



HUKUK FAKÜLTESİ

DERGİSİ

Özel Sayı | Special Issue
2024



HUKUK FAKÜLTESİ

NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cumhuriyetin 100'üncü Yılı Armağarı

YIL (YEAR): 2024

CİLT (VOLUME): 7 SAYI (ISSUE): 2

E-ISSN: 2667-4076

KONYA 2024


NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
NECMETTİN ERBAKAN UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt/Volume: 7 Sayı/Number: 1 Yıl/Year: 2024

Yayıncı / Publisher


Necmettin Erbakan Üniversitesi/Necmettin Erbakan University


Baş Editör / Editor in Chief


Prof. Dr. Nuran KOYUNCU 
(nkoyuncu@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Alan Editörleri / Field Editors


(Kamu Hukuku/Public Law)


Dr. Öğr. Üyesi Muradiye ÇEVİKÇELİK 
(mcevikcelik@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)


Arş. Grv. Enes ERSÖZ 
(ersoz@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Arş. Grv. Nermin ÖGÜTÇÜ 
(narpacioglu@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

(Özel Hukuk/Private Law)


Dr. Öğr. Üyesi Nurullah BAL 
(nurullah.bal@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Arş. Grv. Dr. Abdurrahim ALTUN 
(aaltun@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)


Arş. Grv. Rumeysa ÖZYÜREK 
(rozyurek@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Yazım ve Dil Editörleri/ Writing and Language Editors

İngilizce/English

Arş. Grv. Begüm KAYA 
(begumkaya@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Fransızca/ French

Arş. Grv. Kübra İmran ARTAN 
(kiartan@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Almanca/German

Arş. Grv. Bekir BOGA 
(bboga@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Yayın Türü / Publication Type

Yerel Süreli Yayın / National Periodical

Yayın Periyodu / Publication Period

Yılda iki kez (Haziran ve Aralık) yayımlanır/ Published bi-annual (June, December)

Yazışma Adresi / Correspondence Address

Köyceğiz Mahallesi Demeç Sokak Ortak Derslikler A Blok Meram/KONYA
E posta: konyahukukdergi@gmail.com & hfd@erbakan.edu.tr
İnternet adresi: <https://www.erbakan.edu.tr/hukukfak/sayfa/6622> & <https://dergipark.org.tr/tr/pub/neuhfd>

E-ISSN: 2667-4076

Ağustos 2024 (Özel Sayı)

İÇİNDEKİLER

(CONTENTS)

ARAŞTIRMA MAKALELERİ

(RESEARCH ARTICLES)

External Protection of Personality <i>Banu Bilge SARIHAN, Mustafa YILDIRAN</i>	320	Kişiliğin Dışa Karşı Korunması <i>Banu Bilge SARIHAN, Mustafa YILDIRAN</i>
Sovereignty-Political Power Distinction as the Theoretical Basis of the Concept of the State of Law -A Comparative Study in the Context of Islamic and Western Legal Thought <i>Talip TÜRÇAN</i>	336	Hukuk Devleti Kavramının Teorik Temeli Olarak Egemenlik-Siyasi İktidar Ayrımı -İslam ve Batı Hukuk Düşüncesi Bağlamında Karşılaştırmalı Bir İnceleme <i>Talip TÜRÇAN</i>
Whistleblowing im türkischen Recht <i>Esra ÖZEN</i>	350	Whistleblowing in Turkish law <i>Esra ÖZEN</i>
Die Historischen und Philosophischen Grundpfeiler Der Zivilrechtsrezeption in Der Republik Türkei und Ihre Wesentliche Bedeutung <i>Serhan YILDIRIM</i>	370	Türkiye Cumhuriyeti'nde Medeni Hukuk Resepsiyonunun Tarihsel- Felsefi Temelleri ve Özsel Değeri <i>Serhan YILDIRIM</i>
Mandatory Mediation Practices in Turkey and Current Developments <i>Burçin YAZICI</i>	390	Türkiye'de Zorunlu Arabuluculuk Uygulamaları ve Güncel Gelişmeler <i>Burçin YAZICI</i>
Vertretung des Kindes in Scheidungs- und Trennungsverfahren <i>Zeynep BAHADIR</i>	412	Boşanma ve Ayrılık Davalarında Çocuğun Temsili <i>Zeynep BAHADIR</i>

Die Beurteilung der Nichtzahlung der Schuld trotz Vollstreckungsbefehls als direkter Konkursgrund (Art. 177 Abs. I Nr. 4 tSchKG)

Sümeyye Hilal ÜÇÜNCÜ

435

Bir Doğrudan Doğruya İflâs Sebebi Olarak İcra Emrine Rağmen Borcun Ödenmemesine Dair Değerlendirme (İcra ve İflas Kanunu m. 177, I-4)

Sümeyye Hilal ÜÇÜNCÜ

As New Class of Administrative Cases: Climate Change and the Issue of Legal Standing

Züleyha KESKİN

463

Yeni Bir Dava Türü Olarak İklim Değişikliği ve Menfaat İhlali

Züleyha KESKİN

Proving the Crime of Threat Through Digital Evidence in the Light of the Supreme Court Decisions

Alaaddin EGEMENOĞLU

481

Yargıtay Kararları Işığında Tehdit Suçunun Dijital Deliller Vasıtasıyla İspatı

Alaaddin EGEMENOĞLU

New Era in Urban Transformation: Urban Transformation Presidency and Amendments by Law No. 7471

Reşat ÇETİNKAYA

495

Kentsel Dönüşümde Kurumsal Değişiklikler ve Kentsel Dönüşüm Başkanlığı

Reşat ÇETİNKAYA

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Prof. Dr. Zekeriya MIZIRAK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bernd HEINRICH (Eberhard Karls Universität Tübingen Juristische Fakultät/Almanya)
Prof. Ass. Dr. Sc Mensur MORİNA (University of Peja - Universiteti Haxhi Zeka/ Kosova)
Prof. Dr. Besa ARİFİ (South East European University/Kuzey Makedonya)
Prof. Ass. Dr.sc Sevdai MORİNA (University for Business and Technology (UBT)/ Kosova)
Prof. Assoc. Idriz HAXHIAJ (Defense Academy “Akademia e Mbrojtjes”, Albanian University/Arnavutluk)
Doç. Dr. Ahmet AKMAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Aytekin ÇELİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Mehmet Onursal CİN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Banu Bilge SARIHAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DANIŞMANLAR KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdulkadir BULUŞ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Berrin AKBULUT (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bilal KUŞPINAR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal ve Beşeri Bilimler Fakültesi)
Prof. Dr. Birol MERCAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Cemil KAYA (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gül AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İbrahim Erol KOZAK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat ÇEMREK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Önder KUTLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali PASLI (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Emre ESEN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat ŞİMŞEK (Marmara Üniversitesi, İslam Ekonomisi ve Finansı Enstitüsü)
Doç. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Selcen ERDAL (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Abdulkadir YILDIZ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Baki Oğuz MÜLAYİM (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ayşegül ÇOBAN ATİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Yılmaz YURTSEVEN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Şakir DEMİRTAŞ (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Hikmet TÜLEN (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KİZİR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu)
Dr. Öğr. Üyesi Murat AKSAN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Süheyla ZORLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Tuğba BAYRAKTAR (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Yalçın BOSTANCI (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Mehmet Savaş ÖZDAĞ

DERGİ HAKKINDA

AMAÇ

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır. Dergimiz güncel hukuki meseleler ile hukuk tarihine ilişkin konularda yayım yapması sebebiyle hukukçu akademisyen ve öğrencilere hitap ettiği gibi hukuk uygulamasında yer alan avukat, hakim ve savcı gibi meslek gruplarına da hitap etmektedir.

KAPSAM

Dergimiz Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez elektronik olarak yayımlanan hukukun bütün alt dallarında makale kabul eden ulusal hakemli bir dergidir. Bilimsel makalelerin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayım dili, Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır.

DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Dergimizde yayımlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir. Dergimiz bir yazarın bir yılda en fazla bir makalesini incelemeye almayı kabul eder. Haziran sayısı için 15 Nisan, Aralık sayısı için 15 Ekim son gönderim tarihidir.

TARANDIĞI İNDEKSLER

1. TR Dizin:

<https://search.trdizin.gov.tr/tr/journal/detail/2229/necmettin-erbakan-universitesi-hukuk-fakultesi-dergisi>

2. ERIH PLUS:

<https://kanalregister.hkdir.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info.action?id=505860>

3. Hein Online:

<https://home.heinonline.org/titles.php?c=Law-JournalLibrary&t=Necmettin+Erbakan+Universitesi+Hukuk+Fakultesi+Dergisi>

4. DOAJ:

<https://doaj.org/toc/2667-4076>

5. EBSCO - Central & Eastern European Academic Source (CEEAS):

ebsco.com/m/ee/Marketing/titleLists/e5h-coverage.htm

6. EBSCO - Legal Source:

ebsco.com/m/ee/Marketing/titleLists/lgs-coverage.htm

100 yıl önce, Ulu Önder Gazi Mustafa Kemal Atatürk liderliğinde ülkemiz üzerindeki işgalci kuvvetlere karşı başlatılan direniş, kahraman Türk ordusu ve büyük Türk ulusu sayesinde zaferle taçlandırıldı. Büyük Türk ulusunun özünde yer alan bağımsızlık ülküsünün sonucu olan bu zaferin ardından kurulan yeni Türk devletinde, Cumhuriyet'in ilanıyla, egemenlik kayıtsız şartsız millete teslim edilerek, bağımsızlık ülküsü, olması gerektiği şekilde, Türk ulusunun özüne ayrılmaz şekilde perçinlendi.

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak Türkiye'nin 29 Ekim 1923'te başladığı çağdaş dünyanın saygın bir üyesi olma yolculuğuna katkıda bulunma umuduyla, Cumhuriyet'in 100. Yılı Armağanı'nın yayım sürecine başladık. Bu özel sayının, hukukun farklı alanlarında yabancı dillerde yazılmış makalelerden oluşmasını arzuladık ve böylece beynelmilel bir çalışmanın ortaya çıkmasını, çağdaş dünya hukukuna katkı sunmayı amaç edindik. Alanlarında yetkin değerli yazarlarımızın buna ek olarak kendi alanlarındaki yabancı dillere hakimiyeti, kuşkusuz oluşan bu eserin değerine değer katmaktadır.

Cumhuriyetimizin 100'üncü yılına ulaşmanın gururu ve coşkusuyla hazırladığımız "Cumhuriyet'in 100'üncü Yılı Armağanı" eserimizi, büyük bir heyecan ve mutlulukla sizlerle paylaşıyor, Armağanımızın bilimin ışığında ilerleyen araştırmacılara ilham kaynağı olmasını diliyor ve Türk ulusu açısından dönüm noktası olan bir tarihe özgülediğimiz Armağanımızı, Ulu Önder Gazi Mustafa Kemal Atatürk ve silah arkadaşları ile şehit ve gazilerimize, sonsuz saygı ve minnetle ithaf ediyoruz.

Cumhuriyetimizin 100. yılı kutlu olsun!

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Editörler Kurulu Adına
Baş Editör Prof. Dr. Nuran KOYUNCU

ARAŞTIRMA
MAKALELERİ
RESEARCH ARTICLES

External Protection of Personality

Banu Bilge SARIHAN^{1*}  Mustafa YILDIRAN^{2*} 

¹ Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

² Yalova Barosu, Türkiye

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 27.09.2023

Accepted: 09.01.2024

Published: 10.07.2024

Keywords:

Person, Personality,
Protection of personality,
Material compensation, Non-
material compensation

The right to personality is an absolute and exclusive right, which is firmly attached to the person, cannot be transferred or waived to others; it is considered as part of the right to defense and does not time-barred but the receivable arising from the attack on the right of personality may be subject to a statute of limitations. Articles 23-25 of the Turkish Civil Code regulate the legal rules that protect personality. The protection of personality refers to the protection of the physical and moral integrity of a person both internally and externally. Internal protection can be described as protecting oneself, while external protection refers to protection against illegal attacks by third parties. For the external protection of personality, a judge can be asked to prevent an attack, stop an attack, and/or determine the effects of an attack. Compensation lawsuits can also be filed for the material and non-material compensation of a person who has been subject to an illegal attack.

Kişiliğin Dışa Karşı Korunması

Makale Bilgisi

ÖZET

Makale Geçmişi

Geliş Tarihi: 27.09.2023

Kabul Tarihi: 09.01.2024

Yayın Tarihi: 10.07.2024

Anahtar Kelimeler:

Kişi, Kişilik, Kişiliğin
korunması, Maddi tazminat,
Manevi tazminat

Kişilik hakkı, mutlak ve inhisari bir hak olup, kişiye sıkı sıkıya bağlıdır, başkalarına devredilemez veya feragat edilemez; savunma hakkının bir parçası olarak kabul edilir ve zaman aşımına uğramaz, ancak kişilik hakkına saldırıdan kaynaklanan alacak zaman aşımına tabi olabilir. Türk Medeni Kanunu'nun 23 - 25. maddeleri kişiliği koruyan genel hukuki kuralları düzenlemektedir. Kişiliğin korunması, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün içe ve dışa karşı korunması olarak ifade edilmektedir. İçe karşı korunma, kişiyi kendinden korumak olarak ifade edilebilirken, dışa karşı koruma ise üçüncü kişiler tarafından yapılan hukuka aykırı saldırılardan korunmayı ifade etmektedir. Kişiliğin dışa karşı korunması için hâkimden saldırının önlenmesi, saldırıya son verilmesi ve etkilerinin tespit edilmesi istenebilmektedir. Ayrıca, hukuka aykırı bir saldırıya maruz kalmış kişi, gerekli şartların varlığı halinde maddi ve manevi olarak tatmin olabilmek için tazminat davaları açabilmektedir.

To cite this article:

Sarihan, B. B./ Yıldiran, M. (2024). "External Protection of Personality", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cumhuriyet'in 100'üncü Yılı Armağanı, s. 320-335.

<https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.107>

*Sorumlu Yazar: Banu Bilge Sarihan, bbsarihan@yahoo.com



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

INTRODUCTION

Law can be defined as the sum of the rules established to regulate the relations between people, clarifying the rights and obligations that exist between people and must be maintained. According to the Turkish Civil Code (TCC), the concepts of “person” and “legal capacity” can be used interchangeably. This is because, in addition to personhood, legal capacity includes rights as well as obligations, and it is not possible to separate these concepts¹. In accordance with Art. 8 of the TCC, a person can be defined as an entity capable of possessing rights and obligations, or, in other words, an entity that can have rights and obligations. It should be noted here that there are two aspects to the concept of “person,” since this concept entails a being that can have both rights and obligations. In this respect, the concept of “capacity to act” should not be confused with the two aspects of the concept of “personality.” In accordance with Art. 9 of the TCC, it is regulated as follows: “A person who has the capacity to act can acquire rights and incur obligations through his/her own actions.” It should also be noted that the issue of “having obligations,” which is one of the aspects of the concept of “person,” is not included in “capacity to act.”

Since legal systems are organised on the basis of persons, the concept of “person” can be expressed as an essential element of law in a general framework without differentiating between private and public law. This is because it is possible for a person and a personality, which are concepts of significant importance, to encounter legal problems during social life, and these problems must be overcome.

The concepts of “person” and “personality,” the protection of personality, internal protection and external protection of personality as types of protection, and the lawsuits that may provide external protection constitute the core topics of this study and they will be discussed here within the scope of the TCC.

I. CONCEPTS

A person has material and non-material integrity². The concept of “personality,” on the other hand, arises from the inclusion of rights and the capacity to act in line with the concept of “person,” and any harm to any part of this integrity leads to harm to the personality. Protecting personality rights is based on the idea that everyone wants to live in freedom, fearlessness, and

¹ Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 13th Ed., Beta, İstanbul, 2016, p. 339; Helvacı, Serap / Erlüle, Fulya, *Medeni Hukuk*, 9th Ed, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2023, p. 27; Öztan, Bilge / Gürpınar, Damla, *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*, 47th Ed., Yetkin, 2022, p. 236; Hafızoğulları, Zeki., “İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Konunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 46(1), p. 4.

² “Real Persons Are Merely Human Beings. A Person Loses His or Her Capacity to Be a Person Before the Law Only Through Death,” Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 237; Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay Özdemir, Saibe. *Kişiler Hukuku*, 9th Ed., Filiz Kitapevi, İstanbul, 2009, p. 2; Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 16th Ed., Filiz Kitapevi, İstanbul, 2015, p. 6; Helvacı, Serap. *Gerçek Kişiler*, 4th Ed., Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, P. 19; Öztan, Bilge. *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*, 40th Ed., Turhan Kitapevi, Ankara, 2015, p. 221; Yılmaz, Süleyman, *Kişiler Hukuku*, 1st Ed, Yetkin, Ankara, 2023, p. 285; Akçaal, Mehmet, *Medeni Hukuk*, 1st Ed, Yetkin, Ankara, 2022, p. 70; Nomer, Huluk Nami / Akbulut, Pakize Ezgi, *Medeni Hukuka Giriş*, 8th Ed, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2023, p. 76; Yılmaz, Oğuz Gökhan, “Kişilik Hakkı Kavramı ve Medeni Kanun Kapsamında Kişiliğin Korunması”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 7(1), p. 142.

security and that relevant concerns should be addressed to ensure these aims. Although living in society has certain duties and responsibilities for individuals, it is seen as the most natural desire to demand legal protection in return. Personality needs to be protected by legal systems against external and internal attacks. These protection methods are for the legal systems to decide. The Turkish legal system has determined different methods for the protection of personality against internal and external attacks.

The internal protection of personality is based on the idea that legal systems do not allow legal actions to be taken against factors that would destroy his/her material or non-material integrity. According to Art. 23 of the TCC: “No one may renounce his/her rights and capacity to act, even partially. No one may renounce his/her freedoms or limit them contrary to law or morality. Upon written consent, it is possible to take, vaccinate, and transplant biological substances of human origin. However, the person who has undertaken the obligation to provide biological substances cannot be asked to fulfill his/her obligation; material and non-material compensation cannot be demanded.”

Personality rights may be attacked unlawfully (Art. 24 of the TCC) by others on either a fault-based or non-fault-based basis³. These attacks may be carried out without the consent of the person and despite the efforts of the person to protect his/her personality. In other words, “the protection of personality against attacks by third parties through their actions and behaviors that do not constitute legal transactions”⁴ is legally referred to as the external protection of personality rights⁵.

Attacks on personality rights may be considered as a burden of living in society, but everyone is free to live in freedom, fearlessness, and security and to want to address concerns in order to ensure those goals. It is natural that the first thing that comes to mind in considerations of attacks on personality rights is the criminal code of the relevant country. The question to be asked here is whether attacks on personality can always be considered as a crime under the Turkish Criminal Code. According to the Turkish Criminal Code, unlawfulness and injustice do not mean the same thing and unlawfulness may occur even if no crime is committed⁶. Under the Turkish Criminal Code, fault is required for punishment,⁷ but fault is not always required for external harm to the personality⁸. Attacks on personality rights that cannot be considered as crimes under the Turkish Criminal Code are addressed by relevant articles of the TCC and by doing so, legal peace and security are sought to be protected.

³ Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 379.

⁴ Helvacı, p. 134; Hatemi, Hüseyin. *Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı)*, 1st ed., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, p. 65; Akıntürk, Turgut / Ateş Kahraman, Derya. *Medenî Hukuk*, 20th ed., Beta, İstanbul, 2014, p. 151; Öztan, p. 283; Gençcan, Ömer Uğur, *4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu Yorumu*, 1st ed., Yetkin, Ankara, 2015, p. 258.

⁵ Helvacı, p. 135.

⁶ Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5th ed., Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, p. 221; Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 19th Ed., Seçkin, Ankara, 2023, p. 176.

⁷ Akbulut, p. 524.

⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 380; Başoğlu, Başak, “Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku Ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), 2016, p. 33.

II. PROVISIONS OF THE CIVIL CODE ON EXTERNAL PROTECTION

The external protection of personality rights is stipulated in Arts. 24 and 25 of the TCC.

The first of these articles comprises two paragraphs. To provide a general definition, the principle is stated as follows:

“Anyone whose personal rights are unlawfully attacked may ask the judge for protection against the attackers. Unless justified by the consent of the person whose personality rights are harmed, a superior private or public interest, or the exercise of the authority granted by law, every attack on personality rights is unlawful.”

The second of these articles comprises five paragraphs and begins as follows:

“The plaintiff may request the judge to prevent the threat of attack, to ensure the cessation of the ongoing attack, and to determine the illegality of the attack whose effects continue even if it has ceased. The plaintiff may also request that the correction or decision be notified to third parties or published. The plaintiff reserves the right to claim material and non-material compensation as well as the right to request that the profits obtained due to the unlawful attack be given to him/her in accordance with the provisions on unauthorized acts without an attorney. The claim for non-material compensation cannot be delegated unless it has been accepted by the other party; it cannot be passed on to the heirs unless it has been asserted by the heir. The plaintiff may file a lawsuit for the protection of his/her personal rights before the court of his/her own domicile or the court of the defendant’s domicile.”

In order to protect personality rights, it is necessary to put an end to unlawful attacks that exist or are likely to exist, as well as to provide solutions to the material and non-material damages that the personality may suffer as a result of these attacks. With the aforementioned articles, the TCC both defines personality rights and protects the personality by addressing lawsuits for claiming compensation of material and non-material damages. An important point to be noted here is that the systematics of the law uses the term “consent of the person”⁹ and explicitly provides external protection of the personality¹⁰.

III. SCOPE OF EXTERNAL PROTECTION

In accordance with the TCC and within the scope of the abovementioned provisions, it is necessary to prevent harm to the personality as a result of attacks or to remedy that harm materially and non-materially. This necessity naturally gives the person whose personality is attacked a right of claim. Personality is classified as “the values related to the person herself/himself, such as freedom, honor, dignity, reputation, and privacy”¹¹. Since there is no clear definition or enumeration in the legal doctrine, classifications can be multiplied according to the contents of concrete cases and the emergence of many things that may be violated in the context of advancing living standards, and the judge is given wide authority¹².

⁹ For a contrary view, see Hatemi, pp. 60-61.

¹⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 382; Özaydın, Özlem, “Sosyal Medya Aracılığıyla Kişilik Haklarının İhlali”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, 11(111), p. 512.

¹¹ Helvacı, p. 97 ff.; Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 383; Akıntürk/Ateş, p. 147; Öztan, p. 274.

¹² Dural/Öğüz, p. 101; Serozan, Rona, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, *İstanbul*

An attack on personality consists of three factors: the targeting of the personal values of the person, positive or negative human behaviors, and violation of the personality in a way that damages protected personality values¹³. Thus, the values that constitute the personality, or, in other words, material/non-material integrity as well as economic integrity and the privacy zone, as a combination of the previous integrities, are damaged and need to be protected¹⁴.

A. Attacks on Material Integrity

The first thing that comes to mind when we consider material integrity is the life of the person, but the physical integrity and personal assets of the person should not be neglected. Since material integrity is an extremely important issue, it has been taken under protection by the Constitution of the Republic of Türkiye and special articles have been defined in the Turkish Criminal Code accordingly. If we cannot protect a person's life, it is not possible to adopt any further means of protection. Our priority is to protect life, and then we are required to protect the integrity of the body, which is material integrity, including "voice and facial beauty"¹⁵¹⁶. The point to be considered here is that attacks on material integrity may constitute crimes according to the Turkish Criminal Code, and so it is necessary to act according to Art. 25 of the TCC.

B. Attacks on Non-material Integrity

A person possesses both material and non-material integrity. For this reason, it is as important to prevent attacks materially as it is to prevent non-material attacks, because when one removes the material or non-material characteristics from a person, one cannot talk about a person. It is accordingly necessary to protect the reputation, dignity, honor, religion, emotions, memories, and all other values that cannot be counted in limited number, which are considered as constituting non-material integrity, from external attacks¹⁷. Due to the fact that they are not enumerated in a limited manner, the judge should determine which particular features constitute non-material integrity according to the characteristics of the concrete case by using his/her discretionary power in accordance with Art. 4 of the TCC. The point to be considered here is that it may be easier to see or estimate the severity of the damage to material integrity from the outside than to see or estimate the severity of the damage to non-material integrity from the outside. For this reason, evaluations should be made carefully in terms of non-material integrity.

1. Honor and Dignity

Honor and dignity can be expressed in common terms as the value that society gives to others¹⁸. This value can be obtained in both ordinary life and professional life. It is possible that this obtained value may be damaged in ordinary life, the damage may bring problems for the person in both his/her ordinary life and his/her professional life, and this may harm him/her in

Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, c. 11(14), 2011, p. 99.

¹³ Akıntürk/Ateş, p. 147; Helvacı, p. 93.

¹⁴ Helvacı, p. 131; Akıntürk/Ateş, p. 148.

¹⁵ 4.HD. 27.3.1979, 13013/4136; *Tedavi Giderlerinin Karşılınması*, <https://ertekinhukuk.com.tr/tedavi-giderlerinin-kapsami> (A.D. 11.01.2023).

¹⁶ Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 385; Helvacı, pp. 126-127.

¹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, p. 135; Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 385.

¹⁸ Honor: "The personal value on which the respect shown to someone by others is based" and Dignity: "Value, prestige, reputation," Türk Dil Kurumu, sozluk.gov.tr (A.D. 11.01.2023); Dural/Öğüz, p. 127.

a non-material way. The person has the right to request the protection of all kinds of honor and dignity within the scope of his/her non-material integrity¹⁹.

Within the scope of the protection of non-material integrity, attacks against honor and dignity may be carried out in multifaceted and unexpected manners, since non-material integrity is an abstract concept, and the circumstances that may cause damage cannot be enumerated in a limited manner. For instance, a person's honor or dignity can be attacked by slander, or it can be claimed that a person is engaged in undignified behavior in the sense of false denunciation. The point to be considered here is that although the advancement of technology brings with it positive effects, it also leads to negative and dangerous consequences, and attacks that may harm non-material integrity in an abstract manner may accordingly increase. With deepfake²⁰ technology, as one of the simplest known examples, it is possible to attack a person by rearranging factors such as the face, mouth, smile, limbs, etc. constituting the material integrity of a person in a computer environment to make it appear that he/she has undertaken actions that he/she has not actually performed and that would harm his/her honor and dignity if he/she had actually done so. For this reason, considering the state of the art in technology, it becomes clear why the protection of non-material integrity is of great importance. Within the scope of attacks on non-material integrity, all issues that can be described as criticism should not be considered as attacks on honor and dignity²¹. Each concrete case should be examined specifically to see the extent of the criticism and whether the extent of the criticism constitutes an attack on the personality.

2. Privacy Zone

“Privacy zone” and “intimate circle” are names given to the areas that a person wants to reserve for himself/herself and keep out of public sight, regardless of whether they are private or official²². Although we spend time in many communal areas since we live a social life, maintaining our privacy zones in these common areas or wanting these zones to be respected constitutes one of our greatest claim rights. In response to this claim right, attacks on our privacy zones in communal areas are also considered as attacks on our non-material integrity. By stating, for example, that “the reading of a personal letter in an apartment, pictures showing public or official ceremonies or general meetings, and pictures related to daily events are not essential for radio or filmed news,” the law also states that public figures should behave tolerantly. The point that should not be forgotten within the scope of the Law on Intellectual and Artistic Works is that each concrete case is evaluated within itself, and when an unlawful matter is noticed, the provisions of the Turkish Code of Obligations, the Turkish Criminal Code, or the TCC may be reserved and subject to processing.

¹⁹ Öztan, p. 279; Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 386.

²⁰ “The deepfakes app is a deep learning algorithm that learns how to reconstruct faces. Give it a bunch of pictures, let it run a few hours, and it spits out fuzzy copies of those images. Do note, it doesn't create a copy. It learns what a face looks like, in different expressions, and is able to output that face solely based on that...” CHARLEER, Sven, “*Family fun with deepfakes. Or how I got my wife onto the Tonight Show,*” medium.com/towards-data-science/family-fun-with-deepfakes-or-how-i-got-my-wife-onto-the-tonight-show-a4454775c011 (A.D. 11.01.2023).

²¹ “...the views put forward in the criticism should not be subjective, and the objective principles on which they are based, and the criticized issues should be reflected in a truthful manner without any modification.” Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 386.

²² Dural/Öğüz, p. 135.

3. Attacks on Economic Assets

Another issue that needs to be addressed within the scope of external protection of personality is that of attacks directed against economic assets, these being an unlawful attack to prevent a person from utilizing an economic asset or to act with the intention of any prevention that will harm his/her business²³. A person has the freedom to work for someone with the aim of performing any profession, as well as to establish his/her own business and carry out his/her trade, and thanks to this freedom, no one's desire to work can be restricted. The point to be noted here is that obstructive behaviors can be carried out with active or passive actions. For instance, preventing someone from looking for a job or engaging in behaviors that will negatively affect his/her social future constitutes a positive or active obstacle, while attempts such as damaging goods by not delivering them in the context of the agreements necessary for the operation of a commercial enterprise or violating the prices set for the sales of the same goods constitute negative or passive obstacles, and both types of behaviors constitute illegality and an attack on personality.

Trade and competition are indispensable for businesses operating in the market. For this reason, unfair competition constitutes one of the types of attacks that may be directed against economic assets²⁴. Unfair competition means that a person or organization acts illegally to gain an advantage over other competitors in the market. For instance, a company may use unfair means of competition such as copying competitors' products or using counterfeit products, providing false information, or disparaging competitors' products. Such actions involve unlawful behavior and are considered as an attack on personality by violating the rights of competitors in the market²⁵.

The issue of unfair competition, which is of paramount importance, has been subject to special legal regulations. These regulations are mainly found in the Turkish Code of Obligations and the Turkish Commercial Code. In accordance with Art. 57 of the Turkish Code of Obligations, it is regulated as follows: "The person whose customers decrease or who faces the danger of losing them due to the dissemination of untrue news or the making of such announcements or other behaviors contrary to the rules of honesty may request the cessation of these behaviors and the compensation of the damage in the presence of fault." It then refers to the Turkish Commercial Code in the second paragraph. The Turkish Commercial Code provides regulations pursuant to Art. 56 et seq. There is no doctrinal consensus on these regulations.

IV. LAWSUITS TO STOP UNLAWFUL ATTACKS

The TCC provides for various lawsuits for the prevention of attacks on personal rights. It will be more systematically correct to begin by examining lawsuits for the cessation of attacks.

A. Types of Lawsuits and Their Conditions

²³ Dural/Öğüz, pp. 142-143.

²⁴ Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, N. Füsün. *Ticari İşletme Hukuku*, 6th ed., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, p. 547.

²⁵ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, p. 554.

For external protection of personality, it is first necessary to stop unlawful attacks and/or to prevent the attacks from happening again.

In accordance with Art. 25 of the TCC: “The plaintiff may request the judge to prevent the threat of attack, to ensure the cessation of the ongoing attack, and to determine the illegality of the attack whose effects continue even if it has ceased. The plaintiff may also request that the correction or decision be notified to third parties or published.” Lawsuits for the cessation, prevention, and determination of the attack can be filed by the harmed party before courts.

1. Lawsuit to Cease the Attack

The subject matter of a lawsuit for the cessation of unlawful attacks is the cessation of ongoing attacks on the personality and the prevention of their recurrence²⁶. This lawsuit meets the characteristics of a general lawsuit because it plays a major role in preventing external attacks on the personality. If the personality has been attacked and the attack is still ongoing on the date of the lawsuit, an order will be issued to stop the ongoing attack regardless of whether there has been any damage or not²⁷.

a. Attack on Personality Rights

The aim here is to prevent all kinds of attacks on a person’s personality by third parties.

b. Unlawfulness of the Attack

Unlawfulness refers to the behaviors that are not appropriate according to the legal definition within the entire legal order²⁸. The point to be noted here is that the exercise of a behavior by a person in accordance with its type may warrant a presumption of illegality in accordance with the Turkish Criminal Code. Therefore, the doctrinal views presented in the Turkish Criminal Code and criminal law should be taken into consideration regarding illegality.

In accordance with the definition set out above, unlawful assault consists of actions that contradict legal orders and are not welcome. The point to be noted here is that attacks that contradict the rules of written law, customary law, and even the rules of law created by the judge should be characterized as unlawful²⁹.

c. Ongoing Attack

The concept of “ongoing attack” is of great importance because, in order to stop the attack, the attack must be ongoing. In these cases, in other words, although the attack has been committed, it must not have ended, or else it is not possible to file the lawsuit³⁰. The point to be noted here is that it is not possible to file this type of lawsuit to stop attacks that are carried out instantaneously, with no temporal difference between the initiation of the attack and its termination.

2. Lawsuit for Prevention of the Danger of Attack

A lawsuit for the prevention of the danger of attack is based on the idea of preventing an

²⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, p. 153; Akıntürk/Ateş-Karaman, p. 153.

²⁷ Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 397.

²⁸ Akbulut, p. 453; Dural/Öğüz, p. 149.

²⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, p. 154.

³⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 396.

unlawful attack that has not yet occurred but is likely to occur in the near future³¹. The point to be considered here is that although there is not yet an unlawful attack, it can be understood from a concrete event that an unlawful attack will be carried out in the near future. Presenting shocking statements about a famous businessman's honor and dignity in headlines for a month can be given as an example. In this case, although an unlawful attack has not yet occurred, there is a possibility of a potential unlawful attack, and in order to prevent the danger of this unlawful attack, this lawsuit can be applied, and a measure can be taken to be effective for the future³².

3. Lawsuit for Determination of the Unlawfulness of the Attack

A lawsuit for the determination of the unlawfulness of an attack is based on the idea of understanding whether the existing behavior is unlawful in nature³³. The TCC expresses this as “the determination of the illegality of an attack whose effects continue even if it has ended.” The point to be noted here is that the court is asked to determine whether a behavior, the effects of which are still ongoing, is unlawful or not. In addition to that determination, Art. 25/II of the TCC gives the right to request that the matter be published or that third parties be notified. It is not enough to determine unlawfulness in social life; the person whose personality has been damaged may demand that the matter be announced in order to restore his/her damaged reputation³⁴.

B. Reasons of Lawfulness

Art. 24 of the TCC also explains which attacks will be considered as lawful attacks. This article states as follows: “Unless justified by the consent of the person whose right of personality is harmed, a superior private or public interest, or the exercise of the authority granted by law, every attack on personal rights is unlawful.” The point to be noted here is that the criteria for compliance with the law are listed in a limited manner. Although they are not listed in the text of the law, doctrinally, it is said that “justified defense” and “state of necessity” can be evaluated within the scope of “relying on the authority granted by law”³⁵.

1. Consent of the Damaged Party

“Consent of the damaged party” is based on the idea of a person having allowed interference with his/her personality by others in any way and not claiming illegality even if damage has occurred as a result of those interventions³⁶. This is because he/she is deemed to have foreseen the damage that could arise and to have given consent because he/she could bear the damage. The point to be noted here is that the consent given must be in accordance with the relevant procedures and principles³⁷. In other words, consent that is not in accordance with morality and decency or consent given only verbally when it should have been given in writing is not considered valid³⁸.

³¹ Helvacı, p. 153.

³² Akıntürk/Ateş-Karaman, p. 153.

³³ Öztan, p. 288.

³⁴ Dural/Öğüz, p. 149.

³⁵ Hatemi, p. 65; Öztan, p. 285; Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 401.

³⁶ Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 401; Dural/Öğüz, p. 150.

³⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, p. 155.

³⁸ Gençcan, p. 269. See also Art. 23/III of the TCC: “...upon written consent, it is possible to take, vaccinate, and transfer biological substances of human origin” but unwritten consent is deemed invalid.

2. Presence of a Superior Private Interest

“Superior interest” generally refers to the prominence of a person or a thing due to its characteristics. The existence of a superior interest in terms of the existence and protection of private benefit is based on the idea that the person’s personality is likely to be harmed and that the intervention to be made to prevent the harm can be carried out without resorting to the consent of the person³⁹. The point to be considered here is that an action that may be considered unlawful due to the lack of consent may be considered as “private interest.” In other words, “the situation necessary for the protection of personality” emerges and the intervention is for the benefit of the personality.

3. Presence of a Superior Public Interest

The existence of public interest involves the protection of the benefit of a superior interest, as mentioned above regarding the existence of private interest, but here it is based on the idea that public interest should prevail over the private interest⁴⁰. The point to be noted here is that although there is interference with the personality, public interest should be granted priority when the concrete case is evaluated, rather than the private interest pertinent to the personality.

4. Reliance on the Authority Given by Law

“Reliance on the authority given by law” is based on the idea of preventing the characterization of interventions against personality as unlawful, regardless of public or private law⁴¹. Examples include the searching of the residence, the wiretapping of telephones, and even the pre-trial detention of a person based on decisions made by the courts in line with public law.

Self-defense is the use of a reasonable amount of force that is necessary and reasonably limited to stop an attacker in a situation where a person’s self, another person, or property is being attacked. Although this concept is interpreted and applied in different ways in different legal systems, it is considered as an intervention originating from both private and public law⁴².

V. LAWSUITS FOR THE COMPENSATION OF DAMAGES CAUSED BY UNLAWFUL ATTACKS

Lawsuits for the compensation of damages caused by unlawful attacks are intended to ensure the compensation of material and non-material damages that occur when the personality is subjected to an unlawful attack⁴³. The point to be noted here is that while material damage can be determined quickly because of a concrete event, non-material damage such as the pain and sorrow felt after the damage to the personality should be carefully examined and interpreted according to the specific case. For instance, as a result of a person being injured by a third party, hospital expenses can be financially calculated and quickly reported, but it is difficult to understand the type or extent of damage a person suffers from being insulted by a third party.

³⁹ Dural/Öğüz, p. 150; Öztan, p. 284.

⁴⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 402.

⁴¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, p. 160.

⁴² Hatemi, p. 65. See also Turkish Code of Obligations, Art. 63/I, and Turkish Criminal Code, Art. 25/I.

⁴³ Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami. *Medenî Hukuk*, 27th ed., On İki Levha Yayıncılık İstanbul, 2021, p. 328; Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 403.

The TCC regulates lawsuits for “material damages,” “non-material damages,” and “unauthorized acts,” considering the abovementioned points⁴⁴.

A. Lawsuit for Material Damages

A lawsuit for financial damages is based on the idea of compensating the financial losses of the person whose personality has been unlawfully attacked⁴⁵. Within the scope of the lawsuit, the person who organized the unlawful attack is sentenced to pay the amount of the material loss of the person whose personality has been damaged. The point to be considered here is that this material loss should be determined in each concrete case and the amount of compensation should be calculated and evaluated by the judge accordingly.

B. Lawsuit for Non-material Damages

A lawsuit for non-material damages is based on the idea of compensating losses suffered by the person whose personality has been unlawfully attacked that cannot be characterized as material, instead being relevant to his/her non-material integrity. The point to be considered here is that although the person may not have suffered any material damage, he/she may have suffered non-material damage and may have encountered grief/sadness/spiritual problems due to that damage⁴⁶. In order to overcome the grief/sadness/spiritual problems to some extent and to meet the needs of the person, there is a request for non-material compensation.

According to Art. 58 of the Turkish Code of Obligations: “The person who has suffered damage to his/her personality rights may request the payment of a sum of money in the name of non-material damages in return for the non-material damage he/she has suffered. Instead of the payment of this compensation, the judge may decide on another form of compensation or add it to this compensation; in particular, the judge may issue a decision condemning the attack and may order the publication of this decision.” It should be noted here that the Turkish Code of Obligations does not require the payment of a sum of money in order to compensate for non-material damage. On the contrary, it gives the judge wide discretionary power and stipulates that the judge may take additional satisfactory provisions in addition to the payment of a sum of money or may take different measures without the payment of money⁴⁷.

C. Conditions for Compensation Lawsuits for Material/Non-material Damages

There is no difference between the conditions of material and non-material damages; therefore, it will be appropriate to examine the conditions of these lawsuits within a single subsection. It is argued in the doctrine that it is appropriate to consider lawsuits for material and non-material damages within the scope of tort liability⁴⁸, since both categories encompass the idea of “fault liability” and are based on the idea that the damage caused by a third party to another person by an unlawful and at the same time faulty attack will not be protected and this

⁴⁴ Gençcan, p. 275.

⁴⁵ Dural/Öğüz, p. 157; Başmanav, Y., “Medya Yoluyla Kişilik Hakkı İhlallerinde Maddi Tazminat Davası”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), pp. 76-77.

⁴⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, p. 179; Dural/Öğüz, pp. 158-159; Kılıçoğlu Yılmaz, K., “Kişilik Hakkının İhlalinde Manevi Tazminat”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 11(115), p. 39.

⁴⁷ Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 409; Helvacı, p. 159.

⁴⁸ Okur, Sinan. *Borçlar Hukuku Pratik Çalışma Çözüm Metodu ve Örnek Çözümler*, 1st ed., Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, p. 90; Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 404.

damage will be compensated.

Art. 49/I of the Turkish Code of Obligations states the following: “Whoever causes damage to another through a faulty and unlawful act is obliged to compensate for this damage.” Furthermore, it requires the conditions of “unlawful attack,” “fault,” “damage,” and “causal link” for tort liability.

1. Unlawful Attack

In order to claim compensation for material and non-material damages, first of all, an unlawful attack against the personality must have occurred. Legal systems regulate the law through written or unwritten rules, and acting contrary to those rules constitutes a violation of the law⁴⁹. Absolute rights are the fundamental rights of individuals⁵⁰ and are protected against attacks and violations by third parties. In committing this violation, illegality in the context of liability law does not extend to the violation of all kinds of norms, but only to the violation of legal norms that aim to protect a right or legal entity from damaging interference⁵¹. In order to be able to refer to the existence of unlawfulness, there must be a violation of a mandatory norm that aims to protect a right or legal entity, and there must not be a reason for compliance with the law.

2. Fault

In order to claim compensation for material and non-material damages, the person who has committed an unlawful attack against the personality must be at fault. Although fault is one of the constituent elements⁵² within the scope of tort liability, no legal definition has been made. This concept is based on the idea that the behavior of the unlawful attack deviates from the average behavior of a reasonable individual. Fault is divided into the two categories of intent and negligence. Negligence can be defined as the failure to take the necessary measures to prevent such a result from occurring, even though an unlawful result is not desired, while intentional fault can be defined as a person’s desire for an unlawful attack to occur and planning with special effort for that purpose⁵³.

3. Damage

In order to claim compensation for material and non-material damages, it is necessary that the person who has committed an unlawful attack against the personality has caused damage. Although the Turkish Code of Obligations stipulates that damages may be claimed as a result of a tortious act, it does not legally define the concept of “damage.” This concept is doctrinally divided into two categories as narrow and broad damage⁵⁴. Damage in the narrow sense is defined as damages that occur only to assets, while damage in the broad sense refers to

⁴⁹ Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23rd ed., Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, p. 611; OKUR, p. 90; Nomer / Akbulut, p. 115.

⁵⁰ Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22nd ed., Turhan Kitapevi, Ankara, 2018, p. 374; EREN, p. 617.

⁵¹ Okur, p. 91.

⁵² Erdoğan, İhsan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4th ed., Gazi Kitapevi, Ankara, 2019, p. 124; EREN, p. 594.

⁵³ Erdoğan, Kemal / Akkurt, Sinan Sami / Eren, Hüseyin Tokat, *Borçlar Hukuku*, 5th ed., Seçkin, Ankara, 2022, p. 199; Antalya, Osman Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,2*, 2nd ed., Seçkin, Ankara, 2019, pp. 74-75-76; Eren, p. 601; Erdoğan, pp. 126-128.

⁵⁴ Eren, p. 545; Antalya, p. 133.

decrease in the assets or personal existence of a person against his/her will⁵⁵. Any decrease or diminution in the assets of a person against his/her will is considered as material damage⁵⁶. Although personality rights are not accepted among these assets, they are considered among the values that constitute the assets of a person⁵⁷. In order to be able to talk about damage, a decrease in the assets must occur. The decrease in question may be in the form of a decrease in the assets or an increase in liabilities.

Damage is defined as the difference between what the assets would have been had the unlawful attack not occurred and what the assets have become after the attack⁵⁸. Financial damage is classified as actual damage and deprived profit⁵⁹. While actual damage may be expressed as a decrease in the assets or an increase in liabilities, deprived profits may be described as the partial or total prevention of the increases that are likely to occur in the normal course of the existence of the assets as a result of the unlawful attack.

4. Causal Link

In order to claim compensation for material and non-material damages, there must first be a causal link between the unlawful attack against personality and the damage. In legal terms, the cause-and-effect relationship between the damage and the attack to which liability is attached is called a causal link⁶⁰. “Causal link” is defined as the existence of a causative reason conducive to producing a result of the type that occurs in the normal course of events and general life experiences⁶¹.

D. Lawsuit for Unauthorized Acts

The lawsuit for unauthorized acts is based on the idea that the person who is attacked should receive compensation from a third party unjustly enriched as a result of the attack. This is because a person may gain material or non-material profit as a result of an unlawful attack against the personality of another person; in other words, he/she may be unjustly enriched. The point to be noted here is that unjust enrichment should be satisfied not in accordance with Art. 77 of the Turkish Code of Obligations but rather in accordance with Art. 526 of the Turkish Code of Obligations, or, in other words, in accordance with “true⁶² unauthorized acts”⁶³.

E. Jurisdiction in Lawsuits

The concept of jurisdiction is a geographically limited concept⁶⁴. Art. 6/I of the Code of

⁵⁵ Erdoğan/Akkurt/Eren, p. 193.

⁵⁶ Erdoğan, p. 130.

⁵⁷ Eren, p. 546; Akçaal, p. 5.

⁵⁸ Antalya, p. 139.

⁵⁹ Yılmaz, p. 80; Eren, p. 551.

⁶⁰ Antalya, p. 281.

⁶¹ Eren, p. 566.

⁶² “In the doctrine, unauthorized acts are divided into two as true and untrue unauthorized acts,” Ercoşkun Şenol, H. Kübra. “Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Sistemik Açısından Borçlar Kanunundaki Yeri ve 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Durum”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXII, P. 4, 2018, p. 39.

⁶³ Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 413.

⁶⁴ Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin. *Medenî Usûl Hukuku*, 2nd ed., Yetkin, Ankara, 2019, p. 167; Pekcanitez, Hakan / Özkes, Muhammet / Atalay, Oğuz, *Medeni Usul Hukuku*, 11th Ed., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, p. 76.

Civil Procedure states the following: “The court with general jurisdiction is the court of the place of residence of the defendant real or legal person at the time the lawsuit is filed.” Furthermore, unless otherwise stipulated, the relevant article of the Code of Civil Procedure shall apply. It should be noted that, in accordance with Art. 25/V of the Civil Procedure Code, which states that a “plaintiff may file a lawsuit for the protection of his/her personal rights in the court of his/her own domicile or in the court of the defendant’s domicile,” the jurisdiction is regulated with a special provision and the concept of the contrary provision stated in the relevant articles of the Code of Civil Procedure has emerged in this context.

CONCLUSION

This study has examined the concepts of “person” and “personality,” the protection of personality, the concepts of “internal protection” and “external protection” of personality, and the lawsuits that provide external protection of personality. The TCC regulates the concept of “person” or “personality” by combining the legal capacity of rights with the capacity to act, the protection of personality in terms of both material and non-material integrity (“honor and dignity,” “privacy zone,” and “economic assets”) first internally and then externally, and the lawsuits through which protection can be realized and the details of those lawsuits.

The Turkish legal system protects personality with its written or unwritten rules. In social life, all individuals are free and equal in terms of their rights. This freedom and equality must be protected both internally and externally. While internal protection can be described as a kind of self-protection, external protection refers to the protection of a person from unlawful attacks by third parties.

Within the scope of the external protection of personality, the judge may be asked to prevent the threat of attack, ensure the cessation of an ongoing attack, and/or determine the illegality of an attack with effects that continue even if the attack itself has ceased. In addition, the person who has been subjected to an unlawful attack needs to be materially and non-materially satisfied, and compensation lawsuits can be filed in the presence of the necessary conditions (“unlawful attack,” “fault,” “damage,” “causal link”) in order to achieve that satisfaction.

Conflict of Interest

There is no conflict of interest.

Author Contributions

The authors did not specify the contribution rate.

REFERENCES

- Akçaal, Mehmet, *Medeni Hukuk*, 1st Ed, Yetkin, Ankara, 2022.
- Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5th Ed., Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Akıntürk, Turgut / Ateş Karaman, Derya. *Medenî Hukuk*, 20th Ed., Beta, İstanbul, 2014.
- Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut / ATEŞ, Derya. *Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 13rd Ed., Beta, İstanbul, 2016.
- Antalya, Osman Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,2*, 2nd Ed., Seçkin, Ankara, 2019.
- Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin. *Medenî Usûl Hukuku*, 2nd Ed., Yetkin, Ankara, 2019.
- Başmanav, Yasemin, “Medya Yoluyla Kişilik Hakkı İhlallerinde Maddi Tazminat Davası”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), p. 75-92.
- Başoğlu, Başak, “Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), 2016, p. 29-56.
- Charleer, Sven. *Family Fun with Deepfakes. Or How I Got My Wife onto The Tonight Show*, Medium.Com/Towards-Data-Science/Family-Fun-With-Deepfakes-Or-How-I-Got-My-Wife-Onto-The-Tonight-Show-A4454775c011, (A.D. 11.01.2023).
- Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 16th Ed., Filiz Kitapevi, İstanbul, 2015.
- Ercoşkun Şenol, H. Kübra. “Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Sistemik Açından Borçlar Kanunundaki Yeri ve 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Durum”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXII, P. 4, 2018, p. 37-65.
- Erdoğan, İhsan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4th Ed., Gazi Kitapevi, Ankara, 2019.
- Erdoğan, Kemal / Akkurt, Sinan Sami/ Eren, Hüseyin Tokat. *Borçlar Hukuku*, 5th Ed., Seçkin, Ankara, 2022.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23rd Ed., Yetkin, Ankara, 2018.
- Gençcan, Ömer Uğur. *4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu Yorumu*, 1st Ed., Yetkin, Ankara, 2015.
- Hafizoğulları, Zeki, “İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Konunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 46(1), p. 1-40.
- Hatemi, Hüseyin. *Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı)*, 1st Ed., Vedat Kitapçılık,

- İstanbul, 2005.
- Helvacı, Serap. *Gerçek Kişiler*, 4th Ed., Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Helvacı, Serap / Erlüle, Fulya, *Medeni Hukuk*, 9th Ed, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22nd Ed., Turhan Kitapevi, Ankara, 2018.
- Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru, “Kişilik Hakkının İhlalinde Manevi Tazminat”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 11(115), p. 39-55.
- Nomer, Huluk Nami / Akbulut, Pakize Ezgi, *Medeni Hukuka Giriş*, 8th Ed, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2023.
- Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami. *Medenî Hukuk*, 27th Ed., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay Özdemir, Saibe. *Kişiler Hukuku*, 9th Ed., Filiz Kitapevi, İstanbul, 2009.
- Okur, Sinan. *Borçlar Hukuku Pratik Çalışma Çözüm Metodu Ve Örnek Çözümler*, 1st Ed., Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Özaydın, Özlem, “Sosyal Medya Aracılığıyla Kişilik Haklarının İhlali”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, 11(111), p. 511-521.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 19th Ed., Seçkin, Ankara, 2023.
- Öztan, Bilge. *Medenî Hukuk’un Temel Kavramları*, 40th Ed., Turhan Kitapevi, Ankara, 2015.
- Öztan, Bilge / Gürpınar, Damla, *Medenî Hukuk’un Temel Kavramları*, 47th Ed., Yetkin, 2022.
- Pekcanitez, Hakan / Özekes, Muhammet / Atalay, Oğuz, *Medeni Usul Hukuku*, 11th Ed., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- Serozan, Rona, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 11(14), 2011, p. 93-112.
- Ülgen, Hüseyin ve diğerleri, *Ticari İşletme Hukuku*, 6th ed., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- Yılmaz, Oğuz Gökhan, “Kişilik Hakkı Kavramı ve Medeni Kanun Kapsamında Kişiliğin Korunması”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 7(1), p. 133-187.
- Yılmaz, Süleyman, *Kişiler Hukuku*, 1st Ed, Yetkin, Ankara, 2023.
- Tedavi Giderlerinin Karşılanması*, <https://ertekinhukuk.com.tr/tedavi-giderlerinin-kapsami>, (A.D. 11.01.2023).

Sovereignty-Political Power Distinction as the Theoretical Basis of the Concept of the State of Law

A Comparative Study in the Context of Islamic and Western Legal Thought

Talip TÜRCAN^{1*} 

¹ Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Türkiye

Article Info

Article History

Received: 07.02.2024

Accepted: 17.04.2024

Published: 10.07.2024

Keywords:

Islamic legal thought, State of law, Rule of law, Sovereignty, Political power

ABSTRACT

Although the concept of the state of law represents a very significant value that has been achieved for humanity over a long period in the history of legal thought, the doctrine has not yet reached a consensus on the criteria taken as basis to define it, and the criteria put forward do not seem to be sufficient as well. Establishing the concept of the state of law on a coherent theoretical basis, requires not only recognising that the term law in the phrase refers to a whole of values and principles independent of, prior to and above the sovereign will, but also clearly defining the distinction between sovereignty and political power. For, no normative order, the source of which is the sovereign will, can guarantee the limitation of state supreme authority and political power. The concept of the state of law can only be defined by adhering to the rule of law in its stated sense and the principle of sovereignty within law. In addition, it is impossible to talk about the rule of law in an order where there is no distinction between sovereign will and political power. In this study, based on the determinations mentioned above, it is argued that Islamic legal thought can contribute to the concept of the state of law on the theoretical level, since it has defined sovereignty as a limited will within the law and achieved the distinction between sovereignty and political power in a period that can be considered quite early.

Hukuk Devleti Kavramının Teorik Temeli Olarak Egemenlik-Siyasî İktidar Ayrımı İslam ve Batı Hukuk Düşüncesi Bağlamında Karşılaştırmalı Bir İnceleme

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş Tarihi: 07.02.2024

Kabul Tarihi: 17.04.2024

Yayın Tarihi: 10.07.2024

Anahtar Kelimeler:

İslam hukuk düşüncesi, Hukuk devleti, Hukukun üstünlüğü, Egemenlik, Siyasî iktidar

ÖZET

Hukuk devleti kavramı, insanlık adına hukuk düşünce tarihinde uzun bir süreçte ulaşılmış çok önemli bir değeri temsil etmekle birlikte, onu tanımlamak için başvurulan kriterler üzerinde doktrin bütünüyle görüş birliğine varamamış olduğu gibi, ileri sürülen kriterler de yeterli görünmemektedir. Hukuk devleti kavramını tutarlı teorik bir zemine oturtmak, tamlamadaki hukuk tabiri ile egemen iradede bağımsız, onun öncesinde ve üstünde bir değerler ve ilkeler bütününe kastedildiğinin kabul edilmesi yanında, egemenlik ve siyasî iktidar ayrımının da açık bir biçimde yapılmasından geçmektedir. Zira, kaynağında egemen iradenin olduğu hiçbir normatif düzen, devlet kudretinin ve siyasî iktidarın sınırlanmasını garanti edemez. Hukuk devleti kavramı, ancak belirtilen anlamında bir 'hukukun üstünlüğü' ve 'hukuk içinde egemenlik' ilkelerine bağlı kalınarak tanımlanabilir. Ayrıca egemen irade ve siyasî iktidar ayrımının yapılmadığı bir düzende hukuk devletinden söz edilemez. Elinizdeki çalışmada, zikredilen tespitler bağlamında, İslam hukuk düşüncesinin, egemenliği hukuk içinde sınırlı bir irade olarak tanımlamış ve oldukça erken sayılabilecek bir dönemde egemenlik-siyasî iktidar ayrımını başarabilmiş olmasından ötürü, hukuk devleti kavramına teorik düzeyde katkı verebileceği ileri sürülmektedir.



