ÖZEL HUKUKUN GÜNCEL SORUNLARI VE ANAYASA'NIN ÖZEL HUKUKA ETKİLERİ

CONTEMPORARY ISSUES IN PRIVATE LAW AND THE IMPACT OF THE CONSTITUTION ON PRIVATE LAW

Uluslararası Konferans/ International Conference

17-18-19 Nisan (April) 2021

Konferans Bildiri Özetleri Kitabı
Conference Book of Abstracts

Editörler / Editors:
Prof. Dr. Sibel ÖZEL
Assoc. Prof. Dr. Hatice Selin PÜRSELİM ARNİNG
Assoc. Prof. Dr. Özlem Karaman COŞGUN
Asst. Prof. Dr. Hanife DOĞRUSÖZ KOŞUT

onikilevha

YAYIN NO: 1734

Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasa'nın Özel Hukuka Etkileri - Contemporary Issues in Private Law and the Impact of the Constitution on Private Law **-Uluslararası Konferans-** International Conference- **17-18-19 Nisan** (April) **2021 Konferans Bildiri Özetleri Kitabı -** Conference Book of Abstracts

Prof. Dr. Sibel ÖZEL
Assoc. Prof. Dr. Hatice Selin PÜRSELİM ARNİNG
Assoc. Prof. Dr. Özlem Karaman COŞGUN
Asst. Prof. Dr. Hanife DOĞRUSÖZ KOŞUT

ISBN 978-625-7598-21-7

1. BASKI - İSTANBUL, MAYIS 2021

© **ON İKİ LEVHA YAYINCILIK A. Ş.**

Adres Prof. Nurettin Mazhar Öktel Sokak No: 6A Şişli / İSTANBUL
Telefon (212) 343 09 02
Faks (212) 224 40 02
Web www.onikilevha.com.tr
E-Posta bilgi@onikilevha.com.tr
facebook.com/onikilevha
twitter.com/onikilevha
instagram.com/onikilevha

Baskı/Cilt Vadi Grafik Tasarım ve Reklamcılık Ltd. Şti.
İvedik Org. San. 1420. Cad. No: 58/1
Yenimahalle/ANKARA
Tel: (312) 395 85 71
Sertifika No: 47479

ÖZEL HUKUKUN GÜNCEL SORUNLARI VE ANAYASA'NIN ÖZEL HUKUKA ETKİLERİ

CONTEMPORARY ISSUES IN PRIVATE LAW AND THE IMPACT OF THE CONSTITUTION ON PRIVATE LAW

Uluslararası Konferans/ International Conference

17-18-19 Nisan (April) 2021

Konferans Bildiri Özetleri Kitabı
Conference Book of Abstracts

Editörler / Editors:
Prof. Dr. Sibel ÖZEL
Assoc. Prof. Dr. Hatice Selin PÜRSELİM ARNİNG
Assoc. Prof. Dr. Özlem Karaman COŞGUN
Asst. Prof. Dr. Hanife DOĞRUSÖZ KOŞUT

onikilevha

Konferans Bilim Kurulu / Conference Scientific Board:

Kurul üyeleri unvana ve soyada göre sıralanmıştır.

- Prof. Dr. Ziya AKINCI (Galatasaray University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Murat ALIŞKAN (Marmara University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Sıtkı Anlam ALTAY (Galatasaray University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Osman Gökhan ANTALYA (Marmara University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (Yeditepe University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Wolfram BUCHWITZ (Universität Würzburg)
- Prof. Dr. Osman CAN (Marmara University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Nurşen CANİKLİOĞLU (Marmara University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN (İbn Haldun University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Esra Gül DARDAĞAN KİBAR (Atılım University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Vahit DOĞAN (İstanbul Aydın University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Mustafa ERKAN (Marmara University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Rifat ERTEN (Ankara University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Faruk Kerem GİRAY (İstanbul University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (Ankara University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Serap HELVACI (Marmara University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Mehmet HELVACI (İstanbul University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Yao-Ming HSU (National Chengchi University, College of Law)
- Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU (Marmara University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Arslan KAYA (İstanbul University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (İstanbul University Faculty of Law)

- Prof. Dr. Dres. h.c. Philip KUNIG (Türk-Alman University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Csongor István NAGY (University of Szeged)
- Prof. Dr. Hien Thi Thu NGUYEN (Vietnam UEH School of Law)
- Prof. Dr. Merih Kemal OMAĞ (İstanbul Kültür University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL (Galatasaray University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Sibel ÖZEL (Marmara University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Günseli ÖZTEKİN GELGEL (İstanbul University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Fuad PURIŠEVIĆ (Univerzitet u Sarajevu)
- Prof. Dr. iur. Hannes RÖSLER, LL.M. (Harvard) (Siegen Universität)
- Prof. Dr. Ayfer UYANIK (MEF University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Güzin ÜÇIŞIK (Yeni Yüzyıl University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Fehim ÜÇIŞIK (Yeni Yüzyıl University Faculty of Law)
- Prof. Dr. Emine YAZICIOĞLU (İstanbul University Faculty of Law)
- Assoc. Prof. Dr. Murat Yusuf AKIN (Marmara University Faculty of Law)
- Assoc. Prof. Dr. Arzu ARSLAN ERTÜRK (Marmara University Faculty of Law)
- Assoc. Prof. Dr. Musa AYGÜL (Ankara Yıldırım Beyazıt University Faculty of Law)
- Assoc. Prof. Dr. Ekaterine BAGHISHVILI (Georgian Technical University Faculty of Law and International Relations)
- Assoc. Prof. Dr. Özlem KARAMAN COŞGUN (Marmara University Faculty of Law)
- Assoc. Prof. Dr. Rejhan KURTOVIĆ (Universitet PIM, Serbia)

- Assoc. Prof. Dr. Hatice Selin PÜRSELİM ARNİNG (Marmara University Faculty of Law)
- Assoc. Prof. Dr. İpek SAĞLAM (Marmara University Faculty of Law)
- Assoc. Prof. Dr. Abdullah SEZER (Marmara University Faculty of Law)
- Assoc. Prof. Dr. Birgül SOPACI ÖZTUNA (Marmara University Faculty of Law)
- Asst. Prof. Dr. Hanife DOĞRUSÖZ KOŞUT (Marmara University Faculty of Law)
- Asst. Prof. Dr. Ana Sofia GOMES (Lusiada University Faculty of Law)
- Asst. Prof. Dr. Mohammad MAGHAMINIA (Gümüşhane University Faculty of Economics and Administrative Sciences)
- Asst. Prof. Dr. Kamyar SHAIBATZADEH (Private Law University, Iran)
- Dr. Mavluda SATTOROVA (University of Liverpool, Law School)
- Lect. Long H. LE (Vietnam UEH School of Law)
- Notary Roland KRAUSE (Visiting Professor Universidad Málaga)

Konferans Eşbaşkanları / Conference Co-Chairs:

- Assoc. Prof. Dr. Hatice Selin PÜRSELİM ARNİNG
- Assoc. Prof. Dr. Özlem KARAMAN COŞGUN
- Asst. Prof. Dr. Hanife DOĞRUSÖZ KOŞUT

Konferans Düzenleme Kurulu / Conference Organizing Board:

Kurul üyeleri unvana ve soyada göre sıralanmıştır.

- Prof. Dr. Mehmet AKMAN (Dean)
- Prof. Dr. Mustafa ERKAN
- Prof. Dr. Sibel ÖZEL
- Assoc. Prof. Dr. Murat Yusuf AKIN
- Assoc. Prof. Dr. Arzu ARSLAN ERTÜRK
- Assoc. Prof. Dr. Hüseyin Akif KARACA
- Assoc. Prof. Dr. Özlem KARAMAN COŞGUN
- Assoc. Prof. Dr. Hatice Selin PÜRSELİM ARNİNG
- Assoc. Prof. Dr. İpek SAĞLAM
- Assoc. Prof. Dr. Abdullah SEZER
- Assoc. Prof. Dr. Birgül SOPACI ÖZTUNA
- Asst. Prof. Dr. Mehmet Özgür AVCI
- Asst. Prof. Dr. Hanife DOĞRUSÖZ KOŞUT
- Asst. Prof. Dr. Zafer İÇER (Vice Dean)
- Dr. iur. Marian Alexander ARNING, LL.M.
- Res. Asst. Dr. Sinan SARIKAYA
- Res. Asst. Merve SARIKAYA
- Res. Asst. Can YÖNEY
- Res. Asst. Ayşenur ÖZTÜRK
- Res. Asst. Seçil ETLİOĞLU ERÇETİNGÖZ
- Res. Asst. Mehmet Emin YIKAR

Afiş Tasarımı / Poster Design:

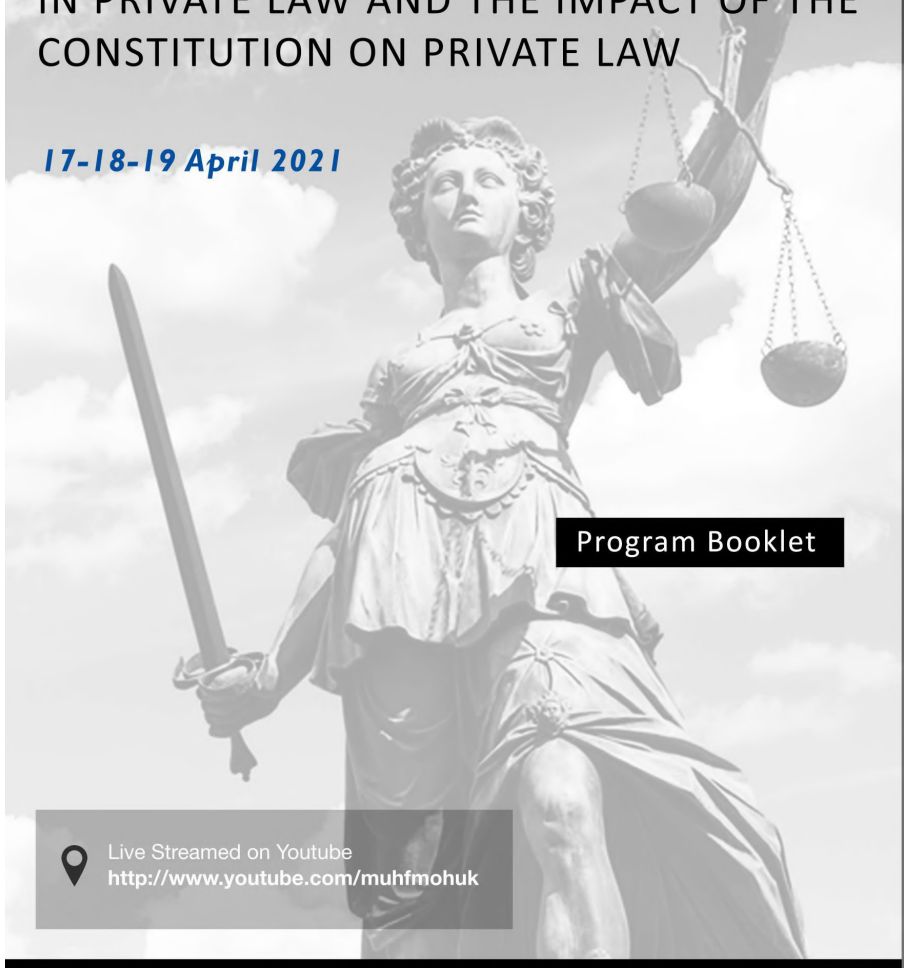
Res. Asst. Dr. Alper ERÇETİNGÖZ (Aydın Adnan Menderes University Faculty of Communication)

MARMARA UNIVERSITY

Faculty of Law

CONFERENCE ON CONTEMPORARY ISSUES IN PRIVATE LAW AND THE IMPACT OF THE CONSTITUTION ON PRIVATE LAW

17-18-19 April 2021



Program Booklet

Live Streamed on Youtube
http://www.youtube.com/muhfmohuk

You can contact us via e-mail adress **constitutionandprivatelaw@gmail.com.**

Conference on Contemporary Issues in Private Law and the Impact of the Constitution on Private Law

DAY I - 17 April 2021

OPENING SPEECH (09.30-10.00)

Prof. Dr. Mehmet Akman
Dean, Marmara University Faculty of Law

SESSION 1 (10.00-11.30)

MODERATOR: Prof. Dr. O. Gökhan Antalya

- **Constitutional Interpretation**
  Prof. Dr. O. Gökhan Antalya
  Marmara University Faculty of Law

- **Characteristics of Constitution / Private Law Relationship**
  Asst. Prof. Dr. Oya Boyar
  Marmara University Faculty of Law

- **The Concept of Possessions within the Context of Turkish Constitution, Evaluation of Intellectual Property Rights within the Scope of Right to Property**
  Dr. Fatma Karaman Odabaşı
  Rapporteur, Constitutional Court

- **An Assessment on the Horizontal Impact of Fundamental Rights and Freedoms on Private Law Relations**
  Asst. Prof. Dr. Dilara Eltimur
  Cyprus Science University Faculty of Law

11.30-11.45 QUESTIONS & ANSWERS

SESSION 2 (10.00-11.30)

MODERATOR: Prof. Dr. Burak Özen

- **A Fundamental Right that Lacks Essence: Ownership Right**
  Prof. Dr. Burak Özen
  Marmara University Faculty of Law

- **Legal Effect of the Constitution to Private Law and the Spy Programmes Downloaded to the Cellular Phones**
  Assoc. Prof. Dr. İpek Sağlam
  Marmara University Faculty of Law

- **Protection the Body Integrity of the Child against Mother and/or Father Who Have Right of Custody**
  Assoc. Prof. Dr. Sera Reyhani Yüksel
  Doğuş University Faculty of Law

- **Mandatory Vaccination in respect of Lawfulness Problem**
  Asst. Prof. Dr. Kazım Ali Sonat
  Marmara University Faculty of Law

- **The Evaluation of the Constitutional Court's Decision Regarding Article 300 of the Turkish Civil Law with Cancellation Decisions Regarding Prescription Period Concerning Lineage the Term in Other Proceedings of the Constitutional Court**
  Res. Asst. Dr. Fatma Zeynep Altıner Yolcu
  Marmara University Faculty of Law

11.30-11.45 QUESTIONS & ANSWERS

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi

DAY I - 17 April 2021

SESSION 3 (12.00-13.30)

MODERATOR: Prof. Dr. Merih Kemal Omağ

- **Evaluation of the Constitutional Court Decision dated 30.05.2019 Regarding the Liability of a Member of the Board of Directors for the Public Debts of a Company**
  Assoc. Prof. Dr. Birgül Sopacı Öztuna
  Marmara University Faculty of Law

- **Transfer of Shareholding Rights by Heritage in Incorporations and Limited Liability Companies**
  Assoc. Prof. Dr. Özlem Karaman Coşgun
  Marmara University Faculty of Law

- **The Regulations of the Banking Law Regarding Some Special Acquisition of Shares and the Review of These Regulations in Accordance with Private Property Right**
  Asst. Prof. Dr. Hanife Doğrusöz Koşut
  Marmara University Faculty of Law

- **Effect of Constitutional Private Property Right in Balance of Interest Between Shareholders of Corporations – Does Constitutional Economic Rights Provide Protection in Company Law?**
  Asst. Prof. Dr. Argun Karamanlıoğlu
  Kadir Has University Faculty of Law

13.30-13.45 QUESTIONS & ANSWERS

SESSION 4 (12.00-13.30)

MODERATOR: Prof. Dr. Ece Göztepe

- **The Problem of Internal Harmonization of Constitutional Court's (CC) Decisions and its Effect on Family Law: Analysis of CC Decisions on Surname and Family Housing**
  Prof. Dr. Ece Göztepe
  İhsan Doğramacı Bilkent University Faculty of Law

- **The Right to Respect for Family Life as a Personal Value and its Constitutional Foundations**
  Assoc. Prof. Dr. Murat Topuz
  Marmara University Faculty of Law

- **The Constitutional Limits on Statutory Intervention in Freedom of Contract in Turkish-German Law: Thoughts on the Law of the Berlin State Assembly on Rental Fee Upper Limit (Ceiling) ("Mietendeckel") in 2019**
  Asst. Prof. Dr. Ahmet Mert Duygun
  İzmir Bakırçay University Faculty of Law

- **Assessment of the Constitutional Court's Individual Application Decision dated 20.07.2017 and no: 2014/1826 from the Point of the Legal Character of Judicial Demand for Changing the Surname of the Child**
  Asst. Prof. Dr. Sabah Altay
  Marmara University Faculty of Law

- **On the Decision of the Court of Cassation of 15.10.2020: Could the Remarriage of the Mother Constitute a Reason for the Non-Application of the Constitutional Court's Decisions Regarding the Child's Surname?**
  Asst. Prof. Dr. Gökçe Kurtulan Güner
  Istanbul Bilgi University Faculty of Law

13.30-13.45 QUESTIONS & ANSWERS

DAY I - 17 April 2021

SESSION 5 (14.30-16.00)

MODERATOR: Prof. Dr. Murat Alışkan

- **(Thoughts On) Whether the Cooperative is Qualified as a Merchant**
  Prof. Dr. Murat Alışkan
  Marmara University Faculty of Law

- **Opinions upon Some Provisions at Turkish Commercial Code and Commercial Legislation Regarded as in Contradiction with Constitution**
  Asst. Prof. Dr. Tamer Bozkurt
  Selçuk University Faculty of Law

- **Is it Possible to Have a Legal Way Against the Decisions related to the Intervention, Due to the Change of Case and Conditions in Commercial Cases?**
  Judge Yusuf Demirci
  Ankara Regional Court of Justice

- **Constitutionality of Monetary Limits for Appeal and Cassation Applications in Civil Proceedings**
  Res. Asst. Ali Yaşasın
  Res. Asst. Salih Tayfun İnce
  Fatih Sultan Mehmet Foundation University Faculty of Law

16.00-16.15 QUESTIONS & ANSWERS

SESSION 6 (14.30-16.00)

MODERATOR: Notary Roland Krause

- **The Impact of Fundamental Rights on Legal Capacity System of Natural persons in Georgia**
  Prof. Dr. Ekaterine Bagishvili
  Georgian Technical University Faculty of Law and International Relations

- **Roman and Modern Concept of Civil Proceedings with Special Reference to Trial within a Reasonable Time**
  Assoc. Prof. Dr. Rejhan Kurtovic
  Asst. Prof. Dr. Maida Bećirović-Alić
  International University of Novi Pazar

- **Brexit and International Commercial Contracting in the EU: Rome I Regulation and the ECJ decisions**
  Asst. Prof. Dr. Ana Sofia Gomes
  Lusíada University Faculty of Law

- **The Right to be Forgotten and the Impact of Fundamental Rights**
  Dr. Marian Alexander Arning
  Turkish German University Faculty of Law

16.00-16.15 QUESTIONS & ANSWERS

DAY I - 17 April 2021

SESSION 7 (16.30-17.45)

MODERATOR: Prof. Dr. Arslan Kaya

- **Evaluation of the Concept of "Institutions with Public Nature" from the Point of Title of Plaintiff in Unfair Competition Law**
  Dr. Tamer Pekdinçer
  Chairman of the Intellectual and Industrial Property Rights Commission of the Istanbul Bar

- **Liquidation of Counterfeit Goods Seized at the Customs - The Issues within the Framework of Constitutional Principles**
  Asst. Prof. Dr. Eda Giray
  Marmara University Vocational School of Justice

- **Expropriation of Intellectual Property: Compulsory Patent License because of Public Health**
  Asst. Prof. Dr. Sırrı Düğer
  Yalova University Faculty of Law

- **The Effect of Termination Provisions in the Agency Agreement on the Agency's Indemnity Request**
  Res. Asst. Dr. Abdüssamet Yılmaz
  Marmara University Vocational School of Justice

17.45-18.00 QUESTIONS & ANSWERS

SESSION 8 (16.30-17.45)

MODERATOR: Prof. Dr. Faruk Acar

- **A Review of the Obligation to Contribute in Matrimonial Union Expenses in Respect to Divorce Law**
  Prof. Dr. Faruk Acar
  Marmara University Faculty of Law

- **The Doctrine of the Horizontal Effect of Fundamental Rights: A Brief Evaluation from the Perspective of Private Law in the Light of Leading Decisions of the Swiss Federal Supreme Court**
  Asst. Prof. Dr. Murat Sarıkaya
  Turkish German University Faculty of Law

- **Protection of Gender Identity in Civil Law in Light of the Constitution**
  Asst. Prof. Dr. Özgün Çelebi
  Koç University Faculty of Law

- **The Concept of Digital Estate within the Scope of Articles 20, 22 and 35 of the 1982 Constitution**
  Res. Asst. Dr. Aybike Tunç
  Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law

17.45-18.00 QUESTIONS & ANSWERS

DAY II - 18 April 2021

SESSION 9 (11.00-12.15)

MODERATOR: Prof. Dr. Mehmet Helvacı

- **Intellectual Property Protection for Creations or Inventions Generated by Artificial Intelligence: Assessments and Proposals from the Viewpoint of Property Right**
  Asst. Prof. Dr. Kadir Baş
  Marmara University Faculty of Law

- **An Assessment of the Article 47 of Law on Intellectual and Artistic Works -Expropriation- within the Scope of the Constitutional Court Decision**
  Asst. Prof. Dr. Ayşe Nilay Şenol
  Gedik University Vocational School of Justice

- **Essential Facilities Doctrine in Competition Law: An Investigation on the Right to Property and the Freedom of Contract**
  Res. Asst. Merve Sarıkaya
  Marmara University Faculty of Law

- **The Effect of Individual Application Decisions on the Interpretation of Special Law Contracts: Üçgen Nakliyat And Mehmet Apaydın Applications within the Scope of the Right of Property**
  Res. Asst. Ahmet Türkmen
  Fatih Sultan Mehmet Foundation University Faculty of Law

12.15-12.30 QUESTIONS & ANSWERS

SESSION 10 (11.00-12.15)

MODERATOR: Prof. Dr. O. Gökhan Antalya

- **Confiscation without Expropriation against Constitutional Property Right**
  Assoc. Prof. Dr. Mehmet Akçaal
  Selçuk University Faculty of Law

- **Action to Challenge the Presumption of Paternity within the context of Individual Application**
  Asst. Prof. Dr. Gediz Kocabaş
  Marmara University Faculty of Law

- **The Evaluation of the "Reasonable Time" Principle as Accepted by the Decision of the Constitutional Court Regarding State's Liability for the Land Registry**
  Asst. Prof. Dr. Cüneyt Pekmez
  Istanbul University Faculty of Law

- **Changing the Surname of the Child Whose Parents were Married in the Event of the Death of the Father in the light of the Constitutional Court's Individual Application Decision dated 21/07/2020 and numbered 2017/38724**
  Lect. Dr. Simge Aksu Kayacan
  Yaşar University Vocational School of Justice

12.15-12.30 QUESTIONS & ANSWERS

DAY II - 18 April 2021

SESSION 11 (12.45-14.00)

MODERATOR: Assoc. Prof. Dr. Murat Yusuf Akın

- **Place of Economic Public Order in the Turkish Commercial Code: An Assessment within the Framework of Limiting the Dividend Distribution of Capital Companies**
  Assoc. Prof. Dr. Mutlu Kağıtçıoğlu
  Tekirdağ Namık Kemal University Faculty of Law

- **Evaluation of the Decision of the Turkish Constitutional Court of 13.12.2017 (nr. 2016/14 - 2017/170) on the Partners' Liability for the Public Levies Imposed on the Private Limited-Liability Company**
  Asst. Prof. Dr. Tuğçe Nimet Yaşar
  Ankara Yıldırım Beyazıt University Faculty of Law

- **Constitutionality of Mediation as a Cause of Action in Commercial Law**
  Res. Asst. Dr. Sinan Sarıkaya
  Marmara University Faculty of Law

- **The Offence of Trademark Infringement Through Confusion in Connection with the Principle of Certainty and Prohibition of Comparison**
  Res. Asst. Süleyman Emre Özdemir
  Recep Tayyip Erdoğan University Faculty of Law

14.00-14.15 QUESTIONS & ANSWERS

SESSION 12 (12.45-14.00)

MODERATOR: Prof. Dr. O. Gökhan Antalya

- **Legal Restrictions on Immovable Property Based on Public Law In The Light of the Constitutional Court and ECHR Decisions**
  Assoc. Prof. Dr. Melek Bilgin Yüce
  Özyeğin University Faculty of Law

- **Right to Work within the Framework of Constitutional Provisions and the Coherence of Working Life and Family Life**
  Assoc. Prof. Dr. A. Eda Manav Özdemir

- **The Evaluation of the Conflict of Interests of the Deceased and the Heir within the Scope of the Constitutional Guarantee of the Right to Inheritance**
  Res. Asst. Dr. Derya Yakupoğlu
  İhsan Doğramacı Bilkent University Faculty of Law
  Asst. Prof. Dr. Mustafa Mert Alpbaz
  Niğde Ömer Halisdemir University Faculty of Economics and Administrative Sciences

- **Marital Status Based Discrimination: The Example of Regulation on Reproductive Treatment Practices and Reproductive Treatment Centers**
  Asst. Prof. Dr. Ayşen Çilenti Konuralp
  Istanbul Aydın University Faculty of Law

14.00-14.15 QUESTIONS & ANSWERS

DAY II - 18 April 2021

SESSION 13 (14.45-16.00)

MODERATOR: Prof. Dr. Emine Yazıcıoğlu

- **Prospectus Liability & Public Offering of Securities Insurance (POSI)**
  Asst. Prof. Dr. İrem Aral Eldeleklioğlu
  Marmara University Faculty of Law

- **Evaluation of the Obligation to Dematerialize Bearer Shares in Non-Public Joint Stock Companies Within the Framework of Fundamental Rights and Principles**
  Asst. Prof. Dr. Gül Büyükkılıç
  Marmara University Faculty of Law

- **Borsa Istanbul A.S. as a Regulatory and Supervisory Model in the Capital Market**
  Asst. Prof. Dr. Abbas Kılıç
  Asst. Prof. Dr. Serdar Hızır
  Atılım University Faculty of Law

- **Evaluations Regarding the Kite Check Within the Scope of the Constitutional Court's Decision numbered 2017/131**
  Asst. Prof. Dr. Yağmur Temiz Gül
  Res. Asst. Aybike Karahan Gökdere
  İnönü University Faculty of Law

16.00-16.15 QUESTIONS & ANSWERS

SESSION 14 (14.45-16.00)

MODERATOR: Prof. Dr. Günseli Öztekin Gelgel

- **Joint Custody After Divorce**
  Prof. Dr. Zeynep Derya Tarman
  Koç University Faculty of Law

- **Examination of the Clear Violation of Public Policy with Regard to the Law Applicable to Divorce Actions with a Foreign Element and Recognition Actions**
  Assoc. Prof. Dr. Hatice Selin Pürselim Arning
  Marmara University Faculty of Law

- **Turkish International Private Law Practices in the Framework of the European Court of Human Rights' Case Laws on the Concept of Public Order**
  Asst. Prof. Dr. Defne Deniz Kırlı Aydemir
  Sakarya University Faculty of Law

- **Public Policy Exception under Turkish Private International Law & Turkish Constitution: Case of Enforcement of Foreign Interim Measures in International Investment Arbitration**
  Asst. Prof. Dr. Özge Varış
  Kırklareli University Faculty of Law

16.00-16.15 QUESTIONS & ANSWERS

Conference on Contemporary Issues in Private Law and the Impact of the Constitution on Private Law

DAY III - 19 April 2021

SESSION 15 (11.00-12.15)

MODERATOR: Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu

- **The Right to Severance Pay of the Employee Who Will Fulfill His Paid Military Duty**
  Asst. Prof. Dr. Mehmet Halis Karaman
  Marmara University Faculty of Economics

- **Recalling of Inappropriate and Over Payments by Social Security Institution in the Light of Decisions of Constitutional Court**
  Asst. Prof. Dr. Orhan Ersun Civan
  TOBB University of Economics and Technology Faculty of Law

- **Assessments Regarding the Right to Administration in Mazbut And Mülhak Foundations after the Constitutional Court Decision**
  Asst. Prof. Dr. M. Özgür Avcı
  Marmara University Faculty of Law

- **Are Judges the Master of Labor Law? An Evaluation of the Principle of Proportionality on Termination for Just Cause**
  Res. Asst. Dr. Gökhan Türe
  Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law

12.15-12.30 QUESTIONS & ANSWERS

SESSION 16 (11.00-12.15)

MODERATOR: Prof. Dr. Sibel Özel

- **Expulsion of Aliens in the Context of the Right to Respect for Family Life**
  Asst. Prof. Dr. Mine Tan Dehmen
  İstanbul University Faculty of Law

- **Application of Procedural Safeguards in Article 1 of the Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights (ECHR) Relating to Expulsion of Aliens**
  Asst. Prof. Dr. Cahit Ağaoğlu
  Beykent University Faculty of Law

- **Legal Aid and Situation of Foreigners in Terms of Effective Use of Right to a Fair Trial**
  Asst. Prof. Dr. Didem Kayalı
  TOBB University of Economics and Technology Faculty of Law

- **Intercountry Adoption under the Right to Respect for Family Life**
  Asst. Prof. Dr. Ekin Ömeroğlu
  Kadir Has University Faculty of Law

12.15-12.30 QUESTIONS & ANSWERS

DAY III - 19 April 2021

SESSION 17 (12.45-14.15)

MODERATOR: Prof. Dr. Ercüment Özkaraca

- **According to the Current Decisions of the Constitutional Court Monitoring of the Worker's E-Mail by the Employer**
  Assoc. Prof. Dr. Arzu Arslan Ertürk
  Marmara University Faculty of Law

- **The Evaluation of Provisions Regarding the Obligation of Employers as to Open Nursery in Turkish Labour Law in terms of Right to Work**
  Asst. Prof. Dr. Dilek Dulay Yangın
  Manisa Celal Bayar University
  Faculty of Economics and Administrative Sciences

- **Evaluation of Women's Quotas in the Scope of Positive Action in Employment Law**
  Asst. Prof. Dr. Canan Ünal Adınır
  Marmara University Faculty of Law

- **Discrimination Compensation in the Recruitment Process in the Pendulum of Principle of Equality and Freedom of Contract**
  Res. Asst. Yiğitcan Çankaya
  Atılım University Faculty of Law

14.15-14.30 QUESTIONS & ANSWERS

SESSION 18 (12.45-14.15)

MODERATOR: Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu

- **Effects of Severe Human Rights Violations and Torture to the Foreign Sovereign Immunity**
  Assoc. Prof. Dr. Ceyda Süral Efeçınar
  Kadir Has University Faculty of Law

- **Relation Between the Concept of Nationality and Human Rights**
  Asst. Prof. Dr. Hande Ünsal
  İzmir Bakırçay University Faculty of Law

- **An Assessment on the Constitutional Framework for the Restriction of Rights of Foreigners**
  Asst. Prof. Dr. Neva Övünç Öztürk
  Ankara University Faculty of Law

- **Evaluation of the Right to Respect for Family Life as regards Entry Ban, Residence and Deportation of Foreigners**
  Asst. Prof. Dr. Belkıs Vural Çelenk
  Ankara Yıldırım Beyazıt University Faculty of Law

- **Issues Encountered during the Application of Private International Law Agreements in Turkish Law in Accordance with Article 90 of the Constitution**
  Atty. Gizem Yılmaz
  Istanbul Bar

14.15-14.30 QUESTIONS & ANSWERS

DAY III - 19 April 2021

SESSION 19 (14.45-16.00)

MODERATOR: Prof. Dr. Talat Canbolat

- **Evaluation of Constitutional and Legislative Regulations within the Scope of the Principle of Balance in the Labor Struggle**
  Asst. Prof. Dr. Esra Baskan
  Maltepe University Faculty of Law

- **Rest Break in the Turkish Labour Law**
  Asst. Prof. Dr. Emre Ertan
  Marmara University Faculty of Economics

- **The Limits of Right to Strike in Turkish Law**
  Asst. Prof. Dr. Canan Erdoğan
  Ankara Yıldırım Beyazıt University
  Faculty of Law

- **Evaluation of the Cash Wage Payment Regulation within the Framework of the Constitution's Social State and Equality Principles**
  Res. Asst. Dr. Eda Karaçöp
  Dokuz Eylül University
  Faculty of Economics and Administrative Sciences

16.00-16.15 QUESTIONS & ANSWERS

CLOSING SPEECHES (16.15-17.00)

Conference on Contemporary Issues in Private Law and the Impact of the Constitution on Private Law

SCIENTIFIC COMMITTEE

(Listed in title and alphabetical order)

Prof. Dr. Ziya Akıncı (Galatasaray University Faculty of Law)
Prof. Dr. Murat Alışkan (Marmara University Faculty of Law)
Prof. Dr. Sıtkı Anlam Altay (Galatasaray University Faculty of Law)
Prof. Dr. Osman Gökhan Antalya (Marmara University Faculty of Law)
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar (Yeditepe University Faculty of Law)
Prof. Dr. Wolfram Buchwitz (Universität Würzburg)
Prof. Dr. Osman Can (Marmara University Faculty of Law)
Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu (Marmara University Faculty of Law)
Prof. Dr. Yusuf Çalışkan (İbn Haldun University Faculty of Law)
Prof. Dr. Esra Gül Dardağan Kibar (Atılım University Faculty of Law)
Prof. Dr. Vahit Doğan (İstanbul Aydın University Faculty of Law)
Prof. Dr. Mustafa Erkan (Marmara University Faculty of Law)
Prof. Dr. Rifat Erten (Ankara University Faculty of Law)
Prof. Dr. Faruk Kerem Giray (İstanbul University Faculty of Law)
Prof. Dr. Gülin Güngör (Ankara University Faculty of Law)
Prof. Dr. Serap Helvacı (Marmara University Faculty of Law)
Prof. Dr. Mehmet Helvacı (İstanbul University Faculty of Law)
Prof. Dr. Yao-Ming Hsu (National Chengchi University, College of Law)
Prof. Dr. Sibel İnceoğlu (Marmara University Faculty of Law)
Prof. Dr. Arslan Kaya (İstanbul University Faculty of Law)
Prof. Dr. Abuzer Kendigelen (İstanbul University Faculty of Law)
Prof. Dr. Hatice Kocasakal (Galatasaray University Faculty of Law)
Prof. Dr. Dres. h.c. Philip Kunig (Türk-Alman University Faculty of Law)
Prof. Dr. Csongor István Nagy (University of Szeged)
Prof. Dr. Hien Thi Thu Nguyen (Vietnam UEH School of Law)
Prof. Dr. Merih Kemal Omağ (İstanbul Kültür University Faculty of Law)
Prof. Dr. Sibel Özel (Marmara University Faculty of Law)
Prof. Dr. Günseli Öztekin Gelgel (İstanbul University Faculty of Law)
Prof. Dr. Fuad Purišević (Univerzitet u Sarajevu)
Prof. Dr. iur. Hannes Rösler, LL.M. (Harvard) (Siegen Universität)
Prof. Dr. Ayfer Uyanık (MEF University Faculty of Law)
Prof. Dr. Güzin Üçışık (Yeni Yüzyıl University Faculty of Law)
Prof. Dr. Fehim Üçışık (Yeni Yüzyıl University Faculty of Law)
Prof. Dr. Emine Yazıcıoğlu (İstanbul University Faculty of Law)
Assoc. Prof. Dr. Murat Yusuf Akın (Marmara University Faculty of Law)
Assoc. Prof. Dr. Arzu Arslan Ertürk (Marmara University Faculty of Law)
Assoc. Prof. Dr. Musa Aygül (Ankara Yıldırım Beyazıt University Faculty of Law)
Assoc. Prof. Dr. Ekaterine Baghishvili (Georgian Technical University Faculty of Law and International Relations)
Assoc. Prof. Dr. Özlem Karaman Coşgun (Marmara University Faculty of Law)
Assoc. Prof. Dr. Rejhan Kurtović (Universitet PIM, Serbia)
Assoc. Prof. Dr. Hatice Selin Pürselim Arning (Marmara University Faculty of Law)
Assoc. Prof. Dr. İpek Sağlam (Marmara University Faculty of Law)
Assoc. Prof. Dr. Abdullah Sezer (Marmara University Faculty of Law)
Assoc. Prof. Dr. Birgül Sopacı Öztuna (Marmara University Faculty of Law)
Asst. Prof. Dr. Hanife Doğrusöz Koşut (Marmara University Faculty of Law)
Asst. Prof. Dr. Ana Sofia Gomes (Lusiada University Faculty of Law)
Asst. Prof. Dr. Mohammad Maghaminia (Gümüşhane University Faculty of Economics and Administrative Sciences)
Asst. Prof. Dr. Kamyar Shaibatzadeh (Private Law University, Iran)
Dr. Mavluda Sattorova (University of Liverpool, Law School)
Lect. Long H. Le (Vietnam UEH School of Law)
Notary Roland Krause (Visiting Professor Universidad Málaga)

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi

ORGANIZING COMMITTEE

(Listed in title and alphabetical order)

Prof. Dr. Mehmet Akman (Dean)
Prof. Dr. Mustafa Erkan
Prof. Dr. Sibel Özel
Assoc. Prof. Dr. Murat Yusuf Akın
Assoc. Prof. Dr. Arzu Arslan Ertürk
Assoc. Prof. Dr. Özlem Karaman Coşgun (Co-Chair of the Organizing Committee)
Assoc. Prof. Dr. Hatice Selin Pürselim Arning (Co-Chair of the Organizing Committee)
Assoc. Prof. Dr. İpek Sağlam
Assoc. Prof. Dr. Abdullah Sezer
Assoc. Prof. Dr. Birgül Sopacı Öztuna
Asst. Prof. Dr. Mehmet Özgür Avcı
Asst. Prof. Dr. Hanife Doğrusöz Koşut (Co-Chair of the Organizing Committee)
Asst. Prof. Dr. Zafer İçer (Vice Dean)
Asst. Prof. Dr. Hüseyin Akif Karaca
Dr. iur. Marian Alexander Arning, LL.M.
Dr. Sinan Sarıkaya
Res. Asst. Merve Sarıkaya
Res. Asst. Can Yöney
Res. Asst. Ayşenur Öztürk
Res. Asst. Seçil Etlioğlu Erçetingöz
Res. Asst. Mehmet Emin Yıkar


MARMARA
UNIVERSITY
Faculty of Law

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi

ÖZEL HUKUKUN GÜNCEL SORUNLARI VE ANAYASANIN ÖZEL HUKUKA ETKİLERİ KONFERANSI

17-18-19 Nisan 2021



Program Kitapçığı

Youtube Kanalı Canlı Yayın
http://www.youtube.com/muhfmohuk

Detaylı bilgi için **constitutionandprivatelaw@gmail.com** adresi ile iletişime geçebilirsiniz.

Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasanın Özel Hukuka Etkileri Konferansı

I. GÜN - 17 Nisan 2021

AÇILIŞ KONUŞMASI (09.30-10.00)

Prof. Dr. Mehmet Akman
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

1. OTURUM (10.00-11.30)

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. O. Gökhan Antalya

- **Anayasal Yorum**
  Prof. Dr. O. Gökhan Antalya
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Anayasa / Özel Hukuk İlişkilerinin Özelliği**
  Dr. Öğr. Üy. Oya Boyar
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Anayasal Bağlamda Mülk Kavramı, Fikri Mülkiyet Haklarının Mülkiyet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi**
  Dr. Fatma Karaman Odabaşı
  Anayasa Mahkemesi Raportörü

- **Temel Hak ve Özgürlüklerin Özel Hukuk İlişkilerine Yatay Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme**
  Dr. Öğr. Üy. Dilara Eltimur
  Kıbrıs İlim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

11.30-11.45 SORU CEVAP

2. OTURUM (10.00-11.30)

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. Burak Özen

- **Özü Olmayan Bir Temel Hak: Mülkiyet**
  Prof. Dr. Burak Özen
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Anayasa'nın Özel Hukuka Etkisi ve Çocukların Telefonlarına Yüklenen Takip Programları**
  Doç. Dr. İpek Sağlam
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Çocuğun Vücut Bütünlüğünün Velayet Hakkı Sahibi Anne ve/veya Babaya Karşı Korunması**
  Doç. Dr. Sera Reyhani Yüksel
  Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Hukuka Uygunluk Yönünden Zorunlu Aşı Uygulaması**
  Dr. Öğr. Üy. Kazım Ali Sonat
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Anayasa Mahkemesi'nin Türk Medeni Kanunu'nun 300. Maddesi Hakkındaki Kararının Anayasa Mahkemesi'nin Soybağına İlişkin Diğer Davalardaki Sürelere Dair İptal Kararları ile Birlikte Değerlendirilmesi**
  Ar. Gör. Dr. Fatma Zeynep Altıner Yolcu
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

11.30-11.45 SORU CEVAP

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi

Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasanın Özel Hukuka Etkileri Konferansı

I. GÜN - 17 Nisan 2021

3. OTURUM (12.00-13.30)

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. Merih Kemal Omağ

- **Yönetim Kurulu Üyesinin Şirketin Kamu Borçlarından Sorumluluğu Bakımından 30.05.2019 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi**
  Doç. Dr. Birgül Sopacı Öztuna
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Anonim ve Limited Şirketlerde Payın Miras Yolu ile İntikali ve Mülkiyet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi**
  Doç. Dr. Özlem Karaman Coşgun
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Bankacılık Kanununun Bazı Özel Pay Edinimlerine İlişkin Düzenlemeleri ve Bu Düzenlemelerin Özel Mülkiyet Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi**
  Dr. Öğr. Üy. Hanife Doğrusöz Koşut
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Arası Menfaat Dengesi Bakımından Anayasal Mülkiyet Hakkının Etkisi – Anayasal Ekonomik Haklar Ortaklıklar Hukuku'nda Bireysel Koruma Sağlar mı?**
  Dr. Öğr. Üy. Argun Karamanlıoğlu
  Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

13.30-13.45 SORU-CEVAP

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

4. OTURUM (12.00-13.30)

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. Ece Göztepe

- **Anayasa Mahkemesi (AYM) Kararlarının İç Uyumu ve Aile Hukukuna Etkisi Sorunu: Soyadı ve Aile Konutuna İlişkin AYM Kararlarının Analizi**
  Prof. Dr. Ece Göztepe
  İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Bir Kişilik Değeri Olarak Aile Yaşamına Saygı Hakkı ve Anayasal Temelleri**
  Doç. Dr. Murat Topuz
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Türk-Alman Hukukunda Sözleşme Özgürlüğüne Yasa ile Yapılan Müdahalenin Anayasal Sınırları Berlin Eyalet Meclisinin 2019 Tarihli "Mietendeckel (Kira Tavanı)" Yasasının Düşündürdükleri**
  Dr. Öğr. Üy. Ahmet Mert Duygun
  İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Anayasa Mahkemesinin 20.07.2017 Tarih ve 2014/1826 Nolu Bireysel Başvuru Kararının Çocuğun Soyadının Değiştirilmesi Talebinin Hukukî Niteliği Bakımından Değerlendirilmesi**
  Dr. Öğr. Üy. Sabah Altay
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Yargıtay'ın 15.10.2020 Tarihli Kararı Üzerine: Annenin Yeniden Evlenmesi Anayasa Mahkemesi'nin Çocuğun Soyadına İlişkin Kararlarının Uygulanmaması İçin Bir Neden Olabilir Mi?**
  Dr. Öğr. Üy. Gökçe Kurtulan Güner
  İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

13.30-13.45 SORU-CEVAP

Hukuk Fakültesi

Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasanın Özel Hukuka Etkileri Konferansı

I. GÜN - 17 Nisan 2021

5. OTURUM (14.30-16.00)

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. Murat Alışkan

- **Kooperatif Ortaklığın Tacir Sayılıp Sayılmayacağı**
  Prof. Dr. Murat Alışkan
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuatta Anayasa'ya Aykırı Olduğu Düşünülen Bazı Hükümler Üzerine Düşünceler**
  Dr. Öğr. Üy. Tamer Bozkurt
  Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Ticari Nitelikteki Davalarda Durum ve Koşulların Değişmesi Nedeniyle İhtiyati Tedbire İlişkin Kararlara Karşı Kanun Yolu mümkün mü?**
  Hâkim Yusuf Demirci
  Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Üyesi

- **Hukuk Davaları Bakımından İstinaf ve Temyiz Başvurusunda Parasal Sınırların Anayasa'ya Uygunluğu**
  Ar. Gör. Ali Yaşasın
  Ar. Gör. Salih Tayfun İnce
  Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

16.00-16.15 SORU CEVAP

6. OTURUM (14.30-16.00)

OTURUM BAŞKANI: Noter Roland Krause

- **The Impact of Fundamental Rights on Legal Capacity System of Natural persons in Georgia**
  Prof. Dr. Ekaterine Bagishvili
  Georgian Technical University Faculty of Law and International Relations

- **Roman and Modern Concept of Civil Proceedings with Special Reference to Trial within a Reasonable Time**
  Assoc. Prof. Dr. Rejhan Kurtovic
  Assist. Prof. Dr. Maida Bećirović-Alić
  International University of Novi Pazar

- **Brexit and International Commercial Contracting in the EU: Rome I Regulation and the ECJ decisions**
  Assist. Prof. Dr. Ana Sofia Gomes
  Lusíada University Faculty of Law

- **The Right to be Forgotten and the Impact of Fundamental Rights**
  Dr. Marian Alexander Arning
  Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

16.00-16.15 SORU CEVAP

Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasanın Özel Hukuka Etkileri Konferansı

I. GÜN - 17 Nisan 2021

7. OTURUM (16.30-17.45)

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. Arslan Kaya

- **Haksız Rekabet Hukukunda "Kamusal Nitelikteki Kurumlar" Kavramının Davacı Sıfatı Yönünden Değerlendirilmesi**
  Dr. Tamer Pekdinçer
  İstanbul Barosu Fikri ve Sınai Haklar Komisyonu Başkanı

- **Gümrüklerde El Konulan Taklit Markaların Tasfiyesi-Anayasal İlkeler Çerçevesinde Sorunlar**
  Dr. Öğr. Üy. Eda Giray
  Marmara Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu

- **Fikri Mülkiyet İstimvali: Kamu Sağlığı Nedeniyle Zorunlu Patent Lisansı**
  Dr. Öğr. Üy. Sırrı Düğer
  Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Acentelik Sözleşmelerindeki Haklı Sebeple Fesih Düzenlemelerinin, Acentenin Denkleştirme Talebine Etkisi**
  Ar. Gör. Dr. Abdüssamet Yılmaz
  Marmara Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu

17.45-18.00 SORU CEVAP

8. OTURUM (16.30-17.45)

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. Faruk Acar

- **Eşlerin Evlilik Birliği Giderlerine Katılma Yükümlülüğünün Boşanma Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**
  Prof. Dr. Faruk Acar
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Temel Hakların Yatay Etkisi Doktrini ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin Öncü Kararları Çerçevesinde Konuya Özel Hukuk Perspektifinden Kısa Bir Bakış**
  Dr. Öğr. Üy. Murat Sarıkaya
  Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Anayasa Işığında Medeni Hukukta Cinsiyet Kimliğinin Korunması**
  Dr. Öğr. Üy. Özgün Çelebi
  Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **1982 Anayasası 20., 22. ve 35. Maddeleri Kapsamında Dijital Tereke Kavramı**
  Ar. Gör. Dr. Aybike Tunç
  Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

17.45-18.00 SORU CEVAP

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi

II. GÜN - 18 Nisan 2021

9. OTURUM (11.00-12.15)

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. Mehmet Helvacı

- **Yapay Zeka Tarafından Geliştirilen Yaratıların ve Buluşların Fikri Mülkiyet Hukuku Kapsamında Korunması: Mülkiyet Hakkı Ekseninde Değerlendirmeler ve Öneriler**
  Dr. Öğr. Üy. Kadir Baş
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Anayasa Mahkemesi Kararı Çerçevesinde FSEK Madde 47 -"Kamuya Mal Etme"- Düzenlemesinin Değerlendirilmesi**
  Dr. Öğr. Üy. Ayşe Nilay Şenol
  Gedik Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu

- **Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini: Mülkiyet Hakkı ve Sözleşme Yapma Hürriyeti Çerçevesinde Bir İnceleme**
  Ar. Gör. Merve Sarıkaya
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Bireysel Başvuru Kararlarının Özel Hukuk Sözleşmelerinin Yorumuna Etkisi: Mülkiyet Hakkı Kapsamında Üçgen Nakliyat Başvurusu ve Mehmet Apaydın Başvurusu**
  Ar. Gör. Ahmet Türkmen
  Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

12.15-12.30 SORU-CEVAP

10. OTURUM (11.00-12.15)

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. O. Gökhan Antalya

- **Anayasal Mülkiyet Hakkı Karşısında Kamulaştırmasız El Atma**
  Doç. Dr. Mehmet Akçaal
  Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Bireysel Başvuru Kapsamında Soybağının Reddi Davasının Değerlendirilmesi**
  Dr. Öğr. Üy. Gediz Kocabaş
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Anayasa Mahkemesi'nin Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğuna İlişkin Kararlarında Kabul Ettiği "Makul Süre" Esasının Değerlendirilmesi**
  Dr. Öğr. Üy. Cüneyt Pekmez
  İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Anayasa Mahkemesi'nin 21/07/2020 Tarih ve 2017/38724 Numaralı Bireysel Başvuru Kararı Işığında Ana ve Babası Evli Olan Çocuğun Babasının Ölümü Halinde Soyadının Değiştirilmesi**
  Dr. Öğr. Gör. Simge Aksu Kayacan
  Yaşar Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu

12.15-12.30 SORU-CEVAP

Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasanın Özel Hukuka Etkileri Konferansı

II. GÜN - 18 Nisan 2021

11. OTURUM (12.45-14.00)

OTURUM BAŞKANI: Doç. Dr. Murat Yusuf Akın

- **Ekonomik Kamu Düzeninin Türk Ticaret Kanunu'ndaki Yeri: Sermaye Şirketlerinin Kar Dağıtımının Sınırlandırılması Çerçevesinde Bir Değerlendirme**
  Doç. Dr. Mutlu Kağıtçıoğlu
  Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Limited Şirket Amme Borçlarından Ortakların Sorumluluğuna İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararının (13.12.2017, E. 2016/14, K. 2017/170) Değerlendirilmesi**
  Dr. Öğr. Üy. Tuğçe Nimet Yaşar
  Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Ticaret Hukukunda Dava Şartı Arabuluculuğun Anayasa'ya Uygunluğu**
  Ar. Gör. Dr. Sinan Sarıkaya
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Belirlilik İlkesi ve Kıyas Yasağı Bağlamında İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz Suçu**
  Ar. Gör. Süleyman Emre Özdemir
  Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

14.00-14.15 SORU CEVAP

12. OTURUM (12.45-14.00)

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. O. Gökhan Antalya

- **AYM ve AİHM Kararları Işığında Kamu Hukuku Kaynaklı Taşınmaz Mülkiyetinin Kanundan Doğan Kısıtlamaları**
  Doç. Dr. Melek Bilgin Yüce
  Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Anayasal Düzenlemeler Çerçevesinde Çalışma Hakkı ve İş ve Aile Hayatının Uyumu**
  Doç. Dr. A. Eda Manav Özdemir

- **Miras Bırakan ve Mirasçının Çatışan Menfaatlerinin Miras Hakkının Anayasal Teminatı Kapsamında Değerlendirilmesi**
  Ar. Gör. Dr. Derya Yakupoğlu
  İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
  Dr. Öğr. Üy. Mustafa Mert Alpbaz
  Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi

- **Medeni Hale Dayalı Bir Ayrımcılık Örneği: Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik**
  Dr. Öğr. Üy. Ayşen Çilenti Konuralp
  İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

14.00-14.15 SORU CEVAP

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi

Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasanın Özel Hukuka Etkileri Konferansı

II. GÜN - 18 Nisan 2021

13. OTURUM (14.45-16.00)

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. Emine Yazıcıoğlu

- **Halka Arz Sigortası**
  Dr. Öğr. Üy. İrem Aral Eldeleklioğlu
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerde Hamiline Yazılı Pay Senetlerinin Kaydileştirilmesi Zorunluluğunun Anayasal Temel Haklar ve İlkeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi**
  Dr. Öğr. Üy. Gül Büyükkılıç
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Sermaye Piyasasında Düzenleyici ve Denetleyici Bir Model Olarak Borsa İstanbul A.Ş.**
  Dr. Öğr. Üy. Abbas Kılıç
  Dr. Öğr. Üy. Serdar Hızır
  Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Anayasa Mahkemesi'nin 2017/131 Sayılı Kararı Çerçevesinde Karşılıksız Çeke İlişkin Değerlendirmeler**
  Dr. Öğr. Üy. Yağmur Temiz Gül
  Ar. Gör. Aybike Karahan Gökdere
  İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

16.00-16.15 SORU-CEVAP

14. OTURUM (14.45-16.00)

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. Günseli Öztekin Gelgel

- **Boşanma Sonrası Ortak Velayet**
  Prof. Dr. Zeynep Derya Tarman
  Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Yabancılık Unsuru İçeren Boşanma Davalarında Uygulanacak Hukuk ve Tanıma Davası Açısından Kamu Düzenine Açık Aykırılığın İncelenmesi**
  Doç. Dr. Hatice Selin Pürselim Arning
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kamu Düzeni Kavramına İlişkin İçtihatları Çerçevesinde Türk Milletlerarası Özel Hukuk Uygulamaları**
  Dr. Öğr. Üy. Defne Deniz Kırlı Aydemir
  Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Kamu Düzeni İstisnasının Türk Milletlerarası Özel Hukuku ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na Göre Uygulanması: Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıklarında Cezai Süreçlere Dair İhtiyati Tedbirlerin Durumu**
  Dr. Öğr. Üy. Özge Varış
  Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

16.00-16.15 SORU-CEVAP

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi

Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasanın Özel Hukuka Etkileri Konferansı

III. GÜN - 19 Nisan 2021

15. OTURUM (11.00-12.15)

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu

- **Bedelli Askerlik Yapan İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı**
  Dr. Öğr. Üy. Mehmet Halis Karaman
  Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi

- **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Sosyal Güvenlik Kurumu Tarafından Yapılan Fazla ve Yersiz Ödemelerin Geri Alınması**
  Dr. Öğr. Üy. Orhan Ersun Civan
  TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Anayasa Mahkemesi Kararı Ardından Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Tevliyet Hakkına İlişkin Değerlendirmeler**
  Dr. Öğr. Üy. M. Özgür Avcı
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **İş Hukukunun Efendisi Hakimler Midir? Haklı Nedenle Fesihte Ölçülülük İlkesi Üzerinden Bir Durum Değerlendirmesi**
  Ar. Gör. Dr. Gökhan Türe
  Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

12.15-12.30 SORU-CEVAP

16. OTURUM (11.00-12.15)

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. Sibel Özel

- **Aile Hayatına Saygı Hakkı Bağlamında Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi**
  Dr. Öğr. Üy. Mine Tan Dehmen
  İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Ek 7 No'lu Protokol'ün 1. Maddesindeki Usuli Güvencelerin Yabancılar Bakımından Uygulanması**
  Dr. Öğr. Üy. Cahit Ağaoğlu
  Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Adil Yargılanma Hakkının Etkin Kullanımı Açısından Adli Yardım Kurumu ve Yabancıların Durumu**
  Dr. Öğr. Üy. Didem Kayalı
  TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Aile Hayatına Saygı Hakkı Kapsamında Ülkelerarası Evlat Edinme**
  Dr. Öğr. Üy. Ekin Ömeroğlu
  Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

12.15-12.30 SORU-CEVAP

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi

III. GÜN - 19 Nisan 2021

17. OTURUM (12.45-14.15)

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. Ercüment Özkaraca

- **Anayasa Mahkemesinin Güncel Kararları Işığında İşçinin E-postasının İşveren Tarafından Denetlenmesi**
  Doç. Dr. Arzu Arslan Ertürk
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Türk İş Hukuku Mevzuatında İşverenlerin Kreş Açma Yükümlülüğüne İlişkin Getirilen Hükümlerin Çalışma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi**
  Dr. Öğr. Üy. Dilek Dulay Yangın
  Manisa Celal Bayar Üniversitesi
  İktisadi İdari Bilimler Fakültesi

- **İş Hukukunda Kadın Kotalarının Pozitif Ayırımcılık Kapsamında Değerlendirilmesi**
  Dr. Öğr. Üy. Canan Ünal Adınır
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Eşitlik İlkesi ve Sözleşme Özgürlüğü Sarkacında İşe Alımlarda Ayrımcılık Tazminatı**
  Ar. Gör. Yiğitcan Çankaya
  Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

14.15-14.30 SORU CEVAP

18. OTURUM (12.45-14.15)

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu

- **Ağır İnsan Hakları İhlalleri ve İşkence Yasağının Yabancı Devletin Yargı Muafiyetine Etkisi**
  Doç. Dr. Ceyda Süral Efeçınar
  Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Vatandaşlık Kavramı ve İnsan Hakları İlişkisi**
  Dr. Öğr. Üy. Hande Ünsal
  İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Yabancıların Temel Hak ve Özgürlüklerinin Sınırlanmasına İlişkin Anayasal Çerçeve Üzerine Bir Değerlendirme**
  Dr. Öğr. Üy. Neva Övünç Öztürk
  Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Aile Hayatına Saygı Hakkının Yabancıların Yurda Giriş Yasağı, İkamet ve Sınır Dışı Edilmeleri Hususunda Değerlendirilmesi**
  Dr. Öğr. Üy. Belkıs Vural Çelenk
  Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmelerinin Anayasa m. 90 uyarınca Türk Hukukunda Uygulanması Sırasında Karşılaşılan Sorunlar**
  Av. Gizem Yılmaz
  İstanbul Barosu

14.15-14.30 SORU CEVAP

III. GÜN - 19 Nisan 2021

19. OTURUM (14.45-16.00)

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. Talat Canbolat

- **İş Mücadelesinde Denge İlkesi Bağlamında Anayasal ve Yasal Düzenlemelerin Değerlendirilmesi**
  Dr. Öğr. Üy. Esra Baskan
  Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Türk İş Hukukunda Ara Dinlenmesi**
  Dr. Öğr. Üy. Emre Ertan
  Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi

- **Türk Hukukunda Grev Hakkının Sınırları**
  Dr. Öğr. Üy. Canan Erdoğan
  Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- **Nakdi Ücret Desteği Düzenlemesinin Anayasa'nın Sosyal Devlet ve Eşitlik İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi**
  Ar. Gör. Dr. Eda Karaçöp
  Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

16.00-16.15 SORU-CEVAP

KAPANIŞ KONUŞMALARI (16.15-17.00)

Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasanın Özel Hukuka Etkileri Sempozyumu

BİLİM KURULU

(Unvana ve soyada göre sıralanmıştır)

Prof. Dr. Ziya Akıncı (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat Alışkan (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Sıtkı Anlam Altay (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Osman Gökhan Antalya (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Wolfram Buchwitz (Universität Würzburg)
Prof. Dr. Osman Can (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yusuf Çalışkan (İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Esra Gül Dardağan Kibar (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Vahit Doğan (İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Erkan (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Rifat Erten (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Faruk Kerem Giray (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gülin Güngör (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Serap Helvacı (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Helvacı (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yao-Ming Hsu (National Chengchi University, College of Law)
Prof. Dr. Sibel İnceoğlu (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Arslan Kaya (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Abuzer Kendigelen (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hatice Kocasakal (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Dres. h.c. Philip Kunig (Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Csongor István Nagy (University of Szeged)
Prof. Dr. Hien Thi Thu Nguyen (Vietnam UEH School of Law)
Prof. Dr. Merih Kemal Omağ (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Sibel Özel (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Günseli Öztekin Gelgel (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fuad Purišević (Univerzitet u Sarajevu)
Prof. Dr. iur. Hannes Rösler, LL.M. (Harvard) (Siegen Universität)
Prof. Dr. Ayfer Uyanık (MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Güzin Üçışık (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fehim Üçışık (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Emine Yazıcıoğlu (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Murat Yusuf Akın (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Arzu Arslan Ertürk (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Musa Aygül (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ekaterine Baghishvili (Georgian Technical University Faculty of Law and International Relations)
Doç. Dr. Özlem Karaman Coşgun (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Rejhan Kurtović (Universitet PIM, Serbia)
Doç. Dr. Hatice Selin Pürselim Arning (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. İpek Sağlam (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Abdullah Sezer (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Birgül Sopacı Öztuna (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Hanife Doğrusöz Koşut (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ana Sofia Gomes (Lusiada University Faculty of Law)
Dr. Öğr. Üyesi Mohammad Maghaminia (Gümüşhane Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Kamyar Shaibatzadeh (Private Law University, Iran)
Dr. Mavluda Sattorova (University of Liverpool, Law School)
Lect. Long H. Le (Vietnam UEH School of Law)
Noter Roland Krause (Visiting Professor Universidad Málaga)

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi

DÜZENLEME KURULU

(Unvana ve soyada göre sıralanmıştır)

Prof. Dr. Mehmet Akman (Dekan)
Prof. Dr. Mustafa Erkan
Prof. Dr. Sibel Özel
Doç. Dr. Murat Yusuf Akın
Doç. Dr. Arzu Arslan Ertürk
Doç. Dr. Özlem Karaman Coşgun (Düzenleme Kurulu Eşbaşkanı)
Doç. Dr. Hatice Selin Pürselim Arning (Düzenleme Kurulu Eşbaşkanı)
Doç. Dr. İpek Sağlam
Doç. Dr. Abdullah Sezer
Doç. Dr. Birgül Sopacı Öztuna
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Özgür Avcı
Dr. Öğr. Üyesi Hanife Doğrusöz Koşut (Düzenleme Kurulu Eşbaşkanı)
Dr. Öğr. Üyesi Zafer İçer (Dekan Yardımcısı)
Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Akif Karaca
Dr. iur. Marian Alexander Arning, LL.M.
Dr. Sinan Sarıkaya
Arş. Gör. Merve Sarıkaya
Arş. Gör. Can Yöney
Arş. Gör. Ayşenur Öztürk
Arş. Gör. Seçil Etlioğlu Erçetingöz
Arş. Gör. Mehmet Emin Yıkar


MARMARA
ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi

TEŞEKKÜR

Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasa'nın Özel Hukuka Etkileri adlı konferansın özet bildiri kitabını sizlerle paylaşmaktan mutluluk duymaktayız. Bilimsel çalışmamızın bu neticeye gelmesinde bizlerden yardım ve desteklerini esirgemeyen Sayın Dekanımız Prof. Dr. Mehmet Akman'a teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Konferansın gerçekleşmesinde emeği olan, bilimsel tartışmalarda engin tecrübelerini bizlerle paylaşan değerli oturum başkanlarımıza, bilim ve düzenleme kurulunda bulunan hocalarımıza ve meslektaşlarımıza, kıymetli Anabilim Dalı Başkanlarımıza ve kürsü arkadaşlarımıza teşekkür ediyoruz. Farklı konularda tebliğ sunarak konferansa katkı sağlayan, tebliğ özetlerini bu kitapta paylaşan tüm akademisyenlere müteşekkiriz.

Konferansın amacı, birbirlerine etkileri kaçınılmaz olan kamu ve özel hukuk disiplinlerinin kesiştiği alanların ortaya konulması ve üst norm olan Anayasa'nın bu disiplinlere olan etkilerinin ele alınmasıdır. Bu amaç doğrultusunda konferans, gerek kamu gerek özel hukuk ve alt disiplinlerine farklı bir bakış açısından yaklaşma fırsatı sağlamıştır. Bu bakış açısından yaklaşılarak sunulan tebliğler sonucunda edinilen ilk izlenim, Anayasa'nın özel hukuka etkilerinin aslında bizlerin tasarladığından çok daha güçlü ve geniş olduğudur. Konferansta Anayasa'nın özellikle Medeni Hukuk, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Milletlerarası Özel Hukuk, Ticaret Hukuku ve Medeni Usul Hukukuna etkileri ele alınmıştır. Bu bağlamda, özel hukukun sorunlarına farklı bilimsel bakış açısından yaklaşarak hukuki metotlar uyguladığımızda, bambaşka sonuçlara ulaşmanın mümkün olabileceğini gördük.

Konferans sadece özel hukukun alt disiplinlerine ulusal açıdan farklı bir bakış açısı sağlamamış, konu aynı zamanda uluslararası alanda da değerlendirilmiştir. Bu anlamda temel ve hak özgürlüklerin gerçek kişilerin ehliyetine etkisi, günümüzün sanal dünyasında son derece önem arz eden unutulma hakkının temel haklar üzerindeki önemi, pandemi şartlarını yaşadığımız bu dönemde adil yargılanma hakkının farklı hukuk disiplinleriyle ele alınması, uzun zamandır tam üyelik yolunda ilerlediğimiz AB açısından son derece önem arz eden uluslararası ticari sözleşmeler ve Brexit Anlaşması'nın bu sözleşmelere etkileri Adalet Divanı kararlarıyla ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir.

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak, yaklaşık 40 yıldır bilim üreten köklü, geniş ve güçlü bir aileyiz. Onur duyduğumuz bu güçlü ve köklü ailenin bir mensubu olarak konferansın hukuk teorisine ve uygulamasına katkı sağlamasını temenni ediyoruz.

Son olarak, bu konferansın gerçekleşmesinde bizlere yol gösteren, destek veren, fikirlerinden yararlanmamıza imkan sağlayan, akademik disiplin ve iş birliği konusunda bizlere örnek olan Hocamız Prof. Dr. Sibel Özel'e şükranlarımızla...

Düzenleme Kurulu Eşbaşkanları

ÖNSÖZ

Covid 19 pandemisi beklemediğimiz bir şekilde hayat düzenimizi, çalışma prensiplerimizi ve sosyal alışkanlıklarımızı etkiledi. Sağlığımızın korunmasına hizmet eden kararlar neticesinde akademik hayatın vazgeçilmez unsurlarından olan konferanslara ara verildi. 17-18-19 Nisan 2021 tarihlerinde Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasa'nın Özel Hukuka Etkileri adı altında düzenlenen uluslararası konferans bu dönemde yapılan çalışmalardan biridir. Çevrimiçi olarak düzenlenen konferans birçok akademisyeni, uygulamacıyı ve öğrenciyi bir araya toplamıştır.

Konferans fikri ilk olarak Doç. Dr. Selin Pürselim Arning ve Doç. Dr. Özlem Karaman Coşgun'dan çıkmış ve ardından Dr. Öğretim Üyesi Hanife Doğrusöz Koşut konferansın uluslararası nitelikte gelişmesi için Selin ve Özlem'e katkıda bulunmuştur. Böylelikle Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Milletlerarası Özel Hukuk ve Ticaret Hukuku ABD öğretim üyesi olan bu genç ve çalışkan akademisyenlerin çabasıyla özel hukukun diğer alanları ve kamu hukuku bölümüyle birlikte gerçek anlamda multi-disipliner bir konferans hayata geçmiştir. Anayasanın özel hukuka etkileri ve özel hukukun güncel meseleleri ulusal ve uluslararası düzlemde değerli katılımcılarımızın tebliğleri ile bir bütün halinde ele alınmıştır. Son derece yoğun ilgiyle geçen konferansımız on dokuz oturumdan oluşmaktadır. Eş zamanlı sunumlar sayesinde üç gün boyunca farklı anabilim dallarının aynı başlık altında tebliğ sunmasına imkân tanınmıştır. Bu sayede Anayasa'nın özel hukuk üzerindeki etkisi farklı bakış açılarıyla değerlendirilmiştir.

Konferans Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin farklı Anabilim Dalı Başkanlıklarının ortak çalışması sonucu hazırlanmıştır. Bu itibarla multi-disipliner faaliyetler için örnek teşkil edeceği ve bundan sonraki çalışmalar için yol gösterici olacağını umut ediyoruz. Konferansa katkısı olan bütün Anabilim dalları öğretim üyelerine, tebliğ sunan katılımcılarımıza, oturum başkanlığı yaparak konferansımıza değer katan hocalarımıza çok teşekkür ederiz. Sağlıklı günlerde yüz yüze yapılacak olan toplantılarda görüş alışverişlerinde bulunmak dileğiyle…

Farklı anabilim dallarında görevli akademisyenlerin uyumlu ve titiz iş birliğiyle hazırlanan konferansta emeği geçen, bildiri özet kitabının tashih işlemlerinde de aynı dikkati gösteren Dr. Sinan Sarıkaya'ya, Arş. Gör. Merve Sarıkaya'ya, Arş. Gör. Can Yöney'e, Arş. Gör. Ayşenur Öztürk'e, Arş. Gör. Seçil Etlioğlu Erçetingöz'e ve Arş. Gör. Mehmet Emin Yıkar'a teşekkür ediyoruz. Kitabın basım işini üstlenen On İki Levha Yayınevi'ne, Sayın Erol Öz'e ve yayın koordinatörü Sayın Şebnem Kapukaya'ya da ayrıca şükranlarımızı iletiriz.

