

KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Journal of Kadir Has University Faculty of Law

“Hakemli Dergidir” / “Peer Reviewed Journal”

Cilt: V Sayı: I
Haziran 2017



Prof. Dr. Mustafa DURAL
Anısına

Özel Sayı - I



İÇİNDEKİLER

SUNUŞ YAZISI

Prof. Dr. Mehmet C. AKAD	9
--------------------------------	---

ANI YAZILARI

Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına...	
Prof. Dr. Mustafa AYDIN	13
Bir Hukuk Dehasının Özlemi ve Ortak Anılan İzi...	
Prof. Dr. Ali GÜZEL	14
Mustafa Dural Hoca'nın Anısına...	
Prof. Dr. Mehmet C. AKAD	16

KAMU HUKUKU

Pratisyenin Alet Kutusu: Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Kılavuzu ve Uluslararası Andlaşmalarda Çekinceler <i>Practitioners' Toolbox: International Law Commission's Guidelines and Reservations to International Treaties</i>	
Arş. Gör. Erkan AKDOĞAN	19
Secret Arrests Following 9/11: Balancing Terrorism Investigations and Freedom of Information <i>11 Eylül Sonrası Gizli Tutuklamalar: Terör Soruşturmaları ve Bilgi Alma Hakkının Dengelenmesi</i>	
Arş. Gör. Murat CEYHAN	35
Evli Kadının Kendi Soyadını Kullanması Konusunda Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Değerlendirilmesi <i>Evaluation of Constitutional Court's Approach Towards Married Women's Right to Last Name in Scope of Fundamental Rights and Freedoms</i>	
Yrd. Doç. Dr. Hamide TACİR	49

ÖZEL HUKUK

Tüzel Kişi Organının Ölüme Bağlı Tasarrufun Düzenlenmesine Katılması <i>Participation of the Legal Entities' Organ to Preparation of Testamentary Disposition</i>	
Doç. Dr. Cem AKBIYIK	73
Taşınır Rehni Sözleşmeleri ve Sözleşmelerde Şekil <i>Contracts for Pledge on Movables and Form of the Contracts</i>	
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL	81
Önemli Miktarda Şirket Varlığının Satışında Genel Kurul Kararının Hukuki Niteliği <i>The Legal Nature of the General Assembly Resolution Regarding Wholesale of Substantial Part of Company Assets under Turkish Corporations Law</i>	
Doç. Dr. Tolga AYOĞLU	93
Yönetişim (Kurumsal Yönetim) Kalitesi Açısından İcra ve Kontrol İşlevlerinin Ayrılığı <i>Separation of Execution and Control Functions for Effective Governance and the Potential Effect of Structural Regularities in Turkey on Firm Performance</i>	
Melsa ARARAT, PhD Yrd. Doç. Dr. Muzaffer EROĞLU	105
Belirli Bir Taşınmaz Üzerindeki Miras Payına İlişkin Olarak Mirasçı ve Üçüncü Kişi Arasında Akdedilen Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesine Dair Yargıtay Uygulamasının Kısa Değerlendirmesi <i>Brief Evaluation of Supreme Court's Practice on Preliminary Sales Contract for Immovable Which Are Conducted between the Heir and Third Person Regarding to Distributive Share of a Certain Immovable</i>	
Prof. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ	123
Banka Havalelerinde Sebepsiz Zenginleşme <i>Unjust Enrichment in Bank Transfers</i>	
Prof. Dr. Turgut ÖZ	139
Differences and Similarities between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010 and National Laws: The Turkish Perspective <i>2010 Tarihli Uluslararası Ticari Sözleşmeler Hakkında UNIDROIT İlkeleri ile Ulusal Hukuklar arasındaki Farklılıklar ve Benzerlikler: Türk Hukuku Yaklaşımı</i>	
Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY, Em.....	147
Boşanma Davası Devam Ederken Taraflardan Birinin Ölmesinin Maddi Hukuk Bakımından Sonuçları <i>The Legal Consequences of the Death of One of the Parties in an Ongoing Divorce Case</i>	
Prof. Dr. Şükran ŞIPKA Arş. Gör. Ali Yaşar ÇELİKEL	177
Uyumlu Eylem Yolu ile Kartel Oluşturan Bankaların Tüketiciye Karşı Sorumluluklarının Hukuki Dayanağı <i>Legal Causes of Liability of the Banks That Establishes Cartel through Concerted Practice towards the Consumers</i>	
Doç. Dr. Murat TOPUZ	189

Pratisyenin Alet Kutusu: Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Kılavuzu ve Uluslararası Andlaşmalarda Çekinceler

Practitioners' Toolbox: International Law Commission's Guidelines and Reservations to International Treaties

Arş. Gör. Erkan AKDOĞAN^(*)

Öz:

Uluslararası andlaşmalarda çekincelerle ilgili söylemde, Milletler Cemiyeti'ndekiyle kıyaslandığında, Soğuk Savaş'ın sona erişini takiben en az 4 (dört) dikkat çekici gelişme yaşanmaktadır. Öncelikle, kendisine çekince konulabilecek uluslararası andlaşmaların sayısı azalmaktadır. İkinci olarak, çekincelere yol açan düşünce yapısı ve hukuki akıl yürütme varlığını sürdürmektedir. Üçüncü olarak, hukuk doktrini çekinceleri düzenleme yoluna gitmekle birlikte düzenlemenin kendisi hukuken bağlayıcı olmayan bir biçimde gerçekleştirilmektedir. Dördüncü olarak, sayıca sınırlı olmakla birlikte farklı hukuk rejimlerinde çekincelere uygulanabilir hukuk farklılık göstermektedir. Bahse konu gelişmeler, birlikte değerlendirildiğinde; hukuk doktrini ve ilişkili alanların, dogmatik ile birlikte, gerçek anlamının ortaya çıkarılması amacıyla eleştirisine ihtiyaç duyulduğunu düşündürmektedir. Anılan yönlerden, bu çalışmada, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çekincelerle ilgili yakın dönem faaliyetleri ve sonrası üzerinden eleştirisi gerçekleştirilmek istenmektedir.

Anahtar Kelimeler:

Hukukun Genel Teorisi, Kamu Hukuku, Uluslararası Andlaşmalarda Çekinceler, Uluslararası Hukuk Komisyonu.

Abstract:

Since the end of Cold War, at least 4 (four) notable currents have occurred regarding the discourse on reservations to international treaties, compared to that in the era of the League of Nations. First, the number of treaties suitable for reservations has decreased. Second, the structure of thought and legal reasoning that allowed reservations have persisted. Third, though the legal doctrine opted for regulating the reservations, the regulation itself has been made in a legally non-binding way. Fourth, although limited in number, law applicable to reservations vary as per different legal regimes. Taken together, these currents signal a need for a critique to unveil its proper meaning aimed at legal doctrine and dogmatics, and fields related thereto. Therefore, in this study, it is purported to perform such critique via recent activities of International Law Commission pertaining to reservations to treaties and so on.

Keywords:

General Theory of Law, Public Law, Reservations to International Treaties, International Law Commission.

^(*) Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora öğrencisi, Erkan.Akdogan@ankara.edu.tr.

Bu makale, yazarı tarafından hazırlanan "Uluslararası Andlaşmalarda Çekinceler" başlıklı tezden türetilmiş; özellikle Birinci (Tarihsel ve Kavramsal Boyut) ve Üçüncü Bölümlerini (Uluslararası Andlaşmalarda Çekinceler) tamamlayıcı veya yedek görüşler ileri sürülmüştür.

Secret Arrests Following 9/11: Balancing Terrorism Investigations and Freedom of Information

11 Eylül Sonrası Gizli Tutuklamalar: Terör Soruşturmaları ve Bilgi Alma Hakkının Dengelenmesi

Arş. Gör. Murat CEYHAN^(*)

Öz:

11 Eylül 2001 tarihinde gerçekleşen terör saldırılarının artçıları kendisini Amerika Birleşik Devletleri ceza yargılaması hukukunda da göstermiştir. Devletin ve toplumun yaşadığı korku halini takiben koruma tedbirlerinin uygulamaya konmasında temel hak ve özgürlükler göz ardı edilmiştir. Bu durumun en çarpıcı örneklerinden biri ise 11 Eylül soruşturmaları sırasında benimsenen gizli tutuklama tedbiri olarak karşımıza çıkmaktadır. *Center for Nat. Sec. Studies v. United States Department of Justice* kararında gizli tutuklamaların farklı boyutları ele alınmış bulunmaktadır. Tutuklu haklarının yanında toplumun bilgi alma hürriyetinin de terör soruşturmaları kapsamında kısıtlandığı anlaşılmaktadır. ABD hukukunda, özellikle 11 Eylül sonrasında, Mahkemelerin yürütme kanadından gelen raporlara (affidavit) yaklaşımı değişmiş, toplumun bilgi alma hakkının sınırları yeniden çizilmiştir. Temel hak ve özgürlükleri koruma yönünde farklı içtihatların tartışıldığı makale boyunca hem Office of Inspector General raporları hem de Freedom of Information Act kapsamında açıklamalarda bulunacağız. En nihayetinde 11 Eylül sonrası terör soruşturmaları temelinde devlet uygulamalarına yönelik bilgi alma hakkının sağladığı denetim mekanizmasının önemini ortaya koymuş olacağız.

Anahtar Kelimeler:

11 Eylül, Amerika Birleşik Devletleri, Tutuklama, Gizlilik, Bilgi Alma Hürriyeti.

Abstract:

The terrorist attacks on September 11, 2001 proved to create an enormous aftermath for US criminal procedure law. The state of fear on the part of the government and the society played an important role on the adopted investigative measures and held back fundamental rights and freedoms. One of the striking examples of such September 11 measures was the secret arrests. The decision of *Center for Nat. Sec. Studies v. United States Department of Justice* deals with several aspects of the secret arrests. Alongside rights of the detained, the people's right to access information had also been limited with regards to terror investigations. The Courts' approaches to government affidavits have changed and the borders of right to information had been re-established. This article discusses case-law with regards to the protection of fundamental rights and freedoms, and thereby discusses the Office of Inspector General reports and the Freedom of Information Act. Consequently, based on the post 9/11 terror investigations and the adopted measures of the US government, the article will set forth the importance of the supervision mechanism established by the right to access information.