To cite this article:

Türcan, T. (2024). “Sovereignty-Political Power Distinction as the Theoretical Basis of the Concept of the State of Law-A Comparative Study in the Context of Islamic and Western Legal Thought”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cumhuriyet’in 100’üncü Yılı Armağanı, s. 336-349. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.120>

***Sorumlu Yazar:** Talip Türcan, talipturcan@hotmail.com

INTRODUCTION

The state of law (or the rule of law)¹ is a magic term invented in legal thought, but what it means is unclear due to the difficulty in defining the concept of law. In fact, this uncertainty stems from the inability to define law in terms of its nature (essence/whatness). Since law can only be defined in terms of its functions, whichever function is taken as the center, a different perception of the concept of law is formed and various tendencies towards the understanding of law emerge. The concept of the state of law has also undergone some transformations throughout the historical process, depending on the meaning attributed to the law, which should be considered natural. Indeed, the term *Rechtsstaat* (state of law) was originally developed in the 19th century by the German jurists² to denote to a state order in which the rulers, like the ruled, are bound by the rules of positive law. The German jurists used the term *Rechtsstaat* (state of law) to distinguish the state order in question from the police state, where the rulers do not consider themselves bound by the rules of law and can act arbitrarily. Apparently, the concept of the state of law, in its initial definition,³ corresponds to the concept of the legal state.⁴ For, also in the legal state, those who govern have no privileges over those who are governed before the law and there is no arbitrariness in the execution of the legal rules. Nevertheless, as follows below, the legal state order does not include restrictive legal measures to prevent the possible arbitrariness of the legislator, nor does it assume the violation of rights arising from the law.

As for the term rule of law, although its use as a phrase is older, its conceptual definition emerged in the 19th century.⁵ The English jurist A. V. Dicey managed to define the concept on a level that can be considered advanced and mentioned the basic elements of the definition. According to him, the rule of law means the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government, and refers

¹ State orders in which the law-making sovereign will is bound to the values and principles of universal law and the fundamental rights and freedoms of those governed are nowadays expressed as the state of law or the rule of law. To indicate the same conceptual content, the term “state of law” is used by the Continental European legal environment and the term “rule of law” is used by the Anglo-Saxon legal environment. Leaving aside the historical factors affecting the adoption of the terms, it can be said that the relationship between them is the relationship of principle and organization. Accordingly, the state of law can be defined as a state order organized on the basis of the principle of the rule of law. See Türçan, Talip. “İslâm Hukukunda Hukuk Devleti Kavramının Teorik Temelleri Üzerine”, *İslâmî Araştırmalar*, Vol. 14, No. 2, 2001, p. 245.

A similar relationship is established between the concepts of supremacy of law and rule of law. See Beyoğlu, Cem Ümit. “Hukukun Üstünlüğü Perspektifinden Uluslararası Ceza Yargısının Tarihsel Gelişimi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 6, No. 2, 2023, pp. 707-709.

² See Mohl, Robert von. *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Erster Band, Zweite umgearbeitete Auflage, Tübingen 1844, 6-9; Carré de Malberg, R. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, 2 Vols., Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris 1920-1922, Vol. 1, pp. 488-489 (postscript 5).

³ On the view that the legal state, as a legicentric state, constituted, for Carré de Malberg, only the first version of the state of law, see Mockle, Daniel. “L'État de Droit et la Théorie de la Rule of Law”, *Les Cahiers de droit*, Vol. 35, No. 4, 1994, p. 854.

⁴ Here we use the term *legal state* in accordance with Carré de Malberg's tripartite classification of states as *l'État de police*, *l'État légal* and *l'État de droit*. Accordingly, legal state corresponds to *l'État légal*. It should also be noted that the terms *legicentric state* and *state of statute* are used instead of legal state. For this tripartite classification, see Carré de Malberg, Vol. 1, pp. 488-494.

⁵ Malcolm, Joyce Lee. “Freedom and the Rule of Law: The Ingenious English Legacy”, *Freedom and the Rule of Law*, ed. Anthony A. Peacock, Lexington Books, Maryland 2010, p. 24; Burnay, Matthieu. *Chinese Perspectives on the International Rule of Law*, Edward Elgar Publishing Limited, UK 2018, p. 13.

to the equality before the law, or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary law courts, and expresses that the law of the constitution are not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the courts.⁶ The English rule of law initially appeared as a concept defined according to the pragmatism of English legal system, based on the unlimited legislative sovereignty of the parliament, which we will discuss below, and the authority of the judge to create common law.⁷ As can be seen, the English rule of law could only be defined according to the law revealed in practice and in terms of the absoluteness of the sovereign will, corresponds to the concept of the legal state.

I. RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND STATE OF LAW

In the doctrine, some criteria were determined in order to define the state of law. However, it does not seem possible to say that the developed criteria are completely sufficient to distinguish the state of law from the legal state, for they cannot resolve the problem of the absoluteness of the sovereign will, which gives rise to the legal state. Unless the concept of law is defined separately from the meaning of the whole of legal rules legislated by the authorized bodies, the conformity of laws to the constitution and judicial review of their conformity, the observance of the principles of generality and equality in the application of laws, the independent exercise of judicial power, the state's compliance with the constitution and laws in its transactions and actions, and the establishment of an organisation to achieve all these are not sufficient to reveal the difference of the state of law from the legal state and to define it as a superior order. The concept of a state adhering to the principle of rule of law, as an additional and higher value to the legal state in which the rulers also obey the legal rules enacted by themselves, can only be defined by recognising that the sovereign will, which embodies the state and its legal order on the positive level, is limited within the legal values that exist outside itself. In other words, when the sovereign will which makes the laws cannot be restricted within a law in the sense of a whole of higher values which does not owe its existence to a certain human will and which is independent of the rules of positive law on all levels, the mere compliance of the rulers with them does not constitute a sufficient guarantee for the protection of the rights of individuals. Therefore, the term "law" in the phrase "state of law" should not refer to the rules created by the sovereign will in a country, but to universal legal principles and values that do not originate from the sovereign will, that are independent of and above it, and that include the rights and freedoms that people have by virtue of being human. This also indicates that the rule of law can only be realized provided that the sovereign will is limited within the law.

⁶ Dicey, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Liberty Classics, Indianapolis 1982, pp. 120-121.

⁷ Cf. Malcolm, pp. 14-15.

II. THEORIES OF SOVEREIGNTY

The limitation of sovereignty within the law took place over a long period of time, through various stages. Sovereignty, in the sense of a will that is not subject to any limitation and that derives its authority to command directly from itself, is an extra-legal, political and ideological concept, which was effective in a certain historical process and was made functional in achieving some political and ideological goals.⁸ In fact, the classical doctrine fell into an inconsistency by asserting that sovereignty, on the one hand, is a concept related to the political existence of a certain country and a certain community of people living in that country, and on the other hand, that it indicates a will that creates legal rules and executes them without any restrictions. To attribute a sovereignty of this nature not to a particular person, institution or society, but even to the whole of humanity, means to endow it with a supra-legal status.

In Western legal thought, three different theories were put forward, which follow each other historically, regarding the owner (subject) of the right of sovereignty:

The first theory to emerge in the historical process accepts the ruler or body of rulers who actually hold the power as the owner of sovereignty. The governing body might consist of a single king or emperor, or more than one person, such as a parliament. This theory, which is characterised by the concept of proprietary sovereignty (*la souveraineté propriétaire*), is based on the fact that public power (*potestas* and *imperium*), which belonged to the Roman people and was delegated to the emperor by proxy, became over time a particular power of the emperor himself. The European kingdoms that emerged in later periods considered the concept of proprietary sovereignty as a basis of legitimacy for themselves. For, this consideration recognised only the king himself to be sovereign. Just as a person has an absolute right of ownership over his own property, the king also had an absolute sovereignty (*imperium*). As a natural consequence of the theory based on the concept of proprietary sovereignty, it was accepted that, like property, the right to sovereignty could be abdicated through contracts and acquired through inheritance. The conception of proprietary sovereignty, which granted political power holders absolute power, was abandoned especially after J. J. Rousseau established the conception of national sovereignty. However, at the end of the 19th century, some German jurists, who put the state and therefore the rulers (*Herrscher*) before the law, tried to revive the abandoned conception of proprietary sovereignty.⁹ In our opinion, the principle of parliamentary sovereignty in English legal system can be evaluated within the scope of this theory. Parliament means, under English constitution, the King, the House of Lords, and the House of Commons. It has been said that these three bodies together may be described as the ‘King in Parliament’ and constitute the parliament. The principle of parliamentary sovereignty refers to the right of the parliament to make or not to make any law whatever. The legislative authority of the parliament is absolute. The unlimitness of legislative authority is expressed as

⁸ See Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 1991, p. 94. For detailed knowledge about the concept of sovereignty, see. Laski, Harold, J. *A Grammar of Politics*, George Allen and Unwin Ltd., London 1938, pp. 44 etc.; Türcan, Talip. *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2001, pp. 77-120; Kaya, Mevlüt Alper. “Egemenlik Kavramı ve Siyasi Düşünürler”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 5, No. 1, 2022, pp. 213-232.

⁹ On the theory based on the proprietary sovereignty (the theory of the patrimonial state), see, Duguit, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome Premier (*la Règle de Droit - le Problème de l'État*), Deuxième Édition, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs, E. de Boccard, Successeur, Paris 1921, pp. 444-452.

‘parliament can do everything but make a woman a man, and a man a woman’. According to the English Constitution, no person or body has the power to override or abrogate the right of parliament to legislate.¹⁰ Although it has been claimed that the parliament's right to legislate is limited on the grounds such as opposition to morality or international law, royal prerogative or that an existing parliament does not have the right to touch the laws enacted by any previous parliament, these limitations have not become established in traditional doctrine.¹¹ However, it is now recognised by some that, even though there is no mechanism in the constitution which can prevent the parliament from exceeding, its legislative sovereignty is limited by universally accepted fundamental principles or for reasons arising from the internal functioning of the legal system.¹²

The second theory, which was developed on the issue of to whom sovereignty belongs or who is sovereign, attributes sovereignty to the nation itself. According to the theory, which is characterised as the French theory in the classical doctrine, the owner (subject) of sovereignty is the abstract personality of the nation. In fact, the conception of national sovereignty is based on the theory of proprietary sovereignty.¹³ That is to say, the only difference in the theory of national sovereignty, the principles of which were laid down by Rousseau, consists in the fact that sovereignty, which was previously considered a right belonging to the king, was ascribed to a nation personality independent, separate and distinct from the individuals who constitute it. In short, the king was replaced by the personality of the nation.¹⁴ Accordingly, sovereignty is nothing other than the will of the nation. Sovereignty is no longer a right of the king, but of the nation. The nation exercises its sovereignty not directly but through its representatives.¹⁵

The third theory regarding who owns sovereignty was defended by German jurists. The German theory, which was established in a period corresponding to the end of the 19th century and the beginning of the 20th century,¹⁶ considers the state as the sole source of law. The natural and necessary consequence of this consideration is that the state itself is recognised as sovereign. According to this theory, the owner of sovereignty, even in the beginning, is not the nation but the state. The state and its sovereignty exist by themselves.¹⁷

The adoption of the idea that the state is the owner of sovereignty by itself and alone eliminates the problem of nation-state dualism in the French theory, but fails to explain why the state is sovereign. In fact, the question of why the nation is considered sovereign cannot be

¹⁰ Dicey, pp. 3-18. Also see Duguit, I, p. 488.

¹¹ See Dicey, pp. 18-35.

¹² For example see Goodhart, Arthur L. “*Rule of Law and Absolute Sovereignty*”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 106, No. 7, (1958), pp. 943-963; McGarry, John. “The Principle of Parliamentary Sovereignty”, *Legal Studies*, Vol. 32, No. 4, (2012), pp. 577-599. Hiebert, Janet L. “The Human Rights Act: Ambiguity about Parliamentary Sovereignty”, *German Law Journal*, Vol. 14, No. 12, (2013), pp. 2253 – 2274; Deb, Anurag. “Parliamentary Sovereignty and the Protocol Pincer”, *Legal Studies*, Vol. 43, No. 1, (2023), pp. 47-65.

¹³ In the French Constitution of 1791, this theory was explicitly included: “La Souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation; aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice (Sovereignty is one, indivisible, inalienable and imprescriptible. It belongs to the Nation; no section of the people, nor any individual, can claim to exercise it)” (Constitution de 1791, Titre III, Article 1).

¹⁴ Duguit, Vol. 1, p. 443.

¹⁵ On the theory of national sovereignty (the French theory), see, Duguit, Vol. 1, pp. 452-459.

¹⁶ Duguit, Vol. 1, p. 444; Coker, Francis W. “Sovereignty”, *Encyclopaedia of the Social Sciences*, 15 Vols., The MacMillan Company, New York 1957, Vol. 14, p. 267.

¹⁷ On the theory of state sovereignty (German theory), see Duguit, Vol. 1, pp. 444, 460-464.

answered satisfactorily in terms of national sovereignty. The difference is that the German theory, as in the Hegelian approach, deifies the state as self-sovereign and absolute sovereign.

As can be understood, three different theories were defended in classical doctrine about who is sovereign, considering the rulers, the nation or the state as the sovereigns.

III. SOVEREIGNTY WITHIN LAW AND POLITICAL POWER

In our opinion, the definition of sovereignty within the law depends on accepting that its owner and source are different and on being able to determine them within a legal hierarchy. Islamic law has made a great contribution to universal legal thought by developing the unique theory that distinguishes the owner and source of sovereignty. In Islamic law, the principle that the nation is the owner of sovereignty was prescribed not by the nation itself, but by the divine will. In other words, the sovereignty of the Islamic society is not an inherent right of the Islamic society, but a legal authorisation granted by Allah. The sovereignisation of the will of the Islamic society as a whole (not of individuals) on earth, provided that it is exercised in accordance with the values whose source is the divine will, is called *istikhlāf*. *Istikhlāf* means that the society represents Allah on earth.¹⁸ In this respect, in order to correctly comprehend the legal nature of sovereignty in Islamic law, the terms source of sovereignty (*masdar al-siyāda*) and the owner of sovereignty (*sāhib al-siyāda*) should be used by considering their differences in meaning and should not be confused. It is clear that being the owner or proprietor of something does not mean being the source of that thing at the same time, just as the possession of a property right does not make a person the source of the thing or right subject to the property.¹⁹ Accordingly, the owner of sovereignty in Islamic law is the Islamic society as a whole. Its source is the divine will in terms of authorisation. On the other hand, the theories of human sovereignty cannot develop a meaningful answer to the question of why the sovereign is sovereign, since they do not distinguish the source and the owner of sovereignty.

When we want to define sovereignty as a concept within law, we can say that it is the supreme will that gives political character to a community of people living on a certain territory, that creates the state and all institutions within the state and grants them legitimacy, and that constitutes the authoritative source of the positive law of the society on the constitutional and legal level and the execution of this law. In this definition, sovereignty is given as a legal concept. Sovereignty is not above/outside the law, but within the law and limited.

Sovereignty within law refers to the will that makes it possible to create and execute positive legal rules in a country. Accordingly, it is understood that sovereignty has two aspects, one legal and the other political, which cannot be separated from each other. The legal aspect of sovereignty is the creation of the positive law of the country and the political aspect is the

¹⁸ Ibn al-Arabī, Abū Bakr Muhammad b. Abd Allāh. *Ahkām al-Qur'ān*, 4 Vols., Dār al-Kutub al-Ilmiyya, Beirut 1408/1988, Vol. 4, p. 59.

For detailed knowledge about *istikhlāf*, see al-Najjār, Abd al-Majīd. *Hilāfat al-Insān bayn al-Wahy wa al-Aql (Bahs fī Jadaliyyat al-Nass wa al-Aql wa al-Wāqi')*, al-Ma'had al-Ālamī li al-Fikr al-Īslāmī, Herndon 1413/1993, pp. 61-62.

¹⁹ Mutawallī, Abd al-Hamīd. *al-Islām wa Mabādiu Nizām al-Hukm fī al-Marksiyya wa al-Dimuqratiyya al-Gharbiyya*, Munshaat al-Maārif, Alexandria n.d., p. 122 (postscript 42).

execution of the legal rules established by the sovereign will. Therefore, not only those who establish the legal rules, but also those who execute them derive their authority from the sovereign will.

Political power, on the other hand, means power that is valid and effective over the whole country and society.²⁰ It is not sufficient for any government to have a political character to be qualified as a political power. The most important quality that distinguishes political power from other types of social power is its breadth in terms of scope. Political power is the only power that encompasses the country and its inhabitants as a whole. Only the political power has the ability to make and execute decisions that are binding on all people and groups in the country.²¹ Political power differs from other types of power in that it is the supreme power within the country. There is not equality but a hierarchical relationship between political power and other social powers. Naturally, this supreme characteristic of political power does not mean absolute supremacy.²² Otherwise, it would not be possible to define the concept of political power within law.

In Islamic law, the concept of political power is expressed with the carefully chosen term *wilāya āmma* (al-wilāya al-āmma),²³ which includes an emphasis that the rulers are not the source of the powers they have. In order to understand the relationship of *wilāya āmma* with sovereignty and its contribution to the concept of the state of law, we need to briefly touch upon the parts of *wilāya* or *walāya* in Islamic law. Accordingly, *wilāya* is divided into two parts in terms of its scope and source:

a. *Wilāya* is either *wilāya khāssa* or *wilāya āmma* in its scope:

Wilāya khāssa is the type of *wilāya* that is valid in the field of private law and means custody or guardianship. This is the case with the father's custody (*wilāya*) over his child, that is, his right to dispose of the child's personal rights and financial affairs, or the guardian's power (*wisāya* or *wasāya*) of disposition over a person's financial affairs.²⁴

²⁰ Kapani, Münci. *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, Ankara 1992, p. 48. On the concepts of power and political power, see also Zorlu, Süleyman Emre. "Eski Türklerde ve Osmanlı Devletinde Meşruiyet İnancı Bağlamında Devlet Başkanının Belirlenmesi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 5, No. 2, 2022, pp. 503-505.

²¹ Heller, Hermann. "Power, Political", *Encyclopaedia of the Social Sciences*, 15 Vols., The MacMillan Company, New York 1957, Vol. 13, p. 301; Kapani, p. 48.

²² Kapani, pp. 48-49.

²³ Özçelik states that in Islamic law, the term *âmmē velâyeti* (*wilāya āmma*) refers to the supreme power of the state (that is, sovereignty according to him). See Özçelik, A. Selçuk. "İslâm Hukukuna Göre Devlet ve Ferd Münasebetleri", *A. Samim Gönensay'a Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1955, pp. 542 etc. This approach, in our opinion, stems from the fact that the classical doctrine fails to adequately distinguish between political power and sovereignty. However, as will be explained below, *wilāya āmma* means the whole of authority exercised by the rulers, which does not arise from their own personalities. On the other hand, Tunaya's defining the term *âmmē velâyeti* (*wilāya āmma*) with the term political power is in accordance with the legal reality. See Tunaya, Tarık Zafer. *Türkiye'nin Siyasî Gelişmeleri (Eski Türkler, İslâm Devleti, Osmanlı Devletinin Kuruluşu)*, Baha Matbaası, İstanbul 1970, pp. 115 etc.

²⁴ For detailed knowledge about *wilāya khāssa*, see Efendizade Alî Haydar, Hoca Emîn. *Durar al-Hukkām Sharh Majalla al-Ahkām*, 4 Vols., Matbaa-i Tevsî-i Tibâat, İstanbul 1330, Vol. 1, pp. 130-132; al-Zarqâ, Mustafâ Ahmad. *al-Fiḥ al-Islâmî fî Sawbih al-Jadîd*, 3 Vols., Dâr al-Fikr, Damascus 1967-1968, Vol. 2, pp. 816-828; Şener, Mehmet. "İslâm Hukukunda Velâyet I", *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, No. 2, 1985, pp. 203-221; Şener, Mehmet. "İslâm Hukukunda Velâyet II", *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, No. 3, 1986, pp. 161-180.

Wilāya āmma, which concerns our subject, means a general power of disposition belonging to the head of state, valid over the entire country and society, and over all affairs that constitute the subject of state powers.²⁵ *Wilāya āmma* is the authority to exercise state powers within the limits of the legal order and corresponds to the concept of political power.²⁶ All the powers used in the execution of state affairs, that is, the powers (*wilāyas*) of state officials such as vizier, *wālī* (governor) and *qādī* (judge), to use the terminology of classical fiqh, derive entirely from *wilāya āmma*.²⁷

b. *Wilāya* is also divided into two parts in terms of its source (origin): *wilāya zātiyya* and *wilāya tafwīziyya* (*al-wilāya ghayr al-zātiyya*):

Wilāya zātiyya is a quality that arises from the person himself and is permanent with him, and it cannot be separated from the person, nor can it be waived. For example, the father's custody is like this. A person can be deprived of his/her custody only in cases where the duty required by parental authority is not fulfilled or is abused. This is because *wilāya zātiyya* is an authority arising from the law.²⁸

Wilāya tafwīziyya, on the other hand, is an authority arising from a legal transaction, not from the person himself. The powers possessed by *wakīl* (representative, deputy), *wasī* (guardian), *qādī* (judge), *wālī* (governor), state officials and *mutawallī* (trustee) are of the type of *wilāya tafwīziyya*. Since *wilāya tafwīziyya* does not originate from the person himself, it can be separated from him. For example, the dismissal and resignation of state officials are legitimate and valid due to this nature of their *wilāya*. The most comprehensive form of *wilāya tafwīziyya* is the political power vested in the head of state, that is, the authority to exercise state powers.²⁹

From all these, it is understood that the political power in Islamic law is the most extensive (*āmm*) and non-personal (*tafwīzī/ghayr al-zātī*) *wilāya* over the country. Therefore, the fact that the head of state (*imām/khalīfa*) has *wilāya āmma* (general political power) means that he has the most comprehensive and hierarchically superior power over the country and nation.

Classifying *wilāya āmma* as *wilāya tafwīziyya* is of great importance in terms of revealing the nature of the relationship between sovereignty and political power in Islamic law. That

²⁵ For detailed knowledge about *wilāya āmma*, see Seyyid Bey. *Hilâfetin Mahiyyet-i Şer'iyyesi*, TBMM Matbaası, Ankara 1340, pp. 35 etc.; Miras, Kâmil. "Âmme Velâyeti", *İslâm-Türk Ansiklopedisi (Muhitü'l-Maârif)*, İstanbul 1360/1941, Vol. 1, pp. 444-449; Berki, Ali Himmet. "Âmme Velâyeti", *Türk Hukuk Ansiklopedisi*, 2 Vols., Ankara 1962, Vol. 2, pp. 932-933; Heffening, [Wilhelm]. "Vilâyet", *MEB İslâm Ansiklopedisi*, 13 Vols., İstanbul 1993, Vol. 13, pp. 316-317; Eskicioğlu, Osman. "Âmme Velâyeti", *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, No. 6, 1989, pp. 415-447; Hammād, Neẓih. *Nazariyya al-Wilāya fī al-Sharīa al-İslāmiyya*, Dār al-Qalam and al-Dār al-Shāmiyya, Damascus/Beirut 1414/1994, pp. 17 etc.

²⁶ Tunaya, *Türkiye'nin Siyasî Gelişmeleri*, pp. 115-117.

²⁷ al-Māwardī, Abū al-Hasan Alī b. Muhammad b. Habīb. *al-Ahkām al-Sultāniyya wa al-Wilāyāt al-Dīniyya*, ed. Ahmad Mubārak al-Baghdādī, Maktaba Dār Ibn Qutayba, Kuwait 1409/1989, p. 29; Abū Ya'lā, Muhammad b. al-Husayn al-Farrā. *el-Ahkām al-Sultāniyya*, Dār al-Kutub al-İlmiyya, Beirut 1403/1983, p. 28. Also see Ibn al-Arabī, Vol. 4, pp. 59-63.

²⁸ al-Kāsānī, Alāuddīn Abū Bakr b. Mas'ūd. *Badāi' al-Sanāi' fī Tartīb al-Sharāi'*, 7 Vols., Dār al-Kutub al-İlmiyya, Beirut n.d., Vol. 5, p. 152; Berki, Ali Himmet. *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, Diyanet İşleri Reisliği Yayınları, Ankara 1955, p. 139.

²⁹ Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku*, p. 139; Berki, "Âmme Velâyeti", Vol. 2, p. 933; Zaydān, Abd al-Karīm. *al-Madkhal li Dirāsa al-Sharīa al-İslāmiyya*, Dersaadet Basım ve Dağıtım, İstanbul n.d., p. 280 (Under the title of *wilāya niyābiyya*).

wilāya āmma is in nature of wilāya tafwīziyya indicates that according to Islamic law, political power does not originate from the personalities and will of the rulers and that it is an authority granted to them from outside and does not constitute a subjective right for them. Hence, political power is a power in the nature of representation or deputation and of a revocable authority.³⁰ This determination points to the fact that the concepts of sovereignty and political power in Islamic law have been distinguished from each other since the beginning. Wilāya āmma (political power) consists of an authority that the rulers receive from the sovereign will, that is, the will of the nation. The rulers, through political power, have the right to exercise state powers on behalf of society, as its representatives and proxies. As a matter of fact, in Islamic law, the relationship between the sovereignty of the society and the political power is characterised as a contract (aqd).³¹

The concept of political power defined in Islamic law also demonstrates that the generalist determination that the distinction between sovereignty and power could not be made in the past³² and that the distinction in question is a result of contemporary state thought³³ is incorrect. It is true that until recently, sovereignty was considered the same as political power in Western legal thought. However, from the very beginning, Islamic law has clearly established that sovereignty and the political power derived from it are separate concepts.³⁴ This fact proves that the historical priority in distinguishing the concepts of sovereignty and power belongs to Islamic law.

CONCLUSION

The determining constituent in defining the concept of the state of law is what is meant by the term law in the phrase. Unless law is accepted as a whole of values and principles independent of, above and prioritising to the sovereign will, whether this will belongs to a monarch, an oligarch or a society, any criterion to be developed to define the state of law will be inadequate. Accordingly, it is understood that the principle of sovereignty within the law is the most fundamental criterion for the state of law. We believe that Islamic legal thought, by defining sovereignty as a limited authority within 'the law not created by itself', can make a significant contribution to the principle of the rule of law, which faces a philosophical justification dilemma in Western legal thought.

In Islamic legal thought, the distinction between sovereignty and political power, which is another indispensable criterion in terms of the state of law, has also been clearly determined from the beginning, at least on a principled level. In the public law doctrine of Islam, political

³⁰ Tunaya, *Türkiye'nin Siyasî Gelişmeleri*, pp. 116-117.

³¹ By this we mean the imamate contract (aqd al-imāma). See al-Juwaynī, Imām al-Haramayn Abū al-Maālī Abd al-Malik b. Abd Allāh. *Ghiyās al-Umam fī Iltiyās al-Zulam*, Maktaba Imām al-Haramayn, Matbaa Nahda, Egypt 1401, p. 27; al-Juwaynī, Imām al-Haramayn Abū al-Maālī Abd al-Malik b. Abd Allāh. *Kitāb al-Irshād ilā Qavāti' al-Adilla fī Usūl al-I'tiqād*, Muassasa al-Kutub al-Saqāfiyya, Beirut 1413/1992, pp. 357-358; al-Māwardī, p. 9.

³² Burdeau, Georges. *Traité de Science Politique*, Tome II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1949, pp. 260 etc. Also see. Tunaya, *Türkiye'nin Siyasî Gelişmeleri*, p. 115.

³³ See Tunaya, Tarık Zafer. *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1980, p. 152; Özek, Çetin. *Siyasî İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1967, p. 43.

³⁴ Cf. Tunaya, *Türkiye'nin Siyasî Gelişmeleri*, p. 117.

power is not a subjective right that the rulers have of their own accord, but an authority based on the will of the sovereign, representing the society and exercised by proxy. The relationship between the sovereign will and political power is a contract (aqd) in its legal sense. In Western legal thought, on the other hand, the distinction in question was reached at a rather late period. This determination also proves that the generalising approach, which centres on the development of legal thought in the West and argues that the distinction between sovereignty and political power is only a consequence of the contemporary concept of the state, is not accurate. In this respect, the importance of explaining and emphasising the principles developed in Islamic legal thought regarding sovereignty, political power and their distinction cannot be denied, not only in terms of contribution to universal legal thought, but also in terms of Muslim societies' internalisation of the concept of the state of law.

Conflict of Interest

There is no conflict of interest.

Author Contributions

The authors did not specify the contribution rate.

REFERENCES

- Abū Ya'lā, Muhammad b. al-Husayn al-Farrā. *el-Ahkām al-Sultāniyya*, Dār al-Kutub al-Ilmiyya, Beirut 1403/1983.
- Berki, Ali Himmet. *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, Diyanet İşleri Reisliği Yayınları, Ankara 1955.
- Berki, Ali Himmet. "Âmme Velâyeti", *Türk Hukuk Ansiklopedisi*, 2 Vols., Ankara 1962, Vol. 2, pp. 932-933.
- Beyoğlu, Cem Ümit. "Hukukun Üstünlüğü Perspektifinden Uluslararası Ceza Yargısının Tarihsel Gelişimi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 6, No. 2, (2023), pp. 705-729.
- Burdeau, Georges. *Traité de Science Politique*, Tome II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1949.
- Burnay, Matthieu. *Chinese Perspectives on the International Rule of Law*, Edward Elgar Publishing Limited, UK 2018.
- Carré de Malberg, R. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, 2 Vols., Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris 1920-1922.
- Coker, Francis W. "Sovereignty", *Encyclopaedia of the Social Sciences*, 15 Vols., The

- MacMillan Company, New York 1957, Vol. 14, pp. 265-269.
- Deb, Anurag. “Parliamentary Sovereignty and the Protocol Pincer”, *Legal Studies*, Vol. 43, No. 1, (2023), pp. 47-65.
- Dicey, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Liberty Classics, Indianapolis 1982.
- Duguit, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome Premier (*la Règle de Droit - le Problème de l'État*), Deuxième Édition, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs, E. de Boccard, Successeur, Paris 1921.
- Efendizāde Alī Haydar, Hoca Emīn. *Durar al-Hukkām Sharh Majalla al-Ahkām*, 4 Vols., Matbaa-i Tevsī-i Tibāat, İstanbul 1330.
- Eskicioğlu, Osman. “Âmme Velâyeti”, *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, No. 6, (1989), pp. 415-447.
- Goodhart, Arthur L. “Rule of Law and Absolute Sovereignty”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 106, No. 7, (1958), 943-963.
- Hammād, Nezh. *Nazariyya al-Wilāya fī al-Sharīa al-İslāmiyya*, Dār al-Qalam and al-Dār al-Shāmiyya, Damascus/Beirut 1414/1994.
- Heffening, [Wilhelm]. “Vilâyet”, *MEB İslâm Ansiklopedisi*, 13 Vols., İstanbul 1993, Vol. 13, pp. 316-317.
- Heller, Hermann. “Power, Political”, *Encyclopaedia of the Social Sciences*, 15 Vols., The MacMillan Company, New York 1957, Vol. 13, pp. 300-305.
- Hiebert, Janet L. “The Human Rights Act: Ambiguity about Parliamentary Sovereignty”, *German Law Journal*, Vol. 14, No. 12, (2013), pp. 2253 – 2274.
- Ibn al-Arabī, Abū Bakr Muhammad b. Abd Allāh. *Ahkām al-Qur’ān*, 4 Vols., Dār al-Kutub al-İlmiyya, Beirut 1408/1988.
- al-Juwaynī, Imām al-Haramayn Abū al-Maālī Abd al-Malik b. Abd Allāh. *Ghiyās al-Umam fī İltiyās al-Zulam*, Maktaba Imām al-Haramayn, Matbaa Nahda, Egypt 1401.
- al-Juwaynī, Imām al-Haramayn Abū al-Maālī Abd al-Malik b. Abd Allāh. *Kitāb al-İrshād ilā Qavāti’ al-Adilla fī Usūl al-İ’tiqād*, Muassasa al-Kutub al-Saqāfiyya, Beirut 1413/1992.
- Kapani, Münci. *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, Ankara 1992.
- al-Kāsānī, Alāuddīn Abū Bakr b. Mas’ūd. *Badāi’ al-Sanāi’ fī Tartīb al-Sharāi’*, 7 Vols., Dār al-Kutub al-İlmiyya, Beirut n.d.
- Kaya, Mevlüt Alper. “Egemenlik Kavramı ve Siyasi Düşünürler”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 5, No. 1, 2022, pp. 213-235.
- Laski, Harold, J. *A Grammar of Politics*, George Allen and Unwin Ltd., London 1938.
- Malcolm, Joyce Lee. “Freedom and the Rule of Law: The Ingenious English Legacy”, *Freedom and the Rule of Law*, ed. Anthony A. Peacock, Lexington Books, Maryland 2010, pp. 23-40.

- al-Māwardī, Abū al-Hasan Alī b. Muhammad b. Habīb. *al-Ahkām al-Sultāniyya wa al-Wilāyāt al-Dīniyya*, ed. Ahmad Mubārak al-Baghdādī, Maktaba Dār Ibn Qutayba, Kuwait 1409/1989.
- McGarry, John. “The Principle of Parliamentary Sovereignty”, *Legal Studies*, Vol. 32, No. 4, (2012), pp. 577-599.
- Miras, Kâmil. “Âmme Velâyeti”, *İslâm-Türk Ansiklopedisi (Muhitü'l-Maârif)*, İstanbul 1360/1941, Vol. 1, pp. 444-449.
- Mockle, Daniel. “L'État de Droit et la Théorie de la Rule of Law”, *Les Cahiers de droit*, Vol. 35, No. 4, 1994, pp. 823-904.
- Mohl, Robert von. *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Erster Band, Zweite umgearbeitete Auflage, Tübingen 1844.
- Mutawallī, Abd al-Hamīd. *al-Islām wa Mabādiu Nizām al-Hukm fī al-Marksiiyya wa al-Dimuqratiyya al-Gharbiyya*, Munshaat al-Maârif, Alexandria n.d.
- al-Najjār, Abd al-Majīd. *Hilāfat al-Insān bayn al-Wahy wa al-Aql (Bahs fī Jadaliyyat al-Nass wa al-Aql wa al-Wāqi')*, al-Ma'had al-Alamī li al-Fikr al-İslāmī, Herndon 1413/1993.
- Özçelik, A. Selçuk. “İslām Hukukuna Göre Devlet ve Ferd Münasebetleri”, *A. Samim Gönensay'a Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1955, pp. 533-556.
- Özek, Çetin. *Siyasî İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1967.
- Seyyid Bey. *Hilâfetin Mahiyet-i Şer'iyyesi*, TBMM Matbaası, Ankara 1340.
- Şener, Mehmet. “İslām Hukukunda Velâyet I”, *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, No. 2, (1985), pp. 203-221.
- Şener, Mehmet. “İslām Hukukunda Velâyet II”, *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, No. 3, 1986, pp. 161-180.
- Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 1991.
- Tunaya, Tarık Zafer. *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1980.
- Tunaya, Tarık Zafer. *Türkiye'nin Siyasî Gelişmeleri (Eski Türkler, İslām Devleti, Osmanlı Devletinin Kuruluşu)*, Baha Matbaası, İstanbul 1970.
- Türcan, Talip. *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2001.
- Türcan, Talip. “İslām Hukukunda Hukuk Devleti Kavramının Teorik Temelleri Üzerine”, *İslâmî Araştırmalar*, Vol. 14, No. 2, 2001, pp. 245-251.
- al-Zarqā, Mustafā Ahmad. *al-Fiqh al-İslāmī fī Sawbih al-Jadīd*, 3 Vols., Dār al-Fikr, Damascus 1967-1968.
- Zaydān, Abd al-Karīm. *al-Madkhal li Dirāsa al-Sharīa al-İslāmiyya*, Dersaadet Basım ve

Dağıtım, İstanbul n.d.

Zorlu, Süleyman Emre. “Eski Türklerde ve Osmanlı Devletinde Meşruiyet İnancı Bağlamında Devlet Başkanının Belirlenmesi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 5, No. 2, 2022, pp. 501-533.

Whistleblowing im türkischen Recht

Esra ÖZEN ^{1*} 

¹ Wissenschaftliche Mitarbeiterin, juristische Fakultät der Universität Göttingen, Deutschland

Aufsatzinformationen

ZUSAMMENFASSUNG

Aufsatzgeschichte

Abgabedatum: 01.11.2023

Annehmungsdatum:
20.01.2024

Erscheinungsdatum:
14.07.2024

Schlüsselwörter:

Whistleblowing im türkischen Recht, öffentliches Interesse, Rechtsdurchsetzung, türkische Rechtsprechung zum Whistleblowing, Angst vor Repressalien

Whistleblowing ist die Aufdeckung von Missständen, die Interessen der Allgemeinheit beeinträchtigen. Durch das Whistleblowing wird die Durchsetzung des geltenden Rechts verbessert. Im türkischen Recht ist das Whistleblowing hingegen gesetzlich nur teilweise geschützt. Die in unterschiedlichen Gesetzen zu findenden Normen zum Schutz von Hinweisgebern bieten keinen hinreichenden Schutz für Whistleblower. Diese sehen beispielsweise nur Schutz vor Kündigung, untersagen aber nicht ausdrücklich weitere Repressalien wie Mobbing, Diskriminierung, etc., die die Hinweisgeber bedrohen würden. Die Angst der potenziellen Hinweisgeber vor Benachteiligungen wie z.B. Bezeichnung als „*Ispiyoncu*“ in der Türkei ist zudem sachlich begründet. Hierzu gibt es zahlreiche empirische Befunde im türkischen Sprachraum. Der türkische Gesetzgeber muss sich daher für einen effektiven Schutz von Hinweisgebern einsetzen, und den möglichen Hemmnissen vor einem Whistleblowing im privaten und im öffentlichen Sektor entgegenwirken. Auf diese Weise könnte das Whistleblowing zu der Durchsetzung des türkischen Rechts beitragen.

Whistleblowing in Turkish law

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 01.11.2023

Accepted: 20.01.2024

Published: 14.07.2024

Keywords:

Whistleblowing in Turkish law, Public interest, Law enforcement, Turkish case law on whistleblowing, Fear of reprisals

Whistleblowing is a disclosure of wrongdoing that harms public interest. Whistleblowing improves the efficiency of law enforcement. In Turkish law, however, whistleblowing is only partially protected. The whistleblower protection standards found in various acts do not provide sufficient protection for whistleblowers. For example, these only offer protection against dismissal, but do not explicitly prohibit further retaliations such as bullying, discrimination, etc., which would threaten whistleblowers. The fear of potential whistleblowers of being discriminated against, such as being called a “*Ispiyoncu*” in Turkey, is empirically confirmed. There are numerous studies on this. Therefore, Turkish lawmakers must act to provide an effective protection for whistleblowers and counteract the potential obstacles to whistleblowing in the private and public sectors. In this way, whistleblowing could serve the effective enforcement of Turkish law.

To cite this article:

Özen, E. (2024). “Whistleblowing im türkischen Recht”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cumhuriyet’in 100’üncü Yılı Armağanı, s. 350-369. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.121>

*Sorumlu Yazar: Esra Özen, esra.oezen@jura.uni-goettingen.de



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

EINLEITUNG

Whistleblowing ist nach einer oftmals zitierten Definition von *Near/Miceli* die Aufdeckung von Missständen wie Gesetzesverstöße durch Beschäftigte gegenüber demjenigen, der in der Lage ist, diese Missstände abzustellen.¹ Das Whistleblowing hat eine gesetzliche Definition bisher – soweit es ersichtlich ist – nicht erfahren, obwohl das Whistleblowing durch verschiedene Rechtsordnungen wie u.a. zahlreiche US-amerikanischen Gesetzen thematisiert worden ist, die sich seit Jahren mit dem Whistleblowing beschäftigen.² Dies gilt auch für die am 29. Oktober 2019 vom europäischen Gesetzgeber erlassene Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden.³ Die Richtlinie legt europäische Mindeststandards des Whistleblower-Schutzes fest, diese definiert aber das Whistleblowing auch nicht. Ungeachtet seiner weltweit unterschiedlichen Regulierung⁴ weist das Whistleblowing einiges Gemeinsames auf; es geht um einen freiwilligen Beitrag zur Rechtsdurchsetzung durch Personen wie Arbeitnehmer, die einen privilegierten Zugang zu Betriebsinterna haben und deshalb oftmals besser als andere Rechtsdurchsetzungsmittel wie staatliche Aufsicht in der Lage sind, Missstände, die öffentliche Interessen wie Gesundheit und Sicherheit der Allgemeinheit gefährden, zeitnah zu entdecken, und diese durch Anzeige bei zuständiger Stellen zu verhindern.⁵ Diese Personen erfahren hingegen rechtliche und zwischenmenschliche Nachteile. Zu nennen ist beispielsweise strafrechtliche Verfolgung von Whistleblowern *Antoine Deltour* und *Raphaël Halet*, Mitarbeiter einer Unternehmensberatung in Luxemburg, die es aufgedeckt haben, dass ihr Unternehmen mehr als dreihundert multinationalen Konzernen dabei geholfen hat, Behörden jahrelang eine Bezahlung von dutzender Milliarden Euro Steuergelder zu vermeiden.⁶ Ein weiteres Beispiel ist die Kündigung einer Tierärztin in einem Schlachthof in Bad Bramstedt, Deutschland. Sie hatte es öffentlich bekannt gegeben, dass es einen Verdacht zu einer BSE-Erkrankung bei Rindern gibt.⁷ Zumal sie durch eine Meldung bei ihrem Arbeitgeber und externer Stellen keine Abhilfe zur Aufklärung der Gesundheits- und Sicherheitsbedenken erhalten konnte.⁸ Ein letztes Beispiel ist die Kündigung und strafrechtliche Verfolgung von *Veysi Mungan*, ein ehemaliger Mitarbeiter eines Istanbuler Betriebs des schweizerischen Pharmakonzerns Roche. Er hatte schwere Missstände wie u.a. Kartellabsprachen und Bestechung von Ärzten sowie Betrug der staatlichen Krankenkassen angezeigt.⁹ Seine Anzeige hat zwar

¹ Near, Janet P./ Miceli, Marcia P. "Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing", *Journal of Business Ethics*, Vol.4, Nr. 1, 1985, 1-16, s. 2.

² Gerdemann, Simon. *Transatlantic Whistleblowing: rechtliche Entwicklung, Funktionsweise und Status quo des Whistleblowings in den USA und seine Bedeutung für Deutschland*, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht: StudIPR, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018.

³ ABl. EU Nr. L 305, 17; RL (EU) 2019/1937, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937>. Näher zu dem Inhalt der Richtlinie unter dem Abschnitt I.

⁴ Graser, Daniela. *Whistleblowing: Arbeitnehmeranzeigen im US-amerikanischen und deutschen Recht*, Europäische Hochschulschriften/2 - PL Acad. Research, Frankfurt am Main, 2000; Beyer, Ulrich. *Whistleblowing in Deutschland und Großbritannien: ein Vergleich anhand der Umsetzung von Art. 11 Abs. 1 und 6 RL 89/391 EWG*, Europäische Hochschulschriften/2 - PL Acad. Research, Frankfurt am Main, 2013; Düsel, Jens. *Gespaltene Loyalität: Whistleblowing und Kündigungsschutz in Deutschland, Grossbritannien und Frankreich*, 1. Auflage Arbeits- und Sozialrecht, Bd. 111, Nomos, Baden-Baden, 2009; siehe ebenso die wissenschaftliche Untersuchung zu dem türkischen Whistleblower-Recht in deutscher Sprache, Özen, Esra. *Der gute Glaube eines Whistleblowers*, geplantes Erscheinen Frühjahr 2024.

⁵ Erwägungsgrund Nr. 3, 7, 39 der Hinweisgeberschutz-RL.

⁶ EGMR (Große Kammer), 14.2.2023 - 21884/18 - Luxleaks, Urt.; Gerdemann, Simon. „Der LuxLeaks-Skandal vor dem EGMR – Anmerkung zu EGMR v. 11.05.2021 – Nr. 21884/18 – Halet / Luxembourg“, *HSI-Report 2/2021*, 14- 23, s. 14; Meyer, Frank. "LuxLeaks, Cum-Ex & Co - Neue Leitlinien des EGMR für Whistleblowing in transnationalen Kontexten und gesetzgeberischer Handlungsbedarf", *Juristenzeitung* Vol. 78, Nr. 7, 2023, 261–270, s. 267.

⁷ Deiseroth, Dieter. *Whistleblowing in Zeiten von BSE: der Fall der Tierärztin Dr. Margrit Herbst*, Schriftenreihe Wissenschaft in der Verantwortung, Berlin Verlag Arno Spitz, Berlin, 2001.

⁸ Deiseroth, s. 30 ff.

⁹ Siehe eine kurze Darstellung vom Fall *Mungan*, Ayar, Murat. *Sağlık Sektöründe Açık Etme (Whistleblowing)*, 1.

dem Staat geholfen, weitere Milliarden Lira Schaden zu vermeiden, diese hat ihm allerdings seine Karriere gekostet.

Auf die Anzeige eines Arbeitnehmers reagieren Arbeitgeber im türkischen Recht oftmals mit einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses gem. § 25 Abs. 2 lit. b des türkischen Arbeitsgesetzes. Sie behaupten, dass die Anzeige des Arbeitnehmers beleidigend bzw. Kredit-schädigend ist.¹⁰ Nach § 25 Abs. 2 lit. b des türkischen Arbeitsgesetzes ist es ein Grund für eine außerordentliche Kündigung, dass ein Arbeitnehmer Ehre und Ansehen seines Arbeitgebers oder dessen Familienmitglieder durch sein Verhalten oder durch haltlose Vorwürfe schädigt oder er den Ruf des Arbeitgebers durch unhaltbare Beschuldigungen verletzt. Bei einem Hinweis des Arbeitnehmers beispielsweise auf Sozialkassenbetrug fühlen sich Arbeitgeber beleidigt.¹¹ Darüber hinaus begründet die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen eine fristlose Kündigung im türkischen Recht. Ein Arbeitnehmer, der Betriebsinterna entgegen seiner Loyalitätspflicht aus § 2 des türkischen Zivilgesetzbuchs i.V.m. § 25 Abs. 2 lit. e des türkischen Arbeitsgesetzes nach außen trägt, verstößt gegen das Vertrauen des Arbeitgebers. Demzufolge wird der Arbeitnehmer nach Maßgaben des § 26 Abs. 2 des türkischen Arbeitsgesetzes i.V.m. §§ 49 ff. des türkischen Obligationengesetzes und § 239 des türkischen Strafgesetzes zivil- und strafrechtlich verfolgt.

Neben rechtlichen Konsequenzen einer Aufdeckung von rechtswidrigen betrieblichen Vorkommnissen erleiden Whistleblower weitere Nachteile wie zwischenmenschliche Benachteiligungen, die meistens schwer nachzuweisen und zu verhindern sind.¹² Dazu zählt beispielsweise Mobbing. Hinweisgeber können in ihrem sozialen Umfeld als „Nestbeschmutzer“ benannt werden und/oder sie können eine soziale Ausgrenzung erfahren.¹³ Empirische Studien aus dem türkischen Sprachraum bestätigen, dass sich potenzielle Hinweisgeber Missstände, die sie am Arbeitsplatz beobachtet haben, eher anonym melden wollen, weil sie sich dafür Sorgen machen, als „Ispiyoncu“ genannt zu werden.¹⁴ Die soziale Ausgrenzung als ein „Ispiyoncu“ stellt sich ebenso wie die Angst vor Kündigung und vor weiteren rechtlichen Folgen des Whistleblowings als zentrale Hemmungsfaktor dar.¹⁵ Deswegen halten sich potenzielle Hinweisgeber von einem Whistleblowing zurück. Zusammenfassend sind es all diesen Personen gemeinsam, dass sie Missstände aufdecken, die das öffentliche Interesse, wie z. B. die Steuergerechtigkeit, öffentliche Gesundheit und Sicherheit, beeinträchtigen, und sie werden trotzdem gekündigt, strafrechtlich verfolgt oder sie setzen sich interpersonellen Repressalien aus. Zum Schutz der Hinweisgeber bedarf es rechtlichen Mitteln.

Aus diesem Anlass untersucht der vorliegende Beitrag die Fragen, auf welcher normativen

Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2020, s. 52.

¹⁰ Y7HD 24.10.2016, E. 2016/12401, K. 2016/17196.

¹¹ Y22HD 2.3.2016, E. 2014/33470, K. 2016/6083; Y22HD 24.11.2011, E. 2011/3629, K. 2011/5892.

¹² Park, Heungsik/ Bjørkelo, Brita/ Blenkinsopp, John. „External Whistleblowers’ Experiences of Workplace Bullying by Superiors and Colleagues“, *Journal of Business Ethics* Vol. 161, Nr. 3, 2020, 591- 601, s. 594.

¹³ Graser, s. 167.

¹⁴ Nayır, Dilek Zamantılı/ Herzig, Christian. "Value Orientations as Determinants of Preference for External and Anonymous Whistleblowing", *Journal of Business Ethics* Vol. 107, Nr. 2, 2012, 197-213, s. 209; Şivil Hacer und Baraz, A. Barış. "Turkish Students’ Attitudes and Intentions Towards Whistleblowing", *Stratejik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Vol. 101, Nr. 1, 2019, 101-122, s. 106 f.; Aktan, Coşkun Can. "Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlaki Tepki ve Vijdani Red Davranışı : WHISTLEBLOWING", *Mercek Dergisi*, Cilt. 7, Sayı. 2, 2006 Ekim, 1- 13, s. 3; Bayrakçı, Eylem/ Kayalar, Murat. "İfşa Davranışının Prososyal Davranışlar Bağlamında Değerlendirilmesine Yönelik Teorik Bir İnceleme A Theoretical Research Of Whistleblowing Behavior For Evaluation In Context Of Prosocial Behaviors", *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 15, 2016, 120-131, s. 130.

¹⁵ Siehe eine Darstellung der empirischen Befunde, Özen, s. 10 ff.

Grundlage das Whistleblowing in der Türkei geschützt wird (I) und wie die türkischen Gerichte mit dem Whistleblowing umgehen (II). Anschließend unterbreitet der Beitrag einige Vorschläge zur Verbesserung des Whistleblower-Schutzes in der Türkei (III). Schließlich wird das Ergebnis der Untersuchung dargestellt.

I. NORMATIVE GRUNDLAGE DES WHISTLEBLOWINGS IM TÜRKISCHEN RECHT

Whistleblowing ist ein wesentliches Instrument zur effektiven Rechtsdurchsetzung. Weltweit verfügen mehr als 170 Staaten über Regelungen zum Schutz von Personen, die durch ihre Anzeige zur Rechtsdurchsetzung beitragen können.¹⁶ Unter diesen Staaten bieten nach Angaben einer Studie ungefähr 60 Staaten wie u.a. europäische Länder einen umfassenden Schutz für Hinweisgeber in öffentlichem und privatem Sektor. Ungefähr 15 Länder hingegen schützen Hinweisgeber in Bezug auf bestimmte Gesetze wie Arbeitsschutzgesetze und nur mangelhaft.¹⁷ Die Türkei gehört zu dieser letzten Gruppe der Länder. Dies lässt sich am besten dadurch veranschaulichen, dass die Schutzmaßnahmen der europäischen Richtlinie (EU) 2019/1937 (im Folgenden: RL) zuerst kurz skizziert werden.¹⁸ Die RL legt im Wege der Pflicht zu der Umsetzung der RL in die nationalen Rechte der Mitgliedstaaten einheitliche, gemeinsame Mindeststandards des Hinweisgeberschutzes in Europa fest.

Die RL hat einen weiten sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich; vom Schutz ist zwar zuerst nur die Aufdeckung von Verstößen gegen die im Art. 2 der RL aufgelisteten Akte des Unionsrechts erfasst. Die Mitgliedstaaten sind allerdings daran nicht gehindert, den sachlichen Anwendungsbereich des Schutzes zu erweitern.¹⁹ Nach Art. 4 der RL genießen nicht nur Beschäftigte von öffentlichem und privatem Sektor Schutz, sondern u.a. auch Personen, die im Vorfeld eines Beschäftigungsverhältnisses von Missständen erfahren haben, oder die ihre Arbeitsverhältnisse inzwischen beendet sind, sowie Dritte wie Kollegen des Hinweisgebers. Hinweisgeber sind vor mit dem Whistleblowing zusammenhängenden Repressalien aller Art wie Kündigung, Mobbing, Ausgrenzung, Versetzung, etc. geschützt.²⁰ Zudem sind die Mitgliedstaaten gem. Art. 8 der RL verpflichtet, es sicherzustellen, dass Unternehmen mit einer Größe von mindestens 50 Beschäftigten interne Meldekanäle einrichten. Ebenso müssen zuständige Behörde ernannt werden, die als Whistleblowing-Behörden Meldungen von Verstößen entgegennehmen, diese Meldungen unabhängig und autonom bearbeiten, und erforderliche Maßnahmen ergreifen.²¹ Um die Maßregelungen abzustellen, ist es zudem vorgesehen, dass interne und externe Meldestelle die Identität des Hinweisgebers geheim halten müssen, sog. Vertraulichkeitsgebot, gem. Art. 16 der RL. Schließlich lässt sich die Beweislastumkehr erwähnen, welche in der Praxis von erheblicher Bedeutung für Hinweisgeberschutz hat. Da es Hinweisgebern meistens nicht gelingt, den Zusammenhang zwischen dem Whistleblowing und Repressalie nachzuweisen, liegt nach Art. 21 Abs. 5 der RL eine Vermutung vor, dass die Benachteiligung des

¹⁶ Banisar, David. "(6) (PDF) Map of National Whistleblowing Laws - June 2023", ResearchGate, 1. Februar 2011, https://www.researchgate.net/publication/371912348_Map_of_National_Whistleblowing_Laws_-_June_2023.

¹⁷ Banisar, David. "(6) (PDF) Map of National Whistleblowing Laws - June 2023", ResearchGate, 1. Februar 2011, https://www.researchgate.net/publication/371912348_Map_of_National_Whistleblowing_Laws_-_June_2023.

¹⁸ Mitgliedstaaten mussten die RL gem. Art. 26 Abs. 1 der RL bis zum 17. Dezember 2021 umsetzen. Der Stand der Umsetzungsprozesse in den Mitgliedstaaten lässt sich unter der folgenden Adresse ansehen, <https://www.whistleblowingmonitor.eu/>.

¹⁹ Colneric, Ninon/ Gerdemann, Simon. *Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in deutsches Recht Rechtsfragen und rechtspolitische Überlegungen*, Bd. HSI-Schriftenreihe Band 34, Bund Verlag, Frankfurt am Main 2022, s. 22 ff.; Grimm, Detlef/ Singraven, Jonas. "Die neue Whistleblowing-Richtlinie der EU", *Der Arbeits-Recht-Berater*, 2019, 241–245, s. 243 ff.