Göztepe, Mayıs 2021

Prof. Dr. Sibel Özel

İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

TEŞEKKÜR.....XXXVII

ÖNSÖZ XXXIX

İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS XLI

1. OTURUM / SESSION 1

Anayasal Yorum.....3
Prof. Dr. O. Gökhan Antalya

Anayasa / Özel Hukuk İlişkilerinin Özelliği 5
Dr. Öğr. Üyesi Oya Boyar

Anayasal Bağlamda Mülk Kavramı, Fikri Mülkiyet Haklarının Mülkiyet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi 9
Dr. Fatma Karaman Odabaşı

Temel Hak ve Özgürlüklerin Özel Hukuk İlişkilerine Yatay Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme.....13
Dr. Öğr. Üyesi Dilara Eltimur

2. OTURUM / SESSION 2

Özü Olmayan Bir Temel Hak: Mülkiyet 19
Prof.Dr. Burak Özen

Anayasa'nın Özel Hukuka Etkisi ve Çocukların Telefonlarına Yüklenen Takip Programları 27
Doç. Dr. İpek Sağlam

Çocuğun Vücut Bütünlüğünün Velayet Hakkı Sahibi Anne ve/veya Babaya Karşı Korunması 33
Doç. Dr. Sera Reyhani Yüksel

Hukuka Uygunluk Yönünden Zorunlu Aşı Uygulaması 37
Dr. Öğr. Üyesi Kazım Ali Sonat

Anayasa Mahkemesi'nin Türk Medeni Kanunu'nun 300. Maddesi Hakkındaki Kararının Anayasa Mahkemesi'nin Soybağına İlişkin Diğer Davalardaki Sürelerle İlgili İptal Kararları ile Birlikte Değerlendirilmesi 41
Ar. Gör. Dr. Fatma Zeynep Altıner Yolcu

3. OTURUM / SESSION 3

Yönetim Kurulu Üyesinin Şirketin Kamu Borçlarından Sorumluluğu Bakımından 30.05.2019 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi 47
Doç. Dr. Birgül Sopacı Öztuna

Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Sahipliği Hakkının Miras Yoluyla İntikali 51
Doç. Dr. Özlem Karaman Coşgun

Bankacılık Kanununun Bazı Özel Pay Edinimlerine İlişkin Düzenlemeleri ve Bu Düzenlemelerin Özel Mülkiyet Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi 55
Dr. Öğr. Üyesi Hanife Doğrusöz Koşut

Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Arası Menfaat Dengesi Bakımından Anayasal Mülkiyet Hakkının Etkisi – Anayasal Ekonomik Haklar Ortaklıklar Hukuku'nda Bireysel Koruma Sağlayabilir mi? 59
Dr. Öğr. Üyesi Argun Karamanlıoğlu

4. OTURUM / SESSION 4

Anayasa Mahkemesi (AYM) Kararlarının İç Uyumu ve Aile Hukukuna Etkisi Sorunu: Soyadı ve Aile Konutuna İlişkin AYM Kararlarının Analizi 65
Prof. Dr. Ece Göztepe

Bir Kişilik Değeri Olarak Aile Yaşamına Saygı Hakkı ve Anayasal Temelleri 69
Doç. Dr. Murat Topuz

Türk-Alman Hukukunda Sözleşme Özgürlüğüne Yasa ile Yapılan Müdahalenin Anayasal Sınırları Berlin Eyalet Meclisinin 2019 Tarihli "Mietendeckel (Kira Tavanı)" Yasasının Düşündürdükleri 73
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Mert Duygun

Anayasa Mahkemesinin 20.07.2017 Tarih ve 2014/1826 Nolu Bireysel Başvuru Kararının Çocuğun Soyadının Değiştirilmesi Talebinin Hukukî Niteliği Bakımından Değerlendirilmesi 77
Dr. Öğr. Üyesi Sabah Altay

Yargıtay'ın 15.10.2020 Tarihli Kararı Üzerine: Annenin Yeniden Evlenmesi Anayasa Mahkemesi'nin Çocuğun Soyadına İlişkin Kararlarının Uygulanmaması İçin Bir Neden Olabilir mi? 81
Dr. Öğr. Üyesi Gökçe Kurtulan Güner

5. OTURUM / SESSION 5

Kooperatif Ortaklığın Tacir Sayılıp Sayılamayacağı..... 87
Prof. Dr. Murat Alışkan

Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuatta Anayasa'ya Aykırı Olduğu Düşünülen Bazı Hükümler Üzerine Düşünceler 91
Dr. Öğr. Üyesi Tamer Bozkurt

Ticari Nitelikteki Davalarda Durum ve Koşulların Değişmesi Nedeniyle İhtiyati Tedbire İlişkin Kararlara Karşı Kanun Yolu Mümkün mü? 95
Hakim Yusuf Demirci

Hukuk Davaları Bakımından İstinaf ve Temyiz Başvurusunda Parasal Sınırların Anayasa'ya Uygunluğu 99
Ar. Gör. Ali Yaşasın
Ar. Gör. Salih Tayfun İnce

6. OTURUM / SESSION 6

The Impact of Fundamental Rights on Legal Capacity System of Natural Persons in Georgia..... 105
Prof. Dr. Ekaterine Bagishvili

Roman and Modern Concept of Civil Proceedings with Special Reference to Trial within a Reasonable Time 107
Assoc. Prof. Dr. Rejhan R. Kurtović
Asst. Prof. Dr. Maida Bećirović Alić

BREXIT and the Law Applicable to International Commercial Contracts: Rome I Regulation and the ECJ Jurisprudence 109
Asst. Prof. Dr. Ana Sofia Gomes

The Right to Be Forgotten and the Impact of Fundamental Rights 119
Dr. Marian Alexander Arning, LL.M.

7. OTURUM / SESSION 7

Haksız Rekabet Hukukunda "Kamusal Nitelikteki Kurumlar" Kavramının Davacı Sıfatı Yönünden Değerlendirilmesi 123
Dr. Tamer Pekdinçer

Gümrüklerde El Konulan Taklit Markalı Malların Tasfiyesi-Anayasal İlkeler Çerçevesinde Sorunlar 131
Dr. Öğr. Üyesi Eda Giray

Fikri Mülkiyetin İstimvali: Kamu Sağlığı Nedeniyle Zorunlu Patent Lisansı 135
Dr. Öğr. Üyesi Sırrı Düğer

Acentelik Sözleşmelerindeki Haklı Sebeple Fesih Düzenlemelerinin, Acentenin Denkleştirme Talebine Etkisi 139
Ar. Gör. Dr. Abdüssamet Yılmaz

8. OTURUM / SESSION 8

Eşlerin Evlilik Birliği Giderlerine Katılma Yükümlülüğünün Boşanma Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi 145
Prof. Dr. Faruk Acar

Temel Hakların Yatay Etkisi Doktrini ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin Öncü Kararları Çerçevesinde Konuya Özel Hukuk Perspektifinden Kısa Bir Bakış 149
Dr. Öğr. Üyesi Murat Sarıkaya

Anayasa Işığında Medeni Hukukta Cinsiyet Kimliğinin Korunması... 153
Dr. Öğr. Üyesi Özgün Çelebi

1982 Anayasası 20., 22. ve 35. Maddeleri Kapsamında Dijital Tereke Kavramı..... 157
Ar. Gör. Dr. Aybike Tunç

9. OTURUM / SESSION 9

Yapay Zekâ Tarafından Geliştirilen Yaratıların ve Buluşların Fikri Mülkiyet Hukuku Kapsamında Korunması: Mülkiyet Hakkı Ekseninde Değerlendirmeler ve Öneriler..... 163
Dr. Öğr. Üyesi Kadir Baş

Anayasa Mahkemesi Kararı Çerçevesinde FSEK Madde 47- "Kamuya Mal Etme" -Düzenlemesinin Değerlendirilmesi..... 167
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Nilay Şenol

Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini: Mülkiyet Hakkı ve Sözleşme Yapma Hürriyeti Çerçevesinde Bir İnceleme.....171
Ar. Gör. Merve Sarıkaya

Bireysel Başvuru Kararlarının Özel Hukuk Sözleşmelerinin Yorumuna Etkisi: Mülkiyet Hakkı Kapsamında Üçgen Nakliyat Başvurusu ve Mehmet Apaydın Başvurusu.....175
Ar. Gör. Ahmet Türkmen

10. OTURUM / SESSION 10

Anayasal Mülkiyet Hakkı Karşısında Kamulaştırmasız El Atma 181
Doç. Dr. Mehmet Akçaal

Bireysel Başvuru Kapsamında Soybağının Reddi Davasının Değerlendirilmesi..... 185
Dr. Öğr. Üyesi Gediz Kocabaş

Anayasa Mahkemesi'nin Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğuna İlişkin Kararlarında Kabul Ettiği "Makul Süre" Esasının Değerlendirilmesi 189
Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt Pekmez

Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Çocuğun Soyadı 193
Dr. Öğr. Gör. Simge Aksu Kayacan

11. OTURUM / SESSION 11

Ekonomik Kamu Düzeninin Türk Ticaret Kanunu'ndaki Yeri: Sermaye Şirketlerinin Kar Dağıtımının Sınırlandırılması Çerçevesinde Bir Değerlendirme 199
Doç. Dr. Mutlu Kağıtcıoğlu

Limited Şirket Amme Borçlarından Ortakların Sorumluluğuna İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararının (13.12.2017, E. 2016/14, K. 2017/170) Değerlendirilmesi 203
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Nimet Yaşar

Ticaret Hukukunda Dava Şartı Arabuluculuğun Anayasa'ya Uygunluğu 207
Ar. Gör. Dr. Sinan Sarıkaya

Belirlilik İlkesi ve Kıyas Yasağı Bağlamında İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz Suçu 211
Ar. Gör. Süleyman Emre Özdemir

12. OTURUM / SESSION 12

AYM ve AİHM Kararları Işığında Kamu Hukuku Kaynaklı Taşınmaz Mülkiyetinin Kanundan Doğan Kısıtlamaları 217
Doç. Dr. Melek Bilgin Yüce

Anayasal Düzenlemeler Çerçevesinde Çalışma Hakkı ve İş ve Aile Hayatının Uyumu 221
Doç. Dr. A. Eda Manav Özdemir

Miras Bırakan ve Mirasçının Çatışan Menfaatlerinin Miras Hakkının Anayasal Teminatı Kapsamında Değerlendirilmesi 225
Ar. Gör. Dr. Derya Yakupoğlu
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Mert Alpbaz

Medeni Hale Dayalı Bir Ayrımcılık Örneği: Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik 229
Dr. Öğr. Üyesi Ayşen Çilenti Konuralp

13. OTURUM / SESSION 13

Halka Arz Sigortası 235
Dr. Öğr. Üyesi İrem Aral Eldeleklioğlu

Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerde Hamiline Yazılı Pay Senetlerinin Kaydileştirilmesi Zorunluluğunun Anayasal Temel Haklar ve İlkeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi 239
Dr. Öğr. Üyesi Gül Büyükkılıç

Sermaye Piyasasında Düzenleyici ve Denetleyici Bir Model Olarak Borsa İstanbul A.Ş. 245
Dr. Öğr. Üyesi Abbas Kılıç
Dr. Öğr. Üyesi Serdar Hızır

Anayasa Mahkemesi'nin 2017/131 Sayılı Kararı Çerçevesinde Karşılıksız Çeke İlişkin Değerlendirmeler 249
Dr. Öğr. Üyesi Yağmur Temiz Gül
Ar. Gör. Aybike Karahan Gökdere

14. OTURUM / SESSION 14

Boşanmadan Sonra Ortak Velayet 255
Prof. Dr. Zeynep Derya Tarman

Yabancılık Unsuru İçeren Boşanma Davalarında Uygulanacak Hukuk ve Tanıma Davası Açısından Kamu Düzenine Açık Aykırılığın İncelenmesi 259
Doç. Dr. Hatice Selin Pürselim Arning

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kamu Düzeni Kavramına İlişkin İçtihatları Çerçevesinde Türk Milletlerarası Özel Hukuk Uygulamaları..... 263
Dr. Öğr. Üyesi Deniz Defne Kırlı Aydemir

Kamu Düzeni İstisnasının Türk Milletlerarası Özel Hukuku & Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Göre Uygulanması: Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıklarında Cezai Süreçlere Dair İhtiyati Tedbirlerin Durumu 267
Dr. Öğr. Üyesi Özge Varış

15. OTURUM / SESSION 15

Bedelli Askerlik Yapan İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı..... 273
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Halis Karaman

Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Sosyal Güvenlik Kurumu Tarafından Yapılan Fazla ve Yersiz Ödemelerin Geri Alınması..... 277
Dr. Öğr. Üyesi Orhan Ersun Civan

Anayasa Mahkemesi Kararı Ardından Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Tevliyet Hakkına İlişkin Değerlendirmeler..... 281
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Özgür Avcı

İş Hukukunun Efendisi Hâkimler Midir? Haklı Nedenle Fesihte Ölçülülük İlkesi Üzerinden Bir Durum Değerlendirmesi 287
Ar. Gör. Dr. Gökhan Türe

16. OTURUM / SESSION 16

Aile Hayatına Saygı Hakkı Bağlamında Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi 293
Dr. Öğr. Üyesi Mine Tan Dehmen

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Ek 7 No'lu Protokol'ün 1. Maddesindeki Usuli Güvencelerin Yabancılar Bakımından Uygulanması 297
Dr. Öğr. Üyesi Cahit Ağaoğlu

Adil Yargılanma Hakkının Etkin Kullanımı Açısından Adli Yardım Kurumu ve Yabancıların Durumu 301
Dr. Öğr. Üyesi Didem Kayalı

Aile Hayatının Korunması Hakkı Kapsamında Ülkelerarası Evlat Edinme 305
Dr. Öğr. Üyesi Ekin Ömeroğlu

17. OTURUM / SESSION 17

Anayasa Mahkemesinin Güncel Kararları Işığında İşçinin E-Postasının İşveren Tarafından Denetlenmesi 311
Doç. Dr. Arzu Arslan Ertürk

Türk İş Hukuku Mevzuatında İşverenlerin Kreş Açma Yükümlülüğüne İlişkin Getirilen Hükümlerin Çalışma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi 315
Dr. Öğr. Üyesi Dilek Dulay Yangın

İş Hukukunda Kadın Kotalarının Pozitif Ayırımcılık Kapsamında Değerlendirilmesi.....319
Dr. Öğr. Üyesi Canan Ünal Adınır

Eşitlik İlkesi ve Sözleşme Özgürlüğü Sarkacında İşe Alımlarda Ayrımcılık Tazminatı 323
Ar. Gör. Yiğitcan Çankaya

18. OTURUM / SESSION 18

Ağır İnsan Hakkı İhlalleri ve İşkence Yasağının Yabancı Devletin Yargı Muafiyetine Etkisi 329
Doç. Dr. Ceyda Süral Efeçınar

Vatandaşlık Kavramı ve İnsan Hakları İlişkisi..... 333
Dr. Öğr. Üyesi Hande Ünsal

Yabancıların Temel Hak ve Özgürlüklerinin Sınırlanmasına İlişkin Anayasal Çerçeve Üzerine Bir Değerlendirme..... 337
Dr. Öğr. Üyesi Neva Övünç Öztürk

Aile Hayatına Saygı Hakkının Yabancıların Yurda Giriş Yasağı, İkamet ve Sınırdışı Edilmeleri Hususunda Değerlendirilmesi 341
Dr. Öğr. Üyesi Belkıs Vural Çelenk

Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmelerinin Anayasa Madde 90 Uyarınca Türk Hukukunda Uygulanması Sırasında Karşılaşılan Sorunlar..... 345
Av. Gizem Yılmaz

19. OTURUM / SESSION 19

İş Mücadelesinde Denge İlkesi Bağlamında Anayasal ve Yasal Düzenlemelerin Değerlendirilmesi 351
Dr. Öğr. Üyesi Esra Baskan

Türk İş Hukukunda Ara Dinlenmesi..... 355
Dr. Öğr. Üyesi Emre Ertan

Türk Hukukunda Grev Hakkının Sınırları..... 359
Dr. Öğr. Üyesi Canan Erdoğan

Nakdi Ücret Desteği Düzenlemesinin Anayasa'nın Sosyal Devlet ve Eşitlik İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi..... 363
Ar. Gör. Dr. Eda Karaçöp

1. OTURUM / SESSION 1

Anayasal Yorum

Prof. Dr. O. Gökhan Antalya*

Anayasa, hukuk sisteminin en üstündeki temel norm olarak, o toplumun devletinin, siyasal ve toplumsal yaşamının yeknesak ve bütünsel değer kurallarıdır. Klasik yaklaşım, Anayasa hukuku kurallarının kişi ile devlet arasındaki ilişkileri düzenlediğini, kişinin sadece devletin müdahalelerine karşı korunmasını amaçladığını kabul etmektedir. Yeni yaklaşım ise, Anayasanın kişiyi koruyan hükümlerinin özel hukukta da etkili olduğunu kabul etmektedir. Bu duruma bağlı olarak, Anayasanın yorumda oynadığı rolü değerlendirmek önem kazanmaktadır. İşbu tebliğde, Anayasal yorum çatısı altında ele alınan Anayasaya uygun yorum, Anayasa merkezli yorum ve Anayasa yönlendirmeli yorum kavramları incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasal Yorum, Anayasaya Uygun Yorum, Anayasa Merkezli Yorum, Anayasa Yönlendirmeli Yorum

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Constitutional Interpretation

Prof. Dr. O. Gökhan Antalya*

As the ground norm located hierarchically above all legal system, the Constitution assembles the uniform and integral value norms of political and social life. The conventional theory assumed that Constitutional rules prescribed only the relationship between the State and individual; hence the protection of individual against the State. Yet, under modern theory, it is accepted that Constitutional rules protecting individual are effective also in private law. Accordingly, it is essential to understand how the Constitution serves function in the interpretation of legal rules. This presentation examines several methods of constitutional interpretation, namely, constitution-conforming interpretation, constitution-centered interpretation, constitution-oriented interpretation.

Keywords: Constitutional Interpretation, Constitution-Conforming Interpretation, Constitution-Centered Interpretation, Constitution-Oriented Interpretation

* Marmara University Faculty of Law Civil Law Department

Anayasa / Özel Hukuk İlişkilerinin Özelliği

Dr. Öğr. Üyesi Oya Boyar*

Soru:

Bu bildirinin temel soruları şunlardır: anayasa özel hukuk ilişkilerini, anayasa kamu hukuku ilişkilerinden ayıran şey nedir? Genel olarak hukukun, özel olarak anayasacılığın gelişimi bu ayrımı nasıl etkilemiştir? Anayasanın özel hukukla asıl bağı nedir?

Metodoloji:

Bu sorulara cevap verme arayışında, bir yandan, farklı hukuk sistemleri arasında bir karşılaştırmaya giderek konuya dışsal (yapısal) bir bakış açısıyla yaklaşılacak; diğer yandan Türk anayasal sisteminin kendisine özgü nitelikleri içsel (hermeneutik) bakış açısıyla ele alınmaya çalışılacaktır.

Özet:

Kara Avrupa sistemlerinde kamuyla özel arasındaki ayrım hukuka temel yapısını verir görünmektedir. Başka bir deyişle, bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk dalı olarak özel hukukun tarihi daha eskilere dayanmaktadır. Ancak kamu hukukunun tasarımı sonradan ve özel hukuka nazaran yapılmıştır. Bir yanda eşitler arası hukuk, bir yanda eşit olmayan ilişkileri düzenleyen hukuk. Bir yanda bireyler, diğer yanda devlet-birey ilişkisi, bir yanda sözleşmeler diğer yanda yasalar, bir yanda bireysel menfaatler diğer yanda kamu yararı. Her halükarda kamu/özel olarak hukukun bölünmesinin bu hukuk dallarının ortaya çıkış nedenlerine bağlı nedenleri var (egemenlik teorisi gibi).

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Ayrımın bu ikilikler dolayısıyla düşünülmesinin sakıncaları da var. Kelsen bu ikiliğin hukukun bir alanında (bireylerin kendilerine uygulanacak hukuku belirleyebildikleri özel hukuk alanını) demokrasi, diğer alanında (devletin tek yanlı tasarruflarının belirleyici olduğu kamu hukuku alanı) otokrasi olduğunu düşünmeye varabileceğini söylüyor.

Her hâlükârda 20. yüzyılın anayasal devlet anlayışı, kamu hukuku-özel hukuk ayrımını da dönüştürmüştür. Kamu ya da özel hukukun kaynaklarının piramidal bir yapı içerisinde düşünülmesi, sonra da bu hiyerarşik yapının anayasa yargısı denetimine tabi kılınması hukuk sisteminin de birleşmesine neden olmuştur. Diğer yandan kamu-özel ayrımının iki kanadında da demokrasinin varlığından bahsedilebilir. Kamu hukukunda demokrasi, kanunların "demokratik çoğunluk kuralına" uygun olmasıyla sağlanır; özel hukukta demokrasi hakimin kişiler arası uyuşmazlıklarda anayasanın düzenlediği hak ve özgürlükleri görmezden gelmemesiyle sağlanır. Belki iki hukuk dalı arasında temel hakların garantörünün kim olduğu konusunda bir ölçüde farklılık vardır. Ancak özünde hukuk sistemi birdir, ayrıca Supiot'nun dediği gibi, kamu hukuku ve özel hukuk aynı madalyonun iki yüzü gibidir ve özel hukukun güvencesi, kamunun dimdik ayakta durmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, Kamu Hukuku, Özel Hukuk, Egemenlik, Demokrasi

Characteristics of Constitution / Private Law Relationship

Dr. Öğretim Üyesi Oya Boyar*

Question:

The main questions of this paper are here-below: What distinguishes constitutional private law relations from constitutional public law relations? How has the development of law in general, and constitutionalism in particular, affected this distinction? What is the main link of the Constitution with private law?

Methodology:

In the quest to answer these questions, on the one hand, the issue will be treated from an external (structural) point of view by making a comparison between different legal systems; On the other hand, the peculiar characteristics of the Turkish constitutional system will be analysed from an internal (hermeneutic) point of view.

Abstract :

The distinction between public and private in continental European systems seems to give today's law design its basic structure. In other words, the history of private law as a part of law that regulates the relationships between individuals dates back to earlier times. However, the public law was designed later and by comparison with private law. Law between equals on the one hand, and law regulating unequal relations on the other. Individuals on the one hand, the state-individual relationship on the other, contracts on the one hand, law on the other, individual in-

* Marmara University Faculty of Law Constitutional Law Department

terests on the one hand, and public interest on the other. In the modern state, public law has developed in line with the principle of sovereignty. In this view, the state is considered as sole guarantor of private sphere.

There are also inconveniences in thinking law through these dualities. Kelsen says that this dichotomy may come to think of democracy in one branch of law (the area of private law where individuals can determine the law applicable to them) and autocracy in the other (the field of public law in which the unilateral acts of the state are determinant).

In any case, the conception of constitutional state in the 20th century has also transformed the distinction between public law and private law. Considering the sources of public or private law in a pyramidal structure and then subjecting this hierarchical structure to constitutional judicial control brought about unification of the legal system. On the other hand, the democracy is common characteristic in both wings of the public-private distinction. Democracy in public law is ensured by the compliance of laws with the "democratic majority rule"; democracy in private law is provided by the judge not ignoring the rights and freedoms regulated by the constitution in interpersonal disputes. Perhaps there is some difference between the two branches of law as to the guarantor of fundamental rights. However, in essence, the legal system is one and united, and as Supiot says, public law and private law are like two sides of the same coin, and the guarantee of private law is the existence of Res Publica.

Keywords: Constitution, Public Law, Private Law, Sovereignty, Democracy

Anayasal Bağlamda Mülk Kavramı, Fikri Mülkiyet Haklarının Mülkiyet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi

Dr. Fatma Karaman Odabaşı*

Mülkiyet hakkı Anayasa'nın 35. maddesinde kişi hak ve ödevleri arasında düzenlenmiştir. Özellikle Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları kabul etmeye başladığı 2012 yılından sonra mülkiyet hakkının kapsamının yalnızca taşınır ve taşınmaz mallarla sınırlı olmadığı ortaya konulmuş; özel hukuk ve kamu hukukunun değişik alanlarında düzenlenmiş olan birçok konu mülk kavramı içerisinde değerlendirilerek Anayasal bağlamda inceleme konusu yapılmıştır. Bugün yalnızca kamulaştırma, kamulaştırmasız el atma, tapu ve kadastro uyuşmazlıkları ile imar uyuşmazlıkları bağlamında taşınmaz mallar bu hakkın konusunu oluşturmamakta, bunun yanında sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan haklar ve ödemeler, ücretler, ruhsatlar, lisanslar, şirket hisse senetleri, vergiye ilişkin meseleler, kira gelirleri, bir kısım alacak hakları gibi konular da Anayasal bağlamda mülk kavramı içinde değerlendirilmektedir. Diğer yandan mülkiyet hakkı kapsamı itibarıyla yalnızca maddi varlıklarla sınırlı değildir. Buna göre fikri mülkiyet haklarının mülkiyet hakkı kapsamında bulunduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

Öte yandan bir konunun mülkiyet hakkı kapsamında incelenebilmesi ilk olarak bir mülkün varlığına bağlı bulunmaktadır. Anayasal bağlamda mülkün varlığı ise ekonomik bir değerinin olup olmadığı ile doğrudan bağlantılıdır. Ancak belli durumlarda bir ekonomik değer veya icrası mümkün bir alacağı elde etmeye yönelik meşru bir beklenti de mülkiyet hakkı kapsamında kabul edilebilmektedir. Bireysel başvuruya ilişkin pek

* T.C. Anayasa Mahkemesi Anayasa Mahkemesi Raportörü- Hakim

çok kararda meşru beklentinin temelsiz bir hak kazanma beklentisi veya ileri sürülebilir bir iddianın varlığından ibaret olmadığı açıklanmıştır. Buna göre meşru beklenti belirli bir kanun hükmüne veya başarılı olma ihtimalinin yüksek olduğunu gösteren yerleşik bir yargı içtihadına ya da ayni menfaatle ilgili hukuki bir işleme dayanan yeterli derecede somut nitelikteki bir beklenti olarak ifade edilmiştir.

Fikri mülkiyet hakları maddi varlığının bulunmaması, genel itibarıyla süreye tabi olmaları gibi birtakım özellikleri dolayısıyla maddi varlıklar üzerindeki mülkiyet haklarından konu itibarıyla farklılık göstermektedir. Yine bazılarının doğumu bakımından tescilin kurucu nitelikte olduğu kabul edilmekte; bazıları yönünden ise tescil hakkın doğumunda bir etki yaratmamaktadır. Ayrıca tescil ilkesinin istisnalarına da rastlanılmaktadır. Bu hakların Anayasal bağlamda mülkiyet hakkı kapsamında incelenebilmesi her şeyden önce hukuken korunan bir hakkın varlığına ve başvuranın hak sahipliğine bağlı bulunmaktadır. Bu çalışmada fikri mülkiyet haklarına özgü çeşitli meselelerin mülk kavramı ve özellikle meşru beklenti kapsamında değerlendirilmesi suretiyle mülkün varlığı ve hak sahipliğine ilişkin özellik arz eden hususlar ortaya konulacaktır. Ayrıca konuya ilişkin bireysel başvuru ve norm denetimi kararlarının irdelenmesi bu alanda uygulamanın nasıl şekillendiğinin anlaşılmasına da katkı sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Mülkiyet Hakkı, Mülk Kavramı, Fikri Mülkiyet Hakları, Meşru Beklenti, Hak Sahipliği

The Concept of Possessions Within the Context of Turkish Constitution, Evaluation of Intellectual Property Rights Within the Scope of Right to Property

Dr. Fatma Karaman Odabaşı*

The right to property is regulated among the rights and duties of the person in the 35th article of the Turkish Constitution. Especially after 2012, when the Turkish Constitutional Court started accepting individual applications, it has been established that the scope of the right to property is not limited to movable and immovable property; many issues regulated in different fields of private law and public law have been evaluated within the concept of possessions and have been subject to examination in the context of the Turkish Constitution. Today, not only expropriation, confiscation without expropriation, land registry and cadastre disputes and zoning disputes are the subject of this right, but also rights and payments arising from social security law, fees, licenses, company shares, tax issues, rental income and some issues such as receivable rights are also considered within the concept of possessions in the context of the Turkish Constitution. On the other hand, in terms of its scope of, right to property is not limited to only tangible assets. Accordingly, there is no hesitation that intellectual property rights are within the scope of right to property.

On the other hand, the examination of an issue within the scope of right to property firstly depends on the existence of a property. In the context of the Turkish Constitution, the existence of possessions is directly related to whether it has an economic value. However, in certain cases an

* Rapporteur, Constitutional Court

economic value or a legitimate expectation of obtaining an enforceable receivable can be accepted within the scope of right to property. In many decisions regarding individual application, it has been explained that the legitimate expectation is not just an unfounded expectation of entitlement or the existence of an arguable claim. Accordingly, the legitimate expectation is defined as a sufficiently concrete expectation based on a specific rule of law or established jurisprudence indicating that it is likely to be successful or on a legal action regarding the same interest.

In terms of their subject, intellectual property rights differ from right to property on tangible assets due to their certain characteristics such as the lack of tangible assets and generally being subject to time. Again, for some intellectual property rights, it is accepted that the registration is constituent element, whereas in others registration does not have such an effect. In addition, there are exceptions to the registration principle. The examination of these rights within the scope of right to property under the Turkish Constitution depends primarily on the existence of a legally protected right and the applicant's ownership of the right. In this study, by evaluating various issues specific to intellectual property rights within the scope of the concept of property and especially within the scope of legitimate expectation, the special aspects of the existence and right ownership of possessions will be revealed. In addition, the examination of individual application and constitutionality review decisions regarding the subject will also contribute to understanding how the practice in this area is shaped.

Keywords: The Right to Property, The Concept of Possessions, Intellectual Property Rights, Legitimate Expectation, Right Ownership of Possessions

Temel Hak ve Özgürlüklerin Özel Hukuk İlişkilerine Yatay Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme

Dr. Öğr. Üyesi Dilara Eltimur*

Klasik kamu hukuku doktrininde kabul edilen anayasaların yasama, yürütme ve yargının kuruluşunu, işleyişini ve bireylerin salt devletle olan ilişkilerini düzenleyen normlardan oluştuğuna ilişkin anlayış günümüzde geçerliliğini yitirmiştir. Hakların korunmasında 20. yüzyılda gelişen yatay etki teorisi çerçevesinde, devlet ile birey arasındaki dikey ilişkinin yanı sıra bireyler arasındaki yatay ilişkiler de dikkate alınmaktadır. Çünkü bireylerin temel haklarının kamu otoritelerinin yanı sıra özel kişiler tarafından da ihlali sıkça gündeme gelmektedir. Bugün hem ulusal hem uluslararası doktrin ve uygulamada anayasa hükümlerinin özel hukuk ilişkilerinde de geçerli olduğu anlayışı hakimdir. Dolayısıyla etkin bir hukuk düzeni sağlamak için temel hakların özel hukuk ilişkilerine yatay etkisini ortaya koymak gerekmektedir.

Temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi 1949 yılında Federal Alman Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra doktrinde tartışılmaya başlanmıştır. Bu bağlamda temel hakların özel kişilere karşı da korunması gerektiği anlayışından doğan yatay etki teorisinin kaynağı Almanya doktrin ve içtihatlarına dayanmaktadır. Hukukumuzda ise yatay etki teorisinin anayasal dayanaklarını; devletin koruma ödevi (m. 5), temel hak ve özgürlüklerin diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklar içerdiği (m. 12/II) ve Anayasa'nın kişileri bağladığı (m.11) hükümleri oluşturmaktadır. Ayrıca başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasının temel hak ve özgürlükleri sınırlama sebebi olarak Anayasa'nın birçok maddesinde be-

* Kıbrıs İlim Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

lirtilmesi de yatay etki teorisini güçlendirmektedir. Öte yandan yatay etki teorisi AİHM tarafından 1998 yılından, Anayasa Mahkemesi tarafından ise 2014 yılından bu yana pozitif yükümlülükler doktrini çerçevesinde uygulanmaktadır.

Yatay etki, devletin bireylerin haklarına müdahaleden kaçınma yükümlülüğü altında olmasını değil, bireylerin haklarını diğer bireylerin ihlalinden koruma ödevine sahip olduğunu ifade etmektedir. Bu bağlamda yetkili organları eliyle egemenlik yetkisini kullanan devlet, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının doğrudan muhatabıdır. Dolayısıyla devlet, hak ihlallerini önleme ve hakları koruma konusundaki etkinliğini arttırmak için özel hukuk ilişkileri alanında da yükümlülüklerini yerine getirmelidir.

Bu açıklamalar ışığında çalışmamızda bireyler arasında eşitlik ve irade serbestisi ilkelerinin hakim olduğu özel ilişkiler alanında yatay etki teorisi çerçevesinde temel hakların nasıl korunacağı incelenecektir. Öte yandan temel hakların yarışması söz konusu olduğunda etkili şekilde korunmaları için devletin önleyici ve düzeltici tedbirler alma yükümlülükleri ve yatay etkiye ilişkin anayasal normlar ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yatay Etki, Hakların Etkin Korunması, Devletin Koruma Ödevi

An Assessment on the Horizontal Impact of Fundamental Rights and Freedoms on Private Law Relations

Asst. Prof. Dr. Dilara Eltimur*

The understanding that constitutions accepted in the classical public law doctrine consist of norms that regulate the establishment and functioning of the legislature, executive and judiciary and the relations of individuals with the state has lost its validity today. In the framework of the horizontal impact theory that developed in the 20th century in the protection of rights, the vertical relationship between the state and the individual as well as the horizontal relations between individuals are taken into account. Because the violation of the fundamental rights of individuals by private individuals as well as public authorities is frequently brought up. Today, both national and international doctrine and practice, there is an understanding that the constitutional provisions are also valid in private law relations. Therefore, it is necessary to reveal the horizontal effect of fundamental rights on private law relations in order to ensure an effective legal order.

The effect of fundamental rights on private law relations started to be discussed in the doctrine after the Federal German Constitution entered into force in 1949. In this context, the source of the horizontal impact theory, which arises from the understanding that fundamental rights should also be protected against private persons, is based on German doctrines and case law. Constitutional bases of the horizontal effect theory in Turkish law; protection duty of the state (art.5), fundamental rights and freedoms include duties and responsibilities against other per-

* Kıbrıs İlim Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

sons (art. 12/II) and the Constitution binds people (art.11). In addition, the fact that the protection of the rights and freedoms of others is stated in many articles of the Constitution as the reason for limiting fundamental rights and freedoms strengthens the horizontal effect theory. On the other hand, the horizontal impact theory has been applied by the ECtHR since 1998 and by the Constitutional Court since 2014 within the framework of the positive obligations doctrine.

The horizontal effect does not imply that the state is under an obligaiton to refrain from interfering with the rights of individuals, but has a duty to protect individuals' rights from the violation of other individuals. In this context, the state, which uses its sovereign power through its authorized bodies, is the direct addressee of the protection of fundamental rights and freedoms. Therefore, the state should fulfill its obligations in the field of private law relations in order to increase its effectiveness in preventing and protecting rights.

In the light of these explanations, our study will examine how to protect fundamental rights within the framework of horizontal impact theory in the field of private relations where the principles of equality and freedom of will among individuals prevail. On the other hand, when it comes to the competition of fundamental rights, the state's obligations to take preventive and corrective measures and constitutional norms regarding horizontal impact will be tried to be put forward in order to protect them effectively.

Keywords: Horizontal Effect, Effective Protection of Rights, Protection Duty of the State

2. OTURUM / SESSION 2

Özü Olmayan Bir Temel Hak: Mülkiyet

Prof.Dr. Burak Özen*

Bugüne kadar, mülkiyet hakkının, Anayasa'mızda yer alan diğer temel haklardan farkına yeteri kadar değinilmediğini düşünmekteyiz. Bu farkın üzerinde yeteri kadar durulmaması, hukuk kamuoyunda yerleşmiş olan hatalı düşüncelerin Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 713 f. 2'ye ilişkin olarak verdiği iptal kararında etkili olduğunu zannediyoruz. Hatta diyebiliriz ki, Anayasa Mahkemesi'nin kararı mülkiyet hakkıyla ilgili hukuk kamuoyunun taşıdığı yanlış kanaatin bir uzantısı olmuştur. Gerçekten de, TMK m. 713'ün iptal kararından önceki biçiminin, mülkiyet hakkının özünü zedeleyip zedelemediğinin ya da demokratik toplum gereklerine uygun bir sınırlama teşkil edip etmediğinin yeteri kadar tartışılmadığı ve Yüksek Mahkeme'nin a priori yargılarla hareket ettiği açıktır. İptal kararına konu olan ve mülkiyet hakkına Anayasa'ya aykırı bir sınırlama getirdiği addedilen durum şuydu: TMK m. 713 f. 2'nin iptalden önceki metninde, tapuda kendi adlarına intikali (açıklayıcı tescili) gerçekleştirmeyen mirasçıların, kendileri dışında bir kimsenin yirmi yıl boyunca devam eden belli nitelikteki zilyetliğine itiraz etmemeleri, taşınmaz üzerindeki mülkiyeti kaybetmelerine yol açıyordu.

Mülkiyet dışındaki temel hakların Anayasa'da belirtilen gerekçelerle ve kanunla sınırlandırılması, bu hakların özüne dokunulmadığı sürece mümkündür. Buna karşılık, mülkiyet hakkının dokunulmaz bir özü yoktur. Mülkiyet hakkının eşya üzerindeki belirli yetkilerin (kullanma, yararlanma ve tasarruf) toplamından ibaret olduğunu düşünen ilkel anlayış, bu hakta dokunulmaz bir öz olduğu vehmiyle avunabilirdi. Gerçekten de, belirli yetkilerin toplamından ibaret olan bir hak için, dokunulmaz (asgari) bir içerik tasarlamak mümkün hâle gelir. Bu yetkilerin bir kısmına

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

"maliki malik yapan yetkiler" denilerek, malikin bu yetkilerden yoksun bırakılmasına kıskançlıkla karşı durulabilir. Öyle ki, tarihin belirli bir noktasında mülkiyet hakkının nasıl anlaşıldığından yola çıkan bir düşünce, tarihin akışı içinde mülkiyet algısının değiştiği gerçeğini görmezden gelerek, modası geçmiş tutumuna Anayasal güvenceler arama tutkusuna kapılabilir. Aslında mülkiyeti bir tapınak hâline getiren gerici yaklaşımların çoğunun davranış özelliğidir bu.

Mülkiyeti belirli yetkilerin toplamından ibaret sayan anlayış etkisini büyük ölçüde yitirmiştir. Bugün mülkiyetin ne olduğu söylenirken, "eşya üzerinde en geniş hâkimiyeti sağlayan" aynî hak olduğu söylenmekte ve bu saptamayla yetinilmektedir. Bu anlayışa göre, mülkiyetin hangi yetkileri içerdiği veya içermesi gerektiği de önemli değildir. Önemli olan yegâne nokta, sistem içerisinde mülkiyetten daha kapsamlı yetkiler veren bir aynî hak bulunmamasıdır. Mülkiyet dışındaki ayni haklar (sınırlı aynî haklar), malike ait olan hâkimiyetin belli bir kesitini ifade ederler. Şu halde, sınırlı aynî hak tesis etmek, malike ait olan hâkimiyetin bir kesitini başkasına aktarmak anlamına gelir. Sınırlı ayni hak sahibine aktarılan bu hâkimiyet kesiti, sınırlı ayni hak sona erince sahipsiz kalmayıp malike geri döner. Malik bu suretle başlangıçtaki hâkimiyet durumunu (artık o durum neyse, sistem ona ne kadarlık bir hâkimiyeti lâyık görmüşse) elde eder. Bu durumun "mülkiyet hakkının elastikiyeti" olarak ifade edilmesi mutat olmuştur. Aynı anlama gelmek üzere, malikin, sınırlı ayni hak sahiplerine dağıtılmış hakimiyet kesitlerini bir gün gelip elinde tekrar toplama beklentisi taşıyan bir kişiden başkası olmadığı bile söylenebilir. Sınırlı ayni hak sahiplerine dağıtılan hâkimiyetten sonra, malikin elinde kalan, büsbütün daralıp kısılmış bir hâkimiyet dahi olabilir. Malik, başlangıçtaki duruma tekrar döneceği, eşya üzerindeki katışıksız hâkimiyeti kimseyle paylaşmadan tek başına kullanacağı zamanın gelmesini (o zaman hiç gelmeyecek olsa da, gerçekleşmeyecek bir hayalden ibaret bulunsa da) bekleyebildiği sürece malik olarak kalacaktır. Maliki malik yapan da, bir gün gelip eşya ile hâkimiyeti katışıksız olarak elinde toplayabilme beklentisini koruyabilme ve buna bağlı olarak da, eşyanın kaderiye ilgili son sözü söyleyebilme konumunu muhafaza etmektir. Günümüz anlayışının mülkiyete ilişkin bu tanımlama denemelerine bakılırsa, hakkın içeriğiyle ilgili hiç bir şey söylenmediği dikkatli gözlerden kaçmayacaktır.

Mülkiyet malike eşya üzerinde en geniş hâkimiyeti sağlaması gerektiği söylenebilir, ama bu hâkimiyetin genişliği ne olmalıdır, hangi yetkileri içermelidir konularında peşin hiçbir şey söylenemez. Her hukuk düzeni kendi anlayışına göre bu hâkimiyetin boyutlarını serbestçe belirler. Bu belirlemede (diğer temel haklarda olduğu gibi) Anayasa üstü ve Anayasa ötesi sınırlar da mevcut değildir. Bir başka deyişle, evrensel nitelikte bir mülkiyet anlayışı, bir yanılsamadır. Malikin eşya üzerindeki hâkimiyetine getirilen sınırlar, mülkiyet hakkına dıştan yüklenen kayıtlar da değildir. Tam aksine, mülkiyet hakkı bu kayıtlarla birlikte vardır, bunun ötesinde mülkiyetin olağan hâli diye bir şey zaten hiç yoktur. Mülkiyet hakkı, hukuk düzeninin çizdiği sınırlarla birlikte var olduğuna göre, yasama organını mülkiyetin özünü kaldıran bir düzenleme yapması kavramsal olarak mümkün değildir. Mülkiyet hakkı ne türden sınırlamalar getirirse getirsin, sadece, eşya üzerinde yürütülebilecek en geniş kapsamlı hakimiyetin ne olduğuna ilişkin söyleyeceklerimiz değişir. Yoksa bu en geniş kapsamlı hakimiyetin adının mülkiyet olduğu gerçeği değişmeyecektir.

Yukarıdaki açıklamalara bağlı olarak, mülkiyet hakkını ve bundan doğan yetkilerin kullanılmasını zamansal sınırlamaya tabi tutan bir hukuk kuralı dahi, mülkiyet hakkının özünü ortadan kaldırmaz ve Anayasa'ya aykırı olmazdı. Bunun gibi, toprak reformu amacıyla tarımsal taşınmazlar üzerindeki mülkiyet haklarına çeşitli açılardan sınırlamalar getirmek (bu sınırlamaların kapsamı ne olursa olsun) Anayasa'ya aykırı olmayacağı gibi, tarımsal bir taşınmazın belirli bir süre için atıl bırakılmasını mülkiyet hakkının düşmesi sebebi saymak veya tarımsal taşınmazlar üzerinde kamu kurumları lehine önalım hakkı tanımak da, asla Anayasa'ya aykırı düşmez. Sonuç olarak diyebiliriz ki, TMK m. 713, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önceki metniyle, Yüksek Mahkeme'nin anladığı gibi mirasçıların mülkiyet hakkını yirmi yıllık süreyle sınırlayan bir düzenleme olsaydı bile, Anayasa'ya aykırı olmazdı. Kaldı ki, söz geçen düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin sandığı gibi, sadece yirmi yılın geçmesine değil, (belli nitelikte bir zilyetliğin mirasçılardan başkası tarafından itirazsız yürütülmesi gibi) pek çok unsurun bir araya gelmesine sonuç bağlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Mülkiyet Hakkı, Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı, Sınırlı Ayni Hak, Eşya Üzerinde Hakimiyet, Mülkiyetin Dıştan Kayıtlanması, Mülkiyetin İçten Kayıtlanması

A Fundamental Right That Lacks Essence: Ownership Right

Prof. Dr. Burak Özen*

We believe that insufficient number of investigations were carried out until today regarding the differences in between the ownership right and the other fundamental rights that are regulated by the Constitution. Not insisting upon the mentioned diversity plays an important role in the legal ground that lies beneath the Annulment Decision of the Constitutional Court regarding a part of the Article 713/p.2 of the TCC. It is also possible to state that the Decision of the Constitutional Court made a contribution to the misunderstanding of the legal community regarding the ownership right. It is not clear that the previous version of the article 713 before the annulment decision was an infringement to the essence of the ownership right or not, or is it an appropriate limitation to the democratic community requirements are some issues that were not broadly discussed and the Constitutional Court most probably has acted with a priori opinions. The subject matter of the annulment decision and the situation which was claimed to bring an unconstitutional limitation to the ownership right was as such: In the previous version of the Art. 713/ paragraph 2 before the annulment, the inheritors who did not perform the registration on the land register on their behalves (decleratory registration), and when they did not protest against the people who owned possession with speacialities that endured at least for twenty years, these conditions all together caused the said inheritors to loose their rights of ownership on immovables.

It is possible to limit the fundamental rights based on the grounds regulated by the Constitution aside from ownership right through the use of legislation, as long as the essence of the right is kept untouched.

* Marmara University Faculty of Law Civil Law Department

However there is no untouchable essence of ownership right. The primitive understanding that believes the ownership right is composed of some certain entitlements (usage, utilize, dispose) could be consoled with the presumption of an untouchable essence in the mentioned right. To design an untouchable content for this right could have been possible. Some parts of these entitlements are called "the entitlements that donate an owner ownership" and for this reason the owner will not be deprived of these entitlements. At some certain point of history, an opinion that follows the idea of how the right of ownership is perceived, by disregarding the fact that the Notion of ownership is changing in stream of history, may seek constitutional guaranties. This is the special behaviour of backward ideas that treat ownership as a sacred monument.

The opinion that acknowledges ownership as a sum of all the said entitlements has lost it's predominant effect. Today when we define ownership, we state that "it is the widest dominance donating real right on goods" and that is enough. According to this opinion, it is not important which entitlements take place in ownership. The only thing that matters is there is no other real right that donates broader entitlements than ownership in the system. The limited real rights that stand beside ownership right define the certain section of dominance that belong to the owner. So to establish a limited real right means, transferring the certain dominance section that belonged to the owner to some one else. The dominance section transferred to the owner of the limited right, returns back to the possessor on the termination of the limited right and it does not stay as unpossessed. The owner retains back the dominance condition as before. This is called "the elasticity of ownership". Additionally it is also possible to call the owner as a person with the expectation that someday all the dominance sections that were distributed to the limited real right owners will come up and gather in his/her arms ☺What is left by the owner is a very limited dominance section after all the dominance sections were insured to the limited right owners. The owner will stay as an owner as long as he/she could anticipate the moment to arrive when he/she will be the sole owner of dominance without the obligation of sharing it with others (even though this is a dream that will never come true!).

The thing that makes an owner owner is the power to stay in condition to speak up last about the fate of the good. It is obvious that the opinion regarding the above mentioned thoughts do not say a word about the content of the right of ownership.

What should be the range of the mentioned dominance and which entitlements should it cover? This is hard to say. All legal orders determine the range of the dominance according to their own beliefs. In determination of such (as applied to the other fundamental rights) there are no above Constitution and beyond Constitution boundaries present. A universal understanding of ownership is an illusion. The limits brought to the ownership right on the goods, are not obstacles coming from the outside. On the contrary the ownership right exists with all the restrictions and there is no thing such as ordinary state of ownership. The ownership right exists with the legal boundaries drawn by the legal order and for this reason, it is not theoretically possible for the legislative organ to make a regulation that abolish the essence of the right of ownership. It will not change whatever boundaries are applied the dominance with the widest range belongs to the ownership right.

Respectively, a legal regulation that applies limitation of time to ownership and to usage of entitlements arising from ownership will not cause the termination of the essence of the mentioned right and this regulation will not contradict the Constitution. Bringing limitations to the ownership on the agricultural immovables with the aim of soil reform shall not contradict the Constitution or to leave an agricultural immovable idle for a certain period of time as a ground for the annulment of the right of ownership, or to establish a preemptive right on agricultural immovables on behalf of public institutions will also not be unlawful against the Constitution. Finally it could be stated that, the previous text of Article 713 of the Turkish Civil Code before the annulment decision of the Constitutional Court, could not have been contradicting the Constitution even though it was a regulation of limitation of the ownership right for a period of twenty years as perceived by the higher court. Moreover the mentioned regulation does not reach to a solution to only a lapse of twenty years but also many other elements (such as maintaining

of the possessorship of a certain type by other individuals else than the inheritors), coming together.

Keywords: Ownership Right, Extraordinary Acquisitive Prescription, Limited Real Rights, Dominance on Goods, External Limitation of Ownership, Internal Limitation of Ownership

Anayasa'nın Özel Hukuka Etkisi ve Çocukların Telefonlarına Yüklenen Takip Programları

Doç. Dr. İpek Sağlam*

Anayasa'nın özel hukukla etkileşiminin nasıl ortaya çıktığı öteden beri canlı tartışmaların konusunu oluşturmaktadır. Konuyu alan sayısız teori içerisinde, "anayasanın özel hukuktaki yasal etkisi" özel bir ağırlık taşımaktadır. Buna göre, Anayasa, eskiden algılandığı gibi, vatandaşların kamu otoritesiyle ilişkilerini ve devletin temel örgütlenişin düzenleyen bir metin sayılmakla kalmayacak, özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde de doğrudan etkili olacak ilkeleri saptayan bir belge olarak kabul edilecektir. Anayasal temel değer yargıları, özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri arasındaki ilişkilerde de gözetilmek gerekecek; bu gerekliliğe aykırı davranılması doğrudan özel hukuka ilişkin yaptırımların seferber edilmesine yol açacaktır. Sözgelimi, özel hukuk tüzel kişilerinin örgütlenişinde demokratik yönetime ilişkin anayasal ilkelerin gözetilmesi gerekecek, bunlara aykırılık edilmesi, tüzel kişilerin genel kurulları tarafından alınan kararların iptal edilebilirliğine, hatta belki de kesin hükümsüzlüğüne yol açabilecektir. Velayet hakkına sahip olanların, bu hakkı kullanırken Anayasa'nın temel kişi hakları çizgisini gözetmeleri gerekecek, bu gerekliliğe uyulmaması velayetin kaldırılmasına, giderek, velayeti kaldırılanların sorumluluğuna götürebilecektir. Ekonomik istikbali sarsan, hatta ortadan kaldırma istidatını bünyesinde barındıran (özellikle süre bakımından dozu kaçmış) sözleşmeler, kesin hükümsüzlük yaptırımına yol açacaktır.

Anayasal ilke ve değer yargılarının özel hukuk alanındaki etkisinin ne yolda gerçekleşeceği de ayrı bir tartışma konusudur. Unutulmamalıdır ki, Anayasa hükümleri özel hukuk ilişkileri bakımından yaptırım taşıyan düzenlemeler olmayıp, tam aksine özel hukuk bakımından yaptırımsız

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

kurallar olarak nitelendirilebilirler. Bu açıdan bakılırsa, Anayasa hükümlerini özel hukuk açısından yaptırıma bağlayan, özel hukukun giriş kapısını (methalini) oluşturan normlara ihtiyaç olduğu söylenebilir. İşte böylesine normlar, Medeni Kanunu'muzda kişilik hakkının korunmasına, Borçlar Kanunu'muzda kamu düzenine ve ahlaka aykırılıktan ötürü geçersizliğe ilişkin düzenlemelerde bulunabilir. Gerçekten de, bu düzenlemeler, hukuki olgusu yargıç tarafından tamamlanıp biçimlendirilmesi gereken, içi boş, adeta "beyaza norm" dedikleri türdendirler. Bugünün yargıcı, ahlaka aykırılığın ve kamu düzeniyle bağdaşmazlığın ne olduğuna Anayasal değer yargıları eşliğinde karar verecek, kişilik hakkının ne olduğunu Anayasa'daki temel ve dokunulmaz haklar düzeninden yola çıkarak tasarlayacaktır. Bu bağlamda, Anayasa m. 90'ın kurduğu köprüden geçerek, özel hukukumuzun bir parçasını oluşturan uluslararası sözleşmeler de hatırlanmalıdır. Bu söylediklerimiz, çocuğun kişilik hakkının korunması söz konusu olduğunda iki bakımdan önem taşımaktadır: İlk olarak, çocuğun kişilik hakkının tasarlanmasında Anayasa'da yer alan vazgeçilmez nitelikteki temel haklar düzeninden yola çıkılacaktır. İkinci olarak, çocuğun kişilik hakkının korunmasına en yakın çevresinden başlanacak, bu bağlamda, öncelikle, velayet hakkına sahip olanların çocuğu Anayasal düzenin kendileriyle eşit haklara sahip onurlu bir ferdi olarak tanıyıp benimsemeleri (gerekirse bütün özel hukuk yaptırımları seferber edilerek) sağlanacaktır. Bu çizgiden yola çıkılırsa, Devlet'in, ana-baba ve çocuk ilişkisinin kutsallığı ve dokunulmazlığı gibi kavramları zaman zaman bir tarafa bırakması kaçınılmazdır.

Velayet hakkına sahip olanların cep telefonuna yükledikleri programlarla çocuğu izlemeleri, çocuk için mahrem alan tanımayan, çocuğu Anayasal toplumun şerefli ve eşit bir üyesi olarak görmeyen, giderek çocuğun manevi varlığını geliştirme hakkını daha doğmadan boğup yok eden kişiler olarak, özel hukukun en sert yaptırımlarıyla karşılanmaları kaçınılmazdır. Bu nokta, aynı zamanda, akılcı otoritenin de bittiği yerdir. Akılcı otorite, bir gün gelip ortadan kalkmayı, bu otoriteye tabi olanı otorite sahibiyle eşit duruma getirmeyi amaçlarken; akıl dışı otorite, otoriteye tabi olanın kişiliğini yok etmeyi ve ilelebet sürmeyi amaçlar. Amacından sapmış böylesine akıldışı bir otoritenin Anayasa'nın koruyuculuğundan

yararlanamayacağı da açıktır. Çocuğa düşkünlük ve sevginin koruyucu değil de boğucu olduğu yerde; çocuk için kişilik hakkının korunmasına ilişkin taleplerin nasıl işletileceği bir yandan, velayet hakkının yasal sınırların berisine çekilmesi ve gereğinde kaldırılmasının yolu yordamının ne olduğu diğer yandan, ele alınması kaçınılmaz hukuki sorunlar olarak karşımıza çıkacaktır. Çocukların daha doğduğunda ana-babaların elinden alınıp devletçe yetiştirilmesini öneren Platon'u burada saygı ile anıyoruz.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, Özel Hukuk, Özel Hukuk Yaptırımları, Doğrudan Uygulama, Telefon Casus Programı

Legal Effect of the Constitution to Private Law and the Spy Programmes Downloaded to the Cellular Phones of the Children

Assoc. Prof. Dr. İpek Sağlam*

The starting point of the mutual interaction in between the Constitution and the private law is the essential subject of an ongoing debate. Among the countless theories dealing with the said subject, "the legal effect of the Constitution to private law" is predominant. Accordingly, the Constitution as perceived before, will not solely be accepted as a text that regulates the relations in between the people and the public authority and the fundamental organisation of the State; but also as a text that determines the principles that will directly be applied in between the relations among the private law entities as well. The fundamental merit based judgements arising from the Constitution will have to be taken into consideration among the relations in between the real persons and legal entities of the private law and the actions contradicting that obligation will end up with the application of the sanctions of the private law. For example, in the organisation of the private law legal entities, to adhere to the constitutional principles regarding the democratic governance will be necessary and acting contrary to them will cause the voidability of the resolutions of general assembly and most probably the resolutions to become null and void in the end. The ones exercising the right of parental authority will have to bear in mind the boundaries of the fundamental individual rights regulated in the Constitution. The parents acting against the said rights will meet with the cancellation of their parental authority and also be held responsible for their actions. The contracts blocking and obstructing the economical future (especially contracts holding the

* Marmara University Faculty of Law Civil Law Department

parties liable for an unlimited period of time), are doomed with absolute nullity.

It is also the topic of another ongoing debate that, through which path will the realization of the legal effect of the Constitutional principles and the merit based judgements to the private law zone, will take place. It must be remembered that the articles of the Constitution do not contain sanctions regarding the private law relations, but on the contrary they could be qualified as rules without sanctions. From this point of view, it would not be wrong to say that there is a necessity of norms that could bind private law sanctions to the articles of the Constitution which could enable the entrance through the private law gate. Norms such as these could be found in the articles regarding the protection of the personal right in our Turkish Civil Code and the notion of nullity resulting from contradiction to the public order and to the public morality regulated in our Turkish Code of Obligations. These regulations in fact must be completed by the judge and they are blank in the content. It is possible to call them as "white norms". The contemporary judge shall decide what is immoral or what is against public order with the accompaniment of Constitutional merits and he/she shall design the personal rights through the aspect of Constitutional fundamental and untouchable rights order. Respectively the usage of article 90 of the Constitution has to be kept in mind. When there is an issue about protecting the personality right of a child, two things are essential. First one is starting up with the fundamental rights order of the Constitution that is indispensable in designing the child's personality right. And secondly the child's protection of his/her personal right will initiate with protection from his/her most intimate relatives. Relatives entitled to the parental authority will have to acknowledge the child as an honorable individual possessing the same equal rights such as them, which stem from the Constitutional order. Followingly, the State will have to once in a while fling aside the notions such as the intangibleness of interparental relationship in between the father-mother and child.

The parents that have the custodial right may choose to follow their children with spy programmes they download to their cellular phones.

This behaviour does not provide a private space to the kid and does not acknowledge the child as an equal individual of the Constitutional society with dignity. These attitudes also cause suffocating the right to develop the child's spiritual assets even before they are born. We think in such conditions, private law sanctions must be applied. This is also the point where the rational authority ends. Rational authority aims to diminish one day and tries to equalize the ones being the subject to authority with the ones having that authority while the irrational authority tries to terminate the personality of the ones subject to authority and keep that condition for everlastingly. Such derailed irrational authority, will not benefit from the protection of the Constitution. If being nutty about the child and loving him/her is not protective but more suffocating, the claims regarding the protection of personal right of a child, restraining the parental authority behind it's limits and abolish it if necessary are, all future legal problems for us to solve. We salute Plato who advised taking the children away from their parents the moment they are born, and raise them by the State.

Keywords: Constitution, Private Law, Private Law Sanctions, Direct Application, Phone Spy Programme

Çocuğun Vücut Bütünlüğünün Velayet Hakkı Sahibi Anne ve/veya Babaya Karşı Korunması

Doç. Dr. Sera Reyhani Yüksel*

Velayet, kural olarak küçüklerin, istisnai hallerde akıl hastalığı, akıl zayıflığı, savurganlık, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı gibi nedenlerle kısıtlanan çocuklarının şahıs varlıklarının korunması, geliştirilmesi, iyileştirilmesi, mallarına özen gösterilmesi ve bunlara ek olarak onların temsil edilmesi konularında anne ve babanın ya da bunlardan birinin sahip oldukları yükümlülük ve hakların tümü olarak tanımlanmaktadır. Velayetin asıl amacı, çocuğun korunması ve yararının gözetilmesi ve günün birinde kendi ayakları üzerinde durabilen bağımsız bir kişiliğe sahip olmasını sağlamaktır. Velayet hakkı, anne ve/veya babaya velayet altındaki kimseyi temsil etme gibi önemli yetkiler vermekteyse de velayet altındaki kimseyi kişi olmaktan çıkarmamaktadır. Diğer bir ifadeyle velayet altındaki kimsenin kişilik hakları devam etmektedir. Ayrıca velayet hakkına sahip annenin ve/veya babanın bu haklarını kullanırken çocuğun yararı ilkesini her durumda dikkate almak zorunlulukları bulunmaktadır. Velayet hakkına sahip olan kişilerin velayet hakkı bağlamında çocuğa müdahalesinde gözetmeleri gereken anayasal sınırlar vardır. Nitekim çocukların da herhangi bir ebeveyninin ya da başkaca bir otoritenin iyilikseverliğine/lütfuna bağlı olmaksızın insan olarak temel haklara sahip olması söz konusudur. 1982 Anayasası 17'nci maddesinde, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Yine aynı maddede kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı; kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı da ifade edilmiştir. Yaşama hakkı, Anayasa'nın sözü ve özü itibariyle dokunulmaz, devredilmez

* Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ve vazgeçilmez bir haktır. Onun tamamlayıcısı olan vücut bütünlüğü, gerçek anlamda yaşama hakkının sağlanabilmesi için önemli ve koruma gerektiren bir haktır. Vücut bütünlüğü kişinin sadece fiziki değerlerini değil, aynı zamanda ruhi değerlerini de içerir. Bu anlamda kişinin fiziki bütünlüğüne yapılan bir saldırı ile yaralanmasına neden olmak kadar o kişinin ruhi dengesini sarsmak da vücut bütünlüğüne yönelik bir saldırı oluşturur. Çocuğa ilişkin olarak Çocuk Haklarına Dair Sözleşme çeşitli maddelerinde çocukların yaşamlarının korunması, çocukların her türlü şiddetten korunmaları, işkence ve diğer insanlık dışı, acımasız veya aşağılayıcı muamele ve cezalardan korunmaları ile ilgili düzenlemeler getirmiştir. Bu kapsamda velayet hakkına sahip olan anne ve/veya baba, her ne kadar çocuğu eğitme görevine ve hakkına sahip olsalar da çocuğun vücut bütünlüğüne müdahale oluşturacak şekilde çocuğa bedensel/duygusal ceza verme hakkına sahip değillerdir. Aslında Türk Hukuku bakımından, velayet hakkı kullanılırken anne ve babanın çocuğa herhangi bir bedensel ceza verme yetkisinin bulunup bulunmadığı sorgulaması, önceki Medeni Kanun'un tedip hakkını düzenleyen 267'nci maddesinden kaynaklanmıştır. Tedip hakkına ilişkin düzenlemenin olduğu dönemde doktrindeki baskın görüş ve Yargıtay uygulaması tedip hakkının içeriğinde bedensel ceza verme yetkisini bulundurduğu şeklinde olmuştur. Ancak Türk Medeni Kanunu tedip hakkıyla ilgili düzenlemeye yer vermediği için tedip hakkının maddi hukuk anlamında kaldırılıp kaldırılmadığı tartışılmaya devam etse de velayet hakkının sınırını, çocuğun anayasal hakları çizdiğinden; anne ve/veya babanın çocuğu dövmek, ona psikolojik baskı uygulamak, onun onur ve saygınlığını zedeleyecek davranışlarda bulunmaktan kaçınmaları gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk, Velayet Hakkı, Çocuğun Korunması, Yaşama Hakkı, Vücut Bütünlüğü

Protection the Body Integrity of the Child against Mother and/or Father Who Have Right of Custody

Assoc. Prof. Dr. Sera Reyhani Yüksel*

As a rule, the custody is defined as protection, development and improvement of personal assets of the children restricted due to reasons such as mental illness, mental defectiveness, lavishness, alcohol and drug dependence and taking care of their properties in exceptional circumstances and in addition to these, all the obligations and rights of mother and father or one of them in matters of their representation. The main purpose of the custody is to protect the child, look out the interests of the child and to provide to be a self-sustained independent personality one day. Although the right of custody gives the mother and / or father important powers such as representing the person under custody, it does not prevent to be individuated of the person under the custody. In other words, the personal rights of the person under custody continue. Moreover, the mother and/or father who have right of custody are obliged to pay regard to the best interests of the child in all cases while they are using their rights. There are constitutional limits that the people who have custody rights should observe in their intervention to the child in the context of the right of custody. Thus, the children also have fundamental rights as a human notwithstanding benevolence/favour of any parent or any other authority. In Article 17 of the 1982 Constitution, it has been stated that everybody has right to life, to protect and develop their material and spiritual existence. Also, in the same article, it has been stated that nobody can be tortured and tyrannized and nobody can be subjected to any punishment or treatment incompatible with human dignity. The right to life is inviolable, inalienable right in terms of in terms of the word and essence of the Constitution. The body integrity which complementary of it is important and protected right in order able to ensure right

* Doğuş University Faculty of Law Civil Law Department

to life in real terms. The body integrity includes the physical values of the person, well as spiritual values. In this sense, causing injury by an attack on the physical integrity of the person as well as throwing off that person balance creates an attack on body integrity. In various articles of the Convention on Children's Rights related to the child, the regulations regarding protection of children's lives, protection of the children from all kinds of physical coercion, torture and other inhuman cruel or degrading treatment and punishment have been put in order. Within this scope, although the mother and/or father who have right of custody have duty and right to educate the child, they do not have the right to punish the child physically/emotionally in the manner that they will intervene the body integrity of the child. Actually, the questioning whether the parents have the authority to impose any corporal punishment to the child while using the right of custody in terms of Turkish Law has been originated from article 267 that regulates the right to discipline of previous Civil Code. The dominant view and Supreme Court application in the period when there was a regulation on the right to discipline has been that the content of the right of discipline has the authority to impose corporal punishment. However, since the Turkish Civil Code does not include a regulation on the right to discipline, although it is continued to discuss whether the right to discipline has been removed or not in terms of material law and due to that the constitutional rights of the child draw the borders of the right of custody; the mother and/or father should refrain from beating the child, imposing the psychological pressure to him/her, behaving in a way that would damage his/her honour and dignity.

Keywords: Child, Right of Custody, Protection of the Child, Right to Life, Body Integrity

Hukuka Uygunluk Yönünden Zorunlu Aşı Uygulaması

Dr. Öğr. Üyesi Kazım Ali Sonat*

Zorunlu aşı uygulaması ile Sağlık Bakanlığı tarafından "Genişletilmiş Bağışıklama Programı" kapsamında küçüklere yönelik yürütülen ve "bebeklik dönemi aşıları" olarak ifade edilen aşı uygulamaları kastedilmektedir. Her tıbbi müdahalede olduğu gibi aşı uygulamasında da müdahalenin hukuka uygunluğu, kural olarak ilgilinin aydınlatılmış rızası ile sağlanır. Genişletilmiş bağışıklık programı kapsamında uygulanan aşılar bakımından aydınlatma yükümlülüğünün muhatabı ve küçük adına rıza açıklamaya yetkili kişi, küçüğün yasal temsilcisidir. Yasal temsilci, küçüğü menfaatine olduğu ölçüde bu uygulamaya rıza göstermekle yükümlüdür. Uygulamada yasal temsilci tarafından aşı uygulamasına rıza gösterilmediği, aşı uygulamasının reddedildiği durumlarla da karşılaşılmaktadır. Bu noktada hekimin aşı uygulamasının reddi karşısında nasıl hareket etmesi gerektiği, yasal temsilcinin rızası olmaksızın küçüğe aşı uygulanmasının mümkün olup olmadığı, rıza olmaksızın aşı uygulayan hekimin fiilinin hukuka uygun sayılıp sayılamayacağı ve hukuka uygun sayılabildiği ihtimalde bunun hangi hukuka uygunluk sebep veya sebeplerine dayandırılabileceği sorunları gündeme gelmektedir. Bu sorunlar Yargıtay'ın ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına konu olmuştur.

Anayasa Mahkemesi kararlarından önceki dönemdeki Yargıtay kararları, yasal temsilcinin bebeklik dönemi aşılarına haklı sebep olmaksızın rıza göstermekten kaçındığı durumda, Çocuk Koruma Kanunu m. 5'te öngörülen "sağlık tedbiri" yoluyla küçüğe aşı uygulaması yapılabileceği; zorunlu aşı uygulamasının küçüğün üstün yararı ve üstün kamusal yarar

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

temelinde hukuka uygun olduğu yönünde idi. Anayasa Mahkemesi'nin 24.12.2015 tarihli bireysel başvuru kararında ise, bebeklik dönemi aşılarının rıza olmaksızın uygulanmasının AY m. 13'te aranan koşulları sağlayacak şekilde bir yasal dayanağının olmadığı ve AY m. 17'de teminat altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını ihlal ettiği sonucuna varılmıştır. Anayasa Mahkemesinin verdiği bu karar sonrası Yargıtay uygulaması da bu kararda benimsenen çözüm yönünde şekillenmiştir.

Kanaatimizce ayırt etme gücünden yoksun küçüklere yönelik aşı uygulaması söz konusu olduğunda, hukuka uygunluk sorununun, küçüklerin korunması yönünden ele alınması gerekir. Bu yönden ÇKK m. 5 hükmünün, AY m. 17'de aranan yasal dayanağı teşkil ettiği ve hâkimin vereceği sağlık tedbiri kararına dayalı olarak aşı uygulanmasının hukuka uygun sayılması gerektiği düşünülmektedir. Bu olasılıkta hekimin fiili TMK m. 24/II'de belirtilen hukuka uygunluk sebeplerinden yasanın verdiği yetki temelinde hukuka uygun sayılır. ÇKK m. 5 hükmünün zorunlu aşı uygulaması için gerekli yasal dayanağı teşkil ettiği kabul edildiği ölçüde, TMK m. 24/II'te belirtilen üstün nitelikte özel ve kamusal yarar da somut olayda gerçekleşmiş sayılmalı ve hekimin fiili bu sebeplerle de hukuka uygun kabul edilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Zorunlu Aşı Uygulaması, Bebeklik Dönemi Aşıları, Genişletilmiş Bağışıklama Programı, Küçüğün Korunması, Aydınlatılmış Rıza, Tıbbi Müdahalenin Reddi, Kişilik Hakkı, Vücut Bütünlüğü, Hukuka Uygunluk Sebepleri, Korunma İhtiyacı İçinde Olan Çocuk, Sağlık Tedbiri, Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, Özel veya Kamusal Nitelikli Üstün Yarar

Mandatory Vaccination in Respect of Lawfulness Problem

Asst. Prof. Dr. Kazım Ali Sonat*

Mandatory vaccination stands for vaccination practices in the framework of Expanded Program on Immunization by the Ministry of Health, which refer to babyhood vaccinations. As in every medical intervention the lawfulness of the intervention must be secured by the informed consent of the relevant party. In regards to vaccinations in the Expanded Program on Immunization the party who has to be informed and is authorized to consent in the name of the minor is the legal representative of the minor. The legal representative is obliged to allow the vaccination as long as it is in the best interest of the child. In some cases the legal representative does not consent the vaccination of the minor and refuses it. At this point the following matters arise: the correct position to be taken by the physician as against the refusal of the vaccination, the possibility to vaccinate the minor without the consent of its legal representative, whether the physician's action of vaccinating the minor without its legal representative's consent can be considered lawful and if so, on which grounds of justification. These matters have been subject to the decisions of the Court of Cassation and the Constitutional Court.

In the period before the Constitutional Court decisions, the Court of Cassation decisions was in line with justifying vaccinating the minor due to "health precaution" set by the Child Protection Law art. 5 and defending the mandatory vaccination as being in the overriding interest of the child as well as the the overriding public interest. However the Constitutional Court's personal application decision from 24.12.2015 resulted for the following: the childhood vaccinations without legal consent lacks legal ground of fulfilling the conditions set by art. 13 of

* Marmara University Faculty of Law Civil Law Department

Constitution of the Rep. of Turkey. For this, it violates the right to protect and improve corporeal and spiritual existence of the individual which is secured by art. 17 of the Constitution. After this Constitutional Court decision, the Court of Cassation exercise was also shaped by the Constitutional Court's solution.

We subscribe to the idea that when vaccination of minors who are incapable of judgement is the subject of concern, the lawfulness problem has to be elaborated with respect to the protection of minors. Accordingly we think that Child Protection Law art. 5 fulfills the necessary legal ground required by art. 17 of the Constitution and the vaccination needs to be considered lawful based on the health precation decision by the judge. In this case the physician's action is justified according to art. 24/II of the Turkish Civil Code. As long as the Child Protection Law art. 5 is perceived for fulfilling the required legal ground for mandatory vaccination, the overriding private and public interest indicated by art. 24/II of the Turkish Civil Code must also be accounted for and the physician's action must be considered lawful for these reasons as well.

