic bond between the third party and the debtor and then the property is attached and protective measures are taken. In our opinion, the determination of the organic bond should be taken more carefully. Particular attention should be paid to the seizure of a property owned by third parties who are unrelated to the debt or the debtor.

As a result, seizure of property belonging to third parties not related to enforcement proceedings based solely on the information provided by the creditor means a violation of the property right, which is a

fundamental right protected in the Constitution. In our opinion, the bailiff should not attach a property which it is clearly owned by a third party. Because, in an enforcement proceeding, only the goods belonging to the debtor can be seized. The bailiff should not be content with the information given by the creditor when evaluating whether a property belongs to the debtor or not; The third party should look for other indications that the property may belong to the debtor. If the bailiff hesitates about whether a property belongs to the debtor or not, it should be accepted that the property may belong to the debtor and proceedings should be made accordingly. However, if the bailiff understands that a property is not clearly owned by the debtor, then he must have discretion not to attach the property.

Keywords: Bailiff, Obligation To Attach, Third Party's Property Right.

SON DEĞİŞİKLİKLER ÇERÇEVESİNDE PATENT HAKKININ HACZİ

Fikret Sami TİYEK[1]
Önder TOPAL[2]

Öz

Sınai mülkiyet hukukunu düzenleyen dağınık hükümler, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile tek bir yerde toplanmıştır. Bu Kanun, sınai mülkiyet hakkı kapsamında yer alan patent hakkına ilişkin bazı yenilikler getirmiştir. Bu yeniliklerden birisi de patent hakkının haciz işlemine konu olmasıyla ilgilidir.

Patent hakkının, sahibinin borcundan dolayı haczedilebileceği, Kanun'da açıkça ifade edilmiştir. Ancak, haczin konusu ve haczin icra edilmesi noktasında herhangi bir belirleme söz konusu değildir. Çalışmamızda öncelikli olarak "patent hakkı" olarak ifade edilen ve haczin de konusunu oluşturan kavramın, kapsamı belirlenecektir. Öte yandan, haczin gerçekleştirilmesine ilişkin ne Sınai Mülkiyet Kanunu'nda ne de 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda açık hüküm bulunmaktadır. Fakat yine de haciz İcra ve İflas Kanunu hükümler çerçevesinde icra edilecektir. Ancak haczin gerçekleştirilmesinde Kanun'un hangi hükümlerinin işlerlik kazanacağına, hangilerinin ise uygulanamayacağına yönelik bir belirleme yapılacaktır. Bu sırada da yeni bir kanuni düzenleme yapılmasının gerek olup olmadığına da çalışmamızda yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Patent, Buluş, Patent İsteme Hakkı, Patentten Doğan Hak, Haciz

[1] Ar. Gör., Pamukkale Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (ftiyek@pau.edu.tr) (ORCID: 0000-0002-6755-066X)

[2] Dr. Öğr. Üyesi, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı (ondertopal61@gmail.com) (ORCID: 0000-0003-1065-3884)

ATTACHMENT OF PATENT RIGHTS UNDER THE RECENT CHANGES

Absract

The dispersed provisions regulating the industrial property law have been gathered in one place under the Industrial Property Law No. 6769. This Law has introduced several novelties regarding the patent right, which is within the scope of industrial property right. One of these novelties is related to the patent right being subject to the attachment proceedings.

It is clearly stated in the Law that the patent right can be attached due to the owner's debts. However, the subject and the execution of the attachment have not been determined. In our study, the scope of the concept, which is expressed as "patent right" and constitutes the subject of attachment, will be determined. On the other hand, neither the Industrial Property Law nor the Enforcement and Bankruptcy Law No. 2004 have explicit provisions regarding the execution of attachment. However, the attachment will still be enforced within the framework of the provisions of the Enforcement and Bankruptcy Law. Nevertheless, in the realization of the attachment, a determination will be made as to which provisions of the Law will become effective and which cannot be applied. Meanwhile, our study will also cover as to whether a new legal regulation is required.

Keywords: Patent, Invention, Right to Request a Patent, Right Arising from a Patent, Attachment

GİRİŞ

Sınaî mülkiyet haklarına ilişkin olarak 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK), 10.01.2017 tarih ve 29944 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Sınaî mülkiyet hakkı kavramı markayı, coğrafi işareti, tasarımı, patent ve faydalı modeli kapsamaktadır. Anılan Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte marka, coğrafi işaret, tasarım, patent ve faydalı modele ilişkin KHK'ların yürürlüğüne son verilmiştir. SMK, anılan sınaî mülkiyet haklarına ilişkin KHK'lara paralel düzenlemeleri içermekle beraber, birçok yeni düzenlemeyi bünyesinde barındırmaktadır[3]. Örneğin patent hakkının haczine ilişkin olarak 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de (PatKHK) ve 5175 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik'te (PatKHKY) herhangi bir düzenleme yer almazken, SMK m. 148/1'de ve Sınaî Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 126'da özel hüküm yer almaktadır. Söz konusu hükümler çerçevesinde sınaî mülkiyet haklarının ve özellikle inceleme konumuzu oluşturan patent hakkının, haczi caiz olan malvarlığı unsurları arasında yer aldığı anlaşılmaktadır.