²⁰ Art. 5 Nr. 11 i.V.m. Art. 19 der RL.

²¹ Art. 10 ff. der RL.

Hinweisgebers als eine Repressalie für seinen Hinweis erfolgt hat; in diesem Fall muss derjenige, der die den Hinweisgeber benachteiligende Maßnahme ergriffen hat, nachweisen, dass sich die Maßnahme nicht auf den Hinweis beruht.²²

Im Vergleich zu diesen Maßnahmen der RL zum Schutz von Hinweisgebern bietet das türkische Recht den Hinweisgebern keinen hinreichenden Schutz.²³ Das Whistleblowing hat im türkischen Recht eine zersplitterte Rechtsgrundlage. Ein Schutz für Hinweisgeber ergibt sich aus den verfassungsrechtlichen, schuldrechtlichen und Rechtsbereich-spezifischen Vorgaben.

Das Whistleblowing fällt zuerst in die in den Art. 25 und 26 der türkischen Verfassung geschützte Meinungsfreiheit.²⁴ Gem. Art. 25 genießt jedermann Meinungs- und Überzeugungsfreiheit.²⁵ Demnach darf niemand wegen seiner Meinungen und Überzeugungen gerügt oder einem Schuldvorwurf ausgesetzt werden. Weiterhin räumt Art. 26 der Verfassung jedermann u. a. das Recht ein, seine Meinungen und Überzeugungen in Wort, Schrift, Bild oder auf anderem Wege allein oder gemeinschaftlich zu äußern und zu verbreiten. Nach Art. 26 Abs. 2 der Verfassung darf die Meinungsäußerungsfreiheit u.a. zum Schutz des guten Rufs oder der Rechte sowie des Privat- oder Familienlebens anderer oder von durch das Gesetz vorgesehenen Berufsgeheimnissen beschränkt werden. Die positive Pflicht des türkischen Rechtsstaats i.S.d. Art. 2 und 5 der Verfassung spricht dafür, dass die Grundrechte in einem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber gewährt bleiben.²⁶ Rechte und Pflichten aus einem Arbeitsverhältnis müssen im Lichte der Grundrechte ausgelegt werden. Eine Einschränkung der Meinungsfreiheit erfolgt nach Maßgaben des Art. 13 der Verfassung. Demnach dürfen die Grundrechte und Freiheiten – sofern ihr Kern nicht berührt ist – nur durch Gesetze und aus den in den Gesetzen vorgesehenen Gründen beschränkt werden, und diese Beschränkung muss zur Erreichung eines legitimen Zwecks erfolgen und dies in einer demokratischen Gesellschaft und der laizistischen Republik erforderlich und verhältnismäßig sein. Die Verhältnismäßigkeit der Beschränkung der Meinungsfreiheit erfordert eine Abwägung der Interessen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Einzelfall, in der Gesichtspunkte wie Motivation des Arbeitnehmers, die Möglichkeit zu einer internen Abhilfe berücksichtigt werden.²⁷

Ein Schutz für Hinweisgeber könnte sich weiterhin daraus ergeben, dass die Loyalitätspflicht der Arbeitnehmer nicht so weit ausgelegt wird, dass diese u.a. die Geheimhaltung der betrieblichen Missstände umfasst. Gem. § 396 des türkischen Obligationengesetzes sind Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber zur Loyalität verpflichtet, d. h. sie müssen u. a. das Interesse des Arbeitgebers an der Geheimhaltung der Geschäftsgeheimnisse wahrnehmen.²⁸ Diese Pflicht der Arbeitnehmer wird im Verhältnis mit dem Grundsatz von Treu und Glauben i.S.d. § 2 des türkischen Zivilgesetzbuches

²² David, Johnson. "Die Regelung zur Beweislastumkehr nach Maßgabe des Richtlinienentwurfs der EU-Kommission zum Schutz von Hinweisgebern – Quell eines institutionellen Rechtsmissbrauchs?", *Corporate Compliance Zeitschrift*, Nr. 2, 2019, 66–71, s. 69 ff.; Zimmer, Mark/ Schwung, Benita. "Hilfe für Hinweisgeber – Beweislastumkehr nach § 36 II HinSchG-RegE", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, Nr. 17, 2022, 1167–1172, s. 1170 f.

²³ Alp, Mustafa. *Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi-Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırılıkları İş Hakkı ve İhbar Borcu-(Whistleblowing)*, 1. Baskı Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 240 ff.

²⁴ Gesetz Nr. 2709, RG: 9.11.1982/17863. Eine türkische Fassung der Verfassung ist abrufbar unter, <https://www.mevzuat.gov.tr/>.

²⁵ Die Übersetzung der türkischen Verfassung ist entnommen, siehe Rumpf, Christian. „Die Verfassung der Republik Türkei, Stand Januar 2021“, 1982.

²⁶ Kaya, Kamuran. "Dinamik Hak Anlayışı Doğrultusunda İfade Özgürlüğü Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülüğü", in *İfade Özgürlüğü Üzerine Makaleler Uluslararası Sempozyum 2017 Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi*, Matus Basımevi, Ankara 2017, s. 3.

²⁷ Näher dazu unter dem Abschnitt II.

²⁸ Uşan, M. Fatih. *İş hukukunda iş sırrının korunması: sır saklama ve rekabet yasağı*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 60 f.

teilweise dahingehend ausgelegt, dass Arbeitnehmer nicht zur Geheimhaltung von Missständen wie Gesetzesverstöße verpflichtet werden, weil Gesetzesverstöße nicht als „Geschäftsgeheimnis“ zu betrachten sind.²⁹ Eine Einigkeit über den Ausschluss der Missstände aus dem Begriff „Geschäftsgeheimnis“ findet sich allerdings nicht.³⁰ Da dieser Rechtsbegriff – anders als im deutschen Recht – im türkischen Recht keine gesetzliche Definition erfahren hat, besteht es auch keine Klarheit zu der Frage, ob eine Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen zur Aufdeckung von Missständen zulässig ist. So sieht beispielsweise § 5 Nr. 2 des deutschen GeschGehG³¹ vor, dass u.a. die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses nicht untersagt wird, wenn dies zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung, eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens erfolgt und dies geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Eine dem GeschGehG ähnliche Gesetzesinitiative im türkischen Recht gab es zwar aus dem Jahre 2011; der Gesetzentwurf über Geschäfts-, Bank- und Kundengeheimnisse.³² Der Entwurf konnte aber nicht zum Gesetz werden.³³ Das erklärte Ziel des Entwurfs war neben dem Schutz der einschlägigen Geheimnisse die Schaffung der Transparenz in den im Gesetz aufgelisteten Wirtschaftsbereichen, damit Wirtschaftsdelikte wie Geldwäsche und Finanzbetrüge verhindert bzw. effektiv verfolgt werden können. Eine mit dem § 5 Nr. 2 GeschGehG vergleichbare Norm fand sich jedoch in dem Entwurf nicht. § 3 Abs. 1 des Entwurfs sah es nur vor, dass die Offenlegung von Geheimnissen gegen dieses Gesetz nicht verstößt, wenn die Geheimnisse u.a. aufgrund eines Gesetzes oder zur Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht offengelegt worden sind.

Ferner können Hinweisgeber nach § 18 Abs. 3 lit. c des türkischen Arbeitsgesetzes vor Maßregelungen geschützt werden, wenn sie einen türkischen Kündigungsschutz genießen. Der gesetzliche Kündigungsschutz setzt für die Zulässigkeit einer Kündigung voraus, dass sich die Kündigung des Arbeitnehmers auf einen wirksamen Grund beruht.³⁴ Nach § 18 Abs. 3 lit. c des Arbeitsgesetzes stellt es ferner keinen wirksamen Grund für die Kündigung dar, dass ein Arbeitnehmer zur Wahrnehmung seiner gesetzlichen oder vertraglichen Rechte gegenüber den Interessen seines Arbeitgebers vor Gericht geht, die zuständige Behörde einschaltet oder an einem gerichtlichen Verfahren teilnimmt. Nach § 20 Abs. 2 S. 1 des Arbeitsgesetzes muss zwar der Arbeitgeber nachweisen, dass es für die Kündigung einen wirksamen Grund gibt. Behauptet der Arbeitnehmer hingegen, dass sich die Kündigung auf einen anderen Grund beruht, muss der Arbeitnehmer diese Behauptung nachweisen, gem. § 20 Abs. 2 S. 1 des Gesetzes. Für Hinweisgeber demgegenüber, die keinen gesetzlichen Kündigungsschutz genießen, bleibt § 17 des Abs. 6 S. 2 des Arbeitsgesetzes anwendbar. Arbeitgeber sind demnach schadenersatzpflichtig – sog. „*kötü niyet tazminatı*“ – wenn sie ihr Kündigungsrecht missbräuchlich, also im Widerspruch mit dem Grundsatz von Treu und Glauben i. S. d. § 2 des Zivilgesetzbuches ausüben.³⁵ Ein missbräuchlicher Ausspruch der Kündigung und somit

²⁹ Alp, s. 196 ff.

³⁰ Siehe kurze Darstellung der Diskussionen, Özen, s. 34 ff.

³¹ BGBl. 2019 I, S. 466. Durch das deutsche Geschäftsgeheimnisgesetz wurde die Richtlinie zum Schutz Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung ins deutsche Recht umgesetzt, ABl. EU Nr. L 157, 1.

³² Der Gesetzentwurf über Geschäfts-, Bank- und Kundengeheimnisse vom 25.10.2011, mit Nr. 1/483 ist abrufbar unter <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tasariasamalari/tbmmkms/tbmmkom/ticarisir.pdf>.

³³ Der Grund fürs Scheitern des Gesetzes ist nicht bekannt.

³⁴ Nach § 18 Abs. 1 des türkischen Arbeitsgesetzbuches unterliegt ein Arbeitnehmer dem gesetzlichen Kündigungsschutz, wenn sein Arbeitsverhältnis in einem Betrieb mit mindestens dreißig Beschäftigten ununterbrochen sechs Monate gedauert hat und er zum Zeitpunkt der Kündigung durch einen unbefristeten Arbeitsvertrag gebunden war; siehe eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und türkischen Kündigungsschutzes, Erbaş, Cevat Gökhan. *Die Entwicklung des türkischen Kündigungsschutzrechts bis zur Neufassung und Rechtsvergleich des neuen türkischen Kündigungsschutzrechts mit dem deutschen Kündigungsschutzrecht*, Berichte aus der Rechtswissenschaft, Shaker, Herzogenrath, 2010.

³⁵ Nach § 17 Abs. 6 S. 2 des Abs. 6 S. 2 des Arbeitsgesetzes muss der Arbeitgeber einen Schadenersatz i. H. v.

die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers liegt vor, wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner Anzeige gekündigt worden ist. Weitere Maßnahmen, die Hinweisgeber zum Schutz benötigen würden sind nicht vorgesehen. Eine ähnliche Regelung findet sich weiterhin in § 25 des Gesetzes zu Gewerkschaften und Tarifverträge.³⁶ Falls der Hinweisgeber ein Gewerkschaftsmitglied ist und seine Meldung als eine Ausübung gewerkschaftlichen Tätigkeit oder bzw. Ausübung seiner kollektivvertraglichen Rechte betrachtet werden kann, greift gem. § 25 Abs. 3 des Gesetzes ein Schutz vor Maßregelungen. Demnach dürfen sie nicht gekündigt werden. Ansonsten muss der Arbeitgeber gem. § 25 Abs. 4 des Gesetzes dem gekündigten Arbeitnehmer eine Entschädigung i.H.v. mindestens zwölfmonatigen Gehalt des Arbeitnehmers bezahlen. Ein Schutz bietet zudem § 8 Abs. 2 des türkischen Gesundheits- und Sicherheitsschutzgesetzes,³⁷ wenn der Hinweisgeber als Fachkraft beschäftigt ist, und im Rahmen seiner Aufgabe zur Unterstützung der Einhaltung der Gesundheits- und Sicherheitsnormen am Arbeitsplatz Missstände aufgedeckt hat. Nach § 8 Abs. 2 S. 3 des Gesetzes sollen Missstände bei zuständigen Stellen des Vertreters der Gewerkschaften und des Ministeriums der Arbeit und Soziales angezeigt werden, wenn der Arbeitgeber erforderliche Abhilfemaßnahmen innerhalb eines zumutbaren Zeitraums nicht ergriffen hat. Der Hinweisgeber ist gem. § 8 Abs. 2 S. 5 des Gesundheits- und Sicherheitsschutzgesetzes vor Repressalien geschützt, die sich aus seiner Meldung bei zuständiger Stelle ergeben würden.

Darüber hinaus finden sich keine bestimmten Meldestellen und-verfahren im türkischen Recht. Es fehlt an Betriebsräte, welche so eine Reihe von Pflichten zur Wahrung von Interessen der Arbeitnehmer gem. §§ 80 ff. BetrVG wie im deutschen Recht hätten.³⁸ Es liegt auch keine allgemeine Pflicht für Unternehmen zur Einrichtung von Hinweisgebersysteme vor, wodurch Mitarbeiter Missstände melden können.³⁹ In einigen Rechtsbereichen wie im Banken- und Versicherungswesen gibt es zwar Maßnahmen zur Verfolgung von Gesetzesverstößen. Hierzu zählt beispielsweise die Verordnung zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung.⁴⁰ Nach § 11 ff. der Verordnung sind Unternehmen wie Banken und Versicherungsunternehmen zur Einrichtung eines sog. „Risikomanagementsystems“ verpflichtet, um Risiken von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu analysieren und dies abzustellen.⁴¹ Zudem muss nach § 16 ff. der Verordnung ein Compliance-Officer ernannt werden, der dieses System leiten soll. Unter diesen Maßnahmen findet sich allerdings keine Vorgabe zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems. Die Einrichtung der Hinweisgebersysteme im Rahmen der Maßnahmen zum Risikomanagement bleibt ins Belieben der Unternehmen.

Könntet sich ein Hinweisgeber auch nicht beim Arbeitgeber melden, weil dieser aus irgendeinem Grund nicht abhelfen würden – wie z. B., weil er Täter ist, oder er duldet die Missstände –, würde sich der Hinweisgeber an externe Stelle wenden, die in der Lage sind, Missstände vorzugehen. Außerhalb von bekannten externen Adressaten wie Aufsichtsbehörden und Polizei finden sich in der türkischen Rechtsordnung weitere externen Meldestellen, die nach Maßgaben von zwei Gesetzen aus dem Jahre 2016 zuständig sind, im Falle einer unwirksamen internen Abhilfe externe Meldungen von

einer dreifachen Entlohnung für den Zeitraum der Kündigungsfrist des Arbeitnehmers bezahlen.

³⁶ Gesetz Nr. 6356.

³⁷ Gesetz Nr. 6331.

³⁸ Thüsing, Gregor. „BetrVG § 80 Allgemeine Aufgaben“, in: Richardi, Reinhard, Betriebsverfassungsgesetz, 17. Auflage 2022, C.H.Beck, München, Rn. 6 ff.

³⁹ Siehe die Diskussion zu der Frage nach dem Umfang der Pflicht des Vorstands zur Wahrnehmung der Gesetzeskonformität des Unternehmens, nur Yaşar, Tuğçe Nimet. „Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Uyum (Compliance) Yükümlülüğü“, in: Karagöz, Havva/Özcanlı, Fatma Beril/Palanduz, Seda. *Tüzel Kişilik Penceresinde Anonim Ortaklık Sempozyumu*, Oniki Levha, İstanbul, 2021, 247- 283, s. 247 ff.

⁴⁰ Suç Gelirlerinin Aklanması ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülükler Uyum Programı Hakkında Yönetmelik, RG: 16.9.2008/26999, abrufbar unter <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=12426&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeligi&mevzuatTertip=5>.

⁴¹ § 4 der Verordnung listet die verpflichteten Unternehmen auf.

Arbeitnehmern entgegenzunehmen. Dies gilt zuerst für § 17 Abs. 5 des Gesetzes zur Antidiskriminierungsstelle,⁴² wonach Betroffene die nach diesem Gesetz eingerichtete Antidiskriminierungsstelle einschalten dürfen, wenn sie Opfer einer Diskriminierung i.S.d. § 5 des türkischen Arbeitsgesetzes⁴³ geworden sind und ihnen interne Adressaten nicht abgeholfen haben. Weiterhin sieht § 14 Abs. 2 des türkischen Datenschutzgesetzes⁴⁴ vor, dass sich Betroffene, der gem. § 13 Abs. 1 des Gesetzes einen zuständigen Datenschutzbeauftragten eingeschaltet, aber keine Abhilfe bekommen haben, bei der türkischen Datenschutzbehörde melden können. Weitere Vorgaben zum Schutz der Hinweisgeber, zum Meldeverfahren sowie Bearbeitung der Hinweisgeber sind diesen Gesetzen nicht zu entnehmen.

Ein unmittelbares externes Whistleblowing-Recht demgegenüber ist durch die folgenden Stellen möglich: CIMER und Steuerbehörde. Beim CIMER – tr. „Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi“ (damals BİMER – tr. „Basbakanlık İletişim Merkezi“–) geht es um ein Kommunikationszentrum der Präsidentschaft, wodurch jeder Bürger seine Beschwerden aller Art einreichen kann. CIMER betreibt zwar ein leicht zugängliches, internetbasiertes Hinweisgeberportal.⁴⁵ Informationen zu dem Meldeverfahren und Maßnahmen zum Schutz von Hinweisgebern sind aber kaum auffindbar. Bekannt ist nur, dass Hinweisgeber innerhalb von 30 Tagen eine Bestätigung von Meldeeingang erhalten. Bei der Steuerbehörde hingegen handelt es sich um die Entgegennahme der Hinweise auf steuerrechtliche Verstöße und um die finanzielle Belohnung der Hinweisgeber. Die Behörde betreibt ein gesetzliches Belohnungsprogramm,⁴⁶ um die Meldebereitschaft der potenziellen Hinweisgeber zu erhöhen. Ziel ist eine effektive Rechtsverfolgung im Steuerwesen. Hinweisgeber, die sich bestimmte Art von Verstößen bei der Behörde melden, erhalten Prämie i.H.v. einem vom Gesetz festgelegten Ansatz. Behörde gibt weiterhin innerhalb von 30 Tagen eine Rückmeldung im Hinblick auf den weiteren Verlauf, wie z. B. einzuleitende Ermittlungen. Es sind keine Maßnahmen zum Schutz der Hinweisgeber vor Repressalien vorhanden.

Zusammenfassend existiert im türkischen Recht ein umfassender, rechtssicherer Schutz von Hinweisgebern nicht. Die vorliegenden Regelungen zum Whistleblowing bieten Schutz nur in einem sehr engen Personenkreis und beschränkt auf bestimmte Art von Missständen. Hinweisgeber werden meistens vor bestimmter Art von Repressalien wie vor Kündigung geschützt. Die Normen sehen keine weiteren Maßnahmen wie Schutz der Identität des Hinweisgebers und Beweislastumkehr vor, und es besteht kein bestimmtes Meldeverfahren.

II. JUDIKATIVE HANDHABUNG DES THEMAS ZUM WHISTLEBLOWING

Whistleblowing ist ein Sachverhalt, welcher – auch wenn dieser nicht notwendig als Whistleblowing bekannt und als solche eingeordnet wird – betrifft das Folgende: Die Aufdeckung eines Missstandes im Interesse der Allgemeinheit. Von dieser Art sind in der türkischen Rechtsprechung zwei Fälle bekannt. Der erste Fall ist 1987 vor dem 7. Senats des Kassationshofes zu Strafrechtssachen ergangen.⁴⁷ Es ging darum, dass ein Arbeitnehmer Steuervermeidungspraktiken seines Arbeitgebers offengelegt hat und der Arbeitgeber demzufolge ihn aufgrund des Verrats von Geschäftsgeheimnissen i. S. d. § 363 des damaligen türkischen Handelsgesetzbuchs verklagt hat. Der Kassationshof entschied

⁴² Gesetz Nr. 6701, RG: 20.4.2016/29690.

⁴³ § 5 des türkischen Arbeitsgesetzes sieht vor, dass niemand aufgrund seiner Sprache, Herkunft, Farbe, seines Geschlechts, seiner Behinderung, politischen Ansicht, Religion etc. diskriminiert werden darf.

⁴⁴ Gesetz Nr. 6698 ist seit dem 24.3.2016 in Kraft.

⁴⁵ Die Webseite ist abrufbar unter <https://www.cimer.gov.tr/>.

⁴⁶ Gesetz Nr. 1905, RG: 31.12.1931/1990.

⁴⁷ Y7CD, 8.4.1987, E. 1986/17826 K. 1987/4019.

zugunsten des Arbeitnehmers, und zwar mit der Begründung, dass die Missstände wie der Steuerhinterziehung in einem Rechtsstaat als Geschäftsgeheimnis nicht schutzwürdig sind. Jeder Steuerzahler muss seiner Pflicht zur Entrichtung von Steuern nachkommen und der Staat ist verpflichtet, die Erfüllung dieser Pflicht zu verfolgen. Der zweite Fall betrifft Herrn *Mungan*. Als er in einem türkischen Betrieb des schweizerischen Pharmakonzerns Roche tätig war, meldete er sich 2003 zuerst bei seinem Arbeitgeber, dass im Betrieb schwere Missstände wie Kartellabsprachen begangen wurden, und die staatliche Gesundheitskasse wurde um Milliarden Lira betrogen. Er wendete sich danach 2004 an die Staatsanwaltschaft, weil sein Arbeitgeber diese Missstände geduldet hat. Zum Fall von *Veysi Mungan* finden sich zwar kaum öffentliche Dateien. Bekannt ist, dass er aufgrund seiner Anzeige zuerst gekündigt worden ist. Sein Arbeitgeber stellte ihn später mit einem erhöhten Lohn ein, um möglicherweise ihn von weiteren Aussagen zu den betrieblichen Vorfällen abzuhalten.⁴⁸ Ein strafrechtliches Urteil ist jedoch verfügbar. Nach dem Urteil von 17. Senat des Istanbuler Strafgerichts wurde Herr *Mungan* von Strafen freigesprochen, weil er sich nicht in die angezeigten Straftaten involviert hat, sondern er war ein Hinweisgeber.⁴⁹ Die beiden Fälle sind typische Whistleblowing-Fälle; Hinweisgeber melden Missstände, die das öffentliche Interesse wie das Interesse der Allgemeinheit an der Steuergerechtigkeit, an einem fairen Wettbewerb sowie an einem funktionierenden Gesundheitssystem verletzen bzw. gefährden. Dennoch wurden sie nicht als Whistleblowing eingestuft, möglicherweise deshalb, weil den Gerichten damals das Phänomen Whistleblowing nicht hinreichend bewusst war.⁵⁰

Erst im Jahre 2016 ist ein Fall vor dem türkischen Kassationshof ergangen, den das Gericht als Whistleblowing eingestuft hat.⁵¹ Es handelt sich darum, dass eine Arbeitnehmerin eines Supermarkts mittels der Veröffentlichung von Bildern der Etiketten von Hühnerfleisch offengelegt hat, dass im Supermarkt abgelaufenes Hähnchenfleisch verkauft wird. Die Arbeitnehmerin wurde daraufhin gem. § 25 Abs. 2 lit. e des türkischen Arbeitsgesetzes fristlos gekündigt, weil sie u.a. mit einer böswilligen Absicht gehandelt hat, konkret, sie wolle ihren Vorgesetzten „fertig“ machen. Der Fall ähnelt sich dem deutschen Fall „*Heinisch*“ aus dem Jahre 2011.⁵² Frau *Heinisch*, eine Altenpflegerin, hatte auch einen Missstand aufgedeckt, welcher die öffentliche Gesundheit betrifft. Sie hat ihre Arbeitgeberin angezeigt, weil es in dem Pflegeheim einen erheblichen Personalmangel gibt, und sie wurde gekündigt. Nachdem Frau *Heinisch* vor deutschen Gerichten keinen Erfolg gehabt hatte, wandte sie sich an den EGMR mit der Rüge, dass ihre Meinungsfreiheit aus Art. 10 EMRK verletzt worden ist.⁵³ Der Gerichtshof hat geprüft, ob der Eingriff in die Meinungsfreiheit in einer demokratischen Gesellschaft notwendig war und ob er in Bezug auf den verfolgten Zweck verhältnismäßig war. Bei seiner Prüfung hat der EGMR folgende Kriterien angewendet, die er in Whistleblowing-Sachverhalten entwickelt hatte:⁵⁴ ein

⁴⁸ Istanbul 17. Ağır Ceza Mahkemesi, E.2014/310, K. 2016/69, S. 6.

⁴⁹ Istanbul 17. Ağır Ceza Mahkemesi, E.2014/310, K. 2016/69, S. 22 ff.

⁵⁰ Die erste juristische Abhandlung zum Thema Whistleblowing in der Türkei –soweit ersichtlich– ist Aydın, Ufuk. „İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)“, *Sosyal Bilimler Dergisi Cilt.2, Sayı. 2, 2002*, 79-100, s.79.

⁵¹ Y7HD 24.10.2016, E. 2016/12401, K. 2016/17196.

⁵² EGMR 21.7.2011 – 28274/08, *Heinisch/Deutschland*, NZA 2011, 1269.

⁵³ EGMR 21.7.2011 – 28274/08, *Heinisch/Deutschland*, NZA 2011, 1269; Alp, Mustafa. „Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü“, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt. 15, Özel Sayı., 2013*, 385-422, s. 386 ff.; Király, Andrei. „Whistleblower in Deutschland und Großbritannien Lehren aus dem Fall Heinisch“, *Recht der Arbeit 2012*, 236- 240.

⁵⁴ EGMR 12.2.2008 – 14277/04, *Guja/Moldawien*, Rn. 72, abrufbar unter <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85016>; EGMR 16.2.2021 – 23922/19, *Gawlik/Liechtenstein*, BeckRS 2021, 1820, Rn. 65 ff.; EGMR 21.7.2011 – 28274/08, *Heinisch/Deutschland*, NZA 2011, 1269, Rn. 65; EGMR (Große Kammer) 14.2.2023 – 21884/18, *Halet/Luxembourg*, Rn. 180 ff., eine englische Fassung des Urteils abrufbar unter, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-223259>.

öffentliches Interesse an der Anzeige, Richtigkeit der Information, Wahl eines diskreten Mittels zur Aufdeckung, Motivation des Hinweisgebers, Schaden, die der Betroffene bzw. Arbeitgeber erlitten hat bzw. erleiden würde, und Sanktion, die der Hinweisgeber erleiden musste bzw. erleiden würde. Im Sachverhalt von *Heinisch* kam der EGMR zu dem Ergebnis, dass die fristlose Kündigung der Arbeitnehmerin unverhältnismäßig ist und diese auch nicht notwendig in einer demokratischen Gesellschaft. Denn das öffentliche Interesse an der Aufdeckung von Personalmängeln in einem Altenpflegeheim überwiegt dem Interesse am Schutz des guten Rufs und wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers.⁵⁵ Auch der türkische Kassationshof hat anscheinend die vom EGMR entwickelten Kriterien angewendet;⁵⁶ sein Urteil zu dem oben beschriebenen Sachverhalt von „Hühnerfleisch“ aus dem Jahre 2016 zeigt nämlich ein ähnliches Vorgehen auf. Der Kassationshof bejaht zuerst das öffentliche Interesse an dem Hinweis auf den Verkauf von abgelaufenem Hühnerfleisch, weil es um die Gefährdung der Gesundheit der Allgemeinheit geht. Danach hält er den Einwand des Arbeitgebers für unbegründet, dass die Information über Haltbarkeitsdatum falsch ist und die Arbeitnehmerin böswillig war. Zudem betrachtet der Kassationshof eine interne Abhilfe als unwirksam, weil das Hühnerfleisch trotz der internen Meldungen der Arbeitnehmerin weiterverkauft worden sind. Schließlich nimmt das Gericht den Anspruch der Arbeitnehmerin auf Schutz vor Kündigung an.⁵⁷

Die Reste der Sachverhalte vor türkischen Gerichten besteht aus zwischenmenschlichen Konflikten – sog. „*personal grievances*“ –, in denen es nicht primär um den Schutz der öffentlichen Interessen geht, sondern um die Wahrung privater Belange.⁵⁸ Zu dieser Art gibt es zahlreiche Fälle. Hierzu zählen beispielsweise Beschwerden der Arbeitnehmer über diskriminierende Betriebsübungen, Unzufriedenheit mit Gehalt, fehlende oder fehlerhafte Bezahlung von Sozialkassenbeiträgen sowie mangelhaft erfasste Überstunden bzw. Arbeitszeiten.⁵⁹ Ein klares Vorgehen beim Umgang mit derartigen Sachverhalten lässt sich den bisherigen Urteilen der Arbeitsgerichte nicht entnehmen. Sie gehen diesen Fällen allgemein so wie folgt vor: Findet der gesetzliche Kündigungsschutz gem. § 18 des türkischen Arbeitsgesetzes Anwendung, überprüft das Gericht, ob etwa die Klage des Arbeitnehmers vor Gericht zur Feststellung der Arbeitszeiten, welche an sich selbst nach § 18 Abs. 3 lit. c des Gesetzes keinen wirksamen Grund ist, sachlich berechtigt ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Kassationshofs ist die Benachteiligung eines Arbeitnehmers aufgrund seiner Anzeige unzulässig, wenn die Anzeige nicht völlig haltlos ist oder der Arbeitnehmer die Richtigkeit seiner Aussagen annehmen darf.⁶⁰ Falls der Arbeitnehmer keinen besonderen Schutz wie aufgrund der Gewerkschaftsmitgliedschaft oder durch den gesetzlichen Kündigungsschutz nach Maßgaben des § 18 des türkischen Arbeitsgesetzes genießt, erhält er eine Entschädigung nach § 17 Abs. 6 S. 2 des türkischen Arbeitsgesetzes, wenn er keine wissentlich falsche Angaben gemacht hat und der Arbeitgeber ihn missbräuchlich – aufgrund der Anzeige des Arbeitnehmers – gekündigt hat.

Im Vergleich zu Instanzgerichten weist die Rechtsprechung des türkischen Verfassungsgerichts zu Arbeitnehmerbeschwerden ein klares Vorgehen auf. Das türkische Verfassungsgericht befasst sich

⁵⁵ EGMR 21.7.2011 – 28274/08, *Heinisch/Deutschland*, NZA 2011, 1269, Rn. 88 ff.

⁵⁶ In den Urteilen des Kassationshofes zu Arbeitsrechtssachen werden keine Rechtsprechung und keine Literatur zitiert.

⁵⁷ Y7HD 24.10.2016, E. 2016/12401, K. 2016/17196.

⁵⁸ Roberts, Peter. „Motivations for whistleblowing: personal, private and public interests“, in: Brown, A.J./ Lewis, David/ Moberly, Richard/Vanderkerckhove, Wim. *International Handbook on Whistleblowing Research*, Edward Elgar, Cheltenham UK Northampton, MA, USA, 2014, 207- 229, s. 217 ff.; das heißt nicht, dass diese Sachverhalte pauschal aus einem Whistleblowing ausgenommen werden können. Es gibt Fälle, in denen nicht eindeutig festzustellen ist, ob ein öffentliches Interesse oder ein privates Interesse beeinträchtigt ist. Hierzu gibt es Studien und ein laufendes Projekt der Autorin des vorliegenden Beitrags.

⁵⁹ Y9HD 3.12.2018, E. 27110/2015, K. 22088/2018; Y9HD 1.6.2017, E. 2016/142203, K. 2017/9524.

⁶⁰ Y9HD 8.4.1988, E. 1988/2513 K. 1988/3945.

mit Sachverhalten zu Arbeitnehmeranzeigen so wie der EGMR. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Meinungsfreiheit der Arbeitnehmer überprüft das Gericht, ob Instanzgerichte für einen gerechten Ausgleich der Interessen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gesorgt haben, und ob die Grundrechte der Parteien unverhältnismäßig verletzt worden sind.⁶¹ In der Interessenabwägung sind zudem u.a. die Motivation des Arbeitnehmers, Erschöpfung eines internen Abhilfeversuches sowie Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers zu berücksichtigen.⁶² Dies lässt sich mit einem öffentlichkeitswirksamen Sachverhalt, *Ilter Nur*, exemplifizieren.⁶³ Frau *Nur* wurde fristlos gekündigt, zumal sie sich bei dem staatlichen Kommunikationszentrum BIMER gemeldet hat, dass ihr Arbeitgeber eine Reihe von vertraglichen Pflichtverletzungen wie Unterlassen der Schaffung menschenrechtswürdiger Arbeitsbedingungen und Lohndiskriminierung begangen hat. Nach Auffassung des 7. Senats des Kassationshofs gehen die Äußerungen der Arbeitnehmerin über die Grenze einer zulässigen Wahrnehmung der Interessen an menschenrechtswürdigen Arbeitsbedingungen hinaus, sie sind – so wie der Arbeitgeber behauptet – beleidigend bzw. Image-schädigend. Daher gilt die Kündigung von Frau *Nur* gem. § 25 Abs. 2 des türkischen Arbeitsgesetzes zulässig.⁶⁴ Frau *Nur* hat daraufhin bei dem türkischen Verfassungsgericht die Klage erhoben, dass ihre Meinungsfreiheit aus Art. 25, 26 der türkischen Verfassung verletzt worden ist. Bei den einschlägigen Äußerungen von Frau *Nur* geht es um folgendes: „*Was für eine Gerechtigkeit ist das? Der Kontrolleur kommt, sie füttern ihn und schicken ihn. Wenn wir uns beschweren, bedrohen sie uns*“ [...]. Das türkische Verfassungsgericht betrachtet diese Aussagen der Arbeitnehmerin als eine Hilfesuche; den Umständen des Einzelfalls ist es zu entnehmen, dass die Arbeitnehmerin keine interne Abhilfe bekommen konnte bzw. könnte.⁶⁵ Sie wurde zudem davon abgehalten, sich gegenüber Aufsichtsbehörde zu äußern, die zur Kontrolle zum Betrieb gekommen sind. Ein Verlust des öffentlichen Ansehens liegt ferner nicht vor, weil sich Frau *Nur* nicht in der Öffentlichkeit wie in den Medien gemeldet hat, sondern nur bei dem staatlichen Kommunikationszentrum, BIMER.⁶⁶ Die Meldung bei BIMER ist von der durch Art. 25, 26 der türkischen Verfassung geschützten Meinungsfreiheit erfasst, und es steht fest, dass die Meinungsfreiheit beeinträchtigt worden ist.⁶⁷ Das Instanzgericht, 7. Senat des Kassationshofes konnte einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen der Arbeitnehmerin und des Arbeitgebers nicht herstellen. Folglich wurde der Sachverhalt auf den Kassationshof zu einer erneuten Verhandlung verwiesen. Der 9. Senat des Kassationshofs hat sich mit dem Sachverhalt befasst. Dieser hat im Einklang mit dem Urteil des Verfassungsgerichts die Entscheidung des 7. Senats aufgehoben, und entschieden, dass Frau *Nur* im Rahmen des § 18 Abs. 3 lit. c des Arbeitsgesetzes geschützt ist, weil sie sich zur Wahrung ihrer Rechte und Interessen an staatliche Einrichtungen gewandt hat, und ihr Motiv Hilfesuche war.⁶⁸

III. VORSCHLÄGE ZUR VERBESSERUNG DES WHISTLEBLOWER-SCHUTZES IN DER TÜRKEI

A. Erlass eines einheitlichen Whistleblower-Schutzgesetzes

Die türkische Rechtsprechung hat sich zwar bisher grds. als whistleblower-freundlich erwiesen.

⁶¹ AYM 16.11.2016, Yalçın Nr. 2014/5959, Rn. 37.

⁶² AYM 15.9.2020, Koç Nr. 2016/11722, Rn. 51.; AYM 20.9.2018, Balçioğlu Nr. 2015/522, Rn. 32 f.; AYM 16.11.2017, Talas Nr. 2014/12143, Rn. 51.

⁶³ AYM 14.4.2016, Ilter Nur Nr. 2013/6829.

⁶⁴ Y7HD 1.7.2013, E. 2013/12100, K. 2013/12423.

⁶⁵ AYM 14.4.2016, Ilter Nur Nr. 2013/6829, Rn. 38.

⁶⁶ AYM 14.4.2016, Ilter Nur Nr. 2013/6829, Rn. 35.

⁶⁷ AYM 14.4.2016, Ilter Nur Nr. 2013/6829, Rn. 33.

⁶⁸ Y9HD 1.10.2017, E. 2017/26242, K.2017/16679.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass Hinweisgeber durch Richterrecht hinreichend geschützt werden können. In der Rechtsprechung zu Arbeitnehmeranzeigen werden unterschiedliche Gesichtspunkte des Einzelfalls sowie verschiedene Rechtsnormen berücksichtigt, und dies gewährleistet keine Rechtssicherheit. Hinweisgeber können nicht einschätzen, unter welchen Voraussetzungen Schutz greift. Das Whistleblowing bedarf hingegen klaren Rechtsrahmen, sodass es der einschlägigen Rechtsordnung dabei hilft, um eine effektive Rechtsdurchsetzung wahrzunehmen. Die türkische Rechtsordnung darf diese „Chance“ nicht verpassen;⁶⁹ zur Effektivierung der Rechtsdurchsetzung muss das Whistleblowing geregelt werden, und zwar einheitlich. Die zersplitterte Natur der Regelungen zum Whistleblowing sorgt für Rechtsunsicherheit. Die europäische Hinweisgeberschutz-RL kann als Vorbild für einen türkischen Whistleblower-Schutz angenommen werden.⁷⁰ Eine gesetzgeberische Initiative im türkischen Recht unter Berücksichtigung der europäischen Entwicklung zum Whistleblowing könnte Hinweisgeber einen besseren Schutz bieten.

Durch den Erlass eines Whistleblower-Schutzgesetzes könnte etwa der Mangel an einem allgemeinen und umfassenden Maßregelungsverbot beseitigt werden. § 18 Abs. 3 lit. c des türkischen Arbeitsgesetzes gilt ausschließlich für Hinweisgeber, die den gesetzlichen Schutz genießen. Ebenso Maßregelungsverbote aus Vorgaben anderer Gesetze gelten nur dann, wenn Hinweisgeber bestimmte Tätigkeiten ausüben, wie z. B., wenn sie als Gesundheits- und Sicherheitsbeauftragte beschäftigt sind. Weiterhin könnte man einen weiten Schutzzumfang gestalten, damit Hinweisgeber nicht nur bei der Meldung von bestimmter Art von Verstößen geschützt werden, sondern bei der Aufdeckung von möglichst aller Missstände, die das öffentliche Interesse gefährden. Durch einen umfassenden Hinweisgeberschutz würden sich die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer auch erheblich verbessert. So z. B. hätte man das Grubenunglück- Soma 2014, in dem nach offiziellen Angaben 301 Bergarbeiter gestorben sind, verhindern können, wenn man zeitnah auf Sicherheitsmaßnahmen in dem Braunkohlewerk hingewiesen hätte. Nach einem Bericht von türkischer Anwaltskammer ist nämlich für das Unglück u. a. mangelhafte Kontrolle der Einhaltung der Sicherheitsmaßnahmen in Bergarbeiten verantwortlich.⁷¹ Bergarbeiter sind hingegen besser in der Lage, Missstände zeitnah zu entdecken, und diese durch die Meldung bei zuständigem Adressaten rechtzeitig abzustellen. Der türkische Gesetzgeber würde somit nicht nur seiner nationalen Pflicht wie zum Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Bürger nachkommen. Er würde zudem seine internationalen Verantwortungen wie seine Verpflichtung zur Verbesserung der Bekämpfung von Korruption und Bestechung, gem. Art. 12 Abs. 1 des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen Korruption, wahrnehmen.⁷² Nach dem Bericht der OECD-Arbeitsgruppe 2022 ist die türkische Rechtsordnung daran gescheitert, hinreichende Maßnahmen zu ergreifen, um Auslandsbestechung zu verhindern.⁷³ Der Bericht empfiehlt dem

⁶⁹ Der europäische Gesetzgeber betrachtet den Mangel eines Whistleblower-Schutzes in Europa als „verpasste Chance“, demnach verpasst man die Chance, eine effektive Durchsetzung des Unionsrechts, wenn Hinweisgeber keinen hinreichenden Schutz in den Mitgliedstaaten genießen können, siehe Impact assessment–SWD (2018)116/973421, S. 9 ff., https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/com-2018-218_en.

⁷⁰ Alp, Mustafa. „Avrupa Birliği’nin 2019/1937 Sayılı Birlik Hukukuna Aykırılıkları Bildirenlerin Korunması (Whistleblowing) Yönergesi İşığında İşçinin Hukuka Aykırılıkları İfşa Etmesi“, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 23, Sayı. 1, 2021, 1-37, s. 20 ff.; Alpagut, Gülsevil. „İfşa-İhbar Hakkına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları EU Whistleblowing Directive and Jurisprudence of the European Court of Human Rights“, in: Hekimler, Alpay. *Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı*, 1. Baskı, *Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2021*, 3- 24, s. 3.

⁷¹ Siehe den Bericht Report von türkischem Bar (TBB) 2014, S. 10 und 111 f., abrufbar unter https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/20141112_somamadenfaciasipdf.pdf.

⁷² Das Übereinkommen wurde von der Türkei ratifiziert, und dies ist seit 2006 in Kraft, Gesetz Nr. 5506, RG: 2.10.2006/26307, abrufbar unter, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/10/20061002-1.htm>.

⁷³ Die mangelnde Durchsetzung der türkischen Gesetze zur Bekämpfung von Korruption und Bestechung wurde vom OECD auch mehrmals berichtet, und eine Verbesserung der Rechtsdurchsetzung wurde ebenso veranlasst. Siehe eine Liste der OECD-Berichte über die Leistung der Türkei in Bezug auf die Wahrnehmung seiner Pflicht

türkischen Gesetzgeber u.a. Hinweisgebern im öffentlichen und privaten Sektor effektiv zu schützen.⁷⁴ Die Arbeitsgruppe fordert die Türkei auf, erforderliche Vorkehrungen Auslandsbestechung zeitnah zu treffen.

Damit potenzielle Hinweisgeber Missstände melden können, müssen sie ferner vor möglichen Benachteiligungen geschützt werden. So etwa ein gesetzliches Untersagen der Repressalien aller Art, – so wie Art. 19 der Hinweisgeberschutz-RL vorsieht – könnte die Meldebereitschaft der Hinweisgeber erhöhen. Von wesentlicher Bedeutung ist weiterhin, dass nicht Hinweisgeber nachweisen müssen, dass sich die Maßregelungen auf das Whistleblowing beruhen, sondern diejenige, die die Hinweisgeber maßregelt haben. So wie es oben unter Abschnitt I dargestellt sind, sehen die türkischen Normen hingegen vor, dass Arbeitnehmer den kausalen Zusammenhang zwischen ihrer Anzeige und der benachteiligenden Maßnahmen des Arbeitgebers nachweisen müssen. Schließlich erscheint es besonders relevant für einen türkischen Hinweisgeberschutz, dass die Identität der Hinweisgeber in einem sehr engen Personenkreis bekannt bleibt. So wie es eingangs angesprochen und empirisch belegt worden ist, befürchten potenzielle Hinweisgeber vor Repressalien wie vor Kündigung und vor einer Bezeichnung als „*Ispiyoncu*“. Diese Befürchtung ist in der türkischen Kultur begründet, und für einen effektiven Hinweisgeberschutz muss diese Angst jedenfalls abgebaut werden.

B. Arbeiten an dem Image von Whistleblowing

Durch rechtliche Mittel wie durch Erlass eines Whistleblower-Schutzgesetzes kann eine sichere Rechtsgrundlage zum Whistleblowing geschaffen. Potenzielle Hinweisgeber würden somit zur Anzeige von Missständen motiviert. Nach Angaben der empirischen Studien, die die Erfolgsrate der Whistleblower-Schutzgesetze geprüft haben, spricht allerdings das Vorliegen eines gesetzlichen Schutzes nicht notwendig für die Verbesserung der Meldebereitschaft und für eine effektive Rechtsdurchsetzung.⁷⁵ Als besonders erfolgreich betrachtet man den Whistleblower-Schutz in Norwegen, und dies wird damit erklärt, dass in der norwegischen Arbeitsrechtsordnung eine offene Kommunikationskultur beherrscht.⁷⁶ Ebenso unterstreicht die Hinweisgeberschutz-RL in ihrem Erwägungsgrund Nr. 47 die Förderung einer Kultur der guten Kommunikation in Unternehmen. Demnach ist es für eine wirksame Rechtsverfolgung erforderlich, dass Informationen über Verstöße rasch zu denjenigen gelangen, die der Ursache der Verstöße am nächsten sind, und über rechtliche und sachbezogene Befugnis haben, um diesen Verstößen zeitnah vorzugehen. Dafür muss es interne Strukturen geben, wodurch Mitarbeiter ohne Angst vor Benachteiligungen auf betriebliche Vorkommnisse hinweisen können. Kurzum ist für einen erfolgreichen Whistleblower-Schutz der Abbau von Angst vor Repressalien und Förderung der Kommunikationskultur in Unternehmen erforderlich.

Die türkische Gesellschafts- und Unternehmenskultur hingegen stellt ein Arbeiten an dem Image des Whistleblowings vor große Herausforderungen. Diese müssen überwunden werden.

zur Bekämpfung der Auslandsbestechung unter, <https://www.oecd.org/corruption/turkiye-oecdanti-briberyconvention.htm>.

⁷⁴ Siehe den Kurzbericht der OECD-Arbeitsgruppe, abrufbar unter, <https://www.oecd.org/turkiye/oecd-working-group-on-bribery-statement-turkiye-should-immediately-address-long-standing-key-recommendations-to-fight-foreign-bribery.htm>.

⁷⁵ Herold, Nico. "Zur Kontroll-Funktionalität von Whistleblowing-Systemen im Lichte aktueller empirischer Erkenntnisse" in: Boers, Klaus/ Schaerff, Marcus. *Kriminologische Welt in Bewegung*, Neue kriminologische Schriftenreihe der Kriminologischen Gesellschaft e. V. / Kriminologische Gesellschaft: Forum Verlag Godesberg GmbH, Mönchengladbach, 2018, 228- 242, s. 239.

⁷⁶ Skivenes, Marit/ Trygstad, Sissel C. "When Whistle-Blowing Works: The Norwegian Case", *Human Relations* Vol. 63, Nr. 7, 2010, 1071-1097, s. 1091.

1. Abbau von Angst vor Repressalien

Die Kultur einer Gesellschaft, in die man hineingeboren ist, hat einen Einfluss auf seine Wahrnehmung der Umstände, unter denen man lebt. Die Entscheidung, ob man sich für die Beseitigung eines Missstandes einsetzt, den man in sozialem Umfeld zum Zeugen hat, wird ebenso von dieser Kultur beeinflusst.⁷⁷ Nach einer in der Whistleblowing-Forschung oftmals zitierten Studie werden die Länder in folgende zwei Kategorien der Kulturen aufgeteilt: Individualismus und Kollektivismus.⁷⁸ In den vom Individualismus geprägten Ländern wie in den USA und in Deutschland, bildet ein Individuum seine Meinung überwiegend unabhängig von der gesellschaftlichen Ansichten, und das Whistleblowing wird in diesen Gesellschaften meistens als ein positives Verhalten betrachtet.⁷⁹ In den vom Kollektivismus geprägten Ländern wie in der Türkei, Japan und China hingegen ist es anders. In diesen Ländern spielt die Gesellschaft eine große Rolle bei Entscheidungen des Individuums.⁸⁰ Es heißt konkret, dass sich ein potenzieller Hinweisgeber vom Whistleblowing zurückhalten kann, falls das Whistleblowing den Interessen der Gruppe entgegensteht – diese wäre Familie, Unternehmen, etc., denen sich der potenzielle Hinweisgeber zugehörig fühlt.⁸¹ Aus diesem Grund wollen sich Mitarbeiter eher anonym melden, wenn sie überhaupt einen Missstand melden würden.⁸² Die Tendenz zur anonymen Meldung erklären die Studien mit der kollektivistischen Kultur der türkischen Gesellschaft, in der Insider als „*Ispiyoncu*“ genannt werden können.⁸³ Die Angst vor Bezeichnung als „*Ispiyoncu*“ wirkt sich sogar auch auf den Erfolg des gesetzlichen Belohnungsprogramms der türkischen Steuerbehörde negativ aus; das negative Ansehen des Whistleblowings in der Gesellschaft hält potenzielle Hinweisgeber von der Meldung von steuerrechtlicher Verstöße bei der Behörde ab.⁸⁴

Die Allgemeinheit muss über die Relevanz der Aufdeckung von Rechtsverstößen für eine effektive Rechtsdurchsetzung informiert werden. Gesetzlich kann es vorgesehen werden, dass nach dem Gesetz eingerichtete Meldestellen potenzielle Hinweisgeber über Meldeverfahren informieren müssen, so wie es der europäische Gesetzgeber in Art. 9 ff. der Hinweisgeberschutz-RL vorsieht. Ein Bewusstsein über das Whistleblowing als ein Mittel zur Verbesserung der Durchsetzung des türkischen

⁷⁷ Xin, Liu. "The Influence of National Culture on Whistle-Blowing: A Cross-Cultural Investigation", *Cross-Cultural Communication*, Vol. 10, Nr. 6, 2014, 91-95, s. 91 f.

⁷⁸ Hofstede, Geert/ Hofstede, Gert Jan/Minkov, Michael. *Lokales Denken, globales Handeln: interkulturelle Zusammenarbeit und globales Management*, 6. vollständig überarbeitete und aktualisierte Auflage, Beck-Wirtschaftsberater im dtv 50952, München, 2017, s. 103 ff.

⁷⁹ In der juristischen Literatur beherrscht zwar eine Meinung, dass das Whistleblowing negativ assoziiert wird und dies mit den schmerzhaften Erfahrungen mit Denunziantentum aus der nationalsozialistischen Zeit zu tun hat, siehe etwa Deiseroth, Dieter/ Derleder, Peter. „Whistleblower und Denunziatoren“, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2008, 248- 251, s. 249; eine neue Studie bestätigt allerdings im Einklang mit der vom Individualismus geprägten Kultur Deutschlands, dass die Meldeintention der potenziellen Hinweisgeber in Deutschland überwiegend von ihren eigenen Wahrnehmungen geprägt, nicht hingegen von dem gesellschaftlichen Ansehen des Whistleblowings, siehe Oelrich, Sebastian/ Chwolka, Anne. "Whistleblowing als Mittel zur Prävention und Detektion von Wirtschaftskriminalität in Deutschland - Zwischen Helden- und Denunziantentum", *Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis*, Heft 4/2020, 445-471, s. 455.

⁸⁰ Park, Heungsik/ Blenkinsopp, John/ Oktem, M. Kemal/ Omurgonulsen, Ugur. "Cultural Orientation and Attitudes Toward Different Forms of Whistleblowing: A Comparison of South Korea, Turkey, and the U.K.", *Journal of Business Ethics* Vol. 82, Nr. 4, 2008, 929 -939, s. 931.

⁸¹ Çiftçi, Birgül. "Türkiye’de Toplumsal Kültürün Örgütlerde İhbarcılık Üzerine Etkisi: Hofstede’in Kültürel Boyutlar Teorisi Bağlamında bir Değerlendirme", *International Journal of Academic Value Studies*, Vol. 3, Nr. 10, 2017, 147-166, s. 153.; siehe eine Darstellung der empirischen Befunde zu den Whistleblowing-Relevanzen, Özen, s. 22 ff.

⁸² Nayir/Herzig, s. 209; Çiftçi, s. 154.

⁸³ Aktan, s. 3; siehe die Herkunft des Begriffs "İspiyoncu", Şivil/Baraz, s. 106.

⁸⁴ Gülçiçek, Bayram. *Tüm yönleriyle ihbar ikramiyesi müessesesi*, Vergi Müfettişleri Derneği Yayınları, Ankara, 2020, s. 71; Sandalcı, İnci/ Yıldız, Fazlı. "Vergi İhbar Kararını Etkileyen Faktörlerin Belirlenmesine Yönelik TR 33 Bölgesinde Bir Araştırma", *Maliye Dergisi*, Ocak-Haziran, Sayı. 176, 2019, 355-379, s. 375.

Rechts lässt sich schließlich sozialpolitisch durch nichtstaatliche Organisationen vermitteln, die potenzielle Hinweisgeber über Meldungen von Missständen beraten. Hierzu zählen etwa House of Whistleblowers in Niederlanden,⁸⁵ Transparency International in Irland⁸⁶ und Whistleblower-Netzwerk e.V. in Deutschland.⁸⁷

2. Förderung einer Kommunikationskultur in Unternehmen

Die gesellschaftliche Kultur spiegelt sich in Unternehmen wider. Nach empirischen Angaben tendieren sich Mitarbeiter aus den vom Kollektivismus geprägten Ländern, im Einklang der Interessen ihrer Organisationen zu verhalten.⁸⁸ Eine in türkischen Unternehmen teils beobachtete Clan-Kultur sorgt zudem für ein Verhältnis zwischen Beschäftigten, welches sich einer Familie ähnelt.⁸⁹ All dies veranlasst Mitarbeiter, Informationen über betriebliche Vorkommnisse u.a. Missstände geheim zu halten, damit Interessen der „Familie“ nicht beeinträchtigt werden. Darüber hinaus ist es empirisch belegt, dass es in türkischen Unternehmen ein starkes Hierarchieverhältnis zwischen der Leitung der Organisation und der Mitarbeiter gibt.⁹⁰ Dies hat zur Folge, dass sich Mitarbeiter davon zurückhalten, ihre Meinungen gegenüber der Leitung zu äußern. Es fehlt zudem Mechanismen zur institutionellen Interessenvertretung wie Betriebsräte in Deutschland. Ein vor allem im privaten Sektor bestehendes autokratisches Leadership-Modell⁹¹ schließt es ferner aus, dass Mitarbeiter auf die Entscheidungsfindung des Arbeitgebers Einfluss nehmen.⁹² Da Mitarbeiter ihre Meinungen nicht zuhören lassen können, neigen sie, entweder zu schweigen oder sie melden extern, falls sie überhaupt melden wollen. Empirische Studien bestätigen weiterhin, dass die starke hierarchische Struktur in Unternehmen das Risiko von Repressionsmaßnahmen gegenüber Hinweisgebern erhöht.⁹³

Die Tendenz der Mitarbeiter, Betriebsinterna nicht nach außen zu tragen, ist nicht notwendig eine whistleblower-feindliche Besonderheit der Unternehmensstruktur in der Türkei. Weil –so wie der Erwägungsgrund Nr. 47 der Hinweisgeberschutz-RL hinweist– ein schnelles Gelangen der Informationen über betriebliche Missstände an diejenigen, die in der Lage sind, diese Missstände zeitnah und wirksam zu beseitigen, begrüßenswert ist. Nicht zu befürworten ist hingegen, dass diese Struktur Meldungen von vornherein ausschließt. Für den Erfolg eines Whistleblower-Schutzes ist nämlich die Förderung der Kommunikationskultur in Unternehmen erforderlich. Ein Whistleblower-Schutzgesetz kann zu der offenen Kommunikation in Unternehmen dadurch beitragen, dass Unternehmen –so wie Art. 9 der Hinweisgeberschutz-RL vorsieht– verpflichtet werden, interne Meldekanäle einzurichten, Mitarbeiter, über Meldeverfahren zu informieren, und ggf. finanzielle Anreize zur Meldung der betrieblichen Gefahren einzusetzen. Darüber hinaus gibt es auf internationaler Ebene Anlässe für eine nachhaltige Unternehmensführung, welche u.a. ebenso Mitarbeiter dazu anreizt,

⁸⁵ Die Webseite der Organisation ist abrufbar unter, <https://www.huisvoorklokkenluiders.nl/>.