Keywords: Mandatory Vaccination, Babyhood Vaccinations, Expanded Program on Immunization, Protection of Child, Informed Consent, Refusal of Medical Intervention, Personality Right, Integrity of the Body, Grounds of Justification, Child in Need of Protection, Health Precaution, Patients Right to Self-Determination, Overriding Private and Public Interest

Anayasa Mahkemesi'nin Türk Medeni Kanunu'nun 300. Maddesi Hakkındaki Kararının Anayasa Mahkemesi'nin Soybağına İlişkin Diğer Davalardaki Sürelerle İlgili İptal Kararları ile Birlikte Değerlendirilmesi

Ar. Gör. Dr. Fatma Zeynep Altıner Yolcu*

Türk Medeni Kanunu'nun soybağına ilişkin düzenlemelerinde, Kanun Koyucunun ihtilaflı bazı konuların dava yolu ile çözümlenmesini tercih ettiği görülmektedir. Soybağının kurulmasını ya da sona erdirilmesini konu edinen bu davalar yenilik doğuran davalardır; dolayısıyla bu davalar için hak düşürücü süreler düzenlenmiştir. TMK'da bu davalar için getirilen hak düşürücü süreleri düzenleyen bazı hükümler, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarına konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi, ilk olarak 25.6.2009 tarihli kararıyla TMK m.289 hükmündeki kocanın dava açma süresini düzenleyen fıkradaki "…herhalde doğumdan başlayarak beş yıl…" ibaresini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. İlerleyen süreçte, 27.10.2011 tarihli karar ile TMK m.303/2 hükmündeki çocuğun açacağı babalık davası için süreye ilişkin düzenlemenin iptaline karar verilmiştir, 15.3.2012 tarihli kararıyla, gecikmeyi haklı kılan sebepler için bir aylık ek süre tanıyan TMK m.303/4 hükmü de çocuk yönünden iptal edilmiştir. Evlatlık ilişkisinin kaldırılması davası için TMK m.319 hükmündeki "… ve her halde evlat edinme işleminin üzerinden beş yıl…" ibaresi de 27.12.2012 tarihli karar ile iptal edilmiştir. Son olarak, 10.10.2013 tarihli kararı ile de TMK m.291 hükmündeki kayyım için aranan doğumdan başlayarak beş yıllık süreyi de iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesinin TMK m. 289 hükmündeki beş yıllık süreyi iptal etmesi,

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

diğer davalardaki süreler için de gerekçe olarak gösterilmiş, adeta bir domino etkisinin doğmasına sebep olmuştur.

Ancak, son olarak, TMK m.300 hükmündeki tanımanın iptali davası için getirilen süreler açısından inceleme yapan Anayasa Mahkemesi, 25.12.2019 t., E.2019/102 K.2019/99 Sayılı Kararında, hükmün iptaline ilişkin talebi reddetmiştir. TMK m.300/1 hükmüne göre, tanıyanın dava hakkı, tanımanın üzerinden beş yıl geçmekle düşer. Davayı açmak için beş yıllık üst sürenin Anayasaya uygunluğunu inceleyen Mahkeme, hükmü, TMK m.300/4 hükmündeki "hak düşürücü süreler geçtiği halde sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde dava açılabileceği"ne dair hüküm ile birlikte yorumlamış ve red kararı vermiştir.

Kararın ilginç yönü, hak düşürücü sürelere ilişkin bazı ibarelere dair iptal kararları veren Anayasa Mahkemesi'nin, tanımanın iptali davası için farklı bir yaklaşımda bulunmasıdır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarına doktrinde yöneltilen önemli eleştirilerden biri, diğer davalardaki süreler iptal edilirken, tanımanın iptali davasında beş yıllık üst sürenin TMK m. 300 hükmünde korunuyor olmasının, benzer menfaatleri düzenleyen hükümler arasındaki dengeyi bozduğuna yönelikti. Bu eleştirilere rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin TMK m.300 hükmüne ilişkin iptal talebini reddetmesi ve bu red kararını dayandırdığı gerekçeler, kararın önemini arttırmaktadır. Bu nedenle tebliğimizde, öncelikle Anayasa Mahkemesinin soybağı davalarındaki sürelere iptaline ilişkin kararlarına, gerekçelerine ve yöneltilen eleştirilere değinip, TMK m. 300 hükmüne ilişkin iptal talebini red kararını ve gerekçelerini, önceki kararlarla karşılaştırarak değerlendirmeye çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Soybağının Reddi Davası, Babalık Davası, Evlatlık İlişkisinin Kaldırılması Davası, Tanımanın İptali Davası, Hak Düşürücü Süreler

The Evaluation of the Constitutional Court's Decision Regarding Article 300 of the Turkish Civil Law with Cancellation Decisions Regarding Prescription Period Concerning Lineage The Term in other Proceedings of the Constitutional Court

Res. Asst. Dr. Fatma Zeynep Altıner Yolcu*

In the legislations of the TMK regarding lineage, it has been observed that the Lawmaker prefers that some disputed issues be resolved by way of litigation. Denial of paternity, revocation of recognition (and even the case of abolishing the adoption relationship in terms of similarity of interests) and paternity cases are related with formative rights; therefore, these cases are subject to prescription periods. The prescription periods imposed for these cases in the TMK have been the subject of the annulment decisions of the Constitutional Court. The Constitutional Court, with its decision dated 25.6.2009, first annulled the phrase "… in any case five years starting from birth…" in the clause regulating the period of filing a lawsuit of the husband under article 289 of the TMK, as unconstitutional. In the following process, with the decision dated 27.10.2011, it was decided to annul the regulation regarding the deadine of the paternity case to be filed by the child under Article 303/2 of the TMK, with its decision dated 15.3.2012, which grants an additional period of one month for the reasons justifying the delay, TMK Article 303/4 provision was also annulled in favor of the child. In the case of the abolition of the adoption relationship, the phrase "… and five years from the adoption process in any case ..." in the provision of Article 319 of the TMK was also canceled with the decision dated 27.12.2012. Finally, with its decision dated 10.10.2013, it has also canceled the five-year period starting from the birth sought for the trustee under article 291 of the TMK. The

* Marmara University Faculty of Law Civil Law Department

cancellation of the five-year period in TMK Article 289 by the Constitutional Court has been shown as a justification for the periods in other cases, almost causing a domino effect.

However, finally, the Constitutional Court, which examined the terms set for the annulment of the recognition in the article 300 of the TMK, rejected the request for the annulment of the provision in its Decision No. 25.12.2019 t., E.2019 / 102 K.2019 / 99. According to the TMK Art.300 / 1 provision, the right of the recognizing person to litigate falls within five years after recognition. Examining the Constitutionality of the five-year upper limit to file the case, the Court interpreted the provision together with the provision of Article 300/4 of the TMK which states that "although the subscription periods have passed, a lawsuit can be filed within one month from the disappearance of the cause" and gave a rejection decision.

The interesting aspect of the decision is that the Constitutional Court, which made annulment decisions related with some phrases regarding the prescription periods, took a different approach for the annulment of recognition case. One of the important criticisms directed in the doctrine to the annulment decisions of the Constitutional Court is that while the periods in other cases are canceled, in the case of annulment of recognition, the upper period of five years is covered by the TMK Article 300 disrupts the balance between the provisions regulating similar interests. The rejection of the Constitutional Court of request for annulment of the ruling of TMK Article 300 despite these criticisms and the reasons underlying this rejection increase the importance of this decision. For this reason, in our communique, first of all, we refer to the decisions of the Constitutional Court regarding the annulment of the deadlines in paternity cases, justifications for the decisions and the criticisms directed to the them and then we will try to evaluate the rejection decision of cancellation request of the rulings of TMK Article 300 and the reasons for the cancellation request by comparing with the previous decisions.

Keywords: Rejection of Paternity Lawsuit, Paternity Lawsuit, Cancellation of Adoption Relationship Lawsuit, Cancellation of Recognition Lawsuit, Prescription Periods

3. OTURUM / SESSION 3

Yönetim Kurulu Üyesinin Şirketin Kamu Borçlarından Sorumluluğu Bakımından 30.05.2019 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi

Doç. Dr. Birgül Sopacı Öztuna*

Anonim şirketin kamu borçlarından temsil ve imza yetkisi olmayan yönetim kurulu üyesi sorumlu tutulabilir mi? Şirketin kamu borçlarından dolayı yönetim kurulu üyelerinin şahsi sorumluluğunu öngören özel kanun hükümleri, Anayasa m.35'deki mülkiyet hakkını ihlal eder mi? Bu güncel sorular bakımından üç adet karşı oy içeren 30.05.2019 tarihli AYM Kararı önem arz etmektedir. Tebliğimizde, şirketin SGK borcu dolayısıyla diğer yönetim kurulu üyeleri ve şirket ile birlikte aleyhine icra takibi yapılan bir yönetim kurulu üyesinin, "*temsile ve imza yetkisi bulunmadığından sorumlu olmadığı ve ilgili kanun hükmünün(5510 sayılı Kanun m.88/f.10) Anayasa'nın 35.maddesine aykırı olduğu*" iddiasıyla başvurusu üzerine AYM'nin verdiği 30.05.2019 tarihli Kararı (R.G Tarih 19.07.2019 R.G. Sayı 30836), ilgili hükümler ve Yargıtay kararlarıyla birlikte incelenerek, değerlendirilmiştir.

Tebliğimizde, öncelikle TTK hükümlerinden hareket edilmiştir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen TTK m.553'e göre, yönetim kurulu üyeleri, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde verdikleri zarardan şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı sorumludurlar. Görüldüğü üzere, TTK m.553 hükmünde yönetim kurulu üyelerinin, sadece şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı sorumluluğu düzenlenerek, yetki devri ve kontrol dışı durumlar için sorumluluğa sınır getirmiştir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Ayrıca TTK m.557'de farklılaştırılmış teselsül esasıyla, yönetim kurulu üyesinin kusuruna ve durumun gereklerine göre zararın kendisine yükletilebildiği ölçüde sorumlu olacağı öngörülmüştür. Buna karşılık 5510 sayılı Kanun m.88/f.20, 6183 sayılı Kanun Mükerrer m.35 ve 213 sayılı Kanunu'nun m.10/f.1'de vergi ve SGK borçlarından dolayı, yönetim kurulu üyelerinin kamu kurum ve kuruluşlarına karşı sorumlukları daha geniş şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca Yargıtay'ın şirketin SGK ve vergi borçları dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin şahsi sorumluluğuna ilişkin kararları da mevcuttur. Tebliğde, bu hükümler ve yargı kararları AYM kararı ile birlikte ele alınarak, değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Yönetim Kurulu, Yönetim Kurulu Üyesinin Sorumluluğu, Anayasa'ya Aykırılık, Mülkiyet Hakkı

Evaluation of the Constitutional Court Decision Dated 30.05.2019 Regarding the Liability of a Member of the Board of Directors for the Public Debts of a Company

Assoc. Prof. Dr. Birgül Sopacı Öztuna*

Can a member of the board of directors, who is not authorized to represent and sign, be held liable for the public debts of a joint stock company? Does the specific law provisions stipulating the personal liability of members of the board of directors for the public debts of the company violate the property right in Article 35 of the Constitution? The Constitutional Court decision dated 30.05.2019, which includes three opposing votes, is a significant decision regarding the up-to-date questions above. In our paper, the decision of the Constitutional Court dated 30.05.2019 (Official Gazette Date 19.07.2019 RG Number 30836) given by the Constitutional Court has been examined and evaluated together with the relevant provisions and the Supreme Court decisions. The application to the court is regarding a member of the board of directors, who was commenced execution proceedings with other board members and the company due to SSI debts, on the claim that "*is not liable for not having the authority to represent and sign, and the relevant legal provision (Law No. 5510 Art.88/X) is contrary to Article 35 of the Law*".

In our paper, primarily, the provisions of the TCC (Turkish Code of Commerce) were taken into consideration. According to Article 553 of the TCC regulating the liability of the board of directors, the members of the board of directors are liable to the company, shareholders and company creditors for the damages they cause, if they violate their obligations arising from the law and the articles of association. In addition,

* Marmara University Faculty of Law Commercial Law Department

it is stipulated that the member of the board of directors will be liable to the extent that the damage can be attributed to him according to the fault of the board member and the requirements of the situation, based on the differentiated solidarity principle in Art.557 of TCC.

On the other hand, the liability of the members of the board of directors against the public institutions and organizations due to tax and SSI debts is more broadly regulated in the Law No. 5510, Art.88/XX; Law No. 6183 bis Art.35, and Law No. 213, Art.10/I. Furthermore, the Supreme Court has decisions regarding the personal liability of the members of the board of directors due to the company's SSI and tax debts. In the paper, these provisions and judicial decisions have been considered together with the Constitutional Court decision.

Keywords: Joint Stock Company, Board of Directors, Liability of a Board Member, Unconstitutionality, Property Right

Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Sahipliği Hakkının Miras Yoluyla İntikali

Doç. Dr. Özlem Karaman Coşgun*

Anonim ve limited şirketler sermaye şirketleridir. Şahıs şirketlerden ayırıldıkları temel husus, ortakların değil sermaye unsurunun önem taşımasıdır. Bu özellik pay sahipliğinin miras yoluyla intikalinde de etkisini gösterir.

Anonim şirketlerde payın intikalinde, payları borsaya kote edilmiş şirketler ile kote edilmemiş şirketler bakımından farklı düzenlemeler kabul edilmiştir. Payları borsaya kote edilmemiş şirketlerde payların miras yoluyla iktisabında, mülkiyet ve malvarlığına ilişkin haklar derhâl mirasçılara geçer. Genel kurula katılma hakları ile oy hakkı ise ancak şirketin onayı ile geçecektir. Payların miras yolu ile intikalinde şirketin onay vermeyi reddetme imkanı, payları gerçek değeri ile devralmayı önermesi şartı ile sınırlanmıştır. Payın gerçek değerinin belirlenmesi ve mirasçının haklarını korumak bakımından çeşitli tedbirler alınmıştır. Ancak bu tedbirler, özellikle şirketin çoğunluk paylarının miras yoluyla intikal etmesi ya da şirketin tek ortaklı olması ihtimalinde yetersiz kalmaktadır. Mirasçılık hakları bakımından sorunlar ortaya çıkmaktadır.

Payları borsaya kote edilmiş şirketlerde payın intikalinde, borsaya kote edilmemiş şirketlere kıyasen devralanı daha fazla koruyucu bir düzen benimsenmiştir. Nitekim şirketin miras yoluyla iktisap halinde pay sahipliği sıfatının kazanılmasını reddedemeyeceği kabul edilmiştir. Ancak hakların intikali bakımından özel düzenleme yapılmamıştır. Bu sebeple miras yolu ile intikale, borsa dışında iktisaba ilişkin hükmün uygulanması gerekecektir. Ancak bu durum, payları borsaya kote şirket-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

lerde payın devrinde hakların geçişi bakımından kanun koyucunun genel yaklaşımına ters neticeler ortaya çıkarmaktadır. Mirasçının mülkiyet hakkı bakımından da bir kısıtlamaya yol açmaktadır.

Limited şirketlerde esas sermaye payının miras yoluyla intikalinde tüm haklar ve borçlar, genel kurulun onayına gerek olmaksızın geçmektedir. Şirket ancak, payları kendi veya ortağı ya da üçüncü bir kişi hesabına gerçek değeriyle devralmayı önererek onay vermeyi reddedebilir. Red kararına kadar geçecek süreçte mirasçı paydan kaynaklanan hakları kullanabilir, genel kurul toplantılarına katılarak oy kullanabilir. Red kararı geriye etkilidir. Ancak red kararına kadar geçen süre içinde alınan genel kurul kararlarının geçerliliği bundan etkilenmez. Limited şirketlerde de payı miras yoluyla iktisap edeni korumak amacıyla, payın gerçek değerinin tespiti bakımından özel düzenleme getirilmiştir. Ancak yapılan düzenlemeler, mirasçının haklarının korunması bakımından yeterli değildir.

Tebliğ kapsamında, anonim ve limited şirket paylarının miras yoluyla intikali bakımından farklılıklar, neticeleri, mirasçı lehine getirilen düzenlemelerin yerindeliği, mirasçının haklarının korunması bakımından alınan tedbirlerin yeterliliği, Ticaret Hukuku ve Miras Hukuku düzenlemeleri ile Anayasa Hukuku'nda mülkiyet hakkı bakımından detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Limited Şirket, Pay, Mirasçı, Mülkiyet Hakkı

Transfer of Shareholding Rights by Heritage in Incorporations and Limited Liability Companies

Assoc. Prof. Dr. Özlem Karaman Coşgun*

Incorporations and limited liability companies are equity companies. Their main difference from partnership companies is that the important element is not the partners but the capital. This feature also affects the transfer of shareholding by inheritance.

Different regulations have been adopted in the transfer of shares in joint stock companies, in listed and non-listed companies. The rights of ownership of the shares and assets relating thereto shall be deemed immediately transferred to the heirs in the acquisition of shares by inheritance in non-listed joint stock companies. The right to participate in the general assembly and the right to vote will be transferred only upon approval of the company. The possibility of the company to reject the approval of inheritance of the shares is limited with the condition that it proposes to take over the shares with their real value. Various measures have been taken to determine the real value of the share and to protect the rights of the heir. However, these measures are insufficient, especially in the event that the majority shares of the company are inherited or the company has a single shareholder. Problems arise in terms of inheritance rights.

In the transfer of shares in listed joint stock companies, a more protective approach for the heir is adopted compared to non-listed companies. Thus, it has been accepted that the company cannot reject the acquisition of the title of shareholder in case of inheritance. However, no special rule has been adopted in terms of transfer of rights. Therefore, the provision regarding inheritance and acquisitions in non-listed joint stock companies shall apply there. However, this creates results contrary to

* Marmara University Faculty of Law Commercial Law Department

the general approach of the legislator in terms of the transition of rights in listed companies. It also causes a restriction in terms of the right to property of the heir.

In limited liability companies, all shareholding rights and obligations shall be deemed transferred to the heir without requirement of approval of the general assembly. The company may only reject to give approval by proposing to acquire the shares to its own account or to its shareholder or to a third party. In this case until the rejection decision, the heir can use the rights arising from the shareholding; participate in the general assembly meetings and vote. The rejection decision has a retroactive effect. However, the validity of the general assembly resolutions taken within the period until the rejection decision is not affected by this. In limited liability companies, a special arrangement has been made for determination of the real value of the share in order to protect the right of the heirs, however, they are not sufficient.

In this presentation, the differences in terms of inheritance of the shares in joint stock and limited liability companies, their consequences, the appropriateness of the regulations brought in favor of the heir, the adequacy of the measures for the protection of the rights of heirs, shall be discussed in detail under the Commercial Law and Inheritance Law regulations and the right to property in the Constitutional Law.

Keywords: Incorporation, Limited Liability Company, Share, Heir, Right to Property

Bankacılık Kanununun Bazı Özel Pay Edinimlerine İlişkin Düzenlemeleri ve Bu Düzenlemelerin Özel Mülkiyet Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Hanife Doğrusöz Koşut*

BankK. özel ve istisnai bir yapıya sahiptir. BanK'nun amacı finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışması, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasıdır (BanK. m.1). Bankacılık sektörünün güvenli ve istikrarlı bir şekilde işlemesi sadece tasarruf sahiplerinin değil, aynı zamanda kamunun menfaatinedir. Bu amaçla BanK. Ticaret, Medeni ve Anayasa Hukuku bağlamında bazı istisnai düzenlemelere yer vermektedir. Bu istisnai düzenlemelerin çoğunun özellikle Anayasa ile güvence altına alınan özel mülkiyet hakkı ile çeliştiği söylenebilir. BanK m. 18 bir bankada belirli oranları aşan veya belirli nitelikteki pay edinimlerini BBDKur. onayına bağlanmaktadır. Maddeye göre pay edinimleri iki grup altında düzenlemiştir. Birinci grupta, bir bankadaki belirli oranların aşılması sonucunu doğuran pay edinimleri yer almaktadır. Buna göre bir bankada doğrudan veya dolaylı pay sahipliği yoluyla sermayenin % 10'nu veya daha fazlasını temsil eden payların edinilmesi veya bir ortağa ait doğrudan veya dolaylı % 10, % 20, % 33 ve % 50'sini aşması sonucunu veren pay edinimleri ile bir ortağa ait payların bu oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirlerinin BBDKur. iznine tabidir. Devreden kişinin tüzel kişi olması halinde de hüküm uygulanır. İkinci gruptaki devre konu olan payların, oranı değil, niteliği önemlidir. Buna göre bir bankada yönetim kuruluna veya denetim komitesine üye seçme imtiyazı veren payların tesisi, devri

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

veya yeni imtiyazlı pay ihracı devredilen payın oranı dikkate alınmaksızın BBDKur. iznine tabidir. Madde sadece pay devirlerini değil, pay üzerinde intifa hakkı kurulması hallerini de kapsamaktadır. BDDKur.'nun izni alınmaksızın pay defterine yapılan kayıtlar hükümsüzdür ve devralan bu paylara ait temettü hariç ortaklık haklarını kullanamayacaktır. Bir başka deyişle, payı edinen kişi pay sahipliği haklarından kaynaklanan genel kurula katılma, oy kullanma gibi pek çok hakkı kullanamayacak, sadece malvarlıksal hakları kullanabilecektir. Madde payları borsada işlem gören bankalar ve banka paylarının icra dairesinden satın alınmasına ilişkin özel düzenlemeleri saklı tutmaktadır. Madde üçüncü bir grup altında nitelikli paya sahip ortakların kuruculardaaranan nitelikleri kaybetmesi halinde, temettü hariç hiçbir ortaklık hakkından faydalanamayacaklarını, bu hakların Fon tarafından kullanılacağını düzenlemektedir. Çalışmamızda tüm bu düzenlemelerin TTK hükümleri ile karşılaştırmasına ve Anayasa ile güvence altına alınan özel mülkiyet hakkı karşısındaki durumuna yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Bankacılık Kanunu, Pay Edinimleri, BDDKur. İzni, Pay Sahipliği Hakları

The Regulation of the Banking Law Regarding Some Special Acquisition of Shares and the Review of These Regulations in Accordance with Private Property Right

Asst. Prof. Dr. Hanife Doğrusöz Koşut*

The main objective of BL is to ensuring the confidence and stability in the financial markets, the efficient functioning of the credit system, and the protection of the rights and interests of the depositors. In this sense BL includes some exceptional regulations in the context of Company, Civil and Constitutional Law. It can be said that most of these exceptional regulations conflict with the private property right which is guaranteed by the Constitution. According to the BL Art. 18, share acquisitions are organized under the two groups. The first group includes share acquisitions in a bank that result in exceeding certain percentages. Accordingly, the acquisition of shares by one legal or natural person directly or indirectly of shares representing 10% or more capital of a bank or the acquisition of shares that result in a direct or indirect exceeding 10%, 20%, 33% and 50% of one shareholder and any transfer of shares that result in the decrease of the shares below these percentages shall require the permission of the Board. In the second group the qualifications of the shares are important which are subject to the transfer. The transfer of preferential shares with the right of promoting a member to the board of directors or audit commitee or issue of new shares with privilage shall be subject to the Board's authorization irrespective of percentage of shares. The records which made in the book shares after the transfering of shares without the permission of the Board are null and void and the transferee will not be able to use its partnership rights, except for the dividends of these shares. The article reserves the special regulations regarding the

* Marmara University Faculty of Law Commercial Law Department

banks whose shares are exchanged on the market and the purchased of the bank shares from the execution office. By the way of a third group the article also regulates that the shareholders whose holding qualified shares and do not bear conditions required for the founders, shall not benefit any shareholder rights other than dividends and these rights shall be used by the Fund. In this study, the comparison of all these regulations with the provisions of the TCC and their situation against the private property right which is guaranteed by the Constitution will be included.

Keywords: Banking Law, Acquisition of Shares, Banking Regulation and Supervision Board, Shareholder Rights

Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Arası Menfaat Dengesi Bakımından Anayasal Mülkiyet Hakkının Etkisi – Anayasal Ekonomik Haklar Ortaklıklar Hukuku'nda Bireysel Koruma Sağlayabilir mi?

Dr. Öğr. Üyesi Argun Karamanlıoğlu*

Anonim ortaklıklar, Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) sermaye ortaklığı olarak açıkça düzenlendiği gibi özellikleri itibarıyla, en saf nitelikteki sermaye ortaklığı olduğu söylenebilir. Ülkemizdeki anonim ortaklıkların büyük bölümünün, halka açık olmayan, az sayıda ve birbiriyle yakın ilişki içindeki pay sahibinden oluşması karşısında, bu tip ortaklıklar için irade serbestisinin en üst düzeyde olacağı düşüncesi akla gelebilir. Buna karşılık; çoğunluk ilkesinin karşısında, azınlık pay sahiplerinin baskılanması ve halka açık anonim ortaklıklarda büyük bölümü küçük yatırımcı olan on binlerce veya daha fazla pay sahibi olması nedeniyle, yasa koyucular ve doktrin; azınlık pay sahiplerinin korunmasına büyük önem vermişlerdir.

Pay sahipliği mevkiinin aynı zamanda Özel Hukuk anlamında mülkiyet hakkına dayanan bir konum olduğu açıktır. Bu bakımdan, pay sahipliği mevkiinin korunmasında anayasal bir hak olan mülkiyet hakkının korunması boyutunun da olduğu kabul edilmelidir. Gerçekten, Alman Anayasa Mahkemesi; Feldmühle ve Macrotron kararlarında azınlık pay sahipleri yönünden Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın mülkiyet hakkına ilişkin 14. maddesinden hareketle koruma sağlanabileceği yönünde kararlar vermiş; sonrasında verdiği MVS/Lindner kararında da

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

benzer incelemeyi yapmakla birlikte, Macrotron kararındaki kabulünden dönerek, borsa kotundan çıkmanın, azınlık pay sahiplerinin anayasal mülkiyet hakkını ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır.

1982 tarihli Anayasamızın 35. maddesinde mülkiyet hakkı düzenlenmiştir. TTK'da da azınlık pay sahiplerini koruma amacına önem verilmiş ve olumlu azınlık hakları düzleminde, azınlık pay sahiplerinin haklarını koruyucu çeşitli hükümler ve mekanizmalar geliştirilmiştir. Tebliğimizde; birleşmeye ilişkin TTK md. 141 ve 151/f.6'da düzenlenen ayrılma akçesi, şirketler topluluğuna ilişkin TTK md. 208'de düzenlenen ve Anglo-Amerikan Hukuku'ndaki çıkarma (squeeze-out) hakkına benzetilen satın alma hakkı gibi azınlığın pay sahipliği sıfatını sona erdirebilecek bazı düzenlemeler bulunduğu gibi anonim ortaklıkların haklı nedenle feshinde, hakimin uygun düşen çözüm olarak, davanın tarafı olmayan pay sahibinin çıkarılmasına karar verip vermeyeceği tartışması; borsa kotundan çıkmanın, pay sahiplerine olası etkisi gibi başlıklar pay sahipleri arasındaki menfaat uyuşmazlıkları bakımından anayasal mülkiyet hakkının uygulanması yönüyle ele alınacaktır.

Araştırmalarımız doğrultusunda, inceleyebildiğimiz Anayasa Mahkememiz'in kararlarında, TMSF tarafından el konulan ve Fon'a devredilen bankaların pay sahipliği ve bu bankalara ilişkin sorumluluk davaları bağlamında incelenmiş ise de bizim ele almayı istediğimiz yukarıdaki başlıklara ilişkin bir karar tespit edilememiştir. Çalışmamızda, bu durumun olası nedenleri ve pay sahipleri arasındaki menfaat dengesine ilişkin uyuşmazlıklar yönünden, anayasal mülkiyet hakkı üzerinden bir doktrin geliştirilmesinde Anayasa Mahkememiz'in olası katkıları da tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Mülkiyet Hakkı, Azınlık Pay Sahipleri, Küçük Yatırımcılar

Effect of Constitutional Private Property Right in Balance of Interest Between Shareholders of Corporations - Does Constitutional Economic Rights Provide Protection in Company Law?

Asst. Prof. Dr. Argun Karamanlıoğlu*

Corporations (or joint stock companies) are defined as capital companies in Turkish Commercial Code (TCC) while they are the most typical type of capital companies based on their characteristics. As most of the corporations in Turkey are closed corporations with a limited number of shareholders who have close personal relations, it may be argued that party autonomy should be at its highest level in this type of companies. On the other hand, majority principle that may cause abuse of minority shareholders and public corporations having tens of thousands of shareholders most of whom are small investors caused legislators and legal scholars to put a special emphasis on protection of minority shareholders.

It is obvious that shareholding status is also based on private property in sense of Private Law. Thus, protection of shareholding status has a dimension of protection of private property which is a constitutional right. Indeed, German Constitutional Court decided in favor of protection of minority shareholders based on Constitution of Federal Republic of Germany art. 14 which regulates property right in its Feldmühle and Macrotron decisions. However, in its later decision of MVS/Lindner changed its decision in Macrotron, determining delisting does not breach property right of minority shareholders.

Art. 35 of Turkish Constitution regulates private property right. TCC also put emphasis on minority shareholders protection and several

* Kadir Has University Faculty of Law Commercial Law Department

different provisions and mechanisms protecting minority shareholders within context of so-called positive minority shareholders' rights are developed. We aim to discuss subjects like TCC art. 141 and 151/p.6 regulating so-called exit compensation, TC art. 208 within provisions of groups of companies regulating right to purchase which is similar to (but different than) squeeze-out right in Anglo-American law, whether court may decide to cash-out minority shareholders who are not a party in claims of dissolution of corporation for good cause as an appropriate and conscionable solution for interested parties and possible effects of delisting to shareholders with regard to implementation of private property as a constitutional right in shareholder disputes.

We have not detected any decision of Turkish Constitutional Court in above mentioned subjects although there are few decisions based on claims of property right with regard to banks that have been transferred to Savings Deposit Insurance Fund and claims of liability regarding these banks. We would also like to draw attention to possible reasons of this and possible contributions of Turkish Constitutional Court in development of a doctrine about implication of constitutional right of private property in shareholder disputes.

Keywords: Property Right, Minority Shareholders, Small Investors

4. OTURUM / SESSION 4

Anayasa Mahkemesi (AYM) Kararlarının İç Uyumu ve Aile Hukukuna Etkisi Sorunu: Soyadı ve Aile Konutuna İlişkin AYM Kararlarının Analizi

Prof. Dr. Ece Göztepe*

23 Eylül 2012 tarihinden itibaren kesinleşmiş yargı kararlarına karşı gidilebilen Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu, sekiz yılın sonunda dokuz bine yaklaşan karar sayısıyla AYM'nin asli iş yükünü oluşturmaktadır. Verilen ihlal kararlarının toplam karar sayısına oranına (4661/8746) bakıldığında ise ihlal kararlarının, örnek alınan ülkelerden Almanya ile karşılaştırıldığında hayli yüksek olduğu görülmektedir. İhlal kararlarının icrasının sadece yargı organları eliyle, yargılamanın yenilenmesi yoluyla gerçekleştirilemeyeceği açıktır. Birçok ihlalin yargı organlarının normları temel hak ve özgürlüklere aykırı şekilde yorumlamalarından değil, bizzat somut olaya uygulanan yasaların anayasaya aykırılığından kaynaklandığı AYM tarafından giderek artan oranda dile getirilmektedir. Bu tür kararlara ilk örneklerden birisi, AYM'nin Medeni Kanunun 187. maddesinde düzenlenen evli kadınların soyadına ilişkin kararıdır. AYM her ne kadar kararını CEDAW madde 16 (1) g bendi ile ilişkili olarak "zımni ilga" tezine dayandırmışsa da, pratikte bu ihlal kararının icrası için zorunlu olan hukuki düzenlemeler yasakoyucu tarafından hâlâ yapılmamıştır.

Aynı şekilde velayeti annesinde olan çocuğun annenin soyadını taşıması talebinin reddedilmesini, aile hayatına saygı hakkına aykırı bulan AYM kararı sonrasında Medeni Kanunun hem 321. maddesinin, hem de genel olarak soyadı ile ilgili bütün maddelerinin evlilik, boşanma ve vela-

* İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

yet hakkı dikkate alınarak bir bütün olarak değerlendirilip düzenlenmesi gerekirken, bugüne kadar yasakoyucu tarafından böyle bir girişimde bulunulmamıştır.

Aile konutu ile ilgili birçok başvuruda da icra hukukundaki düzenlemelerin uygulanması ile aile hukukunda bir güvence olarak düzenlenen aile konutunun farklı uygulamalar nedeniyle kabul ediliş amaç ve işlevine aykırı şekilde yorumlandığı ve uygulandığı görülmektedir. Verilen ihlal kararlarının icrasının ancak bu iki temel kanundaki normların uyumlulaştırılması yoluyla mümkün olduğu görülmektedir.

Tebliğde AYM'nin evli kadınların soyadı, boşanma sonrası velayeti anneye verilmiş çocukların soyadı ve aile konutuna ilişkin kararları incelenecek, kararların gerekçeleri ve verilen kararların icralarının hukukta tutarlı sonuçlar doğurabilecek şekilde nasıl sağlanması gerektiği tartışılacaktır. Bu tartışmanın ana argümanı, bireysel başvuru hakkının objektif ve sübjektif etkisinin birbirinden ayrılamayacağı, bireysel başvuru hakkının etkili bir başvuru yolu olarak kabul edilebilmesi için her iki işlevin de devletin bütün organları tarafından dikkate alınmasının zorunlu olduğudur. Tebliğde bu doğrultuda hem yasama organına yönelik düzenleme önerileri getirilecek, hem de yargı organlarının bireysel başvuru kararlarının gerekçelerini dikkate alarak, somut norm denetimi yolunu nasıl daha etkili şekilde kullanabilecekleri konusunda görüş belirtilecektir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Evli Kadınların Soyadı, Boşanma Sonrası Çocukların Soyadı, Aile Konutu, Anayasa Mahkemesi Kararlarının İcrası

The Problem of Internal Harmonization of Constitutional Court's (CC) Decisions and Its Effect on Family Law: Analysis of CC Decisions on Surname and Family Housing

Prof. Dr. Ece Göztepe*

At the end of eight years, individual application remedy to the Constitutional Court that can be challenged against final judicial decisions since September 23, 2012, with the number of decisions approaching nine thousand constitutes the main workload of the Constitutional Court. When considering the ratio of decisions with a finding of at least one violation of a right to the total number of decisions (4661/8746), decisions of violation seem to be quite high compared with Germany from sample countries. It is clear that the enforcement of violation decisions only by judicial bodies cannot be carried out through retrial. It is increasingly stated by the Constitutional Court that many violations caused by the unconstitutionality of the laws applied to the concrete cases, not only stemming from the judicial organs' interpretation of norms contrary to the fundamental rights and freedoms. One of the first examples of such decisions is the decision of the CC on the surname of married women regulated in Article 187 of the Civil Code. Although the CC made its decision based on the thesis of "implied abrogation" based upon the article 16 (1) g of CEDAW, in practice, the legal regulations necessary for the enforcement of these decisions of violation have not been made by the legislator yet.

In the same way, after the Constitutional Court's decision, which found the rejection of the request of the child under the custody of mother is to use the mother's surname contrary to the right to respect for family life, both article 321 of the Civil Code and all articles related

* İhsan Doğramacı Bilkent University Faculty of Law Constitutional Law Department

to the surname in general, considering the right of marriage, divorce and custody, to be evaluated and regulated as a whole. While this is necessary, no such attempt has been made by the legislator to date.

Since matrimonial/family house have been enshrined in family law as an assurance indemnity, application of the enforcement law regime to the cases related to the matrimonial house and discordant implementations shall be considered in a way that is contrary to the acceptance, purpose and function of this guarantee in the family law. It is found appropriate that the only way for the enforcement of the decisions of violation is harmonization and alignment of the legal norms which are enshrined in these two fundamental laws.

In this paper, the Turkish Constitutional Court's decisions on the problem of surname for married women, the surname of children under the custody of mother after divorce, justifications and reasons of abovementioned decisions and finally how it is possible to ensure the enforcement of given decisions to provide uniform and consistent implementation will be analyzed. The main argument in this discussion that it shall not be possible to tell apart the objective and subjective impact of the individual application. In order to render the right to the individual application as an effective remedy, all governmental bodies shall take these two impacts of the individual application into consideration by necessity. In this paper, new regulations will be brought forward a proposal as to be recommendation intended for the legislative organ, as well as how the judicial organs shall utilize concrete norm control by taking account of reasons of decisions will be delivered as an opinion.

Keywords: Individual Application to the Constitutional Court, Surname of Married Women, Surname of Children After Divorce, Matrimonial/Family House, Enforcement of the Turkish Constituional Court Decisions

Bir Kişilik Değeri Olarak Aile Yaşamına Saygı Hakkı ve Anayasal Temelleri

Doç. Dr. Murat Topuz*

Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre saygı, değeri, üstünlüğü, yaşlılığı, yararlılığı, kutsallığı dolayısıyla bir kimseye, bir şeye karşı dikkatli, özenli, ölçülü davranmaya sebep olan sevgi duygusu, hürmet, ihtiram demektir. Ayrıca, başkalarını rahatsız etmekten çekinme duygusu olarak da zikredilmektedir. Bir şeye veya kimseye saygı hissi besleniyorsa ona saygı duyuluyor demektir. Aile, toplumun çekirdeğidir. Aile yaşamın her evresinde hayat boyu devam eden bir ilişki olarak kabul edilmektedir. Aile toplumun devamlılığı için vazgeçilmez bir öneme sahiptir. Aile yaşamına saygı hakkı, mevcut bir aile yaşamının korunması ile ilgilidir. Bu hak açıkça Anayasa m. 20/1 de düzenlenmiştir. Buna göre, herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Bu düzenleme AİHS m.8'deki aile yaşamının gizliliğine dokunulmaması hakkının karşılığıdır. Aile yaşamına saygı hakkı Anayasa'da "özel hayatın gizliliği" başlığı altında incelenmiştir. Anayasa'nın 41. Maddesi de ailenin korunmasını düzenlemiştir. Buna göre, "*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar…*". Aile yaşamı kapsamında saygı gösterilmesi gereken hususular, eşler arasındaki ilişkiler, çocukla ebeveyn arasındaki ilişkiler, soybağı, velayet, soyadı, miras hakkı, hısımlar arasındaki ilişkileri, üreme, evlat edinme gibi hususları kapsamaktadır. Aile den kasıt hem geniş aile hem de dar aile yaşamını kapsamaktadır. Aile yaşamına saygı hakkının, koruyucu ebeveynler ve baktıkları çocuklar arasındaki ilişkileri, henüz

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

evli olmayan taraflar arasındaki ilişkileri, homoseksüeller ve partnerleri arasındaki, çocuklu olsun veya olmasın ilişkileri, Özel hayat, bir evcil hayvan ve sahibi arasındaki ilişkiyi kapsamadığı belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesi aile yaşamındaki temel ilişkinin kadın ve erkek arasındaki ilişkisi ile ebeveyn ve çocuk ilişkisi olduğuna dikkat çekmiştir. Aile ilişkisi gerçek kişiler için doğumdan itibaren başlar ve koruma altına alınır. Aile hukukunda ilişki tipleri sınırlı sayıdadır. Kurallar çoğunlukla emredicidir. Ailede zayıflar ve çocuklar korunur. Aile ilişkilerine devlet müdahalesi üst seviyededir. Aile hukukunda şekilcilik hakimdir. Yine aile hukukunda hakime geniş takdir yetkisi verilmiştir. Aile yaşamına saygı hakkı aynı zamanda ailenin ekonomik bütünlüğünü de kapsamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Özel Yaşamın Gizliliği, Ailenin Korunması, Kişilik Hakkı, Kişilik Değeri

The Right to Respect For Family Life As a Personal Value and Its Constitutional Foundations

Assoc. Prof. Dr. Murat Topuz*

According to the dictionary of the Turkish Language Association, respect means a feeling of love, respect and compassion, which causes a person to behave attentively, meticulously and measuredly towards something, because of its value, superiority, old age, usefulness and sacredness. It is also referred to as the feeling of being afraid of disturbing others. If there is a feeling of respect for something or someone, it means that it is respected. Family is the core of society. Family is regarded as a lifelong relationship at every stage of life. The family is indispensable for the continuity of society. The right to respect for family life is about the protection of an existing family life. This right is clearly stated in art.20/1 of the Turkish Constitution. Accordingly, everyone has the right to demand respect for their private and family life. The confidentiality of private and family life is unviolable. This regulation is the equivalent of the right not to touch the privacy of family life in art. 8 of the ECHR. The right to respect for family life has been examined under the heading "privacy of private life" in the Constitution. Article 41 of the Constitution also regulates the protection of the family. According to this provision, "*Family is the foundation of Turkish society and it is based on equality between spouses. The state takes the necessary measures and establishes the organization to ensure the peace and welfare of the family, especially the protection of the mother and children, and the education and implementation of family planning… ".* Matters that should be respected within the scope of family life include the relations between spouses, relations between the child and the parent, paternity, custody, surname, right of inheritance, relations between relatives, reproduction, adoption. Family refers to both extended family and narrow family life. It is stated that, the right

* Marmara University Faculty of Law Civil Law Department

to respect for family life does not include relationships between custodial parents and children they care for, relationships between unmarried parties, relationships between homosexuals and their partners, with or without children, private life, and the relationship between a pet and its owner. The Constitutional Court remarked that the main relationship in family life is the relationship between men and women and the relationship between parents and children. Family relationship starts from birth for natural persons and is taken under protection. Relationship types are numerus clauses in family law. Rules are mostly mandatory. Weak people and the children are protected in family. State intervention in family relations is at a high level. Formalism is dominant in family law. Wide discretion is given to the judge in family law. The right to respect for family life also includes the economic integrity of the family.

Keywords: Right to Respect for Family Life, Privacy of Private Life, Protection of Family, Personal Right, Personal Value

Türk-Alman Hukukunda Sözleşme Özgürlüğüne Yasa ile Yapılan Müdahalenin Anayasal Sınırları Berlin Eyalet Meclisinin 2019 Tarihli "Mietendeckel (Kira Tavanı)" Yasasının Düşündürdükleri

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Mert Duygun*

Tarafların özgür iradeyle kurdukları tipik bir borçlar hukuku sözleşmesi olan kira sözleşmesi, 1982 Anayasasının 48. maddesinde düzenlenen sözleşme özgürlüğünün koruma alanında yer almaktadır. Kimsenin kendi menfaatine aykırı bir sözleşme yapmayacağı yönündeki liberal düşünce doğrultusunda ilk bakışta sınırsız addedilen ve anayasal olarak da sınırlama kaydı içermeyen bir hak olarak düzenlenmiş olan sözleşme özgürlüğü, ancak anayasada düzenlenmiş diğer haklar ve anayasal değerler ile sınırlandırılabilecektir. Bu noktada kira sözleşmesinde ödenecek kira bedeline dair sınırlamalar Anayasa Mahkemesi'nin(AYM) kuruluşundan bu yana tartışma konusu olmuştur. 6570 Sayılı "Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun" kira ücretlerindeki artışını donduran hükümleri 1963 senesinde mülkiyet hakkının özüne dokunduğu gerekçesiyle AYM tarafından iptal edilmiştir. Bu iptalin ardından kira bedeline ilişkin artışlar uzun zaman yüksek yargı kararları ile sınırlandırılmış; nihayet 2000 senesinde 6570 sayılı "Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun"a 4531 sayılı Yasa'yla eklenen Geçici 7. madde ile gerek Türk parası gerekse yabancı parayla yapılan kira sözleşmelerinde kira bedeline yapılacak artış konusunda taraf iradelerine çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Bu düzenleme anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle somut norm denetimi ile 2000

* İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

senesinde AYM tarafından görüşülmüş ve anayasaya uygun bulunmuştur. Ancak Mahkeme'nin kararı, bu konudaki tartışmayı sonlandırmamıştır.

Kira bedellerinin arttırılmasının yasa koyucu tarafından geçici bir süre yasaklanması ise, COVID-19 pandemisinin doğurduğu ekonomik sorunlar doğrultusunda gündeme gelse de yasa koyucu şu ana değin bu konuda özel bir düzenleme yapma eğiliminde olmamıştır.

Türk hukukunda yapılan bu tartışmaların bir benzeri artan nüfusa paralel biçimde konut ihtiyacının karşılanamadığı; dolayısıyla fahiş kira artışlarının yaşandığı Almanya'da gözlenmektedir. Bu durumun yol açtığı barınma sorununu çözmek için federal düzenlemelerin yetersiz kaldığını düşünen federe parlamentolar ve halk insiyatifleri, kanun yolu ile belirli bir dönem için kira bedelinde zam yapılmasını yasaklamak istemişlerdir. Nitekim Bavyera eyaletinde halk girişimi yoluyla 35.000 yurttaşın imzasını taşıyan kanun teklifi, Bavyera Anayasa Mahkemesi tarafından, kira hukukunun federal yasakoyucunun yetkisinde bir husus olması gerekçesiyle iptal edilmiştir. Buna karşın barınma sorununun en yoğun yaşandığı eyalet olan Berlin'de ise kira hukukuna ilişkin düzenleme yapma yetkisinin kendisinde olduğunu savunan federe meclis(*Abgeordnetenhaus*) "Kira Tavanı(*Mietendeckel*)" olarak bilinen kanun ile 18 Haziran 2019 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 5 yıl süre ile hiçbir kira sözleşmesinde artış yapılamayacağını düzenlemiştir. Bu yönüyle kanun, federal-federe hukuk çatışmasının ötesinde sözleşme özgürlüğünü orantısız biçimde sınırladığı ve mülkiyet hakkının özüne dokunduğu gerekçeleriyle anayasaya aykırılık iddialarına konu olmuş ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin sözleşme özgürlüğüne dair geçmiş içtihadı ışığında yoğun bir bilimsel tartışmaya yol açmıştır.

Bu tebliğde yukarıda belirtilen anayasal uyuşmazlıklar doğrultusunda yasakoyucunun kira sözleşmesi özelinde sözleşme özgürlüğüne yapacağı müdahalenin anayasal meşruluğu ne ölçüde haiz olduğu Türk-Alman hukukundaki bilimsel görüşler dikkate alınarak ortaya konacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme Özgürlüğü, Mülkiyet Hakkı, Kira Bedeli, Kamu Yararı, Orantılılık

The Constitutional Limits on Statutory Intervention in Freedom of Contract in Turkish-German Law Thoughts on the Law of the Berlin State Assembly on Rental Fee Upper Limit (Ceiling) ("Mietendeckel") in 2019

Asst. Prof. Dr. Ahmet Mert Duygun*

The rental agreement which is a typical agreement of the Law of Obligation established by the free wills of the parties , is included in the protection area of freedom of contract in Art. 48 of the Turkish Constitution. Freedom of contract is assumed as an unlimited fundamental right at first sight in the light of the liberal doctrine which pretended that nobody will sign a contract that contrary to own benefits and is constitutionally enshrined as a right that does not contain any restrictions. Yet, the freedom of contract can be restricted for the protection of the other fundamental rights or constitutional values. At this point, the restrictions on the hire purchase to be paid have been discussed since the establishment of the Turkish Constitutional Court (TCC). The temporary provisions of "Law No 6570 on the Real Estate Hiring" that freezed the increase in hire purchase were annulled by the TCC on the grounds that it infringed the essence of the right to property. After this annulment, the increase in the hire purchase has been limited for a long time by the higher judicial decisions. Finally, in 2000, several restrictions on the will of the parties regarding the increase in both Turkish and foreign currency rental agreement were made through the temporary Art. 7 of Law No. 4531 which added to the "Law No 6570 on the Real Estate Hiring". TCC discussed this regulation in 2000 with the claim that it was unconstitutional and decided that it was appropriate to the constitution. Nevertheless, the discussions on the hire purchase have been not ended with this decision.

* İzmir Bakırçay University Faculty of Law Constitutional Law Department

In the period of the COVID-19 pandemic, the freezing of rental prices is advised due to economic problems, though the parliament did not act to enact a special regulation.

Similar discussions have occurred in Germany where the demand for housing cannot be responded to in parallel with the increasing population and the hire purchases are constantly increasing. To solve, this problem, state parliaments and popular initiatives, who think that the federal law cannot cope with this problem, requested to freeze the rental prices through the laws for a certain period. In Bavaria, the Bavarian Constitutional Court has stopped the referendum against rent increases, which has signed by 35.000 citizens. Bavarian Court has found the draft law incompatible with federal law because the state legislature lacks legislative competence for the rent law. On the contrary, Berliner Abgeordnetenhaus (House of Representatives) has enacted a law which is called as "Rent Cap" and has been introduced on 5 November 2019, that stipulates to freeze rents for 5 years in Berlin, where the housing problems has influenced then every other city in Germany. Beyond the legal problems about federal law- state law incompatibility, this law has claimed unconstitutional because it violates the freedom of contract and infringes the essence of the right to property. Therefore, this law discussed in the light of the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court concerning freedom of contract.

In this paper, we will discuss in the light of recent constitutional problems and the legal opinions in Turkish-German law whether the interference to the freedom of contract has a constitutional legitimation.

Keywords: Freedom of Contract, Right to Property, Hire Purchase, Public Interest, Proportionality

Anayasa Mahkemesinin 20.07.2017 Tarih ve 2014/1826 Nolu Bireysel Başvuru Kararının Çocuğun Soyadının Değiştirilmesi Talebinin Hukukî Niteliği Bakımından Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Sabah Altay*

4721 sayılı Türk Medenî Kanununun (kısaca TMK.) 321. maddesi, evlilik içinde doğan çocuğun ailenin soyadını alacağını düzenlemekte olup, TMK. 187 hükmü uyarınca da aile soyadı kocanın soyadı olduğundan, çocuğun evlilik içi doğumla babasının soyadını alacağı emredici olarak düzenlenmektedir. Bu husus Türk Medeni Kanununda soybağının velayete bağlı olmayan hükümleri arasında düzenlenmektedir. Ne var ki, evlilik devam ederken babadan TMK. 348'de düzenlenen sebeplerden biriyle velayet kaldırılmış ve bu hak sadece anne tarafından kullanılmakta olsa, özellikle baba evliliğin resmi olarak devam etmesine rağmen ailesiyle, soyadını taşımakta olan çocuğu ile TMK.348/2'de belirtildiği gibi hiç ilgilenmese dahi çocuğun babanın soyadını taşımaya devam edeceğinden şüphe edilmezken (ancak TMK.27 uyarınca bir değişiklik yapılıp yapılamayacağı akla gelebilir) konu ana ve babanın boşanması ve velayetin anaya verilmesi halinde yapılan çocuğun soyadının değiştirilmesi talepli davalarda, Anayasa Mahkemesinin hak ihlâli kararlarından sonra farklı bir boyuta taşınmıştır. Şöyle ki;

Yargıtay önceleri, boşanan ve velayet hakkına sahip olan annenin çocuğu ile aynı soyadı taşıması amacıyla çocuğun soyadının değiştirilmesine ve annesinin soyadını taşımasına yönelik talebi karşısında, annenin velayet hakkına bağlı olarak çocuğun soyadının değiştirilmesi taleplerini TMK. 321'in emredici hükmü ve bu düzenlemenin evliliğin devam

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

etmesi ve velayet hakkı ile ilgisi olmadığı gerekçesiyle -Medeni Kanun hükümleri çerçevesinde bakıldığında isabetli olarak- reddetmekteydi. Ne var ki, Soyadı Kanununun m. 4/f.2 hükmünün Anayasa Mahkemesi'nin 8.12.2011 tarih, 2010/119E. ve 2011/165 K. sayılı kararıyla iptal edilmesinden sonra, boşanma sonrası velayeti anneye verilen çocuğun soyadı hakkında çocuğun soyadının değiştirilmesi talepli davalarda gerek yerel mahkemelerin gerekse Yargıtay'ın red taleplerini Anayasa Mahkemesi, 25.06.2015 tarih, 2013/3434 nolu, 11.11.2015 tarih ve 2013/980 nolu ve 20.07.2017 tarih ve 2014/1826 nolu kararlarında, sözkonusu talebin velayet hakkı ve aile hayatına saygı kapsamında ele alınması gereken bir değer olduğunu, velayet hakkının kapsamına çocuğun soyadını belirleme hakkının da girdiğini belirterek Anayasa m.20 ile birlikte değerlendirilen 10. Maddedeki ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirmiş ve hak ihlâli karar vermiştir. Bunun üzerine Yargıtay Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2020/2674 K. 2020/3825 T. 16.9.2020 kararında 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Ek 7 numaralı protokolde belirtilen, eşlerin evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden sonra kendi aralarında ve çocukla olan özel hukuk ilişkilerinde hak ve sorumluluklar bakımından eşit olduğuna dair düzenlemeyi de dikkate alarak, fakat ancak çocuğun üstün menfaatinin gerektirdiği hallerde çocuğun soyadında değişiklik yapılabileceğine hükmetmiştir. Tebliğimizde bir yandan boşanma sonrası velayeti anneye verilen çocuğun soyadının değiştirilmesi talebini içeren davalarda verilen kararların gelişim süreci ve mevcut hukukî durum incelenecek, bir yandan da konunun esasen velayet hakkının verdiği yetkilerde eşitlik ve çocuğun soyadını belirleme hakkı kapsamında değerlendirilmesinin hukuken isabetli olup olmadığı, özellikle soyadının çocuğa ait bir kişilik değeri olduğu dikkate alınarak incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Çocuğun Soyadı, Boşanma, Velayet, Üstün Menfaat, Eşitlik

Assessment of the Constitutional Court's Individual Application Decision Dated 20.07.2017 and No: 2014/1826 from the Point of the Legal Character of Judicial Demand for Changing the Surname of the Child

Asst. Prof. Dr. Sabah Altay*

According to the Article 321 of Turkish Civil Code No. 4721 (briefly TCC), a child who is born in marriage of his/her parents bears the surname of the family. Since the Article 187 of the TCC describes the family name as the surname of the husband, it is mandatory for the child to bear the surname of his/her father, if he/she is born while his/her parents are married. This matter is regulated in the TCC under the provisions of non-custodial of paternity. Substantially the outcome which sets the surname of the child to be the father's surname, does not change even if the parents are divorced and the custody of the child is given to the mother. But the Constitutional Court carried the matter to a wider perspective by deciding on violation of rights regarding the cases that the custody holder mother requested to change the common child's surname. As will be explained;

The Supreme Court used to reject the demands of the custody holder mother to change the common child's surname to her surname on the grounds of not finding a relation between the mandatory provision of Article 321 of the TCC, the divorce and the right of custody. However, by its decision on 08.12.2011 numbered 2010/119E., 2011/165K. the Constitutional Court abrogated the 2nd paragraph of Article 4 of the Surname Act, which resulted in the reassessment of its' common sentiment. The Constitutional Court assessed the rejections of both

* Marmara University Faculty of Law Civil Law Department

the Supreme and the Domestic Court's in its decisions: on 25.06.2015 numbered as 2013/3434, on 11.11.2015 numbered as 2013/980 and on 20.07.17 numbered as 2014/1826 and drew to the conclusion that the request to change the child's surname should be approached within the scope of right of custody and the right to family life. In these decisions it is also appointed that, determining the child's surname falls in the extent of the right of custody which requires the matter to be taken into joint consideration of Article 20 and the Article 10 of the Turkish Constitution in respect of the prohibition of discrimination. This comprehensive assessment led the Constitutional Court to rule in violation of rights in the aforementioned decisions.

Thereupon, on 16.09.2020 the 2nd Chamber of Supreme Court in its' decision (numbered as E.2020/2674 K.2020/3825) reckoned the regulation in the Protocol 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which is signed on 14th of March 1985, that suggests the personal relationship between the parents and the common child creates equal rights and responsibilities for both mother and father during or after the end of marriage yet ruled that "It is only possible to change the surname of the child if the superior interest of the child necessitates the change". In this paper, at first the development process and the current legal status of the decisions, given upon the requests of the custody holder mother to change the common child's surname to her surname, will be examined. On the one hand, the development process and the current legal situation of the decisions made in cases involving the request to change the surname of the child given to the mother after divorce will be examined, and on the other hand, it will be examined considering whether it is legally appropriate to evaluate the issue within the scope of equality in the powers granted by the right of custody and the right to determine the surname ofthe child, especially considering that the surname belongs to the child.

Keywords: Child's Last Name, Divorce, Custody, Superior Interest, Equality

Yargıtay'ın 15.10.2020 Tarihli Kararı Üzerine: Annenin Yeniden Evlenmesi Anayasa Mahkemesi'nin Çocuğun Soyadına İlişkin Kararlarının Uygulanmaması İçin Bir Neden Olabilir mi?

Dr. Öğr. Üyesi Gökçe Kurtulan Güner*

2004 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu *Ünal Tekeli* davasıyla[1] birlikte pozitif hukukumuzda erkek eşin soyadıyla özdeşleştirilen aile soyadı kavramına ilişkin tartışmanın kapısı aralanmış, takip eden yıllarda bu tartışma çocuğun soyadına etkisi bakımından ayrı bir boyuta taşınmıştır. Bu tartışmada Anayasa Mahkemesi'nin özellikle son 10 yılda gelişen içtihadının rolü büyüktür. Mahkeme, somut norm denetimi neticesinde 2011 yılında verdiği bir kararla 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.*" hükmünün Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerinde yer verilen ilkelere aykırılık nedeniyle iptaline hükmetmiştir.[2] Ardından, bu sefer bir bireysel başvuru sonucunda verdiği kararla, evlilik içinde doğmuş, bu nedenle babanın soyadını taşıyan çocuğun soyadının, evliliğin boşanmayla sona ermesi ve velayetin anneye bırakılması hâlinde, annenin soyadıyla aynı olacak şekilde değiştirilmesini, Anayasa'nın 20.

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 4. Daire, Ünal Tekeli v Türkiye Davası (Başvuru No: 29865/96). Karar Tarihi: 16 Kasım 2004.

2 Anayasa Mahkemesi, E. 2010/119, K. 2011/165, T. 8.12.2011 (Resmî Gazete Sayısı: 28204, Tarih: 14.02.2012)

maddesinde düzenlenen aile yaşamına saygı hakkı bağlamında kabul etmiştir.[3]

Bu tebliğde amaçlanan, yukarıda kısaca çizilmeye çalışılan hukuki çerçeve kapsamında ve karşılaştırmalı hukuk verileri de dikkate alınarak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 15.10.2020 tarihinde verdiği kararın eleştirel bir bakış açısıyla incelenmesidir.[4] Davaya konu olan uyuşmazlıkta, tıpkı yukarıda bahsi geçen bireysel başvuru kararında olduğu gibi, evlilik içinde doğmuş çocuğun soyadının, evliliğin boşanmayla sona ermesi ve velayetin anneye verilmesi sonucunda annenin soyadıyla aynı olacak şekilde değiştirilmesi talep edilmiştir. İki olay arasındaki tek fark, Yargıtay kararına konu olan uyuşmazlıkta annenin boşanmadan sonra ikinci bir evlilik yapması ve yeni eşinin soyadını almış olmasıdır. Annenin evlenmeden önceki soyadını değil, yeni eşinin soyadını kullanması Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa m. 153/son uyarınca yargı organı açısından da bağlayıcı olan içtihadını uygulamamasına neden olmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde ve Yargıtay'ın da kabul ettiği üzere çocuğun üstün yararı ilkesine dayanarak bir çözüme kavuşturduğu bu yöndeki uyuşmazlıkların, velayet hakkı sahibi annenin evlenmeden önceki soyadını kullanıp kullanmadığı olgusuna bağlı olarak farklı yönlerde sonuçlara varması üzerinde tartışılması gereken bir konudur. Bu tebliğde Yargıtay'ın ilgili kararının yerindeliği ve Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan içtihadında ortaya konulan ilkeleri ihlal edip etmediği değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Eşitlik İlkesi, Aile Hayatına Saygı, Çocuğun Soyadı, Velayet Hakkı, Annenin Evlenmeden Önceki Soyadı

[3] Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru No: 2013/3434, T. 25.6.2015 (Resmî Gazete Sayısı: 29490, Tarih: 2.10.2015)

[4] Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2020/565, K. 2020/4810, T. 15.10.2020.

On the Decision of the Court of Cassation of 15.10.2020: Could the Remarriage of the Mother Constitute a Reason for the Non-Application of the Constitutional Court's Decisions Regarding the Child's Surname?

Asst. Prof. Dr. Gökçe Kurtulan Güner*

The discussion concerning the concept of family surname, which is identical to the surname of the male spouse in our positive law, has been triggered following the *Ünal Tekeli* decision of European Court of Human Rights back in 2004.[5] The Constitutional Court's case law of particularly the last decade has an important role in this discussion. In 2011, the Court has decided on the annulment of the second paragraph of Article 4 of Law on Surname (Law no: 2525) which reads as follows: *"In cases of annulment of marriage or divorce, the child takes the surname chosen by the father even if the mother is given custody."* on the ground that it violates the constitutional principles embodied in Articles 10 and 41 of the Constitution.[6] Following this, the Court has, this time upon an individual application, affirmed that the mother, who has the right of custody, may demand for the change of the surname of the child following a divorce in order to be identical with her own surname in light of the right to family life, embodied in Article 20 of the Constitution.[7]

* İstanbul Bilgi University Faculty of Law Civil Law Department

5 European Court of Human Rights, 4th Chamber, Ünal Tekeli v Turkey (Application No: 29865/96). Date of Decision: 16 November 2004

6 Constitutional Court, E. 2010/119, K. 2011/165, Date of Decision: 8.12.2011 (Official Gazette No: 28204, 14 February 2012)

7 Constitutional Court, Individual Application No: 2013/3434, Date of Decision: 25.6.2015 (Official Gazette No: 29490, 2 October 2015)

In this presentation, the aim is to critically evaluate a recent decision given by the Second Chamber of the Court of Cassation on 15.10.2020 within the legal frame briefly drawn above and in accordance with the outcome of comparative legal research.[8] The matter of dispute in this decision is also whether a divorced mother, who has the right of custody of her child may demand for the change of the latter's surname in accordance with hers. The only different fact is that the mother has remarried and taken the surname of her second husband. The fact that the mother uses not her surname before marriage, but the surname of her second husband has caused the Second Chamber not to apply the case law of the Constitutional Court, which is in principle binding upon the judiciary in light of Article 153 of the Constitution.

It is worth initiating a discussion on the presence of opposing results in highly similar cases, which are solved by the Constitutional Court in light of the principle of freedom for family life and the principle of the supremacy of the child's interest, as also acknowledged by the Court of Cassation. In this presentation, the main attempt will be to evaluate the legitimacy of the decision given by the Court of Cassation and to discuss whether it violates the principles laid down in the case law of the Constitutional Court.

Keywords: Principle of Equality, Respect of the Family Life, Surname of the Child, Right of Custody, Birth Name of the Mother

[8] Court of Cassation, 2nd Chamber, E. 2020/565, K. 2020/4810, Date of Decision: 15.10.2020.

5. OTURUM / SESSION 5

Kooperatif Ortaklığın Tacir Sayılıp Sayılamayacağı

Prof. Dr. Murat Alışkan*

Tüzel kişiliğe sahip bulunan kooperatif, ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini, özellikle de meslek ve geçimlerine ait ihtiyaçlarını iş gücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak için gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan, değişir ortaklı ve değişir sermayeli "ortaklık"tır (Koop.K. m. 1). Tanımdaki "ortaklık" ibaresi, 2004 yılında 5146 sayılı Kanun ile getirilmiş olup, bu değişiklikten önce kooperatif "teşekkül" olarak nitelendirilmekte idi. Öte yandan, eTTK."da (m. 137) olduğu üzere TTK."da da (m. 124/no.1) Kooperatif, ticaret şirketleri arasında sayılmaktadır ve ticaret şirketleri tacirdir (eTTK. m. 18/f.1, TTK. m. 16/no.1).

Fakat öteden beri, kooperatifin tacir sıfatına sahip olup olmadığı öğretide tartışmalı olduğu gibi, Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. Yargı kararlarına öğretiden daha çok konu olmuştur ve bugün de bu durum devam etmektedir. Kooperatif türlerinden, belki uygulamadaki yaygınlığı sebebiyle çoğunlukla yapı kooperatiflerinin söz konusu uyuşmazlıkların tarafı olduğunu da belirtelim. Bu kararlardaki hukuki sorunların; görevli mahkemenin tayini bakımından kooperatifin taraf olduğu uyuşmazlıkların nisbî ticari dava niteliği taşıyıp taşımadığı, kooperatifin cezaî şartın indirilmesini talep edip edemeyeceği ile kooperatiften ticari borçlara uygulanan oran üzerinde temerrüt faizi istenip istenemeyeceği hususlarında yoğunlaştığı görülmektedir.

Bugün öğretide, yukarıda belirttiğimiz hükümler karşısında çoğunlukla kooperatifin tacir olduğu kabul edilmekle birlikte, başta amaç

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

olmak üzere ticaret şirketlerinden temel niteliklerindeki büyük farklar nedeniyle kooperatif hakkında tacir olmanın sonuçlarının, en azından doğrudan uygulanmasına yönelik tereddütler dile getirilmektedir. Bazı Yargıtay Daireleri ise, yine, kooperatifin sosyal yönü ağır basan kendine özgü bir ortaklık (şirket) olduğu, tacir sayılamayacağı yönünde kararlar vermektedir.

Anayasa m. 171'de, Devletin, milli ekonominin yararlarını dikkate alarak, öncelikle üretimin artırılmasını ve tüketicinin korunmasını amaçlayan kooperatifçiliğin gelişimini sağlayacak tedbirleri alacağı hükmü yer almaktadır.

İşte bu tebliğde, özellikle Anayasadaki bu hüküm de göz önünde bulundurulmak suretiyle kooperatifin tacir sayılamayacağı, dolayısıyla tacir olmaya bağlanan yükümlülüklere tabi tutulamayacağı, gerekçeli olarak ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kooperatif, Ortaklık, Ticaret Şirketi, Tacir, Ticari Dava

(Thoughts On) Whether the Cooperative is Qualified as a Merchant

Prof. Dr. Murat Alışkan*

The cooperative, possessing a legal personality, is a company with variable members and variable capital, founded by natural and legal entities, to ensure and maintain certain economic interests of its partners, especially their professional needs and personal upkeep with workforce and monetary contributions by means of mutual assistance, solidarity and guarantee (Cooperatives Act Art. 1). The term "company" used in the definition has been introduced in 2004, by the Law numbered 5146 and a cooperative was priorly qualified as an enterprise. Moreover, cooperatives are regarded among the commercial companies in Art. 124/1 of the Turkish Commercial Code, as they also were in Art. 137 of the former Turkish Commercial Code, and commercial companies are deemed as merchants (former TCC Art. 18/1, TCC Art. 16/1).

The question of whether the cooperative is a merchant is long disputed among scholars and is also treated in Court of Cassation decisions. More often in court decisions than in scholarly writings, even today the problem remains the same. We should note that among various types of cooperatives the disputes usually concern a building cooperative, probably due to their frequent use in practice. It is seen that the legal questions arisen in such disputes concentrate on whether the litigation which the cooperative is a party thereof shall be qualified as a relative commercial case with reference to competent court, whether the cooperative may demand the reduction of a contractual penalty, and whether the cooperative can be subject to default interest payment with an interest rate applicable to commercial debts.

* Marmara University Faculty of Law Commercial Law Department

Mostly acknowledging that in light of the above-mentioned provisions the cooperative is a merchant, scholars also express their concern on the carrying out, at least directly, the results of being a merchant because of the huge differences from commercial companies on essential features, particularly on their purpose. Some chambers of the Court of Cassation rule that the cooperative is a *sui generis* corporation (company) with a more dominant social aspect, that it cannot be deemed as merchant.

Article 171 of the Constitution states that the State shall take measures, considering the national economic interests, to ensure the development of cooperativism, which aims the increase in production and the protection of consumers.

This paper aims to prove by taking the said provision of the Constitution into consideration, that the cooperative cannot be deemed as merchant, and therefore may not be subject to the obligations attached to being one.

Keywords: Cooperative, Partnership, Commercial Company, Merchant, Commercial Case

Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuatta Anayasa'ya Aykırı Olduğu Düşünülen Bazı Hükümler Üzerine Düşünceler

Dr. Öğr. Üyesi Tamer Bozkurt*

Özel hukuku ilgilendiren pek çok yasal düzenlemede; hukuk devleti, eşitlik ilkesi, mülkiyet hakkı, suç ve cezaların kanuniliği, kimsenin sözleşmeye aykırı davranışından dolayı hürriyetinden mahrum bırakılamayacağı, sözleşme ve teşebbüs hürriyeti konuları ile yakından bağlantılı pek çok hüküm bulunmaktadır.

Bu yöndeki ilk hüküm, TTK'nın 348. maddesindeki "kurucu intifa senetleri" ile ilgilidir. Hükmün 2. fıkrasına göre "*bu Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra kurulan anonim şirketler, pay senetlerini halka arz etmeden önce kurucu intifa senetlerini, herhangi bir bedel ödemeden iptal ederler; aksi hâlde intifa senetleri kendiliğinden geçersiz sayılır*. TTK'nın yürürlüğe girmesinden sonra, payların halka arzından önce intifa senetlerini iptal etmeleri, aksi takdirde bunların geçersiz olacağının belirtilmesi, mülkiyet hakkı ile çatışır niteliktedir.

Konu ile ilgili ikinci düzenleme, TTK m. 478/4'teki "imtiyazlı paylarla" ilgili hükümdür. Hükme göre "*sermayesinin yarısından fazlası tek başına veya birlikte; Devlet, il özel idaresi, belediye ve diğer kamu tüzel kişileri, sendikalar, dernekler, vakıflar, kooperatifler ve bunların üst kuruluşlarına ait anonim şirketlerde ve bu şirketlerin aynı oranda sermaye payına sahip oldukları iştiraklerinde; bunların sahip oldukları paylara tesis edilebilecek imtiyazlar hariç olmak üzere, diğer paylara, belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine, belirli pay gruplarına ve azlığa bu Kanunda düzenlenen*

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

herhangi bir imtiyaz tesis edilemez. Bu hüküm, payları borsada işlem gören anonim şirketlere, 5411 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde tanımlanan kredi kuruluşlarına ve finansal kuruluşlara uygulanmaz". Bu hüküm ise hem hukuk devleti, hem eşitlik ilkesi ile sorunludur. Hatta hükmün ilk kısmı ile bir "eşitsizlik" yaratıldıktan sonra, son cümle ile "eşitsizlik" içinde bir kez daha "eşitsizliğe" imza atılmıştır.

Bir diğer örnek ise 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 28. maddesidir. Hükme göre, "Kurulun belirlediği esaslar çerçevesinde, faaliyetlerinin makul ve zorunlu kıldığı hâller saklı kalmak kaydıyla, mevzuata uygun olarak hazırlanmış finansal tablolarına göre üst üste beş yıl dönem zararı eden halka açık ortaklıklarda, oy hakkına ve yönetim kurulunda temsil edilmeye ilişkin imtiyazlar Kurul kararı ile kalkar. *Söz konusu imtiyazlı payların kamu kurum ve kuruluşlarına ait olması hâlinde bu hüküm uygulanmaz.*". İlk sorun, bir anonim şirketin esas sözleşmesine "Kurul kararı", yani "idarî işlemle" nasıl müdahale edilebileceğidir? Sorun bunun "usulü"dür. Şirket sözleşmesinin bir hükmünün "idari işlemle" ortadan kaldırılmasına ilişkin böyle bir düzenleme irade özerkliğine aykırıdır. Ayrıca hükmün son cümlesindeki "istisna" da eşitlik ilkesi bakımından sorgulanması gereken bir ifadedir. Aynı şekilde SPKn. m. 83/4'teki düzenleme de mülkiyet hakkı ile çatışır niteliktedir.

