

SELÇUK HUKUK KONGRESİ III

2024

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTABI

Editörler:

Doç. Dr. Alper UYUMAZ

Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin TOKAT

Arş. Gör. Mehmet Cemil TÜRK

Arş. Gör. Murat AÇIL

Arş. Gör. Rabia TEPEKAYA

Arş. Gör. Özge PAŞAOĞLU

Arş. Gör. Beşir Abidin HAMARAT

Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK

Arş. Gör. Ahmet Can KUZUCUOĞLU



SELÇUK HUKUK KONGRESİ III ÖZET KİTABI 2024

Editörler:

Doç. Dr. Alper UYUMAZ - Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin TOKAT - Arş. Gör. Mehmet Cemil TÜRK
Arş. Gör. Murat AÇIL - Arş. Gör. Rabia TEPEKAYA - Arş. Gör. Özge PAŞAOĞLU
Arş. Gör. Beşir Abidin HAMARAT - Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK - Arş. Gör. Ahmet Can KUZUCUOĞLU

Bu kitapta yer alan çalışmalar yazarının kendi görüşünü yansıtmaktadır, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi bu görüşlerden sorumlu değildir.

EISBN: 978-625-371-317-1

Basım Sayısı: 1. Baskı, Mart 2024

Yayın No: 597

Beşeri Bilimler

Copyright 2024 NOBEL AKADEMİK YAYINCILIK EĞİTİM DANIŞMANLIK TİC. LTD. ŞTİ.

SERTİFİKA NO.: 40340

*Bu baskının bütün hakları Nobel Akademik Yayıncılık Eğitim Danışmanlık Ltd. Şti.ne aittir.
Yayınevinin yazılı izni olmaksızın, kitabın tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da
fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltımı ve dağıtımı yapılamaz.*

Genel Yayın Yönetmeni : Nevzat Argun -nargun@nobelyayin.com-

Genel Yayın Koordinatörü : Gülfem Dursun -gulfem@nobelyayin.com-

Sayfa Tasarım : Mehmet Ateş -mehmetates42@gmail.com-

Kapak Tasarım : enna

Kütüphane Bilgi Kartı

SELÇUK HUKUK KONGRESİ III 2024

1. Basım, xiv + 406s., 16x24 cm. Kaynakça var, dizin yok.

Genel Dağıtım

ATLAS AKADEMİK BASIM YAYIN DAĞITIM TİC. LTD. ŞTİ.

Adres: Bahçekapı Mh. 2465 Sk. Oto Sanayi Sitesi No.:7 Bodrum Kat, Şaşmaz/ANKARA

Telefon: +90 312 278 50 77 - **Faks:** 0 312 278 21 65

Sipariş: siparis@nobelyayin.com- **E-Satış:** www.nobelkitap.com – esatis@nobelkitap.com

www.atlaskitap.com – info@atlaskitap.com

Dağıtım ve Satış Noktaları: Alfa, Kırmızı Kedi, Arkadaş, D&R, Dost, Kika, Kitapsan, Nezh, Odak, Pandora, Prefix, Remzi

Baskı ve Cilt: Ada Matbaacılık Yayın San. Tic. Ltd. Şti. Sertifika No.: 44093

Ostim OSB Mh. 1578 Cd. No.: 21 Yenimahalle/ANKARA1025

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	iii
İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ VE HUKUK	1
<i>Prof. Dr. Ergin ERGÜL</i>	
İSLAM HUKUKUNDA ÜCRETLE KEFALET	3
<i>Doç. Dr. Melikşah AYDIN</i>	
OSMANLI HUKUKUNDA BORÇ İÇİN HAPİS.....	7
<i>Dr. Öğr. Üyesi İbrahim ÜLKER</i>	
PONZİ SİSTEMİ CEZALANDIRILABİLİR Mİ?.....	11
<i>Doç. Dr. Murat AYDIN</i>	
İPTAL KARARLARININ ETKİSİNİN MAHKEMECE ZAMAN BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI VE FRANSIZ ANAYASA MAHKEMESİ İLE İDARİ İSTİNAF MAHKEMESİ ARASINDA BİR ÇATIŞMA ÖRNEĞİ	15
<i>Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Ziya ÇALIŞKAN</i>	
KAMU GÖREVLİLERİNİN MALİ SORUMLULUĞU KONUSUNDA ZORUNLU HİZMET SİGORTASI ÖNERİSİ.....	19
<i>Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM</i>	
MAVİ KARTLILARIN SAHİP OLDUĞU ÖZEL YABANCI STATÜSÜNÜN SINIR DIŞI VE SUÇLULARIN İADESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ	21
<i>Doç. Dr. Cemil GÜNER</i>	
MİRASTA DENKLEŞTİRMENİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ.....	25
<i>Doç. Dr. Alper UYUMAZ</i>	

TEMİNAT KARŞILIĞINDA İHTİYATİ HACZİN KALDIRILMASI (m. 266)	29
<i>Dr. Öğr. Üyesi Mehmet KODAKOĞLU</i>	
TAKİP TALEBİNDE DAYANILMAYAN BİR BELGENİN İTİRAZIN İPTALİ DAVASINDA İLERİ SÜRÜLÜP SÜRÜLEMEYECEĞİ SORUNU	33
<i>Dr. Öğr. Üyesi Meltem ERCAN ÖZLER</i>	
MEDENİ USUL HUKUKUNDA GÖREV KAVRAMINA ELEŞTİREL BİR BAKIŞ	37
<i>Dr. Orhan KONURALP</i>	
4708 SAYILI YAPI DENETİMİ HAKKINDA KANUN'DA YAPI DENETİM ŞİRKETLERİNİN ORTAK VE YÖNETİCİLERİ İLE ÇALIŞANLARININ BELGEDE SAHTECİLİK SUÇUNDAN SORUMLULUĞU	39
<i>Dr. Öğr. Üyesi Timuçin KÖPRÜLÜ</i>	
İNTİHARA YÖNLENDİRME SUÇUNUN TİPİKLİĞİ KAPSAMINDA ORTAYA ÇIKAN HUKUKİ SORUNLAR.....	51
<i>Dr. Öğr. Üyesi Sercan TOKDEMİR</i>	
TÜRK CEZA HUKUKUNDA KUSURU ETKİLEYEN NEDENLER ARASINDA KUSURLULUĞU ENGELLEYEN NEDENLER VE MAZERET NEDENLERİ ŞEKLİNDE BİR AYRIM YAPILIP YAPILAMAYACAĞI SORUNU	55
<i>Dr. Öğr. Üyesi Hasan İBA</i>	
ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TCK M.220/6 HÜKMÜNE İLİŞKİN 26.10.2023 TARİHLİ İPTAL KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ	59
<i>Dr. Öğr. Üyesi H. Sefa ERYILDIZ</i>	
YAZILI HUKUK KURALLARINA UYMAMA SONUCUNDA ORTAYA ÇIKAN SUÇLARDA TAKSİRİN BİLİNÇLİ OLUP OLMADIĞI MESELESİ	63
<i>Dr. Özlem ÇELİK BAŞBOZKURT</i>	

KÜLTÜREL FARKLILIKLARA SAYGI İLKESİ BAĞLAMINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN EVRİMCİ YORUM ANLAYIŞINDAN KAYNAKLANAN PROBLEMLER VE ÇÖZÜME YÖNELİK BAZI FİKİRLER: MAHKEMENİN EŞCİNSEL İLİŞKİLERE YAKLAŞIMI ÜZERİNDEN BİR İNCELEME.....67 <i>Dr. Öğr. Üyesi Abdulkadir PEKEL</i>	
“FİKİH VE İÇTİMAİYAT” BAŞLIKLİ MAKALESİ ÇERÇEVESİNDE ZİYA GÖKALP'İN TOPLUMSAL HUKUK ANLAYIŞI73 <i>Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Selim KADIOĞLU</i>	
TOPLUMSAL CİNSİYET PERSPEKTİFİNDEN ADALETE ERİŞİM PROBLEMLER VE ÖNERİLER.....77 <i>Arş. Gör. Dr. E. İrem AKI</i>	
ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİNİN MADDİ KOŞULLARINA İLİŞKİN HATA.....81 <i>Dr. Öğr. Üyesi Eylem BAŞ</i>	
BİLİŞİM SİSTEMLERİ YOLUYLA HAKSIZ ÇIKAR SAĞLAMA (TCK md. 244/4)85 <i>Dr. Mustafa LİMONCU</i>	
KAÇAKÇILIKLA MÜCADELE KANUNU'NDA ÇEVRE VE TOPLUM SAĞLIĞI AÇISINDAN TEHLİKELİ MADDELER89 <i>Arş. Gör. Şerif Ahmet ÖZTÜRK</i>	
TÜRK CEZA KANUNU KAPSAMINDA ÇOK FAİLLİ SUÇLARA İŞTİRAK.....93 <i>Arş. Gör. Taha Yasin TURAN</i>	
BİLİŞİM SUÇLARINDA HAZIRLIK HAREKETLERİNİN CEZALANDIRILMASI: TCK M. 245/A “YASAK CİHAZ VE PROGRAMLAR” SUÇU97 <i>Arş. Gör. Veysel TOPUZ</i>	

İNSAN HAKLARININ KORUNMASINDA YASAMA ORGANININ ROLÜNÜN KUVVETLENDİRİLMESİ İÇİN BİR DOĞRUDAN DENETİM USULÜ ÖRNEĞİ: ABD KONGRESİ SORUŞTURMA AMAÇLI KOMİSYON DİNLEME TOPLANTILARI.....	101
<i>Dr. Öğr. Üyesi Özgür TAŞDEMİR</i>	
ANAYASAL YORUMDA “YAŞAYAN HUKUK” DOKTRİNİ.....	105
<i>Dr. Öğr. Üyesi Pınar DİKMEN</i>	
TÜRKİYE’DE KANUNLAR VE KANUN YAPIM SÜRECİNE HAKİM OLAN İLKELER ÜZERİNE DEĞERLENDİRME.....	109
<i>Dr. Öğr. Üyesi Abbas KILIÇ</i>	
ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİNDE ÖNLEYİCİ DENETİM SİSTEMİNİ BENİMSEYEN ÜLKELER VE UYGULAMALARI	113
<i>Arş. Gör. Dr. Gizem GÜNER YAŞAR</i>	
1982’DEN GÜNÜMÜZE BÜTÜNCÜL ANAYASA TASLAKLARINDA ANAYASA MAHKEMESİ’NİN YETKİLERİ ÜZERİNE MÜLAHAZALAR.....	117
<i>Barkın ÖZYURT</i>	
KAMU GÖREVLİLERİ ETİK KURULUNUN VE YETKİLİ DİSİPLİN KURULLARININ ETİK DAVRANIŞ İLKELERİNE UYGUNLUK BAKIMINDAN YAPTIKLARI TESPİTLERİN MEMURUN DİSİPLİN SORUMLULUĞUNA ETKİLERİ.....	121
<i>Dr. Öğr. Üyesi Sencer Abdullah AKKOYUNLU</i>	
MÜDAHİLİN TEK BAŞINA KANUN YOLUNA BAŞVURMASINA İLİŞKİN DANIŞTAY İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KURULUNUN ESAS 2021/4 VE KARAR 2023/1 SAYILI 03.02.2023 TARİHLİ KARARINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME	127
<i>Dr. Öğr. Üyesi Asuman ÇAPAR</i>	
YENİ OLUŞAN HUKUKİ DURUM KAPSAMINDA KESİNLEŞEN DİSİPLİN CEZALARININ GERİ ALINMASI.....	131
<i>Dr. Öğr. Üyesi Zehra KARAKUŞ IŞIK</i>	

İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA DELİLLERİN TESPİTİ USULÜ	135
<i>Arş. Gör. Dr. Gonca KOZANOĞLU</i>	
KAMU HUKUKU TÜZEL KİŞİLİĞİ KRİTERLERİ ÇERÇEVESİNDE: “DARÜLACEZE”	139
<i>Dr. Mücahit GÜLŞEN</i>	
GLOBALLEŞME SÜRECİNDE ULUSLARARASI HUKUK: ULUSÜSTÜLÜK VE YENİ NORMATİF ÇERÇEVELER.....	143
<i>Dr. Öğr. Üyesi Hatice Kübra ECEMİŞ YILMAZ</i>	
GÜNEY AFRİKA’NIN İSRAİL ALEYHİNE ULUSLARARASI ADALET DİVANI BAŞVURUSUNUN HUKUKSAL ANALİZİ	147
<i>Dr. Öğr. Üyesi Hande GÜR</i>	
SOSYAL MEDYA VE SOYKIRIMA TEŞVİK: BİR ULUSLARARASI HUKUK DEĞERLENDİRMESİ.....	149
<i>Dr. Öğr. Üyesi Berkant AKKUŞ</i>	
THE 2ND GLOBAL REFUGEE FORUM: THE ROAD AHEAD	153
<i>Res. Asst. PhD Gökçe KONYALI</i>	
ANANIN BABALIK KARİNESİ YOLUYLA KURULAN SOYBAĞINI REDDETME HAKKI.....	157
<i>Doç. Dr. Ahmet TÜRKMEN</i>	
İŞÇİNİN CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNE ETKİSİ.....	161
<i>Dr. Sevede BULUN TOKKAŞ - Doç. Dr. Hakkı Mert DOĞU</i>	
NOTERLERE TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YETKİSİ VEREN YENİ DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ	165
<i>Dr. Öğr. Üyesi Esen KABAŞ TEZCAN</i>	
BİTKİ ÜZERİNDE ÜST HAKKI	169
<i>Dr. Öğr. Üyesi Bedia GÜLEŞ</i>	
BİR TAŞINMAZA İLİŞKİN OLARAK BİRDEN FAZLA REHİNLİ ALACAKLI İLE BOŞ DERECEYE İLERLEME SÖZLEŞMESİ YAPILMASI	173
<i>Arş. Gör. Dr. Musa Furkan ŞAHİN</i>	

MİRAS PAYLAŞMA SÖZLEŞMESİ VE MİRASIN PAYLAŞILMASINA HÂKİM TEMEL İLKELER.....	177
<i>Dr. Hasibe Sena AKKIŞLA</i>	
ÜCRETLİ DİJİTAL PLATFORMLARIN KAÇAK KULLANIMININ BORÇLAR HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	181
<i>Doç. Dr. Erman BENLİ</i>	
TÜRK BORÇLAR KANUNU M. 342'DE MUTLAK EMREDİCİ OLARAK DÜZENLENMESİNE RAĞMEN NEREDEYSE HİÇ UYGULANMAYAN KİRA GÜVENCESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	187
<i>Dr. Öğr. Üyesi Özlem SARI FİDAN</i>	
AİLE KONUTUNA İLİŞKİN KİRA SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE KİRAYA VERENİN BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ DÜZENLEYEN TBK M. 349 /III HÜKMÜ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME.....	191
<i>Dr. Öğr. Üyesi Hayrunnisa ALTIN ŞAHİN</i>	
SOSYAL MEDYA ETKİLEYİCİLERİ TARAFINDAN YAPILAN HUKUKA AYKIRI REKLAMLAR SONUCUNDA DOĞACAK HUKUKİ SORUMLULUĞUN VE SORUMLULARIN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	195
<i>Öğr. Gör. Dr. Pelin ATILA YÖRÜK</i>	
AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ KAYITLARI.....	199
<i>Arş. Gör. Dr. Hale ŞAHİN</i>	
LİMİTED ŞİRKETLERDE İKİ KİŞİDEN OLUŞAN MÜDÜRLER KURULUNDA MÜDÜRLERDEN BİRİSİNİN MÜDÜRLÜK SIFATININ SONA ERMESİNİN SONUÇLARI.....	203
<i>Dr. Öğr. Üyesi Aytekin ÇELİK</i>	
II-27.3 SAYILI ORTAKLIKTAN ÇIKARMA VE SATMA HAKLARI TEBLİĞ BAKIMINDAN "BİRLİKTE HAREKET ETME".....	209
<i>Dr. Öğr. Üyesi. Firdevs ARSLAN</i>	

KONUT YAPI KOOPERATİFLERİNDE ORTAKLIK PAYININ NİTELİĞİ VE YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİNİN 02.05.2023 TARİH, 2022/5348 ESAS, 2023/1558 KARAR SAYILI KARARINA ELEŞTİREL BİR BAKIŞ	213
<i>Dr. Öğr. Üyesi Emine ÖZDAMAR</i>	
ANONİM ORTAKLIKTA DANIŞMA OYLAMASININ YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞUNA ETKİSİ	219
<i>Arş. Gör. Kaan Muharrem YAĞCIOĞLU</i>	
YÜK DEĞERİNİN TAŞIMA SENEDİNDE BEYAN EDİLMESİ HALİNDE CMR VE TTK AÇISINDAN TAŞIYICININ SORUMLULUK SINIRI.....	223
<i>Arş. Gör. Safa Murat TEKİN</i>	
YARGITAY KARARLARINA GÖRE KESİNLEŞMİŞ CEBRİ İHALEDEN SONRA TAPU SİCİLİNİN DÜZELTİLMESİ DAVASI AÇILMASININ İCRA VE İFLÂS HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	227
<i>Doç. Dr. Efe DİRENİSA</i>	
BAŞKA DAVADA ALINAN BİLİRKİŞİ GÖRÜŞÜNÜN KULLANILMASI	231
<i>Dr. Öğr. Üyesi Osman DURAN</i>	
MEDENİ USUL HUKUKU BAKIMINDAN TEREKENİN TESPİTİ (TMK m.589)	237
<i>Dr. Öğr. Üyesi Dilek AYDEMİR</i>	
YARGITAY'IN E. 2019/5, K. 2022/1 SAYILI VE 18.02.2022 TARİHLİ İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARI ÇERÇEVESİNDE USÛL HUKUKU – MADDİ HUKUK SINIRLARI VE İLİŞKİSİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER.....	243
<i>Dr. Nurullah BAL</i>	
DÜNYADAN ÖRNEKLER IŞIĞINDA TÜRKİYE'DE KÜÇÜK ALACAKLARIN YARGILANMASI VE TAHSİLİNE DAİR ÖZEL USULLERE DUYULAN İHTİYAÇ	247
<i>Arş. Gör. Çağatay Serdar ŞAHİN</i>	

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI OLARAK HAKEM-BİLİRKİŞİLİK VE HİBRİT YÖNTEMLER.....	251
<i>Arş. Gör. Ahmet ŞENSÖZ</i>	
ANAYASA MAHKEMESİNİN KESER ALTINTAŞ BAŞVURUSUNDA “BİREYSEL BAŞVURUNUN İNCELENMESİNİN SÜRDÜRÜLMESİNİ HAKLI KILAN BİR NEDEN OLMADIĞI” GEREKÇESİYLE VERDİĞİ DÜŞME KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ.....	257
<i>Dr. Öğr. Üyesi Ceren YILDIZ</i>	
ANAYASA MAHKEMESİ’NİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI BAKIMINDAN DERECE MAHKEMELERİ İLE İLİŞKİSİ.....	263
<i>Dr. Öğr. Üyesi Cansu Büşra ÖLMEZ</i>	
SÖYLER KARARI MUSA KAYA KARARINA KARŞI: MAHPUSLARIN OY HAKKINDA AŞIL(A)MAYAN EŞİK.....	267
<i>Arş. Gör. Dr. Seda ÖZKAN</i>	
ANAYASA MAHKEMESİNİN KARARLARINDA KANUNDA AÇIKÇA DÜZENLENEN KONULARDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN ÇIKARILAMAYACAĞI YASAĞI	271
<i>Arş. Gör. Erdoğan KESKİN</i>	
ULUSLARARASI HUKUK BAĞLAMINDA ACİZ DEVLET DOKTRİNİ UYGULAMASI: FİLİSTİN’DE MEŞRU MÜDAFAA HAKKI SORUNU.....	275
<i>Doç. Dr. Mehmet GÜNEŞ - Uz. Gülnur BALCI</i>	
ULUSLARARASI ADALET DİVANI’NİN GAZZE ŞERİDİ’NDE 1948 SOYKIRIM SUÇUNUN ÖNLENMESİ VE CEZALANDIRILMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞME’NİN UYGULANMASI BAŞVURUSUNUN ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN OLASI SONUÇLARI VE ETKİLERİ.....	279
<i>Dr. Öğr. Üyesi Tacettin ÇALIK</i>	

ULUSLARARASI ADALET DİVANI ÖNÜNDEKİ SON DAVALAR VE ULUSLARARASI HUKUKTA ACTIO POPULARIS.....	285
<i>Dr. Öğr. Üyesi Gülsüm KAYA</i>	
BİR SELF-HELP YOLU OLARAK KARŞI ÖNLEMLER VE BU ÖNLEMLERDEN ETKİLENMEYECEK YÜKÜMLÜLÜKLER.....	289
<i>Arş. Gör. Ayla KAYA ÇALIŞKAN</i>	
“İNFAZ ENGELİ” OLARAK YASAMA DOKUNULMAZLIĞI (ANAYASA m. 83/3)	293
<i>Dr. Öğr. Üyesi Özgün ÖZYÜKSEL</i>	
4483 SAYILI KANUNA GÖRE İZİN VERMEYE YETKİLİ YETKİLİ MERCİ İLE SORUŞTURMACININ GÖREV VE YETKİLERİ.....	295
<i>Dr. Öğr. Üyesi Ertuğrul ÜNAL</i>	
TEMEL BİR İNSAN HAKKI MI YOKSA BİR LÜKS MÜ? HÜKÜMLÜLERİN İNTERNETE ERİŞİM HAKKININ AİHM KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ.....	299
<i>Arş. Gör. Dr. Ezgi Çırak KARALI</i>	
İFADE ALMA İŞLEMİNE İLİŞKİN POZİTİF USUL KURALLARI VE İHLALİ.....	303
<i>Dr. Mahmut GÖKPINAR</i>	
CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BAKIMINDAN TERCÜMANDAN ÜCRETSİZ YARARLANMA HAKKI KAPSAMINDA TERCÜMENİN SINIRI.....	307
<i>Arş. Gör. Ebuzer ZENGİN</i>	
SAĞLIK HİZMETLERİNDE REKLAM, TANITIM VE BİLGİLENDİRME ...	311
<i>Dr. Öğr. Üyesi Muhammed GÖÇGÜN</i>	
1894 İSTANBUL DEPREMİ VE SANSÜR.....	315
<i>Dr. Öğr. Üyesi Ali TURAN</i>	
TOPLUMSAL CİNSİYET VE HUKUK BAĞLAMINDA ÇİFT CİNSİYETLİLERİN ASKERLİK HİZMETİNİ YÜRÜTMESİ.....	319
<i>Arş. Gör. Muhammed Ali AKAY</i>	

ULUSLARARASI HUKUK BAĞLAMINDA “YABANCILARIN TOPLU SINIR DIŞI EDİLMESİ” KAVRAMININ İNCELENMESİ	323
<i>Nazrin RZAYEVA</i>	
ULUSLARARASI HUKUK BOYUTUNDA İNSAN TİCARETİ SUÇUNUN YASAL DÜZENLEMELERİ.....	325
<i>Amid HACİZADE</i>	
YATIRIM KURULUŞU HAKKINDA TAZMİN VE TEDRİCİ TASFİYE KARARI VERİLMESİNİN SONUÇLARI	329
<i>Doç. Dr. Sefer OĞUZ</i>	
SİGORTA HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİM YÖNTEMİYLE ÇÖZÜMÜ	335
<i>Dr. Öğr. Üyesi İlknur ULUĞ CİCİM</i>	
MADEN ÇALIŞANLARI ZORUNLU FERDİ KAZA SİGORTASINDA SİGORTALININ AĞIR KUSURU VE SİGORTA TEMİNATININ KAPSAMI.....	339
<i>Dr. Öğr. Üyesi Aydın Alber YÜCE</i>	
TAHKİMDE ANONİM ŞİRKETLERİN TEMSİLİ.....	341
<i>Arş. Gör. Bengi SARGIN</i>	
İŞ HUKUKUNDAN DOĞAN İHTİLÂFLARDA AB DELEGASYONLARININ YARGI MUAFİYETİ.....	345
<i>Arş. Gör. Beyza BAYRAKTAR</i>	
SİNEMA ESERİ OYUNCULARININ ADİL BEDEL ALMA HAKKINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER VE ÖZELLİKLE FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU MADDE 52 İLE MADDE 80/5’İN ELEŐTİRİŐİ.....	349
<i>Dr. Öğr. Üyesi Barış GÖZÜBÜYÜK</i>	
HASTA ÖZERKLİĞİNİN BİR GÖRÜNÜMÜ OLAN İLERİYE YÖNELİK HASTA TALİMATLARINA İLİŞKİN GÜNCEL GELİŞMELER VE BAZI ÖNERİLER	353
<i>Dr. Öğr. Üyesi Şafak PARLAK BÖRÜ</i>	

İSVİÇRE VAKIF HUKUKU VE GÜNCEL GELİŞMELER.....	357
<i>Arş. Gör. Dr. Haydar Bayram ÖZEDÖNER</i>	
MALPRAKTİSTEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK	361
<i>Arş. Gör. Hasan Ali GÜÇLÜ</i>	
KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DEEPFAKE TEKNOLOJİLERİNİN REGÜLE EDİLMESİ: TÜRK HUKUKU'NA ÖNERİLER	365
<i>Dr. Öğr. Üyesi Samet TATAR</i>	
KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI AÇISINDAN SOYBAĞI DAVALARI.....	369
<i>Dr. Öğr. Üyesi Murat UYUMAZ</i>	
İŞYERİ HEKİMLERİNİN İŞÇİNİN SAĞLIK VERİLERİNİN İŞLENMESİNDE HUKUKİ STATÜSÜ ve SORUMLULUĞU	373
<i>Dr. Öğr. Üyesi Kübra DEMİR</i>	
İNTERNET ORTAMINDA KİŞİLİK HAKLARININ İHLALİ HALİNDE BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ İMKANLAR: ANAYASA MAHKEMESİNİN 11/10/2023 TARİH VE 2020/76 E. 2023/172 K. SAYILI İPTAL KARARI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME.....	377
<i>Arş. Gör. Uğur KARACA</i>	
SESSİZ İSTİFAYA KARŞI İŞVERENİN HAKLARI	381
<i>Dr. Öğr. Üyesi Sevgi Dursun ATEŞ</i>	
KAMU KURUMLARININ ÖDEMİŞ OLDUĞU İŞÇİLİK ALACAKLARININ ALT İŞVERENLERE RÜCU EDİLMESİNDE GÜNCEL YARGITAY KARARLARINA GÖRE HESAPLAMALAR.....	387
<i>Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül EKİN</i>	
TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ TEMEL HAKLARA UYGUNLUK DENETİMİNE TABİ TUTULABİLİR Mİ?.....	391
<i>Dr. Öğr. Üyesi Berna ÖZTÜRK YILMAZ</i>	

İŞ KAZASI VEYA MESLEK HASTALIĞINDAN DOĞAN TAZMİNATLARA İLİŞKİN İBRANIN GEÇERLİLİĞİNİN YARGISAL DENETİMİ (İRADA SAKATLIKLARI VE GABİN AÇISINDAN)	395
<i>Arş. Gör. Dr. Ebru YEŞİLMEN</i>	
İŞ HUKUKU BOYUTUYLA "QUIET QUITTING"	399
<i>Arş. Gör. Hasan Alparslan AYAN</i>	
TBK M. 396/3 KAPSAMINDA; İŞ SÖZLEŞMESİNE EKLENEN İŞÇİNİN BAŞKA İŞTE ÇALIŞMASINI YASAKLAYAN HÜKÜMLERİN BİR ÖRNEK ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ.....	403
<i>Arş. Gör. Zehra YILMAZ</i>	

İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ VE HUKUK

Prof. Dr. Ergin ERGÜL*

Özet

İklim değışikliği, son yıllarda küresel gündemin önemli konularından biri haline gelmiştir. Bu geniş kapsamlı ve çok boyutlu sorun, birçok bilimsel disiplinle birlikte, hukuk alanını da etkilemektedir. Hukuk, kuşkusuz iklim değışikliği gibi çok boyutlu küresel sorunlarla mücadelede önemli bir rol oynar. Bu karmaşık sorunun çözümünde sadece hukuki tedbirler yetersiz kalırken, hukukun katılımı olmaksızın da başarı şansı başarı şansı bulunmamaktadır. Çalışma ulusal ve uluslararası literatür ışığında iklim değışikliği olgusu ile bununla bağlantılı iklim adaleti, iklim davaları ve sürdürülebilirlik gibi kavramların ulusal ve uluslararası boyutlarıyla hukuku nasıl etkilediğini ele almaktadır. Bunun yanı sıra çevrenin korunması ve çevre hukuku ile iç içe geçen, iklim istikrarını sağlamayı amaçlayan hukuki düzenlemelerin nitelikleri, amaçları ve diğer hukuk dallarıyla ilişkileri ele alınmakta ve geçmişte çevrenin anayasallaşması olgusuna benzer şekilde gelişmekte olan iklimin anayasallaşmasına dikkat çekilmektedir. Son olarak Tüm bu gelişmelerin çevre hukukundan ayrı bir hukuk disiplini olarak iklim hukukunun ortaya çıktığı şeklinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusunun cevabı verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: İklim değışikliği, İklim adaleti, İklimin anayasallaşması Çevre ve iklim hukuku.

* Prof. Dr., Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: ergin.ergul@ankaramedipol.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6974-6594.

CLIMATE CHANGE AND LAW

Abstract

Climate change has become one of the significant topics on the global agenda in recent years. This extensive issue, affecting numerous scientific disciplines, also has a profound impact on the field of law. Law plays a crucial role in combating multifaceted global challenges like climate change. However, while legal measures alone are insufficient to solve this complex problem, the absence of legal involvement also significantly reduces the chance of success. This study examines climate change and related concepts such as climate justice, climate lawsuits, and sustainability, in light of national and international literature. It delves deeply into the national and international effects of these issues on law. Particularly, it focuses on the qualities, objectives, and relationships with other branches of law of legal regulations aimed at maintaining climate stability, which are intertwined with environmental protection and environmental law. The study discusses the development of the constitutionalization of climate in a manner similar to the past process of environmental constitutionalization. Finally, the question of whether all these developments can be considered as the emergence of climate law as a distinct legal discipline separate from environmental law is being answered

Key Words: Climate change, Climate justice, Constitutionalization of climate, Environmental and climate law.

İSLAM HUKUKUNDA ÜCRETLE KEFALET

Doç. Dr. Melikşah AYDIN*

Özet

Sözlükte “*ilave etmek, boynuna almak, sorumluluk eklemek*” gibi anlamlara gelen kefalet kelimesi hukuk ıslahında ise “bir kimsenin bir borcun veya bir malın istenmesi yahut bir şahsın teslim edilmesi hususlarında bir zimmete başka bir zimmetin eklenmesi” şeklinde tanımlanabilir. Bu açıdan İslam hukukunda kefalet kelimesinin bugünkü bildiğimiz kefalet anlamında kullanılması Hanefi mezhebinin kabul ettiği bir durum iken, Maliki, Şafii ve Hanbeliler ise kefalet kelimesi yerine daha çok “daman” kelimesini kullanmışlardır. Bahsedilen bu üç mezhebin fıkıh kitaplarında mala kefalet yerine “daman” kelimesi, şahsa kefalet yerine ise “kefalet” kelimesi kullanılmıştır.

Tebliğimizin asıl konusunu oluşturan ücretle kefalet konusunda ise klasik dönem İslam hukukçuları arasında bir tartışma söz konusu değilken, özellikle son yüzyıldaki İslam hukukçuları gelişen ticari uygulamaları da gözeterek farklı bakış açıları sunmuşlardır.

Klasik dönemdeki İslam hukukçularına göre kefalet sözleşmesi ivazsız ve teberru (bağış) niteliği taşıyan bir sözleşme olduğu için, kefalet sözleşmesi ile kefil olan kimsenin kefaletin diğer tarafları olan alacaklı ve borçludan yahut sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kimseden ücret alması caiz görülmemiştir. Bu noktada ücretle kefaleti caiz kabul etmeyen İslam hukukçuları dört temel noktada bu görüşlerini temellendirmişlerdir. Birinciye göre, ücretle kefalet bir sözleşme içinde (kefalet sözleşmesi) iki akit yapma anlamı taşır ve bu da hadislerle yasaklanmış-

* Doç. Dr. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: aydinmeliksah@gmail.com; ORCID: 0000-0002-4077-5025.

tır. İkinci noktaya göre, ücretle kefalet faize yol açar. Üçüncü noktaya göre ücretle kefalet rüşvettir. Dördüncü noktaya göre ise kefalet sözleşmesi teberru (bağış) niteliğinde bir sözleşme olduğu için, bu nitelikteki bir sözleşmede ücret almak caiz değildir.

Son yüzyıldaki İslam hukukçularından bazıları klasik görüşü savunurken, bazıları bu görüşü savunmakla beraber bazı zorunlu hallerde ücretle kefil olunabileceğini, banka teminat mektupları üzerinden bu şekilde bir uygulama yapılabileceğini söylemişlerdir. Bazı İslam hukukçuları ise banka teminat mektuplarının ve bu sebeple yapılacak ücretle kefaletin caiz olduğunu belirtmişlerdir. Onlara göre değişen ticari hayata ve uyum sağlamak adına, eğer cevaz verilmezse ticaret yapmanın kolaylığı ortadan kaybolacaktır. Bu görüş daha çok modern bir bakış açısı sunmaktadır.

İşte bu çalışmada ücretle kefaletin İslam hukukundaki görünümü son dönem İslam hukukçularının görüşleri de değerlendirilerek bir karşılaştırma yapma imkânı sunulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İslam hukuku, kefalet, ücretle kefalet, banka teminat mektubu, katılım bankası.

SURETYSHIP FOR FEE IN ISLAMIC LAW

Abstract

In legal terminology, the term "kefalet," which in the dictionary conveys meanings such as "to add, to take responsibility," is defined as "the addition of one commitment to another commitment in matters of demanding a debt or an item, or the delivery of a person" within the field of law. From this perspective, while the usage of the term "kefalet" in the sense we know today in Islamic law is accepted within the Hanafi school. The Maliki, Şafi'i, and Hanbali schools have predominantly used the term "daman" instead of "kefalet." In the jurisprudential books of these three schools, the term "daman" has been used for material su-

rety instead of "kefalet," and the term "kefalet" has been retained for personal surety.

Regarding the main topic of our presentation, which is suretyship for a fee, while there was no debate among classical Islamic jurists, especially in the last century, Islamic jurists have presented different perspectives, considering evolving commercial practices.

According to classical Islamic jurists, since the suretyship contract is considered gratuitous and characterized by benevolence, it was not deemed permissible for the surety to receive compensation from the other parties to the suretyship contract, namely the creditor, debtor, or any third party not party to the contract. Islamic jurists who did not deem suretyship for a fee permissible based their views on four fundamental points. Firstly, suretyship for a fee implies making two contracts (the suretyship contract), which is prohibited according to Hadith. Secondly, suretyship for a fee leads to usury. Thirdly, suretyship for a fee constitutes bribery. Fourthly, since the suretyship contract is a gratuitous contract, receiving compensation in such a contract is not permissible.

While some Islamic jurists from the last century uphold the classical view, some assert this view while also suggesting that suretyship for a fee may be permissible in certain obligatory circumstances, such as through bank guarantee letters. Some Islamic jurists affirm the permissibility of bank guarantee letters and thus suretyship for a fee. According to them, if permission is not granted, the ease of conducting trade will diminish, necessitating adaptation to the changing commercial landscape. This viewpoint represents a more modern perspective.

This study aims to evaluate the appearance of suretyship for a fee in Islamic law, taking into account the views of contemporary Islamic jurists, by comparing various perspectives.

Key Words: Islamic law, suretyship, suretyship for a fee, bank guarantee letter, Islamic banking.

OSMANLI HUKUKUNDA BORÇ İÇİN HAPİS

Dr. Öğr. Üyesi İbrahim ÜLKER*

Özet

Hukuk sistemleri uyumsuzlukları çözenin yanı sıra mahkeme kararlarının ve sözleşmelerin yerine getirilmesi görevini de ifa ederler. Bu amaca ulaşmak için hukuk tarihinde borçlunun mallarına el konulması, borçlunun hapsi, hatta borçlunun köleleştirilmesi gibi çeşitli zorlama vasıtalarının kullanıldığı bilinmektedir. İslam hukukçuları tarafından borçluya borç için eziyet edilmesi ve borçlunun köleleştirilmesi kabul edilmezken, ödeme gücü olduğu halde borcunu ifa etmeyen borçlunun taziyik hapsine tabii tutulabileceği çoğunlukla kabul etmişlerdir.

Osmanlı İslam hukukunun Hanefi yorumuna uygun bir hukuk sistemi hayata geçirmiştir. Bu sistemde alacalı olduğunu iddia eden kişi kadıya başvurur ve yargılama sonunda alacaklı olduğu sabit olur ise borçluya borcunu ödemesi tembih ediliyordu. Çoğunlukla borçlular bu karardan sonra makul sürede borçlarını ifa ediyorlardı. Kadı kararına rağmen borcunu ifa etmeyen kişiler hakkında alacaklının talebi ile haciz, iflas veya borçlu hakkında tazyik hapsi uygulamalarına başvurulabiliyordu.

Osmanlı uygulaması incelendiğinde borçlunun hapsi konusunda İslam hukukuna bağlı ancak kendine has bir uygulama geliştirildiği söylenebilir. Osmanlı kadı sicillerinden borç için hapis uygulamasının etkili bir şekilde uygulandığı anlaşılmaktadır. Borcundan dolayı hapsedilen kişilerin, alacaklının talebi ile doğrudan veya kefil ve rehin gibi ek teminatlar alınarak serbest bırakıldığı kayırlarda görülmektedir. Ayrıca borç-

* Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta:iulker@selcuk.edu.tr, ORCID:0000-0001-5953-6772.

lunun borcundan dolayı hapsedilmesi akrabalarını hatta aynı dinden veya milletten olan kişileri borçluya yardım etme konusunda harekete geçirerek ona yardımcı olmaya yönlendirdiği yine kayıtlardan anlaşıl-
maktadır. Kadıya borçlunun ödeme gücü olmadığı yönünde bir itiraz yapılması üzerine yapılan incelemede bu durum ispat edilirse borçlu hapisten kurtulabilirdi.

Tanzimat döneminde de borç için hapis uygulaması devam etmiştir. Çıkarılan icra hukukuna dair düzenlemelerde bu konuda hükümler bulunmaktadır. 1879 İcra Kanunu hükümlerine göre iki nedenle borçlunun hapsi mümkündür. Birincisi borcu ödemeyen, kefil de göstermeyen ve kaçma şüphesi olan borçlunun hapsidir. İkinci sebep ise alacaklı tarafından borçlunun ödeme kudretinde olduğu ispat edilen borçlunun mahkeme reisinin kararı ile hapsidir. 1914 İcra Kanunu'nda ise borçlunun hapsi konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır. 132. madde de firar edeceği anlaşılan borçlunun hapsi yine düzenlenmiştir. Ancak asıl değişiklik ödeme emri tebliğ edilen borçluya icra dairesine müracaat ederek ödeme gücü, mali durumu ve borcun miktarıyla uyumlu bir ödeme planı sunması konusunda yükümlülük getirilmiş bu bildirim yükümlülüğüne uymayan veya sunduğu ödeme planına uygun ödeme yapmayan borçluların icra reisinin kararı ile hapsi düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı Hukuku, Borç, Hapis, Alacaklı, Borçlu

PRISON FOR DEBT IN OTTOMAN LAW

Abstract

In addition to resolving disputes, legal systems also fulfill the duty of executing court decisions and contracts. It is known that various means of coercion have been used in the history of law to achieve this goal, such as confiscation of the debtor's property, imprisonment of the debtor, and even enslavement of the debtor. While Islamic jurists do not accept tormenting the debtor for debt and enslaving the debtor, they

mostly accept that the debtor who does not fulfill his debt even though he has the ability to pay can be subjected to coercive imprisonment.

The Ottoman Empire implemented a legal system in accordance with the Hanafi interpretation of Islamic law. In this system, the person who claimed to be a creditor applied to the judge and if it was determined that he was a creditor at the end of the trial, the debtor was warned to pay his debt. Mostly, debtors were paying off their debts within a reasonable time after this decision. People who did not fulfill their debts despite the judge's decision could be subject to seizure, bankruptcy, or coercive imprisonment against the debtor upon the request of the creditor.

When the Ottoman practice is examined, it can be said that a unique practice was developed regarding the imprisonment of the debtor, which was based on Islamic law. It is understood from the Ottoman judge records that the practice of imprisonment for debt was effectively implemented. It is seen in the records that people who were imprisoned due to their debts were released upon the request of the creditor, either directly or by obtaining additional guarantees such as guarantors and pledges. In addition, it is understood from the records that the imprisonment of the debtor for his debt leads his relatives and even people of the same religion or nationality to mobilize and help the debtor. If an objection was made to the kadı stating that the debtor was not able to pay and this situation was proven in the examination, the debtor could be released from prison.

The practice of imprisonment for debt continued during the Tanzimat period. There are provisions on this subject in the regulations regarding enforcement law. According to the provisions of the 1879 Enforcement Law, the debtor's imprisonment is possible for two reasons. The first is the imprisonment of a debtor who does not pay the debt, does not show a guarantor, and is suspected of escaping. The second reason is the imprisonment of the debtor, who is proven by the creditor to be capable of paying, by the decision of the court president. Significant changes were made in the 1914 Enforcement Law regarding the imprisonment of the

debtor. Article 132 also regulates the imprisonment of the debtor who is understood to escape. However, the main change is that the debtor, to whom the payment order has been notified, is obliged to apply to the enforcement office and present a payment plan compatible with his ability to pay, his financial situation and the amount of the debt. Debtors who do not comply with this notification obligation or do not make payments in accordance with the payment plan they submit are subject to imprisonment by the decision of the chief enforcement officer.

Key Words: Ottoman Law, Debt, Imprisonment, Creditor, Debtor

PONZİ SİSTEMİ CEZALANDIRILABİLİR Mİ?

Doç. Dr. Murat AYDIN*

Özet

Zahmetsizce para kazanmanın bir yöntemi olarak ponzi sistemi uzun yıllardır gündemde olan bir konudur. 1919 yılında yatırımcıları 90 günde yüzde elli kar vereceğine ikna eden Charles Ponzi'den adını almıştır. Ponzi sistemi çoğunlukla işletmecinin, katılımcılara geleneksel yatırımlar yoluyla elde edilemeyen yüksek finansal getiriler vadettiği bir yatırım dolandırıcılığı olarak karşımıza çıkmaktadır. Sistem genellikle katılımcılara temettü ödemelerini sağlayacak yeterli sayıda yeni yatırımcı bulunamadığı için çökmektedir. Ponzi sistemi ekonomi ile ilgili bir yapıdır. Bu açıdan ekonomik sisteme ilişkin bir korumanın amaçlandığı söylenebilir. Böylece malvarlığı değerlerinin zarar görme ihtimali bulunmaktadır. Ponzi sistemlerinin de rasyonel ve rasyonel olmayan yapıları teorik olarak tartışılmıştır. Rasyonel bir yapıda cezalandırma mümkün görülmemektedir. Sisteme yapılan her giriş önceki üyelerin bir üst basamağa ilerlemesine katkıda bulunur. Piramidin üstüne doğru her yükseliş getirinin artmasını sağlar. Yine ponzi sistemi bazı satış yöntemleri ile benzerlik gösterebilmektedir. Bu kurumların birbirlerinden farkının ortaya konulması cezalandırılabilir eylemlerin tespiti açısından önem taşımaktadır.6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ile piramit satışı/ponzi sistemi yasaklanmış ve cezalandırma açısından Türk Ceza Kanunu'na atıf yapılmıştır. Konunun cezalandırılabilirliği tartışma konusu yapılmıştır. Ancak hangi suç ya da suçlardan dolayı kimlerin cezalandırılabilir olduğu konusu halen sorun oluştura-

* Doç. Dr, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Türkiye, E-posta: murataydin@selcuk.edu.tr, ORCID:0000-0001-5476-7977.

bilmektedir. Ponzi sistemi kurucusu para toplamaya başlasa ve vadettiği ödemeleri zamanında tamamlasa ve sistem çökmeden önce son katılımcının da parasını ödese bu durumda yine herhangi bir suçun varlığından bahsedilebilecek midir? Bu sorunun olumlu cevaplanması halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanması nasıl olacaktır? Katılımcıların yıllara göre ödemelerinin gerçekleştiği durumlarda; örneğin ilk üç yıl katılımcı olanlar ödemelerini alırlar, daha sonra sistemin çökmesi nedeniyle diğer katılımcılar herhangi bir ödeme alamazlarsa kurucu dışında diğer katılımcılar fail olarak değerlendirilebilecek midir? Katılımcılardan herhangi birisi kendi alacağını kurtarmak için sistemin çöküşe yaklaştığı bir dönemde bu durumu bilerek yeni katılımcılar temin etmek suretiyle kendi alacağını kurtarırsa ceza sorumluluğu olacak mıdır? Bu ve benzer soruların cevabı ponzi sisteminin cezalandırılabilir olup olmadığında, cezalandırılabilir ise hangi aşamada ve hangi suçtan cezalandırma söz konusu olduğunda ve kimlerin cezalandırılabilir olduğunda gizlidir. Çalışmada bu soruların cevabı aranacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ponzi sistemi, dolandırıcılık, hile, haksız kazanç, cezalandırılabilirlik, iştirak.

CAN THE PONZI-SYSTEM BE PUNISHED?

Abstract

The Ponzi system as a method of making money effortlessly has been on the agenda for many years. It was named after Charles Ponzi, who in 1919 convinced investors that he would make a fifty percent profit in 90 days. The Ponzi scheme is often characterized as an investment scam in which the operator promises participants high financial returns that cannot be achieved through traditional investments. The system often collapses because there are not enough new investors to ensure dividend payments to participants. The Ponzi scheme is an economic structure. In this respect, it can be said that it aims to protect the economic system. Thus, there is a possibility that asset values may be damaged.

The rational and irrational structures of Ponzi systems have also been theoretically discussed. Punishment is not possible in a rational structure. Each entry into the system contributes to the advancement of previous members to the next step. Each rise towards the top of the pyramid increases the return. Again, the Ponzi system can be similar to some sales methods. Determining the difference between these institutions is important in terms of determining punishable acts. The Protection of Consumers Code (No:6502) prohibits pyramid selling/ponzi system and refers to the Turkish Criminal Code in terms of punishment. The punishability of the subject has been discussed. However, the issue of who is punishable for which crime or crimes is still a problem. If the founder of the Ponzi system starts collecting money and completes the promised payments on time and pays the money of the last participant before the system collapses, is it possible to talk about the existence of any crime in this case? If this question is answered in the affirmative, how will the attempt provisions be applied? In cases where the payments of the participants are realized according to the years; for example, if the participants of the first three years receive their payments, and then the other participants do not receive any payment due to the collapse of the system, can the other participants other than the founder be considered as perpetrators? Will any of the participants be held criminally liable if he/she saves his/her own receivables by recruiting new participants knowing that the system is nearing collapse? The answer to these and similar questions lies in whether the Ponzi system is punishable or not, and if it is punishable, at what stage and for what offense, and who is punishable. The answers to these questions will be sought in this study.

Key Words: Ponzi scheme, fraud, cheating, unlawful profits, punishability, accomplicity

İPTAL KARARLARININ ETKİSİNİN MAHKEMECE ZAMAN BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI VE FRANSIZ ANAYASA MAHKEMESİ İLE İDARİ İSTİNAF MAHKEMESİ ARASINDA BİR ÇATIŞMA ÖRNEĞİ

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Ziya ÇALIŞKAN*

Özet

Ülkemizde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenen iptal davası, gerek bireysel gerekse genel düzenleyici nitelikte olsun, bir idari işlemin etkilerinin geçmişe etkili bir şekilde ortadan kaldırılması amacıyla ihdas edilmiş bir dava çeşididir. Geçmişe etkililik noktasında doğrudan yasal bir düzenleme olmasa da gerek ülkemizde gerekse uygulamanın doğduğu ülke olan Fransa'da, durum yargı içtihatlarıyla yerleşmiş ve bu şekilde uygulanagelmıştır. Ülkemizde, Danıştay'ın konuya ilişkin tutumu, uygulama açısından çok katı bir şekilde devam ederken, Fransız Danıştay 2004 yılında verdiği CE, 11 Mayıs 2004, Association AC!, n° 255886, kararıyla iptal kararının etkilerinin, kamu yararı gerekçesiyle, zaman bakımından sınırlandırılabilmesine hükmetmiş ve bir genel düzenleyici işlemin iptaline ilişkin olan bu kararın etkilerinin sadece geleceğe yönelik olarak sonuç ifade edeceğini karara bağlamıştır. Bu şekilde bu örnekte, uygulamadaki sorunları bertaraf etmek amacıyla, iptal kararı geçmişe etkili olmaktan çıkarılmış ve sadece geleceğe etkili olacak şekilde, bir nevi bir yönetmeliğin idare tarafından yürürlükten kaldırılması şeklinde uygulanmasına karar verilmiştir. Ülkemizde idari yargı kolu açısından bugün itibariyle böyle bir uygulama kabul görmediği için, özellikle

* Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: azic@selcuk.edu.tr, ORCID 0000-0002-5472-8967.

genel düzenleyici işlemlerin iptaline ilişkin kararların geçmişe etkili olarak uygulanması çok büyük sorunlara sebep olmaktadır. Özellikle iptal edilen genel düzenleyici işleme istinaden ihdas edilmiş, yerine göre binleri bulabilen bireysel kararların durumu, bunlar açısından kazanılmış hak olup olmayacağı hususları ile iptal kararından önceki statüye aynen dönülüp dönülmeyeceği ve genel düzenleyici işlem öncesi yoksa nasıl bir uygulamaya gidileceği hususları, bu sorunların en önemlilerini teşkil etmektedir. Ülkemizde de genel düzenleyici işlemlerin iptali noktasında, somut duruma göre ve kamu yararı gözetilmek kaydıyla, Fransa'dakine benzer bir uygulamanın benimsenmesi, idari istikrar ve mahkeme kararlarının yerine getirilmesi açısından devrim niteliğinde olacaktır.

Anayasa yargısı açısından ise, tıpkı ülkemizdeki uygulamada olduğu gibi Fransa'da da Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğü için zaman bakımından bir belirleme yapması mümkündür. Çalışmamızın konusunu teşkil eden çatışma örneğinde, Fransız Anayasa Mahkemesi, Mahalli İdareler Genel Kanunu'nun bir maddesini Anayasaya aykırı bulup iptal etmiş ve söz konusu iptal kararının derdest yargılamalar açısından derhal hüküm ifade edeceğini de kararında özellikle vurgulamıştır. Lyon İdari İstinaf Mahkemesi ise elinde derdest olan ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen maddenin uygulanacağı bir dava açısından, yüksek mahkeme kararı gereğince otomatikman vereceği iptal kararında dahi, yüksek mahkemenin kararını devre dışı bırakmaması kaydıyla, Fransız Danıştay'ın yukarıda bahsi geçen genel içtihadı çerçevesinde, iptal kararının etkisini zaman bakımından sınırlandırabileceğini, bu anlamda somut uyuşmazlığın gerektirdiği durumlarda ileriye dönük bir iptal kararı verebileceğini belirtmiş, fakat netice olarak bahsi geçen davada yine de geçmişe de etki edecek bir iptal kararı vermiştir.

Anahtar Kelimeler: İptal kararı, geçmişe etkililik, idari istikrar, idari yargı, anayasa yargısı.

Abstract

The annulment case, regulated in the Administrative Procedure Law No. 2577 in our country, is a type of case created to eliminate the effects of an administrative action, whether individual or general regulatory, with retroactive effect. Although there is no direct legal regulation regarding retroactivity, the situation has been established by judicial jurisprudence both in our country and in France, where the practice was born, and has been implemented in this way. While in our country, the Council of State's stance on the issue continues to be very strict in terms of practice, the French Council of State ruled in 2004, with its decision CE, 11 May 2004, Association AC!, n° 255886, that the effects of the annulment decision can be limited in time, on the grounds of public interest, and It has been decided that the effects of this decision regarding the cancellation of a general regulatory action will only have consequences for the future. So in this example, in order to eliminate the problems in practice, the annulment decision was no longer effective retroactively and it was decided to be implemented in a way that would only be effective for the future, in a way that a regulation would be repealed by the administration. Since such a practice is not accepted in terms of the administrative judiciary branch in our country as of today, the retroactive application of decisions regarding the cancellation of general regulatory transactions causes great problems. In particular, the status of individual decisions, which can reach thousands depending on the situation, which were created based on the canceled general regulatory action, the issues of whether there will be acquired rights in terms of these, whether the status before the cancellation decision will be returned to the same status, and what kind of implementation will be implemented if there is no one before the general regulatory action, constitute the most important of these problems. It does. Adopting a practice similar to that in France regarding the cancellation of general regulatory procedures in our country, depending on the concrete

situation and considering the public interest, would be revolutionary in terms of administrative stability and execution of court decisions.

In terms of constitutional judiciary, it is possible for the Constitutional Court in France to make a determination in terms of time for the validity of the annulment decision, just like the practice in our country. In the conflict example that constitutes the subject of our study, the French Constitutional Court annulled an article of the General Law of Local Authorities as unconstitutional and particularly emphasized in its decision that the annulment decision in question would have immediate effect in terms of pending trials. The Administrative Court of Appeal of Lyon, on the other hand, stated that even in its annulment decision regarding a case in which the article annulled by the Constitutional Court would be applied, it could give a prospective annulment decision in cases where the concrete dispute requires it, within the framework of the general jurisprudence of the French Council of State, provided that it does not override the decision of the high court, but the outcome however, it still made an annulment decision with retroactive effect.

Key Words: Annulment decision, retroactivity, administrative stability, administrative judiciary, constitutional judiciary.

KAMU GÖREVLİLERİNİN MALİ SORUMLULUĞU KONUSUNDA ZORUNLU HİZMET SİGORTASI ÖNERİSİ

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM*

Özet

Kamu görevlilerinin kusurlu tutum ve davranışlarıyla gerek üçüncü kişi durumundaki bireylere gerekse idareye verdikleri zararlar, çoğu zaman onların malvarlıklarının çok çok üzerinde ortaya çıkmaktadır.

Kamu görevlilerinin görev kusuru nedeniyle üçüncü kişilere verdiği zararlar, Anayasa'nın 129. maddesi ve DMK'nin 13. maddesi çerçevesinde, idare tarafından karşılanmaktadır. Çünkü ortada görev kusuru vardır. Dolayısıyla, üçüncü kişi en azından mahkemenin hükmettiği oranda zararını idareye karşılatacaktır. Fakat idare, kamu görevlisinin görevsel kusuru nedeniyle bireylere ödediği bu tazminatı ilgili görevliye ödetmek için rücu davası açtığında veya kamu görevlisinin doğrudan idareye verdiği zarar nedeniyle adli yargıda tazminat davası açtığında, elde ettiği ilamlar çoğu zaman kâğıt üzerinde kalmaktadır.

Türk hukuk sisteminde öngörülen kamu görevlisinin mali sorumluluğunu düzenleyen hükümler, amaca hizmet etmekten uzaktır. Çünkü kamu görevlisinin mali sorumluluğu, çoğu zaman kâğıt üzerinde kalmaktadır. Bunu önlemek ve kamu görevlisinin mali sorumluluğunu etkili hâle getirmek için “zorunlu hizmet sigorta sistemi”ne geçilmesi gerekmektedir.

* Prof. Dr. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta:ramazan.yildirim@selcuk.edu.tr.,ORCID:0009-0003-4062-9057.

MAVİ KARTLILARIN SAHİP OLDUĞU ÖZEL YABANCI STATÜSÜNÜN SINIR DIŞI VE SUÇLULARIN İADESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Cemil GÜNER*

Özet

Türk vatandaşı olan bir kimsenin yabancı bir devlet vatandaşlığına da sahip olmasında Türk hukuku açısından bir engel yoktur. Ancak bazı devletler, çifte vatandaşlığa izin vermemektedir. Türk vatandaşı nüfusunun çok olduğu bazı Avrupa ülkeleri çifte vatandaşlığı tanımadığından, bu ülkelerde yaşayan bazı Türk vatandaşları orada kalabilmek için Türk vatandaşlığını kaybetmek zorunda kalmıştır. Bu meselenin öneminden dolayı, Türk vatandaşlığından çıkan kişilerin Türkiye ile olan bağlarını koparmamak ve ikamet ettiği ülkelerin vatandaşlığına sahip Türklerin sayısını arttırmak amacıyla, bazı istisnalar olmakla birlikte, Türk vatandaşı gibi muamele görmelerini sağlayan kanuni bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre doğumla Türk vatandaşı olup da Türk vatandaşlığını izin alarak kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları özel statülü yabancı sayılmaktadır. Çifte vatandaşlığı kabul etmeyen bir yabancı devletin vatandaşlığını kazanmak için çıkma izni alarak Türk vatandaşlığını kaybeden kişilere, Türk vatandaşlığını doğum yolu ile kazanmış olmaları şartıyla, Türkiye'deki haklarından aynen yararlanmayı sürdürebilmeleri için mavi kart verilmektedir. Bu sebeple, mavi kart sahipleri, kanunda belirtilen istisnalar dışında, Türk vatandaşlarının yararlandığı haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Buna karşın, mavi kart hamillerinin sahip olduğu haklar kanunda belirtilmek-

* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: cguner@selcuk.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1956-0118.

le birlikte, ilgili düzenlemenin yorumlanmasında uygulamada bazı görüş ayrılıkları yaşanmaktadır. Bu bağlamda tebliğ konumuz, mavi kart hamillerinin sınır dışı ve suçluların iadesi yasağına tabi olup olmadıklarının tespitine ilişkindir.

Çalışmamızda mavi kart hamillerine kural olarak Türk vatandaşı muamelesi yapılmasına ilişkin düzenlemenin sınırları, doktrindeki görüşler ve içtihatlar çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu çerçevede, mavi kart hamillerinin ayrıcalıklı haklara sahip olması, onları yabancı statüsünden çıkarıp Türk vatandaşı yapmaz. Bu gerekçeyle, sınır dışı ve iade sebepleri mevcutsa Türkiye’de bulunan bir mavi kart hamili de sınır dışı edilebilir ve iade edilebilir. Zira sınır dışı ve suçluların iadesi, Türk kamu güvenliği ve kamu düzenini doğrudan ilgilendiren konular olduğundan, bu iki konuda mavi kart hamilleri yabancı muamelesine tabi tutulmalıdır. Aksine, mavi kart sahipleri sınır dışı ve suçluların iadesi konularında Türk vatandaşlarına uygulanan hukuki rejimden ayrıktır. Neticede, bu durumun yarattığı tartışmaları sona erdirmek için, mavi kart hamillerinin sınır dışı ve suçluların iadesi yasağına tabi olmadıklarını belirten açık bir kanuni düzenlemeye yer verilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Vatandaşlıktan Çıkma, Mavi Kart, Özel Statülü Yabancı, Sınır Dışı, Suçluların İadesi.

ASSESSMENTS REGARDING THE SPECIAL FOREIGN STATUS OF BLUE CARD HOLDERS IN THE CONTEXT OF DEPORTATION AND EXTRADITION

Abstract

There is no obstacle in terms of Turkish law for a person who is a Turkish citizen to also acquire the citizenship of a foreign state. However, some states do not allow dual citizenship. Since some European countries with a large population of Turkish citizens do not recognize dual citizenship, Turkish citizens had to renounce Turkish citizens-

hip in order to stay in these countries. Due to the importance of this issue, a legal regulation has been made to ensure that people who have renounced Turkish citizenship are treated like Turkish citizens, although there are some exceptions, in order not to sever their ties with Turkey. Accordingly, those who acquire Turkish citizenship by birth and lose Turkish citizenship by obtaining permission are considered foreigners with special status. In order to hold the right to benefit from their rights in Turkey, the blue card is given to the people who acquire the Turkish citizenship by birth and lose Turkish citizenship by obtaining permission. The blue card holders hold the right to benefit from the same rights accorded to Turkish citizens. On the other hand, although the rights of blue card holders are stated in the Turkish law, there are some disagreements in practice regarding the interpretation of the relevant regulation. In this context, the aim of the study is to examine whether blue card holders are subject to the ban on deportation and extradition.

In this study, the limits of the regulation regarding the treatment of blue card holders like Turkish citizens will be evaluated within the framework of the opinions in the doctrine and jurisprudences. In this context, the fact that blue card holders have privileged rights does not remove their foreign status. For this reason, if there are reasons for deportation and extradition, a blue card holder in Turkey can also be deported and extradited. Because deportation and extradition are issues that directly concern Turkish public security and public order, blue card holders should be treated as foreigners in these issues. As a result, in order to end the debates created by this situation, a legal regulation should be included stating that blue card holders are not subject to the ban on deportation and extradition.

Key Words: Renunciation of Citizenship, Blue Card, Special Foreign Status, Deportation, Extradition.

MİRASTA DENKLEŞTİRMENİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

Doç. Dr. Alper UYUMAZ*

Özet

Mirasta denkleştirme, Türk Medeni Kanunu m. 669-675 hükümleri arasında düzenlenmiştir. TMK m. 669 hükmüne göre, “Yasal mirasçılar, mirasbırakandan miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlararası karşılıksız kazandırmaları, denkleŐtirmeyi sağlamak için terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlüdürler”. Bu hükme göre denkleştirme, kanuni mirasçılardan bazılarına yapılan belirli nitelikteki kazandırmaların mirasbırakanın tasarruf edebileceği oranı aşmasa bile terekeye iade edilmesine, böylece mirasçılardan bazılarına gereken miras paylarına kavuŐmalarına mirasta denkleştirme denir. Denkleştirmenin amacı, tenkisten farklı olarak mirasbırakanın tasarruf oranını aşan kazandırmalarının yasal sınıra döndürülmesi değildir. Buradaki amaç, mirasbırakanın kanuni mirasçılardan bazıları lehine yapmış olduğu karşılıksız kazandırmaların terekeye geri verilmesini sağlamaktır. Bu sebeple, kanuni mirasçılardan bazıları mirasbırakandan elde ettiği kazanımları terekeye iade etmek zorundadır. Zira, tereke bu oranda azaldığı için diğer mirasçılar yasal miras paylarından daha azını almış olurlar. Mirasçının denkleştirme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı tamamen mirasbırakanın iradesine bırakılmıştır. TMK m. 669/2’de bu yönde bir karine vardır. Bu hüküm uyarınca, kural olarak aksi açıkça belirtilmedikçe altsoy lehine yapılmış kazandırmalar denkleŐtirmeye tabidir. Ancak, davalı tarafından aksi ispat edilirse denkleştirme talebi reddedilir. Para dışındaki mal-

* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta:alperuyumaz@gmail.com, ORCID:0000-0001-8479-4642.

lara ilişkin denkleştirmede ise kanunda özel olarak düzenlenmiştir. TMK m. 673/1'e göre, "Denkleştirme, kazandırmanın denkleştirme anındaki değerine göre yapılır". Ayrıca, TMK m. 671/1 hükmünde, denkleştirmenin konusu paradan başka bir şey olduğunda kendisinden denkleştirme istenen denkleştirme yükümlüsü, bir seçim hakkına sahiptir. Denkleştirme yükümlüsü, isterse aldığı şeyi terekeye aynen iade eder ya da parasal değerini terekeye iade eder. TMK m.671/1 hükmünde, ayrıca iade yükümlüsünün terekeye ödeme yapmak yerine aldığı şeyin değerini, miras payına mahsup edebileceği de düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Mirasta denkleştirme, sabit denkleştirme oranı, denkleştirmenin gerçekleştirilmesi, iade yükümlüsü, iade alacaklısı

IMPLEMENTATION OF EQUALIZATION IN INHERITANCE

Abstract

Equalization in inheritance is regulated under Art. 669-675 of the Turkish Civil Code. Pursuant to TCC Art. 669 "The legal heirs are obliged to each other to return to the estate the inter vivos gratuitous gains obtained from the inheritor in return for their inheritance shares, in order to ensure equalization". According to this provision, equalization is called in inheritance to return the gains of certain qualities made to some of the legal heirs to the estate, even if they do not exceed the rate that the heir can save, so that the heirs regain the inheritance shares they should receive. The purpose of equalization, unlike reduction, is not to return the gains of the heir that exceed the savings rate of the heir to the legal limit. The purpose here is to ensure that the gratuitous gains made by the heir in favor of some of the legal heirs are returned to the estate. For this reason, some of the legal heirs are obliged to return the gains obtained from the heir to the estate. This is because, since the estate is reduced by this amount, the other heirs will receive less than their legal inheritance share. Whether or not the heir has an obligation of equalization is left entirely to the will of the heir. There is a presumption in this respect

under TCC Art. 669/2. Pursuant to this provision, as a rule, gains made in favor of descendants are subject to equalization, unless explicitly stated otherwise. However, if the defendant proves otherwise, the claim for equalization shall be rejected. Equalization for non-monetary property is specifically regulated in the law. According to TCC Art. 673/1, "Equalization is made according to the value of the gain at the time of equalization". Furthermore, according to Art. 671/1, when the subject of the equalization is something other than money, the obligor of equalization has a right of choice. The obliged party may either return what he has taken to the estate or return its monetary value to the estate. Art. 671/1 also stipulates that the obligee may set off the value of the thing taken against his inheritance share instead of making a payment to the estate.

Key Words: Equalization in inheritance, static equalization rate, implementation of equalization, return obligor, return creditor

TEMİNAT KARŞILIĞINDA İHTİYATİ HACZİN KALDIRILMASI (m. 266)

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet KODAKOĞLU*

Özet

İhtiyati haciz, mevcut veya müstakbel bir takibin veya davanın sonucunu güvence altına almak için, borçlunun borca yetecek kadar malına, genel mahkeme kararına dayalı olarak icra dairesi tarafından konulan geçici hukuki korumadır (bkz. m. 257-268). Borçlu, para veya mahkemece kabul edilecek rehin veya hisse senedi yahut tahvilat depo etmek veya taşınmaz rehin yahut geçerli bir banka kefaleti göstermek şartı ile ihtiyati haczin kaldırılmasını görevli ve yetkili mahkemeden isteyebilir (m. 266). Bu bağlamda teminatın kapsamı, *ne miktarda teminat* gösterilmesi gerektiği, ihtiyati haczin kaldırılmasında görevli ve yetkili mahkeme, ihtiyati haczin kaldırılmasını isteme süresi, usulü ile mahkemenin bu kararına karşı kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı meseleleri üzerinde ayrıca durulmalıdır. Borçlunun göstereceği teminat; *para, rehin, esham, tahvilat, taşınmaz rehni veya muteber bir banka kefaleti* olabilir. Borçlunun ihtiyati haczi kaldırılabilmesi için *ne miktarda teminat* göstermesi gerektiği ise öğretide tartışmalıdır. Öğretideki **bir görüşe göre**, *ihtiyati haczin kaldırılmasına karar verilebilmesi için borçlunun ihtiyaten haczedilen mallarının tahmini kıymetini karşılayacak kadar teminat göstermesi* gerekir. Öğretideki **diğer görüş ise**, *ihtiyati hacze, alacak miktarı üzerinden karar verildiğinden, teminata esas alınacak miktarın da alacak miktarı olması gerektiğini savunmaktadır. İhtiyati haczin kaldırılmasında, takipten önce ihtiyati haciz kararını vermiş olan mahkeme, icra takibinden sonra ise icra takibinin ya-*

* Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı, Türkiye, E-posta: mehmet.kodakoglu@selcuk.edu.tr, ORCID:0000-0002-8700-7453.

pıldığı yerdeki *icra mahkemesi* görevlidir (m. 266). Alacaklı, ihtiyati hacizden sonra alacak davası açmış ise veya ihtiyati haciz, alacak davası sırasında konulmuş ise ihtiyati haczin kaldırılması, *alacak davasına bakan mahkemeden istenir*. İcra ve İflas Kanunu'nda *ihtiyati haczin kaldırılması isteminde bulunulabilmesi için herhangi bir süre öngörülmemiştir*. Ancak *ihtiyati haciz devam ettiği sürece, borçlunun ihtiyati haczin kaldırılmasını istemesi pekâlâ mümkündür*. İcra ve İflas Kanunu'nun "İhtiyati haczin kaldırılması" başlıklı 266. maddesi ile "Borçlu tarafından gösterilecek teminat" başlıklı 263. madde birbiri ile karıştırılmamalıdır. Zira 266. madde, ihtiyati haciz kararının uygulanmasından sonra ihtiyaten haczedilen malların üzerindeki ihtiyati haczin kaldırılması sağlanmakta iken, 263. madde ise ihtiyati haciz kararı uygulanırken ihtiyaten haczedilen malların borçlu veya üçüncü kişi elinde bırakılmasını, yani muhafaza altına alınmaması sağlamaktadır. Başka bir deyişle, burada borçlunun göstereceği teminat ihtiyati haczin konusunu oluşturmamakta ve geçici olarak borçluya bırakılmış olmasına rağmen, ihtiyati hacze konu olan mallar üzerinde fiili ihtiyati haciz devam etmektedir.

Anahtar Kelimeler: İhtiyati Haciz, İhtiyati Haczin Kaldırılması, Teminat, Teminat Karşılığında Kaldırma, Geçici Hukuki Koruma

REMOVAL OF PRECAUTIONARY SEIZURE AGAINST COLLATERAL (Art. 266)

Abstract

Precautionary seizure is a temporary legal protection imposed by the enforcement office on the debtor's property sufficient for the debt, based on a general court decision, in order to secure the outcome of an existing or future proceeding or lawsuit (see Art. 257-268). The debtor may request the removal of the provisional attachment from the competent and authorized court, provided that the debtor deposits money or a pledge acceptable by the court or stocks or bonds, or pledges immovable property or a valid bank guarantee (Art. 266). In this context, the scope of the collateral, the amount of collateral to be provided, the competent

and authorized court for the removing of the precautionary seizure, the period and procedure for requesting the removing of the precautionary seizure, and whether the legal remedy can be applied against the court's decision should be discussed separately. The collateral to be provided by the debtor may be money, pledge, pledge of securities, pledge of immovable property or a valid bank surety. The amount of collateral that the debtor must provide in order to remove the precautionary seizure is controversial in the doctrine. According to one of the opinions in the doctrine, in order to remove the precautionary seizure, the debtor must provide collateral sufficient to cover the estimated value of the precautionarily attached goods. The other opinion in the doctrine argues that since the precautionary seizure is decided on the amount of the receivable, the amount to be taken as collateral should also be the amount of the receivable. For the removal of the precautionary seizure, the court that issued the precautionary seizure decision before the execution proceeding, or the execution court in the place where the execution proceeding is carried out after the execution proceeding, is in charge (Art. 266). If the creditor has filed a claim lawsuit after the precautionary seizure, or if the precautionary seizure was imposed during the claim lawsuit, the removal of the precautionary seizure is requested from the court hearing the claim lawsuit. The Enforcement and Bankruptcy Law does not stipulate any deadline for requesting the removing of the precautionary seizure. However, as long as the precautionary seizure continues, it is quite possible for the debtor to request the removal of the precautionary seizure. Article 266 of the Enforcement and Bankruptcy Law titled "Removal of the precautionary seizure" and Article 263 titled "Collateral to be shown by the debtor" should not be confused with each other. This is because Article 266 provides for the removal of the precautionary seizure on the precautionarily seized goods after the execution of the precautionary seizure decision, while Article 263 provides that the precautionarily seized goods are left in the hands of the debtor or a third party while the precautionary seizure decision is executed, that is, they are not taken under custody. In other words, here, the collateral to be provided by the

debtor does not constitute the subject of the precautionary seizure, and although it is temporarily left to the debtor, the actual precautionary seizure continues on the goods subject to the precautionary seizure.

Key Words: Precautionary Seizure, Removal of the Precautionary Seizure, Collateral, Removal Against Collateral, Temporary Legal Protection

TAKİP TALEBİNDE DAYANILMAYAN BİR BELGENİN İTİRAZIN İPTALİ DAVASINDA İLERİ SÜRÜLÜP SÜRÜLEMEYECEĞİ SORUNU

Dr. Öğr. Üyesi Meltem ERCAN ÖZLER*

Özet

İtirazın iptali davası, alacaklının, borca veya imzaya itiraz eden borçluya karşı hem takibin devamını sağlamak hem de alacağın varlığını tespit ettirmek üzere, itirazın kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde açtığı bir davadır. İcra ve İflas Kanunu'nun 67'nci maddesinde düzenlenen itirazın iptali davası, esasen genel mahkemelerde, genel hükümler çerçevesinde görülen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hükümlerinin uygulandığı bir davadır. Bu nedenle itirazın iptali davasında davalı borçlu ödeme emrine karşı bildirdiği itiraz sebepleriyle bağlı değildir. Davalı borçlu itiraz sebeplerini ve delillerini savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı kapsamında ileri sürebilir. Davacı alacaklının elinde İİK m. 68 anlamında bir belge varsa; alacaklı isterse itirazın iptali davasını açar isterse de itirazın kaldırılması yoluna başvurur. Ancak elinde İİK m. 68 anlamında bir belge bulunmayan alacaklı bakımından başvurulacak tek yol, itirazın iptali davasıdır. Zira mahkeme genel hükümlere göre genel ispat ve delil kuralları çerçevesinde davayı inceleyeceği için alacaklı, ispat ve delil bakımından itirazın kesin kaldırılması yolundan farklı olarak İİK m. 68 anlamındaki belgelerle sınırlı değildir. Oysa Yargıtay verdiği kararlarda, itirazın iptali davasının icra takibine hem alacağın miktarı hem de alacağın kaynağı bakımından sıkı sıkıya bağlı olduğuna bu nedenle itirazın iptali davasında alacaklının,

* Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta:meltem.ercan@selcuk.edu.tr, ORCID:0000-0002-2713-9761.

takip dayanağı olarak sunmadığı belgelere dayanamayacağına hükmetmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda itirazın iptali davasının, icra takibinden ayrı ve bağımsız bir dava olup olmadığı, itirazın kaldırılması yolundan bu anlamda bir farkının bulunup bulunmadığı ve takip talebinde dayanılmayan bir belgenin itirazın iptali davasında ileri sürülüp sürülemeyeceği doktrin ve yargı kararları çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Takip Talebi, Takip Talebindeki Belgeler, İtirazın İptali Davası, Bağımsız Bir Dava, İtirazın Kaldırılması Yolu

“THE ISSUE OF WHETHER A DOCUMENT THAT IS NOT BASED ON THE FOLLOW-UP REQUEST CAN BE PUT FORWARD IN THE CASE OF CANCELLATION OF THE OBJECTION”

Abstract

The case for cancellation of an objection is a lawsuit filed by the creditor against the debtor who objects to the debt or signature, within one year from the notification of the objection, in order to ensure the continuation of the proceedings and to establish the existence of the receivable. The case for cancellation of objection, regulated in Article 67 of the Enforcement and Bankruptcy Law, is essentially a case heard in general courts, within the framework of general provisions, in which the provisions of the Code of Civil Procedure are applied. For this reason, in the objection cancellation case, the defendant debtor is not bound by the reasons for the objection he stated against the payment order. The defendant debtor may put forward the reasons for objection and evidence within the scope of the prohibition of expanding or changing the defense. In the hands of the plaintiff in Article 68 of the Enforcement and Bankruptcy Law, in the hands of the creditor if there is a document within the meaning of Article 68 of the Enforcement and Bankruptcy Law; if the creditor wishes, he opens a case for the cancellation of the objection, or he applies for the way to remove the objection. However, the creditor

who does not have a document within the meaning of Article 68 is the only way to file for cancellation of the objection. Because the court will examine the case within the framework of the general rules of proof and evidence according to the general provisions, the creditor, in terms of proof and evidence, unlike the way of final removal of the objection, it is not limited to documents within the meaning of Article 68. However, the Supreme Court, in its decisions, rules that the case for cancellation of the objection is closely related to the enforcement proceedings both in terms of the amount of the receivable and the source of the claim, therefore, the creditor cannot rely on documents that it has not submitted as the basis for the follow-up in the case of cancellation of the objection. In this context, in our study, it will be evaluated within the framework of doctrine and judicial decisions whether the case for cancellation of objection is a separate and independent case from enforcement proceedings, whether there is a difference in this sense from the way of removal of objection, and whether a document that is not relied upon in the request for follow-up can be put forward in the case of objection cancellation.

Key Words: Follow up Request, Documents in the Follow up Request, the Objection Cancellation Case, An Independent Case, the Way to Remove the Objection

MEDENİ USUL HUKUKUNDA GÖREV KAVRAMINA ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

Dr. Orhan KONURALP*

Özet

Medeni usul hukuku bağlamında dar ve teknik anlamda görev kuraları, uyuşmazlıkların konuları dikkate alınarak uyuşmazlığı çözecek yargı makamını belirlemeyi sağlar. Uyuşmazlığın hangi yargı makamı tarafından çözüleceği meselesi ise doğrudan tabii hâkim ilkesiyle ilgili olup adil yargılanma hakkının güvence altına alınması açısından da önem arz etmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sistematığı ve lafzı incelendiğinde, kanun koyucunun görev kavramına özel bir önem atfettiği görülmektedir. Zira Kanun, görevi herhangi bir istisnası olmayacak şekilde dava şartı olarak düzenlemiştir. Bu nedenle görev kurallarına aykırılık hali söz konusuysa, bu aykırılık davaya bakan hâkim tarafından davanın her aşamasında re'sen dikkate alınabileceği gibi, davanın taraflarınca da davanın her aşamasında ileri sürülebilir. Bununla birlikte, Kanun'un ilk maddesinin "görev" kavramını düzenlemesi, kurumun doğrudan kamu düzeniyle ilgili olduğunu hükme bağlaması da görevin medeni usul hukukundaki önemini gösteren bir başka husustur.

Görev kavramına hukuk düzenimizin atfettiği önemin bir diğer görünüş biçimi ise özel görevli mahkemelerdir. Medeni yargılama sistemimizde dokuz ayrı ilk dereceme mahkemesi bulunmakta olup, bunların çoğunluğu özel görevli mahkemelerdir. İlk derece yargılamasındaki bu çeşitliliğin amacı, her ne kadar, uzmanlığı sağlamak ve bu surette

* Dr. Öğr. Üyesi, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: orhanemrekonuralp@klu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0376-0692.

adaleti en doğru şekilde tesis etmek olsa da uygulamada bu çeşitlilik her zaman amacına hizmet edememektedir. Bunun temelde üç sebebi olduğu söylenebilir. İlk olarak iş yükü yeterli düzeyde olmayan yargı çevrelerinde özel görevli mahkemeler kurulmamakta, özel görevli mahkemelerin görev alanına giren uyuşmazlıklara orada bulunan genel görevli mahkeme, özel görevli mahkeme sıfatıyla bakmaktadır. Dolayısıyla yargı çevresinde görevli bulunan hâkim, uzmanlık gerektiren davalara da bakmak durumunda kalmaktadır.

İkinci olarak, her özel görevli mahkemeye o konuda uzmanlaşmış bir hâkimin atanması, mevcut koşullarda mümkün değildir. Zira bunun gerçekleştirilebilmesi için hem hâkim sayısının ciddi bir şekilde artırılması hem de hakimlerin yargı sisteminin ihtiyaçları doğrultusunda, belirli bir plan kapsamında uzmanlaşmalarının sağlanması gerekmektedir. Oysaki yargı sistemimizin mevcut durumu bunu gerçekleştirmeye olanak sağlamamaktadır.

Son olarak ilk derece yargılamasında bulunan özel görevli mahkeme çeşitliliği dava açacak kişiler bakımından görevli yargı yerinin tayinini zorlaştıracak yani adalete erişim hakkını zedeleyecek düzeydedir. Örneğin ticari nitelikteki bir kira sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık konusundan görevli mahkemenin belirlenmesi için konuyla alakalı yargı kararlarının incelenmesi, doktrin tartışmalarının dikkate alınması gerekmektedir. Bu yapılsa dahi yargılamanın bir aşamasında sürpriz bir “görevsizlik” kararıyla karşılaşmak ve dolayısıyla tüm yargılamaya baştan başlamak da olasıdır.

Görüldüğü üzere, görev kavramı henüz dava dilekçesinin hazırlanıldığı aşamada tarafların önüne çıkan önemli bir meseledir. Kanun’un attığı önem, maddi hukuka ilişkin düzenlemelerde de sıklıkla göreve ilişkin hükümlere yer verilmesi, Hakimler ve Savcılar Kurulu’nun uyuşmazlığın konusunu dikkate alarak yapmış olduğu “görevlendirmeler” konunun oldukça geniş bir uygulama alanı olduğunu göstermektedir. Çalışmamızın amacı da görevin geniş uygulama alanı dikkate alınarak dava şartı olarak düzenlenmesinin yerindeliğini incelemek ve uygulamadaki sorunlar dikkate alınarak bir çözüm önerisi sunmaktır.

4708 SAYILI YAPI DENETİMİ HAKKINDA KANUN'DA YAPI DENETİM ŞİRKETLERİNİN ORTAK VE YÖNETİCİLERİ İLE ÇALIŞANLARININ BELGEDE SAHTECİLİK SUÇUNDAN SORUMLULUĞU

Dr. Öğr. Üyesi Timuçin KÖPRÜLÜ*

Giriş

6 Şubat 2023 tarihinde Kahramanmaraş merkezli olarak gerçekleşen ve 11 şehirde can kayıplarına, yıkıma ve yaralanmalara sebep olan depremle birlikte tartışılan konulardan biri de yapıların depreme dayanıklılığı, standartlara uyumluluğu ve bunların denetimi olmuştur.

Bahsi geçen tartışmalar 1999 Gölcük depreminden sonra da yaşanmış ve yapıların standartlara uygunluğu ve denetimi konusunda gerek teknik gerek hukuki alanda çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmaların bir sonucu olarak da 13.07.2001 tarihinde 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun, Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanun'un amacı 1. Maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

"Bu Kanunun amacı; can ve mal güvenliğini teminen, imar plânına, fen, sanat ve sağlık kurallarına, standartlara uygun kaliteli yapı yapılması için proje ve yapı denetimini sağlamak ve yapı denetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir."