Sınaî mülkiyet haklarının, daha geniş bir ifadeyle gayri maddi mallar üzerindeki mutlak hakkın haczine ilişkin olarak 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Her ne kadar sınaî mülkiyet haklarının haczedilebileceği, ilgili kanunda düzenlenmiş olsa da hangi usule göre haczin gerçekleştirileceğine ilişkin olarak açık bir hüküm sevk edilmemiştir. Hatta sınaî mülkiyet haklarının haczi konusunda İİK'nın hangi hükümlerinin işlerlik kazanacağı konusu da doktrinde tartışılmaktadır. Zira, SMK ve SMKY, sınaî mülkiyet haklarının ve bu kapsamda patent hakkının da haczini açıkça düzenlemekte ve fakat haczin nasıl gerçekleşeceği konusunda herhangi bir düzenleme içermemektedir. Zaten haczin gerçekleşmesi hususunda anılan kanunda hüküm olmaması normaldir; zira hacizle ilgili İcra ve İflas Kanunu'nda hüküm olması beklenmektedir. Fakat az önce ifade ettiğimiz üzere gayri maddi mallar üzerindeki mülkiyet hakkının, bu kapsamda sınaî mülkiyet haklarının ve dolayısıyla patent hakkının haczine ilişkin olarak İİK'da doğrudan hükümler olmadığından; bu eksikliğin giderilmesi için gerekli kanun değişikliklerinin yapılması büyük önem ifade etmektedir. Anılan hususta, kanun değişikliği yapılana kadar, mevcut düzenlemeler çerçevesinde patent hakkının haczine ilişkin olarak İİK'nın hangi hükümlerinin işlerlik kazanacağı noktasında belirlemeler yapmak gerekir.

[3] SMK'nın sınaî mülkiyet hukuku bağlamında getirmiş olduğu yenilikler inceleme konumuzun kapsamı dışındadır.

Çalışmamızda, kanuni değişiklikler de dikkate alınarak, doktrindeki görüşler, kendi kanaatimiz ve önerilerimiz çerçevesinde patent hakkının haczine yer verilecektir.

I. PATENT HAKKININ HACZİ

A. Genel Olarak

İcra ve İflas Kanunu'na (İİK) göre, bir haciz prosedürü başlatıldığında, takip talebinde bulunulur ve icra dairesi, borçluya ödeme emri gönderir. Ödeme emrinin kesinleşmesine rağmen borç ödenmezse, alacaklının talebiyle icra dairesi tarafından borçlunun borcuna yetecek miktarda malı, hak ve alacakları haczedilebilir[4].

SMK m. 148/1'de[5] yer alan hükme göre, sınai mülkiyet hakkının haczedilmesi mümkündür. Hükümde ifade edilen sınaî mülkiyet hakkının kapsamına patent hakkı da dâhil olmaktadır (SMK m. 2/1,ı). Benzer düzenleme Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 126'da da yer almaktadır. Anılan hükme göre "*marka, tasarım ve **patent** işletmeden bağımsız olarak haczedilebilir. Haciz, Sicile kaydedilir ve Bültende yayımlanır*". Bu çerçevede, patent hakkının da haczi caiz olan malvarlığı unsurları arasında yer aldığı anlaşılmaktadır.

B. Haczin Konusu

Haczin konusuna borçlunun taşınır ve taşınmaz malları, üçüncü kişilerdeki alacakları ve diğer malvarlığı hakları dâhil edilmektedir[6]. Başka bir ifadeyle borçluya ait olan maddi bir değere sahip tüm malvarlığı unsurları haczin konusunu oluşturur.

Patent hakkının haczi konusunu, bu hakkın kapsamına giren buluşçu hakkı, patente yönelik hak ve patent üzerindeki hak[7] oluşturmaktadır. Bu itibarla öncelikle buluşçu hakkı; patente yönelik hak kapsamında yer alan patent isteme hakkı ile patent başvurusundan doğan haklar ve nihayet patent alınmasından sonra doğan haklar, yani patentten doğan hak çerçevesinde haczin konusu belirlemeye çalışacağız.

C. Haczin Gerçekleştirilmesi

1. Genel Olarak

Patent hakkının haczedilebileceğine açıkça cevaz veren SMK m.148/1 ve SMKY m.126/1'de, haczin nasıl gerçekleşeceğine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Yine, İcra ve İflas Kanunu'nda da sınaî mülkiyet haklarının hangi hükümler çerçevesinde haczedilip paraya çevrileceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) § 857 Abs. 1'de taşınır, taşınmaz dışındaki diğer malvarlığı haklarının, özellikle sınai mülkiyet haklarının haczine ilişkin özel hüküm bulunmaktadır. Anılan hükme göre taşınmaz mallara ilişkin cebri icranın konusu olmayan diğer malvarlığı haklarının cebri icrası bahsi geçen hükümlere (ZPO §828 vd.) göre gerçekleştirilecektir[8]. Bu hüküm çerçevesinde diğer malvarlığı haklarının ve dolayısıyla patent hakkının haczinin ZPO § 828 vd. çerçevesinde gerçekleştirileceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Türk Hukukunda ise, haciz ve paraya çevirme işlemi, özel hüküm olmasa da yine İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yapılacaktır.

İİK sistematiği çerçevesinde bakıldığında kanunda haczedilebilecek mal ve hakların haczedilmeleri ve bunlara ilişkin muhafaza tedbirlerinin uygulanması bağlamında farklı hükümlerin işlerlik kazandığını

---

[4] Haczi caiz olmayan mal ve haklara ilişkin hükümler saklıdır.

[5] Alman Patent Kanunu'nda (PatG) § 15 Abs. 1'e göre patent isteme hakkı ve patentten doğan hak mirasçılara geçer. Sınırlı veya sınırsız başkalarına devredilebilir. Bu durumda hakkın devri ve bu sebeple de haczi de §857 Abs. 1'e göre mümkündür (Engelbert, Marina, *Pfändung ausgewählter Immaterial-güterrechte*, FHVR, Heft 64, 2007, https://www.hwr-berlin.de/fileadmin/portal/Dokumente/Fachbereiche-Institute/FB4/Forschung/FB-4-Heft-2007-64.pdf, Erişim Tarihi: 08.03.2021, s. 21).

[6] Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku,* İstanbul, 2016, s.214; Üstündağ, Saim. *İcra Hukukunun Esasları,* 8. Bası, İstanbul 2004, s.170; Kuru, Baki / Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder. *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 28. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.239; Arslan, Ramazan /Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema /Hanağası, Emel. *İcra ve İflas Hukuku,* 6. Baskı, Ankara, 2020, s.258; Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet, *İcra ve İflas Hukuku,* 10. Bası, Ankara 2012, s.287; Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim /Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Bası, Ankara, 2020, s.185-186.