Yine 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 29/1-ç bendi, sözleşme hürriyeti, Sigortacılık Kanunu'nun 13/4. maddesindeki hüküm de yasama yetkisinin devredilmezliği, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 83/4 hükmü ise (yatırımcı tazmin merkezi) mülkiyet hakkı bakımından tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Eşitlik İlkesi, Mülkiyet Hakkı, İntifa Senetleri, İmtiyazlı Paylar, Halka Açık Anonim Ortaklıklar

Opinions Upon Some Provisions at Turkish Commercial Code and Commercial Legislation Regarded as in Contradiction with Constitution

Asst. Prof. Dr. Tamer Bozkurt*

At several legal regulations concerning private law; there are plenty provisions closely related with rule of law, principle of equality, property right, legality of crimes and punishments, that no one can be deprived of his freedom due to his act in contradiction with contract, freedom of contract and of enterprise. We will try to discuss some regulations at some codes such as Turkish Commercial Code-TCC, Capital Market Law- CML, Intellectual Property Law- IPL that may be in contradiction with Constitution.

The first provision in this regard is related with "founder's redeemed shares" at Article 348 of TCC. According to second paragraph of this provision, "*Joint stock companies incorporated after the effective date of this law shall cancel redeemed shares before public offering without any payment. Otherwise, redeemed shares are invalid by themselves.*". Following TCC'S entry into force, the regulation upon the cancellation of redeemed shares prior to the public offering of the shares, otherwise that these will be invalid, is in contradiction with the right of property.

The second regulation with respect to the subject is the provision concerning "privileged shares" at Article 478/4 of TCC. This provision is in conflict with both rule of law and principle of equality. Moreover, after creating an "inequality" with the first part of the provision, with the last sentence another "inequality" within "inequality" has also been created.

* Selçuk University Faculty of Law Commercial Law Department

According to Article 28 of Capital Market Law numbered 6362, "*without prejudice to the circumstances where their activities render it reasonable and compulsory, in the framework of the principles determined by the Board, privileges concerning voting right and representation in the board of directors shall be removed by a decision of the Board in publicly-held corporations which have had losses consecutively for five years according to financial statements prepared in accordance with the legislation. In cases where the related privileged shares belong to public institutions and organizations, this provision shall not be applicable.*". First issue is how can the articles of association of a joint stock company be interfered with "Board decision", that is to say with an "administrative act"? Such a regulation with respect to the removal of a provision of company agreement with an "administrative act" is the violation of party autonomy. Besides the "exception" at the last sentence of the provision is also an expression required to be discussed as regards the principle of equality.

Another examples can be given from Intellectual Property Law numbered 6769, Art. 29 and 30; Insurance Law (law number 5684) Art. 13/4 (compulsory insurance) and Article 83/4 of Capital Market Law (Investor Compensation Center).

Keywords: Principle of Equality, Property Right, Redeemed Shares, Privileged Shares, Publicly Held Corporations

Ticari Nitelikteki Davalarda Durum ve Koşulların Değişmesi Nedeniyle İhtiyati Tedbire İlişkin Kararlara Karşı Kanun Yolu Mümkün mü?

Hakim Yusuf Demirci*

Ticari nitelikteki davalarda uygulamada oldukça sık bir şekilde tedbir talep edilmektedir. İhtiyati tedbire ilişkin olarak verilen ret kararından sonra durum ve koşulların değiştiğinden bahisle mahkemece verilen karara karşı kanun yoluna gidilip gidilemeyeceği öğretide ve yargı kararlarında tartışılmaktadır. Zira 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun durum ve koşulların değişmesi sebebiyle tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılmasını düzenleyen 396.maddesinde; "Durum ve koşulların değiştiği sabit olursa, talep üzerine ihtiyati tedbirin değiştirilmesine veya kaldırılmasına teminat aranmaksızın karar verilebilir./İtiraza ilişkin 394 üncü maddenin üçüncü ve dördüncü fıkrası, kıyas yoluyla uygulanır" düzenlemesi bulunmakta, maddede kanun yoluna başvuru imkanını düzenleyen 394. maddenin beşinci fıkrasına atıf yapılmadığı görülmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 396 maddesinin gerekçesinde ise; "İhtiyatî tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılmasını düzenleyen bu maddede de, yukarıda belirtilen iki maddedeki ortak yönler dikkate alınarak itiraza ilişkin benzer hükümlere ayrıca atıf yapılmıştır. Ancak, itiraz üzerine verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurulması hakkındaki fıkraya atıf yapılmamıştır. Zira, hâl ve şartların değişmesi, hukukî bir değerlendirmeden daha çok, maddî şartlarla yakından ilgili, nispeten sübjektif ve doğrudan mahkemenin takdirine bağlı bir husustur. Ayrıca, aynı yargılama süreci içinde, bir çok kez hâl ve şartlarda değişiklik olması

* Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 22. Hukuk Dairesi Üyesi

sebebiyle, tedbirde değişiklik yapılması veya kaldırılması, bu yönde talepte bulunulması ya da talebin reddi söz konusu olabilir. Her talepten sonra verilecek karar hakkında kanun yoluna başvurulması, ihtiyatî tedbirler için kanun yoluna başvurulmasında istenen amacı da sağlamayacaktır. Kanun yolunun açılmış olmasının amacı, ihtiyatî tedbirlerle ilgili temel hukukî ve prensip hatalarının önüne geçmektir. Bu sebeple, ihtiyatî tedbirin reddi ve ihtiyatî tedbire itiraz üzerine verilen kararlar için kanun yolu imkânı getirilmiştir." şeklinde, getirilen hüküm açıklanmıştır.

Durum ve koşulların değişmesi sebebi ile verilen karara karşı açıkça kanun yoluna gidilebileceğinin düzenlenmemesi bilinçli bir tercih sayılsa da bu durumun Anayasada yer alan hak arama özgürlüğüne müdahale teşkil ettiği hususu da tartışılmalıdır.

Bu tebliğde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 396.maddesine göre verilecek kararlara karşı kanun yoluna başvurulamayacağı şeklindeki yorumun mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkı çerçevesinde Anayasada yer alan hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil edip etmeyeceği Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay ile Bölge Adliye Mahkemelerinin bu konudaki son içtihatları değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İhtiyati Tedbir, Durum ve Koşulların Değişmesi, Kanun Yolu, Hak Arama Özgürlüğü, Mahkemeye Erişim Hakkı

Is It Possible to Have a Legal Way Against the Decisions Related to the Intervention, Due to the Change of Case and Conditions in Commercial Cases?

Judge Yusuf Demirci*

Measures of a commercial nature are frequently requested in practice. It is discussed in the doctrine and judicial decisions whether a legal action can be taken against the decision given by the court on the grounds that the situation and conditions have changed after the rejection decision regarding the interim injunction. Because in the 396th article of the Civil Procedure Law numbered 6100, which regulates the change or abolition of the measure due to the change of the situation and conditions; "If it is fixed that the circumstances and conditions have changed, it can be decided upon request to amend or cancel the injunction without seeking a guarantee. / The third and fourth paragraphs of Article 394 are applied by analogy." It seems that it is not done.

In the justification of Article 396 of the Code of Civil Procedure; "In this article, which regulates the amendment or abolition of the preliminary injunction, similar provisions regarding the objection have been referred separately, taking into account the common aspects in the two articles mentioned above. rather than an evaluation, it is a matter closely related to the material terms, relatively subjective and directly at the discretion of the court. Applying for a legal remedy for the decision to be made after each request will not meet the intended purpose of resorting to a legal remedy for precautionary measures.The purpose of legal remedy is to prevent basic legal and principle errors related to precautionary measures. Legal remedy has been provided for the decisions made upon

* Ankara Regional Court of Justice 22nd Civil Chamber

the rejection of the cautionary measure and the objection to the preliminary injunction. The provision brought has been explained.

Although it is regarded as a deliberate choice not to regulate the decision to take legal action due to the change of circumstances and conditions, it should be discussed that this situation constitutes an interference with the freedom to seek rights in the Constitution.

In this communiqué, whether the interpretation that the interpretation that a legal remedy cannot be applied against the decisions to be made according to the 396th article of the Code of Civil Procedure would be contrary to the freedom to seek rights in the Constitution within the framework of the right to access to the court and to a fair trial, the latest case-law of the Constitutional Court, the Court of Cassation and the Regional Courts of Justice on this issue will be evaluated.

Keywords: Interim Injunction, Change of Situation and Conditions, Legal Remedy, Freedom to Seek Rights, Right to Court

Hukuk Davaları Bakımından İstinaf ve Temyiz Başvurusunda Parasal Sınırların Anayasa'ya Uygunluğu

Ar. Gör. Ali Yaşasın*
Ar. Gör. Salih Tayfun İnce**

Hukuk yargılamasında kanun yolları, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kanun yolları, olağan ve olağanüstü kanun yolları olarak ikiye ayrılmıştır. Olağanüstü kanun yolu yargılamanın yenilenmesidir. Olağan kanun yolları ise istinaf ve temyiz kanun yollarıdır. Temyiz kanun yolu, hukukumuzda, geçmişten günümüze geçerliliğini korurken, ilk derece mahkemeleri ve temyiz mahkemesi arasında bir köprü görevi gören istinaf mahkemeleri ise çeşitli nedenlerle ancak 20 Temmuz 2016 tarihinden sonra görev yapmaya başlamıştır. Kanun yollarının düzenlenme nedeni, uyuşmazlığın taraflarına hem daha güvenceli bir yargılama sunmak hem de yargı organlarının daha etkin çalışmasını sağlamaktır. Buna mukabil kanun yollarının diğer bir önemli amacı ise yargılamada içtihat birliğinin sağlanmasıdır. Bu bakımdan kanun yollarına başvuru olanağının sağlanması hukuk devletinin önemli bir gereğidir. Ne var ki kanun yoluna başvuru, yargılamanın tarafları için temel bir hak olsa da, hem hukukumuzda hem de çeşitli hukuk düzenlerinde bazı yönlerden sınırlandırılmıştır. Bu sınırlamalar hakkında farklı zamanlarda öğretide çeşitli tartışmalar yapılmış ve bu sınırlamalar muhtelif yargı kararlarına konu edilmiştir. Öğretideki bu tartışmalar ve yargı kararları temelde, bu sınırlamaların adalet düşüncesi, hakkaniyet, kamu yararı ve hukuk devletinin gerekleri ile bağdaşıp bağdaşmadığı noktasında

* Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı

** Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

toplanmıştır. Bu çalışmada öncelikle olağan kanun yolları olan istinaf ve temyiz kanun yollarının, düzenlenme amacı incelenecektir. Daha sonra, istinaf kanun yoluna başvuruyu parasal miktar yönünden sınırlayan Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 341/4 ve yine temyiz kanun yoluna başvuruyu parasal miktar yönünden sınırlayan Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 362/1-a incelenecek ve bu sınırlamaların Anayasaya uygun olup olmadığı yönünden özellikle 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Cumhuriyetin niteliklerini belirten 2. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasını düzenleyen 13. maddesi, hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesi ve Yargıtay'ın görevlerini düzenleyen 154. maddesi çalışmaya konu edilecektir. Ayrıca bu önemli konu incelenirken karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere ve öğreti görüşlerine de yer verilecektir. Bu incelemede ortaya çıkan sonuçlar ışığında, hukukun genel ilkeleri ve mevcut Anayasal hükümlere uygun olarak hukuk yargılamasında kanun yollarında uygulanabilecek *de lege feranda* bir sınırlama önerisi sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kanun Yolu, İstinaf, Temyiz, İstinaf Sınırı, Temyiz Sınırı

Constutionality of Monetary Limits for Appeal and Cassation Applications in Civil Proceedings

Res. Asst. Ali Yaşasın*
Res. Asst. Salih Tayfun İnce*

Legal remedies in civil proceedings are regulated in the Civil Procedure Code numbered 6100. Legal remedies are divided into two categories as ordinary and extraordinary legal remedies. An extraordinary legal remedy is the renewal of the trial. Ordinary legal remedies are appeal and cassation. While cassation has been present in law and practiced for a long time, the courts of appeal, which act as a bridge between the courts of the first instance and the court of cassation, started to operate after 20 July 2016. The reason for establishing legal remedies is to provide both more secured proceedings to the parties of the dispute and enable the judicial organ to work more efficiently. Besides, another important purpose of legal remedies is to ensure unity of precedents. In this respect, providing the opportunity to apply to legal remedies is an important requirement for the rule of law. However, although application to a legal remedy is a fundamental right for the parties to the trial, it is limited in some aspects both in our law and in various legal systems. In terms of these limitations, various doctrinal discussions were held at different times, and these limitations were subject to different judicial decisions. These doctrinal debates and judicial decisions are basically focused at the point of whether these limitations are compatible with the idea of justice, fairness, public interest and the requirements of the rule of law. In this study, primarily, the purpose of the establishment of the ordinary legal remedies of appeal and cassation will be examined. Then, Article

* Fatih Sultan Mehmet Foundation University Faculty of Law Civil Procedural Law and Execution-Bankruptcy Law Department

** Fatih Sultan Mehmet Foundation University Faculty of Law Commercial Law Department

341/4 of the Civil Procedure Code that sets a limitation in terms of monetary amount for application to appeal and Article 362/1-a of the Civil Procedure Code that sets a limitation in terms of monetary amount for application to cassation will be analyzed and this limitations in terms of the following articles of Constitution of the Republic of Turkey: Article 2 that states the characteristics of the Republic, Article 13 that regulates the restriction of fundamental rights and freedoms, Article 36 that regulates the freedom to claim rights and Article 154 that regulates the duties of the Court of Cassation will be discussed. Regulations in comparative law and doctrinal views will be considered for this analysis. In light of this analysis's results, a proposal for a *de lege ferenda* restriction that can be applied in legal remedies in civil proceedings in accordance with the general principles of law and existing Constitutional provisions will be presented eventually.

Keywords: Legal Remedy, Appeal, Cassation, Monetary Limit for Appeal, Monetary Limit for Cassation

6. OTURUM / SESSION 6

The Impact of Fundamental Rights on Legal Capacity System of Natural Persons in Georgia

Prof. Dr. Ekaterine Bagishvili*

In 2014 Georgian Constitutional Court made a precedential judgment[1], which led to the reform of the Natural Persons' Legal Capacity Institution in Georgia.

The rules stated under pre-reform version of Georgian Civil legislation governing legal capacity of natural persons were declared by the court as unconstitutional.

The pre-reform model was based on legal status of natural person. Depriving a person of his/her Legal capacity (the ability to fully acquire and exercise civil rights and duties) by the court took place solely on the bases of person's medical condition without taking into account person's individual needs. Cognitive disability served as a reason for imposing full limitation of person's legal capacity and resulted in his/her "civil death." The expression of will of such person was considered as void under the law. The only way to exercise his/her own rights in civil relations was possible by the will of the authorized guardian, who used to make decisions instead of the person under his/her guardianship.

The declaring procedure of the legal status seemed quite unfair since it did not provide a person with psychological needs with the right to make it possible to participate in court proceedings. There was no possibility for him/her to address the court or to be heard by the court.

---

* Georgian Technical University Faculty of Law and International Relations

1 The Constitutional Court of Georgia, Judgment no 2/4/532,533, 8 October 2014

According to the judgment of the Constitutional Court, a person's right to legal capacity falls within the protection of Art. 16 of the Constitution (right to free development) and person's right to reveal unlimited capacity like others on an equal bases, within art. 14 (right to equality). Court indicated that existing regulation constituted a disproportional interference with these rights.

The reformed regulation introduced completely new concept of legal capacity. It was based on the idea that the purpose of law shall be to assist persons with psychological needs to express their will rather than to replace it. The legislation declared persons with psycho-social needs as legally capable and thus able to exercise their rights. It introduced the notion of support giver and support recipient. The duty of the support giver is to help the support recipient formulate his/her will. According to the reformed law, the power of supporter is limited to those issues in which a person with psycho-social needs is not able to make decisions independently. Thus, the model of plenary guardianship has been replaced by the model of support. Furthermore, it became feasible to exercise the right of equal legal capacity by individually examining and taking into account person's quality of mental disorders that affects his/her ability to independently participate in public life.

Keywords: Persons with Psycho-Social Needs, Legal Capacity, Fundamental Rights, Constitutional Court Judgment, Model of Support

Roman and Modern Concept of Civil Proceedings with Special Reference to Trial within a Reasonable Time

Assoc. Prof. Dr. Rejhan R. Kurtović*
Asst. Prof. Dr. Maida Bećirović Alić**

Roman law is the foundation of civil law in continental Europe therefor the role of Roman law in continental Europe is of exceptional and special importance. The Romans clearly distinguished substantive from procedural law, which influenced the differentiation of special branches of civil substantive law, but also special norms that regulated civil court proceedings. Under the influence of Roman legal doctrine, even today we have a clear separation between legal norms that regulate substantive and procedural law and a developed civil procedure that is completely different from criminal procedure. The Roman legal tradition placed special emphasis on civil court proceedings and laid the foundations of modern civil proceedings. In this paper, the authors try to make a comparison with modern civil procedure that has its roots in Roman law through a historical retrospective of Roman civil proceedings, placing special emphasis on trial within a reasonable time as an instrument that guarantees legal fairness, timeliness and efficiency of civil proceedings.

Keywords: Roman Legal Tradition, Civil Court Proceedings, Trial within a Reasonable Time

* International University of Novi Pazar
** International University of Novi Pazar

BREXIT and the Law Applicable to International Commercial Contracts: Rome I Regulation and the ECJ Jurisprudence

Asst. Prof. Dr. Ana Sofia Gomes*

SUMMARY: I. Introduction; II. The adoption of the Rome I Regulation by the United Kingdom legal system; III. Application of Rome I Regulation over time; IV. Implementation of the Rome I Regulation in the United Kingdom; Conclusion

I. Introduction

Following an internal referendum on 29 March 2017, the United Kingdom notified its intention to withdraw from the European Union and Euratom in accordance with Article 50 of the TEU.

An exit agreement reached on 14 November 2018, negotiated by Teresa May's government and which encountered many obstacles in the British Parliament, was followed by another negotiated by Boris Jonhson that entered into force on 1 February 2020. The latter included only minor changes to the previous agreement, with the exception of the safeguard clause applicable to Northern Ireland. FromUnder this agreement, approved by (EU) Council Decision 2020/135 of 30 January 2020, upon the finalization of the Agreement regarding the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Community of Atomic Energy, the transition period ended on 31 December 2020 (Article 126). The difficulties experienced with the first agreement immediately gave rise

* University Lusíada of Lisbon Faculty of Law

to unilateral legislative proposals regarding the adoption by the United Kingdom of the European Union legislation regarding judicial cooperation in civil matters.[1]

Along this line and according to the delegation of powers realized by the withdrawal Act 2018, the British government approved secondary legislation (statutory instruments) authorizing some regulations (EU exit regulations) including 2019 No. 834, Exiting the European Union Private International Law, The Law Applicable to Contractual and Non Contractual Obligations (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2019. Some of these regulations were approved as part of unilateral procedures designed to prevent an exit scenario without an agreement. However, in the case of the present regulation, its entry into force was scheduled for the day of departure (under Part I, Introductory, Citation and commencement).

In these regulations, the United Kingdom explicitly transposed EU legislation into the British legal system, as was the case with Regulation (EU) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) and Regulation (EU) No. 864/2007 of the European Parliament and that of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II). It also proceeded to adapt domestic legislation in view of its new reality as a non-European Union State, regarding civil jurisdiction and judgments by way of Statutory Instruments 2019 No. 479 - Exiting the European Union International Private Law - The Civil Jurisdiction and Judgements (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019. This also occurred with regard to the Amendment of primary legislation of the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982, in which any references to the Brussels or the Lugano Conventions were omitted.

[1] OJ L 29 31.1.2020.

II. The adoption of the Rome I Regulation by the United Kingdom legal system

The United Kingdom had no intention of reforming the Rome I Regulation when it adapted the tool to its domestic legislation.

The first reason for maintaining this rule can be found in its unilateral nature that does not require any other country to apply it simultaneously.

Had the United Kingdom not chosen to continue enforcing the regulation, this would have represented a setback to the application of the Common Law Doctrine of the Proper Law of the Contract.This would have resulted in significant changes in the legal framework for the application of the regulation, both in terms of its applicable regulations as well as of its interpretation, which would imply a breach of the systematic unity in the regulation of international trade contracts between EU Member States and the United Kingdom. This doctrine has raised controversy in its application. It not only lacks special rules to protect weaker parties, but its regime of imperative rules, or foreign illegality rules, are less certain than those in Rome I.

These factors will have contributed, visibly, to the UK's decision to "nationalize", i.e. to adopt the regulation as its domestic law. This decision appears, in general, with respect to the regulations of the European Union (Rome I and Rome II), the European Union (Withdrawl) Act 2018, Chapter 16, section 3.1: "Direct EU legislation, so far as operative immediately before exit day, forms part of domestic law on and after exit day."

In 2020 the UK adopted the European Union (Withdrawal) Act 2020, in which it replaced the term exit day with Implementation Period (IP) completion day.

The decision to maintain European Union regulations in force extends neither to the entire scope of interpretations nor to the application of the same regulations. First of all because, according to section 5 of the

2018 Act, the European Union law ceases to have primacy and continues to be applied only if it is relevant to the interpretation, non-application or annulment of any law passed or drafted before the transition period completion day. As regards their interpretation, UK courts are not bound by any principles or decisions of the Court of Justice, taken on or after the UK's implementation period (IP) completion day, nor can they use the preliminary ruling mechanism, according to section 6.1. Decisions can be taken by the Court of Justice up to the final day of the transitional period, or afterwards, providing they are relevant to issues raised before the UK courts. (section 6.2.) Any EU regulation relating to any question regarding validity, meaning or effect, can be taken into account if said regulation has not been changed by the the transition period implementation day or afterwards and provided that is relevant, according to the decisions of the Court of Justice that continue to be considered and the general principles of European Union law and taking into account (among other aspects) the limits of the powers of the European Union, immediately before the IP completion day (section 6.3). However, the Supreme Court is not bound by any judgment of the Court of Justice, nor by any court in Scotland, nor is any court bound by any judgment of the EU Court of Justice to which it would not otherwise be subject. (Section 6.4). The Supreme Courts (The Supreme Court, or the High Court of Justiciary which is the Supreme Criminal Court of Scotland) should consider, under the same conditions, whether their judgments (established principles or decisions handed down by UK courts, or EU judgments byl the end of the transition period).

The possibility of changing European Union regulations designated as the main principal EU legislation, is restricted to acts of Parliament or other primary or subordinate regulations as long as they are duly authorized. (Sections 7.2 and 7.6 a) regarding the notion of main directive EU legislation, EEA regulations and appendices.

The possibility is safeguarded to pass legislation to remedy flaws in EU legislation regarding its application and deficiencies in this area (Section 8) or resulting from the implementation of the exit agreement between the EU and the UK (Section 9).

III. Application of Rome I Regulation over time

The withdrawal of the UK from the EU raises questions about the succession of laws over time, in additon to the above-mentioned specificities regarding the primacy of EU law, the binding force of Court judgments, as well as posing questions prejudicial to that court and the interpretation of regulations.

The question of the succession of laws over time is resolved in the withdrawal agreement of the United Kingdom, Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community (Decision (EU) 2020/135) where Article 66, under the heading "Applicable law in contractual and non-contractual matters" stipulates that the Rome I Regulation is applicable to contracts concluded before the end of the transition period with regard to judicial cooperation in progress in civil and commercial matters.

All other issues are to be resolved by UK domestic law, more specifically by the European Union (Withdrawal) Act 2018, Chapter 16, revised by the European Union (Withdrawal) Act 2020, as mentioned above.

IV. Implementation of the Rome I Regulation in the United Kingdom

The withdrawal of the United Kingdom from the European Union has not to date led to changes in the law applicable to contractual obligations in this plurilegislative Order. Adaptations have been introduced to ensure compatibiity between the EU and internal regulations, on the one hand, and specifications regarding the application of its Article 22/2 in relation to Scotland and England, Wales and Northern Ireland, on the other. These adaptations and specifications are contained in the following regulations:

- Statutory Instrument 2019 No. 834, Exiting the European Union Private International Law - The Law Applicable to Contractual Obligations and Non-Contractual Obligations (Amendment etc.) (EU Exit)

Regulations 2019, 29 March 2019 and which entered into force 1 January 2021;

- Statutory Instruments 2020 No. 1574, The Jurisdiction, Judgments and Applicable Law (Amendment) (EU Exit) Regulations 2020, of 16 December that entered into force on 17 December 2020.

In what concerns changes, the first act foresees that the wording "United Kingdom" will replace that of "Member State".

Regarding domestic law conflicts resulting from UK's multi-legislative legal system, the solution continues to be that found in Article 22 of the regulation that stipulates that each territorial unit is treated as a country. It should be noted that, in this respect, the version in force in the United Kingdom no longer provides for the possibility of not applying this solution (enshrined in paragraph 2) in the event that the different parts of the territory have their own rules on contractual obligations, by omitting paragraph 2 of the provision under review.

In most provisions, the term "Member States" is replaced by "Relevant States", which demonstrates that, from the point of view of the United Kingdom, the*acquis communautaire* and the European area itself are still relevant.

Point number 4 of Article 3 is maintained, which means that the United Kingdom still does not allow the derogation from "Community law" rules that cannot be derogated from by agreement, when, in a normal perspective, it would not make sense to maintain this limitation of autonomy of the will, as it is no longer bound by European Union law. Also with regard to insurance contracts, provided for in Article 7, the territorial scope of the Rome I Regulation is maintained, as is the limitation on the autonomy of the will in relation to the law of the relevant states which continue to apply to the United Kingdom. This article 7 will, in the version in force in the UK, exclude insurance on risks located in the UK and will prevent the election of UK Rights. This is to be a provisional measure subject to potential reform.

Article 7, 4, b) regarding the imposition of the applicable law by a Member State has been eliminated.

In a bilateral perspective, we can consider that the United Kingdom, by maintaining in force the Rome I Regulation, is giving a clear signal of the current and legal importance of this norm, respecting the *acquis comunnautaire*, while the relevant States will not take their law into account. Does this mean that the UK is making concessions without obtaining the same? Apparently yes, but in reality maybe not.

With the departure of the United Kingdom, Article 3/4 and **7**. are no longer applicable to that State, but the British Act provides for its continued enforcement.

Article 3 continues to permit the express choice of English law.

Regarding Article 3/4, compliance with the mandatory provisions of European Union law is maintained and Article 7 applies merely to risks within the territory of the Member States, and excludes insurance on risks located inside the UK and will prevent the selection of UK laws, i.e., the provisions of this article do not include situations affecting the United Kingdom. This means that maintaining the enforcement of Article 7. continues to favour the UK insurance industry.

The priority is that the selection of law be maintained. From a contractual point of view, the United Kingdom is not in danger. By detaching itself from that European law guaranteeing certainty and predictability, it allows English judges to assume a broader role. The application of Article 3.1, regarding tacit choice and the application of the escape clause (4.3) allows English judges a wider range of intervention, and they, thus, they come to play an important role in the export of legal advisory and dispute resolution services, because in the United Kingdom the law constitutes export material (representing 1.8% of GDP in dispute resolution and 3.4% of legal industry exports and legal counsel, i.e., invisible commodities).

If there is no express choice, English law may apply. This is very important when it is found that judicial jurisdiction is determined prior to selecting the applicable law. However, there are cases where the applicable law must be determined prior to deciding on international jurisdiction.

Of course, if English courts correspond to *forum conveniens*, English law may also apply.

Yet, the issue is particularly reçevant in cases where the determination of the applicable law takes place prior to that of jurisdiction. This situation is provided for in Article 7. of the Brussels I bis Regulation, which continues to apply for court cases until the end of the transitional period.

Article 7. of the Brussels I bis Regulation, Article 5 of the Brussels Convention and Article 5 of the Lugano Convention (2007) enshrine similar solutions regarding jurisdiction. However, the first regulation was repealed in the United Kingdom by Statutory Instruments, 2019 No. 479 - Exiting the European Union International Private Law - The Civil Jurisdiction and Judgements (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019, which came into force on the finishing day of the transitional period. The Second ceased to bind the United Kingdom and Gibraltar on the final day of the transitional period, in the position taken unilaterally by the British government, as this sovereign body informed the European Council on 29 January 2021, although doubts may be raised regarding this solution. On 8 April 2020, the United Kingdom Government requested to join the Lugano Convention (2007-amended in 2012), a classic international instrument celebrated between the EU and EFTA member states, which is highly similar to the Brussels I bis Regulation. Joining that Convention requires the agreement of all States participating in the Convention and the European Union has not yet expressed its position to date.

On the other hand, the UK joined the Hague Convention on Choice of Court, with effect from 1 January 2021. This Convention allows the courts of contracting states to uphold exclusive jurisdiction agreements provided that the nominated court is in one of the contracting states and

the agreement complies with certain prescribed standards. This Convention applies to the Member States of the EU, Mexico, Montenegro and Singapore. It has been signed (but not ratified) by the USA and China. It does not currently apply to EFTA countries such as Norway and Switzerland.

The determination of international jurisdiction depends on the law of each EU Member State and the UK law in force, according to the Amendment of primary legislation of the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982, and when the UK Courts consider themselves competent, they may or may not decide to apply their own law.

With regard to the specifications introduced by the second mentioned act above, they deal with maintaining the Rome I Regulation in force in the United Kingdom, except for cases brought to court following the transitional period, with respect to some internal regulations, namely Regulation 4 of the Law Applicable to Contractual Obligations (Scotland) Regulations 2009 (Scottish Statutoy Instruments 2009 No. 410), and regulation 5 of the Law Applicable to Contractual Obligations (England and Wales and Northern Ireland) Regulations 2009) (Statutory Instruments 2009 No. 3064). These specifications concern the applicability of Article 22/2, establishing that the regulation shall, "with exception of Article 7 (insurance contracts), apply in the case of conflicts between the laws of different parts of the United Kingdom, or the laws of one or more parts of the United Kingdom and Gibraltar, as applied in case of conflicts with the laws of other countries.

Conclusion

It appears, therefore, that the option to maintain the Rome I Regulation in force could translate into a strategic option on the part of the United Kingdom, which permits the mitigation of the potential negative impact of its exit from the EU, in terms of the demand and export of its legal industry, while at the same time being a clear sign of the relevance and importance of the Rome I Regulation, even if the ECJ case laws won't be applied by United Kingdom and North Ireland courts.

However, the regulation in accordance with that valid for the European Union's legal system, will continue to be enforced unless it is shortly altered by the competent sovereign bodies. Until then, it is strictly dependent on the European practice. Regarding a plurilegislative legal order of a State that uses the Anglo-American system, we cannot fail to stress the importance given to the jurisprudence, which is now disconnected, both from the principle of the primacy of European Union law, or in generic terms, from the case law of the Court of Justice, an entity to which it is no longer able to refer requests for a preliminary ruling.

If the approval of the aforementioned first act (Statutory Instrument 2019 No. 834) remains stable and faithful to the terms of the law applicable to contractual obligations in the legal systems of the EU and the United Kingdom, with the aforementioned limitations, the latter's option to forego enforcement of European Union legislation regarding judicial cooperation in civil and commercial matters and in view of the vicissitudes mentioned above, raises greater concerns. Within this context, the United Kingdom has mostly applied its previous domestic legislation to each territory (Statutory Instruments 2020 No. 1574), which has hindered access to justice in cross-border disputes, both for economic agents and for the judiciary.

The Right to Be Forgotten and the Impact of Fundamental Rights

Dr. Marian Alexander Arning, LL.M.*

"The Internet never forgets." It is an almost inexhaustible source of information which is used by companies, individuals, scientists etc. just because of this reason. However, this infinite availabilty of information can also have negative consequences for individuals the information is referring to. Once information is published on the Internet, it is almost impossible to remove it from there again. People may find this information and link it to the individual the information is referring to even after decades. In other words: Information that was published decades ago may affect the life of the person it is referring to even today.

Against this background, individuals who are affected by such publications try to take action against web sites, databases, search engines etc. in order to make it at least more difficult for Internet users to find / get access to the respective information. The protection of such individuals is important, especially in the light of their right to the protection of personal data (see Art. 8 Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR)). On the other hand, the removal of information from the Internet can for example affect the right of users to get access to this information (see Art. 11 CFR).

It is for the law to find solutions to balance these conflicting interests.

In my presentation, I will focus on the most relevant legislation in this respect in the EU: The General Data Protection Regulation (GDPR)

* Turkish-German University Faculty of Law

and especially on Art. 17 (1) GDPR which governs the right of data subjects to obtain from (data) controllers the erasure of personal data concerning them. In particular, I will explain the impact of the fundamental rights contained in the CFR on this right to erasure / be forgotten.

In this context, I will also analyze the most important decisions on the right to be forgotten of the Court of Justice of the European Union (such as (i) Google Spain SL, Google Inc. v AEPD, Mario Costeja González, (ii) Google LLC v CNIL and (iii) GC and others v CNIL) and of the German Federal Constitutional Court (such as Right to be Forgotten I and II).

Keywords: Right to be Forgotten, General Data Protection Regulation, Protection of Personal Data (Art. 8 CFR), Freedom of Information (Art. 11 CFR), Court of Justice of the European Union

7. OTURUM / SESSION 7

Haksız Rekabet Hukukunda "Kamusal Nitelikteki Kurumlar" Kavramının Davacı Sıfatı Yönünden Değerlendirilmesi

Dr. Tamer Pekdinçer*

TTK m. 56'da, haksız rekabet eylemi sebebiyle açılabilecek davalar ve bu davaları açabilecek kişiler sayılmıştır. Bu kapsamda maddenin ikinci fıkrasında haksız rekabet eyleminden zarar gören veya zarar tehlikesine maruz kalan kişilerin dava açma hakkı olduğu belirtildikten sonra üçüncü fıkrada toplulukların da davacı sıfatını haiz olabileceği belirtilmiştir. Sayılanlar arasında en dikkat çekici olanı ise – Kanunkoyucunun daha önce hiç yer vermediği- "*kamusal nitelikteki kurumlar*" olarak karşımıza çıkmaktadır.

"*Kamusal nitelikteki kurumlar*" kavramı hukuk sistemimizde mevcut bir kavram değildir. Mevzuatta tespit edebildiğimiz kadarıyla doğrudan bu kavramın kullanıldığı başkaca birincil düzenleme bulunmamaktadır. Bu itibarla kavramın sınırlarının çizilmesi gereklidir. Zira düzenleme ile kamusal nitelikteki kurumlara da haksız rekabet davalarında dava açma yetkisi verilmekte olup bu itibarla davacı sıfatının belirlenmesi bir dava şartı olması (HMK m. 114) itibariyle öncelikle çözülmesi gereken başlıca meseledir. Zira bilindiği üzere Mevzuatta yaygın olarak kamu kurumu ifadesine yer verilmektedir.

TTK m. 54 vd.'da düzenlenen haksız rekabet hükümlerinin mehazı 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Federal Kanunu'dur (İsvHRK). Haksız rekabet eylemi sebebiyle dava açabilecek kişiler İsvHRK m. 10'da ayrıca düzenlenmiş olup TTK m. 56/3, İsvHRK m. 10/2'ye tekabül etmektedir. İsvHRK m. 10/2, a ve b'de, tüzüklerinde üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan mesleki ve ticari birlikler ile yine tüzükleri uyarınca tüketicilerin ekonomik menfaatlerini korumayı amaç-

* İstanbul Barosu Fikri ve Sınai Haklar Komisyonu Başkanı

layan bölgesel veya ülkesel birliklerin davacı sıfatını haiz olduğu belirtilmiştir. Maddenin 3. fıkrasında ise Konfederasyonun da kamu menfaatinin korunması için gerekli görünen hallerde davacı sıfatını haiz olabileceği belirtilip maddenin devamında Konfederasyon tarafından dava açılabilecek haller sınırlı olmayacak şekilde sayılmıştır. Buna göre Konfederasyon, İsviçre'nin yurtdışındaki itibarı tehdit altında veya zarar görme tehlikesi altında ve ekonomik çıkarları etkilenen kişiler de yurt dışında ikamet ediyorlarsa dava açabilecektir. Ayrıca Konfederasyon tarafından, belirli bir grubun, ekonomik bir topluluğun vs. haklarının zedelendiği durumlarda da dava açabileceği belirlenmiştir. Ancak Konfederasyon tarafından dava açılmasında önem arz eden husus, kamu yararının gerektirmesi olup bunun açıkça ortaya konulması gerektiği kabul edilmektedir.

Konfederasyonun dava açması gündeme geldiğinde ise, "İsviçre Ekonomik İşler, Eğitim ve Araştırma Bakanlığı" bünyesindeki "Secrétariat d'État à l'économie" tarafından temsil edileceği, "Konfederasyonun haksız rekabete karşı kanun çerçevesinde dava açma hakkına ilişkin kararname"nin (*Ordonnance concernant le droit de la Confédération d'intenter une action dans le cadre de la loi contre la concurrence déloyale*) birinci maddesinde ifade edilmektedir.

TTK m. 56/3'de ise kamusal nitelikteki kurumların dava açabileceği ifade edilmekle birlikte kamusal nitelikteki kurum kavramı açıklanmamıştır. Birincil mevzuatta kamusal nitelikteki kurumlar kavramına yer verilmediği gibi hangi durumlarda bu kurumların davacı sıfatını haiz olacağı da belirli değildir. Bu itibarla ilk olarak kamusal nitelikteki kurum kavramının belirlenmesi ve sonrasında ise hangi hallerde bu kurumların davacı sıfatını haiz olabileceği değerlendirilmelidir.

Kamusal nitelikteki kurumlar kavramı hukuk sistemimize yabancı olmakla birlikte, kamu kurum ve kuruluşları kavramı doktrinde yer alan uygulamada yer etmiş bir kavramdır. Kamu kurumu, belirli kamu hizmetini ya da faaliyetini yerine getirmekle görevli olan tüzel kişiliği haiz idare teşkilatı birimi olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla kamu kurumu, kamu hizmetlerinin, kamu idarelerinden ayrı bir biçimde örgütlenmesi sağlanarak tüzel kişilik kazandırılması ile oluşturulan yapılardır (bkz. AĞAR, Serkan; Kamu Kurumları Teorisi, TBB Dergisi, S. 65, Y. 2006, s. 290).

Bakanlıklar ile Radyo Televizyon Üst Kurulu, Merkez Bankası, Rekabet Kurumu, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, Sermaye Piyasası Kurulu, Türkiye Radyo Televizyon Kurumu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu kamu kurum ve kuruluşlarına örnek olarak verilebilir (bkz. https://www.tbmm.gov.tr/baglantilar/kamu_kurum_kuruluslar.htm). Kamu kurum ve kuruluşlarının çok çeşitli olması mümkündür.

TTK m. 56/3'de kamu kurum ve kuruluşları kapsamında bir sınırlama getirilmediğinden, bunların tamamının haksız rekabet davalarında davacı sıfatının bulunması teorik olarak mümkün olacaktır. Elbette ilgili kurumların haksız rekabete ilişkin dava açmada hukuki menfaatlerinin bulunması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Hukuki menfaatin varlığının mevcut olup olmadığının değerlendirilmesinde ise kamusal yararın varlığı tartışma konusu yapılabilecektir. İsviçre uygulamasında olduğu gibi kamu kurum ve kuruluşları tarafından açılacak haksız rekabet davalarında, kamu yararının bulunması gerektiği bu itibarla Türk uygulamasında da kabul edilmelidir.

Uygulamada kamu kurumları tarafından bu yetkinin kullanıldığına rastlanılmamaktadır. Kamu gücünü haiz kuruluşlar, ellerindeki bu imkanı ikincil düzenlemeler yaparak kullanmak suretiyle piyasaya etki etmeye çalışmakta veya idari yaptırımlar yoluyla pazara bir denge getirmeye ve pazardaki sorunları çözmeye çalışmaktadırlar. Bu durum ise keyfiliğe neden olabileceği gibi sorunlara kalıcı bir çözüm getirilememesi sonucunu da doğurabilecektir. Kamu kurumları tarafından haksız rekabet sebebiyle dava açıldığı durumda ise hem Yargı eliyle gerçekleşen bir süreç söz konusu olacağından keyfiliklerin önüne geçilebilecek hem de haksız rekabet bağlamında ortaya çıkabilecek sorunlara kalıcı çözümler getirilebilecektir. Zira kamu kurumlarının çoğu zaman parasal yaptırım uygulamaları, aynı zamanda haksız rekabet teşkil eden eylemlerin gerçekleşmemesini sağlamamaktadır. Bu itibarla kamu kurumları tarafından açılacak haksız rekabetin tespiti, men'ini ve haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması talepli davalar, pazarın düzgün bir şekilde işlemesinde daha etkili bir çözüm olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Haksız Rekabet, Hukuki Sorumluluk, Haksız Rekabet Davaları, Kamusal Nitelikteki Kurumlar, Davacı Sıfatı

Evaluation of the Concept of "Institutions with Public Nature" from the Point of Title of Plaintiff in Unfair Competition Law

Dr. Tamer Pekdinçer*

The cases that can be filed due to an act of unfair competition, and people who can file these cases are regarded in Article 56 of the Turkish Commercial Code (TCC). Within this scope, after it is stated in the second paragraph of the article that people who are harmed or exposed to the risk of harm by unfair competition action have the right to file cases, in the third paragraph it is stated that communities may also have the title of plaintiff. The most remarkable among those counted are "institutions with public nature" – which the legislator has never given place to before.

The concept of "institutions with public nature" is not an existing concept in our legal system. As far as we can determine in the legislation, there are no other primary regulations in which this concept is directly used. In this respect, it is necessary to draw the boundaries of this concept. Because with the regulation, public institutions are also authorized to sue in unfair competition cases, and since the determination of the title of plaintiff is a requirement of the case (according to Article 114 of Turkish Civil Procedure Code), this is the main issue that must be resolved first. Because, as is known, the legislation is widely included the term of "public institution".

The source of the unfair competition provisions regulated in the 55 and subsequent articles of TCC, is the Swiss Federal Act against Unfair Competition (UCA) dated 1986. Persons who may sue for an act of unfair competition are also regulated in Article 10 of the UCA, and

* Chairman of the Intellectual and Industrial Property Rights Commission of the Istanbul Bar

the third paragraph of Article 56 of the TCC corresponds to the second paragraph of Article 10 of the UCA. In the sub-paragraphs A and B of the second paragraph of Article 10 of the UCA, it is stated that professional and commercial associations which authorized to protect the economic interests of their members in their regulations, as well as regional or national associations aimed at protecting the economic interests of consumers in accordance with their regulations have the title of plaintiff. In the third paragraph of the article, it is stated that the Confederation may also have the title of plaintiff if it seems necessary to protect the public interest, and the cases that can be sued by the Confederation are regarded without limitation in the following paragraphs of the article. Accordingly, the Confederation will be able to sue if Switzerland's reputation abroad is threatened or in danger of being damaged, and those whose economic interests are affected also reside abroad. It has also been determined that the Confederation can also sue in cases where the rights of a particular group, an economic community, etc. are damaged. However the most important issue in filing a lawsuit by the Confederation is the necessity of public interest and it is accepted that this should be clearly stated.

It is stated in the first article of the "Decree on the right of the Confederation to sue under the law against Unfair Competition" (*Ordonnance concernant le droit de la Confédération d'intenter une action dans le cadre de la loi contre la concurrence déloyale*) that the Confederation will be represented by the "Secrétariat d'État à l'économie" within the "Federal Department of Economic Affairs, Education and Research" when the topic of filing a lawsuit by The Confederation is raised.

In the third paragraph of the Article 56 of the TCC, it is stated that institutions with public nature can file a case, but the concept of "institutions with public nature" is not explained. In the primary legislation, the concept of "institutions with public nature" is not included, nor is it clear in which cases these institutions will have the title of plaintiff. In this respect, it is necessary to first determine the concept of "institutions with public nature", and then to evaluate in which cases these institutions may have the title of plaintiff.

Although the concept of "institutions with public nature" is foreign to our legal system, the concept of public institutions and organizations is a concept that runs deep in the practice and takes place in the doctrine. A public institution is defined as a unit of an administrative organization with a legal entity tasked with performing certain public services or activities. Therefore, a public institution is a structure created by providing legal personality in order to ensure that public services are organized separately from public administrations (qv. AĞAR, Serkan; Kamu Kurumları Teorisi, TBB Dergisi, S. 65, Y. 2006, s. 290).

Ministries and Radio and Television Supreme Council, The Central Bank, The Competition Authority, Directorate of Privatization Administration, Capital Markets Board, Turkish Radio and Television Authority, Banking Regulation and Supervision Board can be given as examples of public institutions and organizations (see also https://www.tbmm.gov.tr/baglantilar/kamu_kurum_kuruluslar.htm.). It is possible that public institutions and organizations are multifarious.

Since the third paragraph of the Article 56 of the TCC does not impose a limit on the scope of public institutions and organizations, it will theoretically be possible for all of them to have the title of plaintiff in unfair competition cases. Certainly it should not be overlooked that the relevant institutions should have legal interests in filing lawsuits against unfair competition. In evaluating whether the existence of a legal interest, the existence of a public interest could be a matter of discussion. In this respect, as in the Swiss practice, it should be accepted that the necessity of public interest should be provided in unfair competition cases to be filed by public institutions and organizations in the Turkish practice.

In practice, it is not observed that this authority is exercised by the public instutions. Organizations that have public force are using this opportunity in their hands by making secondary arrangements that aims to influence the market or they try to bring a balance to the market and solve the problems in the market through administrative sanctions. This situation may cause arbitrariness and also may result in failure to find a permanent solition to the problems. In the position where lawsuits are

filed by public instituons against unfair competition, since there will be a process carried out by the Judiciary, arbitrariness can be prevented and permanent solutions would be provided to problems that may arise in the context of unfair competition. Because public institutions often use monetary sanctions, they are insufficient to prevent actions that constitute unfair competition. In this respect, lawsuits which demanding the detection, prevention and elimination of the financial situation that is the result of unfair competition by public institutions will be a more effective solution to provide appropriate functioning of the market.

Keywords: Unfair Competition, Legal Responsibility, Unfair Competition Cases, Instutions with Public Nature, Title of Plaintiff

Gümrüklerde El Konulan Taklit Markalı Malların Tasfiyesi- Anayasal İlkeler Çerçevesinde Sorunlar

Dr. Öğr. Üyesi Eda Giray*

Risk Yönetimi, Tasfiye ve Döner Sermaye Genel Müdürlüğü ("TASİŞ")'nün Gümrük Kanunu ile Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu hükümlerine göre tasfiye edilecek hâle gelen eşyanın, ilgili mevzuat uyarınca tasfiyesi amacıyla, gümrüklerde veya diğer yerlerde depolar, mağazalar ve satış reyonları açma veya açtırma, tasfiye edilebilir duruma gelen eşyadan yurt dışında satış imkânı olanları ihraç etme veya ettirme, tasfiye edilebilecek hâle gelen eşyanın satışa sunulmadan önce, özelliklerine göre tamir, bakım ve ambalajlamasını yapma veya yaptırma, gerektiğinde parça hâlinde satışını temin etme yetkisi bulunmaktadır.

Risk Yönetimi, Tasfiye ve Döner Sermaye Genel Müdürlüğü tarafından tekrar satışı sağlanan ürünlerden bazılarını da taklit markalı malları oluşturmaktadır. Kurumun amacı ve görevi neticesinde, Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) çerçevesinde hem markaya tecavüz hem de markaya tecavüz suçu oluşturan söz konusu eşyaların devlet eliyle tekrar piyasaya sunulması taraflar için bir çok hukuki soruna neden olmaktadır. Son yıllardaki gelişmeler ile marka sahiplerine ihale öncesi şikayet hakkı tanınmış olsa da, taklit markalı mallar tekrar piyasaya sunulmasının önlenmesi açısından düzenleme oldukça yetersizdir. Ayrıca devletin bir kurumundan satın alındığı için artık hukuka uygun olarak satışının gerçekleştirilebileceğini düşünen üçüncü kişilerin karşılaştıkları ceza ve hukuk davaları da incelenmesi gereken diğer konuyu oluşturmaktadır.

Bu tebliğ kapsamında, ilk olarak markaya tecavüz konusu olan taklit malların devlet eliyle tekrar satışı, devletin suçu önleme ilkesi çerçevesin-

* Marmara Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu

de değerlendirilecektir. Devletin kanuni düzenlemelerle hukuka ve devlete olan güveni zedeleyici hususlardan kaçınması gerektiği de dikkate alındığında, Risk Yönetimi, Tasfiye ve Döner Sermaye Genel Müdürlüğü tarafından taklit malların tekrar piyasaya sunulması, marka hakkı sahibinin mülkiyet hakkı çerçevesinde incelenecektir. Son olarak taklit markaları Risk Yönetimi, Tasfiye ve Döner Sermaye Genel Müdürlüğü'den faturalı olarak satın alan üçüncü kişilere karşı açılan hukuk ve ceza davaları karşısında hukuki güvenlik ilkesi değerlendirilecektir. Zira hukuk devleti ilkeleri dikkate alındığında, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde d evlete güven duyabilmesi gerekmektedir. Şüphesiz devletin de bu güven duygusunu ihlal edici eylemlerden kaçınması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Taklit Marka, Gümrüklerde El Koyma, Tasfiye, TASİŞ, Fikri Mülkiyet Hakları

Liquidation of Counterfeit Goods Seized at the Customs - The Issues Within the Framework of Constitutional Principles

Asst. Prof. Dr. Eda Giray*

The "General Directorate of Risk Management, Liquidation and Revolving Fund" ("TASİŞ") is authorized to open or made someone else opens warehouses, stores, and sales departments at customs or other places; to export or made someone else export the items that can be sold abroad among liquidable items; to repair, maintain and pack or made someone else do these before being offered for sale according to the characteristics of the goods that have become liquidable; to ensure the sale in parts when necessary; for the purpose of liquidation of goods that have become liquidable in accordance with the provisions of Custom Law and Anti-smuggling Law.

Some of the goods resold by TASİŞ are counterfeit goods. In context of the purpose and duty of the Institution, the resale of these items constituting both the act and the crime of trademark infringement according to the Industrial Property Law (IP Law) by the State causes many legal problems for the parties. Although brand owners have been granted the right to complain before the tender with recent developments, the legislation is quite inadequate in terms of preventing remarketing of counterfeit goods. In addition, criminal and civil cases faced by third parties who believe that their sale is legal because it was purchased from an Institution of the State, is another issue that needs to be examined.

Within the scope of this presentation, resale of counterfeit goods via State will be evaluated firstly within the framework of the principle of preventing the crime of the State. Secondly, remarketing of counterfeit

* Marmara University Vocational School of Justice

goods by TASİŞ will be examined within the framework of the ***r***ight to property of the trademark owner, in consideration that the State must avoid issues that damage confidence in the Law, legal regulations, and the State. Finally, the principle of legal security will be evaluated in the face of civil and criminal cases filed against third parties who buy counterfeit goods in return for an invoice from TASİŞ. Because considering the principle of the state of law, persons should be able to trust the State in all their actions and transactions. Undoubtedly, the State should also avoid actions that violate this sense of trust.

Keywords: Counterfeit Trademarks, Seizure in Customs, Liquidation, General Directorate of Risk Management, Liquidation and Revolving Fund (TASİŞ), Intellectual Property Rights

Fikri Mülkiyetin İstimvali: Kamu Sağlığı Nedeniyle Zorunlu Patent Lisansı

Dr. Öğr. Üyesi Sırrı Düğer*

Patent, sahibine icattan belirli bir süre münhasır olarak yararlanma imkânı vermektedir. İlaç/aşı patentleri de patent sahibi dışındakilerin söz konusu ürünleri üretmelerinin önünde hukuki bir engeldir. Münhasır nitelikteki patent hakkının aşıya/ilaca erişimi engellemesi halinde kamu sağlığı sebebiyle bu hakkın sınırlanması hukuken mümkündür. Bu sınırlama, Cumhurbaşkanı kararıyla kamu sağlığı nedeniyle ilaç/aşı patentinin zorunlu lisansa konu olmasıdır. Kamu sağlığı sebebiyle alınabilecek bu kararla patent hakkı sahibinin rızası olmaksızın patent konusu ürünün patent sahibi dışında bir kişi tarafından üretilmesi hukuken mümkün hale gelmektedir.

İdare, olağanüstü durumlarda vatandaşlara para, mal ve çalışma yükümlülüğü getirebilir. İstimval olarak ifade edilen bu durumda idare, olağanüstü durum nedeniyle ortaya çıkan kolektif bir ihtiyacın giderilmesi için özel kişilerin elindeki taşınırlara kamu gücü kullanarak el koymaktadır. Ancak bu ihtiyacın bu istisnai usul dışında giderilmesi imkânı olmamalıdır. Ayrıca bu durumun kanuna dayalı olması ve karşılığının ödenmesi gerekir.

Covid-19 aşısının patentlenmesi halinde patent, aşıya erişim açısından bir engel oluşturacaktır. Bu engel nedeniyle aşıya yeterince erişim sağlanamaması halinde Sınai Mülkiyet Kanununa göre aşı patentinin zorunlu lisansa konu olmasına karar verilebilir. Ayrıca SMK, zorunlu lisans kararı öncesinde sözleşmeye dayalı lisans girişiminde bulunulması ancak bunun sonuçsuz kalması şartını da aramaktadır. Diğer taraftan

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

SMK, zorunlu lisans karşılığı bir bedel ödenmesini de öngörmektedir. Covid-19'un kamu sağlığı açısından olağanüstü bir durum oluşturduğu izahtan varestedir. AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre fikri mülkiyet hakları, AİHS 1 No'lu Ek Protokol ve Anayasa m. 35 açısından mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Bu durumda eğer aşı patenti zorunlu lisansa konu olursa patent sahibinin Anayasa m. 35 kapsamındaki hakkı, Covid-19 salgınının neden olduğu aşı ihtiyacı sebebiyle sınırlanmaktadır. Bu sınırlama, kanunla yapılmakta ve karşılığı da ödenmektedir. Bu çalışmada kamu sağlığı nedeniyle zorunlu patent lisansı istimval olarak nitelendirilebilir mi sorusunun cevabı aranmaktadır. Çalışmanın hipotezi bu lisansın istimval olarak değerlendirilebileceğidir. Sonuç olarak bu lisansın verilmesi, Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlanma şartlarının da gerçekleşmesine bağlıdır. Esasen SMK'deki şartlar gerçekleşmesine rağmen Anayasa m. 13'teki sınırlama şartları gerçekleşmemişse kamu sağlığı nedeniyle verilen zorunlu lisansın hukuka aykırı olacağı ifade edilebilir.

Anahtar Kelimeler: Patent, Kamu Sağlığı, Zorunlu Lisans, İstimval, Mülkiyet Hakkı

Expropriation Of Intellectual Property: Compulsory Patent License Because of Public Health

Asst. Prof. Dr. Sırrı Düğer*

The patent allows its owner to benefit from the invention exclusively for a certain period. Drug / vaccine patents are also a legal obstacle for others to produce the products in question. If the exclusive patent right prevents access to the vaccine / medicine, it is legally possible to limit this right due to public health reasons. This limitation is that the drug / vaccine patent is subject to compulsory license due to public health reasons by the President's decision. With this decision that can be taken due to public health reasons, it becomes legally possible to produce the product subject to the patent by someone other than the patent owner without the consent of the patent right owner.

The administration may impose monetary, property and work obligations on citizens in extraordinary situations. In this situation, which is expressed as expropriation, the administration seizes the movables in the hands of private persons by using public power to fulfill a collective need arising due to the extraordinary situation. However, it should not be possible to fulfill this need other than this exceptional procedure. Besides, this situation must be based on the law and a remuneration should de paid.

If the Covid-19 vaccine is patented, the patent will create a barrier in terms of access to the vaccine. In case of insufficient access to the vaccine due to this obstacle, it may be decided that the vaccine patent is subject to compulsory license according to the Industrial Property Code. Also, IPC seeks the condition of attempting a contractual license before

* Yalova University Faculty of Law Administrative Law Department

the compulsory license decision, but this will be inconclusive. On the other hand, the IPC also stipulates the payment of a compulsory license fee. Covid-19 poses an extraordinary situation in terms of public health. According to the ECtHR and the Constitutional Court case law, intellectual property rights, are regarded within property rights in terms of the Additional Protocol No. 1 to the ECHR and the Constitution Art. 35. In this case, if the vaccine patent is subject to a compulsory license, the right of the patent holder under Constitution Art. 35 is limited due to the need for vaccines caused by the Covid-19 pandemic. This limitation is made by law and is paid for. In this study, the answer to the question of whether a compulsory patent license can be regarded as expropriation due to public health is sought. The study hypothesizes that this license can be considered as expropriation. As a result, granting this license depends on the fulfillment of the restriction conditions in Article 13 of the Constitution. In fact, it can be stated that the compulsory license issued for public health reasons would be unlawful if the conditions in the IPC have been fulfilled but the conditions of limitation under Art. 13 of the Constitution have not been fulfilled.

Keywords: Patent, Public Health, Compulsory License, Requisition, Right to Property

Acentelik Sözleşmelerindeki Haklı Sebeple Fesih Düzenlemelerinin, Acentenin Denkleştirme Talebine Etkisi

Ar. Gör. Dr. Abdüssamet Yılmaz*

Denkleştirme talebinin şartları, TTK m. 122'de belirlenmiştir. Madde uyarınca denkleştirme talebi şartları:

- Müvekkilin, acentenin bulduğu yeni müşteriler sayesinde, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde etmesi,
- Acente, sözleşme ilişkisinin sona ermesinin sonucu olarak, onun tarafından işletmeye kazandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybetmesi,
- Hakkaniyet gerektirmesi,
- Sözleşme ilişkisinin müvekkil tarafından haklı sebeplerle sona erdirilmemiş olması

olarak karşımıza çıkmaktadır. Denkleştirme talebinde bulunulabilmesi için sayılan şartların kümülatif olarak bir arada bulunması gerektiğinden, şartlardan birinin sağlanamaması dahi talebin ileri sürülmesine engel teşkil etmektedir. Bu kapsamda acentelik sözleşmesinin müvekkil tarafından haklı sebeplerle sona erdirilmesi halinde acentenin denkleştirme isteminde bulunması mümkün olmamaktadır. Bu şartın ise özellikle acentelik sözleşmelerine konulan haklı sebeple fesih halleri karşısındaki

* Marmara Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu

konumunun incelenmesi gerekmektedir. Zira sözleşmede yer alan bazı haklı sebeple fesih sebepleri, denkleştirme talebine temel teşkil eden acentecilik faaliyetleriyle ilgisi olmamakta hatta acentelik ilişkisinden tamamen bağımsız olarak da belirlenebilmektedir. Bu itibarla sözleşmenin müvekkil tarafından haklı sebeple feshi durumunda denkleştirme talebinin akıbetinin tartışılması gerekmektedir.

Denkleştirme talebi hukuki niteliği itibariyle bir tazminat olmayıp, bir karşılık niteliğindedir. Acente tarafından yaratılan müşteri çevresi için kendisine verilen, hakkaniyet temelli bir karşılık olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla denkleştirme talebi esasen acentenin işletmeye yaptığı katkının karşılığıdır. Kurumun bu niteliği gerek Türk gerek İsviçre ve Alman doktrinde kabul edilmektedir.

Denkleştirme talebinin, acente tarafından müvekkil sağlanan müşteri çevresinin bir karşılığı olması itibariyle de acentelik sözleşmesinin müvekkil tarafından haklı sebeplerle sona erdirildiği her halde denkleştirme talebinin istenemeyeceği şeklindeki yaklaşım yerinde olmayacaktır. Zira acente tarafından bulunan müşteriler ile müvekkilin işlem yapmaya devam ettiği ve müvekkilin bu sayede ekonomik faydalar sağladığı durumda, acentenin özellikle sözleşme ile belirlenmiş bir takım haklı sebeple fesih hallerinin gerçekleşmesi dolayısıyla denkleştirme talebinden mahrum bırakılması hakkaniyet ile bağdaşmayacaktır.

Denkleştirme talebinin ortadan kalkmasına neden olabilecek haklı sebeple fesih halleri, müvekkil bakımından denkleştirme talebine konu menfaatleri elde etmesini engelleyebilecek haller ile sınırlandırılmalıdır. Bu kapsamda özellikle acentelik sözleşmelerine müvekkil tarafından konulan haklı sebeple fesih hallerinin gerçekleşmesinin denkleştirme talebinin ileri sürülmesini doğrudan engellemeyeceği kabul edilmelidir. Sözleşme ile belirlenen haklı nedenlerin somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi gerekmekte olup müvekkil tarafından gerçekleştirilen ve sözleşme kapsamındaki haklı sebeplere dayanılan feshin, her durumda acentenin denkleştirme talebi hakkını ortadan kaldırmayacağı sonucuna varılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Acente, Denkleştirme Talebi, Haklı Sebep

The Effect of Termination Provisions in the Agency Agreement on the Agency's Indemnity Request

Res. Asst. Dr. Abdüssamet Yılmaz*

Conditions of the indemnity request is determined in TCC art. 122 as follows:

- The client gains significant benefits after the termination of the contractual relationship, due to the new customers found by the agency,
- As a result of the termination of the contractual relationship, the agency loses its right to demand the fee that it would have earned if the contractual relationship had continued due to the work done or to be done with the customers brought into the business by it,
- It requires good faith,
- The contractual relationship was not terminated by the client for just cause.

Since the conditions listed must be combined cumulatively in order to be able to make an indemnity request, failure to fulfill one of the conditions constitutes an obstacle to the claim. In this context, if the agency contract is terminated by the client for just cause, it is not possible for the agency to request indemnity. The position of this requirement should be examined, especially in the case of termination for a just cause, which is put into agency contracts. Because some justified reasons for termination in the contract are not related to the agency activities that form the basis of the compensation request, even they can be determined completely independently from the agency relationship. In this respect, in case of

* Marmara University Vocational School of Justice

termination of the contract by the client for just cause, the fate of the compensation request should be discussed.

Indemnity request is not a compensation due to its legal nature, but a provision. It is regarded as an equitable compensation given to it for the client environment created by the agency. In this respect, the compensation request is essentially the return of the agency's contribution to the business. This quality of the institution is acknowledged in both Turkish, Swiss and German doctrine.

Since the indemnity request is a response to the client environment provided by the agency to the client, the approach stating that this request cannot be put forward in all cases where the agency contract is terminated by the client for just cause is not appropriate. Because, if the client continues to make transactions with the customers found by the agency, it will not be in line with the fairness that it is not possible to request compensation because of the termination of a number of justified reasons determined by the contract.

Justifiable reasons preventing the equalization request should be limited to the situations that may cause the client to adversely affect the client's environment. In this context, it should be accepted that the realization of the termination of the agency contracts by the client for a just cause will not directly prevent the claim of indemnity. The justified reasons determined by the contract should be evaluated according to the conditions of the concrete case, and it should be concluded that the termination by the client based on justified reasons within the scope of the contract will not remove the right of the agency to demand compensation in any case.

Keywords: Agency, Indemnity Request, Just Cause

8. OTURUM / SESSION 8

Eşlerin Evlilik Birliği Giderlerine Katılma Yükümlülüğünün Boşanma Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Prof. Dr. Faruk Acar*

Anayasamız aile kurumunun eşler arasında eşitliğe dayandığını (AY.m.41/1), ayrıca kadın ve erkeğin kanun önünde eşit olduğunu açıkça hükme bağlamıştır (AY.m.10). Aile hukukumuz da bu ilkeler çerçevesinde kadın-erkek ya da eşlerin eşitliğini benimsemiş, Medeni Kanunumuzda bu yönde hükümler sevk edilmiştir. Evlilik birliğinin giderlerine katılıma bakımından TMK m.186/3 düzenlemesi örnek olarak gösterilebilir. eMK m.152'deki giderleri karşılama noktasında kocayı sorumlu tutan hüküm yerine TMK m.186/3'de eşleri sorumlu tutmuştur. Sorumlu şahıslar bakımından sağlanan eşitlik, gidere katılma noktasında "güçleri oranında" ölçütünün benimsenmesi eşitliğe aykırı veya adalete aykırı bir durum yaratmaz. Bu konuyu aile kurumunun yapısını gözeterek değerlendirilmek gerekir. Zira TMK m.185/3'de eşlerin birbirlerine yardımcı olma zorunluluğu kabul edilmiştir.

Gidere katılma yükümlülüğünün boşanma hukuku bakımından öne çıktığı alanlar, boşanma davası ve boşanma sebepleridir.

TMK m.186/3'deki katılma yükümlülüğünün TMK m.185'in veya 185/3'deki yardımlaşma yükümlülüğünün özel bir uygulaması olduğu söylenebilir. Boşanma davası devam ederken evlilik birliğinin sona ermediği için giderlere katılma zorunluluğu devam eder. Ancak bu aşamada TMK m.169 uyarınca yükümlülük ve ifası "tedbir nafakası" şekline bürünür. Genel kabule göre evlilik birliği devam ederken giderlere katılma

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

talebi bakımından tek engel TMK m.2/2'dir, bu kabul TMK m.2/1 dikkate almamaktadır. Aynı yaklaşımın boşanma davası sürecinde de varlığını sürdüreceğini ileri sürmek güç değildir, zira boşanma davası eşe ayrı yaşama hakkı vermekte ve tedbir nafakası bakımından kusur rol oynamamaktadır. Ancak boşanma davası süresince eşit gelir düzeyine sahip eşler bakımından gidere katılma yükümlülüğünün devam edeceği değerlendirilse de, bu sorun "genel ihtiyaçlar" (ortak) ve "bireysel ihtiyaçlar" temelinde ele alınmalı, talepte bulunan eşin bireysel ihtiyaçlarına isabet eden kadarıyla gidere katılma yükümlülüğünün kalmayacağı ilkesel olarak kabul edilmelidir.

Öte yandan yoksulluk nafakası talebinin de TMK m.185/3 ve 186/3'nın uzantısı olduğu kabul edilebilir.

Boşanma sebeplerinin sınırlı oluşu nazara alındığında, zina, hayata kast, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk, akıl hastalığı, anlaşmalı boşanma ve fiili ayrılık sebeplerini birlik giderlerine katılma yükümlülüğü ile ilişkilendirmek zordur. Buna karşın pek kötü ve onur kırıcı davranış ile evlilik birliğinin temelden sarsılması (TMK m.166/1) tipi boşanma sebeplerinde aksi söylenebilir. Genellikle bu yükümlülüğün ihlali TMK m.166/1 çerçevesinde boşanma sebebini oluşturur. Eşlerin emek ve parasal katkısı eşdeğerde görüldüğü için parasal katkı gibi emek türü katkının ihlali de boşanma sebebi bağlamında değerlendirilebilecektir.

Anahtar Kelimeler: Aile, Evlilik Birliği, Boşanma, Evlilik Birliği Giderlerine Katılma, Tedbir Nafakası

A Review of the Obligation to Contribute in Matrimonial Union Expenses in Respect to Divorce Law

Prof. Dr. Faruk Acar*

Turkish Constitution explicitly prescribes that the family is based on the equality between the spouses (Constitution Art. 41/1), and that men and women have equal rights (Constitution Art. 10). Turkish family law also embraces the equality of man-woman or spouses in the light of those principles, and Turkish Civil Code holds numerous provisions in that direction. TCC Art. 186/3, which regulates the contribution in matrimonial union expenses constitutes an example in that regard. In contradiction to the preceding TCC Art. 152 which held the husband responsible for matrimonial union expenses, current TCC Art. 186/3 holds both spouses responsible. The equality in terms of the responsible person does not result in any unequal or unjust results owing to the criterion regarding the contribution in expenses, i.e. "in proportion with their capacity". The issue shall be reviewed by taking into consideration the structure of the family, as TCC Art. 185/3 obligates each spouse to help the other.

In the field of divorce law, the obligation to contribute in expenses is particularly important for divorce suits and grounds of divorce.

It may be articulated that the obligation to contribute under TCC Art. 186/3 is a special application of TCC Art. 185 or the obligation to help each other under Art. 185/3. The obligation to contribute in expenses persists during the course of divorce suit, as the matrimonial union has not ended yet. However, the obligation takes the form of "interim alimony" at this stage under TCC Art. 169. According to the general ac-

* Marmara University Faculty of Law Civil Law Department

ceptance, only bar to the claim of contribution in expenses during the course of matrimonial union is TCC Art. 2/2. TCC Art. 2/1 is ignored in that regard. It is not difficult to assert that the same approach shall be adopted also in the course of divorce suit, since divorce suit grants the spouses right to live separately and fault plays no role with regards to the interim alimony. Yet, even if it is asserted that the obligation to contribute in expenses persists for spouses with equal income, this issue shall be reviewed on the basis of "general needs" (joint) and "individual needs". It shall be acknowledged as a principle that the spouse is under no obligation to contribute in expenses required for the claimant spouse's individual needs.

Besides, it may be accepted that the claim for poverty alimony is also an extension of Art. 185/3 and 186/3.

Considering the grounds for divorce are limited, the obligation to contribute in expenses is difficult to correlate with adultery, attempt on life, committing a crime and leading a dishonorable life, desertion, insanity, agreement on divorce, and de facto separation. On the other hand, the opposite may be articulated when it comes to grave assaults and insults, or the rupture of conjugal relations (TCC Art. 166/1). The violation of this obligation generally constitutes a ground for divorce. Besides the violation of financial contribution, the violation of labor contribution may also be considered as a ground for divorce, since both contributions are valued equivalently .