4708 sayılı Kanun'la imar mevzuatı uyarınca öngörülen fenni mesuliyet Kanun'da belirtilen yapılar bakımından idareye karşı yapı denetim kuruluşları tarafından üstlenilmiştir. Yani Kanun'un yürürlük tarihinden önce aslında idare tarafından yerine getirilmesi gereken ve yerine

* Dr. Öğr. Üyesi, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta:timucin.koprulu@atilim.edu.tr,ORCID:0000-0002-6580-091X.

getirilen yapı denetimi biçimindeki kolluk faaliyeti artık özel işletmeler tarafından yapılmaktadır.

Aynı Kanun'un 1(1) ve Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği'nin 3(m) maddesine göre Bakanlıktan aldığı izin belgesi ile münhasıran yapı denetimi görevini yapan, ortaklarının tamamı mimar ve mühendislerden oluşan tüzel kişiliğe yapı denetim kuruluşu adı verilmektedir.

Yapı Denetim Kuruluşu, 4708 sayılı Kanun kapsamında bulunan her türlü yapının denetimini, yapı sahibiyle veya vekiliyle akdedilen hizmet sözleşmesi hükümlerine göre yürütür. Yapı denetim kuruluşları 4708 sayılı Kanun uygulamasında, imar mevzuatı uyarınca öngörülen fenni mesuliyeti ilgili idareye karşı üstlenir. Bu kuruluşlar Kanun'da belirtilen görevleri yine Kanun tarafından belirlenmiş süreler içinde, imar planına, fen, sanat ve sağlık kurallarına, standartlara, yürürlükteki mevzuata ve mesleki ahlak kurallarına uygun ve tam olarak yerine getirmek zorundadır. Kanunda belirtilen görevlerin yerine getirilmemesi ya da eksik yerine getirilmesi durumunda ise yapı denetim kuruluşunun, ortaklarının, yöneticilerinin ve çalışanlarının özel hukuk, idari yaptırım ve cezai yaptırım bağlamında sorumlulukları söz konusudur.

İmar mevzuatı uyarınca fenni mesuliyeti idareye karşı üstlenen yapı denetim kuruluşlarının görev ve sorumlulukları Kanun'un 2. Maddesinde yukarıda bahsedilen hem denetim faaliyeti çerçevesinde hem de iş sağlığı ve güvenliği gereğince geniş bir biçimde belirtilmiştir.

Yapı denetim kuruluşlarının ortaklarının, yöneticilerinin ve çalışanlarının cezai sorumluluğunun ise 9. Maddeye göre iki şekli söz konusudur. Bunlardan ilki görevi kötüye kullanma suçu diğeri ise belgede sahtecilik suçudur. Bildirimizde bu sorumluluk biçimlerinden belgede sahtecilik suçu incelenecektir.

I. 4708 SAYILI KANUN'DA BELGEDE SAHTECİLİK SUÇU

Yukarıda ifade edildiği gibi yapı denetimi kuruluşlarının görev ve sorumlulukları geniş bir biçimde Kanun'da belirtilmiştir. Bu görevler yapının inşaatının başlamasından önce, inşaatı sırasında ve sonrasında olmak üzere üç biçimde ortaya çıkmaktadır.

Örneğin proje müelliflerince hazırlanan, yapının inşa edileceği arsa veya arazinin zemin ve temel raporları ile uygulama projelerini ilgili mevzuata göre incelemek, proje müelliflerince hazırlanarak doğrudan kendilerine teslim edilen uygulama projesi ve hesaplarını kontrol ederek, ilgili idareler dışında başka bir kurum veya kuruluşun vize veya onayına tabi tutulmadan, ilgili idareye uygunluk görüşünü bildirmek inşaatın öncesine ait bir görevdir.

Yapının, ruhsat ve ekleri ile mevzuata uygun olarak yapılmasını denetlemek, yapım işlerinde kullanılan malzemeler ile imalatın proje, teknik şartname ve standartlara uygunluğunu kontrol etmek ve sonuçlarını belgelendirmek, malzemeler ve imalatla ilgili deneyleri yaptırmak gibi görevler de inşaatın devamına ilişkin görevlerdendir.

Yapının ruhsat eki projelerine uygun olarak kısmen veya tamamen bitirildiğine dair ilgili idareye rapor vermek de yapının inşaatının bitirilmesinden sonra kuruluşun görevlerindedir.

4708 sayılı Kanun'un 9. Maddesinde yapı denetim kuruluşunun ortak ve yöneticileri, mimar ve mühendisleri ile laboratuvar görevlileri bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapmaları gereken denetimi yapmadıkları halde yapmış gibi veya yapmalarına rağmen gerçeğe aykırı olarak belge düzenlemeleri halinde Türk Ceza Kanunu'nun resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılır.

Yapı denetim kuruluşlarının görevlerini yerine getirmesiyle bağlantılı denetimler, incelemeler ve deneyler sonucunda elde ettiği verileri idareye bir belgeyle sunması gerekmektedir. İşte uygulamada bu denetim ve inceleme faaliyetlerinin layıkıyla yerine getirilmediği; yapılmamış denetimlerin yapılmış gibi gösterildiği, yapılan denetimlerde elde edilen sonuçlardan farklı biçimde belge düzenlendiğine dair şikayetlere rastlanmaktadır. Örneğin deprem mevzuatı uyarınca yapının gerekli standartları karşılamamasına rağmen standartlara aykırı bir durumun olmadığına idareye raporlanması durumunda belgede sahtecilik suçu oluşur.

Yukarıda örneklenen biçimde bir sahteciliğin yapılması ilgili suçu teşkil etmesinin yanında bir depremde sahte belge hazırlanan yapının

yıkılması durumunda meydana gelen ölüm ve yaralamalardan da belgenin düzenlenmesine katılan kişilerin yani azmettiren, fail ve şeriklerin de sorumlu olacağı ortadadır.

Bildiri özeti kapsamında aşağıda suçun unsurlarına ilişkin kısa bilgiler verilecektir. Daha kapsamlı açıklamalar ve suç tipine ilişkin yargı kararlarına ise bildirin tam metninde atıflı bir biçimde yer verilecektir.

A. Korunan Hukuki Değer

Yapı denetim kuruluşu idare adına denetim faaliyetini icra ettiği için denetim görevi sonrasında hazırladığı belgeler resmi belge olarak kabul edilmektedir. Bu durumda 4708 sayılı Kanun'da yer alan bu suç tipinin koruduğu hukuki değerle TCK'da yer alan belgede sahtecilik suçlarının koruduğu değer benzerlik göstermektedir. Belgelerin Kanun'da belirtilen denetim görevi kapsamında hukuka uygun şekilde hazırlandığına dair gerek İdare'nin gerek vatandaşlarının bu konudaki güveni ilgili suç tipiyle korunmaktadır. Diğer yandan 4708 sayılı Kanun'un amacında hareketle ikincil olarak korunan hukuki değer yapılar da yaşayacak ya da bulunacak olan kişilerin can ve mal güvenliği olduğu da söylenebilir.

B. Fail

Suç tipi fail bakımından özgü suç niteliğindedir. Kanunda yapı denetim kuruluşunun ortak ve yöneticileri, mimar ve mühendisleri ile laboratuvar görevlileri suçun faili olarak gösterilmiştir. Bunun sonucu olarak diğer kişiler, örneğin yapı müteahhidi ya da şantiye şefi bu suçun faili olamazken, belirtilen suç TCK 40(2). Maddeye göre yardım eden veya azmettiren olarak iştirak etmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

C. Suçun Maddi Konusu

Kanun'da belirtilen sahtecilik suçunun konusunu düzenleyeni belli ya da belirlenebilir olan, hukuki bir sonuç doğurmaya elverişli bir irade beyanını ya da olayı aktaran, aldatma yeteneğini haiz yazılı nesne yani belge oluşturmaktadır. Bu belge de yapı denetim kuruluşunun faaliyeti çerçevesinde düzenlemelidir.

Suçun faili olabilecek kişiler kamusal bir faaliyeti yerine getirip belge düzenledikleri için TCK 6. Madde uyarınca kamu görevlisi sayılmaktadırlar. Bu durumda kamu görevlisinin kamu görevi nedeniyle düzenlediği belge söz konusu olduğundan, Kanun'un resmi belgede sahtecilik suçuna atf yapmasından da hareketle sahtecilik yapılan belge resmi belgedir.

D. Fiil

Kanun'un 9. Maddesinde yapı denetim kuruluşunun ortak ve yöneticileri, mimar ve mühendisleri ile laboratuvar görevlileri *yapmaları gereken denetimi yapmadıkları halde yapmış gibi veya yapmalarına rağmen gerçeğe aykırı* belge düzenlemeleri yani sahtecilik yapmaları cezalandırılmaktadır. Belirtmek gerekir ki Kanun'un ilk halinde bu suç tipi bulunmamaktadır; 2008 tarihinde 5728 sayılı Kanun'la bu suç tipi 4708 sayılı Kanun'a eklenmiştir.

Seçimlik hareketli bir suç olan düzenlemeyle yapılmayan bir denetimin yapılmış gibi veya yapılmış olan bir denetim olmasına rağmen sonucunun farklı şekilde belgede gösterilmesi cezalandırılmaktadır.

E. Suçun Manevi Unsuru

4708 sayılı Kanun'un 9. Maddesinde yer alan resmi belgede sahtecilik suçu kasten işlenebilecek bir suçtur. Maddede belirtilen kişiler seçimlik harekete göre denetim yapmadıkları halde bilerek ve isteyerek veya denetim yapmalarına rağmen bilerek ve isteyerek gerçeğe aykırı belge düzenlemelidir.

F. Teşebbüs

Suç tipi belgenin düzenlenmesiyle birlikte tamamlanmaktadır. Belgenin bu noktada fail ya da şerikler tarafından kullanılmış olması gerekmez. Bu durumda suçun teşebbüs aşamasında kalması konusunda TCK'da yer alan resmi belgede sahtecilik suçuna teşebbüse dair genel kurallar geçerlidir.

G. İştirak

Yukarıda da ifade edildiği gibi 9. Maddede yer alan belgede sahtecilik suçu özgü bir suçtur ve maddede belirtilen kişilerden başka kişiler fail olarak sorumlu olamaz. Ancak bu suça diğer kişilerin azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak etmeleri TCK 40(2). Madde kapsamında mümkündür.

H. İçtima

4708 sayılı Kanun'da yer alan belgede sahtecilik suçunda, aynı suç işleme kararıyla birden fazla sahte belge düzenlenmesi halinde TCK 43(1). Maddesi, mağduru belirli bir kişi olmayan suçlar bakımından da zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına imkan sağladığı için zincirleme suç hükümleri uyarınca cezada artırım yapılabilir.

Ancak farklı yapı sahiplerinin yapılarına dair düzenlenen sahte belgelerde işlenen fiil kadar suç olduğu kabul edilmelidir. Diğer yandan suç tipindeki faillerin kamu görevlisi sayılması nedeniyle TCK 257. Maddede yer alan görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olabilecekleri akla gelse de ilgili düzenlemenin, işlenen fiilin ancak kanunda başka şekilde düzenlenmediği hallerde uygulanacağı hesaba katıldığında fail sadece belgede sahtecilikten sorumlu olur.

Anahtar Kelimeler: Deprem, Yapı Denetimi, Belgede Sahtecilik, Ceza Sorumluluk, Ceza Hukuku

RESPONSIBILITY OF CONSTRUCTION INSPECTION ORGANIZATIONS MANAGERS, PARTNERS AND THEIR EMPLOYEES FOR DOCUMENT FALSIFICATION UNDER LAW NO. 4708

Introduction

One of the topics discussed in conjunction with the earthquake that occurred on February 6, 2023, centered in Kahramanmaraş and resulting

in casualties, destruction, and injuries in 11 cities, is the earthquake resistance, compliance with standards, and their inspection of structures.

Similar discussions took place after the 1999 Gölcük earthquake, and both technical and legal studies were conducted on the compliance with standards and inspection of structures. As a result of these studies, the Law on Structural Audits No. 4708 was enacted on July 13, 2001, and came into effect after being published in the Official Gazette. The purpose of the Law is stated in Article 1 as follows:

"The purpose of this Law is to ensure the safety of life and property, to provide project and structural control for the construction of high-quality structures in accordance with zoning plans, scientific, artistic, and health rules and standards."

With the implementation of Law No. 4708, the technical responsibility foreseen in the zoning legislation was taken over by construction inspection organizations for structures specified in the Law, which was originally the responsibility of the administration before the law came into effect.

According to Article 1(i) of the same Law and Article 3(m) of the Implementation Regulation, a construction inspection organization is a legal entity consisting entirely of architects and engineers, performing exclusively the construction inspection with a permit obtained from the Ministry.

Construction inspection organizations conduct the audit of all types of structures covered by Law No. 4708 in accordance with the service contracts concluded with the owner or his /her representative. In the implementation of Law No. 4708, s construction inspection organizations undertake the technical responsibility specified in the zoning legislation against the relevant administration. These organizations are obliged to fulfill the tasks specified in the law within the periods determined by the law, in accordance with zoning plans, scientific, artistic, and health rules, standards, current legislation, and professional ethical rules. In case of failure or incomplete fulfillment of the duties specified in the law,

the private legal, administrative, and criminal responsibilities of the construction inspection organizations, its partners, managers, and employees are involved.

The duties and responsibilities of construction inspection organizations that undertake technical responsibility in accordance with zoning legislation are extensively defined both within the framework of audit activities and due to occupational health and safety requirements in Article 2 of the Law.

Criminal responsibility of partners, managers, and employees of construction inspection organizations is mentioned in Article 9 in two forms. One is the crime of abuse of duty, and the other is the crime of document falsification. This article will focus on the crime of document falsification.

I. DOCUMENT FALSIFICATION CRIME UNDER LAW NO. 4708

As mentioned above, the duties and responsibilities of construction inspection organizations

are extensively specified in the Law. These duties arise in three forms: before the construction of the structure begins, during the construction, and after the construction.

For example, examining the reports on the land and foundation of the land or area where the structure will be built, as well as application projects prepared by project authors in accordance with the relevant legislation, is a task related to the period before the construction of the building.

Tasks related to the ongoing construction include overseeing the construction to ensure that it complies with the building permit and its annexes, checking the conformity of materials used in construction with the project, technical specifications, and standards, and documenting the results, as well as conducting tests related to materials and construction.

Reporting to the relevant administration that the structure has been partially or completely completed in accordance with the project an-

nexes after the completion of the construction of the structure is one of the post-construction tasks of the organization.

In Article 9 of Law No. 4708, if the partners and managers of the construction inspection organizations, architects and engineers, and laboratory staff do not perform the audit they are obliged to do under this Law, or if they issue a document falsely stating that they have done so, they are punished according to the provisions of the Turkish Penal Code on the crime of document falsification.

In connection with the completion of the duties of construction inspection organizations, inspections, examinations, and experiments related to the obtained data must be presented to the administration with a document. Complaints have been encountered in practice that these inspections and examinations are not properly carried out; non-existent inspections are shown as conducted, and reports are falsified differently from the results obtained in the inspections. For example, if a report is submitted to the administration stating that there is no deviation from the standards despite the structure not meeting the necessary standards according to earthquake legislation, a crime of document falsification occurs.

In addition to constituting the relevant crime, the individuals involved in the preparation of false documents in a seismic event where a building with falsified documents collapses will also be responsible for the deaths and injuries that occur as a result.

Within the scope of the Summary, brief information on the elements of the crime will be provided below. More comprehensive explanations and references to judicial decisions related to the crime type will be included in the full text of the Summary.

A. Protected Legal Value

Since the construction inspection organizations conducts the inspection activity on behalf of the administration, the documents prepared after the inspection duty are considered official documents. In this case,

the legal value protected by this crime type specified in Law No. 4708 is similar to the value protected by the crimes of document falsification in the Turkish Penal Code. The trust of the administration and citizens in the legality of the documents prepared within the framework of the inspection duty stated in the Law is protected by this crime type. On the other hand, considering the purpose of Law No. 4708, the legally protected value can also be the life and property safety of individuals who will live or be present in the buildings.

B. Perpetrator

The crime type is specific in terms of the perpetrator. In the Law, partners and managers of construction inspection organizations, architects and engineers, and laboratory staff are identified as the perpetrators of the crime. Consequently, other individuals, such as the building contractor or site manager, cannot be the perpetrators of this crime, but there is no obstacle for them to participate as accomplices or instigators according to Article 40(2) of the Turkish Penal Code.

C. Material Subject of the Crime

The crime of document falsification specified in the Law involves the creation of a written object, a document capable of conveying a will or event that is identifiable or determinable, and is capable of producing a legal result. This document must be prepared within the framework of the activities of construction inspection organizations.

Individuals who can be perpetrators of the crime are considered public officials under Article 6 of the Turkish Penal Code, as they prepare documents while performing a public activity. In this case, since the document prepared by the public official is in question, and considering the reference to the crime of document falsification in the Law, the document falsified is an official document.

D. Act

Article 9 of the Law specifies that partners and managers of the construction inspection organizations, architects and engineers, and labora-

tory staff will be punished for falsifying documents knowingly and intentionally, or for issuing false documents despite conducting audits. It should be noted that this crime type was not present in the original version of the Law; it was added to Law No. 4708 by Law No. 5728 in 2008.

With this regulation, alternatively, falsifying a document is penalized even if an inspection is not conducted, or if an inspection has been performed, but the results are misrepresented in the document.

E. Mental Element of the Crime

The crime of document falsification specified in Article 9 of Law No. 4708 can be committed with intent. The individuals mentioned in the article must have intentionally and knowingly falsified a document, either by not conducting the required inspection or by issuing a document falsely stating that they have performed the inspection.

F. Attempt

The crime type is completed with the preparation of the document. It is not necessary for the document to be used by the perpetrators or accomplices at this point. In this case, the general rules regarding attempts under Article 43(1) of the Turkish Penal Code apply to whether the crime remains in the attempted stage.

G. Participation

As mentioned above, the crime of document falsification specified in Article 9 is a specific crime, and individuals other than those specified in the article cannot be held responsible as perpetrators. However, the participation of other individuals as instigators or aides in this crime is possible under Article 40(2) of the Turkish Penal Code.

H. Cumulation of Offences

In the crime of document falsification specified in Law No. 4708, if more than one false document is prepared with the decision to commit the crime, Article 43(1) of the Turkish Penal Code allows where the victim is not a specific person, allowing for an increase in the punishment.

However, it should be accepted that the crime is as much as the falsification of documents related to different building owners.

On the other hand, even though the perpetrators of the crime type could be responsible for the crime of abuse of duty under Article 257 of the Turkish Penal Code because they are considered public officials due to their public duty, when taking into account that the relevant regulation will be applied only if the act is not otherwise regulated in the law, only the person responsible for document falsification will be responsible.

Key Word: Earthquake, Construction Inspection, Document Falsification, Criminal Responsibility, Criminal Law

İNTİHARA YÖNLENDİRME SUÇUNUN TİPİKLİĞİ KAPSAMINDA ORTAYA ÇIKAN HUKUKİ SORUNLAR

Dr. Öğr. Üyesi Sercan TOKDEMİR*

Özet

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 84'üncü maddesinde intihara yönlendirme suçunun tipikliği kapsamında intihara azmettirme, (alenen) teşvik etme, başkasının intihar kararını kuvvetlendirme ve başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım etme fiilleri cezalandırılmıştır. Kanun koyucu *sui generis* nitelikte bağımsız ve karma bir suç tipiyle bahsi geçen fiilleri cezalandırma yoluna gitmiştir.

Maddede mahiyetleri birbirinden farklı şeriklik fiilleri intihara yönlendirme başlığı altında cezalandırılmıştır. Maddede kullanılan kavramların ceza hukuku tekniği açısından şeriklik fiilleri olarak anlaşılması gerektiğinden hareketle de mevcut başlığın *intihara azmettirme ve intihara yardım etme* şeklinde değiştirilmesini önermekteyiz. Böylece metin ile başlık arasında uyum sağlanmış olur.

İntihar fiilinin kendisi suç değilken, bu fiile azmettirme ve yardım etme suç olarak kabul edilmiştir. Bu itibarla, azmettirme bakımından hükümün "azmettirmeye teşebbüs benzeri hüküm", yardım etme bakımından "yardım etmeye teşebbüs benzeri hüküm" olduğu kanaatindeyiz. İntihar gerçekleşmezse dahi intihara azmettirmenin haksızlığı gerçekleşmiştir. Suç dahi teşkil etmeyen intihar fiiline azmettirmenin cezalandırılması, azmettirmeye teşebbüste ceza sorumluluğunun kapsamını genişleten bir düşüncedir. Bu hükümle kanun koyucunun, azmettirmenin başlı başına haksızlık teşkil ettiğini kabul ettiği ve intihara azmettirmenin yol açtığı

* Dr. Öğr. Üyesi, Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: sercantokdemir28@gmail.com, ORCID: 0000-0001-9749-688X.

tehlikeyi cezalandırarak bu fiilin azmettirmeye teşebbüs gibi cezalandırmaya layık gördüğü söylenebilir. Dahası azmettirmeye teşebbüsü bile cezalandırmayan aynı kanun koyucu, suç teşkil etmeyen intihar fiiline yardım niteliğindeki hareketleri başlı başına haksızlık kabul ederek cezalandırmaya layık görmüştür. Yardım etmeye teşebbüsün ise cezalandırılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Elbette ki yardım etmeye teşebbüsün cezalandırılmaya layık görülmemesi intihara yardım fiillerini cezalandırmaya engel değildir.

İntihara yönlendirme suçunun tipikliği kapsamında ortaya çıkan hukuki sorunlardan biri de intiharın gerçekleşmesinin gerekip gerekmediği hususudur. Bu suçun oluşması için kişinin intihar etmesi şart değildir. İntiharın gerçekleşmesinin failin ceza sorumluluğuna etkisi bakımından bu hususun suçun unsuru ve objektif cezalandırma şartı olarak telakki eden görüşler ileri sürülmüştür. Mağdurun intihar girişiminin başarılı olamaması durumunda failin hangi fıkraya göre cezalandırılacağı tipiklik kapsamında ortaya çıkan başka bir sorundur. İntiharın gerçekleşmesini neticesi sebebiyle ağırlaşan bir hal olarak kabul etmekteyiz. Bununla birlikte intiharın gerçekleşmemesinin failin ceza sorumluluğuna etkisi göz önünde bulundurulmalıdır. Azmettirme ve yardım bakımından indirimde farklılaşmaya gitmek suretiyle intiharın gerçekleşmemesi cezayı hafifletici bir unsur olarak kabul edilebilir.

İntihara alenen teşvikin basın yoluyla gerçekleştirilmesi durumunda TCK md.84/f.3'ün mü yoksa Basın Kanunu (Bas.K) md.20'nin tipikliğini mi oluşturacağı sorunu da diğer bir sorun olup buna ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür.

TCK md.84/f.1'de başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişinin cezalandırılacağı ifade edilerek suçun yardımın ihmali olarak da gerçekleşebileceği kabul edilmektedir. Doktrinindeki tartışmalarda intihara yardımdan dolayı failin sorumluluğu, TCK md.84/f.1, md.83 ve md.98 hükümleri çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Bildiride intihara yönlendirme suçunun tipikliği kapsamında ortaya çıkan muhtelif hukuki sorunların doktrinindeki tartışmalar çerçevesinde değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: İntihar, intihara yönlendirme, intihara (alenen) teşvik, intihara azmettirme, intihara yardım etme.

LEGAL PROBLEMS ARISING AS PART OF THE ELEMENTS OF THE CRIME OF DIRECTING SUICIDE

Abstract

The acts of instigation to suicide, (publicly) encouraging it, strengthening someone else's decision to commit suicide, and aiding someone else's suicide in any way are punished within the scope of the crime of directing suicide in the 84th article of the Turkish Penal Code No. 5237 (TPC). The legislator chose to punish the aforementioned acts as an independent and combined type of crime with a *sui generis* nature.

In the article titled directing suicide, complicity acts in crime with different natures are punished. Since the concepts in the article should be understood as acts of complicity in terms of criminal legal technique, the current title should be changed to *instigation to suicide and assisting suicide* to ensure compliance between the text and the title.

Whilst the act of suicide itself is not a crime, instigating and aiding this act is considered a crime. Thus, the provision in terms of instigating is a "provision quasi attempted instigation", and it is in terms of aiding a "provision quasi attempted aiding". Even if suicide does not occur, the wrongdoing of instigating suicide has occurred. Punishing the act of instigating suicide, which is not even a crime, is an idea that expands the scope of criminal responsibility for attempted instigation. The legislator creating this provision may have accepted that instigation constitutes wrongdoing in itself, and by punishing the danger caused by instigating suicide, he/she considered this act worthy of punishment as an attempted instigation. Moreover, the same legislator, who does not even punish the attempted instigation, accepts acts that assist in suicide, which does not constitute a crime, as wrongdoing in itself and worthy of punishment. To me, attempted aiding is not worthy of punishment and this, of course, does not prevent acts of aiding suicide from being punished.

Another legal problem within the scope of the crime of directing suicide is whether suicide must occur or not. Occurrence of suicide is not necessary for this crime to occur. Regarding the criminal responsibility of the perpetrator, some consider this issue as an element of the crime and others as an objective condition for punishment. Another problem arising in the scope of the elements of the crime is the clause under which the perpetrator will be punished if the victim's suicide attempt is not successful. We accept suicide as an aggravating factor so the failure to commit suicide should be taken into consideration upon the criminal responsibility of the perpetrator. The failure to commit suicide can be considered as a mitigating factor in the punishment with a difference in the reduction in terms of instigation and aiding.

Another problem, whether public encouragement to suicide carried out through the press is a typical act of article 84/ clause 3 of the TPC or article 20 of the Press Code, leads to different opinions regarding this issue.

Article 84/clause 1 of the TPC states that anyone who helps someone else commit suicide in any way will be punished, and accepts that the crime can also occur as omission of aiding. In the doctrine, the responsibility of the perpetrator for aiding suicide is evaluated within the framework of the provisions of Article 84/clause 1, Article 83, and Article 98 of TPC.

This paper aims to evaluate various legal problems that arise within the scope of the elements of the crime of directing suicide within the framework of discussions in the doctrine.

Key Words: Suicide, directing suicide, (publicly) encouraging suicide, instigation to suicide, assisting suicide.

TÜRK CEZA HUKUKUNDA KUSURU ETKİLEYEN NEDENLER ARASINDA KUSURLULUĞU ENGELLEYEN NEDENLER VE MAZERET NEDENLERİ ŞEKLİNDE BİR AYRIM YAPILIP YAPILAMAYACAĞI SORUNU

Dr. Öğr. Üyesi Hasan İBA*

Özet

Türk öğretisinde, kusuru etkileyen ve cezasızlık sonucu doğuran nedenler arasında *mazeret nedenleri* ve *kusurluluğu engelleyen nedenler* şeklinde ikili bir ayırım yapma eğilimi görülmektedir. Bahse konu ayırımı yapan yazarlara göre, mazeret nedenlerinde kusur tamamen ortadan kalkmamakta; kusurun ve haksızlığın içeriği faile ceza verilmesini gerektirmeyecek ölçüde azalmaktadır.

Kanaatimizce, söz konusu yazarların yaklaşımı biri kanuni, diğeri teorik iki nedenle sorunludur:

Kanuni olarak sorunludur; çünkü Türk hukukundaki pozitif hukuk düzenlemelerine göre, yazarların mazeret nedeni olarak kategorize ettikleri nedenlerde cezalandırmamanın nedeni yazarların ileri sürdüğü gibi haksızlığın ve kusurun içeriğindeki azalma değildir. CMK m. 223/3-d'ye göre, yazarların mazeret nedenleri olarak kategorize ettiği nedenlerde failin cezalandırılmamasının nedeni, *failin kusurunun bulunmamasıdır*. CMK m. 223/3'te haksızlığa gönderme yoktur. Kusura gönderme vardır ve dikkat edilecek olursa CMK m. 223/3'e göre söz konusu durumlarda kusur azaldığı için değil, tamamen ortadan kalktığı için fail cezalandırılmamaktadır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usulü Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta:hiba@erzincan.edu.tr, ORCID:0000-0002-2330-7190.

Suç teorisine ilişkin bu ayrımın pozitif hukuk düzenlemelerine indirgenemeyeceği bu yüzden CMK m. 223'ün bağlayıcı olmadığı ileri sürülebilir. Bu yaklaşım esas alındığında kusuru etkileyen nedenler arasında bir ayrım yapılabilirse de bu ayrım söz konusu yazarların ileri sürdüğü gerekçelerle temellendirilemez. Zira, haksızlığın içeriğinin “neden” ve “nasıl” azaldığı izaha muhtaçtır. Bazı yazarlara göre mazeret nedenlerinde fiilin haksızlık içeriğinin azalmasının nedeni failin subjektif durumudur. Haksızlığın subjektif unsuru kast, taksir ve suç tipinde yer verilen diğer subjektif unsurlardır. Söz konusu yazarların üzerinde durduğu subjektif gerçeklikler haksızlığın subjektif unsurları ile ilgili olmayan failin motivasyonu ile ilgili olan hususlardır. Failin saiki -suç tipinde yer verilmemiş- kusur yargısında dikkate alınır; haksızlığın yapısı dışında kalan hususlar, haksızlığı etkileyemez. Dolayısıyla Türk öğretisinde bazı yazarların kusuru etkileyen ve cezasızlık sonucu doğuran nedenler arasında *mazeret nedenleri ve kusurluluğu engelleyen nedenler* şeklinde ikili bir ayrım yapması, kanaatimizce, teorik olarak da sorunludur.

Kanaatimizce, bilimsel olarak bir tasnif zorunluluğu görülüyorsa ya da böyle bir tasnifin kurumların doğasını anlama bakımından faydalı olacağı düşünülüyorsa CMK m. 223/3-d göz ardı edilmemeli ve tasnifin ölçüsü, haksızlığın ve kusurun içeriğindeki azalma değil, normun uyarısı ve normun uyarısına uygun hareket edebilme yeteneği olmalıdır. Ölçü bu olduğunda kusurluluğu engelleyen nedenler arasında mazeret nedenleri ve kusurluluğu engelleyen nedenler şeklinde bir ayrım yapılması, CMK m. 223'le bağdaşacağı gibi, söz konusu ayrım, kanaatimizce, teorik olarak daha iyi temellendirilmiş olur.

Anahtar Kelimeler: Kusuru Etkileyen Nedenler, Kusurluluğu Engelleyen Nedenler, Mazeret Nedenleri, Kusur, Haksızlık.

IN TURKISH CRIMINAL LAW THE ISSUE OF WHETHER THERE IS SUCH A DISTINCTION BETWEEN THE REASONS PREVENTING BLAMEWORTHINESS AND THE REASONS WHICH IS CALLED EXCUSES

Abstract

In Turkish criminal law, there is a tendency to make a distinction between the reasons that affect the blameworthiness and the reasons that result in impunity. According to the authors who make the mentioned distinction, the blameworthiness does not completely disappear in the excuses; the blameworthiness of the perpetrator and the wrongfulness of the act are reduced to such an extent that it does not require the perpetrator to be punished.

To me, there are two reasons why those authors make mistake:

First, it is problematic to explain the reason why the perpetrator is not punished as an excuse. According to Turkish Procedure Code article 223/3-d, the reasons that the authors categorize as excuses is not the reduction of wrongfulness or blameworthiness, but the absence of perpetrator's blameworthiness. If you pay attention, there is no reference to wrongfulness in article 223/3-d. There is reference to blameworthiness. However, according to article 223, in such cases, the perpetrator is not punished not because the blameworthiness has decreased, but because it has completely disappeared.

Second, why and how the content of injustice is reduced is also in need of explanation. According to some authors, the reason for the decrease in the wrongfulness content of the act in excuses is the subjective situation of the perpetrator. The subjective realities that these authors emphasize are not related to the subjective elements of the wrongfulness, but are related to the motivation of the perpetrator.

In my opinion, if a classification is required scientifically or if such a classification is thought to be useful in understanding the nature of institutions, because of the Turkish Procedure Code article 223/3-d, the measure of classification should not be the reduction of wrongfulness

and/or blameworthiness, but the warning of the norm and the ability to act in accordance with the warning of the norm.

Key Words: Reasons Affecting Blameworthiness, Reasons Preventing Blameworthiness, Excuses, Blameworthiness, Wrongfulness.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TCK M.220/6 HÜKMÜNE İLİŞKİN 26.10.2023 TARİHLİ İPTAL KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi H. Sefa ERYILDIZ*

Özet

İstanbul 22. Ağır Ceza Mahkemesi (E. 2023/133) ile Patnos Ağır Ceza (E. 2023/132) Mahkemesi tarafından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 220. maddesinin 6. fıkrası hakkında iptal başvurusunda bulunulmuştur. Başvuruda 02.07.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanun'un 85. maddesiyle değiştirilen 6. fıkranın 1982 Anayasası'nın (AY) 2, 13 ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür. Bunun üzerine Anayasa Mahkemesi (AYM), 26.10.2023 tarihli, 2023/132 Esas ve 2023/183 Karar sayılı kararıyla ilgili madde fıkrasını iptal etmiştir. Gerekçeli karar 08.12.2023 tarihli ve 32393 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Kararın, Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dört ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

İptal edilen TCK m.220/6 hükmü uyarınca örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılmaktaydı. Esasen TCK m.220/6 hükmünün AYM tarafından iptali sürpriz olmamıştır, zira düzenlemenin doğurduğu sorunlar ilk olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Işıkırık/Türkiye* (Başvuru No: 41226/09, 14.11.2017) kararı ile gündeme gelmiştir. Mahkeme'ye göre düzenleme o kadar geniş kapsamlı düzenlenmişti ki, "örgüt adına hareket eden" kişinin, üyelik ölçütlerinden hiçbirisini sağlamadan "örgüt üyesi" olarak nitelendirilmesi olanaklıydı. Ayrıca madde fıkrası,

* Dr. Öğr. Üyesi, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: sefa.eryildiz@atauni.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4964-0888.

mahkemelerce kamu otoritesi tarafından keyfi müdahalelere engel olacak şekilde de tatbik edilmemekteydi.

Yine iptal kararı öncesinde Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu 10.06.2021 tarihinde, 2014/6548 numaralı *Hamit Yakut* başvurusuyla bağlantılı olarak 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinin 6. fıkrasının öngörülebilirliğine ilişkin değerlendirme yapmıştır. Bu değerlendirmede kuralda yer alan "örgüt adına işlenen suç" ibaresinden ne anlaşılması gerektiğine dair kanunda herhangi bir açıklamaya yer verilmediğine işaret etmiştir. Yüksek Mahkeme; Anayasa m.34 ile güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını ihlal ettiğini kabul etmiştir. TCK m.220/6'da bulunan yapısal sorundan dolayı "pilot karar" usulünün uygulanmasına karar vererek, yapısal sorunun çözümü için bu durumun, yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bildirilmesine ve bu ihlal kararı sonrasında yapılan başvuruların incelenmesinin kararın Resmi Gazete'de yayımlanma tarihi olan 03.08.2021 tarihinden itibaren 1 yıl süre ile ertelenmesine karar vermiştir.

Yasama organının belirtilen süre dâhilinde yapısal soruna dair herhangi bir adım atmaması ve yapılan iptal başvuruları üzerine AYM, suçta ve cezada kanunilik ilkesi çerçevesinde 26.10.2023 tarihli iptal kararını vermiştir. İptal kararı üzerine yasa koyucunun nasıl bir yol izleyeceği, iptal kararında vurgulanan hususları da dikkate alarak benzer bağımsız bir düzenlemeyi tekrar yürürlüğe koyup koymayacağı veya üye olmaksızın örgüt adına işlenen suçlar bakımından genel veya bu suçlar yönünden özel bir cezayı ağırlaştırıcı düzenlemeye yer verip vermeyeceği hususu ise henüz belirsizdir.

Anahtar Kelimeler: örgüt suçu, suç adına işlenen suç, suç örgütü üyeliği, suç örgütü, terör örgütü

EVALUATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S DECISION DATED 26.10.2023 ON THE ANNULMENT OF ARTICLE 220/6 OF THE TURKISH PENAL CODE (TPC)

Abstract

An application for annulment has been made by the Istanbul 22nd High Criminal Court (N. 2023/133) and the Patnos High Criminal Court (N. 2023/132) regarding the 6th clause of Article 220 of the Turkish Penal Code (TPC), numbered 5237. In the application, it was claimed that the 6th clause, amended by Article 85 of Law No. 6352 dated 02.07.2012, contradicts Articles 2, 13, and 38 of the 1982 Constitution. Then, the Constitutional Court annulled the relevant article clause with its decision numbered 2023/132 Basic and 2023/183, dated 26.10.2023. It has been decided that the decision will come into effect four months after its publication in the Official Gazette.

The annulled provision of TCK Article 220/6 penalized individuals who committed crimes on behalf of an organization without being its members as if they were members. The annulment by the Constitutional Court was not surprising since the problems arising from this regulation first surfaced in the European Court of Human Rights decision in *Işıkırık v. Turkey* (Application No: 41226/09, 14.11.2017). According to the Court, the regulation was so broadly formulated that it was possible to classify someone as an "organization member" without meeting any membership criteria. Moreover, the clause was not being applied by the courts in a way that would prevent arbitrary interference by public authorities.

Before the annulment decision, the General Assembly of the Constitutional Court, on June 10, 2021, made an assessment regarding the foreseeability of the 6th clause of Article 220 of Law No. 5237, in relation to the application numbered 2014/6548 by Hamit Yakut. In this assessment, it was pointed out that there was no clarification in the law about what was meant by the phrase "crimes committed on behalf of an organization" found in Article 220/6 of the TPC. The Constitutional Court ack-

nowledged the violation of the right to organize meetings and demonstration marches, which is protected under Article 34 of the Constitution. Due to the structural problem in Article 220/6 of the TPC, the Constitutional Court decided to implement the 'pilot decision' procedure, requiring the notification of the issue to the legislative body, the Grand National Assembly of Turkey, for resolution. Furthermore, it ruled that the examination of applications made after this violation decision should be postponed for one year, starting from the publication date of the decision in the Official Gazette, which was August 3, 2021.

Following the legislative department's failure to address the structural issue within the specified period and subsequent annulment applications, the Constitutional Court, under the principle of legality in crimes and punishments, issued the annulment decision on 26.10.2023. It remains uncertain how the legislature will respond to this annulment, whether it will re-enact a similar independent regulation or introduce a specific or general aggravating provision for crimes committed on behalf of an organization without membership.

Key Words: organized crime, crime committed in the name of a crime, criminal organization membership, criminal organization, terrorist organization.

YAZILI HUKUK KURALLARINA UYMAMA SONUCUNDA ORTAYA ÇIKAN SUÇLARDA TAKSİRİN BİLİNÇLİ OLUP OLMADIĞI MESELESİ

Dr. Özlem ÇELİK BAŞBOZKURT*

Özet

Taksir Türk Ceza Hukuku sisteminde suçun manevi unsurlarından biri olup Türk Ceza Kanununun 22. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre; taksir, *“dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçeleştirilmesidir.”* Bu tanım basit bir diğer adıyla bilinçsiz taksire ait olup, hükmün 3. fıkrasında; *“Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır”* düzenlemesine yer verilmesi suretiyle taksirin bir diğer çeşidi bilinçli taksir düzenleme altına alınmıştır. Taksir, kast sorumluluğu yanında istisnai bir sorumluluk olarak benimsenmiştir. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında taksirin bazı şartları olduğu belirtilmiştir: *“Taksirle işlenen bir suçun olması; dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali, hareketin iradi olması; sonucun istenmemesi ancak öngörülebilir olması; hareket ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması.”* Bu şartlar bakımından dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlaline baktığımızda failin bu özen yükümlülüğüne aykırılığı bir toplumsal kabulden kaynaklanabileceği gibi; (kazılmış bir kuyunun çevresinde önlem alınacağı, işlek bir caddede cam aşağı saksı atılamayacağı gibi.) yazılı bir hukuk normundan da (trafik kuralları, maden kanunu, imar kanunu gibi kanunlarda belirtilen yükümlülükler) kaynaklanabilir. Yazılı hukuk normlarına aykırılık halinde taksirin çeşidinin belirlenmesine neden olan öngörülebi-

* Öğretim Görevlisi Doktor, Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi, Güvenlik Bilimleri Fakültesi, Türkiye, E-posta: ocelikbasbozkurt@gmail.com; ORCID: 0000-0002-0821-6944.

lirlik hususu öne çıkmaktadır. Eğer fail yapmış olduğu davranışın sonucunu öngörerek hareket etmişse bilinçli taksirle hareket ettiği kabul edilecektir. Bu noktada, özel taksir kavramı karşımıza çıkmaktadır. Özel taksirde herhangi bir davranış kuralının ihlali değil yazılı davranış kurallarının ihlal edilmesinden kaynaklı olarak netice meydana gelmektedir. Bu halde failin yazılı kuralın ihlal etmesi ile tedbirsizlik veya dikkatsizliğin somutlaştığı kabul edilmektedir. Öngörülebilirlik açısından ise yazılı bir norma aykırılık halinde kural olarak failin yaptığı eylem sonucunda meydana gelen neticeyi öngördüğü kabulünden hareket edilebilmektedir. Aslına bakıldığında, kırmızı ışık yandığını gören ve kırmızı ışıkta geçen fail, diğer yollardan yaya veya arabaların geçebileceği öngörüsü ile karşı karşıya kalmaktadır. Failin yan yoldan birinin geldiğini tahmin etmemesi kural olarak mümkün değildir, çünkü kendisine yanan kırmızı ışık başka bir yoldan birinin çıkabileceğini de göstermektedir. Ancak bu şekilde genel bir kabul benimsenmesi halinde objektif sorumluluk anlayışı ortaya çıkacaktır. Objektif sorumluluk ilkesinden vazgeçilmesi yazılı hukuk kurallarına aykırılık halinde doğrudan failin bilinçli taksirle hareket ettiği kabulüne engel olmaktadır. Yazılı hukuk kurallarına aykırılık halinde bu durum taksirin dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilmiş olması şartı açısından değerlendirmeye alınmalı ve failin taksirli sorumluluğunu gösterdiği kabul edilmelidir. Yani bu noktada kanaatimizce failden bağımsız objektif değerlendirme yapılabilmelidir. Ancak taksirin çeşidinin belirlenmesi bakımından yani bilinçli taksirle sorumluluğun kabul edilmesi için failin neticeyi subjektif olarak öngörmesi gerekmektedir. Yargıtay kararlarına bakıldığında örneğin, trafik kurallarına aykırılık bilinçli taksirin karinesi olacak şekilde, bazı trafik kurallarına aykırılık ancak fail açısından ayrıca yapılan subjektif değerlendirme sonucunda bilinçli taksir olarak kabul edilmiştir. Bu çalışma ile Yargıtay kararları esas alınmak suretiyle yazılı kurallara aykırılık halinde failin basit taksirden mi bilinçli taksirden mi sorumluluğun doğacağı tartışılacak, somut örneklerle taksirli sorumluluk ortaya konmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Taksir, Bilinçli Taksir, Özel Taksir, Yazılı Hukuk Kurallarına Aykırılık, Öngörülebilirlik.

THE QUESTION OF WHETHER NEGLIGENCE IS CONSCIOUS IN OFFENCES ARISING FROM NON-COMPLIANCE WITH WRITTEN RULES OF LAW

Abstract

Negligence is one of the moral elements of the offence in the Turkish Criminal Law system and is regulated in Article 22 of the Turkish Criminal Code. According to the this regulation; negligence is "the realisation of an act without foreseeing the consequence specified in the legal definition of the offence due to violation of the obligation of attention and care". This definition belongs to simple negligence, also known as unconscious negligence, and in paragraph 3 of the provision, conscious negligence is regulated by stating that "there is conscious negligence if the result occurs despite the fact that the person does not want the foreseen result". Negligence has been adopted as an exceptional responsibility besides the responsibility of intent. In the doctrine and the decisions of the Court of Cassation, it is stated that there are some conditions for negligence: *"The existence of an offence committed by negligence; breach of the duty of due caution and diligence; the voluntary act; unintended but foreseeable result; the existence of relation of causality between the act and the result."* Considering the violation of the duty of caution and attention in terms of these conditions, the perpetrator's breach of this duty of care may arise from a social acceptance (taking precautions around a dug well, not throwing down a pot a window on a busy street, etc.) or from a written legal norm (obligations specified in laws such as traffic rules, mining law, construction law). In case of violation of written legal norms, the issue of foreseeability, which causes the determination of the type of negligence, comes to the fore. If the perpetrator acted by foreseeing the consequences of his behaviour, it will be accepted that he acted with conscious negligence. At this point, the concept of special negligence appears. In special negligence, the consequence occurs due to the violation of the written rules of behaviour, not the violation of any rule of conduct. In this case, it is accepted that the perpetrator's violation of the written rule

concretises negligence or incaution. In terms of foreseeability, in case of breach of a written legal norm, as a rule, it can be assumed that the perpetrator foresaw the consequence of his/her action. In fact, for instance, the perpetrator who sees a red light and runs a red light is confronted with the possibility that pedestrians or cars may pass on other roads. As a rule, it is not possible for the perpetrator not to anticipate that someone is coming from the side road, because the red light that lights up indicates that someone may come from another road. However, if a general acceptance is adopted in this way, an understanding of objective responsibility will emerge. The abandonment of the principle of objective responsibility prevents the acceptance that the perpetrator acts with conscious negligence in case of violation of the rules of written law. In case of violation of the written rules of law, this situation should be evaluated in terms of the condition that the negligence violates the obligation of due caution and diligence, and it should be accepted that the perpetrator have been negligent responsibility. In other words, at this point, in our opinion, an objective evaluation independent of the perpetrator should be possible. However, in terms of determining the type of negligence, that is, in order to accept liability with conscious negligence, the perpetrator must subjectively foresee the result. When the decisions of the Court of Cassation are examined, for example, violation of traffic rules is accepted as conscious negligence as a presumption of conscious negligence, and violation of some traffic rules is accepted as conscious negligence only as a result of the subjective evaluation made separately for the perpetrator. In this study, based on the decisions of the Court of Cassation, it will be discussed whether the perpetrator will be liable for simple negligence or conscious negligence in case of violation of written rules, and negligent liability will be tried to be revealed with concrete examples.

Key Words: Negligence, Conscious Negligence, Special Negligence, Violation of Written Legal Rules, Foreseeability.

**KÜLTÜREL FARKLILIKLARA SAYGI İLKESİ
BAĞLAMINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI
MAHKEMESİ'NİN EVRİMCİ YORUM ANLAYIŞINDAN
KAYNAKLANAN PROBLEMLER VE ÇÖZÜME YÖNELİK
BAZI FİKİRLER: MAHKEMENİN EŞCİNSEL İLİŞKİLERE
YAKLAŞIMI ÜZERİNDEN BİR İNCELEME**

Dr. Öğr. Üyesi Abdulkadir PEKEL*

Özet

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, benimsemiş olduğu yaşayan belge ve evrimci yorum anlayışlarıyla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni Avrupa toplumundaki değişimler ışığında yorumlamaktadır. Dolayısıyla Sözleşme'nin koruma alanı zaman içinde genişleyebilmektedir. Mahkeme, daha önce Sözleşme'nin koruması kapsamında görmediği bazı eylem ya da ilişkileri, Avrupa toplumundaki gelişmeleri göz önünde bulundurarak koruma kapsamına alabilmektedir. Böylece yeni haklar yaratılmış olmaktadır. Mahkeme bu süreci tamamen yorum yoluyla gerçekleştirmektedir ve üye devletlerin bu hak yaratım sürecine müdahil olması mümkün olmamaktadır. Mahkeme Sözleşme'nin koruma kapsamını yorum yoluyla genişletirken üye ülkelerin kültürel değişimleri açısından bir oy birliği aramamakta, belirli bir konuda üye ülkelerin yarısından fazlasındaki değişikliği Sözleşme'nin kapsamını yorum yoluyla genişletmek için yeterli saymaktadır. Bu durumda Konsey üyesi ülkelere bir yarısında ortaya çıkan kültürel normlar, bu kültürel normları benimsemeyen Konsey'in diğer yarısına dayatılmış olmaktadır. Bu duru-

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta:abdulkadir.pekel@hbv.edu.tr, ORCID:0000-0002-1696-6075.

mu Mahkeme'nin de kabul etmiş olduğu kültürel farklılıklara saygı ilkesiyle bağdaştırmak mümkün değildir.

Örneğin Mahkeme 2015 yılındaki Oliari ve Diğerleri / İtalya kararında Konsey üyesi 37 ülkeden 24'ü eşcinsel birliktelikleri resmi olarak tanıdığı için, eşcinsel birlikteliklerin resmi olarak tanınması ve korunmasını Sözleşme'nin 8. maddesinden doğan bir pozitif yükümlülük olarak kabul etmiştir. Mahkeme bu içtihadını 2023 Ocak ayında Büyük Daire tarafından verilen Fedotova ve Diğerleri / Rusya kararıyla ve 2023 Aralık ayında Birinci Bölüm tarafından verilen Przybyszewska ve Diğerleri / Polonya kararıyla teyit etmiştir. Fedotova ve Diğerleri kararında, 18 ülkenin eşcinsel birliktelikleri evlilik olarak tanıdığı, 12 ülkeninse evlilik dışında başka bir medeni birliktelik olarak tanıdığı vurgulanmaktadır. Mahkeme'ye göre Sözleşme henüz eşcinsel birliktelikleri evlilik olarak tanıma şeklinde bir pozitif yükümlülük yüklememekte ise de bu ilişkileri evlilik dışında başka bir ad altında medeni birliktelik olarak tanımak Sözleşme'nin 8. maddesinden kaynaklanan bir pozitif yükümlülük olarak ortaya çıkmıştır. İlerleyen yıllarda, Mahkeme'nin eşcinsel *evlilikleri* tanınmanın da bir pozitif yükümlülük olduğu kararını vereceği tahmin edilebilir.

Mahkemenin bu tutumunun kültürel farklılıklara saygı ilkesi çerçevesinden eleştirileri tetikleme kaçınılmazdır. Çünkü Mahkeme'nin de tespit ettiği üzere Rusya'da ve 16 Konsey ülkesinde eşcinsel birlikteliklerin tanınmasına yönelik bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, diğer ülkelerde ortaya çıkan kültürel normların bu söz konusu 17 ülkeye dayatılmakta olduğu, bunun bir kültürel/ahlaki emperyalizm olduğu ileri sürülebilecektir. Söz konusu 17 ülke, geleneksel bazı değerleri muhafaza etmek istediklerini, aile ve evlilik kavramlarının diğer Konsey üyesi ülkelerdeki gibi değişmediğini ileri sürebileceklerdir. Üstelik bu ülkeler Sözleşme'de açıkça yer almayan bu hakkın yaratılması sürecine dahil edilmemişlerdir. Yalnızca Mahkeme'nin yorumu yoluyla ortaya çıkan ve Sözleşmeye taraf ülkelerin söz söyleme imkanının da-

hi olmadığı bu süreç kültürel farklılıklara saygı ve demokratik katılım ilkelerini yok saymaktadır.

Kanımızca Mahkeme Sözleşmenin kapsamını genişletirken kendini sınırlayıcı bir yaklaşım benimsemeli, halihazırda kabul etmiş olduğu kültürel farklılıklara saygı ilkesini daha ciddiye alarak karar vermelidir. Konseye üye olan bütün devletler arasında oybirliği yoksa Sözleşmenin kapsamı Mahkeme tarafından genişletilmemelidir. Yeni hakların yaratılması Konsey çerçevesinde daha önce pek çok kez uygulanan yeni ek protokollerin kaleme alınması suretiyle olmalıdır. Aksi halde üye devletlerin doğruluğu ya da yanlışlığı konusunda görüşlerini dahi ifade edemedikleri bazı kültürel normları benimsemek zorunda kalmaları söz konusu olacaktır. Mahkemenin mevcut tutumunu devam ettirerek, oybirliği aramadan yorum yoluyla yeni haklar yaratması -eşcinsel ilişkiler gibi kritik konular göz önüne alındığında- uzun vadede bazı ülkelerin üyelikten çekilmesiyle dahi sonuçlanabilir.

Anahtar Kelimeler: “Yaşayan Belge”, “Evrimsel Yorum”, “Eşcinsel Birliktelikler”, “AİHM”, “Kültürel Farklılıklara Saygı”

PROBLEMS ARISING FROM THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' EVOLUTIONARY INTERPRETATION APPROACH IN THE CONTEXT OF THE PRINCIPLE OF RESPECT FOR CULTURAL DIFFERENCES AND SOME IDEAS FOR SOLUTION: AN ANALYSIS BASED ON THE COURT'S APPROACH TO SAME-SEX RELATIONSHIPS

Abstract

The European Court of Human Rights interprets the European Convention on Human Rights in the light of the changes in European society with its living document and evolutionary interpretation approaches. Therefore, the Convention's field of protection may expand over time. The Court may include within the scope of protection certain acts or relations that were not previously covered by the Convention, taking into

account the developments in European society. Thus, new rights are created. The Court carries out this process entirely through interpretation and it is not possible for member states to intervene in this process of rights creation. While the Court expands the scope of protection of the Convention through interpretation, it does not seek unanimity in terms of the cultural changes of the member states, but considers the change in more than half of the member states on a particular issue sufficient to expand the scope of the Convention through interpretation. In this case, cultural norms emerging in one half of the Council member states are imposed on the other half of the Council, which does not adopt these cultural norms. This situation cannot be reconciled with the principle of respect for cultural differences, which the Court has also recognized.

For example, in its 2015 judgment in *Oliari and Others v. Italy*, the Court recognized the official recognition and protection of same-sex unions as a positive obligation under Article 8 of the Convention, as 24 of the 37 member states of the Council officially recognize same-sex unions. The Court confirmed this case-law in *Fedotova and Others v. Russia*, decided by the Grand Chamber in January 2023 and in *Przybylska and Others v. Poland*, decided by the First Section in December 2023. The *Fedotova and Others* judgment emphasizes that 18 countries recognize same-sex unions as marriage, while 12 countries recognize same-sex unions as civil unions other than marriage. According to the Court, although the Convention does not yet impose a positive obligation to recognize same-sex unions as marriage, recognizing these relationships as civil unions under a name other than marriage has emerged as a positive obligation arising from Article 8 of the Convention. In the years to come, it can be predicted that the Court will rule that recognizing same-sex marriages is also a positive obligation.

It is inevitable that this position of the Court will trigger criticism within the framework of the principle of respect for cultural differences. This is because, as the Court has found, there is no legal provision for the recognition of same-sex unions in Russia and the 16 Council count-

ries. In this case, it can be argued that cultural norms emerging in other countries are being imposed on these 17 countries, and that this is a form of cultural/moral imperialism. These 17 countries may argue that they want to preserve some traditional values and that the concepts of family and marriage have not changed as in other Council member states. Moreover, these countries were not involved in the creation of this right, which is not explicitly enshrined in the Convention. This process, which is based solely on the Court's interpretation and in which the Contracting Parties do not even have a say, ignores the principles of respect for cultural differences and democratic participation.

In our view, the Court should adopt a self-restraint approach when expanding the scope of the Convention and take more seriously the already recognized principle of respect for cultural differences. The scope of the Convention should not be extended by the Court unless there is unanimity among all member States of the Council. The creation of new rights should be through the drafting of new additional protocols, which has been done many times before within the framework of the Council. Otherwise, Member States would be forced to adopt some cultural norms about which they cannot even express their views on the rightness or wrongness. If the Court maintains its current position and creates new rights through interpretation without seeking unanimity - given critical issues such as same-sex relationships - it may even result in some countries withdrawing from membership in the long run.

Key Words: "Living Document", "Evolutionary Interpretation", "Same-Sex Relationships", "ECHR", "Respect for Cultural Differences"

“FİKİH VE İÇTİMAİYAT” BAŞLIKLİ MAKALESİ ÇERÇEVESİNDE ZİYA GÖKALP’İN TOPLUMSAL HUKUK ANLAYIŞI

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Selim KADIOĞLU*

Özet

Ziya Gökalp, çağının ve toplumunun diğer düşünürleri gibi çalışmalarında, ülkenin geri kalmışlığının nedenleri ve çözümleri üzerine yoğunlaşmıştı. Bu kapsamda hukuk ve hukuk sosyolojisi, onun çalışmalarının ana odaklarından birini teşkil ediyordu. Böyle bir odağın varlığı, bir düşünür veya sosyolog olmasından dolayı duyduğu özel bir akademik ilgiden kaynaklanmıyordu. Bu durum, içinde yaşadığı toplumun ve devletin genel vaziyetinin ve zihniyetinin doğal bir neticesiydi aslında.

Modern sosyolojinin Avrupa’da 19. yüzyıldaki doğuş ve gelişim sürecinde ekonomi, sanayi, üretim ilişkileri gibi konuların öne çıktığı görülmektedir. Buna mukabil Türk sosyolojisinin aynı dönemdeki gelişim sürecinde bu konuların sosyolog ve düşünürlerin Batı’daki kadar ilgisini çekmediği görüyoruz. Onlar bunun yerine genel olarak din ve hukuk bağlamında konular üzerinde çok daha fazla durmuşlardır. Zira Avrupa’da o dönemde toplumsal değişimin yönünü ve kapsamını daha ziyade ekonomi kurumu belirliyordu. Bu nedenle yaşanan büyük değişim, Sanayi Devrimi olarak adlandırılmıştı. Osmanlı’da ise değişim, esas itibariyle hukuk üzerinden cereyan ediyordu. Geri kalmışlığın neden ve çözümleri en temelde hukuk üzerinden değerlendiriliyordu. Onun için değişme ve modernleşme Türk toplumunda en başından beri hukuk devrimi olarak kendini göstermiştir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: dr.askadioglu@gmail.com, ORCID:0000-0003-0877-4513.

Nitekim Osmanlı'nın bu konudaki mirasını yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti de aynen tevarüs etmiştir. Cumhuriyetin kurucu kadrosunda devrim esas itibariyle hukuk alanında yapılan veya yapılacak inkılaplar olarak algılanıyordu. Bu sebeple yeni devletin yeni toplum "yaratma" yolunda özellikle ilk on yılda oldukça süratli biçimde yaptığı devrimler genel olarak hukuk alanında yapılmıştır. Dolayısıyla Türk toplumuna dair yapılan genel sosyolojik incelemelerin odağında hukukun yer alması çoğu zaman bir zorunluluk olarak kendini göstermekteydi.

Ziya Gökalp de bu çerçevede çalışmalarında hukuk, hukukun mahiyeti ve kaynakları, hukuk ve toplum ilişkisi gibi hukuk sosyolojisi kapsamındaki konulara oldukça fazla yer vermiştir. Bildirimizde inceleme konusu yaptığımız "Fıkıh ve İçtimaiyat" başlıklı makalesi de bu kapsamda öne çıkan çalışmalarından birisidir. Makale kısa olmasına rağmen fıkıh alanında yer alan kadim tartışmalara değinmekte, bu tartışmalara çağdaş ve sosyolojik perspektifle yeni bakış açıları sunmaktadır. Keza fıkıh içerisindeki geleneksel kavramları da toplumsal bakımdan değerlendiren ve yeniden yorumlamaktadır. Gökalp, kendisinin başka yazılarında da üzerinde durduğu örf olgusu bağlamında hukukun kaynaklarını bu makalesinde de ele almaktadır. Özellikle fıkıhın kaynaklarından yola çıkarak ileri sürdüğü "toplumsal (içtimai) şeriat" kavramı dikkat çekmektedir.

Gökalp'in İslâm Mecmuası'nın 26 Şubat 1914 tarihli 2. sayısında yayınlanan Fıkıh ve İçtimaiyat başlıklı makalesi, daha önce Latin alfabesine transkripsiyonu yapılarak yayınlanmıştır. Ancak makalenin sadeleştirilmiş haline rastlamadık. Bu nedenle makale, tam metin halinde tarafımızca sadeleştirilmiş ve bildirimizin sonuna eklenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Toplumsal hukuk, Ziya Gökalp, örf, fıkıh, şeriat, hukukun kaynakları.

**WITHIN THE FRAMEWORK OF HIS ARTICLE TITLED
"FİKİH ve İCTİMAİYAT (FIQH and SOCIOLOGY)"
ZİYA GÖKALP'S UNDERSTANDING OF SOCIAL LAW**

Abstract

Ziya Gökalp, like other thinkers of his era and society, focused on the causes and solutions of the country's backwardness in his studies. In this context, law and the sociology of law constituted one of the main focuses of his work. The existence of such a focus did not stem from a special academic interest he had because he was a thinker or a sociologist. In fact, this was a natural consequence of the general situation and mentality of the society and state in which he lived.

During the birth and development of modern sociology in Europe in the 19th century, it is seen that topics such as economy, industry and production relations came to the fore. On the contrary, during the development of Turkish sociology in the same period, we see that these topics do not attract the attention of sociologists and thinkers as much as in the West. Instead, they focused much more on issues in the context of religion and law in general. This was because the direction and scope of social change in Europe at that time was mostly determined by the institution of economy. For this reason, the great change that took place was called the Industrial Revolution. In the Ottoman Empire, on the other hand, change took place mainly through law. The causes and solutions of backwardness were evaluated mainly through law. Therefore, change and modernization manifested itself as a legal revolution in Turkish society from the very beginning.

As a matter of fact, the newly established Republic of Turkey inherited the Ottoman legacy in this regard. In the founding cadre of the Republic, revolution was perceived mainly as revolutions made or to be made in the field of law. For this reason, the revolutions that the new state made quite rapidly on the way to "creating" a new society, especially in the first decade, were made in the field of law in general. Therefo-

re, the inclusion of law in the focus of general sociological studies conducted on Turkish society has often manifested itself as a necessity.

In this context, Ziya Gökalp also gave a great deal of space in his works to issues within the scope of sociology of law such as law, the nature and sources of law, and the relationship between law and society. His article titled "Fıkıh ve İçtimaiyat", which we examine in our paper, is one of his prominent works within this framework. Although the article is short, it touches upon ancient debates in the field of fiqh and offers new perspectives on these debates from a contemporary and sociological perspective. It also reinterprets traditional concepts in fiqh by evaluating them from a social perspective. Gökalp discusses the sources of law in the context of the phenomenon of custom (örf), which he has emphasized in his other writings. In particular, the concept of "social sharia", which he puts forward based on the sources of fiqh, draws attention.

Gökalp's article titled "Fıkıh ve İçtimaiyat", published in the 2nd issue of *İslam Mecmuası* dated February 26, 1914, was previously published by transcribing it into Latin alphabet. However, we did not come across a simplified version of the article. For this reason, the article was simplified by us in full text and added to the end of our paper.

Key Words: Social law, Ziya Gökalp, custom, fiqh, sharia, sources of law.

TOPLUMSAL CİNSİYET PERSPEKTİFİNDEN ADALETE ERİŞİM PROBLEMLER VE ÖNERİLER

Arş. Gör. Dr. E. İrem AKI*

Özet

Adalete erişim her ne kadar hukuk kuralları tarafından güvence altına alınmış olsa da kadınların uygulamada karşılaştıkları problemleri göz önünde bulunduracak şekilde düzenlenmemiştir. Adalete erişim kavramı hakkın ihlali halinde yetkili mercilere başvurmaklar başlar ve mahkemeler tarafından verilecek olan adil sonuca kadar devam eder. Bu anlamda adil yargılanma hakkının güvence altına alınması, etkili adalete erişim mekanizmalarıyla yakından ilgilidir. Bununla birlikte kişiler her zaman hukuk düzeni tarafından sağlanan hakları yazılı hukuk kurallarının öngördüğü şekilde kullanamamaktadır. 1960'lı yıllarda başlayan adalete erişim hareketi bir hukuk düzeni altında yaşayan kişilerin haklarını etkili bir şekilde kullanamamalarına ve bu problemin üstesinden gelmeye odaklanmıştır. Dolayısıyla, kişiler her ne kadar yazılı hukuk düzenince birtakım haklara sahip olsalar da pratikte her zaman bu haklarını kullanamamaktadırlar. Bunun çeşitli sebepleri vardır. Öncelikle kişinin yetkili mercilere başvurmak için yeterli bilgisi olmayabilir veya yeterli ekonomik imkanlara sahip olmayabilir. Bu tür faktörler etkili bir adalete erişimin önündeki engellere örnek olarak gösterilebilir. Bu çerçevede adli yardım mekanizmaları büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla adli yardım mekanizmaları adalete erişimin temel bileşenleridir ve ulusal hukuk düzenince güvence altına alınmıştır. Herkes için etkili bir adalet erişim için de adli yardım mekanizmalarının kadınların ihtiyaçlarını

* Arş. Gör. Dr. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta:Emine.Irem.Aki@ankara.edu.tr, ORCID:0000-0002-2824-9444.

karşılıyıp karşılamadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Bununla birlikte adalete erişimin sadece finansal sorunlarla ilgili olduğu düşünülmemelidir. Kadınların karakollarda, adliyelerde, mahkeme kalemlerinde karşılaştıkları problemler de adalete erişimin önündeki engellerden bazılarıdır. Bu çerçevede kadınların adalete erişimin her aşamasında karşılaşılabilecekleri problemler göz önünde tutularak adalete erişim mekanizmalarının inşa edilmesi büyük önem taşımaktadır.

Bu çerçevede bu tebliğde ilk olarak Türkiye'deki adalete erişim mekanizmalarının hukuki olarak nasıl inşa edildiği açıklanacak, ardından toplumsal cinsiyet perspektifinden, kadınların bu yapı içerisinde ne tür problemlerle karşılaştığı üzerinde durulacak ve son olarak da bu tür problemlerin üstesinde gelebilmek için ne tür önlemler alınması gerektiği ortaya konulacaktır.

Anahtar kelimeler: adalete erişim, adli yardım, toplumsal cinsiyet, adil yargılanma hakkı, kadınların adalete erişimi

ACCESS TO JUSTICE FROM A GENDER PERSPECTIVE PROBLEMS AND SUGGESTIONS

Abstract

While access to justice is ensured by legal regulations, its organization often falls short in addressing the specific challenges that women encounter in reality. The concept of access to justice begins with the submission of complaints to the appropriate authorities in cases of rights violations and extends until a just resolution is delivered by the courts. In this context, ensuring the right to a fair trial is intricately linked to the effectiveness of access to justice mechanisms. However, individuals often find it challenging to exercise the rights granted by the legal system in accordance with the prescribed rules of law. The Access to Justice movement, originating in the 1960s, focused on addressing the inability of individuals living under a legal framework to effectively assert their rights and overcome this issue. While people possess certain rights un-

der written law, practical limitations can hinder their ability to exercise these rights. Various factors contribute to people's limited access to justice, including a lack of information or economic resources to approach competent authorities. Within this context, legal aid mechanisms play a crucial role. These mechanisms are essential components of access to justice and are guaranteed by the national legal order. To ensure effective access to justice for all, it is imperative to assess whether these mechanisms adequately meet the needs of women. Importantly, access to justice is not solely confined to financial challenges. Problems faced by women at police stations, courthouses and court registries are some of the obstacles to access to justice. In light of this, it is crucial to develop access to justice mechanisms that consider the challenges women may face at every stage of access to justice.

In this context, this paper will initially elucidate the legal construction of access to justice mechanisms in Turkey. Secondly, from a gender perspective, it will highlight the challenges women encounter within this framework. Finally, it will propose measures to address and overcome these issues.

Key Words: access to justice, legal aid, gender, right to a fair trial, women's access to justice

ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİNİN MADDİ KOŞULLARINA İLİŞKİN HATA

Dr. Öğr. Üyesi Eylem BAŞ*

Özet

Şahsi cezasızlık sebepleri, suçun işlenmesi sırasında bulunan ve failin cezalandırılmasını engelleyen şahsa bağlı sebeplerdir. Buna karşın 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na bakıldığında (TCK) şahsi cezasızlık sebeplerine TCK'nın "Genel Hükümler" başlığını taşıyan "Birinci Kitabı"nda yer verilmediği ve söz konusu sebeplerin TCK'da özel olarak tanımlanmadığı görülmektedir. Bu çerçevede, kanun koyucunun izlediği ceza siyasetine göre şahsi cezasızlık sebepleri özel olarak hükme bağlanmaktadır. Şahsi cezasızlık sebepleri, adı üzerinde şahsidir ve şahsa bağlıdır. Yalnızca ilgili oldukları şahıs bakımından kendilerine bağlanan sonucu doğurabilmektedir. TCK'nın "yağma ve nitelikli yağma hariç" olmak üzere "malvarlığına karşı suçlar"la ilgili olarak "şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep" başlığını taşıyan 167. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere "şahsî cezasızlık sebebinin söz konusu olduğu durumlarda, ilgili kişinin sadece cezaî sorumluluğuna gidilemez." Ancak "işlenen fiil, suç oluşturma özelliğini devam ettirmektedir". Nitekim bu husus 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "duruşmanın sona ermesi ve hüküm" başlığını taşıyan 223. maddesinin 4. fıkrasının (b) bendinde de "işlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen" şayet şahsi cezasızlık sebebi bulunmaktaysa, faile ceza verilemeyeceği ve bu durumda "ceza verilmesine yer olmadığı kararı"nın verilmesi gerektiği şeklinde ifade edilmiştir. Bu çerçevede şahsi cezasızlık sebeplerinin yok-

* Dr. Öğr. Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta:eylem.bas@ogu.edu.tr, ORCID:0000-0002-3400-2042.

luğu, cezalandırılabilme şartı olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin TCK'nın 167. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi uyarınca hırsızlık suçunun üstsoya karşı işlenmesi durumunda faile ceza verilmesine engel oluşturan bir şahsi cezasızlık sebebi söz konusudur. Ancak şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi koşullarına ilişkin hataya düşülmesi mümkündür. Bu kapsamda örnek olarak (A) tarafından, babasının rızası bulunmamasına karşın babasının cüzdanından para alınmak istenmesi ancak cüzdanın ve içinden alınan paranın evlerine misafirlğe gelen babasının arkadaşına ait olması verilebilir. Bu örnekte de olduğu üzere şahsi cezasızlık sebeplerin maddi koşullarında hataya düşülmesi halinde kişinin bu hatadan yararlanıp yararlanamayacağı meselesi bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Nitekim bu durumda TCK'nın "hata" başlığını taşıyan 30. maddesinin bizatihi uygulama alanı bulup bulamayacağı tartışmalı olduğu gibi; uygulama alanı bulacağı kabul edildiği takdirdeyse "bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır" şeklindeki 2. fıkrasının mı yoksa "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır" şeklindeki 3. fıkrasının mı uygulama alanı bulması gerektiği de tartışmalıdır. Bu çalışmada, öğretileri ileri sürülen görüşler gerekçeleriyle birlikte incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Cezalandırılabilme Şartı, Şahsi Cezasızlık Sebepleri, Kast, Hata, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ya da Azaltan Nedenler

MISTAKE IN THE OBJECTIVE CONDITIONS OF THE GROUNDS FOR PERSONAL EXEMPTION FROM PUNISHMENT

Abstract

The grounds for personal exemption from punishment are personal reasons that exist during the commission of the crime occurs and prevent the perpetrator from being punished. However, when we look at the Turkish Penal Code Numbered 5237 (TPC), the grounds for personal exemption from punishment are not in the First Book titled General

Provisions, and the reasons in question are not specially defined. In this context, special provisions are made exceptionally according to the criminal policy pursued by lawmakers. The grounds for personal exemption from punishment are dependent on the individual. They can only produce consequences attached to the person they are related to. As stated in the preamble of Article 167 of the TPC, titled the ground for personal exemption from punishment or personal reason that requires reduction of punishment, that is regarding crimes against property (except for plunder and qualified plunder), in cases where there is a ground for personal exemption from punishment, the person concerned cannot only be held criminally responsible. But the act committed continues to constitute a crime. This issue also takes part in subparagraph (b) of the 4th paragraph of Article 223 of the Code of Criminal Procedure Numbered 5271, which has the title concluding of the hearing and the judgment. According to this subparagraph, in the presence of a ground of personal exemption from punishment case, although the committed conduct keeps on the quality of a crime, a judgment is related to no need to inflict punishment shall be rendered. Following subparagraph (c) of the first paragraph of Article 167 of the TPC, if theft occurs against lineal kinship, there is a ground of personal exemption from the punishment that prevents the perpetrator from being punished. It may be a mistake in the objective conditions of the grounds of personal exemption from punishment. As an example, in this context: (A) takes money from the wallet, thinking about it as his father's wallet without consent, but the wallet belongs to his father's friend, who came to their house as a guest. As in this example, if a mistake about the objective conditions of the grounds of personal exemption from punishment, whether the person can benefit from this mistake is the subject of this study. In this case, whether Article 30 of the TPC, mistakes could find its application debates. If it is accepted that Article 30 can find its application, it is also debatable in which paragraph of it. In this case, while according to the first opinion, the 2nd paragraph should apply, according to the second opinion, the

3rd paragraph should apply. This study focuses on the issues mentioned above.

Key Words: The Condition of Punishability, The Grounds of Personal Exemption from Punishment, Intent, Mistake, The Conditions Eliminating or Diminishing Criminal Responsibility

BİLİŞİM SİSTEMLERİ YOLUYLA HAKSIZ ÇIKAR SAĞLAMA (TCK md. 244/4)

Dr. Mustafa LİMONCU*

Özet

Endüstri devriminden sonra; bilimsel, sosyal, siyasi, iktisadi ve hukuki değişikliklerin yaşandığı en önemli dönem, bilgisayar sistemlerinin hayatın vazgeçilmez parçası olduğu yüzyılımız olmuştur. Bu gelişmeler siber evrende işlenen suçları artırmıştır.

Normal şartlar altında suç olan fiillerin, sanal ortamda işlenmesi de suçtur. Bir de yalnızca bilişim sistemleri kullanılarak yahut bu sistemlere karşı işlenebilecek suçlar vardır. Bu nedenle bilişim suçları; 'gerçek bilişim suçları' ve 'görünüşte bilişim suçları' şeklinde sınıflandırılmıştır. Bu çalışmada gerçek bilişim suçlarından olan, bilişim sistemi aracılığı ile haksız çıkar sağlama üzerinde durulmuştur. Öncelikle bilişim alanında kullanılan; 'bilişim sistemi', 'bilgisayar' ve 'veri' kavramları kısaca açıklanmıştır. Mevzuatımızda bilişim alanındaki suçlar genel olarak aktarıldıktan sonra; Türk Ceza Kanunu'nun 244. maddesinin 4. fıkrası kapsamındaki suç, unsurlarıyla incelenmiştir. Bu suç; bilişim sistemleri aracılığıyla haksız çıkar sağlama suçudur.

İnceleme konusu yapılan suç bakımından kanun koyucu; çeşitli seçimlik hareketlere yer vermiştir. Bu seçimlik hareketler yasanın 244. maddesinin 1. ve 2. fıkrasında belirtilen hareketlerdir. Bu hareketler ayrı ayrı suç olarak tanımlanmıştır. TCK'nun 244/1 ve 2. maddesindeki hareketlerin haksız bir menfaat sağlamak amacıyla gerçekleştirilmesi halinde 244. maddenin 4. fıkrasındaki suç oluşacaktır. Yasada tanımlanan bilişim sistemleri yoluyla haksız çıkar sağlama suçunun oluşması için eylemin

* Doktor, Avukat, Türkiye, E-posta: mustafalimoncu@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6293-0284.

başka bir suç oluşturmaması şartı aranmıştır. Düzenleme bu şekliyle tali norm özelliği göstermektedir. Madde metninde yer alan 'başka bir suç oluşturmaması' koşulu madde gerekçesinde 'daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmaması' şeklinde yazılmıştır. Suçun maddi ve manevi unsurları ile birlikte diğer suçlarla içtima ilişkisi ve tali norm sorunu bu çalışmada tartışılmıştır.

Son olarak çalışma konusu suç açısından etkin pişmanlık hükümlerine yer verilip verilmemesi konusundaki tartışmalar aktarılmıştır. Bu suç bakımından, zarar giderme halinde etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmemesi eleştirilmiştir. Bu husus bilişim sistemleri aracılığıyla haksız menfaat sağlama suçunun düzenlendiği bölümle yakından ilgilidir. Kanun koyucu bilişim alanındaki suçları malvarlığına karşı suçlardan ayrı düzenlemiştir. Bu durum bilişim alanında yer alan suçlar açısından etkin pişmanlık düzenlemesini gerekli kılmaktadır. Ne var ki, yasada zarar giderme ya da etkin pişmanlık konusunda bir belirleme yapılmamıştır.

Anahtar Kelimeler: *Bilişim Sistemleri, Siber Suçlar, Haksız Çıkar, Tali Norm, Etkin Pişmanlık.*

PROVIDING UNFAIR BENEFITS THROUGH INFORMATION SYSTEMS (TPC ART. 244/4)

Abstract

After the industrial revolution; the most important period of scientific, social, political, economic and legal changes has been our century, in which computer systems are an indispensable part of life. These developments have increased the crimes committed in the cyber universe.

Under normal circumstances, committing criminal acts is also accepted as a crime in virtual environment. There are also offences that can only be committed using or against information systems. For this reason, cybercrimes are divided into 'real cybercrimes' and 'apparent cybercrimes'. In this study, it is focused on providing unfair benefits through the information system, which is one of the real cyber crimes. Firstly, the

concepts of 'information system', 'computer' and 'data' used in the field of informatics are briefly explained. After these regulations are transferred, the crime within the scope of paragraph 4 of article 244 of Penal Code has been interrogated with its elements. This offence is the offence of gaining unfair advantage through information systems.

Legislator, in terms of the crime under investigation, included various optional movements. These optional acts are the acts specified in paragraphs 1 and 2 of Article 244. These acts are defined as separate offences. If the acts in Article 244/1 and 2 of the TPC are performed in order to provide an unfair benefit, the offence in paragraph 4 of Article 244 will occur. In terms of obtaining an unfair advantage, which is mentioned in the article it is sought that an alternative crime should not occur. In this way, arrangement shows the feature of a secondary norm. In this study, the material and moral elements of the crime, the relationship between other crimes, that is, the problems of secondary norms are discussed. The condition of 'not constituting another offence' in the text of the article is written as 'not constituting another offence that requires a heavier penalty' in the preamble of the article. However, the law does not make any determination on compensation for damages or effective remorse.

Finally, the discussions on whether to include effective remorse clauses in terms of this offense which is the topic of the article is conveyed. In terms of this crime, If the damage is remedied, the absence of regulation that provides for a reduction in the penalty due to effective remorse can be seen as a deficiency. This issue is closely related to the section regulating the offence of providing unfair advantage through information systems. The legislator has regulated the offences in the field of informatics separately from the offences against assets. This situation necessitates the regulation of effective remorse for the offences in the field of informatics.

Key Words: Information Systems, Cyber Crimes, Unfair Benefits, Secondary Norm, Effective Remorse.

KAÇAKÇILIKLA MÜCADELE KANUNU'NDA ÇEVRE VE TOPLUM SAĞLIĞI AÇISINDAN TEHLİKELİ MADDELER

Arş. Gör. Şerif Ahmet ÖZTÜRK*

Özet

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda kaçakçılık fiilinin konusunu oluşturan eşyanın çevre ve toplum sağlığı bakımından tehlikeli veya zararlı olmasına üç ayrı maddede yer verilmiştir. M. 4/7'de kaçakçılık konusu eşyanın "*çevre veya toplum sağlığını tehdit edecek nitelikte olması*" nitelikli hal olarak düzenlenmiş, m. 12/2'de kaçakçılık fiilinin konusunun "*toplum ve çevre sağlığı yönünden tehlikeli ve zararlı eşya ile atık maddeler*" olması eşyanın getirildiği ülkeye derhal iade edilmesini gerektiren bir hal olarak ve m. 13/1-c'de eşyanın "*toplum veya çevre sağlığı açısından zararlı maddelerden olması*", kaçak eşyanın taşındığı aracın müsadere edilebilmesi için aranan alternatif şartlardan biri olarak yer almıştır. Söz konusu ifadeler kavramsal açıdan diğer mevzuatla olduğu gibi kendi aralarında da uyumsuzdur. Kullanılan ifadelerin farklı anlamlar içerip içermediği belirsizdir. Bir hükmün uygulandığı durumlarda diğerlerinin de uygulama alanı bulup bulmayacağı sorusu cevap beklemektedir. Örneğin kaçakçılık konusu eşyanın toplum veya çevre sağlığı açısından zararlı maddelerden olması nedeniyle taşıma aracının müsadere sine hükmedilmesi durumunda çevre veya toplum sağlığını tehdit edecek nitelikte olması nitelikli halinin uygulanması gerekip gerekmediği ortaya konmalıdır.