[7] Patent hakkını inceleme konusu yaparken patente yönelik hak ve patent üzerindeki hak olmak üzere iki ana başlık altında inceleyenler için bkz. Bolayır, Nur. "Fikri Mülkiyet Haklarında Cebri İcra Sistemi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez' e Armağan,* C. I, Y. 2014, İzmir, 2015, (s.2513-2570), s.2528-2530; Demirci, Aylin. *Gayrimaddi Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi,* Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2002, s.62-63; Taş Korkmaz, Hülya. *İflâs Masası,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.179.

[8] Musielak/Voit/Flockenhaus, ZPO § 857, Rn. 12; Lwowski, Hans-Jürgen/Hoes, Volker, Markenrechte in der Kreditpraxis, WM 1999, 771-779, s. 771, 775; Engelbert, s. 8; MüKoZPO/Smid ZPO § 857 Rn. 1 (Münchener Kommentar zur ZPO, Band 2, §§ 335-945b, (Herausgegeben von Wolfgang Krüger, Thomas Rauscher) 6. Auflage 2020, https://beck-online.beck.de/ Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fmuekozpo_6_band2%2Fzpo%2Fcont%2 Fmuekozpo.zpo.p857.htm&pos=1&hlwords=on, Erişim Tarihi:08.03.2021); Koch, ZPO § 857, Rn. 19.

söylemek gerekir. Buna göre, taşınırlara ilişkin İİK m. 85, alacak veya üçüncü kişilerin elinde bulunan malların ilişkin İİK m. 89, diğer hakların muhafazası için İİK m. 90 ve taşınmaz mallar için İİK m. 85 ve İİK m. 91, resmi sicile kayıtlı mallara ilişkin İİK m. 79/2 ve iştirak halinde tasarruf edilen mallara ilişkin olarak İİK m. 94 hükümleri uygulama alanı bulmaktadır[9].

Yargıtay, marka hakkının haczine ilişkin 2000 tarihli bir kararında[10], markaların menkul veya gayrimenkul mal niteliğinde olmadıklarından taşınır veya taşınmaz mallara ilişkin İİK hükümlerinin uygulanamayacağına karar vermiştir. Dolayısıyla markanın eşya niteliğine haiz olmaması ve zilyetliğe de konu olamaması sebebiyle İcra ve İflas Kanunu'nun menkul mallara ilişkin 86. madde hükümleri, marka hakkının haczi bakımından uygulanamaz. Benzer bir şekilde, yine bir sınai mülkiyet hakkı olan patent hakkı bağlamında aynı sonuca ulaşılabilir.

Bu kapsamda patent hakkına ilişkin haczin ve muhafaza tedbirlerinin hangi hükümler çerçevesinde gerçekleştirileceğinin üzerinde durulması gerekmektedir. Nitekim, tescil edilmiş olan bir patentin İİK m. 79/2 bağlamında haczinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği üzerinde durulmasında fayda vardır.

2. İİK m. 79/2, c. 3'ün Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu

İcra ve İflas Kanunu'nun 79. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesine göre, resmî sicile kayıtlı malların haczi, takibin yapıldığı icra dairesince, kaydına işletilmek suretiyle doğrudan da yapılabilir. Bu hüküm çerçevesinde haczin gerçekleştirilebilmesi için resmi sicile kaydı gereken bir "mal" bulunmalıdır. Dolayısıyla patent hakkının anılan hüküm kapsamında haczedilebilmesi için, öncelikli olarak kayıt yapılan sicilin resmi bir sicil olup olmadığı; sonrasında ise söz konusu hakkın hükümde yer verilen "mal" kavramı içerisinde bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir[11].

Resmi bir sicil bağlamında değerlendirmede bulanabilmek için TÜRKPATENT'in idare teşkilatlanmasındaki yerinin de belirlenmesi gerekmektedir. Zira, TÜRKPATENT nezdinde tutulan sicilin resmi bir sicil olup olmadığının tespiti anılan kurumun hukuki niteliğinde yatmaktadır. Türkiye'nin teknolojik ilerlemesine katkıda bulunmak, ülke içinde serbest rekabet ortamını oluşturmak ve araştırma geliştirme faaliyetlerinin gelişmesini sağlamak üzere patent ve markalar ile sınaî mülkiyet haklarının tesisi, bu konudaki korumanın sağlanması ve sınaî mülkiyet haklarına ilişkin yurt içi ve yurt dışında var olan bilgi ve dokümantasyonun kamuya açılması amacıyla tüzel kişiliğe sahip, Kararnamede belirtilmeyen hallerde özel hukuk hükümlerine tabi, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığına bağlı, özel bütçeli Türk Patent ve Marka Kurumu kurulmuştur (Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi[12] m. 358). Tüzel kişiliğe sahip TÜRKPATENT, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'nın vesayet denetimindedir. Bu kapsamda Türk idari teşkilatında yerinden yönetim kuruluşlarından hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları arasında yer alır. Bu nitelendirmeler çerçevesinde TÜRKPATENT tarafından tutulan sicilin İİK m. 79/2, c. 3 anlamında resmi sicil olduğu ortadadır. Bir başka ifadeyle, patent başvurusu ve patentin kaydedilmiş olduğu sicil (SMK m. 106) İİK m. 79/2, c. 3 anlamında resmi sicildir. Fakat patent başvurusunun (patent başvurusundan doğan hakkın) ve patentin (patentten doğan hakkın) İİK m. 79/2, c. 3 haczi bağlamında sicilin resmi sicil olması tek başına yetmemektedir. Öte yandan sicile kaydedilen patent hakkı kapsamında yer alan hakların, anılan hükümde ifade edilen mal kavramına dahil edilmesi gerekse de, patent hakkı bakımından bunun gerçekleşmediğini ifade etmek gerekir. Yani, İİK m. 79/2, c. 3 hükmü, patent hakkının haczinde doğrudan uygulanabilir nitelikte değildir[13]. Zira, anılan hüküm, lafzi yorum çerçevesinde değerlendirildiğinde, maddi bir varlığı bulunmayan patent hakkının, "mal" kavramının kapsamına sokulamayacağı açıktır. Patent hakkının bu madde kapsamında haczedilebilmesi için "mal"

[9] Kuru/Arslan/Yılmaz, s.239; Topuz, Gökçen. "Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* , C. III, S. 2, Yıl 2008, s. 403-417, s.408.