Keywords: Family, Matrimonial Union, Divorce, Contribution in Matrimonal Union Expenses, Interim Alimony

Temel Hakların Yatay Etkisi Doktrini ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin Öncü Kararları Çerçevesinde Konuya Özel Hukuk Perspektifinden Kısa Bir Bakış

Dr. Öğr. Üyesi Murat Sarıkaya*

Temel hakların yatay etkisi doktrini, temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk uyuşmazlıklarında da dikkate alınabileceğini öngörmektedir. Kökeni Alman hukukuna dayanan ve kendi içerisinde farklı yaklaşımları bulunan bu doktrin, diğer hukuk sistemlerini de etkilemiştir. Nitekim Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarında yatay etki doktrinine yer verdiği görülmektedir. Bununla birlikte, söz konusu doktrinin özel hukuk perspektifinden incelenmesi ayrıca önem arz etmektedir. Çalışmada, İsviçre Federal Mahkemesi'nin öncü nitelikte görülebilecek kararları üzerinden konunun aydınlatılması amaçlanmıştır. Bu bağlamda örneğin, Federal Mahkeme bir kararında kişilik hakkına basın yoluyla saldırının varlığı değerlendirilirken Art. 28 ZGB (TMK m. 24) hükmünün anayasal ilkeler ve basının misyonu göz önüne alınarak yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Ancak aynı karara göre anayasa hukukunun özel hukuku etkileyebilmesi, anayasa hukukunun bireyler arasındaki ilişkilerde doğrudan uygulanabileceği anlamına gelmemektedir (BGE 107 Ia 277). Nitekim Mahkeme içtihatlarında, prensip olarak, din özgürlüğünün (BGE 118 Ia 46) ve kadın - erkek eşitliğinin (BGE 114 Ia 329) özel hukuk ilişkilerinde doğrudan etkisinin olamayacağı kabul edilmiştir. Federal Mahkeme'nin söz konusu doktrini kapsamlı olarak ele aldığı kararında, İsviçre öğretisinde temel hakların yatay etkisinin çoğunlukla benimsendiği, bilhassa özel hukuk normlarının anayasaya uygun yorumlanmasının gereği olarak dolaylı yatay etkinin genel bir ka-

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

bul gördüğü ifade edilmiştir. Somut olay özelinde de Mahkeme, Art. 337 OR (TBK m. 435) hükmünün uygulanması bakımından anayasal bir hak olarak teminat altına alınan grev hakkının dikkate alınması gerekeceğini belirtmiştir. Buna göre, haklı sebeple sözleşmeyi derhal feshetme hakkı veren mezkûr hükmün, anayasaya uygun yorum yapılmasına imkân veren tipik bir norm olduğu saptanmıştır. Dolayısıyla hukuka uygun bir grevin hizmet sözleşmesinin ihlali anlamına gelip gelmeyeceğinin incelenmesi gereği vurgulanmıştır (BGE 111 II 245). Yine başka içtihatlarında da Mahkeme, özel hukuk normlarının yorumunda dikkate alınmak suretiyle temel hakların dolaylı bir yatay etkiye sahip olabileceğini kabul etmiştir (BGE 120 V 312; BGE 118 Ia 46). Görüldüğü gibi İsviçre Federal Mahkemesi, temel hakların yatay etkisine kararlarında atıfta bulunarak bu doktrine dikkat çekmiştir. Çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına konu olan seçilmiş örnekler de sunulmak suretiyle yatay etki doktrininin özel hukuk yönünden kısaca değerlendirilmesi hedeflenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Temel Haklar, Yatay Etki, Anayasa, Özel Hukuk, İsviçre Federal Mahkemesi

The Doctrine of the Horizontal Effect of Fundamental Rights: A Brief Evaluation from the Perspective of Private Law in the Light of Leading Decisions of the Swiss Federal Supreme Court

Asst. Prof. Dr. Murat Sarıkaya*

The doctrine of the horizontal effect of fundamental rights provides that the fundamental rights must be taken into account in disputes related to private law as well. This doctrine which derives from German law and incorporates different approaches has also influenced other legal systems. In fact, it can be seen in Turkish law that the Constitutional Court pays attention to the doctrine of horizontal effect in decisions given upon individual applications. Nevertheless, there is a need to examine the doctrine in question from a private law perspective. The aim of the study is to clarify the subject in the light of the leading decisions of the Swiss Federal Supreme Court. For instance, it has been stated in a Federal Supreme Court decision that as to question of existence of an attack on personal rights through the press Art. 28 of the SCC (Art. 24 of the TCC) should be interpreted according to the constitutional principles and the mission of the press. However according to the same ruling, the fact that constitutional law can influence private law does not mean that constitutional law can be directly applied in relationships between individuals (BGE 107 Ia 277). Indeed, it has been accepted in the jurisprudence of the Federal Supreme Court that religious freedom (BGE 118 Ia 46) and equality of women and men (BGE 114 Ia 329) cannot have any direct effect on relationships under private law. The decision of the Federal Supreme Court in which the mentioned doctrine is discussed in detail states that the horizontal effect of fundamental rights is predominantly

* Turkish-German University Faculty of Law Civil Law Department

recognized in Swiss legal theory, and that the indirect horizontal effect is almost consistently approved as it ensures that the private law norms are interpreted in accordance with the fundamental rights. The Court states as to the particular case before it that the right to strike, which is arguably guaranteed as a constitutional right, is to be taken into consideration in the application of Art. 337 of the SCO (Art. 435 of the TCO). Accordingly, the aforementioned provision, which grants the right to terminate the contract immediately for good cause, has been characterised as a typical norm that requires an interpretation according to the constitution. It has been therefore emphasized that it must be examined whether a lawful strike constitutes a breach of the employment contract (BGE 111 II 245). Again in other decisions the Court has accepted that the fundamental rights can be taken into consideration in the interpretation of private law norms so that they would have an indirect horizontal effect (BGE 120 V 312; BGE 118 Ia 46). So the Swiss Federal Supreme Court has drawn attention to the horizontal effect of the fundamental rights by referring to this doctrine in its judgments. In this study, it is aimed to briefly evaluate the subject in terms of private law by presenting also selected examples from the decisions of the European Court of Human Rights and the Turkish Constitutional Court.

Keywords: Fundamental Rights, Horizontal Effect, Constitution, Private Law, Swiss Federal Supreme Court

Anayasa Işığında Medeni Hukukta Cinsiyet Kimliğinin Korunması

Dr. Öğr. Üyesi Özgün Çelebi*

Medeni hukuk açısından cinsiyet kimliği sorunu, bir yandan biyolojik olarak belirli bir cinsiyete ait olmalarına rağmen kendilerini başka bir cinsiyete ait hisseden kişilerin, öte yandan biyolojik olarak belirli bir cinsiyete ait olmayan kişilerin içinde bulundukları gerçekliğin hukuk düzeninde ne ölçüde kabul göreceğinin belirlenmesi ile ilintilidir. Transseksüel ve interseks bireylerin cinsiyet kimliklerinin neye göre belirlendiği sorunu, medeni hukuk alanında nüfus kayıtlarının tutulmasına ve ismin belirlenmesine ilişkin kurallarda ifadesini bulmaktadır. Yabancı hukuk sistemlerine bakıldığında, bazı ülkelerde cinsiyet kimliğinin korunması yönündeki evrimin anayasa yargısı ile tetiklenmiş olduğu gözlemlenmektedir. Örneğin Alman hukukunun çağdaş standartlara doğru yönelmesinde Anayasa Mahkemesi belirleyici bir rol oynamıştır. Benzer bir yaklaşım İtalya, Avusturya ve Belçika Anayasa Mahkemeleri tarafından da benimsenmiştir.

Ülkemizde de Anayasa Mahkemesi cinsiyet kimliğinin, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirmesi, vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı ve özel hayata saygı haklarının koruması altında olduğunu kabul etmiştir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi, 29 Kasım 2017 tarihinde aldığı kararla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Y.Y./Türkiye kararındaki (10.03.2015, Başvuru No: 14793/08) bulgulara paralel olarak, Türk Medeni Kanunu'nun cinsiyet değişikliği için "üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma" şartını öngören ifadesini (m. 40) oy çokluğuyla iptal etmiştir (Esas No. 2017/130, Karar No. 2017/165,

* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Resmî Gazete 20.03.2018/30366). Ancak aynı gün ve yine oy çokluğuyla aldığı başka bir kararda Anayasa Mahkemesi nüfus sicilinde yapılacak cinsiyet değişikliğini biyolojik cinsiyet değişikliği şartına tabi tutan düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını yerinde bulmamıştır (Esas No. 2015/79, Karar No. 2017/164, Resmî Gazete 20.03.2018/30366).

Cinsiyet kimliğinin korunması açısından hukukumuzun geldiği noktada, bir yandan hukuki cinsiyetin biyolojik cinsiyet ile eş değer olduğu, öte yandan belirli bir biyolojik cinsiyete sahip olmayan kişilerin cinsiyet kimliklerini koruyan bir düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir. Bununla beraber, kanun koyucunun mutlak bir toplumsal uzlaşı bekleyerek müdahale etmeyebileceği alanlarda anayasa yargısı yoluyla hukukumuzun gelişebilmesi mümkündür. Hâlihazırda Anayasa Mahkemesi de üreme yeteneğinden yoksunluk şartına ilişkin verdiği karar ile cinsiyet kimliği alanında anayasa yargısı ile oluşabilecek etkilerin kapısını açmıştır. Bu bağlamda cinsiyet kimliğinin Anayasa hükümleri ile bağlantısının tespitinin önemi daha da artmıştır. Bu bağlantı ışığında cinsiyet kimliği alanında anayasa yargısı ile varılabilecek sonuçlar, bu aşamaları daha önce geçirmiş ülkelerdeki Anayasa Mahkemesi kararlarının bulguları ile karşılaştırılarak belirlenmeli ve cinsiyet kimliğinin özel bir anayasal koruma ihtiyacı doğurup doğurmadığı tartışılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Cinsiyet Kimliği, Nüfus Sicilindeki Cinsiyet Kaydı, Transseksüel ve İnterseks Bireyler, Maddi ve Manevi Varlığın Korunması ve Geliştirilmesi, Vücut Bütünlüğünün Dokunulmazlığı

Protection of Gender Identity in Civil Law in Light of the Constitution

Asst. Prof. Dr. Özgün Çelebi*

From the perspective of civil law, gender identity raises the question to what extent the law system shall recognize the reality experienced by individuals who biologically belong to one sex but feel as members of another sex and by those who do not biologically belong to a specific sex. The criteria of determination of the transsexual and intersex individuals' gender identity are reflected in the rules relating to the civil status register and to the determination of the name. In some jurisdictions, the evolution of the law towards protection of gender identity was triggered by constitutional jurisprudence. For instance, the German Constitutional Court played a decisive role in the evolution of the law towards the contemporary standards. A similar approach was adopted by the Constitutional Courts of Italy, Austria, and Belgium as well.

Turkish Constitutional Court has also stated that the gender identity is protected by the constitutional rights to protection and improvement of one's physical and moral existence, inviolability of physical integrity and respect for private life. Following the European Court of Human Rights' findings in the case Y.Y./Turkey (10.03.2015, Application No. 14793/08), in a judgment of 29 November 2017, the Constitutional Court cancelled, by majority of votes, Turkish Civil Code's requirement of permanent inability to procreate for biological sex change (article 40) (Case No. 2017/130, Decision No. 2017/165, Official Gazette 20.03.2018/30366). However, the same day, again by majority of votes, the Constitutional Court expressed the view that the requirement of biological sex change for modification of the sex status in the civil sta-

* Koç University Faculty of Law Civil Law Department

tus register is not anti-constitutional (Case No. 2015/79, Decision No. 2017/164, Official Gazette 20.03.2018/30366).

Turkish law currently identifies gender identity with biological sex and contains no protective measures regarding the gender identity of intersex individuals. However, in areas where the legislator may avoid intervention due to lack of social consensus, the law may evolve through constitutional jurisprudence. The Constitutional Court has already opened the door for a potential evolution towards protection of gender identity by cancelling the condition of inability to procreate for sex change. In this context, the determination of the connection of gender identity with constitutional provisions has become particularly important. In light of this connection, we must reflect upon the results that may be achieved through constitutional jurisprudence in comparison with foreign Constitutional Courts' judgments and discuss whether the gender identity calls for a more specific constitutional protection.

Keywords: Gender Identity, Gender Status in the Civil Status Register, Transsexual and Intersex Individuals, Protection and Improvement of One's Physical and Moral Existence, Inviolability of Physicial Integrity

1982 Anayasası 20., 22. ve 35. Maddeleri Kapsamında Dijital Tereke Kavramı

Ar. Gör. Dr. Aybike Tunç*

Gelişen teknoloji, etkilerini her alanda olduğu gibi hukuk alanında da göstermektedir. Bu çerçevede, tereke kavramı da murisin dijital dünyada var olan her türlü değerini ifade eden dijital varlıkları da kapsayacak bir değişim gerçekleştirmektedir.

Dijital tereke, en basit tanımı ile murisin dijital ortamda bulunan her türlü verisini ifade etmektedir. Her ne kadar dünya mevzuatlarında henüz düzenlenmemiş olsa da dijital tereke kavramı, hem karşılaştırmalı hukukta hem de Türk Hukuku'nda çeşitli mahkeme kararlarında karşımıza çıkmaktadır.

Dijital terekeye ilişkin ilk uyuşmazlık, 2005 yılında Amerika'da dava konusu olmuştur. Mahkeme, murisin e-posta hesabındaki verilere erişiminde mirasçıların menfaati olduğuna ve mail içeriğinin elektronik kopyalarının bir CD ile mirasçılara verilmesine hükmetmiştir. Almanya Federal Mahkemesi ise 2018 yılında vermiş olduğu bir kararda dijital verilerin de BGB Art. 1922 anlamında terekeye dahil olduğunu ifade etmiştir.

Türk Hukuku'nda ise dijital tereke ilk kez Kasım 2020'de dava konusu olmuş ve Antalya BAM 6. Hukuk Dairesi vermiş olduğu kararda dijital malvarlıklarının da terekeye dahil olması gerektiğine hükmetmiştir.

Günümüzde, kripto paralardan binlerce takipçisi olan sosyal medya hesaplarına reklam verilmesine uzanan ticari pek çok işlem dijital ortamda gerçekleştirilmektedir. Ekonomik değeri yadsınamaz bu verilerin,

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

terekeye dahil olması gerektiği açıktır. Bunun yanı sıra MK md. 653 hükmü gereğince özel anı değeri olan şeyler de mirasın konusunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla kişilerin dijital ortamlarda bulunan her türlü verisi terekeye dahil olmalıdır. Bununla birlikte murisin üçüncü kişilerle yapmış olduğu özel yazışmaların dijital terekeye dahil olması hukuka uygun değildir. Zira murisin hayattayken üçüncü kişilerle yapmış olduğu özel yazışmaları bir başkası ile paylaşması, TCK md. 132 gereğince suç teşkil ederken; sırf kişi vefat ettiği için bu yazışmaların mirasçılarla paylaşılması, yazışmaların hayatta kalan tarafının mahremiyet ve haberleşme hürriyeti haklarının ihlali anlamına gelecektir. Tıpkı miras hakkı Anayasa md. 35 hükmü ile korunduğu gibi md. 22 hükmüyle haberleşme hürriyeti, md. 20 hükmüyle de kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı koruma altına alınmıştır. Elektronik mesajlaşmalarda kişiler gerek şifreleme uygulamaları gerekse de herhangi bir aracının olmaması sebebiyle yazdıkları mesajların yalnızca gönderdikleri kişilerce okunacağı inancıyla hareket etmektedirler. Bu nedenle de özel yazışmaların mirasçılara devri halinde, üçüncü kişilerin mahremiyet hakları ve haberleşme hürriyetleri ihlal edilmiş olacaktır.

Murisin terekesi hesaplanırken dijital malvarlığının da dikkate alınması gerektiği açıktır. Ancak dijital tereke belirlenirken mirasçıların ve üçüncü kişilerin çatışan hakları dikkate alınmalı, mirasçıların miras hakkının yanı sıra üçüncü kişilerin kişisel verileri ve haberleşme hürriyetleri korunmaya devam edilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Dijital Tereke, Miras Hakkı, Mahremiyet Hakkı, Haberleşme Hürriyeti, Kişisel Verilerin Korunmasını İsteme Hakkı

The Concept of Digital Estate within the Scope of Articles 20, 22 and 35 of the 1982 Constitution

Res. Asst. Dr. Aybike Tunç*

Developing technology shows its effects in the field of law as in every field. In this context, the concept of succession is also changing to include digital assets.

Digital estate refers to all kinds of data of deceased in the digital environment. Although it has not been regulated in any code, the concept of digital estate appears in various court decisions.

The first case regarding digital estate was in the United States in 2005. The court ruled that the inheritors had an interest to access deceased's e-mail account. In a decision dated 2018, the German Federal Court stated that estate includes digital data according to BGB Art. 1922.

In November 2020, the digital estate became subject of a case in Turkish Law for the first time, and Antalya BAM 6th Legal Department ruled that succession should include digital assets.

Today, many commercial transactions are carried out digitally. It is clear that these data should be included in the succession. In addition to this, in accordance with the provision of MK md. 653, things with special memorial value are also the subject of the succession. Therefore, deceased's all kinds of data should be included in the succession, however private messages should be left out of it. Sharing private messages with third parties constitutes crime in accordance with TCK md. 132; that's why sharing these with the heirs will constitute a violation of privacy and freedom of communication rights of the third party. Just as the right of inheritance is protected by the provision of Anayasa md. 35; the

* Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Civil Law Department

freedom of communication is protected by Anayasa md. 22, and the right to request protection of personal data by Anayasa md. 20. In electronic messaging, people believe that the messages they write will only be read by the people they send. Therefore, transferring private messages to the heirs will violate the privacy rights and freedom of communication of third parties.

It is clear that digital assets should also be taken into account when calculating the estate of the deceased. However, when determining the digital estate, the conflicting rights of the heirs and third parties should be taken into account, and the personal data and freedom of communication of third parties should continue to be protected as well as the inheritance rights of the heirs.

Keywords: Digital Estate, Right of Inheritance, Right to Privacy, Freedom of Communication, Right to Request Protection of Personal Data

9. OTURUM / SESSION 9

Yapay Zekâ Tarafından Geliştirilen Yaratıların ve Buluşların Fikri Mülkiyet Hukuku Kapsamında Korunması: Mülkiyet Hakkı Ekseninde Değerlendirmeler ve Öneriler

Dr. Öğr. Üyesi Kadir Baş*

John Locke'un kavramsallaştırdığı mülkiyet teorisine göre her bir birey, doğadaki şeylerle emeğini birleştirerek ortaya çıkardığı ürünler üzerinde mülkiyet hakkına sahiptir[1]. Bu mülkiyet teorisinden hareketle, bireylerin düşüncel emeğinin sonucu olan fikri ürünler üzerinde de mülkiyet hakkına sahip olduğu görüşü yaygınlık kazanmış ve mülkiyet teorisi, fikri mülkiyet hukuku korumasını temellendiren başlıca teori haline gelmiştir. Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında, fikri mülkiyet haklarının Anayasa'nın 35 inci maddesinde korunan bir temel hak niteliğindeki mülkiyet hakkına dahil olduğuna karar vermiştir[2].

Fikri ürünler ile mülkiyet hakkı arasındaki ilişki açısından son dönemin en tartışmalı konularından biri, yapay zekâ tarafından ortaya çıkarılan yaratıların ve buluşların fikri mülkiyet korumasından yararlanmasının gerekip gerekmediğidir. Son yıllarda özellikle güzel sanatlar, müzik ve edebiyat alanlarında yapay zekâ yaratılarına sıklıkla rastlanır olmuştur. Ne var ki bir yaratının, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında eser sayılabilmesi için bir insanın düşünsel emeğinin ürünü olması gerekir. İngiltere ve birkaç ülke dışında karşılaştırmalı hukukta da

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

1 Locke, J.: Two Treaties of Government, Chapter V, http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/locke/government.pdf.

2 Bkz. AYM, 27.05.2015, E. 2015/33, K. 2015/50; AYM, 13.05.2015, E. 2015/49, K. 2015/46; AYM, 09.04.2014, E. 2013/147, K. 2014/75.

aranan bu şart, yapay zekâ yaratılarının telif hukuku kapsamında bir eser olarak korunmasını engellemektedir.

Benzer bir yaklaşım, yapay zekâ tarafından geliştirilen buluşların patent olarak korunabilirliği açısından da sergilenmektedir. Avrupa Patent Ofisi, 2020 yılında buluş sahibi olarak yapay zekânın gösterildiği iki patent başvurusunu, buluş sahibi olarak sadece bir insanın belirlenebileceği gerekçesiyle reddetmiştir[3]. Aynı buluşa ilişkin İngiltere'de yapılan başvuru da aynı gerekçeyle reddedilmiş ve bu gerekçe İngiltere Yüksek Mahkemesi tarafından da kabul edilmiştir[4]. Söz konusu kararlar, yapay zekânın geliştirdiği buluşların buluş sahibi olarak bir gerçek kişi gösterilerek patentlenmesinin mümkün olup olmadığı konusunda kesin bir saptamada bulunmasa da bu hususu tartışmalı hale getirmiştir.

Yapay zekânın oluşumu ve çalışması için önemli bir işgücü ve sermaye yatırımı yapan kişilere, bu yapay zekânın doğrudan ortaya çıkardığı fikri ürünler üzerinde hukuki koruma sağlanmaması, mülkiyet teorisi açısından sorunlu gözükmektedir. Bu çerçevede mevcut fikri mülkiyet hukuku ilkelerinin, yapay zekâ yaratıları ve buluşları bakımından gözden geçirilmesi gereklidir.

Bu tebliğin amacı da yapay zekâ yaratılarının ve buluşlarının mevcut fikri mülkiyet hukuku düzenlemeleri çerçevesinde korunabilirliğini ve yapay zekâ sahibinin anayasal mülkiyet hakkı çerçevesinde bu korumanın kapsamının genişletilmesi gerekliliğini incelemeyi amaçlamaktadır. Karşılaştırmalı hukuktaki yasal düzenlemeler ve yargı kararları da dikkate alınarak yapılacak bu inceleme sonunda, Türk fikri mülkiyet hukuku açısından çözüm önerileri sunulması hedeflenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, Mülkiyet Hakkı, Fikri Mülkiyet, Patent, Telif Hakkı

---

[3] Bkz. https://www.epo.org/news-events/news/2020/20200128.html.

[4] *Thaler v The Comptroller-General of Patents, Designs And Trade Marks* [2020] EWHC 2412 (Pat).

Intellectual Property Protection for Creations or Inventions Generated by Artificial Intelligence: Assessments and Proposals from the Viewpoint of Property Right

Asst. Prof. Dr. Kadir Baş*

According to the theory of property conceptualized by John Locke, every person has a property right over the object that results from the mixture of his/her labour with things in the nature[5]. Based on such theory of property, it has been widely supported that every person must also enjoy a property right on intellectual products which are the results of his/her intellectual labour, and thus the theory of property has become the main theory providing the ground for the legal protection of intellectual property rights. In its several decisions, the Turkish Constitutional Court also decided that intellectual property rights are included in property right which is a fundamental right protected in Article of 35 of the Constitution[6].

One of the hot topics regarding the relationship between intellectual products and property right is whether creations or inventions produced by artificial intelligence (AI) should enjoy intellectual property protection. In recent years, AI creations have been increasingly seen particularly in the areas of fine arts, music and literature. However, in order for a creation to be considered as a work within the meaning of Law on Intellectual and Artistic Works No: 5846, it must be a product of the intellectual labour of a human being. This condition, which also exists

* Marmara University Faculty of Law Commercial Law Department

5 Locke, J.: Two Treaties of Government, Chapter V, http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/locke/government.pdf.

6 AYM, 27.05.2015, E. 2015/33, K. 2015/50; AYM, 13.05.2015, E. 2015/49, K. 2015/46; AYM, 09.04.2014, E. 2013/147, K. 2014/75.

in other jurisdictions except for few jurisdictions including the United Kingdom (UK), prevent that AI creations are protected as a work under copyright law.

A similar approach seems to be adopted for the patentability of AI inventions. In 2020, the European Patent Office rejected two patent applications, in which the inventor was an AI system, on the ground that only a natural person may be identified as the inventor[7]. The patent application made for the same invention is also rejected in the UK based on the same ground, and this rejection was approved by the UK High Court[8]. Even though those two decisions do not explicitly preclude the possibility for the patentability of AI inventions, they make it controversial.

Depriving the persons investing the necessary human and financial resources in the creation and working of an AI system, of legal protection on creations and inventions generated by their AI system seems problematic from the perspective of the property theory. Therefore, intellectual property law principles need to be revisited in relation to AI creations and inventions.

This article aims to examine the extent of protection for AI creations and inventions under current intellectual property legislations and the need for extending the scope of such protection from the viewpoint of the constitutional property right of the AI system's owner. In this respect, it intends to make some proposals for Turkish intellectual property law, by also analysing legislations and case-law of comparative jurisdictions.

Keywords: Artificial Intelligence, Property Right, Intellectual Property, Patent, Copyright

7 See https://www.epo.org/news-events/news/2020/20200128.html.

8 *Thaler v The Comptroller-General of Patents, Designs And Trade Marks* [2020] EWHC 2412 (Pat).

Anayasa Mahkemesi Kararı Çerçevesinde FSEK Madde 47- "Kamuya Mal Etme" -Düzenlemesinin Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Nilay Şenol*

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) 47. maddesi "*Kamuya Mal Etme*" başlığını taşımakta ve memleket kültürü için önemli görülen bir eserin üzerindeki mali haklardan faydalanma yetkisinin, hak sahiplerine uygun bir bedel ödenmesi durumunda, kanunda belirtilen koruma süresinden önce kamuya mal edilebileceği düzenlenmekteydi. Hükme göre, eserin kamuya mal edilebilmesi için, Bakanlar Kurulu kararnamesi, eserin memleket kültürü bakımından önemli görülmesi, Türkiye'de veya Türk vatandaşları tarafından Türkiye dışında yayımlanmış olması, mali haklara ilişkin koruma süresinin dolmamış bulunması, yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş bulunması ve hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni bir baskısını yapmayacağının tespit edilmesi şartlarının bir arada gerçekleşmesi aranmaktaydı. 10.09.2014 tarihinde 6552 sayılı kanun ile hükümde yapılan değişiklik ile "*yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş bulunması ve hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni bir baskısını yapmayacağının tespit edilmesi şartlarının bir arada gerçekleşmesi*" şartı kaldırılmıştır. Değişiklik ile kamuya mal etme işleminin, eser sahibinin ölümünden sonra yapılabileceği açıkça belirtilmiş ve koruma süresinin bitiminden önce eserin kamuya mal edilebileceği düzenlenmiştir. Düzenleme ile getirilen son değişiklik ise, önceki hükümde sadece "*mali haklardan yararlanma yetkisi*"nin kamuya mal edilmesi öngörülmüşken yeni düzenlemede, eser üzerindeki hakların kamuya mal edilebileceği belirtilmiştir. FSEK 47. maddede yer alan, "*Bakanlar Kurulu kararı ile memleket kültürü için önemi haiz görülen eserler*

* Gedik Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu

üzerindeki haklar, hak sahiplerinin münasip bir bedel talep etme hakları saklı kalmak kaydıyla, eser sahibinin ölümünden sonra, koruma süresinin bitiminden önce, kamuya mal edilebilir." cümlesi, Anayasa Mahkemesi tarafından, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamayacağını düzenleyen Anayasa madde 13 ile mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddeye aykırı bulunmuş; Mahkemenin, 14.05.2015 tarih ve 2014/177, 2015/49 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Ancak, iptal tarihinden bugüne yapılan tek değişiklik, 02.07.2018 tarih ve 700 sayılı KHK ile maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan "Bakanlar Kurulu" ibarelerinin "Cumhurbaşkanı" olarak değiştirilmesidir. Tebliğde, AYM iptal kararı çerçevesinde eser üzerindeki hangi hakların, ne zamandan itibaren ve hangi şartlar altında kamuya mal edilebileceği değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kamuya Mal Etme, Mali Haklar, Manevi Haklar, Fikri Mülkiyet Hakkı, Koruma Süreleri

An Assessment of the Article 47 of Law on Intellectual and Artistic Works -Expropriation- within the Scope of the Constitutional Court Decision

Asst. Prof. Dr. Ayşe Nilay Şenol*

Law on Intellectual and Artistic Works Article 47 regulated expropriation of a work and stated that, the power to enjoy the economic rights on a work deemed to be of importance to the country's culture may be expropriated by decree before the expiration of the term of protection against payment of an appropriate remuneration to the right owners. In order for a decision to be taken in this respect, the work must be published in Turkey or by Turkish nationals outside Turkey, and copies of the work have been unavailable for two years and it must be deemed improbable that the rights owners will be capable of publishing it again within a reasonable period. Article 47 is amended by the law numbered 6552, dated 10.09.2014 and the condition that "the copies of the work have been exhausted for two years and the rightholders will not be capable of publishing the work with a reasonble period of time" is abolished. With this regulation, it was stated that expropriation could be made after the death of the owner of the work. The regulation also amended the scope of rights to be expropriated: while the previous regulation stipulated that only the "power to exercise economic rights" was foreseen to the public, the new regulation, without making any restrictions, stated that the rights on the work could be publicized. The Constitutional Court decided that the regulation violates Article 13 of the Constitution, which regulates the fundamental rights and freedoms, and Article 35, which regulates the right to property and the first sentence of the Article 47 was rescinded with the decision numbered 2014/177, 2015/49 dated 14.05.2015.

* Gedik University Vocational School of Justice

However, the only regulation that has been made since the date of cancellation is the replacement of the phrase "Council of Ministers" to "president of the republic" with the Decree No. 700 dated 02.07.2018. In this communique, within the scope of Constitutional Court decision, which rights on a work, when and under what conditions can be expropriated is going to be evaluated.

Keywords: Expropriation, Economic Rights, Moral Rights, Intellectual Property Right, Terms of Protection

Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini: Mülkiyet Hakkı ve Sözleşme Yapma Hürriyeti Çerçevesinde Bir İnceleme

Ar. Gör. Merve Sarıkaya*

Serbest piyasa ekonomilerinde, mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren teşebbüslerin ilgili pazarda tekel olma güdüleri engellenmeksizin yalnızca kanunen menedilen davranışlar yoluyla tekelci konum elde etmesi ve bu konumunu koruması yasaklanmaktadır. Yasaklanan davranış modellerinden biri de ilk olarak ABD'de ortaya çıkan ve hukuki dayanağını *Sherman Act* para. 2'de bulan, Türk hukuku bağlamında da 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ("RKHK") 6. maddesi kapsamında değerlendirilen rakiplere zorunlu unsurun kullandırılmasının reddi suretiyle hâkim durumun kötüye kullanılması halidir.

Doktrin, Avrupa Topluluğu hukukunda da kabul edilmiş ve sık sık yargı kararlarına konu olmuştur. Zorunlu unsur doktrini ile, bağlantılı olan pazarlardan birisinde hâkim durumda olan bir teşebbüsün sahip olduğu imkân, tesis, altyapı gibi bir unsurun bağlantılı pazardaki rekabetçi yapı için vazgeçilmez olduğu ve bu unsurun alternatifinin oluşturulmasının hukuki, teknik veya ekonomik olarak mümkün olmadığı durumlarda, teşebbüse sahip olduğu bu unsuru alt piyasalardaki rakip teşebbüslerin kullanımına açma zorunluluğu getirilmektedir. Bu bağlamda zorunlu unsur doktrini gerek fikri mülkiyet haklarının zorunlu lisansa konu edilmesinin gerek doğal tekel özelliği gösteren altyapı unsurlarının kullandırılmasının reddi noktasında karşımıza çıkmaktadır.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Zorunlu unsur doktrininin kabulü ile Anayasa'nın sözleşme hürriyeti ve mülkiyet hakkını düzenleyen hükümlerine kısıtlama getirilmesi durumu söz konusu olmaktadır. Zira doktrinin somut olaya tatbiki ile piyasada hakim durumdaki bir teşebbüsün, rakipleri ile sözleşme yapma zorunluluğunun mevcut olduğu ve böylece bu teşebbüsün üzerinde münhasır hak sahibi olduğu bir fikri ürünün/malvarlığı unsurunun rakiplere kullandırılması mecburiyeti kabul edilmektedir.

Anayasa'nın 13. maddesi temel hak ve hürriyetlerin Anayasa'nın *ilgili maddelerinde* belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak *kanunla* sınırlanabileceğini hükme bağlamaktadır. Oysa sözleşme hürriyetini düzenleyen Anayasa m. 48 incelendiğinde böyle bir sınırlamanın -hatta herhangi bir sınırlama sebebinin de- madde metninde yer almadığı görülmektedir. Sınırlamanın olanaklı olduğu kabul edildiğinde ise RKHK m.6'nın genel norm olma özelliği bu kısıtlamanın kanunla yapılması şartının sağlanıp sağlanmadığı noktasında tereddüt yaratmaktadır.

Tebliğimizde rekabet hukuku ile anayasa hukukunun kesişim noktasında yer alan zorunlu unsur doktrinin uygulanma şartları, ABD, Avrupa Topluluğu ve Türk hukukunda verilen kararlar ekseninde ele alınmaya çalışılacaktır. Ardından, sözleşme hürriyetinin sınırlanmasının mümkün olup olmadığı, eğer mümkün ise bu sınırlamanın hukuki temeli; Anayasanın temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren "*Kanun*" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tartışılacak, bu noktada zorunlu unsur doktrininin normatif temelini oluşturan RKHK m. 6'nın Anayasa m. 13 bağlamında Kanun olarak kabul edilip edilmeyeceği ortaya konacaktır.

Anahtar Kelimeler: Zorunlu Unsur Doktrini, Mülkiyet Hakkı, Sözleşme Yapma Hürriyeti, Sözleşme Yapma Zorunluluğu, Rekabet Hukuku

Essential Facilities Doctrine in Competition Law: an Investigation on the Right to Property and the Freedom of Contract

Res. Asst. Merve Sarıkaya*

In free market economies, undertakings operating in goods and services markets are prohibited from acquiring and maintaining a monopoly position only through legally prohibited behaviours, without hindering their monopoly motive in the relevant market. One of the forbidden behavioural models is an abuse of dominant position by refusing to use the essential facilities to competitors, which first emerged in the USA and found its legal basis in the second paragraph of the Sherman Act, and in the context of Turkish law, the sixth article of the Act on the Protection of Competition ("APC") numbered 4054.

This doctrine has also been adopted in European Community law and has often been the subject of judicial decisions. With the essential facilities doctrine, in cases where an element such as the possibility, facility, infrastructure possessed by an undertaking that is in a dominant position in one of the linked markets is indispensable for the competitive structure in the linked market and it is not legally, technically, or economically feasible to create an alternative to this element, it is the undertaking. It is obliged to open the element to the use of competing undertakings in downstream markets. In this context, the essential facilities doctrine emerges regarding both the subject of compulsory licensing of intellectual property rights and the refusal of the use of infrastructure elements that have a natural monopoly feature.

With the adoption of the essential facilities doctrine, there is a case of restricting the provisions of the Constitution regulating the freedom

* Marmara University Faculty of Law Commercial Law Department

of contract and the right to property. Because, with the doctrine, it is accepted that a undertaking in dominant position is obliged to make a contract with its competitors so that an intellectual/material product on which this undertaking has absolute right will be used by its competitors.

Article 13 of the Constitution stipulates that fundamental rights and freedoms can only be restricted by law and depending on the reasons specified in the relevant articles of the Constitution. However, when examining the forty-eighth article of the Constitution regulating the freedom of contract, it is seen that such a restriction -even any reason for restriction- is not included in the text of the article. If it is accepted that the restriction is possible, then Art. 6 of APCT, which is a general norm, creates hesitation at the point of whether this restriction is provided by law.

In our paper, the applicability principles of essential facilities doctrine, which is at the intersection of competition law and constitutional law, will be discussed in the light of court/regulation authorities' decisions in USA, European Community and Turkish Law. Later, it is going to be argued if freedom of contract can be restricted, and if possible, on which legal basis it shall be, what should be understood from the expression "*law*" that restricts fundamental rights and freedoms. At this point, whether APC Art. 6 which is the normative basis of the essential facilities doctrine, fulfil the condition of limiting the fundamental rights and freedoms by "law".

Keywords: Essential Facilities Doctrine, Right to Property, Freedom of Contract, Obligation to Make a Contract, Competition Law

Bireysel Başvuru Kararlarının Özel Hukuk Sözleşmelerinin Yorumuna Etkisi: Mülkiyet Hakkı Kapsamında Üçgen Nakliyat Başvurusu ve Mehmet Apaydın Başvurusu

Ar. Gör. Ahmet Türkmen*

Anayasa Mahkemesi, hukuk sistemimizin zirvesinde yer alır. Mahkemenin kararları herkesi bağlayıcı olmakla kalmaz, özel olarak Anayasamızın genel olarak ise hukukumuzun yorumlanması işlevini ifa eder. Daha önce sadece norm denetimi ve diğer görevlerle sınırlı olarak yargı yetkisini kullanan AYM, 23 Eylül 2012'den itibaren temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddiasını içeren bireysel başvuruları karara bağlamaya başlamıştır. AYM'den beklenen, tutarlı bir içtihadi birikim ve dolayısıyla hukukun doğru yorumlanmasıdır. Ancak bireysel başvuru pratiği zaman zaman bunun aksini göstermektedir. Yaklaşık beş yıl arayla verilen Üçgen Nakliyat Başvurusu ve Mehmet Apaydın Başvurusu kararları içtihadi tutarsızlığa örnektir. Başvurulara konu hukuki ihtilaf neredeyse tamamen aynıdır. Zira her iki başvuru da Samsun Emniyet Müdürlüğü tarafından trafikten men vb. gerekçelerle başvurucuların otoparklarına bırakılan araçlara ilişkin ücret alacağına dairdir. İlkinde mülkiyet hakkı bakımından meşru beklenti bulunmadığı gerekçesiyle başvurucunun talepleri reddedilerek konu bakımından yetkisizlik kararı verilmiştir. İkinci başvuru ise AYM tarafından esastan incelenerek mülkiyet hakkının ihlaline hükmedilmiştir.

Anılan başvurulara konu hukuki ihtilafın temelinde vedia akdinin (saklama sözleşmesi) yorumlanması meselesi bulunmaktadır. Esasında ihtilaf vedia akdinde ücrete ilişkindir. Üçgen Nakliyat Başvurusu'na ait

* Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

derece yargılamasında, vedia akdinde ücret konuşulmamışsa bu konuda herhangi bir talepte bulunulamayacağı ve başvurucuya ait otoparkın işlem hacminin emniyet tarafından bırakılan araçlar sayesinde arttığından bahisle başvurucunun menfaat elde etmesinden ötürü ücrete gerek olmadığı kararlaştırılmıştır. Anayasa Mahkemesi ise mülkiyet hakkı bakımından incelemesini yaparken bu tespiti irdelemeden kabul ederek konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir. Mehmet Apaydın Başvurusu'na ait derece yargılamasında ise "ücret şart koşulmamışsa ve durumun özellikleri ücret alınmasını gerektirmiyorsa saklayan ücret isteyemez" denilerek talep reddedilmiştir. Mülkiyet hakkı kapsamında ihlal incelemesini yapan AYM, otoparkın işletilmesinin ekonomik bir değer teşkil ettiğinden bahisle mülk olarak değerlendirileceğinde kuşku bulunmadığını belirterek gerçekleştirdiği esastan incelemede ihlale hükmetmiştir. Saklama sözleşmesinin başvurucu ile idare arasında akdedildiğini vurgulayan mahkeme şu tespitleri yapmıştır: "Saklama sözleşmelerinde her durumda ücret istenemeyeceği yönünde bir düzenleme mevcut olmayıp durumun gereklerine göre ücret de istenebileceği belirtilmiştir. Başvurucunun ticari faaliyeti çerçevesinde otopark işlettiği olayda durumun ne şekilde ücret istenmesini gerektirmediği derece mahkemelerinin kararlarında açıklanmamıştır."

Anayasa Mahkemesi'nin inceleme yetkisi bireysel başvurunun ikincilliği ilkesi gereği sınırlıdır. Bu demektir ki, hukuki ihtilafların Anayasamıza uygun olarak birincil çözüm mercii derece mahkemeleridir. Derece mahkemeleri bu görevi ifa ederken yukarıdaki başvurularda olduğu gibi özel hukuk sözleşmelerinin yorumlanmasında hataya düşerse bunu gidermek AYM'nin görevidir. Anayasa Mahkemesi'nin özel hukuk sözleşmelerinin nasıl yorumlanacağına ilişkin tespitleri herkesi bağlar ve ihtilafların mezkur tespit ve kararlardan sonra nasıl çözüme kavuşturulacağına ışık tutar.

Anahtar Kelimeler: Vedia Akdi, Bireysel Başvuru, Mülkiyet Hakkı, Ücret Alacağı, Meşru Beklenti

The Effect of Individual Application Decisions on the Interpretation of Special Law Contracts: Üçgen Nakliyat and Mehmet Apaydın Applications within the Scope of the Right of Property

Res. Asst. Ahmet Türkmen*

The Constitutional Court is at the top of our legal system. The decisions of the Court are not only binding on everyone, but also serve the interpretation of our Constitution in particular and our law in general. The Constitutional Court, which previously used its jurisdiction limited to norm control and other duties, started to decide on individual applications involving violation of fundamental rights and freedoms as of September 23, 2012. What is expected from the Constitutional Court is a consistent jurisprudence and therefore a correct interpretation of the law. However, individual application practice shows the opposite from time to time. The Üçgen Nakliyat Application and the Mehmet Apaydın Application decisions given approximately five years apart are examples of jurisprudence inconsistency. The legal dispute subject to the applications is almost exactly the same. Because both applications indicate that they will receive a fee for the vehicles left in the parking lot of the applicants for reasons such as being banned from traffic by the Samsun Police Department. In the first one, the applicant's requests were rejected on the grounds that there was no legitimate expectation in terms of the property right, and a decision of non-jurisdiction was given. The second application was thoroughly examined by the Constitutional Court and a violation of the property right was ruled.

At the basis of the legal dispute subject to the aforementioned applications, there is the issue of interpretation of the vedia contract (cus-

* Fatih Sultan Mehmet Foundation University Faculty of Law General Public Law Department

todian agreement). In fact, it is about the fee in the dispute settlement. In the first-instance judgment of the Üçgen Nakliyat Application, it was decided that if the fee was not discussed in the contract, no request could be made and the transaction volume of the parking lot belonging to the applicant increased thanks to the vehicles left by the police, and that no fee was required due to the fact that the applicant gained interest. The Constitutional Court, on the other hand, accepted this determination without examining it in terms of property rights and gave a decision of non-jurisdiction in terms of ratione materiae. In the first-instance judgment of the Mehmet Apaydın Application, the request was rejected by saying "If no fee is stipulated and the features of the situation do not require a charge, the depositor cannot charge a fee." The Constitutional Court, which examined the violation within the scope of the right to property, declared that there is no doubt that the operation of the parking lot constitutes an economic value and it will be considered as a property. Emphasizing that the custodian agreement was concluded between the applicant and the administration, the court made the following determinations: "There is no regulation in custody contracts stating that no fee can be requested in all cases, and it was stated that a fee may be charged according to the requirements of the situation. In the case where the applicant operated a parking lot within the framework of his commercial activities, it was not explained in the decisions of the first instance court, how the situation did not require a fee."

The review power of the Constitutional Court is limited due to the principle of subsidiarity of individual application. It means that, in accordance with our Constitution, the first place to resolve legal disputes is the courts of instance. If the courts of instance make a mistake in the interpretation of private law contracts, as in the above applications, while performing this duty, it is the CC's duty to remedy it. The Constitutional Court's determinations on how to interpret private law contracts bind everyone and shed light on how to resolve disputes after the aforementioned determinations and decisions.

Keywords: Custodian Agreement, Individual Application, Right of Property, Fee, Legitimate Expectation

10. OTURUM / SESSION 10

Anayasal Mülkiyet Hakkı Karşısında Kamulaştırmasız El Atma

Doç. Dr. Mehmet Akçaal*

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası tarafından özel mülkiyet ile sözleşme ve girişim özgürlüğü temel ilkeler olarak benimsemiştir (AY. m. 35, 48). Bu sayede, önceki anayasalarda olduğu üzere mülkiyet hakkı mevcut Anayasa'da da açıkça güvence altına alınmıştır. Dolayısıyla, mülkiyet hakkı tamamen ortadan kaldırılamaz. Mülkiyet hakkının kamu yararı olmak kaydıyla ve kanunla sınırlanması ise mümkündür. Diğer taraftan, mülkiyet hakkı toplum yararına aykırı kullanılamaz (AY. m. 35, c. 1-3).

Mülkiyet hakkını sona erdiren sebeplerden biri de kamulaştırmadır. Kamulaştırma kamu tüzel kişilerinin kamu yararının gerektirdiği hallerde, bedelini ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmazların mülkiyetini kazanmasıdır. Ama, kamulaştırma yetkisine sahip idare kamulaştırma kararı olmaksızın özel mülkiyete konu bir taşınmaza hukuka aykırı, sürekli bir müdahalede bulunabilir. Böyle bir durumda kamulaştırmasız el atma söz konusu olur.

Kamulaştırmasız el atma fiilî el atma veya hukukî el atma şeklinde olabilir. Doktrinde fiilî el atmanın adlî yargıya, hukukî el atmanın ise idarî yargıya tâbi olduğu kabul edilmektedir.

Kamulaştırmasız el atma halinde hak sahibi bazı davaları açma imkânına sahiptir. Bunlardan ilki elatmanın önlenmesi davasıdır. Bu dava, Türk Medenî Kanunu'nun 683. maddesinde düzenlenmekte olup, mülkiyet hakkından kaynaklanmaktadır. Kamulaştırmasız el konulan taşınmazın bedelini tahsil davası diğer bir imkândır. Bu davada hâkim

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı

taşınmazın bedelinin malike ödenmesi ve el konulan taşınmazın idareye devrine karar verir. Malike tanınan diğer bir imkân ise kamulaştırmasız el koyma nedeniyle tazminat davası açma hakkıdır. Gerçekten de, Malik kamulaştırmasız el konulan taşınmaz bedelinin tahsili davası açıp taşınmazını idareye devredebileceği gibi sadece haksız fiil nedeniyle oluşan zararların tazminini de isteyebilir. Çünkü, kamulaştırmasız el atma bir haksız fiil niteliğindedir. Dolayısıyla, tazminat davasında haksız fiildeki zamanaşımı süreleri geçerlidir. Eşyanın hak sahibinin rızası olmaksızın kullanılmasının karşılığı olarak ileri sürülebilecek diğer bir istem ise ecrimisil tazminatıdır. Ecrimisil (haksız işgal=kullanma tazminatı), kötüniyetli haksız zilyedin (fuzulî şagilin) eşyayı bizzat kullanmak suretiyle elde ettiği yarar karşılığı ödeyeceği tazminattır. Bunların dışında, taşınmazına el atılan malik Anayasa Mahkemesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurma hakkına da sahiptir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, Mülkiyet Hakkı, Kamulaştırma, Kamulaştırmasız El Atma, Mülkiyet Hakkının Korunması

Confiscation without Expropriation Against Constitutional Property Right

Assoc. Prof. Dr. Mehmet Akçaal*

Property, freedom of contract and private enterprises are the basic principles in the Constitution of The Republic of Turkey (Art. 35, 48). As in the previous constitutions, the property right is clearly guaranteed in the current Constitution. Therefore, the property right cannot be completely abolished. It is possible to limit the property right provided that it is in the public interest and by law. On the other hand, property right cannot be used against the public interest (Art. 35).

One of the reasons that end the property right is expropriation. Expropriation is the acquisition of the ownership of privately owned immovables by public legal entities. However, the administration can act in an unlawful and continuous intervention to a property subject to private ownership without the expropriation decision.

Confiscation without expropriation can be in the form of de facto or legal confiscation. In the doctrine, it is accepted that the de facto confiscation is subject to the judicial judgment and the legal confiscation is subject to the administrative judgment.

In case of confiscation without expropriation, the right owner has the opportunity to sue for some kinds of actions. The first of them is the action against unwarranted interference. This action is regulated in article 683 of the Turkish Civil Code and arises from the right to property. Another possibility is the action for the compensation of the price of the immovable that has been confiscated without expropriation. In this case, the judge decides the payment of the price of the immovable to the owner and the transfer of the immovable to the administration. Another

* Selcuk University Faculty of Law Civil Law Department

action provided to the owner is the right to file a claim for compensation due to the confiscation without expropriation. Indeed, owner may file a lawsuit for the collection of the value of the immovable that has been seized without expropriation and transfer the property to the administration, or may only request compensation for the damages caused by tort. Another claim that can be put forward in return for the use of the goods without the consent of the right owner is the compensation of the taxpayer. Usage indemnity is the compensation to be paid by the wicked and unjust owner in return for the benefit obtained by using the property personally. The owner has the right to apply to the Constitutional Court and the European Court of Human Rights.

Keywords: The Constitution, Right to Property, Confiscation, Confiscation without Expropriation, Protection of Right to Property

Bireysel Başvuru Kapsamında Soybağının Reddi Davasının Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Gediz Kocabaş*

Tebliğ konusu bireysel başvuru kararındaki olay evlilik içinde doğan çocuk ile baba arasında soybağının kurulması, soybağının ergin çocuk tarafından reddi ve çocuğun biyolojik babasına bağlanmasına ilişkin olduğundan aşağıdaki açıklamalar somut uyuşmazlık hakkındaki değerlendirmelerle sınırlanmıştır.

Çocuk ile baba arasında soybağının kurulması farklı yollardan gerçekleşmekle birlikte bunlardan birisi de "ana ile evlilik" üst başlığı altında değerlendirilen babalık karinesidir. Karine gereğince kurulan soybağının ortadan kaldırılması ise soybağının reddi davasıyla sağlanır. Çocuk tarafından açılacak dava erginlikten itibaren bir yıllık hak düşürücü süreye tabidir. Gecikme haklı sebebe dayanıyorsa sürenin başlangıcı TMK m.289/3'e göre belirlenir.

Uygulamada çoğu zaman görüldüğü üzere dava dilekçesinde teknik bir ifade olan soybağının reddi yerine genel bir ifade kullanılarak nüfus kayıtlarında görünen kişinin baba olmadığı, gerçek babanın başkası olduğu iddiasıyla kayıtların gerçeğe uygun biçimde düzeltilmesi talep edilir. Yargıtay'ın yerleşik görüşü çerçevesinde bu şekilde ileri sürülen talep; bir yönüyle soybağının reddini, diğer yönüyle de babalığın tespitini içerir. Böyle bir durumda hâkimden beklenen, her biri ayrı bir davayı ifade eden talep sonuçlarını ayırarak soybağının reddini, babalığın tespiti bakımından bekletici sorun yapmasıdır. Mevcut soybağı geçersiz kılınmadıkça babalık davasının görülmesi mümkün olmadığından soybağının reddi

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

davasının sonucu beklenip babalık davasının da buna göre karara bağlanması gerekir.

Bireysel başvuruya konu yapılan olayda davacının yukarıda belirtilen genel ifadeyle açtığı dava, yerel mahkeme tarafından babalık davası olarak nitelendirilmiş ve mevcut soybağının devam ettiği gerekçesiyle davanın açıldığı tarihten bir yıl sonra ret kararıyla sonuçlandırılmıştır. Ret kararının gerekçesine istinaden davacı tarafından açılan soybağının reddi davası da aynı mahkeme tarafından ilk davanın açılma tarihi öğrenme olgusunun başlangıcı kabul edilip bir yıllık hak düşürücü süre yönünden reddedilmiştir.

"Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı AY m.20'den hareket eden Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında kişinin kökenini bilme ve ait olduğu kökene bağlanma hakkını bu kapsamda değerlendirerek soybağının reddi davasının da özel hayata saygı hakkının gerçekleşme aracı olduğunu ifade etmektedir. Bunun yanında soybağı ilişkisinin sürekli dava tehdidi altında kalmasını engelleyen hak düşürücü süre düzenlemesi de özel hayata saygı hakkına yönelik toplumsal ihtiyaçlara cevap veren orantılı bir müdahale olarak görülmektedir. Başvuru konusu olayda Anayasa Mahkemesi tarafından üzerinde yoğunlaşılan husus davanın nitelendirilmesi ve yargılamanın devamında sergilenen tutum noktasında yerel mahkemenin soybağının reddi davasının açılmasını imkânsız hâle getiren isabetsiz yorumu ve uygulamasıdır. "Hâkim, hukuku re'sen uygular" ilkesi gereğince somut olayda davacının gösterdiği vakıaların nitelendirilmesi ve uygulanacak hukuk kuralının tespiti hâkimin görevidir. Anayasa Mahkemesi ihlal sonucuna ulaştığı bu kararında tarafların haklarının korunmasında hâkimin özen gösterme yükümlülüğüne vurgu yapmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Başvuru, Özel Hayata Saygı Hakkı, Soybağının Reddi, Hak Düşürücü Süre, Hâkim Hukuku Re'sen Uygular İlkesi

Overview of Challenging the Presumption of Paternity Within the Context of Individual Application

Asst. Prof. Dr. Gediz Kocabaş*

Parentage (i.e. parent-child relationship) between father and child may be established in different ways. One of them is the presumption of paternity which means in particular that when the married woman gives birth, husband is deemed to be the father of the child. If the presumption arises –as it is a rebuttable one– then it can be challenged in court. The child has to bring an action to contest the paternity within one year of attaining the age of majority. Article 289(3) of the Civil Code is applicable provided that there is a good cause for the delay.

With the latest decision (dated December 2, 2020) on impairment of Article 20(1) of the Basic Law, the Constitutional Court emphasized the importance of the right to knowledge of origins and establish legal relationship with biological father. The individual application case which is the subject of study concerned the fact that the applicant was prevented from bringing an action to challenge paternity because of the time limit. Constitutional Court's opinion in respect of this matter was embodied by a well known legal maxim called *jura novit curia*. The court held that determination of the legal relationship between a child and the biological father was part of the scope of private life so that the right of access to a court had to be provided by correct legal characterisation of the facts in the case.

Keywords: Individual Application, Right to Respect for Private Life, Challenging the Presumption of Paternity, Time Limits, The Principle that the Court Knows the Law

* Marmara University Faculty of Law Civil Law Department

Anayasa Mahkemesi'nin Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğuna İlişkin Kararlarında Kabul Ettiği "Makul Süre" Esasının Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt Pekmez*

TMK m. 1007, tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğunu düzenlemektedir. Anayasa Mahkemesi, özellikle yakın tarihli kararlarında[1], bireysel başvuruya konu olan devletin sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıkları, başvurucuların zararının tazmini taleplerinin adli yargıda zamanaşımının dolduğu gerekçesiyle reddedilmesinin başvurucuların mahkemeye erişim hakkını ihlal edip etmediği çerçevesinde incelemektedir.

Mahkemeye erişim hakkının ihlal edilip edilmediğini değerlendirirken, "makul süre" esasını benimseyen AYM, "makul süre" içerisinde yöneltilen zararın tazmini taleplerinin zamanaşımı nedeniyle reddedilmesinin mahkemeye erişim hakkının ihlali niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Makul sürenin başlangıç tarihi olarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kadastro faaliyetlerinin hukuka aykırı gerçekleştirilmesi nedeniyle doğan zarardan devletin sorumlu olduğunu kabul ettiği 18/11/2009 tarihli kararını esas almış, makul sürenin geçmesinden sonra açılan devletin sorumluluğuna ilişkin davaların reddedilmesinin bu hakkı ihlal etmediğine hükmetmiştir.

---

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

1 Nazmi Ömer Pakel, Melike Çoşkunoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2018/7363 T. 15/12/2020; Ayşe Çidem Tekindağ ve Diğerleri, Başvuru No: 2017/15121 T.11/12/2019 ; Yaşar Çoban Başvurusu, Başvuru No: 2014/6673 T. 25/7/2017.

AYM'nin kararlarında, makul sürenin, her bir somut olayın özelliğine göre içeriği somutlaşan, başlangıcı belli ancak sınırı somut ölçütlerle belirlenmemiş bir süre olduğu anlaşılmaktadır. AYM kararlarının bir kısmında 1 yıllık süreyi makul süre kabul ederken 4 yıllık süreyi makul süre olarak kabul etmemektedir. TMK m. 1007'e başvuru imkanının 18/11/2009 tarihine kadar kapatıldığı kabulünü esas aldığımızda, başvuruculara mülkiyet hakkı ihlali nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmini imkanının bu tarihten itibaren verildiğini kabul etmemiz gerekecektir. Bu tarihe kadar aslında talep edilebilir nitelikte olmayan bir hakkın kullanılmasını görece kısa, içeriği belirlenmemiş bir "makul süre" esasına bağlamak, mahkemeye erişim hakkı görünümü içerisinde mülkiyet hakkı ihlalini değerlendirmeyi göz ardı etmek anlamına gelebilir. Mahkeme'nin "makul süre" esasına ilişkin gerekçelerinin bir kısmının, mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilebilecek gerekçeler olması da bu hususu desteklemektedir. Bu nedenle kanımızca makul süre, zararın tazmini taleplerinin TBK m. 146 (eBK m.125)'da düzenlenen 10 yıllık süreye tabi olduğunu kabul eden Yargıtay kararları göz önüne alındığında, TBK m.149 (eBK m. 128)'daki esasın benimsenmesiyle somutlaşacaktır. TBK m. 149'a göre zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar. Bunun makul süre bakımından anlamı, 18/11/2009'dan itibaren muaccel olan taleplerin 10 yıllık zamanaşımına tabi olması ve makul sürenin 10 yıl olduğunun kabul edilmesidir.

Anahtar Kelimeler: Tapu Sicili, Devletin Sorumluluğu, Makul Süre, Zamanaşımı, Bireysel Başvuru

The Evaluation of the "Reasonable Time" Principle as Accepted by the Decision of the Constitutional Court Regarding State's Liability for the Land Registry

Asst. Prof. Dr. Cüneyt Pekmez*

TCC (Turkish Civil Code) 1007 regulates the liability of the state for keeping the land registry. The Constitutional Court examines the disputes regarding the responsibility of the state, which is the subject of the individual application, within the framework of whether the rejection of the applicants 'claims for compensation in the judicial judiciary on the grounds that the statute of limitations violated the applicants' right of access to the court. While evaluating whether the right to access to the court was violated, the Constitutional Court, adopting the "reasonable time" principle, decided that the rejection of the claims for compensation within the "reasonable time" due to the statute of limitations was a violation of the right to access the court. As the starting date of the "reasonable time", it was based on the decision of the General Assembly of the Court of Cassation dated 18/11/2009, in which the State was liable for the damage caused by the unlawful performance of cadastral activities, the Constitutional Court ruled that the rejection of the lawsuits filed after the expiration of the "reasonable time" did not violate this right. In the decisions of the Constitutional Court, it is understood that the "reasonable time" is the time whose content is embodied according to the characteristics of each concrete event, the beginning of the time is certain but the limit is not determined by concrete criteria. While the Constitutional Court does not accept the 4-year time as the reasonable time in some of its decisions, but the 1-year time as the reasonable period. On the basis of that the acceptance that the possibility of applying to TCC

* Istanbul University Faculty of Law Civil Law Department

1007 is closed until 18/11/2009, we have to accept that the opportunity to compensate the applicants for damage caused by violation of property rights is given as of this date. To attribute the exercise of a right that was not actually claimed until this date on a relatively short, unspecified "reasonable time" basis may mean ignoring the consideration of a property right violation in the view of the right of access to court. Therefore, in our opinion, the reasonable time, claims for compensation of the damage TOC 146 (eBK m.125), it will become concrete with the acceptance of the principle in TCC 149, given the decisions of the Cassation Court that accepts that it is subject to the 10-year period.

Keywords: The Land Registry, the Liability of the State, the Reasonable Time, the Statute of Limitation, the Individual Application

Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Çocuğun Soyadı

Dr. Öğr. Gör. Simge Aksu Kayacan*

Nesilden nesile geçen ve aile adı da denilen soyadı, kişinin bir soya, bir aileye aidiyetini ifade eder ve farklı ailelerden gelen kişileri birbirinden ayırmaya yarar. Türk Hukukunda soyadı taşıma ve kullanma zorunluluğu, 21.06.1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu ile zorunlu hale getirilmiştir. Buna göre Türk Hukuku'nda her Türkün öz adından başka bir soyadı taşıması zorunlu olup, öz ad önde soyadı sonda kullanılır. Kişilik hakkının konusu olan kişisel değerlerden biri olan soyadının korunmasında kamunun da menfaati vardır.

Çocuğun soyadı konusunda Anayasa Mahkemesi'nin verdiği pek çok karar bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi çocuğun soyadına ilişkin somut norm denetimi yoluyla iki önemli karar vermiştir. Bunlardan biri Anayasa Mahkemesi'nin, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesinin 1. cümlesinde yer alan "evli değilse ananın" ibaresinin Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline ilişkin verdiği karardır. Anayasa Mahkemesi'nin, Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesinin 1. cümlesindeki evlilik dışı çocukların annesinin soyadını taşıyacağına ilişkin ibareyi iptal kararı neticesinde, şu an Türk Medeni Kanunu'nda evlilik dışında doğan çocuğun soyadına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin diğer önemli kararı ise, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesinin Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline ilişkin verdiği karardır.

İtiraz yoluyla gelen başvurulara ilişkin yapılan inceleme sonucunda Anayasa Mahkemesi'nin Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesi ve

* Yaşar Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu

Soyadı Kanunu'nun 4. maddesi ile ilgili verdiği iptal kararları üzerine, uygulamada çocuğun soyadının değiştirilmesi istemiyle açılan davalar yargıyı oldukça meşgul etmeye başlamıştır. Bazı kişiler diğer başvuru yollarını tükettikten sonra, Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin çocuğun soyadına ilişkin bireysel başvuru kararları incelendiğinde bunların çoğunluğunun, boşanma sonucunda çocuğun velayeti kendisine bırakılan annelerin çocuklarına kendi soyadlarını verme istemiyle açtıkları davaların reddedilmesi nedeniyle temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne yaptıkları başvurulara ilişkin olduğu görülmektedir.

Bu çalışmada, çocuğun soyadı konusunun bu konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları ışığında incelenmesi ve değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Çocuğun Soyadı, Evlilik Dışı Çocuk, Boşanma, Evliliğin Feshi, Velayet

The Surname of the Child in the Light of the Constitutional Court Decisions

Lect. Dr. Simge Aksu Kayacan

The surname, which is passed down from generation to generation and also called family name, expresses a person's belonging to a family and serves to distinguish people from different families. In Turkish Law, the obligation to bear and use a surname has been made compulsory with the Surname Law No. 2525 dated 21.06.1934. Accodingly, in Turkish Law, it is obligatory for every Turk to have a surname other than his/her first name and the first name is used in front, the surname is used at the end. The public also has an interest in the protection of the surname which is one of the personal values that is the subject of personality right.

There are many decisions of the Constitutional Court regarding the surname of the child. The Constitutional Court made two important decisions through concrete review of norms on the surname of the child. One of these, is the decision made by the Constitutional Court regarding the phrase "if not married mother's" involved in the first sentence of Article 321 of the Turkish Civil Code numbered 4721 is unconstitutional and be annulled. As a result of the decision made by the Constitutional Court to annul the phrase that children out of wedlock will bear their mother's surname involved in the first sentence of Article 321 of the Turkish Civil Code, there is no regulation at present regarding the surname of child born outside marriage in the Turkish Civil Code. Other important decision of the Constitutional Court is the decision that the first sentence of the second paragraph of Article 4 of the Surname Law numbered 2525 is unconstitutional and be annulled.

Upon the annulment decisions of the Constitutional Court regarding Article 321 of the Turkish Civil Code and Article 4 of the Surname

* Yaşar University Vocational School of Justice

Law as a result of the examination of the applications submitted by contention of unconstitutionality, the cases filed with the request of changing the surname of the child began to occupy the judiciary in pactice. Some people applied to the Constitutional Court by individual application after exhausting other remedies, claiming that their fundamental rights and freedoms guaranteed in the Constitution were violated. When the individual application decisions of the Constitutional Court regarding the surname of the child are examined, it is seen that most of them are related to the applications made to the Constitutional Court by the mothers who get the custody of the child as a result of the divorce with the allegation that their fundamental rights and freedoms were violated due to the dismissal of actions filed by them with the request to give their surname to their children.

In this study, it is aimed to examine and evaluate the topic of the surname of the child in the light of the Constitutional Court decisions.

Keywords: Surname of the Child, Illegitimate Child, Divorce, Termination of Marriage, Custody

11. OTURUM / SESSION 11

Ekonomik Kamu Düzeninin Türk Ticaret Kanunu'ndaki Yeri: Sermaye Şirketlerinin Kar Dağıtımının Sınırlandırılması Çerçevesinde Bir Değerlendirme

Doç. Dr. Mutlu Kağıtcıoğlu*

Covid-19 salgını gerekçesiyle, sermaye şirketlerinin kâr dağıtımının sınırlandırılmasına yönelik çeşitli hukuksal düzenlemeler ortaya konulmuştur. İlk olarak ilgili bakanlığın yazısı yani bir idari işlem ile ortaya çıkan (31.03.2020) sınırlandırma iradesi, 17.04.2020 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 7244 sayılı ile Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) eklenen Geçici Madde 13 ile kanun hükmüne bağlanmıştır. Bu hüküm çerçevesinde, şirketlerin dağıtacağı net dönem kârına yönelik, yetki, konu ve zaman yönünden çeşitli sınırlamalar öngörülmüştür. Kanun hükmünün uygulanması ile ilgili bazı koşulların belirlenmesinde ise merkezden yönetim idarelerine yetki verilmiştir. Bu doğrultuda ilgili bakanlık tarafından 17.05.2020 tarihinde bir tebliğ yayımlanmıştır. Devletin ekonomik hayata müdahalesi olgusu içerisinde ekonomik düzenin sağlanması ve korunması anlamında, idarenin çeşitli yetkilerle donatılması öngörülebilir bir yaklaşımdır. İdare hukukunun konusuna giren bu alanda, idarenin bu yöndeki faaliyetlerinin tümü ekonomik kolluk veya regülasyon kavramıyla ele alınabilir. 7244 sayılı Kanun ile kâr payı dağıtımına ilişkin sınırlamalar idarenin ekonomik kolluk yetkisi ile birlikte düşünülmelidir. Ekonomik kolluk ise mülkiyet hakkı başta olmak üzere özel girişim özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklerle doğrudan bağlantılıdır. Ekonomik kamu düzenini sağlama amacı kabul edilebilir olmakla birlikte, Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlama sebepleri düşü-

* Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

nüldüğünde TTK hükmü ve tebliğ düzenlemeleri, kanunilik ve ölçülülük ilkeleri yönünden hukuksal sorunlar gündeme getirmiştir. *"Duyuru-kanun-tebliğ"* ekseninde idareye verilen takdir yetkisinin kullanımı farklı hukuksal tartışmalar ortaya çıkarmıştır. Örneğin, uygulamaya dair usul ve esasları belirlemek için bakanlığa verilen yetki, kanunilik ilkesi yönünden tartışmaya açıktır. Genel olarak özel hukuk ilişkilerinin düzenlenmesi ve denetlenmesi amacıyla TTK'da, idareye bir dizi yetki verildiği görülmektedir. Salgın süresince şirketlerin öz kaynaklarının ve ekonomik kamu düzeninin korunması amacıyla da olsa, olağanüstü bir şekilde müdahale edilen bir temel hak ve özgürlük alanının olduğu sabittir. Gerek TTK bağlamında kanun koyucunun gerekse de düzenleyici işlemler çerçevesinde idarenin, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda anayasal ilke ve kuralları göz önünde bulundurması gereklidir. Anılan gereklilik, Covid-19 salgını nedeniyle sermaye şirketlerinin kâr dağıtımının sınırlandırılmasına yönelik süreçte tekrar önem kazanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, Ekonomik Kamu Düzeni, Temel Hak ve Özgürlükler, Türk Ticaret Kanunu, Kâr Payı Dağıtımı Sınırlandırılması

Place of Economic Public Order in the Turkish Commercial Code: An Assessment within the Framework of Limiting the Dividend Distribution of Capital Companies

Doç. Dr. Mutlu Kağıtcıoğlu*

Due to the Covid-19 outbreak, various legal regulations have been put forward to limit the dividend distribution of capital companies. First of all, the letter of the relevant ministry, namely the limitation will that emerged through an administrative act (31.03.2020), was bound by the provision of law with the Provisional Article 13 added to the Turkish Commercial Code (TCC) with the number 7244 published in the Official Gazette dated 17.04.2020. Within the framework of the provision of the law, various limitations have been stipulated in terms of authority, subject and time regarding the net profit for the period to be distributed. Central administration is authorized to determine some conditions related to the implementation of the provision of law. In this direction, a communiqué was published by the relevant ministry on 17.05.2020. It is a predictable approach to equip the administration with various powers in terms of ensuring and protecting the economic order within the phenomenon of state intervention in economic life. In this field, which is the subject of administrative law, all the activities of the administration in this direction can be handled with the concept of economic police or regulation. With the Law No. 7244, limitations on dividend distribution should be considered together with the economic police authority of the administration. On the other hand, economic police is directly related to basic rights and freedoms such as property right and freedom of private enterprise. Although the aim of ensuring the economic public order is acceptable, considering the limitation reasons in Article 13 of the Cons-

* Tekirdağ Namık Kemal University Faculty of Law Administrative Law Department

titution, the TCC provision and communiqué regulations have brought legal problems in terms of legality and proportionality principles. The use of the discretionary power granted to the administration on the axis of "announcement-law-communiqué" has created different legal discussions. For example, the authority given to the ministry to determine the principles and procedures for implementation is open to discussion in terms of the principle of legality. In general, it is seen that the administration has a series of powers in the TCC for the purpose of regulating and supervising private law relations. During the pandemic, it is clear that there was an extraordinary area of fundamental rights and freedoms that was intervened in an extraordinary way, albeit for the purpose of protecting companies' equity and economic public order. Both the legislator in the context of the TCC and the administration within the framework of the regulatory procedures should take into account the constitutional principles and rules regarding the limitation of fundamental rights and freedoms. The aforementioned requirement has gained importance again in in the process of limiting the profit distribution of capital companies due to the Covid-19 outbreak.