Çalışmada söz konusu ifadeler, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu içindeki yerleri değerlendirilerek kısaca açıklanacak ve Kanunun uygulan-

* Arş. Gör., Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta:serifozturk@uludag.edu.tr, ORCID:0000-0001-8107-4367.

ması bakımından etkileri üzerinde durulacaktır. Daha sonra, çevre ve toplum sağlığı kavramıyla diğer mevzuatta yer alan kamu sağlığı, halk sağlığı ve çevre sağlığı gibi yakın kavramlar arasındaki benzerlik ve farklılıklar incelenecektir. Bu kapsamda, 5607 sayılı Kanun uygulamasıyla diğer mevzuatta yer alan çevre ve toplum sağlığına ilişkin düzenlemelerin uygulanması arasında ortaya çıkan önemli farklılıkların nedenleri değerlendirilecektir. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda yer alan çevre ve toplum sağlığı açısından tehlikeli veya zararlı maddelere ilişkin her üç düzenleme de, Yargıtay'ın söz konusu kavramları oldukça dar yorumlaması nedeniyle hemen hiç uygulanmamaktadır. Son olarak, 5607 sayılı Kanun öncesi dönemde yaşanan birtakım sorunların çözümünü amaçlayan, ancak belirlilik ilkesine aykırı olan bu düzenlemelerin kavramsal bir kargaşaya ve keyfi uygulamalara neden olabilme potansiyeline vurgu yapılacaktır. Çalışma, söz konusu kavramsal kargaşaya son vermek için atılabilecek adımlara ilişkin önerilerle son bulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kaçakçılıkla mücadele, çevre ve toplum sağlığı, tehlikeli maddeler, atık maddeler, belirlilik ilkesi

DANGEROUS GOODS FOR THE ENVIRONMENTAL AND PUBLIC HEALTH IN THE ANTI-SMUGGLING LAW

Abstract

The nature of the goods that constitute the subject of the smuggling act as dangerous or harmful to the environment and public health is included in three separate articles in the Anti-Smuggling Law No. 5607. In Art. 4/7, the fact that the goods subject to smuggling are "*threatening the environmental or public health*" is regulated as a qualified state, in Art. 12/2, the fact that the subject of the smuggling act is "*dangerous and harmful goods and waste materials in terms of public and environmental health*" is regulated as a condition that requires the immediate return of the goods to the country from which they were brought, and in Art. 13/1-c, the fact that the goods are "*harmful substances in terms of public or envi-*

ronmental health" is included as one of the alternative conditions sought for the confiscation of the vehicle in which the smuggled goods are transported. The statements in question are conceptually incompatible with each other as well as with other legislation. It is unclear whether the used expressions contain different meanings. In cases where one provision is applied, the question of whether the others will also be applied awaits an answer. For example, in the event of a judgement is made for the confiscation of the transportation vehicle due to the fact that the smuggled goods are of substances harmful to public or environmental health, it should be revealed whether the qualified state of being a threat to the environment or public health should be applied.

In the study, these expressions will be briefly explained by evaluating their place in the Anti-Smuggling Law and their effects in terms of the implementation of the Law will be emphasized. Then, the similarities and differences between the concept of environmental and public health and similar concepts in other legislation such as public health, community health and environmental health will be analyzed. In this context, the reasons for the significant differences between the implementation of Law No. 5607 and the implementation of the regulations on environmental and public health in other legislation will be evaluated. All three regulations in the Anti-Smuggling Law regarding substances that are dangerous or harmful to the environmental and public health are almost never implemented due to the Court of Cassation's rather narrow interpretation of the concepts in question. Finally, it will be emphasized that these regulations, which aim to solve some problems experienced in the period before Law No. 5607, but are contrary to the principle of clarity, may cause conceptual confusion and arbitrary practices. The study will end with suggestions regarding the steps that can be taken to put an end to this conceptual confusion.

Key Words: Anti-Smuggling, environmental and public health, dangerous materials, waste materials, principle of clarity

TÜRK CEZA KANUNU KAPSAMINDA ÇOK FAİLLİ SUÇLARA İŞTİRAK

Arş. Gör. Taha Yasin TURAN*

Özet

Suçlar çoğunlukla bir kişi tarafından işlenebilecek şekilde düzenlenmiştir. Suçu işlemek için gerekli motivasyonun sağlanması veya suçun işlenişinin kolaylaştırılması gibi nedenlerle suçun işlenişine birden fazla kişi katılabilir. Bu katılanların sorumluluğu suça iştirak konusunda ele alınır. Suça iştirak kısaca, tek kişi tarafından işlenebilecek suçun birden fazla kişinin katılımıyla işlenmesi olarak ifade edilebilir. Suça iştirak edenlerin işlenen suçtan sorumlu tutulmaları Türk Ceza Kanunu'nun 37-41. maddeleri arasında düzenlenen suça iştirak hükümleri vasıtasıyla mümkündür. Bu yönüyle suça iştirak hükümleri ceza sorumluluğunu genişletici etkiye sahip olup niteliğine uygun düştüğü ölçüde suç tiplerinin yer aldığı düzenlemeler bakımından da uygulanabilir.

Bazı suç tiplerinde kanun koyucu suçun işlenişi için birden fazla kişinin varlığını şart koşmuştur. Bu suçlar öğretide "zorunlu iştirak" olarak ifade edilir. Zorunlu iştirak kapsamında bir kısım suçlarda suçun oluşumu için birden fazla failin varlığı aranır. Bu tür suçlara çok failli suç adı verilir. Bir kısım suçlarda ise suçun oluşumu için failin yanında şerik niteliğinde katılımcının varlığı aranır. Bu durum zorunlu şeriklik olarak isimlendirilir. Çok failli suçlar öğretide yakınsama ve karşılaşma suçları olarak ikiye ayrılır. Yakınsama suçlarında failer aynı yönden hareketlerini gerçekleştirirler. Suçun oluşması için birden fazla failin aynı amacı gerçekleştirmek için hareketi aranır. Bu hareketler de benzer ha-

* Arş. Gör. Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, Türkiye; E-posta: yasinturan@atauni.edu.tr, ORCID 0009-0007-3781-8323.

reketlerdir. Karşılaşma suçlarında ise suçun oluşması için zorunlu görülen failer farklı yönlerden hareket ederek suçu oluştururlar. Diğer anlatımla, bu suçlarda failer aynı suçu işlerler. Fakat bu failer farklı yönlerden hareket ederek özdeş olmayan hareketler gerçekleştirirler. Hareketlerin her iki tarafında da birden fazla fail olması karşılaşma suçu niteliğini etkilemez.

Çok failli suçlarda suça katılan failer bizzat kanuni tanımda düzenlendiğinden bunların cezalandırılması için ayrıca suça iştirak hükümlerine başvurulmasına gerek yoktur. Nitekim bu tür suçlarda varlığı aranan kişinin hareketi suçun tipik hareketini oluşturur. Buna karşın kanuni tanımda suçun işlenişi için varlığı aranan kişiler dışında da suçun işlenişine nedensel katkı sağlanabilir. Diğer bir anlatımla çok failli suçlarda da iştirakin çeşitli şekilleri ortaya çıkabilir. Bu durumda suçun işlenişine nedensel katkı sağlayan kişilerin suça iştirak hükümlerinde cezalandırılabilmesi için kanuni tanımda suçun oluşması için aranan kişilerden olmaması gerekir. Bu çalışmada çok failli suçlar bakımından hangi durumlarda suça iştirak hükümlerinin uygulanabileceği veya hangi durumlarda suça katılanların hareketlerinin suçun tipik hareketi olduğu Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen çok failli suç örnekleri üzerinden açıklanması planlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: iştirak, zorunlu iştirak, çok failli suç, müşterek faillik, şerik

COMPLICITY IN MULTI-PERPETRATOR CRIMES WITHIN THE TURKISH PENAL CODE

Abstract

Crimes are mostly regulated to be committed by one person. Multiple individuals may participate in the commission of a crime for reasons such as providing the necessary motivation to commit the crime or facilitating its committing. The responsibility of these participants is addressed in terms of complicity. Complicity can be briefly described as the

commission of a crime, which could be committed by one person, involving multiple participants. The responsibility of those participating in a crime can be established through the provisions of complicity, as regulated in Articles 37-41 of the Turkish Penal Code. In this respect, the provisions of complicity have an expansive effect on criminal liability and can be applied to the regulations containing types of crimes, to the extent that they are suitable.

In some types of crimes, the legislator has mandated the presence of multiple individuals for the commission of the crime. These crimes are referred to as "compulsory complicity" in doctrine. Under compulsory complicity, the presence of multiple perpetrators is required for the formation of certain crimes. Such crimes are called multi-perpetrator crimes. In some crimes, the formation of the crime requires the presence of a participant alongside the perpetrator. This is referred to as compulsory participation. In doctrine, multi-perpetrator crimes are divided into convergence and encounter crimes. In convergence crimes, perpetrators act from the same direction. The crime's formation requires multiple perpetrators to act with the same goal, and these actions are similar. In contrast, encounter crimes require perpetrators, considered essential for the crime's formation, to act from different directions to constitute the crime. In other words, in these crimes, perpetrators commit the same crime, but they perform non-identical actions from different directions. The presence of multiple perpetrators on both sides of the action does not affect the nature of an encounter crime.

In multi-perpetrator crimes, since the perpetrators participating in the crime are directly regulated in the legal definition, there is no need to resort to the provisions of complicity for their punishment. Indeed, in such crimes, the action of the required person constitutes the typical action of the crime. However, aside from the individuals whose presence is required for the commission of the crime as per the legal definition, a causal contribution to the commission of the crime can also be made by others. In other words, various forms of complicity can emerge even in multi-

perpetrator crimes. In such cases, for the individuals who causally contribute to the commission of the crime to be punished under the provisions of complicity, they must not be among the individuals required for the formation of the crime according to the legal definition. This study aims to explain, through examples of multi-perpetrator crimes regulated in the Turkish Penal Code, under which circumstances the provisions of complicity can be applied, and in which cases the actions of the participants constitute the typical action of the crime.

Key Words: complicity, compulsory complicity, multi-perpetrator crimes, accomplice, participant

BİLİŞİM SUÇLARINDA HAZIRLIK HAREKETLERİNİN CEZALANDIRILMASI: TCK M. 245/A “YASAK CİHAZ VE PROGRAMLAR” SUÇU

Arş. Gör. Veysel TOPUZ*

Özet

24/03/2016 tarih ve 6698 sayılı Kanun ile TCK'ya “yasak cihaz ve programlar” başlıklı 245/A maddesi eklenmiştir. Bu düzenlemeye göre, “bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun; münhasıran bu Bölümde yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması durumunda, bunları imal eden, ithal eden, sevk eden, nakleden, depolayan, kabul eden, satan, satışa arz eden, satın alan, başkalarına veren veya bulunduran kişinin eylemi” müeyyide altına alınmaktadır.

Bu düzenleme aslında taraf olduğumuz, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinin” bir gereği olarak ihdas edilmiştir. Gerçekten de sözleşmenin “cihazların kötüye kullanılması” başlıklı 6. maddesinde bilişim suçlarıyla ilgili olarak hazırlık hareketlerinin de cezalandırılması öngörülmüştür. Taraf devletler, sözleşmenin 2., 3., 4., ve 5. maddelerinde ihdas edilen suçları işlemek amacıyla cihaz, şifre, erişim kodu veya benzer bir veri oluşturmayı veya imal etmeyi, suç olarak düzenlemekle yükümlü kılınmışlardır¹. Ülkemizde sözleşmeye taraf olmanın bir gereği olarak ceza kanunumuzda bu fiilleri suç olarak ihdas etmiş, böylece sözleşme-

* Arş. Gör., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: veyseltopuz_35@hotmail.com, ORCID:0000-0002-9831-2816.

¹ KAYA, İslam Safa/ ÇAKIR Adem, “Yasak Cihaz veya Programlar Suçu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 38, Y. 2020, s. 36.

de öngörülen yükümlülük yerine getirilmiştir². Bu sayede, bilişim suçlarıyla daha etkin mücadelenin sağlanması adına, cezalandırılabilirlik ön alana kaydırılmış durumdadır³.

TCK m. 245/A düzenlemesi önemli bir boşluğu doldurmuş vaziyettedir. Bu hüküm yalnızca bilişim suçlarının hazırlık hareketlerini değil bunun yanı sıra bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların da hazırlık hareketlerini cezalandırmaya elverişli olacak şekilde kaleme alınmıştır. Bununla birlikte doktrinde bu suç tipinin düzenleniş şekline ilişkin bazı eleştiriler de söz konusudur. İlgili hükmün, sözleşmenin 6.maddesinden daha geniş kaleme alındığı, modern ceza hukukunun hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması yönündeki eğilimle paralellik arz etmediği, belirlilik ve dolayısıyla kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği hususları bu eleştirilerden bazılarıdır⁴.

Çalışmamızda öncelikle bahsedilen suç, suç inceleme yöntemine göre incelenecektir. Yukarıda kısaca bahsedilen suç tipine ilişkin doktrindeki tartışmalara ve kanaatimize yer verilecektir. Ayrıca güncel yargı kararları değerlendirilerek uygulamaya göz atılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Bilişim Suçları, Yasak Cihaz, Şifre, Programlar, Güvenlik Kodları

² 24/03/2016 tarih ve 6698 sayılı Kanununun 30. maddesinin 5. fıkrasıyla TCK'ya 245/A maddesi eklenmiştir.

³ ÜNAL, Osman Gazi, "Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması Bağlamında, Yasak Cihaz Veya Programlar Suçu" (TCK M. 245/A), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXVI, Y. 2022, Sa. 2, s. 598.

⁴ KAYA/ ÇAKIR, s. 40; KORKMAZ, İbrahim, Cihaz, Program, Şifre ve Güvenlik Kodlarının Bilişim Suçlarının İşlenmesi Amacıyla İmal ve Ticareti Suçu, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2018, C. 13, Sa. 142, (45-55), s. 52; EREN KARAKURT Ahu, "Bilişim Alanında Suçların veya Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanıldığı Diğer Suçların İşlenmesi Amacıyla Cihaz, Program, Şifre ya da Güvenlik Kodlarının Üretimi, Yayımlanması veya Bulundurulması Suçu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 11 (43), Y. 2020, s. 212-246, s. 231.

PENALIZATION OF PREPARATORY ACTS IN INFORMATION CRIMES: TPC Art. 245/A "FORBIDDEN DEVICES and PROGRAMS"

Abstract

Article 245/A titled "prohibited devices and programs" was added to the Turkish Penal Code by Law No. 6698 dated 24/03/2016. According to this regulation, "in the event that a device, computer program, password or other security code is made or created exclusively for the commission of the crimes listed in this Chapter and other crimes that can be committed by using information systems as a tool, the act of the person who manufactures, imports, ships, transports, stores, accepts, sells, offers for sale, purchases, gives to others or possesses them" is sanctioned.

This regulation was actually introduced as a requirement of the Council of Europe Convention on Cybercrime, to which we are a party. Indeed, Article 6 of the convention titled "misuse of devices" provides for the punishment of preparatory acts in relation to cybercrimes. States Parties are obliged to criminalize the creation or manufacture of a device, password, access code or similar data for the purpose of committing the crimes set forth in Articles 2, 3, 4, and 5 of the convention. As a requirement of being a party to the convention, our country has criminalized these acts in our criminal code, thus fulfilling the obligation stipulated in the convention. In this way, punishability has been shifted to the front area in order to ensure a more effective fight against cybercrimes.

Article 245/A of the TPC has filled an important gap. This provision covers not only the preparatory acts of cybercrimes, but also it has been drafted in a way to punish the preparatory acts of other crimes that can be committed by using the systems as a tool. However, there are some criticisms in the doctrine regarding the way this type of crime is regulated. Some of these criticisms are that the relevant provision is drafted more broadly than Article 6 of the Convention, that it is not in line with the tendency of modern criminal law not to punish preparatory acts, and that it contradicts the principle of certainty and therefore legality.

In our study, first of all, the mentioned crime will be examined according to the crime investigation method. The discussions in the doctrine and our opinion regarding the above-mentioned crime type will be included. In addition, current judicial decisions will be evaluated and the practice will be reviewed.

Key Words: Cybercrime, Prohibited Device, Password, Programs, Security Codes

İNSAN HAKLARININ KORUNMASINDA YASAMA ORGANININ ROLÜNÜN KUVVETLENDİRİLMESİ İÇİN BİR DOĞRUDAN DENETİM USULÜ ÖRNEĞİ: ABD KONGRESİ SORUŞTURMA AMAÇLI KOMİSYON DİNLEME TOPLANTILARI

Dr. Öğr. Üyesi Özgür TAŞDEMİR*

Özet

Amerika Birleşik Devletleri Kongresi Komisyon Dinleme Toplantıları, Temsilciler Meclisi komisyonlarının resmi bilgi toplama ve analiz yoludur. Kongrenin, komisyon dinleme toplantıları, yasama, denetim, soruşturma ve adayların onaylanması için yapılan dinleme toplantıları olmak üzere dört türe ayrılır. Bu çalışmada, diğer dinleme toplantısı türlerinden kimi yönleriyle ayrılan, yetkileri yönünden incelenmesi durumunda yasama organının insan haklarının korunmasındaki rolüne önemli vurgular barından ve böylelikle çarpıcı bir örnek oluşturan soruşturma amaçlı dinleme toplantıları (*Investigative Hearings*) irdelenecektir. Soruşturma amaçlı komisyon dinleme toplantılarında aslen, kamu görevlilerinin görevleri sırasında gerçekleştirdikleri, başta görevi kötüye kullanma gibi suçlar olmak üzere hukuk ihlalleri soruşturulur.

Kongre komisyonunun, bu dinleme toplantısındaki soruşturmaya yönelik yetkileri oldukça geniştir. Komisyon, pasif bir dinleyici değil, çekişmeli ve çelişmeli (*confrontational and adversarial*) bir toplantının tarafıdır. Diğer dinleme toplantılarından farklı olarak, toplantıya komisyonca çağrılan tanıklara sorgulayıcı sorular sorulur. Bu doğrultuda tanık-

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Ceza İnfaz ve Güvenlik Hizmetleri Programı, Türkiye, E-posta: kucuktasdemir@ankara.edu.tr, ORCID:0000-0001-5327-1822.

lardan yemin alınır ve gerekirse haklarında yalan tanıklık suçundan savcılıkça soruşturma açılabilir. Komisyon karşısına dinlenilmesi amacıyla çağrılan tanıklar hakkında ihzar celbi hazırlanır (*subpoena*) ve buna uymayanlar hakkında, devletin organlarını aşağılamaktan (*criminal contempt*) savcılıkça soruşturma açılabilir. Bu özellikleri dolayısıyla ki toplantıdaki dinleme sürecine ilişkin uyulması gereken usul kuralları bulunur. Örneğin, toplantının gerçekleşme günü en az yedi gün önceden taraflara bildirilir, komisyonca yeterli çoğunluk sağlanmadan tanık beyanı veya delil alınmaz, toplantıya soruşturma konusunun açıklanmasıyla başlanır, tanıklara sorulan konuyla ilgisiz sorulara, diğer komisyon üyeleri tarafından itiraz edilebilir, ihzar celbinin çıkarılması kurala bağlıdır, tanıklar hakkında *nemo tenatur* ilkesi uygulanır. Toplantıda ele edilen bilgiler, komite izin vermediği sürece kamuya kapalıdır.

Diğer taraftan, genel olarak dinleme toplantıları, etkin bir bilgi edinme yolu olmalarına karşın, McCarthy'nin 1940'lı ve 1950'li yıllar boyunca yaşattığı, Kızıl Panik olarak adlandırılan baskı döneminde kötüye kullanılmışlardır. Buna karşın, yasamaya bu tip bir doğrudan denetim usulünün tanınması ve kanımızca bu yolun salt siyasi amaçlarla kullanılmaması için kamu görevlilerinin görevleri sırasında gerçekleştirdikleri insan hakları ihlalleriyle sınırlı tutulması, bu hakların korunması için etkin bir yol sunabilir. İdarenin yasama tarafından doğrudan denetlenbilmesine yönelik usullerin çoğalması, insan hakkı ihlallerine karşısında yasamaya önemli bir rol biçebilir. Bu rolün kuvvetlendirilmesi için yasamaya, geniş yetkilere sahip olabileceği doğrudan denetim usulleri sağlanmalıdır. Bu bağlamda soruşturma amaçlı komisyon dinleme toplantıları, yasamanın, üstü örtülmüş ve derinleşmiş sorunlar hakkında bilgi sahibi olması ve yasal çareler üretilebilmesi adına önemli bir örnek oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Komisyon Dinleme Toplantıları, Soruşturma Amaçlı Dinleme Toplantıları, Nemo Tenatur, Kamu Görevlileri, İnsan Hakları

STRENGTHENING THE ROLE OF THE LEGISLATURE IN THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: AN EXAMPLE OF DIRECT SUPERVISION PROCEDURE THROUGH US CONGRESSIONAL COMMITTEE HEARINGS FOR INVESTIGATION PURPOSES

Abstract

United States Congressional Committee Hearings are the official methods of information gathering and analysis for the House of Representatives committees. The Congressional Committee Hearings are broadly classified into four types: legislative, oversight, investigative, and confirmation hearings. Investigative hearings, which are distinguished from other types of hearings in some aspects and contain a significant emphasis on the role of the legislative body for the protection of human rights. Primarily, investigative commission hearing meetings investigate legal violations committed by public officials during their duties, especially crimes such as misconduct in public office.

The powers of the Congress committee in these investigative hearings are quite extensive. The committee is not a passive listener, but a party to a confrontational and adversarial hearings. Unlike other hearings and meetings, interrogative questions are asked to the witnesses called by the committee. In this regard, oaths are taken from the witnesses and if necessary, judicial inquiry can be opened by the prosecutor for perjury. A subpoena is prepared for the witnesses who are called to testify before the committee, and those who do not comply can be investigated by the prosecutor for criminal contempt. Due to these features, there are procedural rules to be followed regarding the listening process in the hearing. For example, the day of the meeting or hearing is notified to the parties minimum of seven days in advance, no witness statement or evidence is taken without ensuring a sufficient majority by the committee, the meeting starts with the announcement of the subject and scope of the investigation, insulting or irrelevant questions asked to the witnesses can be objected by other committee members, the issuance of the subpoena is subject to the rule, the principle of *nemo tenatur* is applied to the witness-

ses. The information discussed at the meeting or hearing is not disclosed to the public unless permitted by the committee.

On the other hand, although hearings are generally an effective way of obtaining information, they were abused during the period of intense political repression known as the Red Scare, which occurred during the 1940s and 1950s under Senator McCarthy. However, recognizing such a direct control method to the legislature and limiting this path to human rights violations committed by public officials during their duties in order not to use this path for purely political purposes can offer an effective way to protect these rights. The proliferation of procedures that allow the legislature to directly control the administration can assign an important role to the legislature in preventing human rights violations. To strengthen this role, direct control procedures that the legislature can have broad powers should be provided. In this context, investigative committee hearing meetings serve as an important example of how the legislature can gain information about concealed and complex problems and develop legal remedies.

Key Words: United States Congressional Committee Hearings, Investigative Hearings, Nemo Tenatur, Public Officials, Human Rights

ANAYASAL YORUMDA “YAŞAYAN HUKUK” DOKTRİNİ

Dr. Öğr. Üyesi Pınar DİKMEN*

Özet

“Yaşayan hukuk” doktrini, somut norm denetiminin esaslı denetim modellerinden biri olduğu İtalyan anayasa yargısında ortaya çıkmış olup İtalyan anayasa yargıçlarının anayasal yorumda sıklıkla başvurduğu bir teoridir. Bu teorinin, Amerika Birleşik Devletleri menşeli “hukuki realizm”in, anayasa yargısındaki bir yansıması olduğu iddia edilmektedir. Mahkeme içtihatlarının yürürlükteki hukukun en önemli kaynaklarından biri olduğu bu sistemde realizm taraftarları, “hukukun ne olduğu” sorusuna – en basit tabir ile- kendisi de sosyolojik ve ideolojik vb. bir varlık olan ve bu unsurlardan beslenen yargıcın verdiği kararlar olarak nitelendirirler. Dolayısıyla esasında hukuk, yaşayan bir varlık olan ve belirli bir sosyallikten beslenen yargıcın kelamıdır.

Yaşayan hukuk doktrini ise bir normun anayasaya uygun olup olmadığı sorusuna cevap arayan yargıcın, bu normun anlamını ortaya çıkarırken, normun toplumda kazandığı anlamın dikkate alınmasını öngörür. Daha net bir ifade ile, prensip olarak yalnızca somut norm denetiminde başvurulabilecek olan bu teoriye göre, yürürlüğe giren ve belirli bir vakaya uygulanan norm, bu süre içinde muayyen bir anlam kazanır; bu anlam, bu normu uygulayan diğer mahkemelerin yorumu ile adeta yaşayan bir varlık gibi beslenir. Bu noktada anayasa yargıcını, norm denetimi esnasında normun özellikle yüksek yargı makamları tarafından verildiği anlamı da dikkate alarak bir karar verir. Burada esasında anayasa

* Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta:dikmenpnar@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7123-3109.

yargıcının, anayasal normları yorumlama tekelinden vaz geçerek, bu normun toplumdaki karşılığı ile daha esaslı bir ilişkide olan yargıçların da yorumunu da dikkate alması sağlanmaktadır; bu doktrin sayesinde anayasa yargıcı, norma yasa koyucu tarafından tanınan anlamın dışında, normun günlük hayatta kazandığı anlamla daha doğrudan ilişkide olan yargı makamlarının yorumunu da göz önüne alarak bir anayasaya uygunluk denetimi yapmaktadır. Böylece anayasa yargıcı ve diğer yargıçların yorumları arasında bir armoni sağlanmaktadır.

Bu cihetle çalışmada, yaşayan hukuk doktrini tanıtılacak ve anayasa yargısında başvurulan diğer yorum yöntemleri ile benzeşen ve ayrışan yönleri, doktrinin uygulandığı temel içtihatlar çerçevesinde ortaya konulacaktır. Ek olarak Türk Anayasa Mahkemesinin kararlarında bu doktrinin izleri sürülecek ve söz konusu kararlar, doktrin ışığında açıklanmaya çalışılacaktır. Böylece anayasal yorum literatürüne yeni bir bakış açısı kazandırılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasal Yorum, Hukuki Realizm, Yaşayan Anayasa, Yaşayan Hukuk, Yorum Yöntemleri

THE DOCTRINE OF “LIVING LAW” IN CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

Abstract

The doctrine of “living law” emerged in the Italian constitutional judiciary and is a formula frequently used by Italian constitutional judges in constitutional interpretation. It is claimed that this doctrine is a reflection of “legal realism”, originating from the United States of America, in constitutional jurisdiction. In this system, where court precedents are one of the most important sources of current law, supporters of realism answer the question of “what is law”, - in the simplest terms - as the decisions made by the judge, who is also a sociological and ideological etc. entity and fed by these elements. Therefore, in essence, law is the word of the judge, who is a living being and nourishes from a certain sociality.

The doctrine of living law is that the judge who seeks an answer to the question of whether a norm is constitutional or not, while revealing the meaning of this norm, considers the meaning that the norm has gained in society; It requires taking social reality into account. More precisely, according to this theory, the norm that comes into force and is applied to a specific case acquires a certain meaning within this period; This meaning is nourished like a living entity by the interpretation of other courts that apply this norm. At this point, the constitutional judge makes a decision during the constitutional review, taking into account the meaning of the norm, especially given by the higher judicial authorities, and builds his justification on it. Here, the constitutional judge essentially gives up his monopoly on interpreting constitutional norms and has a more fundamental understanding of the norm's reflection in society. It is ensured that the interpretation of the judges involved are also taken into account. Thanks to this doctrine, the constitutional judge carries out a constitutionality review taking into account the interpretation of the judicial authorities, which is more directly in relation with the meaning of the norm in daily life, in addition to the meaning given to the norm by the legislator. Thus, a harmony is achieved between the interpretations of the constitutional judge and other judges, and the supremacy of the constitution is ensured by determining that the norm has become unconstitutional in practice.

Key Words: Constitutional Interpretation, Interpretation Methods, Legal Realism, Living Constitution, Living Law

TÜRKİYE'DE KANUNLAR VE KANUN YAPIM SÜRECİNE HAKİM OLAN İLKELER ÜZERİNE DEĞERLENDİRME

Dr. Öğr. Üyesi Abbas KILIÇ*

Özet

Yasama sürecinde, Jeremy Waldron'un yöntemsel ilkeler üzerinde durduğu görülmektedir. Waldron, yasama sürecini ve erkini mümkün ölçüde idealize etmekte, bu iktidarı gerçek bir demokratik platform olarak tasarlamaktadır. Bu yöntemsel ilkelerin meşruiyete ilişkin önemli dayanakları bulunmaktadır.

Buna göre, Waldron'un belirlediği yöntemsel ilkelerden ilki "açık bir biçimde hukuk yaratma"dır. Bunun sonucunda açık ve şeffaf bir şekilde yaratılan hukuk normu herkesi bağlayacak ve demokratik meşruiyetini buradan alacaktır. Ancak bunun için toplumsal tarafların temsiline dayalı bir meşruiyet taşınmalıdır. Nitekim "farklı görüşlere saygı ilkesi" de bunu gerektirmektedir. İkinci olarak, "kanun yaparken hem kanunun içkin önemi hem de yasanın ilgilendirdiği menfaat ve özgürlükler yönünden gerekli özenin gösterilmesi" gerekmektedir. Bu ilkeye göre, bir hukuk kuralını yaratan ya da onu değiştirenler, bu değişiklik ile neyin iyi, neyin kötü sonuç doğuracağı konusunda makul bir görüşe sahip olmalıdırlar.

Hukuk düzenindeki kural koyucuların, kanun teklifi, komisyon görüşmeleri ve de genel kurul görüşmelerindeki görev ve yetkileri gibi temel yeterlilik koşullarına ve uygun donanımda sahip olmalıdır. Bu çerçevede yasama süreçlerine hakim olan maddi ve şekli hükümlerin her birinin öngördüğü hukuki rejimin yasama organı üyeleri tarafından bilinmesi, değerlendirilebilmesi ve müzakere etme kapasitesine sahip olmaları gerekir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: abbas.kilic@atilim.edu.tr., ORCID: 0000-0002-1279-4747.

Türkiye’de normların hiyerarşik düzeni ve bunların anayasallığı Anayasa Hukukunun temel konuları arasında yer almaktadır. Türkiye’de normların hukuki rejimi, hukuk sisteminde gerek doğrudan anayasa ile gerekse diğer kurallar ile düzenleme altına alınan ve uygulama bulan işlemlere karşılık gelmektedir. Anayasa ile kanunlar arasındaki ilişki, kanunlar bakımından bir tasnif yapmayı gerekli kılmaktadır. Özellikle kanunların Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde kabul edilmesinde gerekli anayasal çoğunluk esas alındığında, Anayasa değişikliği öngören kanunlar ve af kanunları dışında nitelikli çoğunluğun aranmaması önemli sorunları beraberinde getirmektedir. Nitekim çeşitli ülkelerde uygulama bulan ve önemli bir denge aracı olan organik kanun türünün Türk hukuk düzeninde yer almaması gerek anayasal organların kuruluşu ve işleyişi gerekse temel hak ve özgürlükler bakımından bir kurumsal açık olarak değerlendirilebilecektir. Dolayısıyla kanunların kabul edilme sürecine hakim olan yöntemseller ilkeler ile onun müzakere edilmesi ve kimi kanun türlerinde aranması gereken nitelikli çoğunluklar demokratik meşruiyet bakımından önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Normlar hiyerarşisi, yasama süreci, kanun türleri, demokratik meşruiyet, nitelikli çoğunluk.

EVALUATION ON THE LAWS AND THE PRINCIPLES DOMINATING THE LAW MAKING PROCESS IN TURKEY

Abstract

In the legislative process, Jeremy Waldron emphasises methodological principles. Waldron idealises the legislative process and power to the extent possible and conceives this power as a real democratic platform. These methodological principles have important grounds for legitimacy.

Accordingly, the first of Waldron’s methodological principles is “open creation of law”. As a result, the legal norm created in an open and transparent manner will bind everyone and derive its democratic legitimacy from this. However, for this, it must have a legitimacy based on the representation of social parties. As a matter of fact, the “principle

of respect for different views” also requires this. Secondly, “due diligence must be exercised when making laws, both in terms of the inherent importance of the law and the interests and freedoms that the law concerns”. According to this principle, those who create or amend a rule of law must have a reasonable view as to what will result in good or bad consequences.

The rule-makers in the legal order should have basic qualification conditions and appropriate equipment, such as their duties and powers in the legislative proposal, commission deliberations and plenary discussions. In this framework, the members of the legislature should be aware of the legal regime envisaged by each of the substantive and procedural provisions governing the legislative process and should have the capacity to evaluate and deliberate.

In Turkey, the hierarchical order of norms and their constitutionality are among the main subjects of Constitutional Law. In Turkey, the legal regime of norms corresponds to the transactions that are regulated and implemented in the legal system either directly by the constitution or by other rules. The relationship between the Constitution and laws necessitates a classification in terms of laws. Especially when the constitutional majority required for the adoption of laws by the Grand National Assembly of Turkey is taken as a basis, the fact that qualified majority is not required, except for laws amending the Constitution and amnesty laws, brings along important problems. As a matter of fact, the absence of the organic law type, which has found application in various countries and is an important balancing tool, in the Turkish legal order can be considered as an institutional deficit in terms of both the establishment and functioning of constitutional organs and fundamental rights and freedoms. Therefore, the methodological principles governing the adoption of laws, its deliberation and the qualified majorities required for certain types of laws are important in terms of democratic legitimacy.

Key Words: Hierarchy of norms, legislative process, types of laws, democratic legitimacy, qualified majority.

ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİNDE ÖNLEYİCİ DENETİM SİSTEMİNİ BENİMSEYEN ÜLKELER VE UYGULAMALARI

Arş. Gör. Dr. Gizem GÜNER YAŞAR*

Özet

Anayasaya uygunluk denetimine tabi işlemlerden olan anayasa değişikliklerinin, hangi organ tarafından ne şekilde denetleneceği ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Anayasa değişikliklerinin denetimini yapacak organı anayasa mahkemesi olarak belirleyen ülkelerin anayasalarında, ilgili düzenlemeler ve zaman bakımından uygulamalar konusunda da bir birlik sağlanamamıştır. Anayasa değişikliklerinin anayasa mahkemeleri tarafından denetlenmesi konusunda açıkça bir hüküm barındıran ülkelerde, yargısal denetimin yapıldığı zaman bakımından kullanılan ayırım gözetilmektedir. Bir hukuki işlemin zaman bakımından yargısal denetiminde “önleyici (ön, önceden, *a priori*) ve düzeltici (sonradan, giderici, *a posteriori*) denetim” olarak ikili bir ayırım karşımıza çıkmaktadır. Önleyici denetim kısaca bir hukuk normunun yürürlüğe girmesinden önce yapılan denetimdir. Düzeltici denetim ise bir hukuk normunun yürürlük kazanmasından sonra, başvuru üzerine yüksek mahkeme tarafından yapılan denetimdir. Genel olarak normların ve özelinde anayasa değişikliklerinin denetiminde uygulanan sistem düzeltici denetim sistemi olsa da; nadiren bu iki sistemi birleştirip uygulayan ya da bu sistemleri reddedip denetim yapmayan ülkeler de mevcuttur. Çalışmada, anayasa değişikliklerinin denetiminde önleyici denetim sistemini benimseyen Azerbaycan, Moldova, Kırgızistan, Ukrayna, Kazakistan ve Romanya örnekleri ele alınacaktır.

* Arş. Gör. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye. E-posta: gguner@cu.edu.tr, ORCID 0000-0001-9217-6801.

Esasen anayasa değişikliklerinde uygulanan önleyici denetimin bir yargısal denetim olup olmadığı tartışılabilir; zira burada değişiklikler yasalaşmadan önce anayasaların zorunlu kıldığı, adeta bir onay aşaması söz konusudur. Anayasa değişikliklerinin denetiminde yasalaşmadan denetim yapma usulünü benimseyen ülkelerin büyük bir kısmı, anayasa metinlerinde buna ilişkin bir düzenleme getirmişlerdir. Anayasalardaki düzenlemeler içinde denetime ilişkin konularda, usul ve denetimin bağlayıcılığına ile ilgili kurallar yer almaktadır. Bu düzenlemeler de farklılık barındırır da; ortak fikir elbette, eğer anayasaya aykırı bir değişiklik söz konusuysa, onu yürürlüğe girmeden engellemektir. Anayasa mahkemelerine bu yetki açıkça verilmediği hallerde ise, mahkemelerin kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlali sayılabilecek şekilde hareket ettikleri ve kendi kendilerine bu yetkiyi tanıyarak yargıçlar hükümetine yol açtıkları iddiaları ortaya atılmaktadır. Anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminde önleyici denetime anayasalarda açıkça yer verilmesi, bu endişelerin önünde geçmek için bir öneri olarak getirilebilir. Ancak kusursuz bir uygulama yapılsa bile, bu denetim türünün bazı olumsuz yanları nedeniyle söz konusu endişelerin her zaman tekrar etme ihtimali vardır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Değişiklikleri, Anayasaya Uygunluk, Yargısal Denetim, Önleyici Denetim, A Priori Denetim

COUNTRIES AND PRACTICES ADOPTING THE PREVENTIVE REVIEW SYSTEM IN JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS

Abstract

The manner in which constitutional amendments, which are among the transactions subject to constitutionality review, will be audited by which body varies from country to country. The constitutions of the countries that have designated the constitutional court as the body to review constitutional amendments are not unified in terms of the relevant regulations and practices in terms of time. In countries that have an

explicit provision on the review of constitutional amendments by constitutional courts, the distinction used in terms of the time of judicial review is observed. In the judicial review of a legal act in terms of time, there is a dual distinction between "preventive (preliminary, previously, a priori) and corrective (posteriori, remedial, a posteriori) review". In short, preventive review is the review conducted before the entry into force of a legal norm. Preventive review is the review conducted before a legal norm enters into force. Corrective review, on the other hand, is the review conducted by the supreme court upon application, after a legal norm has entered into force. Although the system applied in the review of norms in general and constitutional amendments in particular is the system of corrective review, there are countries that rarely combine and apply both systems or reject these systems and do not conduct any review. In this study, the cases of Azerbaijan, Moldova, Kyrgyzstan, Ukraine, Kazakhstan and Romania, which have adopted the preventive review system in the review of constitutional amendments, will be discussed.

In fact, it is debatable whether the preventive review of constitutional amendments is a judicial review or not, as there is a stage of ratification required by the constitutions before the amendments are enacted. Most of the countries that have adopted pre-legislative scrutiny in the review of constitutional amendments have included a provision in their constitutions. The constitutional provisions include rules on the procedure and the binding nature of the review. While these regulations also differ, the common idea is, of course, that if an amendment is unconstitutional, it should be blocked before it comes into force. Where the constitutional courts are not explicitly granted this power, there are allegations that they act in violation of the principle of separation of powers, and that by granting themselves this power, they pave the way for a government of judges. The explicit inclusion in constitutions of preventive review in the judicial review of constitutional amendments may be a suggestion to overcome these concerns. However, even in the case of a

perfect implementation, there is always the possibility that these concerns may recur due to some negative aspects of this type of review.

Key Words: Constitutional Amendments, Constitutionality, Judicial Review, Preventive Review, A Priori Review

1982'DEN GÜNÜMÜZE BÜTÜNCÜL ANAYASA TASLAKLARINDA ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YETKİLERİ ÜZERİNE MÜLAHAZALAR

Barkın ÖZYURT*

Özet

Kıta Avrupası ülkelerinin ekseriyetinde ve ülkemizde, Anayasa Yargısının tek yetkili mercii olan Anayasa Mahkemesi ve bu Mahkeme'nin yetkileri, kuruluşlarından beri özellikle anayasa hukuku doktrininde tartışma konusu olmuştur ve olmaya devam etmektedir. Bunda ülkemizde Anayasa Mahkemesi'nin gerek kuruluşundan gerekse 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden itibaren verdiği çeşitli kararları, özellikle de anayasa şikâyeti yolunun kabulünden sonraki bireysel başvuru kararları önemli rol oynamaktadır. Hatta bu kararlar neticesinde Mahkeme'ye ilişkin, 'yargısal aktivizm' kavramı etrafında da tartışmalar cereyan etmektedir. Bununla birlikte Mahkeme'ye ilişkin tartışmalar ve öneriler, ekseriyetle anayasa değişikliklerinin yahut yeni bir anayasa hazırlanmasının gündeme geldiği zamanlarda alevlenmektedir. Bu noktada Mahkeme yetkilerine ilişkin mülahazaların en önemli tezahürü şüphesiz hazırlanan topyekûn anayasa öneri yahut taslaklarındadır. Çünkü bu taslaklar, tam anlamıyla birer anayasa metni olma saikiyle enine boyuna tartışılarak hazırlanmaktadır. Sunulacak olan bu çalışmanın temel amacı, 1982 Anayasası'nın kabul edilmesinden itibaren çeşitli parti, kurum, kuruluş veya meslek örgütleri tarafından hazırlanan bütüncül anayasa öneri ve taslaklarında Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri üzerindeki mülahazaların incelenmesi ve nihayetinde Mahkeme'nin yetkileri hususunda bir değerlendirme ve öneri ortaya koymaktır.

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: barkin.ozyurt@bilkent.edu.tr; ORCID: 0000-0002-6911-4124.

1982 Anayasası'nın kabulünden itibaren pek çok anayasa önerisi yahut taslağı hazırlanmış ve kamuoyuyla paylaşılmıştır. Bunlar ekseriyetle ilgili parti/kurum/kuruluş yahut meslek örgütünün bünyesinde oluşturulan birer komisyon tarafından uzun soluklu çalışmalar neticesinde hazırlanmıştır. Şüphesiz her bütüncül anayasa taslağı dikkate alınmaya ve incelenmeye değerdir; ancak bu çalışmanın kapsam olarak sınırlandırılması amacıyla 1982 Anayasası'nın kabulünden itibaren ortaya konan anayasa taslaklarından tahdidi olarak seçilen bir kısmı çalışmada incelenecektir. Bu tahdidi seçimde Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri üzerinde farklı ve detaylı mülhazalar içeren taslaklar göz önünde bulundurulmuş; ayrıca konunun Türk Anayasal Tarihi açısından bir panoramasının çizilmesi amacıyla ilgili taslağın kamuoyuyla paylaşıldığı tarihler de dikkate alınmıştır. Bu kapsamda ele alınacak anayasa öneri yahut taslakları sırasıyla şu şekildedir: 1992 Yılında Türkiye Sanayici İşadamları Derneği (TÜSİAD) İçin Hazırlanan Anayasa Önerisi; 2000 Tarihli Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB)'nin Anayasa Taslağı; 2007 Tarihli Prof. Dr. Ergun Özbudun Başkanlığındaki Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan Anayasa Önerisi; Türkiye Barolar Birliği (TBB) Tarafından Hazırlanan 2007 Tarihli Anayasa Önerisi; 2011 Tarihli Müstakil Sanayici İşadamları Derneği (MÜSİAD) İçin Hazırlanan Anayasa Önerisi; 2011 Yılında Stratejik Düşünce Enstitüsü (SDE) Tarafından Hazırlanan Yeni Anayasa Önerisi; 28 Kasım 2022'de Altı Muhalefet Partisi Tarafından Açıklanan Güçlendirilmiş Parlamenter Sistem Önerisi.

Sunulacak olan çalışmada, mezkûr taslak ve önerilerde Anayasa Mahkemesi'ne tanınması öngörülen yetkiler, ilgili öneri yahut taslak maddesinin gerekçeleriyle birlikte karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Sonrasında tüm önerilerdeki mülhazaların bir sentezi yapılarak değerlendirilecek ve nihayetinde 'yargısal aktivizm' hususu ile anayasa yargısına ilişkin mevcut gelişmeler de nazara alınarak Mahkeme'nin yetkilerine ilişkin bir sonuç ve öneri ortaya konacaktır.

Anahtar Kelimeler: Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nin Yetkileri, Bütüncül Anayasa Taslaklarında Anayasa Mahkemesi'nin Yetkileri, Türkiye'de Anayasa Yargısı, Türk Anayasal Tarihi.

CONSIDERATIONS ON THE POWERS OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN THE HOLISTIC CONSTITUTIONAL DRAFTS FROM 1982 TO THE PRESENT

Abstract

Constitutional Court which is the sole competent authority of the Constitutional Judiciary in the majority of Continental European countries and in our country and the powers of this court have been and continue to be the subject of debate, especially in the doctrine of constitutional law, since these court's establishment. In this matter, various decisions of the Constitutional Court since its establishment and the entry into force of the 1982 Constitution, especially the decisions of individual applications after the adoption of the constitutional complaint remedy, play an important role in our country. In fact, as a result of these decisions, there are discussions around the concept of 'judicial activism' regarding the Court. In addition, debates and suggestions regarding the Court often flare up when constitutional amendments or the preparation of a new constitution are on the agenda. At this point, the most important manifestation of the considerations regarding the powers of the Court is undoubtedly in the holistic constitutional proposals or drafts that have been prepared. Because these drafts are prepared by discussing in detail with the motive of being a literally constitutional text. The main purpose of this study, which will be presented, is to examine the considerations on the powers of the Constitutional Court in the holistic constitutional proposals and drafts prepared by various parties, institutions, foundations or professional organizations since the adoption of the 1982 Constitution and finally to put forward an evaluation and recommendation on the powers of the Court.

Since the adoption of the 1982 Constitution, many constitutional proposals or drafts have been prepared and shared with the public. These have been prepared as a result of long-term studies by a commission formed within the body of the relevant party/institution/foundation or professional organization. Undoubtedly, every holistic draft of the cons-

titution is worth considering and examining. However, in order to limit the scope of this study, a limited selection of the constitutional drafts put forward since the adoption of the 1982 Constitution will be examined in the study. In this limited selection, drafts containing different and detailed considerations on the powers of the Constitutional Court were taken into consideration. In addition, in order to draw a panorama of the subject in terms of Turkish Constitutional History, the dates when the relevant draft was shared with the public were also taken into account. The constitutional proposals or drafts to be discussed in this context are as follows: Constitutional Proposal Prepared for the Turkish Industry and Business Association (TÜSİAD) in 1992; Draft Constitution of the Union of Chambers and Commodity Exchanges of Türkiye (TOBB) dated 2000; Constitutional Proposal Prepared by the Science Commission Chaired by Prof. Dr. Ergun Özbudun dated 2007; Constitutional Proposal Dated 2007 Prepared by the Union of Turkish Bar Associations (TBB); Constitutional Proposal Prepared for the Independent Industrialists' and Businessmen's Association (MÜSİAD) dated 2011; New Constitutional Proposal Prepared by the Strategic Thought Institute (SDE) in 2011; Strengthened Parliamentary System Proposal Announced by Six Opposition Parties on November 28, 2022.

In the study to be presented, the powers envisaged to be granted to the Constitutional Court in the aforementioned drafts and proposals will be discussed comparatively together with the justifications of the relevant proposal or draft article. Afterwards, a synthesis of the considerations in all proposals will be made and they will be evaluated. Then finally, a conclusion and recommendation regarding the powers of the Court will be put forward, by taking into account the issue of 'judicial activism' and current developments regarding constitutional judiciary.

Key Words: Turkish Constitutional Court, Powers Of The Constitutional Court, Powers Of The Constitutional Court In The Holistic Constitutional Drafts, Constitutional Judiciary In Türkiye, Turkish Constitutional History.

KAMU GÖREVLİLERİ ETİK KURULUNUN VE YETKİLİ DİSİPLİN KURULLARININ ETİK DAVRANIŞ İLKELERİNE UYGUNLUK BAKIMINDAN YAPTIKLARI TESPİTLERİN MEMURUN DİSİPLİN SORUMLULUĞUNA ETKİLERİ

Dr. Öğr. Üyesi Sencer Abdullah AKKOYUNLU*

Özet

Etik, kişilerin işlerini ne şekilde yapması gerektiğini belirlemede onlara yardımcı olan, kılavuzluk eden ahlaki ilkelerdir¹. Bu tanımdan yola çıkarak idare bakımından etiği kamu görevlilerinin faaliyetlerinde göz önünde bulundurması ve uyması gereken ahlaki ilkeler olarak tanımlamak mümkündür.

Kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken uyması gereken kuralların neler olduğu kamu görevlilerine ilişkin mevzuatta belirlenmiştir. Kamu görevlilerinin mevzuatta belirlenen kurallara uymayan davranışları disiplin suçu teşkil edebilmekte ve disiplin cezası ile cezalandırılmalarına sebebiyet verebilmektedir. Bununla beraber idari faaliyetlerde uyulması gereken her kuralın doğrudan disiplin suçu teşkil etmemesi ihtimal dâhilindedir. Böyle bir ihtimal karşısında kamu görevlilerinin uyması gereken etik davranış ilkelerini göz önünde bulundurmak gerekecektir. Nitekim kamuda etiğin kamu görevlilerinin mevzuata uygun hareket etmelerini sağlamanın yanı sıra kamu görevlileri üzerinde etik ilkelerin farkındalığını sağlamayı da içerdiği ifade edilmektedir². Mev-

* Dr. Öğr. Üyesi Sencer Abdullah AKKOYUNLU, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: saakkoynulu@erzincan.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5682-0786.

¹ ŞEN, Mustafa Lütfi, Kamu Görevlileri Etik Rehberi, 8. Basım, Ankara, 2022, s. 13.

² ÇOLAK, İremnur Çolak, "Kamu Etiği ve Kamuda Uyulması Beklenen Etik Davranış Kuralları", Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C. 8, S. 4, 2021, s. 407.

zuatta yer alan düzenlemeler kamu görevlilerinin hangi davranışların etik olmadığını belirlemede yetersiz kalabilmekte ve bu sebeple ikilem içinde kalan kamu görevlilerine yardımcı olmak üzere etik ilkelerin belirlenmesi önem arz etmektedir³.

Kamu görevlilerinin etik olup olmadığını belirlemede tereddütte kaldığı faaliyetleri vatandaşlarda yolsuzluk şüphesi uyandırabilecektir. Oysaki kamu görevlilerinin yalnızca yolsuzluk teşkil ettiği açıkça ortada olan davranışlardan değil yolsuzluk şüphesi uyandıran davranışlardan da uzak durmaları gerekmektedir⁴.

Türkiye’de kamu görevlilerinin uyması gereken etik davranış ilkeleri Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından belirlenmiştir. 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanuna göre kamu görevlilerinin faaliyetlerinin etik davranış ilkelerine uygun olup olmadığı Kamu Görevlileri Etik Kurulu ve ilgili idarelerin yetkili disiplin kurulları tarafından denetlenmektedir. Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından etik davranış ilkelerine aykırı bulunan faaliyetlerden bazıları ayrıca ve açıkça 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda göre disiplin suçu teşkil etmektedir. Böyle hallerde Kamu Görevlileri Etik Kurulunun ve yetkili disiplin kurullarının etik davranış ilkelerine uygunluk denetimi neticesinde yaptığı tespitlerin memurun disiplin sorumluluğuna etki etmesi mümkündür. Buna göre memur hakkında henüz disiplin soruşturması açılmamış ise etik davranış ilkelerine aykırı hareket ettiği yönündeki tespit memur hakkında disiplin soruşturması açılmasına sebep olabilir. Memur hakkında disiplin soruşturması yürütülmeğe etik davranış ilkelerine aykırı hareket ettiği/etmediği yönünde tespitte bulunulması durumunda söz konusu tespit, yürütülmekte olan soruşturmada dikkate alınması gereken bir delil olabilir. Yapılan tespit disiplin cezasına itiraz edilmesi halinde itiraz merciin alacağı kararda ve disiplin cezasına karşı yargı yoluna gidilmesi halinde yargı yerinin vereceği kararda delil olarak dikkate

³ ŞEN, s. 13.

⁴ ŞEN, s. 16.

alınabilir. Ayrıca etik davranış ilkelerine aykırılık tespitinde bulunulması memur hakkında bir derece hafif disiplin cezası uygulanmasına engel teşkil edebilir. Bununla birlikte Kamu Görevlileri Etik Kurulunun ve yetkili disiplin kurullarının yaptığı tespitlerin disiplin soruşturmasına etki edebilecek olması idarenin disiplin soruşturması uyması gereken esasları ortadan kaldırmaz.

Anahtar kelimeler: Etik, etik davranış ilkeleri, Kamu Görevlileri Etik Kurulu, disiplin soruşturması, memurun disiplin sorumluluğu.

THE EFFECTS OF THE DETERMINATIONS MADE BY THE PUBLIC SERVANTS ETHICS COMMITTEE AND AUTHORIZED DISCIPLINE COMMITTEES IN TERMS OF COMPLIANCE WITH THE ETHICAL CONDUCT PRINCIPLES ON THE DISCIPLINARY RESPONSIBILITY OF CIVIL SERVANTS

Abstract

Ethics are moral principles that help and guide people in determining how they should do their jobs⁵. Based on this definition, it is possible to define ethics in terms of administration as moral principles that public servants should consider and comply with in their activities.

The rules that public officials must follow while performing their duties are determined in the legislation regarding public servants. Behaviors of public servants that do not comply with the rules specified in the legislation may constitute a disciplinary offense and may result in disciplinary punishment. However, it is possible that not every rule that must be followed in administrative activities directly constitutes a disciplinary offense. In the face of such a possibility, it will be necessary to take into consideration the principles of ethical conduct principles that public officials must comply with. As a matter of fact, it is stated that ethics in public administration includes ensuring that public servants act in accordance with the legislation, as well as ensuring awareness of ethi-

⁵ ŞEN, Mustafa Lütfi, Kamu Görevlileri Etik Rehberi, 8. Basım, Ankara, 2022, s. 13.

cal principles among public servants⁶. Regulations in the legislation may be insufficient to determine which behaviors of public servants are unethical, and therefore it is important to determine ethical principles to help public servants who are in a dilemma⁷.

Activities where public servants hesitate to determine whether they are ethical or not may raise suspicions of corruption in citizens. However, public officials must stay away not only from behavior that clearly constitutes corruption, but also from behavior that raises suspicion of corruption⁸.

According to the Law No. 5176 on the Establishment of the Public Servants Ethics Committee and Amendments to Certain Laws, the principles of ethical conduct principles that public servants in Turkey must comply with have been determined by the Public Servants Ethics Committee the Public Servants Ethics Committee and the authorized disciplinary committees of the relevant administrations are responsible for the supervision of the compliance of the activities of public officials with the principles of ethical behavior. According to the Law No. 5176 on the Establishment of a Public Servants Ethics Board and Amendments to Certain Laws, whether the activities of public servants comply with the principles of ethical behavior are audited by the Public Servants Ethics Committee and the authorized disciplinary committess of the relevant administrations. Some of the activities found to be contrary to the principles of ethical behavior by the Public Servants Ethics Committee also and clearly constitute disciplinary offenses according to the Civil Servants Law No. 657. In such cases, it is possible that the findings made by the Public Servants Ethics Committee and authorized disciplinary committees as a result of the audit of compliance with the principles of ethical behavior may affect the disciplinary responsibility of the civil servants. Accordingly, if a disciplinary investigation has not yet been initia-

⁶ ÇOLAK, İremnur Çolak, "Kamu Etiği ve Kamuda Uyulması Beklenen Etik Davranış Kuralları", *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, C. 8, S. 4, 2021, s. 407.

⁷ ŞEN, s. 13.

⁸ ŞEN, s. 16.

ted against the civil servant, a finding that he/she has acted contrary to the principles of ethical behavior may lead to a disciplinary investigation being initiated against the civil servant. While a disciplinary investigation is being carried out against the officer, if it is determined that the officer acted or did not violate the principles of ethical behavior, this determination may be evidence that should be taken into account in the ongoing investigation. The determination made may be taken into account as evidence in the decision of the objection authority in case of an objection to the disciplinary penalty, and in the decision of the court in case of a lawsuit against the disciplinary penalty. In addition, a determination of violation of the principles of ethical behavior may prevent the imposition of a mild disciplinary penalty against the civil servant. However, the fact that the findings made by the Public Servants Ethics Committee and authorized disciplinary committees may affect the disciplinary investigation does not eliminate the principles that the administration must comply with in the disciplinary investigation.

Key Words: Ethics, ethical conduct principles, Public Servants Ethics Committee, disciplinary investigation, disciplinary responsibility of civil servant.

**MÜDAHİLİN TEK BAŞINA KANUN YOLUNA
BAŞVURMASINA İLİŞKİN DANIŞTAY İÇTİHA TLARI
BİRLEŞTİRME KURULUNUN ESAS 2021/4 VE KARAR
2023/1 SAYILI 03.02.2023 TARİHLİ KARARINA
İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME**

Dr. Öğr. Üyesi Asuman ÇAPAR*

Özet

Yargılama sürecinde kullanılmakta olan usullerinden birisi olan davaya müdahale usulü 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılan konular arasında bulunmaktadır. Müdahale konusu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 65 ila 69. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 68. maddesinde müdahilin yanında katıldığı tarafın yararına olan, onun açıklamalarına ve işlemlerine aykırı olmayan işlemleri yapabileceği belirtilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda müdahilin tek başına kanun yoluna başvurup başvurmayacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Davaya müdahale eden üçüncü kişinin, yanında katıldığı tarafın kanun yoluna başvurmaması durumunda, tek başına kanun yoluna gidip gidemeyeceği konusunda tartışma bulunmaktadır. Bu konudaki içtihat farklılığının giderilmesi amacıyla Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu toplanmış ve çelişen içtihatları, *yanında katıldığı tarafın işlem ve açıklamalarına açıkça aykırı olmamak şartıyla müdahilin tek başına kanun yoluna başvurabileceği yönünde birleştirmiştir.*

Söz konusu içtihadı birleştirme kararı, idari yargı uygulamasındaki çelişkili kararlara son verecektir. Bununla birlikte başka hukuki sorunla-

* Dr. Öğr. Üyesi, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: acapar@cumhuriyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7870-0811.

rın doğması muhtemel görünmektedir. Kanımızca bu karar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki atıf yapılan düzenlemelere aykırıdır. Birleştirilen içtihat ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun lafzına ve amacına aykırı bir karar ortaya çıkmıştır. Müdahilin tek başına kanun yoluna başvurması, kimi durumlarda yanında katıldığı tarafın aleyhine sonuçlar doğurabilir. Birleştirilen içtihat müdahilin iradesi, yanında katıldığı tarafın iradesinden üstün tutulmuştur. Oysa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerinde müdahilin iradesini, yanında katıldığı tarafın iradesinden üstün tutacak bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay da kendi hakkında hüküm verilmediği sürece müdahilin tek başına kanun yoluna başvuru hakkının bulunmadığına karar vermektedir. Diğer yandan, olması gereken hukuk bakımından değerlendirildiğinde, adil yargılanma ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkı gibi ilkeler yalnızca yargılamanın taraflarına tanınmış ilkeler değildir. Bu ilkeler uyarınca, yanında katıldığı taraf kanun yoluna başvurmasa da müdahile tek başına kanun yoluna başvurma hakkının tanınması gerekir. İçtihadı birleştirme kararı ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun konuya ilişkin hükümleri arasındaki çelişkinin giderilmesi için müdahale konusu, idari yargılama usulünün kendine özgü özellikleri göz önünde tutularak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda açıkça düzenlenmelidir.

Anahtar Kelimeler: Davaya Müdahale, Müdahilin Kanun Yoluna Başvuru Hakkı, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Adil Yargılanma Hakkı, Hak Arama Hürriyeti.

**AN ANALYSIS OF THE COUNCIL OF STATE ASSEMBLY ON THE
UNIFICATION OF CONFLICTED JUDGEMENTS' DECISION
(FILE NR. 2021/4, DECISION NR. 2023/1, DATE 03.02.2023)
REGARDING THE INTERVENER'S RIGHT TO RESORT
TO LEGAL REMEDIES INDEPENDENTLY**

Abstract

The intervention procedure, which is one of the methods used in the legal procedures during the judicial process, is one of the subjects referred to in the Administrative Judicial Procedure Law Nr. 2577 and the

Code of Civil Procedure Nr. 6100. The subject of intervention is regulated in Articles 65 - 69 of the Code of Civil Procedure. Article 68 of the Code of Civil Procedure stipulates that the intervener may perform acts in favor of the participating party but not contrary to their statements and actions.

There is no clear regulation in the Code of Civil Procedure regarding whether the intervener can independently resort to legal remedies. There is an ongoing debate on whether the third party intervening in the judicial process considers seeking legal remedies independently when the participating party does not resort to legal remedies. To resolve the disparity in precedents on this subject, the General Assembly on the Unification of Judgments of the Council of State convened and consolidated conflicting precedents by specifying that *the intervener may independently resort to legal remedies* unless they clearly contradict the transactions and statements of the intervener.

This decision on the unification of judgments will put an end to conflicting decisions in the practice of administrative justice. However, there might be other legal issues arising. In our opinion, this decision is inconsistent with the referenced provisions of the Code of Civil Procedure. The unified precedent conflicts with both the wording and the purpose of the Code of Civil Procedure. The intervener's independent recourse to legal remedies may, in some cases, lead to negative consequences for the participating party. In the unified precedent, the will of the intervener is considered superior to the will of the participating party. However, there is no provision in the relevant articles of the Code of Civil Procedure that holds the will of the intervener superior to the will of the participating party. The Court of Cassation ruled that the intervener has the right to independently resort to legal remedies only if no judgment has been rendered against them. On the other hand, considering what should be from the legal aspect, principles such as the right to a fair trial and the right to be heard are not principles granted solely to the parties in the trial. According to these principles, even if the participating party does

not resort to legal remedies, the intervener should be granted the right to seek legal remedies independently. To eliminate the contradiction between the unified precedent and the provisions of the Code of Civil Procedure regarding this subject, intervention should be explicitly regulated in the Administrative Judicial Procedure Law Nr. 2577 by considering the unique characteristics of administrative judicial procedure law.

Key Words: Intervention in Trial, Intervener's Right to Resort to Legal Remedies, Right to be Heard, Right to Fair Trial, Right to Legal Remedies.

YENİ OLUŞAN HUKUKİ DURUM KAPSAMINDA KESİNLEŞEN DİSİPLİN CEZALARININ GERİ ALINMASI

Dr. Öğr. Üyesi Zehra KARAKUŞ IŞIK*

Özet

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde disiplin cezalarının çeşitleri ile cezalara uygulanacak fiil ve haller ve 135. maddesinde ise bu cezalara karşı itiraz süreci özel olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, 657 sayılı Kanun dışında özel kanunlardaki hükümlere tabi kamu personeli veya meslek grupları hakkında disiplin cezaları uygulanabilmekte ve ilgili yasal düzenlemeler çerçevesinde öngörülen itiraz süreci sonunda cezalar kesinleşebilmektedir. Uygulamada sıklıkla gerek itiraz yolu tüketildikten sonra gerek itiraz yoluna gidilmeden kesinleşen disiplin cezalarının geri alınması idareden talep edilebilmektedir. Ancak yargı organlarınca kamu hizmetinin belli bir düzen içerisinde yürütülmesi için gerekli önlemlerden olan disiplin cezaları, niteliği gereği öteki idari işlemlerden farklı konumlandırılmış ve yükümlendirici etkiye sahip bu işlemlerin diğer idari işlemlere göre geri alınması farklı koşullara bağlanmıştır. Disiplin cezasının geri alınması talebi disiplin cezasını etkileyebilecek lehe hukuki bir düzenlemenin yapılmış olması halinde veya ceza yargılaması sonucunda verilen hükmün disiplin cezasını etkileyebileceği durumlarda söz konusu olabilmektedir. Danıştay kararlarına yansıyan hukuki uyuşmazlıklar irdelendiğinde disiplin cezasının ancak yargı kararıyla iptal edilmesi, yasama tasarrufu ile ortadan kaldırılması veya disiplin cezasının ağırlığına göre belirli süreler geçtikten sonra özlük dosyasından silinmesi hallerinde cezanın ortadan kaldırılmasının

* Dr. Öğr. Üyesi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: zehra.karakus@omu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2637-4273.

mümkün olacağı ifade edildiği görülmektedir. Öte yandan 30.04.2021 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği’nin 34. maddesinde yer alan, “*Kesinleşmiş disiplin cezaları, kanuni düzenleme ile yargı kararlarının gerektirdiği durumlar hariç başka bir idari işlemle geri alınamaz, değiştirilemez veya ortadan kaldırılamaz.*” hükmü ile yargı organlarının getirmiş olduğu kriterler düzenleyici işlemle yeniden somutlaştırılmıştır. Yönetmelikte yer alan bir hükümlerle kesinleşen disiplin cezalarının geri alınabilmesi için kanuni düzenlemenin varlığının öngörülmesi düşündürücüdür. Diğer yandan, disiplin cezasının geri alınabilmesi için öngörülen “yargı kararının gerektirdiği durumlar” şartının sadece disiplin cezalarının iptaline ilişkin kararları kapsadığı yönünde dar bir yoruma tabi tutulması hukuka aykırı sonuçlar doğurabilir. Yapılan bu düzenlemenin Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında Anayasa’ya aykırı olması bir yana bu düzenleme, yargı organlarının hukuka aykırı disiplin cezalarının geri alınması hususunda geliştirecekleri içtihatları engelleyecek niteliktedir. Bu bağlamda çalışmada, yargı kararlarına yansıyan örneklerden yola çıkarak disiplin cezası kesinleştikten sonra oluşan yeni hukuki durumların disiplin cezalarına etkisine açıklık getirilecek ve anılan hükmün idarenin takdir yetkisini sınırlayıcı sınırlamadığı hususu irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İdari İşlem, Disiplin Cezaları, Geri Alma, Takdir Yetkisi, Yeni Oluşan Hukuki Durum.

THE WITHDRAWAL OF FINALIZED DISCIPLINARY PENALTIES UNDER THE NEW LEGAL SITUATION

Abstract

In Article 125 of the Civil Servants Law No. 657, the types of disciplinary penalties and the acts and situations to be applied to the penalties are specifically regulated, and in Article 135, the objection process against these penalties is specifically regulated. Besides, disciplinary penalties may be imposed on civil servants or occupational groups subject to the provisions of special laws other than Law No. 657, and penalties

may be finalized following the objection process stipulated within the framework of relevant legal regulations. In practice, the withdrawal of finalized disciplinary penalties, whether after the completion of the objection process or without resorting to the objection process, can be often requested from the administration. However, disciplinary penalties, which are necessary measures for the execution of public service by judicial bodies in a certain order, are positioned differently from other administrative procedures due to their nature, and the withdrawal of these acts, which have a obligatory effect, is subject to different conditions compared to other administrative acts. The request for the withdrawal of the disciplinary penalty may be made in cases where a favorable legal regulation has been enacted that may affect the disciplinary penalty or in cases where the verdict given as a result of the criminal trial may affect the disciplinary penalty. When the legal disputes reflected in the decisions of the Council of State are examined, it is stated that it is possible to eliminate the disciplinary penalty only if it is annulled by a judicial decision, eliminated by legislative act, or expungement from the personnel file after certain periods of time depending on the severity of the disciplinary penalty. On the other hand, with the Article 34 of the Civil Servants Disciplinary Regulation, entered into force after being published in the Official Gazette dated 30.04.2021, which states, "Finalized disciplinary penalties, except in cases necessitated by legal regulations and judicial decisions, cannot be withdrawn, amended, or removed through any other administrative procedure.", the criteria introduced by the judicial bodies have been concreted anew with the regulatory process. It is thought-provoking that an article in the Regulation stipulates the existence of a legal regulation for the withdrawal of finalized disciplinary penalties. On the other hand, subjecting the condition of "cases necessitated by judicial decisions" prescribed for the withdrawal of disciplinary penalties to a narrow interpretation, suggesting that it only includes decisions concerning the annulment of disciplinary penalties, may lead to unlawful consequences. Aside from the fact that this regulation is contrary to the Constitution within the scope of Article 128

of the Constitution, this regulation is of a nature to prevent the jurisprudence that the judicial bodies will develop regarding the withdrawal of unlawful disciplinary penalties. In this context, the study will clarify the impact of new legal situations on disciplinary penalties after the disciplinary penalty is finalized, based on the examples reflected in judicial decisions, and will examine whether the mentioned provision limits the discretion of the administration.

Key Words: Administrative Act, Disciplinary Penalties, Withdrawal, Discretionary Power, New Legal Situation.

İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA DELİLLERİN TESPİTİ USULÜ

Arş. Gör. Dr. Gonca KOZANOĞLU*

Özet

Deliller uyumsuzluğun çözümü için önemli olduklarından, delillerin ileride yok olması ihtimaline karşı taraflara delillerin tespitini talep etme hakkı tanınmıştır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 31. maddesinde delillerin tespitinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiş olup ayrıca bu konuda İYUK'un 58. maddesi ile özel bir düzenleme de getirilmiştir. Delil tespitine ilişkin kurallar HMK'nın 400 ila 405. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İYUK'un 58. maddesinde ise idari dava açıldıktan sonra delil tespitinin nasıl yapılacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla, İYUK'un 58. maddesine aykırı olmamak koşuluyla HMK'daki hükümler idari yargı mercilerinde açılacak davalarda da uygulanır.

İdari yargıda dava açıldıktan sonra taraflar, bu davalara ilişkin delillerin tespitini ancak davaya bakan Danıştay, idare ve vergi mahkemelelerinden isteyebilirler. (İYUK m. 58/1). Ancak İYUK'un 58. maddesinde, idari yargıda dava açılmadan önce delil tespitinin nereden istenebileceği düzenlenmediğinden, bu durumda ise HMK'ya yapılan atıf nedeniyle HMK'nın ilgili hükümleri uyarınca görevli ve yetkili mahkemenin tespiti yoluna gidilmelidir. Bu noktada Danıştay, idari yargıda dava açılmadan önce delil tespitinin adli yargıda yapılabileceğini kabul etmektedir.

Halbuki tarafların iddialarını ya da dayandıkları olayları ispatlamak amacıyla başvurdukları birer araç olan delillerin tespitinin asıl davaya

* Arş. Gör. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: gkozanoğlu@cu.edu.tr., ORCID 0000-0003-3559-3056.

bakacak olan görevli ve yetkili idari yargı yerlerinde yapılması, idarenin yargısal denetimi yoluyla hukuk devletinin gerçekleştirilmesinde rol oynayan idari yargının amacına daha uygun düşecektir. Kaldı ki idari yargılama hukukunda delillerin tespiti, müstakil bir tespit davası olarak nitelendirilemeyeceğinden idari yargıda dava açılmadan önce idari yargı yerlerinin delil tespiti yapamayacağını kabul etmek mümkün görünmemektedir. Diğer bir ifadeyle idari yargıda dava açılmadan önce de asıl davaya bakacak olan idari mahkemelerden delil tespiti talep edilebilmelidir. Esasında tartışmaların temelini, idari yargılamaya ilişkin düzenlemelerin yetersizliği oluşturmaktadır. Bu nedenle de idari yargı alanında deliller ve delillerin tespiti konusunda HMK'ya yapılan atıf yerine İYUK'ta ayrı başlıklar halinde açık düzenlemeler yapılması, idari uyumsuzlukların kendi bünyesine uygun yapılandırmaya gidilmesi sorunları büyük ölçüde ortadan kaldıracaktır. Bu açıklamalardan hareketle çalışmada, idari yargılamada bir usul işlemi olarak karşımıza çıkan delillerin tespiti hususunun önemi ve uygulaması üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Delil, Delillerin Tespiti, İdari Yargılama, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu.

PROCEDURE FOR DETERMINATION OF EVIDENCE IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION LAW

Abstract

Since the evidence is important for the resolution of the dispute, the parties are given the right to request the detection of the evidence in case the evidence disappears in the future. Article 31 of the Administrative Procedure Law (APL) stipulates that the provisions of the Code of Civil Procedure (CCP) shall be applied in the determination of evidence, and a special regulation has also been introduced with Article 58 of the APL. The rules regarding the determination of evidence are regulated between Articles 400 and 405 of the CCP. Article 58 of the APL regulates how evidence will be determined after an administrative case is filed.

Therefore, provided that they do not contradict Article 58 of the APL, the provisions of the CCP are also applied in cases to be filed in administrative judicial authorities.

After filing a lawsuit in administrative jurisdiction, the parties may request the determination of the evidence related to these lawsuits only from the Council of State, administrative and tax courts hearing the case (Art. 58/1 of the APL). However, since Article 58 of the APL does not regulate where the determination of evidence can be requested before filing a lawsuit in administrative jurisdiction, in this case, due to the reference to the CCP, the determination of the competent court should be made in accordance with the relevant provisions of the CCP. At this point, the Council of State accepts that the determination of evidence can be made in the judicial jurisdiction before filing a lawsuit in the administrative jurisdiction.

However, the determination of the evidence, which is a tool used by the parties to prove their claims or the events on which they rely, should be made in the competent administrative jurisdictions, which will hear the main case, would be more in line with the purpose of the administrative jurisdiction, which plays a role in the realisation of the rule of law through the judicial control of the administration. Moreover, since the determination of evidence in administrative proceedings law cannot be characterised as an independent determination case, it does not seem possible to accept that administrative jurisdictions cannot determine evidence before filing a lawsuit in administrative jurisdiction. In other words, before filing a lawsuit before the administrative courts, it should be possible to request evidence from the administrative courts that will hear the main lawsuit. In fact, the basis of the discussions is the inadequacy of the regulations on administrative proceedings. For this reason, making clear regulations under separate headings in the APL instead of the reference to the CCP on evidence and the determination of evidence in the field of administrative jurisdiction, and structuring administrative disputes in accordance with their own structure will elimi-

nate the problems to a great extent. Based on these explanations, the study will focus on the importance and application of the detection of evidence, which appears as a procedural process in administrative proceedings.

Key Words: Evidence, Determination of Evidence, Administrative Proceedings, Administrative Procedure Law, Code of Civil Procedure

KAMU HUKUKU TÜZEL KİŞİLİĞİ KRİTERLERİ ÇERÇEVESİNDE: “DARÜLACEZE”

Dr. Mücahit GÜLŞEN*

Özet

Osmanlı Devleti’nde kamu hizmetleri ve özellikle sosyal hizmetler 19. yüzyıla kadar vakıflar tarafından sunulmuştur. Devletin başkenti olan İstanbul çeşitli nedenlerle göç almış, nüfus ve buna paralel olarak da sosyal hizmete ihtiyaç duyan kişiler artmıştır. Bu dönemde bu kişileri korumak ve bakımlarını sağlamak için çeşitli kurumlar açılmıştır. Bunlardan birisi de Darülaceze’dir.

Darülaceze Müessesesi, Sultan II. Abdülhamid tarafından 31.01.1896 yılında açılmış, 25.04.1916 tarihli ve 2511 sayılı (Takvimi Vakayı) Resmi Gazete’de yayımlanan Darülaceze Nizamnamesi ile kurumsal kimlik kazanmıştır.

Darülaceze, günümüzde Darülaceze Başkanlığı adıyla söz konusu Nizamname çerçevesinde faaliyetlerini yerine getirmektedir. Nizamnamenin 1’inci maddesinde: “*Dersaadette doğrudan doğruya Dahiliye Nezaretine merbut ve müstakil bütçeye mâlik bir Darülaceze vardır.*” denilmekte olup, kendine ait bütçesi olan, İstanbul İlinde faaliyet gösteren ve doğrudan İçişleri Bakanlığına bağlı olarak kurgulandığı anlaşılmaktadır.

08.07.2011 tarihli ve 27988 Resmi Gazete’de yayımlanan “Bazı Kuruluşların Bağlı ve İlgili Oldukları Bakanlıkların Değiştirilmesine Dair Tezkere” ile Darülaceze, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile ilişkilendirilmiştir. 09.07.2018 tarihli ve 30473 sayılı 3. Mükerrer Resmî Gazete’de yayımlanan 703 sayılı KHK ile Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı kapa-

* Doktor, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Hukuk Müşaviri, Türkiye, E-posta: mucahit.gulsen26@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0633-9745.

tlmış olup, görevlerini 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 65'inci maddesi ile 85'inci maddeleri arasında düzenlenen Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı yürütmektedir.

Darülaceze'nin, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ile ilişkisi bu çalışmada ele alınacak konulardan biridir. Çünkü Nizamnamedeki "merbut" kelimesi, idare hukukundaki "bağlı" terimi ile aynı anlama gelmektedir.

Darülaceze, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ekindeki bütçe türlerine göre sınıflandırılmış listelerde yer almadığı gibi, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde ve 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar İle Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde de yer almamaktadır. Bu durumda, Darülaceze'nin kamu hukuku tüzel kişiliği yönünden incelemesinde Darülaceze Nizamnamesinin esas alınması gerekmektedir. Buna karşın Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyetine intikal eden bu kurumun hukuki statüsü belirlenirken Nizamnamenin yorumunda, geçiş dönemine ilişkin mevzuatın dikkate alınması zorunludur.

Doktrinde, Darülaceze'nin devletten ayrı bir tüzel kişiliği olmadığı yönünde görüşler bulunmakla birlikte Danıştay Kararlarında Darülaceze, kamu hukuku tüzel kişisi olarak gösterilmektedir. Bu durumda doktrin ve idari yargı kararlarının incelenerek değerlendirme yapılması ve Anayasa ve diğer mevzuat çerçevesinde bir sonuca ulaşılması en makul yöntem olarak görünmektedir.

Bu çalışmada, Darülaceze'nin kamu hukuku tüzel kişiliği hakkında bir sonuca varıldıktan sonra Darülaceze hakkında mevzuatta yapılması gereken değişiklik önerisine yer verilmesi ve bu şekilde, Darülaceze'nin hukuki statüsünü belirli hale getirmek amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tüzel Kişilik, Kamu Hukuku, Kamu Kurumu, Kamu Hizmeti, Sosyal Hizmetler.

IN THE FRAMEWORK OF PUBLIC LAW LEGAL ENTITY CRITERIA: "DARULACEZE"

Abstract

In the Ottoman Empire, public services, especially social services, were provided by charitable foundations until the 19th century. Istanbul, being the capital, attracted migration for various reasons, leading to an increase in population and, consequently, individuals in need of social services. During this period, various institutions were established to protect and care for these individuals, and one such institution was Darülaceze.

The Darülaceze Institution was opened on January 31, 1896, by Sultan Abdulhamid II, and it gained institutional identity with the Darülaceze Regulation enacted in the (Takvimi Vakayı) Official Gazette dated April 25, 1916, and numbered 2511.

Darülaceze, which operates today under the name Darülaceze Presidency, carries out its activities within the framework of the Regulation. Article 1 of the Regulation states: "In the capital city, there is a Darülaceze directly subordinate to the Ministry of Interior, having its own independent budget." This indicates that it has its own budget, operates in Istanbul, and is directly structured under the Ministry of Interior.

By the decree enacted in the Official Gazette dated July 8, 2011, and numbered 27988, titled "Decree on Changing the Ministries to Which Some Institutions are Affiliated and Related," Darülaceze was affiliated with the Ministry of Family and Social Policies. With the Presidential Decree numbered 703 published in the Official Gazette dated July 9, 2018, and numbered 30473, the Ministry of Family and Social Policies was closed, and its duties are now carried out by the Ministry of Family and Social Services, regulated between Articles 65 and 85 of Presidential Decree No. 1.

The connection between Darülaceze and the Ministry of Family and Social Services is one of the topics to be discussed in this study. This is

because the term 'merbut' (affiliated) in the Regulation does not correspond to the term "subordinate" in administrative law.

Darülaceze is not classified in lists based on budget types in accordance with Law No. 5018 on Public Financial Management and Control, and it is not mentioned in the Presidential Decree on the Organization of the Presidency and the Presidential Decree on the Organization of Ministries, Affiliated, Related, and Associated Institutions and Organizations. In this case, the examination of Darülaceze's legal personality in terms of public law should be based on the Darülaceze Regulation. However, when determining the legal status of this institution transferred from the Ottoman Empire to the Republic of Türkiye, it is necessary to consider the legislation related to the transitional period in interpreting the Regulation.

In doctrine, while there are opinions that Darülaceze does not have a legal personality separate from the state, Council of State decisions present Darülaceze as a public law entity. Therefore, it seems most reasonable to examine and evaluate the opinions of doctrine and administrative court decisions, reaching a conclusion within the framework of the Constitution and other legislation.

In this study, after reaching a conclusion regarding the public legal personality of Darülaceze, it is aimed to propose amendments to the legislation concerning Darülaceze and, in this way, to determine the legal status of Darülaceze.

Key Words: Legal Entity, Public Law, Public Institution, Public Service, Social Services.

GLOBALLEŞME SÜRECİNDE ULUSLARARASI HUKUK: ULUSÜSTÜLÜK VE YENİ NORMATİF ÇERÇEVELER

Dr. Öğr. Üyesi Hatice Kübra ECEMİŞ YILMAZ*

Özet

Ulusüstülük, uluslararası hukukta belirgin bir çözümlemeye tabi tutulan ve genel kabul görmüş bir teorik çerçeveye sahip olmayan bir konsepttir. Tarihsel olarak Orta Çağ'a uzanan bu kavram, özellikle 20. yüzyılda teknolojik ve bilimsel ilerlemelerle birlikte daha fazla önem kazanmıştır. Ulusüstülük, devletlerin bazı egemenlik yetkilerini uluslararası örgütlere devretmelerini ifade eder. Bu transfer, bağlayıcı karar alma yetkisi olan ve özerk hukuki yapılara sahip olan uluslararası yapıların oluşumunu sağlamıştır. Avrupa Birliği, bu tür yapıların önde gelen bir örneğidir. Ulusüstülük terimi, 1951'de Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nun kurulmasıyla yasal bir temele oturtulmuştur. Bu, üye devletlerin dışındaki bağımsız hareket edebilme kapasitesine sahip ulusüstü organların varlığını işaret eder. Ulusüstü yapıların başlıca özellikleri arasında, üstünlük, doğrudan etkili olma ve bağımsızlık bulunur. Bu yapılar, iç hukuk üzerinde öncelik taşıyan devletlerarası birlik hukukunun bir yansıması olarak, devletlerin bazı haklarını sınırlandırma ve yetkilerini devretme yeteneğine sahiptir. Ulusüstülük, devletlerin egemenliklerinin sınırlı bir devri anlamına gelir. Devletler, belirli alanlarda egemenlik haklarını, ortak kararlar alabilen ve bağlayıcı yasal düzenlemeler yapabilen uluslararası kurumlara devrederler. Bu, özellikle sınır ötesi sorunların çözümünde ve küresel ölçekte işbirliğinin teşvik edilmesinde önemlidir. Uluslararası hukukun bu yeni boyutu, devletlerin

* Dr.Öğr.Üyesi,Ankara Yıldırım Bayezit Üniversitesi Hukuk Fakültesi,Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı,Türkiye,E-posta:hkeyilmaz@aybu.edu.tr.,ORCID:0000-0001-9438-0291.

sadece kendi ulusal çıkarlarını değil, aynı zamanda küresel toplumun genel çıkarlarını da gözetmelerini gerektirir. Ulusüstülük ile devletlerin egemen eşitlik ilkesi arasındaki ilişki, akademik tartışmalarda sıkça ele alınan bir konudur. Bazı yorumcular, devletlerin rızasıyla gerçekleşen yetki devrinin, egemenliklerini sınırladığını ancak tamamen ortadan kaldırmadığını savunur. Bu yaklaşım, ulusüstülüğün, uluslararası hukuk sisteminin bir parçası olarak devletlerin uluslararası alandaki hareket serbestisini temsil ettiğini öne sürer. Böylece, ulusüstülük, devletlerin egemen eşitlik ilkesiyle temel bir çatışma içermemekte, aksine bu ilkenin uygulanmasını desteklemektedir. Ulusüstü yapılar, uluslararası sorunların çözümünde etkin bir araç olarak kabul edilir. Bu yapılar, üye devletler için eşit şartlar altında kurulur ve bu devletlerin rızasıyla işlerler. Ulusüstü mekanizmaların varlığı ve işleyişi, uluslararası hukukun evriminde kritik bir rol oynar ve devletlerin egemen eşitlik ilkesiyle uyumlu bir şekilde işlemektedir. Sonuç olarak, ulusüstülük, devletlerin ortak çabalarıyla meydana getirilen, belirli amaçlara hizmet eden ve devlet egemenliği üzerindeki sınırlamaları yansıtan bir fenomendir. Bu sınırlamalar, devletlerin egemen iradelerinin bir sonucu olarak ve uluslararası hukukun oluşturulma sürecindeki etkileşimlerden kaynaklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: uluslararası hukuk, egemen eşitlik, ulusüstülük, devlet gücü, bağımsızlık.