⁸⁶ Die Webseite der Organisation ist abrufbar unter, https://transparency.ie/news_events/psychological-support-service-launched-whistleblowers-ireland.

⁸⁷ Die Webseite der Organisation ist abrufbar unter, <https://www.whistleblower-net.de/>.

⁸⁸ Hofstede/Hofstede/Minkov, s. 128.

⁸⁹ Yurtkoru, Serra/ Wozir, Fathe Mahdi. "Organizational Culture and Intentions towards Types of Whistleblowing: The Case of Turkey and Ethiopia", *Pressacademia* Vol. 4, Nr. 4, 2017, 527-539, s. 531 f.

⁹⁰ Çiftçi, s. 157.

⁹¹ Nach einem autokratischen Leadership-Model trifft die Leitung der Organisation die Entscheidungen überwiegend ohne Mitwirkung der Mitarbeiter, siehe, Oran, Feyza Çağla/ Ünsar, Agah Sinan. "The effects of leadership styles on organizational trust and disclosure of unethical behaviors (whistleblowing): a practical research", in *New approaches to CSR, sustainability and accountability, volume 1*, Accounting, finance, sustainability, governance & fraud: theory and application, Springer, Singapore, 2020, s. 104.

⁹² Oran/Ünsar, s. 121 ff.

⁹³ Başol, Oğuz/ Karatuna, Işıl, "Örgütlerde Olumsuz Durumların İfşa Edilmesi ve Örgütsel İletişim İlişkisi", *Marmara Üniversitesi İ.İ.B. Dergisi, Cilt. 37, Sayı. 2, 2015, 153-170*, s. 164.

Misstände wie Menschenrechtsverstößen und Umweltverschmutzung zu melden.⁹⁴ Unternehmen müssen zudem davon bewusstwerden, dass die Vertuschung der Rechtsverstöße langfristig keinen Gewinn bringt. Dieses Bewusstsein könnte ferner durch rechtliche Mittel vermittelt werden, wie z. B. durch Verhängung der schweren Strafen für Umweltverstöße und Kartellabsprachen. Damit sich Unternehmen whistleblower-freundlich verhalten können, müssen sie schließlich wissen, wie sie mit dem Whistleblowing umgehen sollen. Hierzu gibt es wertvolle internationale Vorgaben, wie z. B. ISO-Leitlinien zu Meldesysteme (ISO 37002). Sie helfen die Unternehmen dabei, dass sie ein vertrauenswürdigen, autonomes Hinweisgebersystem einrichten können, dass sie die bestehenden Meldesysteme verbessern und sie somit möglichst viel vom Whistleblowing profitieren können.⁹⁵

C. Durch Empirie unterstützte juristische Forschung zum Thema Whistleblowing

Whistleblower tragen einen wesentlichen Beitrag zur Durchsetzung des geltenden Rechts bei. Die Relevanz des Whistleblowings ist weltweit auch bekannt. Trotzdem gibt es im türkischen Rechtsschrifttum nur wenige Beiträge zum Thema Whistleblowing.⁹⁶ Demgegenüber finden sich zahlreiche empirische Studien aus dem türkischen Sprachraum, die die das Meldeverhalten der Hinweisgeber zum Gegenstand haben. Sie untersuchen beispielsweise die Fragen, unter welchen Umständen Mitarbeiter Misstände melden, ob sie interne oder externe Meldekanäle bevorzugen, und ob finanzielle Anreize die Meldeintention beeinflussen.⁹⁷ Die Erkenntnisse der empirischen Untersuchungen zum Whistleblowing bieten der Rechtswissenschaft die Möglichkeit, über das Whistleblowing dessen Tatsachen und den nationalspezifischen Gegebenheiten der Türkei entsprechende Ansätze zu bilden. Auf diese Weise kann das Whistleblowing in der Türkei so effektiv wie möglich zur Durchsetzung der türkischen Rechtsordnung eingesetzt werden. Es besteht kurzum die Notwendigkeit, dass sich der türkische Rechtsschrifttum mit dem Thema zum Whistleblowing näher befasst. Der vorliegende Beitrag herbeiwünscht, den Rechtsschrifttum auf das Whistleblowing aufmerksam gemacht zu haben.

FAZIT

Das Whistleblowing erfährt in dem türkischen Recht keinen hinreichenden Schutz. Die vorliegenden verfassungsrechtlichen, schuldrechtlichen und Bereich-spezifischen Normen gewährleisten keine Rechtssicherheit. Die Rechtsprechung trägt zu einer Rechtssicherheit auch nicht bei, weil der Verfahrensausgang von der Anwendung der im Einzelfall einschlägigen Rechtsnormen und der Bewertung der unterschiedlichen Gesichtspunkte, wie Motivation der Hinweisgeber und Erschöpfung interner Abhilfe, abhängig ist. Betrachtet man zudem kultur- und unternehmensstrukturbezogene Abschreckungseffekte wie Angst vor Bezeichnung als „*Ispiyoncu*“, lässt sich mit hinreichender Sicherheit behaupten, dass sich potenzielle Hinweisgeber von der Aufdeckung von Misständen zurückhalten würden. Dies hätte zur Folge, dass schwere Gesetzesverstöße wie Korruption, Kinderarbeit, Verschmutzung der Umwelt und Gefährdung der Gesundheit und Sicherheit der Allgemeinheit nicht aufgedeckt bzw. nicht verfolgt werden. Eine einheitliche, umfassende Regelung des Whistleblowings in der Türkei kann diesen Abschreckungseffekten entgegenwirken. Durch den

⁹⁴ Siehe etwa OECD (2023), OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen zu verantwortungsvollem unternehmerischem Handeln, S. 28 ff., OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/abd4d37b-de>.

⁹⁵ Eine kostenlose Leseprobe der ISO-Leitlinien zu Meldesysteme (ISO 37002) ist abrufbar unter, <https://www.iso.org/obp/ui/en/#iso:std:iso:37002:ed-1:v1:en>.

⁹⁶ Zu finden ist etwa ein Aufsatz von Aydın, 79-100; siehe weiterhin die erste umfassende Arbeit zum Whistleblowing in der Türkei, Alp, 2013, s. 10 ff.; schließlich gibt es einige Anmerkungen zu der europäischen Hinweisgeberschutz-RL, siehe etwa Alp, 2021, ss. 1-37; Alpagut, ss. 3-24.

⁹⁷ Darstellung der Befunde der türkischen Empirie, Özen, s. 22 ff.

umfassenden Schutz der Hinweisgeber würde die türkische Rechtsordnung schließlich von dem Whistleblowing als Instrument zur effektiven Durchsetzung des türkischen Rechts profitieren.

Interessenkonflikt

Es besteht kein Interessenkonflikt.

Beiträge der Autoren

Die Autoren haben keine Angaben zum Beitragssatz gemacht

LITERATURVERZEICHNIS

Aktan, Coskun Can. „Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlakî Tepki ve Vijdani Red Davranışı : WHISTLEBLOWING“. *Mercek Dergisi, Cilt. 7, Sayı. 2, 2006 Ekim*, ss. 1-13.

Alp, Mustafa. *Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi-Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırılıkları İfşa Hakkı ve İhbar Borcu-(Whistleblowing)*, 1. Baskı Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

Alp, Mustafa. „Avrupa Birliği'nin 2019/1937 Sayılı Birlik Hukukuna Aykırılıkları Bildirenlerin Korunması (Whistleblowing) Yönergesi Işığında İşçinin Hukuka Aykırılıkları İfşa Etmesi“, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 23, Sayı. 1, 2021*, ss. 1-37.

Alp, Mustafa. „Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü“, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 15, Özel Sayı., 2013*, ss. 385-422.

Alpagut, Gülsevil. „İfşa-İhbar Hakkına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları EU Whistleblowing Directive and Jurisprudence of the European Court of Human Rights“, in: Hekimler, Alpay. *Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2021*, ss. 3- 24.

Ayar, Murat. *Sağlık Sektöründe Açık Etme (Whistleblowing)*. 1. Baskı Astana Yayınları, Ankara, 2020.

Aydın, Ufuk. „İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)“, *Sosyal Bilimler Dergisi Cilt.2, Sayı. 2, 2002*, ss. 79-100.

Banisar, David. (6) (PDF) Map of National Whistleblowing Laws - June 2023“. ResearchGate, 1. Februar 2011. https://www.researchgate.net/publication/371912348_Map_of_National_Whistleblowing_Laws_-_June_2023.

Başol, Oğuz/ Karatuna, Işıl, „ Örgütlerde Olumsuz Durumların İfşa Edilmesi ve Örgütsel İletişim İlişkisi“, *Marmara Üniversitesi İ.İ.B. Dergisi, Cilt. 37, Sayı. 2, 2015*, ss. 153-170.

Bayrakçı, Eylem, und Murat Kayalar. „İfşa Davranışının Prososyal Davranışlar Bağlamında

- Değerlendirilmesine Yönelik Teorik Bir İnceleme A Theoretical Research Of Whistleblowing Behavior For Evaluation In Context Of Prosocial Behaviors“. *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, Cilt.7, Sayı. 15, 2016, ss.120-131.*
- Beyer, Ulrich. *Whistleblowing in Deutschland und Großbritannien: ein Vergleich anhand der Umsetzung von Art. 11 Abs. 1 und 6 RL 89/391 EWG*, Europäische Hochschulschriften/2 PL Acad. Research, Frankfurt am Main, 2013.
- Çiftçi, Birgül. „Türkiye’de Toplumsal Kültürün Örgütlerde İhbarcılık Üzerine Etkisi: Hofstede’in Kültürel Boyutlar Teorisi Bağlamında bir Degerlendirme“. *International Journal of Academic Value Studies, Vol. 3, Nr. 10, 2017, ss. 147-166.*
- Colneric, Ninon, und Simon Gerdemann. *Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in deutsches Recht Rechtsfragen und rechtspolitische Überlegungen*. Bd. HSI-Schriftenreihe Band 34, Bund Verlag, Frankfurt am Main, 2022.
- Deiseroth, Dieter. *Whistleblowing in Zeiten von BSE: der Fall der Tierärztin Dr. Margrit Herbst*. Schriftenreihe Wissenschaft in der Verantwortung, Berlin Verlag Arno Spitz, Berlin, 2001.
- Deiseroth, Dieter, und Peter Derleder. „Whistleblower und Denunziatoren“. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2008, ss. 248–551.
- Düsel, Jens. *Gespaltene Loyalität: Whistleblowing und Kündigungsschutz in Deutschland, Grossbritannien und Frankreich*. 1. Auflage Arbeits- und Sozialrecht, Bd. 111. Nomos, Baden-Baden, 2009.
- Erbaş, Cevat Gökhan. *Die Entwicklung des türkischen Kündigungsschutzrechts bis zur Neufassung und Rechtsvergleich des neuen türkischen Kündigungsschutzrechts mit dem deutschen Kündigungsschutzrecht*, Shaker, Herzogenrath, 2010.
- Gerdemann, Simon. „Der LuxLeaks-Skandal vor dem EGMR – Anmerkung zu EGMR v. 11.05.2021 – Nr. 21884/18 – Halet / Luxembourg“, *HSI-Report 2/2021*, ss. 14- 23.
- Gerdemann, Simon. *Transatlantic Whistleblowing: rechtliche Entwicklung, Funktionsweise und Status quo des Whistleblowings in den USA und seine Bedeutung für Deutschland*. Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018.
- Graser, Daniela. *Whistleblowing: Arbeitnehmeranzeigen im US-amerikanischen und deutschen Recht*, Europäische Hochschulschriften/2 PL Acad. Research, Frankfurt am Main, 2000.
- Grimm, Detlef/ Singraven, Jonas. „Die neue Whistleblowing-Richtlinie der EU“, *Der Arbeits-Recht-Berater*, 2019, ss. 241–245.
- Gülçiçek, Bayram. *Tüm yönleriyle ihbar ikramiyesi müessesesi*, Vergi Müfettişleri Derneği Yayınları, Ankara, 2020.
- Herold, Nico. „Zur Kontroll-Funktionalität von Whistleblowing-Systemen im Lichter aktueller empirischer Erkenntnisse“ in: Boers, Klaus/ Schaerff, Marcus. *Kriminologische Welt in*

- Bewegung*, Neue kriminologische Schriftenreihe der Kriminologischen Gesellschaft e. V. / Kriminologische Gesellschaft, Forum Verlag Godesberg GmbH, Mönchengladbach, 2018, ss. 228- 242.
- Hofstede, Geert/ Hofstede, Gert Jan/Minkov, Michael. *Lokales Denken, globales Handeln : interkulturelle Zusammenarbeit und globales Management*, 6. vollständig überarbeitete und aktualisierte Auflage, Beck-Wirtschaftsberater im dtv 50952, München, 2017.
- Johnson David. „Die Regelung zur Beweislastumkehr nach Maßgabe des Richtlinienentwurfs der EU-Kommission zum Schutz von Hinweisgebern – Quell eines institutionellen Rechtsmissbrauchs?“ *Corporate Compliance Zeitschrift*, Nr. 2, 2019, ss. 66–71.
- Kaya, Kamuran. „Dinamik Hak Anlayışı Doğrultusunda İfade Özgürlüğü Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülüğü“, *İfade özgürlüğü üzerine makaleler ua sempozyum 2017 Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi*, Matus Basımevi, Ankara 2017.
- Király, Andrei. „Whistleblower in Deutschland und Großbritannien Lehren aus dem Fall Heinisch“. *Recht der Arbeit 2012*, ss. 236-240.
- Meyer, Frank. „LuxLeaks, Cum-Ex & Co - Neue Leitlinien des EGMR für Whistleblowing in transnationalen Kontexten und gesetzgeberischer Handlungsbedarf“. *Juristenzeitung* Vol. 78, Nr. 7, 2023, ss. 261-270.
- Nayır, Dilek Zamantılı/ Herzig, Christian. „Value Orientations as Determinants of Preference for External and Anonymous Whistleblowing“, *Journal of Business Ethics* Vol. 107, Nr. 2, 2012, ss. 197–213.
- Near, Janet P./ Miceli, Marcia P. „Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing“, *Journal of Business Ethics*, Vol. 4, Nr. 1, 1985, ss. 1-16.
- Oelrich, Sebastian/ Chwolka, Anne. „Whistleblowing als Mittel zur Prävention und Detektion von Wirtschaftskriminalität in Deutschland - Zwischen Helden- und Denunziantentum“, *Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis*, Heft 4/2020, ss. 445-471.
- Oran, Feyza Çağla/ Ünsar, Agah Sinan. „The effects of leadership styles on organizational trust and disclosure of unethical behaviors (whistleblowing): a practical research“, in *New approaches to CSR, sustainability and accountability, volume I*, Accounting, finance, sustainability, governance & fraud: theory and application, Springer, Singapore, 2020.
- Özen, Esra. *Der gute Glaube eines Whistleblowers*, geplantes Erscheinen Frühjahr 2024.
- Park, Heungsik/ Bjørkelo, Brita/ Blenkinsopp, John. „External Whistleblowers’ Experiences of Workplace Bullying by Superiors and Colleagues “, *Journal of Business Ethics* Vol. 161, Nr. 3, 2020, ss. 591- 601.
- Park, Heungsik/ Blenkinsopp, John/ Oktem, M. Kemal/ Omurgonulsen, Ugur. „Cultural Orientation and Attitudes Toward Different Forms of Whistleblowing: A Comparison of South Korea, Turkey, and the U.K.“, *Journal of Business Ethics* Vol. 82, Nr. 4, 2008, ss. 929 -939.

- Roberts, Peter. „Motivations for whistleblowing: personal, private and public interests“, in: Brown, A.J./ Lewis, David/ Moberly, Richard/Vanderkerckhove, Wim. *International Handbook on Whistleblowing Research*, Edward Elgar, Cheltenham UK Northampton, MA, USA, 2014, ss. 207- 229.
- Rumpf, Christian. „Die Verfassung der Republik Türkei, Stand Januar 2021“, 1982.
- Sandalcı, İnci/ Yıldız, Fazlı. „Vergi İhbar Kararını Etkileyen Faktörlerin Belirlenmesine Yönelik TR 33 Bölgesinde Bir Araştırma“, *Maliye Dergisi, Ocak-Haziran, Sayı. 176, 2019, ss. 355-379.*
- Şivil Hacer und Baraz, A. Barış. „Turkish Students’ Attitudes and Intentions Towards Whistleblowing“, *Stratejik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, Vol. 101, Nr. 1, 2019, ss. 101-122.*
- Skivenes, Marit/ Trygstad, Sissel C. „When Whistle-Blowing Works: The Norwegian Case“, *Human Relations Vol. 63, Nr. 7, 2010, ss. 1071-1097.*
- Thüsing, Gregor. „BetrVG § 80 Allgemeine Aufgaben“, in: Richardi, Reinhard, Betriebsverfassungsgesetz, 17. Auflage C.H.Beck, München, 2022.
- Uşan, M. Fatih. *İş hukukunda iş sırrının korunması: sır saklama ve rekabet yasağı*. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Xin, Liu., The Influence of National Culture on Whistle-Blowing: A Cross-Cultural Investigation“, *Cross-Cultural Communication, Vol. 10, Nr. 6, 2014, ss. 91-95*
- Yaşar, Tuğçe Nimet. „Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Uyum (Compliance) Yükümlülüğü“, in: Karagöz, Havva/Özcanlı, Fatma Beril/Palanduz, Seda. *Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu*, Oniki Levha, İstanbul, 2021, ss. 247- 283.
- Yurtkoru, Serra/ Wozir, Fathe Mahdi. „Organizational Culture and Intentions towards Types of Whistleblowing: The Case of Turkey and Ethiopia“, *Pressacademia Vol. 4, Nr. 4, 2017, ss. 527-539.*
- Zimmer, Mark/ Schwung, Benita. „Hilfe für Hinweisgeber – Beweislastumkehr nach § 36 II HinSchG-RegE“, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, Nr. 17, 2022, ss. 1167–1172.

Die Historischen und Philosophischen Grundpfeiler der Zivilrechtsrezeption in der Republik Türkei und Ihre Wesentliche Bedeutung

Serhan YILDIRIM ^{1*} 

¹ Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Aufsatzinformationen

ZUSAMMENFASSUNG

Aufsatzgeschichte

Abgabedatum: 22.12.2023

Annehmungsdatum:

03.03.2024

Erscheinungsdatum:

10.07.2024

Schlüsselwörter:

Rezeption des Zivilrechts in der Republik Türkei, Kodifikationsstreit im 19. Jahrhundert in Deutschland, Volksgeist, Savigny, Nationalsozialistisches Deutschland.

In der Gründungsphase der Republik Türkei führte die Unzulänglichkeit der bestehenden rechtlichen Struktur, die nicht in der Lage war, den Bedürfnissen der Gesellschaft gerecht zu werden, in Verbindung mit dem Verlangen nach Modernisierung und dem Streben nach Unabhängigkeit zu einer unvermeidlichen Rechtsrevolution. Insbesondere die seit der Tanzimat-Periode andauernden gerichtlichen Reformen blieben bei der Herstellung der rechtlichen Einheit unzureichend, und die durch das Osmanische Reich anerkannten juristischen Kapitulationen bereiteten den Boden für Interventionen fremder Staaten in das türkische Rechtssystem. Diese Situation machte die Rezeption von Gesetzen ausländischen Ursprungs notwendig und unumgänglich. Die in dieser Phase durchgeführten Rezeptionen bilden das Grundgerüst des modernen türkischen Rechts. Die Rezeption des Zivilrechts ist aufgrund der von ihr geregelten Rechtsinstitute und der mitgebrachten Innovationen von besonderer Bedeutung. Die Institutionen und Prinzipien des Rechts, auf denen das türkische Zivilrecht basiert, bilden eine enge Einheit mit ihren historischen und philosophischen Ursprüngen. In diesem Zusammenhang sind der historische Prozess und die Rechtstheorien, die in der Schweiz und Deutschland zur Kodifikation führten, von unbestreitbarer Bedeutung für das Verständnis der Grundlagen des türkischen Zivilrechts.

The Historical and Philosophical Foundations and Essential Value of Civil Law Reception in the Republic of Turkey

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 22.12.2023

Accepted: 03.03.2024

Published: 10.07.2024

Keywords:

Reception of civil law in the Republic of Turkey, codification debates in 19th century Germany, Volksgeist, Savigny, National Socialist Germany.

During the founding phase of the Republic of Turkey, the inadequacy of the existing legal structure, which was unable to meet the needs of society, combined with the desire for modernization and the pursuit of independence, led to an inevitable legal revolution. The judicial reforms that had continued since the Tanzimat period proved insufficient in establishing legal unity, and the judicial capitulations recognized by the Ottoman Empire laid the groundwork for foreign state interventions into the Turkish legal system. This situation necessitated and made the reception of laws of foreign origin inevitable. The receptions carried out during this phase constitute the backbone of modern Turkish law. The reception of civil law is of particular importance due to the legal institutions it regulated and the innovations it brought. The institutions and principles of law upon which Turkish civil law is based form a tight unity with their historical and philosophical origins. In this context, the historical process and the legal

** Bu makale 25-27 Ekim 2021 tarihli Türk Hukuk Tarihi Sempozyumu'nda "Cumhuriyet Dönemi Medeni Hukuk Resepsiyonunun Tarihsel ve Felsefi Zeminde Ayrılmazlığı ve Kıymeti Üzerine Bir Değerlendirme" başlığıyla sunulan tebliğin genişletilmiş ve geliştirilmiş halidir.



theories that led to codification in Switzerland and Germany are of indisputable importance for understanding the foundations of Turkish civil law.

To cite this article:

Yıldırım, S. (2024). “Die Historischen und Philosophischen Grundpfeiler der Zivilrechtsrezeption in der Republik Türkei und Ihre Wesentliche Bedeutung”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cumhuriyet’in 100’üncü Yılı Armağanı, s. 370-389. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.122>

***Sorumlu Yazar:** Serhan Yıldırım, serhanyildirim@cu.edu.tr

EINLEITUNG

Die Rezeption im Recht, die auf den Prinzipien der Universalität und Nationalität in aufstrebenden Gesellschaften basiert, ist ein unvermeidliches Phänomen. Tatsächlich ist es anerkannt, dass in den ersten Jahren der Republik Türkei die Idee der Revolution im Recht den Rezeptionsprozess beschleunigt hat. In dieser Zeit erreichten die Rezeptionsaktivitäten, die nach der Tanzimat-Periode begonnen hatten, aufgrund historischer, politischer, rechtlicher und sozialer Gründe ihren Höhepunkt. Die Rezeptionen, die in der besagten Zeit durchgeführt wurden, enthalten die Grundbausteine des modernen türkischen Rechts. Die strukturelle Transformation des türkischen Rechts kann nur durch eine detaillierte Untersuchung des Rezeptionsprozesses verstanden werden. In dieser Hinsicht hat die Rezeption des Zivilrechts eine besondere Bedeutung. In der Tat wurde mit der Rezeption des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) eine neue Ära im türkischen Zivilrecht eingeleitet. Es wurde begonnen, zeitgenössische Bestimmungen und Grundsätze wie das Heirats- und Mündigkeitsalter, die Monogamie, die Gleichstellung von Frauen und Männern anzuwenden. Darüber hinaus wurde den Richtern ein weitreichendes Ermessen gemäß dem Gesetz eingeräumt. Zudem begann man mit der Anwendung von Institutionen wie gutem Glauben, Redlichkeit und Missbrauch des Rechts, die allgemein durch Gesetze verankert wurden. Obwohl in den ersten Jahren der Republik das Schweizerische Zivilgesetzbuch übernommen wurde, ist es nicht möglich, es ohne seine historischen und philosophischen Grundlagen zu bewerten. Wenn wir berücksichtigen, dass die am häufigsten zitierten Quellen in den Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts die Urteile des Deutschen Bundesgerichtshofs und die deutsche Rechtslehre sind, wird deutlich, dass das deutsche Recht für das Schweizer Zivilrecht eine maßgebliche Quelle darstellt. In diesem Kontext wird in der Studie zunächst der konzeptionelle und periodische Inhalt der Rezeption dargestellt, danach wird auf die Grundlagen der deutschen Zivilrechtstheorie des 19. Jahrhunderts eingegangen. Anschließend wird kurz erörtert, warum die konstituierende Macht die Rezeptionsaktivität durchgeführt hat. Danach werden die sozialen Gewinne, die mit der Rezeption des Zivilrechts erzielt wurden, dargelegt. Abschließend wird die Untrennbarkeit des Ursprungsgesetzes von seinen historischen und philosophischen Wurzeln im Zusammenhang mit dem heutigen türkischen Zivilrecht untersucht.

I. DER BEGRIFF DER REZEPTION

Die Rezeption ist die Übernahme und Annahme des Rechts einer Nation als kulturelles Element durch eine andere Nation. Das Recht, das Gegenstand der Rezeption ist, muss ein Fremdheitselement enthalten. Die Rezeption kann sowohl durch die Übernahme des Rechts einer zeitgenössischen Nation als auch in Form eines Annahmeprozesses der Rechtsordnung vergangener Zivilisationen erfolgen. Die Handlung der Übernahme muss mit dem freien Willen des politischen Willens erfolgt sein.¹ Wenn einem Empfängerland ein fremdes Rechtssystem aufgezwungen wird, spricht man nicht von einer Rezeption, sondern von Kolonisierung und

¹ Wieacker, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen, 1967, s. 126-127.

Assimilation.² In diesem Zusammenhang sind einige Ereignisse in der Geschichte, die nicht als Rezeption bezeichnet werden können, kurz folgende: Die Ausbreitung des islamischen Rechts nach Eroberungen, die eine dominierende Position in fremden Kulturen einnimmt, die Durchsetzung des Code civil in den Niederlanden und einigen deutschen Staaten nach der Napoleonischen Besetzung und die erzwungene Durchsetzung des Rechts der kolonisierenden Staaten in den Kolonien. In den genannten Beispielen kann aufgrund des Fehlens einer “willentlichen und bewussten” Entscheidung des politischen Willens nicht von einer Rezeption gesprochen werden.³ Im ersten Beispiel musste ein fremdes Land nach einem Krieg die Herrschaft des islamischen Staates anerkennen. Wenn ein nicht-muslimisches Land durch Frieden die Herrschaft eines islamischen Staates anerkennt, könnte von einer Rezeption gesprochen werden, sofern der Wille zur Anerkennung frei zum Ausdruck gebracht wird. Ebenso kann der Rechtsaustausch zwischen Gesellschaften, die der islamischen Kultur nicht fremd sind, da kein Fremdheitselement vorliegt, nicht als Rezeption bezeichnet werden. Nach Jhering wird diese Situation als “Austausch” bezeichnet.⁴

II. DIE TAGESORDNUNG DER DEUTSCHEN RECHTSGEMEINSCHAFT IM 19. JAHRHUNDERT: KODIFIKATIONSSTREIT

Das 19. Jahrhundert beginnt mit dem Fall des Römisch-Deutschen Reiches und der Eroberungsperiode Napoleons. Nach dem Zusammenbruch des Reiches im Jahr 1806 konnte nicht unmittelbar eine zentrale Organisation geschaffen werden, die von einem nationalen Bewusstsein geprägt war. Napoleon begann in den von ihm eroberten Gebieten, den Code civil gewaltsam anzuwenden, während das gemeinsame Recht weiterhin in sekundärer Geltung blieb. In diesem Prozess wurde der Rheinbund gegründet. Einige germanische Regionen wie Preußen hatten den Code civil nicht akzeptiert.⁵ Von Bedeutung ist hier die Tatsache, dass der Code civil durch die Ausnutzung politischer und militärischer Überlegenheit durchgesetzt wurde. Daher kann in diesem Zusammenhang nicht von einer Rezeption gesprochen werden. Tatsächlich hat die empfangende Partei die Rezeption nicht aus freiem Willen vollzogen. Diese Situation wird als Kolonialismus charakterisiert.⁶

² Die Durchsetzung des eigenen Rechts eines Landes, das Erzwingen seiner Annahme, wird als “Imposition” bezeichnet. Selbst wenn diese Handlung erfolgreich ist, kann sie nicht als “Übernahme fremden Rechts” betrachtet werden. Siehe: Can, Cahit, *Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi*, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2012, s. 39-40; nach Bozkurt wird die rechtliche Imposition der Kolonisatoren, die nicht durch freien Willen und Bewusstsein erfolgt, mit dem Begriff “Expansion” beschrieben. Bozkurt, Gülnihâl, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2010, s. 15; Wieacker, 1967, s. 128.

³ Özsunay, Ergun, “Türkiye’de Yabancı Hukukun Benimsenmesi Hareketi İçinde Türk Medenî Kanununun Anlamı ve Önemi”, *Medenî Kanun 50. Yıl Sempozyumu*, İstanbul, 1978, s. 399-400; Wieacker, 1967, s. 127.

⁴ Kramer, Ernst A., “Der Einfluß des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 200, H. 3/4, 2000, s. 370.

⁵ Koschaker, Paul, *Europa und das römische Recht*, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1966, s. 255; Haferkamp, Hans-Peter, “Die Rezeption des römischen Rechts in Deutungen der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts”, *Zeitschrift für Literaturgeschichte*, Bd. 67, 2013, s. 248; Manigk, Alfred, “Savigny und die Kritik der Rezeption”, *ZRG/RA*, Bd. 61, H. 1, 1941, s. 187; Conrad, Hermann, “Aus der Entstehungszeit der historischen Rechtsschule: Friedrich Carl von Savigny und Jacob Grimm”, *ZRG/GA*, Bd. 65, H. 1, 1947, s. 263-264.

⁶ Kayak, Sevgi, “Türk Hukuk Tarihinde Medeni Hukuk Alanındaki Resepsiyon Sürecinin Meşruluğu”, *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, İstanbul, 2014, s. 56-57.

Das Ende der napoleonischen Besetzung auf deutschen Gebieten führte zu einem starken Bewusstsein der nationalen Identität. Diese Stimmung beeinflusste tiefgreifend die deutschen Juristen und natürlich auch ihre Werke. Die unmittelbar nach der Besetzung aufkommenden Gesetzgebungsdiskussionen sind das deutlichste Beispiel dafür. Den ersten Kernpunkt können wir bei Thibaut sehen. In seinem Werk “Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland”, das 1814 veröffentlicht wurde, verteidigte Thibaut nicht die Fortsetzung des Gemeinen Rechts, sondern die Notwendigkeit eines allgemeinen Kodex. Thibaut argumentierte nicht nur im Bereich des Zivilrechts, sondern auch im Strafrecht und im Zivilprozessrecht für die Notwendigkeit eines Kodex, der die rechtliche Einheit herstellen und die ganze Nation umfassen könnte.⁷ In seinem Werk sprach Thibaut die Neuerungen an, die durch das ABGB (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch von Österreich) und den Code civil eingeführt wurden.⁸ Vor der politischen Restauration riet Thibaut zur Gestaltung der deutschen Gesetzgebung, inspiriert von ABGB und vor allem dem Code civil, jedoch mit einem heimischen Charakter. Das bemerkenswerte hier ist, dass Thibauts Haltung zur Gesetzgebung nicht die partielle oder totale Rezeption eines fremden Gesetzes war, sondern eher die Schaffung eines heimischen Gesetzes, inspiriert von der Struktur des Code civil.⁹ Tatsächlich gab es in der erwähnten Zeit keine ernsthafte juristische Literatur über die Rezeption des Code civil in Deutschland. Wenn man die Geschichte des Privatrechts im deutschen Recht betrachtet, wird unter Rezeption “die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland” verstanden. Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland wird mit einer dualen Unterscheidung in *theoretische* und *praktische* Rezeption behandelt. Mit der theoretischen Rezeption ist die verbindliche Anerkennung des Corpus Iuris Civilis im Mittelalterlichen Römisch-Deutschen Reich und die Betrachtung des Reiches als geistiger Nachfolger Roms gemeint.¹⁰ Die praktische Rezeption wird als der Prozess beschrieben, bei dem das aus germanischen Quellen stammende Privatrecht des Reiches dem Vorrang des römischen Rechts weicht. Somit bezieht sich die praktische Rezeption des römischen Rechts auf die Rechtslehre, die gesetzgeberische Tätigkeit und die Rechtsanwendung im Bereich des Privatrechts.¹¹ Daher konzentrierten sich die Diskussionen in der genannten Zeit auf die Frage, ob das römische Recht als Grundlage angenommen werden sollte oder nicht.

Savigny lehnte in seinem berühmten Werk *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, das er als Antwort auf Thibaut verfasste¹², alle Gesetzgebungsbemühungen

⁷ Thibaut, Anton Friedrich Justus, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, 1814, s. 63.

⁸ Thibaut, s. 37-38, 57.

⁹ Thibaut, s. 65-66; Wieacker, 1967, s. 390.

¹⁰ Die theoretische Rezeption wird auf die Idee der “translatio imperii (Übertragung des Reichs)” zurückgeführt. Nach dieser Auffassung wird der römisch-germanische Kaiser als der geistige Nachfolger und Erbe des letzten römischen Kaisers angesehen. Kunkel, Wolfgang, “Das Wesen der Rezeption des Römischen Rechts”, *Heidelberger Jahrbücher*, H. I, Berlin-Heidelberg, 1957, s. 3; Honsell, Heinrich, *Römisches Recht*, 8. Aufl., Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2015, s. 1.

¹¹ Wieacker, 1967, s. 124; Für detaillierte Informationen über die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland siehe: Yıldırım, Serhan, 19. yy. *Alman Hukuk Teorisinin Tarih Bilinci Bağlamında Oluşumu ve Etkileri*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 19-59.

¹² Savigny hat sein Werk nicht als Antwort auf Thibauts am 19. Juni 1814 veröffentlichtes Werk geschrieben. Laut Hennig hatte Savigny bereits am 4. Juni 1814, also vor der Veröffentlichung von Thibauts besagtem Werk, in Briefen an den Verlag kurze Informationen über den Inhalt des zu veröffentlichenden Werkes gegeben. Hennig

ab, da sie seiner Meinung nach nicht organisch seien.¹³ Genauer gesagt hielt er die Gesetzgebung durch den Willen des Gesetzgebers für verfrüht und schädlich, da die Rechtswissenschaft noch nicht die notwendige Reife erreicht hatte. Nach Savigny sollte sich die organische Entwicklung des Rechts in der gemeinsamen Überzeugung des Volkes manifestieren. Dies geschieht durch Gewohnheitsrecht, Rechtswissenschaft und rechtliche Praxis. Tatsächlich betrachtet Savigny in seiner Lehre den Begriff "Volk" als "kulturelles Konzept". Er identifiziert es fast mit Rechtswissenschaftlern und Richtern.¹⁴ Savigny versteht unter dem kulturellen Konzept des Volkes nicht das politische und soziale Gesicht des gegenwärtigen oder vergangenen germanischen Volkes. Was er unter dem Volk versteht, ist ein ideales Kulturkonzept. Bei Savigny ist das Volk ein Begriff der gemeinsamen Bildung in geistiger und kultureller Hinsicht an die Gesellschaft gebunden.¹⁵ Letztendlich sind Ausdrücke wie "Volksgeist" und "gemeinsame Überzeugung des Volkes" gewissermaßen eine ideale Fiktion im Entstehungsprozess des Rechts. Das Wesentliche ist, dass die Juristen die Rechtswissenschaft in eine systematische Struktur bringen und sie verarbeiten, um in der Zukunft ein gemeinsames Gesetz zu schaffen.

Wie erwähnt, wäre nach Savigny die Gesetzgebung eine verfrühte Initiative, da die Rechtswissenschaft noch nicht das gewünschte Niveau erreicht hatte. Deshalb sollte auf die Aktivitäten der Juristen gewartet werden, die als Vertreter des Volksgeistes gelten. Das Material der Juristen war das römische Recht. Daher war die größte Kritik der Germanisten an der historischen Rechtsschule im Kontext der Rezeption des römischen Rechts. Tatsächlich verteidigten die Germanisten laut der historischen Rechtsschule in ihrem grundlegenden Programm sowohl das Recht, das aus dem Schoß der Nation hervorsprudelt und aus dem Wesen des Volkes entsteht, als auch die Rezeption des römischen Rechts in seinen theoretischen und praktischen Aspekten, indem sie es als legitim anerkannten und das nationale Recht auf einem einseitigen historischen Erbe aufzubauen beabsichtigten. Wenn jedoch die historische Rechtsschule konsistent gehandelt hätte, hätte sie das germanische Recht aus dem Geist des Volkes, den Geist des germanischen Volkes, die Geschichte des germanischen Rechts verstehen müssen. Die schärfsten Kritiken der Germanisten konzentrieren sich auf diesen Kernpunkt.¹⁶

zufolge sind Savignys Gedanken in seinem Werk *Beruf als Vorüberlegungen, Prolog eines späteren Werkes*, an dem er seit 1810 gearbeitet hat, entstanden. Tatsächlich antwortet Savigny in seinem Werk nicht nur auf Thibaut. Laut einem von Hennig veröffentlichten Brief Savignys wurde das Werk *Beruf* nicht direkt in Bezug auf romantische Strömungen, sondern mit dem Gedanken an die Lösung grundlegender Probleme bezüglich des Verhältnisses von Recht und Geschichte innerhalb eines bestimmten Systems verfasst. Hennig, Johannes, "Vom Beruf unserer Zeit" und "Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter", ihre Entstehung und ihr Verhältnis zueinander; mit einem unbekanntem Briefe Savignys an Zimmer", *ZRG/GA*, Bd. 56, H. 1, 1936, s. 394-397; In seinem Werk erwähnt Wieacker, dass Savigny seinen Brief an den Verlag vor der Veröffentlichung von Thibauts Werk geschickt hat, gibt jedoch irrtümlich das Datum als den 4. Juli 1814 an, eine Angabe, die er von Hennig übernommen hat. Wieacker, Franz, *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1967a, s. 14.

¹³ Savignys oben erwähntes Werk *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* wurde vom Englischen ins Türkische übersetzt. Siehe: von Savigny, Friedrich Carl, *Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine*, Çev. Ali Acar, Pinhan Yayınları, İstanbul, 2018.

¹⁴ Wieacker, 1967, s. 391-392; Laufs, Adolf, *Rechtsentwicklungen in Deutschland*, de Gruyter, Berlin, 1991, s. 188-189.

¹⁵ Wieacker, 1967, s. 393.

¹⁶ Für detaillierte Informationen über die Einwände der Germanisten gegen das römische Recht siehe: Yıldırım, 2023, s. 63-74; Yıldırım, Serhan, "Tarihçi Hukuk Okulunda Germenci Yaklaşımlar", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S. 16, 2013 (Güz), s. 63-91.

Tatsächlich bildet die Anerkennung der Rezeption des römischen Rechts durch die historische Rechtsschule ihren theoretisch schwächsten Punkt.

III. DER HISTORISCHE UND PHILOSOPHISCHE GRUND DES MAßGEBLICHEN GESETZES (ZGB UND OR)

Die Schweiz, die eine konföderierte Struktur aus Kantonen bildet, hat sich mit dem Westfälischen Frieden von 1648 vom Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation losgesagt. Bereits im genannten Jahrhundert wurden Werke bedeutender Vertreter der Naturrechtsschule wie Hugo Grotius und Samuel Puffendorf übersetzt. Nach der Französischen Revolution begann in der Schweiz der Gedanke der Gesetzgebung, beeinflusst von der Naturrechtswegung, den Ideen der Aufklärung und der historischen Rechtsschule, sich im 19. Jahrhundert langsam zu zeigen. Die Schweizer Gesetzgebung wurde zunächst auf Kantonsebene durchgeführt.¹⁷ Diese können in drei Gruppen eingeteilt werden:

a) Gesetzgebungen, die seit 1804 auf der Grundlage des Code civil durchgeführt wurden. Diese Gruppe ist die umfangreichste. Tatsächlich haben die Kantone West- und Südschweiz auf der Grundlage des Code civil ihre Zivilgesetze erstellt. Zu dieser Gruppe gehören die Kantone Genf (1804), Waadt (1819), Freiburg (1835-1850), Neuenburg (1854-1855), Wallis (1855) und Tessin (1837).

b) Kantone, die sich auf das österreichische Zivilgesetzbuch (ABGB) von 1811 beziehen. Gesetzgebungen, die in Übereinstimmung mit dem ABGB durchgeführt wurden, sind: Bern (1824-1831), Luzern (1831-1839), Solothurn (1841-1847), Aargau (1847-1855).

c) Die Besonderheit der Kantone in dieser Gruppe liegt darin, dass die Gesetzgebungen nicht unter dem Einfluss des Naturrechts, sondern auf der Grundlage der historischen Rechtsschule erstellt wurden. Auf der Grundlage des romanistischen Flügels der historischen Rechtsschule wurden Gesetzgebungen in den Kantonen Zürich (1854), Graubünden (1862) und Glarus (1869) durchgeführt. In den übrigen Kantonen, die nicht erwähnt wurden, findet keine Gesetzgebungstätigkeit statt.¹⁸

In der Rechtsgeschichte der Schweiz wurden die Gesetzgebungen auf Bundesebene nach den kantonalen Gesetzgebungen durchgeführt. Als wichtigster Faktor, der die erste Bundesgesetzgebung notwendig machte, erscheinen kommerzielle und wirtschaftliche Bedenken. Insbesondere war die Festlegung der anwendbaren Norm bei rechtlichen Streitigkeiten im interkantonalen Handel ein großes Problem. All diese Umstände machten die Schaffung einer rechtlichen Einheit notwendig. Zusätzlich zu den genannten Gründen wurde 1874 mit dem Ziel, die zentrale Struktur und das Nationalbewusstsein zu stärken, eine neue Verfassung eingeführt. Laut Artikel 64 der Schweizer Verfassung von 1874 konnte nun nicht nur auf kantonaler, sondern auch auf Bundesebene eine Gesetzgebung für das gesamte Land

¹⁷ Meder, Stephan, *Rechtsgeschichte*, 6. Aufl., Böhlau Verlag, Köln-Weimar-Wien, 2017, s. 277-280, 354-355.

¹⁸ Meder, s. 355.

durchgeführt werden. Allerdings bezog sich diese Bestimmung zu diesem Zeitpunkt nur auf das Schuld- und Handelsrecht und ließ das Zivilrecht außer Acht. Für die Bereiche des Schuld- und Handelsrechts war bereits eine gesellschaftliche und rechtliche Grundlage geschaffen. Aufgrund rechtlicher Probleme hatte der Schweizer Bundesrat vor der Verfassungsänderung von 1874 Walther Munzinger (1830-1873) beauftragt, das Handelsgesetz (1862) und das Schuldrecht (1868) zu verfassen. Von Munzinger wurde erwartet, anstelle von zwei unabhängigen Gesetzen ein einziges Gesetz zu verfassen, das beide Rechtsbereiche umfasst. Seine Ansicht war in dieser Hinsicht mit den Anweisungen konsistent. Letztendlich hat Munzinger mit erheblichem Aufwand das Schweizer Obligationenrecht (OR) erstellt und so wurde das OR von 1881 zur ersten Bundesgesetzgebung der Schweiz.¹⁹

Das Schweizer Obligationenrecht hatte in der Praxis positive Ergebnisse und mit der Reifung der gesellschaftlichen Bedingungen wurde auch im Bereich des Zivilrechts eine Gesetzgebung eingeführt. Zunächst wurde 1898 eine Verfassungsänderung vorgenommen, um die Gesetzgebung im Zivilrecht zu ermöglichen.²⁰ Vor dieser Änderung hatte die Schweizerische Juristenvereinigung Eugen Huber 1884 beauftragt, ein vergleichendes Werk über das kantonale Privatrecht zu verfassen. Gemäß diesem Auftrag verfasste Huber sein berühmtes vierbändiges Werk "System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts (1886-1893)". 1892 wurde Huber dann beauftragt, ein Zivilgesetzbuch für die Schweiz zu erstellen. Schließlich wurde der entsprechende Gesetzentwurf nach etwa siebzehn Jahren Verhandlungen im Schweizer Bundesrat und im Kantonsrat (1909-1910) einstimmig angenommen und in Kraft gesetzt. Das Schweizerische Obligationenrecht von 1881 wurde ebenfalls mit einigen Änderungen angenommen und trat zusammen mit dem ZGB am 1. Januar 1912 in Kraft.²¹ Damit wurde das Schweizer Obligationenrecht nicht als ein eigenständiges Buch, sondern als Teil 5 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches eingegliedert, wobei die Artikelnummern von eins an begannen.²²

Wenn man die philosophischen Grundlagen betrachtet, kann man sagen, dass das Schweizerische Zivilgesetzbuch und das Obligationenrecht in ihrer Gestaltung einen pandektistischen Charakter aufweisen. Bekanntlich hat Huber das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) und seine Anwendungsergebnisse detailliert untersucht.²³ Es ist daher undenkbar, dass Huber nicht von der neuesten Gesetzgebung seiner Zeit, dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, beeinflusst wurde. Zudem kann gesagt werden, dass das Schweizerische Zivilgesetzbuch mit den Ideen von Savigny zur Gesetzgebung übereinstimmt. Die flexible Struktur des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, die dem Richter Ermessensspielraum in Fällen von Gesetzeslücken und wie gesetzlich vorgesehen gibt, sowie die Möglichkeit für den Richter, unter bestimmten Bedingungen gesetzgeberische Regelungen

¹⁹ Munzingers Gesetzesarbeit wurde nach seinem Tod im Jahr 1873 fast ohne Änderungen im Jahr 1881 gesetzlich verabschiedet. Meder, s. 357.

²⁰ Honsell, Heinrich, "100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Bd. 130, H. II, 2011, s. 9-10.

²¹ Meder, s. 356; von Tuhr, Andreas, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı*, çev. Cevat Edege, C. 1. İstanbul, 1952, s. 3.

²² Üçok, Coşkun/ Mumcu, Ahmet/ Bozkurt, Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 317.

²³ Tuhr, s. 14.

zu treffen und die Anerkennung von Gewohnheitsrecht als sekundäre Rechtsquelle sind genau die Prinzipien, die Savigny in einer idealen Gesetzgebung gesucht hat.²⁴ In diesem Sinne kann gesagt werden, dass das besagte Gesetz einen pandektistischen Charakter hat oder mit der pandektistischen Lehre übereinstimmt.²⁵

IV. DIE REZEPTION DES ZIVILRECHTS IN DER REPUBLIK TURKEI

A. FAKTOREN DER REZEPTION

Im Bereich des Zivilrechts wurde bis zur Republikära kein ausländisches Gesetz übernommen. Anstelle der Annahme eines ausländischen Gesetzes wurde versucht, die sozialen und rechtlichen Bedürfnisse für eine kurze Zeit mit der Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, die auf lokalen Traditionen basiert und eigenständig entwickelt wurde, zu erfüllen. Allerdings umfassen die Bestimmungen der Mecelle nicht alle Themen der Zivilrechtsdisziplin. Im Mecelle sind keine Regelungen zum Personen- und Stiftungsrecht sowie zum Familien- und Erbrecht enthalten. Die Mecelle enthält hauptsächlich Bestimmungen zum Obligationenrecht. Darüber hinaus umfasst sie auch einige Bestimmungen zum Sachenrecht und zum Verfahrensrecht.²⁶

Am 17. Februar 1926 wurde das Schweizerische Zivilgesetzbuch durch Rezeption übernommen und unter dem Namen Türkisches Zivilgesetzbuch von der Großen Nationalversammlung der Türkei angenommen und trat zusammen mit dem Obligationenrecht am 4. Oktober 1926 in Kraft.²⁷ Die generelle Rezeption des Schweizerischen Zivilgesetzbuches²⁸ als bloßes Ergebnis der revolutionären Ideen des Gründungskaders der

²⁴ Meder, s. 357, Caroni, Pio, "Savignys 'Beruf' Und Die Heutige Krise Der Kodifikation", *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis / Revue d'Histoire du Droit / The Legal History Review*, Bd. 39, H. 3, 1971, 468-469.

²⁵ Yıldırım, 2023, s. 101-108; Nach Oğuzman/Barlas überwiegt in der Schweizerischen Obligationenrecht von 1881 der pandektistische Charakter, während im Zivilgesetzbuch von 1912 der germanistische Charakter dominanter ist. Vgl.: Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami, *Medenî Hukuk*, 14. Baskı, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2014, s. 9.

²⁶ Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Cihan, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi (OTAM)*, sy. 29, Bahar 2011, s. 104, 115-116; Bozkurt, 2010, s. 161.

²⁷ Der von Eugen Huber verfasste Schweizerische Zivilgesetzbuch wurde ursprünglich in deutscher Sprache verfasst. Dieses Gesetzbuch wurde von Rossel ins Französische und von Bertoni sowie Gabozzi ins Italienische erfolgreich übersetzt. Obwohl Rossels Übersetzung ins Französische freier Natur war und einige Fehler enthielt, wofür sie zu ihrer Zeit heftiger Kritik ausgesetzt war, wurden die Texte in Deutsch, Französisch und Italienisch offiziell anerkannt. Sollten zwischen den Texten Unterschiede auftreten, so ist vorgesehen, dass diese gemäß den in der Schweizer Verfassung festgelegten Auslegungsmethoden gelöst werden. In den frühen Jahren der Republik wurde das Gesetz aufgrund der hohen Anzahl an Französisch sprechenden Menschen meist aus dem französischen Text übersetzt. Oğuzman/Barlas, s. 19; Tuhr, s. 3; für weitere Informationen über ZGB und OR siehe: Yıldırım, 2023, s. 99-110.

²⁸ Obwohl es allgemein als vollständige Rezeption bezeichnet wird, wurden einige Artikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) nicht in das Türkische Zivilgesetzbuch übernommen. Laut Velidedeoğlu sind die nicht übernommenen Artikel solche, die kantonale Bestimmungen enthalten. Eine vollständige Liste der nicht übernommenen Artikel und die vorgenommenen Änderungen finden Sie bei: Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, "İsviçre Medenî Kanunu Karşısında Türk Medenî Kanunu", *Medenî Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1944, s. 367-390; Hirsch, Ernst Eduard, "Die Gesetzgebung der Türkei auf dem Gebiete des Privatrechts 1939-1956", *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 23. Jahrgang, H. 1, Mohr Siebeck Verlag, 1958, s. 84-110; Hamza, Gábor, "Römischrechtliche Traditionen und die Kodifikation des Privatrechts in der Türkei", *AFDUDC*, Bd.10, 2006, s. 564; Obwohl das Türkische Zivilgesetzbuch größtenteils eine direkte Übersetzung ist, haben viele seiner Artikel im Laufe der Zeit Änderungen erfahren, um den Strukturen

Republik zu betrachten, würde nicht mit der historischen Wirklichkeit übereinstimmen. Tatsächlich war die Idee der Rezeption kein Phänomen, das in den ersten Jahren der Republik plötzlich auftauchte und umgesetzt wurde. Die Wurzeln des Rezeptionsgedankens reichen bis in die Tanzimat-Periode zurück.²⁹ Die Übernahme ausländischer Gesetze im Osmanischen Reich und in der Republik Türkei basiert auf bestimmten Faktoren. Es ist angebracht, diese als innere und äußere Faktoren zu bezeichnen. Im Rahmen der Justizreformen der Tanzimat-Periode werden die inneren Faktoren für die Übernahme ausländischer Gesetze allgemein als Modernisierungs- und Unabhängigkeitsstreben³⁰ und der Wunsch, in den Kreis der zivilisierten, fortschrittlichen und zeitgenössischen europäischen Staaten einzutreten, bezeichnet.³¹ Die äußeren Faktoren konzentrieren sich auf die an Ausländer vergebenen justiziellen Kapitulationen und den rechtlichen Status der nichtmuslimischen Minderheiten. Tatsächlich nutzten europäische Staaten die genannten Punkte als Vorwand, um in das türkische innerstaatliche Recht einzugreifen.³² In gleicher Weise gibt es viele Faktoren für die Rezeption des Schweizerischen Zivilgesetzbuches in den ersten Jahren der Republik. Es wäre treffend, diese Faktoren ebenfalls in innere und äußere Faktoren zu gruppieren. Innere Faktoren können als Unfähigkeit der bestehenden Bestimmungen, die Bedürfnisse der modernen Welt zu erfüllen, das Konzept eines laizistischen Staates, die Revolutionsideologie, kurz gesagt, das Bestreben, eine neue Nation auf unterschiedlichen Grundlagen zu errichten, ausgedrückt werden. Es wäre angebracht, die externen Faktoren im Kontext des Vertrags von Lausanne zu betrachten. Das heißt, bis zum Vertrag von Lausanne führte die bestehende rechtliche Struktur, die gewährten justiziellen Kapitulationen sowie der rechtliche Status der Minderheiten in einer Weise zu einer Einmischung ausländischer Staaten in das türkische innerstaatliche Recht.³³ In dieser Hinsicht waren besonders die justiziellen Kapitulationen und der Status der Minderheiten eines der umstrittensten Themen der Zukunft des türkischen Rechts bei den Verhandlungen von Lausanne.³⁴

B. WARUM WURDE DAS SCHWEIZERISCHE ZIVILGESETZBUCH

und Bräuchen der türkischen Gesellschaft gerecht zu werden. Oğuzman/Barlas, s. 24-33; Die Rezeptionen in der Republik-Ära sind in der Regel von allgemeiner Natur. Eine generelle Rezeption symbolisiert den Bruch mit der Vergangenheit und ist ein Zeichen der rechtlichen Revolution. Bozkurt, 2010, s.14; Özsunay, Ergun, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, İstanbul, 1976, s. 274; Für weitere Arten der Rezeption siehe auch Bozkurt, 2010, s. 14-16.

²⁹ Bozkurt, 2010, s. 48-174; Özsunay, Ergun, "Türkiye'de Yabancı Hukukun Benimsenmesi Hareketi İçinde Türk Medenî Kanununun Anlamı ve Önemi", *Medenî Kanun 50. Yıl Sempozyumu*, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, İstanbul, 1978, s. 400-401.

³⁰ Özcan, Mehmet Tefik, "Modernleşme ve Medeni Hukuk: Türk Medeni Kanununun İktibas ve Bu Olayın Politik Cephesi", *Bülent Tanör Armağanı*, Ed. Öget Öktem, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, s. 462.

³¹ Gedikli, Fethi, "Hukuki Düşünce Yahut Cumhuriyetin Hukuk Devrimi", *Tanzimat'tan Günümüze Türk Düşüncesi*, Ed. Süleyman Hayri Bolay, C. 2, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 891.

³² Aydın, Mehmet Akif, "Türk Hukukunun Laikleşme Sürecinde Lozan'ın Oynadığı Rol", *İslami Araştırmalar*, C. 8, S. 3-4, 1995, s. 167-169; Gedikli, s. 891; Özcan, s. 462.

³³ Hirsch betont, dass die türkische Regierung im Gegenzug für die Aufhebung der justiziellen Kapitulationen in Lausanne sich verpflichtet hat, zeitgenössische Gesetze zu erlassen. Siehe: Hirsch, Ernst Eduard, "Schweizerisches Gesetz – türkisches Recht (1926/1976)", *Zwischen Ankara und Lausanne: Die Türkei unterwegs nach Europa Ein Lesebuch*, Ed. Max Schweizer, Chronos Verlag, Zürich, 2004, s. 337; Für die Protokolle der Lausanner Gespräche siehe: Meray, Seha L. (Çev.), *Lozan Barış Konferansı*, C. 1, 2. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 232-233; Bilsel, Cemil, "Medenî Kanun ve Lozan Muahedesi", *Medenî Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1944, s. 25.