Keywords:

September 11, United States of America, Arrest, Secrecy, Freedom of Information.

^(*) Columbia Üniversitesi Hukuk Fakültesi LL.M., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, murat.ceyhan@khas.edu.tr

Evli Kadının Kendi Soyadını Kullanması Konusunda Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Değerlendirilmesi

Evaluation of Constitutional Court's Approach Towards Married Women's Right to Last Name in Scope of Fundamental Rights and Freedoms

Yrd. Doç. Dr. Hamide TACİR^(**)

Öz:

TMK'nın 187. maddesinde "kadın evlenmekle kocasının soyadını alır" hükmü yer almaktadır. Buna göre kadın evlendiğinde, erkekten farklı olarak, diğer eşin soyadını almaktadır. Oysa soyadı, vazgeçilmez, devredilmez temel bir kişilik hakkı olup, kişiye sıkı surette bağlı ve mutlaktır. Bu bağlamda TMK'nın ilgili maddesi, başta eşitlik ilkesi olmak üzere, birçok yönden anayasa da yer alan temel hak ve özgürlükleri ihlal edici niteliktedir. Çalışma da Anayasa Hukuku ve uluslararası hukuk bağlamında TMK'nın 187. maddesinin ortaya çıkardığı sorunlar ortaya konacak, konuyla ilgili yargı süreci değerlendirilecek ve özellikle Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler:

Kadının Soyadı, Kadına Karşı Dayalı Ayrımcılık, Kadın Erkek Eşitliği, Türk Medenî Kanunu, Anayasa Mahkemesi, Kişilik Hakkı, Ünal Tekeli/Türkiye Davası.

Abstract:

Article 187 of the Turkish Civil Code governs that, upon marriage, a woman takes the surname of her husband. In this means, the use of last name is restricted in respect of women. However, the right to last name possesses inherent fundamental rights and freedoms which are inviolable and inalienable. It is also an absolute personal right, strictly depending on the individual. Turkish Civil Code of 187th article, in this means, violates the fundamental rights and freedoms, primarily right to equality. This study aims to emphasize the problems of the existent situation of 187th article of Turkish Civil Code in terms of Constitution and International Agreements. Thus, the judiciary process shall also be examined and the decisions of ECHR and Constitutional Court will be pointed.

Keywords:

Maiden Name, Discrimination Against Women, Gender Equality, Turkish Civil Code, Constitutional Court, Personal Right, Case of Ünal Tekeli/Turkey.

^(*) TANPINAR, A. Hamdi, *Saatleri Ayarlama Enstitüsü*, 1962.

^(**) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, hamide.tacir@khas.edu.tr

Tüzel Kişi Organının Ölümüne Bağlı Tasarrufun Düzenlenmesine Katılması

Participation of the Legal Entities' Organ to Preparation of Testamentary Disposition

Doç. Dr. Cem AKBIYIK^(*)

Öz:

Bu çalışmanın başlıca amacı, Türk Medeni Kanunu m.536'da hükme bağlanan ve resmi vasiyetnamede "düzenlemeye katılma yasağı" başlığını taşıyan emredici kuralın, ölüme bağlı tasarrufun düzenlenmesine katılan tüzel kişi organları bakımından da uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesidir. Ölüme bağlı tasarrufla yararına kazandırmada bulunulacak olan lehtar, gerçek kişilerin yanı sıra, bir tüzel kişi de olabileceği için söz konusu tüzel kişinin organı sıfatına sahip olan kimse de, ölüme bağlı tasarrufun yapılmasına memur ya da tanık sıfatıyla katılmış olabilir. Böyle bir halde, kanun koyucu ölüme bağlı tasarrufun yapılmasına katılan kimselere ve yakınlarına o tasarrufla kazandırmada bulunulmasını açık biçimde yasakladığı için lehine kazandırmada bulunulan tüzel kişi de kanaatimce bundan etkilenerek ve söz konusu kazandırmanın ölüme bağlı tasarrufların iptali davası yoluyla hükümsüz bırakılması söz konusu olacaktır.

Anahtar Kelimeler:

TMK m.536, Düzenlemeye Katılma Yasağı, Tüzel Kişinin Mirasçılığı, Ölüme Bağlı Tasarruf, Ölüme Bağlı Tasarrufun İptali.

Abstract:

The main purpose of this study is to examine whether the mandatory rule which is referred to under Article 536 of the Turkish Civil Code and titled as "prohibition on being party to the creation of the testamentary disposition" under the official testament would be applicable to the bodies of a legal entity being party to the creation of the testamentary disposition. Since, besides a real person, a legal entity may also be a legatee, any person who is acting as the body of that legal entity would have been acted as a party to the creation of a testamentary disposition as an officer or a witness. In my opinion, in that case, given that the legislation explicitly prohibits any entitlement of any person and relative being party to such disposition, this prohibition would also be applicable on the legal entity acting as the legatee and therefore its entitlement would be at stake due to an abatement through an action for annulment.

Keywords:

Turkish Civil Code Art.536, Prohibition of Participation to Preparation, Heirdom of Legal Entities, Testamentary Disposition, Annulment of Testamentary Disposition.