INTERNATIONAL LAW IN THE PROCESS OF GLOBALIZATION: SUPRANATIONALITY AND NEW NORMATIVE FRAMEWORKS

Abstract

Supranationality is a concept in international law that has undergone significant analysis yet lacks a universally accepted theoretical framework. Historically rooted in the Middle Ages, this notion has gained increased prominence in the 20th century, especially with technological and scientific advancements. Supranationality refers to the process whereby states transfer certain sovereign powers to international organizati-

ons. This transfer has facilitated the formation of international structures possessing binding decision-making authority and autonomous legal systems. The European Union stands as a quintessential example of such structures. The term 'supranationality' was legally formalized with the establishment of the European Coal and Steel Community in 1951. It denotes the existence of supranational organs capable of independent action, separate from the member states. Key attributes of supranational structures include superiority, direct effectiveness, and independence. These entities reflect the precedence of interstate union law over domestic law, embodying the capacity to limit certain rights of states and transfer powers. Supranationality signifies a limited transfer of state sovereignty. States delegate certain sovereign rights to international institutions capable of making collective decisions and enacting binding legal regulations. This aspect is particularly crucial in addressing transnational issues and fostering cooperation on a global scale. This new dimension of international law necessitates that states consider not only their national interests but also the broader interests of the global community. The relationship between supranationality and the principle of sovereign equality of states is a frequently debated topic in academic discourse. Some commentators argue that the consensual transfer of authority by states limits but does not abolish their sovereignty. This perspective posits that supranationality represents states' freedom of action in the international arena as part of the international legal system. Thus, supranationality does not fundamentally conflict with the principle of sovereign equality of states; rather, it facilitates its application. Supranational structures are acknowledged as effective tools in resolving international issues. These structures are established under equal conditions for member states and operate based on their consent. The existence and functioning of supranational mechanisms play a pivotal role in the evolution of international law, operating in harmony with the principle of sovereign equality of states. In conclusion, supranationality is a phenomenon resulting from the collective efforts of states, serving specific purposes and reflecting limitations on state sovereignty. These limitati-

ons arise from the sovereign will of states and interactions in the creation of international law.

Key Words: international law, sovereign equality, supranationality, state power, independence.

GÜNEY AFRIKA'NIN İSRAİL ALEYHİNE ULUSLARARASI ADALET DİVANI BAŞVURUSUNUN HUKUKSAL ANALİZİ

Dr. Öğr. Üyesi Hande GÜR*

Özet

7 Ekim 2023'te başlayan ve halen devam eden İsrail-Hamas çatışması, Güney Afrika Cumhuriyeti'nin İsrail aleyhine Uluslararası Adalet Divanına (UAD) başvurmasıyla farklı bir boyut kazanmıştır. Gazze'den binlerce kilometre uzakta bulunan Güney Afrika 29 Aralık 2023 tarihinde, UAD Statüsü madde 36/1 ve 40 ile Divan İçtüzüğü madde 38 uyarınca İsrail aleyhine, İsrail devleti tarafından Filistin halkına yönelik gerçekleştirilen eylemlere ilişkin olarak Divan'a başvuruda bulunmuştur. Başvurunun merkezinde 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi yer almaktadır. Güney Afrika Divan'a yaptığı başvuruda İsrail'in eylem ve ihmallerinin soykırım niteliğinde olduğunu, zira bu eylemlerin Gazze'deki Filistinlilerin mensup olduğu Filistin ulusal, ırksal ve etnik grubunun önemli bir kısmının yok edilmesini amaçladığını iddia etmektedir. Öte yandan Güney Afrika, başvurusunda Gazze'deki durumun aciliyetini vurgulayarak, Filistin halkının Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki haklarına daha fazla ciddi ve telafisi mümkün olmayan zarar gelmesini önlemek ve İsrail'in Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak amacıyla Divan'dan, İsrail'in Gazze'deki askeri operasyonlarını derhal askıya alması da dahil olmak üzere bir dizi "geçici tedbir" talep etmiştir. Divan Güney Afrika'nın geçici tedbir talebiyle ilgili olarak 11 ve 12 Ocak 2024 tarihlerinde halka açık duruşmalar düzenlemiş, bu duruşmalarda

* Dr. Öğr. Üyesi, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: hande.gur@ozyegin.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3066-6343.

Güney Afrika ve İsrail, iddia ve savunmalarını Divan önünde sunmuşlardır. Bu aşamada Divan ilk olarak Güney Afrika tarafından talep edilen tedbirler ile korunması istenen haklar arasında yeterli bir bağlantı olup olmadığı ve telafisi mümkün olmayan bir zarar riski ve aciliyet durumu olup olmadığını değerlendirecek ve geçici tedbire ilişkin kararını verecektir.

Bu çalışmada Divan'ın söz konusu çatışmadaki rolü ve tarafların pozisyonları üzerine düşünceler sunulacaktır. Bu bağlamda Güney Afrika'nın İsrail aleyhine Divan'a yapmış olduğu yazılı başvuru ve her iki tarafın sözlü savunmalarının hukuksal bir analizi yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İsrail, Hamas, Filistin, Güney Afrika, Uluslararası Adalet Divanı, Soykırım, Geçici Tedbir.

SOSYAL MEDYA VE SOYKIRIMA TEŞVİK: BİR ULUSLARARASI HUKUK DEĞERLENDİRMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Berkant AKKUŞ*

Özet

Sosyal medya platformları günümüzde etkin bir iletişim aracı olarak yer almaktadır. Sosyal medya iletişim amacıyla etkin olarak kullanılmasının yanı sıra nefret söylemi ve propagandanın yayılması yoluyla soykırımı yol açabilecek çatışmaların tırmanması için katkı sağlayan bir rol üstlenebilir. Kitle iletişim araçlarının geçmişte yaşanan zulümlerde oldukça etkili olduğu uluslararası mahkemeler tarafından daha önceki kararlarında kabul edilmiştir. Sosyal medya platformları ise benzersiz bir zorluk yaratmaktadır. Bu bildiri sosyal medya platformları ile soykırım arasındaki karmaşık ilişkiyi araştırmayı amaçlamaktadır. Bu bildirinin ana araştırma sorusu ise sosyal medya platformları soykırımı kışkırtmak için kullanıldığında sorumluluğun kime ait olacağını tespit edebilmektir. Sosyal medya platformlarının ulusötesi niteliği inkâr edilemez. Sosyal medya şirketlerinin merkezleri veya altyapılarının bulunduğu birimler farklı ülkelerde yer almaktadır. Bu gerekçelerle sorumluluğun hangi ülkeye atfedileceğini belirlemek zaruridir. Soykırım yasağı doğrultusunda sosyal medya şirketlerinin merkezinin bulunduğu ana devletin gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu tartışılmalıdır. Ana devletin sorumluluğun kapsamının neler olduğu bu bildiriye tartışılacaktır. Potansiyel olarak sosyal medya platformunun merkezinin bulunduğu ana devlet soykırım gibi global konularda olumsuz etkileri azaltma yükümlülüğü altındadır. Bu amaçla ana devlet sosyal medyaya kısıtlamalar getirebilir. Şiddet ve vahşete teşvik eden zararlı içeriklerin daha fazla insa-

* Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: berkantakkus91@gmail.com, ORCID:0000-0001-6652-2512.

na ulaşmasını engellemek için sosyal medya platformundaki içerikler düzenlenebilir. İfade özgürlüğü ve sosyal medya platformlarında nefret söylemi ile şiddete teşvikin önlenmesi arasındaki hassas dengenin gözetilmesi gerekmektedir. Myanmar ekseninde gündeme gelen bu tartışma doğrultusunda uluslararası iş birliği ve teknolojik çözümler soykırımı teşviki önlemek için incelenmelidir. Roma Statüsü, Soykırım Sözleşmesi ve uluslararası mahkemelerin içtihatları uyarınca, soykırımı teşvik bir sorumluluk şekli değil, suçtur. Sosyal medya şirketleri uluslararası cezai sorumluluğa tabi olarak kabul edilmese dahi sosyal medya şirketi çalışanlarının soykırımı teşvik suçuna iştirak edebilmeleri mümkündür. Bu doğrultuda kurumsal yapıda yer alan şirket çalışanlarının sorumluluğuna gidilebilir. Roma Statüsü açısından suç ortaklığı için gerekli olan suçun manevi unsuru eğer soykırımı teşvik suçu bir sosyal medya kampanyası ekseninde gerçekleştiriliyorsa bilgidir. Uluslararası ceza hukuku açısından soykırımı teşvik içeren dezenformasyonun önlenmesi amacıyla reform gerekliliği kaçınılmazdır.

Anahtar Kelimeler: Soykırım, Uluslararası Ceza Hukuku, Uluslararası Sorumluluk, Sosyal Medya, Roma Statüsü

SOCIAL MEDIA AND INCITEMENT TO GENOCIDE: A REVIEW OF INTERNATIONAL LAW

Abstract

Social media platforms are an effective means of communication today. In addition to being used effectively for communication purposes, social media can play a contributory role in the escalation of conflicts that may lead to genocide through the spread of hate speech and propaganda. It has been recognised by international courts in previous judgements that mass media have been highly effective in past atrocities. Social media platforms pose a unique challenge. This symposium proceeding aims to explore the complex relationship between social media platforms and genocide. The main research question of this symposium proceeding is to determine who bears responsibility when social media

platforms are used to incite genocide. The transnational nature of social media platforms cannot be denied. The headquarters or infrastructure of social media companies are located in different countries. For these reasons, it is necessary to determine to which country the responsibility should be attributed. In line with the prohibition of genocide, it should be argued that the home state where the social media companies are headquartered is obliged to take the necessary measures. The scope of the responsibility of the home state will be discussed in this symposium proceeding. Potentially, the home state where the social media platform is headquartered has an obligation to mitigate negative impacts on global issues such as genocide. To this end, the home state may impose restrictions on social media. Content on the social media platform could be regulated to prevent harmful content that incites violence and atrocities from reaching more people. A delicate balance between freedom of expression and the prevention of hate speech and incitement to violence on social media platforms needs to be monitored. In line with this debate centred on Myanmar, international cooperation and technological solutions should be examined to prevent incitement to genocide. Under the Rome Statute, the Genocide Convention and the jurisprudence of international courts, incitement to genocide is a crime, not a mode of liability. Even if social media companies are not recognised as subject to international criminal liability, it is possible that employees of social media companies may participate in the crime of incitement to genocide. In this direction, the employees of the company in the corporate structure may be held responsible. In terms of the Rome Statute, the mental element of the crime required for complicity is information if the crime of incitement to genocide is carried out on the basis of a social media campaign. In terms of international criminal law, reform is inevitable in order to prevent disinformation that includes incitement to genocide.

Key Words: Genocide, International Criminal Law, International Responsibility, Social Media, Rome Statute

THE 2ND GLOBAL REFUGEE FORUM: THE ROAD AHEAD

Res. Asst. PhD Gökçe KONYALI*

Abstract

The Global Compact for Refugees was accepted and declared by the United Nations (UN) General Assembly on 17 December 2018. The objectives of the global compact are “to: (i) ease pressures on host countries; (ii) enhance refugee self-reliance; (iii) expand access to third country solutions; and (iv) support conditions in countries of origin for return in safety and dignity.” For this purpose, a periodic Global Refugee Forum (GRF) will be held every 4 years. The ministers of UN Member States and the relevant stakeholders will participate in the forum and are expected to make concrete contributions to the main goals envisaged in the compact. Both the financial and legal obligations that the participants will take to solve the worldwide issues in the context of refugees are important, especially in terms of protecting the rights of refugees and sharing the burden more fairly among states.

The First GRF took place on December 2019 in Geneva, uniting the international community to express solidarity with refugees worldwide and the nations and communities generously hosting them. Nearly 3,000 participants including more than 90 Officials at the Ministerial level and 55 international organizations, representatives of more than 130 companies and foundations, approximately 250 civil society organizations and 70 refugees attended the Forum. Four years later, The Second GRF took place from 13 to 15 December 2023 in Geneva and more than 300 refugee delegates attended the forum, more than four times the total in 2019

* Res.Asst.Dr,Akdeniz University Faculty of Law, Department of Public International Law. Türkiye, E-mail:gokcekonyali@gmail.com.,ORCID: 0000-0003-1760-2262.

GRF. Since it is important for the problems to be voiced by the refugees who are experiencing these problems themselves, the importance of the contribution of this participation cannot be denied. Also, financial commitments exceeding \$2.2 billion were pledged to aid refugees and the communities hosting them globally. This forum marked the largest assembly on policies addressing refugee and displacement issues: 4,200 participants from 168 governments and more than 425 organisations attended this largest multistakeholder event in the world.

The commitments made within the scope of the GRF are especially important in terms of protecting the rights of refugees. Obligations arising from the acceptance of refugees are one of the most important obstacles to states providing the right to asylum. Therefore, the solution to this issue will play an important role in preserving the right to asylum. States that know that they will not be under any more obligations or receive financial support compared to other countries will be more flexible in accepting refugees into the country. This will play a role in reducing human rights violations and an establish an effective burden-sharing mechanism among states.

In the face of escalating global forced displacement and the growing complexity of conflicts, the GRF emphasized the need for intensified initiatives aimed at sustainable, enduring solutions. Effectively tackling these challenges is essential in realizing the objectives outlined in the UN 2030 Agenda for Sustainable Development, and ensuring the well-being of all individuals through the lens of human rights and security.

Key Words: Global Refugee Forum, Global Compact on Refugees, Burden-Sharing, Right of Asylum, Human Rights

İKİNCİ KÜRESEL MÜLTECİ FORUMU: ÖNÜMÜZDEKİ YOL

Özet

Küresel Mülteci Mutabakatı, Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu tarafından 17 Aralık 2018 tarihinde kabul edilerek ilan edildi. Söz konu-

su mutabakatın hedefleri; “ev sahibi ülkeler üzerindeki baskının azaltılması, mültecilerin kendi kendine yeterliliklerinin güçlendirilmesi, üçüncü ülke çözümlerine erişimin genişletilmesi ve güvenli ve insan onuruna yakışır bir şekilde dönüşe yönelik olarak kaynak ülkelerdeki koşulların desteklenmesi” olarak belirlenmiştir. Bu amaçla, her 4 yılda bir Küresel Mülteci Forumu (KMF) düzenlenmesi öngörülmüştür. BM’e Üye Devletlerin bakanlık nezdindeki temsilcileri ve ilgili paydaşlar foruma katılması ve kompaktta öngörülen ana hedeflere somut katkılarda bulunması beklenmektedir. Katılımcıların dünya genelinde mülteci sorunlarını çözmek için alacakları mali ve hukuki yükümlülükler, özellikle mültecilerin haklarının korunması ve sorumlulukların daha adil şekilde paylaşılması bakımından önem arz etmektedir.

İlk KMF, dünya genelinde mültecilere ve onlara ev sahipliği yapan devletler ve topluluklarla dayanışma sağlamak için Aralık 2019’da Cenevre’de gerçekleştirilmiştir. Forumda 90’dan fazla bakan düzeyinde yetkili ve 55 uluslararası kuruluş, 130’dan fazla şirket ve vakıf temsilcisi, yaklaşık 250 sivil toplum örgütü ve 70 mülteci de dahil olmak üzere 3,000’e ulaşan katılımcı yer almıştır. Dört yılın ardından İkinci KMF, 13-15 Aralık 2023 tarihlerinde Cenevre’de gerçekleştirilmiş ve foruma 2019’daki toplamın dört katından fazla, 300’den fazla mülteci temsilcisi iştirak etmiştir. Bu katılım, sorunları doğrudan yaşayan mülteciler tarafından dile getirilmesi bakımından katkı sağlayıcı olmuştur. Buna ek olarak, küresel olarak mültecilere ve onları barındıran toplumlara yardım için 2.2 milyar doları aşan mali taahhütlerde bulunulmuştur. Bu forum, 168 devletten 4,200 temsilci ve 425’ten fazla kuruluşun katılımı ile dünyadaki mülteci ve yerinden edilme sorunlarına yönelik politikalara dair en büyük faaliyetlerden biri olmuştur.

KMF kapsamındaki taahhütler, özellikle mültecilerin haklarının korunması açısından önemlidir. Mültecileri kabul etmenin doğurduğu yükümlülükler, sığınma hakkını sağlamak konusunda devletlerin önünde engel yaratan bir husustur. Bu nedenle, bu sorunun çözümü, sığınma hakkını korumada önemli bir rol oynayacaktır. Diğer ülkelere göre daha

fazla yükümlülük altına girmeyeceğini veya mali destek alacaklarını bilen devletler, mültecileri ülkeye daha esnek bir şekilde kabul etme konusunda daha istekli olacaklardır. Bu, insan hakları ihlallerinin azaltılmasında ve devletler arasında etkili bir yük paylaşım mekanizması oluşturulmasında rol oynayacaktır.

Küresel anlamda zorla yerinden edilme durumlarının ve anlaşmazlıkların artan karmaşıklığının karşısında KMF, sürdürülebilir, kalıcı çözümlere yönelik yoğun girişimlere ihtiyaç duyulduğunu vurgulamaktadır. Bu zorlukları etkili bir şekilde ele almak, BM'nin 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri çerçevesinde belirlenen amaçları gerçekleştirmek ve insan hakları ve güvenlik perspektifinden tüm bireylerin refahını sağlamak için önemli ve gereklidir.

Anahtar Kelimeler: Küresel Mülteci Forumu, Küresel Mülteci Muta-
bakatı, Yükümlülük Paylaşımı, Sığınma Hakkı, İnsan Hakları

ANANIN BABALIK KARİNESİ YOLUYLA KURULAN SOYBAĞINI REDDETME HAKKI

Doç. Dr. Ahmet TÜRKMEN*

Özet

Anaya babalık karinesi yoluyla kurulan soybağını reddetme hakkı tanınıp tanınmaması gerektiği geçmişte öğretilerde tartışma konusu olmuş, bazı yazarlar kanunda bir örtülü boşluğun olduğu kabulüyle *-de lege lata-*, bazıları ise *-de lege feranda-* anaya da belirli koşullar altında ve özellikle çocuğun menfaati gerektirdiği ölçüde bu hakkın tanınması gerektiği yönünde görüşler ileri sürmüşlerdir. Buna karşılık hakim öğretisi, hukukun genel ilkelerinden hiç kimsenin kendi kusuruna dayanarak hak elde edemeyeceği gerekçesiyle buna karşı çıkmıştır. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre de ananın böyle bir dava açma hakkı bulunmamaktadır. Halihazırda böyle bir ihtiyaç hasıl olması halinde ise ana, çocuk ile arasındaki menfaat çatışması nedeniyle çocuğu temsile yetkili olamadığından ona bir temsil kayyımı atanması suretiyle (TMK m. 426/I b. 2) çocuk üzerinden soybağının reddedilmesini sağlayabilmektedir.

Ananın soybağının reddi davası açamamasına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi önüne gelen olayda, 26 Temmuz 2023 tarihinde verdiği karar ile anaya soybağının reddi davası açma hakkı tanınmamasının Anayasada güvence altına alınan özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı (AY m. 20) ile etkili başvuru hakkını (AY m. 40) ihlal ettiği gerekçesiyle kocaya soybağının reddi davası açma hakkı tanıyan TMK m. 286/I hükmünü iptal etmiş ve iptal kararının Resmi Gazetede yayınlandığı 20 Ekim 2023 tarihinden itibaren dokuz ay sonra yürürlüğe gireceğine hükmetmiştir. Kamuoyunda 8. Yargı Paketi olarak anılan kanun

* Doç. Dr., Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Türkiye, E-posta:ahmetturkmen@klu.edu.tr, ORCID:0000-0003-4288-6607.

taslağında anaya da asli bir hak olarak soybağının reddi davası açma hakkı tanınmasına ilişkin düzenleme yapılmıştır (TMK Taslak m. 286).

Anaya soybağının reddi davası açma hakkı tanınması önemli hukuki sorunları beraberinde getirme potansiyeline sahiptir. Öncelikle, ananın soybağının reddi davası açması kural olarak evlilik birliği içinde yapmış olduğu "zina" fiilinin de ikrarı anlamına gelecektir. Ananın evlilik birliği içinde soybağının reddi davası açması, başta zina nedeniyle boşanma olmak üzere (TMK m. 161), özellikle boşanmanın fer'i sonuçlarından manevi tazminat (TMK m. 174/II) ve yoksulluk nafakası (TMK m. 175) ile edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde hakime kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının azaltılması veya kaldırılmasına imkan veren TMK m. 236/II hükmü de dikkate alındığında kendi aleyhine oldukça ağır sonuçlar doğuracaktır. Ananın zina fiilini gizleyerek evlilik birliği sona erdikten sonra böyle bir dava açması ise bu defa boşanma davası yönünden HMK m. 375/I bağlamında yargılamanın iadesine sebebiyet verebilecektir. Lakin bu kez de kocanın açacağı zina nedeniyle boşanma davasında hak düşürücü sürenin geçmesi (TMK m. 161/II) gündeme gelebilecektir. Böyle bir durumda hak düşürücü sürenin geçtiğini ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması yasağıyla (TMK m. 2/II) bloke edilebilmelidir. Keza ananın başka bir erkeğin spermiyle heterolog yapay döllene rıza gösterdiği hallerde de böyle bir dava açması aynı gerekçeyle (TMK m. 2/II) reddedilebilmelidir. Anaya koşulsuz soybağının reddi davası açma hakkı tanınmasına ilişkin Taslak'taki düzenleme yasalassa bile, bu yasa hükmünde örtülü boşluğun olduğu kabul edilerek yalnızca hakkaniyete ve özellikle çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde ananın böyle bir dava açma hakkı olduğunun kabulü gerekir. Ananın soybağının reddi davası açma hakkı (eski) kocadan intikam alma vasıtası haline getirilmemelidir. Karşılaştırmalı hukukta İtalya ve Fransa örneklerinde olduğu gibi, ananın kocadan boşanması ve biyolojik babayla evlenmesi halinde ise böyle bir menfaatin varlığından söz edilebilir.

Anahtar Kelimeler: Soybağı, Soybağının Reddi, Ana, Çocuk, Babalık Karinesi

MOTHER'S RIGHT TO DENIAL PATERNITY ESTABLISHED THROUGH PRESUMPTION OF FATHERHOOD

Abstract

Whether or not the mother should be granted the right to denial paternity established by presumption of fatherhood has been a subject of debate in the doctrine in the past. Some authors have argued that the mother should be granted this right under certain conditions, and especially to the extent required by the interests of the child based on *de lege lata* or *de lege feranda*, since there is an implicit gap in the law. On the other hand, the prevailing doctrine opposed this based on the general principles of law on the grounds that no one shall be heard who invokes his or her own guilt. Pursuant to the established case law of the Court of Cassation, the mother does not have the right to file such a lawsuit. When such a need arises, the mother can ensure the denial of paternity through the child by appointing a representative guardian since she is not authorized to represent the child due to the conflict of interest between her and the child (Art. 426/I b. 2 of the TCC).

In the case before the Constitutional Court regarding the mother's inability to file a lawsuit for the denial of paternity, the Constitutional Court, with its decision dated July 26, 2023, annulled the provision of Article 286/I of the Civil Code that gives the husband the right to file a lawsuit for the denial of paternity on the grounds that the denial of the right to file a lawsuit for the denial of paternity to the mother violates the right to demand respect for private life (Article 20 of the Constitution) and the right to effective remedy (Article 40 of the Constitution) guaranteed by the Constitution. The annulment decision entered into force nine months after October 20, 2023, the date of its publication in the Official Gazette. In the draft code, which is referred to as the 8th Judicial Package in the public opinion, a provision has been made to grant the mother the right to file a lawsuit for the denial of paternity as a fundamental right (Art. 286 of the Draft Civil Code).

Granting the mother the right to file a lawsuit for the denial of paternity has the potential to cause significant legal problems. First of all, the mot-

her's filing a lawsuit for the denial of paternity will, as a rule, mean the acknowledgment of the act of "adultery" committed within the marriage union. The mother's filing a lawsuit for the denial of paternity within the marital union will have severe consequences against her, especially when the divorce on the grounds of adultery (Art. 161 of the TCC), the non-pecuniary consequences of divorce such as non-pecuniary damages (Art. 174/II of the TCC) and alimony for poverty (Art. 175 of the TCC), and the provision of Art. 236/II of the TCC that allows the judge to reduce or remove the share of the faulty spouse in the residual value in the liquidation of the regime of participation in the acquired property are taken into consideration. If the mother conceals the act of adultery and files such a lawsuit after the dissolution of the marriage, this may lead to the restoration of the proceedings in the context of Article 375/I of the CCP in terms of the divorce case. However, this time, the lapse of the prescription period (Art. 161/II of the TCC) may come to the agenda in the divorce case filed by the husband due to adultery. In such a case, claiming that the statute of limitations has expired should be blocked by the prohibition of abuse of right (Art. 2/II of the TCC). Likewise, in cases where the mother consents to heterologous artificial insemination with another man's sperm, such a lawsuit should be rejected on the same ground (Art. 2/II of the TCC).

Even if the provision in the Draft Code on the unconditional right of the mother to file a lawsuit for the denial of paternity is enacted, it should be accepted that there is an implicit loophole in this provision and that the mother has the right to file such a lawsuit only to the extent that it is in accordance with equity and especially in the interest of the child. The right of the mother to file a lawsuit for denial of paternity should not be turned into a means of revenge against the (ex) spouse. In comparative law, as in the cases of Italy and France, such an interest may exist if the mother divorces the husband and marries the biological father.

Key Words: Paternity, Denial of Paternity, Mother, Child, Presumption of Fatherhood

İŞÇİNİN CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNE ETKİSİ

Dr. Sevde BULUN TOKKAŞ*
Doç. Dr. Hakkı Mert DOĞU**

Özet

Cinsiyet değişikliği ya da başka bir ifadeyle cinsiyet değiştirme, kadın veya erkeğin karşı cinsle dönüşmesini ifade etmektedir. Türk Hukuku bakımından cinsiyet değişikliğine ilişkin düzenleme, Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre cinsiyet değişikliğinin söz konusu olabilmesi için bazı şartların varlığı aranmaktadır. Bu şartların tamamının gerçekleşmesi durumunda, kadın veya erkeğin cinsiyet değiştirmesi söz konusu olur. Cinsiyet değişikliğini talep edebilmek için cinsiyeti değiştirmek isteyen kişinin mahkemeye şahsen başvurarak bu değişikliğin yapılması hususunda izin alması gerekir. Bununla birlikte ayrıca iznin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transeksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır.

Çalışma hayatının öznesi olan işçinin cinsiyet değiştirmesi halinde işverenin iş sözleşmesini feshi gündeme gelebilir. Cinsiyet değişikliği işçinin özel hayatını etkileyen bir değişiklik olup, kural olarak iş sözleşmesinin feshi için geçerli ya da haklı neden oluşturmamaktadır. Zira işçinin

* Dr. Öğr. Üyesi, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: sevde.bulun@karatay.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6634-4530.

** Doç. Dr., KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: mert.dogu@karatay.edu.tr, ORCID:0000-0003-4695-9623.

cinsiyet değişikliği, işveren bakımından dürüstlük kuralları gereğince iş sözleşmesinin devamını çekilmez hale getirmemektedir. Ancak cinsiyet değişikliğinin gerektirdiği uzun tedavi sürecine bağlı olarak işçinin yapacağı devamsızlık, işverenin 4857 sayılı Kanun m.25/1-b kapsamında haklı nedenle fesih yapmasına olanak sağlamaktadır.

Cinsiyet değişikliğinin geçerli neden kapsamında olup olmadığı değerlendirilirken, İş Hukukunda hâkim olan son çare (ultima ratio) ilkesinin dikkate alınması gerekir. Son çare ilkesi gereğince asıl olan, iş sözleşmesinin devamının sağlanmasıdır ve feshe ancak son çare olarak başvurulmalıdır. Bu durumda işverenin iş sözleşmesini feshetmeden önce, biyolojik olarak cinsiyetini değiştiren işçiye eğitim verilmesi, işyerinde başka bir yerde çalıştırılması gibi ihtimaller değerlendirilmelidir. Ancak yapılan işin niteliğine bağlı olarak işçinin cinsiyet değiştirmesi, çalışma ortamında olumsuz bir etkiye yol açmışsa, işverenin işçinin yetersizliğine ilişkin geçerli nedenle iş sözleşmesini feshetmesi mümkündür.

Sonuç itibarıyla, işçinin cinsiyet değişikliği tek başına geçerli neden veya haklı neden oluşturmamakla birlikte işçinin cinsiyet değiştirdiği her somut olay kendi özelinde değerlendirilmelidir. Ancak bu yapılırken, cinsiyet değiştiren kişilerin yaşadıkları bu durum nedeniyle toplumda azınlık hale geldikleri gözardı edilmemeli ve İş Hukukunun temel ilkeleri dikkate alınarak çalışma hayatında varlıklarını sürdürebilmeleri sağlanmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Cinsiyet, Cinsiyet Değiştirme, İş Sözleşmesinin Feshi, Haklı Neden, Geçerli Neden

THE EFFECT OF AN EMPLOYEE'S GENDER CHANGE ON THE TERMINATION OF THE LABOUR CONTRACT

Abstract

Gender change, or in other words, gender reassignment, refers to the transformation of a man or woman into the opposite sex. In terms of Turkish Law, regulations pertaining to gender reassignment are outli-

ned in Article 40 of the Turkish Civil Code. According to this article, certain conditions must be met for the gender reassignment to be considered valid.. In order to request gender change, the person who wants to change gender must personally apply to the court and obtain permission to make this change. Additionally, for permission to be granted, the applicant must be at least eighteen years old and unmarried. Furthermore, they must provide official documentation from a training and research hospital, confirming the necessity of gender reassignment for mental health, based on a formal medical report indicating transgender status.

The termination of the labour contract by the employer may be considered if the employee, who is the subject of the working life, undergoes a gender change. Gender change is a modification affecting the employee's private life and, as a rule, is not a valid or just cause for the termination of the labour contract. Because the gender change of the employee does not make the continuation of the labour contract intolerable for the employer, in accordance with the rules of honesty. However, the employee's absence due to the long treatment process required by gender change may make it possible for the employer to terminate for just cause within the scope of Article 25/1-b of Law No. 4857.

When evaluating whether gender change is within the scope of valid reason, the principle of last resort (*ultima ratio*) prevailing in Labor Law should be taken into account. Following the principle of last resort, the primary objective is to secure the ongoing labour contract, and termination should only be considered as a last resort . In this case, before the employer terminates the labour contract, the possibility of providing training to the worker who has changed his biological gender and employing him elsewhere in the workplace should be evaluated. However, depending on the nature of the work performed by the employee, gender change may be deemed a valid reason arising from the inadequacy of the worker in cases where it may have negative consequences in the working environment.

Ultimately, although the gender change of the worker does not constitute a valid reason or just cause on its own, the primary goal should be to ensure that these individuals, who have become a minority in society by changing their gender, remain in the workforce. Each specific instance of an employee changing gender should be evaluated on its own merits and within the framework of Labor Law principles.

Key Words: Gender, Gender Reassignment, Termination of Labour Contract, Just Cause, Valid Reason.

NOTERLERE TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YETKİSİ VEREN YENİ DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Esen KABAŞ TEZCAN*

Özet

Taşınmaz satış sözleşmesinin geçerliliği resmî şekilde yapılmış olmasına bağlı olup resmîyeti verecek olan kurum, Tapu Kanunu m. 26/f. I uyarınca tapu sicil müdürlükleridir. Bununla birlikte, 28.06.2022 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Noterlik Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmış ve söz konusu kanunun 12. maddesi ile NK'na "*Taşınmaz satış sözleşmesi*" kenar başlıklı 61/A hükmü eklenerek, taşınmaz satış sözleşmesinin noterler tarafından da yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. İlgili hüküm 01.07.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Böylece mevcut düzenlemede, taşınmaza ilişkin yalnızca taşınmaz satış vaadi sözleşmesini yapmaya yetkili olan noterler, NK'da yapılan değişikliklerle taşınmaz satış sözleşmesi yapmaya da yetkili kılınmıştır. Bu düzenleme gerekli olmakla birlikte; kapsam, uygulama şekli ile Eşya ve Borçlar hukukunun temel esasları itibariyle eleştiriye açık yönleri haizdir. Şöyle ki, noterlere tanınan bu yetki, münhasır bir yetki olmayıp, tapu sicil müdürlüğünün yetkisi hâlen devam etmektedir. Ayrıca noterlere, taşınmaz mülkiyetinin ivazlı veya ivazsız olarak devrini ya da taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak tesisini konu alan bütün sözleşmeleri değil, yalnızca taşınmaz satış sözleşmesini düzenleme yetkisi verilmiştir. Diğer taraftan, yeni düzenleme, noterleri taşınmaz mül-

* Dr. Öğr. Üyesi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: esen.kabas@erdogan.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0845-6470.

kiyetinin devri sürecinde yalnızca satış sözleşmesi, yani borçlandırıcı işlem safhasında yetkilendirmiş gibi görünse de mevcut tapu uygulamasının da etkisiyle NK m. 61/A/f. IV hükmü, bunu aşacak şekilde kaleme alınmıştır. Öyle ki, yeni düzenleme hem tescil talebinin nereye ve nasıl yapılacağı düzenlenmeden, noterin tescil talebi varmış gibi doğrudan yevmiye numarası alarak sözleşmeyi sisteme kaydedeceği belirtilerek tescil işlemini başlatmasıyla borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin iç içe geçmesine hem de satış sözleşmesinin içerisinde tescil talebinin de yer alması ve fakat tescil talebi ile tescilden oluşan tasarruf işlemini yapacak olan kurumun tapu sicil müdürlüğü olması dolayısıyla tasarruf işleminin parçalara ayrılmasına sebep olmuştur. Dahası, NK m. 61/A/f. VI hükmünde satışa engel hukukî bir durumun varlığı hâlinde noter tarafından satış işleminin gerçekleştirilemeyeceği ifade edilerek, noterin daha borçlandırıcı işlem aşamasında tasarruf yetkisini araması öngörülmüştür. Son olarak, NK m. 162'ye eklenen ikinci fıkra ile taşınmaz satış sözleşmesinden dolayı oluşan zararlardan noterler de sorumlu tutularak noterlerin kusursuz sorumluluğu genişletilmiş ve zararın Devlet tarafından karşılanması durumunda notere rücu edileceği düzenlenmiştir. Bu bakımdan, noterin düzenlediği satış sözleşmesinden dolayı tapuda bir hukuka aykırılık meydana gelmişse Devlet, tapu sicilinın tutulmasından doğan zararlardan kusursuz sorumlu olup, tapu memuruna ancak kusuru varsa rücu edebilecekken; aynı işlemde dolaylı noter kusursuz sorumlu olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Noterlik Kanunu, Noterlerin yetkisi, Taşınmaz satış sözleşmesi, Resmî şekil, Noterin sorumluluğu.

EVALUATION OF THE NEW REGULATION AUTHORISING NOTARIES TO CONCLUDE IMMOVABLE SALE CONTRACTS

Abstract

The validity of the immovable sale contract depends on its being made in an official manner, and the institution that will grant the officiality is the land registry offices pursuant to Article 26/f. I of the Land Re-

gistry Law. However, with the Law No. 7413 on the Amendment of the Law on Judges and Prosecutors and Certain Laws published in the Official Gazette dated 28.06.2022, significant amendments were made to the Notary Public Law, and with Article 12 of the said law, Article 61/A titled "*Contract of sale of immovable property*" was added to the NK, and it was stipulated that the contract of sale of immovable property can also be executed by notaries. The relevant provision entered into force on 01.07.2023. Thus, notaries, who are only authorised to execute the contract of promise to sell immovable property in the current regulation, are also authorised to execute the contract of sale of immovable property with the amendment made to the NK. Although this regulation is necessary, it is open to criticism in terms of its scope, method of application and the basic principles of the Law of Property and Law of Obligations. Namely, this authorisation granted to notaries is not an exclusive authorisation, and the authority of the land registry office still continues. In addition, notaries are authorised to execute only the contract of sale of immovable property, not all contracts concerning the transfer of immovable property with or without consideration or the establishment of limited rights in rem on immovable property. On the other hand, although the new regulation seems to authorise notaries in the process of transfer of immovable property only at the stage of the sales contract, i.e. at the stage of the obligatory transaction, the provision of Article 61/A/f. IV of the NK has been drafted in a way that goes beyond this due to the effect of the current land registry practice. In fact, the new regulation has caused both the intertwining of the obligatory transaction and the disposition transaction by stating that the notary initiates the registration process by directly taking a journal number and registering the contract in the system as if there is a registration request, without regulating where and how to make the registration request, and the disposition transaction has been fragmented due to the fact that the registration request is included in the sales contract, but the institution that will carry out the disposition transaction consisting of the registration request and registration is the land registry office. Moreover, Article

61/A/f. VI of the NK stipulates that the notary may not perform the sale transaction in the presence of a legal obstacle to the sale, and thus, the notary is required to seek the power of disposition at the stage of the obligatory transaction. Finally, the second paragraph added to Article 162 of the NK extends the liability of notaries by making notaries liable for damages arising out of the immovable sale contract, and provides that the notary shall have recourse to the notary if the damages are covered by the State. In this respect, if an unlawfulness has occurred in the land registry due to the sales contract issued by the notary public, the State is liable without fault for the damages arising from the maintenance of the land registry and can only recourse to the land registry officer if it is at fault, whereas the notary public will be liable without fault for the same transaction.

Key Words: Notary Law, Authorisation of notaries, Contract for sale of immovable property, Official form, Liability of notary.

BİTKİ ÜZERİNDE ÜST HAKKI

Dr. Öğr. Üyesi Bedia GÜLEŞ*

Özet

Türk Hukuk Sistemi açısından taşınmazda sürekli kalması amacıyla dikilmiş bitkilerin mülkiyeti taşınmaz malikine aittir. TMK m. 718'e göre taşınmaz mülkiyeti, aksi anlaşılmadıkça taşınmaz üzerindeki kaynakları ve bitkileri de kapsar. Bir kimse, kendi fidanını başkasının arazisine, başkasının fidanını kendi arazisine veya başkasının fidanını başkasının arazisine dikerse TMK m. 729/I'e göre haksız yapıya ilişkin hükümler uygulanır. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrası, ağaçlar ve ormanlar üzerinde üst hakkı kurulmasını açıkça yasaklamaktadır. Böylece Türk Hukukunda bitkiler üzerinde üst hakkı kurulamaz.

Hükmün mehzaz karşılığı olan Art. 678 ZGB'de 2003 yılında değişikliğe gidilmiş, 2004'te yürürlüğe giren bu değişiklik sonucu orman olmak kaydıyla bitkiler üzerinde üst hakkı mümkün hâle gelmiştir. Böylece kişi veya taşınmaz lehine, bitkiler üzerinde üst hakkı kurulabilir. Bu hak sahibine bitki dikerek veya dikilen bitkiyi muhafaza ederek onun maliki olma yetkisi verir. İrtifak bitince de bitki arza tabi olur. Tarafların anlaşmalarına göre süre sonunda irtifak sahibine bedel ödenebilir. Ormanların tahrip olmasını engellemesi açısından bunlar üzerinde irtifak tesis etme yasağı konulması isabetlidir.

Değişikliğin uygulamaya yansıyabilecek pek çok olumlu yönü bulunmaktadır. İlk olarak bir araziye "haksız bitki" dikildiğinde, arazi maliki on beş gün içerisinde bitkilere itiraz ederse, bitkilerin kaldırılması gerekir. Malik bu sürede sessiz kalırsa, bitki dikenin iyi veya kötüniyetli

* Dr. Öğr. Üyesi, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: bedia.gules@karatay.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9036-7572.

olmasına ve zarar durumuna göre ya bitkinin sökülmesi ya taşınmazın ifrazı ya da tazminat ödenmesi gerekir. Ancak ifraz için taşınmaz her zaman uygun olmayabilir. Sökme seçeneğindeyse bitkilerin telef olma ihtimali vardır. Halbuki şartlar uygun olduğu takdirde üst hakkı kurmak, taşınmazda yeşilin korunması ve ekonomik değerin arttırılması için daha elverişlidir.

İkinci olarak bitki üzerinde üst hakkı, tapu dışı satış sonucu iadelerde gündeme gelebilir. Taşınmazını haricen satan malik tapu iptal ve tescil davası açtığı zaman, tapu dışı alan kimse taşınmaza bitki dikmiş, yıllarca onları büyütüp emek harcamış olabilmektedir. Her ne kadar kural olarak şekil gerekliliğini yerine getirmeyenin, bunun sonuçlarına katlanması gerekirse de hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda bu kimse lehine üst hakkı tesis edilerek, hem taşınmaz malikinin sebepsiz zenginleşmesi önlenmiş hem de bitkilerle bunların ekonomik değeri muhafaza edilmiş olur.

Bitki üzerinde üst hakkının, yeşillendirmek ve bu yolla araziye ekonomik değer katmak için de kullanılması mümkündür. Örneğin sulama tarımına uygun olmayan taşlık arazisini değerlendirmek isteyen, fakat buna mali gücü olmayan malikin, üst hakkı kurmak suretiyle üçüncü kişinin üzüm bağı oluşturmasına izin vermesi, sonra da bunun maliki olması mümkündür. Hukuki zeminini oluşturmak suretiyle aynı yöntem, idareye ait; fakat âtil kalmış arazilerin ağaçlandırılması için de uygulanabilir.

Türk Hukuku bitki üzerinde üst hakkı kurumuna, tarihi köken olarak da uygulama olarak da uzak değildir. Nitekim Osmanlı Devleti Hukukunda bu hakkı da kapsamak üzere “karar hakkı” bulunmaktaydı. Günümüz açısından değerlendirildiğinde de ürün kirası kuruma yakın bir uygulamaya sahiptir. Doktrinde yapı üzerindeki üst hakkının, yapıyla bağlantılı bitkileri de kapsadığı ifade edildiğine göre avantajlarından yararlanmak için kuruma ön yargıyla yaklaşılması gerekir.

Anahtar Kelimeler: Üst hakkı, bitki, haksız bitki, haksız yapı, irtifak hakkı.

SUPERFICIES OVER PLANT

Abstract

In terms of the Turkish Legal System, the ownership of plants planted to remain permanently on the property belongs to the property owner. According to Turkish Civil Code Article 718, real estate ownership also includes springs and plants on the real estate, unless otherwise understood. If a person plants his own saplings on someone else's land, someone else's saplings on his own land, or someone else's saplings on someone else's land, according to Turkish Civil Code Article 729/I, provisions regarding unfair construction are applied. However, the second paragraph of the same article clearly prohibits the establishment of superficies over trees and forests. Thus, in Turkish Law, superficies cannot be established over plants.

The provision's counterpart, Art. 678 ZGB was amended in 2003, and as a result of this amendment, which came into force in 2004, superficies over plants became possible, provided that they are not forests. Thus, superficies can be established over plants in favor of the person or the real estate. This right gives the owner the authority to become the owner of the plant by planting it or preserving the planted plant. When the easement ends, the plant becomes subject to supply. According to the agreement of the parties, a fee may be paid to the easement owner at the end of the period. In order to prevent the destruction of forests, it is appropriate to impose a ban on establishing easements on them.

The change has many positive aspects that may be reflected in practice. First of all, when "unfair plants" are planted on a land, if the land owner objects to the plants within fifteen days, the plants must be removed. If the owner remains silent during this period, the plant must be removed, the real estate must be divided, or compensation must be paid, depending on whether the planter has good or bad intentions and the extent of damage. However, real estate may not always be suitable for subdivision. In the removal option, there is a possibility that the plants will perish. However, if the conditions are suitable, establishing a super-

ficies is more suitable for protecting the greenery of the property and increasing the economic value.

Secondly, superficies on the plant may come to the fore in returns resulting from sales outside of title deed. When the owner who sold his real estate externally files a lawsuit for title deed annulment and registration, the person who bought it externally may have planted plants on the property, grown them and spent years of effort. Although, as a rule, those who do not fulfill the formality requirement must bear the consequences, in cases where equity requires, a superficies right is established in favor of this person, preventing the unjust enrichment of the immovable owner and preserving the plants and their economic value.

It is also possible to use the right of way over the plant to green it and thus add economic value to the land. For example, it is possible for the owner, who wants to make use of the stony land that is not suitable for irrigation agriculture, but does not have the financial power, to allow a third party to create a vineyard by establishing a right of way, and then become the owner of it. The same method belongs to the administration by establishing its legal basis; but it can also be applied for afforestation of idle lands.

Turkish Law is not far from the institution of superficies on plants, both in terms of historical origin and practice. As a matter of fact, there was a "right to holding" in Ottoman State Law to include this right. When evaluated from today's perspective, product rental has a practice close to the institution. Since it is stated in the doctrine that the right of construction on the building also covers the plants connected to the building, the institution should not be approached with prejudice in order to benefit from its advantages.

Key Words: Right of construction, plant, unfair plant, unfair construction, easement.

BİR TAŞINMAZA İLİŞKİN OLARAK BİRDEN FAZLA REHİNLİ ALACAKLI İLE BOŞ DERECEYE İLERLEME SÖZLEŞMESİ YAPILMASI

Arş. Gör. Dr. Musa Furkan ŞAHİN*

Özet

Sabit dereceler sistemine göre, bir taşınmaz üzerinde rehin kurulabilmesi için taşınmazın derece adı verilen farazi değer parçalarına bölünmesi gerekir. Böylece taşınmazın maliki, her bir derecede taşınmaz rehni kurabilir. Bu sistemde ön sıradaki derecenin boş bırakılıp arka sıradaki dereceye taşınmaz rehni kurulabilmesi mümkündür. Ayrıca ön sıradaki derecede bulunan taşınmaz rehni terkin edildiğinde, diğer bir ifadeyle ön sıradaki derece boşaldığında arka sıradaki derecede bulunan taşınmaz rehni ön sıraya ilerlemez. Ancak taşınmazın maliki ile rehinli alacaklı, boş dereceye ilerleme sözleşmesi yapabilirler. Resmî şekilde yapılan bu sözleşme, taşınmazın malikine ön sıradaki derece boşaldığında arka sıradaki derecede bulunan taşınmaz rehnini boşalan dereceye ilerletme borcu yükler. Taraflar, sözleşmede art arda ilerleme veya önce gelen dereceleri atlama yöntemi belirleyebilecekleri gibi taşınmaz rehninin bir veya birden fazla defa ilerleyebilmesini de kararlaştırabilirler.

Boş dereceye ilerleme sözleşmesi sonucunda ön sıradaki derece boşalınca arka sıradaki derecede bulunan taşınmaz rehni kendiliğinden ilerlemez. Bu durumda, arka sıradaki derecede bulunan taşınmaz rehninin alacaklısı taşınmaz rehninin ön sıraya ilerletilmesini talep etmeli ve ta-

* Arş. Gör. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Türkiye. E-posta: musafurkan.sahin@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7277-1013.

şınmaz maliki de bu taşınmaz rehnini ön sıradaki dereceye ilerletmek için tescil talebinde bulunmalıdır. Boş dereceye ilerleme sözleşmesinin üçüncü kişilere, mesela taşınmazı devralan yeni malike veya diğer rehinli alacaklılara karşı ileri sürülebilmesi için tapuya şerh edilmiş olması gerekir.

Taşınmazın maliki, birden fazla rehinli alacaklıyla boş dereceye ilerleme sözleşmesi yapmış olabilir. Bu durumda, derecelerden biri boşaldığı takdirde hangi rehinin ön sıradaki dereceye ilerletilmesi gerektiği tespit edilmelidir. Boş dereceye ilerleme sözleşmeleri şerh edilmişse ve bu sözleşmelerdeki boş dereceye ilerleme hakları çatışmaktaysa hangi taşınmaz rehninin ön sıradaki dereceye ilerletileceği, şerhlerin tarihleri esas alınarak tespit edilir. Buna göre, sözleşmesi önce şerh edilmiş olan rehinli alacaklının hakkı önceliklidir.

Birden fazla rehinli alacaklıyla yapılan boş dereceye ilerleme sözleşmelerinin tapu siciline şerh edilmemeleri hâlinde öncelikle boş dereceye ilerleme hakları arasında çatışma olup olmadığına bakılır. Haklar arasında çatışma bulunmamaktaysa hangi hakkın öncelikli olduğunun tespitine gerek yoktur. Mesela, boşalan derece, boş dereceye ilerleme hakkı tanınan rehin haklarından sadece birinin ön sırasındaysa haklar arasında çatışma bulunmamaktadır. Yine, boş dereceye ilerleme sözleşmelerinde art arda ilerleme sistemi kabul edildiyse sadece boşalan derecenin bir arkasındaki derecede bulunan taşınmaz rehni boşalan dereceye ilerletilebilir. Ön sıradaki boşalan derecenin değeri yeterli olduğunda da boş dereceye ilerleme hakkı tanınan her bir rehin hakkı boşalan dereceye tescil edilebildiğinden haklar arasında çatışmadan söz edilemez.

Boş dereceye ilerleme hakları arasında çatışma bulunduğu takdirde ise doktrinde farklı görüşler ileri sürülse de kanaatimizce sözleşmelerde önceliğe ilişkin bir hüküm bulunmuyorsa her bir rehinli alacaklının taşınmazın malikine karşı hakkını ileri sürebilmesi mümkündür. Zira rehinli alacaklıların boş dereceye ilerleme hakları nispi hak niteliğindedir. Bu durumda taşınmazın maliki, rehin haklarından biri için tescil talebinde bulunabilir. Diğer rehinli alacaklılar ise boşalan dereceye tescil

edilen rehin hakkının sahibi olan rehinli alacaklıya karşı herhangi bir talepte bulunamazlar; ancak taşınmazın malikinden sözleşmeye aykırılık sebebiyle tazminat talep edebilirler.

Anahtar Kelimeler: Sabit Dereceler Sistemi, Boş Dereceye İlerleme Sözleşmesi, Boş Dereceye İlerleme Hakkı, Şerh, Nispi Hak

MİRAS PAYLAŞMA SÖZLEŞMESİ VE MİRASIN PAYLAŞILMASINA HÂKİM TEMEL İLKELER

Dr. Hasibe Sena AKKIŞLA*

Özet

Miras hukuku, bireylerin aile içi iletişimlerini hukuki bir düzlem üzerinde sonuca bağlaması, ailenin huzuru, bireyin iradesinin serbestisini dengelemesi bakımından önemli düzenlemeler yapmaktadır. Miras hukukunun dayandığı ilkeler, mirasın paylaşılmasına dair benimsenen ilkeler mirasbırakanın ve mirasçılarının hukuki ilişkilerinin düzenlenmesi bakımından önemlidir. Miras paylaşma sözleşmesi, mirasçılarının mirası paylaşma biçimlerini ve miras pay oranlarının belirlenmesi hususunda anlaşma yapmalarını konu edinir. Türk Medeni Kanunu, miras hukukuna dair ilkeleri ve kuralları İsviçre Medeni Kanunu'ndan iktibas yolu ile almıştır dolayısıyla İsviçre Medeni Kanunu içerisinde 01.01.2023 tarihinde gerçekleştirilen değişikliklerin incelenmesi gerekliliğini doğurmuştur. Toplumsal gelişmeler ve zamanın şartlarının değişmesi ve ekonomik gelişmeler etkisi sonucu İsviçre Medeni Kanunu saklı paylı mirasçıları azaltmıştır, altsoyun saklı payını daraltılmış, boşanma davası açılması halinde eşlerin saklı payları üzerine yeni düzenlemeler benimsenmiş, mirasbırakanın iradesine bağlanan hukuki sonuçlar daha önemli kılınmış ve mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü genişletmiştir. Mirasbırakanın tasarruf edebileceği pay arttırılmıştır. Çalışmamızın amacı, Türk Medeni Kanunu'nda miras paylaşımı sözleşmesi ve miras paylaşımını düzenleyen esaslar üzerindeki uyuşmazlıkların çözümüne ışık tutmaktır. Çalışma yöntemi olarak hukuk sistemlerinin ve yasal düzenlemelerin karşılaştırmalı analizi kullanılacaktır. Çalışmada İsviçre Me-

* Doktor, Avukat, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Türkiye, E-mail:dr.av.hasibesenaakkisla@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0478-5904.

deni Kanunu'nun miras hukuku hükümlerindeki değişiklikler, Türk Medeni Kanunu ve Alman Medeni Kanunu'ndaki yansımaları, yasal me-
tinler ve mirasın paylaşımını düzenleyen temel ilkeler doğrultusunda değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Miras Hukuku, Miras Paylaşma Sözleşmesi, Mu-
risin Tasarruf Serbestisi, Saklı Pay, İsviçre Medeni Kanunu Revizyonu

INHERITANCE DIVISION AGREEMENT AND BASIC PRINCIPLES GOVERNING THE DIVISION OF INHERITANCE

Abstract

Inheritance law makes important arrangements in terms of conclu-
ding communication individuals within family on a legal plane, peace of
family, and balancing freedom of individual's will. The principles on
which inheritance law is based and principles adopted regarding sha-
ring of inheritance are important in terms of regulating legal relations of
heirs. Inheritance sharing agreement is subject of heirs agreement on
ways sharing inheritance and determination of inheritance share ratios.
Turkish Civil Code has adopted principles and rules of inheritance law
from Swiss Civil Code, therefore, it is necessary to examine amendments
made in SCC on 01.01.2023. As a result of social developments and
changes in conditions time and economic developments, SCC has redu-
ced reserved heirs, narrowed reserved shares heirs, adopted new regula-
tions on reserved shares of spouses in case of divorce proceedings, made
legal consequences attached to will of heir more important and expan-
ded freedom of disposition heir. The share that heir may dispose of has
been increased. The purpose of our study is shed light on solution of
disputes principles regulating inheritance sharing agreement and inheri-
tance sharing in Turkish Civil Code. Comparative analysis legal systems
and legal regulations will be used as a study method. The amendments
on inheritance law provisions of SCC, its reflections on Turkish Civil

Code and German Civil Code have been evaluated in study in line with legal texts and basic principles governing division of inheritance.

Key Words: Inheritance Law, Inheritance Distribution Contract, Freedom of Disposal of The Testator, Hidden Share, Revision of Swiss Civil Code

ÜCRETLİ DİJİTAL PLATFORMLARIN KAÇAK KULLANIMININ BORÇLAR HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Erman BENLİ*

Geniş Özet

Ülkemizde, ücretli dijital platformların¹ sayısının ve fiyatlarının artması², bu platformların kaçak kullanımına ilgiyi artırmıştır. İnsanlar, birden fazla platforma abone olmanın mâlî yükünü karşılayamadığından, bütçesini sarsmayacak düşük bir bedelle bütün ücretli dijital platformlara cezaî ve hukukî yaptırımlarına rağmen kaçak şekilde erişmeyi göze almaktadır. Ücretli dijital platformların kaçak kullanımı; elektrik, su, doğal gaz, toplu taşıma gibi kitlesel mal ve hizmetlerin kaçak kullanımından farklı değildir. Çalışmamızda, ücretli dijital platformların kaçak kullanımı, Borçlar Hukuku boyutuyla incelenmekte olup, Ceza Hukuku ve Fikrî Mülkiyet Hukuku boyutları kapsam dışı bırakılmıştır.

Piyasa aksaklıkları teorisine³ göre, “bedavacılık (*free-riding*)” bir piyasa aksaklığı türüdür.⁴ Ücretli dijital platformlardan, maliyetine hiç kat-

* Doç. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: erman.benli@asbu.edu.tr, ORCID:0000-0002-2277-2832.

¹ Netflix, Exxen, Disney+, Blu TV, Gain, TOD (Beinsports), S Sport, Amazon Prime vb.

² Fiyat artışının hem talep hem de arz yönlü sebepleri vardır. Talep yönünde içeriklerin zenginleşmesi ve izleme kalitesinin artmasıyla birlikte talebin artması, arz yönünde ise enflasyondan ve yaygın kaçak kullanımdan doğan maliyetlerin artışı ve tüm bunların fiyata ve en nihayetinde son kullanıcıya yansması söz konusudur.

³ **Bator, F.M.:** *The Anatomy of Market Failure*, The Quarterly Journal of Economics 1958, Vol. 72 (3), s. 351 vd.; **Mitchell, J.C.:** *The Doctrine of Market Failure and Early Development Theory*, History of Economics Review 2006, Vol. 44, s. 50 vd.; **Hertog, J.D.:** *Review of Economic Theories of Regulation*, Discussion Paper Series 2010, No. 10-18, s. 5; **Holcombe, R.:** *Public Sector Economics: The Role of Government in the American Economy*, New Jersey 2006, s. 27; **Datta-Chaudhuri, M.:** *Market Failure and Government Failure*, The Journal of Economic Perspectives 1990, Vol. 4 (3), s. 37-38.

lanmadan veya sembolik denebilecek bedelle katlanarak kaçak şekilde faydalanmak bedavacılık probleminde yol açmaktadır.⁵ Ücretli dijital platformlardan kaçak şekilde faydalanmak, hem hizmeti sunan firmanın hem de yasal kullanıcıların işlem maliyetlerini artırmakta, onlara zarar vermektedir. Hizmeti sunan firma açısından, maliyetleri artırmakta ve firmanın yatırım güdüsü zedelemektedir. Firma, artan maliyetlerini yasal kullanıcılara yansıtmakta, bu nedenle yasal kullanıcılar hizmetten daha pahalı yararlanmak zorunda kalmaktadır. Ücretli dijital platformların kaçak kullanımına karşı Ceza Hukuku, Fikrî Mülkiyet Hukuku ve Borçlar Hukuku müeyyideleri, bedavacılık teşkil eden piyasa aksaklığını ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Çalışmamızın temel sorusu şudur: Acaba ücretli dijital platformların kaçak kullanımına karşı Borçlar Hukuku müeyyidesi ne olabilir? Diğer bir deyişle, ücretli dijital platformların kaçak kullanımı haksız fiil mi yoksa sözleşmeye aykırılık mı teşkil etmektedir? Doğal olarak, kaçak kullanıcılara müeyyidelerin uygulanabilmesi için, bu kişilerin teknik olarak tespit edilebilmesi gerekir. Çalışmamızda, Borçlar Hukuku müeyyidesine ilişkin değerlendirmelerimizi kaçak kullanıcıların teknik olarak tespit edilebildiği varsayımı altında yapmaktayız. Kaçak kullanıcıların tespit edilmesinin mümkün olup olmadığı⁶, mümkünse teknik olarak nasıl tespit edilebileceği bu çalışmanın sınırlarını aşmaktadır.

Kitlesele hizmetlerin kaçak kullanımına uygulanacak hükümler konusunda doktrinde ortaya çıkan farklı görüşler, ücretli dijital platformların kaçak kullanımında da gündeme gelmektedir. Ücretli dijital platformların kaçak kullanımına uygulanacak Borçlar Hukuku müeyyidesinin ka-

⁴ Cole, Daniel H./Grossman, Peter Z.: Principles of Law and Economics, Pearson, New Jersey 2005, s. 17.

⁵ Kaçak elektrik özelinde, Türkiye'deki kaçak elektrik sorununa Hukukun Ekonomik Analizi (*Economic Analysis of Law, Law&Economics, Economics of Law*) perspektifinden çözüm önerisinde bulunan bir çalışma için bkz. Benli, Erman/Emin Benli, Hande: Cheapest Cost Avoider Approach to the Electricity Loss and Theft in Turkey, Network Industries Quarterly, 19(2), 2017, ss. 13-16.

⁶ Örnek olarak bkz. <https://www.goal.com/tr/haber/bein-media-group-kacak-yayin-yapan-illegal-olusumun-ic-yuezuenu-ortaya-cikardi/16whr0tw9kr31ar56aw-0b4qng> <https://beoutq.tv/> <https://www.youtube.com/watch?v=LmYqElobJT8>

ununî dayanağı konusunda üç farklı görüşün mevcut olduğunu söyleyebiliriz:

Birinci görüş: Kitlesele hizmetlerin kaçak kullanımı haksız fiil teşkil etmektedir, bu nedenle haksız fiil hükümleri (TBK m.49 vd.) uygulanmalıdır.⁷ Dolayısıyla, bu görüşe göre, ücretli dijital platformların kaçak kullanımında da haksız fiil hükümleri uygulama alanı bulmalıdır.

İkinci görüş: Kitlesele hizmet sunumlarında genele yapılmış bir icap vardır, kaçak kullananın iradesi örtülü-zımnî kabul beyanı sayılır ve sözleşme TBK m.1/1'e göre kurulmuş olur. Sözleşme geçersiz olursa, ilgilileri TMK m.2/2 hükmüne göre korumak mümkündür. Fiilî akit-fiilî sözleşme ilişkileri-fiilî borç ilişkileri teorisine gitmeye gerek yoktur.⁸ Zira, bu teorinin hukukumuzda kanunî dayanağı bulunmamaktadır.⁹

Üçüncü görüş: Bizim de katıldığımız bu görüşe¹⁰ göre, ücretli dijital platformların kaçak kullanımını, dürüstlük kuralına (TMK m.2/1) dayanan sözleşme benzeri borç ilişkilerinden fiilî sözleşme ilişkisi (*faktisches Vertragsverhältnis*) kapsamında değerlendirmek gerekir. Fiilî sözleşme ilişkisi teorisine¹¹ göre, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları olmaksızın, salt fiilî vakıalar-olgular ile borç ilişkisi kurulabilir (işlem iradesi ve beyan aranmıyor). Burada, sorumluluk sözleşme varmış ve ihlâl edilmiş gibi sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayandırılmak suretiyle zarar gören daha sıkı korunmaktadır. Yani, nasıl ki *culpa in contrahendo*, *culpa post contrahendum* ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorilerinde zarar vereni haksız fiil hükümleri yerine borca aykırılık hüküm-

⁷ Bkz. **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 142. Yazar, açıkça belirtmese de, değerlendirmelerinden birinci görüşü kabul ettiğini anlıyoruz.

⁸ **Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, K. Emre:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 16.

⁹ **Eren**, s. 142; **Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 4. Bası'dan 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 80.

¹⁰ **Oğuzman, Kemal/Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, s. 42; **Tekinay, Selâhattin Sulhi:** Borçlar Hukuku, 3. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974, s. 66.

¹¹ **Medicus, Dieter:** Allgemeiner Teil des BGB, 9. Baskı, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2006, s. 101 vd.; **Syz, Carole Barbara:** Faktisches Vertragsverhältnis, Zürich 1991, s. 35 vd. Ayrıca bkz. BGE 119 II 437; BGE 110 II 244; BGE 108 II 112; BGE 119 II 40.

lerine tâbi tutmak mümkünse; burada da sunulan hizmetten sözleşmeye dayanmaksızın kaçak şekilde yararlanan kişiye karşı sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme hükümleri yerine dürüstlük kuralından (TMK m.2/1) hareketle sözleşmeye aykırılık hükümlerine (TBK m.112 vd.) gitmek mümkün hâle gelmektedir.¹² Böylece, zarar gören;

- Kusuru ispat yükünden kurtulur (TBK m.112).

- Daha uzun (10 yıl) zamanaşımı süresine tâbi olur (TBK m.146) > Fakat, tarafların kurmak istediği sözleşme 5 yıllık zamanaşımına tâbi ise o zaman bu 5 yıllık süre esas alınır.

- İfâ yardımcısından dolayı borçluyu kurtuluş kanıtı getiremeyeceği şekilde kusursuz sorumlu tutabilir (TBK m.116).¹³

Borçlar Hukuku kuralları, borç ilişkisine giren tarafların davranışlarını sosyal refahı maksimize edecek kararlar almaları yönünde teşvik ediyorsa, bu kurallar etkin-optimal kurallardır diyebiliriz.¹⁴ Bu bağlamda, üçüncü görüşün fiilî sözleşme ilişkisi çerçevesinde öngördüğü yaptırım türü, maliyet-etkin (*cost-efficiency*) davranışları teşvik etmek ve işlem maliyetlerini azaltmak suretiyle tarafları sosyal refahı maksimize edecek davranışlara yöneltmek bakımından teorik olarak daha işlevsel görünmektedir.

Fiilî sözleşme ilişkisi teorisi, iki alanda kullanılmaktadır:

1) Hükümsüz¹⁵ olan sürekli borç ilişkilerinde: Şayet, uzun süre devam etmiş ve taraflarca büyük bölümü ifa edilmiş bir sürekli borç ilişkisi

¹² Oğuzman/Öz, s. 41.

¹³ Serozan, Rona: "Culpa in Contrahendo", "Akdin Müspet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1968, Yıl: 2, Sayı: 3, ss. 108-129, s. 111; Kocayusufpaşaoğlu, s. 10; Oğuzman/Öz, s. 37, dn. 11 ve s. 499.

¹⁴ Schweizer, Urs: Efficient Incentives from Obligation Law and the Compensation Principle, International Review of Law and Economics 45 (2016) 54-62, s. 54. Ayrıca bkz. Cole/Grossman, s. 26; Ogus, Anthony: Costs and Cautionary Tales: Economic Insights for the Law, Hart Publishing, UK 2006, s. 14 ve 47.

¹⁵ Biz, hükümsüzlüğü geniş anlamıyla kabul ettiğimizden, burada geçersizlik demeyi doğru bulmadık, çünkü geniş anlamda hükümsüzlükte geçersizlik denilen yaptırım türü sadece kesin hükümsüzlüğe karşılık gelmektedir. Hâlbuki, sürekli borç ilişkilerinin irade sakatlığı nedeniyle iptal edilebilirliği de söz konusu olabilir. Kırş. Kocayusufpaşaoğlu, s. 77-78.

hükümsüz olduğunda, bu geçersizliğin geriye etkili sonuç doğurması adil olmayacağından, hükümsüzlüğün ileriye etkili sonuç doğurabilmesi için, taraflar arasında fiilî bir borç ilişkisi kurulduğu kabul edilmektedir. Meselâ, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin yaptığı hizmet sözleşmesi kapsamında bir süre çalışması hâlinde, sözleşme geçersiz olsa bile fiilî borç ilişkisinin varlığından hareketle işverenin çalışana karşı çalıştığı süre için ücret ödeme borcu doğar. Öte yandan, sürekli borç ilişkilerinin hata-yanıltma, hile-aldatma veya ikrâh-korkutma sebebiyle iptali hâlinde, bu iptalin sadece geleceğe etkili olması doğrudan dürüstlük kuralı ile de mümkün olabilir, fiilî sözleşme ilişkisi teorisi uyarınca da mümkün olabilir, her iki seçenekte de kanunî dayanak dürüstlük kuralı olduğundan pratikte bir fark söz konusu olmaz.¹⁶

2) Tipik sosyal davranışlarda (*socialtypiches Verhalten*): Genele arz edilen ve “*utilities*” denen kamusal hizmetlerden (iletişim, su, elektrik, toplu taşıma gibi) “kaçak” şekilde faydalanmada fiilî sözleşme ilişkisinin söz konusu olduğu ileri sürülmektedir. Meselâ, toplu taşıma araçlarından ücretini ödemediği faydalanan¹⁷ bir kimsenin arada sözleşme olmasa da, fiilî anlamda bir sözleşme ilişkisine girdiği kabul edilmektedir.¹⁸ Sosyal tipteki davranışlar, zımnî irade beyanı değildir, bu davranışlar hukukî bir sonuca yönelik değil fiilî sonuca yönelik davranışlardır.¹⁹ Ücretli dijital platformlardan kaçak şekilde faydalanmak da bu kapsama girmektedir. Söz konusu platformları kaçak kullanan kişiler tespit edilirse, bu kişiler kaçak kullandıkları her bir platform ile fiilî bir sözleşme ilişkisine girdiği kabul edilerek, kendisinden sözleşmeye aykırılık hü-

¹⁶ Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 41, dn. 25 ve s. 124, dn. 275.

¹⁷ Eskiden, zayıf denetimden ötürü banliyö trenlerinin kaçak şekilde kullanılması yaygındı. Denetçi, yakaladığı kişilere cezalı bilet (normal bilettten daha pahalıydı) bazen de normal bilet keserdi (treni kaçırmamak için son ânda bindiğini ve bilet alamadığını söyleyenler denetçiyi ikna ettiği takdirde cezalı bilet ödemek yerine normal bilet parası öderdi). Fakat, her durakta denetçinin girmediği vagonlara geçerek yer değiştirenler yakalanınca cezalı bilet parası öderdi. Banliyö trenlerine sahte (fotokopi) pasoyla binenler bile vardı. Denetçi bu kişileri yakalarsa, yasal paso ücreti + ceza bedeli tahsil ederdi.

¹⁸ **Tekinay**, s. 65.

¹⁹ Fiilî sözleşme ilişkisi teorisini kabul etmeyen görüş, bu teorisinin TBK m.1/1 hükmüne aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. **Eren**, s. 142.

kümlerine göre abonelik ücreti ve varsa müspet zararın tazmini talep edilebilir. Ücretli dijital platformların kaçak kullanımında, kullanıcı yurt dışı *server*'ı bulunan *hacker* ile iletişime geçer, kendisine yıllık sembolik denebilecek bir abonelik ücreti öder (bazı *hackerlar* iki ayda bir ek olarak şifre kırma ve yenileme ücreti de istemektedir), ücret ödendikten sonra *hacker* kullanıcıya kullanıcı adı ve şifre gönderir, kullanıcı bunları televizyonuna, bilgisayarına ve telefonuna indirdiği uygulamaya girerek Türkiye'deki tüm ücretli yasal dijital platformlara erişebilme imkânı bulur. Kaçak dijital platform kullanımında, yasal dijital platformların şifrelerinin kırılması söz konusudur. Sonuç itibariyle, dijital platformların kaçak kullanımında, kendisine kaçak şekilde erişilen her bir yasal dijital platform, hizmetten kaçak faydalanan kişiye karşı sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme hükümlerine gitmeden sanki arada bir sözleşme ilişkisi varmış gibi fiilî borç ilişkisinden hareketle sözleşmeye aykırılık hükümlerinden faydalanabilir ve üyelerinden aldığı yıllık abonelik ücretini ve varsa müspet zararının tazminini talep edebilir.

Her ne kadar fiilî sözleşme ilişkisi teorisinin Alman Hukuku'nda terk edildiği söylene de²⁰, sosyal adalete ve hakkaniyete uygun düşen ve kanunî dayanağını dürüstlük kuralında (TMK m.2/1) bulan işlevsel bir teori olduğundan, hukukumuzda uygulanmasının mümkün ve faydalı olacağı kanaâtindeyiz.²¹

²⁰ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 80; **Hatemi**, s. 15.

²¹ Aynı yönde bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 42; **Tekinay**, s. 66. Aksi görüşte bkz. **Medicus**, s. 102 vd.; **Flume, Werner**: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht, 2. Baskı, Heidelberg 1975, s. 97; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 80; **Eren**, s. 142; **Hatemi**, s. 15.

TÜRK BORÇLAR KANUNU M. 342'DE MUTLAK EMREDİCİ OLARAK DÜZENLENMESİNE RAĞMEN NEREDEYSE HİÇ UYGULANMAYAN KİRA GÜVENCESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Özlem SARI FİDAN*

Özet

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile yürürlüğe giren kira hukukundaki yeniliklerden biri de uygulamada depozito olarak bilinen, kiraya verenin kira sözleşmesinden doğabilecek alacaklarını teminat altına almayı amaçlayan ve bir miktar para ya da kıymetli evraktan oluşan kira güvencesinin kanunlaştırılması olmuştur. Esasında 6098 sayılı TBK öncesi dönemde de herhangi bir hukuki düzenleme bulunmamasına rağmen kiraya verenler tarafından kiracılardan depozito istenilebileceği hem öğretide hem uygulamada oybirliği ile kabul edilmekte idi. Bu anlamda kira güvencesine ilişkin düzenleme her ne kadar ilk defa TBK ile kanunlaştırılmış olsa da kira güvencesi uzun zamandır kabul gören bir kira hukuku teminatı olmuştur. Konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmelerinde uygulanabilen TBK m. 342'deki kira güvencesi düzenlemesi ile uygulamadaki sorunlar dikkate alınarak kiracı lehine bir düzenleme yapılmak istenmiştir. Bu doğrultuda kira güvencesi azami olarak üç aylık kira bedeli ile sınırlandırılmış, kira güvencesinin bankaya tevdi edilmesi zorunluluğu getirilmiş ve kiraya verenin kira güvencesinden faydalanabilmesi; iki tarafın rızası, kesinleşmiş icra takibi veya mahkeme kararı gibi

* Dr. Öğr. Üyesi, Kütahya Dumlupınar Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı, Türkiye, E-posta: ozlem-sarifidan@gmail.com, ORCID: 0000-0002-9101-6096.

zorlu şartlara tabi tutulmuştur. Fakat teoride kiracıyı korumakta oldukça etkili olacağı düşünülen bu düzenlemenin neredeyse hiç uygulamaya geçemediği ve kiraya verenlerin TBK öncesi dönemde olduğu gibi kira güvencesini yine elden almaya devam ettikleri görülmüştür. Eski uygulamanın devam etmesinin temel sebebi, kira sözleşmelerinin sözleşme özgürlüğü ilkesinin uygulandığı özel hukuk sözleşmelerinden biri olması ve buna bağlı olarak kiraya verenlerin sözleşmeyi akdedip akdetmemekte ve sözleşmenin karşı tarafını seçmekte özgür olmaları olmuştur. Zira kiracıların sözleşmenin kurulmasından önce kira güvencesini elden teslim etmeyi kabul etmemeleri, kiraya verenler açısından kira sözleşmesinin kurulmaması için bir sebep teşkil etmiştir. Gerçekten de kiraya verenler, kiracı ad ve hesabına bankaya yatırılan ve kira sözleşmesi sona erdiğinde ancak belirli şartların varlığı hâlinde faydalanabilecekleri bir güvence yerine sözleşmenin başında elden teslim aldıkları ve sözleşmenin sonunda istedikleri gibi kesinti yapabilecekleri bir güvenceyi tercih etmişlerdir. TBK m. 342'deki düzenlemenin emredici nitelikte olması karşısında, kiracıdan elden alınan ya da üç aylık kira bedelini aşan kira güvencelerinin kesin hükümsüzlük sebebiyle, sebepsiz zenginleşme hükümlerince iadesinin istenilebilmesi elbette mümkündür. Fakat kira sözleşmesi kurulduktan sonra kiraya verenle davalık olup kira sözleşmesinin devamında sorunlar yaşamak kiracıların pek tercih ettikleri bir yol olmamıştır. Nitekim TBK yürürlüğe gireli 11 yıl olmasına rağmen kira güvencesinin bankaya yatırıldığı bir uyuşmazlığı konu olan yüksek mahkeme kararına rastlanılmamıştır. Bu çalışmada kira güvencesi düzenlemesinin neden uygulanamadığı konusunda kapsamlı bir değerlendirme yapılacak ve hükmün daha uygulanabilir kılınması için ne gibi değişiklikler yapılabileceği hususu ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kira Sözleşmesi, Konut ve Çatılı İşyeri Kirası, Kira Güvencesi, Emredici Hüküm, Kesin Hükümsüzlük

EVALUATION OF RENTAL SECURITY, WHICH IS ALMOST NEVER APPLIED EVEN THOUGH IT IS REGULATED AS A MANDATORY IN ARTICLE 342 OF TURKISH CODE OF OBLIGATIONS

Abstract

One of the innovations in the lease law that came into force with the Turkish Code of Obligations (No. 6098) was the legalization of the rental security, known in practice as a deposit, which aims to guarantee the receivables of the lessor that may arise from the lease agreement and consists of an amount of money or negotiable instruments. In fact, even though there was no legal regulation in the period before TCO No. 6098, it was unanimously accepted both in doctrine and practice that lessors could request a deposit from lessees. In this sense, although the regulation regarding rental security was first legislated by the TCO, it has been an accepted rental law guarantee for a long time. With the rental security regulation in Article 342 of TCO, which can be applied in residential and roofed workplace lease agreements, aimed to make a regulation in favor of the lessees, taking into account the problems in practice. Accordingly, the rental security is limited to a maximum of three months' rent, and the obligation to deposit the rental security to the bank is made. In addition, the lessor's ability to benefit from rental security is subject to stringent conditions such as the consent of both parties, finalized debt enforcement or court decision. However, it has been observed that this regulation, which is thought to be very effective in protecting the lessees in theory, has almost never been put into practice and lessors continue to receive rental security as in the pre-TCO period. The main reason for the continuation of the old practice is that lease agreements are one of the private law agreements where the principle of freedom of contract is applied and, accordingly, lessors are free to conclude or not to conclude the agreement and to choose the other party of the agreement. The fact that the lessees did not agree to hand-deliver the rental security before the conclusion of the contract constituted a reason for the lessors not to establish the lease agreement. Indeed, lessors have preferred a guarantee

that they received by hand at the beginning of the contract and can make deductions as they wish at the end of the contract, instead of a guarantee that that they can benefit from only if certain conditions and that deposited in the bank in the name and account of the lessees. In view of the mandatory nature of the regulation in Article 342 of TCO, due to nullity, it is of course possible to request the return of rental security that taken from the lessees or exceeding three months' rent with unjust enrichment provisions. However, after the lease agreement is established, filing an action against the lessor and experiencing problems during the continuation of the lease agreement has not been a preferred option for lessees. As a matter of fact, although it has been 11 years since the TCO came into force, there has been no Supreme Court decision regarding a dispute in which the rental security was deposited in the bank. In this study, a comprehensive evaluation will be made as to why the rental security regulation couldn't be applied and what changes can be made to make the provision more applicable will be discussed.

Key Words: Lease agreement, Residential and roofed workplace rent, Rental security, Mandatory provision, Nullity

AİLE KONUTUNA İLİŞKİN KİRA SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE KİRAYA VERENİN BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ DÜZENLEYEN TBK M. 349/III HÜKMÜ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Dr. Öğr. Üyesi Hayrunnisa ALTIN ŞAHİN*

Özet

Aile konutu, eşlerin evlilik birliğinin devamı süresince oturma ihtiyaçlarını karşılamak üzere sürekli olarak ortak yaşamlarının merkezi hâline getirdikleri konut olarak kullanılmaya elverişli yerdir. Aile konutu, eşlerden birinin veya her ikisinin taraf olduğu bir kira sözleşmesi ile sağlanmış olabilir. Aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin feshi, eşlerin her ikisinin de söz sahibi olması gereken bir konudur. Bu sebeple 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 194 ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 349 hükümlerinde bu konuda bazı özel düzenlemelere yer verilmektedir.

TBK m. 349/III hükmünde aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini feshetmek isteyen kiraya verenin fesih bildirimini ve fesih ihtarına bağlı ödeme süresini eşlere ayrı ayrı bildirme yükümlülüğü düzenlenmektedir. Bu hükmün amacı, eşlerin her birinin kira sözleşmesinin feshini engellemek konusunda gereken tedbirleri alabilmesine imkân tanınması ve aile konutuna ilişkin olarak eşler arasında şeffaflığın sağlanmasıdır. Ancak TBK m. 349/III hükmü uygulanma alanı, uygulanma şartları, hüküm ve sonuçları konularında haklı olarak eleştirilmektedir.

TBK m. 349/III hükmünün sadece konut ve çatılı işyeri kiralaları kapsamında kiralanan aile konutuyla sınırlı olarak mı uygulanacağı konu-

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: hayrunnisa.altin@asbu.edu.tr., ORCID: 0000-0002-7959-7174.

sunda tereddütler bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, aile konutu niteliği taşıyan bazı konutların, TBK m. 349'a göre konut kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır. Bu mesele, özellikle taşınır niteliğindeki aile konutu bakımından gündeme gelmektedir. Zira TBK m. 349 hükmü TBK sistematüğinde “*Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları*” başlığı altında düzenlenmekte ve bu hükmün uygulanma alanı bakımından “*aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanmış taşınmazlar*” ifadesine yer verilmektedir.

TBK m. 349/III hükmünde kiraya verenin bildirim yükümlülüğünün kapsamı fesih bildirim ve fesih ihtarına bağlı ödeme süresi olarak ifade edilmiştir. Bu ifade, bu hükmün uygulanma alanının kira sözleşmesinin bildirim yoluyla veya kiracının temerrüdü sebebiyle sona erdirilmesi hâlleriyle sınırlı olup olmadığı sorununu gündeme getirmektedir. Aile konutunun ve buna bağlı olarak evlilik birliğinin korunması açısından tercih edilmesi gereken, TBK m. 349/III hükmünün kira sözleşmesinin feshi sebepleri arasında ayırım yapılmadan uygulanmasıdır.