³⁴ Yıldırım, 2023, s. 122-132.

GEWÄHLT?

Im Bereich des Zivilrechts war die politische Entscheidung für die Schweiz gefallen. Es wird angenommen, dass es viele Gründe für diese Wahl gab. Ein häufig genannter Grund ist, dass der damalige Justizminister Mahmud Esat Bozkurt in der Schweiz Jura studiert hatte. Fındıkoğlu betrachtet aufgrund dieses Grundes die Wahl des Schweizerischen Zivilgesetzbuches als einen zufälligen Vorfall.³⁵ Im Gegensatz dazu betont der Justizminister der Zeit, M. Esat Bozkurt, dass die Übernahme des Schweizerischen Zivilgesetzbuches “kein einfallsbedingter, willkürlicher Beschluss war”.³⁶ Bozkurt erklärte, dass während des Gesetzgebungsprozesses intensiv über das französische und insbesondere das deutsche Zivilgesetzbuch nachgedacht wurde. Das französische Zivilgesetzbuch wurde wegen seines “alten” Zustandes und im übertragenen Sinne, weil es aus der Mode gekommen war, nicht gewählt. Das deutsche Zivilgesetzbuch war in einem äußerst abstrakten und philosophischen Stil geschrieben. Es war nicht funktional. So sehr, dass sogar deutsche Juristen sich darüber beschwerten. Deutsche Juristen diskutierten sogar, wie sie das Zivilgesetzbuch funktionaler gestalten könnten. Bozkurt zufolge wurde diese Situation bei der Bewertung verschiedener Kodizes nicht übersehen. Das neueste, demokratischste und in seinem Stil klarste und verständlichste Schweizerische Zivilgesetzbuch schien viel mehr im Einklang mit dem Charakter der türkischen juristischen Reformen zu sein. Deshalb wurde das Schweizerische Zivilgesetzbuch, welches als das funktionalste betrachtet wurde, gegenüber anderen bevorzugt und übernommen.³⁷

Viele Autoren behaupten, dass Bozkurts Studium in der Schweiz zwar eine persönliche Präferenz für die Schweiz nahelegen könnte, dies allein aber politisch nicht ausschlaggebend sein dürfte. Bei der Wahl des Schweizerischen Zivilgesetzbuches könnten die folgenden Punkte insgesamt eine Rolle gespielt haben:

a) Die Verfassung des Gesetzes in einem einfachen, klaren und verständlichen Stil³⁸: Nach Meinung einiger wurde das Gesetz in einem volksnahen Stil verfasst. Tatsächlich wird die Verwendung eines einfachen und verständlichen Stils im Vergleich zu zeitgenössischen Gesetzen wie dem BGB deutlich sichtbar. Der abstrakte philosophische Stil des BGB findet sich im Schweizerischen Zivilgesetzbuch nicht. In diesem Sinne ist die Klarheit des Stils unter Juristen offensichtlich, aber es ist nicht so, dass es in der Volkssprache geschrieben wurde. In dieser Hinsicht wäre die Beurteilung des Gesetzestextes als “volksnah” eine extremere Bewertung.

b) Die Tatsache, dass es die neueste Gesetzgebung zu diesem Zeitpunkt war: Der Autor

³⁵ Es wird darauf hingewiesen, dass das Vorhandensein von Juristen in den Reihen der türkischen Regierung, die ihre Ausbildung in der Schweiz erhalten haben, bei der Wahl des Schweizerischen Zivilgesetzbuches eine einflussreiche Rolle gespielt hat. Für weitere Informationen siehe entsprechende Quellen: Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Medenî Hukuku Umumî Esaslar*, C. 1, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1959, s. 87; Oğuzman/Barlas, s. 23.

³⁶ Bozkurt, Mahmud Esat, “Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı”, *Medenî Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1944, s. 11.

³⁷ Bozkurt, 1944, s. 11-12, 19-20.

³⁸ Bozkurt, 1944, s. 12.

des Gesetzes, Eugen Huber, hatte die Möglichkeit, den neuesten Kodex des europäischen Kontinents, das BGB, gründlich zu untersuchen. Tatsächlich trat das BGB am 1. Januar 1900 in Kraft, Eugen Huber begann jedoch bereits 1892 mit der Arbeit am Zivilgesetzbuch und vollendete es in etwa fünfzehn Jahren.³⁹ So hatte Huber die Möglichkeit, die Aspekte des BGB, die er problematisch fand, in seiner Arbeit am Zivilgesetzbuch zu korrigieren.⁴⁰

c) Die kosmopolitische Struktur der Schweiz im Vergleich zu anderen europäischen Staaten: Die Tatsache, dass Franzosen und Italiener einen bestimmten Teil der Bevölkerung in der Schweiz ausmachen, in einigen Kantonen Französisch, in anderen Italienisch gesprochen wird und die autonome Struktur der Kantone waren die größten Faktoren für die Erstellung eines Gesetzestextes, der auf jeden anwendbar ist.⁴¹

d) Säkularen Charakters:⁴² Im Gesetz sind keine Bestimmungen von religiös-dogmatischer Natur enthalten.

e) Vorhandensein flexibler Bestimmungen: In jedem Kodex können flexible Bestimmungen vorhanden sein. Das Referenzgesetz wurde in dieser Weise verfasst. Die den Richtern gewährte breite Ermessensfreiheit, Bräuche und etablierte Rechtsdoktrin als Quellen des Rechts sowie die Grundsätze der Redlichkeit und des guten Glaubens verleihen dem Gesetz einen flexiblen Charakter. Der Autor des betreffenden Kodex, Eugen Huber, erörtert in seinen Werken ausführlich die flexible Struktur des Gesetzes, um die Anwendung zu erleichtern. Seiner Ansicht nach sollte der Richter bei einem konkreten Fall, wenn im Gesetz eine Bestimmung vorhanden ist, zunächst nach dieser entscheiden. Hierbei sollte der Wortlaut des Gesetzes nicht starr und eng ausgelegt werden, sondern im Zusammenhang mit seinem Geist. Wenn es keine spezifische Bestimmung für den konkreten Fall gibt, sollte der Richter gemäß der im Gesetz angegebenen Reihenfolge auf andere Rechtsquellen zurückgreifen.⁴³ Kurz gesagt, die flexible und diskretionäre Struktur des Gesetzes gibt den Richtern in den im Gesetz angegebenen Fällen eine breite Ermessensfreiheit. Nach Velidedeoğlu können die Richter dank des flexibel-diskretionären Charakters durch Rechtsprechung, soweit das Gesetz es zulässt, dem türkischen Zivilrecht Gestalt geben.⁴⁴

f) Hauptsächlich beeinflusst von der deutschen Rechtstheorie sowie der französischen und italienischen: Bei Betrachtung der Vorbereitungsphase des Gesetzes sowie des Prozesses nach seiner Implementierung ist zu erkennen, dass es überwiegend von der deutschen Rechtstheorie beeinflusst wird.⁴⁵ Betrachtet man es im Kontext des Privatrechts, erkennt man, dass das Schweizer und das deutsche Recht verwandt sind. Wie in einer jüngsten Studie dargestellt, sind die am häufigsten zitierten Referenzen in den Urteilen des Schweizerischen

³⁹ Meder, s. 356-358.

⁴⁰ Joung, M. Walter, "Eugene Huber ve İsviçre Medeni Kanununun Ruhu (1849 – 1923)", *AÜHFD*, Çev. Jale Güral, 1949, C. 6, S. 1, s. 169.

⁴¹ Joung, S. 172-173.

⁴² Özsunay, 1978, s. 403.

⁴³ Huber, Eugen, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz und Polizeidepartements*, B. 12, Aufl., Buchdruckerei Bächler & Co., Bern, 1914, s. 38-39.

⁴⁴ Velidedeoğlu, 1959, s. 87.

⁴⁵ Für eine gegensätzliche Ansicht siehe: Joung, s. 169.

Bundesgerichts die deutsche Rechtslehre und die Urteile des deutschen Bundesgerichtshofes. Französisches und italienisches Recht wurden nur in geringem Umfang zitiert.⁴⁶

g) Bestimmungen zur Gleichberechtigung und zum Familienrecht: Nach Meinung einiger Autoren sind die Vorschriften im Gesetz, die die Gleichstellung von Frauen und Männern gewährleisten, die Polygamie abschaffen, das Mindestalter für die Eheschließung erhöhen usw., der wichtigste Grund für die Wahl des Schweizerischen Zivilgesetzbuches.⁴⁷ Dieser Grund mag zwar mit der Gründungsideologie der Republik Türkei übereinstimmen, ist jedoch allein nicht ausreichend, um zu erklären, warum das deutsche Zivilgesetzbuch unter den westlichen Kodizes nicht gewählt wurde.

C. DIE NEUERUNGEN DURCH DIE REZEPTION DES ZIVILRECHTS

An der Spitze der Gewinne der Zivilrechtsrezeption stehen zweifellos Unabhängigkeit und zivile Rechte. Der mit dem Vertrag von Lausanne begonnene Prozess wurde mit der Rezeption abgeschlossen. Dadurch wurde die Einmischung ausländischer Staaten in unser innerstaatliches Recht beseitigt. Darüber hinaus wurden viele Neuerungen in Bezug auf die zivilen Rechte eingeführt. Insbesondere wurde der Status der Frauen im Familienrecht verbessert. Außerdem ist das türkische Recht in den Rechtskreis des kontinentalen Europas eingetreten. In der Tat wurde mit der Rezeption des Schweizer Zivilgesetzbuches nicht nur der Gesetzestext, sondern auch alle wissenschaftlichen Aspekte und die systematische Struktur des Zivilrechts übernommen.

Nach der Aufhebung des Familienrechtsdekrets (*Hukuk-ı Aile Kararnâmesi*) von 1919 wurde zu den vorherigen Bestimmungen zurückgekehrt. Die sozialen und rechtlichen Bedürfnisse, die den Grund für die Erstellung des Dekrets bildeten, bestanden jedoch weiterhin. Im Osmanischen Reich gab es jedoch keine Möglichkeit mehr, ein neues Gesetz im Bereich des Familienrechts zu erlassen.⁴⁸ Das türkische Zivilgesetzbuch von 1926, das aufgrund politischer, rechtlicher und sozialer Faktoren aus dem Schweizer Recht übernommen wurde, begann die rechtlichen und sozialen Bedürfnisse zu erfüllen.⁴⁹ In diesem Zusammenhang werden wir kurz auf die Neuerungen eingehen, die das Zivilgesetzbuch gebracht hat.

Bei der Betrachtung der systematischen Struktur des Gesetzes von 1926 ist die größte Neuerung das Ermessen der Richter, die Institute des guten Glaubens und des Missbrauchs von Rechten. Wenn das Gesetz im Hinblick auf die zivilen Rechte betrachtet wird, gehören die

⁴⁶ Kramer, Ernst A., "Der Einfluß des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht", *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 200, H. 3/4, Mohr Siebeck Verlag, 2000, s. 366-369.

⁴⁷ Ataay, Aytakin, "Neden İsviçre Medeni Kanunu", *Medenî Kanun 50. Yıl Sempozyumu*, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, İstanbul, 1978, s. 71-72.

⁴⁸ Aydın, Mehmet Akif, *Osmanlı Aile Hukuku*, Klasik Yayınları, İstanbul, 2018, s. 207.

⁴⁹ In seinem Werk kritisiert Aydın die Übernahme eines fremden Rechtsverständnisses als eine Abkehr von einer tausendjährigen Rechtstradition. Nach Aydıns Worten: „So endete mit der vollständigen Aufhebung des seit Beginn des Osmanischen Reiches angewandten islamischen Familienrechts in der Türkischen Republik der historische Entwicklungsprozess. Bei diesem Ende wurden nicht die Erwartungen der überwiegenden Mehrheit der muslimischen Bevölkerung der Türkischen Republik berücksichtigt, sondern die Erwartungen der nichtmuslimischen Minderheiten, deren Zufriedenheit um der Machterhaltung willen erkaufte wurde, was zur Aufgabe eines tausendjährigen Rechtserbes führte.“ Aydın, 2018, s. 217.

Menschenwürde, die Gleichberechtigung von Mann und Frau, die Monogamie, die Freiheit des Willens, die Mindestaltersgrenze für die Ehefähigkeit und die abgeleiteten Institute zu den Gewinnen. Einige dieser Gewinne werden angesprochen werden.

Das Ermessen des Richters, das im Türkischen Zivilgesetzbuch (*Türk Kanun-ı Medenîsi*, 1926) Artikel 1 vorgesehen und in bestimmten Fällen und unter bestimmten Bedingungen anwendbar ist, bildet einen Grundpfeiler des türkischen Zivilrechts. Gemäß diesem Artikel agiert der Richter bei einem rechtlichen Konflikt, der ihm vorgelegt wird, nach Artikel 1 des Türkischen Zivilgesetzbuches: “Das Gesetz ist in allen Angelegenheiten, die es in Wort oder Geist berührt, maßgeblich. In einer Angelegenheit, für die es keine gesetzliche Vorschrift gibt, entscheidet der Richter nach den Bräuchen und Traditionen, und wenn auch diese fehlen, nach dem, was er als gesetzgeberische Regelung für diese Angelegenheit erlassen hätte.

Der Richter soll in seinen Urteilen von wissenschaftlichen Meinungen und gerichtlichen Entscheidungen Gebrauch machen.”⁵⁰

Kurz gesagt, wenn es eine anwendbare Vorschrift für den Fall gibt, wendet der Richter diese an. Aber nicht alle unendlich vielen rechtlichen Ereignisse im Bereich des Zivilrechts können direkt mit dem Wortlaut des Gesetzes übereinstimmen. In diesem Fall macht der Richter von der Befugnis Gebrauch, die ihm durch das Türkische Zivilgesetzbuch gegeben wird. Das heißt, der Richter entscheidet, indem er das Gesetz in Wort und Geist auslegt.⁵¹ Der besagte Gesetzesartikel hat den Gedanken, dass “das Rechtssystem ein vollständiges, lückenloses Ganzes ist”, zu einem unzertrennlichen Teil des türkischen Zivilrechtssystems gemacht. Dieses Verständnis weist auf den universellen Charakter des Gesetzes hin.⁵²

Das türkische Zivilgesetzbuch ist aufgrund seiner flexiblen Struktur in der Lage, auf gesellschaftliche und soziale Veränderungen zu reagieren. Tatsächlich sollte das Gesetz nach Ahmed Esad Arsebük nicht nur im Kontext der Mentalität der Zeit, in der es erlassen wurde, betrachtet werden. Würde dieser Fehler gemacht, wäre die flexible Struktur des Gesetzes beeinträchtigt und seine dynamische Seite würde verschwinden. Aus diesem Grund sollte der Richter, wenn er in das Wesen des Gesetzes eindringen will, den Willen des Gesetzgebers nicht absolut berücksichtigen. Folglich sollten die gesellschaftlichen und sozialen Bedürfnisse des Einzelnen immer berücksichtigt werden, wenn das türkische Zivilgesetzbuch interpretiert wird. Grundsätzlich sollte das türkische Zivilgesetzbuch als Manifestation des Volkswillens betrachtet werden. Daher hat das Gesetz neben dem Wunsch des Gesetzgebers eine eigene unabhängige Persönlichkeit, die das gesellschaftliche Interesse ist.⁵³ In diesem Kontext müssen wir sagen, dass der flexible Charakter des Gesetzes auch den heutigen Bedürfnissen entspricht. Zum Beispiel gibt es viele Entscheidungen des Kassationshofes über die im islamischen Recht verankerte Institution des Brautgeldes.⁵⁴

⁵⁰https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400743.pdf (29/10/2023)

⁵¹ Arsebük, Ahmed Esad, *Hâkimlerin Hakk-ı Takdiri ve Hüsn-i Niyet*, İstanbul, 1927, s. 7.

⁵² Işıқтаç, Yasemin, “Türk Hukuk Devriminin Felsefesi”, *Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2006, s. 129.

⁵³ Arsebük, s. 4, 10-11.

⁵⁴ Der Kassationshof wendet, wenn in der bestehenden Rechtsordnung eine rechtliche Streitigkeit bezüglich des

Wenn man die Errungenschaften in Bezug auf die zivilen Rechte betrachtet, sind Artikel 8 und 23 des Gesetzes von der Art, dass sie alle Institutionen des Zivilrechts formen. Artikel 8 sieht vor, dass jeder, unabhängig von Rasse, Religion, Sprache und Geschlecht, gleich in der Ausübung der zivilen Rechte ist. Der entsprechende Artikel des Gesetzes lautet: "Jede Person genießt zivile Rechte. Daher ist jeder im Rahmen des Gesetzes gleich in Bezug auf Rechte und Pflichten". Artikel 23 bestimmt, dass niemand auf Freiheiten und zivile Rechte verzichten kann und unter welchen Umständen Freiheiten eingeschränkt werden können. Demzufolge: "Niemand kann, auch nicht teilweise, auf die zivilen Rechte und deren Ausübung verzichten. Ebenso kann niemand seine Freiheit aufgeben oder sie in einer Weise einschränken, die gegen das Gesetz oder die allgemeine Sitte verstößt".⁵⁵

Die zuvor praktizierte Anwendung von Kinderehen wurde mit dem türkischen Zivilgesetzbuch verboten. Im Hanafitischen Recht wird das Mindestalter für die Eheschließung mit 12 Jahren für Jungen und 9 Jahren für Mädchen angenommen. Vor Erreichen dieser Altersgrenze wurde dem Vormund des Kindes das Recht eingeräumt, das Kind gegen seinen Willen zu verheiraten (*velayet-i icbar*).⁵⁶ Das heißt, der Vormund konnte sein Kind mit jemand anderem verheiraten, bevor es das Mindestalter erreicht hatte. Diese Praxis wurde durch das Familienrechtsdekret beendet. Das Mindestalter wurde mit 12 Jahren für Jungen und 9 Jahren für Mädchen im 7. Artikel des Familienrechtsdekrets festgelegt. Gemäß diesem Artikel "kann niemand einen Jungen, der das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, und ein Mädchen, das das 9. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, verheiraten."⁵⁷

Mit dem türkischen Zivilgesetzbuch wurde das Mindestalter für die Eheschließung angehoben, um Kinderehen zu verhindern. Gemäß Artikel 11 des türkischen Zivilgesetzbuchs „beginnt die Mündigkeit mit der Vollendung des achtzehnten Lebensjahres. Die Heirat macht eine Person volljährig“. Artikel 88 des Gesetzes regelt das Mindestalter für die Eheschließung. Demnach „darf ein Mann vor Vollendung des achtzehnten und eine Frau vor Vollendung des siebzehnten Lebensjahres nicht heiraten. Der Richter kann jedoch in außergewöhnlichen Fällen und aus sehr wichtigen Gründen die Ehe eines fünfzehnjährigen Mannes und einer Frau genehmigen. Die Meinung der Eltern und des Vormunds wird ebenfalls angehört“.⁵⁸ Wie aus

Brautschatzes vorliegt, die Vorschriften des Türkischen Obligationenrechts über Schenkungsverträge (TBK Art. 285-298) an. In dieser Hinsicht wendet der Kassationshof für den "sofort fälligen Brautschatz" die Bestimmungen über die "Handzuhand-Schenkung" und für den "aufgeschobenen Brautschatz" die Bestimmungen über das "Schenkungsversprechen" an. Für detaillierte Informationen siehe: Türkmen, Ahmet, "Yargıtay'ın Bağışlama Yaklaşımı Çerçevesinde Mehir ve Mehrin Geri Alınması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 22, S. 2, 2020, s. 541-576.

⁵⁵ Işıқтаç, s. 127-128;

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400743.pdf (29/10/2023)

⁵⁶ Aydın, 2017, s. 269-270.

⁵⁷ Aydın, 2018, s. 195, 202-203, 224.

⁵⁸ Artikel 88 des türkischen Zivilgesetzbuches von 1926 wurde aufgrund der Tradition früher Eheschließungen in der Gesellschaft durch das Gesetz Nr. 3453 vom 15. Juni 1938 geändert, wobei das Heiratsfähigkeitsalter um ein Jahr gesenkt wurde. Demgemäß lautet der geänderte Artikel 88 nach dem Gesetz Nr. 3453 vom 15. Juni 1938 wie folgt: "Ein Mann darf nicht vor Vollendung des siebzehnten und eine Frau nicht vor Vollendung des fünfzehnten Lebensjahres heiraten. Der Richter kann jedoch in außergewöhnlichen Fällen und aufgrund eines sehr wichtigen Grundes die Ehe eines Mannes, der das fünfzehnte Lebensjahr vollendet hat, oder einer Frau, die das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat, genehmigen. Vor der Entscheidung ist die Anhörung der Eltern oder des Vormunds erforderlich" <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/maddebilgisi?psira=94551> (29/10/2023)

dem Artikel hervorgeht, ist das Erreichen des 18. Lebensjahres bei Männern und des 17. Lebensjahres bei Frauen allgemein eine Voraussetzung für die Ehemündigkeit. Offensichtlich stellt diese Regelung einen wichtigen Fortschritt im Kampf gegen Kinderehen dar”.

FAZIT

Wenn man es in einem Satz zusammenfassen müsste, lässt sich sagen, dass die Theorie des Volksgeistes nicht auf die Gründungsjahre der modernen Türkischen Republik und auf das heutige türkische Recht angewendet werden kann. In dem 1840 veröffentlichten ersten Band des *Systems des heutigen römischen Rechts* beschreibt Savigny das Recht als das Produkt der still wirkenden Kraft des Volksgeistes. So wie die Sprache und die Bräuche durch das Volk geformt werden, entwickelt sich auch das positive Recht in und mit dem Volk.⁵⁹

Für Savigny widerspricht der Volksgeist als Schöpfer des Rechts, den er als spezifisch betrachtet, nicht dem allgemeinen menschlichen Gedanken. Jedes Volk ist in der Tat ein Element der Menschheit. Daher wird die *Idee der allgemeinen Menschlichkeit* in jedem Volk verwirklicht. Nach Savigny ist der allgemeine Geist der Menschlichkeit, der sich in spezifischer Weise manifestiert, das einzige, was das spezifische Volk beeinflusst.⁶⁰ So hat die Entstehung des Rechts in verschiedenen Völkern eine universelle Qualität. Tatsächlich betrachtet Savigny in seiner Lehre von der Entstehung des Rechts das Konzept des Volkes als kulturelles Konzept. Er identifiziert es fast mit Rechtsakademikern und Richtern.⁶¹ Mit dem kulturellen Konzept des Volkes meint Savigny nicht das politische und soziale Gesicht des gegenwärtigen oder vergangenen germanischen Volkes. Was er mit dem Volk meint, ist ein idealisiertes Konzept der Kultur. Bei Savigny ist das Volk ein Konzept der Gemeinschaft, das in geistiger und kultureller Hinsicht verbunden ist.⁶² Letztendlich sind Ausdrücke wie Volksgeist und gemeinsame Meinung des Volkes eine Art von Idealisierung des Organismus im Prozess der Entstehung des Rechts.

Die Theorie des Volksgeistes als ideale kulturelle Konzeption wurde im nationalsozialistischen Deutschland unterschiedlich interpretiert und seines Inhalts entleert. Nationalsozialistische Juristen haben Savignys Lehre des Volksgeistes, die er als kulturell, ideal und geistig formulierte, pervertiert und in eine Theorie der biologisch-rassistischen Überlegenheit im absoluten Sinne umgedeutet. So wurde das Konzept des Volksgeistes zu einer auf Rassenüberlegenheit basierenden, seiner philosophischen Grundlage beraubten Gestalt. Die Menschheit hat leider durch schmerzhaft und ernste Ereignisse erfahren müssen, dass diese theoretische Verfälschung zum Zweck der Verwirklichung bestimmter politischer Ziele durchgeführt wurde.⁶³ Letztlich sehen wir in der Praxis des Nationalsozialismus, wie Ideen zu

⁵⁹ von Savigny, Friedrich Carl, *System des heutigen Römischen Rechts*, B. 1, Veit & Comp., Berlin, 1840, s. 14; Kawakami, Rinitsu, “Die Begründung des ‘neuen’ gelehrten Rechts durch Savigny”, *ZRG/RA*, Bd. 98, H. 1, 1981, s. 306.

⁶⁰ Savigny, 1840, s. 21.

⁶¹ Wieacker, 1967, s. 391-392.

⁶² Wieacker, 1967, s. 393.

⁶³ Abadan, Yavuz, “Tarihçi Mektep ve Devlet Nazariyesi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1, 1951, s. 170-172; Rottleuthner, Hubert, “Volksgeist, gesundes Volksempfinden und Demoskopie”, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und*

einer mächtigen Waffe werden können.

Wenn wir das Konzept des Volksgeistes im Kontext des modernen türkischen Zivilrechts betrachten, ist es möglich, die Rezeption des Zivilrechts als Manifestation des universalen Geistes der Menschlichkeit zu interpretieren. Tatsächlich ist es heutzutage nicht möglich, Nationen als geschlossene Gesellschaften zu betrachten. Zwischen Nationen werden aus wirtschaftlichen Gründen Handelsbeziehungen geführt. Darüber hinaus ist es in einer Welt, in der physische Grenzen allmählich verschwinden, offensichtlich, dass auch kulturelle Elemente wie Sprache, Religion, Kunst, Wissenschaft usw. der Interaktion unterliegen. Während alle genannten Faktoren Veränderungen und Wechselwirkungen unterliegen, kann die Rechtswissenschaft nicht davon ausgenommen werden. Die Rezeption und Akzeptanz eines fremden Gesetzes kann tatsächlich eher mit sozialen Bedürfnissen als mit nationalen Konzepten erklärt werden. In diesem Zusammenhang müssen wir darauf hinweisen, dass der Versuch, das Konzept des Volksgeistes mit einer verlassenen rechtlichen Tradition in Einklang zu bringen, die Gefahr birgt, die erzielten Innovationen zunichte zu machen. Jedoch wird die Nutzung des spezifischen Volksgeistes, insbesondere in Bezug auf die aktuellen Probleme des Rechts, und die Schaffung von Normen in dieser Richtung, solange sie nicht der grundlegenden Philosophie des türkischen Zivilrechtssystems widerspricht, die universelle Natur des Zivilrechts nicht beeinträchtigen.

Interessenkonflikt

Es besteht kein Interessenkonflikt.

Beiträge der Autoren

Die Autoren haben keine Angaben zum Beitragssatz gemacht

LITERATURVERZEICHNIS

Abadan, Yavuz. "Tarihçi Mektep ve Devlet Nazariyesi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1, 1951, s. 160-185.

Ataay, AYTEKİN. "Neden İsviçre Medeni Kanunu", *Medenî Kanun 50. Yıl Sempozyumu*, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, İstanbul, 1978, s. 59-72.

Aydın, Mehmet Akif. "Türk Hukukunun Laikleşme Sürecinde Lozan'ın Oynadığı Rol", *İslami Araştırmalar*, C. 8, S. 3-4, 1995, s. 166-172.

Aydın, Mehmet Akif. *Osmanlı Aile Hukuku*, Klasik Yayınları, İstanbul, 2018.

Bilsel, Cemil. "Medenî Kanun ve Lozan Muahedesi", *Medenî Kanununun XV. Yıl Dönümü İçin*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1944, s. 21-71.

Rechtswissenschaft, 1987, Bd. 2 (70), s. 23-24, 35.

- Bozkurt, Gülnihâl, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2010.
- Bozkurt, Mahmud Esat. “Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı”, *Medenî Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1944, s. 7-20.
- Can, Cahit. *Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi*, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2012.
- Caroni, Pio, “Savignys ‘Beruf’ Und Die Heutige Krise Der Kodifikation”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d’Histoire du Droit / The Legal History Review*, Bd. 39, S. 3, 1971, 451-476.
- Conrad, Hermann. “Aus der Entstehungszeit der historischen Rechtsschule: Friedrich Carl von Savigny und Jacob Grimm”, *ZRG/GA*, Bd. 65, S. 1, 1947, s. 261-283.
- Gedikli, Fethi. “Hukuki Düşünce Yahut Cumhuriyetin Hukuk Devrimi”, *Tanzimat’tan Günümüze Türk Düşüncesi*, Ed. Süleyman Hayri Bolay, C. 2, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 889-945.
- Haferkamp, Hans-Peter. “Die Rezeption des römischen Rechts in Deutungen der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts”, *Zeitschrift für Literaturgeschichte*, Bd. 67, 2013, s. 247-258.
- Hamza, Gábor. “Römischrechtliche Traditionen und die Kodifikation des Privatrechts in der Türkei”, *AFDUDC*, Bd.10, 2006, s. 557-565.
- Hennig, Johannes. “Vom Beruf unserer Zeit’ und ‘Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter’, ihre Entstehung und ihr Verhältnis zueinander; mit einem unbekanntem Briefe Savignys an Zimmer”, *ZRG/GA*, Bd. 56, S. 1, 1936, s. 394-397.
- Hirsch, Ernst Eduard, “Schweizerisches Gestz – türkisches Recht (1926/1976)”, *Zwischen Ankara und Lausanne: Die Türkei unterwegs nach Europa Ein Lesebuch*, Ed. Max Schweizer, Chronos Verlag, Zürich, 2004, s. 332-352.
- Hirsch, Ernst Eduard. “Die Gesetzgebung der Türkei auf dem Gebiete des Privatrechts 1939–1956”, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 23. Jahrgang, S. 1, Mohr Siebeck Verlag, 1958, s. 81-110.
- Honsell, Heinrich. “100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Bd. 130, S. II, 2011, s. 1-115.
- Honsell, Heinrich. *Römisches Recht*, 8. Aufl., Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2015.
- Huber, Eugen. *Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz und Polizeidepartements*, B. 1, 2. Aufl., Buchdruckerei Buehler & Co., Bern, 1914.
- Işıқтаç, Yasemin. “Türk Hukuk Devriminin Felsefesi”, *Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2006, s. 117-131.

- Joung, M. Walter. “Eugene Huber ve İsviçre Medeni Kanununun Ruhu (1849 – 1923)”, *AÜHFD*, Çev. Jale Güral, 1949, C. 6, S. 1, s. 162-180.
- Kawakami, Rinitu. “Die Begründung des ‘neuen’ gelehrten Rechts durch Savigny”, *ZRG/RA*, Bd. 98, S. 1, 1981, s. 303-337.
- Kayak, Sevgi. “Türk Hukuk Tarihinde Medeni Hukuk Alanındaki Resepsiyon Sürecinin Meşruluğu”, *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, İstanbul, 2014, s. 55-62.
- Koschaker, Paul, *Europa und das römische Recht*, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1966.
- Kramer, Ernst A.. “Der Einfluß des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 200, H. 3/4, 2000, s. 365-400.
- Kunkel, Wolfgang. “Das Wesen der Rezeption des Römischen Rechts”, *Heidelberger Jahrbücher*, H. I, Berlin-Heidelberg, 1957, s. 1-12.
- Laufs, Adolf. *Rechtsentwicklungen in Deutschland*, de Gruyter, Berlin, 1991.
- Manigk, Alfred. “Savigny und die Kritik der Rezeption”, *ZRG/RA*, Bd. 61, H. 1, 1941, s. 187-229.
- Meder, Stephan. *Rechtsgeschichte*, 6. Aufl., Böhlau Verlag, Köln-Weimar-Wien, 2017.
- Meray, Seha L. (Çev.). *Lozan Barış Konferansı*, C. 1, 2. Baskı., Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001.
- Oğuzman, Mustafa Kemal / Barlas, Nami. *Medenî Hukuk*, 14. Baskı, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2014.
- Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Cihan. “Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi”, *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi (OTAM)*, S. 29, Bahar 2011, s. 93-124.
- Özcan, Mehmet Tefik. “Modernleşme ve Medeni Hukuk: Türk Medeni Kanununun İktibas ve Bu Olayın Politik Cephesi”, *Bülent Tanör Armağanı*, Ed. Öget Öktem, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, s. 445-478.
- Özsunay, Ergun. “Türkiye’de Yabancı Hukukun Benimsenmesi Hareketi İçinde Türk Medenî Kanununun Anlamı ve Önemi”, *Medenî Kanun 50. Yıl Sempozyumu*, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, İstanbul, 1978, s. 399-414.
- Özsunay, Ergun. *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, İstanbul, 1976.
- Rottleuthner, Hubert. “Volksgeist, gesundes Volksempfinden und Demoskopie”, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1987, Bd. 2 (70), s. 20-38.
- Thibaut, Anton Friedrich Justus. *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Mohr Zimmer, Heidelberg, 1814.

- Türkmen, Ahmet. “Yargıtay’ın Bağışlama Yaklaşımı Çerçevesinde Mehir ve Mehrin Geri Alınması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 22, S. 2, 2020, s. 541-576.
- Üçok, Coşkun/ Mumcu, Ahmet/ Bozkurt, Gülnihal. *Türk Hukuk Tarihi*, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. “İsviçre Medenî Kanunu Karşısında Türk Medenî Kanunu”, *Medenî Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1944, s. 339-406.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. *Türk Medenî Hukuku Umumî Esaslar*, C. 1, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1959.
- von Savigny, Friedrich Carl. *Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine*, Çev. Ali Acar, Pinhan Yayınları, İstanbul, 2018.
- von Savigny, Friedrich Carl. *System des heutigen Römischen Rechts*, B. 1, Veit & Comp., Berlin, 1840.
- von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı*, çev. Cevat Edege, C. 1. İstanbul, 1952.
- Wieacker, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen, 1967.
- Wieacker, Franz. *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1967a.
- Yıldırım, Serhan, “Tarihçi Hukuk Okulunda Germenci Yaklaşımlar”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S. 16, 2013 (Güz), s. 63-91.
- Yıldırım, Serhan, 19. yy. *Alman Hukuk Teorisinin Tarih Bilinci Bağlamında Oluşumu ve Etkileri*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/maddebilgisi?psira=94551> (29/10/2023)
- https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400743.pdf (29/10/2023)
- https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400743.pdf (29/10/2023)

Mandatory Mediation Practices in Turkey and Current Developments

Burçin YAZICI^{1*} 

¹ Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Article Info

Article History

Received: 24.09.2023

Accepted: 03.04.2024

Published: 10.07.2024

Keywords:

Alternative dispute resolution, Turkish civil justice system, The Code on Mediation in Legal Disputes, Mandatory mediation, Voluntary mediation

ABSTRACT

In 2012, Turkey introduced a voluntary mediation process, which was subsequently succeeded by the introduction of mandatory mediation in 2018. The practice of mediation within the Turkish jurisdiction is expanding quickly: the number of mediators is growing rapidly, and disputes within the scope of mandatory mediation are prevalent. The enactment of the seventh judicial package in 2023 has led to noteworthy developments in the implementation of compulsory mediation. Despite the fact that Turkish society has the propensity to resolve disputes through litigation, the culture of negotiation has become prevalent since the implementation of the mandatory mediation process. However, it is a fact that society views mandatory mediation as an unnecessary waste of time and an ineffective method. This perception is a result of the inability to effectively convey the “mediation philosophy and culture of reconciliation” to society as a whole. This study seeks to reveal the success of mandatory mediation in Turkey by examining the system’s fundamental dynamics. Furthermore, this study provides an overview of the Turkish mediation system, highlighting current advancements and offering suggestions for its improvement.

Türkiye’de Zorunlu Arabuluculuk Uygulamaları ve Güncel Gelişmeler

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş Tarihi: 24.09.2023

Kabul Tarihi: 03.04.2024

Yayın Tarihi: 10.07.2024

Anahtar Kelimeler:

Alternatif uyuşmazlık yöntemleri, Türk medeni yargı sistemi, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Zorunlu arabuluculuk, İhtiyari arabuluculuk

ÖZET

Türkiye, 2012 yılında ihtiyari arabuluculuğa; 2018 yılında da zorunlu arabuluculuk uygulamalarına başlamıştır. Türkiye’de arabuluculuk hızla gelişmekte arabuluculuk mesleğine katılım hızla artmakta ve zorunlu arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıklar yaygınlaşmaktadır. Zorunlu arabuluculuk uygulaması Türkiye için yeni bir kurum olmasına karşın hızlı bir gelişme göstermiştir. Zorunlu arabuluculuğa geçiş sürecinde toplumsal olarak dava alışkanlığının aşılmasındaki zorluklar, yargılama sürelerinin uzun yıllara yayılması ve hakimlerin ağır iş yükü nedeniyle yargı sisteminin üzerindeki ağır yükün azaltılması temel rol oynar. Türk sisteminde zorunlu arabuluculuk dava öncesi tamamlanması gereken bir aşama (dava şartı) olarak düzenlemiştir. 2023 Yılında kabul edilen yedinci yargı paketi ile zorunlu arabuluculuk uygulamasında önemli gelişmeler yaşanmıştır. Türk toplumu uyuşmazlıklarını dava yoluyla çözmeye eğilimli iken zorunlu arabuluculuk sürecinin kabulünden sonra müzakere kültürünün yaygınlaştığı görülür. Toplumda zorunlu arabuluculuğu gereksiz bir zaman kaybı, işe yaramayacak bir yöntem olarak algılandığı da bir gerçektir. Bu algı “arabuluculuk felsefesinin ve uzlaşma kültürünün” topluma yeterince aktarılamamasından kaynaklanır. Bu çalışma Türkiye’de zorunlu arabuluculuk uygulamasının kısa sürede elde ettiği başarıyı, sistemin temel dinamiklerine yer vererek ortaya koymayı amaçlar. Bununla birlikte çalışmada Türk arabuluculuk sistemi genel hatları ile ele alınırken güncel gelişmelere yer verilmiş, sistemin geliştirilmesine yönelik önerileri sunulmaya çalışılmıştır.



To cite this article:

Yazıcı, B. (2024). "Mandatory Mediation Practices in Turkey and Current Developments", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cumhuriyet'in 100'üncü Yılı Armağanı, s. 390-411.

<https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.123>

***Sorumlu Yazar:** Burçin Yazıcı, burcin.yazici@atauni.edu.tr

INTRODUCTION

The widespread utilization of extrajudicial methods for the resolution of disputes is perhaps one of the notable accomplishments of the modern age. Alternative dispute resolution (ADR) procedures refer to mechanisms that occur outside the jurisdiction of state courts but they are recognized and regulated as an acceptable alternative for litigation. In this context, modern mediation emerged during the second half of the 20th century, even though the concept of mediation in its traditional form traces back to antiquity.¹ Mediation was included in Turkish legislation in 2012. It is possible to say that the system has made significant progress since then. This advancement could primarily arise from the introduction of mandatory mediation in 2018. When describing mediation in Turkish law, it can be seen that the system gives great importance to the party's will.

Mediation can be defined in various ways. According to the Turkish legislation, mediation is defined as the following; The Code on Mediation in Legal Disputes (CMLD) (Act 2, 22.06.2012) (hereinafter Mediation Code) defines mediation as follows; "*A way of resolving disputes voluntarily and with the participation of an unbiased and independent expert who has received specialized training in systematic techniques. This expert brings the parties together to negotiate, provides a communication process between them to enable them to understand each other and generate their own solutions, and offers a solution in the event that the parties are unable to produce their own.*"² Based on the definition, this method's execution and success are contingent on the parties' will. Whether mediation is voluntary or mandatory, this issue is unaffected, In terms of the resolution of the dispute, the parties' will is at the forefront in the process of mediation. However, it is difficult for parties in conflict to sit together at the same table. At this stage, a mediator with strong communication and negotiation skills can keep the parties at the same table.

The purpose of this study is to present the development and progress of mediation in Turkey in general terms. In addition, the mandatory mediation style adopted by the Turkish legal system will be introduced. The analysis focuses on the recent legal revisions and their impact on mediation legislation, following a discussion of the basic principles. The conclusion outlines the issues within the Turkish mediation system and presents our suggestions.

The seventh judicial package, which introduced numerous modifications to the Turkish judicial system, was approved in 2023. With this judicial reform, substantial modifications were made to the mediation statutes. Nevertheless, the system has a long way to go. Nevertheless, Turkish mediation practises have reached a certain level of success. In this study, an attempt has been made to convey the insights and suggestions gained from academic and practitioner perspectives.

I. DEVELOPMENT OF MEDIATION IN TURKISH LAW

Modern mediation arose from the Anglo-American legal system.³ These advances were followed

¹ Hanks, Melissa. "Perspectives on Mandatory Mediation". *UNSW Law Journal*, V. 3, N. 35, 2012, p.929; Green, Eric D. Corporate Alternative Dispute Resolution, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 1, Issue 2 (1986), pp. 203-298, p. 205, Bhatt, Niranjan. "Evolution and Legislative History of Mediation." *GMLU Journal of Law Development and Politics*, Vol. 1, No. 2, December 2009, p. 83; Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, II. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2019, s. 37; Özbek, Mustafa Serdar. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022, p. 722; Ildır, Gülgün. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, p.31; Kısmet Kekeç, Elif. *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 3rd Edition, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, p.31; Yazıcı Tıktık, Çiğdem. *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2013, p.15.

² The Code on Mediation in Legal Disputes, Act 2, 22.06.2012, Rep. of Turkey Official Gazette

³ Özmumcu, p. 820; Özbek, p. 700.

by European Union legislation. At the 1999 summit of the European Union, the Union called on member states to use alternative dispute resolution mechanisms to promote access to justice.⁴ The Green Paper⁵ on alternative dispute resolution methods in Civil and Commercial Law, which was accepted in 2002 within the European Union, was published. The EU Directive 2008/52⁶ on Mediation in Legal and Commercial Matters was published in 2008. The Directive establishes the procedures for mediation in cases involving deportation issues throughout the member states of the European Union. However, the Directive does not regulate the legal norms at the national level; instead, it defers to the legal systems already in place within each country.⁷ Member states have made justice reforms in their domestic legal systems and included mandatory mediation procedures in order to increase the use of mediation to resolve disputes. By passing the The Code on Mediation in Legal Disputes, Turkey has aimed to meet the requirements set forth by the EU acquis, as stated in the country's tenth development plan issued by the Strategy and Budget Directorate of the Presidency of the Republic of Turkey.⁸

Despite the fact that it is not a member of the European Union, Turkey has paid careful attention to these developments. As a result, it has incorporated, first voluntarily and then mandatorily, the practice of mediation into its domestic legislation. In addition to incorporating the mediation process within local legislation, Turkey has also signed international conventions. They include the New York Convention and the Singapore Convention. Turkey adopted "the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards" in 1991, and the "United Nations Convention on International Settlement Agreements as a Result of Mediation", which was signed in Singapore in 2019, commenced enforcement in 2021.⁹

Turkey became familiar with the mediation system via the Mediation Code¹⁰, which went into effect in 2012. It was decided to publish the regulation in order to provide clarity on the immediate application of the law.¹¹ In order to execute and oversee mediation, a novel and amicable dispute settlement approach, and to advance the field, profession the Department of Mediation was founded under the General Directorate of Legal Affairs of the Ministry of Justice in 2012. The Department is responsible for extending mediation services, increasing public awareness, and developing mediation-related rules.¹² Because the Republic of Turkey is a unitary state, the rules and regulations adopted are enforced across the whole country.

Turkey has made significant progress since adopting mandatory mediation in 2018. The Turkish legal system views mandatory mediation as outside of the judicial system but rather as an integral component of that system. Turkey is attempting to swiftly expand its mandatory mediation system. With

⁴ Yıldırımoglu, Hakan. "Avrupa Ülkelerinde Ticari Arabuluculuk Uygulamaları", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı*, V. 21. N.44, 2022, p.948.

⁵ Green Paper, published by the European Union for the purpose of discussing certain issues at Union level (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:green_paper) (Accessed: 11.03.2023).

⁶ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32008L0052> (Accessed: 19.12.2023).

⁷ Yıldırımoglu, p.950.

⁸ The Tenth Development Plan of the Presidency of the Republic of Turkey, Strategy and Budget Presidency (2013-2018), see: https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/08/Onuncu_Kalkinma_Plani-2014-2018.pdf (Accessed: 10.02.2023).

⁹ The Legislation Concerning the Approval of the United Nations Convention on International Settlement Accords through Mediation, 11.03.2022, Rep. of Turkey Official Gazette.

¹⁰ Mediation Law in Civil Disputes, 22.06.2012, Rep. of Turkey Official Gazette.

¹¹ The Regulation on Mediation in Civil Disputes was first published in 2012, but with the inclusion of mandatory mediation in the system in 2018, a new regulation covering the developments was issued.

¹²For other duties of the Department of Mediation established under the Ministry of Justice. <https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/gorevlerimiz01072020045628> (Accessed: 17.01.2023).

the recent enactment of the seventh judicial package, comprehensive changes were made to the Turkish legal system. The area of issues subject to mandatory mediation has been increased, and the mediation system has changed significantly. With the prevalent use of mandatory mediation, it is believed that the judicial system will function more effectively, efficiently, and quickly.¹³

A. Development of Voluntary Mediation in Turkish Law

The Mediation is a voluntary process.¹⁴ According to Nolan Haley, the parties' desire to resolve their disputes through mediation (front-end participation consent) and reaching an agreement during the mediation process (back-end participation consent) are based on a voluntary basis.¹⁵ Andrews identifies three key elements of voluntarism in mediation; "(1) parties should not be compelled to participate in mediation; (2) the process should be under their joint consensual control at all times; and (3) the results should be freely agreed upon".¹⁶

Mediation is also practised on a voluntary basis under Turkish legislation.¹⁷ In the simplest words, the willingness of mediation implies that the disputing parties have the option to request for mediation or, if they do, to withdraw from the process at any stage before reaching a decision.¹⁸ Therefore, appealing to mediation, continuing the procedure, completing the process, or terminating the process is dependent on the party's will.

With the 2012 enactment of the Mediation Code, attempts to resolve disputes through mediation began. At the same time, Turkish legal legislation began attempts to be harmonized with mediation. In this context, with the amendment made in the Code of Civil Procedure (CCP), the judge was obliged to direct the parties to mediation and to indicate this orientation and the statements of the parties in the court minutes (CCP a. 137, a. 140 and a. 320). However, according to Article 13¹⁹ of the Mediation Code and Article 17²⁰ of its regulation, the parties are free to apply for mediation at any point prior to or during the course of the legal proceeding. The judge is required to provide this direction as a

¹³Koçyiğit, İlker/ Bulur, Alper. *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara 2019, p.5.

¹⁴Model Standards of Conduct for Mediators, Standart I (September 2005) https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/AAA-Mediators-Model-Standards-of-Conduct-10-14-2010.pdf; Nolan-Haley, Jacqueline. "Mediation Exceptionality", 78 *Fordham L. Rev.* 2009, p. 1247; Hanks, s.934; Vettori, Stella. "Mandatory mediation: An obstacle to access to justice", *African Human Rights Law Journal*, N. 15, 2015, p. 356; Moore, Christopher W. *The Mediation Process*, Nobel Publishing, Translated from 4th Edition, Ankara 2016, p.8; Andrews, Neil. "Mediation: International Experience and Global Trends", 4 *J. INT'L & COMP. L.* 1, 1 (2017), p. 218; Özümücü, Seda. "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış" (Genel Bakış), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, V. LXXIV, N.2, 2016, p. 807; Özbek, p.1520; Kekeç, p.70; Tıktık, p. 35; Tanrıver, Süha. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (Arabuluculuk), Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, p. 56; Özbay, İbrahim. "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, N. 10, 2006, p. 465; Karacabey, Kürşat. "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, N. 1, 2016, p. 458.

¹⁵ Nolan Haley, p. 1251.

¹⁶ Andrews, p. 220.

¹⁷ Ekmekçi/Özekes/Atal/Seven, p.150; Cengiz, Dilek. "Principles of Mandatory Mediation in Commercial Disputes in Turkish Law with Determinations and Comments on its Applications", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, N. 70, 2021, p 2. The Turkish legislation is likewise founded on this concept. The requirement is explicitly stated in Article 3/1 and Article 2/b of the The Code on Mediation in Legal Disputes.

¹⁸ Moore, p. 8; Tanrıver, Arabuluculuk, p. 65; Ildır, p. 88; Göksu, Mustafa. *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, p.30; Yazıcı-Tıktık, p. 36.

¹⁹ Mediation Code a. 13: "The parties may agree to resort to mediation before or during the trial. The court may also enlighten and encourage the parties to apply to a mediator. Unless otherwise agreed, if the proposal of one of the parties to apply to the mediator is not answered positively within thirty days, this proposal is deemed to have been rejected."

²⁰ Mediation Code Reg. a. 17: "If the parties declare that they will apply to a mediator together after the lawsuit is filed, the trial is postponed by the court for a period not exceeding three months. This period may be extended up to three months, for once, upon the joint application of the parties."

requirement of the procedure during the preliminary examination phase. Additionally, The parties may reach a compromise for mediation either before or after the preliminary examination phase of the trial.²¹

In November 2013, when Turkey's first professional mediator began his career, the Turkish legal system began allowing parties to voluntarily participate in mediation. As of May 2022, 860,072 cases were resolved amicably via the scope of voluntary mediation, whereas 11,503 were not. There will have been a total of 963,990 cases that have been voluntarily mediated between now and May 2022, and 860,072 of these cases will have resulted in agreements. Voluntary mediation has an almost 99% success rate as a dispute resolution method.²² Just in the year 2022 alone, 417,000 conflicts were resolved via the use of voluntary mediation.²³ The number of requests for voluntary mediation that have been submitted in the past year is almost exactly half of the total number of requests that have been submitted since 2013. This statistic demonstrates that voluntary mediation is making progress in Turkey on a daily basis and is gaining acceptance from the country's populace.

B. Development of Mandatory Mediation in Turkish Law

Although one of the central principles of mediation is that participation in mediation is voluntary, several legal systems have developed that mandate participation in mediation. When mandatory mediation practises are reviewed, it is seen that the system is applied in three different ways.²⁴ The first method is Frank E.A. Sander's categorical approach. When using this procedure, certain disputes must first go through mandatory mediation before a lawsuit may be filed. The discretionary system is the second type of mandatory mediation method, and under this model, participation in mediation is typically encouraged by the court.²⁵ The third kind of mandatory mediation is quasi-mandatory mediation.²⁶ In this strategy, the mediation procedure is not required, but it is encouraged owing to the adverse effect on litigation expenses of not engaging in mediation.²⁷

Every country's internal dynamics shape how they arrive at the decision to implement mandatory mediation. In this way, it is possible to say that Turkey is going through a transition process similar to the Italian system.²⁸ The Italian judicial system's impasse necessitated the implementation of a definitive and mandatory method of mediation.²⁹ Although Turkey included mediation into its domestic law in 2012, the adoption of the procedure and the reduction of litigation have not reached the intended level. Because of the strong cultural norm of engaging in lawsuits, Turkish culture has a strong habit of litigation.³⁰ To such an extent that going to court over the issue is considered as a form of intimidation. Even a speech exists to describe this circumstance: "*I will drag you down to the courts!*" Therefore it is abundantly evident that it will be challenging for peaceful solutions to be accepted and propagated in

²¹ Özmumcu, *Genel Bakış*, p.834; Tanrıver, *Arabuluculuk*, p.111.

²² <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/9052022162348ihtiyari%20%2004.05.2022.pdf> (Accessed: 14.03.2023).

²³ https://publish.twitter.com/?query=https%3A%2F%2Ftwitter.com%2Fadalet_bakanlik%2Fstatus%2F1609504836998799360&widget=Tweet (Accessed: 16.03.2023).

²⁴ Sander, Frank E.A. "Another View of Mandatory", *Dispute Resolution Magazine*, V.13, N.2, 2007, p. 16; Hanks, p. 930; Özmumcu, *Genel Bakış*, p. 808; Azaklı Arslan, Betül, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, p. 32.

²⁵ Sander, p. 16.

²⁶ For the practice of semi-mandatory and compulsory mediation, you can look at the example of Australia. See Waye, Wicki. "Mandatory Mediation in Australia's Civil Justice System", *Common Law World*, V.45, N. 2-3, 2016, p. 214.

²⁷ Hanks, p.931.

²⁸ Özel, Sibel. "Zorunlu Arabuluculuğun Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi", *Public and Private International Law Bulletin*, V. 40, N.1, 2020, p. 874; Özmumcu, *Genel Bakış*, p. 812.

²⁹ De Palo, Giuseppe/Harkey, Penelope. "Mediation in Italy: Exploring the Contradictions", *Negotiation Journal*, N. 21, 2005, p.470-471; Hanks, p.936; Özmumcu, *Genel Bakış*, p. 812.

³⁰ Özbek, p. 191.

such a culture. Nonetheless, mandatory mediation has been established, taking into consideration the role of peaceful solutions to societal peace and the judicial system's heavy caseload.³¹

While Turkey was striving to propagate peaceful solutions, it created provisions to ensure that the right to access to the justice is not hampered. When developing the principles of the mandatory mediation system, Turkey intended to follow the European Union Directive 2008/52. Directive 2008/52 a.14 of the European Union states: “*Nothing in this Directive should prejudice national legislation making the use of mediation compulsory or subject to incentives or sanctions provided that such legislation does not prevent parties from exercising their right of access to the judicial system. Nor should anything in this Directive prejudice existing self-regulating mediation systems in so far as these deal with aspects which are not covered by this Directive.*”³² While the European Union leaves the requirement of mediation to the initiative of member states, it says that this obligation should not impede access to justice.³³ Turkey, although not being an EU member, pledges to carry out the mediation procedure without impairing people's fundamental rights.

Under Turkish legislation, the only steps that constitute mandatory mediation are submitting an application to participate in the mediation process and attending the initial session.³⁴ Because the parties are not required to adhere to the process or to agree on a proposal for an agreement while the mandatory mediation process is ongoing, the method of mandatory mediation that the Turkish system has adopted should be recognised as not interfering with the right to access justice.³⁵ An application was made to the Turkish Constitutional Court with the claim that compulsory mediation would hinder the right to access justice. In the decision of the Turkish Constitutional Court, the mediation institution was not regulated as a dispute resolution method that would replace the courts; It stated that mediation is not a judicial activity in that it is different from the authority to resolve disputes that belong to the courts. The Turkish Constitutional Court additionally decided in a judgment that requiring mediation as a prerequisite for litigation does not restrict the freedom to seek rights because it does not impede access to the state justice. The pertinent judgement is as follows:

*“The obligation to apply for mediation cannot be considered to affect the essence of the right to seek justice unless it results in an ineffective and pointless procedure that makes it impossible or extremely difficult for persons to pursue their rights. As a litigation condition, the application to mediation is an obligation. However, this obligation is confined to the application to mediation, and it is apparent that the parties' will governs the operation and result of the mediation process. The parties have the option to cancel the process at any time, and they also have the option of reaching an agreement at the end of the procedure. If the parties are unable to settle their differences via negotiation, they may seek judicial intervention. In this regard, it is clear that the mediation process and its conclusion are subject to the parties' free choice, as required by the Law.”*³⁶

While Turkey has made mediation mandatory, it has regulated this requirement as a condition for

³¹ Kurt Konca, Nesibe. “Arabuluculukta Özel Uzmanlık Alanına İlişkin Bazı Değerlendirmeleri”, *Adalet Dergisi*, N.68, 2022, p. 385.