^(*) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
c.akbiyik@iku.edu.tr

Taşınır Rehni Sözleşmeleri ve Sözleşmelerde Şekil

Contracts for Pledge on Movables and Form of the Contracts

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL^(*)

Öz:

Hukukumuzda borcun kaynakları bakımından öncelikle karşımıza çıkan husus sözleşmelerdir. Sözleşmeler neredeyse hayatımızın bütününde, her alanda sıklıkla rastladığımız hukuki işlemlerdir. Kimi sözleşmeler gün içinde hiç fark etmeden akdederken, kimi sözleşmeleri kanunen getirilen şekil şartlarına uygun olarak kurmak durumunda kalmaktayız. Her ne kadar borçlar hukukunda sözleşme serbestisi ilkesi geçerli olsa da bir takım hukuki işlemlerin ve sözleşmelerin kurulmasını, kanun koyucu belirli şekil şartına bağlamıştır.

Rehin sözleşmeleri bakımından da konu ele alındığında, özellikle bu incelemenin konusunu oluşturan taşınır rehni sözleşmelerinin niteliğine ilişkin değerlendirme yapmakta büyük fayda bulunmaktadır. Rehin hakkı, bir alacağın yerine getirilmemesi halinde, hak sahibine hakkın konusu olan şeyi veya hakkı paraya çevirerek getirisinden alacağını öncelikle elde etme yetkisi tanıyan bir haktır. Rehin hakkı taşınmazlar üzerinde kurulabileceği gibi taşınurlar üzerinde de kurulabilir. Bu durumda karşımıza taşınır rehni çıkar.

01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, mülga Ticari İşletme Rehni Kanunu dönemindeki bir takım uygulamadaki problemlerin giderilmesi yoluyla, özellikle KOBİ'lerin finansmana erişiminin kolaylaştırılması, rekabet güçlerinin arttırılması, bu sayede ülke ekonomisinin dengeli ve istikrarlı büyümesine katkı sağlanması amacıyla hayata geçmiştir.

Kanunu genel hatları ile incelemek ve özellikle taşınır rehni sözleşmelerinin hukuki niteliği ile şekil şartlarının neler olduğunu irdelemek yerinde olacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Sözleşme Serbestisi, Şekil Serbestisi, Rehin Hakkı, Taşınır Rehni, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni.

Abstract:

The primary aspect that we encounter as a source of an obligation is contracts. Contracts are legal transactions that we frequently come across in our daily lives, in all areas. While we conclude certain contracts within the day without even noticing, for some we are in a position to conclude them according to the formal requirements stipulated by the law. Even though the freedom of contract principal is recognized under the law of obligations, some legal transactions and contracts are subject to certain formal requirements that were stipulated by the legislator.

When pledge contracts are taken into account, especially being the subject of this study, there is great benefit behind the review of the nature of contract for pledge on movable property. A pledge is a right that gives its holder the competence to sell the object that is subject to the right or to liquidate the right in order to obtain his claim pre-emptively. A pledge can either be established on an immovable or movable property. The latter is called pledge over movable property.

^(*) Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, sakipek@hotmail.com

Önemli Miktarda Şirket Varlığının Satışında Genel Kurul Kararının Hukuki Niteliği^(*)

The Legal Nature of the General Assembly Resolution Regarding Wholesale of Substantial Part of Company Assets under Turkish Corporations Law

Doç. Dr. Tolga AYOĞLU^(**)

Öz:

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") m.408/2 (f) hükmü ile, "önemli miktarda şirket varlığının toptan satışına" karar verilmesi genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. TTK m.538/2 hükmü de aynı düzenlemeye tasfiye süreci bakımından yer vermektedir. Makalemiz, bu iki hükümden doğan bir soruna odaklanmaktadır. Bir genel kurul kararının mevcut olmamasına rağmen üçüncü kişi ile şirket arasında satım sözleşmesinin akdedildiği hallerde, acaba bu durum satım sözleşmesinin geçersizliğine neden olacak mıdır? Biz, TTK m.408/2 (f) ve m.538/2 hükümlerinde öngörülen genel kurul kararının iç ilişkiye dönük etki doğurması gerektiği ve organlar arası yetki paylaşımını ilgilendirdiği düşüncesindeyiz. Bu itibarla, genel kurul kararının mevcut olmamasının şirket ile üçüncü kişi arasında yapılan satım sözleşmesinin geçerliliğini etkilememesi gerektiği görüşünü savunmaktayız.

Anahtar Kelimeler:

Anonim Şirketler, Satım Sözleşmesi, Genel Kurul Kararı, Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı, Geçersizlik.

Abstract:

Pursuant to article 408 paragraph 2 subparagraph (f) of the New Turkish Commercial Code, "wholesale of substantial part of company assets" is an unassignable and inalienable competence of the general assembly and therefore, requires a general assembly resolution. Article 538/2 of the Code foresees the same solution for liquidation process. Our paper will focus on a particular problematic that arises out of the said provisions. In cases where a sales agreement is concluded between the company and a third party despite the inexistence of a general assembly resolution, would the sales agreement be valid and binding? We believe that articles 408/2 (f) and 538/2 aim to regulate the distribution of powers among the organs of the company and the general assembly resolutions required by these provisions, as to their legal nature, shall have an internal character. Therefore, we believe that inexistence of the general assembly resolution required by the said articles shall not affect the validity of the sales agreement concluded between the company and the third party.