Keywords: Constitution, Economic Public Order, Basic Rights and Freedoms, Turkish Commercial Code, Limitation of Dividend Distribution

Limited Şirket Amme Borçlarından Ortakların Sorumluluğuna İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararının (13.12.2017, E. 2016/14, K. 2017/170) Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Nimet Yaşar*

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 124/II gereğince limited şirketler sermaye şirketidir. Ayrıca limited şirketlerde ortakların "şirket borçlarından sorumlu" olmadığı ve "sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlü" oldukları Türk Ticaret Kanunu'nda açıkça düzenlenmektedir (m. 573/II). Ortakların ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri şirket sözleşmesinde yer almasına rağmen (TTK m. 577/I, c ve d), ortağın payını/paylarını devretmesi halinde, devralan kişinin bu yükümlülüklerden haberdar edilebilmesi için yazılı olan pay devir sözleşmesinde de anılan yükümlülüklerin yer alması gerekmektedir (TTK m. 595/I). Limited şirket ortaklarının şirket borçlarından sorumluluğuna ilişkin TTK m. 573/II'nin istisnalarından birini Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK) m. 35 oluşturmaktadır. Anılan hükme göre limited şirket ortakları, şirketten tahsil edilemeyen amme borçlarından payları oranında sorumlu tutulmakta (f. I), ortakların payını/larını devretmiş olmaları halinde devirden önceki amme borçlarından devreden ve devralanın müteselsil sorumluluğu söz konusu olmakta (f. II) ve hatta amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda ortak sıfatını farklı kişiler haiz ise, bu kişiler de müteselsilen amme alacağının ödenmesinden sorumlu tutulmaktadır (f. III). Benzer sorumluluk hali limited şirket müdürleri

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

için AATUHK mükerrer m. 35 ile getirilmişti. Ancak amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda görev yapan müdürlerin müteselsil sorumluluğunu düzenleyen m. 35 AATUHK'un V. fıkrası (VI. fıkrası ile birlikte), hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı ve Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından 19.03.2015 tarih ve E. 2014/144, K. 2015/29 sayılı Kararı[1] ile iptal edilmiştir. Bununla birlikte ortaklar için benzer düzenleme getiren AATUHK m. 35/III'ün ise Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olmadığı Anayasa Mahkemesi tarafından 13.12.2017 tarih ve E. 2016/14, K. 2017/170 sayılı kararında[2] belirtilmiştir. Kararda "üst gözetim" görevinin limited şirket ortaklarında olduğu ve ortakların "şirket faaliyetleri üzerinde denetim ve gözetim" olanağının olduğu vurgulanmıştır. Ancak TTK m. 625/I, d gereğince "üst gözetim" görevi limited şirketlerde müdürlerin "devredilemez ve vazgeçilemez" görevleri arasında sayılmaktadır. Bu kapsamda çalışmamızda Anayasa Mahkemesi'nin ortaklara müteselsil ve kusursuz sorumluluk yükleyen AATUHK m. 35/III'ün Anayasa'ya aykırı olmadığı yönündeki kararı, TTK hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir. Ayrıca kararda da belirtildiği gibi ortaklarının limited şirketin borçlarından kusursuz ve müteselsil sorumlu tutulmalarının "orantısız bir külfet" niteliğinde olup olmadığı incelenerek, bu yönde bir sorumluluğun teşebbüs kurma hakkını da içeren kişiliğin geliştirilmesi hakkını (Anayasa m. 17) ihlal edip etmediği de çalışmamızda irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Limited Şirket, Amme Borçları, Ortakların Sorumluluğu, Ortakların Görevleri, Orantısız Külfet

[1] RG, 03.04.2015, S. 29315.

[2] RG, 24.01.2018, S. 30311.

Evaluation of the Decision of the Turkish Constitutional Court of 13.12.2017 (Nr. 2016/14 - 2017/170) on the Partners' Liability for the Public Levies Imposed on the Private Limited-Liability Company

Asst. Prof. Dr. Tuğçe Nimet Yaşar*

Turkish Commercial Code Nr. 6102 (TCC) states that private limited-liability companies are companies of capital (Art.124/II). Moreover, the partners of these companies are not liable for company debts and are responsible for the the promised capital contributions and the fulfilment of the obligations regarding additional financial and material contributions stipulated in the articles of association (Art.573/II TCC). Although the obligations regarding additional contributions are presented in the articles of association (Art.577/I, c and d TCC), in the case of transfer of the share/s, the written assignment contract must contain these obligations to inform the acquirer (Art.595/I TCC). Art. 35 of the Code on the Collection Procedure of Public Claims (CPPC) is one of the exceptions to Art.573/II TCC. According to this provision, partners of the private limited-liability company are held liable for public levies imposed on the company but could not be collected from the company (para.I). Additionally, under this provision, in case the shares are transferred, the acquirer and the transferor are jointly liable for the public levies occurred before the transfer (para.II) and even if the partners are different persons at the time the levy occurred and the time it became due, both persons are jointly liable for the levies (para.III). A similar type of liability is also regulated in Art.35*bis* CPPC regarding directors. However, Turkish Constitutional Court declared Art.35*bis*/V CPPC -that regulated the joint liability of directors at the time the public levy

* Ankara Yıldırım Beyazıt University Faculty of Law Commercial Law Department

occurred and the time the levy became due- unconstitutional, since it did not comply with the state of law principle and violated Art.2 of the Turkish Constitution (19.03.2015, 2014/144 - 2015/29)[3]. Nonetheless, although a similar type of liability for the partners is regulated, Art.35/III was not declared unconstitutional in another decision of the Constitutional Court (12.12.2017, 2016/14 - 2017/170)[4]. The latter expresses "overall supervision" duty of the partners and explains the possibility of the partners to audit and supervise the acts of the company. However, pursuant to Art.625/I, d TCC, "overall supervision" is one of the non-transferable and inalienable duties of the directors. Hence, in respect of the provisions of TCC, this study will examine the decision of the Constitutional Court, that did not find Art.35/III CPPC unconstitutional. Furthermore, this study will evaluate whether this type of liability amounts to "disproportionate burden" for the partners -as affirmed by the Court-, so that right to personality (Art.17 TC) -including the right to establish an undertaking- is violated.

Keywords: Private Limited-Liability Company, Public Levies, Liability of Partners, Duties of Partners, Disproportionate Burden

[3] OG, 03.04.2015, Nr. 29315.

[4] OG, 24.01.2018, Nr. 30311.

Ticaret Hukukunda Dava Şartı Arabuluculuğun Anayasa'ya Uygunluğu

Ar. Gör. Dr. Sinan Sarıkaya*

7155 sayılı Kanun'un 20. maddesi ile Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) eklenen ve 01.01.2019 itibariyle yürürlüğe giren *"Dava şartı olarak arabuluculuk"* başlıklı 5/A maddesi ile, TTK m. 4'te ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebi içerenler için dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı haline getirilmiştir. Anılan hükümle, maddede belirlenen şartları taşıyan ticari davalarda, ticaret mahkemesi önünde dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunlu kılınmıştır. Hükümden anlaşıldığı üzere, bir ticari davanın dava şartı olarak arabuluculuğa tabi olabilmesi için, *"konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebini"* havi olması şarttır.

Arabuluculuğun temel niteliklerinden biri, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek noktasında tarafların serbest olduklarını ifade eden iradilik ilkesidir [6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ("HUAK") m. 3/I]. Ancak dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler bu ilkenin istisnasını oluşturmaktadır (HUAK m. 3/II). Bu noktada arabuluculuğun, dava açılmadan önce başvurulması gereken zorunlu bir süreç olarak öngörülmesi anayasal perspektifte tartışmaya açıktır.

Nitekim dava şartı arabuluculuğun ülkemizdeki ilk örneği olan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 1, 12 ve 14 numaralı fıkraları konu ile bağlantılı diğer bazı düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğu, Anayasa Mahkemesi'nin E. 2017/178, K. 2018/82 sayılı

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

ve 11.7.2018 tarihli kararında incelenmiştir. Öte yandan arabuluculuk konusunda temel normatif düzenleme olan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun pek çok maddesi E. 2012/94, K. 2013/89 sayılı ve 10.7.2013 tarihli daha önceki kararda irdelenmiştir.

Tebliğimizde TTK m. 5/A ile ticaret hukukuna giren dava şartı arabuluculuk müessesesinin Anayasa'ya uygunluğu, anılan Anayasa Mahkemesi kararları ve bilhassa hukuk devleti ilkesi (AY m. 2), bunun görünümlerinden olan belirlilik ilkesi ile hak arama hürriyeti (AY m. 36) ekseninde değerlendirilecektir. Yapacağımız tespitlerde TTK m. 5/A'nın özellikle menfi tespit davası ve itirazın iptali davası gibi pek çok dava türünde tartışmalara yol açan lafzı ve ticaret hukukunun alt alanlarının özellikleri dikkate alınmaksızın kaleme alınması hususları belirleyici olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Dava Şartı Arabuluculuk, Hukuk Devleti, Hak Arama Hürriyeti, Ticari Dava

Constitutionality of Mediation as a Cause of Action in Commercial Law

Res. Asst. Dr. Sinan Sarıkaya*

By means of the Article 5/A titled "Mediation as a cause of action", which was added to the Turkish Commercial Code (TCC) by Article 20 of Law No. 7155 and entered into force as of 01.01.2019, for the commercial cases specified in Article 4 of the TCC and other statutes whose subject is payment of a certain amount of money involving receivables and compensation claims, resorting to mediation before filing a lawsuit has become a "cause of action". With the aforementioned provision, it is obligatory to resort to the mediator before filing a lawsuit before the Commercial Court in commercial cases involving the specified conditions. As it is understood from the provision, for a commercial case to be subject to mandatory mediation as "mediation as a cause of action", it must contain a *"claim or claim to compensation, the subject of which is the payment of a certain amount of money"*.

One of the basic characteristics of mediation is the principle of willpower, which states that the parties are free to apply to the mediator, to continue the process, to conclude it or to abandon this process. [The Law on Mediation in Legal Disputes no. 6325 ("LMLD") Art.3/I]. However, the regulations on mediation as a cause of action constitute an exception to this principle (LMLD art.3/II). Herein, envisioning mediation as a mandatory process that must be resorted before filing a lawsuit is open to debate from constitutional perspective.

As a matter of fact, constitutionality of the subsection 1, 12 and 14 of the Article 3 of the Labor Courts Code No. 7036 ("LCC"), which is the first example of mediation as a cause of action in our country, and

* Marmara University Faculty of Law Commercial Law Department

some other legislation related to the subject has been examined in the Constitutional Court's File No. 2017/178, Decision No. 2018/82 and dated 11.7.2018. On the other hand, many articles of the Law on Mediation in Legal Disputes numbered 6325, which is the basic normative regulation on mediation, have been examined in the previous File No. 2012/94, Decision No. 2013/89 and dated 10.7.2013.

In our paper, the constitutionality of mediation as a cause of action, which is introduced in the commercial law literature with Article 5/A of the TCC, will be discussed. This constitutionality dilemma will be evaluated on the axis of the Constitutional Court decisions and especially the principle of rule of law (1982 The Constitution of Republic of Turkey Art. 2), which is one of its manifestations, the principle of legal certainty, and the right to legal remedies (1982 The Constitution of Republic of Turkey Art. 36). In the determinations we will make, the wording of Article 5 of the TCC which causes discussions in many types of cases such as the negative declaratory and annulment of objection and the issues that it is drafted without considering the characteristics of the sub-areas of commercial law will be decisive.

Keywords: Mediation, Mediation as a Cause of Action, Rule of Law, Right to Legal Remedies, Commercial Litigation

Belirlilik İlkesi ve Kıyas Yasağı Bağlamında İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz Suçu*

Ar. Gör. Süleyman Emre Özdemir**

İltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu marka hukuku ile ceza hukukunun tartışmalı konularından biridir. SMK'nın 30 uncu maddesinin 1 inci fıkrasında iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz ile birlikte, "*Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan, satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır*" şeklinde düzenlenmiştir.

İltibas SMK'ya 556 sayılı KHK'dan miras kalmıştır ancak her iki düzenlemede de kavramın ne anlama geldiği açıklanmamıştır. Bununla birlikte SMK'nın 30 uncu maddesinin gerekçesinde iltibas ile kastedilenin "*karıştırılma ihtimali*" olduğu belirtilmiştir. Ancak iltibas yahut karıştırılma ihtimali arkasında derin hukuki tartışmaları barındırmaktadır. Bu sebeple gerekçede yer alan açıklamanın ceza hukuku bakımından yeterliliği, Anayasa'nın 38 inci maddesinde benimsenen suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarından olan "*belirlilik ilkesi*" ve "*kıyas yasağı*" bağlamında tartışmaya açıktır.

Belirlilik ilkesi, hangi fiillerin suç teşkil edeceğinin ve bunların hangi ölçüde cezalandırılacağının kanun koyucu tarafından mümkün olan en açık ve kesin biçimde ortaya konulması anlamına gelir. Kıyas yasağı ise

* Bu çalışma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Programı uhdesinde hazırlanan doktora tezinden üretilmiştir.

** Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

bir norma dayanılarak kanunun öngörmediği başka bir norm meydana getirilememesidir. Ayrıca TCK'nın 2 nci maddesinde suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanması dahi yasaklanmıştır.

Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında, iltibas kavramının belirsiz olmadığına ve mahkemelerin içtihatlarıyla şekillenebilecek durumda bulunduğuna hükmetmiştir. Doktrinde ve içtihatlarda ise iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün SMK'nın 7 nci maddesinde yer alan "*Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması*" hükmüne göre belirleneceği ekseriyetle kabul edilmektedir. Öte yandan iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün hangi durumları kapsadığı hususunda belirlilik ilkesi ile kıyas yasağını dikkate alan ve ceza hukuku bilimine ağırlık veren görüşler de bulunmaktadır.

Çalışmamızda iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun kapsamı, belirlilik ilkesi ve kıyas yasağı bağlamında ele alınacak olup durum doktrinde yer alan görüşler ve içtihatlar üzerinden değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Marka Hakkına Tecavüz, Marka Hakkının Cezai Himayesi, Marka Suçları, İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz Suçu, Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

The Offence of Trademark Infringement Through Confusion in Connection with the Principle of Certainty and Prohibition of Comparison*

Res. Asst. Süleyman Emre Özdemir**

The offence of trademark infringement through confusion is one of the controversial issues of trademark law and criminal law. The offence of trademark infringement through confusion in the first paragraph of Article 30 of the Industrial Property Code, together with the infringement of the trademark rights through quotation, has been arranged as "*A person who produces or provides services, puts on the market or sales, imports or exports, buys for commercial purposes, possesses, transports or stores, while infringing a trademark right through quotation or likelihood of confusion, shall be sentenced from one year to three years of imprisonment and punished with judicial fine up to twenty thousand days*".

The concept of confusion is conferred to the Industrial Property Code from the Decree Law No. 556, but in both regulations, the meaning of confusion was not explained. On the other hand, in the justification of article 30 of the Industrial Property Code, it is stated that what is meant by confusion is "*likelihood of confusion*". However, the possibility of confusion or likelihood of confusion involves deep legal discussions. Therefore, the adequacy of this explanation in terms of criminal law is open to debate in the context of the "*principle of certainty*" and "*prohibition of comparison*", which are the results of the principle of legalism in crime and punishment adopted in Article 38 of the Constitution.

---

* This study was produced from the doctoral dissertation prepared under the responsibility of Marmara University Institute of Social Sciences, Department of Public Law.

** Recep Tayyip Erdoğan University Faculty of Law Criminal and Criminal Procedural Law Department

The principle of certainty means that the lawmaker must put forward as clearly and precisely as possible which acts constitute a crime and to what extent they are punished. The prohibition of comparison, on the other hand, is the failure to create another norm that is not prescribed by the law on the basis of a norm. Additionally, the broad interpretation of the provisions involving crime punishment in a way that leads to a comparison is prohibited in Article 2 of the Turkish Criminal Code.

The Constitutional Court has ruled in a recent decision that the concept of confusion is not ambiguous and can be shaped by the jurisprudence of the courts. In determining trademark infringement through confusion in the doctrine and case law, "*Use of any sign identical with or similar to a registered trademark and covering identical or similar goods or services with the registered trademark, and is therefore liable to create a likelihood of confusion on the part of the public; including the likelihood of association between the sign and the trademark*" in Article 7 of the Industrial Property Code is accepted generally. On the other hand, there are also opinions that take into account the principle of certainty and the prohibition of comparison and put forward the science of criminal law about the situations in which trademark infringement through confusion covers.

In our study, the scope of the offence of trademark infringement through confusion will be discussed in the context of the principle of certainty and prohibition of comparison, and the situation will be evaluated through doctrine and case law.

Keywords: Trademark Infringement, Criminal Protection of Trademark, Trademark Crimes, The Offence of Trademark Infringement Through Confusion, The Principle of Legality in Crime and Punishment

12. OTURUM / SESSION 12

AYM ve AİHM Kararları Işığında Kamu Hukuku Kaynaklı Taşınmaz Mülkiyetinin Kanundan Doğan Kısıtlamaları

Doç. Dr. Melek Bilgin Yüce*

Türk Medeni Kanununun (TMK) 731. maddesinde taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları, "*Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur. / Bu kısıtlamaların ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi, buna ilişkin sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesine ve tapu kütüğüne şerh verilmesine bağlıdır. / Kamu yararı için konulan kısıtlamalar kaldırılamaz ve değiştirilemez.*" şeklinde genel bir hükümle düzenlenmiştir. Kanunla ya da sözleşme ile getirilebilecek olan taşınmaz mülkiyeti kısıtlamaları, özel hukuk ya da kamu hukuku kaynaklı olabilmektedir. Hem TMK'da hem de çeşitli kanunlarda bu tür kısıtlamalar vardır.

Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları hiçbir yere kaydedilmeden de herkese karşı ileri sürülebilmektedir. Bir taşınmaza ilişkin hakların, hakların sınırlarının kapsamının, yüklediği borçların belirli olması ve tapuda görülmesi gerekir. Ancak taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları bu temel kuraldan muaf tutulmuştur. Herkese karşı ileri sürülebilirler; her malik, edinme sırasında bu hususu bilmese de söz konusu kısıtlamanın varlığına ve sonuçlarına katlanmakla yükümlüdür. Bu bağlamda taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları şerhe gerek olmaksızın eşyaya bağlı borç etkisine sahiptirler.

Taşınmaz mülkiyetinin kamu hukuku kaynaklı kısıtlamaları, askeri güvenlik alanları, hava sahası alanları, sağlık koruma bantları gibi çeşitli alanlardan kaynaklanabilmektedir. Bu kısıtlamaların birçoğunda süre be-

* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

lirtilmemekte; çoğu zaman da o alana ilişkin getirilen kısıtlama herhangi bir süreye tabi olmamaktadır. Bu alanların bazılarında tarım, hayvancılık yapmak gibi faaliyetlerin yasaklandığı, bazılarında imara açılmasının yasaklanması gibi sonuçlar görülmektedir. Mülkiyetin kullanılması bakımından getirilen bu kısıtlamalar, kamu yararı gözetilerek yapıldığından, belli sınırlar çerçevesinde ve kanunla yapıldıklarında bir soruna yol açmamaktadır. Ancak bunların bazılarında ciddi yasaklamalar getirildiğinden adeta mülkiyetin içi boşaltılmakta, ancak kamulaştırma ya da bir tazminat elde etme imkânı da verilmemektedir.

Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarına ilişkin yakın tarihli iki AYM kararı bulunmaktadır. 10.02.2021 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan iki kararda da AYM, kanundan doğan kısıtlama olmasına rağmen, mülkiyet hakkının süresiz bir şekilde kısıtlanması bakımından sakınca görmüş; AİHM kararlarından benzerlerine atıf yaparak hak sahiplerine tazminat ödenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Tebliğde hem yurtdışında hem Türkiye'de bulunan bu kararlar çerçevesinde hukuki kurum incelenmek istenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yasal Kısıtlamalar, Kamu Hukuku, Askeri Güvenlik, Taşınmaz Mülkiyeti, Anayasa Mahkemesi

Legal Restrictions on Immovable Property Based on Public Law in the Light of the Constitutional Court and ECHR Decisions

Assoc. Prof. Dr. Melek Bilgin Yüce*

In the Article 731 of the Turkish Civil Code, the restrictions on the real property ownership, *"The restrictions on the real estate ownership, arising from the law, are effective without being registered for the land registry. / The elimination or modification of these restrictions depends on the official regulation of the contract and an annotation to the land registry. / Restrictions placed for the public benefit cannot be removed or modified."*, it has been regulated with a general provision. Restrictions on the real property ownership, which can be placed by law or contract, may originate from private law or public law. There are such restrictions in both the Turkish Civil Code and various laws.

Restrictions on the real property ownership arising from the law, may be asserted against to anyone without registration to anywhere. The rights regarding the real property, scope of the limits of these rights and the debts which is incurred must be certain and must be seen in the land registry. Although, restrictions on real property ownership arising from law are exempted from this rule. They can be asserted against to anyone; Every owner is obliged to bear the existence and consequences of the restriction even if owners do not know the issue at the time of the acquisition. In this regard, the restrictions arising from the law of immovable property have the effect of "debt related to property" without the need for the annotation.

Public law restrictions on the real property ownership may arise from various areas such as military security areas, airspace areas and

* Özyeğin University Faculty of Law Civil Law Department

health protection bands. The duration is not specified for many of these restrictions; most of the time, the restriction imposed on an area is not depend to any period of time. In some of these areas, activities such as agriculture, husbandry is prohibited and in some of them prohibition of development which results may occur. Since these restrictions on the use of property are made in the public interest, they do not cause a problem when they are made with certain limits and arised from the law. On the other hand, as serious prohibitions are imposed on some of them, the property institution becomes almost meaningless although there is no room for expropriation or compensation.

There are two recent Constitutional Court decisions regarding the restrictions of real property ownership arising from the law. In both decisions, published in the Official Gazette dated 10.02.2021, the Constitutional Court saw a prejudice in the terms of restricting the property right indefinitely despite the restrictions arising from the law; referring to similar ECHR judgments, the Constitutional Court concluded that right holders should be paid compensation. The legal institution is wanted to be examined within the scope of these decisions which are located both Turkey and abroad in the Communique.

Keywords: Legal Restrictions, Public Law, Real Property, Military Security, Constitutional Court

Anayasal Düzenlemeler Çerçevesinde Çalışma Hakkı ve İş ve Aile Hayatının Uyumu

Doç. Dr. A. Eda Manav Özdemir

Anayasanın 49 uncu maddesi çerçevesinde çalışma herkesin hakkı ve ödevidir. Çalışma hakkı, herhangi bir ayrım yapılmaksızın herkese tanınmış bir temel hak olup yaş, cinsiyet ve vatandaşlık ayrımı yapılmaksızın herkes çalışma hakkına sahiptir. Bu bağlamda bir iş sahibi olma hakkı ve ekonomik özgürlük, erkekler kadar kadınlar için de insan hakkı olarak kabul edilir.

Kadının çalışma hayatında aktif rol alması, cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması son derece önemlidir. Kadınların hem evin idaresinden sorumlu kişi olması hem annelik görevini yerine getirmesi hem de çalışma yaşamı içerisinde yer alması bazı güçlüklere yol açabilmektedir. Bu bağlamda çalışma yaşamında iş ve aile yaşamının uyumu oldukça önem arz etmektedir. Türk hukukunda iş ve aile hayatının uyumunu sağlayan uygulamaların anayasal temelini Anayasa'nın 41 inci maddesi oluşturmaktadır. Bu maddeye göre; *"Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulamasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar."* Anayasa'nın 10 uncu maddesine göre de *"Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz."*. Anayasal düzenlemelerin yanı sıra Türk Medeni Kanunu, İş Kanunu, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ve pek çok diğer kanun ve yönetmelikte iş ve aile hayatının uyumuna ilişkin önemli düzenlemeler getirilmiştir.

Türk hukukunda gerek İş Kanunu'nda gerek diğer iş mevzuatında analığın korunmasına yönelik analık izni, kısmi çalışma, yarım çalışma ödeneği, emzirme ödeneği, süt izni, doğum yardımı, ücretsiz izin, doğum borçlanması gibi düzenlemelere yer verilmiştir. İş ve aile hayatının uyumuna ilişkin bu düzenlemeler genellikle kadın işçilere yönelik olmakla birlikte aynı zamanda aile hayatını koruyucu düzenlemelerdir. Erkek çalışanın eşinin doğum yapması halinde babalık izni kullanma ve kısmi süreli çalışma hakkına ilişkin düzenlemeler de iş ve aile hayatının uyumu bağlamında getirilmiştir.

Bu çalışmada gerek ailenin gerek çalışma hakkının önemi vurgulanarak bir insan hakkı olan çalışma hakkı ile iş hayatı arasında uyumun sağlanması gerektiği, iş ve aile hayatının uyumuna ilişkin uygulamaların aile ve çalışma hayatı arasında denge sağladığı, bu uygulamalarla kadının devamlı olarak çalışma hayatında yer almasının ve cinsiyet eşitliğinin amaçlandığı ifade edilecektir. Bununla birlikte söz konusu iş ve aile hayatının uyumu çerçevesindeki uygulamalar anlatılacak ve önerilerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Çalışma Hakkı, Ailenin Korunması, Analığın Korunması, İş ve Aile Hayatı, Cinsiyet Eşitliği

Right to Work Within the Framework of Constitutional Provisions and the Coherence of Working Life and Family Life

Assoc. Prof. Dr. Eda Manav Özdemir

According to Article 49 of the Turkish Constitution, everyone has the right and duty to work. The right to work is a fundamental right that is recognized by everyone, and everyone has the right to work, regardless of age, gender or nationality. In this context, the right to have a job and economic freedom are regarded as human rights for women as well as men.

Women's active participation in work force, prevention of gender discrimination and ensuring gender equality are essential factors. Fulfilling the maternal role, taking responsibility for household administration and participation in the labour force lead to problems for women. Article 41 of the Constitution provides a constitutional basis for practices ensuring cohesion between working life and family life in Turkish law. According to this article, *"Family is the foundation of the Turkish society and based on the equality between the spouses. The State shall take the necessary measures and establish the necessary organization to protect peace and welfare of the family, especially mother and children, and to ensure the instruction of family planning and its practice."* In accordance with Article 10 of the Constitution, *"Men and women have equal rights. The State has the obligation to ensure that this equality exists in practice."* In addition to the constitutional provisions, Turkish Civil Law, Labor Law, Law on Human Rights and Equality Institution of Turkey and various laws and secondary legislation also include regulation on the coherence of working life and family life.

Regulations to protect maternity such as maternity leave, part-time work, part-time benefits, nursing benefits, breast-feeding benefits, maternity benefits, leave without pay, childbirth loan are included both in

Turkish Labour Law and the other labour legislation. Although the regulations on the coherence of working and family life are generally aimed at female workers, they are also regulations that protect family life. The right to paternity leave and part-time work after the child births for the male worker are also regulated in the Turkish law in terms of coherence of working life and family life.

In this study, emphasizing the importance of both the family and the right to work, it will be reflected that it is necessary to ensure cohesion between the work life and right to work, which is a human right, and also that the practices related to the harmony of work and family life provide a balance between family and working life, and these practices aims the continuous participation of women in working life and promoting gender equality. Moreover, the practices within the framework of the coherence of work and family life will be explained.

Keywords: Right to Work, Protection of Family, Protection of Maternity, Workind and Family Lives, Gender Equality

Miras Bırakan ve Mirasçının Çatışan Menfaatlerinin Miras Hakkının Anayasal Teminatı Kapsamında Değerlendirilmesi

Ar. Gör. Dr. Derya Yakupoğlu*
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Mert Alpbaz**

Miras hakkı, mirasçıya emekle kazanılmamış bir malvarlığı sağlamasından dolayı çeşitli tartışmalara sebep olmuşsa da liberal ekonominin egemen olduğu günümüz dünyasında, özel mülkiyeti tamamlayan temel bir hak olarak anayasalarda teminat altına alınmış, medenî kanunlarda düzenlenmiştir. Özel mülkiyetin tanındığı ve korunduğu bir hukuk sisteminde, tereke kural olarak devlete kalmamaktadır.

Liberal hukuk sistemlerinde, özel hukukun temeli olan irade özerkliği gereğince, ölümden sonra malvarlığına ne olacağına kural olarak miras bırakan karar verir. İrade özerkliğinin miras hukukundaki görünümü ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisidir. Bu serbesti, murise yaşam süresini aşacak ölçüde bir hak tanır ve murisin mülkiyet hakkını, adeta ölümünden sonrası için genişletir. Ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisi, miras hakkına ilişkin anayasal teminatın önemli bir parçasıdır. Muris terekesi üzerinde serbestçe tasarruf edebilir ve yasal miras payları, ancak murisin bu serbestiyi kullanmadığı durumlarda ve kullanmadığı ölçüde devreye girer.

Murise tanınan irade özerkliği kanun hükümleriyle çeşitli açılardan sınırlandırılmıştır. Çalışmamızın sorunsalını oluşturan saklı pay kuralları, münhasıran miras hukuku çerçevesinde murisin irade özerkliğine getiril-

* İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
** Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

miş bir sınırlamadır. Kanunda düzenlenen saklı paylara ilişkin koruma, tenkis davası açılmadıkça kendiliğinden devreye girmeyen, koşulları varsa muris tarafından mirasçılıktan çıkarma yoluyla ortadan kaldırılabilen ve yasal miras payının belirli bir kısmını kapsayan sınırlı bir koruma sağlamaktadır. Buna rağmen, murisin ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisine, dolayısıyla murisin anayasayla korunan miras hakkına getirilmiş önemli bir sınırlamadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 35/1'de mülkiyet hakkıyla düzenlenen, ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilen miras hakkı, m. 17/1'de yer alan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının da önemli bir unsurudur. Miras hakkının anayasa ile korunması iki yönlü olup, murisin yanı sıra, mirasçının miras hakkını da teminat altına alır. Bu bakımdan, miras hakkı, muris ve mirasçı yönünden bir menfaat çatışmasına zemin hazırlar. Dolayısıyla, miras hakkının anayasal teminatı kapsamında saklı pay kurumu birbiriyle çelişen iki farklı bağlamda tartışılmalıdır: Bir taraftan, saklı pay kurumunun, murisin irade özerkliğini, daha açık bir ifadeyle, miras hakkını ihlal ettiği savunulabilir. Diğer yandan, saklı payın, özellikle anayasada öngörülmüş olan, devletin aileyi koruması ödevi (AY m. 41/1, 2) çerçevesinde, mirasçının miras hakkının bir parçası olup olmadığı tartışmalıdır. Günümüzdeki genel eğilim, saklı paylı mirasçı kapsamını daraltmak ve saklı pay oranlarını azaltmak, böylece murisin irade özerkliğini güçlendirmek yönündedir.

Çalışmamızda, varlık sebebi ve gerekliliği günümüzde oldukça tartışmalı olan; buna rağmen Kıta Avrupası sisteminde halen varlığını koruyan saklı pay kurumu, miras hakkına ilişkin anayasal teminatın kapsamı bakımından, Türk ve Alman Anayasa Mahkemesi kararları ışığında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Miras Hakkı, İrade Özerkliği, Anayasal Teminat, Saklı Pay, Menfaat Çatışması

The Evaluation of the Conflict of Interests of the Deceased and the Heir within the Scope of the Constitutional Guarantee of the Right to Inheritance

Res. Asst. Dr. Derya Yakupoğlu*
Asst. Prof. Dr. Mustafa Mert Alpbaz**

Although the right to inheritance caused various discussions due to the fact that it provided the heir an asset, which was not acquired by labor, in today's world where the liberal economy prevails, it is guaranteed in constitutions as a fundamental right that complements private property and is regulated in civil laws. In a legal system where private property is recognized and protected, as a rule, the estate does not pass to the state.

In liberal legal systems, in accordance with the principle of autonomy of will, which is the basis of private law, the deceased decides, as a rule, what will happen to his/her assets after death. The appearance of the principle of autonomy of will in inheritance law is the freedom of disposition mortis causa. This freedom grants a right to the deceased beyond his/her lifetime and extends the right to property almost after his/her death. The freedom of disposition mortis causa is an important part of the constitutional guarantee of the right to inheritance. The deceased may freely dispose his/her estate and legal share of heirs only come into play in cases where and to that extent the inheritor does not use this freedom.

The autonomy of will of the deceased has been limited by law in various respects. The compulsory share, which constitutes the problematic of our study, is a limitation brought to the autonomy of will of the deceased, exclusively within the framework of inheritance law. Although

* İhsan Doğramacı University Faculty of Law Civil Law Department
** Niğde Ömer Halisdemir University Faculty of Economics and Administrative Sciences Business Administration Branch Commercial Law Department

the protection of the compulsory share, regulated in the law, provides a limited protection, which does not come into effect automatically unless an action for reduction, can be eliminated by the disinheritance and covers a certain part of the legal share, it still results in the limitation of the deceased's freedom of disposition mortis causa, which is under constitutional guarantee.

The right to inheritance regulated in Art. 35/1 of the Constitution of the Republic of Turkey along with the right to property and shall only be limited by laws to serve the public interest. The right to inheritance is also an important element of the right to protect and improve the material and spiritual existence (Art. 17/1). The constitutional protection of the right to inheritance has two aspects, not only the guarantee of the right to inheritance as a deceased, but also as an heir to gain the inheritance. In this respect, it prepares the ground for a conflict of interests in terms of the right to inheritance of the deceased and the heir. Therefore, within the scope of the constitutional guarantee of the right to inheritance, the institution of compulsory share should be discussed in two conflicting contexts: On the one hand, it can be argued that the compulsory share violates the autonomy of will of the deceased, in other words, the right to inheritance of the deceased. On the other hand, it is controversial whether the compulsory share is a part of the constitutionally protected inheritance right of the heir, especially within the framework of the state's duty to protect the family (Art. 41/1, 2), which is also guaranteed by the constitution. The current trend is to narrow the scope of the heirs entitled to a compulsory share and reduce their percentage, and thus strengthening the autonomy of will of the deceased.

Although the existence and necessity of the compulsory share is controversial, it still exists as an institution in civil law systems. In our study, the scope of the constitutional guarantee of the right to inheritance in the light of the decisions of the Turkish and German Constitutional Courts will be evaluated.

Keywords: Right to Inheritance, The Principle of the Autonomy of Will, Constitutional Guarantee, Compulsory Share, Conflict of Interests

Medeni Hale Dayalı Bir Ayrımcılık Örneği: Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik

Dr. Öğr. Üyesi Ayşen Çilenti Konuralp*

Cinsiyete dayalı ayrımcılığın pek çok farklı görünümü vardır. Bunlar, özellikle de kadın erkek eşitliğinin temel kazanımları sağlandıktan sonra daha görünür hale gelmiştir. Bunlardan biri de medeni hale dayalı ayrımcılık halidir. Bu ayrımcılığın temelinde, toplumsal anlayışa yerleşmiş geleneksel kadın-erkek rolü ayrımı yatar. Bu çalışma, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'in[1] medeni hale dayalı ayrımcı uygulamasını incelemeyi amaçlamaktadır.

Bu yönetmeliğin 1. maddesi, yönetmeliğin amacının çocuk sahibi olamayan evli çiftlerin üremeye yardımcı yöntemlere ulaşmasını sağlamak olduğunu açıkça ifade etmektedir. Yönetmeliğin 19/3/a maddesine göre ise, kişilerin üremeye yardımcı tedaviye başlayabilmek için evlilik cüzdanı fotokopilerini merkeze iletmeleri gerekir. Yönetmelik, 2. maddesi gereği tüm kamu ve özel sağlık kuruluşlarını kapsadığı için, bu kuruluşların tümü yönetmeliğin gereklerine uygun hareket etmekle yükümlüdür. Bu, en basit ifadesiyle, evli olmayan çiftlerin sosyal sigorta yardımıyla veya özel kuruluşlara ücret ödemek suretiyle üremeye yardımcı yöntemlere ulaşamayacakları anlamına gelir. Yönetmelik, bir merkezin veya merkezde çalışan bir doktorun yönetmeliğin gereklerine uymaksızın tedavi uygulaması hali için ise merkezin kapatılması veya doktorun

* İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

1 Resmi Gazete: 30.09.2014.

meslekten menedilmesi gibi idari yaptırımlar öngörmektedir. Danıştay, yönetmelikteki bu düzenlemenin AİHS'nin özel hayatın ve ailenin korunmasını düzenleyen 8. maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile açılan iptal davasını, bunların "soybağını koruyan hükümler" olduğu gerekçesi ile reddetmiştir.[2]

Anayasa'nın 20. maddesi, herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir. Türkiye'nin taraf olduğu AİHS de 8. maddesinde aynı hususu düzenlemektedir. AİHM, bireylerin ebeveyn olma/olmama kararını da 8. madde çerçevesindeki özel hayat ve aile hayatı kavramının içerisinde değerlendirmektedir.[3] AİHM'in kararlarında da belirttiği üzere, AİHS'nin 8. maddesi bireylerin çocuk sahibi olmak için üremeye yardımcı yöntemlere ulaşma hakkını da kapsamaktadır.[4] AİHM ayrıca devletlerin, evli olmayan çiftlerin özel hayatının ve aile hayatının tıpkı evli çiftler gibi korunması için gerekli önlemleri alması gerektiğini vurgulamaktadır.[5] Bu nedenle üremeye yardımcı yöntemlere erişme konusunda medeni hale dayalı ve haklı bir neden olmaksızın yapılan ayrımcılık, Anayasa'ya ve AİHS'ye aykırılık teşkil eder.

Anahtar Kelimeler: Ayrımcılık Yasağı, Yapay Döllenme, Özel Hayata Saygı Hakkı, Aile Hayatına Saygı Hakkı, Eşitlik İlkesi

---

2 Danıştay, 15. HD, T. 26.04.2017, E. 2014/ 9572, K. 2017/ 2051.

3 Evans V. The United Kingdom (Başvuru No. 6339/05).

4 S.H. And Others V. Austria (Başvuru No. 57813/00); Knecht V. Romania (Başvuru No. 10048/10).

5 Evlat edinme bakımından: Gas and Dubois V. France (Başvuru No. 25951/07).

Marital Status Based Discrimination: The Example of Regulation on Reproductive Treatment Practices and Reproductive Treatment Centers

Asst. Prof. Dr. Ayşen Çilenti Konuralp*

Gender based discrimination has many different appearances, some of which has become more visible as the basic steps for gender equality has been achieved. One of these appearances is the marital status-based discrimination. Basis of this discrimination is the traditional discriminative nature of men and women roles in the society. This study specifically focuses on the discrimination made by the Regulation on Reproductive Treatment Practices and Reproductive Treatment Centers[6].

Art. 1 of this Regulation clearly emphasizes that this Regulation aims to regulate the reproductive treatment for married couples who cannot have children. According to art. 19/3/a of the Regulation, for the start of the reproductive treatment, the couple must provide their wedding certificate to the treatment center. Since this Regulation regulates both public and private reproductive treatment centers, all these institutions must comply with its preconditions. This basically means that unmarried couples cannot have any reproductive treatment within the borders of Turkish Republic, even if they are willing to pay all the treatment costs without state subsidy. If a center or medical doctor administers reproductive treatment without this precondition, then Regulation foresees administrative sanctions for them, such as closure of the center or ostracization from profession. An annulment case was filed to this Regulation with the argument that this restriction violates art. 8 of ECHR, which includes the right of respect for private and family life. Turkish Court of Cassation rejected the annulment claim.[7]

* Istanbul Aydın University Faculty of Law Civil Law Department

6 Official Gazette: 30.09.2014.

7 Danıştay, 15. Chamber, T. 26.04.2017, E. 2014/ 9572, K. 2017/ 2051.

Art. 20 of Turkish Constitution regulates the right to respect to private and family life. ECHR also regulates right to demand respect for private and family life in Art. 8. ECHR, within the framework of art. 8, includes the protection of decisions to become and as well as not to become a parent within the notion of private life.[8] Art. 8 of ECHR so indeed includes the right to access reproductive treatment methods, as ECHR had decisions in this direction.[9] ECHR also states that governments should take all measures for the protection of unmarried couples' family and private life just as married couples.[10] Thus, discrimination based on marital status in the field of reproductive treatment, without a rational basis, evidently constitutes a violation against Constitution and art. 8 of ECHR.

Keywords: Prohibition of Discrimination, In Vitro Fertilization, Right to Respect for Private Life, Right to Respect for Family Life, Principle of Equity

8 Evans V. The United Kingdom (Application No. 6339/05).

9 S.H. And Others V. Austria (Application No. 57813/00); Knecht V. Romania (Application No. 10048/10).

10 For Adoption: Gas and Dubois V. France (Application No. 25951/07).

13. OTURUM / SESSION 13

Halka Arz Sigortası

Dr. Öğr. Üyesi İrem Aral Eldeleklioğlu*

Modern ve çağdaş sigorta sektöründe yeni bir branş olan halka arz sigortası finansal bir sigortadır. Finansal sigortalar dünyada ve Türkiye'de hızla artan ve değişen risk faktörlerine bağlı olarak bu alanda hızlı bir şekilde gelişmektedir.

Günümüzde şirketlerin büyüme stratejileri ve yeni yatırım planları çerçevesinde halka arzlar giderek artmaktadır. Halka arz, hazırlık aşamasından başlayarak yoğun çalışma süreçleri gerektirmektedir.

Halka Arz Sigortası (POSI), Sermaye Piyasası Kurulu'na halka arz için başvuran şirketlerin, menkul kıymet arzını gerçekleştiren kurumların, hissedarların ve yöneticilerin roadshow ve sunumlar da dahil izahnameden kaynaklanan sorumluluklarına ilişkin teminat sağlayan bir sigorta ürünüdür.

Bu bağlamda bu çalışmada 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca halka arz kavramı, halka arz edenler, ihraç, ihraççılar, izahname, izahname hazırlama yükümlülüğü, kurulun yetkileri, izahnamenin onaylanması, yayınlanması, izahnameden sorumlu kişiler kavramları tek tek incelenecektir. Bu kavramlar çerçevesinde halka arz süreci ve işleyişi ele alınarak bu süreci işleten kişilerin görev ve yetkileri, sorumlulukları ve sorumluluklarının doğurduğu sonuçlar ele alınacaktır.

Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında düzenlenen halka arz kavramının Sigorta Hukuku ve sigortacılık uygulamasındaki izdüşümü değerlendirilecektir.

---

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Halka arz sigortasında, sigorta ettiren, sigortalı, sigortalanan menfaat, riziko, zarar gören 3. kişi ve teminat kavramları halka arz işlemine yönelik mevzuatta düzenlenen kavramlar çerçevesinde somutlaştırılacaktır. Halka arz sürecinde bu branşa ilişkin rizikoyu teşkil edecek işlemler, rizikonun değerlendirilmesi, gerçekleşmesi, doğurduğu zararlı sonuçlar, halka arz edenlerin sorumluluğunun kapsamı ve zararın tazmini hususları ele alınacaktır.

Halka arz işleminin en temel belgesi olan izahnamenin ihraç edilecek sermaye piyasası araçlarına ilişkin temel özellik, hak ve riskleri içerecek şekilde kısa, açık ve anlaşılır ifadeler içermesi esas olduğundan bu ifadelerin yanlış anlaşılır ve değerlendirilir olması bu branşın rizikosunu oluşturmaktadır.

Ülkemizde çok yeni bir teminat olarak sunulan halka arz sigortasının tanıtılması, duyurulması, özünü oluşturan kavramlar hakkında somutlaştırılarak bilgi verilmesinin gelişen ekonomik dinamikler çerçevesinde sıklıkla yapılan halka arz işlemlerinin daha güvenli şekilde yürütülmesini sağlayacağı bu bağlamda çalışmanın fayda sağlaması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Halka Arz, Menkul Kıymetler, İzahname, Sorumluluk, Sigorta, Teminat

Prospectus Liability & Public Offering of Securities Insurance (POSI)

Asst. Prof. Dr. İrem Aral Eldeleklioğlu*

At the time when a company is actively working on a corporate financing project such as an initial public offering, a rights issue or a debt offering document, an area of risk that should not be overlooked is the civil liabilities that may arise out of a prospectus or admission document.

It is possible to transfer many of these risks via the purchase of prospectus liability or public offering of securities insurance (POSI). POSI is a specialist type of policy developed to respond to claims arising from a prospectus.

A prospectus is the document published when a company proposes to apply for admission of shares to an official list where the document is commonly known as an admission document.

The parties who are responsible for the prospectus could face civil and criminal liabilities if it is inaccurate, incomplete, or misleading. For example, claims could arise from overstatement of revenues, misrepresentation of profit forecasts or risk factors. Crucially POSI cover includes cover for misstatements made in any preliminary prospectus or during any formal promotional road show prior to admission.

POSI cover protects the company issuing the securities in addition to each individual director or officer. Cover can also include the selling and controlling shareholders and possibly the issuing underwriter.

Prospectus Liability Insurance is transaction-specific and addresses the following risks;

---

* Marmara University Faculty of Law Commercial Law Department

- As shareholder actions alleging misstatements in the prospectus upon which investment decisions were made.

- Shareholder actions alleging failure to disclose material information in the prospectus.

- Legal expenses in respect of regulatory investigations.

- Shareholder derivative actions.

- Crisis management expenses.

- Long-term contractual liabilities arising from the offer or listing.

- Claims for misrepresentation in the lead up to the offering (road-show activity).

- Breach of warranty in the placing agreement / underwriting agreement.

- Secondary offerings made on similar terms to an initial public offering

Keywords : Public Offering of Securities, Prospectus, Civil Liability, Shareholders, Misstatement, Insurance

Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerde Hamiline Yazılı Pay Senetlerinin Kaydileştirilmesi Zorunluluğunun Anayasal Temel Haklar ve İlkeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Gül Büyükkılıç*

7262 sayılı Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanun (Kanun) ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu çerçevede, halka açık olmayan anonim şirketlerde hamiline yazılı pay senetlerine ilişkin sahiplik ve devir bilgilerinin Merkezi Kayıt Kuruluşu'na (MKK) bildirilmesi yükümlülüğü getirilmiş, bu yükümlülüğün ihlali paya bağlı hakların kullanılamaması ve idari para cezası yaptırımına bağlanmış, bildirim ve kayda ilişkin usul ve esasların da Ticaret Bakanlığı'nca çıkarılacak tebliğle belirlenmesi öngörülmüştür (Kanun m. 28-34 ile değişik/ek TTK m. 426/2, 486/2, 489/1, 489/4, 562/13-a ve b, Geçici m. 14/1-2).

Anayasal boyutta incelendiğinde, Kanun ile getirilen bu değişikliklerin "mülkiyet hakkının korunması", "suçta kanunilik", "hukuk devleti", "hukuki belirlilik" ve "hukuki güvenlik" gibi birçok anayasal temel hak ve ilkeyle bağlantılı olduğu tespit edilmekte ve bu durum, söz konusu yeniliklerin Anayasa'ya uygunluğunun tartışılmasını gerekli kılmaktadır. Bu çerçevede yapılan inceleme ve değerlendirmeler neticesinde şu sonuçlara ulaşılmıştır:

- Pay üzerindeki hak, Anayasa m. 35'te belirtilen ve kişinin temel hak ve özgürlükleri kapsamındaki mülkiyet hakkı niteliğinde olup, paydan

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

doğan hakların kullanımının MKK'ya yapılacak bildirim şartına bağlanması, pay sahibinin mülkiyet (*yararlanma*) hakkını sınırlandırmaktadır. Anayasa m. 13 ve 35 uyarınca mülkiyet hakkına yönelik bir müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için hakkın özüne dokunmaması, kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir.

Hamiline yazılı pay senetlerinin MKK nezdinde kaydileştirilmesini öngören kanun değişikliğiyle, bu tür senetlerin suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama ve terörizmin finansmanı gibi amaçlarla kullanımının önlenmesi hedeflendiğinden, getirilen sınırlamanın kamu yararı amacına bağlı şekilde ve ölçülülük ilkesi sınırları dahilinde kalınarak yapıldığı sonucuna ulaşılmaktadır.

• Anayasa m. 38'de düzenlenen "suçta kanunilik" ilkesi uyarınca hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanun ile belirlenmesi zorunludur. Ceza hukukunda mutlak olarak uygulanan bu ilke, Kabahatler Kanunu'nun (m. 4),*"Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir."* hükmü çerçevesinde idare hukukunda daha esnek şekilde uygulanmaktadır. Ancak gerek söz konusu hükmün açık lafzı gerek "yasama yetkisinin devredilmezliği" (Anayasa m. 7) ve "hukuk devleti" nin (Anayasa m. 2) temel ilkeleri arasında yer alan "hukuki belirlilik" ve "hukuki güvenlik" ilkeleri gereği idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkelerinin konulması ve çerçevesinin çizilmesi zorunludur.

Kanun'da hak sahipliği ve devir bilgilerinin MKK'ya bildirilmemesi idari para cezası yaptırıma bağlanmış (Kanun m. 33-34 ile ek TTK m. 562/13-a ve b, m. 14/2), ancak farklı olarak hak sahipliğine ilişkin bildirimlerin hangi sürede yapılması gerektiği düzenlenmiş iken (m. 34 ile ek Geçici m. 14/1), devre ilişkin olanlar bakımından süre koşuluna yer verilmemiştir (m. 32 ile değişik TTK m. 489/1). Bildirimler bakımından dikkate alınacak sürenin kabahat teşkil eden fiile ilişkin çerçeve norm kapsamında kanunla düzenlenmesi gerektiği ve tespitinin "*bildirime iliş-*

kin usul ve esaslar" kapsamında idareye bırakılmasının Anayasa m. 2, 7 ve 38'e aykırılık oluşturduğu düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hamiline Yazılı Pay Senetleri, Kaydileştirme, Suçta ve Cezada Kanunilik, Kamu Yararı, Mülkiyet Hakkı

Evaluation of the Obligation to Dematerialize Bearer Shares in Non-Public Joint Stock Companies within the Framework of Fundamental Rights and Principles

Asst. Prof. Dr. Gül Büyükkılıç*

Significant amendments have been made to the Law on Prevention of Financing the Proliferation of Weapons of Mass Destruction, numbered 7262 ("the Law") and the Turkish Commercial Code, numbered 6102 ("TCC"). In this context, the obligation to notify the Central Registry Agency ("CRA") of the ownership and transfer information regarding the bearer shares in non-public joint stock companies has been imposed, the violation of this obligation has been imposed on the failure to exercise share-related rights and administrative fines, and the procedures and principles regarding notification and registration (TCC Art. 426/2, 486/2, 489/1, 489/4, 562/13-a and b, Provisional Art. 14/1-2, as amended by the Law Art. 28-34).

When examined in the constitutional dimension, it is determined that these amendments brought by the Law are related to many constitutional fundamental rights and principles such as "protection of property right", "legality in crime", "rule of law", "legal certainty" and "legal security". The subject makes it necessary to discuss the constitutionality of the innovations. As a result of the examinations and evaluations made within this framework, the following conclusions have been reached:

- Right on the share, is the property right specified in Constitution of The Republic of Turkey (Constitution) Art. 35 within the scope of the fundamental rights and freedoms of the person, and the use of the rights arising from the share is subject to the notification to be made to

* Marmara University Faculty of Law Commercial Law Department

the CRA, limiting the ownership right of the shareholder. In accordance with Art. 13 and 35 of the Constitution, in order for an interference with the right to property to be compatible with the Constitution, it must not touch the essence of the right, be based on the law, aim at public interest and be done in accordance with the principle of proportionality.

With the amendment of the law that requires the dematerialization of bearer shares with CRA, it is aimed to prevent the use of such securities for purposes such as laundering and financing terrorism, and it is concluded that the restriction is made for the purpose of public interest and within the limits of proportionality.

- According to the principle of "legality in crime" regulated in 38th Art of the Constitution, which acts constitute a crime must be determined by law. This principle, which is absolutely applied in the criminal law, is stated in the Law of Misdemeanors (Art. 4), "*Which acts constitute a misdemeanor, as can be clearly defined in the law; The content of the framework provision determined in terms of the scope and conditions of the law can also be filled with the general and regulatory acts of the administration.*" is applied in a more flexible way in administrative law. However, both the explicit wording of the aforementioned provision and the authority to regulate the administration in accordance with the principles of "legal certainty" and "legal security", which are among the basic principles of "non-delegation of legislative power" (Art. 7 of the Constitution) and "state of law" (Art. 2 of the Constitution), it is compulsory to lay down the basic principles of a law rule that gives and draw its framework.

In the Law, the failure to notify CRA of right ownership and transfer information was sanctioned by administrative fines (TCC Art. 562/13-a, b, Provisional Art. 14/2, as amended by the Law Art. 33-34), but on the contrary, it is regulated when the declarations regarding the right ownership should be made (Provisional Art. 14/1, as amended by Art. 34), while the time condition is not included in terms of those related to the transfer (Art. 489/1 of the TCC, as amended by Art. 32). The period to be taken into consideration in terms of notifications should be regulated by law within the framework of the framework norm regarding

the act that constitutes a misdemeanor, and that the determination is left to the administration within the scope of "notification procedures and principles" is thought to constitute a violation of Art. 2, 7 and 38 of the Constitution.

Keywords: Bearer Shares, Dematerialization, Legality in Crime And Punishment, Public Interest, Property Right

Sermaye Piyasasında Düzenleyici ve Denetleyici Bir Model Olarak Borsa İstanbul A.Ş.

Dr. Öğr. Üyesi Abbas Kılıç*
Dr. Öğr. Üyesi Serdar Hızır**

Anayasa hukuku ile özel hukuk arasındaki ilişkinin yoğunluk kazandığı temel konulardan biri, idari bir organın, anayasal veya yasal yetki alanına bağlı olarak, özel hukuk hükümleri çerçevesinde mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemeler yapmasıdır. Özellikle "idari organların mülkiyet hakkı bakımından sermaye araçlarının kullanımını düzenleyen, denetleyen ve yapılan bu işlemlere bağlı olarak ona yön veren faaliyetleri" incelenmesi gereken önemli bir konudur.

Bağımsız idari otorite olarak Sermaye Piyasası Kurulu (SPK/Kurul), Türkiye'deki sermaye piyasalarının düzenleyici ve denetleyici üst kuruludur. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SerPKn.) m. 117/1 hükmü uyarınca, Kurul idari ve malî özerkliği haiz bir "kamu tüzel kişisi" niteliğini taşımaktadır.

SerPKn. uyarınca borsalar anonim ortaklık şeklinde kurulmalıdır ve ilke olarak özel hukuk hükümlerine tâbidir (SerPKn. m. 65/2(a), 65/10). Ayrıca borsalar, SerPKn.' da ve diğer mevzuatla kendilerine verilen yetki ve görevlerle ilgili olarak düzenlemeler yapmaya ve bunları uygulamaya, bu düzenlemelere tabi kurum ve kuruluşlar nezdinde bunlara uygun hareket edilip edilmediğini ve kendilerine gönderilen bilgilerin doğru olup olmadığını denetlemeye görevli ve yetkilidir (SerPKn. m. 67/3). İşte Borsa İstanbul (BİST)'un bir yandan anonim ortaklık olarak kurulması ve fakat diğer yandan piyasayı düzenlenme ve denetleme konusundaki

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı
** Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

yetkileri, hukuki niteliği konusunda karşıt görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bir görüşe göre BİST, sahip olduğu kamusal yetkiler ve üzerindeki Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın rolü dikkate alındığında, kamu tüzel kişisi olarak kabul edilmelidir; ancak anonim ortaklık şeklinde kurulması sebebiyle BİST'in hukuki açıdan "atipik bir kamu tüzel kişisi" niteliği taşıdığı göz ardı edilmemelidir. Diğer görüşe göre BİST, bir "özel hukuk tüzel kişisi"dir. Çünkü o özel hukuk kurallarına ve hükümlerine tâbi bir anonim ortaklık olarak kurulmuştur (SerPKn. m. 65/10, 138/1) ve üst düzey yöneticilerinin atanması bakımından idarenin herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca bütün personeli İş Kanunu'na tâbidir. Ancak piyasaların düzenlenmesi ve denetlenmesindeki kamusal yetkileri, BİST'e "kendisine has bir özel hukuk tüzel kişisi" niteliği bahşetmektedir.

Yukarıda sözü edilen görüşlerin ve bilgilerin de ışığında, SPK, BİST ve sermaye piyasası araçları arasındaki ilişki, kamu hukuku ile özel hukuk alanlarının kesiştiği en önemli konulardan birisi olarak üzerinde durulmayı gerektirmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sermaye Piyasası, Borsa İstanbul (BİST), Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), Kamu Tüzel Kişisi, Özel Hukuk Tüzel Kişisi

Borsa Istanbul A.S. as a Regulatory and Supervisory Model in the Capital Market

Asst. Prof. Dr. Abbas Kılıç*
Asst. Prof. Dr. Serdar Hızır**

One of the main subjects where the relationship between constitutional law and private law intensifies is that an administrative body, depending on its constitutional or legal jurisdiction, makes regulations on property rights within the framework of private law provisions. Particularly, "the activities of the administrative bodies regulating, supervising use of capital instruments in respect to ownership rights and directing them in line with actions taken therein" is a significant subject to be examined.

Capital Markets Board of Turkey (SPK), an independent administrative authority, is the regulatory and supervisory supreme body of the capital markets in Turkey. SPK is a "public legal entity" having administrative and financial autonomy according to Art. 117/1 of the Capital Market Law No. 6362 (SerPKn).

The SerPKn. stipulates that the stock exchanges shall be established as joint-stock corporation and in principle they are subject to the private law provisions (Art. 65/2(a), 65/10 of SerPKn). In addition, the stock exchanges are in charge with and authorized to make regulations concerning powers and duties granted to them under SerPKn and other applicable legislations, and enforce them, as well as conducting audits of entities and organizations governed by such regulations in respect to compliance with the regulations, verifying whether or not information submitted to them are accurate (Art. 67/3 of SerPKn). Here, the

* Atılım University Faculty of Law Constitutional Law Department
** Atılım University Faculty of Law Commercial Law Department

establishment of Borsa Istanbul (BIST) as a joint stock company on one hand, and its authorities to regulate and supervise the market on the other hand, caused occurrence of opposing views about its legal nature. According to one opinion, BIST should be considered as a public legal entity when its public powers and the role of the Ministry of Treasury and Finance on it are considered. However, due to its establishment as a joint stock corporation, it should not be ignored that BIST is legally an "atypical public legal entity". According to another opinion, BIST is a "private legal entity" because it is established as a joint-stock corporation subject to the rules and provisions of private law and the administration bodies have no authority to appoint the top executives of BIST. Furthermore, all personnel of BIST are subject to the Labor Law. However, its public authority to regulate and supervise markets grants BIST a "sui generis private law legal entity" nature.

In the light of the above-mentioned views and information, the relationship among SPK, BIST and capital market instruments needs to be focused as one of the most important subjects where public law and private law intersect.

Keywords: Capital Market, Borsa Istanbul (BIST), Capital Markets Board of Turkey (SPK), Public Legal Entity, Private Legal Entity

Anayasa Mahkemesi'nin 2017/131 Sayılı Kararı Çerçevesinde Karşılıksız Çeke İlişkin Değerlendirmeler

Dr. Öğr. Üyesi Yağmur Temiz Gül*
Ar. Gör. Aybike Karahan Gökdere**

5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/1 düzenlemesi ile m. 5/2 düzenlemesi Anayasa Mahkemesi'nin 26.07.2017 tarihli, 2016/191 esas ve 2017/131 karar sayılı kararına konu olmuştur.

Çek Kanunu m. 5/1 hükmünde, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında adli para cezası yaptırımı öngörülmüştür. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu çerçevesinde ise m. 52/4 hükmü dahilinde, ödenmeyen adli para cezalarının hapis cezasına çevrileceği düzenlenmiştir. Çek Kanunu m. 5/1 hükmünde öngörülen adli para cezası ödenmediği takdirde, hapis cezası yaptırımı gündeme gelecektir. Bu bağlamda, sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle özgürlüğün kısıtlanamayacağını öngören Anayasa m. 38 hükmüne aykırılığın bulunduğu iddia olunmuştur. Ancak bu itiraz, Anayasa Mahkemesi tarafından haklı görülmemiştir. Çalışma kapsamında çekin hukuki niteliğine ilişkin nazariyelerin de değerlendirilmesi suretiyle, çekin niteliği itibariyle sözleşme olup olmadığı hususu tespit edilerek bir değerlendirmeye gidilecektir. İkinci olarak, Anayasa m. 38 hükmünde yer alan "sözleşme" ibaresinin ne şekilde yorumlanması gerektiği de çalışma kapsamında ele alınacaktır.

Karara konu olan bir diğer husus tüzel kişiler adına temsilen düzenlenen çeklerin karşılıksız çıkması halidir. Çek Kanunu m. 5/2 hükmün-

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı
** İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

de çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlü olan kişinin çek hesabı sahibi olduğu; çek hesabı sahibinin tüzel kişi olması hâlinde, bu tüzel kişinin mali işlerini yürütmekle görevlendirilen yönetim organının üyesi, böyle bir belirleme yapılmamışsa yönetim organını oluşturan gerçek kişi veya kişilerin, çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bu hüküm ile Çek Kanunu m. 5/1 hükmü beraberce değerlendirildiğinde, tüzel kişinin sahibi olduğu çekin karşılıksız çıkması durumunda, bahse konu kişiler için adli para cezasına hükmedilmesi olası hale gelmiştir. Ayrıca bu yaptırımın yanı sıra, Çek Kanunu m. 5/1 hükmünde mahkeme tarafından, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına hükmedilebileceği ve özellikle sermaye şirketleri açısından bu yasağın kapsamında olacak kişiler sayılmıştır. Belirtilen hususa ilişkin itiraz Anayasa m. 38/7 hükmünde yer alan ceza sorumluluğun şahsiliği ilkesine ve Anayasa m. 38/1'de yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği yönünde olmuştur. Zira ileri tarihli şekilde düzenlenen çeklerin ibraz süresine kadar, tüzel kişi nezdinde çek düzenlemeye yetkili kişiler değişebilmekte ve ileri tarihli olarak düzenlenen bir çeke ilişkin düzenlendiği tarih itibariyle henüz suç sayılmayan bir fiil dolayısıyla cezai yaptırım gündeme gelmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin reddettiği bahse konu itiraz, cezaların şahsiliği ilkesi doğrultusunda tüzel kişileri temsilen çek düzenlenmesi ve Çek Kanunu m. 4/2'de yer alan temsil karinesi çerçevesinde çalışmada etraflıca ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Karşılıksız Çek, Adli Para Cezası, Hapis Cezası, Çek Düzenleme Yasağı, Çek Hesabı Açma Yasağı, Suç ve Cezanın Şahsiliği İlkesi, Kanunilik İlkesi

Evaluations Regarding the Kite Check Within the Scope of the Constitutional Court's Desicion Numbered 2017/131

Asst. Prof. Dr. Yağmur Temiz Gül*
Res. Asst. Aybike Karahan Gökdere**

The Constitutional Court has ruled on Article 5/1 and Article 5/2 in the Check Law numbered 5941 on 26.07.2017. In Article 5/1, it has been regulated that judicial fine will be imposed on the person who causes kite check. Within the scope of Article 52/4 of Turkish Criminal Code numbered 5237, it has been regulated that failure to pay judicial fine will be converted into imprisonment. In this context, it was stated that it was in violation of Article 38 of Constitution of the Republic of Turkey in terms of kite check. According to the regulation, no one shall be deprived of his/her liberty merely on the ground of inability to fulfil a contractual obligation. However, this objection was not justified by the Constitutional Court. While this issue is being evaluated wthin the scope of the study, firstly the legal character of the check will be determined. Secondly, how the "contract" phrase in Article 38 should be interpreted will be examined.

Another point to be mentioned is the kite checks representing legal persons. According to article 5/2 in the Check Law, the person who is obliged to keep the check provision at the bank is the checking account holder. If the checking account holder is a legal person, member of the managing body tasked with managing the financial affairs of the legal person, if this is not specified real persons constituting the managing body are responsible for keeping the check provision at the bank. When the article and the above mentioned are evaluated together, judicial fine can

* İnönü University Faculty of Law Criminal and Criminal Procedural Law Department
** İnönü University Faculty of Law Commercial Law Department

be imposed on the persons mentioned due to the kite check of the legal person. In addition to this sanction, the prohibition of issuing checks and opening check accounts is arranged. The objection regarding this issue is that this regulation is in contradiction with the principle of individual criminal responsibility in Article 38/7 of the Constitution and the principle of legality of crime and punishment. Because until the representation period of the postdated checks, persons issuing checks representing the legal person may change and criminal sanctions are imposed for an act that was not considered a crime at the date of issuance. His objection, which is rejected by the Constitutional Court, will be dealt with in the light of the principle of individual criminal responsibility, in the context of the issue of checks representing legal persons and the presumption of representation regulated in Article 4/2 of the Check Law.

Keywords: Kite Check, Judicial Fine, Imprisonment, Prohibition of Issuing Checks, Prohibition of Opening Check Account, Principle of Individual Criminal Responsibility, Principle of Legality

14. OTURUM / SESSION 14

Boşanmadan Sonra Ortak Velayet

Prof. Dr. Zeynep Derya Tarman*

Boşanmadan sonra ortak velayet meselesi Türk milletlerarası aile hukukunda uzun süredir iki farklı konu bakımından tartışmalara sebep olmuştur. İlk tartışma düzlemde yabancı hukukun uygulanması oluştururken, ikinci tartışma ortak velayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ile tenfizi hususuna ilişkindir. İlk tartışmaya ilişkin içtihat Yargıtay'ın 2017 yılında vermiş olduğu kararla[1] değişmiş görünmektedir. Yargıtay'ın bu kararı, bir Türk hâkiminin yabancı hukuku uygulamak zorunda olduğu bir davayla ilgilidir. Bu gibi durumlarda Türk milletlerarası özel hukuk kurallarından olan kamu düzeni istisnasının hâkimin ortak velayet kararı vermesine engel olup olmayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Aynı soru yabancı mahkeme tarafından eşlerin boşanmasını takiben verilen ortak velayet kararlarının tanınması ve tenfizi hususunda da ortaya çıkabilmektedir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK), madde 5 ve madde 54 (c), yabancı kanunların uygulanması ve bu kararların tanınması ve tenfizi bakımından kamu düzeni istisnasını düzenler. Madde 5'e göre olaya uygulanacak hukukta yer alan bir hükmün uygulanması açıkça Türk kamu düzenine aykırı sonuç doğurduğu durumlarda bu hukuk olaya uygulanmayacaktır. Bu gibi durumlarda gerekli olan hallerde Türk hukuku olaya uygulanabilir. MÖHUK madde 54 yetkili mahkemenin yabancı mahkeme kararlarını tenfizi için gerekli koşulları sıralamıştır, ayrıca aynı maddenin (c) bendinde varılacak hükmün açıkça Türk kamu düzenine aykırı olmaması gerektiği belirtilmiştir.

---

* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

1 Yargıtay, 2. Hukuk Dairesi, 20.02.2017, E. 2016/15771, K. 2017/1737.

Mahkemelerin kamu düzeni istisnasını geniş bir şekilde uygulama eğilimi, doktrinde eleştirilere konu olmuştur. Doktrinde kamu düzeni müdahalesinin istisnai karakteri vurgulanmış ve bir kararın tanınması ve tenfizinin veya yabancı hukukun uygulanmasının belirli bir davada Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmayacağını vaka bazında bir analiz yapılmaksızın değerlendirmenin uygun olmadığı belirtilmiştir. Haklı olarak, bu tür bir analizin velayet konusunda çocuğun üstün menfaatine dayandırılması gerektiği ileri sürülmüştür. Böyle bir yaklaşım aynı zamanda çocuğun üstün menfaatine vurgu yapan Türkiye'nin taraf olduğu 1996 tarihli Velayet sorumluluğu ve çocukların korunması hakkında tedbirler yönünden yetki, uygulanacak hukuk, tanıma, tenfiz ve iş birliğine dair Lahey Sözleşmesi ile de uyumlu olacaktır.

Tebliğin ilk bölümü boşanmadan sonra ortak velayet konusuna yabancı hukukun uygulanmasını; ikinci bölüm ise bu hususta verilen yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konularını ele almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Ortak Velayet, Uygulanacak Hukuk, Kamu Düzeni, Yabancı Mahkeme Kararının Tenfizi, Boşanma

Joint Custody After Divorce

Prof. Dr. Zeynep Derya Tarman*

The issue of joint custody after divorce in Turkish international family law has for long been subject to debate in two different contexts. The first discussion concerns the application of foreign law whereas the second discussion pertains to whether it is possible for Turkish courts to recognize and enforce foreign court decisions allowing joint custody. The case law on the first discussion seems to have changed with a decision[2] by the Turkish Court of Cassation (*Yargıtay*) in 2017. The decision by the Court of Cassation concerns a case where a Turkish judge had to apply foreign law. In such cases, the question arises whether the public order exception under Turkish private international law would preclude the judge to rule for joint custody. The same problem would present itself in case of the recognition and enforcement of a decision given by a foreign court, which ruled for joint custody of parents after divorce.

The Act on Private International Law and Civil Procedural Law (PILA) regulates the public order exception for the application of foreign laws and the recognition and enforcement of decisions by foreign courts respectively in Art. 5 and Art. 54(c). According to Art. 5, if a provision of the applicable foreign law would in a given case yield a result, which would manifestly conflict with Turkish public order, such law shall not be applied. In such cases Turkish law may be applied instead where necessary. Art. 54 of the PILA lists the conditions for the competent court to enforce a decision by a foreign court and in its subparagraph (c), it requires the judgment not to be clearly in conflict with Turkish public order.

* Koç University Faculty of Law Private International Law Department

2 Court of Cassation, 2nd Civil Chamber, 20.02.2017, Case No. 2016/15771, Decision No. 2017/1737.

Courts' tendency to apply the public order exception in such a broad manner has been subject to apt criticism in legal literature. Critics emphasize the exceptional character of the public order intervention and disapprove the lack of a case-by-case analysis to determine whether the recognition and enforcement of a judgment or the application of foreign law would manifestly contradict Turkish public order in a given case. It is rightly submitted that such analysis should be based on the best interests of the child in the context of custody. Such an approach would also be compatible with the 1996 Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, which puts emphasis on the best interests of the child.

This article aims to inform the reader about the recent developments in Turkish law on joint custody in those two contexts. The first part of this article handles the application of foreign law and the second part of this article deals with the recognition and enforcement of decisions by foreign courts allowing joint custody after divorce.