³² Andrews, p. 233.

³³ Özmumcu, *Genel Bakış*, p.811; Yıldırımoglu, p. 949.

³⁴ Tanrıver, *Arabuluculuk*, p.144; Özbek, p. 1563.

³⁵ Tanrıver, *Arabuluculuk*, p. 144; Tıktık, p. 39. This system has been criticized by arguing that compulsory mediation in Turkish law will hinder the right to access to justice or delay the access to justice even if it does not prevent it. For criticism in this direction See; Ekmekçi/Özekes/Atal/Seven, p.149; Özmumcu, *Genel Bakış*, p.838; Özbek, p.1544.

³⁶ Const. Court, 11/07/2018, E.2017/178, K.2018/82, §.21-24, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (Accessed: 05.03.2023).

civil litigation. In Turkish civil procedure code, the condition of litigation refers to the elements whose presence or absence is sought in order to evaluate a case's merits (CCP a. 114). The sanction for noncompliance with this requirement is the dismissal of the lawsuit for failure to comply with the formal requirements (procedure). Therefore, if the parties submit a lawsuit before concluding the mediation process, as required by the lawsuit, their lawsuits will be dismissed for procedural deficiencies. The aforementioned regulation was regulated by Mediation Code a. 18/A; as a result, mandatory mediation was adopted in the applicable substantive law statutes, and it became obligatory to apply to the mediation process prior to filing a lawsuit regarding disputes.³⁷ In other words, a condition of litigation is a positive (necessary) or negative (must be excluded) factor essential for civil courts to investigate the merits of a dispute. In Turkish law, the Code of Civil Procedure governs litigation procedures. Nevertheless, in certain instances, several laws have special case conditions. With the addition of Article 18/A to the Mediation Code in 2018, the application of mediation in some disputes is governed by a special condition outside of the procedural law.

In a case, the existence or nonexistence of the litigation condition is personally evaluated by the judge, and the absence of this condition may be asserted at any stage of the case by the parties (Code of Civil Procedure, a. 115).³⁸ The plaintiff must submit last minute or a copy approved by the mediator to the petition, indicating that no agreement was reached at the conclusion of the mediation process (Mediation Code a. 18/A-2). If this criterion is not met, the court sends the plaintiff an invitation with a warning that the last minute must be completed within one week or the case will be dropped pursuant to procedural law. If the criteria for the warning is not met, the case is dismissed on procedural grounds without notifying the opposing party of the petition. If a lawsuit is filed without mediation, the case is dropped without action (Mediation Code article 18/A-2) owing to the absence of a lawsuit condition.³⁹ If this condition is not complied with, the trial will be overturned in Court of Appeal (CCP art. 353, 1/a-4) and the Supreme Court (CCP art. 371, 1/b).

However, an opinion⁴⁰ in the Turkish doctrine has argued that the obligation to apply for mediation is not a condition of litigation in the technical sense, and that this regulation can be accepted as a first objection. According to this view, it is recommended that the parties pursue mediation before filing a lawsuit. Failure to do so may result in the opposing party raising this as their initial objection at the start of the legal proceedings. Another view in the doctrine argues against the generalization of mediation as a requirement for litigation and cautions against its widespread adoption as a standard condition of litigation.⁴¹ While mandatory mediation has been implemented in Turkish legislation as a prerequisite before initiating legal proceedings, it might be seen as a procedural need for litigation. Failure to meet the litigation requirement may result in the lawsuit being dismissed. However, seeking mediation might provide an alternative avenue for resolving the dispute and present new alternatives. Given the legislator's intention to broaden the scope of required mediation, it is important to anticipate that the use of mediation will become a prerequisite for all types of legal disputes. In our opinion, as the social acceptance of mediation continues to rise, this situation will shift from being a requirement to becoming a common and widely practiced preliminary step.

³⁷ Kuru, Baki. "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler", *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, V.16, N.2, 2010, p.240.

³⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, p.310; Atalı/Ermenek/Erdoğan, p.316.

³⁹ Supreme Court Assembly of Civil Chambers 9, T.09.02.2022, E. 2022/821 K. 2022/1540; Tanrıver, Süha. "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler" (Düşünceler), *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, N. 147, 2020 p.112; Özmumcu, *Genel Bakış*, p.834.

⁴⁰ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, p.154.

⁴¹ Tanrıver, Arabuluculuk, p. 119.

An additional consequence of the compulsory mediation method was identified as the imposition of specific requirements on the non-participating party. The Mediation Law was amended in 2018 with the inclusion of Article 18/A-11⁴², which aims to encourage active participation of the parties in the mediation process. According to this amendment, if a party fails to attend the first meeting without good reason, the mediator will record this situation in the final minutes. The conclusion is required to ensure that the party that is not present is held accountable for particular costs in later proceedings. According to Mediation Law 18/A-11, it is acknowledged that if a party is absent in the final minutes but is later found to be partially or fully justified in future proceedings, they will not be responsible for the costs of the proceedings and will not receive a lawyer's fee. If neither party attends the initial mediation meeting, they will be responsible for covering their own costs, regardless of the validity of their case. This case was deemed an exception to the overall regulation concerning the liability for the expenses of the legal processes outlined in Article 326 of the Code of Civil Procedure. Nevertheless, following a recent decision by the Constitutional Court, the aforementioned article has been invalidated, and the decision to nullify it will take effect after a period of nine months, starting on January 18, 2025. The Constitutional Court invalidated this law, which promotes the parties' participation in the initial obligatory mediation session, by concluding that it contradicts Articles 13, 35, and 36 of the Constitution⁴³. The decision's justification stated that Article 18/a-11 of the Mediation Law aims to guarantee the involvement of both parties in the mediation process. However, it was concluded that the a fee outlined in the article places an unexpected financial burden. As a result, the equitable balance between public interest, property rights, and the right to access the court is disrupted for the party who fails to attend the first meeting. Once the cancellation judgement takes effect, the party that did not participate in the mediation process will no longer be responsible for the expenses of the proceedings.

Which types of disputes are subject to mandatory mediation and how it is implemented vary from country to country. By examining models of mandatory mediation, Turkey has attempted to identify which system is most suited to its own social structure. In this context, the mandatory mediation methodology implemented in Turkey is the categorical approach model. In fact, the issues of litigation for which mediation is mandatory have been identified. As a first step, mediation of employee-employer disputes has become mandatory. Because, throughout the voluntary mediation procedure, the majority of agreements were reached in this dispute area. With the 2018 enactment of the Labor Courts Law, the application to a mediator has become a prerequisite for filing cases seeking employee or employer assets and pay based on individual or collaborative labour agreements and reemployment. This practise was then followed by commercial conflicts in 2019 and consumer disputes in 2021.

With the law number 7445, which was enacted on March 28, 2023 and is known as the seventh judicial package, the scope of mandatory mediation was expanded. With the exception of disputes arising from eviction of immovables, mediation is now mandatory in disputes arising from the rental relationship, disputes regarding the allocation of movables and immovables and dissolution of partnership, disputes arising from the Condominium Law, and disputes arising from the right of neighbours. Furthermore with the passage of Law No. 7442 on March 23, 2023, the Law on Agriculture was amended to include mandatory mediation for disputes originating from contracted agricultural relationships. Despite the fact that both laws were enacted in March 2023, the starting date was set for

⁴² Mediation Code a. 18/A-11; "In the event that the mediation activity ends due to the failure of one of the parties to attend the first meeting without a valid excuse, the party that did not attend the meeting is stated in the last minute and this party is held responsible for the entire cost of the trial, even if it is partially or fully justified in the case. In addition, no lawyer's fee shall be awarded in favor of this party. In cases to be filed after the mediation activity ended due to the failure of both parties to attend the first meeting, the litigation expenses incurred by the parties are left on their own responsibility."

⁴³Const. Court, 14/03/2024, E.2023/160, K.2024/77, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (Accessed: 19.04.2024).

September 1, 2023 so that the necessary preparations could be made.

In mandatory mediation, favourable outcomes are achieved rapidly. 129,969 labour conflicts, 58,735 business disputes, and 43,482 consumer disputes were resolved within the framework of mandatory mediation in 2022, according to a statement released by the Mediation Department.⁴⁴ The intent of the legislator is to implement the mediation procedure prior to filing a lawsuit in cases where the parties can amicably resolve their dispute. According to the eleventh development plan published by the Strategy and Budget Presidency of the Republic of Turkey, it is intended to expand mandatory mediation practises.⁴⁵ In light of this, it is reasonable to predict that the scope of mandatory mediation in the Turkish civil justice system will expand in the future years. In the next years, moreover, efforts are being made to include family law and administrative law disputes within the scope of mediation. According to Sandler, success is assured if the process that begins with modest pilot programmes is continued forward by eliminating flaws.⁴⁶

II. IDENTIFICATION OF DISPUTES SUITABLE FOR MEDIATION IN TURKISH LAW

Before determining the scope of mandatory mediation in Turkish law, it is necessary to identify which disputes are amenable to mediation. To be resolved by mediation, a dispute must be available to mediation. In the Turkish legal system, disputes suitable for mediation (including those with foreign elements) are private law issues arising from works or transactions that the parties can freely dispose of (Mediation Code a.1/2). In mediation law, it is assumed that mediation will be utilized for disputes regulated by private law.⁴⁷ For a private law issue to be subject to mediation, the parties must be able to voluntarily dispose of a legal transaction that is the subject of the dispute. In other words, disputes that the parties may freely dispose of imply that the parties can acquire a legal result of their own volition without the necessity for a judicial judgement.⁴⁸ The areas where the parties' will is rendered ineffective typically pertain to issues falling under the purview of public order, disagreements with potential consequences for third parties, and disputes necessitating an unequivocal judicial decision.

The concept of public order is significant in determining the extent of issues that can be settled through mediation. In the Turkish legal system, the public policy regulates the extent to which parties may freely dispose of transactions.⁴⁹ Public policy can be defined as a notion formed in accordance with the fundamental dynamics of society, which can be dealt with differently by each legal system.⁵⁰ The term "public policy" refers to a set of rules that are designed to maintain the welfare, peace, health, and

⁴⁴ https://twitter.com/adalet_bakanlik/status/1609504836998799360?s=48&t=CuuEs1gWo8PhpsWphFWu3Q (Accessed: 16.02.2023).

⁴⁵ The eleventh development plan of the Presidency of the Republic of Turkey, Strategy and Budget Directorate (2019-2023), see. https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/07/On_Birinci_Kalkinma_Plani-2019-2023.pdf (Accessed: 20.03.2023).

⁴⁶ Sandler, p. 16.

⁴⁷ According to the classical distinction that has been accepted since Roman law, law is examined in the distinction of public law and private law. In this context, disputes arising from private law are the conflicts between persons that are desired to be expressed.

⁴⁸ Ildır, p. 40; Tanrıver, *Arabuluculuk*, p.59; Özbek, p. 1500; Budak, Ali Cem/ Karaaslan, Varol. *Medeni Usul Hukuku*, Filiz Yayınevi, İstanbul 2023, p. 508; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, p.48; Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin. *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022, p.386; Azaklı Arslan, p. 105; Bulur, Alper. *6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler, Ramazan Arslan'a Aramağan C. I*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015, p.500.

⁴⁹ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, p.50; Bulur, p.500.

⁵⁰ Dayınlarlı, Kemal. *Milli Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri*, Adalet Yayınevi, Ankara 1994, p.7; Ildır, p.41.

safety of people who are living in a society as a whole.⁵¹ In Turkish law, high court judgements affect public order, and in practise, these decisions can be changed by the judge based on the facts of each specific case.⁵² Divorce, for example, is not suitable for mediation in the Turkish judiciary since it is a conflict which must be decided by the court and is governed by public policy.⁵³ For example, the mediation of family disputes has played an important role in the expansion of mediation in Anglo-Saxon legal systems and European countries.⁵⁴ a divorce may result in the use of non-traditional strategies for conflict resolution.⁵⁵ Family law conflicts in the Turkish civil legal system, in our opinion, should be included in the scope of mediation as soon as possible. Because the courts should not be used to address problems stemming from familial relationships.

Certain contracts are subject to formal regulations under Turkish law. Contracts regarding the transfer of real estate are one of them. The formal form requirement stipulates that the contract must be done in the presence of legal authorities. Whether or not disputes governed by formal norms are suited for mediation was debatable. However, with the seventh judgment package, which added Article 17/B to the Mediation Code, eliminated this uncertainty and explicitly stipulated that disputes involving the transfer of real property or the establishment of limited real rights on real property are suitable for mediation. Although the transfer of the immovable subject of the dispute takes place officially, the dispute is amenable to mediation because the parties' transfer intent is based on their free will and it is a dispute that can be resolved through mediation.

In accordance with the general idea of mediation, a dispute's appropriateness for mediation is determined by its origin.⁵⁶ It refers to the parties' ability to resolve their disputes in line with their wills.⁵⁷ To a large extent, mediation is used to resolve legal and commercial disputes involving money receivables resulting from private law interactions. However, not all legal and commercial disagreements involving the assertion of a money claim are appropriate for the mediation process. The determination of the situations where mandatory mediation is required in Turkish legislation is handled in a disorganized way. Article 1/2 of the Mediation Code establishes a broad framework for the application of mediation in legal disputes. Specifically, it applies to the resolution of civil law disputes that arise from business or transactions, where the parties have the freedom to make decisions, including those involving foreign affairs. Nevertheless, conflicts that involve accusations of domestic violence are not suitable for mediation. The specific areas in which mandatory mediation is implemented are delineated through the amendments incorporated into their respective legislations. For instance, Article 3 of the Labour Courts Law governs the resolution of employee-employer disputes through mediation. However, Article 18/B, which was added to the Mediation Code, stipulates that several additional disputes now require mandatory mediation as a prerequisite for litigation. Consequently, conflicts that are required to undergo compulsory mediation are handled in a chaotic manner in the Turkish legal system. A critique within the doctrine clearly highlights the lack of a comprehensive and unified

⁵¹ Günday, Metin. *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara 2017, p. 525; Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel. *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa 2020, p.582; Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, p.278; Tanrıver, Düşünceler, p. 131.

⁵² Bulur, p.500.

⁵³ İldır, p. 41; Bulur, p. 500.

⁵⁴ Dür, Orhan. *Arabuluculuk Faaliyetleri ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, p. 289; Azaklı Arslan, 107.

⁵⁵ Emery, R. E., Sbarra, David, Grover, Tara, (2005). Divorce mediation, Research and Reflections, Family Court Review, 43(1), p. 23; Renee R. Cochard, Divorce Mediation, p. 9 Resource News 11 (1985).

file:///C:/Users/USER/Downloads/9ResourceNews11.pdf E.T. 18.12.2023; Özmumcu, p. 824.

⁵⁶ Toraman, p.1031.

⁵⁷ İldır, p.42.

approach in mandatory mediation disputes.⁵⁸ There are still discussions in practise about whether issues are subject to mandatory mediation, despite the fact that the regulations included in the laws include outlining the scope of disputes subject to mandatory mediation. In this regard, although it is impossible to evaluate the disputes separately, it is necessary for the Mediation Department, in collaboration with academicians and mediators, to define the scope of disputes and declare them at regular intervals. Otherwise the implementing mediators will continue to move forward based on the incorrect application information they obtained from the internet and whats app correspondence.

III. SCOPE OF MANDATORY MEDIATION IN TURKISH LAW AND CURRENT DEVELOPMENTS

In Turkish law, the introduction of the “obligation to apply to a mediator first” in the resolution of disputes was first approved in employee-employer disputes in 2018, followed by commercial disputes in 2019 and consumer disputes in 2021. Expanding the practise of mandatory mediation as a consequence of the implementation of Turkey's legal policy, the seventh judicial package adopted in 2023 also included new areas of dispute. The purpose of mandatory mediation is to resolve disputes quickly and inexpensively. Mandatory mediation is anticipated to end the dispute from the ground up and thus contribute to social peace.

A. Mandatory Mediation for Labor Disputes

From the beginning of the voluntary mediation process in November 2013, when the first mediator was registered, until the adoption of compulsory mediation in 2017, it was found that 89% of the civil disputes were employee-employer disputes, and 93% of those disputes resulted in settlements.⁵⁹ On the other hand labour law conflicts are so prevalent that they account for about one-seventh of the court system.⁶⁰ Given these considerations, the initial application area of mandatory mediation has been identified as labour law conflicts.⁶¹

Since 2018, when Law No. 7036 on Labor Courts was enacted, parties to labour disputes have been required to participate in mediation first. Article 3 of the Labor Courts Law states, “*In cases filed with the demand of employee or employer receivables and compensation based on the law, individual or collective labour agreement, and reemployment, application to a mediator is a prerequisite for action.*” The nature of the problems that come within the jurisdiction of labour courts is suitable to a negotiated resolution. Since the implementation of mandatory mediation in labour disputes on January 1, 2018, a total of 1,481,761 files have been the subject of labour disputes between that date and May 4, 2022. Of these applications, 822,735 have resulted in an agreement, while 592,522 have resulted in there being no agreement. It has been noticed that the mandatory mediation procedure in labour disputes has

⁵⁸ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, p.129. Comparing legal systems reveals that statutes clearly enumerate the disputes that are subject to required mediation or non-mandated resolution. As an illustration, Article 15/a of the German Code of Civil Procedure (Gesetz zur Durchsetzung und Anwendung der Deutschen Zivilprozessordnung) outlines the specific disputes that are required to go through mediation, all within one article. See. Yıldırım, Ferhat, “Karşılaştırmalı Olarak Alman ve Türk Hukukunda Arabuluculuğa Konu Yönünden Elverişliliğin İncelemesi”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, V.1, N. 2, 2013, p.93-118, <https://www.jurix.com.tr/article/4367> Accessed.T . 27.12.2023.

⁵⁹ For the Minutes of the Turkish Grand National Assembly See. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf> (Accessed: 21.03.2023).

⁶⁰ Ministry of Justice Statistics of Justice 2015-2022, https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/29032023141410adalet_ist-2022cal%C4%B1sma100kapakl%C4%B1.pdf (Accessed: 21.03.2023).

⁶¹ Kurt Konca, Nesibe. “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk”, *SETA Perspektif Dergisi*, N. 225, 2018, p. 2; For the Minutes of the Turkish Grand National Assembly See. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf> (Accessed: 21.03.2023).

resulted in a success rate of around 60% of the time. With the additions made to the Labour Courts Law in a.3 of the seventh judicial package, it is now mandatory to waive objections regarding claims and compensations arising from labour disputes within the scope of litigation mediation, and to apply mediation in cases of negative clearance and restitution.

B. Mandatory Mediation for Commercial Disputes

Following the tremendous success of mediation, which is a litigation requirement in labour disputes, the scope was expanded and a mandatory mediation system for commercial disputes was implemented. In 2019, the addition of Article 5/A to the Turkish Commercial Code No. 6102 mandated mediation in commercial disputes. Pursuant to the aforementioned article, it is required to apply to mediation before initiating a lawsuit in claims for receivables and compensation for the commercial amount of money.⁶²

In the official reports published by the mediation department, it is seen that 483,702 dispute files were opened in the period from January 2019, when the compulsory mediation practice in commercial disputes began, to May 2022, and 227,196 of these files resulted in agreement and 205,836 in non-agreement. When viewed proportionally, there is a 52% agreement and 48% disagreement rate in commercial disputes where compulsory mediation is applied.⁶³

The seventh judicial package has expanded the scope of mediation within the context of commercial disputes. Therefore, the contentious questions regarding whether they fall within the scope of mandatory mediation in practise have been clarified. Article 5/A of the Turkish Commercial Code has been amended to replace the phrase “about receivables and compensation claims for payment of Money” with “money claims, compensation, annulment of objection, negative clearance, and restitution litigation.” Thus, parties are now obligated to participate in mediation in commercial case, in case of objection to the existence of a receivable, for the cancellation of the objection, negative clearance and restitution case.

C. Mandatory Mediation in Consumer Disputes

The addition of article 73/A to the Code on Consumer Protection marked the beginning of mandatory mediation for conflicts involving consumers. In consumer courts, it is mandatory to seek mediation before initiating a lawsuit. However, some disputes are excluded from this scope.⁶⁴ A dispute that falls within the jurisdiction of a consumer court arises from a consumer transaction or an actual practice against the consumer. Within this particular context, it is necessary to start to the mediation process in instances where conflicts arise from consumer contracts, compensations, and issues pertaining to outstanding debts. Consumer disputes do not necessarily involve money claims. Compulsory mediation should also be applied before filing a lawsuit in disputes such as the return or delivery of goods that do not include money, or the provision of services.⁶⁵ Mandatory mediation in

⁶² Özbek, p.1562; Akil, Cenk. “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Hakkında Usul Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, N. 41, 2020, p.308.

⁶³ <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/9052022162356ticaret%20%202004.05.2022.pdf> (Accessed: 22.03.2023).

⁶⁴ Although there is a consumer dispute, the disputes that are excluded from the scope of compulsory mediation are as follows; Disputes within the scope of the duty of the consumer arbitration committee (for the year 2023, it is obligatory to apply to the arbitral tribunal for disputes below 66.000 Turkish Liras), objections to the decisions of the consumer arbitration committee, the cases specified in the 73/6 of the Law on Consumer Protection and the cases specified in the 74th article of the same law. Mediation is not obligatory in disputes that are in the nature of a consumer transaction and arise from the same property.

⁶⁵ Özbek, p.1195.

consumer disputes started in July 2021. From this date until May 2022, 69,820 of the 150,297 dispute files resulted in agreement and 63,339 in non-agreement. Proportional success rate was 52%.⁶⁶

D. Mandatory Mediation for Rental Disputes

With the seventh judicial package, Article 18/B added to the Mediation Code, excluding disputes regarding the eviction of immovables, disputes arising from the rental relationship have been subject to mandatory mediation. The lease contract is regulated in the provisions of the Turkish Code of Obligations a. 299. In instances of rent-related disputes stemming from legal and contractual matters, the mediation procedure will be utilised prior to initiating litigation. Rental disputes may arise in diverse manners. For example, the adaptation of the rental price to the changing economic conditions, the determination of the rental period, the responsibility for the defect in the rented, eviction etc. However, the law recognizes an exception in terms of eviction, which is a tenancy dispute. Accordingly, evictions realized within the framework of enforcement proceedings without judgment regulated in the Execution and Bankruptcy Law are not within the scope of this obligation. This regulation has taken effect on September 1, 2023.

E. Mediation Obligatory in Disputes Regarding the Division of Movables and Immovables and the Ending of Partnership

The seventh jurisdiction mandates mediation in disputes involving the sharing of movable and immovable property and the dissolution of a partnership with Mediation Act a. 18/B. Article 698 of the Turkish Civil Code governs the distribution and dissolution of a partnership based on common ownership. The termination of shared possession of a movable or immovable asset necessitates the division of the asset among the parties involved. Each stakeholder may propose dissolution of the partnership (provided that the property is not specialised for a particular purpose). Before filing a complaint in relation to these disputes, mediation is mandated as a prerequisite. This regulation has taken effect on September 1, 2023.

F. Mandatory Mediation in Disputes Originating from the Condominium Law

With the Mediation Code a. 18/B within the scope of the seventh judicial package, mediation has become obligatory in disputes arising from condominium ownership. Disputes may arise due to the flat owners not fulfilling their obligations in accordance with the Property Ownership Law or due to the elimination of common expenses and damages. For example, disputes arising from the maintenance and expenses of the main immovable or the disputes that may arise due to an advertisement placed on the exterior of the main immovable are within the scope of this law. This regulation has taken effect on September 1, 2023.

G. Mandatory Mediation for Disputes Involving Neighbor's Relationships

With the adoption of Mediation Code a.18/B, mandatory mediation is now required in disputes deriving from neighbour rights within the scope of the judicial package. The framework for the Turkish Civil Code a. 737 neighbourly privileges is established. This means that when employing the authority granted by immovable property, everyone has a responsibility to restrain themselves from acting in a way that may cause harm to their neighbours. According to the law, things that constitute exuberance include creating commotion by emitting smoke, mist, dust, or odour in excess of the local customary

⁶⁶ <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/9052022162408t%C3%BCketici%20%2004.05.2022.pdf> (Accessed: 25.03.2023).

limit, or causing disturbance by shaking. Within the scope of the seventh judicial package, it has become mandatory to apply for mediation in neighbourly disputes. This regulation has taken effect on September 1, 2023.

H. Mandatory Mediation for Agricultural Contractual Relationship Disputes

Within the scope of the seventh judicial package, the Agriculture Law was amended with the passage of Act No. 7442 on March 23, 2023. Agricultural production contract is the contract that protects the producer's and buyer's mutual interests in regards to the agriculture to be produced before production begins. In the event of a dispute between the parties to this contract, mediation is mandatory prior to initiating court proceedings. This regulation has taken effect on September 1, 2023

IV. EXECUTION OF THE MANDATORY MEDIATION SYSTEM IN GENERAL

In order to be registered in the mediation professional registry; citizens of the Republic of Turkey must have full legal capacity, have completed a bachelor's degree in law, have not been convicted of some disgraceful crimes in the law, and have successfully completed the mediation training and examination. Mediation is allowed for faculty of law graduates with five years of experience. Under the existing framework, the profession of mediation is carried out exclusively by lawyers and other public officials who have received law degrees (academics, employees in public institutions). Mediation is a separate and distinct profession. Although it is natural for lawyers to carry out this role, psychologists, sociologists, and personal development experts should be able work in areas of expertise where negotiating and communication skills are necessary rather than legal knowledge. In Turkey, for example, mediation in family law is voluntary. If this area is included in mandatory mediation in the following years, other professional groups should be able to get into the mediation profession. Because communication and negotiating training are not included in the faculty of law's curriculum, lawyers who graduate from these faculties prepare for the mediation process only via their legal knowledge and personal efforts. Although lawyers are provided with mediation training, it is only on a limited basis. While the scope of mandatory mediation expands year after year, the profession's development should not be ignored. The legislator is at a crossroads in the road in the mediation profession and has to make a choice. If only law school graduates will be able to practice this profession, communication and negotiating skills, as well as legal knowledge, should be taught as required courses in law schools. If this training is deemed insufficient, communication and negotiating skills should be used as the foundation for the mediation profession, and other professional groups should be given opportunities.

The principal requirement for the appointment of a mediator under Turkish law is the mediator's expertise in the dispute. The system has been formed on the basis that mediators acquire specialised training in dispute resolution. Three main categories and seven specific areas of specialisation have been established in the Turkish system.⁶⁷ Main areas of specialisation include labour law, commercial law, and consumer law. In the seventh judicial package, the number of general areas was increased to seven, and rental law, distribution law, condominium law, and neighbourhood law were classified as general areas. Construction law, banking and finance law, sports law, insurance law, energy and mining law, health law, and intellectual property rights law are among the specialisations.⁶⁸ Mediators who have received training in general and particular specialities are included on the specialisation list in the

⁶⁷ Areas of expertise are specified by the Mediation Department. See. <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/7102020163604arbuzm.pdf> (Accessed: 28.03.2023).

⁶⁸ Specialization trainings are given by many training institutions. The trainings based on here are those given by the Union of Turkish Bar Associations. <https://sertifikaliegitimler.barobirlik.org.tr/Home/UzmanArabuluculuk/> (Accessed: 21.03.2023).

Ministry of Justice's Department of Mediation system. The lists are compiled by the mediation department based on the areas in which the specialists are interested in working. Therefore, it is identified in which fields each region's expert mediators are located, and the files are then sent to those expert mediators who are listed on these lists. For instance, mediators can mediate in labour disputes if they have specific training in labour law and are listed on the registry.

The mediator should start the process by determining the method of negotiation. The mediator should conduct the process by taking into account the type of the dispute, what the parties want, and the methods and rules that are needed to conclude the dispute quickly. In a process that started with the establishment of voluntary mediation, the Turkish system has adopted the facilitative mediation model.⁶⁹ However, with the transition to mandatory mediation, it has become possible to apply the evaluative mediation model.⁷⁰ Hence, in line with Paragraph 2 of the Mediation Code⁷¹ in 2017 and Article 17/6⁷² of the new Mediation regulation released in 2018, the mediator was authorized to offer a solution. The mediator seeks agreements based on the parties' respective interests. Nonetheless, if it is clear that the parties can not come up with a way to solve the problem, the mediator may also suggest an interests-based solution. The mediator cannot force the parties to approve the proposed solution. However, at the beginning of the negotiations, it should be noted that the mediator cannot propose a solution to the parties at the beginning of negotiations. The mediator can only propose a solution if the negotiation process is blocked while it is still ongoing. Consequently, the facilitating mediation model has not been completely abandoned, but the application of the evaluative mediation model has been made possible by the new regulation.

It is preferable that the parties participate in face-to-face meetings during the mediation process.⁷³ Nevertheless, the video conference method of mediation processes was preferred and widely used during the Covid-19 pandemic. Despite the decline in the effect of the epidemic process, it is preferred that negotiations be conducted via teleconference or videoconference, particularly because the parties are not in the same city, transportation is challenging in large cities, and it causes significant time loss.⁷⁴

At the end of the negotiation, the mediator writes in the last session's minutes whether or not the parties came to an agreement and how the process was completed. This report describes how the process was conducted, which communication methods were used to reach the participants, which disputes were negotiated, and what solutions were reached. However, the initiative for what will be written in the last minute rests with the parties. With the seventh judicial package, the mediator is required to send the

⁶⁹ Özmmucu, Seda. *Arbuluculuk Modelleri (Modeller)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, p.35.

⁷⁰ Özmmucu, *Modeller*, p.38; Aslan, Leyla Akyol. "6225 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanununun 15'inci Maddesi ile Arbulucunun Çözüm Önerisi Getirebilmesine Olanak Sağlayan Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, N. 14, 2018, p. 37-38; Kaya, Sedat. "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arbuluculuk", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, N. XXII, 2018, p. 221.

⁷¹ In 2017, the phrase "The one who can also offer a solution if it turns out that the parties are unable to produce a solution" was added to article 2 of the Mediation Law.

⁷² In 2018, Article 17/6 of the Mediation Regulation states: "While conducting the mediation process, the mediator strives for the parties to reveal their basic interests and needs and to reach an interest-based agreement in this direction. The mediator cannot propose a solution at this stage. However, if it is revealed that the parties are unable to find a solution, the mediator may propose a solution based on interests. However, it cannot force the parties to accept a solution proposal or a set of proposals."

⁷³ The Mediation Department prefers face-to-face negotiations and takes recommendations in this direction.

⁷⁴ The Court of Appeal decided that there is no legal obstacle for the mediator to establish video communication with the parties through electronic systems pursuant to Mediation Code a. 24(3) "Appointment of the mediator in mediation as a condition for litigation", which states that "The mediator shall inform the parties about the appointment by using all means of communication to the best of his/her knowledge and shall invite the parties and their lawyers, if any, to the first meeting together; Court of Appeal, (Ankara), 6.HD,04.02.2020, 2019/4092 E., 2020/304K., www.lexpera.com.tr, (Accessed: 18.03.2023).

session's last minutes to parties who did not attend. Accordingly, the mediator should provide the necessary explanations to the parties regarding the last minute and its conclusions, and if the parties are not ready, he should inform the parties who are not present through various communication channels. The aforementioned regulation adequately protects the parties' right for lawful hearing.

The last minute serves as the formal document, and the mediator is obligated to keep a copy of it for five years (Mediation Code Reg. a.20/4). After the completion of the process, the mediator is required to submit a copy of the last minute to the Mediation Department through the mediator portal no later than one month after the completion of the process.

Supreme Court, has acknowledged that there would be some legal consequences as a result of the last minute.⁷⁵ As a consequence of this, if the dispute that is the topic of the mediation has not been in default previously, the date that the final mediation report is drafted will be deemed the date that the default occurred. In other words, it should be accepted that the mediation last minute contains an intent statement in which the party requesting mediation addresses the disputed demands explicitly and precisely. The most crucial outcome of this circumstance is that it will define the commencement date of interest in terms of receivables claims.

If a settlement is reached through mediation, the agreement document must be issued alongside the last minutes. Although the law does not require the mediator to arrange the agreement document, in practise, mediators draught the agreement document. Because the agreement document is a contract and the document's scope is influenced by the parties' shared intent. This document outlines the parties' dispute settlement agreement.

The agreement document is given considerable importance in the Turkish judiciary. The civil court of peace's annotation makes the parties' and mediator's agreement a verdict. Nevertheless, if the parties participated in the process alongside their lawyers and signed the agreement document alongside the mediator, the agreement document is deemed a verdict without the need for an annotation of enforceability. With the seventh judicial package, the extent of circumstances that do not require a court annotation has been expanded. As an appropriate decision, the agreement document prepared with the participation of the lawyers of the parties and the mediator in commercial disputes has been allowed to be considered as a judgment document without obtaining an annotation of enforceability from the court.

What is meant by considering the agreement document as a writ document is that the agreement document and the "writ" that definitively ends the future dispute for the parties both have the same power. The law accepts the agreement document obtained by the parties through the mediation agreement as equivalent to the court order. Thus, the parties will not be able to file a lawsuit on the same subject about the issues they have agreed on, and the dispute will end definitively and for the future. If the demands attached to the writ and document in the nature of a writ are not fulfilled by the obliged parties, they are fulfilled by the force of enforcement.

If the creditor has a judgment or a document in the form of a judgment during the enforcement process, it is not possible for the debtor to object to this document. For this reason, if the agreement document obtained during the mediation process has turned into a document that has the quality of a verdict, an advantage is gained in the forced execution. However, the agreement document must contain an enforceable performance obligation. An enforceable annotation cannot be obtained from the court

⁷⁵ Supreme Court, Assembly of Civil Chambers 9, 21.03.2022, 2022/3222E., 2022/3813K., www.lexpera.com.tr, (Accessed: 16.03.2023).

based on an agreement document that does not contain an enforceable performance obligation, and no enforceable enforcement can be applied.

As a rule, it is not obligatory to obtain an enforceable annotation based on the agreement document. In practice, there is no need for an enforceability annotation by applying to the court, since the parties mostly fulfill their obligations specified in the agreement document. However, when the performance obligation is not fulfilled, one of the parties requests from the court that heard the case, if the mediator was taken from the civil court of peace in the place where the mediator worked before the lawsuit was filed, by applying to mediation after the lawsuit was filed.

With the seventh judicial package mandates obtaining an annotation of enforceability for some disputes. These disputes are the law of rent, the law of dissolution of partnership, the law of condominium and the law of neighborhood. While the legislator makes it obligatory to take an annotation of enforceability in terms of these disputes, the aim is to ensure that the courts can audit the content of the agreement document. As a matter of fact, it is important whether the agreement document prepared within the scope of these disputes is suitable for forced execution and mediation, and whether it is made in accordance with the restrictions in the law in cases requiring the official form requirement. Court supervision ensures that the rights and interests of the parties are protected while preventing possible grievances. Within the scope of the new regulation, if the content of the enforceability annotation agreement document is related to the real estate, the place where the real estate is located, and in terms of other agreement documents, the place where the mediator works is the civil court of peace.

V. EVALUATIONS AND CONCLUSION

We are pleased to report that the success rate of Turkish mandatory mediation practises exceeds 50%. Nonetheless, there is no doubt that this rate is the result of a force, and the system is susceptible to enhancement in certain respects. Mandatory mediation practises are the result of parties being compelled to compromise, and in some instances, parties in a power imbalance are compelled to do so, as they are inherently coercive. Nevertheless, mandating mediation does not guarantee agreement. In this regard, rather than viewing reconciliation as a duty, efforts should be made to strengthen social peace. Mandatory mediation decreased the burden of the judiciary and resulted in a swift and final resolution of the parties' disputes. However, the reduction of judicial duty is not the objective of mediation, but rather the result. As a form of amicable conflict resolution, mediation seeks an enduring peace in society.

However, due to its social and economic difficulties and some challenging government policies, Turkey is moving further and further away from social peace and reconciliation. As a result, legal obligations are viewed as obstacles that must be overcome. The efforts of the mediator and the maintenance of faith in the justice system are required to dispel this notion. Although it is a mandatory pre-litigation procedure, the mediator will be successful if he or she increases the parties' faith in the process and establishes a secure environment for reconciliation. In reality, the application of political constraints on the justice system and the years-long duration of the prosecution cause parties to reach an agreement during the mandatory mediation procedure.

The spread of mediation has been advantageous in terms of fostering a culture of reconciliation in society. Nonetheless, reconciliation requires considerable effort. The mediator should carefully conduct his activities and exert effort to achieve negotiation success. In the Turkish system, it is observed that mediators are also lawyers and that they perform their mediation duties in their spare time. The

success of the process is negatively impacted by the clumsy and careless performance of these lawyers. Nevertheless, mediation is a distinct profession. During mediation, lawyers should be neutral when advocating. While Turkey has prioritised expanding the mediation system, it has neglected the development of the profession. It is necessary to train mediators who can conduct a risk assessment, write a report on the issue, and offer solutions to the parties. For the sake of the development of the profession, mediation should be performed exclusively by mediators who work for mediation offices. Thus, mediators who devote their expertise and time to this work can facilitate the development of effective solutions. Moreover, under our existing legal framework, party lawyers do not have the right to receive any payment while the mediation procedure is underway. Consequently, party lawyers may choose not to actively participate in the mediation process due to this predicament.

The key requirement for the advancement and widespread acceptance of mediation in Turkish law is not the change of legislation, but rather a fundamental shift in cultural attitudes. While it is possible to enact legislation to promote and require broad mediation, it is crucial that we prioritise the development of our negotiation abilities. The importance of excellent communication and negotiation skills should be ingrained in our minds since childhood, and one way to achieve this is by incorporating courses on these subjects in schools.

We believe that prioritizing the successful execution of mediation is of greater significance than its extensive adoption. Efficiently implemented and productive mediation practices have the potential to become widely adopted, regardless of whether they are mandatory or not. Hence, it is imperative to reassess the systemic laws governing mediation practitioners within the framework of Turkish law. During mediation training, theoretical instruction is limited to just recapping the participants' previous legal knowledge at the undergraduate level. Instead, there should be a focus on practical courses and training that aim to enhance communication skills, conciliation, and negotiation skills.

Conflict of Interest

There is no conflict of interest.

Author Contributions

The authors did not specify the contribution rate.

REFERENCES

- Akil, Cenk. "Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Hakkında Usul Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, N. 41, 2020.
- Andrews, Neil. "Mediation: International Experience and Global Trends", 4 J. INT'L & COMP. L. 1, 1 (2017), pp.217-252.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel. *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Akyol Aslan, Leyla. "6225 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 15'inci Maddesi İle Arabulucunun Çözüm Önerisi Getirebilmesine Olanak Sağlayan Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, N. 14, 2018.

- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin. *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Azaklı Arslan, Betül. *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Bhatt, Niranjana. “Evolution and Legislative History of Mediation”, *GNLU Journal of Law Development and Politics*, vol. 1, no. 2, December 2009, pp. 83-95.
- Budak, Ali Cem/ Karaaslan, Varol. *Medeni Usul Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023.
- Bulur, Alper. *6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler, Ramazan Arslan'a Armağan, C. I*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015.
- Cengiz, Dilek. “Principles of Mandatory Mediation in Commercial Disputes in Turkish Law with Determinations and Comments on its Applications”, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, N. 70, 2021.
- Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Dayınlarlı, Kemal, *Milli Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri*, Adalet Yayınevi, Ankara 1994.
- De Palo, Giuseppe/Harley, Penelope. “Mediation in Italy: Exploring the Contradictions”, *Negotiation Journal*, N. 21, 2005.
- Dür, Orhan. *Arabuluculuk Faaliyetleri ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Ekmekçi, Ömer/Özkes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Emery, R. E., Sbarra, David, Grover, Tara, (2005). “Divorce mediation, Research and Reflections”, *Family Court Review*, 43(1), pp. 22-37.
- Göksu, Mustafa. *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel. *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa 2020.
- Green, Eric D. *Corporate Alternative Dispute Resolution*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 1, Issue 2 (1986), pp. 203-298.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara 2017.
- Hanks, Melissa. “Perspectives on Mandatory Mediation”, *UNSW Law Journal*, V. 35, N. 3, 2012.
- Ildır, Gülgün. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

- Karacabey, Kürşat. “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1, 2016.
- Kaya, Sedat. “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XXII, 2018.
- Kısmet Kekeç, Elif. *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Koçyiğit, İlker/Bulur, Alper. *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara 2019.
- Kurt Konca, Nesibe. “Arabuluculukta Özel Uzmanlık Alanına İlişkin Bazı Değerlendirmeleri”, *Adalet Dergisi*, (68), 2022.
- Kurt Konca, Nesibe. “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk”, *SETA Perspektif Dergisi*, N. 225, 2018.
- Kuru, Baki. “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, V. 16, N. 2, 2010.
- Moore, Christopher W. *The Mediation Process*, Nobel Publishing, Translated from 4th Edition, Ankara 2016.
- Nolan Haley, Jacqueline. “Mediation Exceptionality”, *Fordham L. Rev*, 78, 2009.
- Özbay, İbrahim. “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, V.10, 2006.
- Özbek, Mustafa Serdar. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Özel, Sibel. “Zorunlu Arabuluculuğun Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi”, *Public and Private International Law Bulletin*, V. 40, N. 1, 2020.
- Özmumcu, Seda. “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, V. LXXIV, N. 2, 2016.
- Özmumcu, Seda. *Arabuluculuk Modelleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Pekcanitez, Hakan, *Pekcanitez Usul V. II*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Renee R. Cochard, Divorce Mediation, p. 9 Resource News 11 (1985) file:///C:/Users/USER/Downloads/9ResourceNews11.pdf E.T. 18.12.2023

Sander, Frank E.A. “Another Wiew of Mandatory”, *Dispute Resolution Magazine*, V. 13, N. 2, 2007.

Tanrıver, Süha. “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, N. 147, 2020. (Düşünceler)

Tanrıver, Süha. *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022, (Arabuluculuk).

Yazıcı Tıktık, Çiğdem. *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

Vettori, Stella. “Mandatory Mediation: An obstacle to access to justice”, *African Human Rights Law Journal*, N. 15, 2015.

Waye, Wicki. “Mandatory Mediation in Australia’s Civil Justice System”, *Common Law World*, V. 45, N. 2-3, 2016.

Yıldırım, Ferhat, “Karşılaştırmalı Olarak Alman ve Türk Hukukunda Arabuluculuğa Konu Yönünden Elverişliliğin İncelemesi”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, V.1, N. 2, 2013, p.93-118, <https://www.jurix.com.tr/article/4367> E.T.12.09.2023

Yıldırımoğlu, Hakan. “Avrupa Ülkelerinde Ticari Arabuluculuk Uygulamaları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, V. 21, N. 44, 2022.

Vertretung des Kindes in Scheidungs- und Trennungsverfahren

Zeynep BAHADIR ^{1*} 

¹ Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Aufsatzinformationen

ZUSAMMENFASSUNG

Aufsatzgeschichte

Abgabedatum: 02.02.2024

Annehmungsdatum:
08.04.2024

Erscheinungsdatum:
14.07.2024

Schlüsselwörter:

Beistand als Vertreter,
Vertretung des Kindes,
Kinderrechte,
Scheidungsverfahren,
Trennungsverfahren

Das Kind ist keine Seite der Scheidungs- und Trennungsverfahren seiner Eltern. Bei den Scheidungs- und Trennungsverfahren beschließt das Gericht jedoch auch über das Sorgerecht, den Aufbau persönlicher Beziehung und den Kindesunterhalt. Diese Angelegenheiten betreffen das Kind unmittelbar. Da diese Fragen, die das Kind betreffen, im türkischen Zivilgesetzbuch als sekundäre Folgen der Scheidungs- und Trennungsklage geregelt wurden, handelt es sich nicht um freiwillige Gerichtsbarkeit. Dennoch hat das Kind das Recht, hinsichtlich seines Rechts auf die Teilnahme an den Entscheidungen, die das Kind betreffen, gehört zu werden. Da das Kind, das über keine Urteilsfähigkeit verfügt, keine Prozessfähigkeit hat, muss es sein Beteiligungsrecht in diesen Verfahren mittels seines gesetzlichen Vertreters nutzen. Bei einer solchen Aussicht kommt ein Konflikt zwischen den Interessen des Kindes und sein eigenes Interesse auf, weil die gesetzlichen Vertreter des Kindes die Eltern sind und diese Personen auch die Parteien der Scheidungs- und Trennungsverfahren sind. Demgemäß muss das Kind, das über keine Urteilsfähigkeit verfügt, durch einen unabhängigen Beistand als Vertreter vertreten werden, damit für sein Beteiligungsrecht gesorgt wird. Für das urteilsfähige Kind hingegen wird in der Regel nicht benötigt, einen Beistand als Vertreter zu ernennen, weil es im Rahmen seiner eng damit verbundenen Rechten die Handlungs- und Prozessfähigkeit hat. Falls das Kind selbst in diesem Fall auch möchte, dass ein Vertreter für sich ernannt wird, muss ein Beistand als Vertreter für das Kind ernannt werden. Dadurch kann das Kind vom Objekt der Gerichtsverhandlung, die es betreffen, zum Subjekt werden. Das ist auch relevant bezüglich des Rechtes des Kindes auf Beteiligung und einer kinderfreundlichen Justiz.

Boşanma ve Ayrılık Davalarında Çocuğun Temsili

Makale Bilgisi

ÖZET

Makale Geçmiş

Geliş Tarihi: 02.02.2024

Kabul Tarihi: 08.04.2024

Yayın Tarihi: 14.07.2024

Anahtar Kelimeler:

Temsil kayyımı, Çocuğun temsili, Çocuk hakları, Boşanma davaları, Ayrılık davaları

Çocuk, anne ve babasının boşanma ve ayrılık davasının tarafı değildir. Ancak boşanma ve ayrılık davalarında mahkeme, velayet, kişisel ilişki tesisi ve iştirak nafakası hakkında da karar vermektedir. Bu hususlar ise çocuğu doğrudan ilgilendirmektedir. Çocuğu ilgilendiren bu konular Türk Medeni Kanunu'nda boşanma ve ayrılık davasının fer'i sonuçları şeklinde düzenlendiğinden, çekişmesiz yargı işi niteliğinde de değildir. Yine de çocuğa ilişkin verilen bu kararlar bakımından çocuğun katılım hakkı bağlamında dinlenilme hakkı mevcuttur. Ancak özellikle ayırt etme gücü olmayan çocuk dava ehliyetine sahip olmadığından, bu davalarda kural olarak katılım hakkını kanuni temsilcisi vasıtasıyla kullanmalıdır. Böyle bir ihtimalde ise çocuğun kanuni temsilcisi anne ve babası olduğundan ve bu kişiler aynı zamanda boşanma ve ayrılık davasının da tarafı olduğundan, çocuğun menfaatleri ile kendi menfaatlerinin çatışması durumu gündeme gelmektedir. O halde boşanma ve ayrılık davalarında ayırt etme gücü olmayan çocuğun, katılım hakkının sağlanabilmesi için bağımsız bir temsil kayyımı tarafından temsili gerekir. Ayırt etme gücüne sahip çocuk



ise kiřiye sıkı sıkıya baęlı haklarının kullanılması noktasında fiil ehliyetine ve dava ehliyetine sahip olduęundan, kural olarak kendisine kayyım atanmasına gerek yoktur. Ancak bu durumda dahi çocuk kendisine bir temsilci atanmasını isterse çocuęa bir temsil kayyımı atanmalıdır. Bu sayede çocuk, kendisini ilgilendiren konularla ilgili yapılan yargılamanın nesnesi olmaktan çıkarak öznesi konumuna geçebilir. Bu da çocuęun katılım hakkı ve çocuk dostu bir adalet sistemi bakımından önemlidir.

To cite this article:

Bahadır, Z. (2024). “Vertretung des Kindes in Scheidungs- und Trennungsverfahren”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cumhuriyet’in 100’üncü Yılı Armaęanı, s. 412-434. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.124>

***Sorumlu Yazar:** Zeynep Bahadır, zeynep.bahadir@hbv.edu.tr

EINLEITUNG

Als Individuum, das aktiv, autonom, unabhängig ist, seine eigenen Rechten und Interessen hat, haben die Kinder das Recht, gehört zu werden und an Angelegenheiten teilzunehmen, die sie betreffen¹. Dadurch können sie nicht zum Objekt der Verhandlung sondern zum Subjekt der Verhandlung von Angelegenheiten werden, die sie betreffen². Das ausgedrückte Beteiligungsrecht des Kindes umfasst auch die unabhängige Vertretung des Kindes in einer es betreffenden Gerichtsverhandlung.

Wenn wir Scheidungs- oder Trennungsverfahren betrachten, ist das Kind nicht die Partei der Gerichtsverhandlung; aber das Kind wird von der Entscheidung, die im Rahmen der sekundären Folgen dieser Verfahren getroffen wird, unmittelbar beeinflusst³. Denn infolge dieser Verfahren betreffen die Entscheidungen des Gerichts über das Sorgerecht, die den Aufbau persönlicher Beziehung und den Kindesunterhalt unmittelbar das Kind. In diesem Kontext ist das Kind zwar nicht die Partei der Scheidungs- und Trennungsverfahren, aber es hat das Recht, sich an Angelegenheiten zu beteiligen, die es betreffen, und das Recht, gehört zu werden. Es reicht jedoch nicht alleine aus, zu sagen, dass das Kind ein Recht auf Beteiligung hat, um dieses Recht auszuüben. Falls das Kind nicht die Urteilsfähigkeit hat, kann es sein Recht auf Beteiligung an einer Verhandlung zu den Angelegenheiten, die sich betreffen, lediglich mittels seines gesetzlichen Vertreters ausüben. Bei Scheidungs- und Trennungsverfahren sind jedoch auch die gesetzlichen Vertreter des Kindes die Parteien des Verfahrens. Darum ist eine unabhängige Vertretung in diesen Verfahren bedeutend, damit das Kind sein Beteiligungsrecht wirksam und zum großen Nutzen gebrauchen kann. Die unabhängige Vertretung des Kindes ist sowohl zur Stärkung der Stellung des Kindes in Scheidungs- und Trennungsverfahren ziemlich wichtig⁴, als auch wird für das Recht auf Beteiligung des Kindes gesorgt und wird es anstelle des Objekts zum Subjekt der Verhandlung, indem es in die Verhandlung einbezogen wird⁵.

In diesem Rahmen werden wir in unserer Studie zuerst die Prozessfähigkeit des Kindes und die Institution „Beistand“ allgemein behandeln. Hauptsächlich werden wir auch behandeln, ob ein Beistand als Vertreter in Scheidungs- und Trennungsprozessen für das Kind beauftragt werden kann, indem wir die Ansichten in der Lehre und die vergleichende Rechtswissenschaft untersuchen.

I. DIE PROZESSFÄHIGKEIT DES KINDES IM ALLGEMEINEN

Das Kind⁶ ist eine Person, die unter 18 und noch nicht volljährig geworden ist⁷. Ob das parteifähige Kind prozessfähig ist, richtet sich nach seiner Handlungsfähigkeit (die Türkische Zivilprozessordnung-tZPO Art. 51). Wer keine Urteilsfähigkeit hat, Minderjährige und Personen unter

¹ Serozan, Rona. *Çocuk Hukuku*, 2. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 68; Ekiz, Serkan. “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Katılım Hakkı”, *İzmir Barosu Dergisi*, Mayıs 2021, s. 194-195.

² Balloff, Rainer. *Kinder vor dem Familiengericht*, 3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2018, s. 260-261.

³ Diggelmann, Peter/Isler, Martina. “Vertretung und prozessuale Stellung des Kindes im Zivilprozess”, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 111/2015, s. 143.

⁴ Mutter-Freuler, Yolanda. *Die Vertretung des Kindes im Zivilverfahren*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2005, s. 77; Josi, Christian. “Rechtsmittel des urteilsfähigen Kindes gegen Entscheide in eherechtlichen Verfahren auch ohne Vertretung?”, *Die Praxis des Familienrechts*, 2012, s. 525.

⁵ Diggelmann/Isler, s. 143.

⁶ Der Begriff „Kind“ ist in unserer Studie verwendet worden, damit Erwachsene und Kinder voneinander getrennt werden und drückt Minderjährige aus.

⁷ Serozan, s. 3, 10; Öcal Apaydın, Bahar/Hışım, Selin. “Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı”, *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması*, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 286; Elgün Toğrul, Emel Şeyda. *Medenî Usûl Hukuku Bağlamında Dava Ehliyeti*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 157.

umfassender Beistandschaft ist, ist nicht handlungsfähig (das Türkische Zivilgesetzbuch-tZGB Art. 14). Also ist ein handlungsunfähiges Kind in der Regel auch nicht prozessfähig. Demgemäß muss das Kind im Verfahren mittels seines gesetzlichen Vertreters vertreten werden.

Es muss unterschieden werden, wenn das Kind in einer freiwilligen Gerichtsbarkeit betroffen ist. In der freiwilligen Gerichtsbarkeit, deren Weiterverfolgung von der Anforderung abhängt, ist die Prozessfähigkeit so gleich wie in streitiger Gerichtsbarkeit⁸. In diesem Kontext muss das Kind in Fällen, in denen es nicht handlungsfähig ist, durch einen gesetzlichen Vertreter vertreten werden. Handelt es sich jedoch bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit um einen von Amts wegen verfolgten Fall, berücksichtigt das Gericht auch die Anträge, Warnungen und Mitteilungen des nicht prozessfähigen Kindes⁹.

Wenn das Kind nicht die Urteilsfähigkeit hat, ist es obligatorisch, dass das Kind in dem Verfahren, das es betrifft, von seinem gesetzlichen Vertreter vertreten wird. Denn ein Kind, das nicht über Urteilsfähigkeit verfügt, ist komplett unfähig dazu. Wenn das Kind aber Urteilsfähigkeit hat, ist es in der Regel hinsichtlich dieser Transaktionen auch klagebefugt, da es bei den Rechten und Transaktionen begrenzt unfähig ist, die es allein ausüben kann¹⁰. Da das Urteilsfähigkeit habende Kind bezüglich dieser Rechte und Transaktionen klagebefugt ist, kann es nicht im Verfahren zu diesen Sachen durch einen gesetzlichen Vertreter vertreten werden.

Im Rahmen des Artikels 16 im türkischen Zivilgesetzbuch (tZGB) braucht das Kind, das Urteilsfähigkeit hat, nicht die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, um ihre Rechte auszuüben, die eng mit der Person verbunden sind. Dann hat das Kind, das Urteilsfähigkeit hat, auch Prozessfähigkeit in Verfahren und Angelegenheiten über diese Rechte¹¹ und kann auch nicht durch einen gesetzlichen Vertreter vertreten werden. Da die Themen wie das Sorgerecht, der Aufbau persönlicher Beziehungen, der Kindesunterhalt, die Adoption und der Schutz der Persönlichkeit eng mit der Person verbundene Rechte sind¹², hat das Kind das Recht, in diesen Verhandlungen, die es betreffen, persönlich bei dem Verfahren mitzumachen, wenn es über die Urteilsfähigkeit verfügt.

Wenn die mit der Person eng verbundene Rechte von Kindern infrage steht, die nicht Urteilsfähigkeit haben, wird dann unterschieden, je nachdem ob die mit der Person eng verbundene Rechte absolut oder relativ sind. Es wird angenommen, dass eine Vertretung nicht möglich ist, wenn ein mit der Person absolut eng verbundenes Recht existiert. Auch wird es angenommen, dass mit der Person relativ eng verbundene Rechte hingegen von dem gesetzlichen Vertreter genutzt werden können¹³.