TBK m. 349/III hükmünün uygulanabilmesi için kira sözleşmesine taraf olmayan eşin TMK m. 194/IV uyarınca kiraya verene yönelttiği bir bildirimle sözleşmeye taraf olması, başka bir ifadeyle, her iki eşin de kiracı sıfatını taşıması gerekmektedir. Bu şart, TBK m. 349/III hükmünün varlığının gerekli olup olmadığının sorgulanmasına sebep olmaktadır. Zira birden fazla kiracının taraf olduğu kira sözleşmesinde kiraya verenin feshe yönelik bildirimleri kiracıların tamamına yöneltmesi, aslında birlikte kiranın bir sonucudur. Ayrıca, TBK m. 349/III hükmünün amacı doğrultusunda olması gereken, bu yükümlülüğün özellikle eşlerden sadece birinin kira sözleşmesine taraf olması hâlinde uygulanabilmesidir. Bu sayede, kira sözleşmesine taraf olmayan eş, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerden sorumlu olmayıp sözleşmenin feshini engelleme imkânı bulabilir.

İsviçre hukukunda, aile konutuna ilişkin kira sözleşmelerinde kiraya verenin feshe ilişkin bildirimleri kiracıya ve eşine ayrı ayrı gönderme yükümlülüğü, İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m. 266n hükmünde düzenlenmektedir. Bu hükmün lafzında, hükmün uygulanma alanı bakımın-

dan fesih sebepleri arasında bir ayrıma yer verilmemektedir. Ayrıca, İBK m. 266n, eşlerden sadece birinin kira sözleşmesine taraf olması hâlinde uygulanabilmektedir. Bu sebeple İBK m. 266n, TBK m. 349/III hükmü ile karşılaştırıldığında eşleri daha fazla korumaktadır.

Anahtar Kelimeler: Aile Konutu, Kira Sözleşmesi, Bildirim Yükümlülüğü, Fesih, Birlikte Kira

SOSYAL MEDYA ETKİLEYİCİLERİ TARAFINDAN YAPILAN HUKUKA AYKIRI REKLAMLAR SONUCUNDA DOĞACAK HUKUKİ SORUMLULUĞUN VE SORUMLULARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Öğr. Gör. Dr. Pelin ATİLA YÖRÜK*

Özet

Bu çalışmanın odak noktası, sosyal medyada fazla takipçi sayısına sahip olan sosyal medya etkileyicilerinin sosyal medya üzerinden yapmış oldukları hukuka aykırı reklamlardan doğan hukuki sorumluluğudur.

7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 61 inci, 62 nci, 63 üncü ve 84 üncü maddeleri doğrultusunda, 10.01.2015 tarihli ve 29232 sayılı Resmi Gazete’de Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği (“Yönetmelik”) yayımlanmış ve 4/5/2021 tarihli ve 309 sayılı Reklam Kurulu toplantısında alınan karara dayanarak Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam Ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz (“Kılavuz”) yayımlanmıştır. Yönetmelikte Ticari reklam; Ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak, bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurular olarak tanımlanmıştır. İlgili kılavuzda “sosyal medya”, “4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edil-

* Öğr. Gör. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Adalet Meslek Yüksekokulu, Türkiye, E-posta: pelinatila@gmail.com, ORCID:0000-0001-9474-4454.

mesi Hakkında Kanun kapsamında sosyal etkileşim amacıyla kullanıcıların internet ortamında metin, görüntü ve ses gibi içerikleri oluşturmalarına, görüntülemelerine veya paylaşımlarına imkân sağlayan gerçek veya tüzel kişiler” olarak; “Sosyal medya etkileyicisi” ise “sosyal medya hesabı üzerinden kendisine veya reklam verene ait bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla pazarlama iletişimde bulunan kişi” olarak tanımlanmıştır.

Mevzuatımıza göre hukuka aykırı reklam türleri; aldatıcı reklamlar, örtülü reklamlar ile tüketicilerin can ve mal güvenliğini tehlikeye atan reklamlardır. Sosyal medyada yapılan reklam uygulamaları ise hatırlı pazarlama, viral pazarlama ve ürün yerleştirme Aslında markaların ürün ve hizmetlerini tanıtmalarının yanı sıra, geniş kitlelere ulaşma ve tüketici davranışlarını etkileme gücüne sahip olması bakımından sosyal medya etkileyicileri tarafından yapılan sosyal medya reklamları alışveriş dünyasında önemli bir yer tutmaktadır.

Sosyal medya etkileyicileri, işbirliklerinde doğrudan reklam verenler veya reklam ajansları aracılığı ile reklam içerikleri üretmekte ve bu şekilde gelir sağlamaktadır. Sosyal medyada yapılan reklamlar, özellikle organik görünümü nedeniyle geleneksel reklamcılığın tabi olduğu yasal düzenlemelere daha az uyum sağlamış, örtülü reklam ile yanıltıcı reklam gibi birçok soruna neden olmuştur. Bu nedenle hukuka aykırı reklamlar bakımından hem sosyal medya etkileyicilerinin, hem reklam ajanslarının hem de reklam verenlerin hukuki sorumluluğu bulunmaktadır.

Etkileyiciler tarafından yapılan reklamların mevzuata aykırı olması sonucunda piyasada haksız rekabet ortamı oluşmaktadır. Bunun sonucunda da tüketicilerin korunması gerekliliği kaçınılmaz bir hal almıştır.

Sosyal medya etkileyicilerinin sorumluluğu irdelenirken sadece haksız fiil sorumlulukları değil aynı zamanda TMK md. 2 bağlamında, değerlendirme yapılması gerekmektedir. Etkileyicinin yapmış olduğu hukuka aykırı reklamlar dolayısıyla reklam verenin de sorumluluğu kaç-

nılmazdır. Reklam verenlerin hem culpa in contrahendo sorumluluğu hem de adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin hükümler ışığı altında sorumluluğu da bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Medya, Sosyal Medya Etkileyicisi, Ticari Reklam, Hukuka Aykırı Reklam, İşbirliği Sözleşmeleri

LEGAL RESPONSIBILITY ARISING FROM UNLAWFUL ADVERTISEMENTS BY SOCIAL MEDIA INFLUENCERS AND LIABILITY OF THE PARTIES INVOLVED

Abstract

The focal point of this study is the legal responsibility arising from the unlawful advertisements made by social media influencers with a large number of followers on social media. Social media influencers collaborate with advertisers or advertising agencies to create ad content directly, generating income in this manner. When influencer-made ads violate regulations, it creates an unfair competitive environment in the market, necessitating the protection of consumers as a consequence. In examining the responsibility of social media influencers, not only tort liabilities but also evaluations within the context of Article 2 of the Turkish Civil Code (TMK) are essential. Due to the unlawful ads by influencers, the advertiser's responsibility is inevitable. Advertisers bear responsibility under both culpa in contrahendo and the employer's liability provisions.

Key Words: Social Media, Social Media Influencer, Commercial Advertising, Illegal Advertising, Cooperation Agreements

AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ KAYITLARI

Arş. Gör. Dr. Hale ŞAHİN*

Özet

Aşırı ifa güçlüğü kayıtları, sözleşmenin kurulması ile ifa anının farklı olduğu borç ilişkilerinde sözleşmenin kurulmasından sonra aşırı ifa güçlüğü sonucunu doğuran önemli durum değişiklikleri meydana geldiği takdirde sözleşmenin bu durum değişikliklerine uyarlanması amacıyla öngörülen sözleşme hükümleridir. Bu kayıtlar, aşırı ifa güçlüğü sonucunu doğuran durum değişikliğinin gerçekleşmesinden önce düzenlenmektedir. Bu tür kayıtlarda taraflar, aşırı ifa güçlüğü niteliği taşıyan durum değişiklikleri meydana geldiğinde sözleşmeyi yeniden müzakere etmeyi kararlaştırmaktadır.

Aşırı ifa güçlüğü kayıtları genellikle milletlerarası ticari sözleşmelerde kullanılmaktadır. Zira, milletlerarası ticari sözleşmelere uygulanacak hukukta hâkimin sözleşmeye müdahalesi ve dolayısıyla sözleşmenin uyarlanması kurumu düzenlenmemiş olabilir. Diğer yandan, sözleşmenin uyarlanması kurumu henüz lex mercatoria olarak kabul edilmemektedir. Bu sebeple, aşırı ifa güçlüğü kayıtlarının bulunmadığı milletlerarası ticari sözleşmelere ilişkin bir uyuşmazlık tahkim yargılamasında görülse dahi bu yargılamada sözleşmenin uyarlanmasına kural olarak karar verilemez. Buna karşılık, taraflar, aşırı ifa güçlüğü kayıtları üzerinde anlaşmaları takdirde sözleşmenin durum değişikliklerine uyarlanması mümkün hâle gelmektedir.

Sözleşme özgürlüğüne göre, aşırı ifa güçlüğü kayıtları farklı şekillerde kaleme alınabilir. Bununla birlikte, uygulamada bu tür kayıtlarda genellikle aşırı ifa güçlüğü sonucunu doğuran öngörülemeyen durum de-

* Arş. Gör. Dr., Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana-bilim Dalı, Türkiye, E-posta:Hale.Sahin@ankara.edu.tr, ORCID:0000-0001-9811-7239.

ğişiklikleri ortaya çıktığında sözleşmenin bu durum değişikliklerine uyarlanması amacıyla yeniden müzakere edilmesi kararlaştırılmaktadır. Aşırı ifa güçlüğü kayıtlarının düzenleniş biçimine göre, aşırı ifa güçlüğü sonucunu doğuran durum değişikliklerinden ne anlaşılacağına ilişkin taraflar arasında bir uyuşmazlık meydana gelebilir. Böyle hâllerde, aşırı ifa güçlüğü kayıtlarının yorumlanması gerekir.

Taraflar, aşırı ifa güçlüğü kayıtlarında aşırı ifa güçlüğü sonucunu doğuran durum değişiklikleri gerçekleştiğinde münhasıran sözleşmeyi yeniden müzakere etmeyi kararlaştırabilecekleri gibi, bu müzakerenin sonucunda bir anlaşmaya varma yükümlülüğü altına da girebilir. Bir başka deyişle, aşırı ifa güçlüğü kayıtlarından doğan yükümlülüklerin içeriği, bunların ne şekilde ifa edileceği ve ifa edilmemesinin sonuçları bu kayıtların kaleme alınış biçimine göre farklılık gösterir. Bu kapsamda, çalışmamızda öncelikle aşırı ifa güçlüğü kayıtları ve uygulamada bu tür kayıtlara duyulan ihtiyaç hakkında bilgi verilecektir. Sonrasında, bu kayıtların taraflarca düzenleniş biçimine göre ortaya çıkabilecek çeşitli ihtimaller ve bunların hukuki sonuçları üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sözleşmenin uyarlanması, sözleşme özgürlüğü, aşırı ifa güçlüğü kayıtları, öngörülemeyen durum değişikliği, müzakere yükümlülüğü

HARDSHIP CLAUSES*

Abstract

Hardship clauses are contractual provisions that allow parties to adapt the contract to the change of circumstances that occur after the conclusion of the contract. The parties agree on these clauses before the change of circumstances drafted in these clauses occurs. These clauses usually cover events in which there is no impossibility of the performan-

* This abstract is derived from the doctoral dissertation titled "Adaptation Records" prepared at Ankara University, The Institute of Social Sciences, Private Law Doctorate Program.

ce of the debt, but this is excessively onerous for one of the parties due to the unforeseen event that appears after the conclusion of the contract and alters the equilibrium of this contract. These clauses usually stipulate parties to renegotiate the contract when the change of circumstances they lay down appears.

Hardship clauses are usually used in international commercial contracts. Such clauses deal with the scenario that the law governing the contract does not allow the judge's intervention in the contract and the judicial adaptation of the contract. On the other hand, hardship hasn't become a *lex mercatoria* yet. Therefore, in a scenario in which a dispute arising from an international commercial contract before the arbitration tribunal demands the adaptation of the contacts, this tribunal cannot decide on the adaptation of the contract as a *lex mercatoria*. Whereas, if the parties agreed on the hardship clauses in these two different scenarios, the adaptation of the contract to the change of circumstances is possible according to these clauses.

The parties may draft hardship clauses in many ways. However, these clauses briefly include two parts, such as the unforeseen events and the duty of the parties to renegotiate. The interpretation of these parts of the hardship clauses determines when and where to apply these clauses and how parties should act to perform the duty outlined in these clauses. This paper first provides information about the hardship clauses and the need for these clauses in practice. Afterward, it examines the various possibilities that may arise according to the drafting of these clauses, the interpretation, and the legal effects of them.

Key Words: Adaptation of contract, freedom of contract, hardship clauses, unforeseen change of circumstances, duty to renegotiate

LİMİTED ŞİRKETLERDE İKİ KİŞİDEN OLUŞAN MÜDÜRLER KURULUNDA MÜDÜRLERDEN BİRİSİNİN MÜDÜRLÜK SIFATININ SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

Dr. Öğr. Üyesi Aytekin ÇELİK*

Özet

Limited şirketlerde şirket sözleşmesi veya şirket sözleşmesiyle verilen yetki çerçevesinde genel kurul tarafından tek kişinin müdür olarak belirlenmesi halinde söz konusu kişinin tek başına yönetim yetkisini kullanabilmesi mümkündür. Buna karşılık genel kurul tarafından birden fazla kişinin müdür olarak seçilmesi halinde bir müdürler kurulu söz konusu olur.

Müdürler kurulunun söz konusu olduğu durumlarda müdürlerin münferit olarak değil toplantı yaparak çoğunlukla karar almaları gerekir. Çoğunluğun sağlanıp sağlanmadığı müdürler kurulunun üye tam sayısına göre belirlenir. Ancak müdürlerden birisinin ölümü, istifası vb. bir sebeple görevinin sona ermesinden sonra limited şirketin müdürler kurulunun toplanıp karar alma imkânı ortadan kalkar. Bu durumda boşalan müdürlüğün diğer müdür tarafından doldurulması mümkün değildir. Zira anonim şirket yönetim kurullarında boşalan üyeliğin diğer üyeler tarafından doldurulmasına ilişkin düzenlemelere limited şirketlerde yer verilmemiştir. Ayrıca söz konusu düzenlemelerin kıyasen limited şirketlerde uygulanacağı kabul edilse bile iki kişilik müdürler kurulunda müdürlerden birisinin görevinin sona ermesinden sonra toplantı nisabı sağlanamayacağından diğer müdürün bu yöntemi işletebilmesi

* Dr. Öğr. Üyesi, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, E-posta: aytekin.celik@karatay.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4943-8156.

de mümkün değildir. Bu sebeple müdürlerden birisinin görev süresinin sona ermesi halinde boşalan müdürlüğün genel kurul tarafından yeni müdür seçilerek doldurulması gerekir. Bu durumda şirket sözleşmesinde müdürlerin sayısını belirleme yetkisi genel kurula verilmişse genel kurul tarafından şirketin yönetimin tek müdür tarafından yerine getirilmesine de karar verilebilir. Söz konusu sorun bu şekilde çözümlenmediği sürece geriye kalan tek müdür tarafından şirketin yönetimi konusunda alınacak olan kararlar gerekli toplantı ve karar nisaplarını sağlamadığından yoklukla maluldür. Ayrıca söz konusu durumda limited şirket organsız kalacağından TTK m. 427/4 çerçevesinde limited şirkete kayyum atanması da gerekmektedir.

Söz konusu durum 6762 sayılı mülga TTK'daki düzenlemelerden farklıdır. Zira söz konusu Kanuna göre birden fazla kişi müdür olarak belirlense bile bir kurul söz konusu değildir. Müdürlerden her biri tek başına şirketi yönetme yetkisine sahiptir. 6102 sayılı TTK, söz konusu durumda "kurul" olarak hareket edilmesi esası getirmesine rağmen ticaret sicili müdürlüklerinin bazı uygulamalarında ve bazı yargı kararlarında halen iki müdürden birisinin müdürlük sıfatının sona ermesi halinde diğer müdürün limited şirketi tek başına yönetebileceği şeklinde değerlendirmelere yer verildiği görülmektedir.

Limited şirketin yönetimin şirket sözleşmesi ve genel kurul kararıyla tek müdüre bırakılması ile iki kişiden oluşan müdürler kurulunun fiilen tek kişiye düşmesinin sonuçları birbiriyle aynı değildir. Zira ikinci durumda şirket sözleşmesi ve genel kurul tarafından ortaya konulan irade, şirketin bir kurul tarafından yönetilmesidir.

Ayrıca söz konusu durumda geride kalan müdürün şirketi tek başına yönetebileceğinin kabulü başka sorunların da ortaya çıkmasına sebep olabilir. Özellikle görevi sona eren müdürün müdürler kurulu başkanı sıfatına sahip olduğu durumlarda geride kalan müdürün tek başına temsil yetkisini kullanması, genel kurulun ortaya koyduğu iradeyle de bağdaşmaz. Zira söz konusu durumda görünürde bir kurul söz konusu olsa da başkanın üstün oyundan dolayı müdürler kurulu başkanının

iradesine daha fazla üstünlük tanınmıştır. Bu sebeple geride kalan müdürün tek başına şirketi yönetebileceğinin kabulü, bu kişinin müdürler kurulu başkanının görevinin sona ermesinden önce sahip olmadığı bir yetkiyi bu kişinin görevinin sona ermesinden sonra kullanabileceği anlamına gelir. Bunun dışında geride kalan müdürün tek başına şirketi yönetebileceğinin kabulü söz konusu kişinin ortak sıfatına sahip olmadığı durumlarda da bazı sorunlara sebep olabilir. Zira söz konusu durumda ortaklardan en az birisinin yönetim ve temsil yetkisine sahip olmasına ilişkin şart gerçekleşmez.

Anahtar Kelimeler: Limited Şirket, Müdürler Kurulu, Yönetim Yetkisi, Yokluk, Kayyım

THE CONSEQUENCES OF THE TERMINATION OF THE DIRECTORSHIP OF ONE OF THE DIRECTORS IN THE BOARD OF DIRECTORS CONSISTING OF TWO PERSONS IN LIMITED LIABILITY COMPANIES

Abstract

In limited liability companies, if a single person is determined as a manager by the general assembly within the framework of the authorisation granted by the articles of association or the company agreement, such person may exercise the management and representation authority alone. On the other hand, if more than one person is elected as manager by the general assembly, there is a board of directors.

In cases where the board of directors is involved, the directors should not take decisions individually, but should hold a meeting and take decisions by majority. Whether the majority is achieved or not is determined according to the total number of members of the board of directors. However, after the death, resignation, etc. of one of the managers, the opportunity for the board of directors of the limited liability company to convene and make a decision disappears. In this case, it is not possible for the vacant directorship to be filled by the other director. This is beca-

use the regulations regarding the filling of the vacancy in the board of directors of joint stock companies by other members are not included in limited liability companies. In addition, even if it is accepted that the said regulations will be applied comparatively in limited liability companies, it is not possible for the other director to operate this method since the meeting quorum cannot be achieved after the termination of the duty of one of the directors in a two-person board of directors. For this reason, if the term of office of one of the directors expires, the vacant directorate must be filled by the general assembly by electing a new director. In this case, if the general assembly is authorised to determine the number of directors in the company agreement, the general assembly may also decide that the management of the company shall be carried out by a single director. Unless the problem in question is resolved in this way, the decisions to be taken by the only remaining manager regarding the management of the company are void since they do not meet the required meeting and decision quorums. In addition, since the limited company will remain without organs in this case, a trustee must be appointed to the limited company.

This situation is different from the regulations of the abrogated TCC No. 6762. According to the aforementioned Code, even if more than one person is appointed as a director, there is no board. Each of the directors is authorised to manage the company alone. Although the TCC No. 6102 introduces the principle of acting as a "board" in such a case, it is observed that in some practices of the trade registry offices and in some judicial decisions, it is still considered that if one of the two managers ceases to be a manager, the other manager may manage the limited liability company alone.

The consequences of leaving the management of a limited liability company to a single manager by the company agreement and the general assembly decision, and the consequences of reducing the board of directors consisting of two persons to one person are not the same. Because

se, in the second case, the will expressed by the company agreement and the general assembly is the management of the company by a board.

In addition, the acceptance that the remaining director can manage the company alone may cause other problems to arise. Especially in cases where the outgoing director has the title of chairman of the board of directors, the remaining director's sole use of the representation authority is incompatible with the will of the general assembly. This is because, even though there is a board of directors in question, the will of the chairman of the board of directors has been given more supremacy due to the superior vote of the chairman. For this reason, the acceptance that the remaining director can manage the company alone means that this person can use an authority that the chairman of the board of directors did not have before the termination of his duty, after the termination of this person's duty. Apart from this, the acceptance that the remaining director can manage the company alone may also cause some problems in cases where the person in question does not have the title of shareholder. In this case, the condition that at least one of the shareholders has the authority to manage and represent the company is not fulfilled.

Key Words: Limited Liability Company, Board of Managers, Management Authority, Absence, Trustee

II-27.3 SAYILI ORTAKLIKTAN ÇIKARMA VE SATMA HAKLARI TEBLİĞ BAKIMINDAN “BİRLİKTE HAREKET ETME”

Dr. Öğr. Üyesi. Firdevs ARSLAN*

Özet

Halka açık anonim ortaklıklarda ortaklıktan çıkarma ve satma hakkı, birçok yabancı ülke hukuku ve AB hukukunda uzun bir süredir düzenleme alanı bulmakla birlikte; Türk hukukunda SerPK 27. maddesi ile ilk kez düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, pay alım teklifi veya birlikte hareket etmek de dâhil olmak üzere herhangi bir şekilde elde edilen payların halka açık ortaklığın paya bağlı oy haklarının Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirlenecek orana ya da daha fazlasına ulaşması durumunda bir hâkim ortak oluşmakta ve diğer pay sahiplerini ortaklıktan çıkarma hakkı doğmaktadır. Azınlıkta kalan pay sahipleri açısından ise paylarının hâkim ortak tarafından adil bedel karşılığında satın alınmasını talep etme hakkı doğacaktır. O halde halka açık anonim ortaklıklarda çıkarma hakkının kullanılması ön şart olarak bir haklı sebebe bağlanmamış; herhangi bir şekilde elde edilen nitelikli oy çoğunluğunu temsil eden paylara sahip olmak yeterli görülmüştür.

SerPK m. 27/4 hükmü bazı hususlara Kanun'da yer vermeyip, SPK'nın düzenleme alanına bırakmıştır. Bu kapsamda öncelikle SerPK m. 27'de yer alan çıkarma ve satma haklarına ilişkin usul ve esaslar 02.01.2014 tarihli ve 28870 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan II-27.1 sayılı Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği'nde düzenlenmiştir.

* Dr. Öğr. Üyesi., Sivas Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: fsavas@cumhuriyet.edu.tr, ORCID:0000-0002-3915-8062.

Daha sonra SPK, II-27.1 sayılı Tebliğ'i yürürlükten kaldırmış ve 12.11.2014 tarihli ve 29173 sayılı Resmi Gazete'de II-27.2 sayılı "Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği" yayımlamıştır. Nihayet bu ikinci Tebliğ'in yerine SPK, SerPK' da yapılan değişiklikler ve piyasadan gelen talepleri de dikkate alarak hazırladığı "II-27.3 sayılı "Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği" 31.12.2020 tarihli ve 31351 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe koymuştur.

II-27.3 sayılı Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği'nde çıkarma hakkının doğumu ve kullanım şartlarına ilişkin önemli değişikliklere yer verilmiştir. Üzerinde durulması gereken önemli değişikliklerden biri ise birlikte hareket eden kişiler tanımına ilişkindir. II-27.2 sayılı Tebliğ' de birlikte hareket eden kişiler, II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği'ndeki tanımı ile benzer şekilde, "*Ortaklığın yönetim kontrolüne sahip olmak amacıyla açık ya da zımni, sözlü ya da yazılı bir anlaşmaya dayanarak işbirliği yapan gerçek ya da tüzel kişiler*" olarak tanımlanmaktaydı. Ancak değişiklikle birlikte, ortaklığın yönetim kontrolüne sahip olmak amacıyla bir anlaşmaya dayanarak iş birliği yapmak gerektiğine dair yaklaşım terk edilmiştir. II-27.3 sayılı Tebliğ' de birlikte hareket eden kişiler kavramı yönetim kontrolü ölçütünden koparılarak, "*çıkarma ve satma hakkının doğmasına sebebiyet verecek pay alımlarını açık ya da zımni, sözlü ya da yazılı bir anlaşma çerçevesinde yapan gerçek veya tüzel kişiler*" şeklinde yeniden tanımlanmıştır. Bu surette, birlikte hareket etmenin kabulü için, yönetim kontrolü elde etme amacı olmadan, çıkarma ve satma hakkının kullanılmasına imkân verecek pay alımlarının birlikte anlaşmak suretiyle birden çok kişi tarafından yapılması yeterli görülmüştür. Bu surette Tebliğimizde birlikte hareket etmenin pay sahipleri arasında pay alımlarına ilişkin bir iş birliğine indirgenmiş olması hususunun giderdiği aksaklıklar ve oluşturduğu muğlak noktalar üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sermaye Piyasası Kanunu, Çıkarma Hakkı, Satma Hakkı, Yönetim Kontrolü, Birlikte Hareket Etme

ACTING IN CONCERT IN TERMS OF THE COMMUNIQUÉ NO. II-27.3 ON THE RIGHT TO SQUEEZE AND SELL- OUT

Abstract

Although the rights of squeeze and sell-out in public joint stock companies has been regulated in many foreign and EU laws for a long time, it is regulated for the first time in Turkish law with Law No.6362 on Capital Market Law. Article 27. Pursuant to the aforementioned provision, in the event that the shares acquired through any means, including takeover bid or acting together, reach the ratio to be determined by the Capital Markets Board or more of the voting rights attached to the shares of the publicly held corporation, a controlling shareholder is formed and the right to squeeze out other shareholders from the corporation arises. Minority shareholders will have the right to demand the purchase of their shares by the controlling shareholder at a fair price. Therefore, the exercise of the squeeze-out right in public joint stock companies is not conditioned on a just cause as a prerequisite; it is deemed sufficient to hold shares representing the qualified majority of votes obtained in any way.

Article 27/4 of the Capital Markets Law does not include some issues in the Law and leaves them to the regulation of the Capital Markets Board. In this context, first of all, the procedures and principles regarding the squeeze-out and sell-out rights under Article 27 of the Capital Markets Law are regulated in the Communiqué No. II-27.1 on the “Right to Squeeze and Sell-Out” published in the Official Gazette dated 02.01.2014 and numbered 28870. Subsequently, the Capital Markets Board repealed Communiqué No. II-27.1 and published on the “Right to Squeeze and Sell-Out” the Communiqué No. II-27.2 in the Official Gazette dated 12.11.2014 and numbered 29173. Finally, in place of this second Communiqué, the Capital Markets Board, taking into account the amendments made to the Capital Markets Law and the demands from the market, prepared the "Communiqué on the Right to Squeeze Out and

Sell-Out" numbered II-27.3, which was published in the Official Gazette dated 31.12.2020 and numbered 31351.

Communiqué No. II-27.3 on the Right to Squeeze Out and Sell-Out has made significant improvements regarding the conditions for the emergence and exercise of the squeeze out right. One of the important changes that should be emphasized is the definition of persons acting in concert. In Communiqué No. II-27.2, persons acting in concert were defined as "natural or legal persons who cooperate on the basis of an express or implied, oral or written agreement for the purpose of obtaining control of the management of the company", similar to the definition in Communiqué No. II-26.1. However, with the revision, the approach that it is necessary to cooperate on the basis of an agreement in order to have management control of the company has been abandoned. In Communiqué No. II-27.3, the concept of persons acting in concert is detached from the management control criterion and redefined as "natural or legal persons who make share purchases that will give rise to the right to squeeze out and sell-out within the framework of an explicit or implicit, oral or written agreement". In Communiqué No. II-27.3, the concept of persons acting in concert has been detached from the management control criterion and redefined as "natural or legal persons who make share purchases that will give rise to the right to squeeze out and sell-out within the framework of an explicit or implicit, oral or written agreement". In this way, for the acceptance of acting in concert, it is deemed sufficient for more than one person to make take over that will allow the exercise of the right to squeeze out and sell-out, without the aim of obtaining management control, through a joint agreement. In this way, the shortcomings and ambiguities created by the fact that acting in concert is reduced to a cooperation between shareholders regarding share purchases in our Communiqué will be emphasized.

Key Words: Capital Market Law, Squeeze out Right, Sell-out Right, Management Control, Acting in Concert.

**KONUT YAPI KOOPERATİFLERİNDE ORTAKLIK
PAYININ NİTELİĞİ VE YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİNİN
02.05.2023 TARİH, 2022/5348 ESAS, 2023/1558
KARAR SAYILI KARARINA ELEŞTİREL BİR BAKIŞ**

Dr. Öğr. Üyesi Emine ÖZDAMAR*

Özet

Kooperatifler, ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını emek ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli, tüzelkişiliği bulunan ortaklıklardır.

Kooperatiflerin amacı, ticari işletmeler gibi gelir elde etmek değil, ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını sağlayıp korumaktır. Bu amaca ulaşmak için karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet yöntemleri kullanılır.

Her kooperatif ortağının en az bir kooperatif payı alması ve bedelini kooperatife ödemesi gerekir. Ödenen bedellerin tamamı kooperatifin sermayesini oluşturur. Örnek ana sözleşme m. 21, m. 23/6 ve m. 61 gereği de ortağın ödeme yükümlülüğü söz konusudur.

Sermaye bazı kooperatifler bakımından önemli olmakla birlikte, yapı kooperatifleri gibi bazı kooperatiflerde sembolik bir değer taşımaktadır. Bu tür kooperatiflerde ortaklardan alınan ortaklık payı; ortağın ödemesi gereken arsa payı, konut taksitleri ve ara ödemelerine oranla daha düşük kalmakta ve hatta önemini kaybetmektedir. Konut yapı kooperatif-

* Dr. Öğr. Üyesi, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: eozdamar@cumhuriyet.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5527-7689.

lerinde ortaklar, taahhüt ve tediye ettikleri ortaklık payı bedelleri dışında, kooperatif amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere genel kurulca kararlaştırılacak miktarlardaki, arsa, altyapı, inşaat ve benzeri gider taksitlerini ödemek zorundadırlar.

Bu anlamda kooperatif ortaklıklarında ortaklık payı diğer ticaret ortaklıklarındaki ortaklık payına nazaran hem niteliği hem de sahibine sağladığı haklar bakımından birtakım farklılıklar arz eder.

1163 sayılı Kanununun 98'inci maddesi uyarınca Kooperatifler Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Türk Ticaret Kanunu'ndaki anonim ortaklıklara ait hükümler uygulanır.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi konu ile ilgili yakın tarihli bir kararında; "davacının talebi kooperatif üyesi olarak adına tahsis edilen konutun tapu iptal ve tescili istemine ilişkin olup, 1163 sayılı Kanun'un 98'inci maddesi uyarınca bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde TTK'daki anonim şirketlere ait hükümler uygulanır. TTK'nın 329'uncu maddesinde, belli istisnalar haricinde şirketin kendi hisse senetlerini temellük edemeyeceği öngörülmüş, buna paralel olarak TTK'nın 405/2 maddesinde ise "Pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler; tasfiye payına müteallik hakları mahfuzdur" hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle, anonim şirket ortağı ödediği sermaye miktarı için şirketten alacaklı olmaz. Zira, ortakların payları için yapılan ödemeler ortaklığın sermayesini oluşturur. Sermaye payı ise ortaklığa verilmiş bir borç olmadığından ortaklığın iflası halinde ortaklar kural olarak iflas alacaklısı olamazlar." şeklinde karar vermiştir.

Anonim ortaklıklara ilişkin hükümler, kooperatiflere ilişkin hükümlere nazaran daha ayrıntılı ve sistematik bütünlüğü olan ve uygulama alışkanlığı kazanmış hükümler olduğundan kooperatifleri hâkimiyetleri altına alabilecek niteliktedir. Bu sebeplerle kooperatiflerin niteliği ile bağdaşmayan anonim ortaklık hükümlerinin kooperatiflere doğrudan uygulanmaması gerekmektedir.

Konut yapı kooperatiflerinde ortakların kooperatife yaptıkları tüm ödemeler ortaklık payı olarak nitelendirilemeyeceği gibi arsa, altyapı,

inşaat gider taksitleri olarak yapılan ödemelerin sermayenin iadesi ya-sağı kapsamında değerlendirilmesi kanaatimizce yerinde değildir. Or-taklık payı ile diğer ödemelerin ayırılması ve ferdileştirme kapsa-mında değerlendirilmesi gereken ödemelere sermayenin iadesi yasağına ilişkin anonim ortaklık hükümleri uygulanmamalıdır.

Bu çalışmada çalışmamıza konu Yargıtay kararı; konut yapı koopera-tifleri bakımından ortaklık payının niteliği dikkate alınarak irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kooperatif Ortaklığı, Konut Yapı Kooperatifi, Sermaye, Ortaklık Payı, Sermayenin İadesi Yasağı

WITHIN THE SCOPE OF THE NATURE OF PARTNERSHIP SHARES IN RESIDENTIAL BUILDING CO-OPERATIVES AND A CRITICAL VIEW OF THE DECISION OF THE 6TH CIVIL DEPARTMENT OF THE SUPREME COURT DATED 02.05.2023, 2022/5348 MAIN, DECISION NUMBERED 2023/1558

Abstract

Cooperatives are partnerships with legal entities, with variable part-ners and variable capital, established by real and legal persons in order to provide and protect certain economic interests of their partners, espe-cially their professional or livelihood needs, through mutual aid, solidari-ty and guarantee through their labor and financial contributions.

The purpose of cooperatives is not to generate income like commer-cial enterprises, but to provide and protect certain economic interests of their members and especially their professional or livelihood needs. To achieve this goal, mutual aid, solidarity and bail methods are used.

Each cooperative partner must buy at least one cooperative share and pay the price to the cooperative. All fees paid constitute the capital of the cooperative. In accordance with articles 21, 23/6 and 61 of the sample articles of association, the partner has a payment obligation.

Although capital is important for some cooperatives, it has a symbo-lic value in some cooperatives such as building cooperatives. Partners-

hip share received from partners in such cooperatives; The land share that the partner must pay remains lower than the housing installments and interim payments and even loses its importance. In residential building cooperatives, partners must pay land, infrastructure, construction and similar expense installments in amounts to be decided by the general assembly in order to ensure the realization of the cooperative's objectives, in addition to the partnership share fees they have committed and paid.

In this sense, the partnership share in cooperative partnerships has some differences compared to the partnership share in other commercial partnerships, both in terms of its nature and the rights it provides to its owner.

In a recent decision of the 6th Civil Department of the Supreme Court of Appeals on the subject; "The plaintiff's request relates to the request for title deed cancellation and registration of the house allocated to his name as a member of the cooperative, and in accordance with Article 98 of Law No. 1163, in cases where there is no provision in this law, the provisions of the TCC regarding joint stock companies are applied. Article 329 of the TCC stipulates that the company cannot take over its own shares, except for certain exceptions, and in parallel with this, Article 405/2 of the TCC provides that "Shareholders cannot demand back what they have given to the company as capital; their rights regarding the liquidation share are reserved." Therefore, the joint stock company partner is not a creditor from the company for the amount of capital he paid. Because the payments made for the partners' shares constitute the capital of the partnership. Since capital share is not a debt given to the partnership, partners cannot, as a rule, become bankruptcy creditors in case of bankruptcy of the partnership."

Since the provisions regarding joint stock companies are more detailed and systematic than the provisions regarding cooperatives and have gained the habit of implementation, they are able to dominate cooperatives. For these reasons, joint stock partnership provisions that are in-

compatible with the nature of cooperatives should not be directly applied to cooperatives.

In residential building cooperatives, not all payments made by the partners to the cooperative can be considered as partnership shares, and in our opinion, it is not appropriate to consider the payments made as land, infrastructure and construction expense installments within the scope of the ban on return of capital. Joint stock partnership provisions regarding the prohibition of return of capital should not be applied to payments that should be distinguished from partnership shares and other payments and evaluated within the scope of individualization.

Key Words: Cooperative Partnership, Housing Building Cooperative, Capital, Partnership Share, Prohibition on Return of Capital

ANONİM ORTAKLIKTA DANIŞMA OYLAMASININ YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞUNA ETKİŐİ

Arş. Gör. Kaan Muharrem YAĞCIOĞLU*

Özet

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, anonim ortaklığın organizasyon yapısı içinde organlar arası eşitlik ilkesini benimsemiş olmasına rağmen, organlar arasında ilişkiler ve özellikle yetki kaymaları hakkında detaylı düzenleme yapmaktan kaçınarak bunu öğretilme ve içtihatlarla bırakmıştır. Burada kanun koyucunun kanunda bilinçli boşluk bıraktığını söylemek mümkündür.

Danışma oylaması, öğretide yönetim yetkisinin genel kurula devredilmesi ve yönetim kurulu kararlarının genel kurulun onayına sunulması gibi anonim ortaklıkta organlar arası yetki kayması halleri arasında gösterilmektedir. Danışma oylaması, yönetimin yetki alanına giren bir mesele hakkında genel kurulun iradesini öğrenmek amacıyla genel kurul toplantısında yönetim kurulu tarafından yaptırılan oylamadır. Özellikle İŐviçre öğretisinde sıklıkla yer alan danışma oylaması, Türk öğretisinde “istiŐari oylama”, “danıŐmasal oylama” ve “konsültasyon oylaması” olarak farklı Şekillerde adlandırılmıŐ ancak bu konuda detaylı bir çalışma yapılmamıştır.

Hem İŐviçre hem de Türk öğretisinde yaygın olarak kabul edildiği üzere, danışma oylaması yapılmasında herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Danışma oylaması, pay sahiplerinin oylama yapılacak

* Arş. Gör., Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: kyagcioglu@pau.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8954-1855.

mesele hakkındaki fikirlerini öğrenmek ve eğilimlerini belirlemek amacıyla yapılır. Yönetim kurulunun danışma oylamasının sonucuna uyma gibi bir hukuki zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak özen yükümünün bir gereği olarak bunu dikkate almaları gerekir.

Anonim ortaklıkta danışma oylaması yapılması ve yönetim kurulunun yapılan danışma oylamasının sonucuna uyması halinde sorumluluğu ortadan kalkmış olmaz. Ancak oylamanın hiçbir etkisi olmadığının kabulü de mümkün değildir. Bu sebeple öğretilerde danışma oylamasının özellikle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna etkileri hakkında görüşler ortaya atılmıştır. Bu görüşleri ibra benzeri etki görüşü, rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırır görüşü ve çelişkili davranış yasağı görüşü olarak üç ana başlıkta toplamak mümkündür. Ayrıca danışma oylaması yapılması sorumluluk davası açmaya yetkili kişilerden bazılarının dava hakkını kaybetmesine neden olabilir.

Anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu kusura dayanır. Öyle ki Türk Ticaret Kanunu'nun benimsediği farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca, her yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, hakim tarafından belirlenir. Buna göre danışma oylaması yapılmasının, belirli şartların oluşması halinde kusur oranının belirlenmesinde artırıcı veya azaltıcı etkisi olabilir.

Danışma oylamasının etkileri hakkındaki görüşler değerlendirilirken Türk Ticaret Kanunu'ndaki anonim ortaklıklar için benimsenen sorumluluk rejimi, anonim ortaklıkların temel yapısı ve Türk Borçlar Kanunu'nun kusur sorumluluğuna ilişkin temel düzenlemeleri dikkate alınarak incelenmelidir. Çalışmamızda öğretilerde bahsedilen bu görüşleri mevcut hukuki düzenlemelerin süzgecinden geçirip, bunlar hakkındaki görüşlerimizi belirterek sonuca varmaya çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Danışma Oylaması, İstisari Oylama, Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, Danışma Oylamasının Etkileri, Anonim Ortaklık

THE EFFECT OF ADVISORY VOTING ON THE LIABILITY OF THE MEMBERS OF THE BOARD OF DIRECTORS IN A JOINT STOCK COMPANY

Abstract

Although the Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102 has adopted the principle of equality between the organs within the organizational structure of the joint stock company (JSC), it has refrained from making detailed regulations on the relations between the organs and especially the shifts of authority, leaving this to the doctrine and jurisprudence. It is possible to say that the legislator deliberately left a gap in the law here.

Advisory voting is considered in the doctrine as one of the cases of delegation of authority between organs in JSCs, such as the delegation of management authority to the general assembly and submission of the decisions of the board of directors (BoD) to the approval of the general assembly. It is a vote made by BoD at the general assembly meeting in order to learn the will of the shareholders on an issue that falls within the authority of the management. Advisory voting, which is frequently included in Swiss doctrine, is also mentioned as "consultative voting", "advisory voting", "voting of consultation" in Turkish doctrine, but it is rarely mentioned in it.

As is widely accepted in both Swiss and Turkish doctrine, there is no legal obstacle to holding an advisory vote. It is held in order to learn the opinions of the shareholders on the matter to be voted on and to determine their tendencies. BoD has no legal obligation to comply with the result of the voting. However, they must take this into consideration as a requirement of their duty of care.

If BoD complies with the result of the advisory vote, its liability is not eliminated. However, it is also not possible to accept that the vote has no effect. For this reason, opinions have been put forward in the doctrine about the effects of advisory voting, especially regarding the responsibility of board members. It is possible to categorize these opinions under

three main headings as the release-like effect, consent eliminates illegality, and the prohibition of contradictory behavior. In addition, an advisory vote may result in some of those authorized to bring a liability action losing their right to do so.

The liability of the members of BoD in a JSC is based on fault. In fact, according to TCC, the judge determines the liability of each board member, in accordance with the principle of differentiated succession adopted by the law, according to his/her fault and the requirements of the situation. Accordingly, advisory vote may have an increasing or decreasing effect on the determination of the rate of fault, if certain conditions are met.

It is necessary to examine the opinions on the effects of advisory voting by taking into consideration the liability regime adopted for JSCs in TCC, the basic structure of JSCs and the basic regulations of the Turkish Code of Obligations regarding fault liability. In our study, we will try to filter these opinions mentioned in the doctrine through the existing legal regulations and conclude by stating our opinions on them.

Key Words: Consultative Voting, Advisory Voting, Responsibility of Board Members, Effects of Consultative Voting, Joint Stock Company

YÜK DEĞERİNİN TAŞIMA SENEDİNDE BEYAN EDİLMESİ HALİNDE CMR VE TTK AÇISINDAN TAŞIYICININ SORUMLULUK SINIRI

Arş. Gör. Safa Murat TEKİN*

Özet

Taşıma sözleşmesinde taşıyıcı yükü teslim aldıktan sonra varma yerinde teslim edene kadar yükte meydana gelen ziya ya da hasardan kural olarak sorumludur. Ancak hem ulusal hem de uluslararası taşımalarda taşıyıcının sorumluluğu sınırlandırılmıştır. Taşıyıcının sorumluluğu yükün objektif değeri ile sınırlandırılmıştır. Ayrıca yükün ağırlığı esas alınarak hesaplanan belirli bir tutar ile de sınırlandırılmıştır. İlk yönetime genel sınır, ikincisine ise üst sınır denilebilir. Yükün objektif değerinin hesaplanan üst sınırdan fazla olması halinde taşıyıcı fazla olan kısmı tazmin etmek zorunda değildir.

Asıl olan taşıyıcının sorumluluğunun sınırlı olması ise de bu sınırın yükseltilmesi mümkündür. Nitekim Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi'nin (*Convention Relative au Contrat de Transport International de Marchandises par Route*, kısaca CMR) 24. maddesinde gönderenin yük değerini beyan etmesi ve yük değerinin taşıyıcının sorumlu olduğu sınırın üzerinde olması halinde sorumluluk sınırının beyan edilen değere yükseleceğine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Yük değerinin beyan edilmiş sayılması için tarafların sorumluluğun arttığı konusunda anlaşması, taşıyıcıya ek ücret ödenmesinin kararlaştırılması ve yük değerinin taşıma senedinde beyan edilmesi gerekir. Hükmün lafzından taşıyıcının sorumluluk sınırının beyan edilen

* Arş. Gör., Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: safamurattekin@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-0975-4939.

değere yükselmesi için üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak öğretilerde her üç şartın da geçerliliğine ve uygulamasına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bu kapsamda taşıyıcının yardımcısının taşıma senedinde beyan edilen değeri kabul etmesi, ek ücretin kararlaştırılmış olup ödenmemesi veya yük değerinin taşıma senedi dışında beyan edilmesi halinde CMR'nin 24. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmalıdır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) yük değerinin beyan edilmesi halinde taşıyıcının sorumluluk sınırının yükseleceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu'nun 3. maddesinin (d) bendinde "*değer konulmuş gönderi*"ye ilişkin yapılan tanımda yük değerinin beyan edilmesi halinde taşıyıcının sorumluluk sınırının yükseleceği dolaylı olarak kabul edilmiştir. Ancak bu hüküm posta hizmetlerine ilişkin taşımalara özgü olup bunun dışındaki taşımalarda uygulanamaz. Hal böyle olmakla birlikte uygulamada taşıma sözleşmesine, yük değerinin beyan edilmesi halinde taşıyıcının sorumluluk sınırının yükseleceğine ilişkin şartlar eklenmektedir. Uygulamada ortaya çıkan bu durumun hukuki açıdan değerlendirilmesi gerekir.

Konunun seçiminde uluslararası taşımalar açısından öğretilerde yer alan tartışmalar, ulusal taşımalar açısından ise konuya ilişkin mevzuattaki eksiklik etkili olmuştur. Bu bağlamda bildiriye öncelikle konunun anlaşılması açısından önem taşıyan yükün objektif değeri ile sorumluluğa ilişkin üst sınır kısaca açıklanacaktır. Daha sonra sorumluluk sınırının yükselmesi için CMR'nin 24. maddesinde aranan şartlar öğretilerde yer alan farklı görüşler ve yargı kararları da dikkate alınarak değerlendirilecektir. Sonrasında TTK'da düzenleme olmamasına rağmen ulusal taşımalar kapsamında da yük değeri beyan edilerek taşıyıcının sınırlı sorumluluğunu yükseltmenin mümkün olup olmadığı tartışılacaktır. Son olarak ise ulusal taşıma uygulamasından konuya ilişkin bir örnek verilecek ve TTK'daki eksikliğe çözüm önerisi getirilecektir.

Anahtar Kelimeler: CMR'nin 24. Maddesi, Taşıyıcının Sorumluluğunun Yükseltilmesi, Taşıma Senedi, Yük Değerinin Beyanı, Ek Ücret

CARRIER'S LIMIT OF LIABILITY IN TERMS OF CMR AND TCC WHEN THE VALUE OF THE GOODS IS DECLARED IN THE CONSIGNMENT NOTE

Abstract

In contracts for the carriage of goods, as a rule, the carrier is responsible for any loss or damage that occurs in the goods during the period from the receipt of the goods for carriage to their delivery. However, in both national and international transportation the carrier's liability is limited. The carrier's liability is limited to the objective value of the goods. In addition, it is also limited to a certain amount calculated based on the weight of the goods. The first method can be called the general limit and the second can be called the upper limit. If the objective value of the goods is more than the calculated upper limit, the carrier is not obligated to compensate the excess part.

Although the main rule is that the carrier's liability is limited, it is possible to increase this limit. There is a regulation in Article 24 of the Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (*Convention Relative au Contrat de Transport International de Marchandises par Route, briefly CMR*) stating that if the sender declares the value of the goods and this value is above the limit for which the carrier is responsible, the liability limit will increase to the declared value. In order for the goods value to be considered declared the parties must agree that the liability is increased, agree on a payment of a surcharge to the carrier and the goods value must be declared in the consignment note. It is understood from the wording of the provision that these three conditions must be met together for the carrier's limited liability to increase to the declared value. However, there are different opinions in the doctrine regarding the validity and application of all three conditions. It is controversial whether Article 24 of the CMR will be applicable in cases where the carrier's assistant accepts the value declared in the consignment note, the payment of a surcharge is agreed but not paid or when the value of the goods is declared outside the consignment note.

There is no regulation in the Act No 6102 on Turkish Commercial Code (TCC) stating that the carrier's liability limit will increase when the value of the goods is declared. In the definition of "*valued goods*" made in paragraph (d) of Article 3 of the Act No 6475 on Postal Services Code it is indirectly accepted that the carrier's liability limit will increase if the value of the goods is declared. However, this provision is specific to transportation related to postal services and cannot be applied to transportation other than this. In practice, provisions stating that the carrier's liability limit will increase if the value of the goods is declared are added to the contracts for the carriage of goods. This situation that arises in practice needs to be evaluated from a legal perspective.

The selection of the subject was influenced by the discussions in the doctrine in terms of international transportation and the lack of legislation on the subject in terms of national transportation. In this context, first in the declaration the objective value of the goods and the upper limit of liability will be briefly explained due to their importance for understanding the subject. Then, the conditions required in Article 24 of the CMR for the increase of the liability limit will be evaluated by taking into account the different opinions in the doctrine and judicial decisions. Afterwards, it will be discussed whether it is possible to increase the limited liability of the carrier by declaring the value of the goods within the scope of national transportation, even though there is no regulation in the TCC. Finally, an example from the national transportation practice will be given and a solution to the deficiency in the TCC will be proposed.

Key Words: Article 24 of the CMR, Increase of the Carrier's Liability, Consignment Note, Declaration of the Goods Value, Surcharge

YARGITAY KARARLARINA GÖRE KESİNLEŞMİŞ CEBRÎ İHALEDEN SONRA TAPU SİCİLİNİN DÜZELTİLMESİ DAVASI AÇILMASININ İCRA VE İFLÂS HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Efe DİRENİSA*

Özet

Haciz, iflâs ve rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, cebri icra takibi sonucunda taşınmazın açık arttırmayla satılarak mülkiyeti alıcıya ihale yoluyla geçirilir. Burada taşınmazın devrine ilişkin sebep bir cebri icra işlemi olan ihaledir. Bu tescilin yolsuz olması ise ancak, taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edildikten sonra ihalenin feshi yargılamasında icra mahkemesince ihale feshedilirse (yani ihale iptal edilip, ortadan kaldırılınca) söz konusu olur. Bunun dışında söz konusu tescilin yolsuz tescil olduğundan bahsedilemez. İhale işleminin kesinleşmesiyle birlikte tapudaki tescilin yolsuz olma ihtimali ortadan kalkar. Yargıtay son zamanlarda verdiği bazı kararlarında, Anayasa'daki ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek-1 numaralı Protokolü'ndeki mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin düzenlemeden hareketle, açık arttırmaya konu taşınmazın malikinin her zaman kendisinin malik olduğu iddiasıyla genel mahkemede dava açabileceğini belirtmiştir. Yargıtay mülkiyet hakkından hareketle ve ihalenin feshi isteğinin reddedilmiş olmasının temelde yolsuz tescil sebebini ortadan kaldırmayacağı gerekçesiyle, icra mahkemesi ihalenin feshi talebini reddetse dahi ya da icra mahkemesine ihalenin feshi için başvurulmamış olsa dahi, genel mahkemelerde takip hukukuna ilişkin birtakım yolsuzluklara veya alacaklı ile borçlu arasında

* Doç. Dr., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: direnisa@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2220-9468.

da gerçek bir borç ilişkisi bulunmadığına dayanılarak, herhangi bir süreye tâbi olmaksızın yolsuz tescilin (tapu sicilinin) düzeltilmesi davası açılabileceği görüşünü benimsemiştir. Oysa ihale işlemi kesinleşince esasen tapu sicilindeki tescilin yolsuz tescil olma ihtimali de ortadan kalkmaktadır. Çünkü cebrî ihale yoluyla mal alımlarındaki hukukî sebep, kamusal bir işlem olan ihale işlemidir. İhale işlemi kesinleştiği takdirde, artık mevcut tescilin yolsuz tescil olması söz konusu olamaz. Açık arttırmaya hazırlık işlemleri veya icra takibindeki diğer hukuka aykırılıklar sebebiyle, borçlu malikin her zaman tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabileceğinin kabul edilmesi, cebrî icra yoluyla yapılan satışlara olan güveni sarsar, ilgiliyi, rekabeti ve katılımı azaltır; hatta bu satışların yapılmasını imkânsız hâle dahi getirebilir. Böyle bir durumda genel mahkemelerin, ihalenin feshi anlamına gelecek kararlar verememesi ilkesine aykırılık da söz konusu olur. Mükellefiyetler listesinin tapu sicili olarak kabul edilmesi kuralına da aykırı davranılmış olur. Bu durumda mülkiyet hakkı hukuka aykırı şekilde ortadan kalkan kimsenin uğramış olduğu zararı da, buna sebep olan kişiye başvurmak suretiyle tanzim edilmelidir. Bu kişi somut olayda icra müdürü olabileceği (İİK m. 6) (dolayısıyla devlet) gibi, alıcı da (TBK m. 49/1, 2) olabilecektir.

Anahtar Kelimeler: İhalenin Feshi, İhale, Açık Arttırma, Yolsuz Tescil, Tapu Sicilinin Düzeltilmesi

EVALUATION OF FILING A LAWSUIT FOR THE CORRECTION OF LAND REGISTRY AFTER THE FINALIZED COMPULSORY TENDER ACCORDING TO THE DECISIONS OF SUPREME COURT DECISIONS IN TERMS OF ENFORCEMENT AND BANKRUPTCY LAW

Abstract

In the follow-up process through attachment, bankruptcy and monetization of the pledged property, the real estate is sold by auction as a result of the compulsory execution and its ownership is transferred to the buyer through tender. Here, the reason for the transfer of the real estate

is the tender, which is a compulsory execution. Corrupt (illegal) registration is only possible if the tender is terminated by the enforcement court in the termination of the tender proceedings after the ownership of the real estate is registered in the name of the buyer (that is, when the tender is cancelled and eliminated). Apart from this, it cannot be said that the registration in question is a corrupt registration. With the finalization of the tender process, the possibility of the registration in the deed to be corrupt is eliminated. Supreme Court, in some of its recent decisions, has stated that the owner of the real estate subject to the auction can always file a lawsuit in the general court with the claim that he is the owner, based on the regulation on the protection of property right in the Constitution and Protocol No. 1 of the European Convention on Human Rights. The Supreme Court; on the basis of the property right and on the grounds that the rejection of the request for termination of the tender will not eliminate the ground for corrupt registration, even if the enforcement court rejects the request for termination of the tender or if no application has been made to the enforcement court for the termination of the tender, has adopted the view that a lawsuit for the correction of corrupt registration (land registry) can be filed in general courts without any time limit, based on some corruptions related to the law of enforcement or the absence of a real debt relation between the creditor and the debtor. However, when the tender process is finalized, the possibility of the registration in the land registry to be corrupt registration is eliminated. Because the legal reason for buying through compulsory tender is the tender process, which is a public transaction. If the tender process is finalized, it is no longer possible for the existing registration to be corrupt. Admitting that the debtor owner can always file a lawsuit for the correction of the land registry due to the illegalities during preparations for auction or other illegalities in the enforcement proceedings, shakes the confidence in the sales made through compulsory enforcement, reduces the interest and participation; it may even make it impossible to make these sales. In such a case, it would be contrary to the principle that the general courts cannot make decisions that would mean the Ter-

mination of the tender. It would also be contrary to the rule of accepting the list of liabilities as the land registry. In that case, the damage suffered by the person whose property right is removed unlawfully should be remedied by applying to the person who caused it. In the concrete case, this person may be the director of enforcement (Article 6 of the Enforcement and Bankruptcy Law) (hence the state) or the buyer (Article 49/1, 2 of the Turkish Code of Obligations).

Key Words: Termination of Tender, Tender, Auction, Corrupt Registration, Correction of Land Registry.

BAŞKA DAVADA ALINAN BİLİRKişİ GÖRÜŞÜNÜN KULLANILMASI

Dr. Öğr. Üyesi Osman DURAN*

Özet

Daha önce başka bir yargılamada alınan bilirkişi raporunun, bir davada kullanılabilmesine yönelik medeni usul hukukumuzda açık bir kanun düzenlemesi bulunmamaktadır. Buna karşılık Alman medeni usul hukukunda, 2004 tarihli Adaletin Modernleştirilmesi İçin İlk Kanun (Erstes Gesetz zur Modernisierung der Justiz) ile Medeni Usul Kanunu'na (ZPO) 411a maddesi eklenerek, başka bir yargılamada alınan bilirkişi raporunun, bir davada kullanılabilmesi açıkça düzenlenmiştir. "Başka yargılamadaki bilirkişi raporunun kullanılması" madde başlıkla ZPO m.411a hükmüne göre "yazılı bilirkişi görüşünün yerine, başka yargılamalarda bir mahkeme veya savcılık tarafından alınan bilirkişi görüşü kullanılabilir".

ZPO m.411a yürürlüğe girmeden önce bile, hukuk yargılamaları delillerin maddi olarak doğrudan elde edilmesi ilkesine uymadığından, diğer mahkeme yargılamalarındaki bilirkişi görüşünün kullanılmasının mümkün olduğu genel olarak kabul edilmekteydi. Ancak Şekil açısından bu, bilirkişi delili değil, belge deliliydi.

ZPO m.411a düzenlemesinin amacı, mahkeme ve taraflar için gereksiz ek işlerden kaçınmaktır. Mevcut bilirkişi görüşünden yararlanılarak zaman ve maliyetten tasarruf edilebilir. ZPO m.411a öncelikle önceki yargılamalarda yazılı olarak sunulan bilirkişi raporları için geçerlidir, ancak uygun Şekilde tutanağa geçirilmiş olmaları koşuluyla sözlü olarak

* Dr. Öğr. Üyesi, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: osmandurann@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5947-2780.

verilen bilirkişi raporlarından da yararlanılabilir. Mevcut ve önceki yargılamaların taraflarının aynı olması gerekmediği gibi, iki yargılamanın konusunun da aynı olması gerekmez. Tek belirleyici unsur, mevcut yargılamada bir bilirkişi görüşü yardımıyla açıklığa kavuşturulması gereken delil sorununun hâlihazırda mevcut olan bilirkişi görüşü tarafından yanıtlanıp yanıtlanmadığıdır.

Mevcut davada ZPO m.411a uyarınca mevcut bir bilirkişi görüşünden yararlanılması veya yeni bir bilirkişi görüşü alınmasına karar verilmesi mahkemenin takdirine bağlıdır; tarafların rızası gerekli değildir. Mahkeme takdir yetkisini kullanırken tarafların görüşlerini dikkate almalıdır, ancak her iki taraf da yeni bir bilirkişi görüşü alınmasını talep etse bile ZPO m.411a'nın uygulanması engellenemez. Taraflardan birinin başka bir yargılamadan bilirkişi görüşünün kullanılmasını talep etmesi veya mahkemenin kendiliğinden bu şekilde ilerlemek istemesi durumunda, genel olarak karşı tarafa veya her iki tarafa da bir dinlenilme hakkı tanınmalıdır.

ZPO m.411a uyarınca verilen karara tek başına itiraz edilemez. Nihai karara itiraz edilirken, bilirkişi görüşünün kullanılmasına izin verilip verilmediği ve hâkimin takdir yetkisinin sınırlarına uyulup uyulmadığı da gözden geçirilmelidir.

Bilirkişi görüşünün kullanılması, belgesel delil değil bilirkişi delili teşkil eder. Sonraki yargılamalarda bilirkişi delillerine ilişkin kurallar geçerlidir. Mahkeme, bilirkişi raporun delil değerini serbestçe değerlendirmelidir. Bilirkişinin ZPO m.408/1-1 uyarınca bilirkişi görüşü vermeyi reddetme hakkını tanımak mümkün olmayacaktır, çünkü bilirkişi görüşü zaten mevcuttur ve bilirkişinin kaçınması gereken çatışma durumu artık ortaya çıkamaz. Bilirkişinin telif hakkı kapsamındaki yararlanma hakları, bilirkişi görüşünün kullanılmasını engellemez; özellikle telif hakkı kapsamındaki çoğaltma hakkı, mahkeme işlemlerinde kısıtlamaya tabidir. Bilirkişinin, bilirkişi raporunu görüş değişikliği nedeniyle geri çağırma hakkı yoktur. Bilirkişi en fazla, bilirkişi görüşünün düzeltilmesi gerektiğine işaret edebilir. Bununla birlikte, bilirkişiden mevcut yargı-

lamada bilirkişi görüşünü açıklaması veya tamamlaması istenirse, ZPO m.408/1-1 uyarınca ifade vermeyi reddetme hakkına da sahiptir. Ancak bu durum yazılı bilirkişi görüşünün kullanılmasını engellemez. Taraflar ZPO m.406 uyarınca mevcut davada da bilirkişiyi reddedebilir.

Mahkeme, ZPO m.411/3 uyarınca bilirkişinin görüşünü açıklamak üzere duruşmada hazır bulunmasına karar verebilir. Mahkeme, aynı bilirkişi tarafından önceki bilirkişi raporuna yazılı bir ek yapılmasını da isteyebilir. Yalnızca önceden hazırlanmış bilirkişi görüşünden yararlanılması halinde, bilirkişi mevcut yargılamada ücret alma hakkına sahip değildir. Öte yandan, mevcut yargılamada bilirkişi görüşünün tamamlanması veya sözlü olarak açıklanmasına karar verilirse, bilirkişi ücrete hak kazanır.

Anahtar Kelimeler: Bilirkişi Görüşü, Belge Delili, Usul Ekonomisi İlkesi, Bilirkişi Ücreti, Başka Davada Alınan Bilirkişi Görüşü

USE OF EXPERT REPORTS PREPARED IN OTHER PROCEEDINGS

Abstract

There is no clear legal regulation in our civil procedural law regarding the use in a case of an expert report that has already been obtained in other procedure. On the other hand, in German civil procedure law, article 411a was inserted into the Code of Civil Procedure (ZPO) with the First Law for the Modernization of the Judiciary from 2004, thereby clearly regulating that an expert opinion obtained in another procedure can be used in a case. According to article 411a ZPO with the heading "Use of expert reports prepared in other proceedings", "the preparation of a written report may be forgone if an expert report can be used that has been obtained by the court or the public prosecution office in other court proceedings."

Even before article 411a ZPO came into force, there was general consensus that it was possible to include expert reports in other legal proceedings, since civil proceedings do not correspond to the principle of di-

rect collection of material evidence. In terms of form, however, this was not expert evidence, but rather documentary evidence.

The purpose of ZPO article 411a is to avoid unnecessary additional work for the court and the parties. Using existing expert opinions can save time and money. Article 411a ZPO applies primarily to reports submitted in writing in previous proceedings, but reports submitted orally can also be used, provided they are properly recorded in the minutes. The parties to the current and previous proceedings do not have to be the same, nor do the subject matter of the two proceedings need to be identical. The only decisive factor is whether the question of evidence, which must be clarified with the help of an expert opinion in the ongoing proceedings, is answered by the currently available expert opinion.

In the present case, it is at the discretion of the court whether an existing report is used in accordance with article 411a ZPO or a new report is obtained; the consent of the parties is not required. When exercising its discretion, the court must take the views of the parties into account, but the application of article 411a ZPO cannot be prevented even if both parties obtain a new expert opinion. If one of the parties requests the use of an expert report from another procedure or if the court wishes to do this on its own, the other party or both parties must generally be granted the right to be heard.

The decision according to article 411a ZPO cannot be appealed on its own. When challenging the final judgment, it must also be checked whether the use of the report was permissible and whether the limits of judicial discretion were observed.

The use of an expert report is expert evidence and not documentary evidence. The rules for expert evidence apply in the further proceedings. The court must freely assess the evidentiary value of the report. The expert's right to refuse to testify in accordance with article 408/1-1 ZPO cannot be recognized because the report is already available and the conflict situation that the expert must avoid can no longer arise. The

expert's copyright exploitation rights do not prevent the use of the report; In particular, the copyright right of reproduction is subject to restrictions in court proceedings. The expert is not entitled to recall the report due to a change of opinion. The expert can only point out that the report should be corrected. However, if the expert is asked to clarify or supplement his report during ongoing proceedings, he also has the right to refuse to testify in accordance with article 408/1-1 ZPO. However, this does not prevent the use of the written report. The parties can also reject the expert in the present proceedings in accordance with article 406 ZPO.

According to article 411/3 ZPO, the court can order that the expert be present at the hearing to explain his report. The court can also order a written addition to the previous report by the same expert. If only the report that has already been prepared is used, the expert in the present proceedings is not entitled to any remuneration. However, if in the present proceedings it is decided to complete the report or to explain it orally, the expert is entitled to remuneration.

Key Words: Expert Reports, Documentary Evidence, Principle of Procedural Economy, Expert Remuneration, Expert Reports in Other Proceedings

MEDENİ USUL HUKUKU BAKIMINDAN TEREKENİN TESPİTİ (TMK m.589)

Dr. Öğr. Üyesi Dilek AYDEMİR*

Özet

Ölüm anında ölenin mal varlığı bir kül halinde mirasçılara geçer. Mirasçılardan tereke üzerinde elbirliği mülkiyeti bulunmaktadır. Ölüm anından itibaren terekenin paylaşımına kadar hem terekeye dahil olan malvarlığı unsurlarının korunması hem de yasal ya da varsa atanmış mirasçılardan ve vasiyet alacaklılarının tespiti ihtiyacı bakımından TMK birtakım önlemler öngörmüştür.

Terekenin korunmasına ilişkin başlıca kurallar “koruma önlemleri” başlığı altında TMK m.589-598 arasında düzenlenmiştir. TMK m.589/1’de murisin yerleşim yeri sulh hâkiminin, istem üzerine veya re’sen tereke mallarının korunması ve hak sahiplerine geçmesini sağlamak üzere gerekli olan bütün önlemleri alacağı belirtilmiştir. HMK m.382/1-c/5’te terekenin korunmasına ilişkin önlemlerin alınmasının çekişmesiz yargı işi olduğu belirtilmiştir.

Terekenin tespiti yargılamasının hukuki niteliğine ilişkin ilmi ve kazai içtihatlarda delil tespiti veya çekişmesiz yargı görüşleri olmakla birlikte yargı kararlarında çekişmesiz yargıya ilişkin bütün hükümler aynen uygulanmamaktadır.

Kazai içtihatlarda, miras davalarında görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olması hasebi ile terekenin tespiti talebinin miras hukukuna ilişkin diğer taleplerle birleşmeyeceği yönünde kararlara rastlanmaktadır.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: dilek.aydemir@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8262-5316.

Ölenin son yerleşim yeri mahkemesinin yetkisi kesin olmamakla birlikte ölüm başka yerde gerçekleştiyse o yer mahkemesinin yetkisi sınırlıdır.

Her ne kadar terekenin tespiti bakımından resen harekete geçme ilkesi geçerli olsa da günümüz koşullarında nüfus yoğunluğunu ve mahkemelerin iş yükünü düşündüğümüzde mahkemeye her ölüm olayının haber verilmesi üzerine mahkemenin resen harekete geçmesi ve terekenin tespitine ihtiyaç duyulan halleri belirlemesi ve sonrasında tespit ve koruma önlemlerine ilişkin karar vermesi olası değildir. Terekenin tespitini mirasçılar(ın/dan birinin), hatta bunların ya da murisin alacaklılarının talep edebilir. Fakat örneğin, vasiyet alacaklısının terekenin tespitini talep edip edemeyeceği tartışmalıdır.

Terekenin tespiti talep edildikten sonra diğer mirasçılara ayrıca haber verilmesi yönünde ise bir zorunluluk olmayıp talep üzerine ilgililer haberdar edilip (ihbar) onların da yargılamaya katılması sağlanabilir. Diğer mirasçıların itiraz ya da kanun yoluna başvuru hakkı olup olmadığı; varsa bir itiraz üzerine iş çekişmesiz yargıdan çıkıp miras davalarından birine dönüşüyor denilebilir mi, ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Tereke tespiti ve diğer önlemlerin talebi için süre sınırı söz konusu olmamakla birlikte hukuki yarar ve hakkın kötüye kullanılmaması ilkelere göre bir azami sürenin varlığından bahsedilebilir. Terekenin tespit ve korunması talebi miras payıyla sınırlı talep edilememekle birlikte hem talep hem de talebin kabulü halinde alınacak önlemler, bütün terekeye ya da terekeye dahil olan tek bir mala ilişkin olabilir. Talebin kabulü, reddi ve terekenin korunmasına ilişkin alınacak önlemin içeriği konusunda hâkimin geniş takdir yetkisi bulunmaktadır.

Hâkimin yapacağı araştırma bakımından üçüncü kişiler de terekeye dahil olan aktif-pasifleri açıklamak zorundadır. Bu noktada tartışılan meselelerden birisi dijital miras ve bunun tespitidir.

TMK'da terekenin tespiti yapılırken terekeye dahil olan mal ve haklara ilişkin kıymet takdiri yapılacağı yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Öte yandan bir görüşe göre ise terekeye dahil mal ve haklar tespit edilirken bunları kıymetleri de tespit edilmelidir.

Kazai içtihatlarda yerleşen uygulamaya göre mahkemenin TMK m.589'a göre verdiği karara karşı mirasçılardan itiraz etme ya da kanun yoluna gitme imkânı bulunmazken talebin reddi kararına karşı istinaf (eskiden temyiz) yolunun açık tutulduğu görülmektedir. Terekenin tespiti bir çekişmesiz yargı işi olduğu için kanun yolunun açık olmalıdır. Olması gereken hukuk bakımından ise terekenin tespitine ilişkin karara karşı ilgililerin itiraz mevcutsa itirazın içeriğine göre yargılamanın çekişmeli yargıya dönüşmesi değerlendirilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Tereke, İhtiyati Tedbir, Delil Tespiti, Çekişmesiz Yargı, Geçici Hukuki Koruma önlemleri

RECORDING THE DECEASED'S ASSETS IN TURKISH INHERITANCE LAW AND CIVIL PROCEDURE (TURKISH CIVIL CODE ART. 589)

Abstract

At the moment of death, the deceased's estate passes to their heirs as a whole. The heirs collectively hold joint ownership over the estate. From the moment of death until the distribution of the estate, the Turkish Civil Code (TCC) has envisaged certain measures for protection of the rights of heirs.

The main rules regarding the issue are regulated under Articles 589-598 of the TCC. Article 589/1 of the TCC stipulates that the civil court of peace at the deceased's last place of residence takes all necessary measures, upon request or *ex officio*. Article 382/1-c/5 of the Turkish Code of Civil Procedure (TCCP) specifies that the adoption of measures for the preservation of the estate is a non-contentious judicial matter.

The legal nature of the proceeding of recording the estate is identified as a preliminary measure for taking evidence or a non-contentious jurisdiction pursuant to scholarly and jurisprudential opinions.

As per to the case law, the subject matter jurisdiction of the court of peace is exclusive and it shall not be combined with other claims related

to inheritance law. Geographical jurisdiction of the last place of residence of the court of peace is not exclusive. Still, if the death occurs elsewhere, the jurisdiction of that particular court is strictly limited.

Contrarily to TCC, considering the population density, and the case-load of the courts, it is not feasible for the court to *ex officio* initiate proceeding and preserve the estate upon notification of every death.

The request for the preservation of the estate may be made by one or more heirs, or even by the creditors of the heirs or the deceased person. However, for example, whether a beneficiary of the will has the authority to request the determination of the estate is debatable.

After the request for recording the deceased's assets, despite any certain requirement to notify the proceeding to other heirs; upon request of the applicant, related parties may be notified to participate.

There is no decisive time limit for filing the request; however, the principles of legal interest and the prevention of abuse of rights draw a maximum time frame.

Both the request for the determination of the estate and the measures to be taken upon the acceptance of the request may pertain to the entire estate or a single asset included in the estate but not solely the share of a heir.

In terms of the investigation to be conducted by the judge, third parties are also obliged to disclose. At this point, one of the debated issues is digital inheritance.

Despite the opposing scholarly views, TCC does not specify any rule for an appraisal of the value of assets and rights included in the estate.

According to the precedents, while for heirs to object or appeal against the court's decision regarding recording and protection of the assets in the estate under Art. 589 of the TCC is not possible, the applicant has the right to appeal the decision on rejecting the request.

Since the determination of the estate is a non-contentious judicial matter, the applicant shall have the right of appeal in both cases of decision of the court regarding acceptance or rejection of the request. *De lege feranda*, in case of an objection by the related parties against the decision

related to the recording of the estate, the transformation of the proceeding into a contentious litigation should be evaluated by the judge based on the content of the objection.

Key Words: Estate, Protection of Estate, Preliminary Measures, Inheritance Law, Non-contentious Jurisdiction.

YARGITAY'IN E. 2019/5, K. 2022/1 SAYILI VE 18.02.2022 TARİHLİ İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARI ÇERÇEVESİNDE USÛL HUKUKU – MADDİ HUKUK SINIRLARI VE İLİŞKİSİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Dr. Nurullah BAL*

Özet

Yargıtay'ın E.2019/5, K. 2022/1 sayılı 18.02.2022 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile vadesi gelmemiş alacaklar için açılmış davada, mahkemece ifa zamanının henüz gelmediği gerekçesiyle davanın hukukî yarar yokluğu nedeniyle usulden ret kararı verilmesine karar verilmiştir.

Söz konusu karar, medeni usûl hukuku teorisi ve pratiği açısından eleştiriye açıktır. Zira hukukî yarar, usûlî bir kurum olup, usûl hukuku prensip ve ilkeleri çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu anlamda hukukî yarar, yargı mercilerine yöneltilen taleplerin zorunlu olması ve talep edilen hukukî himayenin karşılanması yönünden elverişli olması ile sınırlı değerlendirilmelidir. Hukukî yarar bağlamında maddi hukuka ilişkin değerlendirme yapılması, hukukî yararın kapsamını belirsiz hâle getirme riski barındırmaktadır. Örneğin maddi hukuka ilişkin savunma sebepleri olarak itiraz veya defiler kapsamında ele alınması gereken diğer pek çok husus da, hukukî yarar yokluğuna gerekçe olarak sunulabilir. Oysaki hukukî yarar, bir dava şartı olarak işin esasına girilmesine engel teşkil eden, usûlî anlamda özel önem arz eden teknik bir kavramdır. Bu bakımdan, kural olarak ön inceleme aşamasında, henüz tahkikat başlamadan değerlendirilmeli ve eksikliği hâlinde öngörülen usûlden ret kararının verilmesi

* Dr. Öğr. Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: bal.nurullah@gmail.com; nurullah.bal@erbakan.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3477-5336.

yönünde dikkate alınmalıdır. Henüz uyuşmazlığın esasına girilmesinin ve dolayısıyla incelenmesinin mümkün olmadığı bir yargılama aşamasında, uyuşmazlığın esası hakkında değerlendirmeyi gerektirerek kanaat oluşturulabilmesiye mümkün değildir. Diğer taraftan, vadesi gelmemiş alacaklar hakkında esastan ret kararı verilmesinin, maddi anlamda kesin hüküm teşkil edebileceğinden, daha sonradan dava açılmayacağı dolayısıyla hak kaybı olacağı endişesi düşünülebilir. Ancak belirtmek gerekir ki maddi anlamda kesin hüküm, zaman itibariyle, dava tarihindeki koşullar ve yargı sürecindeki gelişmelere istinaden ve fakat nihayetinde sadece karar tarihindeki durumlar üzerinde etki gösterir. Karardan sonra ortaya çıkabilecek hususların kesin hükmün etkisinde kalması, işin doğası ve mantık kuralları gereğince zaten mümkün değildir.

Bu çalışmada, anılan Yargıtay İBK, kısaca belirttiğimiz temel ve sunum çerçevesinde belirteceğimiz diğer hususlar ışığında, medeni usûl hukuku teorisi ve pratiği açısından ortaya çıkabilecek sorunlar çerçevesinde analiz edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Hukukî Yarar, Dava Şartı, Usulden Ret Kararı, Wade, Medeni Usûl Hukuku

**THOUGHTS ON THE BOUNDARIES AND RELATIONSHIP
BETWEEN PROCEDURAL LAW AND SUBSTANTIVE LAW
WITHIN THE FRAMEWORK OF THE SUPREME COURT'S UNIFIED
DECISION NO. E. 2019/5, K. 2022/1, DATED 18.02.2022**

Abstract

With the decision of Turkish Supreme Court's Unified Decision Case No. E. 2019/5, K. 2022/1, Dated 18.02.2022, it has been decided that the cases filed for undue receivables should be rejected on procedural ground due to the lack of legal benefit.

The decision in question is open to criticism in terms of procedural law theory and practice. Because the legal benefit is a procedural law term and must be considered in framework of procedural law principles.

In this sense, legal benefit should be evaluated limited to the necessity of the requests directed to judicial authorities and their suitability to redress the requested legal protection. Making an evaluation regarding substantive law in the context of legal interest carries the risk of making the scope of legal benefit unclear. For example, many other issues that should be considered within the scope of objections or pleas as grounds of defense related to substantive law can also be presented as reasons for the lack of legal benefit. However, legal benefit is a technical concept that poses an obstacle to getting into the merits of the case as a condition of a lawsuit and has special procedural importance. In this regard, as a rule, it should be evaluated at the preliminary examination stage, before the investigation begins, and in case of deficiency, it should be taken into consideration in order to make a rejection decision on procedural ground. However, at a trial stage where it is not yet possible to enter the merits of the dispute and therefore examine it, it is not possible to form an opinion by requiring evaluation on the merits of the dispute. On the other hand, there may be concerns that a rejection decision on the merits regarding unduedue receivables may constitute a final judgment in material terms, and thus a lawsuit cannot be filed later, thus resulting in a loss of rights. However, it should be noted that the final judgment in material terms has an effect in time, based on the conditions in the date of the case and the developments in judicial process, and ultimately only on the situations on the date of the decision.

It is not possible for the issues that may arise after the decision to remain under the influence of the final decision, due to the nature of the matter and the rules of logic.

In this study, the Turkish Supreme Court's Unified Decision will be analyzed within the framework of the problems that may arise in terms of civil procedural law theory and practice, in the light of the basis we have briefly stated and other issues we will specify within the framework of the presentation.

Key Words: Legal Benefit, Case Condition, Reject on Procedural Ground, Redemption Date, Civil Procedure Law.

DÜNYADAN ÖRNEKLER IŞIĞINDA TÜRKİYE'DE KÜÇÜK ALACAKLARIN YARGILANMASI VE TAHSİLİNE DAİR ÖZEL USULLERE DUYULAN İHTİYAÇ

Arş. Gör. Çağatay Serdar ŞAHİN*

Özet

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, mülga 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak yalnızca yazılı yargılama ve basit yargılama usulleri kabul edilmiştir. Mülga Kanun'da yer alan seri yargılama ve sözlü yargılama usullerine, diğer kanunlarda yapılan atıfların da basit yargılama usulüne yapıldığı kabul edilmiştir. Zira mülga Kanun döneminde seri yargılama usulünün yazılı yargılama gibi uygulandığı, sözlü yargılama usulünün ise basit yargılama usulü gibi uygulandığı görülmüştür. Kanun hükümlerine göre asıl yargılama usûlü yazılı yargılama usûlü olup, basit yargılama ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu veya başka kanunlarda öngörülen yargılamalar için uygulanacak bir usûldür.

Öngörülen bu değişiklik yargılama usûllerinin sadeleştirilmesine hizmet etmektedir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun genel gerekçesinde de bu husus vurgulanmış basit yargılama usûlünün, medeni usul hukukunda hızlı bir yargılamaya duyulan ihtiyacı karşıladığı ifade edilmiştir. Gerçekten basit yargılama usulüne tabi dava ve işlerin hızla çözümlenmesi gereken işler olduğu açıkça görülmektedir. HMK m. 316 hükmünde yer alan nafaka davaları, velayet ve vesayete ait işler, geçici hukuki koruma talepleri gibi taleplerin bu türden talepler olduğu ortadadır.

* Arş. Gör., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: cagatayserdar.sahin@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4849-9050.

Yazılı yargılama usûlü dışında yalnızca basit yargılama usûlünün kabulü, sadeleştirme karşısında bazı riskleri de ortaya çıkarmıştır. Örnek vermek gerekirse mevcut sistemde, asliye hukuk mahkemesinde görülen 100 Türk lirası değerindeki bir dava ile 10 milyon Türk lirası değerindeki bir dava yazılı yargılama usûlüne tabi olacak ve aynı usûlde sonuçlandırılacaktır. Hâlbuki miktar bakımından küçük görülebilecek alacaklar hakkında yapılan yargılamanın çok daha hızlı olması, bahsi geçen alacakların tahsilinin de kolay olması gerekmektedir. Özellikle ülkemizdeki yüksek enflasyon ve hızla değişen mal ve hizmet fiyatları göz önüne alındığında, alacağın miktarına göre farklı bir usûl belirlenmemesinin, mahkemeye başvurma imkânını fiilen etkisizleştirdiği kolaylıkla söylenebilir. Üstelik acele olduğu düşünülen talepler için kabul edilen basit yargılama usûlünün gerçekten basit olup olmadığı da çok önemli bir soru işaretidir.

İşte bu sebeple İsviçre, Almanya, İngiltere gibi birçok ülkede küçük alacaklar hakkında yapılacak yargılamalara ilişkin özel düzenlemeler kabul edilmiştir. Bu ülkelerden bazılarında küçük alacaklar için basit yargılama usûlünün uygulanması kabul edilmişken, bazı ülkelerde ise küçük alacaklar hakkında yapılacak yargılama ve bu alacakların tahsili tamamen özel usûllere bağlanmıştır.