[10] Yargıtay 11. HD, T. 09.03.2000, E. 1999/8623, K. 2000/2232 (www.kazancı.com, Erişim Tarihi: 22.02.2021)

[11] Markalar açısından yer verilen tartışmalarda, markanın İİK m. 79/2 çerçevesinde haczedilebileceği yönünde bkz. Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı,* 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.436; Postacıoğlu, İlhan E. / Altay Sümer. *İcra Hukuku Esasları,* Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul, 2010, s.365; Atıcı, Cansu. *Sınai Hakların Cebri İcrası,* Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2013, s.39 vd.; Taş Korkmaz, Hülya. "Marka Hakkının Haczi ve Paraya Çevrilmesi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XII, Sayı 2, Y. 2013, s. 23-43, s.31-34; Yasaman, Hamdi/Altay, Sıtkı Anlam. (Yasaman, Hamdi/Altay, Sıtkı Anlam/Ayoğlu, Sıtkı/Yusufoğlu, Fülürya/Yüksel, Sinan), *Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi*, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s.713-714; Topuz, Marka Haczi, s.411.

[12] Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 15/7/2018 tarih ve 30479 sayılı RG.

[13] Aksi görüş için bkz. Bolayır, s.2549.

kavramının "mal ve haklar" şeklinde değiştirilmesi gerekir[14]. Bir başka ifadeyle, dönemin gereklerine uygun olması için üzerinde fazlaca düşünülmeden getirilen 3. cümlenin, resmi sicile kayıtlı mal ve hakların haczini de kapsayacak şekilde revize edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ancak resmi sicile kayıtlı patent hakkının (sicile kaydı mümkün olan patent başvurusundan doğan hak ve patentten doğan hakkın) kaydi haczinin hiç mümkün olmayacağını söylemek, İİK m. 78/1'de 7251 sayılı Kanun m. 49 ile yapılan değişiklik bağlamında mümkün değildir. Bir başka ifadeyle, patent hakkının elektronik ortamda kayden haczedilmesi, bu yeni hüküm çerçevesinde mümkün olacaktır. Anılan hükme göre, alacaklı dilerse haciz talebinde bulunmaksızın Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi üzerinden, bu sisteme entegre bilişim sistemleri vasıtasıyla borçlunun mal, hak veya alacağını sorgulayabilir. Sorgulama sonunda Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi, varsa borçlunun mal, hak veya alacağının mahiyeti ve detayı hakkında bilgi verir ve bu durumda sistem üzerinden de haciz talep edilebilir. Bu takdirde icra dairesi, tespit edilen mal, hak veya alacağı elektronik ortamda haczeder. Hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları arasında yer alan TÜRKPATENT'in kendi sistemi ile Uyap sistemi arasında entegrasyonun kurulmasıyla[15], patent hakkının haczi de elektronik ortamda gerçekleştirilecektir. Öte yandan haczin TÜRKPATENT nezdinde tutulan sicile kaydedilip Bültende yayımlanacağı da SMKY m. 111/1-r ve m. 126'da açıkça hüküm altına alınmıştır[16]. Haczin 3. kişiler bakımından etkisi ise SMKY m. 111/3 çerçevesinde ortaya koyulmuştur. Anılan hükme göre, patent başvurusu veya patentten doğan haklar, usulüne uygun bir şekilde sicile kaydedilir ve bu gerekliliğin gerçekleşmemesi halinde, iyiniyetli üçüncü kişilerin hakkı korunur. Ayrıca, haciz işleminin elektronik ortamda gerçekleştirilmesi ve sonrasında TÜRKPATENT nezdinde sicile kayıt ve ilan şartının gerçekleşmesi durumunda, borçlunun hacizden haberdar olmaması ihtimaline binaen; İİK.m.103 hükmünün işletilmesi ve ona haciz davetiyesi (103 davetiyesi) gönderilerek yokluğunda yapılan haczin bildirilmesi gerekir.

3. İİK m. 94'ün Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu

Patent hakkının haczinde, İİK m. 94'ün işlerlik kazanıp kazanmayacağı hususunda bir irdeleme ve değerlendirme yapılması gerekmektedir[17]. İİK m. 94'ün başlığı "iştirak halinde tasarruf edilen mallar" olmakla birlikte esasen anılan hükümde, intifa hakkı, taksim edilmemiş miras hissesi ve şirket hissesi, iştirak halinde tasarruf edilen mal hissesi ve senede bağlanmamış anonim şirketler (çıplak ve kaydi[18]) paylarının haczi (İİK m. 94/1), borçlunun iktisap ettiği, ancak tapu veya gemi siciline kaydettirmediği mülkiyet veya diğer aynî hakların tescilini isteme hakkı (İİK m. 94/2) ve zilyet olmak suretiyle bir taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı nedeniyle kazanılması halinde adına tescilini isteme hakkı (İİK m. 94/3) düzenlenmektedir. Bu çerçevede bakıldığında gayrimaddi mallar üzerindeki haklar, dolayısıyla sınaî mülkiyet hakları ve konumuz açısından patent isteme hakkının bu madde kapsamında haczi bağlamında bir ifade metinde yer almamaktadır. Bir başka anlatımla, madde metninde "diğer malvarlığı hakları" veya "diğer haklar" tabirleri hiç kullanılmamaktadır[19]. Anılan hükmün gayri maddi

---

[14] Marka haczinde bu yönde bkz. Topuz, Marka Haczi, s.410. Aksi yönde bkz. Bolayır, s.2546; Atıcı, s.42. İİK'nın değiştirilmesi hususunda devam eden kanun çalışmalarında gayrimaddi mallar üzerindeki haklar ve özellikle fikri ve sınaî mülkiyet haklarının cebri icrası bakımında tereddüt uyandıran ve aksaklık yaşanılan hususlar da dikkate alınmalıdır.