⁸ Atıcı, Cansu. *Medenî Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 102-103; Elgün Toğrul, s. 57.

⁹ Atıcı, s. 102; Elgün Toğrul, s. 57.

¹⁰ Siehe zu ausführlichen Informationen: Yılmaz, Ejder. "Çocuk Hakları Açısından: Çocuğun Davada Temsilinin ve İradesinin Önemi", *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Özel Sayı 2009, s. 826 ff, Atıcı, s. 189 ff, Elgün Toğrul, s. 157, 182 ff, 184 ff; Yücel, Özge. *Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 28-29; Siehe auch zudem für Meinungen und Einzelheiten dazu, dass in der Lehre die Prozessfähigkeit nicht eingeschränkt wird, sondern die Aussage „teilweise“ stattdessen verwendet werden soll: Atıcı, s. 199-200; für die gegenteilige Meinung, siehe: Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt: I, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 1033 ff; Yücel, 2011, s. 27.

¹¹ Kuru, s. 1034 ff; Yılmaz, s. 826; Elgün Toğrul, s. 161-162, 188.

¹² Akkaya, Tolga. *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 339; Yücel, 2011, s. 99, 108, 115, 127, 134.

¹³ Kuru, s. 1047-1048; Yücel, 2011, s. 28; Atıcı, s. 155, 157; Elgün Toğrul, s. 166, 172; Siehe zur ausführlichen Information über die mit der Person absolut eng verbundenen Rechte-die mit der Person relativ eng verbundenen Rechte: Kuru, s. 1047 ff, Atıcı, s. 152 ff, Yücel, 2011, s. 16 ff, Elgün Toğrul, s. 166 ff.

II. ERNENNUNG EINES BEISTANDS ALS VERTRETER FÜR DAS KIND

A. Beistandschaft im Allgemeinen

Die Vertretungsbeistandschaft ermöglicht für die Person, die eine bestimmte Angelegenheit nicht alleine erledigen kann und nicht in der Lage ist, dazu für sich selbst einen Vertreter zu ernennen, dass diese Sache erledigt wird, indem ein Vertreter ernannt wird¹⁴. Bei den Angelegenheiten, die keine Vertretung annehmen, ist es unmöglich, einen Beistand als Vertreter zu ernennen¹⁵.

Vertretungsbeistandschaft wurde im Artikel 426 des tZGB bearbeitet. In diesem Artikel heißt es: *„Die Vormundschaftsbehörde ernennt auf Antrag der betroffenen Person oder von Amts wegen in den folgenden oder anderen gesetzlich bestimmten Fällen einen Beistand als Vertreter: 1. Eine volljährige Person ist aus folgenden Gründen nicht in der Lage, eine dringende Aufgabe selbst zu erledigen oder einen Vertreter zu bestellen: seine Krankheit, sein Aufenthalt an einem anderen Ort oder aus ähnlichen Gründen, 2. wenn die Interessen des gesetzlichen Vertreters mit den Interessen eines Minderjährigen oder einer Person unter umfassender Beistandschaft in einer Angelegenheit kollidieren, 3. wenn ein Hindernis für den gesetzlichen Vertreter vorliegt, seine Pflicht zu erfüllen“*. Gemäß Art. 430/1 des tZGB, *„wird der Beistand als Vertreter von der Vormundschaftsbehörde am Wohnort der Person ernannt, für die der Beistand als Vertreter ernannt werden soll“*. Gemäß Art. 477/1 des tZGB, *„endet die Vertretungsbeistandschaft mit der Beendigung der Arbeit, die dem Beistand als Vertreter übertragen wurde“*. Wenn wir uns die tZGB-Verordnung ansehen, wird deutlich, dass sie nicht als Einschränkung der Situationen angesehen wird, in denen ein Beistand als Vertreter ernannt werden kann.

B. Situationen, in denen ein Beistand als Vertreter für das Kind ernannt werden sollte

Der gesetzliche Vertreter ist Elternteil oder Vormund des Kindes. In Fällen, in denen die Vorteile des Kindes im Widerspruch zu diesen Personen stehen, kann gesagt werden, der Beistand, der vom Gericht ernannt wird und der Kind in diesem Verfahren vertritt, im weitesten Sinne in den Bereich der rechtlichen Vertretung fällt, auch wenn er der gesetzlichen Vertretung ähnlich ist¹⁶. Was hier wichtig ist, dass kein Interessenkonflikt zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem Kind vorhanden ist. In den Situationen, in denen die Interessen des Kindes mit denen seines gesetzlichen Vertreters im Konflikt stehen würden, sollte ein Beistand als Vertreter für das Kind ernannt werden und das Kind sollte in diesem Fall durch den Beistand als Vertreter vertreten werden. Da der Beistand nur die Aufgabe, die ihm übertragen wird, erledigen kann, ist er in anderen Angelegenheiten außerhalb dieser Aufgabe nicht der Vertreter des Kindes¹⁷. In diesem Kontext ist es nicht möglich, dass Beistand als Vertreter, der beauftragt wird, das Kind in einem Verfahren zu vertreten, in einem anderen Verfahren als Vertreter des Kindes fungiert.

Wenn das Kind über die Urteilsfähigkeit in Verfahren und Angelegenheiten verfügt, in denen es um mit der Person eng verbundene Rechte geht, kann in der Regel kein Beistand als Vertreter für das Kind ernannt werden, da es nicht durch seinen gesetzlichen Vertreter vertreten werden kann. Außerdem kann Beistand als Vertreter für das Kind nicht ernannt werden, da es die Prozessfähigkeit bei Transaktionen hat, die es selbst durchführen kann. Da das Kind jedoch das Recht hat, persönlich an

¹⁴ Yücel, 2011, s. 11; Atıcı, s. 237-238; Elgün Toğrul, s. 325.

¹⁵ Yücel, 2011, s. 11; Elgün Toğrul, s. 327.

¹⁶ Wapler, Friederike. *Kinderrechte und Kindeswohl*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015. s. 547; Yücel, 2011, s. 9-10; Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Medeni Hukukunda Kayımlık*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 14-15; Yılmaz, s. 828 ff; Kuru, s. 1055, 1083-1084, 1086; Ekiz, s. 219; Öcal Apaydın/Hışım, s. 292.

¹⁷ Atıcı, s. 237, 243.

der Verhandlung teilzunehmen, kann ihm ein Vertreter in solchen Fällen ernannt werden¹⁸. Wenn das Kind betreffende Verfahren nicht zu den mit der Person eng verbundenen Rechten gehört und nicht eine der Transaktionen ist, die das Kind alleine schaffen kann, muss das Kind durch seinen gesetzlichen Vertreter vertreten werden. Wenn das Kind in diesem Kontext einen Interessenkonflikt mit seinem gesetzlichen Vertreter hat, sollte ein Beistand als Vertreter für das Kind ernannt werden.

Ein Interessenkonflikt mit dem gesetzlichen Vertreter des Kindes kann ein konkreter oder abstrakter Interessenkonflikt oder ein direkter oder indirekter Interessenkonflikt sein¹⁹. Ein Interessenkonflikt existiert, wenn sich die Interessen des Kindes und die Interessen seines gesetzlichen Vertreters, seiner Eltern oder seines Vormunds einigen oder konfrontiert werden. Da sich der gesetzliche Vertreter in so einer Aussicht in seinem eigenen Interesse und nicht im Interesse des Kindes verhält, muss zum Vorteil des Kindes ein Beistand als Vertreter ernannt werden.

In Verurteilungen, in denen das Kind nicht die Partei des Verfahrens ist, aber das Recht hat, an einer Angelegenheit zu teilzunehmen, die es betrifft, wenn das Kind keine Urteilsfähigkeit hat oder wenn das Kind keine Prozessfähigkeit hat, obwohl es die Urteilsfähigkeit hat, und wenn die Interessen des Kindes im Widerspruch zu den Interessen des gesetzlichen Vertreters stehen, sollte ein Beistand als Vertreter für das Kind ernannt werden. Wenn das Kind jedoch die Urteilsfähigkeit und die Handlungsfähigkeit hinsichtlich des konkreten Falles hat, wie zum Beispiel; wenn es bei der Verhandlung von einem eng mit der Person verbundenen Recht handelt, kann in der Regel kein Beistand als Vertreter für das Kind ernannt werden.

III. DAS PROBLEM, OB IN SCHEIDUNGS- UND TRENNUNGSVERFAHREN EIN BEISTAND ALS VERTRETER FÜR DAS KIND ERNANT SOLL

A. Die Feststellung des Problems

Wenn das Kind die Partei eines Verfahrens oder der Betreffender einer freiwilligen Gerichtsbarkeit ist, ist es nötig, dass das Kind in Fällen, in denen das Kind nicht die Prozessfähigkeit hat, durch seinen gesetzlichen Vertreter vertreten wird. Wenn es auf diesem Punkt mit seinem gesetzlichen Vertreter ein Interessenkonflikt gibt, sollte ein Beistand als Vertreter für dieses Verfahren ernannt werden. In so einem Fall ist kein Zweifel vorhanden daran, dass ein Beistand als Vertreter für das Kind ernannt werden sollte. Die Angelegenheit, auf die man sich konzentrieren sollte und Problem verursacht, ist, bezieht sich auf die Fälle, in denen das Kind nicht die Partei des Verfahrens ist.

Das Kind ist nicht die Partei der Scheidungs- und Trennungsverfahren²⁰. In diesen Verfahren beeinflusst die Entscheidung des Richters für das Sorgerecht, den Aufbau persönlicher Beziehungen und den Kindesunterhalt jedoch unmittelbar das Kind. Das Kind hat hinsichtlich der getroffenen Entscheidungen das Beteiligungsrecht und auch das Recht, in diesem Kontext gehört zu werden. Eigentlich hängen Angelegenheiten vom Sorgerecht für das Kind, dem Aufbau der persönlichen Beziehung und dem Kindesunterhalt, die das Kind direkt angehen und freiwillige Gerichtsbarkeit sind,

¹⁸ Yücel, 2011, s. 39; Atıcı, s. 199.

¹⁹ Zogg, Samuel. "Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess", *Die Praxis des Familienrechts*, 2017, s. 425; Elgün Toğrul, s. 328-329; Siehe für die ausführlichen Informationen zu den Sorten des Interessenkonflikts: Yücel, 2011, s. 60 ff, Atıcı, s. 239 ff.

²⁰ Im schweizerischen Recht wurde akzeptiert, dass das Kind weder die Partei, noch Nebenintervenient des Verfahrens ist und das Kind in der Verhandlung hingegen seine eigenen Interessen hat, Mutter-Freuler, s. 53, Josi, s. 527-528; Nach Zogg „das (gemeinsame, minderjährige) Kind ist in einem Scheidungsverfahren seiner Eltern nicht Partei -und zwar weder Haupt- noch Nebenpartei-, sondern bloß «Verfahrensbeteiligter sui generis» mit gewissen parteiähnlichen Rechten“, Zogg, s. 405, 435 ff.

jetzt von diesen Verfahren, da sie im tZGB als zusätzliche Folgen der Scheidungs- und Trennungsverfahren geregelt wurden. Deswegen sollte es angenommen werden, dass diese Anforderungen ihre Eigenschaft als freiwillige Gerichtsbarkeit verloren haben. Dann ist das Kind weder Partei des Verfahrens noch betroffen bezüglich der sekundären Folgen in den Scheidungs- und Trennungsverfahren²¹.

Das Sorgerecht, der Aufbau der persönlichen Beziehung und der Unterhalt, welche die sekundäre Folgen von Scheidungs- und Trennungsverfahren sind, gehören zu den mit der Person eng verbundenen Rechten. Deshalb übt das Kind sein Beteiligungsrecht aus, wenn es Urteilsfähigkeit hat, da es hinsichtlich dieser Angelegenheiten die Handlungs- und Prozessfähigkeit hat. Unseres Erachtens kommt das eigentliche Problem auf, wenn das Kind keine Urteilsfähigkeit hat. Denn das Kind hat das Recht, an den sekundären Folgen von Scheidungs- und Trennungsverfahren, die es betreffen, teilzunehmen und in diesem Rahmen gehört zu werden. Da das Kind aber weder Urteilsfähigkeit hat noch prozessfähig ist, kommt die Angelegenheit als Problem, ob ein Beistand als Vertreter ernannt werden kann, der es in Scheidungs- und Trennungsverfahren vertritt. Denn in diesen Fällen sind Mutter und Vater als gesetzliche Vertreter des Kindes die Parteien und dieser Verfahren und es besteht ein Interessenkonflikt zwischen ihnen und dem Kind. In diesem Fall muss festgestellt werden, ob für das Kind, das nicht über die Urteilsfähigkeit verfügt, ein Beistand als Vertreter ernannt werden sollte, um sein Recht auf Teilnahme an Scheidungs- und Trennungsverfahren wahrzunehmen, in denen es nicht die Partei ist, wird aber von den Sekundärfolgen direkt beeinflusst.

B. Meinungen in der Lehre

Nach einer Meinung der Lehre ist es unmöglich, dass das Kind im Scheidungs- und Trennungsverfahren durch den Beistand als Vertreter vertreten wird. Hinsichtlich der Erforderlichkeit sollte es eine klare Regelung zum Thema der Ernennung eines Beistands als Vertreter geben, der das Kind in der Verhandlung vertritt, und zwar in den Bestimmungen über das Verhandlungsverfahren in der Zivilprozessordnung (tZPO) oder im Gesetz über die Gründung, Pflicht und Prozessverfahren von den Familiengerichten (Familiengerichtsrecht). Zu dieser Schlussfolgerung wurde gelangt, weil: Eine besondere Regelung, dass das Kind im Scheidungs- und Trennungsverfahren gehört wird, gibt es jedoch nicht; Obwohl dem Richter in diesen Prozessen ein weiter Ermessensspielraum hinsichtlich vorübergehender Maßnahmen zum Schutz des Kindes eingeräumt wird, enthält er keine besondere Regelung hinsichtlich der Bestellung eines Beistands für das Kind (tZGB Art. 169); Es in der Bestimmung in Artikel 346 des tZGB (wenn die Interessen und die Entwicklung des Kindes gefährdet sind und die Eltern keine Lösung finden, kann das Gericht die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz des Kindes ergreifen) keine spezifische Regelung zur Ernennung eines Beistands als Vertreter für das Kind gibt und es im türkischen Recht keine Regelung zur teilweisen Einschränkung des Sorgerechts gibt. Hinsichtlich dessen, was passieren soll, wurde festgestellt, dass eine klare Regelung hinsichtlich der Ernennung eines Beistands für die Vertretung des Kindes im Prozess getroffen werden sollte²². In diesem Kontext wurde festgestellt, dass die Regelungen des tZGB nicht ausreichen, um die Interessen des Kindes in Prozessen und Angelegenheiten zu schützen, die die Rechte des Kindes betreffen, die eng mit der Persönlichkeit des Kindes verbunden sind²³.

²¹ Siehe für die ausführlichen Informationen über das Beteiligungsrecht des Kindes an Scheidungs- und Trennungsverfahren, die Regelungsempfehlungen, die im Hinblick darauf erfüllt werden sollen, wie sie vorgehen sollen: Bahadır, Zeynep. "BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Çerçevesinde Medenî Usûl Hukuku Bakımından Çocuğun Katılım Hakkı", *Adalet Dergisi*, 2023/1, Sayı 70, 213-254, s. 230 ff.

²² Akkaya, s. 338.

²³ Akkaya, s. 337.

Nach einer anderen Meinung in der Lehre ist es zwingend erforderlich, dass die Möglichkeit dem Richter, wer das Scheidungs- und Trennungsverfahren führt, eingeräumt wird, die Maßnahmen im Artikel 346 von tZGB und weitere Maßnahmen zu ergreifen. Das Wort im Artikel 169 von tZGB ermöglicht die geeignete Möglichkeit dazu. Weil der Richter, der diese Prozesse leitet, von Amts wegen vorübergehende Maßnahmen sowohl zur Betreuung als auch zum Schutz der Kinder ergreift²⁴. Da diese Maßnahmen nicht einzeln gezählt werden, besteht keine Einschränkung hinsichtlich der zu ergreifenden Maßnahmen²⁵. Dieser Schutzbegriff ist weit auszulegen und so zu verstehen, dass er auch Maßnahmen zum Schutz des Kindes umfasst, der Scheidungsrichter sollte auch während des Scheidungsverfahrens die im tZGB Art. 346 ff. genannten Maßnahmen zum Schutz des Kindes ergreifen können²⁶. In diesem Zusammenhang kann es erforderlich sein, einen Beistand als Vertreter zu ernennen, der die Interessen des Kindes während des Scheidungsverfahrens wahrt. Obwohl es in unserem Gesetz keine klare Regelung zu diesem Thema gibt, kann tZGB Art. 169 dahingehend interpretiert werden, dass die Ernennung eines Beistands als Vertreter zulässig ist, wenn dies zum Schutz des Kindes erforderlich ist²⁷.

C. Regelungen im Rechtsvergleich

Wenn wir uns die Rechtsvergleichung anschauen, wird gesehen, dass die erste Regelung im Schweizer Recht²⁸ zur unabhängigen Vertretung in Scheidungsprozessen des Kindes mit der Bestätigung der UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) von der Schweiz im Jahr 1997²⁹ und daher die Verpflichtung der Beteiligung an dem innerstaatlichen Recht eingeführt wurde. In diesem Kontext wurde die Möglichkeit bei den Artikeln 146 und 147 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (schwZGB) im Jahr 2000 um die unabhängige Vertretung des Kindes unter der Voraussetzung eingeräumt, für das Kind einen Beistand als Vertreter zu ernennen, dass ein wichtiger Grund in den Scheidungsprozessen vorliegt. Hier wurde die Regelung kritisiert, die darauf hinweist, dass das Gericht die Vertretung des Kindes bei Vorliegen besonders wichtiger Gründe zulässt, weil sie dem Gericht einen breiten Interpretationsraum einräumt³⁰. Nach der am 19.12.2008 in Kraft getretenen Regelungen über die Interessen von Kindern in familienrechtlichen Prozessen zwischen den Artikeln 295–304 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (schwZPO) wurden diese Beschlüsse aus dem schwZGB ausgeschlossen.

Artikel 299 schwZPO ist einzige Bestimmung in der Zivilprozessordnung, welche die eigenständige Vertretung des Kindes für familienrechtliche Verfahren ausdrücklich regelt. Im ersten Absatz dieses Artikels wurde es geregelt, dass das Gericht bei Bedarf beschließen kann, dass das Kind vertreten wird und diese Person als Beiständin oder Beistand eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahren ist. Dann bestimmt das Gericht wegen der Aussage „wenn nötig“ im Artikel nach

²⁴ Gümüş, s. 189-190.

²⁵ Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 135.

²⁶ Gümüş, s. 190.

²⁷ Gümüş, s. 192-193.

²⁸ Siehe für die ausführliche Untersuchung der Regelung im schweizerischen Recht: Mutter-Freuler, s. 8 ff, 34 ff; Steck, Daniel. “Die Vertretung des Kindes im Prozess der Eltern”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 1999, s. 1558 ff; Gümüş, s. 191-192; Yücel, 2011, s. 148 ff.

²⁹ Die Schweiz hat es am 1. Mai 1991 unterzeichnet. Es wurde von der Bundesversammlung am 13. Dezember 1996 genehmigt und am 24. Februar 1997 ratifiziert. Für die Schweiz ist es am 26. März 1997 in Kraft getreten.

³⁰ Mutter-Freuler, s. 34-35; Siehe für die Meinung davon, dass die Situationen, die unabhängige Vertretung des Kindes erfordern, nicht dem Ermessen des Richters überlassen werden sollen und so klar wie möglich definiert werden sollen: Hegnauer, Cyril. “Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsprozess”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 1994, s. 892.

eigenem Ermessen die Vertretung des Kindes durch den Beistand³¹.

Im zweiten Absatz des Artikels wurden die Situationen klargestellt, bei denen es vom Gericht besonders nachgesehen werden sollte, ob für das Kind ein Vertreter ernannt werden kann. Bei den in diesem Absatz erklärten Situationen ist das Gericht nur zur Prüfung verpflichtet und nicht verpflichtet, unbedingt einen Vertreter für das Kind zu ernennen³². Der erste dieser Fälle ist, dass die Eltern verschiedene Anforderungen an die Sorgerechtsregelung, den Aufbau persönlicher Beziehungen und den Kindesunterhalt stellen. Der zweite ist, dass die Kinderschutzbehörde oder ein Elternteil die Ernennung eines Vertreters für das Kind fordert. Der letzte Fall ist der Stand, wenn infolge der Anhörung der Eltern oder des Kindes im Gericht oder aus anderen Gründen die Bezweiflung an der gemeinsamen Wille der Eltern in Hinsicht auf elterliche Sorge, persönlichen Verkehr und Kinderunterhalt vorliegt oder die Notwendigkeit besteht, Schutzmaßnahmen für das Kind zu ergreifen. Außerdem ist im dritten Absatz vom gleichen Artikel sichergestellt worden, dass die Ernennung eines Vertreters obligatorisch ist und das Kind gegen die Nichtanordnung mit Beschwerde anfechten kann, wenn das urteilsfähige Kind die Ernennung eines Vertreters wünschen würde.

Beim Artikel 300 schwZPO wurde geregelt, unter welchen Voraussetzungen der Beistand Anforderungen, Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen kann. Laut Artikel 95 Absatz 2 schwZPO gehören die Kosten zur Vertretung des Kindes im Rahmen von den Artikeln 299 und 300 zu den Gerichtskosten. Die Vertretung des Kindes nach Artikel 299 schwZPO bezieht sich auf alle eherechtlichen Verfahren, wobei die Abgrenzung jedoch nicht klar umgrenzt ist³³. Deshalb wird es in der Lehre ausgedrückt, dass es möglich ist, in allen eherechtlichen Verfahren und in diesem Zusammenhang auch in Scheidungs- und Trennungsverfahren seiner Eltern einen Vertreter für das Kind zu ernennen³⁴. Es zeigt sich, dass es im Gesetz keine Voraussetzungen dazu gibt, welche Eigenschaften die Person, die zur Vertretung des Kindes ernannt werden soll, haben muss.

Wenn wir auf das deutsche Recht gucken, wird gesehen, dass die Vertretung des Kindes durch den Beistand im Prozess wieder aus dem UN-KRK Art. 12 stammt. Am 1.7.1998 ist das Kindschaftsrechtsreformgesetz in Kraft getreten, mit dem Ziel, die Rechte der Kinder. Danach ist das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) am 1. September 2009 in Kraft getreten und es wird gesehen, dass die Vertretung des Kindes in seinem 158. Artikel enthält. Der Titel dieses Artikels lautet „*Bestellung des Verfahrensbeistands*“. Nach unserer Meinung wäre es nicht falsch zu sagen, dass diese Person, die vom Gericht zur Erfüllung der Aufgabe ernannt wurde, auf die Interessen des Kindes zu achten und diese Interessen zu bestimmen und sie im Verfahren zu vertreten, der Beistand ist. In der Lehre wird diese Person, die das Kind vertritt, auch als „*Anwalt des Kindes*“ genannt³⁵.

Wenn dies für den Schutz der Interessen des Kindes nach dem Artikel 158 FamFG notwendig ist, ernennt das Gericht einen Vertreter für das Kind in der Verhandlung und er soll so früh wie möglich ernannt werden. In den Fällen, die im zweiten Absatz des Artikels bestimmt wurden, muss der Vertreter unbedingt ernannt werden. Im dritten Absatz werden Fälle aufgezählt, in denen die Ernennung eines Vertreters im Allgemeinen nötig ist. Was von diesen Ständen schlusszufolgern und im Rahmen unserer Studie wichtig ist, dass es sich im ersten Satz des dritten Absatzes befindet, die Interessen des Kindes den Interessen der gesetzlichen Vertreter in erheblichem Maße widersprechen. Dass das Kind im Falle

³¹ Diggelmann/Isler, s. 145.

³² Diggelmann/Isler, s. 145-146.

³³ Zach, Stefanie. *Das Kind und seine Vertreter*, Graz, 2015, s. 85.

³⁴ Diggelmann/Isler, s. 143; Josi, s. 520.

³⁵ Balloff, s. 144 ff.

eines solchen Interessenkonflikts nicht effizient vertreten werden kann³⁶. In solchen Fällen besteht die Möglichkeit, dass Eltern zuerst Ihre eigenen Interessen verteidigen oder die Interessen des Kindes außer Acht lassen³⁷. Wenn das Gericht sich weigert, einen Vertreter zu ernennen, obwohl sich eine der im dritten Absatz genannten Situationen verwirklicht hat, ist es auch verpflichtet, den Grund in seiner endgültigen Entscheidung zu begründen.

Der Artikel 158a im FamFG enthält „*Eignung des Verfahrensbeistands*“ und im Artikel 158b wurden die „*Aufgaben und Rechtsstellung des Verfahrensbeistands*“ geregelt. In diesem Kontext ist es die Aufgabe des Verfahrensbeistands, das Kind über den Betreff, den Prozess und mögliche Folgen der Verhandlung zu informieren, die Interessen des Kindes zu bestimmen und diese in der Verhandlung darzulegen. Im letzten Satz des Absatzs 3, im Artikel 158b vom FamFG wurde ausgedrückt, dass der Verfahrensbeistand nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes ist. Im Artikel 158c enthält es die Regelungen zur „*Vergütung: Kosten*“. Im deutschen Recht, grundsätzlich ist für das Kind ein Verfahrensbeistand für jedes familiengerichtliche Verfahren zu bestellen, wenn das Interesse des Kindes zu dem seiner gesetzlichen Vertreter in erheblichem Gegensatz steht³⁸. Die Bestellung eines Verfahrensbeistands kommt in Betracht in allen gerichtlichen Verfahren, welche die Personensorge des Kindes unmittelbar oder mittelbar betreffen³⁹.

D. Regelungen in den internationalen Abkommen, denen wir beigetreten sind

Es gibt zwei wichtige internationale Abkommen, denen die Türkei beigetreten ist und die bezwecken, die besonders im Kontext vom Beteiligungsrecht unabhängige Vertretung des Kindes in Verfahren zu beschaffen. Das erste dieser Abkommen ist das Abkommen von den Vereinten Nationen über die Kinderrechtskonvention (UN-KRK)⁴⁰.

Das Beteiligungsrecht vom Kind wurde im Artikel 12 der UN-KRK geregelt. Dass das Kind im Rahmen vom Beteiligungsrecht angehört und es vertreten wird, wurde als miteinander verbunden behandelt. Gemäß UN-KRK Art. 12, „(1) *Die Vertragsstaaten sichern dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife. (2) Zu diesem Zweck wird dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden*“. Es wurde in der Lehre ausgesagt, dass im UN-KRK Artikel 12 vorliegendes Beteiligungsrecht auch das Recht des Kindes auf unabhängige Vertretung regelt, ohne dass es von seinen gesetzlichen Vertretern abhängig ist⁴¹. Da die Erledigung des Rechts des Kindes auf Beteiligung eine Verpflichtung der Vertragsstaaten von UN-KRK ist, ist es auch eine Verpflichtung der Staaten, die Regelungen für die unabhängige Vertretung des Kindes zu auszuführen, um für das Recht auf Beteiligung in diesem Kontext zu sorgen.

Ein weiteres wichtiges Abkommen, dem wir beigetreten sind, ist Europäisches Übereinkommen

³⁶ Sternal, Werner/Schäder, Birgit. *FamFG Kommentar*, 21. Auflage 2023, FamFG § 158 Rn. 20.

³⁷ Sternal/Schäder, FamFG § 158 Rn. 20.

³⁸ Balloff, s. 153.

³⁹ Sternal/Schäder, FamFG § 158 Rn. 4.

⁴⁰ Dieses Übereinkommen wurde im Namen der Türkei am 14.09.1990 unterschrieben, am 09.12.1994 durch das Gesetz mit der Nummer 4058 bestätigt und am 23.12.1994 durch die Entscheidung des Ministerrats in Kraft getreten; Das Übereinkommen wurde am 27.01.1995 und im Amtsblatt mit der Nummer 22184 publiziert.

⁴¹ Balloff, s. 144; Zach, s. 70, 85; Yücel, 2011, s. 49-50; Siehe für die gegenteilige Meinung, dass UN-KRK Art. 12 den Staaten die Verpflichtung nicht auferlegt, die Vertretung des Kindes zu beschaffen: Mutter-Freuler, s. 21.

über die Ausübung von Kinderrechten (EÜAK)⁴². Die hauptsächlichen Regelungen zur unabhängigen Vertretung des Kindes befinden sich in diesem Abkommen.

Der Titel von EÜAK Artikel 4 lautet das „*Recht, die Bestellung eines besonderen Vertreters zu beantragen*“. Gemäß der Regelung, „*1) Vorbehaltlich des Artikels 9 hat ein Kind das Recht, persönlich oder mit Hilfe anderer Personen oder Stellen einen besonderen Vertreter in einem es berührenden Verfahren vor einer Justizbehörde zu beantragen, soweit nach innerstaatlichem Recht die Träger elterlicher Verantwortung wegen eines Interessenkonflikts zwischen ihnen und dem Kind von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen sind. 2) Es steht den Staaten frei, das in Absatz 1 vorgesehene Recht auf Kinder zu beschränken, die nach innerstaatlichem Recht als hinreichend verständig angesehen werden*“.

Artikel 5 des EÜAK lautet wie folgt: „*Die Vertragsparteien erwägen, Kindern in Bezug auf sie berührende Verfahren vor einer Justizbehörde zusätzliche Verfahrensrechte zu gewähren, insbesondere: a) das Recht, den Beistand einer geeigneten Person ihrer Wahl zu beantragen, die ihnen hilft, ihre Meinung zu äußern; b) das Recht, selbst oder mit Hilfe anderer Personen oder Stellen die Bestellung eines gesonderten Vertreters, in geeigneten Fällen eines Rechtsanwalts, zu beantragen; c) das Recht, ihren Vertreter selbst zu bestellen; d) das Recht, in diesen Verfahren die Rechte von Verfahrensparteien teilweise oder in vollem Umfang auszuüben*“.

Abgesehen von dieser Regelung wurde im Artikel 9 von EÜAK die „*Bestellung eines Vertreters*“ geregelt. Laut diesem Artikel: „*1) In einem ein Kind berührenden Verfahren, in dem nach innerstaatlichem Recht die Träger elterlicher Verantwortung wegen eines Interessenkonflikts zwischen ihnen und dem Kind von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen sind, ist die Justizbehörde befugt, für das Kind in diesem Verfahren einen besonderen Vertreter zu bestellen. 2) Die Vertragsparteien erwägen vorzusehen, dass die Justizbehörde in einem ein Kind berührenden Verfahren befugt ist, einen gesonderten Vertreter, in geeigneten Fällen einen Rechtsanwalt, zu bestellen, damit er das Kind vertritt*“.

Die Aufgaben des Vertreters wird in Artikel 10 von EÜAK wie folgendes zum Ausdruck gebracht: „*1) In einem ein Kind berührenden Verfahren vor einer Justizbehörde hat der Vertreter, sofern dies nicht dem Wohl des Kindes offensichtlich widersprechen würde: a) dem Kind, wenn es nach innerstaatlichem Recht als hinreichend verständig angesehen wird, alle sachdienlichen Auskünfte zu erteilen; b) dem Kind, wenn es nach innerstaatlichem Recht als hinreichend verständig angesehen wird, Erläuterungen zu den möglichen Folgen einer Berücksichtigung seiner Meinung und zu den möglichen Folgen einer Handlung des Vertreters zu geben; c) die Meinung des Kindes festzustellen und der Justizbehörde diese Meinung vorzutragen. 2) Die Vertragsparteien erwägen, Absatz 1 auf die Träger elterlicher Verantwortung zu Erstrecken.*“

Wie aus diesen Regelungen hervorgeht, hat das Kind bezüglich des EÜAK das Recht, sich um die Ernennung eines besonderen Vertreters zu beantragen, wenn die Eltern des Kindes aufgrund eines Interessenkonflikts nicht in der Lage sind, das Kind zu vertreten, und das Gericht hat auch das Recht, einen besonderen Vertreter zu ernennen, wenn ein Interessenkonflikt zwischen den Sorgeberechtigten und dem Kind besteht. Die Türkei hat deklariert, dass dieses Übereinkommen in Scheidungsverfahren, Trennungsverfahren, Verfahren zum Sorgerecht für Kinder, Verfahren zum Aufbau der persönlichen

⁴² Dieser Vertrag wurde im Namen der Türkei am 9.06.1999 unterschrieben und am 18.01.2001 bestätigt. Das Bestätigungsgesetz mit der Nummer 4620 wurde im Amtsblatt mit der Nummer 24305 und vom 01.02.2001 publiziert.

Beziehung zwischen Eltern und Kind und Verfahren zur Vaterschaft, die durch die Gerichtsentscheidung festgelegt wird, angewandt wird. Deshalb ist es hinsichtlich unseres Rechts eine Notwendigkeit, besonders in diesen Verfahren für eine unabhängige Vertretung des Kindes zu sorgen. Diese Verpflichtung gilt daher auch für die unabhängige Vertretung des Kindes in Scheidungs- und Trennungsverfahren.

Beide Übereinkommen sind auch die internationalen Übereinkommen über Grundrechte und Grundfreiheiten, die ordnungsgemäß in Kraft gesetzt wurden. Deshalb haben beide Übereinkommen gemäß dem Absatz 5 des Artikels 90 des Grundgesetzes der Republik Türkei Gesetzeskraft. Da die Gesetze sogar unterschiedliche Bestimmungen zum gleichen Thema beinhalten, müssen die Bestimmungen der internationalen Übereinkommen zugrunde gelegt werden, weil diese auf Grundrechten und Grundfreiheiten basieren. Die Anschaffung der unabhängigen Vertretung des Kindes ist auch eine zwingende Voraussetzung für das Recht auf ein faires Verfahren. Zudem wird das Wohl des Kindes durch die unabhängige Vertretung gewahrt⁴³.

E. Unsere Bewertungen

In Angelegenheiten, die das Kind betreffen, wie dem Sorgerecht, dem Aufbau persönlicher Beziehungen und dem Kindesunterhalt, geraten die Interessen der Mutter und des Vaters mit dem Interesse des Kindes in Konflikt⁴⁴. Denn die Mütter und Väter plädieren in Scheidungs- und Trennungsverfahren im Allgemeinen ihre eigenen Interessen anstelle der Interessen ihrer Kinder⁴⁵. Der Stand, der dem Wohl des Kindes steht, könnte eventuell nicht mit den Anforderungen der Mutter und des Vaters übereinstimmen. Wie zum Beispiel; Es kann sein, dass einer der beiden Elternteile das Sorgerecht für das Kind hat, während der andere es nicht hat, oder einer davon eine persönliche Beziehung zum Kind aufbauen möchte, während die andere versucht, dies zu verhindern, oder einer davon versucht es dafür sorgen zu lassen, dass mehr Unterhalt für das Kind beschlossen wird, während der andere weniger zahlen möchte. Dieser Konflikt zwischen den Eltern steht im Widerspruch zu den Interessen des Kindes. Aus diesem Grund ist es der Mutter und dem Vater nicht möglich, das Kind in Angelegenheiten, die das Kind betreffen, in Scheidungs- und Trennungsverfahren zu vertreten⁴⁶. In diesem Fall muss das Kind durch einen unabhängigen Vertreter vertreten werden⁴⁷.

Auch wenn das Kind nicht Partei des Verfahrens ist, hat es das Recht, an den Angelegenheiten, die es betreffen, teilzunehmen. Deswegen muss das Recht des Kindes auf Beteiligung an allen Angelegenheiten, die es betreffen und in diesem Kontext auch an den Scheidungs- und Trennungsverfahren sichergestellt werden. Da das Sorgerecht, der Herstellung der persönlichen Beziehung und der Unterhalt des Kindes, die sekundäre Folgen von Scheidungs- und Trennungsverfahren sind und es sich um Rechte handelt, die eng mit der Person verbunden sind, muss das Kind sein Beteiligungsrecht persönlich ausüben, wenn es urteilsfähig ist, oder es durch einen Beistand als Vertreter ausüben, wenn es nicht urteilsfähig

⁴³ Yücel, 2011, s. 51.

⁴⁴ Hegnauer, s. 889.

⁴⁵ Yücel, 2011, s. 158.

⁴⁶ Zu den Themen außerhalb des Verfahrens fährt noch die Befugnis von Mutter und Vater fort, das Kind zu vertreten, Yücel, 2011, s. 158-159.

⁴⁷ Yücel, 2011, s. 160.

ist⁴⁸. Selbst wenn das Kind über keine Urteilsfähigkeit verfügt, da es in diesem Kontext Beteiligungs- und Anhörungsrecht hat, kann es dieses Recht lediglich durch einen gesetzlichen Vertreter ausüben⁴⁹. In Fällen, in denen die Interessen des Kindes mit den Interessen des gesetzlichen Vertreters in Konflikt geraten, ist es unserer Meinung nach obligatorisch, dass für das Kind auch in Scheidungs- und Trennungsverfahren ein Beistand als Vertreter ernannt wird. Ansonsten wird das Recht des Kindes auf Beteiligung nicht erledigt. Insbesondere in Fällen, in denen die Eltern unterschiedliche Anforderungen über das Kind stellen, ist die Vertretung des Kindes durch den Beistand wichtig⁵⁰. Denn in solchen Fällen muss festgestellt werden, in welche Richtung der Vorteil des Kindes liegt. Da die Angelegenheiten, die auf dem Kind basieren, in Scheidungs- und Trennungsverfahren im Allgemeinen zwischen den Eltern verhandelt werden, muss das Kind hinsichtlich der Eignung für das höhere Wohl des Kindes durch einen unabhängigen Beistand vertreten werden. Es ist jedoch auszudrücken, dass diese Vertretung dem Kind in Scheidungs- und Trennungsverfahren keinen Status als Partei oder Nebenintervenient einräumt.

Weder im tZPO noch im Familiengerichtsgesetz gibt es Regelung, die darauf hinweist, dass das Kind im Prozess durch den Beistand als Vertreter vertreten werden kann. Gemäß Artikel 90 Absatz 5 der Grundgesetz der Republik Türkei haben die UN-KRK und EÜAK jedoch Gesetzeskraft, da es sich um ordnungsgemäß in Kraft gesetzte Übereinkommen über die Grundrechte und -freiheiten handelt. Daher müssen diese Übereinkommen im nationalen Recht unmittelbar anwendbar sein. Auf diesem Punkt wäre es angebracht, eine klare Regelung zum Thema zu ausüben, um unsere internen Rechtsvorschriften an die UN-KRK und EÜAK anzupassen. Also, wenn die Bestimmungen der internationalen Übereinstimmungen, von denen wir Partei sind, mit tZGB zusammen bewertet werden, ist es unseres Erachtens auch im aktuellen Stand möglich, einen Beistand für die Vertretung des Kindes in Gerichtsverfahren, die das Kind betreffen, und in diesem Kontext in Scheidungs- und Trennungsverfahren zu ernennen. Wie folgendes;

Im Artikel 426 von tZGB wurde es geregelt, dass die Vormundschaft auf Antrag der betroffenen Person oder von Amts wegen Beistand als Vertreter ernannt, “...wenn das Interesse des gesetzlichen Vertreters und das Interesse des Minderjährigen ... in Konflikt geraten...”. Nach unserer Meinung sind die Fälle, in denen das Kind in einem Verfahren betroffen ist, beim Ausdruck des Gesetzes in einer Angelegenheit inklusive. Da der Begriff „die Angelegenheit“ im Gesetz nicht klargestellt wurde, wurde in der Lehre angenommen, dass der Begriff “die Angelegenheit” weit interpretiert werden muss, und die Verfahren wurden an diesen Begriff beteiligt⁵¹. Wenn also die Interessen des Kindes und seines gesetzlichen Vertreters im Konflikt stehen, kann auch ein Beistand als Vertreter für das Verfahren, das das Kind betrifft, für das Kind ernannt werden. Für Interessenkonflikte im Sinne von tZGB Art. 426/2 reicht die Aussicht

⁴⁸ Siehe für die Meinung in die gleiche Richtung: Yücel, 2011, s. 161.

⁴⁹ Yücel, Özge. “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi”, *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, Aralık 2013, s. 134; Taştan, Caner. “Velâyetin Değiştirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 28, Sayı 1, Haziran 2022, s. 394; Bahadır, s. 244.

⁵⁰ Mutter-Freuler, s. 35-36.

⁵¹ Yücel, 2011, s. 56.

einer abstrakten Gefahr einer Verletzung des Interesses des vertretenen aus⁵². Beispielsweise liegt ein Interessenkonflikt in den Fällen, in denen es um das Sorgerecht, die Adoption oder den Aufbau persönlicher Beziehung des Kindes geht, zwischen den Eltern, die die gesetzlichen Vertreter des Kindes sind, vor⁵³ und ihm muss ein Beistand als Vertreter ernannt werden. Um festzustellen, was die Interessen des Kindes erfordern, ist es wichtig, dass das Kind im Verfahren durch einen unabhängigen Beistand als Vertreter, wer als unabhängige dritte Person ist, vertreten wird⁵⁴. An diesem Punkt sollte der Vormundschaftsbehörde angezeigt werden, damit Beistand als Vertreter zur Vertretung des Kindes ernannt wird, und auf das Ergebnis des erhobenen Verfahrens sollte gewartet werden und dann sollte es dafür gesorgt werden, dass Beistand als Vertreter, der für das Kind ernannt wird, an der Verhandlung teilnimmt⁵⁵. Da in Scheidungs- und Trennungsverfahren über das Sorgerecht des Kindes, den Aufbau der persönlichen Beziehung zum Kind und die Anschaffung von Unterhaltszahlungen entschieden wird, stehen die Interessen des Kindes und der Eltern, die seine gesetzlichen Vertreter sind, wieder auf die gleiche Weise im Konflikt. In diesem Kontext sind wir der Meinung, dass der Familienrichter sich an das Gericht wenden sollte, das für die Vormundschaft zuständig ist, und die Bestellung eines unabhängiger Beistand zur Vertretung des Kindes in diesem Verfahren beantragen sollte.

Da der Richter zudem im Rahmen vom Artikel 346 von tZGB alle Maßnahmen ergreifen können, damit das Kind geschützt wird, während das Sorgerecht ausgeübt wird und im Rahmen vom Artikel 169 von tZGB im Scheidungs- und Trennungsverfahren zur Pflege und zum Schutz des Kindes die vorläufige Maßnahmen auch von Amts wegen ergreifen könnte, könnte der Richter des Familiengerichts unserer Meinung nach auch im Rahmen dieser Bestimmungen für das Kind einen Beistand als Vertreter ernennen⁵⁶. Diese Regelung enthält keine Einschränkungen und die Bewertung der ergriffenen Maßnahmen liegt beim Richter. Da der

⁵² Elçin Grassinger, Gülçin. *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 90.

⁵³ Siehe für die ausführliche Information: Yücel, 2011, s. 128.

⁵⁴ Elçin Grassinger, s. 91; Taşatan, s. 391.

⁵⁵ Özdemir, Hayrunnisa/Ruhi, Ahmet Cemal. *Çocuk Hukuku (Ders Kitabı)*, 3. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 92-93; Mutter-Freuler, s. 68; 2. Rechtsamt des türkischen Revisionsgerichts (Aktennummer: 2015/6316, Entscheidungsnummer: 2015/8242) in seiner Entscheidung vom 22.04.2015 lautet es: „...wenn es gemäß des „Europäischen Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten“ in Verfahren, die Kinder betreffen, dem innerstaatlichen Recht erforderlicherweise, zwischen Kindern und Personen, die Sorgerechtsverantwortung haben ein Interessenkonflikt gibt, wird als ein Vorproblem gesehen, dass ein Vertreter für das Kind in den Verfahren ernannt, die sich betreffen (Art. 4). Da ein Beistand als Vertreter zur Vertretung der Kinder in den Verfahren ernannt wird (tZGB Art. 426/2), indem es berücksichtigt wird, dass ein Interessenkonflikt zwischen dem Kind und den Eltern, die Sorgerechtsverantwortung haben, besteht, sollte bei der zuständigen Vormundschaftsbehörde gemeldet werden, der Beistand als Vertreter, der ernannt wird, zur Verhandlung eingeladen werden, sollten die Beweismittel gesammelt werden und sollte die Entscheidung getroffen werden, indem alle Beweismittel zusammen bewertet werden. Hingegen wurde es nicht richtig gefunden, eine Entscheidung zu treffen, wenn es sich auf ... eine fehlende Untersuchung bezieht...“ In einer anderen Entscheidung von 2. Rechtsamt des türkischen Revisionsgerichts (Aktennummer: 2016/7359, Entscheidungsnummer: 2016/8864) vom 02.05.2016 wurde festgestellt, dass „...im Verfahren zwischen dem Vater, der Sorgerecht hat, und dem Kind ein Interessenkonflikt besteht. In den Artikeln 4 und 9 des Europäischen Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten und gemäß dem Artikel 426/2 des türkischen Zivilgesetzbuchs wurde dafür beschlossen, dass der Vormundschaftsbehörde gemeldet werden sollte, damit der Beistand als Vertreter ernannt wird und der sich in Vertretung vom Kind am Verfahren beteiligt...“, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası (Zugangsdatum: 10.10.2023).

⁵⁶ Siehe zur ausführlichen Information zu den Scheidungs- und Trennungsverfahren: Akkaya, s. 310 ff.

Richter des Verfahrens ist, wer im Rahmen vom Artikel 169 von tZGB die Maßnahmen ergreifen wird⁵⁷, ist es nach unserer Ansicht sogar nicht nötig, sich beim Gericht, das die Vormundschaftsbehörde ist, für die Ernennung des Beistands als Vertreter für das Kind in Scheidungs- und Trennungsverfahren zu bewerben. Der Richter muss auch entscheiden können, dass ein Beistand als Vertreter für das Kind im Rahmen des höheren Interesses ernannt wird. Dass es in dieser Bestimmung keine klare Aussage gibt, ist nicht ein Hindernis unserer Meinung nach diese Maßnahme zu ergreifen. Da in der Lehre auch der Beistand als Vertreter vom Gericht, das die Vormundschaftsbehörde ist, ernannt werden muss, wurde in einem Verfahren vor dem Familiengericht kritisiert, dass die Situation dem Gericht gemeldet wurde und der Prozess der Ernennung des Beistands als Vertreter aufgrund der Arbeitsbelastung ziemlich langsam voranschreitet, und es wurde festgestellt, dass dem Familiengericht die Möglichkeit gegeben werden sollte, Beistand als Vertreter in dringenden Angelegenheiten zu ernennen⁵⁸.

Als Partei des Scheidungs- und Trennungsverfahrens kann auch ein Elternteil des Kindes beim Gericht die unabhängige Vertretung des Kindes beantragen⁵⁹. Auf diesen Antrag muss das Gericht eine Entscheidung treffen, indem es untersucht, ob ein Beistand zur Vertretung des Kindes bestellt werden sollte. Aber es kann gesagt werden, dass ein solcher Antrag an sich schon ein Hinweis auf einen Interessenkonflikt zwischen dem Kind und seinen gesetzlichen Vertretern ist⁶⁰.

Wenn wir uns die internationalen Übereinstimmungen angucken, deren Partei wir sind, wird zum Schluss gekommen, dass in Scheidungs- und Trennungsverfahren ein Beistand als Vertreter für das Kind ernannt werden kann. Im Artikel 9/1 von EÜAK wird angenommen, dass *„in einem ein Kind berührenden Verfahren, in dem nach innerstaatlichem Recht die Träger elterlicher Verantwortung wegen eines Interessenkonflikts zwischen ihnen und dem Kind von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen sind, ist die Justizbehörde befugt, für das Kind in diesem Verfahren einen besonderen Vertreter zu bestellen“*. Artikel 4 des EÜAK lautet auch wie folgt: *„Vorbehaltlich des Artikels 9 hat ein Kind das Recht, persönlich oder mit Hilfe anderer Personen oder Stellen einen besonderen Vertreter in einem es berührenden Verfahren vor einer Justizbehörde zu beantragen, soweit nach innerstaatlichem Recht die Träger elterlicher Verantwortung wegen eines Interessenkonflikts zwischen ihnen und dem Kind von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen sind“*. Nach Artikel 4 von EÜAK hat das Kind das Recht, die Ernennung eines besonderen Vertreters zu beantragen. Wie es gesehen wird, hat das Kind, das einen Interessenkonflikt mit seinem gesetzlichen Vertreter hat oder Möglichkeit hat, es zu haben, das Recht auf einen unabhängigen Vertreter⁶¹.

Im Artikel 12 von UN-KRK steht die Aussage: *„...dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder*

⁵⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 135.

⁵⁸ Taşatan, s. 391-392.

⁵⁹ Mutter-Freuler, s. 36-37.

⁶⁰ Mutter-Freuler, s. 37.

⁶¹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Çocuk Dostu Adaletle İlişkin Rehber, Avrupa Konseyi Yayını, 2013, s. 27, 73.

unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden“. Wenn von diesem Ausdruck ausgegangen wird, wird die Annahme benötigt, für das Kind einen Vertreter ernennen zu können, damit das Kind im Rahmen der Anschaffung seines Beteiligungsrechts angehört wird. Durch die Ernennung eines Vertreters wird dem Kind das Recht gegeben, seine eigenen Meinungen zum Ausdruck zu bringen und es kann somit über seine Zukunft selbst bestimmen⁶². Daneben wurde in der Lehre geäußert, dass eines der vom UN-KRK angeeigneten Zielen ist, dass die Rechte des Kindes neben der Erklärung seiner eigenen Meinungen durch einen unabhängigen Vertreter verteidigt werden⁶³.

Da das Kind das Recht hat, an Angelegenheiten, die es betreffen, teilzunehmen, wenn es besonders nicht die Urteilsfähigkeit hat, muss dieses Recht durch den Beistand als Vertreter ausgeübt werden. Dann haben die Mitgliedstaaten des UN-KRK und des EÜAK Verpflichtung, dem Kind die Gelegenheit zu einer unabhängigen Vertretung einzuräumen. Es dient dem großen Wohl des Kindes, von einem unabhängigen Vertreter vertreten zu werden⁶⁴. Wenn das Kind nicht über Urteilsfähigkeit verfügt, muss das Gericht diesen Vertreter von Amts wegen ernennen. Das Kind, das Urteilsfähigkeit hat, kann anfordern, dass ein Vertreter für sich ernannt wird, auch wenn das Thema der Verhandlung eines der mit der Person eng verbundenen Rechten ist. Darüber hinaus empfiehlt die Leitlinie, Kindern den Zugang zu kostenloser Rechtshilfe zu beschaffen⁶⁵. In der Lehre im Artikel 9 des EÜAK wurde ausgedrückt, dass der sogenannte Vertreter Beistand als Vertreter ist⁶⁶.

Die betroffenen Artikel des EÜAK unterscheiden nicht, ob das Kind die Urteilsfähigkeit hat, wenn das Kind die Ernennung eines besonderen Vertreters anfordert (Art. 4) oder das Gericht von Amts wegen einen Vertreter ernannt (Art. 9). In den betroffenen Artikeln wurde nur gesucht, ob es möglich ist, dass der gesetzliche Vertreter das Kind vertritt, weil ein Interessenkonflikt zwischen dem Kind und dem gesetzlichen Vertreter besteht. Wenn wir uns aber das Thema besonders im Rahmen der Scheidungs- und Trennungsverfahren ansehen, da die sekundäre Folgen diejenigen der mit der Person eng verbundenen Rechten sind, ist das Kind prozessfähig, das über Urteilsfähigkeit verfügt, und es ist unmöglich, dass es durch einen gesetzlichen Vertreter vertreten wird. Daher kann nur das urteilsfähige Kind anfordern, dass ein Vertreter für sich ernannt wird.

In der Generalversammlung der Zivilkammern des türkischen Revisionsgerichts in einer Entscheidung (Aktenummer: 2017/2486, Entscheidungsnummer: 2018/1148, Datum: 30.05.2018)⁶⁷ steht es: „...*Verfahren im Kontext mit der Änderung des Sorgerechts sind*

⁶² Yücel, 2011, s. 160.

⁶³ Yücel, 2011, s. 50.

⁶⁴ Wapler, s. 547-548; Yücel, 2011, s. 51.

⁶⁵ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Çocuk Dostu Adalete İlişkin Rehber, s. 27, 73.

⁶⁶ Peksöz, Vildan. “Çocuk Koruma Tedbirlerinin Medenî Usûl Hukuku Bakımından İncelenmesi”, *Türk Hukukunda Çocuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 649.

⁶⁷ Çocuk Haklarına Yönelik Güncel Yargı Kararları, Cilt 2, Türkiye Barolar Birliği ve UNICEF, Ankara, 2021, s. 256 ff; Außerdem hat die Generalversammlung der Zivilkammern (Aktenummer: 2017/1587, Entscheidungsnummer: 2018/1147) am 30.05.2018 in seiner Entscheidung bezüglich des konkreten Falles wie im Folgenden bewertet, nachdem es ähnliche Erklärungen gemacht hat: *Das Verfahren, das daraufhinweist, dass das Sorgerecht aufgehoben wird, liegt nicht zwischen geschiedenen Ehepaaren. Sondern hat es beschlossen, dass für*

Verfahren, die die Sicherheit des Kindes unmittelbar betreffen. Unbestritten ist auch, dass in einem so wichtigen Verfahren, auch wenn es allgemein als im Interesse des Vertretenen gilt, dass sich die sorgerechtsberechtigte Mutter oder der sorgerechtsberechtigte Vater nicht immer zum Nutzen des Kindes verhalten kann, sondern aus irgendeinem Grund eine Situation zu seinem Nachteil hervorrufen kann, indem er/sie gegen das Kind vorgeht ... indem es dann akzeptiert, dass es ein Interessenkonflikt zwischen dem Kind und seinem gesetzlichen Vertreter besteht, und gemäß dem Artikel 426 im zweiten Absatz von tZGB sollte dem Minderjährigen Beistand als Vertreter ernannt werden muss...". Diese Entscheidung hat die Notwendigkeit hervorgehoben, für das Kind einen Beistand als Vertreter zu ernennen. Während türkisches Revisionsgericht zudem in seiner selben Entscheidung die Regelungen aufzählt, in denen sehr klar erwähnt wird, dass dem Kind ein Beistand als Vertreter ernannt wird, hat es auch für den Artikel 9 von EÜAK und die anderen betroffenen Artikel einbezogen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es nicht ausreicht, dass das Kind allein das Recht hat, an den Verfahren zum Sorgerecht, zur Begründung der persönlichen Beziehung und zum Kindesunterhalt im Hinblick auf die es unmittelbar betreffenden sekundären Folgen teilzunehmen und in diesem Zusammenhang nach dem Gesetz gehört zu werden. Auch sollte angenommen werden, dass das Kind durch einen Beistand als Vertreter vertreten werden muss, um sein bestes Interesse zu gewährleisten. Wenn die Bestimmungen sowohl von tZGB als auch der betroffenen internationalen Übereinstimmungen, deren Partei wir sind, zusammen bewertet werden, kann gesagt werden, dass auch mit unseren vorhandenen Regelungen, ein unabhängiger Beistand als Vertreter für das Kind im Rahmen seines besten Interesses ernannt werden kann wenn das Interesse des Kindes dies erfordert. Vom Richter sollte ein Beistand als Vertreter von Amts wegen ernannt werden, wenn das Kind bezüglich der sekundären Folgen wie das Sorgerecht, den Aufbau der persönlichen Beziehung und den Kindesunterhalt der Scheidungs- und Trennungsverfahren nicht über die Urteilsfähigkeit verfügt. Wenn das Kind, das Urteilsfähigkeit hat, aber anfordert, sollte akzeptiert werden, dass ein Beistand als Vertreter vom Richter ernannt werden sollte. Es ist jedoch klar, dass es bedarf, zu diesem Thema in der innerstaatlichen Gesetzgebung eine klare Regelung gemacht zu werden.