Keywords: Joint Custody, Applicable Law, Public Policy, Enforcement of a Foreign Court Decision, Divorce

Yabancılık Unsuru İçeren Boşanma Davalarında Uygulanacak Hukuk ve Tanıma Davası Açısından Kamu Düzenine Açık Aykırılığın İncelenmesi

Doç. Dr. Hatice Selin Pürselim Arning*

Kamu düzenine açık aykırılık kavramı, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırılık, Türk adap ve ahlak düzenine aykırılık, hukukumuzun temel ilkelerine aykırılık gibi esaslar kapsamında açıklanabilir. Kamu düzeni kavramına dair sınırları net, durağan ve her daim geçerli bir tanım vermenin imkansızlığı yabancılık unsuru içeren boşanma davalarında kamu düzenine açık aykırılığın araştırılması ihtiyacını doğurmuştur. İncelememizde yabancılık unsuru içeren boşanma davası kamu düzenine açık aykırılık, uygulanacak hukuk ve tanıma davası yönünden ayrı ayrı değerlendirilecektir. Öncelikli olarak yer vermek istediğimiz mesele, ihtilafa uygulanacak yabancı hukukun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmasıdır. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) 2. maddesi uyarınca yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk meselelerinde kanunlar ihtilafı kaidelerimizin yetkili kıldığı yabancı hukuk Türk mahkemesi tarafından re'sen uygulanmaktadır. İhtilafa uygulanan yabancı hukukun ilgili hükmü Türk kamu düzenine açıkça aykırı ise bu hüküm yerine gerekli görülen noktada Türk hukuku uygulanmaktadır. Zira yabancı hukukun uygulanma şartı, kamu düzenimize açıkça aykırı olmamasıdır. Türkiye'de açılan yabancılık unsuru içeren boşanma davasında uygulanacak hukuk MÖHUK md. 14 uyarınca belirlenecektir. Boşanma davasında uygulanacak hukuk eşlerin müşterek milli hukukuna, bu hukukun bulunmadığı hallerde eşlerin müşterek mutad mesken hukukuna, bu hukukun da bulunamaması halinde Türk hukukuna göre tespit edilecektir. Davada yabancı hukukun

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

uygulanması halinde, bu hukukun Türk kamu düzenine açık bir aykırılık oluşturması ihtimalinde yabancı hukukun ilgili düzenlemesinin tatbiki MÖHUK md. 5 uyarınca engellenecektir ve aynı madde uyarınca bu noktada Türk hukuku uygulanacaktır. Çalışmadaki ikinci ana başlığımız, kamu düzenine açık aykırılığın tanıma davası yönünden araştırılmasıdır. MÖHUK md. 50 uyarınca, yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye'de icra olunabilmesi için yetkili Türk mahkemesi tarafından tanıma/tenfiz kararı verilmesi gerekmektedir. Tarafların yabancı ülke mahkemesinde boşanması halinde, yabancı mahkeme kararının -saf bir boşanma kararı esas alındığında- Türkiye'de hüküm doğurabilmesi için tanınması gerekmektedir. Tanıma davasının esasa dair şartları MÖHUK md. 54'te yer almaktadır. Bu şartlarından bir tanesi de MÖHUK md. 54/c'deki yabancı mahkeme hükmünün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmamasına dair düzenlemedir. Bu düzenleme uyarınca, kararın elde edilmesinde yabancı mahkemenin uygulamış olduğu hukuk değil, bizzat kararın Türkiye'deki hukuki neticelerinin kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığına bakılması gerekmektedir. Bu iki ana başlık altında yapacağımız incelememizde farazi olaylar ve mahkeme kararları dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmasına gayret edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kamu Düzeni, Yabancılık Unsuru Taşıyan Boşanma Davası, Tanıma, Uygulanacak Hukuk, Kamu Düzenine Açık Aykırılık

Examination of the Clear Violation of Public Policy with Regard to the Law Applicable to Divorce Actions with a Foreign Element and Recognition Actions

Assoc. Prof. Dr. Hatice Selin Pürselim Arning*

The concept of clear violation of public policy can be explained within the framework of notions such as violation of constitutional rights and freedoms, violation of the Turkish moral system and violation of main principles of our legal system. As it is impossible to give a ever-present and constant definition with clear boundaries for the term "public policy", it has become necessary to examine the concept of clear violation of public policy in divorce actions with a foreign element. In our study, clear violation of public policy in divorce actions involving a foreign element will be discussed with regard to both applicable law and recognition actions. The first main topic we would like to discuss is the clear violation of Turkish public policy by the foreign law applicable to the case. According to Article 2 of the Act on Private International Law and International Procedural Law no 5718 (MÖHUK), in private law matters involving a foreign element, Turkish courts apply ex officio the foreign law determined in accordance with the relevant conflict of laws rule. If the relevant provision of the foreign law applicable to the dispute is in clear violation of Turkish public policy, Turkish law will be applied if deemed necessary. Because a foreign law can only be applied if it does not clearly violate our public policy. Under Turkish law, the law applicable to divorce cases with a foreign element is determined pursuant to Article 14 of MÖHUK. Accordingly, divorce cases are governed by the common national law of the spouses or by the law of the country of their common habitual residence if the spouses have different nationalities or by Turkish

* Marmara University Faculty of Law Private International Law Department

law in the absence of the first two. If a foreign law is to be applied to the case and the application of this law clearly violates Turkish public policy, the application thereof will be prevented by way of Article 5 of MÖHUK and Turkish law will be applied instead pursuant to the said provision. The second main topic in our study is the examination of clear violation of public policy with regard to recognition actions. According to Article 50 of MÖHUK, in order for a foreign court decision, which has been rendered in the course of civil lawsuits and is final pursuant to the law of that foreign state, to be enforced in Turkey, the competent Turkish court should render a recognition or enforcement decision. In case the parties get a divorce in a foreign court, this decision – if only the divorce part of the decision is taken into consideration - will need to be recognized in order for it to have legal effect in Turkey. The substantial conditions of recognition actions are regulated in Article 54 of MÖHUK. One of these conditions is the rule stipulated under Article 54/c of MÖHUK, according to which the relevant foreign court decision should not be in clear violation of the public policy. Pursuant to this provision, the Turkish court should not focus on the law applied to the merits of the case by the foreign court, but rather evaluate whether the legal consequences that this decision will cause in Turkey violates public policy. In our examination, which will be made under these two main titles, we will aim to make an evaluation by taking into account hypothetical cases and court decisions.

Keywords: Public Policy, Divorce Action with a Foreign Element, Recognition, Applicable Law, Clear Violation of Public Policy

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kamu Düzeni Kavramına İlişkin İçtihatları Çerçevesinde Türk Milletlerarası Özel Hukuk Uygulamaları

Dr. Öğr. Üyesi Deniz Defne Kırlı Aydemir*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kamu düzeni kavramına yaklaşımı ve bu konudaki kararlarının, milletlerarası özel hukuk ve ulusal mahkeme uygulamaları üzerindeki etkisi önem arz etmektedir. Özellikle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından geliştirilen içtihatların, temel hak ve özgürlüklerin korunması anlayışı ve sınırları içinde hareket ederek, bu hak ve özgürlüklerin ihlali niteliği taşıyabilecek her türlü ulusal hukuk uygulamasının da karşısında olduğu açıkça görülmektedir.

Milletlerarası özel hukuk açısından ortaya çıkan kamu düzeni olgusu; her ülkenin kendi kültürel yapısı, kendi gelenek ve görenekleri, anayasalarında yer alan temel hak ve özgürlükler, toplumsal ve kişisel özgürlüklerini koruyan ilkeler, kendi iç hukuklarında düzenleme konusu yapılan özgürlükler çerçevesinde şekillenmekte ve bir bütün oluşturmaktadır. Bu açıdan, her ülkenin bu olgunun oluşmasında rol oynayan değişkenleri farklılık arzetmektedir. Dolayısıyla milletlerarası özel hukuk alanında, ulusal mahkemelerce yabancı bir hukukun uygulanması noktasında, kamu düzeni istisnasının nasıl ve hangi şartlarla devreye gireceği meselesi, ülkeden ülkeye değişkenlik göstermektedir. Sonuçta, kamu düzeni istisnasının uygulanması, genel olarak, mahkemelerin bu yöndeki uygulamaları, kararları, değerlendirmeleri ve teamüllerine (*modus operandi*) bırakılmaktadır.

---

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

Ancak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin birleştirici ve evrensel hukuk ilkelerini referans alarak ortaya koyduğu içtihatlar, ulusal hukukları ve ulusal mahkeme kararlarını da doğrudan etkilemektedir. Bu anlamda Türkiye Cumhuriyeti, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalamış bir ülke olarak, hem Sözleşme hükümlerini hem de Mahkeme'nin vermiş olduğu kararları, iç hukukunun bir parçası haline getirmiştir. Türk milletlerarası özel hukuk uygulaması bakımından, yabancılık unsuru taşıyan bir hukuki mesele ile ilgili olarak, Sözleşme'nin ortaya koyduğu temel hak ve özgürlükleri ihlal eden yabancı hukukların uygulanmasında ortaya çıkması muhtemel olan neticeler, Türk kamu düzeninin ihlali yanında milletlerarası kamu düzeni ihlali anlamı da taşıyacaktır. Bu anlayış temellerini, başta temel hak ve özgürlüklerin hukuki dayanağı ve güvencesi olan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ilgili diğer Sözleşmelerde bulmaktadır.

Sonuç olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklerin ihlali ile ilgili ortaya koyduğu içtihatlar doğrultusunda, kamu düzeni kavramına bir bakış açısı ve uygulaması getirmektedir. Bu durum, milletlerarası özel hukuk uygulaması bakımından da gerek anayasal gerekse sözleşmesel anlamda bir bütünlüğün ortaya çıkmasına yardımcı olmakta ve kamu düzeni istisnasının değerlendirilmesi noktasında hukuki bir zenginlik yaratmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Düzeni, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Milletlerarası Özel Hukuk, Yabancı Hukuk, Temel Hak ve Özgürlüklerin İhlali, Ulusal Mahkemeler

Turkish International Private Law Practices in the Framework of the European Court of Human Rights' Case Laws on the Concept of Public Order

Asst. Prof. Dr. Deniz Defne Kırlı Aydemir*

The approach of the European Court of Human Rights to the concept of public order and the impact of it's decisions on private international law and national court practices are an important issue. In particular, it is clearly seen that the case law developed by the European Court of Human Rights, acting within the understanding and boundaries of the protection of fundamental rights and freedoms is, against any kind of national law practices that may be a violation of these rights and freedoms.

Public order phenomenon emerging in terms of private international law; the cultural structure of each country, its own traditionsand customs, the fundamental rights and freedomsin their constitutions, the principles protecting their social and personal freedomsare shaped within the framework of the freedoms regulated in their domestic laaws and form a whole. In this respect, the variables that play a role in the formation of this phenomenon in each country differ. Therefore, in the field of private international law, the issue of how and under which conditions the public order exception will come into effect at the point of applying a foreign law by national courts varies from country to country.

However, the provisions of the European Convention on Human Rights and the jurisprudence put forward by the European Court of Human Rights with reference to the unifying and universal principles of law also directly affect national laws and national courts' decisions. The Republic of Turkey, as a signatory state of European Convention on Hu-

* Sakarya University Faculty of Law Private International Law Department

man Rights, as well as the provisions of the Convention that the decision given by the Court, has become part of domestic law. In this respect, in terms of Turkish Private International Law practice, the implementation of foreign laws that violate the fundamental rights and freedoms set forth by the Convention and the possible consequences, in relation to a legal issue bearing a foreign element, are the violation of the Turkish public order as well as the violation of international public order. The basis of this understanding, finds Constitution of Turkey and the European Convention of Human Rights.

In conclusion, the European Court of Human Rights brings a perspective and application to the concept of public order in line with its case law regarding the violation of fundamental rights and freedoms. This situation helps the emergence of a constitutional and contractual unity in terms of private international law practice and creates a legal wealth at the point of evaluating the public order exception.

Keywords: Public Order, Public Order, European Convention on Human Rights, Private International Law, Foreign Law, Violation of Fundamental Rights and Freedoms, National Courts

Kamu Düzeni İstisnasının Türk Milletlerarası Özel Hukuku & Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Göre Uygulanması: Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıklarında Cezai Süreçlere Dair İhtiyati Tedbirlerin Durumu

Dr. Öğr. Üyesi Özge Varış*

Yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü sisteminin sınırları tartışmalıdır. Bu tartışmalar özellikle hakemlerin yetkileri konusunda olduğunda, ihtiyati tedbirlerin infazı ve ihtiyati tedbirlerin içerikleri konularını kapsamaktadır. Milletlerarası yatırım tahkiminde, hakem heyetleri son yıllarda ev sahibi devletlerdeki süregelen cezai süreçlerle ilgili tartışmalı ihtiyati tedbir kararları vermiş; ancak, bu ihtiyati tedbirlerin göz önünde bulundurulmayan noktası, iç hukukun milletlerarası yatırım hukuku arasındaki ilişki olmuştur. Yerel cezai süreçlere ilişkin ihtiyati tedbirlerin infazı, ceza hukukunun özü, milletlerarası yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde gözden kaçırmaktadır. Diğer bir deyişle ceza hukuku, özünde doğrudan devletlerin kamu düzenleri ile ilgilidir.

Örneğin, çeşitli anlaşmazlıklarda, ihtiyati tedbir kararlarının bağlayıcı niteliği tartışılmış ve ceza yargılamalarına ilişkin ihtiyati tedbirlerin iç hukukta uygulanması, devlet egemenliği, uluslararası antlaşmalar hukuku, yerel hukuk sistemleri gibi farklı hukuk yönlerinden analiz edilmiştir. Bu bağlamda, milletlerarası yatırım hukukunun Türk iç hukuk sistemine müdahalesi, bu mekanizmaların gelecekteki uygulamaları açısından kritik öneme sahiptir. Milletlerarası yatırım hukuku sisteminin başlangıcından bu yana, hakemlerin sınırları ve kararların tenfizi devam eden tartışmalardır. Diğer birçok milletlerarası uyuşmazlık çözüm sisteminde

* Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

olduğu gibi, yargıçların ve hakemlerin yetki sınırları tartışmanın merkezinde yer almaktadır. Özellikle bu tartışmalar iç hukuktaki yargılamalara ilişkin hükümlerde kilitlemektedir.

Bu makale milletlerarası yatırım hukukundaki ihtiyati tedbirlerin uygulanmasını, özellikle de Türk milletlerarası özel hukuku ve Türk Anayasası kapsamındaki kamu düzeni perspektifiyle yeniden ele alacaktır. Milletlerarası yatırım rejiminin yerel hukuk sistemlerine müdahalesi, milletlerarası yatırım tahkimi sisteminin etkinliğini açıklamak için bulmacanın eksik parçası olacaktır. Bu nedenle, özellikle ceza hukuku ile ilgili tüm ihtiyati tedbirler bu makalede incelenecektir. Milletlerarası yatırım hukuku rejiminin diğer yasal rejimlerle ilişkisi karmaşık bir yapıya sahiptir. Bu nedenle, diğer yasal rejimlerin özü, mahkemeleri ve uyuşmazlık tarafları tarafından milletlerarası yatırım hukukunun doğasını kadar dikkate almalıdır. Buna istinaden, cezai süreçlerle ilgili geçici tedbirler, yasal rejimler çatışmasına nedenleri gözden geçilirip, bunların Türk iç hukuk sistemi altında uygulanması, Türk milletlerarası özel hukuku ve Türk Anayasası'nın kamu düzeni istisnası çerçevesinde tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Düzeni, Yatırım Hukuku, İhtiyati Tedbir, Milletlerarası Yatırım Uyuşmalıkları, İnfaz

Public Policy Exception Under Turkish Private International Law & Turkish Constitution: Case of Enforcement of Foreign Interim Measures in International Investment Arbitration

Asst. Prof. Dr. Özge Varış*

The investor-state dispute settlement (ISDS) system limits has been under scrutiny. When the discussion comes to the limits of arbitrators in the ISDS system, provisional measures always pop up. In recent years, arbitral tribunals expressed controversial decisions regarding criminal processes in host states. However, the missing part of these provisional awards is international law's position in domestic legal order and the relationships of other legal regimes of international investment law and national legal systems. Provisional measures regarding domestic criminal issues miss the criminal law's essence regime and the ICSID convention and ISDS system. In other words, criminal law -in essence- is directly related to the public policies of states.

For instance, in various disputes, the binding nature of ICSID provisional measures had been discussed, and enforcement issues of provisional measures on criminal proceedings were analyzed in different international law aspects, such as state sovereignty, treaty law but not domestic legal systems. In that regard, the interference of international investment law with the Turkish domestic legal system is critical to improving the understanding of the mechanisms and future options. Since the beginning of the ISDS system, the arbitrators' limits and enforcement of awards are on-going discussions. As in the many other international dispute settlement systems, limits of power of judges and arbitrators are at the centre of discussion. Especially these discussions lock judgements on domestic law proceedings.

* Kırklareli University Faculty of Law Private International Law Department

This paper will reconsider the enforcement of ISDS awards, especially awards on provisional measures related to public policy perspective under Turkish private international law and the Turkish Constitution. The interference of the international investment regime with domestic legal systems would be the puzzle's missing piece to explain the ISDS system's effectiveness. Because of this reason, all the provisional measures, especially related to criminal procedures, will be carefully analyzed in this paper. The international investment law regime has complicated nature in terms of its relationship with other legal regimes. Therefore, other legal regimes' natures need to consider tribunals and the nature of international investment law by the parties of disputes. So, lastly, provisional measures regarding criminal processes cause a conflict of legal regimes. This overlapping possibly causes the enforcement of provisional measures. Their enforcement under the Turkish domestic legal system will be discussed within perspectives of Turkish private international law and the Turkish Constitution's public policy exception framework.

Keywords: Public Policy, Investment Law, Provisional Measures, Investment Arbitration, Enforcement

15. OTURUM / SESSION 15

Bedelli Askerlik Yapan İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Halis Karaman*

Anayasamıza göre, vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetler'de veya kamuda ne şekilde yerine getirileceğinin veya yerine getirilmiş sayılacağının kanunla düzenleneceği öngörülmüştür (m. 72).

Nitekim, askerlik hizmeti 26.6.2019 tarih ve 7179 sayılı Askerealma Kanunu ile düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun, kendisinden önceki yasal düzenlemelerden farklı olarak, bedelli askerliği istisnai bir düzenleme olmaktan çıkarmış, kalıcı bir düzenleme haline getirmiştir. Ancak, bu yapılırken, iş sözleşmelerinin bedelli askerlik uygulamasından ne şekilde etkileneceği özel olarak düzenlenmemiştir. Bu durum, özellikle, kıdem tazminatı konusunda sorunlar yaşanmasına neden olmaktadır. 7179 sayılı Askerealma Kanunu'nun, iş kanunlarından sonra yürürlüğe giren yeni bir kanun olması ve bedelli askerliği ayrı bir statü olarak düzenlemiş olması bu durumun en önemli sebebidir.

Kıdem tazminatına ne zaman hak kazanılacağı iş kanunlarının konusunu oluşturmaktadır. Ülkemizde üç ayrı iş kanunu bulunmaktadır. Bunlar, 4857 sayılı İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu'dur. Bu üç iş kanununun kapsamına girmeyenlere ise, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanmaktadır.

Borçlar Kanunu'nda kıdem tazminatı düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler yönünden kıdem tazminatı hak-

* Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

kı bulunmamaktadır. 5953 sayılı Basın İş Kanunu ise, kıdem tazminatı konusunu, diğer iki iş kanunundan oldukça farklı bir şekilde düzenlemiştir. Bu yönüyle 7179 sayılı Kanun, 5953 sayılı Basın İş Kanunu yönünden de uygulamada sorun çıkarmamaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu yönünden ise aynı şeyi söyleyebilmek mümkün değildir. Dolayısıyla, bu iki iş kanunu yönünden bedelli askerliğin ayrıca değerlendirilmesi gerekecektir.

4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçiler, bugün hala kıdem tazminatlarını 1475 sayılı İş Kanunu m. 14 kapsamında almaktadırlar. 1475 sayılı Kanun m. 14 ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu m. 20 birlikte değerlendirildiğinde, her iki kanunda da kıdem tazminatı konusunun birbirine paralel şekilde düzenlendiği görülmektedir. Buna göre, kıdem tazminatı alabilmek için, iki koşulun aynı anda gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar, yasada öngörülen asgari çalışma süresinin tamamlanması ve iş sözleşmesinin yasada öngörülen hallerden biriyle sona ermesidir. Her iki kanunda da, askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi, kıdem tazminatı hakkı veren haller arasında sayılmıştır. Ancak, bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken konu, bedelli askerliğin iş kanunlarında ifade edilen askerlik hizmeti olup olmadığıdır. Yine, açıklığa kavuşturulması gereken ikinci husus, iş kanunlarının genel amacı ve bu çerçevede iş sözleşmelerini koruyucu hükümleri dikkate alındığında, bedelli askerliğin taraflara fesih hakkı verip vermeyeceğidir. Bu açıdan olaya yaklaşıldığında, iş sözleşmesinin bedelli askerlik süresince askıda kalıp kalmayacağının da ayrıca değerlendirilmesi gerekecektir. Aşağıda, konu, bu çerçevede açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Bedelli Askerlik, İş Sözleşmesinin Feshi, Kıdem Tazminatı, Askerlik ve Askı Hali

The Right to Severance Pay of the Employee Who Will Fulfill His Paid Military Duty

Asst. Prof. Dr. Mehmet Halis Karaman*

According to our Constitution, National Service is the right and duty of every Turkish citizen. The manner in which this service shall be performed, or considered as performed, either in the armed forces or in public service, shall be regulated by law. (art. 72).

As a matter of fact, military service is regulated by the military en enlistment law numbered 7179, dated 25.6.2019. The law in question unlike the previous legal regulations, made paid military service a permanent regulation rather than an exceptional regulation. However, while doing this, it is not specifically regulated how the employment contracts will be affected by paid military service. This situation causes problems in practise especially in terms of severance pay. The most important reason for this situation is that the military law numbered 7179 is a new law that came into force after the labor laws and that the military service by payment has a separate status.

The entitlement fort he severance pay constitutes the subject of labor laws. There are 3 different Labor Laws in our country. These are 4857 numbered Labor Law, 854 numbered Maritime Labor Law and 5953 numbered Press Labor Law. For those who are not covered by these 3 labor laws, the provisions of the law obligations numbered 6098 regarding the employment contract are applied.

No severance pay is regulated in the Law of Obligations. Therefore, there is no severance pay right for workers under the Code of Obligations. The Press Labor Law No. 5953 regulates the issue of severance pay quite differently from the other 2 labor laws. In this respect, Law No.

* Marmara University Faculty of Economics Labour and Social Security Law Department

7179 does not cause any problems in terms of Press Labor Law No. 5953. It is not possible to say the same thing in terms of Labor Law No. 4857 and Maritime Labor Law No. 854. Therefore, paid military service will need to be evaluated separately in terms of these two laws.

Employees within the scope of Labor Law No. 4857 still receive severance payments within the scope of Article 14 of Law No. 1475. If the Articles 14 of Law No. 1475 and Article 20 of Law No. 854 are evaluated together, it is seen that the issue of severance pay is regulated in parallel in both laws. Accordingly, two conditions must be fulfilled at the same time in order to receive severance pay. These are the completion of the minimum working periods stipulated in the law and the termination of the employment contract with one of the conditions stipulated in the law. In both laws, termination of the employment contract due to military service is listed among the conditions that give the right to severance pay. However, the issue that needs to be clarified at this point is whether paid military service is a military service as stated in labor laws. Again, second issues that need to be clarified are whether paid military service gives the parties the right to terminate, considering the general purpose of labor laws and the protective provisions of employment contracts in this framework. In this respect, it will be discussed whether the employment contract will be suspended during military service with payment. In this framework, the subject will be tried to be clarified below.

Keywords: Paid Military Duty, Termination of Employment Contract, Severance Pay, Military Service and Suspended

Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Sosyal Güvenlik Kurumu Tarafından Yapılan Fazla ve Yersiz Ödemelerin Geri Alınması

Dr. Öğr. Üyesi Orhan Ersun Civan*

Karşılaştığı sosyal riskler nedeniyle geliri azalan ya da gideri artan bireyin yaşamını idame ettirmesinde, sosyal güvenlik sistemi tarafından sunulan hizmetler ve yapılan ödemeler büyük önem kazanmaktadır[1]. Bununla birlikte kişinin kendi kusurundan ya da Sosyal Güvenlik Kurumu'nun (SGK) hatalı işleminden kaynaklanan çeşitli hallerde, SGK tarafından yapılan ödemelerin hukuki temeli ortadan kalkabilmekte, söz konusu ödemeler yersiz nitelik kazanabilmekte ve ilgililerden iade etmeleri istenebilmektedir. Bu yöndeki temel düzenleme 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu md.96'da yer almaktadır.

Öğretide 5510 sayılı Kanun md.96 hükmünün zaman bakımından uygulanması, iade yükümünün kapsamı ve SGK'nın geri alma talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresi ele alınmakta ve değerlendirilmektedir[2].

---

* TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

1 Özkaraca**, *Ercüment***: "Sosyal Güvenlik Kurumu Tarafından Yapılan Fazla ve Yersiz Ödemelerin Geri Alınması", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:10, Sayı:38, Yıl:2013, s.152.

2 Bu konudaki tartışmalar ve değerlendirmeler hakkında bkz.; ***Güzel/Okur/Caniklioğlu***, s.344-348, 484-486, 591-594. ***Tuncay/Ekmekçi***, s.576-578. Özkaraca, s.156 vd. ***Aslanköylü, Resul***: "Sosyal Sigortalar Kurumunca Yapılan Fazla ya da Yersiz Ödemelerin Geri Alınması", Kamu-İş, Cilt:13, Sayı:3, Yıl:2014, s.25 vd. ***Yücel Bordur, Mehtap***: Türk ve Avrupa Birliği Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm Sigortası, Ankara 2021, s.219-228. ***Gökalp Civan, Arzu***: Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm Sigortası, Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara 2019, s.210-215, 237-241. ***Hacıoğlu, Arzu***: "Boşanılan Eşle Sürdürülen Birlikteliklerin Neden Olduğu Yersiz Ödemeler", Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, İstanbul 2019, s.1092-1099. ***Kırmızı, Evran***: "Sosyal Güvenlik Hukukunda Fazla ve Yersiz Ödemelerin Geri Alınması", Cilt:15, Sayı:58, Yıl:2018, s.532 vd.

Ancak fazla ve yersiz ödemelerin geri alınması, SGK'nın bağladığı gelir ya da aylıkla geçinen bireylerin büyük güçlüklerle karşılaşmasına, ayrıca fazla veya yersiz ödemenin yıllar sonra tespiti durumunda geri ödeme yükümlüsünün özellikle yaşı, mesleği vb. nedenlerle örneğin prim ödeme gün sayısı konusundaki hata ya da eksikliği telafi edemeyecek duruma düşmesine neden olabilmektedir. Bu durum sosyal devlet ilkesi ve sosyal güvenlik hakkı başta olmak üzere fazla ve yersiz ödemelerin geri alınmasına yönelik düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı iddiasını gündeme getirmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin somut norm denetimi sonucu verdiği iki kararında[3] ise diğer gerekçelerin yanı sıra 5510 sayılı Kanun md.96 hükmüyle kanuna aykırı şekilde yapılan ödemelerin geri alınmasının amaçlandığı, Anayasa'ya aykırılıktan söz edilemeyeceği belirtilerek, itirazın reddine karar verilmiştir.

Buna karşılık bireysel başvuru sonucu verilen çok sayıda kararda[4], mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olmadığı, SGK'nın iyi yönetim ilkelerine uygun davranmadığı benimsenerek, hak ihlali sonucuna ulaşılmıştır. Bu itibarla fazla ve yersiz ödemelerin geri alınması açısından hak ihlali iddialarının engellenmesi, Anayasa'ya ve hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşılması bakımından mevzuatımızda yapılabilecek değişikliklerin ya da Anayasa'ya uygun yorum çerçevesinde dikkate alınabilecek hususların ele alınması isabetli olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Fazla ve Yersiz Ödemeler, Sosyal Devlet, Sosyal Güvenlik Hakkı, Mülkiyet Hakkı, Bireysel Başvuru

---

3 AYM, 10.02.106, E.2015/97, K.2016/10, AYM, 12.07.2017, E.2017/44, K.2017/118, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/, 10.03.2021.

4 Örneğin; AYM, 12.02.2020, Başvuru No.:2017/18560, Başvurucu: Kemal Özcan, AYM, 28.11.2018, Başvuru No.:2015/18918, Başvurucu: Ümmü Çakır, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/, 10.03.2021.

Recalling of Inappropriate and Over Payments by Social Security Institution in the Light of Decisions of Constitutional Court

Asst. Prof. Dr. Orhan Ersun Civan*

The services and the payments provided by the social security system are of great importance in the survival of the individual whose income decreases or expenses increase due to the social risks he/she faces[5]. However, in various cases caused by the individual's own fault or the improper operation of the Social Security Institution (SGK), the legal basis of payments provided by SGK may disappear, these payments may become inappropriate and interested parties may be asked to return them. The main regulation regarding this issue is included in article 96 of the Social Insurance and General Health Insurance Law No. 5510.

In the doctrine, the enforcement ratione temporis of Article 96 of Law No. 5510, the scope of the repayment obligation and the statute of limitations to which the SGK's request for recall is subject are discussed[6].

---

* TOBB Economy and Technology University Labour and Social Security Law Department

5 Özkaraca**, *Ercüment***: "Sosyal Güvenlik Kurumu Tarafından Yapılan Fazla ve Yersiz Ödemelerin Geri Alınması", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:10, Sayı:38, Yıl:2013, s.152.

6 For discussions and evaluations on this issue *see*; ***Güzel/Okur/Caniklioğlu***, s.344-348, 484-486, 591-594. ***Tuncay/Ekmekçi***, s.576-578. Özkaraca, s.156 vd. ***Aslanköylü, Resul***: "Sosyal Sigortalar Kurumunca Yapılan Fazla ya da Yersiz Ödemelerin Geri Alınması", Kamu-İş, Cilt:13, Sayı:3, Yıl:2014, s.25 vd. ***Yücel Bordur, Mehtap***: Türk ve Avrupa Birliği Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm Sigortası, Ankara 2021, s.219-228. ***Gökalp Civan, Arzu***: Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm Sigortası, Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara 2019, s.210-215, 237-241. ***Hacıoğlu, Arzu***: "Boşanılan Eşle Sürdürülen Birlikteliklerin Neden Olduğu Yersiz Ödemeler", Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, İstanbul 2019, s.1092-1099. ***Kırmızı, Evran***: "Sosyal Güvenlik Hukukunda Fazla ve Yersiz Ödemelerin Geri Alınması", Cilt:15, Sayı:58, Yıl:2018, s.532 vd.

However, the repayment of inappropriate and over payments may cause great difficulties for individuals living on income or pension provided by the SGK. It may also cause the interested party, faced with the repayment obligation, to fall into a situation where it cannot compensate for a mistake or the lack of premium days. This situation brings up the claim that the regulation regarding with recalling of inappropriate and over payments is unconstitutional. In two decisions[7] of the Constitutional Court as a result of concrete judicial review have been rejected the claims that article 96 of Law No. 5510 are unconstitutional.

Although in many decisions[8] given as a result of individual application have been adopted that the intervention to the property right was not proportional and the SGK did not act in accordance with the principles of good administration, as a result it is concluded violation of right. In this respect, it is necessary to evaluate possible amendments in our legislation or to review considerations within the frame of interpretation in conformity with the constitution.

Keywords: Inappropriate and Over Payments, Social State, Right to Social Security, Right to Property, Individual Application

7 AYM, 10.02.106, E.2015/97, K.2016/10, AYM, 12.07.2017, E.2017/44, K.2017/118, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/, 10.03.2021.

8 E.g.; AYM, 12.02.2020, Başvuru No.:2017/18560, Başvurucu: Kemal Özcan, AYM, 28.11.2018, Başvuru No.:2015/18918, Başvurucu: Ümmü Çakır, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/, 10.03.2021.

Anayasa Mahkemesi Kararı Ardından Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Tevliyet Hakkına İlişkin Değerlendirmeler

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Özgür Avcı*

Osmanlı tatbikatında vakıf, bir malı mülkiyetten çıkarıp menfaatlerini belli şartlarla, ebedi olarak bir hayır cihetine tahsis etmek olarak tanımlanabilir. Osmanlı döneminde kurulan ve varlığını günümüzde de devam ettiren vakıflarda "tevliyet (yönetim)" ile ilgili meseleler yargı organlarını meşgul etmeye devam etmektedir.

2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu'nda, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nda ve Vakıflar Yönetmeliği'nde Osmanlı'nın mirası olan vakıf müessesesinin yaşatılması adına tevliyete ilişkin hükümlere de yer verilmiş; böylece vakfedenin soyundan gelen kişilere vakfiyede tanınan haklar belirli şartlar çerçevesinde korunmuştur.

Vakfedenin iradesine uygun olarak vakfın amacının gerçekleştirilebilmesi için vakfedilenin titizlikle korunması, işletilmesi ve elde edilen gelirin dağıtılması gerekir. Mülhak vakıfların nasıl yönetileceği, bu vakıfların malvarlığını, vakıf şartlarını ve vakfedenin isteklerini içeren vakfiyelerde belirtilmiştir. Mülhak vakıflar, vakfiyedeki şartlara göre Vakıflar Meclisi tarafından atanan yöneticiler tarafından idare ve temsil edilmektedir. Mazbut vakıflar ise Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün vesayeti altına alınan özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişiler olup, bu vakıfların yönetimi ve temsili hukuki statülerinin korunarak yaşatılmaları amacıyla Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne aittir.

5737 sayılı Kanunun 7. maddesinde, on yıl süreyle yönetici atanamayan veya yönetim organı oluşturulamayan mülhak vakıfların da

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

mahkeme kararıyla Vakıflar Genel Müdürlüğü'nce yönetileceği ve temsil edileceği düzenlenmiştir. Aynı maddede 5737 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce mazbut vakıflar arasına alınan vakıflarla, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'na göre mazbut vakıflar arasına alınan vakıflara bir daha yönetici seçimi ve ataması yapılamayacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme uyarınca on yıl yönetici atanamayan mülhak vakıflar da mazbut vakıf sayılarak, yönetimi tamamen Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne bırakılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, vakfedenin soyundan gelen ve vakfiyeye göre tevliyet hakkı bulunan kişinin bu hakkını kullanamamasının Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen "mülkiyet hakkını" ihlal ettiği yönündeki bireysel başvurusuna ilişkin olarak, mülhak vakfın Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından mazbut vakıflar arasına alınmasının tevliyet hakkına sahip olabilecek vakıf evladı olan başvurucu yönünden mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğine karar vermiştir[1].

Bu karardaki tespit ve değerlendirmeler ışığında hukuki sorun, 5737 sayılı Kanunda yer alan tevliyete ilişkin hükümlerden çıkan sonuçların vakfedenin iradesi ile ne kadar uyumlu olduğudur. Vakıfta asıl olan vakfedenin iradesine üstünlük tanımaktır. Vakfeden, vakfettiği malların yönetimini kendi soyundan gelenlere şart kılmış ise yönetim hakkı vakfiyedeki şartlara göre öncelikle bu kişilere aittir. Mülhak vakıfların denetimi Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasındadır. Kanun gereği yönetimin Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne bırakıldığı durumlarda ise yönetim hakkı kapsamında vakıf mallarından azami menfaatin sağlanıp sağlanmadığının ve elde edilen menfaatin vakfedenin iradesine uygun olarak hayır amacıyla kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesi zorunludur. Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün 5737 sayılı Kanun m. 37 uyarınca 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu hükümleri çerçevesinde genel olarak denetime tabi olmasının bu konunun gerektirdiği özel denetim açısından yeterli olmayacağı düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Vakıf, Tevliyet, Mülkiyet Hakkı, Denetim, Menfaat

[1] Başvuru Numarası: 2014/5871, Karar Tarihi: 6/7/2017.

Assessments Regarding the Right to Administration in Mazbut and Mulhak Foundations after the Constitutional Court Decision

Asst. Prof. Dr. Mehmet Özgür Avcı*

The foundation in the Ottoman exercise; It can be defined as removing a property from ownership and allocating its interests to a beneficent cause under certain conditions forever. In the foundations that were established in the Ottoman period and continue their existence today, issues related to "tevliyet (administration)" continue to occupy the judicial organs.

In the abrogated Foundations Law numbered 2762, the Foundations Law numbered 5737 and the Foundations Regulation, the provisions regarding the foundation institution, which was the legacy of the Ottoman Empire, were also included; Thus, the rights granted to the descendants of the endower in the endowment were protected under certain conditions.

In accordance with the will of the endower, the endowed must be carefully protected, operated and the income obtained must be distributed in order to achieve the purpose of the foundation.

The management of mülhak foundations is specified in the endowment, which include the assets of these foundations, the foundation conditions and the requests of the endower. Mülhak foundations are managed and represented by the directors to be appointed by the Foundations Council according to the conditions in the endowment. Mazbut foundations, on the other hand, are legal entities subject to private law provisions under the guardianship of the General Directorate of Foun-

* Marmara University Faculty of Law Civil Law Department

dations, and the management and representation of these foundations belong to the General Directorate of Foundations in order to protect their legal status.

In Article 7 of Law No. 5737, it is regulated that mülhak foundations, for which a manager cannot be appointed or a management organ cannot be established for ten years, will be managed and represented by the General Directorate of Foundations by court decision. In the same article, it was stated that no more managers could be elected and appointed to the foundations that were included among the mazbut foundations before the entry into force of the Law No.5737, and the foundations that were included among the mazbut foundations according to the Law on Foundations. In accordance with this regulation, mülhak foundations, which cannot be appointed for ten years, shall be deemed to be mazbut foundations and their management is completely left to the General Directorate of Foundations.

Regarding the individual application of the Constitutional Court claiming that the inability of the person who is a descendant of the endower and who has the right to manage according to the foundation, violates the "property right" regulated in Article 35 of the Constitution, the inclusion of the mülhak foundation among the mazbut foundations by the General Directorate of Foundations Decides that it constitutes an interference with the property right on the part of the applicant.

In the light of the determinations and evaluations in this decision, the legal problem is how the results of the provisions regarding management in Law No. 5737 are compatible with the will of the foundation. The main thing in the foundation is to give superiority to the will of the endower. If the management of the assets endowed by the endower has been stipulated by its descendants, the management right belongs primarily to these persons according to the conditions in the foundation. The auditing of mülhak foundations is among the duties of the General Directorate of Foundations. In cases where the management is left to the General Directorate of Foundations as per the law, it is obligatory to inspect whether the maximum benefit is obtained from the foundation

properties within the scope of the management right and whether the benefit obtained is used for charitable purposes in accordance with the will of the endower. Law No. 5737 of the General Directorate of Foundations. 37, it is generally subject to audit within the framework of the provisions of the Public Financial Management and Control Law No. 5018. However, it is considered that this audit will not be sufficient for the special audit required by this issue.

Keywords: Foundation, Administration, Property Right, Auditing, Benefit

İş Hukukunun Efendisi Hâkimler Midir? Haklı Nedenle Fesihte Ölçülülük İlkesi Üzerinden Bir Durum Değerlendirmesi

Ar. Gör. Dr. Gökhan Türe*

Anayasa'nın özel hukuk ilişkileri üzerindeki etkisinin en çok tartışıldığı alanların başında hiç şüphesiz iş hukuku gelmektedir. Hatta temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkileri üzerinde etki gösterip gösteremeyeceğine ilişkin tartışmaların temelinde iş hukuku uyuşmazlıklarının bulunduğu ve temel hakların doğrudan yatay etkisi teorisini temellendiren yazarların ağırlıklı olarak iş hukuku alanında eserler ürettikleri görülmektedir. Bu hukukçulardan birisi de *Franz Gamillscheg* olup, yazar, temel hak ve özgürlüklerin iş ilişkilerine etkisini tartıştığı makalesinde[1], bu bildiriye ilham veren şu cümleyi kullanmaktadır: *"Hâkim, iş hukukunun gerçek efendisidir."*[2] İş sözleşmesinin, en nihayetinde bir özel hukuk sözleşmesi olduğu dikkate alındığında, bu ifadenin hayli iddialı olduğu söylenebilmektedir. Zira özel hukukun evrensel bir ilkesi olarak sözleşme; tarafları için kanun hükmündedir[3]. O halde özel hukuk ilişkilerinin efendisi hâkim değildir; bu paye kanun koyucunun çizdiği sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla sözleşmenin taraflarına aittir. Bununla beraber Türk hukuk uygulamasında iş davalarına bakmakla görevli hâkimlerin, *Gamillscheg*'i haklı çıkaracak ölçüde iş hukuku uyuşmazlıklarına müdahale ettikleri görülmektedir. Hâkimler, iş hukuku uyuşmazlıklarına müdahale ederken bilhassa ölçülülük ilkesinden yararlanmakta ve bunun

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

1 "Die Grundrechte im Arbeitsrecht", Archiv für die civilistische Praxis, 1964, 164. Bd., H. 5/6 (1964), s. 385-445.

2 "Der Richter ist der eigentliche Herr des Arbeitsrecht.", Gamillscheg, s. 388.

3 Fransız Medeni Kanunu madde 1103.

sonucunda ölçülülük ilkesi, iş yargılamasında adeta sihirli bir değneğe dönüşerek dokunduğu her uyuşmazlıkta hâkimin hakkaniyete göre karar vermesini sağlamaktadır. Nitekim Yargıtay'ın yerleşik içtihadında, kanunda aranmamasına rağmen işveren haklı nedenle fesih hakkını kullanırken ölçülülük ilkesine uygun davranmakla yükümlü tutulmaktadır[4]. Oysaki hukuki güvenlik ilkesinin bir gereği olarak iş hukuku uyuşmazlıklarının esas olarak iş hukuku mevzuatındaki hükümler çerçevesinde çözümlenmesi, ölçülülük ilkesine ise ancak belli şartların varlığı halinde ve istisnai olarak başvurulması gerekmektedir. Zira iş hukuku kurallarıyla genellikle işçinin korunması amacı izlenmekteyse de, taraflar arasındaki hassas dengenin gözetildiği hukuk kuralları da bulunmaktadır. Bu nedenle her türden uyuşmazlığın ölçülülük ilkesinin denetimine tabi kılınması, iş hukukunda hassas denge ilkesinin göz ardı edilmesine yol açmaktadır. Bu bakımdan işverenin haklı nedenle fesih hakkının, birkaç istisnai durum haricinde, ölçülülük ilkesinin denetimine tabi tutulmasından vazgeçilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Temel Haklar, Yatay Etki, Doğrudan Yatay Etki, Haklı Nedenle Fesih, Ölçülülük İlkesi

[4] Bkz. Yargıtay 9. H. D., E. 2019/4548, K. 2019/14050, T. 24.06.2019; E. 2017/6449, K. 2017/17377, T. 02.11.2017; E. 2007/14313, K. 2008/6730, T. 28.03.2008.

Are Judges the Master of Labor Law? An Evaluation of the Principle of Proportionality on Termination for Just Cause

Res. Asst. Dr. Gökhan Türe*

Beyond any doubt, labor law is one of the primary areas where the constitution's effect on private law relations is discussed the most. Yet, it can be observed that; discussions on whether fundamental rights can effect private law relations or not, derives from labor law, and the authors who justify the theory of the direct horizontal effect have published their academic works mainly in the area of labor law. Franz Gamillcheg, one of the authors who mentioned thereof, notes the below statement in his article[5] about the effect of fundamental rights on employment relations that inspired this paper: *"The judges are the true masters of labor law."*[6] Considering the fact that the employment contract is a private law contract once for all, the related statement can be evaluated fairly asserted. Yet as a universal principle of private law; the contract has the force of law for the contractor parties[7]. Under these circumstances, the judge shall not be evaluated as the master of private law relations since this honor is held by the contractor parties within the regulative limits implemented by the legislator. Along with these, the interference of the judges can be seen in Turkish tribunal practice in a way that accounts for Gamillscheg's statements. The judges utilize the principle of proportionality, particularly when interfering the labor law disputes, and as a result, the principle of proportionality evolves into so mentioned magic wand, which ensures

* Ankara Haci Bayram Veli University Faculty of Law Labour and Social Security Law Department

5 "Die Grundrechte im Arbeitsrecht", Archiv für die civilistische Praxis, 1964, 164. Bd., H. 5/6 (1964), pp. 385-445.

6 "Der Richter ist der eigentliche Herr des Arbeitsrecht.", Gamillscheg, p. 388.

7 Article 1103 of French Civil Code.

equity in every dispute it affects. Thus, according to Turkish Supremecourt's settled case-law[8], the employer shall be obliged to comply with the requirements of the principle of proportionality when exercising the right of termination for just cause, even the related burden is not required by law. However, the disputes derive from the labor law shall resolve under labor law regulations as a necessity of the legal certainty principle, and the principle of proportionality shall apply exceptionally only in certain conditions. Even if the labor law aspires to protect employees' interests with labor law regulations, there are provisions that oversee the delicate balance between the parties. Consequently, subjecting all kinds of disputes to the control of the principle of proportionality causes the neglection of the principle of delicate balance in labor law. In this respect, except for a few exceptional cases, the employer's right of termination for just cause should be waived from being subject to the control of the principle of proportionality.

Keywords: Fundamental Rights, Horizontal Effect, Direct Horizontal Effect, Termination for Just Cause, The Principle of Proportionality

[8] See also Yargıtay 9. H. D., E. 2019/4548, K. 2019/14050, T. 24.06.2019; E. 2017/6449, K. 2017/17377, T. 02.11.2017; E. 2007/14313, K. 2008/6730, T. 28.03.2008.

16. OTURUM / SESSION 16

Aile Hayatına Saygı Hakkı Bağlamında Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Mine Tan Dehmen*

Devlet egemenlik yetkisinin bir sonucu olarak yabancıların ülkeye kabulünü çeşitli menfaatleri gözeterek sınırlandırabildiği gibi, menfaatleriyle bağdaşmayan bir takım faaliyetlerde bulunan yabancıları sınır dışı edebilir. Sınır dışı etme yabancının temel hak ve özgürlükleri arasında yer alan kişi dokunulmazlığı, kişi hürriyeti ve seyahat hürriyetine getirilen bir sınırlamadır.

Türkiye'de aile üyeleriyle birlikte yaşayan yabancıların sayısı zamanla önemli bir artış göstermiştir. Yabancı hakkında verilen sınır dışı etme kararı bazı hallerde, ilgili yabancının Türkiye'de yaşayan aile üyelerinden ayrılması neticesini doğurabilir. Yabancıların sınır dışı edilmesi müessesesini ilk kez sistematik ve etraflı bir düzenlemeye kavuşturan 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK) 54. maddesinde sınır dışı etme sebeplerine yer vermiştir. YUKK'un 55. maddesinde haklarında sınır dışı etme sebepleri bulunsa dahi bazı yabancılar bakımından sınır dışı kararı alınamayacağı öngörülmüştür. Aile bağlarının varlığı ise, sınır dışı kararının alınmasını engelleyici bir hal olarak düzenlenmemiştir.

Diğer yandan Türk hukuk düzeni aile kurumuna özel bir önem atfederek, hassasiyetle yaklaşmaktadır. Herkesin aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, Anayasa'nın 20. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 41. maddesi ise ailenin Türk toplumunun temeli olduğunu, devletin de ailenin huzur ve refahının korunması konusunda gerekli tedbirleri alacağını öngörmektedir. Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır (AY md.11). Bu itibarla her ne kadar sınır dışı etme kararları bakımından aile bağlarının varlığına YUKK'da bir etki tanınmamış olsa da, sınır dışı etme kararları ile bu kararların icrasının, yabancılar için de bir temel hak olarak düzenlenmiş olan aile yaşamına saygı hakkı ve ilgili sınırlandırma kriterlerine uygun olması anayasal bir gerekliliktir. Bununla birlikte Türkiye'deki aile bağları göz ardı edilerek verilen sınır dışı etme kararlarının, yabancının aile hayatı üzerinde olumsuz etkiler doğurması söz konusu olabilir. Böyle bir durum, somut olayda Anayasa'nın 20. maddesiyle güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlali anlamını taşıyabilir.

Türk hukukunda sınır dışı etme kararlarının idari makamlar tarafından verilmesi, idarenin sınır dışı kararlarının idari yargı denetimine tabi olması, ancak idare mahkemesince bu konuda verilen kararların kesin olması karşısında verilen sınır dışı kararlarının aile hayatına saygı hakkı bağlamında ancak Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde gerçek anlamda bir denetim imkânına kavuşabildiği söylenebilir.

Tebliğ kapsamında, Anayasa ile güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkı bağlamında sınır dışı kararları, mevzuat, uygulama ve özellikle bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlar çerçevesinde –Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi de dikkate alınmak suretiyle– ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Aile Hayatı, Ailenin Korunması, Aile Hayatına Saygı Hakkı, Sınır Dışı, Yabancı, Anayasa, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Anayasal Denetim

Expulsion of Aliens in the Context of the Right to Respect for Family Life

Asst. Prof. Dr. Mine Tan Dehmen*

As a result of its sovereign power, the state can expel people who engage in activities incompatible with its interests. Expulsion is a restriction on the rights to personal inviolability, personal liberty, and the freedom of movement, which are part of the fundamental rights and freedoms of aliens. For this reason, it is constitutionally required that aliens can only be expelled in accordance with the internal legal provisions and the international law (T.Const.Art.16).

Over time, the number of aliens living along with their family members in Turkey has considerably increased. In some cases, the expulsion orders may give rise to the separation of expelled person and his/her family members living in Turkey. The grounds for expulsion have been regulated in Article 54 of the Turkish Law No.6458 on Aliens and International Protection. Article 55 states that even if there are grounds for expulsion, the expulsion cannot be ordered for aliens in certain situations. However, having family ties in Turkey has not been regulated as a situation preventing expulsion orders.

Turkish law attaches great importance to the institution of family. It is constitutionally guaranteed that everybody has the right to respect for his/her family life (T.Const.Art.20). Furthermore, Article 41 of the Turkish Constitution states that family is the foundation of the Turkish society and the State shall take the necessary measures to protect peace and welfare of the family. The constitutional provisions are fundamental legal rules binding upon legislative, executive and judicial organs, and administrative authorities and other institutions and individuals (T.Const. Art.11). Although the effect of the existence of family ties over expulsion

* İstanbul University Faculty of Law Private International Law Department

orders is not recognised in Turkish Law No.6458, the compliance of expulsion orders with the right to respect for family life and the relevant restriction criteria is a constitutional requirement. However, the expulsion of an alien may be ordered disregarding his/her family ties in Turkey, and may damage his/her family life. Such a situation may mean, in the concrete case, a violation of the right to respect for family life, which is constitutionally guaranteed.

In Turkish Law, the expulsion orders are rendered by administrative authorities. These orders are subject to the judicial control of the administrative courts, and the decisions of the administrative courts regarding the expulsion orders are final. Consequently, it can be said that the control of the expulsion orders in terms of the right to respect for family life may actually be carried out by the Constitutional Court and the European Court of Human Rights.

The presentation aims to provide a general examination of the expulsion of aliens in the context of the right to respect for family life, within the framework of the legislation, legal practice, and especially the decisions rendered by the Constitutional Court, considering the system of the European Convention on Human Rights.

Keywords: Family Life, Protection of Family, Right to Respect For Family Life, Expulsion, Aliens, Constitution, Law on Aliens and International Protection, Constitutional Control

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Ek 7 No'lu Protokol'ün 1. Maddesindeki Usuli Güvencelerin Yabancılar Bakımından Uygulanması

Dr. Öğr. Üyesi Cahit Ağaoğlu*

Yabancıların sınır dışı edilmesi halinde işkence yasağı, özel aile hayatına saygı ve etkili başvuru hakkı kapsamında başvurabileceği yollarla sahip olduğu bir takım usuli güvenceler bulunmaktadır. Bu hakların kapsamına girmeyen durumlarda, yabancıların sınır dışı edilmesi üzerine uygulanacak usuli güvenceler için yapılacak bireysel başvurularda ise öncelikle adil yargılanma hakkının uygulanabilirliği konusu gündeme gelmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM) içtihatlarına baktığımızda, yabancı veya vatandaş ayrımı yapmadan herkes için adil yargılanma hakkını koruma altına alan maddelerin, yargılamanın yalnızca medeni hak ve yükümlülüklere veya suç isnadına ilişkin olması durumunda uygulama alanı bulduğu görülmektedir. Dolayısıyla yabancıların sınır dışı edilmeleri halinde sahip olması gereken usuli güvencelerin bu maddeyle korunmadığı gözlemlenmektedir. Kaldı ki, AİHM'in, sınır dışı etme kararlarını adil yargılanma hakkının kapsamında değerlendirmediği ve AİHS Ek 7 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin bu amaçla kabul edildiğine dikkat çektiği görülmektedir. Bu nedenle, Türkiye bakımından 1 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe giren Ek 7 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin sınır dışı edilen yabancıların sahip olması gereken usuli güvenceleri sağlaması beklenmektedir.

Diğer taraftan ilgili maddede, usuli güvencelerden yalnızca yasal olarak ikamet eden yabancıların yararlanacağı anlaşılmaktadır. "Yasal ola-

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

rak ikamet etme" kriteri ise ilgili ülkenin iç hukukuna göre belirlenecek bir statüdür. Usuli güvencelerin bu derece daraldığı bir alanda Yabancılar hukukunun tanımlamaları hakkın korumasının kapsamını belirlemekte önem kazanmakta, milletlerarası özel hukukun Anayasa hukuku ile paylaştığı önemli alanlardan birini oluşturmaktadır.

Bunun ötesinde, bireysel başvurularda AYM'nin yetki alanı Anayasa'da ve AİHS'te garanti altına alınmış olan hak ve özgürlüklerle sınırlıdır. Bu bağlamda Anayasa'da doğrudan düzenleme alanı bulmayan ve yabancıların sınır dışı edilmelerine dair usuli güvenceleri düzenleyen Ek 7 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin AYM'nin önüne gelen herhangi bir bireysel başvuruda başka bir hakkı ilgilendirmediği sürece kabul edilemeyeceği gözlemlenmektedir. Bu durumda hem yasal olarak ikamet etme kriteri hem de AYM'nin yetki alanından doğan kısıtlamalar yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usuli güvencelere ikili bir sınırlama getirmiş bulunmaktadır.

Sonuç olarak, bir yandan Türkiye'de yasal olarak ikamet eden yabancıların AYM'ye bireysel başvuruda bulunması, diğer yandan da Türkiye'de yasal olarak ikamet etmeyen yabancıların AİHM'e bireysel başvuruda bulunması, usuli güvenceler bakımından kabul edilemez durumlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Usuli güvencelerini ileri sürebilecek herhangi bir mekanizma bulamayan yabancıların durumu ise iki disiplinin kesiştiği bu noktada tartışılmaya değer bir konu teşkil etmektedir. Bu tebliğde amaçlanan da bu ikili sınırlamayı tartışmak, anayasa ve insan hakları hukukunun yabancılar hukukuna yansımalarını AİHS'e Ek 7 No'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında irdelemektir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Sınır Dışı, Usuli Güvence, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 No'lu Protokol

Application of Procedural Safeguards in Article 1 of The Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights (ECHR) Relating to Expulsion of Aliens

Asst. Prof. Dr. Cahit Ağaoğlu*

When expelling aliens, there are ways to apply within the scope of the prohibition of torture, respect for private and family life and the right to effective application and some procedural safeguards. In alien expulsion cases not falling within this scope, in individual applications for procedural guarantees, the right to a fair trial can take precedence. Case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Constitutional Court (CC) protects the right to a fair trial without discrimination between foreigners and citizens, but is only applicable when related to civil rights and obligations or criminal charges. Therefore, the article does not protect procedural safeguards for aliens facing expulsion. Moreover, the ECtHR does not consider expulsion within the scope of the right to a fair trial, and considers Article 1 of Protocol No. 7 to the ECHR acceptable for this purpose. Therefore, under Article 1 of Protocol No. 7, applicable since August 1, 2016 in Turkey, aliens facing expulsion should have procedural guarantees.

The relevant article stipulates that only legally resident foreigners can benefit from procedural guarantees. "Legal residence" is a status determined according to domestic law of the relevant country. Because of this narrowing, definitions within the Law of Aliens gain importance for determining the scope of rights protections, and constitute an important area shared between International Private Law and Constitutional Law.

* Beykent University Faculty of Law Private International Law Department

Beyond this, the CC's jurisdiction in individual applications is limited to the rights and freedoms guaranteed by the Constitution and the ECHR. Article 1 of Protocol No. 7 does not include direct regulation in the Constitution and regulates procedural guarantees regarding the expulsion of aliens, and cannot be accepted in any individual application before the CC unless it concerns another right. In this case, both the legal residence criterion and jurisdictional restrictions of the CC present a dual limitation to procedural guarantees in alien expulsion trials.

As a result, individual applications to the ECtHR by aliens, whether legal residents or not, do not have adequate procedural safegaurds. The fact that aliens cannot find any mechanism by which to assert their procedural guarantees constitutes an issue worth discussing at this point where these two disciplines intersect. The purpose of this communiqué is to discuss this dual limitation, and to examine the reflections of the Constitution and Human Rights Law on Law of Aliens within the scope of Article 1 of Protocol No. 7 to the ECHR.

Keywords: European Court of Human Rights, Constitutional Court, Expulsion, Procedural Guarantees, European Convention on Human Rights Protocol No 7

Adil Yargılanma Hakkının Etkin Kullanımı Açısından Adli Yardım Kurumu ve Yabancıların Durumu

Dr. Öğr. Üyesi Didem Kayalı*

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 6. maddesi ile teminat altına alınmış olan adil yargılanma hakkı, yargılamaya ilişkin temel hakların en önemlisi olarak nitelendirilmekte ve taraflara dava açabilmek, iddialarını ileri sürebilmek ve savunmalarını yapabilmek açısından eşitlik ilkesi çerçevesinde makul ve uygun usuli çareler sunulması şeklinde tanımlanmaktadır. 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde de paralel biçimde herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Adil yargılanma hakkının unsurlarından olan mahkemeye/adalete erişim hakkı, hukuki dinlenilme hakkı ve silahların eşitliği ilkesi gibi yargılamanın tabi olduğu temel ilkeler ile yakın bağlantısı nedeniyle adli yardım kurumunun, adil yargılanma hakkının etkin kullanımı açısından son derece önemli olduğu kabul edilmektedir. Zira en genel hatlarıyla yargılama giderleri ile avukat masraflarını karşılayamayacak durumda olan kişilere muafiyet sağlanması olarak ifade edilebilecek adli yardım kurumu, ekonomik olarak güçsüz konumda olan kişilere davacı olarak iddialarını ileri sürebilmek, davalı olarak da savunmalarını yapabilmek imkanı sunmaktadır.

Sözleşme'nin 6. maddesi ile Anayasa'nın 36. maddesi incelendiğinde, anılan maddelerle güvence altına alınan hakların vatandaş-yabancı

* TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

ayrımı yapılmadan eşitlik ilkesi dahilinde herkese tanındığı görülmektedir. Bununla birlikte, hukukumuzda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 334 ila 340. maddeleri arasında düzenlenen adli yardım kurumundan yabancıların yararlanabilmesi karşılıklılık şartına bağlanmıştır. Adli yardım kurumunun özellikle mahkemeye erişim hakkı ile yakın ilişkisi nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), adli yardım sağlanması ve sağlanan adli yardımın etkinliği hususlarını, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde değerlendirmektedir. Bu kapsamda AİHM, adli yardımın bazı şartlara bağlı olarak sağlanabileceğini kabul etmektedir. Ancak, Sözleşme'ye üye devletler bakımından, kanun koyucunun, AİHM'in mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması konusunda kabul ettiği ilkeleri dikkate alarak bireylere, onları keyfilikten koruyacak maddi güvenceler sunan bir sistem kurgulaması ve/veya mahkemelerin bu yerleşik içtihatlara uygun bir yorum yapması önem arz etmektedir.

Sözleşme ile tanınan haklar, devletlerin menfaatlerinin gözetilmesi amacı taşımadığından, taraf olunan milletlerarası sözleşmeler ile bir ölçüde etkisi azaltılmış olmakla birlikte, mevcut HMK düzenlemesinin esas aldığı ve tam da bu amaca hizmet eden karşılıklılık şartının adil yargılanma hakkı bağlamındaki konumu, oldukça sorunludur. Bu tebliğde, adli yardım kurumu ile yabancıların adli yardımdan yararlanabilmeleri için aranan karşılıklılık şartı, AİHM kararlarında tespit edilen ilkeler ile Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarına yansıyan yaklaşımı çerçevesinde değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Adli Yardım, Adil Yargılanma Hakkı, Karşılıklılık, AİHS, AİHM

Legal Aid and Situation of Foreigners in Terms of Effective Use of Right to a Fair Trial

Asst. Prof. Dr. Didem Kayalı*

Right to a fair trial, which is guaranteed by article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, is considered as the most important fundamental right related to adjudication, and is defined as providing parties with reasonable and suitable procedural remedies within the principle of equality to file a lawsuit, to argue claims and to make defences. In article 36 of the Turkish Constitution of 1982 it is also regulated that everyone has the right of litigation either as plaintiff or defendant and the right to a fair trial before the courts through legitimate means and procedures. It is acknowledged that legal aid is very important for the effective use of right to a fair trial because of the close connection of it with the basic principles of adjudication such as right to access court/justice, right to be heard and equality of arms, elements of right to a fair trial. Since legal aid is a system which provides exemption from court costs and attorneys' fees to the people who cannot afford them, it enables parties who are weak in economic sense to argue their cases as plaintiffs and to defence themselves as defendants.

Examining article 6 of the Convention and article 36 of the Constitution, it could be seen that the rights regulated in these articles are guaranteed for everyone within the principle of equality without making distinction between citizens and foreigners. Nevertheless, under Turkish law legal aid, which is regulated in the articles between 334 and 340 of the Code of Civil Procedure (CCP) numbered 6100, is only possible for foreigners with the fulfilment of the reciprocity requirement. Because of the close connection of legal aid especially with the right to access court,

* TOBB University of Economics and Technology Faculty of Law Private International Law Department

the European Court of Human Rights (ECHR) considers granting of legal aid and the effectiveness of the aid granted under article 6(1). In this context, ECHR acknowledges that some conditions may be imposed on the grant of legal aid. However, it is important for the contracting states legislatures, considering the principles set by the ECHR on the impairment of right to access court, establish a system which offers individuals substantial guarantees to protect them from arbitrariness and/or courts make interpretation in accordance with the jurisprudence of the ECHR.

Since the rights guaranteed by the Convention do not aim to protect the interests of the states, the status of reciprocity requirement, introduced by the CCP and serves exactly this purpose, is very problematic within the context of right to fair trial, even if its effect is diminished by the international conventions signed. In this study, legal aid and the reciprocity requirement for the foreigners to access legal aid will be considered within the principles set by the ECHR judgments and the attitude of the Constitutional Court reflected in the individual application decisions.

Keywords: Legal Aid, Right to Fair Trial, Reciprocity, ECHR, ECtHR

Aile Hayatının Korunması Hakkı Kapsamında Ülkelerarası Evlat Edinme

Dr. Öğr. Üyesi Ekin Ömeroğlu*

Ülkelerarası evlat edinme milletlerarası özel hukukta içerdiği menfaatin özelliği nedeniyle ayrıca ele alınması gereken konuların başında gelmektedir. Nitekim Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin m. 21/b düzenlemesinde, ülkelerarası evlat edinmenin ancak bir çocuğun kendi ülkesinde elverişli bir biçimde bakılmasının mümkün olmadığı veya evlat edinecek veya yanına yerleştirilecek bir ailenin bulunmadığı durumlarda uygun bir çözüm teşkil edileceği kabul edilmiştir. Yine Çocukların Refahı ve Korunması ile Ulusal Düzeyde Evlat Edinme ve Aile Nezdinde Yerleştirmeye İlişkin Sosyal ve Yasal İlkeler Hakkında Birleşmiş Milletler Bildirisi'ne göre, çocuk açısından birinci derecede önceliğin kendi ailesi tarafından bakılıp büyütülmesi ilkesi olduğu kabul edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 41/3 düzenlemesi uyarınca da her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Bunun yanında Türkiye'nin de taraf olduğu 1993 tarihli Çocukların Korunmasına ve Ülkelerarası Evlat Edinmeye İlişkin İşbirliğine Dair La Haye Sözleşmesi'nde de çocuğun kendi ailesinde yetişmesi gerektiği ve sadece çocuğun yüksek menfaati gerektirdiği takdirde ülkelerarası evlat edinmenin mümkün olabileceği esası kabul edilmiştir. Ülkelerarası evlat edinmeleri sınırlama yönündeki yaklaşım Türk hukukunda, Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük ile de düzenleme altına alınmıştır.

---

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

Ülkelerarası evlat edinmenin konu edildiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM") kararlarında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması" başlıklı m. 8 düzenlemesi yorumlanırken gerek Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin ve gerekse çoğu Avrupa Birliği ülkelerinin taraf olduğu 1993 tarihli Çocukların Korunmasına ve Ülkelerarası Evlat Edinmeye İlişkin İşbirliğine Dair La Haye Sözleşmesi'nin dikkate alındığı görülmektedir. AİHM'nin birçok kararında evlat edinen ile evlat edinilen arasındaki ilişkinin bir aile yaşamı teşkil ettiği ve m.8 kapsamında korunduğu kabul edilmiştir. AİHM'nin bu içtihatlarının yanında çocuğun üstün yararının vurgulandığı, yabancı bir ülkede geçerli olan ve AİHS m. 8 kapsamında aile hayatı olarak kabul edilen evlat edinmelerin korunacağına dair kararları da bulunmaktadır. Örneğin, *Wagner ve J.M.W.L v. Lüksemburg* kararında[1] AİHM, evlat edinme şartlarına uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümlerinin evlat edinmeye izin vermemesinden dolayı yabancı mahkeme kararının tanınması talebinin reddini AİHS m. 8 kapsamında aile hayatına saygı gösterilme hakkının ihlal edildiği yönünde değerlendirmiştir. AİHM içtihatları incelendiğinde ülkelerarası bir evlat edinmenin mümkün olmadığı ya da reddedildiği her durumun AİHS m. 8 kapsamında aile hayatının korunması hakkı kapsamında bir aykırılık teşkil edip etmediği sorusu ile karşılaşılmaktadır. Bu noktada tebliğimizin amacı milletlerarası özel hukuktan doğan ülkelerarası evlat edinme hakkındaki problemlere AİHM'nin aile hayatının korunması hakkı kapsamındaki yaklaşımını ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler: Ülkelerarası Evlat Edinme, Aile Hayatının Korunması Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması

[1] Wagner ve J.M.W.L v. Lüksemburg, Başvuru No.76240/01, 28.6.2007.

Intercountry Adoption Under The Right to Protect Family Life

Asst. Prof. Dr. Ekin Ömeroğlu*

Although an adoption relationship that includes a foreign element falls within the scope of private international law, intercountry adoption is one of the issues that need to be addressed separately due to the nature of its interest in private international law. As a matter of fact, the article 21/b of the United Nations Convention on the Rights of the Child, it has been accepted that intercountry adoption would only constitutes an appropriate solution in cases where it is not possible for a child to be properly cared for in his / her country or there is no family to adopt or be placed with. Similarly, according to the United Nations Declaration on Social and Legal Principles relating to the Protection and Welfare of Children, with special reference to Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally, the first priority for a child is to be cared for by his / her own parents. In accordance with the Turkish Constitution Article 41/3, every child has the right to benefit from protection and care and the right to have and maintain personal and direct relation with his / her mother and father unless it is contrary to his / her high interests. Turkey is a party to the Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption, and according to that Convention, child should grow up in their family and it requires only the child's best interests if the basis will be possible to adopt intercountry. The approach to restrict adoption between countries is also regulated by the Regulation on Conducting Intervention Activities in the Adoption of Minors in Turkish law.

While interpreting the Article 8 titled "Protection of Private and Family Life" of the European Convention on Human Rights ("ECHR")

* Kadir Has University Faculty of Law Private International Law Department

in the decisions of the European Court of Human Rights ("ECtHR"), where intercountry adoption is the subject, both the United Nations Convention on the Rights of the Child and Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption are taken into account. In many decisions of the ECtHR, it has been accepted that the relationship between the adoptive and the adopted constitutes a family life and is protected under Article 8. In addition to these, the EctHR also has decisions regarding the protection of adoptions, which are considered as family life. For example, in the *Wagner and J.M.W.L v. Luxembourg*[2] decision, the ECtHR considered the refusal of request for recognition of the foreign court decision because the provisions of the law applicable to the adoption conditions do not allow adoption as the violation of the right to respect for family life.

The purpose of our study is to reveal the ECHR's approach to the problems of intercountry adoption arising from private international law, within the scope of the right to protection of family life.

Keywords: Intercountry Adoption, Right to Protection of Family Life, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, Recognition of Foreign Court Decisions

[2] Wagner and J.M.W.L v. Luxembourg, Application No.76240/01, Judgment 28.6.2007.

17. OTURUM / SESSION 17

Anayasa Mahkemesinin Güncel Kararları Işığında İşçinin E-Postasının İşveren Tarafından Denetlenmesi

Doç. Dr. Arzu Arslan Ertürk*

İş sözleşmesi kapsamında işçi, işverenine ekonomik, hukuki ve kişisel anlamda bağımlı olarak çalışan kişidir. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işyerinde işçinin işin yürütümüne ve davranışlarına ilişkin işverenin emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğmaktadır[1]. İşçi, işgörme edimini işverenin emir ve talimatları çerçevesinde yerine getirmekle yükümlü olup bu durum işverenin yönetim hakkından kaynaklanmaktadır. Ancak işçi de herşeyin üstünde bir gerçek kişidir. Dolayısıyla tüm gerçek kişilerin sahip olduğu temel hak ve özgürlükler, işçi için işyerinde çalışırken de geçerli olmalıdır. İşte böylece işverenin yönetim hakkı ile işçinin temel hak ve özgürlüklerinden kaynaklanan kişilik hakları karşı karşıya gelmektedir. Bu noktada, işyerinde güçlü bir otorite sahibi olan işverenin yönetim hakkına karşılık işçinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve güvence altına alınması gerekmektedir. Zira son yıllarda, uygulamada ortaya çıkan uyuşmazlıkların büyük bir bölümü, işçinin temel hak ve özgürlüklerine ilişkindir. Bu noktada, özellikle bireysel başvuru hakkının tanınmasından sonra, işçinin temel hak ve özgürlüklerini koruyan pozitif hukuk düzenlemelerinin yanında Anayasa Mahkemesinin İçtihadı da büyük önem taşımaktadır.

Son yıllarda yaşanan teknolojik gelişmelerin etkisi ile işçinin kişilik haklarının korunması önemli bir sorun haline gelmiştir. Özellikle işveren tarafından çalışanların kurumsal e-posta hesaplarının incelenmesi ve

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

1 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 23.02.2010, E.2008/12560, K. 2010/4619, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/4, S.27, 267 vd.

olası bir fesihte bu inceleme sonucunda elde edilen verilerin argüman olarak kullanılması, gerek kişisel verilerin korunması gerekse özel hayatın gizliliği itibariyle tartışmaya açık bir husus olmuştur. Son dönemlerde Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ve konuyu "özel hayata saygı", "haberleşme özgürlüğü" ve "haberleşmenin gizliliği" açısından değerlendirdiği üç önemli kararı mevcuttur[2]. Anayasa Mahkemesi başvuruları incelerken öncelikle gösterdiği özellikleri de dikkate almak suretiyle her olayı ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutmakta ve her iki kararda da çalışanların ilgili müdahaleye ilişkin olarak işveren tarafından doğru ve kapsamlı bir şekilde bilgilendirilmesi hususuna işaret etmektedir. Yine Anayasa Mahkemesinin yaptığı incelemelerde tümüyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kriterlerini esas almak suretiyle devletin pozitif yükümlülüklerine, adil yargılamanın gereklerine, usuli güvencelere işaret ettiği; başvuranların temel haklarına yapılan müdahalenin meşru bir amaca dayanıp dayanmadığını, makul ve orantılı olup olmadığını değerlendirdiği görülmektedir.

İşte bu sunumumuzda Anayasa Mahkemesinin "özel hayata saygı" ve "haberleşmenin gizliliği kapsamında" başvuruları değerlendirirken esas aldığı tüm ilkeler ve bu ilkeler kapsamnda ulaştığı sonuçlar değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Yönetim Hakkı, İşçinin E-Postasının Denetlenmesi, Özel Hayata Saygı, Haberleşme Özgürlüğü, Haberleşmenin Gizliliği

---

[2] AYM., 2016/13010 No'lu E.Ü. Başvurusu, KararTarihi: 17.09. 2020, R.G. Tarih ve Sayı: 14/10/2020-31274; AYM., 2016/13011 No'lu A.A.Y Başvurusu; Karar Tarihi: 29.09.2020; AYM., 2018/31036 No'lu Celal Oraj Altunörgü Başvurusu, Karar Tarihi: 12/1/2021, R.G. Tarih ve Sayı: 5/2/2021-31386. Kararlar için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/ .