[15] Sorgulama ve haciz işlemlerinin yürütülebilmesi için *kamu kurum veya kuruluşları* ile 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde tanımlanan kredi kuruluşları ve finansal kuruluşlar, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi ile kendi sistemleri arasında entegrasyonu sağlar (İİK m. 78/1, c.5). Ancak güncel durumda TÜRKPATENT ile Uyap üzerinde herhangi bir entegrasyon sağlanmış değildir. Uygulamada icra müdürü, patent hakkını haczettiğine ve alınması gereken diğer muhafaza tedbirlerine (İİK m.90) ilişkin açıklamalarını içeren yazıyı (haciz müzekkeresini) elektronik tebligat (7201 sayılı Tebligat Kanunu m. 7/a/1, b.1 ve 5018 sayılı Kanun'a ekli (II) sayılı cetvel B-19) yoluyla TÜRKPATENT'e tebliğ etmektedir.

[16] Anılan bu düzenlemeler olmasaydı patent hakkının sicile kaydı bağlamında, haczedilen diğer hakların muhafaza tedbirlerine ilişkin İİK m. 90 hükmüne işlerlik kazandırılabilirdi. Bu hüküm gereğince icra müdürü, haczedilen patent hakkının muhafazası için gerekli tedbir olarak, haczi derhal TÜRKPATENT'e bildirip siciline kaydettirirdi (Topuz, Marka Haczi, s.410). Bu şekilde, patent hakkı sahibinin tasarruf yetkisi kısıtlamak ve haczin iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından hüküm doğurması için sicile kaydedilmesi gerekmektedir.

[17] Marka haczi açısından İİK m. 94'ün uygulanabileceği yönünde bkz. Aslan, Burcu. *Marka Üzerindeki Hukuki İşlemler,* Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s.70; Belek, Veysel. *Markanın Devrinin, Haczinin ve Bu İşlemler Açısından Marka Değerinin İncelenmesi,* Uzmanlık Tezi, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi, Ankara, 2011, s.50-55; Çağlar, Hayrettin. *Marka Hukuku Temel Hususlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.105; Çolak, Uğur. *Türk Marka Hukuku,* 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.568; Demirci, s.98; Kaya, Arslan. *Marka Hukuku,* Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2006, s.217; Taş Korkmaz, Marka Haczi, s.33; Tekinalp, Ünal. *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.466; Ünal, Mücahit. *Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s.115, 120; Yasaman/Altay, s.714.

[18] Anonim şirketlerin çıplak ve kaydi paylarının haczi için bkz. Topal, Önder. "Senede Bağlanmamış Anonim Şirket Payının Haczi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı: Prof. Dr. Zeki Hafızoğullarına Armağan*, C. 65, S. 4, Y. 2016, s. 2977-3016, s.2993 vd.

[19] Topuz, Marka Haczi, s.410.

malların, özellikle fikri ve sınaî mülkiyet hukukundan doğan hakların bakımında gözden geçirilmesi ve yeniden kaleme alınması uygun olacaktır[20]. Dolayısıyla, lafzi yorum çerçevesinde patent hakkının haczinde İİK m. 94'ün işlerlik kazanamayacağını söyleyebiliriz. Ancak patent başvurusundan doğan hak ve patentten doğan hakların haczinde İİK m. 78/1 işlerlik kazanırken, buluş/buluşçu hakkı ile patent isteme hakkının haczinde hangi hükümlerin işlerlik kazanacağı hususu tereddüt uyandırmaktadır. Doktrinde bir görüş bu durumda, İİK m. 94'ün kıyasen uygulanmasının mümkün olacağını ifade etmektedir[21].

İİK m. 85/1'e göre, "**borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta** olan taşınır mallarıyla taşınmazlarından ve **alacak ve haklarından** alacaklının ana, faiz ve masraflar da dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktar haczolunur". Anılan hüküm dikkate alındığında borçlunun sicile kaydedilmemiş ve fakat haczi caiz olan haklarının, (hatta sicile kaydedilen haklarının) bu kapsamda haczedilebileceğini söyleyebiliriz. Zaten, anılan hakların haczi için icra dairesinin haciz tutanağı düzenlemesi yeterli olmaktadır. Bu şekilde haczedilen haklara ilişkin olarak ayrıca İİK m. 90 çerçevesinde icra dairesi gereken muhafaza tedbirlerini de alacaktır[22].

Sonuç itibariyle İİK m. 94'ün bu haliyle patent haklarının haczinde işlerlik kazanamayacağı; ancak yapılacak kanun değişikliğinde bu hususa ilişkin bir düzenlemenin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

4. İİK m. 89'un Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu

Patent hakkı, borçlunun ekonomik değere sahip malvarlığı haklarından olmakla birlikte maddi varlığa sahip olmadığı için eşya olarak kabul edilemez ve bu nedenle de mülkiyete ve zilyetliğe konu oluşturmaz[23]. Bu çerçevede, patent hakkı, taşınmaz eşya, alacak hakkı veya üçüncü kişi elindeki mal olarak nitelendirilemeyecek; aksine gayrimaddi mallar üzerindeki mutlak haklar içinde değerlendirilecek türdeki haklardandır. Bu sebeple, borçlunun üçüncü kişi nezdinde olan alacak veya taşınırların haczi bakımından muhafaza tedbiri niteliğinde olan İİK m. 89'un gayrimaddi mallar üzerindeki mutlak haklar içinde değerlendirilen patent hakkının haczi bağlamında uygulanıp uygulanamayacağı, uygulanacaksa hangi çerçevede uygulanabileceğinin üzerinde durulması gerekmektedir.