İşte bu çalışmada, öncelikle Türkiye’de küçük alacaklar hakkında yapılan yargılamalarda ve bu alacakların tahsilinde karşılaşılan sorunların neler olduğu, bu sorunların aşılması hakkında ne gibi hukuki çareler kabul edildiği değerlendirilecektir. Ardından dünyada küçük alacaklara yönelik yargılama ve tahsil usûllerine ilişkin örnekler tanıtılacak ve Türkiye için de geçerli olabilecek bir model önerilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yargılama usûlü, küçük alacaklar, etkin hukuki koruma, dava değeri, makul sürede yargılama

THE NEED FOR SPECIAL PROCEDURES FOR THE JUDGMENT AND COLLECTION OF SMALL CLAIMS IN TURKEY IN THE LIGHT OF EXAMPLES FROM THE WORLD

Abstract

In the Code of Civil Procedure No. 6100, unlike the repealed Civil Procedure Code No. 1086, only written trial and simple trial procedures are accepted. It has been accepted that the references to the rapid trial and oral trial procedures in the Repealed Law and the references made in other laws are to the simple trial procedure. Because, during the period of the repealed Law, it was observed that the rapid trial procedure was applied like a written trial, and the oral trial procedure was applied like a simple trial procedure. According to the provisions of the Code of Civil Procedure, the main trial procedure is the written trial procedure, and simple trial is a procedure that can only be applied to trials stipulated in the Code of Civil Procedure or other laws.

This proposed change serves to simplify the trial procedures. As a matter of fact, this issue is emphasized in the general justification of the Code of Civil Procedure and it is stated that the simple trial procedure meets the need for a speedy trial in civil procedure law. It is clearly seen that cases and matters subject to simple trial procedure are matters that need to be resolved quickly. HMK m. It is obvious that the requests included in Article 316, such as alimony cases, matters related to custody and guardianship, and requests for temporary legal protection, are such requests.

The adoption of only the simple trial procedure, apart from the written trial procedure, has also revealed some risks in the face of simplification. To give an example, in the current system, a case worth 100 Turkish liras and a case worth 10 million Turkish liras heard in the civil court of first instance will be subject to the written trial procedure and will be concluded in the same procedure. However, the prosecution of claims that may be considered small in terms of amount should be much faster and the collection of the said claims should be easier. Especially con-

ring the high inflation and rapidly changing prices of goods and services in our country, it can easily be said that not determining a different procedure according to the amount of the claim effectively renders the possibility of applying to the court ineffective. Moreover, it is a very important question mark whether the simple trial procedure adopted for requests that are considered to be urgent is really simple.

For this reason, special regulations regarding the proceedings regarding small claims have been adopted in many countries such as Switzerland, Germany and England. While in some of these countries, the application of simple trial procedure for small claims has been accepted, in some countries, the trial of small claims and the collection of these receivables are completely subject to special procedures.

In this study, we will first evaluate the problems encountered in the trials of small claims in Turkey and the collection of these claims, and what legal remedies are accepted to overcome these problems. Then, examples of litigation and collection procedures for small claims in the world will be introduced and a model that can also be valid for Turkey will be tried to be proposed.

Key Words: Trial Procedure, Small Claims, Effective Legal Protection, Value of Case, Trial within a Reasonable Time

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI OLARAK HAKEM-BİLİRKİŞİLİK VE HİBRİT YÖNTEMLER

Arş. Gör. Ahmet ŞENSÖZ*

Özet

Hakem-bilirkişilik, taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu hakkında miktar, değer ya da yeterlilik gibi bir unsurun, tarafsız bir uzman tarafından tespit edilmesi ve bu raporun, hem tarafları hem de hâkimi bağlayıcı olmasını ifade eder. Bu yönüyle hakem-bilirkişilik, taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin vakıyı tespit ettiği için aynı zamanda, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından da birisidir. Nitekim bu kurumla amaçlanan, uyuşmazlığın ilk aşamada engellenmesi ve çözüme kavuşturulmasıdır. Hakem-bilirkişilik, uyuşmazlığın sona ermesinde önemli bir rol oynadığı gibi uyuşmazlığın mahkemeye taşınması halinde dahi alınan rapor kural olarak, hâkimi bağladığı için davanın sonuçlandırılmasını da hızlandırmaktadır.

Mukayeseli hukukta, Almanya, İsviçre ve Anglo-Sakson hukuklarında sıkça karşımıza çıkan hakem-bilirkişilik kurumu, özellikle inşaat, enerji, sigorta, bilişim, şirketlerin birleşmesi, bölünmesi, şirket payının devri gibi benzeri sözleşmelerde genel olarak kullanılmaktadır. Hakem-bilirkişilik hukukumuzda açık bir yasal düzenlemeye sahip değildir. Ancak, buna rağmen, sigorta hukukunda, sigorta poliçesi genel şartlarında ve bazen de inşaat sözleşmelerinde yer aldığı görülmektedir. Öğreti ve Yargıtay kararları ışığında hakem-bilirkişilik sözleşmesi bir münhasır delil sözleşmesi olarak nitelendirilmekte, bu sebeple yasal dayanak olarak, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun delil sözleşmele-

* Arş. Gör., Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: ahmet.sensoz@erdogan.edu.tr, ORCID:0000-0001-9065-5737.

rini düzenleyen 193. maddesi gösterilmektedir. Ancak hukukumuzda da hakem-bilirkişilik hakkında kanunî düzenleme yapılması öngörülmektedir. Bu konuda, 2021 yılının mart ayında Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “İnsan Hakları Eylem Planı” Hedef 3.6 “Bilirkişilik Sisteminin Kalitesinin Artırılması ve Öngörülebilirliğin Sağlanması” bölümünün “g” maddesinde, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, özel hukuk uyuşmazlıklarının daha kısa sürede çözümü amacıyla hakem-bilirkişilik kurumunun ihdas edileceği ve “İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi”, hükmün düzenlenme süresinin bir yıl olacağı belirtilmiştir.

Tarafların teknik ve uzmanlık gerektiren bir konu hakkında anlaşamamaları hâlinde, doğrudan mahkemeye başvurmaları durumunda, bilirkişi atanması, ek rapor veya yeni bir bilirkişi raporu alınması ihtimali ve mahkemenin bilirkişi raporunu değerlendirmesi şeklinde uzun bir zaman alacaktır. Ancak bunun yerine, tarafların teknik bir konuda doğrudan hakem-bilirkişiye başvurması hızlı ve ekonomik bir sonuç almalarını sağlamak ve mahkemelerin iş yükünü azaltmaktadır. Ancak hakem-bilirkişi bir yargılama faaliyeti yapmayıp, sadece taraflar arasındaki çekişmeli vakianın tespitini yapmaktadır. Bu nedenle hakem-bilirkişi raporu doğrudan icra edilemez, tarafın bu konuda dava açması gerekir.

Mukayeseli hukukta, hakem-bilirkişilik diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olan, tahkim ve arabuluculukla hibrit yöntem olarak beraber kullanılmaktadır. Özellikle şirket alım satımlarında, taraflar hem tahkim hem de hakem-bilirkişiliği birlikte kullanmaktadırlar. Sözleşmede, hukukî uyuşmazlık bakımından hakeme başvurulacağı, teknik uzmanlıklar bakımından hakem-bilirkişiliğe başvurulacağı şeklindeki hükümlerle, hakem-bilirkişi raporunun hakemi bağlamasıyla süre kısaltmakta ve hakem-bilirkişi raporunun doğrudan icra edilememesi dezavantajı, hakem kararının doğrudan icra edilebilmesiyle aşılmaktadır.

Arabuluculuk, hukukumuzda 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda düzenlenmiştir. Arabuluculuk sürecinde, tarafların ihtiyaç ve menfaatlerine ve odaklanan ve tarafların başlangıçta

pozisyonlarından kaynaklanan tespit edemedikleri, olası çözümler üzerinde düşünülerek, tarafların kendilerinin iradî olarak anlaşmaya ulaşmaları sağlanır. Ancak özellikle tarafların aralarındaki teknik uyumsuzluklar bakımından arabuluculuk uygun bir çözüm yöntemi olmayabilir. Bu nedenle arabuluculuk ve hakem-bilirkişilik birlikte kullanılmakta, bu yönetime mukayeseli hukukta, genellikle önce arabuluculuğun sonra hakem-bilirkişiliğin kullanıldığı “Med-Ex” yöntemi olarak ifade edilmektedir. Özellikle bu yöntem, taraflar arasındaki, direnç noktalarının birbirine uzak olduğu, arabulucunun özel görüşmelerinin de fayda etmediği, tarafların özel bir uzmana ihtiyaç duyduğu durumlarda önem arz etmektedir.

Çalışmamızda, karşılaştırmalı hukuk düzenlemeleri de gözetilerek, hakem-bilirkişilik kurumun etkinliğinin sağlanmasına ilişkin tavsiye ve önerilerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Hakem-Bilirkişilik, Hibrit Yöntemler, Arabuluculuk, Tahkim

EXPERT DETERMINATION AND HYBRID METHODS AS ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION METHODS

Abstract

Expert-determination means that an element such as amount, value or adequacy regarding the dispute between the parties is determined by an impartial expert and this report is binding on both the parties and the judge. In this respect, expert-determination is also one of the alternative dispute resolution methods as it determines the facts of the dispute between the parties. In fact, the aim of this institution is to prevent and resolve the dispute at the first stage. While the expert’s report plays an important role in ending the dispute, it also accelerates the conclusion of the case, even if the dispute is brought to court, as the report obtained is binding on the judge in terms of the detected facts.

In comparative law, German, Swiss and Anglo-Saxon law are generally used for similar contracts such as expert-determination agree-

ments, construction, energy, insurance, information technology, mergers and divisions of companies and transfer of company shares. There is no clear legal regulation of expert-determination in our law. However, it can be seen that it is included in insurance law, general conditions of insurance policies and sometimes construction contracts. In the light of the doctrine and the decisions of the Supreme Court, the expert-determination contract is described as an exclusive evidence contract, and for this reason, Article 193 of the Code of Civil Procedure No. 6100, which regulates evidence contracts, is shown as the legal basis. However, our law envisages making legal regulations regarding the expert-determination. In this context, in article "g" of the "Human Rights Action Plan" prepared by the Ministry of Justice in March 2021, "Improving the Quality of the Expertise System and Ensuring Predictability" in Target 3.6, stated that an expert-determination institution will be organized in order to resolve private law disputes, including those with foreign elements, in a shorter time. It has also been stated that the period for this institution to prepare the "Human Rights Action Plan and Implementation Calendar" will be one year.

If the parties cannot agree on a technical or expert issue and apply directly to the court, it will take a long time for the court to evaluate the expert's report, the appointment of an expert, the possibility of obtaining an additional report or a new expert report. By requesting an expert-determination on a technical issue, the parties can instead obtain a quick and inexpensive result and reduce the workload of the courts. However, the expert-determination does not conduct a trial, but only determines the facts in dispute between the parties. For this reason, the expert-determination report cannot be directly enforced; the party must file a lawsuit.

In comparative law, expert-determination is used as a hybrid method together with arbitration and mediation, which are other alternative dispute resolution methods. In particular, in the context of the purchase and sale of company, parties use both arbitration and expert-determination together. By stipulating in the contract that an arbitrator

will be used for legal disputes and an expert-determination for technical expertise, the time period is shortened because the expert-determination report is binding on the arbitrator, and the disadvantage of not being able to directly enforce the expert-determination report is overcome by the direct enforcement of the arbitrator's decision.

Mediation is regulated under the Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes. During the mediation process, the parties are enabled to voluntarily reach an agreement by considering possible solutions that focus on the needs and interests of the parties and that the parties cannot initially determine due to their positions. However, mediation may not be an appropriate method of resolution, especially for technical disputes between the parties. For this reason, mediation and expert-determination are used together, and in comparative law this method is generally referred to as the "Med-Ex" method, where mediation is used first and then expert-determination. This method is particularly important in cases where the points of the resistance between the parties are far apart, private meetings of the mediator are not useful, and the parties need a special expert.

In our study, we will make recommendations and suggestions on how to ensure the effectiveness of the institution expert-determination, taking into account comparative law regulations.

Key Words: Alternative Dispute Resolution Methods, Expert-Determination, Hybrid Methods, Mediation, Arbitration

ANAYASA MAHKEMESİNİN KESER ALTINTAŞ BAŞVURUSUNDA “BİREYSEL BAŞVURUNUN İNCELENMESİNİN SÜRDÜRÜLMESİNİ HAKLI KILAN BİR NEDEN OLMADIĞI” GEREKÇESİYLE VERDİĞİ DÜŞME KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Ceren YILDIZ*

Özet

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 80.maddesinde, bireysel başvurularda belirli hallerde ve yargılamanın her aşamasında düşme kararı verilebileceği düzenlenmiştir. İlgili madde gereğince; başvuru-
dan açıkça feragat etmesi, başvuru-
danasını takipsiz bıraktığının anlaşılması, ihlalin ve sonuçların ortadan kalmış olması ve Bölümler ya da Komisyonlarca saptanan herhangi bir başka gerekçeden ötürü, başvuru-
incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi hallerinde düşme kararı verilebilecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi (AYM) bireysel başvurularda günümüze kadar pek çok düşme kararı vermiştir.

Mahkeme'nin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Keser Altıntaş tarafından yapılan başvuru-
“incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmediği” gerekçesiyle düşme-
sine karar vermesi çeşitli tartışmaları gündeme getirmiştir. Bu tartışma-
ların temeli, AYM'nin bir hak ihlali tespit etmesine karşın düşme kararı vermiş olmasına dayanmaktadır.

AYM'nin bireysel başvurudaki objektif işlevi, yapısal ve sistemik sorunların tespitiyle, yeni ihlallerin ortaya çıkmasını engellemek suretiyle

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: c.yildiz@iku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0569-4107.

temel hak ve özgürlüklerin korunmasını ve geliştirilmesini sağlamaktır. Bu doğrultuda makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili temel ilkeler hukuk ve ceza davaları ile idari davalar yönünden Mahkeme'nin çeşitli içtihatlarıyla ortaya konulmuştur. AYM, bu ilkeler doğrultusunda 55.000'den fazla başvuruda makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu ihlal kararlarının öncesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından verilen Ümmühan Kaplan/Türkiye kararı ile makul sürede yargılanma sürecine ilişkin yapısal bir sorun olduğu ve etkili bir başvuru yolu bulunmadığı gerekçesiyle pilot karar uygulanmasına gidilmiştir. Bu kararın akabinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair 6384 sayılı Kanun ile makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla AİHM'e yapılmış başvuruları inceleme yetkisi ve görevi Adalet Bakanlığı Tazminat Komisyonu Başkanlığı'na verilmiştir. İlgili Kanun'un geçici 2. maddesi ile AYM'de bulunan bazı bireysel başvurular hakkında da Komisyona müracaat düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemeler başvuruları ve yapısal sorunun devam etmesi nedeniyle pilot karar uygulamasına gidilmesini önleyememiştir.

Kararın gereği için Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne yapılan çağrı sonucu, 6384 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinde değişiklik yapılmış ve 09.03.2023 tarihi itibarıyla AYM önünde derdest olan başvurulara ilişkin Tazminat Komisyonuna başvuru imkânı getirilmiştir. Ancak 09.03.2023 tarihinden sonra hem yapılacak başvurular hem de AYM'ye başvuru yapılmadan önce müracaat edilmesi bakımından herhangi bir mekanizma öngörülmediğinden, makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiası kapsamındaki başvuruların doğrudan AYM'ye yapılmasına devam edilmiştir.

Keser Altıntaş başvurusunda AYM, makul sürede yargılama yapılmadığı iddiasına ilişkin başvuruları ilk elden incelemeye devam etmesinin, bu aşamadan sonra temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi açısından bir önem taşımadığını belirtmiş ve AYM İçtüzüğü'nün 80.maddesi gereğince makul sürede yargılanma hakkının ihlali id-

diasıyla yapılan başvuruların incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi sebebiyle düşmesine karar vermiştir.

Kamu gücü tarafından temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla yapılabilen bireysel başvurularda incelemenin, başvuru yolunun amacına uygun olarak hak ihlali ortadan kaldırılıncaya kadar devam etmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu çalışmada, kronik bir sorun haline gelen ve alınan tedbirlere rağmen etkili bir çözüm bulunamayan makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddialarına dayanan bireysel başvurular bakımından “başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden olmadığı gerekçesiyle verilen düşme kararı”; bireysel başvurunun amacı, kapsamı ve ilerleyen süreçlerde ortaya çıkarılabileceği olası sorunlar üzerinden ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, Düşme Kararı, Pilot Karar, Etkili İç Hukuk Yolu

EVALUATION OF THE STRIKING-OUT DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN KESER ALTINTAŞ APPLICATION ON THE GROUNDS THAT "THERE IS NO JUSTIFIED REASON TO CONTINUE THE EXAMINATION OF THE APPLICATION"

Abstract

Article 80 of the Internal Regulations of the Constitutional Court stipulates that a striking-out decision can be issued in certain circumstances and at any stage of the proceedings. Pursuant to the relevant article, a striking-out decision can be issued in cases; where applicant explicitly withdraws from the case, it is concluded that the applicant no longer wishes to pursue his application, the violation and its consequences are eliminated, and no justified reason to continue the examination of the application is found due to another justification identified by the Sections or the Commissions. As a matter of fact, the Constitutional Court has issued many striking-out decision in individual applications to date.

In Keser Altıntaş's application, which was filed with the allegation that the right to a trial within a reasonable time was violated, the Court's

striking-out decision on the grounds that "there is no justified reason to continue the examination of the application" has raised various debates. The basis of these arguments is that although the Constitutional Court found a violation of rights, striking-out decision was given.

The objective function of the Constitutional Court in individual application is to ensure the protection and promotion of fundamental rights and freedoms by identifying structural and systemic problems and preventing new violations. In this respect, the basic principles regarding the right to a trial within a reasonable time have been set out in various case laws of the Court in civil, criminal, and administrative cases. In line with these principles, the Constitutional Court has ruled that the right to a trial within a reasonable time has been violated in more than 55,000 applications. Prior to these violation judgments, the European Court of Human Rights (ECtHR) issued a pilot-judgment in Ümmühan Kaplan v. Turkey on the grounds that there was a structural problem with the trial within a reasonable time and that there were no effective remedies. After this decision, with the Law No. 6384 on the Settlement of Some Applications Lodged with the European Court of Human Rights by means of Paying Compensation, the authority and duty to examine the applications filed to the ECtHR with the claim of violation of the right to be tried within a reasonable time was given to the Compensation Commission of the Ministry of Justice. Provisional Article 2 of the Law also regulates the application to the Commission for some individual applications pending before the Constitutional Court. However, these regulations could not prevent further applications and the implementation of pilot-judgments due to the persistence of the structural problem.

As a result of the call made to the Grand National Assembly of Turkey for the execution of the judgment, the provisional Article 2 of Law No. 6384 was amended and as of 09.03.2023, the possibility to apply to the Compensation Commission for the applications pending before the Constitutional Court has been introduced. However, after 09.03.2023, no mechanism was foreseen both for the applications to be made and for

the applications to be made before the application to the Constitutional Court. Therefore, applications within the scope of the alleged violation of the right to be tried within a reasonable time continued to be filed directly to the Constitutional Court.

In Keser Altıntaş application, the Constitutional Court stated that the continuation of the first-hand examination of the applications regarding the alleged violation of the right to a trial within a reasonable time was not important for the protection and development of fundamental rights and freedoms after this stage. Moreover, in accordance with Article 80 of the Internal Regulations of the Court, the Court has given a striking-out decision for the applications alleging violation of the right to a trial within a reasonable time as there is no justified reason to continue the examination of the application.

It is considered that the examination of individual applications, which can be filed with the claim that fundamental rights and freedoms have been violated by the public power, should continue until the violation of rights is eliminated in accordance with the purpose of the individual application. In this study, "the striking-out decision on the grounds that there is no justified reason to continue the examination of the application" given about the individual applications based on allegations of violation of the right to a trial within a reasonable time, which has become a chronic problem and cannot be effectively resolved despite the measures taken, will be discussed with the purpose of the individual application, its scope, and the possible problems it may cause in the future.

Key Words: Constitutional Court, Individual Application, Striking-out Decision, Pilot-Decision, Effective Remedy

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI BAKIMINDAN DERECE MAHKEMELERİ İLE İLİŞKİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Cansu Büşra ÖLMEZ*

Özet

2010 Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruları inceleme yetkisi verilmiştir. Anayasada ve AİHS'de düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlal edildiği gerekçesi ile olağan kanun yollarının tüketilmesinin ardından Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmasını öngören bu usulde Mahkeme ihlal olup olmadığına tespitini yapmaktadır. Mahkeme ihlal kararı vermesi halinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere de hükmetmektedir. Mahkemenin bireysel başvuru süreci ile sahip olduğu bu yetki Anayasa Mahkemesi ile derece mahkemeleri arasında kaçınılmaz bir ilişki ortaya çıkarmıştır. Bu ilişki çoğunlukla Anayasa Mahkemesi kararlarının icrası ve bağlayıcılığı bakımından bazı sorunlara yol açmış ve bu sorun Anayasa Mahkemesi kararlarının daha önceki kalıpların dışına çıkılarak yeni bir bakış açısıyla ele alınması gerekliliğini ortaya koymuştur. Özellikle derece mahkemelerinin Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanmasında sergilediği tavır yargısal düzende sistem içi bir sorun haline gelmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen bir ihlal sonucunda verilebilecek kararlar kimi zaman derece mahkemeleri tarafından kendi görev alanlarına müdahale olarak algılanabilmekte ve Anayasa Mahkemesi kararlarını yerine getirmekten kaçınabilmektedirler. Bu durum ise Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı-

* Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: cansuolmez@selcuk.edu.tr, ORCID:0000-0002-5950-839X.

cılığının sorgulanmasına neden olmaktadır. Anayasa Mahkemesinin kararlarının bağlayıcılığı ve kesin nitelik taşıdığı hukuki düzenlemelerle güvence altına alınmaktadır.

Anayasanın 153. Maddesine göre, Anayasa Mahkemesi kararları kesin olup, kararlar yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlamaktadır. Anayasa Mahkemesinin 6216 sayılı Kuruluş Kanunu 66. maddesine göre, Mahkeme kararlarının kesin olduğu, kararların devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağladığına vurgu yapılmaktadır. Bu düzenlemelerden çıkan önemli bir sonuç çalışmada da ele alınacağı üzere Anayasa Mahkemesi kararlarının yargı organlarını da bağladığıdır. Bu anlamda özellikle tartışmalı hale gelen bağlayıcılık sorununun öncelikle Anayasa Mahkemesinin ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik başvurabileceği usullerin açıkça kanunda hatta Anayasa'da düzenlenmesi ile giderilebileceği mümkünse de aynı zamanda Anayasa Mahkemesi ile derece mahkemeleri arasında öngörülen usulleri yerine getirmek konusunda işbirliğinin sağlanması önemli bir gelişme olarak görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, Kesin Karar, Kararların Bağlayıcılığı, Derece Mahkemeleri

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE CONSTITUTIONAL COURT AND THE COURTS OF FIRST INSTANCE IN TERMS OF THE BINDING FORCE OF THE DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT ON INDIVIDUAL APPLICATION

Abstract

With the 2010 Constitutional amendment, the Constitutional Court was authorised to examine individual applications. In this procedure, which envisages an application to the Constitutional Court upon exhaustion of ordinary legal remedies on the grounds that the fundamental rights and freedoms regulated in the Constitution and the ECHR

have been violated by the public power, the Court determines whether there has been a violation. If the Court finds a violation, it also decides on the actions to be taken to eliminate the violation and its consequences. This authorisation of the Court through the individual application process has created an inevitable relationship between the Constitutional Court and the courts of first instance. This relationship has often led to some problems in terms of the enforcement and binding nature of the decisions of the Constitutional Court, and this problem has revealed the necessity to consider the decisions of the Constitutional Court from a new perspective by going beyond the previous patterns. In particular, the behaviour of the courts of first instance in the implementation of the Constitutional Court judgements has become an intra-system problem in the judicial system. Decisions that may be rendered as a result of a violation detected by the Constitutional Court may sometimes be perceived by the courts of first instance as an interference in their jurisdiction and they may refrain from fulfilling the decisions of the Constitutional Court. This situation causes the binding nature of the Constitutional Court's judgements to be questioned. The binding and final nature of the decisions of the Constitutional Court is guaranteed by legal regulations.

According to Article 153 of the Constitution, the decisions of the Constitutional Court are final and binding on the legislative, executive and judicial organs, administrative authorities, real and legal persons. According to Article 66 of the Law No. 6216 on the Establishment of the Constitutional Court, it is emphasised that the decisions of the Court are final and binding on the legislative, executive and judicial organs of the state, administrative authorities, real and legal persons. An important conclusion that emerges from these regulations is that the decisions of the Constitutional Court are also binding on the judicial organs, as will be discussed in this study. In this sense, it is possible that the problem of bindingness, which has become particularly controversial, can be eliminated by explicitly regulating the procedures that the Constitutional Court can apply to eliminate the violation and its consequences in the law

or even in the Constitution, but at the same time, it is seen as an important development to ensure cooperation between the Constitutional Court and the courts of first instance in fulfilling the prescribed procedures.

Key Words: Constitutional Court, Individual Application, Final Judgement, Binding Decisions, Trial Courts

SÖYLER KARARI MUSA KAYA KARARINA KARŞI: MAHPUSLARIN OY HAKKINDA AŞIL(A)MAYAN EŞİK

Arş. Gör. Dr. Seda ÖZKAN*

Özet

Anayasa'nın "Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları" kenar başlıklı 67'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, vatandaşların seçme hakkına sahip olduğu ve 3'üncü fıkrasında, on sekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşının seçme hakkına sahip olduğu düzenlenmekle birlikte 5'inci fıkrasında, seçme hakkının bazı vatandaşlar yönünden kısıtlandığı da düzenlenmiştir. Seçme hakkı kısıtlanan vatandaşlardan mahpusların durumu ayrıca dikkate değerdir. Çünkü mahpusların oy hakkına ilişkin olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (İHAM) verdiği "Söyler v. Türkiye" kararı ile Anayasa Mahkemesinin (AYM) verdiği "Musa Kaya" kararı birbirinden farklı sonuçlar doğurmaktadır.

"Söyler v. Türkiye" kararına; banka hesabında yeterli bakiye olmaksızın çek keşide etme suçundan hapis cezasına çarptırılmış olan iş insanının ceza infaz kurumunda bulunan bir hükümlü olarak 2007 yılında yapılan genel seçimlerde oy kullanamaması ve 9 Nisan 2009 tarihinde iyi hâlden şartlı tahliyeyle serbest kalmasına karşın ilgili mahkemece hükümlenen ceza süresinin bitişinin 1 Nisan 2012 tarihi olmasına istinaden ilgili mevzuat gereğince 2011 genel seçimlerinde de oy kullanamaması konu olmuştur. Mahkeme başvurusunu haklı görerek İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine (İHAS) ilişik 1 no.lu Protokolün serbest seçim hakkını güvence altına alan 3'üncü maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, Türkiye'deki düzenleme hükümlülerin hangi suç

* Arş. Gör. Dr., Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: sedaozkan@trakya.edu.tr, ORCID:0000-0002-7157-7881.

işlediklerine, ne kadar süreyle hapis cezasına çarptırıldıklarına, hangi koşullara tabi olarak cezalarının infaz edildiğine ve buna benzer ayırt edici ölçütlere bakılmaksızın kategorik olarak tüm hükümlüler yönünden seçme hakkının kullanılmasını ortadan kaldırmaktadır. Mahkeme, Sözleşmenin yaşamsal önemdeki bir hakkına dönük bu denli katı uygulamanın Taraf Devletlerin, hükümlülerin oy kullanma hakkı hususunda karar verirken başvuracağı takdir marjı kapsamında görülmesinin mümkün olmadığını vurgulamaktadır. Mahkeme ayrıca, bu uygulamanın hükümlüleri, şartlı tahliyeden sonra dahi oy kullanma hakkından mahrum bıraktığına dikkat çekmiştir.

“*Musa Kaya*” kararına; Devletin egemenliği altındaki topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya çalışmak suçundan müebbet hapis cezasına çarptırılan başvurucunun 1997 yılından beri oy kullanamaması ve 2015 yılındaki genel seçimlerde de oy kullanamayacak oluşu konu olmuştur. Mahkeme başvurunun konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Mahkeme bunu temellendirirken Anayasa’nın 148’inci maddesinin 3’üncü fıkrasına atıf yaparak Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden İHAS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla AYM’ye başvurulabileceğine dikkat çekmekte ve ölçü normun Anayasa olduğuna işaret etmektedir.

Anlaşılabileceği üzere AYM, Anayasa’nın 90’uncü maddesinin son fıkrasının işletilebilmesini gerektiren bir durum olmadığını ortaya koymakta; başka bir deyişle, kanun-İHAS çatışmasından farklı olarak Anayasa-İHAS çatışmasında İHAS’ı değil Anayasa’yı üstün tutmaktadır. Ayrıca İHAM da, serbest seçim hakkına Taraf Devletlerce getirilebilecek sınırlamaları kategorik olarak 1 no.lu Protokolün 3’üncü maddesinin ihlali olarak görmemektedir. Anayasa’daki düzenlemenin temel sorunu, İHAM’ın da belirttiği üzere, herhangi bir ayırım gözetilmeksizin hükümlüler aleyhine aşırı biçimde geniş bir yasağın uygulanmasına neden oluyor oluşudur. Bu da, yorumdan ziyade Anayasa değişikliğiyle aşılabılır bir eşiğin mevcut olduğunu göstermektedir. Ancak AYM’nin anayasa

şikâyetinde Anayasa'yı üstün tutma tutumunun tutarlı bir seyir izlediği de göz önüne alınmalıdır. Nitekim seçme ve seçilme hakkı bakımından Anayasa daha geniş kapsamlı bir koruma alanı sunmasına karşın İHAS'ın sunduğu daha dar kapsamlı koruma alanı AYM tarafından tercih edildiğinden yerel seçimlere ilişkin başvuruların konu bakımından yetkisizlikle sonuçlandırıldığı da kaydedilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Seçme Hakkı, Genel Seçim, Hapis Cezası, Hükümlü, Takdir Marjı

THE DECISION OF SOYLER V. THE DECISION OF MUSA KAYA: THE IMPENETRABLE THRESHOLD FOR PRISONERS' RIGHT TO VOTE

Abstract

In the 1st paragraph of the 67th article of the Constitution, titled "*Right to vote, to be elected and to engage in political activity*", it is regulated that citizens have the right to vote, and in the 3rd paragraph, it is regulated that all Turkish citizens over eighteen years of age shall have the right to vote. Among citizens whose right to vote is restricted, the situation of prisoners is also noteworthy. Because, regarding the right to vote of prisoners, "*the decision of Söyler v. Türkiye*" held by the the European Court of Human Rights (ECHR/ECtHR) and "*the decision of Musa Kaya*" held by the Constitutional Court of the Republic of Turkey (AYM) have different results.

In "*the decision of Söyler v. Türkiye*"; the businessman, who was sentenced to prison for the crime of drawing a check without sufficient balance in his bank account, could not vote in the general elections held in 2007 as a convict in a penal institution and was released on parole for good behavior on 9 April 2009, the due to end of the sentence imposed by the relevant court was 1 April 2012, he was not able to vote in the 2011 general elections in accordance with the relevant legislation. The Court emphasizes that the application such a harsh measure on vitally important

Convention right cannot be considered within the margin of appreciation to which the State Parties will apply when deciding for convicted prisoners' right to vote.

In "*the decision of Musa Kaya*"; was the fact that the applicant, who was sentenced to life imprisonment for trying to separate some of the lands under the sovereignty of the State from the State administration, could not vote since 1997 and could not vote in the general elections in 2015. The Constitutional Court ruled that the application was inadmissible for lack of jurisdiction *ratione materiae*. The Constitutional Court refers to the 3rd paragraph of Article 148 of the Constitution and draws attention to the fact that may apply to the Constitutional Court on the grounds that one of the fundamental rights and freedoms within the scope of ECHR which are guaranteed by the Constitution has been violated by public authorities and says that reference norm is the Constitution.

As can be understood, the Constitutional Court reveals that there is no situation requiring the application of the last paragraph of Article 90 of the Constitution. In other words, the Constitutional Court, unlike conflict of the code and the ECHR, prioritizes the Constitution, not the ECHR in conflict of the Constitution and the ECHR. As a matter of fact, although the Constitution offers a more comprehensive protection area for the right to vote and be elected, it should be noted that applications regarding local elections were inadmissible for lack of jurisdiction *ratione materiae*.

Key Words: Right to Vote, General Election, Imprisonment, Convicted Prisoner, The Margin of Appreciation

ANAYASA MAHKEMESİNİN KARARLARINDA KANUNDA AÇIKÇA DÜZENLENEN KONULARDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN ÇIKARILAMAYACAĞI YASAĞI

Arş. Gör. Erdoğan KESKİN*

Özet

Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasının 4. cümlesine göre kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkarılamayacağı kurala bağlanmıştır. Bu, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi için konu bakımından bir yasak oluşturmaktadır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının çıkaracağı kararnamelerin bu kurala uygun olması gerekir. Diğer yandan bir kararnamenin Anayasaya uygunluğunun Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi durumunda da aynı hüküm Mahkeme için ölçü norm haline gelmektedir. Mahkeme, kararnamenin bu yasağa uygun olup olmadığını esas denetimi sırasında “konu bakımından yetki yönünden” incelemektedir.

Yasama organının iradesine üstünlük sağlayan yasak, ilk bakışta açık gibi durmaktadır. Ancak hüküm oldukça belirsizdir ve bu belirsizlik beraberinde çeşitli soruları da akla getirmektedir. Örneğin açıkça düzenlenen bir konu, ‘ayrıntılı düzenlenmiş konuyu mu ifade ediyor yoksa burada “açıkça” ifadesinin anlamı kuralın açık-anlaşılabılır olması mıdır’ meseleleri tartışmaya açıktır.

İlk olarak, açıkça düzenlenen konunun ayrıntılı düzenlenen konu anlamına gelmesi başka sorunları beraberinde getirecektir. Çünkü doğası

* Arş. Gör., Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: erdogan.keskin@erzincan.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4718-4655.

gereği tüm ayrıntılara kanunda yer verilemez. Bu gibi durumlarda kanunun koyucu, bazı teknik detayları düzenleyici idari işlemlere bırakmaktır. Böyle bir kuralın olduğu durumda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkarılıp çıkarılmayacağı belirsizdir.

İkinci olarak, hükmün yazımında tercih edilen “açıkça” kelimesinin neyi ifade ettiğidir. Açıkça ile kastedilenin kuralın ayrıntılı olması değil, hukuki belirlilik anlamında açık ve anlaşılır olması olduğu düşünülebilir. Bu ise başka sorunları beraberinde getirecektir. Nitekim Cumhurbaşkanının kanunların muğlaklığını belirleme ve açık olmayan kanun nedeniyle ortaya çıkan hukuki belirsizliği giderme yetkisine sahip olduğu düşünülebilir.

Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkarılmayacağı yasağına dair belirsizliklere bağlı olarak Anayasa Mahkemesi, konuya ilişkin bazı ölçütler geliştirmiştir. Mahkeme, Anayasa hükmü gereği Cumhurbaşkanlığı kararnamesini denetlerken kararnamenin “kanunda açıkça düzenlenen konularda” çıkarılıp çıkarılmadığını belirlemek için karşılaştırmaya esas teşkil edecek ve daha önce kabul edilmiş bir kanun hükmünün bulunup bulunmadığını araştırmaktadır. Eğer, bu niteliği haiz bir kanun olduğu tespit edilirse ilk olarak kanunun düzenlendiği konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde düzenlenen konuyla aynı olup olmadığına karar verilmesi gerekir. Konunun aynı olduğuna karar verilirse, kanunda açıkça düzenlenen bir konu olup olmadığının da belirlenmesi gerekir.

Mahkeme, kanunda açıkça düzenlenen bir konu olduğuna karar vermesi halinde ise kararnameyi iptal etmelidir. Nitekim bu kıstaslara göre Mahkeme, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasının 4. cümlesi gereğince kanunda açıkça düzenlenen konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini iptal etmiştir. Biz de bu çalışmada yasağın yol açtığı çeşitli belirsizlikleri, Anayasa Mahkemesinin norm denetimi kararlarında uyguladığı kıstasları ve bu kıstaslar çerçevesinde yasağın kapsamını tespit etmeye odaklanacağız.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Anayasaya Uygunluk Denetimi, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Denetimi, Kanunda Açıkça Düzenlenen Konular

IN THE CONSTITUTIONAL COURT'S DECISIONS, THE PROHIBITION OF THE ISSUANCE OF PRESIDENTIAL DECREES ON SUBJECTS EXPLICITLY REGULATED IN LAWS

Abstract

According to the 4th sentence of the 17th paragraph of Article 104 of the Constitution, it is stipulated that a Presidential decree cannot be issued on subjects explicitly regulated by law. This constitutes a subject-matter prohibition for a Presidential decree. Therefore, the decrees issued by the President must comply with this rule. On the other hand, if the Constitutional Court reviews the constitutionality of a decree issued, the same provision becomes the standard norm for the Court. The court examines whether the decrees comply with this prohibition or not "in terms of jurisdiction regarding the subject matter" during its substantive review.

The prohibition, which gives priority to the will of the legislature, seems *prima facie* obvious. However, this provision is quite vague, and this vagueness recalls various questions. For example, whether an explicitly regulated subject refers to a subject regulated in detail, or whether the expression "explicitly" means that the rule is clear and understandable is open to debate.

First, if the explicitly regulated subject means a detailed regulated subject, this will bring about other problems. Because due to its nature, not all details can be included in the law. In such cases, the legislator leaves some technical details to regulatory administrative procedures. It is vague whether a Presidential decree can be issued in cases where such a rule is fulfilled.

Secondly, what the word "explicitly" used in writing the provision means. It can be thought that what is meant by "explicitly" is not that the rule is detailed, but that it is clear and understandable in the sense of legal certainty. This will bring other problems. It can be thought that the President has the authority to determine that the laws are not clear and to eliminate the legal uncertainty that arises due to the vague law.

Due to the uncertainties regarding the prohibition against issuing a Presidential decree on matters explicitly regulated in the law, the Constitutional Court has developed some criteria on the subject. When reviewing the Presidential decree, under the Constitutional provision, the Court investigates whether there is a previously accepted provision of law that will serve as a basis for comparison to determine whether the decree has been issued on "subjects explicitly regulated by law". If it is determined that there is a law of this nature, it must first be decided whether the subject regulated by the law is the same as the subject regulated in the Presidential decree. If it is decided that the subject is the same, it must also be determined whether it is a subject explicitly regulated by the law.

If the court decides that the issue is explicitly regulated by law, it must nullify the decree. Already, according to these criteria, the Court nullified the Presidential decrees issued on matters explicitly regulated in the law, under the 4th sentence of the 17th paragraph of Article 104 of the Constitution. In this study, we will focus on determining the various uncertainties caused by the prohibition, the criteria applied by the Constitutional Court in its norm review decisions, and the scope of the prohibition within the framework of these criteria.

Key Words: The Constitutional Court, The constitutionality Control, Presidential Decrees, Jurisdictional Review of Presidential Decrees, Subjects Explicitly Regulated by Law

ULUSLARARASI HUKUK BAĞLAMINDA ACİZ DEVLET DOKTRİNİ UYGULAMASI: FİLİSTİN'DE MEŞRU MÜDAFAA HAKKI SORUNU

Doç. Dr. Mehmet GÜNEŞ*
Uz. Gülnur BALCI**

Özet

7 Ekim 2023 sabahında Filistin'deki Hamas silahlı güçlerinin İsrail'e karşı başlattığı "Aksa Tufanı operasyonu" sonrasında İsrail'in "meşru müdafaa hakkı" iddiasıyla Gazze'ye yönelik başlattığı ve binlerce kişinin ölümüne yol açan saldırıları halen devam etmektedir. İsrail devletinin birçoğu çocuk, kadın ve yaşlılardan oluşan sivil halkın yok edilmesine dönüşen bu saldırılarına gerekçe olarak Filistin'de bulunan ve devlet gücü olarak değil devlet dışı silahlı bir aktör olarak gördüğü "Hamas" örgütünün gerçekleştirdiği silahlı saldırıları gerekçe göstermektedir. Buna göre devlet dışı silahlı örgütlerin saldırılarına maruz kalan devletin uluslararası hukuk bağlamında meşru müdafaa hakkının olduğunu, Hamas'a izin vermemesi gereken Filistin devletinin "isteksiz veya aciz devlet doktrini" kapsamında yetersiz kaldığı için İsrail'in kendi güvenliği için her türlü tedbiri almaya yetkili olduğu ileri sürülmektedir.

İsrail tarafından Filistin'deki olaylara ilişkin daha önceleri de benzer şekilde kendisini Uluslararası Hukuk bağlamında meşru müdafaa hakkına sahip olduğunu ileri süren görüşleri dile getirdiği bilinmektedir. Ancak konuya ilişkin Uluslararası Adalet Divanı'nın farklı kararları bulunmaktadır. Örneğin 2004 tarihli İşgal Altındaki Filistin Ülkesinde Duvar İnşasının Hukuki Sonuçlarına İlişkin Danışma Görüşünde Divan, İs-

* Doç. Dr., Türkiye, e-posta: dr.megunes@gmail.com, ORCID: 0000-0003-3285-3043.

** Uzman, Türkiye, e-posta: gbalci1173@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-0815-1332.

rail'in işgal altındaki Filistin topraklarından kendi ülkesine yönelik gerçekleştirilen saldırıları önlemek amacıyla duvar inşa etme eylemi bakımından bu durumun uluslararası hukukta meşru müdafaa hakkının düzenlendiği BM Şartı'nın 51.maddesi ile ilgili olmadığı sonucuna varmıştır.

Toprakları BM Güvenlik Konseyi'nin, Kasım 1967'de aldığı 242 sayılı kararla işgal edildiği bilinen Filistin'i ayrıca bir devlet olarak da tanımayan İsrail'in bu ülkeyi kendisine yönelik saldırıları önlemede "isteksiz veya aciz devlet" diye kabul ederek meşru müdafaa hakkını bu tez üzerine inşa etmesinin uluslararası hukuk açısından irdelenmesi gerekmektedir. İsrail'in Filistin'deki yıllardır devam haksız işgalini gelecekteki ülkesine yönelik bu topraklardan gerçekleşmesi muhtemel silahlı saldırıları önlemek adına gerekli diye gösterirken diğer yandan haksız işgale karşı çıkan silahlı güçlerin eylemlerini ise kendisine yönelik tehdidi önlemede "isteksiz veya aciz devlet" diye tanımladığı Filistin devletini sorumlu göstererek kabul ettirme çabası birçok hukuka aykırılık içermektedir.

Bu çalışmada İsrail'in Filistin devletine karşı uyguladığı sürekli saldırılarını "isteksiz veya aciz devlet" doktrini üzerinden açıklamasının Uluslararası hukuk bağlamındaki sorunları ve eksiklikleri ortaya konulacak ve İsrail'in düzenlediği Gazze saldırıları ile uluslararası hukuktaki eylemlerinin karşılığı çeşitli argümanlarla açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Aciz Devlet Doktrini, Filistin, İsrail, Meşru Müdafaa Hakkı, Kuvvet Kullanma Yasası

APPLICATION OF THE UNWILLING-UNABLE STATE DOCTRINE IN CONTEXT OF INTERNATIONAL LAW: RIGHT OF SELF DEFENSE PROBLEM IN PALESTINE

Abstract

On the morning of October 7, 2023, following the "Operation Aqsa Flood" launched by the Hamas armed forces in Palestine against Israel,

Israel launched attacks on Gaza under the claim of "right of self-defense", which led to the deaths of thousands of people. The state of Israel justifies these attacks, which have resulted in the destruction of the civilian population, many of whom are children, women and the elderly, with the armed attacks carried out by the " Hamas " organization in Palestine, which it considers as a non-state armed actor rather than a state power. Accordingly, it is argued that the state subjected to attacks by non-state armed organizations has the right to self-defense in the context of international law, and that Israel is entitled to take all kinds of measures for its own security because the Palestinian state, which should not have allowed Hamas, is incapable within the scope of the "doctrine of unwilling or incapable state".

It is known that Israel has previously expressed similar views regarding the events in Palestine, claiming that it has the right to self-defense under International Law. However, there are different decisions of the International Court of Justice on the subject. For example, in its 2004 Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, the Court concluded that Israel's action of building a wall to prevent attacks on its territory from the occupied Palestinian territories is not related to Article 51 of the UN Charter, which regulates the right to self-defense under international law.

The fact that Israel, which does not recognize Palestine, whose territory was occupied by the UN Security Council Resolution 242 in November 1967, as a state, considers this country as a "state unwilling or unable" to prevent attacks against it and builds its right to self-defense on this thesis needs to be examined in terms of international law. Israel's attempt to justify its unjust occupation of Palestine, which has been going on for years, as necessary to prevent possible armed attacks against its country from these territories in the future, while on the other hand, the actions of the armed forces opposing the unjust occupation are blamed on the Palestinian state, which it defines as an "unwilling or inca-

pable state" to prevent the threat against it, involves many violations of law.

In this study, the problems and shortcomings of Israel's explanation of its continuous attacks against the Palestinian state through the doctrine of "unwilling or incapable state" in the context of international law will be revealed, and the Gaza attacks organized by Israel and its actions in international law will be explained with various arguments.

Key Words: Unwilling or Unable State Doctrine, Palestine, Israel, Right of Self Defense, Prohibition Use of Force

ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN GAZZE ŞERİDİ'NDE 1948 SOYKIRIM SUÇUNUN ÖNLENMESİ VE CEZALANDIRILMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞME'NİN UYGULANMASI BAŞVURUSUNUN ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN OLASI SONUÇLARI VE ETKİLERİ

Dr. Öğr. Üyesi Tacettin ÇALIK*

Özet

Filistin direniş grubu Hamas'ın silahlı kanadı El Kassam Tugayları tarafından 7 Ekim 2023 tarihinde başlatılan Aksa Tufanı operasyonuna karşılık olarak İsrail tarafından başlatılan Demir Kılıçlar Operasyonu kapsamında İsrail Gazze Şeridi'ne yönelik saldırılara hala devam etmektedir. İsrail tarafından Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın 51. maddesi kapsamında yürütüldüğü iddia edilen Demir Kılıçlar Operasyonu, çok ağır insani felakete yol açmıştır. İsrail tarafından BM İnsan Hakları Raporörleri'nin de ifade ettiği üzere insanlığa karşı suç, savaş suçları ve soykırım suçu gibi çok ağır suçlar işlenmektedir. İsrail'in Gazze'deki uygulamalarını Güney Afrika'daki eski apartheid uygulamalarına benzetilen Güney Afrika, Filistin'e tam destek vererek İsrail ile ilişkileri askıya almış ve ülkesindeki İsrail Büyükelçiliği'ni kapatmıştır.

Güney Afrika, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'ye taraf olmanın getirdiği "soykırımın önlenmesi ve cezalandırılması" yükümlülüğüne uygun olarak Sözleşme'ye taraf olan İsrail'in Gazze Şeridi'nde gerçekleştirdiği eylemlerin derhal durdurulmasını da içeren geçici tedbir talepleri ile İsrail aleyhine "soykırım" suçlamasıyla 29 Aralık 2023 tarihinde Uluslararası Adalet Divanı'na bir baş-

* Dr. Öğr. Üyesi, Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Ana-bilim Dalı, Türkiye, e-posta: tcalik@pau.edu.tr, ORCID:0000-0001-7096-9851.

vuru yapmıştır. Bu başvuruda Güney Afrika, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'ye taraf bir Devlet olarak, Mahkeme'den, son derece acil bir konu olarak, Mahkeme'nin esasa ilişkin bu davayı karara bağlamasını beklerken, Soykırım Sözleşmesi tarafından korunan bir grup olarak Filistin halkına yönelik kısaca şu hususlarda geçici tedbirler alınmasını da talep etmiştir: İsrail'in Gazze'ye yönelik askeri operasyonlarını derhal askıya alması; İsrail'in Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerine uygun olarak Filistin halkına karşı soykırımı önlemek için yetkileri dahilindeki tüm makul önlemleri alması; İsrail'in Soykırım Sözleşmesi'nde tanımlanan ve soykırım suçunu oluşturan eylemleri işlemekten kaçınması; İsrail'in Gazze halkının zorla yerinden edilmesini önlemesi; İsrail'in yakıt, barınma, kıyafet, hijyen malzemeleri, tıbbi malzemeler de dahil olmak üzere insani yardıma erişimin sağlanması konusunda gerekli tedbirleri alması; İsrail'in soykırım teşkil edecek eylem iddialarına ilişkin delillerin imhasını önlemek ve muhafazasını sağlamak için etkili önlemler alması; bu amaçla, İsrail Devleti'nin söz konusu delillerin korunması ve muhafaza edilmesine yardımcı olmak amacıyla bilgi toplama heyetlerinin, uluslararası yetkililerin ve diğer kuruluşların Gazze'ye erişimini reddedecek veya başka bir şekilde kısıtlayacak şekilde hareket etmemesi; İsrail'in Mahkeme önündeki uyuşmazlığı ağırlaştıracak, uzatacak veya çözümünü zorlaştıracak hiçbir eylemde bulunmaması. 11-12 Ocak 2024 tarihlerinde yapılan duruşmalarda taraflar iddia ve savunmalarını ortaya koymuştur. Mahkeme'nin en kısa süre içerisinde geçici tedbir talebine ilişkin kararını uluslararası toplumunda baskısı nedeniyle Filistin lehine vermesi beklenmektedir. Birleşmiş Milletler'in temel yargı organı niteliğini taşıyan Mahkeme'nin verdiği kararlar kural olarak uyuşmazlığın tarafı devletler açısından bağlayıcıdır. Birleşmiş Milletler Şartı'nın 94. maddesi, bir davanın taraflarından birinin Divan'ın kararına uymaması halinde, diğer tarafın Güvenlik Konseyi'ne başvurabileceğini belirtmektedir. Fakat Güvenlik Konseyi'nin bu konuda alacağı kararlarda daimî üyelerin veto yetkisinin bulunması, Divan kararlarının uygulanması işlevsiz kılacak durumlardan birisidir. Her ne kadar Divan'ın vereceği geçici tedbir ka-

rarlarının uygulanabilirliği konusunda tereddütler olsa da Divan'ın İsrail'in saldırıları askıya alması yönünde vereceği kararlar, İsrail'in destekçisi olan devletlerin geri adım atmasına ve İsrail'in yalnızlaşmasına yol açacaktır. Bu çalışmada Divan'ın vereceği olası geçici tedbir kararlarının sonuçları ve etkileri ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Adalet Divanı Geçici Tedbir Kararı, 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme, Aksa Tufanı Operasyonu, Demir Kılıçlar Operasyonu, Hamas-İsrail Savaşı

POSSIBLE CONSEQUENCES AND IMPLICATIONS OF THE APPLICATION OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE TO THE 1948 CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE IN THE GAZA STRIP IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW

Abstract

Within the scope of Operation Iron Swords, which was launched by Israel in response to the Al-Aqsa Flood operation launched on 7 October 2023 by the Al-Qassam Brigades, the armed wing of the Palestinian resistance group Hamas, Israel continues to attack the Gaza Strip. Operation Iron Swords, allegedly conducted by Israel under Article 51 of the United Nations Charter, has caused a humanitarian catastrophe. As stated by the UN Human Rights Rapporteurs, Israel is committing grave crimes such as crimes against humanity, war crimes and genocide. South Africa, which likened Israel's practices in Gaza to the former apartheid practices in South Africa, suspended relations with Israel and closed the Israeli Embassy in its country by giving full support to Palestine.

On 29 December 2023, South Africa filed an application with the International Court of Justice against Israel on charges of "genocide", requesting provisional measures, including the immediate cessation of Israel's actions in the Gaza Strip, in accordance with its obligation to

"prevent and punish genocide" as a party to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. In this application, South Africa, as a State party to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, requested the Court, as a matter of the utmost urgency, while awaiting the Court's determination of this case on the merits, to take provisional measures against the Palestinian people as a group protected by the Genocide Convention, namely: Israel to immediately suspend its military operations against Gaza; Israel to take all reasonable measures within its powers to prevent genocide against the Palestinian people in accordance with its obligations under the Genocide Convention; Israel to refrain from committing acts that constitute the crime of genocide as defined in the Genocide Convention; Israel to prevent the forced displacement of the people of Gaza; Israel to take the necessary measures to ensure access to humanitarian aid, including fuel, shelter, clothing, hygiene items, medical supplies; Israel to take effective measures to prevent the destruction and preserve evidence of alleged acts constituting genocide; to this end, the State of Israel should not act to deny or otherwise restrict access to Gaza to fact-finding missions, international authorities and other organisations to assist in the preservation and conservation of such evidence; Israel shall not take any action that would aggravate, prolong or complicate the settlement of the dispute before the Court. During the hearings held on 11-12 January 2024, the parties presented their claims and defences. It is expected that the Court will issue its decision on the request for interim measures in favour of Palestine as soon as possible due to the pressure from the international community. The decisions of the Court, which is the main judicial organ of the United Nations, are binding on the States parties to the dispute. Article 94 of the Charter of the United Nations provides that if a party to a case fails to comply with a decision of the Court, the other party may appeal to the Security Council. However, the veto power of the permanent members in the decisions to be taken by the Security Council on this issue is one of the situations that will render the implementation of the Court's decisions dysfunctional. Although there are doubts

about the enforceability of the Court's interim measures, the Court's decision to order Israel to suspend the attacks will lead to the withdrawal of Israel's supporters and the isolation of Israel. In this study, the consequences and effects of the Court's possible interim measures will be analysed.

Key Words: International Court of Justice Interim Measures, 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Operation Aqsa Flood, Operation Iron Swords, Hamas-Israel War

ULUSLARARASI ADALET DİVANI ÖNÜNDEKİ SON DAVALAR VE ULUSLARARASI HUKUKTA *ACTIO POPULARIS*

Dr. Öğr. Üyesi Gülsüm KAYA*

Özet

Uluslararası bir yargı yerinin önüne bir iddiayı taşımaya ilişkin temel gereklilikler, uluslararası yargının sınırlı doğasına uygun olarak tanımlanmıştır. Özellikle Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü uyuşmazlığın taraflarını, mahkemenin yargı yetkisini ve ileri sürülebilecek sorunun içeriğini belirlemiştir. Öte yandan uluslararası uyuşmazlıkların konu yönünden çeşitliliğiyle uluslararası yargının sınırlılığı ortak değerlerin korunmasına yönelik iddiaların ileri sürülebilmesi için yeni yollar yaratma eğilimini ortaya çıkarır.

UAD 1966 Güney Batı Afrika Kararı'nda "kamu yararını savunmak için dava açmanın veya *actio popularis*"in "uluslararası hukuka yabancı" olduğunu belirtmiştir. Yine Divan 1995 Doğu Timor Kararı'nda uyuşmazlığa konu "normun *erga omnes* niteliği" ile "yargı yetkisini kabul"ün farklı hususlar olduğunu ileri sürmüştür. Divan, öğretide emredici normlar ve *erga omnes* yükümlülüklerle ifade edildiği kabul gören ortak değerlere ilişkin davalarda, taraf ehliyetine dair kurallarından vazgeçmiş değildir. Ancak bugün Divan önündeki kimi davalar, uluslararası alanda *actio popularis*in kabul edildiğinin bir kanıtı olarak görülmektedir. Eldeki çalışma, bu iddianın geçerliliğini değerlendirmeyi amaçlamaktadır.

İlk olarak, kamu/topluluk yararının tarif edilmesi ve bunun uluslararası hukuktaki yeri son derece önemlidir. Uluslararası hukukta topluluk

* Dr. Öğr. Üyesi, Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: kaya.gulsum@gmail.com, ORCID: 0000-0003-3901-0540.

yararı kavramını tanımlamanın zorluğuna rağmen insanlığın ortak değerlerini koruyan emredici normlar veya *erga omnes* yükümlülükler bağlamında kullanıldığı bilinmektedir. Öğretide ileri sürüldüğü üzere kamu yararı uyuşmazlığı, normun içeriğinden veya hukuk kuralının normatif değerinden kaynaklanabilecektir. Çalışmada bu ortak değerlerin kamu yararına ilişkin uyuşmazlıkları ileri sürmeye imkân doğurup doğurmadığı incelenecektir. İkinci olarak bugün UAD'nin taraf ehliyeti veya yargı yetkisine ilişkin kurallarını uyuşmazlığın normatif esasına göre değiştirip değiştirmedığı değerlendirilecektir. Bilindiği zere Divanın standart ltleri ve usulü bulunmaktadır ve bunlar emredici normların ihlali iddiaları veya iki taraflı bağlayıcılığı bulunan kuralların ihlali ynlelerinden aynıdır. Devamında ise sonuç olarak, Divan'ın ortak değerlere ilişkin yakın dönem davalardaki değerlendirmeleri tahlil edilmeye çalışılacaktır. Böylece kamu yararına ilişkin uyuşmazlık kavramı ve onun uluslararası hukukun temel özellikleriyle uyumluluğu hakkında ortaya ıkan sorular isabetli bir biçimde sınanabilecektir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Adalet Divanı, Actio Popularis, Ortak Yarar, Ortak Değerler, Kamu Yararına İlişkin Uyuşmazlık

RECENT CASES AT THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AND *ACTIO POPULARIS* IN INTERNATIONAL LAW

Abstract

Fundamental necessities to bring a claim to an international court are well-defined which is in line with the limited nature of international adjudication. Especially in the Statute of the International Court of Justice (ICJ), the parties of a dispute, jurisdiction of the court and the content of the matter has been determined. On the other hand the diversity of international disputes in matter and the limited nature of international adjudication creates a tendency to break new paths which crystallised in bringing claims to protect common values.

The ICJ in 1966 South West Africa Case has mentioned about “taking legal action to vindicate public interest or *actio popularis*” that, that “is not known to international law”. Also in 1995 East Timor Case ICJ had detached “the *erga omnes* character of the norm” which constitutes the matter and “the rule of consent to jurisdiction”. The court had not been renounced its rules of standing in cases about common values, which are mainly accepted as doctrinally expressed with *jus cogens* norms and *erga omnes* obligations. However today certain recent cases at the court seen as the evidence of the acceptance of *actio popularis* in international law. This paper intends to consider the validity of this idea.

First of all, the description of public/community interest and its place in international law are at utmost importance. Despite the challenge of defining community interest in international law it is used especially in terms of *jus cogens* norms or *erga omnes* obligations which are protecting common values of humankind. As asserted in the doctrine, public interest litigation could be derived both from the content of the norm and the normative value of the rule. This paper’s aim is to analyse whether the common values of international law produce “public interest” litigation. Second aim is to understand whether today ICJ change its rules of standing or jurisdiction according to the normative substance of the dispute in hand. As known ICJ has standard criterias and procedure for cases and they are the same for claims about breaches of *jus cogens* norms or bilaterally binding rules. Afterwards as a finale, the court’s evaluation in recent common value cases will be illustrated. By this way the questions emerging on the concept of public interest litigation and its compatibility with the basic features of international law would be assessed properly.

Key Words: International Court of Justice, *Actio Popularis*, Common Interest, Common Values, Public Interest Litigation

BİR SELF-HELP YOLU OLARAK KARŞI ÖNLEMLER VE BU ÖNLEMLERDEN ETKİLENMEYECEK YÜKÜMLÜLÜKLER

Arş. Gör. Ayla KAYA ÇALIŞKAN*

Özet

Uluslararası hukukta, haksız bir fiil sebebiyle mağdur olan devletin haklarına kavuşmak için başvurabileceği zorunlu bir yargı organı ve bu organın kararlarının yerine getirmesini sağlayan bir icra mekanizması bulunmamaktadır. Bu durumda mağdur devlet, hukukun uygulanmasını kendi başına üstlenmekte, araya başka bir otorite girmeden bireysel olarak çeşitli zorlama yollarına başvurabilmektedir. Böyle bir zorunlu icra mekanizması yokluğunda, mağdur devletin *self-help* olarak adlandırılan bu zorlama yollarına başvurarak meşru menfaatini kendi adına ve hesabına korumayı üstlenmesi hukuka uygun kabul edilmektedir. Uluslararası hukukta izin verilen *self-help* yollarından biri de karşı önlemler olarak kabul edilmektedir.

Karşı önlemler; uluslararası haksız fiilden mağdur olan devletin, haksız fiilden sorumlu devlete karşı, bu devleti uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmeye yöneltmek için aldığı önlemlerdir. Bu önlemler, mağdur devletin haksız fiil sahibi devlete borçlu olduğu bir uluslararası yükümlülüğü yerine getirmemesi şeklinde uygulanmakta ve özünde hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Karşı önlemler, mağdur devletin haksız fiilin varlığına ilişkin yaptığı bireysel değerlendirmeye dayanılarak tek taraflı alınmaları nedeniyle istismara açıktır. Bu tehlikeyi engel-

* Arş. Gör., İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: ayla.kaya@izmirekonomi.edu.tr, ORCID:0000-0002-7612-4566.

lemek için Uluslararası Hukuk Komisyonu'nca 2001 yılında kabul edilen "Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerinden Doğan Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Metni'nde (ARSIWA) karşı önlemlere başvuru maddi ve usuli olmak üzere sıkı koşullara bağlanmıştır.

Karşı önlemlere başvururken yerine getirilmesi gereken maddi koşullardan biri de belirli yükümlülüklerin uygulanmasına devam edilerek, bu yükümlülüklerin ihlaline yol açacak nitelikte önlemlerin alınmamasıdır. Mağdur devletin sorumlu devlete yönelik bu yükümlülüklerini karşı önlem yoluyla yerine getirmekten kaçınması mümkün değildir. Uluslararası hukukta devletlere, karşı önlem olarak hangi yükümlülükleri yerine getirmeyeceklerini belirleme konusunda esneklik tanınmış olsa da, bu esneklik devlete mutlak ve sınırsız bir hak sağlamamaktadır. Uluslararası düzenin ve insanlığa saygının korunmasına yönelik kaygılar, bir devletin karşı önlem yoluyla ifasını meşru bir şekilde askıya alabileceği yükümlülükler yelpazesine bir sınırlama getirilmesini gerektirmektedir. Nitekim aynı kaygılarla, ARSIWA'nın "karşı-önlemlerden etkilenemeyecek yükümlülükler" başlıklı 50. maddesinde karşı önlem ile yerine getirilmesinden kaçınılamayacak yükümlülükler düzenlenmiştir. Ancak uluslararası hukukta yaşanan güncel gelişmeler, karşı önlem olarak yerine getirilmesinden kaçınılamayacak bu yükümlülüklerin kapsamına ve sınırlarına ilişkin çeşitli tartışmaların ortaya çıkmasına ve bu hususta yeni önerilerin yapılmasına yol açmıştır.

Bu çalışmada ilk olarak, mağdur devletin hakkına kavuşmak için başvurduğu *self-help* yollarından biri olan karşı önlemler genel itibarıyla açıklanacak, ardından da karşı önlemlerden etkilenmeyen, yerine getirilmesinden kaçınılamayacak yükümlülüklerin kapsamı, koşulları ve sınırları hem devlet uygulamaları hem de uluslararası mahkeme ve hakem kararlarından da yararlanmak suretiyle tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Self-help Yolları, Karşı Önlemler, ARSIWA, Karşı Önlemlerden Etkilenemeyecek Yükümlülükler, Yasaklanmış Karşı Önlemler

COUNTERMEASURES AS A MEANS OF SELF-HELP AND OBLIGATIONS NOT AFFECTED BY THESE MEASURES

Abstract

In international law, no compulsory judicial body exists to which a state injured by a wrongful act can resort in order to obtain its rights, and neither is there any enforcement mechanism to ensure the fulfilment of the decisions of such a body. In this case, the injured state undertakes the enforcement of the law on its own, and may resort to various means of coercion individually, without the involvement of any other authority. In the absence of such a compulsory international enforcement mechanism, it is considered lawful for the injured state to resort to these means of coercion, also known as self-help, and undertake to protect its legitimate interest in its own name and on its own account. One of the legal means of self-help under international law is countermeasures.

Countermeasures are measures taken by the injured state by an internationally wrongful act against the responsible state for the wrongful act in order to induce it to comply with its international obligations. These measures are applied in the form of the non-performance by the injured state to comply with an international obligation owed to the responsible state for the wrongful act, and they are unlawful in nature. Countermeasures are taken unilaterally after the injured state's individualized assessment of the occurrence of the wrongful act, and so are open to abuse. To prevent this threat, strict substantive and procedural conditions for the resort to countermeasures are provided for by Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA), adopted by the International Law Commission in 2001.

One of the required material conditions when resorting to countermeasures is to continue to perform certain obligations and avoid measures leading to the violation of these. It is not permitted for the injured state to neglect these obligations towards the responsible state through countermeasures. Although international law allows states flexibility in determining which obligations they may choose not to perform as a coun-

termeasure, this flexibility does not permit an absolute and unlimited right. Concerns for the safeguarding of international order and respect for humanity necessitate a limitation on the scope of obligations, which a state may legitimately suspend resorting to countermeasures. Thus, Article 50 of ARSIWA, entitled “obligations not affected by countermeasures”, provides for obligations that cannot be suspended under such conditions. However, current international law debates focus on the scope and limits of these obligations as pertaining to countermeasures, and new suggestions have been made in this regard.

In this study, firstly, countermeasures, a key means of self-help used by the injured state to obtain its rights, will be explained in general terms. Following this, there will be a discussion of the scope, conditions and limits of the obligations that are not affected by the countermeasures, which are exempt from suspension, with reference to both state practices and international court and arbitral awards.

Key Words: Self-help Means, Countermeasures, ARSIWA, Obligations not Affected by Countermeasures, Prohibited Countermeasures

“İNFAZ ENGELİ” OLARAK YASAMA DOKUNULMAZLIĞI (ANAYASA m. 83/3)

Dr. Öğr. Üyesi Özgün ÖZYÜKSEL*

Özet

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın (Anayasa'nın) -hatalı olarak- “*Yasama dokunulmazlığı*” şeklinde başlıklandırılan 83'üncü maddesinin ilk fıkrasında **yasama sorumsuzluğu**, ikinci fıkrasında **muhakeme engeli olarak yasama dokunulmazlığı**, üçüncü fıkrasında ise **infaz engeli olarak yasama dokunulmazlığı** kurumu düzenlenmiştir. Anayasa m. 83/3 hükmüne göre “*Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez.*”

Katıldığımız fikre göre, yasama dokunulmazlığı “*milletvekili (TBMM üyesi)*” sıfatının kazanılması (*oy verme işleminin bitmesi*) ile başlamaktadır. Buna göre, Anayasa m. 83/3'teki infaz engeli de bu anda doğacak ve bu sıfat sona erinceye dek varlığını koruyacaktır. Muhakeme engeli mahiyetindeki yasama dokunulmazlığının *kaldırılması* (m. 83/2, c. 1) veya *kendiliğinden kalkmış sayılması* (m. 83/2, c. 2) üzerine yargılanıp milletvekili seçilmeye engel suçlardan kesin hüküm giyen bir milletvekilinin “*milletvekili (TBMM üyesi)*” sıfatı “*kesin hükmün Genel Kurula bildirilmesi*” ile sona ereceğinden, bu tür suçlara ilişkin mahkûmiyet hükümleri TBMM Genel Kuruluna bildirilmedikçe (m. 84/2) -yahut milletvekilinin üyelik sıfatı başka bir suretle sona ermedikçe- infaz edilemeyecektir. Mahkûm olunan suçun milletvekili seçilmeye engel suçlardan olmaması

* Dr. Öğr. Üyesi, İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: ozyukselozgun@gmail.com, ORCID:0000-0002-7009-9646.

hâlinde ise, hükmün TBMM Genel Kuruluna bildirilmesi üyelik sıfatını sona erdirmeyecek, dolayısıyla hükmün infazı için bu sıfatın sair bir sebeple sona ermesi beklenecektir.

Öğretide de isabetle belirtildiği üzere, m. 83/3'teki infaz engelinin TBMM kararıyla kaldırılmasına olanak yoktur.

Anayasa m. 83/3'te "*ceza hükmünün yerine getirilmesi*"nden söz edilmiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/1, c. 2 hükmüne göre, "*Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür.*" Bu çerçevede, adlî para cezasına, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara veya güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi hâlinde de, "*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus (Kanununun ayırım yapmadığı yerde, bizim de ayırım yapmamamız gerekir).*" ilkesi gereği, Anayasa m. 83/3 hükmü uygulanma alanı bulacaktır.

Anayasa m. 83/3'te milletvekilliği süresince işlemeyeceği belirtilen zaman aşımının dava zaman aşımı mı, yoksa ceza zaman aşımı mı olduğu öğretide tartışmalı bir diğer husus olup taraftar olduğumuz görüşe göre burada bahse konu olan ceza zaman aşımıdır.

Anahtar Kelimeler: Yasama Dokunulmazlığı, Milletvekili, Ceza, Kesin Hüküm, İnfaz

4483 SAYILI KANUNA GÖRE İZİN VERMEYE YETKİLİ YETKİLİ MERCİ İLE SORUŞTURMACININ GÖREV VE YETKİLERİ

Dr. Öğr. Üyesi Ertuğrul ÜNAL*

Özet

Kural olarak bir suç haberi alan Cumhuriyet savcısı, derhal maddi gerçeği araştırarak şüphelinin lehine ve aleyhine bütün delilleri toplar. Bunun sonucunda yeterli suç şüphesinin varlığı halinde bir iddianame tanzim edilir. Bazı kişilerin soruşturulması ve kovuşturulması için ise bir takım özel muhakeme kuralları getirilebilir. Örneğin hakim ve savcılarının bağımsızlığının korunabilmesi ve güçler ayrılığı ilkesinin sağlanabilmesi için hakim ve savcılarının işledikleri iddia edilen suçlardan muhakemesi sivil kişilere göre farklılık arz edebilir. Bir ülkede hukuk devleti ilkesi ne kadar gelişmiş ise yargıya güven o kadar artar. Bunun sonucunda da özel muhakeme usulleri büyük ölçüde azalır.

Ülkemizde kamu görevlisi olup da özel bir muhakeme usulüne tabi olmayan kişi yok denecek kadar azdır. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin, görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan yargılanmaları, Anayasanın 126'ncı maddesi ve buna istinaden ihdas edilen 4483 sayılı Kanun ile izin usulüne bağlı kılınmıştır. Soruşturmanın patronu sayılan C. savcısının, soruşturmaya devam edebilmesi ve kamu davası açabilmesi için aranan izin şartıyla öncelikle ilgili idarenin ön inceleme yapması öngörülmüştür.

4483 sayılı Kanunun 6'ncı maddesinde soruşturmacının görev ve yetkileri belirtilmiş, bakanlık müfettişleri ile kendisini görevlendiren ma-

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: ertugrul.unal@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0025-9317.

kamın yetkilerine atıf yapılmıştır. Buna ek olarak CMK'nın kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir. Buna rağmen uygulamada, soruşturmacının elkoyma, muhafaza altına alma gibi koruma tedbirleriyle delillerle doğrudan temas etmesi şeklinde ceza muhakemesi işlemlerine, ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından engel olunmakta, CMK'nın 332'nci maddesi de işletilmemektedir.

Buna ek olarak 4483 sayılı Kanunda, izin vermeye yetkili merciin derhal maddi gerçeği araştırarak izin konusunda bir karar vermesi aranmasına rağmen, CMK'nın 158'inci maddesinin 4'üncü fıkrası gerekçe gösterilerek öncelikle C. savcılığına haber verilmekte ve bunun sonucunda izin prosedürü işletilmektedir.

Çalışmamızda 4483 sayılı Kanuna göre yetkili merciin izin prosedürü, özellikle soruşturmacının görev ve yetkilileri, koruma tedbirlerine başvurup başvuramayacağı ve yetkili merciin suç haberini aldığı anda ne şekilde hareket edeceği ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Dava Şartı, İzin Usulü, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri, Yargısal Güvence Sistemi, Görev Kapsamında İşlenen Suç

THE AUTHORITY AND DUTY OF COMPETENT AUTHORITY AND INVESTIGATOR ACCORDING TO THE LAW NO. 4483

Abstract

As a rule, the public prosecutor, upon receiving news of a crime, immediately investigates the facts and collects all evidence in favor of and against the suspect. If there is sufficient suspicion of a crime at the end of the investigation, an indictment is issued. Special rules of procedure may be introduced for the investigation and prosecution of certain persons. For example, in order to protect the independence of judges and prosecutors and to ensure the principle of separation of powers, the prosecution of judges and prosecutors for crimes they are alleged to have committed may differ from that of civilians. The more developed the ru-

le of law is in a country, the more trust in the judiciary increases. As a result, special judicial procedures decrease to a great extent.

In our country, there are hardly any public officials who are not subject to a special procedure. The prosecution of civil servants and other public officials for crimes committed related to their duties is made subject to the permission procedure by Article 126 of the Constitution and the Law No. 4483, which was established based on this article. In order for the public prosecutor, who is considered as the boss of the investigation, to continue the investigation and file a public lawsuit, the relevant administration must first conduct a preliminary investigation.

Article 6 of Law No. 4483 specifies the duties and powers of the investigator and refers to the powers of the ministry inspectors and the authority appointing him/her. In addition, it is stated that the Criminal Procedure Code shall be applied by analogy. Despite this, in practice, the relevant institutions and organizations prevent the investigator from directly contacting the evidence through protection measures such as seizure and preservation, and Article 332 of the Criminal Procedure Code is not enforced.

In addition, although the Law No. 4483 requires the authority authorized to grant authorization to immediately investigate the material fact and make a decision on authorization, the C. prosecutor's office is first notified on the grounds of paragraph 4 of Article 158 of the Code of Criminal Procedure and the authorization procedure is then carried out.

In our study, the permission procedure of the competent authority according to Law No. 4483, especially the duties and authorities of the investigator, whether he/she can apply for protection measures and how the competent authority will act when it receives the news of a crime will be discussed.

Key Words: Litigation Requirement, Authorization Procedure, Civil Servants and Other Public Officials, Judicial Assurance System, Crime Committed within the Scope of Duty

TEMEL BİR İNSAN HAKKI MI YOKSA BİR LÜKS MÜ? HÜKÜMLÜLERİN İNTERNETE ERİŞİM HAKKININ AİHM KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Dr. Ezgi Çırak KARALI*

Özet

Toplumsal hayattaki değişimle birlikte insan hakkı kategorilerinin gelişimi de kaçınılmaz olmaktadır. 2000'li yılların başına kadar bir gereklilikten ziyade lüks olarak görülen, sadece pahalı olması değil, karmaşık görülmesiyle de yaygınlaşamayan internet, günümüzde sunduğu olanaklar olmaksızın insan faaliyetlerinin yürütülmesinin oldukça zor olduğu bir araç haline gelmiştir. Bilgiye erişme, uzaktakilerle iletişimde kalabilme gibi kolaylıkların yanında bir iş/üniversite başvurusu yapabilmek için dahi internetin gerekliliği dikkate alındığında, internete erişim hakkının temel insan hakları arasında yer alması görüşü ağırlık kazanmıştır. İnternete erişimin önemi konusundaki son şüphe kısıntıları da COVID-19 salgını zamanında dijitalleşmeye olan ihtiyaç ve yaşanan gelişmelerle ortadan kalkmıştır.

İnternete erişimin, bir hak olarak tanınmasının insan hakları nosyonunu değersizleştirebileceği yönünde azınlıkta olan bir görüş bulunmaktadır. Ancak ağırlıklı görüş, internete erişimin ya ayrı bir hak olarak tanınması ya da ifade özgürlüğü, haberleşme hakkı gibi diğer temel hakların alt kategorisi olarak değerlendirilerek tanınması gerektiği yönündedir. Nitekim internete erişim birçok ülkede evrensel hizmet kapsamına alınmıştır ve hukuki bir zemine oturtularak devletlere kaynakları ölçüsünde

* Arş. Gör. Dr., İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: ezgi.cirak@ieu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0342-7504.

internete erişimi sağlaması yönünde pozitif yükümlük getirilmiştir. Uluslararası alanda ise BM İnsan Hakları Konseyi ve Avrupa Konseyi raporlarında internete erişim hakkının önemi vurgulanmaktadır.

Hükümlülerin internete erişimi hem ulusal hem de uluslararası düzeyde tartışmalı bir konudur. İnternete erişim hakkının engellenmesi hükümlüler açısından bir tür sosyal dışlama aracına dönüşebilecektir. Nitekim modern infaz hukuku sisteminin temel amacı hükümlünün suç işlemesini engellemek ve yeniden sosyalleşmesini sağlayarak, toplumsal yaşama uyumunu kolaylaştırmaktır. Hükümlülerin belli sınırlamalar dâhilinde internete erişiminin sağlanması infaz sisteminin amaçlarının, önemli araçlarından biridir. Modern infaz sisteminin karşılaştığı pratik zorluklar burada daha keskin bir şekilde görülmektedir zira bir yandan kurumların haklı güvenlik çıkarları ile diğer yandan hükümlülerin başarılı bir şekilde yeniden sosyalleşmesi arasındaki denge özel bir şekilde dengelenmelidir. Örneğin bu amaçla Avrupa Cezaevi Kuralları, modern teknoloji hizmetlerinin ücretsiz olarak sağlanmasının hükümlülerin sosyal düzen ile bağı bakımından önemi nedeniyle revize edilmiştir. Türk hukukunda ise 5275 sayılı İnfaz Kanunu'nda hükümlülerin internet olanaklarından yararlanma hakkı radyo ve televizyon hakkı ile birlikte düzenlenmiştir. Bunun yanında infaz kurumlarına ilişkin yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemlerle internete erişim hakkına yönelik düzenleme ve uygulamalar olduğu görülmektedir.

Hükümlülerin internete erişim hakkına müdahale edildiği gerekçeyle hem AYM hem de AİHM'de görülen pek çok dava bulunmaktadır. AİHM önüne gelen davalarda orantılılık testi uygulayarak, bir temel hak ve özgürlüğün kısıtlanmasında kanunla öngörülme, meşru bir amaca hizmet etme ve demokratik toplumun gerekliliklerine uygun olma ölçütleri çerçevesinde değerlendirme yapmaktadır. Hükümlülerin internete erişim hakkına ilişkin güncel AİHM ve AYM kararlarındaki değerlendirmelerin incelenmesi bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hükümlü, Hükümlü Hakları, İnternete Erişim, İfade Özgürlüğü, AİHM

A FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT OR A LUXURY? EVALUATION OF PRISONERS' RIGHT TO ACCESS TO THE INTERNET IN THE LIGHT OF ECTHR DECISIONS

Abstract

Changes in society inevitably lead to the development of categories of human rights. Until the early 2000s, the internet was considered a luxury rather than a necessity, and was limited in use not only because it was expensive, but also because it was considered complex. Since then, however, has become a tool without which would be almost impossible to carry out human activities. The internet has become a necessity for applying for jobs and education, and for accessing information and staying in contact across distances, thus, providing support for the view that the right to access the Internet should be included among fundamental human rights. The last shreds of doubt about the importance of access to the Internet disappeared with the increased digitalization triggered by the COVID-19 pandemic.

A minority opinion considers that regarding access to the Internet as a right may devalue the whole notion of human rights. However, the predominant opinion is that access to the Internet should be recognized either as a separate right, or as a sub-category of other fundamental rights, such as freedom of expression and the right to communication. In fact, access to the Internet is included within the scope of universal service in many countries, and states are under a positive obligation to provide such access to the extent of their resources. In the international context, the importance of the right to access the Internet is emphasized in the reports of the UN Human Rights Council and the Council of Europe.

Prisoners' internet access is a controversial issue at both national and international level. Prevention of the right to access the internet may emerge as an instrument of social exclusion for prisoners. In fact, the main purpose of the modern execution law system is to prevent the prisoner from committing a crime and to facilitate his/her adaptation to social life by ensuring his/her re-socialization. Providing prisoners with

access to the internet, within certain limitations, is an important tool for attaining the objectives of the execution system. . The practical challenges facing the modern execution system are more acute here, as the balance between the legitimate security interests of institutions on the one hand and the successful re-socialization of prisoners on the other must be balanced especially. For instance, the European Prison Rules have been revised given the importance of the free provision of modern technological services for prisoners' connection to the social order. In Turkish law, the right of prisoners to use internet facilities is regulated together with the right to radio and television in the Execution Law No. 5275. In addition, it is seen that there are regulations and practices regarding the right of access to the Internet in the regulations and other regulatory procedures regarding the execution institutions.

There are many cases both the Constitutional Court and the ECtHR on the grounds of interference with prisoners' right to access the internet. The ECtHR applies the proportionality test in such cases and evaluates the restriction of a fundamental right and freedom based on three criteria: being prescribed by law, pursuing a legitimate aim, and being in accordance with the requirements of a democratic society. This study therefore examines the findings in recent ECtHR and Constitutional Court judgements regarding prisoners' right of access to the internet.

Key Words: Prisoner, Prisoner Rights, Access to Internet, Freedom of Expression, ECHR

İFADE ALMA İŞLEMİNE İLİŞKİN POZİTİF USUL KURALLARI VE İHLALİ

Dr. Mahmut GÖKPINAR*

Özet

Şüphelinin kolluk tarafından ifadesinin alınması işlemine ilişkin kurallar, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda birbirini takip eden maddelerde işlemdeki görevliler esas alınarak pozitif ve negatif yükümlülükler şeklinde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, CMK md. 147’de şüphelilere tanınmış olan ve görevlilerce kullanılması gereken haklar; CMK md. 148’de ise başvurulması yasaklanmış olan ifade alma yöntemleri hüküm altına alınmıştır. Bu çalışmada şüphelilere tanınmış olan haklar diğer bir deyişle ifade alma işlemine ilişkin pozitif kurallar ile bunların ihlal edilmesinin sonuçları ele alınacaktır. İsnat, ceza kanunları tarafından suç olarak düzenlenmiş bir fiilin ilgili kişiye bağlanmasıdır. CMK md. 147/1-b’de şüpheliye yüklenen suçun, “anlatılacağı”; belirtilmektedir. Düzenlemede, şühheliye atılı suça ilişkin bildirim ya da açıklamanın kapsamının ne olacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ceza muhakemesi hukukunda, kendisini savunamayacak durumda olduğu açıkça belli olan şüphelinin zarar görmesini engellemek gibi istisnai durumlar dışında müdafinin hukuksal yardımından yararlanmak, kural olarak şüphelinin iradesine bağlıdır. CMK md. 147’de şüpheliye bildirilecek haklar, bir sıra dahilinde hüküm altına alınmış ve müdafiiyle ilgili olanlar suç isnadının bildirilmesinden sonra ama susma hakkından önce yer almıştır. Müdafii ifade veya sorgusunda hazır bulunabilecektir. Hazır bulunma hakkı, sorular sormak ve çeşitli itirazları dile ge-

* Dr., Milli Eğitim Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı, Türkiye, e-posta: mahmutgokpinar@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-7433-0323.

tirmeyi kapsamaktadır. Bu çerçevede, müdafii de şüpheliye sorular sorabilir. Ancak, müdafinin belli soruların kabul edilip edilmemesi hususunda bir yetkisi bulunmadığı gibi. Şüpheliye sorulan sorulara doğrudan cevap veremez, onun yerini aldığı izlenimi veren herhangi bir müdahalede bulunamaz. CMK md. 147/1-e’de, şüpheliye tanınan susma hakkı, şüphelinin soruşturmaya ilişkin konularda kendisini ifade etme durumuyla ilgili bir özgürlük olup varlıkları onun iradesinden bağımsız olan nefes, kan, idrar ve doku örneklerinin sonuçları, bu güvence kapsamında değildir. Kolluğun söz konusu yükümlülüklerini ihlal ederek almış olduğu yazılı beyanların ne olacağı konusunda hiçbir ayrıma gitmeksizin bu şekilde elde edilen beyanların ifade dolayısıyla da delil olamayacağını belirten görüşler ve yargı kararlarının yanı sıra belirli şartlar dahilinde yargılamaya dahil edilmesi gerektiği yönünde olanlar da bulunmaktadır.