Keywords:

Joint Stock Companies, Sales Agreement, General Assembly Resolution, Substantial Part of Company Assets, Invalidity.

^(*) Bu makalenin İngilizce orijinali, Türkiye Adalet Akademisi'ne ait "Law & Justice Review" isimli derginin 14. sayısında (year: 8, issue: 14, June 2017) 39-52. sayfalar arasında "The Legal Nature of the General Assembly Resolution Regarding Wholesale of Substantial Part of Company Assets Under Turkish Corporations Law" başlığı ile yayımlanmıştır. Makalenin İngilizce orijinali üzerindeki telif hakları Türkiye Adalet Akademisi'ne ait olup, orijinal makalenin Türkçe tercümesi niteliğindeki bu çalışma Türkiye Adalet Akademisi'nin izni ile yayımlanmaktadır. Yazar, bu konuda gösterilen anlayış ve verilen izin nedeniyle Türkiye Adalet Akademisi'ne şükranlarını sunmayı görev bilmektedir.

^(**) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, tayoglu@gsu.edu.tr.

Yönetişim (Kurumsal Yönetim) Kalitesi Açısından İcra ve Kontrol İşlevlerinin Ayrılığı

Separation of Execution and Control Functions for Effective Governance and the Potential Effect of Structural Regularities in Turkey on Firm Performance

Melsa ARARAT, PhD^(*) | Yrd. Doç. Dr. Muzaffer EROĞLU^(**)

Öz:

Bu makalede yönetim biliminin ve finans kuramlarının yol göstericiliği altında Türkiye’de anonim şirketlerde icra ve kontrol işlevlerinin örtüşmesine yol açan özgün yapılanmaların yasalar, mevzuat ve genel kabul görmüş yönetim ilkeleri açısından sorunları tartışılmaktadır. Makalenin amacı gelenek ve kültürel normlardan beslenen bu özgün yapılanmaların sebep olduğu çatışmalara dikkat çekmek, bu durumun şirket performansına etkisinin görgün araştırmalarla test edilmesini ve sorgulanmasını teşvik etmek ve icra başkanlığı (genel müdür) ile yönetim kurulu başkanlığı işlevlerinin ayrışmasının arkasındaki gerekçeleri tartışmaktır.

Makalenin ilk bölümünde anonim şirketlerde icra ve kontrol işlevlerinin ayrılığının gerekliliği kuramsal arka plana dayanarak açıklanmaktadır. İkinci ve üçüncü bölümlerde uluslararası genel kabul görmüş yönetim ilkelerinin sorunu ele alma yaklaşımı açıklanmakta ve yönetim kalitesinin yüksek olduğu kabul edilen ülkelerdeki sermaye piyasası yasaları ve mevzuatının bu ilkeleri nasıl hayata geçirdiği örneklenmektedir. Dördüncü ve beşinci bölümlerde Türkiye’deki yasa ve mevzuatın konuya yaklaşımı karşılaştırılmalı olarak özetlenmekte ve şirket yapılanmalarında sık görülen örgüt modelleri eleştirel bir bakışla incelenmektedir. Altıncı bölüm makaleyi sonlandırmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Kurumsal Yönetim, Anonim Şirket, İcra Üye, Yönetim Kurulu.

Abstract:

This paper discusses the idiosyncratic governance arrangements, where execution and control functions overlap, in Turkey and the reasoning behind the principle of separation of the head of the executive function (Chief Executive Officer) and Board Chairmanship roles. Using the lens of management and finance theories, and with reference to the law, the regulations and generally accepted principles of good governance, the discussion highlights the conflicts of interest stemming from such overlap underpinned partly by tradition and cultural norms. The purpose of the paper is to encourage empirical research on the performance effect of such arrangements and further observations and investigations in the field.

The paper is organized as follows; we first summarize the theoretical arguments in favor of separation of execution and control functions in Section two. Section three discusses how this matter is addressed by generally accepted corporate governance principles and how these principles are reflected in capital market laws and regulations. In Section four nad five, we critically discuss the organizational regularities and common practices against the spirit of the law and regulations on corporate governance in Turkey. Section six concludes.

Keywords:

Corporate Governance, Joint Stock Company, Executive Member, Board of Directors.

^(*) Sabancı Üniversitesi, Yönetim Bilimleri Fakültesi,
melsaararat@sabanciuniv.edu.tr

^(**) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,
muzaffer.eroglu@kocaeli.edu.tr

Belirli Bir Taşınmaz Üzerindeki Miras Payına İlişkin Olarak Mirasçı ve Üçüncü Kişi Arasında Akdedilen Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesine Dair Yargıtay Uygulamasının Kısa Değerlendirmesi

Brief Evaluation of Supreme Court's Practice on Preliminary Sales Contract for Immovable Which Are Conducted between the Heir and Third Person Regarding to Distributive Share of a Certain Immovable

Prof. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ^(*)

Öz:

TMK madde 677 kapsamındaki sözleşmeler için kullanılan “miras payının devri sözleşmesi” kavramı bir üst işlemdir. Bu kavram hem diğer mirasçılarla miras payına yönelik yapılan hem de üçüncü kişilerle tasfiye payına ilişkin yapılan tüm isimli ve isimsiz sözleşmeleri kapsamaktadır. Maddenin ilk fıkrasında ilgili sözleşmenin diğer mirasçılarla akdedilmesi ihtimali düzenlenmektedir. Bu ihtimalde devir konusu geniş anlamda miras payıdır. Bu anlaşmalar aynı etkiye sahiptir. Maddenin ikinci fıkrasında ise sözleşmenin üçüncü kişilerle akdedilmesi ihtimali düzenlenmektedir. Bu ihtimalde devir konusu tasfiye payıdır. Sözleşme ise aynı etkiden yoksundur. Her ne kadar TMK m.677/II c.1 uyarınca belirli bir taşınmaz üzerindeki miras payına ilişkin olarak üçüncü kişi ile sözleşme akdedilmesi mümkün görünse de aynı fıkranın devamı ve madde gerekçesinde atıf yapılan 1985 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı da göz önüne alındığında bu mümkün görünmemektedir. Fakat bu durum aynı sonuca taşınmaz satış vaadi yoluyla ulaşılmasına engel teşkil etmemektedir. Yargıtay bu şekilde yapılan sözleşmeleri geçerli sayarken, ilgili sözleşmeden doğan borcun muacceliyeti için iştirak halinin çözülmesi gerektiğini belirtmektedir. Yargıtay uygulamasında geçerli bir şekilde akdedilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin tahvile uğratılarak alacağın temliki sözleşmesi olarak nitelendirilmesine de oldukça sık rastlanmaktadır. Yargıtay kararlarında bu sözleşmelerin şerh edilebileceği kabul edilse de tasarrufi etkili ve taşınmazı konu alan şerh işlemi bakımından aranan belirlilik şartı bu sözleşmeler ile sağlanamamaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Miras Payının Devri, Tasfiye Payı, Taşınmaz Satış Vaadi, Elbirliği Mülkiyeti, Şerh.

Abstract:

The concept used for the contracts regarding the “assignment of shares of estate” under the article 677 of the Turkish Civil Code (TCC) is a framework transaction. This concept includes all nominate and innominate contracts made with other heirs regarding the shares of estate and with the third person regarding the liquidation share. The option to conclude the agreement with other heir is stipulated under the first sub-article. In this option, the shares of estate, in a broad sense, are subject to transfer. These agreements have effect in rem. The possibility to conclude the agreement with third party is stipulated under the second sub-article of the same article. In this option, liquidation share is subject to transfer. In this case, the agreement has no effect in rem. Even though it seems possible to

^(*) İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, mustafaalpergumus@gmail.com

Banka Havalelerinde Sebepsiz Zenginleşme

Unjust Enrichment in Bank Transfers

Prof. Dr. Turgut ÖZ^(*)

Öz:

Paranın sıradan bir taşınır mal olmanın ötesinde işlevleri ve özellikleri bulunmasına rağmen, mevcut eşya hukuku düzenlememizde, özel durumlara ilişkin bir iki istisnâ hüküm dışında, para taşınır mülkiyetine ilişkin hükümlere tabi tutulmuştur. Oysa paranın bağlandığı maddi eşyanın (kağıt veya metal) ötesinde gayri maddi bir “değer sağlama” işlevi bulunmaktadır. Üstelik bankacılık işlemleri bakımından bunun da ötesine geçecek şekilde, paranın bağlandığı materyalin el değiştirmesi de söz konusu olmadan para havalesinden söz edilmektedir. Gerçekte bu işlemlerde ne MK m.763 uyarınca bir taşınır mülkiyeti devri ne de TBK m.555 anlamında bir havale söz konusudur. Burada banka ile sözde para gönderen ve sözde para alacak olanlar arasında ayrı ayrı carî hesap ve ciro sözleşmeleri uyarınca yapılan ibra ve borç tanınması işlemleri söz konusudur. Bunlar bir tür “üç köşeli ilişki”dir. Başka bankalardaki hesaplar arasında nakil yapılacak ise, üç yerine dört köşeli bir ilişki ortaya çıkmaktadır. Birbirini izleyen bu işlemlerin hangisinde yanlışlık söz konusu olmuşsa, buna göre sebepsiz zenginleşme ilişkisinin tarafları belirlenecektir. Bazen de sebepsiz zenginleşme dahî oluşturmayan geçersiz kayıtlar söz konusu olacaktır. Elbette bu tür yanlışlıklar ciro sözleşmesine aykırılık oluşturduğu ölçüde taraflar arasında aynen ifa ve tazminat taleplerine de imkân verecektir.

Anahtar Kelimeler:

Sebepsiz Zenginleşme, Para ile Zenginleşme, Banka Havalesi, Banka Hesabı.

Abstract:

Although the Money has functions and features beyond ordinary moveable, except for a few exceptional provisions, in our existing property law system, it has been subjected to the rules about moveable. But the Money has a function of providing an intangible (immaterial) value beyond the material (paper or metal) which it is attached to. Moreover in terms of banking transactions, transfer of money value seems possible without the transfer of the material onwhich the related money has been printed. However in reality neither the transfer of any movable in the meaning of TCC Art.763 nor transfer of a performance in the meaning of CO Art.555 exists in this situation. True meaning of these transactions are release of debt and acknowledgment of debt pursuant to a current account contract and an endorsement contract between bank and its costumers separately. These are a kind of triangular relationship. If the transfer should be made between different banks, this time there would be quadrilateral relationship. Parties to the unjustifiable enrichment relation are identified by looking at which process is wrong. Consequence of some incorrectly processed records is the invalidity of registered bank account. Add to this consequence, same mistakes also give rise to claims for performance and compensation between parties as a result of the breach of account contract and endorsement contract.