Öncelikli olarak patent hakkının haczinde, alacakların ve üçüncü kişi elindeki malların haczine ilişkin hükümler (İİK m. 89) doğrudan uygulanamayacaktır[24]. Zira patent hakkı, ne alacak hakkıdır ne de taşınır bir eşya niteliğindedir. Ancak patent hakkı dolayısıyla, hak sahibinin İİK m. 89 bağlamında üçüncü kişi konumunda bulunan kişilerde olan bedel alacağı veya tazminat alacağının anılan hüküm çerçevesinde haczi mümkündür[25]. Bu kapsamda, çalışan buluşlarında, çalışanın işverenden isteyeceği bedel (SMK m. 113/5, m. 115/6, m. 117/2); gizli patentte, patent başvuru sahibinin devletten isteyebileceği tazminat (SMK m. 124/6); yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşlarda, buluştan elde edilen gelirden, kurum tarafından, buluşu yapana verilecek olan kısım (SMK m. 121/8), İİK m. 89 çerçevesinde, üçüncü kişi nezdindeki alacak kapsamında değerlendirilip muhafaza tedbirine konu edilebilecektir.

Öte yandan, patent hakkı[26] sahibinin patentli buluş üzerindeki kullanım hakkını lisans vermek suretiyle kullandırması (SMK m. 127, m. 129) yahut patent hakkını devretmesi (SMK m. 148/1) gibi hukuki işlemlerde bulunması mümkündür[27]. Örneğin, patent sahibinin belirli bir bedel karşılığında verdiği lisans

[20] Aynı yönde bkz. Topuz, Marka Haczi, s.410-411. İİK m. 94'e ilişkin değişiklik önerisi hakkında bkz. Topuz, Gökçen. *Hisse Haczi ve Satışı,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.311.

[21] Tekinalp, s.628; Bolayır, s.2549.

[22] Doktrinde, henüz sicile tescil edilmemiş buluş/buluşçu hakkı veya patent isteme hakkının buluş sahibi nezdinde bulunduğu varsayılıp haczin buluş sahibinin yerleşim yerinde veya işlem merkezinde, değer tespiti de yapılmış bir biçimde haciz tutanağı düzenlenerek icra edileceğinin ve haczin o sırada tamamlandığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir (Bolayır, s.2549).

[23] Suluk, Cahit/ Nal, Temel, (Karahan, Sami/Suluk, Cahit/Saraç, Tahir/Nal, Temel), Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013, s.4-6.

[24] Aynı yönde bzk. Topuz, Marka Haczi, s.409.

[25] Alman hukuku bağlamında anılan hususların haczinin ZPO §829 bağlamında gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde bkz. Musielak/Voit/Flockenhaus, ZPO § 857 Rn. 12; Engelbert, s. 28; Koch, Raphael, Kindl/Meller-Hannich, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung* 4. Auflage 2021, https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2FKinMelWolKoZV_4%2FZPO%2Fcont%2FKinMelWolKoZV.ZPO.p857.glII.gl4.glc.glaa.htm, Erişim Tarihi: 08.03.2021, ZPO § 857, Rn. 23.

[26] SMK m. 127'ye göre *patent başvurusu veya patent,* lisans sözleşmesine konu olabilir.

[27] Atıcı, s.130.

hakkı sebebiyle lisans alandan alacağı olabilir ya da gelir elde etmek amacıyla patent başvurusundan doğan hakkını belirli bir ücret karşılığında satması mümkündür. Bu tür hukuki işlemler nedeniyle, hukuki işlemin karşı tarafından olan alacağının haczinde İİK m. 89'un uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Yine, SMK m. 85 çerçevesinde, patent sahibinin, buluşun yeri, teknoloji alanı ve ürünlerin ithal veya yerli üretim olup olmadığı konusunda herhangi bir ayrım yapmaksızın, patent hakkından yararlanacağı ifade edilmekte ve bu kapsamda belgeye konu buluşa konu ürünün imali, satışı ve ithali gibi tüm ticari haklar patent sahibine ait olacaktır[28]. Bu kullanım dolayısıyla üçüncü kişilerde doğacak alacak haklarının haczinde de İİK m. 89 hükmüne işlerlik kazandırılabilir.

SONUÇ

Patent haczinde, haczin konusunu parasal değeri bulunan ve devri mümkün olan, alenileşmiş buluş/buluşçu hakkı, patente yönelik hak (patent isteme hakkı ve patent başvurusu) ve patentten doğan hak (patentin verilmesinden doğan hak) oluşturmaktadır.

Patente yönelik gerçekleştirilecek haciz usulü bağlamında kanunlarımızda özel bir düzenleme getirilmemiştir. Bu sebeple, haczin gerçekleştirilmesinde, temel kanuni düzenleme olan İcra ve İflas Kanunu açısından hangi hükümlerin işlerlik kazanacağının tespiti ve değerlendirilmesi yukarıda ilgili her bir kanun maddesi ele alınarak yapılmıştır. Bu çerçevede;