Bu tebliğin amacı “İfade ve sorgunun tarzı” başlıklı CMK md. 147’de yer verilen haklardan savunma hakkını ilgilendirenleri Alman Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleriyle karşılaştırmalı olarak ele alarak konuya ilişkin bir perspektif sunmaktır. Söz konusu hakların ihlal edilmesinin sonuçları hakkında doktrin ve uygulamada ortaya çıkan görüş farklılıklarına bir çözüm önermektedir.

Anahtar Kelimeler: İfade, İsnadı Öğrenme Hakkı, Müdaafiden Yararlanma Hakkı, Susma Hakkı

VIOLATION OF THE POSITIVE PROCEDURE RULES REGARDING TAKING A STATEMENT

Abstract

The rules regarding the process of taking the suspect's statement by the law enforcement officers are regulated separately in the Code of Criminal Procedure No. 5271, in successive articles, as positive and negative obligations, based on the officers in the process. In other words,

he rights granted to suspects CMK in Article 147 and which must be exercised by officers; CMK in Article 148, methods of taking statements that are prohibited are regulated. In this study, the rights granted to suspects, in other words the positive rules regarding the statement-taking process, and the consequences of their violation will be discussed. Imputation is the attribution of an act regulated as a crime by criminal laws to the relevant person. CMK in Article 147/1-b, the crime charged to the suspect will be "explained"; is stated. There is no clarity in the regulation as to what will be the scope of notification or explanation regarding the crime charged to the suspect. In criminal procedure law, except for exceptional cases such as preventing harm to a suspect who is clearly unable to defend herself, benefiting from the legal assistance of a defense attorney is, as a rule, dependent on the will of the suspect. CMK in Article 147, the rights to be informed to the suspect are stipulated in a certain order, and those related to his defense are placed after the notification of the criminal charge but before the right to remain silent. The defense attorney may be present during his statement or interrogation. The right to be present includes asking questions and expressing various objections. However, the defense attorney does not have the authority to accept or reject certain questions, nor can she directly answer the questions asked to the suspect, nor can she make any intervention that gives the impression that she is taking her place. CMK art. In Article 147/1-e, the right to remain silent granted to the suspect is a freedom related to the suspect's ability to express himself on matters related to the investigation, the results of breath, blood, urine and tissue samples, whose existence is independent of his will, are not within the scope of this guarantee. Without making any distinction as to what will happen to the written statements taken by the law enforcement in violation of their obligations, there are opinions and judicial decisions stating that the statements obtained in this way cannot be evidence and therefore they cannot be evidence, and there are also those who say that they should be included in the trial under certain conditions.

The purpose of this report is CMK art. titled "Style of statement and interrogation" The aim is to present a perspective on the subject by discussing the rights mentioned in Article 147, which concern the right to defense, in comparison with the provisions of the German Code of Criminal Procedure and the European Convention on Human Rights. It is to propose a solution to the differences of opinion that arise in doctrine and practice about the consequences of violating the rights in question.

Key Words: Statement, Right to Learn the Accusation, Right to Benefit from Defense, Right to Silence

CEZA MUHALEMESİ HUKUKU BAKIMINDAN TERCÜMANDAN ÜCRETSİZ YARARLANMA HAKKI KAPSAMINDA TERCÜMENİN SINIRI

Arş. Gör. Ebuzer ZENGİN*

Özet

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 202. maddesinin 1. fıkrası, "*Sanık veya mağdur, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa; mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir.*" cümlesiyle hüküm altına alınmıştır. Böylece tercümenin sınırı, "*iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar*" olarak belirlenmiştir.

Tercüme faaliyetinin sınırlandırılması, makul sürede yargılanma hakkı ile tercümandan yararlanma hakkı arasında denge kurulmasından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte tercümandan ücretsiz yararlanma hakkının sınırları usul ekonomisi bakımından da değerlendirilmelidir.

Avrupa Birliği üyesi ülkelerde, ceza muhakemesinde şüpheli ve sanıkların usuli haklarının güçlendirilmesi ve Birliğe üye ülkelerin ortak asgari standartlara sahip olması gayesiyle mevzuat uyumlaştırma çalışmaları yürütülmektedir. Avrupa Birliğine katılım müzakereleri kapsamında tam üyeliğin ön koşullarından biri de bu asgari standartlarda buluşmaktır.

AİHM ve Tercümandan ücretsiz yararlanma hakkı gereği temel belgelerin çevrilmesi gereklidir. Ceza Muhakemesinde Sözlü ve Yazılı Çeviri Hakkına İlişkin 20 Ekim 2010 Tarihli ve 2010/64/EU Sayılı Avrupa

* Arş. Gör., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: ebuzer.zengin@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2325-1692.

Parlamentosu ve Konseyi Direktifinin “*Temel Belgelerin Yazılı Çevirisi Hakkı*” başlıklı 3. maddesinin 2. fıkrasında tercüme faaliyetinde çevrilmesi gereken temel belgelere ilişkin örnekler verilmiştir. Bu örneklerden de faydalanılarak tercüme edilmesi gerekli temel belgelerin neler olduğunun yorum yoluyla çıkarılması gerekmektedir.

Direktifin 3. maddesinin 3. fıkrasına göre temel belgelerinin çevrilmesini talep edecek olan savunma makamı olsa da temel belgelerin ne olduğuna ilişkin tespit, yetkili makamlara aittir. Hukukumuz bakımından bu hususta re’sen veya talep üzerine karar verecek makam, yargılamanın evrelerine göre belirlenmelidir.

Direktifin 3. maddesinin 4. ve 7. fıkraları ise tercümenin kapsamını daraltan veya yazılı tercümeyle alternatif getiren hükümlerdir. Bu istisnaların sınırlı uygulanması ve gerekçeli olması, adil yargılanma bakımından önem taşımaktadır.

Bu bildiri metninde, Ceza Muhakemesi Kanununun 202/1 maddesinde yer alan düzenlemenin, 2010/64/EU Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifinde belirlenen şartlara uygun olup olmadığı tartışılacaktır. Hukukumuz bakımından hangi belgelerin temel belge olması gerektiğine ilişkin yorum yapılacak, temel belgeleri belirlemeye yetkili makamlar ortaya konulacak, yazılı tercümenin birtakım sınırları ve alternatiflerine ilişkin değerlendirilmede bulunulacaktır.

Bu yapılırken Direktif metninin yanı sıra kısmen AİHM’nin tercümandan ücretsiz yararlanma hakkına ilişkin *Kamasinski v. Avusturya*¹ ve *Luedicke, Belkacem ve Koç v. Almanya*² ilke kararlarından ve esas olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın *Covaci*³ ve *Sleutjes*⁴ kararlarından faydalanılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Adil Yargılanma Hakkı, Tercümandan Yararlanma Hakkı, Tercümenin Sınırı, Temel Belgeler, 2010/64/EU Direktifi

¹ AİHM, *Kamasinski v. Austria*, 9783/82, 19.12.1989.

² AİHM, *Luedicke, Belkacem ve Koç v. Germany*, 6210/73; 6877/75; 7132/75, 28.11.1978.

³ ABAD, *Covaci*, C-216/14, EU: C: 2015: 686, 15.10.2015.

⁴ ABAD, *Sleutjes*, C-278/16, EU: C: 2017: 757, 12.10.2017.

LIMITS OF INTERPRETATION WITHIN THE SCOPE OF THE RIGHT TO INTERPRETATION IN TERMS OF CRIMINAL PROCEDURE LAW

Abstract

Paragraph 1 of Article 202 of the Code of Criminal Procedure stipulates that *“If the accused or the victim does not speak Turkish to the extent that he/she can express himself/herself, the essential points regarding the claim and defense at the hearing shall be translated through an interpreter appointed by the court.”*. Thus, the limit of interpretation is defined as *“essential points regarding the claim and defense”*.

The limitation of the interpretation service arises from the balance between the right to be tried within a reasonable time and the right to benefit from an interpreter. However, the limits of the right to benefit from an interpreter free of charge should also be evaluated in terms of procedural economy.

In the member states of the European Union, legislative harmonization efforts are being carried out in order to strengthen the procedural rights of suspects and defendants in criminal proceedings and to ensure that the member states of the Union have common minimum standards.

Paragraph 2 of Article 3 of Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the Right to Interpretation and Translation in Criminal Procedure entitled *“The Right to Written Translation of Basic Documents”* provides examples of the basic documents that must be translated. By making use of these examples, it is necessary to deduce through interpretation what are the basic documents to be translated.

According to Article 3, paragraph 3 of the Directive, although it is the defense that will request the translation of the essential documents, the determination of what the essential documents are belongs to the competent authorities. In our law, the competent authority in this regard should be determined according to the stages of the proceedings.

Paragraphs 4 and 7 of Article 3 of the Directive, on the other hand, are provisions that narrow the scope of interpretation or provide an alternative to written interpretation. The limited application and justification of these exceptions are important for a fair trial.

In this paper, it will be discussed whether the regulation in Article 202/1 of the Code of Criminal Procedure complies with the requirements set out in Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council. It will comment on which documents should be considered as basic documents in terms of our law, the authorities authorized to determine the basic documents will be presented, and some limits and alternatives of translation will be evaluated.

In doing so, in addition to the text of the Directive, the ECtHR's judgments in *Kamasinski v. Austria*⁵ and *Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany*⁶ and the Court of Justice of the European Union's judgments in *Covaci*⁷ and *Sleutjes*⁸ will be used.

Key Words: Right to Fair Trial, Right to Interpretation and Translation, Limit of Interpretation, Essential Documents, Directive 2010/64/EU

⁵ ECtHR, *Kamasinski v. Austria*, Application no. 9783/82, Judgement 19.12.1989.

⁶ ECtHR, *Luedicke, Belkacem ve Koç v. Germany*, Application no. 6210/73; 6877/75; 7132/75, Judgement 28.11.1978.

⁷ Judgment of the Court of October 15, 2015, *Covaci*, C-216/14, EU: C: 2015: 686.

⁸ Judgment of the Court of October 12, 2017, *Sleutjes*, C-278/16, EU: C: 2017: 757.

SAĞLIK HİZMETLERİNDE REKLAM, TANITIM VE BİLGİLENDİRME

Dr. Öğr. Üyesi Muhammed GÖÇGÜN*

Özet

Reklam, özel teşebbüs kurma özgürlüğü kapsamında bir ürün veya hizmetin pazarlanmasına yönelik kullanılan iletişim ve ikna yöntemlerinden biridir. Sağlık hizmetinin özel teşebbüsler tarafından sunumu söz konusu olduğunda ise ticari amaçlarla tercih edilen bu yöntemin kullanımının gerek etik gerekse hukuki sebeplerle engellenmesi gerekir. Zira yaşam hakkı başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanımıyla sıkı bir ilişkisi bulunan sağlık hakkının korunmasındaki kamu yararı, kişilerin özel teşebbüs özgürlüğünü reklam yoluyla kullanması sonucu sağlayacakları yarardan üstün olup sağlık hizmetine ihtiyaç duyan “hasta”, ikna edilmesi gereken bir kişi olarak düşünülemez. Bu doğrultuda sağlık hizmeti sunanın tacir, hizmetin sunumundaki nihai amacın kâr, bu hizmetten yararlananların da müşteri sayılamayacağı gerçeğinin sağlık hizmetlerine ilişkin reklam yasaklarının temel hukuksal ve etik dayanakları olduğunu söylemek mümkündür.

Sağlık hizmetlerinin sunumuna ilişkin reklamlardan farklı olarak sağlık mensuplarının ya da sağlık hizmeti sunan kurum ve kuruluşların yaptıkları sağlığa erişim hakkını kolaylaştıracak nitelikteki tanıtım ve bilgilendirme faaliyetleri ise sağlık hizmetinin bir parçası olarak düşünülebilir. Zira ticari kaygılardan arınmış bir tanıtım ve bilgilendirme faaliyeti kişinin, ihtiyacı olan sağlık hizmetine istediği düzeyde ve hızlı bir şekilde ulaşmasını sağlayabilir. Diğer bir deyişle reklamda sağlık hizmet-

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: muhammed.gocgun@ankaramedipol.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3918-759X.

ti sunan özel hukuk kişinin yararı baskınken; tanıtım ve bilgilendirmede ağır basan kamu yararadır.

Sağlık hizmetlerinin sunumu ve sağlık meslek mensupları hakkında çıkarılan çok sayıda kanun ve yönetmelikte reklam yasağına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Bu kapsamda örneğin; ilgili kanun ve yönetmeliklerde sağlık meslek mensuplarının reklam yapmalarının yasak olduğu belirtilmiş, meslek kuruluşları sağlık meslek mensuplarının reklam yapmasını önlemekle görevlendirilmiş ve sağlık meslek mensuplarının reklam yapmaları ya da tanıtım kurallarına aykırı davranışları disiplin cezası gerektiren davranışlar arasında sayılmıştır.

Tanıtım ve bilgilendirme ile reklamın kesin bir şekilde ayrımının yapılarak tanıtım ve bilgilendirme faaliyetlerine ilişkin temel ilke ve esasların ortaya konulması ise Sağlık Bakanlığı tarafından 2023 yılında çıkarılan Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım Ve Bilgilendirme Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik'le gerçekleşmiştir. Söz konusu Yönetmelik'te sağlık hizmetlerine ilişkin tanıtım ve bilgilendirme faaliyetlerinin kişisel verilerin korunmasını ve mahremiyeti sağlayacak şekilde yürütülmesine yönelik düzenlemeler getirilerek bu faaliyetler kapsamındaki özellikle görsel içerik kullanımı detaylı şekilde kurala bağlanmıştır. Yönetmelik'te ayrıca tanıtım ve bilgilendirme faaliyetlerinin denetimi ve bu faaliyete ilişkin kurallara aykırılığın yaptırımlarına da yer verilmiştir.

Temel hak ve özgürlüklerin korunması ve tanıtım ve bilgilendirme faaliyetlerinde uyulacak ilke ve kuralların somutlaşmasına yönelik önemli düzenlemeler getiren Yönetmelik, idarenin kanuniliği ve hukuki belirlilik ilkeleri bakımından birtakım sorunlar da içermektedir. Bu bakımdan; sağlık hizmetlerinde reklam, tanıtım ve bilgilendirmeye ilişkin dağınık durumda bulunan mevzuatın yasal bir düzenlemeyle tüm sağlık mensuplarını ve sağlık hizmeti sunan kurum ve kuruluşları kapsayacak şekilde güncellenerek bir araya getirilmesi hukuki belirliliğin sağlanmasına katkı sunacaktır.

Anahtar Kelimeler: Reklam, Sağlık Hizmeti, Sağlık Hakkı, Tanıtım, Kanunilik

ADVERTISEMENT, PROMOTION AND INFORMATION IN HEALTH SERVICES

Abstract

Advertising is one of the communication and persuasion methods used to market a product or service within the scope of the freedom to establish private enterprise. When it comes to the provision of health services by private enterprises, the use of this method, which is preferred for commercial purposes, should be prevented for both ethical and legal reasons. Because the public interest in protecting the right to health, which has a close relationship with the use of fundamental rights and freedoms, especially the right to life, is superior to the benefit that people will gain as a result of exercising their freedom of private enterprise through advertising and the "patient" in need of health care cannot be considered as a person who needs to be persuaded. In this regard, it is possible to say that the basic legal and ethical basis of advertising bans on health services is that the provider of health services cannot be considered as a merchant, the ultimate goal of providing the service is not profit, and those who benefit from this service cannot be considered as customers. On the other hand, unlike advertisements related to the provision of health services, promotional and information activities that facilitate the right to access health carried out by healthcare professionals or institutions and organizations that provide healthcare services can be considered a part of healthcare services.

There are regulations regarding the ban on advertising in many laws and regulations regarding the provision of health services and healthcare professionals. In this context, for example; in the relevant laws and regulations, it is stated that healthcare professionals are prohibited from advertising, professional organizations are tasked with preventing healthcare professionals from advertising, and healthcare professionals' advertising or violating the rules of promotion is considered among the behaviors that require disciplinary punishment.

The Regulation on Promotion and Information Activities in Health Services, issued by the Ministry of Health in 2023, made a clear distinction between promotion and information and advertising and set forth the basic principles and principles regarding promotion and information activities. The Regulation introduces regulations to ensure that promotional and informative activities regarding health services are carried out in a manner to ensure the protection of personal data and privacy, and regulate the use of visual content in these activities in detail. The Regulation also provides for the supervision of promotional and informative activities and sanctions for violations of the rules regarding these activities.

The Regulation, which introduces important regulations for the protection of fundamental rights and freedoms and the concretization of the principles and rules to be followed in promotional and information activities, also contains some problems in terms of the legality of the administration and the principles of legal certainty. From this perspective; Updating and bringing together the scattered legislation regarding advertising, promotion and information in health services to cover all healthcare professionals and institutions and organizations providing healthcare services through a legal regulation will contribute to ensuring legal certainty.

Key Words: Advertising, Health Service, Right to Health, Promotion, Legality

1894 İSTANBUL DEPREMİ VE SANSÜR

Dr. Öğr. Üyesi Ali TURAN*

Özet

Alp-Himalaya deprem kuşağında yer alan ülkemizde tarihten bugüne kadar çok sık aralıklarla şiddetli depremler meydana gelmektedir. Osmanlı Devleti'nin başkenti olup günümüz Türkiye'sinin en mühim şehirlerinden biri olan İstanbul da farklı tarihlerde gerçekleşen şiddetli depremlere sahne olmuştur. Ne yazık ki jeoloji uzmanları, yakın bir gelecekte yine İstanbul'da şiddetli bir depremin meydana geleceğini tahmin etmektedir. İstanbul'un günümüze en yakın olan son şiddetli depremi ise 1894 tarihinde olmuştur. Çok sayıda can kaybının yaşandığı bu depremde İstanbul ve çevresinde büyük ölçüde maddi hasar da meydana gelmiştir.

1894 İstanbul depremi, Osmanlı Devleti'nin deprem konusunda yeni adımlar atmasına vesile olmuştur. Nitekim bu deprem sonrasında yabancı sismologlar ülkeye davet edilmiş ve resmi anlamda sismoloji çalışmalarına başlanmıştır. Aynı zamanda biri saraya biri de Rasathane-i Amire'ye konulmak üzere iki adet sismograf satın alınmıştır.

1894 depreminin ilginç yönlerinden biri de deprem sonrasında basında çıkan haberler için sansür tatbikatına başvurulmuş olmasıdır. Öyle ki yapılan haberler sebebiyle bazı basın organlarına kapatma cezası dahi verilmiştir. Yapılan haberler sebebiyle halkta korku ve panik havasının oluşması bu sansür ve kapatma müeyyidelerine gerekçe olarak gösterilmiştir. Bu dönemde gazetelerin depremle ilgili haberlerde "tahfif-i lisan" (yumuşak dil) kullanılması emredilmiştir. Aynı zamanda depreme

* Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: ali.turan@inonu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6563-6315.

ilişkin olarak asılsız haberlere yer veren gazetelerin ülkeye sokulması da yasaklanmıştır. Hükümet, bu anlamda yürütmüş olduğu politikada muvaffak olmuş ve zamanla basında kamuoyunun moralini yüksek tutmayı hedefleyen yayınlara yer verilmiştir.

Depremden sonra devletin uğraşmak zorunda olduğu meselelerden biri de deprem sonrasında ortaya atılan rivayetler olmuştur. Gerek basında ortaya çıkan asılsız haberler gerekse de deprem sonrasında ortaya atılan menfi rivayetler için de büyük bir uğraş verildiği görülmektedir.

Bu çalışmanın amacı, 1894 İstanbul depremini ve deprem sonrasında İstanbul basını ile yabancı basına tatbik edilen sansürü tetkik etmektedir. Bu amaç doğrultusunda evvela bu depremin İstanbul üzerindeki tesiri kısaca ele alınacak ve akabinde de basına tatbik edilen sansür üzerinde durulacaktır. Böylece sansür fiiline neden müracaat edildiği, bu amaçla neler yapıldığı ve yapılan bu faaliyetlerin neticesini ne olduğu hususları tasrih edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı Devleti'nde Depremler, İstanbul Depremleri, 1894 İstanbul Depremi, Deprem ve Sansür, 1894 İstanbul Depreminde Sansür

1894 ISTANBUL EARTHQUAKE AND CENSORSHIP

Abstract

In our country, which is located in the Alpine-Himalayan earthquake belt, severe earthquakes have been occurring at very frequent intervals throughout history. Istanbul, the capital of the Ottoman Empire and one of the most important cities of today's Turkey, has also witnessed severe earthquakes on different dates. Unfortunately, geological experts predict that a severe earthquake will occur in Istanbul again in the near future. This earthquake, which resulted in many casualties, also caused significant material damage in Istanbul and its surroundings.

The 1894 Istanbul earthquake caused the Ottoman Empire to take new steps regarding earthquakes. As a matter of fact, after this

earthquake, foreign seismologists were invited to the country and official seismology studies were started. At the same time, two seismographs were purchased, one to be placed in the palace and the other to be placed in the Rasathane-I Amire (Observatory).

One of the interesting aspects of the 1894 earthquake is that censorship exercises were used for the news published in the press after the earthquake. So much so that some media organs were even banned due to the news they made. The creation of an atmosphere of fear and panic in the public due to the news was cited as a reason for these censorship and closure sanctions. During this period, newspapers were ordered to use "tahfif-i lisan" (soft language) in news about the earthquake. At the same time, newspapers that contain false news about the earthquake are prohibited from entering the country. The government was successful in its policy in this sense, and over time, publications aimed at keeping the morale of the public high were published in the press.

One of the issues that the state had to deal with after the earthquake was the rumors that were put forward after the earthquake. It can be seen that a great effort was made for both the unfounded news in the press and the negative rumors that were put forward after the earthquake.

The aim of this study is to analyse the Istanbul earthquake of 1894 and the censorship imposed on the Istanbul press and foreign press after the earthquake. For this purpose, first the impact of this earthquake on Istanbul will be briefly discussed and then the censorship applied to the press will be emphasized. Thus, the reasons why the act of censorship was resorted to, what was done for this purpose and what were the results of these activities will be clarified.

Key Words: Earthquakes in the Ottoman Empire, Istanbul Earthquakes, 1894 Istanbul Earthquake, Earthquake and Censorship, Censorship in the 1894 Istanbul Earthquake

TOPLUMSAL CİNSİYET VE HUKUK BAĞLAMINDA ÇİFT CİNSİYETLİLERİN ASKERLİK HİZMETİNİ YÜRÜTMESİ

Arş. Gör. Muhammed Ali AKAY*

Özet

Çift cinsiyetlilik çeşitli hukuk sistemleri açısından yasal olarak kabul görmeyen, hukuki tanınırlığı bulunmayan bir biyolojik durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda olan, erkek ve kadın cinsiyetlerine dayalı tipik ikili cinsiyet ayrımıyla uyuşmayan bireyler açısından toplumsal yaşam içerisinde çeşitli zorluklarla karşılaşmak, mağduriyetler yaşamak maalesef kaçınılmazdır.

Çeşitli ülkelerde farklı biçimlerde yürütülmekte olan askerlik hizmeti, Türkiye’de zorunlu askerlik hizmeti bağlamında, erler açısından 6 aylık bir süre boyunca devam etmektedir. Bu hizmetin yürütülmesi hususunda temel dayanak noktası, Anayasa hükümleri ve 7179 sayılı Askerlik Kanunu başta olmak üzere ilgili mevzuatta yapılan düzenlemelerdir.

Askerlik hizmetinin yürütülmesi, toplumsal cinsiyet eşitsizliği ve toplum üzerinde bir tahakküm oluşturulması bakımından özel bir konuma sahiptir. Zira askerlik hizmeti “makbul” vatandaşların yetiştirilmesi ve iktidarların şiddet tekelinin toplumda tam anlamıyla yer edinmesi açısından işlevsel bir rol oynamaktadır. Zorunlu askerlik hizmetinin erkekler tarafından yürütüleceğini öngören hukuki düzenlemeler, askerlik

* Arş. Gör., Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: makay@gantep.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3096-8568.
Hazırlanarak gönderilen özet bildiri, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora programı kapsamında Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk derisi çerçevesinde hazırlanan ödevden türetilmiştir.

hizmeti ile birlikte erkeklerin toplum içerisindeki rolünü ve egemen konumunu pekiştirmekte; “*hegemonik erkeklik*” ifadesiyle de anılmakta olan yaklaşımı topluma dayatmaktadır. Bireylerin toplumsal cinsiyet rolleri bağlamında kadınsı (feminen) veya erkeksi (maskülen) şeklinde sınıflandırılması ve buna göre toplumun şekillendirilmesi hususunda da askerlik hizmeti önemli bir rol icra etmektedir. Çift cinsiyetli bireylerin askerlik hizmetini zorunlu olarak yürütmesi bu bağlamda çeşitli sorunlar doğurmaktadır.

Askerlik açısından belirlenen kalıpyargılarla uyumlu olmayan çift cinsiyetlilerin askerlik hizmetini sağlıklı bir biçimde yürütmelerinin yahut vatani hizmetlerini farklı şekillerde yerine getirmelerinin temin edilmemesi halinde ortaya çıkan sorunlara ve mağduriyetlere karşı çeşitli çözüm yöntemleri geliştirmek elzem hale gelmiştir. Huzurdaki çalışmanın özgünlüğü bu husus üzerinde durulmasından ileri gelmektedir. Temel olarak çalışma konusunun önemi ise bir toplumsal grubun doğuştan gelen özelliklerinin hukuk nezdinde, statüsel olarak kabul görmeyişi sebebiyle ne tür mağduriyetlerin yaşanabildiğinin gösterilmesidir. Yaşanan ve yaşanabilecek olan mağduriyetlere karşı çözüm yolları ilk aşamada hukuk nezdinde yapılacak düzenlemeler ile temin edilebilmektedir. Bunun için de hukuk tarihinden, çeşitli toplumların hukuk sistemlerinde benimsedikleri yaklaşımlardan yararlanılmasında fayda bulunmaktadır.

Meseleye dair öngörülen çözüm yolları, her ihtimalde ve öncelikle, çift cinsiyetli bireylerin hukuken tanınması ve bu bireylere yönelik olarak özel düzenlemelerin yapılması temelinde uygulama alanı bulacaktır. Fiili durum dikkate alınarak hazırlanacak olan teorik düzenlemelerin yanında çift cinsiyetlilerin toplumsal yaşamda kendilerine yer bulmalarını sağlayacak pratik adımlara da ihtiyaç duyulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Toplumsal Cinsiyet, Hukuk, Çift Cinsiyetliler, Askerlik Hizmeti, Hukuk Tarihi

THE CONDUCT OF MILITARY SERVICE BY HERMAPHRODITES IN THE CONTEXT OF GENDER AND LAW

Abstract

Hermaphroditism appears as a biological condition that is not legally accepted in terms of various legal systems and has no legal recognition. It is unfortunately inevitable for individuals in this situation to encounter various difficulties and grievances in social life for individuals who do not comply with the typical, binary gender distinction based on male and female genders.

Military service, which is performed in different forms in various countries, continues in the context of compulsory military service in Turkey for a period of 6 months for privates. The main basis for the execution of this service is the provisions of the Turkish Constitution and the regulations made in the relevant legislation, especially the Law No. 7179 on Military Service.

The execution of military service has a special position in terms of gender inequality and domination over society. This is because military service plays a functional role in terms of raising "acceptable" citizens and establishing the monopoly of violence of the ruling powers in society. Legal regulations stipulating that compulsory military service is to be carried out by men reinforce the role and dominant position of men in society through military service and impose the approach referred to as "hegemonic masculinity" on society. Military service plays an important role in categorizing individuals as feminine or masculine in the context of gender roles and shaping society accordingly. The compulsory military service of hermaphrodite individuals poses various problems in this context.

It has become essential to develop various solution methods against the problems and victimizations that arise when hermaphrodite individuals who are not compatible with the stereotypes determined in terms of military service are not ensured to carry out their military service in a healthy way or to fulfill their patriotic service in different ways. The ori-

ginality of the present study stems from its focus on this issue. Basically, the importance of the subject of the study is to show what kind of victimization can be experienced due to the fact that the innate characteristics of a social group are not recognized by the law as status. Solutions to the victimizations that have been experienced and may be experienced can be provided by the regulations to be made in the law at the first stage. For this purpose, it is useful to benefit from the history of law and the approaches adopted by various societies in their legal systems.

The planned solutions for the issue will, in all cases and at first, find application on the basis of the legal recognition of hermaphrodite individuals and the making of special regulations for these individuals. In addition to the theoretical regulations to be prepared by taking into account the actual situation, there is also a need for practical steps to ensure that hermaphrodites find a place for themselves in social life.

Key Words: Gender, Law, Hermaphrodites, Military Service, History of Law

ULUSLARARASI HUKUK BAĞLAMINDA “YABANCILARIN TOPLU SINIR DIŞI EDİLMESİ” KAVRAMININ İNCELENMESİ

Nazrin RZAYEVA*

Özet

Toplu sınır dışı yasağı, mültecilik hukuku alanında bir anayasa niteliğinde olan ve en önemli uluslararası belge sayılan 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinde yer almamıştır. Şimdiye kadar bu yasağı ele alan tek uluslararası düzenleme Birleşmiş Milletler tarafından 1990 yılında kabul edilen ve 1 Temmuz 2003 tarihinde yürürlüğe giren Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşmedir. Fakat bu Sözleşme kapsamında her kesin değil, sadece göçmen işçilerin ve onların aile bireylerinin topluca sınır dışı edilmesi yasaklanmıştır. Ayrıca, toplu sınır dışı yasağı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 4. No.lu Ek Protokolünün yanı sıra Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi, Arap İnsan Hakları Şartı gibi bölgesel düzenlemelerde de ele alınmıştır.

AİHS'nin 4 No.lu Ek Protokolünün 4. maddesine göre yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesi yasaktır. Görüldüğü üzere, söz konusu maddenin metni çok kısadır. Başka bir ifadeyle, düzenlemede, toplu sınır dışı yasağını oluşturan “yabancı”, “toplu” ve “sınır dışı” kavramları detaylı bir biçimde tanımlanmamıştır. Bu boşluğu gidermek amacıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından konuya ilişkin alınan kararlarda bu unsurların her birine açıklık getirilmesine çalışılmıştır. Bu

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı, Azerbaycan, e-posta: nazrinrzayeva13@gmail.com, ORCID: 0009-0001-9934-3681.

bağlamda çalışmamızda, toplu sınır dışı yasağına ilişkin AİHM kararları çerçevesinde kavramı oluşturan unsurlar incelenecek, dolayısıyla hangi durumların bu yasağın ihlali anlamına gelip gelmediği araştırılacaktır.

Toplu sınır dışının gerçekleşmesi için gerekli olan en önemli faktör, devletin, “yabancı” grubunu oluşturan her bir kişinin bireysel durumunu incelemeyen sınır dışı etme kararı vermesi ve ilgili kişilerin ülkeden zorla çıkarılmasına yönelik tedbirler almasıdır. Grubu oluşturan bireylerin sayısı veya bu bireylerin herhangi bir gruba (etnik, dini ve s.) mensubiyeti, eylemin toplu sınır dışı yasağı olarak değerlendirilmesi açısından bir önem taşımamaktadır. Buradaki odak noktası, yabancıların her birinin durumunun devletin yetkilileri tarafından makul ve nesnel bir incelemeye tabi tutulup tutulmaması konusudur.

AİHM içtihadına bakıldığında da, grup mensubiyetinin toplu sınır dışının tespitinde esas faktör olmadığı görülmektedir. Örnek olarak, Hirsi Jamaa / İtalya davasında mağdur taraflar Somali and Eritre, Sharifi and diğerleri / İtalya ve Yunanistan davasında Afgan, Sudanlı ve Eritre uyrukluydu. Fakat bazı davalarda aynı uyruk veya etnik kökene mensubiyet belirli yabancıların sınır dışı edilmesini amaçlayan devlet politikasının bir göstergesi ola bilmektedir. Böyle durumlarda AİHM tarafından toplu sınır dışı etme eylemlerini gerçekleştiren hükümetin yabancılara yönelik politikalarına da dikkat edilmektedir. Çünkü bu politikalar, eylemin toplu sınır dışı olarak değerlendirilmesi açısından destekleyici faktör olarak kabul edilmektedir. Örneğin, Conka / Belçika davasında, toplu sınır dışısına maruz kalan aile, devletin belirli bir etnik gruba (romanlara) yönelik politikasının mağduruydu.

Son olarak, toplu sınır dışı eylemleri, sadece ulusal topraklar çerçevesinde değil, devletin yargı yetkisini kullanabildiği açık denizler gibi başka alanlarda da (buna bayrak devletin münhasır yetkisi denilmektedir) gerçekleşebilir. Dolayısıyla toplu sınır dışı yasağı devletleri yargı yetkilerini kullanabildikleri tüm alanlarda bağlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Toplu Sınır Dışı, Sığınmacı, Grup Mensubiyeti, Geri Göndermeme İlkesi

ULUSLARARASI HUKUK BOYUTUNDA İNSAN TİCARETİ SUÇUNUN YASAL DÜZENLEMELERİ

Amid HACİZADE*

Özet

İnsan ticareti birçok konunun yanı sıra uluslararası hukuk, insan hakları ihlalleri, küresel ekonomik kaygılar ve organize suçla ilgili konuları da gündeme getirdiğinden, insan ticaretiyle ilgili bir tartışma birçok şekilde olabilir. Bugün, insan ticareti multi-milyar dolarlık bir endüstridir. Uluslararası toplum son yıllarda odağını insan ticaretine çevirmiş olsa da, bu konudaki ilerleme yavaş ve seçici olmuştur. Sınırlı başarının ana nedeni, insan ticaretiyle mücadele için geliştirilen yasanın temelini oluşturan sorunun hakim görüşüdür. 1900'lü yıllardan bu yana kölelik ve benzeri uygulamaları önlemek için birçok sözleşme kabul edilmiş olsa da, insan ticareti tanımını içeren ve birçok devlet tarafından benimsenen sözleşme, "Palermo Protokol" dür.

Her insanın özgürlük ve kişisel bütünlük hakkı, hemen hemen tüm dünya devletlerinin anayasalarında ve uluslararası yasal düzenlemelerde ilan edilmiştir. Bu insan hakları ihlalleri, küresel insan hakları uygulamalarının en ağır ihlalleri arasında yer alıyor. Uluslararası hukukta, sadece bireyin özgürlük hakkını değil, aynı zamanda birçok temel insan hakkını aynı anda etkileyen bir dizi suç vardır. Hukuki koruma yaklaşımı, uluslararası insan hakları standartları temelinde insan ticareti ile mücadelede kullanılan ve sırasıyla insan haklarının geliştirilmesine ve korunmasına yönelik kavramsal temeldir. Başka bir deyişle, insan ticareti mağdurlarının yasal olarak korunması normatif olarak eşitlik ve ay-

* Yabancı Uyruklu Yüksek Lisans Öğrencisi, Azerbaycan, e-posta: amidhacizade@icloud.com, ORCID: 0009-0002-3700-0461.

rımcılık yapmama, hakların evrenselliği ve hukukun üstünlüğü gibi uluslararası yasal koruma standartlarına dayanır.

Uluslararası hukuk, mağdurların haklarını devletler tarafından imzalanılan Uluslararası yasal belgeler aracılığıyla korur. Devletler, Uluslararası hukuka göre insan haklarını ihlal etmeyen iç kurallar benimsemek zorundadır. Uluslararası yasal belgeler, insan ticaretini oluşturan belirli unsurları tanımlayan maddelerin her birinde terminoloji ve tanımlarında tam olarak yer almalıdır. Başta kadın ve çocuklar olmak üzere kişilerin sömürülmesine karşı pratik önlemler sağlayan evrensel bir araca olan ihtiyacı göz önünde bulundurarak, çalışmamız uluslararası hukukta uygulanan yasal düzenlemeler ve gerekli uygulamalar hakkında araştırma ve genel görüşü kapsayacaktır. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde ("ICC") insan ticaretiyle bağlantılı suçlarla ilgili olarak yapılan gelişmeler de çalışmada yer alacaktır. Çalışma aynı zamanda insan ticaretini Uluslararası Ceza Mahkemesinin yetki alanına dahil etme potansiyelini araştırıyor.

Anahtar Kelimeler: İnsan Ticareti, Uluslararası Hukuk, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Palermo Protokolü, İnsan Hakları

LEGAL REGULATIONS OF THE CRIME OF HUMAN TRAFFICKING IN THE DIMENSION OF INTERNATIONAL LAW

Abstract

A discussion of human trafficking can take many forms, as human trafficking raises issues related to international law, human rights violations, global economic concerns, and organized crime, among many others. Today, human trafficking is a multi-billion dollar industry. Although the international community has turned its focus to human trafficking in recent years, progress on the issue has been slow and selective. The main reason for the limited success is the prevailing view of the problem, which underpins the law developed to combat human trafficking. Although many conventions have been adopted to prevent slavery

and similar practices since the 1900s, the convention that includes the definition of human trafficking and has been adopted by many states is the "Palermo Protocol".

The right of every human being to freedom and personal integrity is declared in the constitutions of almost all states of the world and in international legal regulations. These human rights violations are among the most serious violations of global human rights practices. In international law, there are a number of crimes that affect not only the individual's right to freedom, but also many fundamental human rights simultaneously. The legal protection approach is the conceptual basis used in the fight against human trafficking on the basis of international human rights standards and the promotion and protection of human rights, respectively. In other words, the legal protection of victims of human trafficking is normatively based on international legal protection standards such as equality and non-discrimination, universality of rights and the rule of law.

International law protects the rights of victims through International legal instruments signed by states. According to international law, states are obliged to adopt domestic rules that do not violate human rights. International legal instruments should include full terminology and definitions in each of the articles defining the specific elements that constitute human trafficking. Considering the need for a universal tool that provides practical measures against the exploitation of persons, especially women and children, our work will cover research and general opinion on the legal regulations and necessary practices applied in international law. Developments in the International Criminal Court ("ICC") regarding crimes related to human trafficking will also be included in the study. The study also explores the potential to bring human trafficking under the jurisdiction of the International Criminal Court.

Key Words: Human Trafficking, International Law, International Criminal Court, Palermo Protocol, Human Rights

YATIRIM KURULUŞU HAKKINDA TAZMİN VE TEDRİCİ TASFİYE KARARI VERİLMESİNİN SONUÇLARI

Doç. Dr. Sefer OĞUZ*

Özet

Sermaye piyasası, uzun vadeli fon arz edenler ile talep edenlerin karşılaştığı organize piyasadır. Kanun koyucu bu piyasanın güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işlemesi ve gelişmesini sağlamak amacıyla 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununu (SerPK) ihdas etmiştir. Bu kanundaki amaçlardan bir diğeri de yatırımcının hak ve menfaatlerinin korunması ve sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesidir (SerPK m. 1). Bu kanunda piyasanın denetlenmesi ve düzenlenmesi görevi de Sermaye Piyasası Kuruluna (Kurul) verilmiştir (SerPK m. 122).

Yatırım kuruluşları üçlü bir tasnife tabi tutulabilir (SerPK m. 3). Bunlardan ilki ve en çok bilineni aracı kurumlardır. İkincisi, yatırım hizmet ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları kurulca belirlenen sermaye piyasası kurumlarıdır (SerPK m. 35). Üçüncüsü ise 5411 sayılı Bankacılık kanununa tabi bankalardır. Bu kurumların yatırım hizmet ve faaliyetlerini düzenli uğraşı, ticari ve mesleki faaliyet olarak icra edebilmeleri için Kuruldan faaliyet izni almaları zorunludur (SerPK m. 39). Bu bağlamda yatırım hizmet ve faaliyetleri SerPK m. 37'de yan hizmetler de SerPK m. 38'de sınırlanmaksızın sayılmıştır.

Kurul yatırımcıları korumak amacıyla iki durumun tespitinden itibaren üç ay içinde tazmin kararı alabilir. Bunlardan ilki, yatırım kuruluşunun sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan nakit ödeme veya

* Doç. Dr., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: sefer.oguz@gmail.com, ORCID: 0000-0003-4079-9665.

sermaye piyasası araçlarının teslim yükümlülüğünü yerine getirememesidir. İkincisi ise yatırım kuruluşunun sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan nakit ödeme veya sermaye piyasası araçlarının teslim yükümlülüğünü kısa sürede yerine getiremeyeceğinin anlaşılmasıdır (SerPK m. 82). Kurul tazmin kararı vermesinden sonra Yatırımcı Tazmin Merkezi'nin (YTM) talebi üzerine yatırım kuruluşunun ödemelerinin durmasına ve tüm malvarlığı üzerinde tek tasarruf yetkisinin sadece YTM'ye tanınmasına karar verebilir (SerPK m. 83, f. 3).

Kurulun aldığı bu tazmin kararı kamu tüzel kişiliğine sahip YTM tarafından yerine getirilir. YTM bu tazmini, yatırım kuruluşlarının giriş aidatı, yıllık aidat ve ek aidatlar ile yatırımcıların son işlem tarihinden itibaren on yıl aranmayan emanetlerinin devredildiği varlıkların toplandıği bütçesinden yapar (SerPK m. 83, f. 2-4).

Tazmin talebinin kapsamı yatırımcılara ait olan ve yatırım hizmeti veya faaliyeti yahut yan ödemeleri ile bağlantılı olarak yatırımcı adına saklanan veya yönetilen nakit ödeme yahut sermaye piyasası araçlarının teslim yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinden kaynaklanan talepler oluşturur (SerPK m. 84, f. 1). Yatırımcının fiyat hareketlerinden kaynaklanan zararı tazmin kapsamında değildir (SerPK m. 84, f. 2). Bu bağlamda 2024 yılı itibari ile her bir yatırımcıya ödenecek azami tazmin tutarı 1.143.379 TL olarak belirlenmiştir.

Hakkında tazmin kararı verilen yatırım kuruluşunun yatırımcıları tazmin taleplerini yazılı olarak yapmaları gerekir. Bu geçerlilik şekli olarak öngörülmüştür. Tazmin talebinin, tazmin kararının ilan edilmesinden itibaren bir yıl içinde yapılması gerekir. Bu süre içinde yazılı tazmin talebinde bulunmayan yatırımcıların hakkı zaman aşımına uğrayacaktır (SerPK m. 85, f. 1).

YTM tazmine hak kazanan yatırımcıları ve tazmin tutarlarını belirleyerek üç ay içinde ödemeleri gerçekleştirmek zorundadır. Bu üç aylık süre Kurulun onayı ile en fazla üç ay daha uzatılabilir (SerPK m. 85, f. 2). Bu kapsamda, önce yatırımcılar adına saklanan sermaye piyasası araçları hak sahiplerine dağıtıldı. Yatırımcıların tazmin taleplerinin tutarları,

karşılanmayan nakit ödeme ve sermaye piyasası iade yükümlülükleri üzerinden hesaplanır. Sermaye piyasası buldukları her bir hesapta yerine getirilmeyen yükümlülükler mahsup edilir Tazmin tutarı, kanuni ve akdi şartlar uyarınca yatırım kuruluşunun mahsup ve tazmin talepleri dikkate alınarak belirlenir (SerPK m. 85, f. 3). YTM tazmin ettiği tutarların toplamı kadar tedrici tasfiyede yatırımcıların kanuni halefi haline gelir (SerPK m. 85, f. 4).

YTM'nin tazmin sürecinin tamamlandığının bildirmesi üzeri Kurul tazmin sürecini kapatma kararı verir. YTM tazmin sürecinin sonuçları ile birlikte hakkında tedrici tasfiyenin veya iflasın yararlı olup olmayacağına dair gerekçeli görüşünü Kurula sunar (SerPK m. 85, f. 4). Kurul tazmin sürecinin kapanması kararı ile birlikte tedrici tasfiye kararı da verebilir. Bu karar ile tedrici tasfiye işlemleri YTM tarafından yürütülür. Kurul tarafından hakkında tedrici tasfiye kararı verilen yatırım kuruluşunun organlarının görev ve yetkileri, tedrici tasfiye kararı alınmasından itibaren sonuçlanıncaya kadar YTM geçer (SerPK m. 86, f. 1). Hakkında tedrici tasfiye kararının alınmasından sonra yatırım kuruluşunun ödemeler durur. Bu yatırım kuruluşunun malvarlığı üzerindeki tasarrufa tek yetkili YTM olarak belirlenmiştir (SerPK m. 86, f. 4).

Anahtar Kelimeler: Sermaye Piyasası, Yatırımcı Tazmin Merkezi, Yatırım Kuruluşu, Yatırım Araçları, Yatırımcı, Tazmin

RESOLUTION OF THE INVESTMENT FIRMS THAT ARE DECIDED TO BE COMPENSATED AND GRADUAL LIQUIDATION

Abstract

The capital market is an organized market that encounters long-term fund offerors and demanders. The legislator established Capital Market Law numbered 6362 (CML) aiming for capital markets to function and develop in a secure, transparent, efficient, stable, fair, and competitive environment. Another purpose of this Law is, to protect the rights and interests of investors (CML Art. 1) The duty of regulating and supervi-

sing the market is tasked to the Capital Markets Board (Board) (CML Art. 122).

Investment firms can be divided into three categories (CML Art. 3). The first and most commonly known one is the intermediary firm. The second one is capital market institutions whose establishment and activity principles are determined by the Board for investment services and activities (CML Art. 35). The third one is the banks that are subject to Banking Law numbered 5411. To be able to perform investment services and activities as a regular occupation, business, or professional activity receiving the Board's permission is obligatory (CML Art. 39). Within this context, investment services and activities are listed in CML Article 37, ancillary services are listed in CML Article 38 without limitation.

For the purpose of safeguarding the investors, the Board may decide to compensate the investors within three months when two situations occur. The first situation is, investment firms being unable to fulfill their obligations regarding cash payment or capital market instruments delivery. The second one is the recognition of investment firms being not able to fulfill their obligations regarding cash payment or capital market instruments delivery within a short period of time (CML Art. 82). After the compensation decision of the Board if there is a request from the Investor Compensation Centre (the ICC), it may be decided to suspend the payments of the firm and to grant the ICC sole authority to dispose of all of its assets (CML Art. 83, p.3).

The Board's compensation decision is carried out by the ICC which acquires legal personality. The ICC provides this compensation from the revenue that consists of entrance fees, annual fees, additional fees of investment firms, and not claimed deposits from investors that are not claimed and collected within ten years starting from the date of the last claim (CML Art. 83, p. 2-4).

The scope of compensation consists of claims arising from failure to fulfill cash payment or capital market instrument delivery obligations concerning assets belonging to investors kept or managed by investment

firms in the name of the investor concerning investment services and activities or ancillary services (CML Art. 84, p.1). Losses occurred by investors due to investment advice or price movements in the market are not included in the coverage of compensation. (CML Art. 84, p.2). Within this context, as for the year 2024, the maximum compensation amount to be paid to each investor is determined as 1.143.379 Turkish Liras.

The compensation claim must be demanded in a written form by the investors of the investment firms that are decided to be compensated. This is designated as a form of validity. The compensation claim must be demanded within a one year after the announcement of the compensation decision. The right of the investors who do not make a written compensation claim during this period shall lapse (CML Art. 85, p.1).

The ICC is obliged to make necessary arrangements to compensate as soon as possible the investors who have been entitled to compensation and to make payments within three months after determining the right holders and compensation amounts. This period of three months may be extended for a maximum of three months with the approval of the Board (CML Art. 85, p.2). Within this context, primarily, the capital market instruments held on behalf of investors are distributed to the rightful owners. The amounts of investor compensation claims shall be calculated based on unmet cash payment and capital market refund obligations.

The investment firm which acquire the capital market instruments are deducted for unfulfilled clearing obligations on the basis of each of every account. The compensation amount shall be determined within the consideration of deduction and compensation requests of investment firms based on legal and contractual conditions (CML Art. 85, p.3). The ICC shall be the legal successor of the investor's compensation amount that is gradual liquidation up to the total amount compensated (CML Art. 85, p.4).

After the completion of the investor compensation process, the Board shall decide to close the compensation process upon the notification of

the ICC. The ICC shall present the results of the compensation process to the Board along with its reasoned proposal on whether requesting the gradual liquidation or bankruptcy of those about whom an investor compensation decision had been taken is beneficial or not (CML Art. 85, p.4). The Board may also take the decision of gradual liquidation along with the decision to close the compensation process. With this decision gradual liquidation operations shall be conducted by the ICC. The duties and authorities of the statutory bodies of those about whom a gradual liquidation decision has been taken by the Board shall be fulfilled by the ICC starting from the gradual liquidation decision until the finalization of the liquidation (CML Art. 86, p.1). After the gradual liquidation of the investment firm is decided, payments shall be suspended. the ICC will solely have authorized of the disposition of the assets of investment firm. (CML Art. 86, p.4)

Key Words: The Capital Market, Investor Compensation Centre, Investment Institution, Capital Market Instruments Investors, Compensation

SİGORTA HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİM YÖNTEMİYLE ÇÖZÜMÜ

Dr. Öğr. Üyesi İlknur ULUĞ CİCİM*

Özet

Sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemlerinden biri sigorta tahkimidir. Sözleşme hukukunun konusu olması nedeniyle sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar temel olarak adli yargı sisteminde ele alınmaktadır. Ancak sigortacılık alanında ihtisas mahkemelerinin olmaması, yargı sürecinin uzun zaman alması ve masraflı olması gibi nedenler, adli yargıya taşınan uyuşmazlıklarda sigortalıların mağduriyetine neden olabilmektedir. Zararın telafisi uzun zaman aldığından, mevcut durum sigortanın var olma amacına da aykırılık teşkil etmektedir. Sigorta uyuşmazlıklarına ilişkin tüm bu sorunlar karşısında kanun koyucu birçok hukuk sisteminde var olan, uyuşmazlıkların etkin, hızlı ve daha düşük maliyetle çözüme kavuşturulmasını hedefleyen alternatif çözüm yollarından birisi olarak 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu kapsamında tahkim müessesesini düzenlemiştir. Sigortacılık Kanunu'nun 30. Maddesi hükmüyle Türkiye Sigorta ve Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği nezdinde oluşturulan tahkim komisyonuna başvurularak çözüme kavuşturulabileceği düzenlemiştir. Buna ek olarak, Sigortacılık Kanunu'nun 30.maddesine istinaden Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkarılan "Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik" ile de bu sisteme ait hususlar düzenleme altına alınmıştır.

Sigorta davalarının bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kurulmuş Sigorta Tahkim Komisyonunda görülmesi, davaların hızlı ve et-

* Dr. Öğr. Üyesi, Akdeniz Üniversitesi Hukuku Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: ilknuruluk@akdeniz.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5419-8302.

kin bir şekilde sonuçlanmasına büyük katkı sağlamakta ve başvurular açısından önemli avantajları beraberinde getirmektedir. Bu nedenle tahkim yargılamasının etkinliğinin güçlendirilmesi, hem yargılama sistemi hem de taraf menfaatleri açısından son derece önem arz etmektedir. Bu nedenle çalışmamızda sigorta tahkim sisteminin işleyişine ilişkin değerlendirme yaptıktan sonra uygulamada karşılaşılan sorunlar belirtilip çözüm yolları anlatılacaktır.

Anahtar kelimeler: Sigorta Tahkim, Sigorta Tahkim Yargılama Usulü, Sigorta Hakemi, Sigorta Tahkim Komisyonu, Tahkim Usulü.

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION FOR DISPUTES ARISING FROM INSURANCE CONTRACTS

Abstract

One of the methods is insurance arbitration. Being a subject of contract law because disputes arising out of insurance contracts are mainly judicial in nature. judicial system. However, specialization in the field of insurance lack of courts, the judicial process is time-consuming and costly such as the fact that, in disputes brought to the judicial jurisdiction, the insured may cause victimization. As it takes a long time to recover the damage, The current situation also contradicts the purpose of the existence of insurance.

In the face of all these problems related to insurance disputes, the legislator has the legal system is a system that is designed to resolve disputes efficiently, quickly and at a lower cost. as one of the alternative remedies aiming to resolve Law No. 5684 regulates arbitration under the Insurance Law.

Pursuant to Article 30 of the Insurance Law, Turkey Insurance and Reinsurance and the arbitration commission established within the Association of Pension Companies can be resolved by recourse to the courts. In addition to this, By the Undersecretariat of Treasury pursuant to Article 30 of the Insurance Law "Regulation on Arbitration in

Insurance", which was enacted by the "Regulation on Arbitration in Insurance". issues have been regulated. Insurance litigation as an alternative dispute resolution method the Insurance Arbitration Commission, which has been established, to ensure that cases are handled in a fast and efficient manner. contribute greatly to the finalization of the case and are important for the applicants. advantages. For this reason, arbitration proceedings strengthening the efficiency of the judicial system and the interests of the parties is of utmost importance. For this reason, in our study, insurance after making an assessment of the functioning of the arbitration system in practice problems encountered and solutions will be explained.

Key Words: Insurance Arbitration, Insurance Arbitration Procedure, Insurance Arbitrator, Insurance Arbitration Commission, Arbitration Procedure

MADEN ÇALIŞANLARI ZORUNLU FERDİ KAZA SİGORTASINDA SİGORTALININ AĞIR KUSURU VE SİGORTA TEMİNATININ KAPSAMI

Dr. Öğr. Üyesi Aydın Alber YÜCE*

Özet

Maden çalışanları zorunlu ferdi kaza sigortası (MÇZFKS), madencilik faaliyetlerinde bulunulan tesislerde istihdam edilenleri, çalışırken meydana gelebilecek maden kazalarına karşı teminat altına alan bir sigortadır. MÇZFKS Genel Şartları'nın A.4 "Teminat Dışı Kalan Haller" başlıklı maddesinde bazı olaylar teminat dışı hallerden sayılmıştır. Sayılan olaylara bakıldığında, bunların ve benzerlerinin farklı sigorta sözleşmelerine ait birçok genel şart içerisinde de teminat dışı bırakıldığı görülmektedir. Fakat, GŞ m. A. 4 hükmünün "g" bendindeki durum, madencilik kapsamında yürütülen işletmesel faaliyetler gereği sigortalının aleyhinedir. Öyle ki, bu bentte "sigortalının kendisini bile bile ağır tehlikeye maruz bırakacak hareketlerde bulunması" teminat dışı hallerden sayılmıştır. Netice itibarıyla bir can sigortası olan bu sigortada, sigortalının kendisini bile bile tehlikeye atacağını varsaymak ve bunu teminat dışı hallerden biri olarak işaret etmek, muhtemel suistimaller sonucunda sigortalının sözleşme uyarınca sahip olacağı haklardan yoksun kalmasına neden olabilir. Kanaatimizce, bu hükmün genel şartlar içinden tamamen çıkarılması sigorta ettiren ve sigortalı aleyhine gerçekleşebilecek olası suistimallerin önüne geçecektir.

Anahtar Kelimeler: Maden, Maden Kazaları, Maden Sigortası, Kaza Sigortası, Sigorta Genel Şartları

* Dr. Öğr. Üyesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: aayuce@erciyes.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6178-9143.

THE GROSS NEGLIGENCE OF THE INSURED PERSON AND THE SCOPE OF INSURANCE COVER IN THE COMPULSORY ACCIDENT INSURANCE FOR MINERS

Abstract

Compulsory Accident Insurance for Miners (MÇZFKS) is an Insurance that covers employees in facilities where mining activities are carried out against mining accidents that may occur during their operations. In Article A.4 "Cases excluded from insurance cover" of the General Conditions of MÇZFKS, certain events are listed as cases excluded from insurance cover. Analyzing the listed events, it becomes apparent that these and similar events are also excluded from insurance coverage in many General Terms and Conditions of various insurance contracts. The specific situation in letter "g" of Art. A. 4 of the GCI, however, is to the disadvantage of the insured person based on the operational activities carried out in the context of mining. Indeed, in this paragraph, "the conduct of the insured person that may deliberately expose him/her to a serious risk" is considered as one of the cases excluded from cover. In this insurance, which is a life insurance contract, assuming that the insured intentionally exposes himself to a serious risk and specifying this as one of the cases excluded from coverage may result in the insured being deprived of his rights under the contract due to possible abuses. Removing this provision entirely from the General Terms and Conditions will, in our opinion, prevent possible abuses to the detriment of the insurer and the insured.

Key Words: Mine, Mining Accidents, Mining Insurance, Accident Insurance, General Insurance Terms and Conditions

TAHKİMDE ANONİM ŞİRKETLERİN TEMSİLİ

Arş. Gör. Bengi SARGIN*

Özet

Taraflar arasında doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıkların devlet yargılaması dışında, taraflarca seçilen hakemlerce çözülmesine ve karara bağlanmasına tahkim adı verilmektedir. Tahkimde, özel hukuktan kaynaklanan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir uyuşmazlık, devlet mahkemeleri yerine bir ya da birden fazla hakemlerden oluşan kişilerce, tarafları bağlayıcı bir kararla çözülmektedir.

Tahkim yargılamasına, kural olarak, taraflar kendi iradeleriyle başvurumaktadırlar. Taraf iradelerinin tahkime başvurma şeklinde olduğuna dair en önemli kanıt, tarafların aralarında yapmış oldukları tahkim sözleşmesidir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 412/1'e göre; *"Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümününün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır."* Benzer bir tanım, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da yer almaktadır. Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) m. 4/1'e göre; *"Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümününün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır."*

Bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesine yönelik tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları, tahkim sözleşmesinin kurucu unsurlarındandır. HMK m. 412/2 ve MTK m. 4/1'e göre, tahkim

* Arş. Gör., Yozgat Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: bengi.sargin@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6708-630X.

sözleşmesi taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılır. Yazılı şekil şartı, geçerlilik şartıdır.

Tarafların devlet yargısı yerine tahkim yoluna başvurmasının birçok nedeni bulunmaktadır. Bunlar arasında, hakemlerin ilgili konuya dair uzmanlık düzeyinde bilgiyi haiz olmaları, devlet yargılamasına nazaran uyuşmazlığın daha kısa sürede ve daha ekonomik bir biçimde çözümlenmesi yer almaktadır. Ayrıca sürecin gizli bir biçimde yürütülebilmesi de tarafların tahkim yoluna başvurmasının en önemli nedenlerinden bir tanesidir.

İrade özgürlüğü prensibinin bir tezahür biçimi olan tahkim kurumu, günümüzde sıklıkla başvuru alan bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Uygulamaya bakıldığında, uluslararası ticaretin hız kazanmasıyla birlikte doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinde hem dünyada hem de ülkemizde ciddi bir artış görülmektedir.

Türkiye, tahkim kurumuna yabancı bir ülke değildir. Kurumsal olarak, İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) 1979 tarihinden beri hizmet vermektedir. Aynı şekilde Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Türkiye Barolar Birliği tarafından kurulan tahkim merkezlerinde uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözümlenebilmektedir. Bu alanda, kanun koyucu tarafından da son yıllarda çeşitli düzenlemeler yapılmaktadır. Bu düzenlemelerin en başında gelen 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu ile İstanbul Tahkim Merkezi kurulmuştur.

Tahkime yönelik artan bu talep, tahkim yargılaması ile ilgili çeşitli sorunları da beraberinde getirmiştir. Günümüzde, tahkim uygulamasında taraf olarak en çok anonim şirketler ile karşılaşmaktadır. Zira anonim şirketler, uluslararası ticaretin en önemli aktörlerinden bir tanesidir. Ancak uygulamada, tahkim yargılamasında anonim şirketleri kimin / hangi organın temsil edeceği hususunda tereddütler bulunmaktadır. Öğretilerde, bu konuya ilişkin herhangi bir monografik çalışma henüz bulunmamaktadır.

Yapılan bu çalışma ile öncelikle, uygulamada sıklıkla karşılaşılan, tahkimde anonim şirketleri kimlerin temsil edebileceği sorusuna cevap aranacaktır. Bununla birlikte, başta temsil yetkisinin devri olmak üzere çeşitli ihtimaller bakımından da konu açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tahkimde Anonim Şirketlerin Temsili, Anonim Şirketlerin Temsili, Tahkimde Taraf Temsili, Anonim Şirket, Tahkim

REPRESENTATION OF JOINT-STOCK COMPANIES IN ARBITRATION

Abstract

Arbitration is the process of settling and adjudicating disputes that have arisen or may arise between the parties by arbitrators selected by the parties, outside of civil jurisdiction. In arbitration, a dispute arising out of private law and freely disposed of by the parties is resolved by one or more arbitrators instead of the state courts, with a decision binding on the parties.

As a rule, the parties voluntarily submit to arbitration proceedings. The most important evidence of the parties' will is the arbitration agreement concluded between the parties. According to Article 412/1 of the Civil Procedure Code (CPC) No. 6100; *"An arbitration agreement is an agreement between the parties to submit to an arbitrator or arbitral tribunal the resolution of all or part of the disputes that have arisen or may arise out of a contractual or non-contractual legal relationship."* A similar definition is provided in the International Arbitration Code No. 4686. According to Article 4/1 of the International Arbitration Code (IAC); *"An arbitration agreement is an agreement between the parties to settle through arbitration all or certain disputes that have arisen or that may arise from an existing legal relationship, whether contractual or not."*

The mutual and consentaneous declarations of will of the parties to resolve a dispute through arbitration are constitutive elements of an arbitration agreement. Pursuant to Art. 412/2 of the CPC and Art. 4/1 of the IAC, an arbitration agreement may be concluded as a clause of the contract between the parties or as a separate contract. The requirement of written form the condition for validity.

There are many reasons for parties to resort to arbitration instead of state proceedings. Among these reasons are the arbitrators' specialized

knowledge of the relevant subject matter and the fact that the dispute can be resolved in a shorter time and in a more economical manner compared to state proceedings. In addition, the confidentiality of the process is one of the most important reasons for the parties to resort to arbitration.

Arbitration, which is a manifestation of the principle of freedom of will, is a frequently used dispute resolution method today. In practice, with the acceleration of international trade, there has been a significant increase in the settlement of disputes through arbitration both all over the world and in homeland.

Türkiye is no stranger to arbitration. Institutionally, the Istanbul Chamber of Commerce Arbitration and Mediation Center (ITOTAM) has been in service since 1979. Likewise, arbitration centers established by the Turkish Union of Chambers and Exchange Commodities and Union of Turkish Bar Associations can resolve disputes through arbitration. In recent years, various regulations have been made by the legislator in this field. The Istanbul Arbitration Center was established with the Istanbul Arbitration Center Code No. 6570.

This increasing demand for arbitration has brought along various problems related to arbitration proceedings. Nowadays, joint stock companies are the most common parties to arbitration practice. This is because joint stock companies are one of the most important actors in international trade. However, in practice, there are hesitations as to who / which body will represent joint stock companies in arbitration proceedings. In the doctrine, there is no monographic study on this issue yet.

With this study, first of all, an answer will be sought to the question of who can represent joint stock companies in arbitration, which is frequently encountered in practice. In addition, the issue will also be clarified in terms of various possibilities, particularly the delegation of representation authority.

Key Words: Representation of Joint Stock Companies in Arbitration, Representation of Joint Stock Companies, Party Representation in Arbitration, Joint Stock Company, Arbitration

İŞ HUKUKUNDAN DOĞAN İHTİLÂFLARDA AB DELEGASYONLARININ YARGI MUAFİYETİ*

Arş. Gör. Beyza BAYRAKTAR**

Özet

Yargı muafiyetini ve iş hukukundan doğan uyuşmazlıklarda mahkemeye erişim hakkını spektrumun iki ucu olarak düşünebiliriz. Son yıllarda ulusal ve uluslararası mahkeme kararlarında yargı muafiyetine verilen ağırlık sebebiyle şiddetle artan tartışmalar karşısında Avrupa Birliği'nin (AB) ve AB Delegasyonlarının korunaklı bir liman olarak kaldığı tespit edilmiştir. Bu durumun, AB'nin güçlendirilmiş yargı mekanizmasının ve AB delegasyonlarında çalışan yerel personel için istihdam koşulları ve sosyal güvenlik programlarında yapılan reformların bir sonucu olduğu düşünülmektedir.

Doktrinde yargı muafiyeti konseptinin AB ve AB Delegasyonları için henüz bir sorun teşkil etmediği tespit edilmiştir. Nitekim yargı muafiyetine yönelik itirazlar, AB delegasyonları bakımından daha önce sınırlı sayıda davada ya kabul edilmişti ya da uygulamaya hiç yansımamıştı. Buna karşın son dönemdeki yargılamalar, konjonktürel sebeplerin farklı uygulamalara ve uyuşmazlıklara yol açabileceğini göstermiştir. Bu doğrultuda AB delegasyonunun '*tam*' diplomatik muafiyeti haiz olduğuna ilişkin savunması karşısında, ilk kez bir ulusal mahkeme tarafından, 78 işçinin açtığı davada delegasyonun yargı bağımsızlığının bulunmadığına karar verilmesi dönüm noktası niteliğindedir. Söz konusu davalar Türk mahkemeleri önünde görülmüştür.

* Söz konusu çalışma tarafımca, 21.04.2023 tarihinde Hollanda'da Groningen Üniversitesi'nde Jean Monnet Ağı kapsamında doktora çalıştayında sunulmuştur.

** Arş. Gör., Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: beyzabayraktar@karatekin.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2382-2176.

Bu kapsamda AB delegasyonunun hukukî statüsünün ve sürekli olarak bulunduğu devlet ile yaptığı antlaşmalarda yer alan 'diplomatik' bağımsızlıkları içeren hükmün hukukî etkisinin üzerinde yeniden durulması gerekmektedir. Bu hükmün yargı bağımsızlığı bakımından anlamı Viyana Sözleşmesi, Avrupa'da ve Avrupa dışındaki elçiliklerde çalışan personelin açtığı davalarda geline son noktadaki hâkim uygulama ve uluslararası mahkeme kararları doğrultusunda ele alınarak karşılaştırılmalı bir analiz yapılacaktır.

Nihayetinde belli şartların gerçekleşmesi halinde AB Delegasyonu'nun yargı bağımsızlığının kapsama alanı dışında bırakılan iş hukukundan doğan uyuşmazlıklar tespit edilerek, söz konusu uyuşmazlık özelinde AB Delegasyonu nezdinde ilk kez sorun olma özelliği gösteren yargı bağımsızlığı konseptinin, benzer hukukî statüye sahip Büyükelçilikler bakımından yeni olmadığı tespit edilmiştir. Yargı bağımsızlığının her bir süje bakımından farklı gerekçeler ile temellendirildiği bilinmekle birlikte bugün geline noktada, ilgili korumanın, artık yargı bağımsızlığından yararlananın statüsünden ziyade bağlam odaklı hale geldiği bir gerçektir.

Nihayetinde yargı bağımsızlığından yararlanan diğer süjelerde gelişen kronikleşen problemin aksine, AB için bu konu görece yeni bir problemdir. Bu doğrultuda ileriye dönük gerçekleştirilen uzlaşmanın geçmişe dönük bir iş birliği ile tamamlanması umutla beklenmektedir. Nitekim ilgili problem AB için yeni olsa da elçilikler için yeni değildir ve bugün bu konuda yaygın bir şekilde çözüm sağlanmıştır. Özel hukuktan doğan taleplerle sınırlı olarak diğer büyükelçiliklere yöneltilen davalarda ilgili büyükelçiliklerin rutin yahut ikincil görevleri yerine getiren personelinin icra bağımsızlığı engeline maruz bırakıp bırakmadığı dikkate alınması gereken bir emsaldir.

Anahtar Kelimeler: AB Delegasyonları, Diplomatik Misyonlar, Diplomatik Muafiyet, Devletlerin Yargı Muafiyeti, Adalete Erişim Hakkı, Yargı Muafiyeti, İş Hukuku

EU DELEGATIONS AS QUASI-EMBASSIES: DO THEY ENJOY IMMUNITY FOR EMPLOYMENT DISPUTES ARISING FROM LABOUR LAW?

Abstract

It is widely believed that jurisdictional immunity and the right of access to justice in employment disputes are the two ends of the spectrum. It has been found that the European Union (EU) and EU Delegations have remained a safe harbor in the face of increasing controversy in recent years due to the weight given to the first end of the spectrum. It can be argued that firstly, this is a consequence of the EU's enhanced judicial mechanism, and secondly, it is the result of both reform of employment conditions and social security schemes for local staff in EU delegations. In this atmosphere, the doctrine recognizes that the concept of jurisdictional immunity has not yet posed a problem for the EU and EU Delegations. The plea of diplomatic immunity has previously been accepted in a limited number of cases for EU Delegations or has not been reflected in practice at all. However, cyclical reasons may cause different practices and disputes. In this respect, in a case separately brought in Türkiye by 78 employees of the EU Delegation, the Turkish Court of Cassation's 78 individual decisions; to hold the Delegation without jurisdictional immunity -despite the plea of 'full' diplomatic immunity-, has been a critical juncture, thus occurred for the first time in a national court.

Considering the above-mentioned issue, there are many pending cases including new ones since 2022. Hence, the legal status of the EU Delegation and the legal effect of the permanent 'diplomatic' immunity clause in its treaties with the State should be re-emphasized. In this paper, the meaning of this provision in terms of jurisdictional immunity will be comparatively analyzed in line with the Vienna Convention -the current prevailing practice in cases brought by the staff of embassies in and outside Europe- as well as the decisions of international courts. It has been determined that the concept of jurisdictional immunity -a first-time problem before the EU Delegation- is not new for embassies with similar

legal status. It is known that jurisdictional immunity considers different grounds for each subject, however, today's demonstrated fact is that the relevant protection has become context-oriented rather than based on the status of the beneficiary of jurisdictional immunity. This is a relatively new problem for the EU, unlike the chronic problem that has developed in other subjects benefiting from jurisdictional immunity. In this respect, it is hoped that the prospective compromise will be complemented by retrospective cooperation. Although the problem is new for the EU, it is good to reiterate that it's been ongoing for embassies, and today the problem has been widely resolved. It is noteworthy whether the embassies raise the plea for immunity from enforcement against their routine or secondary tasks staff face of actions against claims arising from private law.

Key Words: EU Delegations, Diplomatic Missions, Diplomatic Immunity, State Immunity Access to Justice, Immunity from Jurisdiction, Labour Law

SİNEMA ESERİ OYUNCULARININ ADİL BEDEL ALMA HAKKINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER VE ÖZELLİKLE FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU MADDE 52 İLE MADDE 80/5'İN ELEŞTİRİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Barış GÖZÜBÜYÜK*

Özet

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) 52 nci maddesinde mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve devredilmek istenen hakların ayrı ayrı gösterilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Bununla beraber, mezkûr hükümde devir sözleşmeleri ile lisans sözleşmeleri aynı şekil şartına tabi kılınmıştır. Anılan Kanun'un 80 inci maddesi kapsamında sinema eseri oyuncularını icracı sanatçı niteliği taşımaktadır. FSEK m. 80/5'te, icracı sanatçıların mali haklarını uygun bir bedel karşılığında sözleşme ile yapımcıya devredebilecekleri hükme bağlanmıştır. Film yapımcıları, sinema oyuncularına kıyasla ekonomik açıdan güçlü konumdadırlar. Bu bağlamda, film yapımcıları sermaye gücünü kullanarak sinema oyuncularından tüm mali hakları sözleşme aşamasında devralmakta ve bunun karşılığında sinema oyuncularına yalnızca bir defaya mahsus ücret ödemektedirler. Bununla beraber, bir kez çekilen filmin televizyon kanallarına, internet platformlarına satışı tekrar tekrar yapılmakta ve yapımcılar yeniden gösterimlerden önemli gelir elde etmektedirler. Sinema oyuncularını ise mali haklarını ilk başta devretmek zorunda kaldıklarından yıllara sâri olan bu gelirlerden pay alamamaktadırlar. Bu uygulama, sözleşmenin güçsüz tarafını oluşturan

* Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Fikri Mülkiyet Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: barisgozubuyuk@hacettepe.edu.tr, ORCID:0000-0002-5362-2757.

sinema oyuncularının mağduriyetine yol açmaktadır. Zira sinema oyuncularını yapımcılara karşı koruyan herhangi bir hüküm Kanunda yer almamaktadır. Bu bağlamda, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısının kadük olması nedeniyle söz konusu sorunlar güncelliğini korumaktadır. Bu çalışmanın temel amacı başta FSEK m. 80/5 olmak üzere Kanun'un muhtelif hükümlerinde sinema oyuncularının mağduriyetine yol açan hükümleri analiz etmek ve gerekli görülen noktalarda ise çözüm önerilerinde bulunmaktır. Bu amaç doğrultusunda, çalışma tam anlamıyla bir karşılaştırmalı hukuk çalışması olmamasına rağmen, sinema oyuncularının yeniden satıştan adil bedel alma hakkına ilişkin olarak 2019/790 sayılı Avrupa Birliği Direktifi ve üye ülke mevzuatlarındaki örneklerden yararlanılmıştır. Çalışmada öncelikle, icracı sanatçı kavramı yapılarak sinema oyuncularının icracı sanatçılar arasındaki konumu ortaya konulacak, sonrasında Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer alan ve sinema oyuncularını ile sinema yapımcıları arasındaki güç dengesizliğini derinleştiren hükümlere değinilecek ve nihayetinde gerekli görülen noktalarda çözüm önerileri yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Adil Bedel, Sinema Eserleri, Sinema Oyuncuları, Film Yapımcıları, Yeniden Satış

EVALUATIONS ON THE RIGHT OF FILM ACTORS TO RECEIVE FAIR REMUNERATION AND CRITICISM OF ARTICLE 52 AND ARTICLE 80/5 OF THE LAW ON INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS

Abstract

Article 52 of the Law No. 5846 on Intellectual and Artistic Works (FSEK) stipulates that agreements and disposals regarding economic rights must be in writing and the rights to be transferred must be indicated separately. However, the aforementioned provision subjects transfer agreements and license agreements to the same form requirement. Wit-

hin the scope of Article 80 of the aforementioned Law, actors of audio visual works qualify as performing artists. Article 80/5 of the FSEK stipulates that performing artists may transfer their economic rights to the producer in return for an appropriate fee. Film producers are in an economically stronger position compared to movie actors. In this context, film producers use their capital power to take over all economic rights from movie actors at the contractual stage and in return, they pay movie actors only a one-off fee. In addition, once a movie is shot, it is repeatedly sold to television channels and internet platforms, and producers earn significant revenues from reruns. Movie actors, on the other hand, do not receive a share of these revenues over the years as they have to transfer their economic rights in the first place. This practice leads to the disadvantage of film actors, who constitute the weaker party of the contract. This is because there is no provision in the Law that protects movie actors against producers. In this context, the aforementioned problems are still current as the Draft Law on the Amendment of the Law on Intellectual and Artistic Works No. 5846 has lapsed. The main purpose of this study is to analyze the provisions of various provisions of the Law, particularly Article 80/5 of the Law, which lead to the victimization of film actors and to propose solutions where deemed necessary. For this purpose, although the study is not a comparative law study, the European Union Directive No. 2019/790 on the right of movie actors to receive fair remuneration from resale and the examples in the legislation of the member states have been utilized. In the study, firstly, the concept of performing artist will be introduced and the position of movie actors among performing artists will be revealed, then the provisions in the Law on Intellectual and Artistic Works that deepen the power imbalance between movie actors and movie producers will be mentioned, and finally, solution suggestions will be made where necessary.

Key Words: Fair Price, Cinema Works, Cinema Actors, Film Producers, Resale

HASTA ÖZERKLİĞİNİN BİR GÖRÜNÜMÜ OLAN İLERİYE YÖNELİK HASTA TALİMATLARINA İLİŞKİN GÜNCEL GELİŞMELER VE BAZI ÖNERİLER

Dr. Öğr. Üyesi Şafak PARLAK BÖRÜ*

Özet

Ortalama yaşam süresinin artması ve yaşlanan toplum bir yandan insanlık adına bir başarıyı bünyesinde barındırırken, diğer yandan beraberinde bazı önemli sorunları getirmektedir. Kişinin karar verme yetisini kaybetme riskine karşın, böyle bir durumda devreye girmesi için önceden hazırladığı ileriye yönelik hasta talimatları bu bağlamda hukuk düzenlerinin mercek altına aldığı sorunlardan biridir. Meseleye ilişkin hareket noktası her ne kadar yaşlı kimseler olsa da; sağlıklı, genç bir kişinin de gelecekte ayırt etme gücünden yoksun kalabileceği ihtimalini gözeterek, bedeni ve yaşamına ilişkin kararlarda söz sahibi olma isteğiyle hareket etmesi gayet mümkündür.

İleriye yönelik hasta talimatları, Türkiye’de tıp dünyasının henüz çok aşına olduğu bir kavram olmadığı gibi; hukukumuzda da bu tür talimatları bağlayıcı kılan, kapsamlı ele alan bir yasal düzenleme mevcut değildir. Bu durumun olası bir açıklaması, hasta talimatlarının tıp dünyasındaki hakimiyetini uzun süre sürdürmüş olan ve hekimin tek otorite olarak kabul edildiği paternalist yaklaşımla uyumlu olmamasıdır. Dolayısıyla birey (hasta) özerkliğinin hukuk düzlemine bir yansıması olan ileriye yönelik hasta talimatlarının ve bu konudaki gelişmelerin, son yıllarda hasta-hekim ilişkisine dair bakış açısındaki değişikliklerle bağlantılı olarak ele alınıp değerlendirilmesi gerekir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: sparlak@law.ankara.edu.tr, ORCID:0000-0002-9843-6034.

Türk hukukunda kanun düzeyinde henüz ele alınmamış olsa da, hasta talimatlarının hukuk düzenimize tamamen yabancı olduğu da söylenemez. Konu Türkiye'nin 2003'de onaylamış bulunduğu İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ile kısmen hukukumuzda girmiştir. Konuyu bu kavram altında değilse de, içerik olarak ele alan Sözleşmenin 9. maddesi, hasta talimatlarının bağlayıcılığını düzenlemekten çekinen bir tutumla kaleme alınmıştır. Eleştirel yönleri olsa da, bu çerçeve hüküm Sözleşmeyi onaylamış ülkelerde hastanın ileriye yönelik isteklerinin tavsiye niteliğinin kabulü bağlamında önemli bir adımdır. İç hukukumuz bakımından, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 2014'de değiştirilen 24. maddesinde de çerçeve hükmün tekrarı mahiyetinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Avrupa Konseyi'nin 2009 tarihli 'Ehliyetsizlik Durumları için İleriye Yönelik Hasta Talimatları ve Süregelen Temsil Yetkisine İlişkin Tavsiye Kararı'nda ise yukarıda anılan çerçeve hükmün barındırdığı bazı olumsuzlukların giderilmesine, hükmün somutlaştırılmasına hizmet eden adımlar atılmaya çalışılmıştır. Nitekim hasta talimatlarının Avrupa Konseyi ülkelerinde giderek artan şekilde ele alınıp düzenlenmesinde anılan tavsiye kararının kılavuz olma niteliğiyle önemli etkisi olduğu ifade edilebilir.

Hasta-hekim ilişkisinin hastanın söz ve kendi kaderini tayin hakkının önem kazandığı karşılıklı bir tedavi ilişkisine evrilmesiyle, ileriye yönelik hasta talimatlarının önemi artmıştır. Bu anlayışa paralel olarak, karar verme yetisinin ileride kaybedilebilirliği riskini gözeterek, kişinin rıza verme özgürlüğüne sahip olduğu konularda ileriye yönelik bir karar alma mekanizmasına sahip olması gerektiği kabul görmeye başlamıştır. İleriye yönelik hasta talimatları 1960'lı yıllarda ABD.'de gündeme getirilmiş ve günümüzde artık pek çok ülkede yasal dayanağa kavuşturulmuştur. Ancak konuya ilişkin yeknesak bir bakış açısı olmayıp, etik ve hukuki kaygıların anılan düzenlemelere bağlanan sonuçların ülkeden ülkeye değişmesine neden olduğu gözlenmektedir. Tebliğimizde kısaca kavramın ortaya çıkışı, sonrasında hukuk sistemlerinde bu kavramın düzenleniş şekilleri olan yönlendirici hasta talimatları ve süregelen tem-

sil yetkisi bakımından karşılaşılan yasal düzenlemeler ve bu noktada özellikle ileriye yönelik hasta talimatlarının bağlayıcılığına ilişkin aranan hususlarda farklılaşan tercihler karşılaştırmalı hukuk ışığında ele alınacaktır. Nihayetinde Türk hukuku bakımından bazı önerilere yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: İleriye Yönelik Hasta Talimatları, Hasta Hakları, Temsil, Ayırt Etme Gücünün Kaybı, Hasta Özerkliği

CURRENT DEVELOPMENTS ON ADVANCE HEALTHCARE DIRECTIVES AS A VIEW OF PATIENT AUTONOMY AND SOME SUGGESTIONS ON THE SUBJECT

Abstract

While the increase in average life expectancy and the aging society represent a success for humanity, on the other hand, they bring with them some important problems. Healthcare directives prepared in advance to be activated in such a situation, taking into account the risk of losing the person's decision-making ability, are one of the problems that legal systems put under the spotlight in this context.