According to the Current Decisions of the Constitutional Court Monitoring of the Worker's e-Mail by the Employer

Assoc. Prof. Dr. Arzu Arslan Ertürk*

Under the employment contract, an employee is a person who is dependent on his employer in economic, legal and personal terms. Legal dependency arises when the employee undertakes to comply with the orders and instructions of the employer regarding the execution of the work and behavior in the workplace[3]. The employee is obliged to fulfill the act of employment within the framework of the employer's orders and instructions. This situation arises from the employer's right to manage. But the employee is above all a person. Therefore, the fundamental rights and freedoms that individuals have should also apply to the employee in the workplace. Thus, the management right of the employer and the personal rights arising from the fundamental rights and freedoms of the worker come face to face. Therefore, the fundamental rights and freedoms that individuals have should also apply to the employee while working. Thus, the management right of the employer and the personal rights arising from the fundamental rights and freedoms of the worker come face to face. At this point, the fundamental rights and freedoms of the employee should be protected and secured in return for the management right of the employer, who has a strong authority in the workplace. Because most of the disputes that have arisen in practice in recent years are focused on the fundamental rights and freedoms of the employee. At this point, especially after the recognition of the right of individual application, positive legal regulations protecting the fundamental rights

* Marmara University Faculty of Law Labor and Social Security Department

3 Court of Appeal 9th Chamber 23.02.2010, desicion no. 2010/4619, Çalışma ve Toplum Journal, 2010/4, Volume:.27, 267 vd.

and freedoms of the employee are also important, as well as the case law of the Constitutional Court.

With the effect of recent technological developments, the protection of employees' personal rights has become an important problem. In particular, monitoring the corporate e-mail accounts of the employees by the employer and using the data obtained as an argument in case of a possible termination has been an issue open to discussion in terms of both the protection of personal data and the privacy of private life. Recently there are two important decisions given by the Constitutional Court which evaluated the issue in terms of "respect for private life", "freedom of communication" and "privacy of communication"[4]. The Constitutional Court examines the applications and evaluates each case separately by taking into account the characteristics it shows, and points out that the employees should be informed accurately and comprehensively by the employer regarding the relevant intervention in both decisions. The Constitutional Court pointed out the positive obligations of the state, the requirements of a judicial trial, and procedural guarantees based entirely on the criteria of the European Court of Human Rights in its examinations; it appears to have assessed whether the interference with the applicants' fundamental rights was based on a legitimate aim and was reasonable and proportionate.

In this presentation, all the principles that the Constitutional Court takes as a basis in evaluating the applications within the scope of "respect for private life" and "privacy of communication" and the results it has reached will be evaluated.

Keywords: Right to Management, Control of Workers' E-Mail, Respect For Private Life, Freedom of Communication, Privacy of Communication

[4] Constitutional Court 17.09.2020, desicion no. 2016/13010, E.U.' s Application; Constitutional Court 29.09.2020, desicion no. 2016/13011, A.A.Y's Application; Constitutional Court 12.01.2021, desicion no. 2018/31036, Celal Oraj Altunorgu's Application, see. https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/ .

Türk İş Hukuku Mevzuatında İşverenlerin Kreş Açma Yükümlülüğüne İlişkin Getirilen Hükümlerin Çalışma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Dilek Dulay Yangın*

Anayasa'nın 2.maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında Türkiye Cumhuriyeti devletinin sosyal devlet olma niteliği özel olarak belirtilmiş olup bu niteliğin bir gereği olarak çalışma hakkı ve ödevi ile (md.49) ve çalışma şartları ve dinlenme hakkı (md.50) na ilişkin hükümler getirildiği görülmektedir. Sosyal bir hak olarak çalışma hakkı kapsamında devletin çalışma yaşamına ilişkin koruyucu, destekleyici ve saygı gösterici türden yükümlülükleri olduğunu söylemek mümkündür. Devlet bu yükümlülüklerini yerine getirirken sosyal ve ekonomik politikalar oluştaracak, bireyler de iş ve meslek seçimine yönelik olanakların yaratılması, tam istihdama yönelik adil ücret ve çalışma koşulları ile mesleki eğitimine yönelik programların oluşturulması gibi taleplerde bulunabilecektir.

İşverenlerin kreş açma yükümlülüğüne ilişkin iş hukuku mevzuatında getirilen düzenlemeler gerek Anayasa'nın çalışma hakkı ve ödevine ilişkin 49.maddesi gerekse çalışma şartlarına ilişkin 50.maddesi ile bağlantılı bir görünüm arz etmektedir. Okul öncesi çağda çocuk sahibi olan kadın işçilerin istihdamını ve çalışma hakkını temini sağlayan bir araç olarak işverenin kreş açma yükümlülüğüne ilişkin çeşitli hükümler getirilmiş olup konunun Yargıtay'ın farklı tarihlerde verdiği kararlarına da konu olduğu görülmektedir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md. 30 hükmü uyarınca çıkarılan Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla

* Manisa Celal Bayar Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'te işverenlere okul öncesi çocuğu bulunan kadınların çalışma hakkını temin etmek amacıyla çeşitli yükümlülükler getirmekle birlikte bu yükümlülüklerin yalnızca kadın işçi sayısı göz önünde tutularak getirilmesi, kreşden yararlanabilecek ebeveynler bakımından getirilen farklılıklar, yaptırımların yetersiz olması gibi bir çok sakıncayı bünyesinde barındırmakta ve kadın işgücünün çalışma hayatına katılımının sağlanması konusunda yetersiz kalmaktadır[1]. Yargıtay'ın 14.11.2016 tarihinde verdiği kararında işçinin, işverenin kreş açma yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda haklı nedenle derhal fesih hakkının bulunduğu ifade etmesi olumlu bir adım olmakla birlikte son tahlilde kadın işçinin çalışma hakkının temini ve istihdamının sürdürülebilirliği noktasında etkili bir çözüm sağlamamaktadır[2].

Anahtar Kelimeler: İşverenin Kreş Açma Yükümlülüğü, Kadın İstihdamı, Sosyal Devlet İlkesi, Çalışma Hakkı, Çalışma Şartları ve Dinlenme Hakkı

[1] **Gökçeoğlu Balcı**, Şebnem: "Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, S. 54, 2017/3, s.1287 vd; **Kutsal Savaş**, Fatma: "İşverenin Kreş Açma Yükümlülüğü: Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin Konu ile İlgili İki Farklı Kararının Düşündürdükleri", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2019/2, s.517 vd.

[2] 9.HD, 14.11.2016, E.2015/5175, K.2016/19971 (**Savaş Kutsal**, s.509).

The Evaluation of Provisions Regarding the Obligation of Employers As to Open Nursery in Turkish Labour Law in Terms of Right to Work

Asst. Prof. Dr. Dilek Dulay Yangın*

The character of the social state of Republic of Turkey mentioned in Article 2 of Constitution as to characters of Republican Constitution and brought provisions as a result of this character as to right and duty of work (Art.49) and working conditions and right to rest (Art.50). Within the scope of the right to work as a social right, it is possible to say that the state has protective and respectful obligations regarding working life. While the state fulfills these obligations, it will establish social and economic policies, and individuals will be able to make demands such as creating opportunities for job and profession selection, fair wages and working conditions for full employment, and programs for vocational training.

The regulations introduced in the labor law legislation regarding the obligation of employers to open a day nursery have an outlook related to both the 49th article of the Constitution regarding the right to work and the duty and the 50th article regarding the working conditions. Various provisions have been made regarding the employer's obligation to open a nursery as a means of ensuring the employment and right to work for female workers who have children in pre-school age, and it is seen that the issue is also subject to the decisions of the Supreme Court on different dates. Although the Regulation on Working Conditions of Pregnant or Nursing Women, Breastfeeding Rooms and Child Care Dormitories, which was issued pursuant to the provision of Occupational Health and Safety Code numbered 6331 Art 30, imposes various obligations on em-

* Manisa Celal Bayar University Faculty of Economics and Administrative Sciences Labor Economics and Industrial Relations Branch Labor and Socal Security Law Department

ployers in order to ensure the right to work for women with pre-school children, these obligations have may drawbacks and are insufficient to ensure the participation of the female workforce in working life because the obligations are only be imposed by considering the number of female workers, there are the differences as to parents who will benefit from nursery and the sanctions are insufficient[3]. The decision of the Supreme Court on 14.11.2016 stated that the employee has the right to terminate immediately if the employer does not fulfill the obligation to open a nursery is a positive step but ın the last analysis, it does not provide an effective solution in terms of ensuring the right to work of the female worker and the sustainability of their employment[4]

Keywords: The Obligation of Employer to Open a Nursery, Women's Employment, Social State Principle, Right to Work, Working Conditions and Right to Rest

[3] **Gökçeoğlu Balcı**, Şebnem: "Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, S. 54, 2017/3, s.1287 vd; **Kutsal Savaş**, Fatma: "İşverenin Kreş Açma Yükümlülüğü: Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin Konu ile İlgili İki Farklı Kararının Düşündürdükleri", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2019/2, s.517 vd.

[4] 9.HD, 14.11.2016, E.2015/5175, K.2016/19971 (**Savaş Kutsal**, s.509).

İş Hukukunda Kadın Kotalarının Pozitif Ayırımcılık Kapsamında Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Canan Ünal Adınır*

Ülkemizde çalışma yaşındaki erkeklerin %72'si, kadınların ise sadece %34,4'ü çalışmakta[1] olup işgücüne katılımdaki cinsiyet açığı, AB üyesi ülkelere kıyasen çok daha fazladır[2]. Kadın istihdamında ortaya çıkan olumsuz ülke tablosu, yönetim pozisyonlarında kadınların temsili bakımından da farklı değildir. AB ülkelerinde kadın yönetici oranları %37 iken ülkemizde bu oran ancak %22'dir[3].

Oysa hukukumuzda kadınların çalışma yaşamında ve yönetim pozisyonlarında erkekler ile eşit temsili, Anayasa gereğidir. Anayasa m. 10/2 hükmüne göre, kadın ve erkekler eşit haklara sahip olup devlet, bu eşitliği sağlamakla yükümlüdür. 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile, bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorum-

---

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

1 OECD ülkeleri ve seçilmiş bazı üye olmayan ülkelerin 1990 ila 2019 yıllarına ilişkin Cinsiyet ve Yaş Gruplarına göre İşgücüne Katılım Oranı istatistikleri için bkz. https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=GENDER_EMP# (Erişim tarihi: 10.03.2021).

2 Avrupa Birliği üyesi ülkeler ile ülkemizin de dahil olduğu çalışmada, 20 ila 64 yaşındaki bireyler bakımından işgücüne katılımda cinsiyet açığının en fazla olduğu yani %15 ve üzeri olduğu tespit edilen ülkeler, Yunanistan, İtalya, Romanya, Polonya, Macaristan, Malta ve Çek Cumhuriyeti'dir. Ancak bu ülkelerde dahi işgücüne katılımda cinsiyet açığı %22'nin altında kalmaktadır. Oysa aynı çalışmada Türkiye'de işgücüne katılımda cinsiyet açığı %38,8 olarak tespit edilmiştir. 2019 yılına ilişkin İstihdam Oranı ve Cinsiyet İstihdam Açığı istatistikleri için bkz. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Employment_rate_and_gender_employment_gap,_2019.png#filehistory (Erişim tarihi: 10.03.2021).

3 Eurostat, Newrelease, 40/2020, 06.03.2020, https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/10474926/3-06032020-AP-EN.pdf/763901be-81b7-ecd6-534e-8a2b83e82934 (Erişim tarihi: 10.03.2021).

lanamayacağı ibaresi de söz konusu maddeye eklenmiş ve böylece pozitif ayırımcılık temel ilke olarak Anayasa düzeyinde açıkça yer bulmuştur[4].

Pozitif ayırımcılık, geçmiş ayırımcılıkların tazmini düşüncesine dayanmakta olup daha düşük temsil edilen grup yararına öncelikli davranışa imkân verir[5]. Öncelikli davranış, kotalar ile sağlanabilmektedir.

Bu çalışmayla amaçlanan, İş Hukukunda öngörülen kadın kotalarının hukuka uygunluğunun incelenmesidir. Bu kapsamda, karşılaştırmalı hukuk ışığında kadın kotalarının ayırımcılık yasağına aykırılık oluşturmaması ve pozitif ayırımcılık olarak değerlendirilmesi için gerekenler açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Pozitif Ayırımcılık, Kota, Mutlak ve Koşulsuz Öncelik, Anayasa m. 10, Kadın İşçi

---

[4] Bu yönde Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay CGK 12.03.2020, E. 2018/1-337, K. 2020/176, Yargıtay CGK 16.04.2019, E. 2017/14-1191, K. 2019/331, Kazancı İçtihat Bankası; ayrıca bkz. **Ulucan**, Devrim: "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayırımcılık", *DEÜHFD*, 2013 (Basım Yılı: 2014), C. 5, Özel Sayı, 372; AYM 27.12.2012 E. 2012/102, K. 2012/207, Engin Yıldırım karşı oy yazısı, RG 02.04.2013, 28606 (Mükerrer); ayrıca **Türkoğlu Üstün**, Kamile: "Kamu Hizmetlerine Girişte ve Yükselmede Kadınlara Pozitif Ayırımcılık Yapılması ve Avrupa'daki Örnekler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, 98.

[5] **del Llano**, María Cristina Hermida: "Discrimination and Equality: Affirmative Action in Spain and in the European Union", In. Rainer Arnold (ed.) *The Convergence of the Fundamental Rights Protection in Europe, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, Vol. 52, Springer: Dordrecht, 2016, 71; Şahyar **Akdemir**, Duru: "Ayrımcılığın İnsan Hakları Boyutu ve Pozitif Ayrımcılık", İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 4, 2014, 901.

Evaluation of Women's Quotas in the Scope of Positive Action in Employment Law

Asst. Prof. Dr. Canan Ünal Adınır*

Abstract

In Turkey, the employment rate for men aged 20-64 is 72% while for women is only 34.4%[6]. Gender gap in labour force participation in Turkey is much larger than EU member states[7]. Such negative picture for the employment rate for women is also similar for the representation rate of women in managerial positions. At EU level 37% of managers are women, whereas such rate is only 22% in Turkey[8].

Equal representation of women with men in working life and management positions is required by the Turkish Constitution. According to Art. 10/2, women and men have equal rights and the state is obliged to ensure this equality. With the constitutional amendment made in 2010, the statement that the measures to be taken for this purpose cannot be interpreted as contrary to the principle of equality was added. Conse-

* Marmara University Faculty of Law Labor and Social Security Law Department

6 For the statistics related labour force participation rate, by sex and age groups (1990-2019) see https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=GENDER_EMP# (Access date: March 10, 2021).

7 According to the study, among the countries with the largest gender employment gaps, above or equal to 15 p.p., the employment rate in Greece, Italy, Romania, Poland, Hungary, Malta and Czechia. However, gender employment gaps for these countries are less than 22%, while the gender employment gap in Turkey is 38,8%. For the statistics related employment rate and gender employment gap (2019) see https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Employment_rate_and_gender_employment_gap,_2019.png#filehistory (Access date: March 10, 2021).

8 Eurostat, New release, 40/2020, March 6 2020, https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/10474926/3-06032020-AP-EN.pdf/763901be-81b7-ecd6-534e-8a2b83e82934 (Access date: March 10, 2021).

quently, positive action was clearly included at the constitutional level as the basic principle[9].

As per the remedial perspective, the programs of positive action for the benefit of disadvantaged groups are most frequently invoked to justify the past discrimination, allowing for priority behaviour in favour of such group[10]. Priority behaviour can be achieved by quotas.

Here we focus on the quotas for the benefit of women in employment. In this context, the requirements for women's quotas not contradicting the prohibition of discrimination and to be evaluated as positive action will be explained in the light of comparative law.

Keywords: Positive Action, Quotas, Absolute and Unconditional Priority, Art. 10 of Turkish Constitution, Women Worker

[9] For the relevant judgments of the Court of Appeal, see Criminal General Board 12.03.2020, desicion no. 2020/176; 16.04.2019 decision no. 2019/331, Kazancı; also see **Ulucan**, Devrim: "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", *DEÜHFD*, 2013 (Publication year: 2014), Vol. 5, 372; Constitutional Court 27.12.2012 desicion no. 2012/207, Engin Yıldırım's opposition letter, OG 02.04.2013, 28606; also **Türkoğlu** Üstün, Kamile: "Kamu Hizmetlerine Girişte ve Yükselmede Kadınlara Pozitif Ayırımcılık Yapılması ve Avrupa'daki Örnekler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, 98.

[10] **del Llano**, María Cristina Hermida: "Discrimination and Equality: Affirmative Action in Spain and in the European Union", In. Rainer Arnold (ed.) *The Convergence of the Fundamental Rights Protection in Europe, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, Vol. 52, Springer: Dordrecht, 2016, 71; Şahyar **Akdemir**, Duru: "Ayrımcılığın İnsan Hakları Boyutu ve Pozitif Ayrımcılık", İnsan *ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, Vol. 3, No. 4, 2014, 901.

Eşitlik İlkesi ve Sözleşme Özgürlüğü Sarkacında İşe Alımlarda Ayrımcılık Tazminatı

Ar. Gör. Yiğitcan Çankaya*

4857 Sayılı İş Kanunu md. 5 uyarınca, işverenin eşitlik ilkesinin gereği olarak dar anlamda ve geniş anlamda eşit davranma borcunun, iş ilişkisinin kurulması esnasında geçerli olup olmadığı karşılaştırmalı hukuk öğretisinde ve Türk iş hukuku öğretisinde tartışmalıdır. Almanya iş hukukunda *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG, Genel Eşit İşlem Kanunu) Sec. 2/1 ve Sec. 15/2; Fransız iş hukukunda ise *Code du Travail* md. L. 1132-1 vd., işe alımlarda işverenin işçiye karşı uyguladığı ayrımcılığı müeyyidelendirmekte, yeniden işe alım sürecine alınma veya ayrımcılık tazminatı gibi talepleri açıkça hükme bağlamaktadır. Türk iş hukukunda ise öğretideki ağırlıklı görüş, eşit davranma borcunun genel olarak iş ilişkisinin kurulması aşamasını kapsamadığı veya kapsasa dahi ayrımcılık tazminatına hak kazandırmadığı yönündedir. Nitekim İK md. 5, "iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrım yapılamaz" hükmü ile, sözleşme özgürlüğünü düzenleyen Anayasa md. 48 karşısında işverenin işe alımda ayrımcılık yapmama borcunu içermemekte, bu borcu yalnızca iş ilişkisi bakımından öngörmektedir. Ayrıca, ayrımcılık yasağının yaptırımı olarak İK md. 5/6'da düzenlenen ayrımcılık tazminatını da yalnızca iş ilişkisinde veya iş ilişkisinin sona ermesinde meydana gelen ayrımcılık durumları ile sınırlandırmaktadır. Bununla birlikte, Türk iş ve ceza mevzuatında işe alımlar bakımından ayrımcılık yasağına ilişkin çeşitli istisnai hükümler bulunmaktadır. Ayrıca, iş görüşmeleri esnasında *culpa in contrahendo* sözleşmesel sorumluluk rejimine göre koruma yükümlülükleri (yan yükümlülükler) altında olduğu kabul edilen tarafların,

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

bu yükümlülüğün bir parçası olan ayrımcılık yapmama borcu altında olduğunun kabulü gerekir. Bu çalışmada, Anayasa md. 10 ile hüküm altına alınan eşitlik ilkesi ile, Anayasa md. 48 uyarınca özel hukuk kişilerine sağlanan sözleşme özgürlüğünün sarkacında yer alan bir konu olarak, işe alımlarda ayrımcılık tazminatının talep edilip edilemeyeceği incelenecek; İK md. 5 vd. ile Anayasanın ve iş mevzuatının diğer hükümleri, anayasaya uygun yorum, sisteme uygun yorum, lafzi yorum, amaca uygun yorum ve işçi lehine yorum yöntemleri ile ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Eşitlik İlkesi, Sözleşme Özgürlüğü, Ayrımcılık Yasağı, Ayrımcılık Tazminatı

Discrimination Compensation in the Recruitment Process in the Pendulum of Principle of Equality and Freedom of Contract

Res. Asst. Yiğitcan Çankaya*

It is highly debated in both comparative law and labour law scholarly work whether the employer is under the obligation of equal treatment, in the recruitment process, pursuant to Turkish Labour Code (No: 4857) Art. 5. As per the German labour law, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG, General Act on Equal Treatment) Sec. 2/1 and Sec. 15/2; and the French labour law, *Code du Travail* Art. L. 1132-1, employer's discrimination against a prospective employee in the recruitment process is sanctioned via several legal instruments, such as discrimination compensation and the right to apply to re-recruitment. On the contrary, the majority of Turkish scholars tend to assert that the employer is not bound with the obligation of equal treatment in the recruitment process; or even if it is, the employee is not entitled to the discrimination compensation. Turkish Labour Code Art. 5 governs that "in employment relations, employees cannot be discriminated against in the basis of language, ethnicity, color, gender, disability, political view, philosophical belief, religion and of similar sorts"; therefore, does not include an obligation of equal treatment in the pre-employment process, during the recruitment; based on Turkish Constitution Art. 48 that stipulates the freedom of contract. Moreover, Art. 5/6 of Turkish Labour Code, which regulates the discrimination compensation limits the employee's compensation claim to discrimination in the employment relation or the termination of it. However, there exist numerous regulations in Turkish labour and penal law that prohibits discrimination against employment during recruitment. Moreover, employer is bound with contractual subsidiary obliga-

* Atılım University Faculty of Law Labor and Social Security Law Department

tions under the principle of *culpa in contrahendo*, which, without a doubt is inclusive of non-discrimination. In this study, the principle of equality that is governed by the Turkish Constitution Art. 10 and the freedom of contract that is regulated under Art. 48 will be juxtaposed; employee's entitlement to the discrimination compensation will be examined; Turkish Labour Code Art. 5 *ff.*, The Turkish Constitution and other relevant articles of the labour regulations will be discussed, using the teleological, grammatical and constitutional methods of interpretations, as well as the principle of interpretation in favor of the employee.

Keywords: Principle of Equality, Freedom of Contract, Prohibition of Discrimination, Discrimination Compensation

18. OTURUM / SESSION 18

Ağır İnsan Hakkı İhlalleri ve İşkence Yasağının Yabancı Devletin Yargı Muafiyetine Etkisi

Doç. Dr. Ceyda Süral Efeçınar*

Türk hukukunda yabancı devletlerin yargı muafiyeti Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun md. 49'da düzenlenmiştir. Yabancı devletlerin yargı muafiyetine ilişkin olan "Devlet Muafiyetine İlişkin Avrupa Sözleşmesi" ile "Devletlerin ve Devlet Mallarının Yargı Muafiyeti Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"ne Türkiye taraf değildir. İngiliz hukukunda İngiliz Yargı Muafiyeti Kanunu ve Amerikan hukukunda Amerikan Yargı Muafiyeti Kanunu ile yabancı devletlerin yargı muafiyeti düzenlenmektedir. Tüm bu düzenlemelere bakıldığında, yabancı devletin sınırlı muafiyeti ilkesinin kabul edildiği; yabancı devletlerce işlenen haksız fiillerin yabancı devletin yargı muafiyetinin bir istisnası olduğu; ancak, bu istisnanın söz konusu olması için haksız fiilin tamamen veya kısmen mahkemenin bulunduğu devletin sınırları içerisinde gerçekleşmiş olmasının arandığı görülmektedir. Ağır insan hakkı ihlalleri de yargı muafiyetinin bir istisnası olarak ayrıca düzenlemeye tabi tutulmadığından haksız fiile ilişkin istisna kapsamındadır. Ancak, bazı devletler, yabancı ülkelerde silahlı kuvvetleri aracılığıyla zorla çalıştırma, işkence ve öldürme fiillerini işlemişlerdir. Demokratik ve adil bir yargılamanın yapılmasının mümkün olmadığı bazı devletlerde ise kötü muamele ve işkence gören davacılar, insan haklarına önem veren ve adil bir yargılamanın mümkün olduğuna inandıkları ülke mahkemeleri önünde davalar açmışlardır. Bu davalar nedeniyle, yabancı uygulama ve doktrinde ağır insan hakkı ihlalleri söz konusu olması durumu ile bir devletin silahlı kuvvetlerinin vermiş olduğu zararlar söz konusu olduğunda, haksız fiilin ve/veya zararın mahkemenin bulunduğu ülkede gerçekleşmiş olması

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

koşulunun aranıp aranmayacağı meselesi tartışma konusu olmuştur. Bu anlamda, ağır insan hakkı ihlalleri ve işkence yasağının uluslararası hukukun emredici kurallarından (*jus cogens)* olması karşısında uluslararası bir teamül kuralı olduğu kabul edilen yargı muafiyeti ilkesinin yeri tartışma konusu edilmiştir. Öte yandan, 2008 yılında Amerikan Yargı Muafiyeti Kanunu'na md. 1605A eklenmiş terörü destekleyen ülke olarak kabul edilen ülkelerde işlenen haksız fiillere ilişkin davalarda davacı ya da mağdurun Amerikan vatandaşı olması durumu özel olarak düzenlenmiştir. Tebliğimizde, bu konudaki önemli yabancı ve uluslararası mahkeme kararları açıklanacak; bu kararlar hakkında doktrindeki eleştirilere değinilerek mesele ele alınacak ve karşılaştırmalı ve uluslararası hukuktaki mevcut durum ortaya konacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yargı Muafiyeti, Haksız Fiil, İnsan Hakkı İhlali, İşkence, Devletler Özel Hukuku

Effects of Severe Human Rights Violations and Torture to the Foreign Sovereign Immunity

Assoc. Prof. Dr. Ceyda Süral Efeçınar*

State immunity is provided in the Turkish Private International Law Act Article 49. There are two international conventions in this matter; the European Convention on State Immunity and the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. Turkey is not a party to any of these conventions. State Immunity Act of 1978 in United Kingdom and Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 in Unites States regulate jurisdictional immunity of foreign states in respective laws. All of these regulations accept limited sovereign immunity of foreign states. Personal injuries and damage to property caused by an act or omission attributable to a state are an exception to immunity. However, such an exception is only valid if the act or omission had occurred in whole or in part in the territory of the forum state. Severe violations of human rights are not separately or expressly regulated in any of these regulations; therefore, they are considered within the framework of the exception concerning personal injury or damage to property caused by an act or omission attributable to a state. Certain states forced people to labor, committed torture or killed them. Claimants who suffered ill treatment and torture in states where democratic or fair trial is not possible, initiated lawsuits in states where they believe human rights are respected and fair trial is possible. Due to these lawsuits, it is discussed in practice and doctrine, whether the act or omission attributable to a state shall occur in whole or in part in the territory of the forum state when a severe violation of human rights or damages caused through armed forces are at stake. It is set forth that prohibition of violation of human rights and torture is part of mandatory rules of international law

* Kadir Has University Faculty of Law Private International Law Department

(*jus cogens*) whereas state immunity is part of customary international law. On the other hand, Article 1605A is inserted in 2008 in US Code on Jurisdictional Immunities of Foreign States, where a terrorism exception to state immunity is provided in cases where the claimants or victims are nationals of US and the relevant foreign state was designated as a state sponsor of terrorism. In my presentation, I will be giving examples from relevant case law; explain scholar critics of these and set forth the current situation in comparative and international law.

Keywords: State Immunity, Personal Injury or Damage to Property, Human Rights Violations, Torture, Private International Law

Vatandaşlık Kavramı ve İnsan Hakları İlişkisi

Dr. Öğr. Üyesi Hande Ünsal*

Vatandaşlık ve insan hakları arasındaki ilişki son on yıldır akademik literatürde daha sık ele alınan bir konu haline gelmiştir. Konunun giderek daha fazla gündeme gelmesinde göç ve yer değiştirme olaylarındaki artışın etkisi büyüktür. Günümüzde çok sayıda insan, hayatını vatandaşlık bağı ile bağlı olmadığı bir devletin ülkesinde sürdürmektedir. Günlük hayat pratiklerini önemli ölçüde etkileyen bir kavram olarak vatandaşlık, söz konusu yabancılar bakımından büyük önem taşımaktadır.

Aslında, modern hukuk sistemleri, temel hak ve özgürlüklerin tanınmasında vatandaş-yabancı ayrımı gözetmemektedir. Dolayısıyla vatandaşlık temel hak ve özgürlüklerden faydalanmanın bir koşulu olmaktan çıkmıştır. Buna rağmen, halen vatandaşlığın "haklardan yararlanma hakkı" olduğu sıklıkla savunulan bir görüştür. Bunun sebebi öncelikle, yabancılara sağlanan hakların hemen hiçbir ülkede "siyasi hakları" da kapsayacak biçimde ele alınmamasıdır. Diğer yandan, ülkeye kabul ve sınır dışı etme gibi konular, halen, vatandaşlık ile getirilen korumanın insan hakları ile getirilen korumaya göre daha geniş olduğu noktalar olarak ortaya çıkmaktadır. Bu tablo, "insan" olmanın yanında "vatandaş" olmanın neden gerekli bir kavram olarak ortaya çıktığını ve bu iki kavramın neden birbirleriyle ilişkilendirildiğini açıklar niteliktedir.

Taşıdığı öneme rağmen, insan haklarına ilişkin hukuki metinlerde "vatandaşlık" bir hak olarak ifade edilmemektedir. Her ne kadar "herkesin bir vatandaşlığa sahip olması" vatandaşlığın temel ilkeleri arasında kabul edilmiş ve çeşitli uluslararası metinlerde yer bulmuşsa da bugün için devletleri kişilere vatandaşlık vermekle yükümlü kılan uluslararası

* İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, insan haklarının vatandaşlık konusuna ilgisiz kaldığını veya vatandaşlık kurumunu dışladığını da söylemek mümkün değildir. Nitekim, AİHM, kararlarında vatandaşlığı tanımlamasa da konuyu, aile hayatı, çalışma özgürlüğü gibi hakların değerlendirilmesi bağlamında ele almaktadır.

Bu çalışmada vatandaşlığın insan haklarıyla ilişkisi iki temel soru üzerinden irdelenecektir: Öncelikle "Vatandaşlık insan hakkı olarak değerlendirilebilir mi?" sorusuna yanıt aranacak, daha sonra ise "Vatandaşlığın insan hakları kapsamında değerlendirilmesi gerekli midir?" sorusu tartışmaya açılacaktır. Bu bağlamda, vatandaşlık ve insan hakları kavramlarının felsefi temellerine değinildikten sonra, her iki kavramın hukukî metinlerde düzenlenişi irdelenecektir. Çalışmada, vatandaşlığa ilişkin değerlendirmeler AİHM kararlarıyla birlikte ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Vatandaşlık, Temel Hak ve Özgürlükler, Siyasi Haklar, İnsan Hakları, Yabancı, Entegrasyon

Relation Between the Concept of Nationality and Human Rights

Asst. Prof. Dr. Hande Ünsal*

Relationship between nationality and human rights became a more frequently debated issue in the last decade. The increasing number of the replacement incidents and migration movements has played an important role in the increasing interest in the issue. Currently many individuals sustain their lives in the territory of the states whom they have no connection in means of citizenship. Nationality which has a significant impact on the practices of daily life is therefore of crucial important for those individuals.

As a matter of fact, modern law systems do not distinguish between individuals regarding endowment of fundamental right. Hence nationality is no more a prerequisite of enjoying fundamental rights and freedoms. Despite that, the perception that qualifies nationality as "the right to enjoy rights" is still predominant. This perception is primarily due to the exclusion of foreigners from use of the political right almost in every country. Besides, issues such as admission into the territory and deportation demonstrates that rights bestowed with nationality are still more comprehensive than the ones protected by the human rights. This explains the significance of being a "national" besides being a "human" in the prevailing international order and reveals the need to "nationality" one more time.

Despite its significance, nationality is not recognized in the binding international documents as a "right". However, this does not necessarily connate to total exclusion of nationality from human rights sphere. ECHR discusses nationality in several decisions regarding issues on deportation, family life, freedom to work etc.

* İzmir Bakırçay University Faculty of Law Private International Law Department

In this paper the relation between nationality and human rights will be examined over two questions: "Could nationality be evaluated as a human right?" and "Is it necessary to include nationality in the human rights sphere?". In the scope of the study, primarily philosophical fundamentals of these two concepts will be discussed. Following that, regulations of these concepts in the legally binding texts will be examined. Study will be concluded with the evaluation of ECHR decisions on the issue.

Keywords: Nationality, Fundamental Rights, Political Rights, Human Right, Alien, Integration

Yabancıların Temel Hak ve Özgürlüklerinin Sınırlanmasına İlişkin Anayasal Çerçeve Üzerine Bir Değerlendirme

Dr. Öğr. Üyesi Neva Övünç Öztürk*

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 'Temel Hak ve Ödevler' başlığını taşıyan ikinci kısmının 'Genel Hükümler' başlıklı birinci bölümünün 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik olarak genel bir hükme yer verildikten sonra, aynı bölümün 16. maddesinde 'yabancıların durumu'na ilişkin olarak özel bir hüküm düzenlenmiştir. Bu hükmün 'özel' niteliğinin içeriği ise doktrinde farklı görüşlerin oluşmasına sebebiyet vermiştir. Bu hususta yaklaşımlardan biri, söz konusu 'özelliğin' geneli ortadan kaldıran bir sonuç doğurması ve yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasında sadece yabancıların durumuna ilişkin anılan hükmün uygulanması, genel hükmün dikkate alınmaması gerektiği üzerine şekillenmiştir. Öte yandan hem genel hükmün hem de yabancıların durumuna ilişkin hükmün birlikte etki doğurabileceğine, Anayasa'nın 16. maddesinin bu çerçevede yabancılar bakımından, ilgili maddede zikredilen milletlerarası hukukun etkisi ile ek bir güvence getirdiğine dair bir yaklaşım da mevcuttur. İlk görüşün benimsenmesi, yabancılar açısından Anayasa'nın kimi haklar bakımından düzenlediği özel sınırlama sebeplerinin ve 'laik Cumhuriyetin gereklerinin' sınırlamada dikkate alınmaması sonucunu doğurabilecek olmasından dolayı da önem taşımaktadır. Bununla birlikte, ikinci yaklaşımın irdelenmesi doğrultusunda ise her ikisinin de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunun çerçevesini çizme görevi gördüğü varsayılan hükümlerin ayrı ayrı fonksiyonlarının ve genel hükmün varlığına rağmen yabancıların durumuna ilişkin özel bir hüküm getirilmesindeki amacın

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

sorgulanması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Ek olarak, ikinci bakış açısının kabulü noktasında, özel sınırlama sebeplerinin bulunmadığı durumda yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması bakımından; bazı haklara erişimde yabancı ve vatandaş arasındaki farklılaşmaların, göç ve sınır yönetimi/kontrollerinin bu hakların doğasından kaynaklanan sınırlar ile ilişkilendirilip ilişkilendirilemeyeceği de tartışılabilecektir.

Bu doğrultuda, sunuşta yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasına yönelik olarak Anayasa'nın 13. ve 16.maddeleri arasındaki etkileşim, ilgili hükümlerin fonksiyonu ve özel sınırlama sebeplerinin bulunmaması durumunda temel hak ve özgürlüklerin yabancılar bakımından sınırlandırılmasında özellik arz edebilecek hususlar, ağırlıklı olarak doktrin görüşleri ekseninde ve ilgili Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde değerlendirilecek ve tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yabancıların Temel Hak ve Özgürlükleri, Anayasa, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması, Özel Sınırlama Sebepleri, Eşitlik İlkesi

An Assessment on the Constitutional Framework for the Restriction of Rights of Foreigners

Asst. Prof. Dr. Neva Övünç Öztürk*

Under the title of 'Fundamental Rights and Freedoms' in the second part of the Turkish Constitution, a general provision (article 13) regarding the restriction of fundamental rights is regulated within the chapter one, the 'General Provisions'. Under the same part, a particular article (article 16) relating to the 'status of foreigners' is designated. This 'particularity' has enabled different views to be shaped regarding the applicability of the general norm to the matters where a fundamental right or a freedom of a foreigner is at stake. One of these views claim that article 16 should be considered as a special rule dedicated specifically to foreigners, therefore it should waive the effect of the general rule. However, another approach supports the view that these two provisions should both be applicable to the fundamental rights and freedoms of foreigners; hence, the reference to 'international law' under article 16, provides an additional safeguard for these individuals. One of the significant consequences of the first view is that this view results in inapplicability of 'specific limitation grounds' which are listed in certain rights within the Constitution, together with the condition of 'meeting the requirements of the secular republic' when restricting a certain right, for foreigners. The second approach on the other hand, requires certain clarifications on the functions of these two provisions and on the purpose of the regulation of a 'particular' provision for the status of foreigners despite the fact that a general and applicable provision exists. Additionally, the second approach also paves the way for a discussion on whether the differentiation on access to certain rights between the citizens and foreigners, migration and border management/checks may be initiated with the limitations which are naturally derived from certain fundamental rights and freedoms regarding the foreigners.

* Ankara University Faculty of Law Private International Law Department

Against this backdrop, a discussion involving the matters such as, the interaction between article 13 and article 16, the function of these two provisions and specific issues in terms of restriction of fundamental rights or freedoms for foreigners in the absence of specific limitation grounds will be carried out during the presentation, through mainly referring to doctrinal insights and to relevant decisions of the Constitutional Court.

Keywords: Fundamental Rights and Freedoms of Foreigners, Constitution, Restriction of Fundamental Rights and Freedoms, Specific Limitation Grounds, Principle of Equality

Aile Hayatına Saygı Hakkının Yabancıların Yurda Giriş Yasağı, İkamet ve Sınırdışı Edilmeleri Hususunda Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Belkıs Vural Çelenk*

Bir devlet kendi toprakları üzerinde sahip olduğu egemenlik hakkından kaynaklı olarak yabancıları ülkesine kabul edip etmeyeceğine, kimlerin ülkesinde ikamet edebileceğine ya da yabancıların ülkesini terk ettirmeye karar vermede mutlak yetkilidir. Uluslararası hukukta da devletlerin yabancıları ülke topraklarına kabul etme zorunluluğu bulunmadığı kabul görür ancak bu devletlerin hiç bir denetime tabi olmadan temel hak ve hürriyetleri ilgilendiren konularda keyfi davranacakları anlamını taşımamaktadır. Hem uluslararası hukukunun kendisi hem de taraf devletler için bağlayıcı uluslararası sözleşmeler, devletlerin bu alanda sahip oldukları keyfiyetin sınırını oluşturmaktadır. Türk hukukunda vatandaş ve yabancı ayrımı yapılmaksızın, Anayasada ve AİHS ve Ek Protokoller kapsamında yer alan temel hak ve hürriyetlerinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasına sahip herkese Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma hakkı tanınmıştır.

Aile hayatına saygı hakkı bir ülkede yalnızca vatandaşlar için, aynı zamanda yabancılar için de teminat altına alınmış temel haklardan biridir. Anayasa'nın 20. maddesi herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayağını garanti altına almaktadır. "herkes" ifadesi bu temel hakkın yabancı ve vatandaşlık ayrımı gözetilmeksizin uygulama bulacağının göstergesidir. Bugüne kadar yabancılar tarafından yurda giriş yasağı ve sınır dışı kararına karşı başlatılan bireysel başvuru-

* Ankara Yıldırım Beyazıt Universitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

ların bir kısmında Anayasa Mahkemesi bu temel hakkın ihlaline karar vermiştir. Mahkeme değerlendirmesini, AİHM'nin içtihatlarıyla benzer şekilde, Anayasanın 13. maddesi bağlamında temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırması olarak kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin kanunilik, meşru amaç ile demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük kıstaslarından hareketle gerçekleştirmektedir. Yakın zamanda Anayasa Mahkemesi yurda giriş yasağı nedeniyle başvurucunun aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.

AİHM içtihatlarında, yabancıların ülkeye girişleri, ikametleri ve ülkeden sınırdışı edilmeleri AİHS'nin "özel yaşama ve aile hayatına saygı hakkı" başlıklı 8. maddesi çerçevesinde değerlendirilmektedir. AİHM'nin yabancılar hukukunu ilgilendirecek özellikle sınırdışı kararlarına ilişkin olarak aile hayatı kavramından ne anlaşılması gerektiği, çocuğun üstün yararı ilkesinin bu bağlamda işlevselliği, çocuk ile ebeveyn arasındaki bağımlılık unsurunun aile hayatı kapsamında kabul edilebilirliğini değerlendirdiği pek çok farklı kararı mevcuttur.

Çalışmamızda aile hayatına saygı hakkının hem Anayasa Mahkemesi hem de AİHM içtihatlarında yurda giriş yasağı, ikamet hakkı ve sınırdışı kararlarının aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki değerlendirmeleri inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Aile Hayatına Saygı Hakkı, Sınırdışı, Yurda Giriş Yasağı, Aile Kavramı, Bağımlılık Unsuru

Evaluation of the Right to Respect For Family Life as Regards Entry Ban, Residence and Deportation of Foreigners

Asst. Prof. Dr. Belkıs Vural Çelenk*

Due to its sovereignty over its territory, a state has absolute authority to decide whether to admit foreigners to its country, who can reside in, or who should leave the country. In international law, it is considered that states are not obliged to admit foreigners to the territory of their own country, but it does not mean that these states are free to act arbitrarily and without any control in matters concerning fundamental rights and freedoms. Both international law itself and international agreements that are binding for the contracting states serve as the limit of the state's arbitrariness in this area. In Turkish law, regardless of distinction between citizen and foreigner, everyone, who alleges that their fundamental rights and freedoms guaranteed in the Constitution and European Convention on Human Rights and its Additional Protocols are violated by the public authority, are granted the right to file an individual application to the Constitutional Court.

The right to respect for family life is one of the fundamental rights in a country that is guaranteed not only for citizens but also for foreigners. Article 20 of the Constitution guarantees that everyone has the right to ask for respect for their private and family life and the privacy of private and family life cannot be interfered. The phrase "everyone" is an indication that this fundamental right will be exercised regardless of the distinction between foreigners and citizens. Constitutional Court has ruled that this fundamental right is violated in some of the individual applications commenced by foreigners against the decision to entry ban and deporta-

* Ankara Yıldırım Beyazıt University Faculty of Law Private International Law Department

tion. Similar to the case law of the ECtHR, in determining whether there is an interference to fundamental rights and freedoms in the context of Article 13 of the Constitution, the court makes its evaluation based on the criteria of legality, legitimate aim and conformity with the requirements of the democratic social order and proportionality. Recently, the Constitutional Court ruled that the right to respect for family life of the applicant had been violated due to the decision on entry ban.

In the case law of the ECtHR, the entry, residence and deportation of foreigners are evaluated within the framework of Article 8 of the ECHR which is entitled as "the right to respect for private and family life". There are many different decisions of the ECtHR, which are related to the law of foreigners, especially regarding the deportation decisions, the meaning of the concept of family life, the function of the principle of child's best interests in this context and the acceptability of the dependency factor between the child and the parent within the scope of family life.

In this study, the evaluation of the right to respect for family life with regard to the entry ban, residence right and deportation decisions in the case law of both Constitutional Court and European Court of Human Rights will be examined.

Keywords: Right to Respect for Family Life, Deportation, Entry Ban, Concept of Family, Dependency Factor

Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmelerinin Anayasa Madde 90 Uyarınca Türk Hukukunda Uygulanması Sırasında Karşılaşılan Sorunlar

Av. Gizem Yılmaz*

Milletlerarası özel hukuk ilişkilerinin artması, ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde ayrıntılı düzenlemelere duyulan ihtiyacı da beraberinde getirmiştir. Bu ihtiyacı karşılamak üzere, devletler, maddî hukuk kurallarının birleştirilmesi için ikili ve çok taraflı sözleşmeler yapılması veya ortak bir mevzuat oluşturulması gibi adımlar atmıştır. Böylece sözleşmeler, devletler özel hukukunun kaynaklarından biri hâlini almış ve günümüzde, devletlerin iç hukuklarında uygulanan özel birer kanun mahiyeti kazanmıştır. Türkiye de Anayasa'nın 90/5 maddesiyle; usulüne göre yürürlüğe konulmuş anlaşmaların kanun hükmünde olduğunu, temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmalar ile kanunlar arasında çatışma çıkması halinde anlaşmalara üstünlük tanınacağını kabul etmiştir. Aynı yönde, yabancılık unsuru içeren özel hukuka ilişkin ihtilaflar hakkında uygulanacak hukuku düzenleyen 5718 sayılı MÖHUK'un 1/1 maddesi, Türkiye'nin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinin öncelikli uygulanacağını, 2/1'inci madde ise hâkimin, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve buna göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygulayacağını, yabancı hukukun içeriğinin tespitinde ise taraflardan yardım isteyebileceğini düzenlemiştir.

Ne var ki, Türk yargı uygulamasında yabancı hukukun uygulanmasında ciddi sorunlarla karşılaşılmaktadır. Bu sorunlar, milletlerarası sözleşmelerin resmî tercümesinin hatalı yapılması ya da tanınmamış devletler bakımından sözleşmelerin uygulanması meselesi gibi hukukî

* İstanbul Barosu

sorunlar olabileceği gibi, tamamen mahkemenin uygulamasındaki hatalardan kaynaklı olarak tebligat ve teminat gibi usûli konulara, tanıma ve tenfize ya da davanın esasına uygulanacak maddî hükümlere ilişkin de olabilmektedir. Davanın yabancılık unsuru dikkate alınmadan doğrudan Türk hukukuna göre karar verilebildiği gibi yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara uygulanacak sözleşmenin veya hukuk kurallarının yanlış tespit edilmesi de söz konusu olabilmektedir. Bunun en genel sebebi, özellikle yerel mahkemelerin milletlerarası özel hukuk ihtilaflarının çözümündeki bilgi ve tecrübe eksikliği şeklinde ifade edilebilir. Nitekim hâkim ve savcı adaylarını yetiştiren Adalet Akademisi'ndeki konu başlıkları arasında, milletlerarası özel hukuk ilişkilerine uygulanacak hukukun tespiti hakkında herhangi bir eğitime yer verilmediği görülmektedir. Mahkemelerin bu alanda başvurabileceği yeterli bilgi donanımına sahip bilirkişi sayısı son derece azdır. Bunun yanında, mahkemeler de ilgili alanda devletin yetkilendirdiği kurumların, üniversitelerin uygulama ve araştırma merkezlerinin veya uzman öğretim üyelerinin bilirkişi görüşüne ya da mütalâasına başvurmaktan imtina etmektedir. Sözleşmelerinin uygulanmasında görevli idarî kurumlar ise sorunların tespit ve çözümünde yeterince aktif çalışmamaktadır. Anılan çerçevede, yerel mahkemelerin hatalı uygulamaları sonucunda azımsanamayacak sayıda kararın Yargıtay'dan bozularak döndüğü görülmektedir. Buna mukabil, tahkim yargılaması, uyuşmazlık alanında uzman hakemlerce yürütüldüğünden devletler özel hukuku hakkaniyeti de sağlanabilmektedir.

Nihayetinde, Türkiye'nin iç hukukunun bir parçası kabul ettiği milletlerarası özel hukuk sözleşmelerinin, Anayasa'nın 90/5 maddesine uygun ve etkin bir şekilde uygulanması için uygulayıcıların ayrı bir uzmanlığa sahip olması gerekiği açıktır. Bu itibarla tebliğde, Türk yargısında karşılaşılan sorunların AİHM ve karşılaştırmalı hukuktan örnekler perspektifinde daha geniş olarak tartışmaya açılması ve sorunlara çözüm önerileri geliştirilmesi planlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Bilirkişi, Yargıtay, Mütalâa, Öncelik, Kanun Hükmünde

Issues Encountered During the Application of Private International Law Agreements in Turkish Law in Accordance with Article 90 of the Constitution

Atty. Gizem Yılmaz*

The increase in international private law relations brought along the requirement for detailed regulations in the settlement of disputes. In order to meet this requirement, states have taken steps such as concluding bilateral and multilateral agreements or establishing a common legislation in order to unite the substantive law rules. Thus, agreements have become one of the sources of private law of the states and today they have become like a special law applied in the domestic laws of the states. In article 90/5 of the Constitution, Turkey has also accepted that the agreements duly put into effect have the force of law and that in case of conflict between the agreements on fundamental rights and freedoms and the laws, the agreements will be given priority. In addition, regulating the law to be applied on disputes regarding private law involving foreign elements in the article 1/1 of IPCPL numbered 5718 has regulated that private law agreements to which Turkey is a party will be implemented with priortiy and according to article 2/1, the judge automatically apply the rules of Turkish conflict of laws and the foreign law authorized accordingly, also may seek assistance from the parties in determining the content of foreign law.

However, serious problems are encountered in the application of foreign law in the Turkish judicial practice. These problems may be legal problems such as the incorrect translation of international agreements or the issue of implementing agreements in terms of unrecognized states, it may also be related to procedural matters such as notice and

* İstanbul Bar

guarantee, recognition and enforcement or material provisions to be applied to the merits of the case, which is caused entirely by errors in the court's practice. It can be decided directly in accordance with Turkish law without taking into account the foreign elements of the case or the wrongful determination of the rules to be applied to disputes which is with foreign element may also be the case. The most general reason for this can be expressed as the lack of knowledge and experience of local courts in solving international private law disputes. As a matter of fact, it is seen that among the topics in the Justice Academy, which trains judge and prosecutor candidates, there is no training on the determination of the law to be applied to private international law relations. The number of experts with sufficient knowledge that courts can apply in this field is extremely low. In addition, the courts refrain from applying to the expert opinion of the institutions authorized by the state, the application and research centers of the universities or the expert lecturers in the relevant field. In the aforementioned framework, it is observed that a considerable number of decisions were overturned from the Supreme Court as a result of the erroneous practices of the local courts. On the other hand, since the arbitration proceedings are conducted by arbitrators who are experts in the field of disputes, the private law equity of the states can also be achieved.

Eventually, It is clear that practitioners must have a separate expertise for the effective implementation of private international law agreements, which is agreed the part of domestic law of Turkey, in accordance with Article 90/5 of the Constitution. In this respect, it is planned that the problems encountered in the Turkish judiciary will be open up for discussion in a wider manner in the perspective of the ECHR and comparative law examples and to develop solutions to issues.

Keywords: Expert, Supreme Court of Appeals, Opinium, Priority, Have the Force of Law

19. OTURUM / SESSION 19

İş Mücadelesinde Denge İlkesi Bağlamında Anayasal ve Yasal Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Esra Baskan*

Toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde başvurulacak iş mücadelesi araçlarında denge/eşitlik ilkesi gereğince, sosyal tarafların eşit koşullarda mücadele edebilmesi gerekir ve kanun koyucu bu konuda gerekli yasal düzenlemeleri yapmakla yükümlüdür. Diğer taraftan iş mücadelesi araçlarındaki dengenin işverenin lokavta başvurmasının sınırlandırılmasıyla sağlanabileceği kabul edilmektedir. Hukukumuzda grev ve lokavta ilişkin anayasal düzenlemelerin söz konusu ilkeye uygun bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Nitekim Anayasanın 54. maddesinde grev hakkı *"Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler"* şeklinde düzenlenmişken, lokavta aynı maddenin devamında *"….işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanunla düzenlenir"* hükmüyle yer verilmiştir. Görüldüğü üzere Anayasada lokavt için grevden farklı olarak bilinçli ve isabetli bir şekilde "hak" kavramı kullanılmamıştır. Bunun anlamı, grev – lokavt dengesinin grev lehine kurulması ve lokavta ancak savunma aracı olarak başvurulabilecek olmasıdır. Buna paralel olarak yapılacak yasal düzenlemelerde dengenin grev lehine kurması ve lokavtın saldırı amaçlı kullanımına yol açacak hükümlere yer verilmemesi gerekir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda da yasal lokavtın *"Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması ve işçi sendikası tarafından grev kararı alınması hâlinde bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan lokavt"* şeklinde tanımlanması (md.59/II), yasal lokavt kararının grev kararının tebliğinden itibaren altmış gün içinde alınabileceği düzenlemesi (md.

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

60/2) söz konusu anlayışa uygun, bu bağlamda isabetli düzenlemelerdir. Buna karşılık söz konusu kanunda yer alan bazı düzenlemelerin lokavtın savunma aracı niteliğine ve anayasaya uygun olup olmadığı tartışmalıdır. Nitekim bu nitelikteki hükümlerden biri olan "*grup toplu iş sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklarda grev kararı, uyuşmazlığın kapsamındaki işyerlerinin bir kısmı için alınmış olsa dahi lokavt kararı uyuşmazlığın kapsamındaki başka işyerleri için de alınabilir*" hükmü Anayasa Mahkemesinin denetimine konu olmuş ve anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir[1]. Buna rağmen yasada yer alan, lokavtın uygulanması için grev kararı alınmasının yeterli görülerek grevin uygulamaya başlanması koşulunun aranmaması, grevin uygulanmasına son verilmesine rağmen lokavta devam edilebilmesine olanak tanınması şeklindeki hükümlerin denge ilkesi kapsamında isabetli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bunun yanı sıra yine 6356 sayılı Kanunda yer alan, işverenin greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta serbest olduğuna ilişkin hüküm (md. 64) söz konusu ilke bağlamında tartışmaya açıktır. Bu itibarla çalışmamızda iş mücadelesi araçlarında denge ilkesi açıklanacak, anayasal boyutuyla grev ve lokavt dengesi, yasal düzenlemelerin bu dengeye ve dolayısıyla anayasaya uygunluğu tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İş Mücadelesi, Denge İlkesi, Grev, Lokavt, Anayasa

[1] AYM 22.10.2014, 1/161. 11.11.2015 Tarih ve 29529 sayılı Resmi Gazete.

Evaluation of Constitutional and Legislative Regulations within the Scope of the Principle of Balance in the Labor Struggle

Asst. Prof. Dr. Esra Baskan*

Social partners should be able to struggle under equal conditions in the means of labor struggle to be used in the resolution of collective labor disputes in accordance with the principle of balance/equality, and the legislator is obliged to make the necessary legislative regulation in this regard. In addition, it is accepted that the balance in the labor struggle tools can be achieved by limiting the employer's application for lock-out. In our legal structure, it is seen that strikes and lock-outs are arranged in accordance with the aforementioned principle in constitutional regulations. Hence, the right to strike is regulated in Article 54 of the Constitution as follows: *''Workers have the right to strike during the collective bargaining process if a disagreement arises''*, and the right to lock-out is included in the continuation of the same article with the regulation quoted as follows: *''... and the employer's recourse to a lock-out, the scope of, and the exceptions to them shall be regulated by law.''* As is seen, in the Constitution, unlike right to strike; the term "right" was not used for lock-out in a conscious and accurate manner. This means that the strike-lock-out balance is established in favor of the strike and lock-out can only be applied as a means of defense. The balance should be established in favor of the strike in the legislative regulations to be made, and there should be no provisions that may lead to the use of lock-out for offensive purposes. Lawful lock-out is defined in the Act No. 6356 on Trade Unions and Collective Labor Agreements as follows: *''Lawful lock-out means any lock-out ordered in accordance with this law where there is a dispute in the course of negotiations for a collective labor agreement and a decision to call a strike has*

* Maltepe University Faculty of Law Labor and Social Security Law Department

been taken by the workers' trade union'' (Art. 59/II), and regulations have been made regarding the provision that legal lock-out decision can be taken within sixty working days of the date on which the decision to call a strike is communicated (Art. 60/2). These regulations are in accordance with the aforementioned understanding and accurate in this regard. On the other hand, it is controversial whether some of the regulations in the aforementioned act are compatible with the defensive nature of the lock-out and the constitution itself. Hence, the provision of such nature stated as *''With respect to the decision to call a strike for disputes regarding group collective labor agreements, even if this decision has been taken for some of the workplaces that are within the scope of this dispute, the decision to order a lock-out may be taken for other workplaces within the scope of the dispute''*, was subject to the supervision of the Constitutional Court and was annulled as unconstitutional[2]. Notwithstanding, the provision in the act such as not seeking the condition of starting the strike by considering the decision to strike sufficient for the implementation of the lockout, and allowing the lockout to be continued despite the end of the strike should be evaluated in terms of the principle of balance. On the other hand, the provision regarding the fact that the employer shall be free to employ or not to employ the workers who are participating to the strike (Art. 64) is disputable. In this respect, principle of balance in the means of labor struggle will be explained, the balance of strike and lock-out with their constitutional dimension, and the conformity of legislative regulations to this balance, and therefore to the constitution will be discussed in our paper.

Keywords: Labor Struggle, Principle of Balance, Strike, Lock-Out, Constitution

[2] AYM 22.10.2014, 1/161. Official Gazette dated 11.11.2015 and numbered 29529.

Türk İş Hukukunda Ara Dinlenmesi

Dr. Öğr. Üyesi Emre Ertan*

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 'Çalışma şartları ve dinlenme hakkı' başlıklı 50. maddesinde dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu vurgulandıktan sonra ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartlarının kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Böylece özellikle iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendiren dinlenme hakkı güvence altına alınarak ücretli hafta tatili ve bayram tatiliyle ücretli yıllık izin hak ve koşullarını düzenleme konusunda yasa koyucuya ödev yüklenmiştir. Bununla birlikte, anayasal dinlenme hakkının salt hafta ve bayram tatilleri ve yıllık ücretli izinle sınırlı tutulduğunu iddia etmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Dinlenme hakkı, hafta tatilleri ve bayram tatilleriyle yıllık ücretli iznin yanında ara dinlenmesini de kapsamaktadır. Gerçekten işçinin günlük çalışma süresi boyunca yeme ve içme gibi en doğal gereksinimlerini karşılamadan veya hiç dinlenmeden kesintisiz çalışması dinlenme hakkıyla bağdaşmayacaktır. Öte yandan işe giriş saatinden işe çıkış saatine kadar dinlenmeden aralıksız iş gören işçinin dikkatinin dağılacağı ve böyle bir durumun iş kazasına dahi yol açabileceği ortadadır. Şu halde işçiye hafta tatili ve bayram tatiliyle yıllık ücretli izin haklarının yanı sıra ara dinlenme hakkının tanınması Anayasa'nın bir gereğidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesi, işçilere günlük çalışma süresinin ortalama bir zamanında ara dinlenmesi verilmesini zorunlu kılmaktadır. Yasal düzenleme, ara dinlenme süresini günlük çalışma süresinin uzunluğuyla orantılı bir biçimde belirlemiş olup, günlük çalışma süresi uzadıkça ara dinlenmesi süresi de uzamaktadır. Buna göre, günlük çalışma süresinin ortalama bir zamanında o yerin gelenekleri ve işin ge-

* Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

reğine göre ayarlanmak suretiyle işçilere dört saat veya daha kısa süreli işlerde on beş dakika, dört saatten fazla ve yedi buçuk saate kadar (yedi buçuk saat dâhil) süreli işlerde yarım saat, yedi buçuk saatten fazla süreli işlerde bir saat ara dinlenmesi verilmesi zorunludur. Aynı maddede, dinlenme sürelerinin nispi emredici nitelik taşıdığı ve aralıksız kullanılması gerektiği belirtilmektedir. Öte yandan, ara dinlenme sürelerinin işyerinde işçilere aynı veya değişik saatlerde kullandırılabileceği ve bu sürelerin çalışma süresinden sayılmayacağı kurala bağlanmıştır. Ne var ki işçilere ara dinlenmesi kullandırılmaması veya eksik kullandırılması çalışma yaşamında sıkça karşılaşılan bir olgudur. Bu bağlamda, ara dinlenmesi yargı kararlarına da konu olmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Çalışma Şartları, Dinlenme Hakkı, İş Sağlığı ve Güvenliği, Günlük Çalışma Süresi, Ara Dinlenmesi

Rest Break in the Turkish Labour Law

Asst. Prof. Dr. Emre Ertan*

After emphasizing the right to rest of the employeess Article 50 of the Turkish Constitution entitled 'Working conditions and right to rest and leisure' stiputales that the rights and conditions relating to paid weekends and holidays, together with paid annual leave, shall be regulated by law. Thus, the right to rest which concerns occupational health and safety, has been guaranteed and the legislator has been tasked with regulating the rights and conditions of weekends and public holidays as well as paid annual leave. However, it would not be correct to claim that the constitutional right to rest is limited to weekends and public holidays as well as annual paid leave. The right to rest includes weekends and public holidays, as well as rest breaks along with annual paid leave. Indeed, uninterrupted work without satisfying the ordinary needs of the employee such as to eat and drink during the daily working period or without any rest will not be compatible with the right to rest. On the other hand, it is obvious that the employee who works continuously during the whole working day will be distracted and such a situation may even lead to an occupational accident. In this case, granting the employee the right to rest break beside the rigths to paid weekend and public holidays, together with paid annual leave is a requirement of the Constitution.

Article 68 of the Labour Act (No:4857) states that employees shall be allowed a rest break approximately in the middle of the working day. The regulation determines the duration of the rest break in proportion to the length of the daily working period, and the longer the daily working time, the longer the rest period. Accordingly, employees shall be allowed a rest break approximately in the middle of the working day fixed

* Marmara University Faculty of Economics Labour Economics and Industrial Relations Branch Labor and Social Security Department

with due regard to the customs of the area and to the requirements of the work; fifteen minutes, when the work lasts four hours or less, half an hour, when the work lasts longer than four hours and up to seven and a half hours (seven and a half included), one hour, when the work lasts more than seven and a half hours. In the same article, it is stated that the rest breaks are relatively imperative and the full period must be allowed at each break. On the other hand, it is stipulated that the breaks may be taken at the same or varying times by the employees at the establishment and they shall not be reckoned as part of the working time. However, it is a common phenomenon in working life that the employees are not allowed to take rest breaks or use them incompletely. In this context, rest breaks are also subject to judicial decisions.

Keywords: Working Conditions, Right to Rest, Occupational Health and Safety, Daily Working Period, Rest Break

Türk Hukukunda Grev Hakkının Sınırları

Dr. Öğr. Üyesi Canan Erdoğan*

Anayasa m.54'te "Grev Hakkı ve Lokavt" başlığı altında işçilerin grev hakkı hüküm altına alınmıştır. Belirtilen düzenlemeye göre, "*Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler*". Görüldüğü gibi greve yalnızca toplu iş sözleşmesi yapılması aşamasında başvurulabilir. Ayrıca düzenlemeden anlaşıldığı üzere grev hakkı, sadece işçilere tanınmış olup kamu görevlilerine tanınmamıştır. Anayasa'nın ilgili maddesinde grev hakkının kullanılmasının usul ve şeklinin kanunla düzenleneceği belirtilmiş ve hak ayrıntılı olarak 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda (STİSK) düzenlenmiştir. STİSK m.58'te kanuni olan ve olmayan grev tanımlanmıştır.

Grev hakkı sadece ulusal kaynaklarda değil aynı zamanda birçok ILO, Avrupa Hukuku ve Birleşmiş Milletler metinlerinde de güvence altına alınmış ve hangi hallerde hakkın sınırlandırılabileceği düzenlenmiştir.

Grev hakkı her ne kadar Anayasal bir hak olsa da, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda hakka ilişkin birçok sınırlama getirilmiştir. İlk olarak, bazı iş ve işyerlerinde sürekli ve geçici grev yasakları düzenlenmiştir (m.62). Ayrıca yetkili sendika tarafından bir grev kararı alındığında, grev kararı alınan işyerinde çalışan işçilere talepleri sonucunda grev oylamasına gidilmesi imkânı tanınmıştır. Bu imkânın kullanılması sonucunda greve başvurulmamasına karar verilebilir (m.61). Başka bir düzenlemeye göre de bazı durumlarda karar verilmiş bir grev Cumhurbaşkanı tarafından ertelenebilir (m.63). Sayılan bu hallerde taraflar artık grev yoluna başvuramazlar. Taraflar uyuşmazlığın çözümü için Yüksek Hakem Kurulu'na başvurmak zorundadırlar (m.51).

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

İşbu tebliğ kapsamında 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu getirilen sınırlamaların Anayasal bir hak olan grev hakkının özüne uygun olup olmadığı sorusu cevaplanmaya çalışılacaktır. Bunun için de öncelikle grev hakkı kavramı ve hakkın tarihçesi ele alınacaktır. Sonrasında grev hakkına ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemelere değinilecektir. Ardından hukukumuzdaki doktrin görüşleri çerçevesinde grev hakkının sınırlarından bahsedilecektir.

Anahtar Kelimeler: Grev, Grev Hakkı, Toplu İş Sözleşmesi, İşçi Sendikası, Grev Hakkının Sınırları

The Limits of Right to Strike in Turkish Law

Asst. Prof. Dr. Canan Erdoğan*

Workers' right to strike is regulated in Article 54 of the Constitution titled "Right to Strike, and Lockout". According to mentioned article "*Workers have the right to strike during the collective bargaining process if a disagreement arises*". As it has been pointed out, the strike can only be applied at the stage of collective bargaining. In addition, the right to strike is only granted to workers and not to civil servants. It is also stated in Article 54 of the Constitution that the procedure and method of using the right to strike will be regulated by law and the right is regulated in detail in the Law No. 6356 on Trade Unions and Collective Agreement Law. In Article 58 of Trade Unions and Collective Agreement Law, legal and unlawful strike are defined.

The right to strike is guaranteed not only in national sources, but also in many ILO, European Law and United Nations texts. The situations in which the right can be restricted are regulated as well.

Although the right to strike is a Constitutional right, many restrictions have been introduced in the Law No. 6356. First of all, permanent and temporary strike bans for some jobs and workplaces are regulated (Art. 62). Furthermore, when a strike decision was taken by the authorized union, the workers have the right to call a strike vote. As a result of using this opportunity, it may be decided not to apply strike (Art.61). According to another regulation, in some cases a decided strike can be postponed by the President (Art.63). In these cases, the parties can no longer apply to strike and they must apply to the Supreme Arbitration Board for the resolution of the dispute (Art.51).

* Ankara Yıldırım Beyazıt University Faculty of Law Labor and Social Security Law Department

Within the scope of this communique, the question of whether the restrictions imposed by the Law No. 6356 on Trade Unions and Collective Bargaining are in accordance with the essence of the right to strike, which is a constitutional right, will be tried to be answered. In this context, first, the concept of the right to strike and its history will be discussed. Afterwards, national and international regulations regarding the right to strike will be analyzed. Then, the limits of the right to strike will be debated within the framework of doctrine views in Turkish law.

Keywords: Strike, Right to Strike, Collective Agreement, Labor Union, Limits of Right to Strike

Nakdi Ücret Desteği Düzenlemesinin Anayasa'nın Sosyal Devlet ve Eşitlik İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Ar. Gör. Dr. Eda Karaçöp*

Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de Covid-19 pandemisi sürecinin çalışma hayatındaki olumsuz etkilerini en aza indirgemek için iş ve sosyal güvenlik mevzuatında değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden biri de iş sözleşmesinin işveren tarafından feshine ve fesih dışında sona ermesine ilişkin getirilen sınırlamadır. Mevzuatla işverenin fesih hakkı sınırlanırken bu süreçte işverenin işçiyi tek taraflı olarak kısmen veya tamamen ücretsiz izne çıkarabilmesine imkan tanınmıştır. Uygulamada "pandemi ücretsiz izni" olarak da adlandırılan bu ücretsiz izin döneminde işçiye işsizlik sigortası fonundan nakdi ücret desteği yapılması 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ayrıca salgın nedeniyle işini kaybedip işsizlik sigortasından yararlanamayan ve herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı almayan işçilere de Devlet tarafından aynı şekilde nakdi ücret desteğinin yapılması öngörülmektedir. Nakdi ücret desteği Anayasa'da yer alan Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal devlet niteliği ile doğrudan ilgili olup çalışma hayatında hem işçi hem de işverenlerin Devlet tarafından desteklenmesi açısından önemlidir. Ancak düzenleme destekten yararlanma koşulları bakımından Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturan bazı durumların ortaya çıkmasına da sebep olmaktadır. Zira nakdi ücret desteğinden ancak iş sözleşmesi 15.03.2020 tarihinden sonra feshedilen, işsizlik ödeneğinden yaralanamayan ve herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı almayanlar ile

* Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

fesih sınırlaması dolayısıyla pandemi ücretsiz izne ayrılanlar ancak ilgili mevzuatta belirlenen koşulların varlığında yararlanabilmektedir.

Çalışmayla nakdi ücret desteğine ilişkin düzenlemenin Anayasa'nın sosyal devlet ilkesi ve eşitlik ilkelerine uygunluğu açısından değerlendirilmesi ve uygulamada doğurduğu sorunların ayrıntılı olarak incelenmesi hedeflenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Covid-19 Pandemisi, Ücretsiz İzin, Nakdi Ücret Desteği, Sosyal Devlet İlkesi, Eşitlik İlkesi

Evaluation of the Cash Wage Payment Regulation Within the Framework of the Constitution's Social State and Equality Principles

Res. Asst. Dr. Eda Karaçöp*

In our country, like as in all over the world, many changes have been made in labour and social security legislation which aimed to minimize the negative effects of Covid-19 Pandemic in the working life. One of these legal regulations is the limitation imposed on the termination of the employee's employment contract. It has been given employer the opportunity to send employee partially or completely unpaid leave unilaterally during the termination restriction process. In this unpaid leave period, which is called "pandemic unpaid leave" in practice, it is regulated by Unemployment Insurance Code numbered 4447 that the employee will be entitled to a cash wage payment which will be paid from the unemployment insurance fund. In addition, it is stated that the State will also provide cash wage payment to employees who lose their jobs because of the Covid-19 pandemic and cannot benefit from unemployment insurance and also cannot receive an old-age pension from any social security institution. Cash wage payment is directly related to the principal of Social State determined in the Constitution of the Republic of Turkey and also it is important for both employees and employers by the means of Government support. However, the regulation causes some situations against the principle of equality of the Constitution because of the conditions regulated to benefit from the cash wage payment. As described in law that only an employee whose employment contract is terminated after 15.03.2020, cannot benefit from unemployment ınsurance and also cannot receive old-age pension from any social security institution will

* Dokuz Eylül University Faculty of Economics and Administrative Sciences Labour Economics and Industrial Relations Branch Labour and Social Security Law Department

benefit from cash wage payment. Also an employee who is in unpaid leave period due to the termination restriction will be entitled to cash wage payment under certain conditions.

This study aims to evaluate the regulation regarding cash wage payment in terms of compliance with the Social State principle and equality principle of the Constitution and to examine in detail the problems caused by this regulation in practice.

Keywords: Covid-19 Pandemic, Unpaid Leave, Cash Wage Payment, Social State Principle, Principal of Equality