- İİK m. 79/2, c. 3 hükmü bağlamında, patent başvurusu ve patentin kaydedilmiş olduğu sicil (SMK m. 106) her ne kadar resmi sicil olsa da haczin bu hükme göre gerçekleştirilmesi için sicilin resmi sicil olması tek başına yetmemekte; ayrıca sicile kaydedilen patent hakkı kapsamında yer alan hakların, anılan hükümde ifade edilen "mal" kavramına dahil olması gerekir. Bu sebeple İİK m. 79/2, c. 3 hükmü, patent hakkının haczinde doğrudan uygulanabilir nitelikte değildir. Zira anılan hüküm, lafzi yorum çerçevesinde değerlendirildiğinde, maddi bir varlığı bulunmayan patent hakkının, "mal" kavramının kapsamına sokulamayacağı açıktır. Patent hakkının bu madde kapsamında haczedilebilmesi için "mal" kavramının "mal ve haklar" şeklinde değiştirilmesi gerekir[29]. Ancak resmi sicile kayıtlı patent hakkının (sicile kaydı mümkün olan patent başvurusundan doğan hak ve patentten doğan hakkın) elektronik ortamda kaydi haczi, İİK m. 78/1'de 7251 sayılı Kanun m. 49 ile yapılan değişiklik bağlamında mümkündür. TÜRKPATENT'in kendi sistemi ile Uyap sistemi arasında entegrasyonun kurulmasıyla, patent hakkının haczi de elektronik ortamda gerçekleştirilecektir.

- İİK m. 94'ün lafzi yorum çerçevesinde değerlendirilmesi neticesinde, patent hakkının haczinde anılan hükmün işlerlik kazanamayacağını söyleyebiliriz. Bu sebeple, İİK m. 94'ün gayri maddi malların, özellikle fikri ve sınaî mülkiyet hukukundan doğan haklar bakımından gözden geçirilmesi ve yeniden kaleme alınması uygun olacaktır.

- Haczin gerçekleşmesi açısından icra dairesinin haciz tutanağı düzenlemesi yeterli olduğu için İİK m. 85/1 hükmünün borçlunun sicile kaydedilmemiş ve fakat haczi caiz olan haklarının, (hatta sicile kaydedilen haklarının) haczedilmesinde işlerlik kazanacağını; bu şekilde haczedilen haklara ilişkin olarak ayrıca İİK m. 90 çerçevesinde icra dairesinin gereken muhafaza tedbirlerini alabileceğini söyleyebiliriz.

- Patent hakkı, ne alacak hakkı ne de taşınır bir eşya niteliğindedir ve bu sebeple, üçüncü kişilerdeki alacakların ve üçüncü kişi elindeki malların haczine ilişkin hükümler (İİK m. 89) bu hakkın haczinde doğrudan uygulanamayacaktır. Ancak patent hakkı dolayısıyla, hak sahibinin İİK m. 89 bağlamında üçüncü kişi konumunda bulunan kişilerde olan bedel alacağı veya tazminat alacağının anılan hüküm çerçevesinde haczi mümkündür.

KAYNAKÇA

Arslan, Ramazan /Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema /Hanağası, Emel. *İcra ve İflas Hukuku,* 6. Baskı, Ankara, 2020.

[28] Suluk, Cahit (Karasu, Rauf/Nal, Temel). *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.275.

[29] Marka haczinde bu yönde bkz. Topuz, Marka Haczi, s.410. Aksi yönde bkz. Bolayır, s.2546; Atıcı, s.42. İİK'nın değiştirilmesi hususunda devam eden kanun çalışmalarında gayrimaddi mallar üzerindeki haklar ve özellikle fikri ve sınaî mülkiyet haklarının cebri icrası bakımında tereddüt uyandıran ve aksaklık yaşanılan hususlar da dikkate alınmalıdır.

Aslan, Burcu. *Marka Üzerindeki Hukuki İşlemler,* Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.

Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim /Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Bası, Ankara, 2020.

Atıcı, Cansu. *Sınai Hakların Cebri İcrası,* Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2013.

Belek, Veysel. *Markanın Devrinin, Haczinin ve Bu İşlemler Açısından Marka Değerinin İncelenmesi,* Uzmanlık Tezi, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi, Ankara, 2011.

Bolayır, Nur. "Fikri Mülkiyet Haklarında Cebri İcra Sistemi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez' e Armağan,* C. I, Y. 2014, İzmir, 2015, s. 2513-2570.

Çağlar, Hayrettin. *Marka Hukuku Temel Hususlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Çolak, Uğur. *Türk Marka Hukuku,* 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Demirci, Aylin. *Gayrimaddi Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi,* Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2002.

Engelbert, Marina, *Pfändung ausgewählter Immaterial-güterrechte*, FHVR, Heft 64, 2007, https://www.hwr-berlin.de/fileadmin/portal/Dokumente/Fachbereiche-Institute/FB4/Forschung/FB-4-Heft-2007-64.pdf, Erişim Tarihi: 08.03.2021.

Kaya, Arslan. *Marka Hukuku,* Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2006.

Koch, Raphael, Kindl/Meller-Hannich, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung* 4. Auflage 2021, https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2FKinMelWolKoZV_4%2FZPO%2Fcont%2FKinMelWolKoZV.ZPO.p857.glII.gl4.glc.glaa.htm, Erişim Tarihi: 08.03.2021.

Kuru, Baki / Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder. *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 28. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı,* 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013. (Kuru, El Kitabı)

Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku,* İstanbul, 2016. (Kuru, İcra)

Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang. *Musielak/Voit Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz,* 17., neubearbeitete Auflage, München, 2020, https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMusielakZPOKO_17%2FZPO%2Fcont%2FMusielakZPOKO%2EZPO%2Ep857%2Ehtm, (Erişim Tarihi: 08.03.2021).

Münchener Kommentar zur ZPO, Band 2, §§ 335-945b, (Herausgegeben von Wolfgang Krüger, Thomas Rauscher) 6. Auflage 2020, https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fmuekozpo_6_band2%2Fzpo%2Fcont%2Fmuekozpo.zpo.p857.htm&pos=1&hlwords=on, (Erişim Tarihi:08.03.2021).

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet, *İcra ve İflas Hukuku,* 10. Bası, Ankara 2012.

Postacıoğlu, İlhan E. / Altay Sümer. *İcra Hukuku Esasları,* Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul, 2010.