Keywords:

Unjustified Enrichment, Enrichment by Money Transfer, Bank Transfer, Bank Account.

^(*) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Differences and Similarities between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010 and National Laws: The Turkish Perspective

2010 Tarihli Uluslararası Ticari Sözleşmeler Hakkında UNIDROIT İlkeleri ile Ulusal Hukuklar arasındaki Farklılıklar ve Benzerlikler: Türk Hukuku Yaklaşımı

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY, Em.^(*)

Abstract:

This research deals with comparisons between the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts, 2010 with the Turkish Code of Obligations (TCO), No. 6098 of 2011. The author examines several legal concepts of the TCO in the light of UNIDROIT Principles 2010 and tries to analyze the similarities and differences between the Principles and the national law. The research has been devoted to show that Turkish law of obligations is in harmony with the UNIDROIT Principles. In this context “general principles of the law of obligations (freedom of contract, party autonomy), conclusion and interpretation of contract, agency, grounds for avoidance (mistake, fraud, threat, gross disparity), illegality (infringement of mandatory rules), third party rights, conditions, performance and non-performance, hardship, right to terminate the contract, set-off, assignment of rights and contract, transfer of obligations, plurality of obligors and of obligees have been examined. The author is of the opinion that current TCO and the Turkish Commercial Code are in comply with many UNIDROIT Principles, and the Turkish doctrine on Law of Obligations inclines towards the solutions in the Principles. The amendments and additions to the Principles 2016 have not been taken into account as the research was made in 2014.

Keywords:

UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts, 2010 and 2016, Turkish Code of Obligations: Similarities and Differences, Evaluation of Turkish Law of Obligations in the Light of UNIDROIT Principles, Harmony Regarding the Solutions, Similarities in Respect of Trends.

Öz:

Bu araştırma, 2010 tarihli Uluslararası Ticari Sözleşmeler Hakkında UNIDROIT İlkeleri ile 2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) arasındaki karşılaştırmalara ilişkindir. Yazar, TBK'daki çeşitli kavramları UNIDROIT İlkeleri ışığında incelemekte ve İlkeler ile ulusal hukuk arasındaki benzerlikleri ve ayrılıkları tahlil etmeye çalışmaktadır. Araştırma, Türk borçlar hukukunun UNIDROIT İlkeleriyle uyum halinde olduğunun gösterilmesine yöneliktir. Bu bağlamda, “borçlar hukukunun genel ilkeleri” (sözleşme özgürlüğü, irade özerkliği); sözleşmenin kurulması ve yorumu; temsil; (yanılma, aldatılma, korkutma, aşırı yararlanma) gibi nedenlerle sözleşme ilişkisinden kurtulma; üçüncü kişinin hakları; şart; sözleşmenin ifası ve ifa edilmemesi; ifa güçlükleri; sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı; takas; hakların ve

^(*) Civil Law and Comparative Law, İstanbul University School of Law (Em.), İstanbul Culture University School of Law, ergunozsunay@gmail.com.tr.

Boşanma Davası Devam Ederken Taraflardan Birinin Ölmesinin Maddi Hukuk Bakımından Sonuçları

The Legal Consequences of the Death of One of the Parties in an Ongoing Divorce Case

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA^(*) | Arş. Gör. Ali Yaşar ÇELİKEL^(**)

Öz:

Günümüzde boşanma sayıları gittikçe artmaktadır ve boşanma eşler üzerinde manevi bir etki yarattığı gibi maddi ve hukuki sonuçlar da ortaya çıkarmaktadır. Bu çalışmanın amacı boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü halinde miras payının ve edinilmiş mallara katılma rejiminden doğan katılma alacağının ne olacağını tespit etmektir. Boşanan eşler birbirlerinin mirasçısı olamazlar. Boşanma davası sırasında eşlerden biri ölür ise o halde evlilik, boşanma ile değil de ölümle sona erdiğinden eşler mirasçılık sıfatını yitirmeyecektir. Ancak Türk Medeni Kanunu'nun 181. Maddesinin ikinci fıkrasıyla birlikte ölen eşin mirasçılarına davaya devam etme hakkı verilmiştir. Mirasçılar davaya devam ederek sağ kalan eşin kusurunu ispatlarsa, o eşin mirasçılık sıfatı sona erecektir. Edinilmiş mallardan doğan katılma alacağı ise, ölüm halinde de talep edilebilir. Miras haklarının aksine, mahkeme tarafından sağ kalan eşin kusurunun tespiti kararı, kural olarak edinilmiş mallardan doğan katılma alacağını etkilemeyecektir.

Anahtar Kelimeler:

Boşanma Davası, Eşlerden Birinin Ölümü, Sağ Kalan Eşin Miras Hakları, Eşin Kusuru, Miras Payı, Mal Rejimleri, Artık Değere Katılma.