There is no legal regulation in our law that makes healthcare directives binding and comprehensively addresses them. A possible explanation for this situation is that healthcare directives are not compatible with the paternalistic approach that has long dominated the medical world, in which the physician is considered the sole authority. Therefore, healthcare directives, which are a reflection of individual autonomy, and developments in this regard should be considered and evaluated in connection with the change in perspective on the patient-physician relationship in recent years.

Healthcare directives are not completely unknown to our legal system. The subject has partially entered our law with the Convention on Human Rights and Biomedicine, which Turkey ratified in 2003. Although it has its critical aspects, the framework provision of the Convention

(Art. 9) is an important step in the context of accepting the advisory nature of the patient's future wishes in countries that have ratified the Convention. In the Council of Europe's Recommendation regarding *principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity*, steps were tried to be taken to eliminate some of the negativities contained in the above-mentioned framework provision and to concretize the provision. As a matter of fact, it can be stated that the mentioned recommendation has a significant impact as a guide in the increasing consideration and regulation of advance healthcare directives in the Council of Europe countries.

As the patient-physician relationship evolves into a mutual treatment relationship in which the patient's right to voice and self-determination becomes important, the importance of healthcare directives has increased. In connection with this understanding, it has begun to be accepted that a person should have a prospective decision-making mechanism on matters in which he has the freedom to give consent, taking into account the risk of losing his decision-making ability in the future. Healthcare directives were brought to the agenda in the USA in the 1960s and have now gained a legal basis in many countries. However, there is no uniform perspective on the subject, and it is observed that ethical and legal concerns cause the consequences of the aforementioned regulations to vary from country to country. In our communiqué, the emergence of the concept will be discussed briefly, and then the legal regulations encountered in terms of living will and continuing power of attorney, which are the ways in which this concept is regulated in legal systems, and at this point, the differing preferences in terms of the binding nature of advance healthcare directives will be discussed in the light of comparative law. Finally, some suggestions will be given in terms of Turkish law.

Key Words: Advance Healthcare Directive, Patient Rights, Continuing Power of Attorney, Loss of Mental Capacity, Patient Autonomy

İSVİÇRE VAKIF HUKUKU VE GÜNCEL GELİŞMELER

Arş. Gör. Dr. Haydar Bayram ÖZEDÖNER*

Özet

İsviçre medenî hukuk sisteminde vakıf, normal olarak, belirli bir amaç için malvarlığının vakfedilmesiyle kurulan tüzel kişilik olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu bu amaç kamu yararına olmalıdır. Vakfedenin özerk bir iradeye sahip olması (yani hukukî ehliyete sahip olması) şeklindeki temel medenî hukuk gerekliliğinin yanı sıra, bir vakıf senedinin iki unsuru mutlaka bulundurması gerekir. İlki, maddî unsur olarak bağış (malvarlığı) ve ikincisi sübjektif unsur olarak amaçtır. Bağış, bir vakfî dernekler ve savunuculuk grupları (advocacy groups) gibi kâr amacı gütmeyen sektördeki (veya sivil toplumdaki) diğer kurumlardan ayıran unsurdur.

Vakıf, tüzel kişiler sisteminde özel bir konuma sahiptir. Bir kurucu tarafından belirli bir malvarlığı, belirli bir amaç için özgülendir. Bu özgülleme ile malvarlığı, önceki malikinin hâkimiyet alanında çıkar ve bağımsız bir tüzel kişiliğe ait olarak sonsuza kadar soyutlanır. Sonuç olarak özgülünen malvarlığı, sahibi ve üyesi olmayan bir tüzel kişiliğe ait olur, bağımsız özel amaçlı bir varlık hâline gelir. Kurumsal yapılar içerisinde, kamu hukukuna tâbi olanların aksine, özel hukuka tâbi bir kurumdur (ZGB m. 52). Vakıf, vakfedenin vasiyetini yerine getiren ve genellikle hak sahiplerine ödeme yaparak (veya bir şekilde faydalı olarak) vakfın amacını gerçekleştiren organlar tarafından yönetilir. Vakfın amacı herkese yönelik hayırsever bir faaliyet olabileceği gibi, daha özel nitelikte de olabilir.

* Arş. Gör. Dr. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: bayramaslan@inonu.edu.tr, ORCID:0000-0001-9759-9029.

Günümüzdeki vakıf kurumunun, esas olarak, hukukî dogmaya dayanan “kurgusal teori”yi kullanarak, tüzel kişi kavramını inşa eden Friedrich Carl von Savigny tarafından tasarlandığı söylenebilir. Hukukun gerçek kişilere tanıdığı görünümü Savigny, kişi ve eşya birliklerine taşımış ve onlara bu yapıları vererek sunî bir hukukî görünüm kazandırmıştır. Tabii ki, özel hukuk sisteminde böyle bir konsept meydana getirmek sadece devletin görev alanında ve yetkisindedir. Savigny tüzel kişilik konseptinin fikir babası veya yaratıcısı olarak anılmaktadır. Devlet tarafından bağımsız bir kişilik olarak tanınma, bu birliklerin hukukî işlemlerinden devletin bilgisi olmasını sağlamıştır. Bununla birlikte, bu kendine özgü ve temelde ölümsüz varlıkların, devletin kontrolü altında ve bir sisteme bağlı olarak yaşamalarının önünü açmıştır. Kişi birliklerinin oluşturduğu kurumlardan farklı olarak, vakıf kendine özgü bir tüzel kişiliktir ve Mühlenbruch'un etkisiyle “belirli bir amaca adanmış malvarlıklarının özü” olarak tanımlanabilir.

İsviçre vakıf hukukunun kökeni 01.01.1900'de yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu'na (BGB) dayanır. Vakıfların ilk düzenlendiği yer İsviçre Medeni Kanunu'dur (ZGB). 1907'de hazırlanmış ve 01.01.1912'den itibaren yürürlüğe girmiştir. Aradan geçen zaman süresince, İsviçre vakıf hukukunda nerdeyse hiçbir değişiklik olmamıştır.

İsviçre vakıf hukuku genel olarak değerlendirildiğinde, liberal ve dengeli olarak tanımlanabilir. Ayrıca 100 yılı aşkın bir süredir kendini kanıtlamış olan temelde klasik (geleneksel) bir vakıf modeline sahip olduğu iddia edebilir. Ancak uluslararası ilişkilerin gelişmesi ve devletlerin arasındaki ilişkilerin güçlenmesi, özellikle de giderek artan sınır ötesi vakıf faaliyetleri, yüz yıllık köklü İsviçre vakıf hukukunu da değiştirmeye zorlamaktadır. Bu gelişmelere ayak uydurmak ve diğer ülkelerle rekabet edebilmek için, İsviçre vakıf hukuk sisteminin yavaş yavaş ancak sürekli olarak değiştiği gözlemlenmektedir. Değişmeyecek olan şey ise, vakıfların bir kurum olarak kâr amacı gütmeyen (ve/veya kontrollü şekilde özel amaçları bulunan) tüzel kişilikler olmasıdır.

Anahtar Kelimeler: İsviçre Hukuku, İsviçre Vakıf Hukuku, Vakıf Hukuku, Güncel Gelişmeler, Vakıf Kurulu

SWISS FOUNDATION LAW AND CURRENT DEVELOPMENTS

Abstract

In the Swiss civil law system, a foundation is normally defined as a legal entity established by dedicating assets for a specific purpose. This purpose must be in the public interest. In addition to the basic civil law requirement that the donor has an autonomous will (i.e., legal capacity), a foundation deed must contain two elements. The first is the donation (assets) as the material element and the second is the purpose as the subjective element. Endowment is what distinguishes a foundation from other institutions in the nonprofit sector (or civil society), such as associations and advocacy groups.

The foundation has a special position in the legal entities system. A certain asset is allocated by a founder for a certain purpose. With this allocation, the asset ceases to be within the domain of the previous owner and is isolated forever as belonging to an independent legal entity. As a result, the allocated asset belongs to a legal entity that has no owner or member and becomes an independent special purpose entity. Among institutional structures, it is an institution subject to private law, unlike those subject to public law (ZGB art. 52). The foundation is managed by bodies that carry out the will of the founder and achieve the purpose of the foundation, usually by making payments (or benefiting them in some way) to the beneficiaries. The purpose of the foundation may be a charitable activity for everyone, or it may be more specific.

It can be said that today's foundation institution was essentially designed by Friedrich Carl von Savigny, who constructed the concept of legal person using the "speculative theory" based on legal dogma. Savigny transferred the appearance that the law gives to real persons to associations of persons and things, and gave them an artificial legal appearance by giving them these structures. Of course, creating such a concept in the private law system is only within the jurisdiction and authority of the state. Savigny is credited as the originator or originator of the legal entity concept. Recognition by the state as an independent entity ensu-

red that the state was aware of the legal transactions of these unions. However, it paved the way for these distinctive and essentially immortal beings to live under the control of the state and dependent on a system. Unlike institutions formed by associations of individuals, a foundation is a unique legal entity and, under the influence of Mühlenbruch, can be defined as "the essence of assets dedicated to a specific purpose".

The origin of Swiss foundation law dates back to the German Civil Code (BGB), which came into force on 01.01.1900. The first place where foundations are regulated is the Swiss Civil Code (ZGB). It was prepared in 1907 and came into force as of 01.01.1912. During the intervening time, there has been almost no change in Swiss foundation law.

When considered in general, Swiss foundation law can be described as liberal and balanced. It can also claim to have a fundamentally classical (traditional) foundation model that has proven itself for over 100 years. However, the development of international relations and the strengthening of relations between states, especially the ever-increasing cross-border foundation activities, are forcing the century-old, well-established Swiss foundation law to change. In order to keep up with these developments and compete with other countries, it is observed that the Swiss foundation legal system is changing slowly but constantly. What will not change is that foundations, as institutions, are non-profit legal entities (and/or have specific controlled purposes).

Key Words: Swiss Law, Swiss Foundation Law, Foundation Law, Developments, Foundation Board

MALPRAKTİSTEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

Arş. Gör. Hasan Ali GÜÇLÜ*

Özet

Bilgisizlik, tecrübesizlik ya da hekimin hata yapması sebebi ile hastanın zarar görmesi anlamına gelen malpraktis ya da hatalı tıbbi uygulama sebebi ile hekimlerin hukuki, cezai ve idari sorumluluklarının gündeme gelmesi mümkündür. Hekimlerin, insan yaşamı ile doğrudan ilgili bir mesleğe sahip olmaları sebebi ile ağırlaştırılmış özen yükümlülükleri vardır. Özenin eksik gösterilmesi durumunda hekimin sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu tebliğte hekimin sadece hukuki sorumluluğu ele alınacaktır. Hekimin, cezai ve idari sorumluluğu çalışmanın kapsamı dışındadır.

Malpraktis ya da hatalı tıbbi uygulama sebebi ile hukuki sorumluluğu tespit etmek için öncelikle tıbbi müdahaleyi uygulayacak kişilerin kimler olacağını tespit etmek gerekecektir. Malpraktisten söz edebilmek için uygulamayı yapan kişinin kanunen yetkili kişi olması gerekmektedir. Tıbbi müdahalede bulunma yetkisi, esas itibariyle hekime verilmiş bir yetkidir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına İlişkin Kanun'a göre tıbbi müdahalede bulunabilecek kişiler hekim, diş hekimi, ebe, sağlık memuru, sünnetçi ve hasta bakıcı hemşirelerdir.

Malpraktis sebebi ile hekimi sorumlu tutmanın hukuki dayanağı tek bir sebeple sınırlı tutulamaz. Hastanın gittiği kuruluş özel hastane ise, hastane ile hasta arasında hasta kabul sözleşmesi imzalanmaktadır. Hekim bu durumda ifa yardımcısı konumundadır. Hastanın gittiği kuruluş

* Arş. Gör., Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: hasanaliguclu93@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0501-7912.

kamu hastanesi ise, hasta ile hastane arasında sözleşme ilişkisi kurulmaz. Hasta açısından kamu hizmetinden yararlanma söz konusu olur. Hasta, hizmet kusuru sebebi ile kamu hastanesinin bağlı bulunduğu devlet kurumuna dava açabilir.

Bağımsız çalışan hekim ile hasta arasındaki ilişki ise hukuki açıdan doktrin ve Yargıtay kararlarına göre vekâlet ilişkisine dayanmaktadır.

Malpraktis ya da hatalı tıbbi uygulama kasten ya da ihmali bir davranışla gündeme gelebilir. Hekim, teşhiste, tedavide, tedavi sonrası yükümlülüklerinde özenli davranmayabilir. Hekimin, tedaviden kaçınması veya tedaviyi geciktirmesi de söz konusu olabilir. Yine ifade etmek gerekir ki malpraktis ve komplikasyon kavramları çok sık birbiri yerine kullanılsa da tamamen birbirinden farklı kavramlardır. Hemen her türlü tıbbi müdahalenin birtakım riskleri vardır. Hekimin komplikasyondan sorumlu tutulmaması için hastasını aydınlatmış ve onun açık rızasını almış olması gerekmektedir.

Bu tebliğ ile hekimin malpraktisten kaynaklanan hukuki sorumluluğu yargı kararlarından da istifade edilerek anlatılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Malpraktis, Komplikasyon, Hekimin Sorumluluğu, Tıbbi Müdahale, Hekimin Özen Yükümlülüğü

LEGAL LIABILITY ARISING FROM MALPRACTICE

Abstract

It is possible for physicians to have legal, criminal and administrative responsibilities due to malpractice or faulty medical practice, which means harm to the patient due to ignorance, inexperience or the physician's mistake. Physicians have aggravated duties of care because they have a profession directly related to human life. If care is taken insufficiently, the physician's liability will come into question. In this notification, only the legal responsibility of the physician will be discussed. The criminal

and administrative liability of the physician is outside the scope of the study.

In order to determine legal liability due to malpractice or incorrect medical practice, it will first be necessary to determine who will be the ones who will perform the medical intervention. In order to talk about malpractice, the person performing the practice must be a legally authorized person. The authority to perform medical intervention is essentially an authority given to the physician. According to the Law No. 1219 on the Proper Practice of Medicine and Medical Arts, people who can provide medical intervention are physicians, dentists, midwives, health officers, circumcisers and nursing nurses.

The legal basis for holding the physician responsible for malpractice cannot be limited to a single reason. If the institution the patient goes to is a private hospital, a patient admission contract is signed between the hospital and the patient. In this case, the physician is the assistant performer. If the institution the patient goes to is a public hospital, a contractual relationship is not established between the patient and the hospital. It is possible for the patient to benefit from public services. The patient can file a lawsuit against the government institution to which the public hospital is affiliated due to service defects.

The relationship between the independent physician and the patient is based on a power of attorney relationship, according to the legal doctrine and the Supreme Court decisions.

Malpractice or medical malpractice may occur intentionally or negligently. The physician may not act carefully in diagnosis, treatment, and post-treatment responsibilities. It may also be possible for the physician to avoid or delay treatment. It should be noted again that although the concepts of malpractice and complication are often used interchangeably, they are completely different concepts. Almost any medical intervention has some risks. In order for the physician not to be held respon-

sible for the complication, he must have informed his patient and obtained his explicit consent.

In this notification, the legal liability of the physician arising from malpractice will be explained by making use of judicial decisions.

Key Words: Malpractice, Complication, Physician's Liability, Medical Intervention, Physician's Duty of Care

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DEEPFAKE TEKNOLOJİLERİNİN REGÜLE EDİLMESİ: TÜRK HUKUKU'NA ÖNERİLER

Dr. Öğr. Üyesi Samet TATAR*

Özet

Deepfake teriminin Türkçe'de doğrudan bir tercümesi olmamakla birlikte; Deepfake İngilizcede iki kelimenin kısaltmasından oluşan yapay zeka sistemleri tarafından üretilen sahte içeriği ifade etmektedir. "Deep" kelimesi İngilizce "deep learning" (yapay zekanın bir alt dalı olarak makine öğrenmesi) anlamına gelirken "fake" kelimesi ise yanıltıcı manasındadır. Daha geniş kapsamda Deepfake, insanların ses, video ya da görüntülerinin tıpkısına benzer şekilde yapay zeka teknolojileri tarafından taklit edilerek üretilen yeni içerikler ve bu içeriklerin tekrardan kullanılmasına olanak veren teknolojileri ifade etmektedir. Deepfake teknolojileri özellikle sinema, medya gibi çeşitli sektörlerde faydalı alanlarda kullanılmasına (örneğin ölmüş bir kişinin sesi ve görüntüsü taklit edilerek güncel bir konuda konuşturulması) karşın; Deepfake teknolojisi ile üretilen içerikler genelde kişilere ve şirketlere karşı olumsuz ve yıkıcı etkiler oluşturduğundan kamuoyunda riskli ve tehlikeli olarak algılanmaktadır. Özellikle, Deepfake teknolojisiyle seçimlerde manipülasyonlar yapılarak demokratik sistemlere ve seçim güvenliğine zarar verilmektedir. Ayrıca sosyal medya aracılığıyla yayılan Deepfake videoları ünlü ve kamuya mal olmuş kişilerin repütasyonlarını zedeleyerek kişilik haklarını ihlal etmektedir.

Deepfake yoluyla üretilen içerikler, muhtelif hukuk alt disiplinlerinde çeşitli sorunlar oluşturmaktadır. Bu kapsamda fikri mülkiyetten doğan

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Bilişim Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: statar@aybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3553-1683.

hakları ihlal edebileceği gibi kişisel verilerin korunması hukuku, siber güvenlik hukuku, dezenformasyon hukuku, marka hukuku, ceza hukuku (özellikle hakaret, iftira suçu kapsamında) çeşitli alanlarda hukuki problemlerle karşılaşmaktadır. İşbu tebliğ özetinde, Deepfake teknolojisinin nasıl regüle edilmesi gerektiği karşılaştırmalı hukukta ele alınarak Türkiye'deki mevzuatının ne yönde geliştirilmesi gerektiği hususu tartışılacaktır. Avrupa Birliği Yapay Zeka Kanun Taslağında, yapay zekânın topluma zarar verme risklerini en aza indirmek için dört risk kategorisi belirlenmiştir: kabul edilmez risk, yüksek risk, sınırlı riski, düşük risk. Bu bağlamda, Deepfake teknolojileriyle üretilen içerikler sınırlı risk kategorisine girmekte olup kullanıcıların Deepfake içerikleriyle karşılaştıklarında şeffaflık ilkesi kapsamında bilgilendirilmesini ve bu içeriklerin Deepfakeden yapıldığına dair sosyal medyada etiketlenmesi zorunlu hale getirilmektedir. İlgili taslak mevzuat pratikte yaptırım gücü açısından zayıf olduğundan eleştirilmektedir. Örneğin Deepfake ile ilgili zarar gören kişi ya da şirketler için doğrudan tazminat öngörülmemesi ya da ilgili içeriğin sosyal medyadan kaldırma gibi yaptırımlar söz konusu değildir. Amerika Birleşik Devletlerinde ise konuyla ilgili federal düzeyde bir kanun olmamasına rağmen eyalet düzeyinde Kaliforniya, Virjinya ve Texas'ta regülasyonlar vardır. Virjinya'da kişinin açık izni alınmadan üretilen Deepfake altyapılı içerik için cezai yaptırım öngörülürken; Texas'ta ise deepfake temalı videoların ya da ses kayıtlarının seçim çalışmalarında kullanılması yasaklanmıştır. Türk hukukunda ise Deepfake sistemlerinin nasıl regüle edileceğiyle ilgili doğrudan bir hüküm olmasa da hukukun muhtelif alanlarında ilgili saldırılar konusunda neler yapılabileceği literatürde tartışılmıştır. Sonuç olarak, Deepfake teknolojilerinin yeknesak olarak karşılaştırmalı hukukta nasıl regüle edileceğine dair üzerinde karar kılınmış bir metot olmasa da özellikle şeffaflık ilkesi kapsamında Deepfakeden üretilen içeriğin etiketlenmesi ve seçim güvenliği açısından Deepfake temalı teknolojilerinin kullanımının yasaklanması önemlidir. Bu hususlarda Türkiye'deki ilgili mevzuat geliştirilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Deepfake, Yapay Zeka Hukuku, Avrupa Birliği Yapay Zeka Kanunu, Şeffaflık, Etiketleme, Seçim Güvenliği

REGULATION OF DEEPFAKE TECHNOLOGIES IN COMPARATIVE LAW: SUGGESTIONS FOR TURKISH LAW

Abstract

Although the term Deepfake does not have a direct translation in Turkish, Deepfake, which is an abbreviation of two words in English, refers to fake content produced by artificial intelligence systems. While the word "Deep" means "deep learning" in English (machine learning as a sub-branch of artificial intelligence), the word "fake" means misleading. In a broader context, Deepfake refers to technologies that allow people's voice, video or images to be imitated and reused by artificial intelligence technologies. Although deepfake technologies are used in useful areas, especially in various sectors such as cinema and media (for example, imitating the voice and image of a dead person and making them talk about a current issue); Content produced with deepfake technology is perceived as risky by the public because it generally has negative and destructive effects on individuals and companies. In particular, democratic systems and election security are harmed by manipulations in elections with Deepfake technology. In addition, Deepfake videos spread through social media violate the personal rights of famous and public figures by undermining their reputations.

Content produced through deepfake creates various problems in various legal sub-disciplines. In this context, it may violate intellectual property rights, as well as legal problems in various areas such as personal data protection law, cyber security law, disinformation law, trademark law, criminal law (especially within the scope of insult and slander). In the summary of this notification, how Deepfake technology should be regulated in comparative law will be discussed and in what direction the legislation in Turkey should be developed. In the European Union Draft Law on Artificial Intelligence, four risk categories have been identified to minimize the risks of artificial intelligence harming society: unacceptable risk, high risk, limited risk, low risk. In this context, content produced with Deepfake technologies falls into the limited risk ca-

tegy, and it is stated that users should be informed within the scope of the principle of transparency when they encounter Deepfake content and that these contents should be tagged on social media stating that they are made from Deepfake. The relevant draft legislation is criticized for being weak in terms of practical enforcement power. For example, there is no direct compensation for individuals or companies damaged by Deepfake or sanctions such as removal from social media. In the United States, although there is no law at the federal level, there are regulations at the state level in California, Virginia and Texas. While in Virginia, criminal sanctions are imposed for Deepfake-based content produced without the express permission of the person; In Texas, the use of deepfake-themed videos or audio recordings in election campaigns is prohibited. As a result, although there is no agreed upon method on how Deepfake technologies will be regulated uniformly in comparative law, it is important to label the content produced from Deepfakes, especially within the scope of the principle of transparency, and to ban the use of Deepfake-themed technologies in terms of election security. Relevant legislation in Turkey should be developed on these issues.

Key Words: Deepfake, Artificial Intelligence Law, European Union Artificial Intelligence Law, Transparency, Labeling, Election Security

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI AÇISINDAN SOYBAĞI DAVALARI

Dr. Öğr. Üyesi Murat UYUMAZ*

Özet

Soybağı, bir kimseyi soyundan geldiği kimseye bağlayan bağlantının adıdır. Birçok hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk hukuk sisteminde de genetik kökene bağlılık ilkesinin bir gereği olarak, soybağının genetik gerçekliğe uygun olmasına fevkalade önem atfedilmiş, soybağının gerçeğe uygun olarak kurulması için soybağı davaları düzenlenmiştir. Bu kapsamda TMK'da soybağının reddi (TMK m.286 vd.), sonradan evlenmeyle kurulan soybağına itiraz (TMK m.294), tanınmanın iptali (TMK m.297 vd.), babalık (TMK m.301 vd.) ve evlatlık ilişkisinin kaldırılması (TMK m.317 vd.) davaları düzenlenmiştir.

Soybağı davaları, kişilerin soybağının belirlenmesi veya değiştirilme-si amacıyla açılan hukuki süreçlerdir. Bu davalar neticesinde verilen kararlar genel anlamda inşai nitelik taşımaktadır. Soybağı davaları, kamu düzenini ilgilendiren, tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edemedikleri davalardandır. Geniş delil kabiliyetine sahip bu davalarda re'sen araştırma ilkesi uygulanır. Bu davalarda ikinci tanık listesi verme yasağı uygulanmaz, yemin teklif edilemez, delil sözleşmesi ve ikrar hâkimi bağlamaz, taraflar isticvap edilemez. Yine bu davalarda iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı uygulanmaz.

Soybağı davalarında aleniyet ilkesi (AİHS m.6; AY m.141; HMK m.28), davanın ilgililerinin kişisel verilerinin korunması adına özel bir öneme sahiptir. Zira soybağı davaları, genellikle kişisel verilerin önemli rol oynadı-

* Dr. Öğr. Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: muyumaz@erzincan.edu.tr; ORCID: 0000-0003-4256-5985.

ğı hassas hukuki süreçlerdir. Bu bağlamda, davanın taraflarının ve ilgililerin özel hayata ilişkin aile sırlarının ve mahremiyetlerinin ortaya konulduğu bu davalarda, duruşmaların kısmen veya tamamen gizli olarak yapılmasına karar verilmesi, kişisel verilerin korunması açısından da bir gerekliliktir. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin 26.10.2023 tarih, 2020/73 esas, 2023/181 karar sayılı kararı ile iptal edilen HMK m.28, f. 1 hükmündeki "kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin" ibaresi, soybağı davalarında duruşmaların gizli olarak yapılmasına hukuki gerekçe olarak gösteriliyor idiyse de; soybağı davalarında gizlilik kararının aynı fıkrada yer alan "genel ahlakın kesin olarak gerekli kıldığı" gerekçesiyle de verilebileceği kanaatindeyiz. Dolayısıyla, iptal kararı sonrası da soybağı davalarında duruşmaların gizli olarak yapılmasına karar verilebilir. Soybağı davalarında gizlilik kararı verilmesini talep edecek olan ilgili; davanın tarafları, yargılama sırasında kamuya açık hale getirilecek bilgi ve belgelerden dolayı menfaati zedelenebilecek çocuk veya diğer kişiler olabilir.

Soybağı davalarında, HMK m.292 uyarınca soybağının tespiti için inceleme yapılması amacıyla -kanunda belirtilen şartların varlığı durumunda- herkes, vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Günümüzde genetik analizin basit bir müdahale ile gerçekleştirilebilmesi ve HMK m.292'de belirtilen şartlar dikkate alındığında, soybağı tespiti için incelemeye katılma zorunluluğunun kişilik haklarını ihlal etmediği ifade edilebilir.

Soybağı davalarında genetik inceleme neticesinde elde edilen genetik veriler, özel nitelikli kişisel veri kapsamındadır (KVKK m.6). HMK m.292 hükmü, hassas verilerin işlenmesi yasağının istisnasını teşkil eder. Buna göre, genetik verilerin soybağı davalarında yargılama sırasında işlenmesi durumunda KVKK uygulanmaz (KVKK m.28, f.1-d). HMK m.292 hükmünde soybağı tespiti için incelemenin zor kullanarak yapılabileceği ve bunun şartları düzenlenmesine rağmen, inceleme neticesinde elde edilen verilerin muhafazası açısından herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Türk hukukunda bu konuda başkaca bir düzenleme de bu-

lanmamaktadır. Türk hukukundaki bu boşluğun ivedilikle doldurulması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Soybağı Davaları, Kişisel Verilerin Korunması, Aleniyet İlkesi, Babalık Davası, Genetik İnceleme

LINEAGE SUITS IN TERMS OF PROTECTION OF PERSONAL DATA

Abstract

Lineage is the name of the link that connects a person to the person from whom he is descended. As in many legal systems, in the Turkish legal system, as a requirement of the principle of loyalty to genetic origin, great importance has been attached to the lineage being in line with genetic reality, and lineage cases have been organized to establish the lineage in accordance with the truth. In this context, in the Turkish Civil Code, denial of lineage (Turkish Civil Code art. 286 et seq.), objection to lineage established through subsequent marriage (Turkish Civil Code art. 294), cancellation of recognition (Turkish Civil Code art. 297 et seq.), paternity (Turkish Civil Code art. 301 et seq.) and abolition of adoption relationship (Turkish Civil Code art. 317 et seq.) cases have been regulated.

Lineage cases are legal processes filed to determine or change the lineage of people. The decisions made as a result of these cases are generally of a constructive nature. Lineage cases are cases that concern public order and in which the parties cannot freely dispose of the subject matter. In these cases with extensive evidence capacity, the principle of ex officio investigation is applied. In these cases, the prohibition of submitting a second witness list is not applied, an oath cannot be offered, the evidence contract and the confession are not binding on the judge, and the parties cannot interrogate. Again, in these cases, the prohibition on expanding and changing the claim and defense does not apply.

In lineage cases, the principle of publicity (European Convention on Human Rights art. 6; Constitution art. 141; Code of Civil Procedure art. 28) has a special importance in terms of protecting the personal data of those concerned in the case. Because lineage cases are often sensitive le-

gal processes in which personal data plays an important role. In this context, in these cases where the family secrets and privacy of the parties and those concerned are revealed, deciding to hold the hearings partially or completely in secret is also a necessity for the protection of personal data. The phrase "a superior interest of individuals worth protecting" in art. 28 of the Civil Code, which was annulled by the Constitutional Court's decision dated 26.10.2023, numbered 2020/73, decision numbered 2023/181, is cited as a legal justification for holding hearings in secret in lineage cases. However, we believe that in lineage cases, a confidentiality decision can also be given on the grounds that "public morality absolutely requires it" in the same paragraph. Therefore, after the annulment decision, it may be decided that the hearings in lineage cases will be held in secret. In lineage cases, the persons concerned who may request a confidentiality order may be the parties to the case, the child or other persons whose interests may be harmed.

In lineage cases, in accordance with Code of Civil Procedure art. 292, in order to conduct an examination to determine lineage, everyone must endure having blood or tissue taken from their body if the conditions specified in the law are met. Considering that genetic analysis can be performed in a simple way, the obligation to undergo examination to determine lineage does not violate personal rights.

Genetic data obtained in lineage cases are within the scope of special personal data (Code of Personal Data Protection art. 6). Art. 292 of the Code of Civil Procedure constitutes an exception to the prohibition of processing sensitive data. Accordingly, if genetic data is processed during the trial in lineage cases, the Code of Personal Data Protection does not apply (Code of Personal Data Protection art. 28, 1-d). HMK art. 292 does not include how to preserve the data obtained as a result of genetic examination. Moreover, there is no other regulation on this subject in Turkish law. This gap in Turkish law needs to be filled urgently.

Key Words: Lineage Cases, Protection of Personal Data, Principle of Publicity, Paternity Case, Genetic Examination

İŞYERİ HEKİMLERİNİN İŞÇİNİN SAĞLIK VERİLERİNİN İŞLENMESİNDE HUKUKİ STATÜSÜ ve SORUMLULUĞU

Dr. Öğr. Üyesi Kübra DEMİR*

Özet

Gerçek bir kişiyi doğrudan ya da dolaylı olarak bir başkasından ayırtmaya yarayan kişisel veriler; genel nitelikli kişisel veriler ve özel nitelikli kişisel veriler olmak üzere iki ayrı kategoride ele alınmaktadır. Özel nitelikli kişisel veriler; hassas veriler olarak nitelendirilmektedir ve Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nda (KVKK) sınırlı şekilde sayılmış verilerdir. Söz konusu verilerin işlenmesi kişilerin mağdur olması ya da ayrımcılığa uğramaları riskini daha fazla taşıdığından bu veriler daha özellikli şekilde korunmuşlardır. Sağlık verileri de bireyin özel nitelikli kişisel verilerindedir ve işlenmeleri belirli şartlarla sınırlandırılmıştır.

İçeriklerinin doğası gereği ilgili kişi açısından özel önem arz eden sağlık verileri ve cinsel hayata ilişkin verilerin diğer özel nitelikli verilerden daha farklı ve sınırlı işleme şartlarına tabi tutulduğu görülmektedir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin veriler ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla işlenebilir (KVKK md. 6/III).

İşleme şartlarının yanında sağlık verilerini işlemeye yetkili kişiler de KVKK kapsamında sınırlayıcı bir şekilde sayılmıştır. "Sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kimseler" sağlık verilerini işlemeye yetkili

* Dr. Öğr. Üyesi, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: koz@cumhuriyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2073-5085.

kişilerden birisidir. Söz konusu sınırlama açısından işverenler ve işyeri hekimleri ayrı ayrı değerlendirildiğinde her iki grupta bulunan kimsele-
rin sağlık verilerini işleme yetkisinin bulunup bulunmadığı noktasında tartışma bulunmaktadır. İşverenlerin sır saklama yükümlülüğünün bu-
lunmadığını savunan görüşler doğrultusunda işverenler bu sınırlamaya
bağlı olarak sağlık verilerini işleyemeyecektir. İşyeri hekimlerinin sır
saklama yükümlülüğünün bulunduğu göz önüne alındığında işyeri he-
kimlerinin sağlık verilerinin işlenmesinde hukukî rolünün ne olduğu
saptanmaya çalışılacaktır ve işyeri hekimlerinin sır saklama yükümlülü-
ğünün hukukî dayanakları incelenecektir. İşyeri hekimlerinin veri so-
rumlusu ya da veri işleyen olarak nitelendirilmesi sonucunda sağlık ve-
rilerinin işlenmesi hususunda işçiye yöneltilebilecek soruların sınırı ya
da işyerinde uygulanabilecek çeşitli testlerin hukuka uygunluğu açık-
lanmaya çalışılacaktır. İşyeri hekimlerinin işçinin sağlığına ilişkin verile-
ri işverenle paylaşma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ve bu
paylaşımın sınırlarının ne olduğu konusu da çalışma kapsamında ince-
lenecek konulardandır. Açıklamalar neticesinde işyeri hekimlerinin işçi-
nin sağlık verilerini hukuka aykırı işlemleri halinde hukukî sorumlu-
luklarının ve cezaî sorumluluklarının ne olduğu incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İşçinin Sağlık Verileri, Özel Nitelikli Kişisel Veri-
ler, Veri Sorumlusu, Veri İşleyen, İşyeri Hekimi Sorumluluğu

LEGAL STATUS AND RESPONSIBILITY OF OCCUPATIONAL PHYSICIANS IN THE PROCESSING OF EMPLOYEE HEALTH DATA

Abstract

Personal data that are used to distinguish a real person directly or in-
directly from another person are considered in two separate categories
as general personal data and special categories of personal data. Special
categories of personal data are characterised as sensitive data and are lis-
ted in a limited manner in the Personal Data Protection Law. Since the
processing of such data carries a higher risk of individuals being victi-

mised or discriminated against, these data are protected in a more specific manner. Health data are also among the special categories of personal data and their processing is restricted under certain conditions.

It is seen that health and sexual life data, which are of special importance for the data subject due to the of their content, are subject to different and limited processing conditions than other special categories of data. Data relating to health and sexual life can only be processed for the protection of public health, preventive medicine, medical diagnosis, treatment and care services, planning and management of health services and financing.

In addition to the processing conditions, the persons authorised to process health data are also listed in a restrictive manner within the scope of law. "Persons under the obligation to keep secrets" is one of the persons authorised to process health data. When employers and occupational physicians are evaluated separately in terms of the limitation in question, there is a debate as to whether the persons in both groups are authorised to process health data.

In line with the views that employers do not have a confidentiality obligation, employers will not be able to process health data based on this limitation. Considering that occupational physicians have a confidentiality obligation, the legal role of occupational physicians in the processing of health data will be tried to be determined and the legal basis of the confidentiality obligation of occupational physicians will be examined. As a result of the characterisation of workplace physicians as data controllers or data processors, the limitations of the questions that can be asked to the employee regarding the processing of health data or the legality of various tests that can be applied in the workplace will be tried to be explained. Whether occupational physicians have an obligation to share data on the health of the employee with the employer and what the limits of this sharing are are also among the issues to be examined within the scope of the study. As a result of the explanations, the legal and criminal responsibilities of the workplace physicians in ca-

se of unlawful processing of the employee's health data will be examined.

Key Words: Employee Health Data, Sensitive Personal Data, Data Controller, Data Processor, Responsibility of the Occupational Physicians

İNTERNET ORTAMINDA KİŞİLİK HAKLARININ İHLALİ HALİNDE BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ İMKANLAR: ANAYASA MAHKEMESİNİN 11/10/2023 TARİH VE 2020/76 E. 2023/172 K. SAYILI İPTAL KARARI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Arş. Gör. Uğur KARACA*

Özet

İnternetin gelişimi sağladığı birçok faydanın yanı sıra birtakım sorunları da beraberinde getirmiştir. Bu sorunların en başında internet ortamında kişilik haklarının ihlali gelmektedir. İnternetin yapısı ve giderek yaygınlaşan kullanımı nedeniyle internet ortamında gerçekleşen kişilik haklarının sayısını arttırmıştır. Bu ihlallerle mücadele etmek için kanun koyucu kişilik haklarının korunmasına yönelik olarak genel dava veya savcılığa şikâyet usulünün yanında özel ve hızlı bazı usuller geliştirmiştir. Nitekim 06/02/2014 tarih ve 6518 sayılı Kanun'un 93. Maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 9 uncu maddesi başlığıyla birlikte değiştirilmiştir. Değişiklikle internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler ile kurum ve kuruluşlara içeriğin yayından çıkarılmasını ve içeriğe erişimin engellenmesini de isteme imkânı tanınmıştır. Söz konusu madde birçok değişikliğe uğramıştır.

Anayasa Mahkemesinin 11/10/2023 tarih ve 2020/76 E., 2023/172 K. Sayılı kararı da bu değişikliklerden biri olan İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'a ilişkindir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararda 5651 sayılı

* Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuku Fakültesi, Bilişim Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: ugur.karaca@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6076-0787.

Kanun'un 9. maddesinin kamusal makamların takdir yetkisini daraltarak keyfi davranışların önüne geçebilmek için yargılama hukukunun usule ilişkin güvencelerinin yanında demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve orantılı karar verilmesini sağlayacak güvenceleri de barındırmadığından iptaline karar vermiştir. İptal hükümleri, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girecektir. Böylece Anayasa Mahkemesi kanun koyucuya iptal hükümlerinin yürürlüğe girmesinden önce yeni bir düzenleme yapma imkânı tanımıştır.

Yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Anayasa mahkemesinin iptal kararıyla iki husus önem kazanmıştır. İlki internet ortamında kişilik haklarının korunması için yeni bir düzenleme yapılması ihtiyacıdır. Diğeri ise yeni bir düzenleme yapılmaması halinde kişilik haklarının korunmasına yönelik başvurulabilecek mevcut düzenlemelerdir. Bu bağlamda çalışmamızda öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı açıklanacak. Akabinde kişilik haklarının korunmasına yönelik yapılacak yeni düzenlemelerin sahip olması gereken nitelikler üzerinde durulacaktır. Son olarak 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi dışında internet ortamında kişilik haklarının korunmasını sağlayabilecek düzenlemeler incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İçeriğin Çıkarılması, Erişimin Engellenmesi, Kişilik Hakları, Anayasaya Aykırılık, İnternet Ortamı

**LEGAL REMEDIES AVAILABLE IN CASE OF VIOLATION
OF PERSONALITY RIGHTS IN THE ONLINE ENVIRONMENT:
AN EVALUATION ON THE CONSTITUTIONAL COURT'S DECISION
OF CANCELLATION DATED 11/10/2023, WITH FILE NUMBERS
2020/76 E. AND 2023/172 K.**

Abstract

The development of the internet has brought about numerous benefits, but it has also brought along certain problems. Foremost among these issues is the violation of personality rights in the online environ-

ment. The structure of the internet and its increasingly widespread use have led to an increase in the number of violations of personality rights in the online environment. In order to struggle these violations, the legislator has developed not only general legal proceedings or complaints to the prosecutor's office for the protection of personality rights but also specific and expedited procedures. Indeed, on 06/02/2014, with Article 93 of Law No. 6518, the 9th article of Law No. 5651 was amended along with its title. The amendment has provided individuals as well as institutions and organizations claiming the violation of personality rights due to content published on the internet with the opportunity to request the removal and blocking of access to the content. This article has undergone several changes.

The decision numbered 2020/76 E., 2023/172 K. of the Constitutional Court, dated 11/10/2023, is related to the law amending the Law on the Regulation of Publications on the Internet and the Fight Against Crimes Committed Through These Publications. This law is one of the changes mentioned. In the mentioned decision, the Constitutional Court ruled for the annulment, stating that Article 9 of Law No. 5651 lacks safeguards to prevent arbitrary behaviour by narrowing the discretion of public authorities and fails to provide guarantees for procedural protections in the legal process, as well as assurances that would ensure decisions in accordance with the requirements of a democratic social order and proportionality. The annulment provisions will come into effect nine months after the publication of the decision in the Official Gazette. Thus, the Constitutional Court has provided the legislator with the opportunity to enact new regulations before the annulment provisions take effect. The first is the need for a new regulation to protect personality rights in the online environment. The second is the existing regulations that can be used for the protection of personality rights in case a new regulation is not enacted.

Key Words: Removal of Content, Blocking Access, Personal Rights, Unconstitutionality, Internet Environment

SESSİZ İSTİFAYA KARŞI İŞVERENİN HAKLARI

Dr. Öğr. Üyesi Sevgi Dursun ATEŞ*

Özet

COVID-19 pandemisiyle birlikte insanların sosyal ve çalışma hayatlarında köklü değişimler yaşanmıştır. Özellikle, pandemi dönemi boyunca hükümetler tarafından yapılan düzenlemeler ve sonrasında işletmelerin aldığı birtakım kararlar çalışma kültüründe önemli değişimlere neden olmuştur. Pandeminin etkileri ve ekonominin durumu, işçi sınıfından pek çok kişiyi hem kendi işyerindeki çalışma koşullarını hem de daha büyük ölçüde bu koşullarda çalışmaya değip değmeyeceğini sorgulamaya zorlamıştır. İş-yaşam dengesini sorgulayan işçilerden bir kısmı daha iyi koşullar için istifa etmiştir. Dünyada birçok ülkede yaşanan ve “büyük istifa” olarak adlandırılan bu durumun aksine, çalışanın düşük kapasiteyle de olsa işvereninde çalışmaya devam ettiği diğer bir durum olan “sessiz istifa” ortaya çıkmıştır.

Sessiz istifa kavramı, her ne kadar çok yeni gibi görünse de uzun zaman önce ortaya çıkmış bir kavramdır. Alman yönetim literatüründe 1982’de ortaya çıkmış olan “sessiz istifa” kavramı, öz itibarıyla “çalışanların yapmakla görevli oldukları işleri sadece gerektiği kadar yapmaları” anlamına gelmektedir. En az çabayla çalışmaya devam eden çalışanlar sadece asgari düzeyde görevlerini yerine getirmektedirler. Yani sadece işin tanımında yer alan görevleri yapmakta ve onun ötesine geçmemekte, işini kurallarına uyararak yapmakla birlikte işi yavaşlatma, düşük performans sergileme, işle ilgisiz olma gibi davranışları dışa vurmaktadır. Bu durumda içsel bir işten ayrılış söz konusudur.

* Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet MYO, Adalet Bölümü, Türkiye, e-posta: sevgi@selcuk.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-3259-9180.

Sessiz istifa durumunda çalışan işyerinde kalmaya devam ederken, işten ayrılma durumunda çalışan işyerinden ayrılmaktadır. Çalışanların bu tür davranışları sergilemelerinin nedenleri, gösterilen üstün çabanın karşılık bulamaması, hak ettiklerini düşündükleri ücreti alamamaları, fazla iş yükü ve yetersiz zaman, fiziksel ve ruhsal sağlık sıkıntıları yaşamaları, yönetici konumundaki kişilerin adil olmayan davranışları ve bütün bunların sonucunda iş ve özel yaşamları arasındaki dengeyi sağlamamaları olabilir. İşten ayrılma durumunda performans tamamen ortadan kalkarken, sessiz istifa durumunda performans düşüşü olabilmekte; alınan önlemlerle de bu performans düşüklüğü durumu ortadan kaldırılabilmektedir.

Sessiz istifa sürecindeki işçi, işyerinde daha az sorumluluk alarak işi aksatmadan asgari düzeyde performans göstermektedir. Birçok durumda, işçileri iş sözleşmelerinin şartlarına uygun olarak hareket eden bir işverenin başvurabileceği çok az yol vardır. Öyle ki iş görme borcunu yerine getiren işçinin iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi beklenmez. Bununla birlikte, somut olayda işçinin ne ölçüde sessizce işten ayrıldığına bağlı olarak, işçinin iş sözleşmesini ihlal etmesi mümkündür. Özellikle işçilerin iş sözleşmelerinde yer verilen kayıtlar ve dürüstlük kuralları çerçevesinde iş görmesi gereklidir. Bu kapsamda işçinin sözleşme kapsamında gerekli görülen görevleri yerine getirmesi, fazla saatlerle çalışması ve bazı zorunlu ve acil hallerde ek olarak çalışması söz konusu olabilir.

Sessiz istifanın iş hukuku bakımından önemli sonuçları bulunmaktadır. İşçinin sessiz istifa kapsamında değerlendirilebilen davranışları iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı veya geçerli nedenle feshine yol açabilmektedir. Fesih dışında, işçinin davranışları disiplin cezası verilmesini gerektirebilmektedir. Ayrıca işçinin davranışları neticesinde işverenin zarar görme ihtimali de bulunmaktadır ki bu durumda zararın giderilmesi gerekmektedir.

Çalışmamızda, sessiz istifa kavramını iş hukuku perspektifinden inceleyeceğiz. Öncelikle sessiz istifa kavramını ve sessiz istifaya yol açan

nedenleri açıklayacak, işveren ve işçilerin konuyla ilgili neler yapabileceğine değindikten sonra sessiz istifanın iş hukukuna yansımaları anlatılacaktır. Bu kapsamda sessiz istifa sürecindeki işçi karşısında işverenin sahip olduğu haklar değerlendirilecek ve bu hususta öneriler getirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Sessiz İstifa, İstifa, İşten Ayrılma, İş İlişkisi, Fesih

THE RIGHTS OF THE EMPLOYER AGAINST THE QUIET QUITTING

Abstract

The COVID-19 pandemic has radically changed people's social and working lives. In particular, the regulations made by governments during the pandemic period and some of the decisions taken by businesses afterward have caused significant changes in the working culture. The effects of the pandemic and the state of the economy have forced many working-class members to question the working conditions in their workplace and, to a greater extent, whether it is worth working under these conditions. Some of the employees who questioned their work-life balance resigned. In contrast to this situation, which is occurred in many countries around the world and known as the "great resignation", another situation has emerged called the "quiet quitting", in which the employee continues to work for the employer, albeit in a reduced capacity.

Although it may seem very new, the concept of quiet quitting has been around for a long time. Quiet quitting, originating in German management literature in 1982, means that "employees only do what they are tasked to do as much as necessary.". This concept suggests that employees who work with minimal effort do not take responsibility for their work but only fulfill their minimum duties to stay employed. In other words, no-one actually quits their job. This means that while they perform their job according to the rules, they may express behaviors such as slowing down, exhibiting low performance, and being uninterested in the work, resulting in internal turnover.

In the case of resignation, the employee leaves the workplace, whereas in the case of quiet quitting, the employee continues to work in the workplace. The reasons for quitting include inadequate wage, insufficient time, physical and mental health problems, and unfair treatment towards managers. As a result, they cannot balance their work and private lives. In case of resignation, performance may completely disappear, while in case of quiet quitting, there may be a decrease in performance, and this decrease in performance can be eliminated through measures taken.

The employee in the quiet quitting process takes less responsibility in the workplace and performs at a minimum level without disrupting the work. In many cases, there is likely to be little recourse for an employer whose employees are performing in accordance with the terms of their contracts of employment. As such, the employer is not expected to terminate the employment contract of the employee who fulfills his or her obligation to perform his or her duties. However, depending on the individual facts and the extent to which the employee has quiet quit in the concrete case, an employee may be in breach of the employment contract. In particular, it is necessary for employees to work within the framework of the inscription in the employment contracts and good faith. In this context, it may be possible for the employee to fulfil the duties deemed necessary within the scope of the contract, to work extra hours and to work additionally in some compulsory and urgent cases.

Quiet quitting has essential consequences in terms of labour law. As a matter of fact, the employee's behavior, which can be evaluated within the scope of quiet quitting, may lead to the employer's termination of the employment contract for justified or valid reasons. Apart from termination, an employee could face disciplinary action. The employee's behavior may also result in the employer being damaged, in which case the damage must be compensated.

In this study, we will examine the concept of quiet quitting from the perspective of labour law. We will first explain the concept of quiet quit-

ting and the reasons that lead to quiet quitting. After considering what employers and employees can do about the issue, the reflections of quiet quitting on labor law will be explained. In this context, the rights of the employer against the quiet quitter employee will be evaluated and suggestions will be made in this regard.

Key Words: Quiet Quitting, Resignation, Leave of Employment, Employment Relationship, Termination

KAMU KURUMLARININ ÖDEMİŞ OLDUĞU İŞÇİLİK ALACAKLARININ ALT İŞVERENLERE RÜCU EDİLMESİNDE GÜNCEL YARGITAY KARARLARINA GÖRE HESAPLAMALAR

Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül EKİN*

Özet

Kamu kurumları asıl işveren olarak bazı uzmanlık gerektiren işlerde veya maliyeti düşürmek amacıyla alt işverenlerle hizmet alım sözleşmeleri yapmaktadırlar. Asıl işveren alt işveren ilişkisinden dolayı kamu kurumları alt işveren işçilerinin işçilik alacaklarından müteselsilen sorumlu olmaktadır. Uygulamada işçilik alacaklarına ilişkin davalarda kamu kurumlarının da davalı gösterildiği, davanın kabulü halinde icra sürecinde kamu kurumlarının işçilik alacaklarının genellikle tamamını ödediği bilinmektedir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, asıl işverenin alt işverene ödediği işçilik alacaklarının rücu konusunda, Yargıtay'ın zaman zaman değişen ve daireleri arasında farklılıklar olan birçok uygulaması söz konusudur. Son gelinen noktada Yargıtay kararlarına göre şu tespitler yapılabilecektir. İşveren ile alt işverenin İş Kanunu'na göre işçiye karşı müteselsilen sorumlu olmasına rağmen rücu ilişkisinde taraflar arasında imzalanan sözleşmenin uygulanması sözleşme hukukunun en temel ilkelerindedir. İşçilik alacakları asıl işveren tarafından ödenen işçinin, alt işveren işçisi olması, alt işverenlik sözleşmesinin ücretine işçinin ücret ve sosyal haklarının dahil olması, işverenin işçilik alacaklarından sorumlu olacağına dair sözleşmede bir hüküm bulunmaması husus-

* Dr. Öğr. Üyesi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: aysegul.ekin@erdogan.edu.tr, ORCID:0000-0002-0659-6648.

ları nazara alındığında, rücu davasının davacısı asıl işverenin işçiyi çalıştıran alt işverenlerden ödediği bedelin ve fer'ilerinin tamamını talep etme hakkı bulunduğu kabulü gerekir.

Hizmet alım ihaleleri aynı alt işveren tarafından alındığı gibi, değişik alt işverenler tarafından da alınabilmektedir. Bu halde işyeri devri suretiyle işçiler yeni alt işverene devredildiği için iş sözleşmeleri kesintiye uğramadan devam etmekte ve işçilik alacakları da bu doğrultuda hesaplanmaktadır. İşçiye ödenen kıdem tazminatı iş sözleşmesinin feshedildiği tarihteki giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanmakta olup, alt işverenler kıdem tazminatının tamamından işçiyi çalıştırdıkları dönemle orantılı olarak asıl işverene karşı sorumludurlar. Yıllık izinler kullanılmadığı takdirde iş sözleşmesinin feshi ile ücrete dönüşmektedir. Sözleşmeyi feshedenin son alt işverenin olduğu ve yıllık izinlerinde fesih ile ücrete dönüştüğü göz önüne alındığında yıllık izin ücretinden son alt işveren sorumlu olacaktır. İhbar tazminatından da son alt işveren sorumludur. Bunların dışında hafta tatil ücreti, ücret alacağı, fazla mesai ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti gibi işçiye ödenen ücret alacaklarından da alt işverenler işverene karşı işçiyi çalıştırdıkları dönemle sınırlı olarak sorumlu olacaklardır. Asıl işveren tarafından belirtilen ödemelerin yanı sıra fer'i mahiyetinde yapılan ödemeler de ayrı esasa alt işverenlerden tahsil edilebilecektir. Mahkeme kararlarında yargılama gideri, vekalet ücreti, icra aşamasında tahsil harcı, başvuru harcı ve masrafları, işlemiş faizler gibi ödeme kalemleri de alt işverenlerin işçiyi çalıştırdığı süreye oranlanarak sorumlulukları belirlenecektir. Ancak ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağına ilişkin faiz, tahsil harcı gibi ödemelerin ayrıca hesaplanıp son alt işveren üzerine bırakılması hakkaniyete uygun olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Asıl İşveren, Alt İşveren, Rücu, İşçilik Alacakları, Kamu Kurumu

LABOUR RECEIVABLES PAID BY PUBLIC INSTITUTIONS CALCULATIONS IN RECOURSE TO SUBCONTRACTORS ACCORDING TO CURRENT SUPREME COURT DECISIONS

Abstract

Public institutions, as the main employer, enter into service procurement agreements with subcontractors in some specialised works or in order to reduce costs. Due to the principal employer-subcontractor relationship, public institutions are jointly and severally liable for the labour receivables of subcontractor workers. In practice, it is known that public institutions are also named as defendants in lawsuits related to labour receivables, and if the lawsuit is accepted, public institutions generally pay all of the labour receivables in the enforcement process. In the principal employer-subcontractor relationship, there are many practices of the Court of Cassation regarding the recourse of the labour receivables paid by the principal employer to the subcontractor, which change from time to time and there are differences between the chambers. At the last point, the following determinations can be made according to the decisions of the Court of Cassation. Although the employer and the subcontractor are jointly and severally liable to the employee according to the Labour Law, the application of the contract signed between the parties in the recourse relationship is one of the most basic principles of contract law. Considering the fact that the employee whose labour receivables are paid by the main employer is the employee of the sub-employer, that the wages and social rights of the employee are included in the wage of the sub-employer contract, and that there is no provision in the contract that the employer will be responsible for labour receivables, it should be accepted that the main employer, the plaintiff of the recourse case, has the right to demand the entire amount paid and its accessories from the sub-employers who employ the employee.

Service procurement tenders may be awarded by the same subcontractor or by different subcontractors. In this case, since the employees are transferred to the new sub-employer through the transfer of the

workplace, their employment contracts continue without interruption and labour receivables are calculated accordingly. The severance pay paid to the employee is calculated on the dressed wage on the date of termination of the employment contract, and the sub-employers are liable to the main employer for the entire severance pay in proportion to the period they employ the employee. If annual leaves are not used, they turn into wages upon termination of the employment contract. Considering that the last sub-employer is the one who terminates the contract and annual leaves turn into wages upon termination, the last sub-employer will be responsible for the annual leave fee. The last sub-employer is also responsible for the notice compensation. In addition to these, sub-employers will be liable to the employer for wage receivables paid to the employee such as week holiday pay, wage receivable, overtime pay, national holiday and general holiday pay, limited to the period in which they employ the employee. In addition to the aforementioned payments made by the main employer, the payments made by the sub-employers may also be collected from the sub-employers on a separate basis. In the court decisions, payment items such as trial expenses, attorney fees, collection fees at the execution stage, application fees and costs, and accrued interest will be determined by proportioning the sub-employers' liability to the period of employment of the worker. However, it would be equitable to calculate the payments such as interest and collection fees related to the notice pay and annual paid leave receivable separately and leave them to the last sub-employer.

Key Words: Principal Employer, Subcontractor, Recourse, Labour Claims, Public Institution

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ TEMEL HAKLARA UYGUNLUK DENETİMİNE TABİ TUTULABİLİR Mİ?

Dr. Öğr. Üyesi Berna ÖZTÜRK YILMAZ*

Özet

Temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi meselesi, son yılların tartışmalı konularından birisi haline gelmiştir. Bu tartışma özellikle taraflar arasındaki yapısal dengesizliğin en açık şekilde görüldüğü iş ilişkilerinde daha büyük önem taşımaktadır. Ancak bu sorun iş hukukunda, - tespit edebildiğimiz kadarıyla - çoğunlukla bireysel iş ilişkilerinde incelenmiştir. Oysa konuya ilişkin irdelenmesi gereken hususlardan birisi de, toplu iş sözleşmesi düzenlemelerinin iş mahkemeleri tarafından temel haklara uygunluk denetimine tabi tutulup tutulamayacağıdır.

İşçi sendikası ile işveren veya işveren sendikasına, çalışma koşullarının düzenlenmesiyle ilgili olarak emredici kurallar içeren toplu iş sözleşmesi yapma özerkliği tanınmıştır. Toplu iş sözleşmesi özerkliği yoluyla, toplu iş sözleşmesi taraflarına, bir nevi kendi kendine yönetim hakkı verilmiştir. Bu özerklik sayesinde taraflar, ücret ve çalışma koşullarına ilişkin konuları kendileri düzenleyebilir, üçüncü kişileri etkileyen kararlar alabilirler. Ancak, toplu iş sözleşmesi özerkliği sınırsız değildir. Öyle ki, toplu iş sözleşmeleri, Anayasaya ve kanunların emredici hükümlerine aykırı olamaz. Örneğin, toplu iş sözleşmesinde işçilerin başka bir sendikaya üye olamayacakları ya da çalışma hakkından mahrum bırakılacakları gibi bir hüküm yer alamaz.

Bununla birlikte, tartışılması gereken asıl mesele, toplu iş sözleşmesi taraflarının, işçiler arasında genel anlamda eşitlik ilkesini sarsan/bozan

* Dr. Öğr. Üyesi, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: bernaoturk88@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1513-0129.

düzenlemeler yapmaları durumunda, bu tür hükümlerin mahkemelerce denetlenip denetlenemeyeceğidir. Bu sorun, Alman Federal İş Mahkemesi'nin önüne son yıllarda sıklıkla gelmektedir. Federal İş Mahkemesi ise, toplu iş sözleşmesi hükümlerini içerik açısından denetlemekte ve işçiler arasındaki eşitlik ilkesini bozan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin geçersizliğine karar vermektedir. Bu durum ise doktrinde temel haklar, toplu iş sözleşmesi özerkliğine sınır oluşturur mu; sınırın sınırı ne olacaktır sorularını gündeme getirmektedir.

Doktrindeki bazı yazarlar, toplu iş sözleşmesi tarafları arasında güç dengesizliğinin olmaması, temel hakların koruma fonksiyonunu ortadan kaldırmaz görüşünü savunurken; bazıları da genel anlamda eşitlik ilkesinin, toplu iş sözleşmesi özerkliği kapsamında yer alan toplu iş sözleşmesi hükümleri için kontrol aracı olamayacağını belirtmektedir.

Bu çalışma ile amaçlanan, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin temel haklarla sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığı sorusuna - *özellikle genel anlamda eşitlik ilkesi*- bağlamında cevap aramaktır. Bu doğrultuda, ilk olarak konunun teorik temelleri açıklanarak, toplu iş sözleşmesi özerkliği ile temel haklar arasındaki çatışmanın pratik uyuşum ilkesine göre çözümlenip çözümlenemeyeceği araştırılacaktır. Daha sonra, Alman iş hukuku doktrininde ciddi tartışmalara yol açan konuya ilişkin iki farklı Alman Federal İş Mahkemesi kararı değerlendirilecektir. Nihayetinde, meselenin Türk iş hukukundaki yansımaları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği, Eşitlik İlkesi, Temel Haklar, Temel Hakların Yatay Etkisi, İçerik Denetimi

MAY COLLECTIVE LABOUR AGREEMENT BE SUBJECT TO REVIEW FOR COMPLIANCE WITH FUNDAMENTAL RIGHTS?

Abstract

One of the most controversial issues of recent years has been the effect of fundamental rights on private law relations. This discussion is especially important in labor relations, where the structural imbalance

between employees and employers is most clearly visible. However, - as far as we can ascertain- this issue has only been examined in the context of individual labour relations. On the other hand, one of the issues that needs to be examined is whether collective labour agreements may be reviewed by the labour courts for compliance with fundamental rights.

The employees' union and the employer or employers' union are granted the autonomy to conclude a collective labour agreement containing binding rules regarding the regulation of working conditions. Through collective labour agreement autonomy, the parties to the collective labour agreement are granted a kind of self-management right. This autonomy allows the parties to regulate matters relating to wages and working conditions by themselves and to make decisions that affect third parties. However, collective labour agreement autonomy is not unlimited. This means that collective labour agreements shall not contradict the Constitution and the mandatory provisions of the law. For example, the collective labour agreements shall not contain a provision that prohibits employees from joining another union or deprives them of their right to work.

However, the main issue that needs to be discussed is whether the parties to the collective labour agreement may be reviewed by the courts if the parties make provisions that undermine the principle of equality between employees. In recent years, this issue has frequently come before the German Federal Labour Court. The Federal Labour Court examines the content of the provisions of the collective labour agreement and rules on the invalidity of provisions of the collective labour agreement that violate the principle of equality between employees. This issue in the doctrine raises the questions of; do fundamental rights limit the collective labour agreement autonomy and what is the limit.

While some authors argue that the absence of an imbalance of power between the parties to a collective agreement does not eliminate the protective function of fundamental rights, others state that the principle of equality cannot be an instrument of control over the provisions of the

collective labour agreement within the framework of the autonomy of the collective labour agreement.

The aim of this study is to seek an answer to question of whether it is possible to limit the collective labour autonomy by fundamental rights, particularly in the context of the principle of equality in general. In this context, the theoretical foundations of the issue will be explained. Then, it will be examined whether the conflict between collective labour agreement autonomy and fundamental rights shall be resolved according to the principle of practical concordance. After that, two different German Federal Labor Court decisions regarding the issue that has caused serious debate in German labor law doctrine will be evaluated. Finally, the reflections of the issue in Turkish labor law will be examined.

Key Words: Collective Labour Agreement Autonomy, the Principle of Equality, Fundamental Rights, Horizontal Effect of Fundamental Rights, the Content Control

İŞ KAZASI VEYA MESLEK HASTALIĞINDAN DOĞAN TAZMİNATLARA İLİŞKİN İBRANIN GEÇERLİLİĞİNİN YARGISAL DENETİMİ (İRRADE SAKATLIKLARI VE GABİN AÇISINDAN)

Arş. Gör. Dr. Ebru YEŞİLMEN*

Özet

İş kazası veya meslek hastalığının gerçekleşmesinden sonra, işverenlerin iş kazası veya meslek hastalığından ötürü doğabilecek tazminat sorumluluklarını kaldırmak amacıyla, işçi veya ölümü halinde hak sahipleri ile ibraname veya farklı isimler altında, işçinin işverenden herhangi bir hakkı veya alacağı kalmadığına ilişkin anlaşmalar yaptıkları görülmektedir. İbraya ilişkin yasal düzenlemenin bulunmadığı 6098 sayılı Kanundan önceki dönemde, işçinin alacağını ortadan kaldıran ibra niteliğindeki sözleşmelerin geçerliliği, yargı tarafından işçi lehine yorum ilkesi gözetilerek getirilen kriterler çerçevesinde ele alınmaktaydı. İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan tazminatlara ilişkin olarak Yargıtay, işçinin iş kazası/meslek hastalığı sonucu uğradığı zarar ile ibra sözleşmesi uyarınca işçiye ödenen tutar arasında açık orantısızlık bulunmadığı sürece, ibra sözleşmesinin işverenin tazminat borcunu ortadan kaldıracağını kabul etmekteydi. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun cezai şart ve ibra başlıklı 420. maddesinde ise ibranın geçerliliğine ilişkin olarak, yapılan ödemenin işçinin hak tutarına nazaran noksansız olması ve banka kanalı ile ödenmesi koşulları getirilerek esasında tam ifa aranmış, işçinin işvereni ibra etmesi kabul edilmemiştir. Türk Borçlar Kanunu m. 420/4 uyarınca, ibraya ilişkin bu düzenlemeler iş kazası veya meslek hastalığından doğan tazminat alacakları hakkında da uygulanacaktır.

* Arş. Gör. Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: ebrukarabacak1@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5466-6148.

İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan tazminat davalarında, dava şartı olarak arabuluculuğa başvurulması zorunlu değildir (7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/3). Taraflar isterlerse ihtiyari arabuluculuğa başvurabilirler. Çalışmamızda öncelikle, iş kazası/meslek hastalığına uğrayan işçi veya ölümü halinde hak sahipleri ile işverenin arabuluculuk aşamasında, alacağın tamamını teşkil etmeyen bir miktar üzerinde anlaşarak iş kazası/meslek hastalığından doğan tazminat borcunu ortadan kaldırmalarının TBK m. 420 hükmü karşısında mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin son fıkrasında, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı düzenlenmektedir. Dava açma yasağı olarak isimlendirilen bu düzenlemenin, işçinin, arabuluculuk aşamasında iş kazası/meslek hastalığından kaynaklanan tazminatlara ilişkin yapmış olduğu ibra sözleşmesinin irade fesadı ya da gabin nedeniyle geçerli olmadığı iddiasıyla bir dava açmasına engel olup olmayacağı incelenecektir.

İş kazası sonucunda taksirle yaralama suçunun meydana gelmesi halinde, 5237 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenen uzlaştırmaya başvurulması gerekir. İş kazasına uğrayan işçi belirli bir miktar ödenmesi karşılığında işverenle uzlaşmış olabilir. Arabuluculukta olduğu gibi uzlaştırma da kanun koyucu uzlaştırmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeni ile artık tazminat davası açılmayacağını kabul etmekteydi (m. 5237 sayılı Kanun m. 253/19). Ancak söz konusu düzenleme Anayasa Mahkemesinin oldukça yeni tarihli bir kararı ile iptal edilmiştir. Arabuluculuk aşamasında, gerçek zararının çok altında bir miktar bakımından işverenle ibra sözleşmesi yapan işçinin, iş kazası/meslek hastalığı sonucu uğradığı zarar için daha sonra irade sakatlığı veya gabin iddiasıyla dava açıp açamayacağı, söz konusu Anayasa Mahkemesi kararı da dikkate alınarak, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin konuya ilişkin güncel bir kararı çerçevesinde değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: İbra, Gabin, Arabuluculuk, Uzlaştırma, Dava Açma Yasağı

JUDICIAL REVIEW OF THE RELEASE, REGARDING COMPENSATION ARISING FROM WORK ACCIDENT OR OCCUPATIONAL DISEASE (IN TERMS OF INTENTION DEFECTS AND LESION)

Abstract

After a work accident or occupational disease occurs, it is seen that employers make agreements with the worker or his rights holders in case of his death, under a release or under different names, in order to eliminate the compensation responsibilities that may arise due to the work accident or occupational disease, stating that the worker does not have any rights or receivables from the employer. In the period before Law No. 6098, when there was no legal regulation regarding release, the validity of release contracts that eliminated the employee's receivables were handled within the framework of the criteria introduced by the judiciary, taking into account the principle of interpretation in favor of the employee. Regarding compensation arising from a work accident or occupational disease, the Supreme Court accepted that the release agreement will eliminate the employer's compensation obligation, unless there is a clear disproportion between the damage suffered by the employee as a result of the work accident/occupational disease and the amount paid to the employee in accordance with the release agreement. In Article 420 of the Turkish Code of Obligations No. 6098, titled Penalty Clause and Release, regarding the validity of the release, full performance was sought by stipulating the conditions that the payment made should be complete compared to the employee's entitlement amount and paid through the bank, and the employee's discharge of the employer is not accepted. In accordance with Article 420/4, these regulations regarding release will also be applied to compensation receivables arising from work accidents or occupational diseases.

In compensation cases arising from occupational accidents or occupational diseases, mediation is not mandatory as a condition for litigation (Art. 3/3 of the Labor Courts Law No. 7036). The parties may apply for voluntary mediation if they wish. In our study, first of all, it will be evalu-

ated whether it is possible for the employee who has suffered an occupational accident/occupational disease or his/her beneficiaries in the event of his/her death and the employer to eliminate the compensation obligation arising from the occupational accident/occupational disease by agreeing on an amount that does not constitute the entire amount of the receivable during the mediation phase, in the face of Article 420 of the TCO. The last paragraph of Article 18 of the Law on Mediation in Civil Disputes No. 6325 states that if an agreement is reached at the end of the mediation activity, the parties cannot file a lawsuit regarding the agreed issues. It will be examined whether this regulation, which is called the prohibition of litigation, will prevent the employee from filing a lawsuit claiming that the release agreement made during the mediation phase regarding the compensation arising from occupational accidents/occupational diseases is not valid due to defective intention or lesion.

In the event that the crime of negligent injury occurs as a result of a work accident, it is necessary to apply to the conciliation regulated in the Criminal Procedure Law No. 5237. The worker who suffered a work accident may have reached an agreement with the employer in exchange for payment of a certain amount. As in mediation, in conciliation, the legislator accepted that if conciliation was achieved, a lawsuit for compensation could no longer be filed due to the crime under investigation (Law No. 5237, Art. 253/19). However, this regulation was annulled by a recent decision of the Constitutional Court. Whether the employee, who concludes a release agreement with the employer for an amount far below his/her actual damages during the mediation phase, can later file a lawsuit for the damages he/she suffered as a result of an occupational accident/occupational disease by claiming defective intention or lesion will be evaluated within the framework of a recent decision of the 10th Civil Chamber of the Supreme Court on the subject, taking into account the aforementioned Constitutional Court decision.

Key Words: Release, Lesion, Mediation, Conciliation, Prohibition of Litigation

İŞ HUKUKU BOYUTUYLA “QUIET QUITTING”

Arş. Gör. Hasan Alparslan AYAN*

Özet

Çalışma yaşamına ilişkin birçok trend ilk kez sosyal medya içerisinde ortaya çıkıp, sonrasında toplumda yer edinmektedir. Bu trendlerden bazıları kavram haline gelebilmekte, hata etkisi zaman içerisinde azalsa bile literatürde kendisine yer bulabilmektedir. Bunlara örnek gösterilebilecek ve iş hukuku boyutuyla ele alınabilecek kavramlardan birisi de “Quiet Quitting”; Türkçeye ait deyişle “sessiz istifa”dır.

Bir anlamıyla sessiz istifa, işçinin kendisini yıpratmadan ve fazla çalışmayı reddederek, görülecek işin iş sözleşmesine uygun biçimde ifasıdır. İşçi, yapması gerektiği kadar çalışmakta ancak daha fazlasını yapmamaktadır. Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler ihlal edilmeden, işin yoğunluğunun azaltılmaya çalışıldığı davranışlardır. İlk bakışta bu, iş hukukuna uygun bir çalışmadır. Ancak fazla çalışmanın önceden öngörülmesi yahut görülecek işin açık tanımının yokluğu, işçinin sessiz istifasının sonuçlarını etkiler.

Diğer anlamıyla sessiz istifa, işçinin iradi olarak düşük performans göstermesidir. Bu durumda iş sözleşmesinin ihlaline yaklaşan bir çalışma şekli ortaya çıkacaktır. İşçi işsiz kalma riskini üstlenmek istememekte, fakat bu durumu açıkça dile getirmeden performansını düşük tutmaktadır. Sessiz istifanın hukuksal sonuçları, iş ilişkisinde işçinin performansının önemine bağlıdır. Dolayısıyla performans ölçüm kriterleri içerisinde, sessiz istifa ölçeğinin de dahil edilmesi gerekir.

* Arş. Gör., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: alparslanayan@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-9991-9492.

Bazı durumlarda sessiz istifanın giderek kolektif bir anlam kazanması söz konusu olabilir. Bu noktada sessiz istifa kavramını toplu iş hukuku açısından ayrıca ele almak gerekir. Sessiz istifa işvereni protesto eden bir özellik kazandığında, aşırı kurallı çalışma olgusu çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür. Aşırı kurallı çalışma, işçiler tarafından kullanılacak toplu eylem araçlarından birisidir. Talimatlara ve iç yönetmeliklere titizlikle uyulması, iş süreçlerinin geciktirilmesi, işi kolaylaştırıcı önlemlerin alınmaması ve iş akışında önemli düzeyde aksamaya neden olunması anlamına gelir. Böylelikle açıkça iş bırakma eyleminden kaçınılmasına rağmen grev benzeri bir etki doğurmak amaçlanır. Aşırı kurallı çalışma bu anlamıyla, sessiz istifa davranışının kolektif kullanım biçimi olarak görülebilir.

Sessiz istifa olgusunun altında birçok sebebin bulunduğu belirtilmiştir. Bu sebeplerden birisi de işçinin iş-yaşam dengesinin bozulmasıdır. İş-yaşam dengesi, işçinin işyerindeki çalışma koşulları üzerindeki asgari kontrolüdür. İşçi hem özel yaşamında hem de iş ilişkisinde ayrı ayrı tatmin sağlayabildiğinde bu denge sağlanmış olur. Buna karşılık giderek işçiyi işyerinde sessiz istifaya sürükleyecek bir durum, işyerinde iş-yaşam dengesinin bozulmasıdır.

Sonuçta sessiz istifa kavramı sosyal medyada ortaya çıkmış bir davranış modeli ve çalışma biçimi olsa da, iş hukuku bağlamında bazı sonuçlar doğuracağı açıktır. Özellikle fazla çalışma, iş sözleşmesinde işçinin görev tanımı ve performansının önemi, iş-yaşam dengesinin sağlanması ve aşırı kurallı çalışma açısından kavramın kolektif düzeyde tekrar ele alınması, iş hukuku literatürüne fayda sağlayabilecektir. Sonuçta bu çalışma, sessiz istifa kavramının iş hukuku açısından değerlendirilmesini yapmaya çalışmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sessiz İstifa, Düşük Performans, Aşırı Kurallı Çalışma, İş ve Yaşam Dengesi, İş Sözleşmesinin İhlali

"QUIET QUITTING" IN THE ASPECT OF LABOR LAW

Abstract

Many trends related to working life, emerge for the first time in social media and then become part of the society. Some of these trends can become concepts and find a place in the literature, even if the effect diminishes over time. One of the concepts that can be shown as an example and can be handled with the aspect of labor law is "Quiet Quitting"; or in Turkish "sessiz istifa".

Quiet Quitting is the performance of the work to be performed in accordance with the employment contract, without wearing the employee out and by refusing to overwork. The employee works as much as he should but no more. These are behaviors in which the intensity of the work is tried to be reduced without violating contractual obligations. At first glance, this work is in accordance with labor law. However, the anticipation of overwork or the absence of a clear description of the work to be performed affects the consequences of the employee's quiet quitting.

In other words, quiet quitting is the voluntary underperformance of the employee. In this case, a way of working that approaches a violation of the employment contract will emerge. The legal consequences of quiet quitting depend on the importance of the employee's performance in the employment relationship. Therefore, the quiet quitting scale should also be included in the performance measurement criteria.

In some cases, quiet quitting may acquire a collective meaning. At this point, the concept of quiet quitting should be addressed separately in terms of collective labor law. When the quiet quitting gains the characteristic of protesting against the employer, it is possible to evaluate it within the framework of the phenomenon of work-to-rule. In this meaning, work-to-rule can be seen as a collective form of quiet quitting behavior.

It is stated that there are many reasons under the phenomenon of quiet quitting. One of these reasons is the deterioration of the employee's work-life balance. Work-life balance is the control of the employee over the working conditions at the workplace. This balance is achieved

when the employee is able to achieve satisfaction in both his private life and work relationship. On the contrary, a situation that gradually leads the employee to quiet quitting at the workplace is a disruption of the work-life balance at the workplace.

Although the concept of quiet quitting is a behavioral model and a way of working that has emerged on social media, it is clear that it will have some consequences in the context of labor law. Especially in terms of overwork, the importance of the employee's job description and performance in the employment contract, ensuring work-life balance and the concept of quiet quitting at the collective level may benefit the labor law literature. In conclusion, this study attempts to evaluate the concept of quiet quitting in the aspect of labor law.

Key Words: Quiet Quitting, Low Performance, Work-to-Rule, Work and Life Balance, Violation of Employment Contract

TBK M. 396/3 KAPSAMINDA; İŞ SÖZLEŞMESİNE EKLENEN İŞÇİNİN BAŞKA İŞTE ÇALIŞMASINI YASAKLAYAN HÜKÜMLERİN BİR ÖRNEK ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Zehra YILMAZ*

Özet

Günümüzde işçilerin, ağırlaşan ekonomik koşullar gereğince geçimlerini sağlamakta zorlandıkları görülmektedir. Bu durum kişileri mevcut iş ilişkileri dışında başka geçim kaynakları oluşturma yoluna itebilmektedir. İşverenler ise çeşitli sebeplerle işçilerin iş güçlerini sadece kendilerine hasretmelerini sağlamak yoluna gitmek için iş sözleşmelerine başka işte çalışmayı yasaklayan hükümler ekleyebilmektedirler. Asgari ücretin bir ailenin ihtiyaçlarını karşılama olanağı düşünüldüğünde, işçilerin birden fazla işte çalışarak maddi bakımdan rahatlamaya çalışmalarının anlayışla karşılanması gerekebilecektir.

TBK m. 396/3 gereğince işçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete giripemez. Bu kapsamda iş sözleşmeleri ile getirilen başka işte çalışma yasağına ilişkin hükümlere verilen anlam hukukumuzda zaman içerisinde değişiklik göstermiştir. Yargıtay kararlarından, yaşanan bu değişimi fark etmek mümkündür. İstanbul 29. Bölge Adliye Mahkemesinin 2022 yılında verdiği bir karar, (14.06.2022, 2022/1004 E. 2022/1548 K.) kat edilen mesafenin önemini vurgulamak anlamında öne çıkmaktadır.

* Arş. Gör., Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: z.yilmaz@aku.edu.tr.

Başka işte çalışma yasağı esas olarak Anayasa'da güvence altına alınan çalışma özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir. İşçiler kural olarak iş sözleşmesi ile belirli saatler arasındaki emeklerini işverenleri için sarf etmekle yükümlüdürler. Bu sürenin dışındaki sürelerde işçinin dinlenmekle yükümlü olup olmadığı uygulama bakımından çözülmesi gereken ihtilaflar ortaya çıkarabilmektedir. Başka işte çalışmayı yasaklayan hüküm, yazılmamış mı sayılacaktır yoksa sadece bu yasağın getirilmiş olması işverene başka bir gerekçeye ihtiyaç duymadan sözleşmeyi fesih imkanı verecek midir? Fesih imkanı vermesi halinde bu bir haklı fesih mi yoksa geçerli fesih midir? Yasağa aykırı davranılması halinde bu durumun başlı başına sadakat borcuna aykırılık oluşturup oluşturmayacağı, rekabet anlamına gelecek bir yan faaliyet söz konusu değil ise yine de yasağa geçerlilik tanınıp tanınmayacağı, başka işte çalışmanın işverence yasaklanabilmesi için hangi şartların gerçekleşmesi gerektiği gibi sorular gündeme gelebilmektedir.

Çalışmamızda yan işte çalışma yasağının günümüze değin yargı kararlarında hangi bakış açılarıyla ele alındığı incelenerek günümüzdeki durum değerlendirilecek ve doğal hukuk bakımından görüşümüz ve çözüm önerileri ortaya konacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sadakat Borcu, Çalışma Özgürlüğü, Başka İşte Çalışma, Haklı Sebep Fesih, Geçerli Sebep Fesih

WITHIN THE SCOPE OF TCO ART. 396/3; EVALUATION OF THE TERMS ADDED TO THE EMPLOYMENT CONTRACT PROHIBITING THE WORKER FROM WORKING IN OTHER JOBS WITHIN THE FRAMEWORK OF AN EXAMPLE

Abstract

Nowadays, it is seen that workers have difficulty in making a living due to the worsening economic conditions. This situation may push people to create other sources of income outside their current occupations. Employers, on the other hand, may add terms to their employment cont-

racts that prohibit working in another job, in order to ensure that workers devote their workforce solely to themselves, for various reasons. Considering the ability of the minimum wage to meet the needs of a family, it may be understandable that workers try to relieve themselves financially by working more than one job.

Pursuant to Article 396/3 of the Turkish Code of Obligations, as long as the service relationship continues, the employee cannot provide services to a third party for a fee, contrary to his duty of loyalty, and cannot compete with his own employer. In this context, the meaning given to the terms regarding the prohibition of working in another job, by employment contracts has changed over time in our law. It is possible to notice this change from the Supreme Court decisions. A decision made by the Istanbul 29th Regional Court of Justice in 2022 (14.06.2022, 2022/1004 E. 2022/1548 K.) stands out in terms of emphasizing the importance of the progress made.

The prohibition on working in another job should essentially be evaluated within the scope of the freedom to work guaranteed in the Constitution. As a rule, workers are obliged by their employment contract to spend their labor for their employers within certain hours. Whether the worker is obliged to rest outside this period may raise disputes that need to be resolved in terms of practice. Will the term that prohibiting working in another job be considered unwritten, or will the mere introduction of this prohibition allow the employer to terminate the contract without needing another justification? If it gives the possibility of termination, is this a termination with just cause or a termination with valid reason? In case of violation of the prohibition, questions may arise such as whether this situation will constitute a violation of the duty of loyalty in itself, whether the prohibition will still be valid if there is no side employment that means competition, and what conditions must be met for the employer to prohibit working in another job.

In our study, the current situation will be evaluated by examining the perspectives from which the prohibition on working other jobs has been

addressed in judicial decisions until today, and our opinion and solution suggestions will be put forward in terms of natural law.

Key Words: Duty of Loyalty, Freedom to Work, Working in Another Job, Termination with Just Cause, Termination with Valid Reason