Suluk, Cahit (Karasu, Rauf/Nal, Temel). *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020. (Suluk, 2020)

Suluk, Cahit/ Nal, Temel, (Karahan, Sami/Suluk, Cahit/Saraç, Tahir/Nal, Temel), Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013.

Taş Korkmaz, Hülya. "Marka Hakkının Haczi ve Paraya Çevrilmesi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XII, Sayı 2, Y. 2013, s. 23-43. (Taş Korkmaz, Marka Haczi)

Taş Korkmaz, Hülya. *İflâs Masası,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Tekinalp, Ünal. *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Topal, Önder. "Senede Bağlanmamış Anonim Şirket Payının Haczi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı: Prof. Dr. Zeki Hafızoğullarına Armağan*, C. 65, S. 4, Y. 2016, (s. 2977-3016).

Topuz, Gökçen. "Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* , C. III, S. 2, Yıl 2008, s. 403-417. (Topuz, Marka Haczi)

Topuz, Gökçen. *Hisse Haczi ve Satışı,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Ünal, Mücahit. *Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

Üstündağ, Saim. *İcra Hukukunun Esasları,* 8. Bası, İstanbul 2004.

Yasaman, Hamdi/Altay, Sıtkı Anlam. (Yasaman, Hamdi/Altay, Sıtkı Anlam/Ayoğlu, Sıtkı/Yusufoğlu, Fülürya/Yüksel, Sinan), *Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi*, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.

AVUKATLIK ÜCRETİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA ZORUNLU ARABULUCULUK

Ayşe Nur KILINÇ[1]

Öz

Avukat ile müvekkili arasındaki avukatlık sözleşmesine öncelikle 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uygulanır. Yargılamada avukatla temsil zorunluluğu bulunmaz. Ancak bir kişi, davasını bir başkası ile takip etmek isterse, bu kişi, kural olarak, baroya kayıtlı avukat olmalıdır. Müvekkilin avukata, kural olarak, bu iş karşılığında ücret ödemesi zorunludur (AK m. 163/I). Esasen avukatın, bu alacağı yanında, müvekkilinin davada haklı çıkmasından dolayı kendi lehine hükmedilen yasal vekâlet ücreti de bulunur. Ancak bu çalışmanın konusu avukatın akdi ücret alacağıyla sınırlandırılmıştır. Tarafların serbestçe belirlediği avukatlık ücreti, Kanunun getirdiği sınırlar dışında kalmakta ise, ücrete ilişkin hükümler kanundaki sınırlar içine getirilerek düzeltilir. Bazen de taraflarca ücret hiç kararlaştırılmamış veya sözleşmenin ücrete ilişkin hükümleri belirsiz, tartışmalı ya da geçersiz olabilir (AK m. 164). Bu ve benzeri sebeplerle, bir avukat ile esasen aralarında sıkı güven ilişkisi olması gereken müvekkili, ücretin belirlenmesi ve tahsiline yönelik yeni bir uyuşmazlıkta karşı karşıya gelebilir. Bu uyuşmazlıkların çözümü için zorunlu tahkim usulünü öngören ve bunda hukuki yardımın yapıldığı yer Baro Hakem Kurulunu yetkili ve görevli kılan AK m. 167, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İptal üzerine bu uyuşmazlıklarda müddeabihin değerine göre sulh ve asliye hukuk mahkemeleri görevli görülmüştür. Bununla birlikte 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bu uyuşmazlıklarda görevli merci tartışmalarını farklı mecralara kaydırmıştır. Yakın tarihte ise, tüketici işlemleri bakımından dava şartı (zorunlu) arabuluculuk getirilmiştir. Böylece avukatlık ücreti alacağına ilişkin bazı hâllerde arabuluculuğa başvuru zorunlu hâle gelmiştir. Günümüz hukuk politikası hızlı, gizli ve ekonomik olması sebebiyle yargıya alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından arabuluculuğu teşvik etmektedir. Bu çalışmada, avukat ile müvekkili arasındaki güven ilişkisi, avukatın bu sözleşmeden doğan ağırlaştırılmış ve kutsanmış sadakat ve özen yükümlülüğü ile sözleşme sona erse bile devam eden sır saklama yükümlülüğü vurgulanmaktadır. Son olarak bu yükümlülükleri dolayısıyla avukatın, hem bu tür uyuşmazlıklarda her hâlde öncelikle "arabuluculuğa" başvurmasının gerekip gerekmediği hem de Avukatlık Kanununa böyle bir zorunluluk getirilmesinin uygun olup olmadığı değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Avukatlık sözleşmesi, Avukatlık ücreti, Tüketici işlemi, Zorunlu arabuluculuk

[1] Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, ayse.kilinc@hbv.edu.tr, ORC-ID 0000-0001-8190-6557

MANDATORY MEDIATION IN THE DISPUTES ARISING FROM ATTORNEY FEE

Abstract

Attorneyship Act no:1136 regulates the legal practice for attorneys as a public service. On the other hand, as part of being a freelance occupation, attorneys represent clients for a fee in principle (art. 163/I). In practice the attorney fee, which is determined freely by the parties, is sometimes not paid. This paper analyses the issues of competent court regarding the disputes arising from the attorney fee. The provision regarding this issue in Attorneyship Act (art. 167) was annulled by the Constitutional Court. Above this annulment decision, the competent court is determined as the general courts. However, the provisions of the Civil Procedure Act no: 6100 and Consumer Protection Act no: 6502 regarding competence should be also taken into consideration. As Turkish law aims to decrease the number of disputes before courts and promote amicable dispute resolution, mandatory mediation in consumer transactions has also been introduced recently. Therefore, in some disputes arising from attorney contracts which constitute consumer transactions, mediation is mandatory. Considering the duties of care, loyalty and the attorney-client privilege, it is also discussed whether or not mandatory mediation is suitable for the whole disputes regarding attorney fee.

Keywords: Attorney contract, Attorney fee, Consumer transaction, Mandatory mediation