Abstract:

Nowadays divorce numbers are increasing and it does not only have emotional effects on spouses but also financial and legal consequences. The purpose of this study is to try to find out what would happen if one of the spouses died during the divorce proceedings and that the succession right and participation of the surviving spouse arising from the regime of participation in acquired property. Divorced couples do not hold the title of heir to each others' inheritance. On the other hand, if one of the spouses die during the divorce case, then the surviving spouses will not lose the title of inheritor because the marriage ends with death instead of divorce. However, in accordance with the second paragraph of Article 181 of the Turkish Civil Code, the heirs' of the deceased spouse are granted to pursue the case. If the heirs pursue the case and prove the fault of the surviving spouse, then he or she cannot have rights of inheritance of the deceased. The participation arising from acquired properties can also be claimed in case of death. Contrary to the inheritance rights, in principle, the decision of the court to determine the fault of the surviving spouse will not affect the participation in acquired property.

Keywords:

Divorce Case, Death of One of the Spouses, Inheritance Rights of a Surviving Spouse, the Fault of the Spouse, Succession Rights, Matrimonial Property Regimes, Participation in the Surplus.

^(*) Altınbaş (İstanbul Kemerburgaz) Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, sukran.sipka@altinbas.edu.tr

^(**) Altınbaş (İstanbul Kemerburgaz) Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ali.celikel@altinbas.edu.tr

Uyumlu Eylem Yolu ile Kartel Oluşturan Bankaların Tüketicilere Karşı Sorumluluklarının Hukuki Dayanağı^(*)

Legal Causes of Liability of the Banks That Establishes Cartel through Concerted Practice towards the Consumers

Doç. Dr. Murat TOPUZ^(*)

Öz:

Rekabet Kurulu'nun 8.3.2013 tarihli ve 13- 13 / 198 - 100 sayılı kararı kapsamında Türkiye'de faaliyet gösteren on iki bankanın uyumlu eylem veya anlaşma ile RKHK m.4 hükmünü ihlal ettiği tespit edilmiştir. Çalışmamız özellikle Bankaların sorumluluğunun dayandığı esaslar üzerine bina edilmiş olup sorumluluğun dayandığı esasın meydana getireceği sonuçlar üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda kanaatimizce sorumluluğun dayandığı esas davacının sıfatına göre değişecektir. Belirtelim ki, söz konusu bankalar ile sözleşmesel ilişkiye giren tüketiciler bakımından sözleşmeye dayalı sorumluluk gündeme gelecektir. Rekabet Kurulu kararının Danıştay karar düzeltme aşamasında da hukuka uygun bulunması ihtimalinde; bankaların anlaşarak ve kasten uyumlu eylem içine girdiği, bu yolla birçok teşebbüs, tacir, kamu kurumu ve tüketicinin zarara uğratıldığı, müşteri ile yapılan sözleşme öncesi görüşmelerde de uyumlu eylemlerini sürdürüldüğü, böylece sözleşme öncesi sorumluluğu ihlal ettiği, müşteriler ile çeşitli sözleşmeler yapıldığı, sözleşme süresince de uyumlu eylemlere kasten devam edilerek haksız kazanç elde edildiği anlaşılabilecektir. O halde on iki bankanın borca aykırı davranışı kanaatimizce, uyumlu eylem yapıldıktan sonra bu eylemlerden vazgeçmeyerek, sözleşme görüşmelerini yürütmesi ve kurulan sözleşmelerde hukuka aykırı davranışları kasten sürdürüp haksız kazanç sağlamasıdır. TBK m.146'da, "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.*" denilmiştir. Bu zamanaşımı süresi sözleşmesel ilişki esasına dayalı tazminat davası açan herkes bakımından geçerli olacaktır. Burada haksız fiil esasına dayalı olarak on iki bankaya karşı dava açan bir kişinin talebi zamanaşımı nedeniyle reddedilirse, davacının söz konusu haksız fiil nedeniyle borç altına girdiği iddiasına bağlı olarak borcunu ifadan kaçınması gündeme gelebilecektir.

Anahtar Kelimeler:

Rekabet İhlali, Uyumlu Eylem, Anlaşma, On İki Banka, Cezalandırıcı Tazminat.

Abstract:

On 08.03.2013, it was determined by the Competition Authority that twelve banks, which are active in Turkish market, have violated the Article 4 of the Protection of the Competition Law (PCL) via performing concerted practice or agreement (decision number 13 - 13/198 - 100). Our study is specifically built on the causes of the Banks' liability and the results that will occur due to these liability causes. At

^(*) Bu makale tebliğ olarak sunulduktan sonra sadece tüketici bakımından değil, uyumlu eylem yolu ile kartel oluşturduğu iddia edilen bankaların hukuki sorumluluklarını ele alan kapsamlı bir eseri Av. Gökhan Bakar ile birlikte kaleme aldık. Tebliğin makale haline gelip yayımlanması zaman aldığı için eserimiz makaleden önce çıktı. Bu nedenle makalemizde yer alan değerlendirmelerimiz bakımından daha geniş bilgi için eserimize atıfta bulunmakla yetindik.

^(**) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Öğretim Üyesi, murattopuz08@gmail.com