IV. EIGENSCHAFTEN DES BEISTANDS ALS VERTRETER, DER FÜR DAS KIND ERNANT WIRD, UND SEINE PFLICHT IM VERFAHREN

In Fällen, in denen ein Beistand als Vertreter für das Kind ernannt werden muss, wäre es von Vorteil, dass sich die ernannte Person in der Psychologie des Kindes tief auskennt und in rechtlichen Angelegenheiten (besonders in den Bereichen von Scheidung, Verfahren und Kinderrecht⁶⁸) ein Experte⁶⁹ ist, wenn berücksichtigt wird, dass er im Zusammenhang mit dem Beteiligungsrecht des Kindes seine Meinungen an das Gericht vermitteln wird. Der Ausschuss für die Rechte des Kindes hat auch

das Kind kein Beistand als Vertreter ernannt wird, weil *der Kläger der Großvater ist und der Angeklagte der Vater ist, es im vorliegenden Verfahren kein Interessenkonflikt zwischen dem Kind und seinem Vater gibt, es eine Situation gibt, die erfordert, einen Beistand als Vertreter zu ernennen, dem Kind der Schutz der Mutter oder des Vaters gegen die böswilligen Klägern ausgesetzt wird, dass sich so eine Anwendung entwickelt*, Çocuk Haklarına Yönelik Güncel Yargı Kararları, s. 266 ff.

⁶⁸ Diggelmann/Isler, s. 144; Steck, s. 1565.

⁶⁹ Mutter-Freuler, s. 69; Zach, s. 88; Siehe für die ausführliche Information über die Eigenschaften, über der Vertreter, der für das Kind ernannt werden sollte, verfügen sollte: Güssow, Rebecca. *Die Beteiligung und Vertretung des Kindes in Kindschaftssachen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022, s. 92 ff.

geäußert, dass die Person, die das Kind vertritt, über genügende Kenntnisse und Verständnis über den Entscheidungsprozess sowie Erfahrungen in der Zusammenarbeit mit Kindern verfügen muss⁷⁰. Da die Aufgabe des Beistands besonders in Bezug auf das Recht des Kindes auf Beteiligung die Herstellung eines Dialogs mit dem Kind und die Informierung des Gerichts über Meinungen des Kindes⁷¹, ist es zum großen Interessen des Kindes, eine Person zu ernennen, die ein Experte zum Thema ist, damit das Kind vom Prozess möglichst wenig beeinflusst wird.

Es ist wichtig, dass der dem Kind ernannte Vertreter eine unabhängige Person ist, um einen Ausgleich zwischen dem tatsächlichen Willen des Kindes und seinem angenommenen Willen herzustellen⁷². Damit der Beistand als Vertreter seine Aufgabe erledigen kann, muss er gegenüber beiden Elternteilen unparteiisch und allseitig von ihnen komplett unabhängig bleiben⁷³. Im Fall, wenn die Personen wie Großmutter oder Großvater als Vertreter ernannt werden, da keine Unabhängigkeit infrage kommen kann, wird das beste Interesse des Kindes verletzt. Wenn es berücksichtigt wird, dass die Beistandschaft in der Lehre eine vorläufige Eigenschaft hat und die Hauptgründe bei seiner Ernennung bestehen, ist es nicht passend zum Zweck, dass ein naher Verwandter des Kindes zum Beistand als Vertreter ernannt wird, wenn es zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem Kind ein Interessenkonflikt besteht⁷⁴.

Dass Beistand als Vertreter, der für das Kind ernannt werden muss, unabhängig ist, ist die wichtigste Voraussetzung davon, dass er seine eigene Aufgabe erledigt⁷⁵. Es könnte einfallen, dass hier die Ernennung eines Sozialarbeiters angemessen wäre. Daher wird ein Sozialuntersuchungsbericht in der Praxis in solchen Verfahren von Sozialarbeitern als Sachverständigen bekommen⁷⁶. Dann kann es vorgeschlagen werden, dass die Ernennung eines Sozialarbeiters als unabhängiger Beistand als Vertreter sowohl bezüglich der Anschaffung des Beteiligungsrechts im Kontext von der Meinungsäußerung des Kindes, als auch für die Verfolgung und Gewährleistung der Rechte des Kindes nützlich sein kann, weil sie zum Thema Experten sind. Hingegen wurde in der Lehre ausgedrückt, dass dem Bedürfnis besser entgegen kann, dass ein Team aus einem Sozialarbeiter und einem Anwalt zu zweit das Kind vertritt, aber es aufwändiger ist⁷⁷. Der Sozialarbeiter, der hier erwähnt wird, sind nicht die Personen, die als Psychologin oder Sozialarbeiter, die im Familiengericht im Auftrag sind, ernannt werden. Denn diese Personen sind nicht Sachverständigen, die vom Gericht ernannt werden, sondern sind sie offizielle Beamte, die ständig in Familiengerichten tätig sind. Die Pflicht dieser Beamten ist es nicht, die Interessen des Kindes zu schützen, lediglich bei Bedarf Vorschläge zu machen, wenn das konkrete Geschehen aufgeklärt wird⁷⁸.

Die wichtigste Aufgabe des Beistandes als Vertreter, der für das Kind ernannt wird, das keine Urteilsfähigkeit hat, ist, sich in Richtung von Interessen des Kindes zu benehmen, die Ansichten des Kindes zu erfahren und sie dem Gericht mitzuteilen⁷⁹. Es muss hier besonders unterstrichen werden, dass der Beistand als Vertreter im Rahmen des Beteiligungsrechts des Kindes dem Gericht nicht seine eigene Meinung, sondern die Meinung des Kindes mitteilen. Es liegt in der Verantwortung des Beistands

⁷⁰ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 12, Çocukun Katılım Hakkı, Elli Birinci Oturum, Cenevre, 25 Mayıs-12 Haziran 2009, Nr. 36.

⁷¹ Wapler, s. 546; Yücel, 2013, s. 132; Ekiz, s. 220.

⁷² Mutter-Freuler, s. 69; Yücel, 2013, s. 135.

⁷³ Steck, s. 1561.

⁷⁴ Yücel, 2011, s. 179.

⁷⁵ Diggelmann/Isler, s. 144; Mutter-Freuler, s. 92; Zach, s. 89; Steck, s. 1561.

⁷⁶ Taşatan, s. 393.

⁷⁷ Diggelmann/Isler, s. 144; Steck, s. 1565; Hegnauer, s. 892.

⁷⁸ Yücel, 2011, s. 159.

⁷⁹ Mutter-Freuler, s. 115; Zach, s. 87, 91; Steck, s. 1561; Yücel, 2011, s. 130-131, 135.

als Vertreter, anzuschaffen, dass die Wünsche des Kindes vor Gericht vertreten werden⁸⁰. In diesem Fall wird das Recht auf Anhörung im Rahmen des Beteiligungsrechts des Kindes gewährleistet.

Da es die Aufgabe des Beistands als Vertreter ist, sich in Richtung von den Interessen des Kindes zu benehmen, kommt die Frage auf, wie sich der Beistand als Vertreter benehmen wird, wenn der Wille des Kindes und das beste Interesse des Kindes in Konflikt stehen⁸¹. Wenn das Kind nicht über die Urteilsfähigkeit verfügt, muss der Vertreter die Interessen des Kindes bestens vertreten⁸². Einer Meinung zufolge in der Lehre ist die Aufgabe des Beistands als Vertreter, die Interessen des Kindes festzustellen und auch dass die Interessen des Kindes in diesem Rahmen nicht nur hinsichtlich seiner Wünschen, die es ausgedrückt hat, sondern auch des besten Interesses des Kindes berücksichtigt⁸³. Auch wenn unserer Meinung nach die Aufgabe des Beistands als Vertreter ist, die Interessen des Kindes zu berücksichtigen und in diese Richtung vorzugehen, hauptsächlich ist es seine Aufgabe, die Erforderlichkeit des gesetzlichen Anhörungsrechts des Kindes im Zusammenhang mit seinem Beteiligungsrecht zu erledigen⁸⁴. An diesem Punkt ist es wichtig, dass die Wille des Kindes dem Gericht bekannt ist. Deshalb sollen die Ansichten und Wünsche des Kindes dem Gericht so wörtlich wie möglich mitgeteilt werden⁸⁵. Ansonsten wird das Recht des Kindes auf Selbstbestimmung und Beteiligung verletzt. Die Pflicht des Richters ist es, das beste Interesse des Kindes festzustellen und in diesem Rahmen in Richtung von seiner Wille oder gegen seine Wille eine Entscheidung zu treffen. Wenn der Richter an diesem Punkt gegen die Wille des Kindes Entscheidung trifft, muss er dies unbedingt in seiner Entscheidung begründen.

Wenn das Kind über Urteilsfähigkeit verfügt, kann es im Rahmen seiner mit der Person eng verbundenen Rechte sein Beteiligungsrecht persönlich ausüben. Wenn es aber die Ernennung eines Vertreters möchte, soll ihm erneut ein Vertreter ernannt werden. In der Lehre wird geäußert, dass Beistand als Vertreter des Kindes, das über Urteilsfähigkeit verfügt, in der Verhandlung wie ein Anwalt zu den Wünschen des Kindes passend handeln sollte⁸⁶. Es muss jedoch zum Ausdruck gebracht werden, dass die Beziehung zwischen dem Kind und dem Beistand als Vertreter nicht mit einer normalen Anwalt-Mandant-Beziehung identisch ist⁸⁷. Selbst wenn das Kind die Urteilsfähigkeit hat, ist der Beistand als Vertreter hier verpflichtet, dem besten Interesse des Kindes zu dienen. Schon egal, ob das Kind über die Urteilsfähigkeit verfügt, ist der Beistand als Vertreter eigentlich beauftragt, die Ansichten des Kindes dem Gericht mitzuteilen.

In der Lehre wird akzeptiert, dass es möglich ist, dass die Geschwister von einem gemeinsamen Beistand vertreten werden, wenn kein klarer Konflikt zwischen ihren Interessen vorhanden ist⁸⁸.

⁸⁰ Mutter-Freuler, s. 92; Zach, s. 91.

⁸¹ Siehe für die ausführliche Information zum Thema: Mutter-Freuler, s. 112-113, 114 ff.

⁸² Mutter-Freuler, s. 115.

⁸³ Balloff, s. 149; Güssow, s. 106, 107.

⁸⁴ Siehe für die Meinung in die gleiche Richtung: Steck, s. 1563; In der Regeste eines Beschlusses des Zürcher Obergerichts vom 10. Juli 2000 wird festgehalten, dass die primäre Aufgabe des Kindsvertreters die "...ungefilterte Kenntnisnahme der Meinung des Kindes..." sei und es deshalb weder zweckmäßig noch sinnvoll erscheine, einem Kleinkind, das noch nicht kommunikationsfähig ist, einen Vertreter zu bestellen, Mutter-Freuler, s. 121 berichtend; In der Lehre wurde diese Entscheidung des Gerichts jedoch kritisiert und es ausgedrückt, dass ein Vertreter in den Scheidungs- und Trennungsverfahren für das Kind ernannt werden sollte, ohne das Alter des Kindes zu berücksichtigen, wenn die wichtige Gründe vorliegen, Mutter-Freuler, s. 121.

⁸⁵ Güssow, s. 107.

⁸⁶ Mutter-Freuler, s. 115.

⁸⁷ Mutter-Freuler, s. 133; Zogg, s. 438.

⁸⁸ Diggelmann/Isler, s. 144; Mutter-Freuler, s. 74; Zach, s. 89; Steck, s. 1566; Bähler, Daniel. "Die Vertretung des Kindes im Scheidungsprozess Die Beistandschaft gemäss Art. 146 ZGB", *Zeitschrift für Vormundschaftswesen*, 2001, s. 195.

Die Aufgabe des Beistands als Vertreter ist nur auf das Verfahren beschränkt, für das er beauftragt wurde, und es ist ihm nicht möglich, in anderen Verfahren als Vertreter des Kindes zu handeln⁸⁹. Beistand als Vertreter hat aufgrund der Natur der Arbeit das Recht und die Pflicht, an den Verhandlungen teilzunehmen⁹⁰. Um die Position des Kindes in Scheidungs- und Trennungsverfahren zu stärken, muss akzeptiert werden, dass der Beistand als Vertreter den Zustand hat, die Akte zu untersuchen⁹¹. Da jedoch das Kind in Scheidungs- und Trennungsverfahren keine Partei, kein Betreffender oder kein Nebenintervenient ist, ist es für den Beistand nicht möglich, gegen die in diesem Verfahren getroffene Entscheidung in Bezug auf das Kind Rechtsmittel einzulegen⁹².

Dass der Beistand als Vertreter sich mit dem Kind in Kontakt setzt, es über den Ablauf des Verfahrens und den Zweck der individuellen Schritte informiert, ist die Erforderlichkeit der Natur der Arbeit, um für eine kinderfreundliche Vertretung zu sorgen. Wenn das Kind jedoch diesen Kontakt harnäckigerweise nicht wollte, sollten die Wünsche des Kindes Vorrang haben⁹³. Zu den Aufgaben des Beistands als Vertreter zählt es hingegen nicht, zwischen den Parteien des Verfahrens sozusagen als Vermittler zu fungieren und den Konflikt zwischen den Eltern zu lösen⁹⁴.

Als Vorschlag könnte die Einführung des Instituts „Kinderanwaltschaft“⁹⁵ in unser Rechtssystem durch die notwendigen gesetzlichen Regelungen in Betracht gezogen werden. Nach den gesetzlich festgelegten Kriterien können Kinderanwaltsbüros eingerichtet oder eine Liste der bei der Anwaltskammer registrierten Kinderanwälte dem Gericht vorgelegt werden, und das Gericht kann einen der Kinderanwälte auf dieser Liste als Vertreter ernennen. Um ein Kinderanwalt zu werden, kann die Zwangsläufigkeit in die Tat umgesetzt werden, verschiedene Schulungen in Psychologie und Kommunikationstechniken mit Kindern zu bekommen. Dank eines Kinderanwalts, der ein Jurist ist, kann für eine unabhängige Vertretung des Kindes effizienter ausgeführt werden. Es sollte jedoch nicht vergessen werden, dass es die Hauptaufgabe des Kinderanwalts letztendlich genauso wie beim Beistand als Vertreter ist, dem Gericht die Wünsche und Ansichten des Kindes mitzuteilen.

ERGEBNIS

Das Kind hat das Recht, bei allen Entscheidungen mitzumachen, die es betreffen, und in diesem Rahmen angehört zu werden. Auch wenn das Kind nicht die Partei der Scheidungs- und Trennungsverfahren ist, beeinflussen die Entscheidungen über das Sorgerecht, den Aufbau der persönlichen Beziehung und den Kindesunterhalt, die sekundäre Folgen dieser Verfahren hinsichtlich des Kindes sind, unmittelbar das Kind. Dann hat das Kind das Recht auf Beteiligung und das Recht, bezüglich dieser sekundären Folgen, die es betreffen, gehört zu werden. Da das Kind jedoch in der Regel nicht prozessfähig ist, hat die Antwort auf die Frage eine Bedeutung, wie das Kind in Scheidungs- und Trennungsverfahren vertreten werden sollte, um sein Beteiligungsrecht auszuüben. In diesem Kontext wurden die folgenden Schlussfolgerungen in dieser Studie, die wir in Bezug auf das Kind in Scheidungs-

⁸⁹ Atıcı, s. 242-243.

⁹⁰ Steck, s. 1562-1563; Mutter-Freuler, s. 77; Zach, s. 91; Bähler, s. 195; Zogg, s. 438.

⁹¹ Steck, s. 1562; Mutter-Freuler, s. 77; Zogg, s. 438; Güssow, s. 117.

⁹² Siehe für ausführliche Information: Bahadır, s. 233.

⁹³ Mutter-Freuler, s. 77; Balloff, s. 150; Steck, s. 1563.

⁹⁴ Mutter-Freuler, s. 78; Steck ist jedoch der Meinung, *“Nicht ausgeschlossen ist, dass der Beistand des Kindes auch als Vermittler im Streit der Eltern eine bedeutsame Rolle spielen kann, doch darf dadurch niemals seine primäre und eigentliche Aufgabe -die Kindesvertretung- beeinträchtigt werden oder in den Hintergrund treten”*, Steck, s. 1563.

⁹⁵ *“Bundesgericht in einem ... Entscheid konkretisiert, dass die Beschränkung der berufsmäßigen Vertretung auf Anwälte der Qualitätssicherung der Vertretung (insbesondere hinsichtlich Ausbildung, persönlicher Eigenschaften und einzuhaltender Berufsregeln) diene”*, Diggelmann/Isler, s. 144.

und Trennungsverfahren erstellt haben, gezogen:

1. Da die in Scheidungs- und Trennungsverfahren getroffenen Entscheidungen über das Sorgerecht, die den Aufbau der persönlichen Beziehung und den Kindesunterhalt, die das Kind unmittelbar betreffen, im türkischen Zivilgesetzbuch als sekundäre Folgen von Scheidungs- und Trennungsverfahren geregelt sind, sind sie keine freiwillige Gerichtbarkeit mehr. In diesem Kontext ist es schwer zu sagen, dass das Kind ein Betreffender bezüglich der sekundären Folgen der Scheidungs- und Trennungsverfahren ist.

2. Da das Kind, das nicht über die Urteilsfähigkeit verfügt, keine Handlungs- und Prozessfähigkeit hat, sollte sein Beteiligungsrecht in der Regel durch seinen gesetzlichen Vertreter ausüben. Das Kind, das über die Urteilsfähigkeit verfügt, hat hinsichtlich der Ausübung seiner mit der Person eng verbundenen Rechte die Prozessfähigkeit. Da das Sorgerecht, der Aufbau der persönlichen Beziehung und der Unterhalt zu den Rechten gehören, die mit der Person eng verbunden sind, kann das Kind sein Beteiligungsrecht in den Scheidungs- und Trennungsverfahren persönlich ausüben.

3. Da die Parteien der Scheidungs- und Trennungsverfahren die Eltern des Kindes sind, gibt es bezüglich dieser Verhandlung ein Interessenkonflikt zwischen dem Kind, das keine Urteilsfähigkeit hat, und seinen gesetzlichen Vertretern. Deswegen ist es nicht möglich, dass das Kind von ihnen vertreten wird. Damit das Anhörungsrecht des Kindes im Kontext von seinem Beteiligungsrecht nicht verletzt wird, sollte das Kind durch einen unabhängigen Vertreter vertreten werden. In diesem Kontext liegen die gesetzlichen Regelungen im tZGB vor, die für das Kind die Ernennung eines Beistands als Vertreter ermöglichen.

4. Internationale Übereinkommen, deren Partei wir sind, erfordern auch die unabhängige Vertretung des Kindes in den Scheidungs- und Trennungsverfahren. In diesem Kontext sind die Artikel 12 von UN-KRK und Artikel 4 und 9 von EÜAK die Regelungen, die die unabhängige Vertretung vom Kind ermöglichen. Da ein Interessenkonflikt zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem Kind im Rahmen dieser Übereinkommen besteht, wenn diese Personen keine Möglichkeit haben, um das Kind zu vertreten, muss ein unabhängiger Vertreter für das Kind vom Gericht von Amts wegen oder auf Wunsch vom Kind durch andere Personen oder Institutionen ernannt werden.

5. Es wäre angemessen, über die unabhängige Vertretung vom Kind in den Verhandlungen, die es betreffen, in tZPO oder im Familiengerichtsgesetz eine klare gesetzliche Regelung zu treffen, wenn das Kind mit seinen gesetzlichen Vertretern in Konflikt steht. Auf diese Weise passen die internationalen Übereinkommen, deren Partei wir sind, und unser innerstaatliches Recht zusammen.

6. Als Vorschlag könnte die Einführung eines Kinderanwalts in Betracht gezogen werden, indem die notwendigen rechtlichen Vorkehrungen getroffen werden, um eine von der Vormundschaftsbehörde zur Vertretung des Kindes ernannten Beistand als Vertreter zu ersetzen. Somit kann gewährleistet werden, dass sich auch die Stellung des Kindes in der Verhandlung verstärkt und in diesem Kontext ein kinderfreundliches Rechtssystem geschaffen wird.

Interessenkonflikt

Es besteht kein Interessenkonflikt.

Beiträge der Autoren

Die Autoren haben keine Angaben zum Beitragssatz gemacht

LITERATURVERZEICHNIS

Akkaya, Tolga. *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Atıcı, Cansu. *Medenî Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Çocuk Dostu Adaletle İlişkin Rehber, Avrupa Konseyi Yayını, 2013.

Bahadır, Zeynep. “BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Çerçevesinde Medenî Usûl Hukuku Bakımından Çocuğun Katılım Hakkı”, *Adalet Dergisi*, 2023/1, Sayı 70, s. 213-254.

Bähler, Daniel. “Die Vertretung des Kindes im Scheidungsprozess Die Beistandschaft gemäss Art. 146 ZGB”, *Zeitschrift für Vormundschaftswesen*, 2001, s. 187-197.

Balloff, Rainer. *Kinder vor dem Familiengericht*, 3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2018.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 12, Çocuğun Katılım Hakkı, Elli Birinci Oturum, Cenevre, 25 Mayıs-12 Haziran 2009.

Çocuk Haklarına Yönelik Güncel Yargı Kararları, Cilt 2, Türkiye Barolar Birliği ve UNICEF, Ankara, 2021.

Diggelmann, Peter/Isler, Martina. “Vertretung und prozessuale Stellung des Kindes im Zivilprozess”, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 111/2015, s. 141-149.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.

Ekiz, Serkan. “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Katılım Hakkı”, *İzmir Barosu Dergisi*, Mayıs 2021, s. 193-231.

Elçin Grassinger, Gülçin. *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.

Elgün Toğrul, Emel Şeyda. *Medenî Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Medenî Hukukunda Kayımlık*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

Güssow, Rebecca. *Die Beteiligung und Vertretung des Kindes in Kindschaftssachen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022.

Hegnauer, Cyril. “Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsprozess”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 1994, s. 888-893.

- Josi, Christian. “Rechtsmittel des urteilsfähigen Kindes gegen Entscheide in eherechtlichen Verfahren auch ohne Vertretung?”, *Die Praxis des Familienrechts*, 2012, s. 519-537.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt: I, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- Mutter-Freuler, Yolanda. *Die Vertretung des Kindes im Zivilverfahren*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2005.
- Öcal Apaydın, Bahar/Hışım, Selin. “Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı”, *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması*, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 285-325.
- Özdemir, Hayrunnisa/Ruhi, Ahmet Cemal. *Çocuk Hukuku (Ders Kitabı)*, 3. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- Peksöz, Vildan. “Çocuk Koruma Tedbirlerinin Medenî Usûl Hukuku Bakımından İncelenmesi”, *Türk Hukukunda Çocuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 633-660.
- Serozan, Rona. *Çocuk Hukuku*, 2. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Steck, Daniel. “Die Vertretung des Kindes im Prozess der Eltern”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 1999, s. 1558-1567.
- Sternal, Werner/Schäder, Birgit. *FamFG Kommentar*, 21. Auflage 2023.
- Taşatan, Caner. “Velâyetin Değiştirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 28, Sayı 1, Haziran 2022, s. 387-406.
- Wapler, Friederike. *Kinderrechte und Kindeswohl*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015.
- Yılmaz, Ejder. “Çocuk Hakları Açısından: Çocuğun Davada Temsilinin ve İradesinin Önemi”, *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Özel Sayı 2009, s. 819-841.
- Yücel, Özge. “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi”, *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, Aralık 2013, s. 117-137 (2013).
- Yücel, Özge. *Çocuğun Kayyum Tarafından Temsili*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011 (2011).
- Zach, Stefanie. *Das Kind und seine Vertreter*, Graz, 2015.
- Zogg, Samuel. “Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess”, *Die Praxis des Familienrechts*, 2017, s. 404-451.

Die Beurteilung der Nichtzahlung der Schuld trotz Vollstreckungsbefehls als direkter Konkursgrund (Art. 177 Abs. I Nr. 4 tSchKG)

Sümeyye Hilal ÜÇÜNCÜ^{1*} 

¹ Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Aufsatzinformationen

ZUSAMMENFASSUNG

Aufsatzgeschichte

Abgabedatum: 29.03.2024

Annehmungsdatum:

15.05.2024

Erscheinungsdatum:

14.07.2024

Schlüsselwörter:

Konkursgrund, direkter Konkurs, Vollstreckung mit Gerichtsurteil, Vollstreckungsbefehl, Nichtbezahlung der Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls

Nach Artikel Art. 177 Abs. I Nr. 4 des Vollstreckungs- und Konkursgesetzes wird die Nichtzahlung der Forderung, die Gegenstand des Urteils ist, trotz des Vollstreckungsbefehls als direkter Konkursgrund anerkannt. Ziel dieser Studie ist es, den Zweck und die Notwendigkeit dieses für das türkische Recht spezifischen und im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs nicht enthaltenen Konkursgrundes im Rahmen des Sozialstaatskonzepts und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu erörtern. Darüber hinaus wird festgestellt, dass es in der Lehre viele Diskussionen über die Voraussetzungen und das Verfahren dieses Konkursgrundes gibt und dass sich diese in der Praxis als Problem niederschlagen. Aus diesem Grund ist es das Ziel dieser Studie, jede Voraussetzung und das Verfahren von Artikel 177, f. I - b. 4 des Vollstreckungs- und Konkursgesetzes im Detail zu untersuchen und Lösungen vorzuschlagen, indem sowohl *de lege lata* als auch *de lege feranda* Bewertungen vorgenommen werden.

Bir Doğrudan Doğruya İflas Sebebi Olarak İcra Emrine Rağmen Borcun Ödenmemesine Dair Değerlendirme (İcra ve İflas Kanunu m. 177, I-4)

Makale Bilgisi

ÖZET

Makale Geçmişi

Geliş Tarihi: 29.03.2024

Kabul Tarihi: 15.05.2024

Yayın Tarihi: 14.07.2024

Anahtar Kelimeler:

İflas sebebi, Doğrudan doğruya iflas, İlamlı icra, İcra emri, İcra emrine rağmen borcun ödenmemesi

İcra ve İflas Kanunu m. 177, f. I - b. 4 hükmünde, ilama bağlı alacağın icra emrine rağmen ödenmemesi bir doğrudan doğruya iflas sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu çalışmanın amacı, öncelikle mehz İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda yer almayan Türk hukukuna özgü bu iflas sebebinin amacı ve gerekliliğinin sosyal devlet telakkisi ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde tartışılmasıdır. Ayrıca doktrinde bu iflas sebebinin şartları ve usulüne ilişkin birçok tartışmanın bulunduğu ve bunların bir sorun olarak uygulamaya yansdığı görülmektedir. Bu sebeple çalışmada İcra ve İflas Kanunu m. 177, f. I - b. 4 hükmünün her bir şartı ve usulü ayrıntılı olarak incelenerek, *de lege lata* ve *de lege feranda* değerlendirmeler yapılması suretiyle çözüm önerileri sunulması amaçlanmaktadır.

To cite this article:

Üçüncü, S. H. (2024). "Die Beurteilung der Nichtzahlung der Schuld trotz Vollstreckungsbefehls als direkter Konkursgrund (Art. 177 Abs. I Nr. 4 tSchKG)", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cumhuriyet'in 100'üncü Yılı Armağanı*, s. 435-462. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.125>

*Sorumlu Yazar: Sümeyye Hilal Üçüncü, hilal.ucuncu@hbv.edu.tr



EINLEITUNG

Der Staat hat die Aufgabe, die Regeln für das gesellschaftliche Leben festzulegen und damit den sozialen und rechtlichen Frieden zu schützen. Es ist von wesentlicher Bedeutung, dass die Rechte und Befugnisse, die dem Einzelnen durch die Rechtsnormen eingeräumt und respektiert werden. Im Falle eines Verstoßes gegen diese Regeln muss der Staat, der die gerichtliche Verantwortung übernimmt, das beschädigte Umfeld des Friedens und des Vertrauens wiederherstellen, indem er dafür sorgt, dass die Anspruchsberechtigten ihre Rechte wiedererlangen. In modernen Gesellschaften ist die primitive Methode der Selbsthilfe in der Tat verboten. Aus diesem Grund hat jeder, der behauptet, dass ein Recht verletzt oder verweigert wurde, das Recht, vom Staat den Schutz und die Gewährleistung dieses Rechts zu verlangen. In diesem Fall wird ein Antrag bei den zuständigen Justizbehörden des Staates gestellt. Dieser Antrag wird in zwei Stufen erfüllt. Die erste ist die gerichtliche Phase, in der das Bestehen des Rechts, seine Verletzung und seine Verweigerung festgestellt werden und eine Abhilfe angeordnet wird. Wird das Urteil trotz gerichtlicher Anordnung im Rahmen des Verfahrens nicht vollstreckt, muss auf die Vollstreckungsorgane des Staates zurückgegriffen werden. Unter Vollstreckung versteht man nämlich die Tätigkeit, die der tatsächlichen Verwirklichung der Ansprüche aus dem materiellen Recht mit Hilfe der Staatsgewalt dient. Insofern gehören auch die Vollstreckungs- und Konkursorgane zu den Justizbehörden im weiteren Sinne.

Im türkischen Recht gibt es zwei Arten der Zwangsvollstreckung. Dies sind die Einzelvollstreckung (Betreibungsverfahren) und die Gesamtvollstreckung (Konkursverfahren). Bei der Einzelvollstreckung stehen dem Schuldner ein oder mehrere Gläubiger gegenüber. Diese Gläubiger werden mit einem Teil des Vermögens des Schuldners befriedigt. Die Gesamtvollstreckung ist der Konkurs. Auch wenn der Konkursantrag von einem einzigen Gläubiger gestellt wird, wird der Schuldner mit der Eröffnung des Konkurses zum Konkurschuldner und sieht sich all seinen Gläubigern gegenüber. In diesem Fall bildet das gesamte Vermögen des Konkurschuldners eine Konkursmasse und wird liquidiert. Bei einem Konkursverfahren handelt es sich um eine Gesamtheit von Gläubigern und Vermögenswerten, die der Verwertung unterliegen.

Die Vollstreckung wird in zwei Bereiche unterteilt: Vollstreckung ohne Gerichtsurteil und Vollstreckung mit Gerichtsurteil. Obwohl die Vollstreckung ohne Gerichtsurteil in der türkischen Rechtspraxis häufiger vorkommt, ist die Vollstreckung mit Gerichtsurteil die wichtigste Form des Vollstreckungsrechts. Bei der Vollstreckung mit Gerichtsurteil verfügt der Gläubiger über ein Urteil oder ein Urteilssurrogat, aus dem hervorgeht, dass er ein Gläubiger ist. In diesem Fall ist die Gläubigerstellung des Gläubigers vom Gericht mit einem Urteil festgestellt worden, das für die gesamte Zukunft die Eigenschaft der absoluten Wahrheit hat, und aus diesem Grund gilt die Forderung als sicher. Im Hinblick auf die Wirkung des Urteils regelt Art. 177 Abs. I Nr. 4 des Gesetzes über Vollstreckung und Konkurs (tSchKG) die Nichtbezahlung der dem Gerichtsurteil unterliegenden Forderung trotz des Vollstreckungsbefehls als Konkursöffnungsgrund ohne vorherige Betreibung (direkte Konkursöffnung). Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) enthält keine solche Regelung. Diese Situation macht diesen nach türkischem Recht akzeptierten Konkursgrund noch bemerkenswerter. Es scheint jedoch, dass das Thema nicht im Rahmen einer individuellen Untersuchung der Lehre behandelt wird. Es gibt jedoch viele Diskussionen und Probleme bezüglich der Bedingungen und des Verfahrens der direkten Konkursöffnung gemäß Art. 177 I 4 tSchKG. In dieser Studie werden zunächst allgemeine Informationen zu den Konkursgründen im türkischen Recht gegeben. Es werden die allgemeinen Merkmale der Nichtzahlung der Schuld trotz Vollstreckungsbefehls als direkte Konkursöffnungsgrund herausgestellt. Anschließend werden die Voraussetzungen und das Verfahren der Geltendmachung der direkten Konkursöffnung wegen

Nichtzahlung der Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls untersucht. Dabei wird die Situation in der Praxis sowie die Meinungen und Diskussionen in der Lehre im Hinblick auf die geltenden *-de lege lata-* und zukünftigen Gesetze *-de lege feranda-* eingehend betrachtet.

I. ALLGEMEINE INFORMATIONEN ZU KONKURSGRÜNDEN IM TÜRKISCHEN RECHT

Der Konkurs entsteht durch das Vorliegen bestimmter, gesetzlich festgelegter Gründe und Bedingungen. Im Wesentlichen sind dafür das Bestehen eines Schuldverhältnisses, die Eigenschaft des Schuldners als Konkursschuldner, die Verwirklichung eines der Konkursgründe und das Vorliegen einer Geld- oder Sicherungsschuld erforderlich. Der Konkursgrund ist im tSchKG nicht definiert. Obwohl es in der Lehre verschiedene Definitionen gibt¹, kann der Konkursgrund als der Grund erklärt werden, der in verschiedenen Gesetzen, insbesondere im tSchKG und im türkischen Handelsgesetzbuch (tHGB), geregelt ist und der im Allgemeinen auf dem aktiven oder passiven Verhalten des Schuldners beruht und bei dessen Vorliegen das Handelsgericht eine Konkursentscheidung treffen sollte.

Die Konkursgründe können nach verschiedenen Kriterien unterschieden werden. Es handelt sich um Konkursgründe nach dem angewandten Konkursverfahren, danach, ob sie allgemein oder besonders sind, danach, ob sie materiell oder formell sind, danach, in welchen Gesetzen sie geregelt sind, nach der Zahlungsfähigkeit des Antragstellers, danach, ob die Forderung fällig ist oder nicht, und nach ihren Quellen². In Anbetracht der Grenzen des Gegenstands unserer Studie soll hier der Konkursgrund nach dem angewandten Konkursverfahren hervorgehoben werden, der als Grundlage des Gesetzgebers gilt³.

Es besteht ein enger Zusammenhang zwischen den Konkursgründen und den Konkursverfahren⁴. Im türkischen Recht gibt es zwei Arten von Konkursverfahren: das allgemeine Konkursverfahren (mit einer vorgängigen Betreuung) und das direkte Konkursverfahren (ohne eine vorgängige Betreuung).

Im allgemeinen Konkursverfahren gibt es ein Betreibungsverfahren, das vor der Beantragung einer Konkursklage durchgeführt werden muss. In diesem Fall wendet sich der Gläubiger zunächst an das Vollstreckungsamt und leitet eine Konkursbetreuung ein. Daraufhin schickt das Vollstreckungsamt dem Schuldner eine Konkursandrohung für den Konkurs. Die Folgen des Rechtsvorschlages des Schuldners gegen den Konkurszahlungsbefehl sind unterschiedlich. Um über den Konkurs des Schuldners zu entscheiden, muss spätestens innerhalb eines Jahres nach Zustellung des Zahlungsbefehls ein Konkursverfahren beim Handelsgericht beantragt werden. Letztlich stellt es einen Konkursgrund dar, wenn der Schuldner die verfahrensgegenständliche Betreuung (und die Klage) trotz des vom

¹ Zu den Definitionen der Konkursgründe in der Doktrin, siehe. Berkin, Necmeddin B. İflâs Hukuku, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s. 13; Üstündağ, Saim. İflas Hukuku, 8. Bası, Yaylıcak Matbaacılık, İstanbul, 2009, s. 7 vd; Kuru, Baki. İcra ve İflâs Hukuku, C. III, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1993, s. 2600 vd; Kuru, Baki. İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 1084; Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin. İcra ve İflâs Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 529 vd; Ermenek, İbrahim. İflâsın Ertelenmesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 3 vd; Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel. İcra ve İflâs Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 562, 563; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet. İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 10. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, s. 407 vd; Muşul, Timuçin. İcra ve İflâs Hukuku Esasları, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 734; Aşık, İbrahim/ Oruç, Yakup/ Tok, Ozan/ Saçar, Ömer Faruk. İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 534 vd; Rüzgaresen, Cumhur. İflâs Sebepleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 13.

²² Zu den Arten von Konkursgründen, siehe. Rüzgaresen, s. 29 ff.

³ Rüzgaresen, s. 29.

⁴ Rüzgaresen, s. 29.

Handelsgericht ausgestellten Depotbeschlusses nicht innerhalb der siebentägigen Frist begleicht⁵. Wie man sieht, gibt es im allgemeinen Konkursverfahren nur einen einzigen Grund für einen Konkurs, und zwar die Nichtbezahlung der Schulden trotz des Depotbeschlusses. In diesem Fall muss das Handelsgericht einen Konkursentscheid für den Schuldner erlassen.

Im direkten Konkursverfahren ist es nicht erforderlich, eine Konkursbetreibung durch Antrag an das Vollstreckungsamt einzuleiten, um über den Konkurs des Schuldners zu entscheiden. In diesem Fall kann der Gläubiger den Konkurs des Schuldners beantragen, indem er sich direkt an das Handelsgericht wendet, sofern bestimmte Gründe vorliegen. Die Gründe für den direkten Konkurs, auch besondere Konkursgründe genannt⁶, sind in verschiedenen Artikeln des tSchKG und in anderen Gesetzen geregelt. Art. 177 tSchKG regelt die Fälle des direkten Konkurses des Schuldners auf Antrag des Gläubigers. Dazu gehören das Fehlen eines bekannten Wohnsitzes des Schuldners, die Flucht, um sich seiner Verpflichtungen zu entledigen, die Vornahme oder der Versuch von betrügerischen Geschäften, die die Rechte der Gläubiger verletzen, oder das Verstecken seiner Güter während des Betreibungsverfahrens, die Zahlungseinstellung des Schuldners, die Nichtgenehmigung des Konkordats und die Nichtzahlung der Schuld, die Gegenstand des Gerichtsurteils ist, trotz des Vollstreckungsbefehls. In Anbetracht der vorgenannten Fälle kann gesagt werden, dass der Hauptgrund für einen nach Art. 177 tSchKG beantragten Konkurs darin besteht, dass der Schuldner seine Schulden nicht bezahlt hat⁷. Art. 178 tSchKG regelt den direkten Konkurs auf Antrag des Schuldners. In diesem Zusammenhang gibt es zwei Gründe für einen Konkurs: Der Schuldner ist Konkursfähig⁸, und das Betreibungsverfahren, das aufgrund des Verfahrens eines Gläubigers gegen einen Schuldner, der dem Konkurs unterliegt, erfolgt, führt dazu, dass der Schuldner die Hälfte seines Vermögens verliert und der Rest nicht ausreicht, um seine anderen fälligen und innerhalb eines Jahres fälligen Schulden zu bezahlen. Gemäß Art. 179 tSchKG wird die Insolvenz von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften als besonderer Konkursgrund anerkannt. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass im Rahmen von Art. 636 des türkischen Zivilgesetzbuches auch die Zahlungsunfähigkeit der Masse einen Konkursgrund darstellt.

II. ALLGEMEINE MERKMALE DES ART. 177 I 4 TSCHKG

Art. 177 tSchKG regelt die Nichtzahlung der Forderung, die Gegenstand des Urteils ist, trotz Aufforderung durch einen Vollstreckungsbefehl als direkten Konkursgrund. Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), das das Ausgangsgesetz bildet, gibt es diesen Konkursgrund nicht. Es wird festgestellt, dass es im deutschen Recht keine solche

⁵ Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 529, 530; Obwohl es in der Lehre heißt (bu yönde bkz. Berkin, s. 49; Rüzgaresen, s. 29), dass der Konkursgrund im allgemeinen Konkursverfahren die „Nichtbezahlung der Schuld trotz des Konkurszahlungsbefehls“ ist, entsteht der Konkursgrund in diesem Fall hauptsächlich in dem Fall, dass der Schuldner die Schuld trotz des Depotbeschlusses nicht bezahlt, was dem Schuldner, der kein rechtliches Hindernis für den Erlass eines Konkursbeschlusses hat, eine letzte Möglichkeit gibt, den Konkurs zu vermeiden.

⁶ Rüzgaresen, s. 31.

⁷ Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası s, 563; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 530.

⁸ Zahlungsunfähigkeit ist kein im SchKG definierter Begriff. Zahlungsunfähigkeit bedeutet, dass der Schuldner nicht nur vorübergehend nicht über die nötigen Mittel verfügt, um seine fälligen Schulden zu bezahlen. Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 568, 569; Pekcanitez, Hakan. Anonim Ortaklıkların İflası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1991, s. 27; Atalay, Oğuz. Anonim Şirketlerin İflası, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1996, s. 36; Ermenek, İbrahim. *“İşsizlik Sigortası Kanununa Göre İşverenin Aczi ve Bunun İcra ve İflas Hukuku Bakımından Doğurduğu Sonuçlar (Ücret Garanti Fonu)”*, Haluk Konuralp Anısına Armağan 2, 2009, s. 170; Sayhan, İsmet. Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 59; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 600, 601; Rüzgaresen, s. 276, 277.

Regelung gibt. Nach einer Stellungnahme in der Lehre deutet die Tatsache, dass der Vollstreckung mit Gerichtsurteil als fruchtlos gilt⁹, darauf hin, dass sich der Schuldner in einem Zustand der Zahlungsunfähigkeit befindet, und aus diesem Grund ist ein solcher besonderer Konkursgrund im türkischen Recht anerkannt worden¹⁰. Mit anderen Worten, diese Situation wird so interpretiert, dass der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat und auf jeden Fall nicht mehr in der Lage ist, seine anderen Schulden rechtzeitig zu bezahlen¹¹. Unserer Meinung nach liegt der Grund für die Anerkennung eines solchen Konkursgrundes im türkischen Recht jedoch nicht darin, dass die Nichtbezahlung der Schulden trotz des Vollstreckungsbefehls darauf hindeutet, dass sich der Schuldner in einem Zustand der Zahlungsunfähigkeit befindet und die Zahlungen dementsprechend eingestellt werden¹². Hier ist der Grund für den Konkurs einzig und allein die Tatsache, dass der Schuldner die Schulden trotz des Vollstreckungsbefehls nicht bezahlt hat. Wie in der Lehre zu Recht festgestellt wird¹³, hat der Gesetzgeber einen solchen Konkursgrund aufgrund der Stärke des Gerichtsurteils und der Bedeutung akzeptiert. Da angenommen wird, dass die Forderungen, die Gegenstand eines Gerichtsurteils sind, rechtskräftig sind, wird die Gefahr der Zwangsvollstreckung gegen die Urteilsschuldner mit der vorgenannten Regelung maximiert¹⁴.

Während die Nichtzahlung der Schulden trotz des Vollstreckungsbefehls *de lege lata* ein direkter Grund für den Konkurs ist, ist die Annahme eines solchen Artikels *de lege ferande* insofern problematisch, als das Konkursinstitut ein Vollstreckungsinstrument ist, das als letztes Mittel angewandt werden sollte. Die Anerkennung eines solchen Konkursgrundes, obwohl der Gläubiger die Möglichkeit hat, seine Forderungen im Wege der Vollstreckung mit Gerichtsurteil durchzusetzen, widerspricht in erster Linie dem Konzept des Sozialstaats. Bei einem Konkursverfahren wird der Schuldner, über den der Konkurs eröffnet wurde, vom Wirtschaftsleben ausgeschlossen und unterliegt bestimmten öffentlich-rechtlichen Sanktionen. Dieser aus dem römischen Recht stammende Charakter des Konkursinstituts hat das Ziel, den Schuldner für die Nichtzahlung seiner Schulden zu bestrafen. In Art. 177 I 4 tSchKG soll die Anerkennung der Nichtzahlung der Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls als direkter Konkursgrund auch den Schuldner bestrafen. Unseres Erachtens verstößt diese Situation auch gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und stört das Gleichgewicht der Interessen zwischen Gläubiger und Schuldner¹⁵. Sowohl bei der Zwangsvollstreckung als auch bei der Gesamtvollstreckung müssen nämlich einerseits das Eigentumsrecht des Gläubigers und andererseits die Grundrechte und -freiheiten des Schuldners geschützt werden.

⁹ Gürdoğan, Burhan. "Kollektif Şirketin ve Ortaklarının İflası", AÜHFD, C. 17, Sy. 1, 1960, s. 395 vd, s. 390; Rüzgaresen, s. 39.

¹⁰ Postacıoğlu, İlhan E. İflas Hukuku İlkeleri, C. I, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1978, s. 41; Berkin, s. 180 ff.

¹¹ Postacıoğlu, 1978, s. 41.

¹² dies. Atalay, s. 32.

¹³ Rüzgaresen, s. 162.

¹⁴ Rüzgaresen, s. 163.

¹⁵ Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Vollstreckungsrecht, siehe. Yıldırım, M. Kamil. "İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.IV, S.1-3, 1989, s.98 vd; Çiftçi, Pınar. *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 125 vd*; Üçüncü, S. Hilal. "İcra ve İflas Kanunu M. 78/ I Hükümünün Alacaklı İle Borçlu Arasındaki Menfaat Dengesine Yansımaları", *Ceren Damar Şenel II. Genç Bilim İnsanları Sempozyumu 4-5 Kasım 2021 Bildiri Kitabı*, Yekin Yayınları, Ankara, 2022, s. 738 vd.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmt die Grenzen des Eingriffs in die Grundrechte, indem er das Verhältnis zwischen Zweck und Mitteln berücksichtigt. In diesem Rahmen muss die eingesetzten Mittel geeignet und erforderlich sein, um das Ziel zu erreichen, und es muss ein angemessenes Verhältnis zwischen den Mitteln und dem Ziel bestehen. In diesem Zusammenhang kann man sagen, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit drei Elemente enthält: die Zweckmäßigkeit, die Erforderlichkeit und das die Angemessenheit¹⁶. Der Eingriff in die Grundrechte des Schuldners gemäß Art. 177 I 4 tSchKG ist jedoch im Hinblick auf alle drei Elemente des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit problematisch. Im Falle eines Konkurses erhalten alle Gläubiger des Schuldners ihre Forderungen durch die Verwertung des gesamten Vermögens des Schuldners, über den der Konkurs eröffnet wurde. Diese Situation schafft ein Problem im Hinblick auf das Element der Zweckmäßigkeit, da sie das Risiko erhöht, dass der Gläubiger nicht in der Lage sein wird, alle seine Forderungen zu erhalten. Der Zweck der Vollstreckung besteht für den Gläubiger in der Tat darin, sein Eigentumsrecht zu schützen, indem er sicherstellt, dass seine Forderungen eingezogen werden. Das Element der Erforderlichkeit erfordert die Wahl des Mittels, das unter den verschiedenen Mitteln, die zur Erreichung des Ziels eingesetzt werden können, den geringsten Eingriff oder den geringsten Schaden für den Einzelnen verursacht. Der Gläubiger, der in der Lage ist, seine Forderungen im Wege der Zwangsvollstreckung zu erlangen, ist gemäß Art. 177 I 4 tSchKG berechtigt, den Konkurs des Schuldners zu beantragen. Die Anwendung der Ersetzungsbefugnis durch den Gläubiger zugunsten des Konkurses bedeutet jedoch die Anwendung des Instruments, das den Schuldner am stärksten beeinträchtigt und den größten Schaden verursacht. In diesem Fall liegt auch ein Verstoß gegen den Grundsatz der Angemessenheit vor, der besagt, dass der Zweck und die Mittel nicht in einem unangemessenen Verhältnis zueinanderstehen dürfen.

Im Rahmen all dieser Erläuterungen sollte Art. 177 I 4 tSchKG als gesetzliche Regelung überdacht werden. Dass das schweizerische und deutsche Recht die Nichtzahlung der Schuld trotz eines Vollstreckungsbefehls nicht als eigenen Konkursgrund anerkennt, liegt nicht daran, dass der Stärke des Gerichtsurteils hier keine Bedeutung beigemessen wird. Es sei darauf hingewiesen, dass die Erhöhung der Zahl der Konkursgründe das Risiko eines Konkurses des Schuldners erhöht. Betrachtet man die Rechtsvergleichung, so stellt man fest, dass die Institution des Konkurses im späteren 20. Jahrhundert mit der sozialstaatlichen Mentalität aufgegeben wurde und der Konkurs nicht mehr die Regel war, sondern die Methoden zur Rettung des Schuldners vor dem Konkurs die Regel wurden. Die Beibehaltung von Art. 177 I 4 tSchKG steht jedoch nicht im Einklang mit *de lege feranda*.

III. VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE ANWENDUNG DES ART. 177 I 4 TSCHKG

Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG ist eine Person nur dann konkursfähig, wenn sie Schuldner einer Vollstreckung mit Gerichtsurteil ist und gleichzeitig dem Konkurs unterliegt¹⁷. Es wird darauf hingewiesen, dass für die Anwendbarkeit dieses Artikels bestimmte Voraussetzungen hinsichtlich des Gerichtsurteils und der Vollstreckung erfüllt sein müssen. Diese

¹⁶ Çiftçi, s. 126; Üçüncü, s. 739.

¹⁷ Art. 238 II des türkischen Handelsgesetzbuches sieht eine wichtige Ausnahme von dieser Regel vor. Nach dieser Sondervorschrift kann der Konkurs der Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft beantragt werden, auch wenn sie keine Händler sind und nicht als solche angesehen werden. ausf. Gürdoğan, s. 400 ff.

Voraussetzungen werden in dieser Überschrift gesondert untersucht.

A. Voraussetzungen für das Gerichtsurteil

Damit der Schuldner gemäß Art. 177 I 4 tSchKG für zahlungsunfähig erklärt werden kann, muss die Forderung zunächst Gegenstand eines Gerichtsurteils sein. In diesem Fall kann der Gegenstand des Gerichtsurteils nur Geld oder Sicherheiten sein. In der Lehre ist umstritten, ob das Gerichtsurteil rechtskräftig sein muss, damit der Gläubiger, der im Besitz eines Gerichtsurteils ist, den Konkurs beantragen kann. Unter dieser Überschrift werden die genannten Bedingungen bewertet.

1. Abhängigkeit der Forderung vom Gerichtsurteil

Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG ist die erste Voraussetzung für die Konkurseröffnung, dass die Forderung Gegenstand eines Gerichtsurteils ist. Wenn die Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls, der dem Schuldner im Rahmen der Vollstreckung mit Gerichtsurteil zugestellt wurde, nicht beglichen wird, kann daher der Konkurs des Schuldners beantragt werden. Die Vollstreckung mit Gerichtsurteil ist ein Verfahren, das der Gläubiger anwenden kann, der über ein Gerichtsurteil oder ein Dokument verfügt, das den Charakter eines Gerichtsurteils hat. Gemäß Art. 301, II der Zivilprozessordnung (tZPO) ist die Abschrift des Sachurteils, die jeder Partei erteilt wird, ein Gerichtsurteil. Nicht alle Arten von Entscheidungen des Gerichts sind Gerichtsurteile. Der Gegenstand des Gerichtsurteils ist das Sachurteil. Ein Sachurteil ist ein Endurteil des Gerichts in der Hauptsache¹⁸. Außerdem sind nicht alle Gerichtsurteile vollstreckbar. Damit ein Urteil der Vollstreckung mit Gerichtsurteil unterliegt, muss es sich um ein Leistungsurteil handeln. Feststellungsurteile und Gestaltungsurteile können aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht Gegenstand einer Vollstreckung mit Gerichtsurteil sein¹⁹. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass jedes Urteil in den Urteilsformeln separat bewertet werden sollte. Unabhängig von der Art des bei Gericht beantragten Rechtsschutzes ist der Urteilsabsatz über die Urteilkosten ein Leistungsurteil und damit Gegenstand der Vollstreckung mit Gerichtsurteil. Das Gerichtsurteil bezieht sich nicht nur auf den Zivilprozess. Auch Entscheidungen, die in anderen Rechtsordnungen ergangen sind, können Gegenstand der Vollstreckung mit Gerichtsurteil sein. Dabei handelt es sich um die Entscheidungen, die als Ergebnis der Verpflichtungsklage vor den Verwaltungsgerichten ergangen sind, den Teil der Entscheidungen der Strafgerichte, der sich auf die Verfahrenskosten bezieht, die Entscheidungen des Rechnungshofs, Schiedssprüche, vollstreckte ausländische Gerichtsentscheidungen, Schiedssprüche ausländischer Schiedsgerichte und vollstreckte Schiedssprüche.

Andererseits sind die Urteilssurrogate, die von dem Privileg profitieren können, das mit Urteilen verbunden ist, da sie Gegenstand einer Vollstreckung mit Gerichtsurteil sind²⁰. Art. 38 tSchKG trägt den Titel „*Urteilssurrogate*“. Nicht alle Urteilssurrogate sind in Art. 38 tSchKG aufgeführt. Auch in anderen Gesetzen gibt es Regelungen zum Urteilssurrogat.

In der Lehre ist umstritten, ob der Gläubiger, der eine Vollstreckung mit Gerichtsurteil mit Urteilssurrogat eingeleitet hat und dessen Forderung trotz Vollstreckungsbefehl nicht bezahlt wird, den Konkurs des Schuldners nach Art. 177 I 4 tSchKG beantragen kann. Der oben genannte Artikel regelt nämlich nur die „*Forderung aufgrund eines Gerichtsurteils*“. Eine Meinung in der Lehre geht davon aus, dass der Konkurs gemäß diesem Artikel nicht nur für Forderungen aufgrund des Gerichtsurteils,

¹⁸ Tanrıver, Süha. İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 41 ff.

¹⁹ Tanrıver, s. 63 vd ve 66 ff.

²⁰ Zu den Urteilssurrogaten siehe. Tanrıver, s. 83 ff.

sondern auch für Forderungen aufgrund des Urteilssurrogats beantragt werden kann²¹. Nach dieser Auffassung verwendet das Vollstreckungs- und Konkursgesetz im Teil über die Vollstreckung mit Gerichtsurteil, einschließlich des Urteilssurrogats, den Begriff des Gerichtsurteils in einem weiten Sinne²². Daher wird argumentiert, dass die Nichtzahlung der Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls, unabhängig davon, ob die Grundlage des gerichtlichen Verfahrens ein Urteil oder ein Urteilssurrogat ist, einen Konkursgrund im Rahmen von Art. 177 I 4 tSchKG darstellt. Die andere Meinung, die sich an den klaren Wortlaut des Gesetzes hält, geht davon aus, dass die Grundlage der Vollstreckung mit Gerichtsurteil ein „*Gerichtsurteil*“ sein muss, damit die genannte Bestimmung anwendbar ist²³. Postacıoğlu, der diese Auffassung mit einer anderen Argumentation vertritt, betont, dass Art. 177 I 4 tSchKG angesichts der Gefahr, die von der Eröffnung des direkten Konkurses ausgeht, eng auszulegen ist und dass die Urteilssurrogate, insbesondere die Nichtbezahlung der Notarurkunde, die Annahme der Vermutung, dass der Schuldner seine Zahlungen generell eingestellt hat, verhindern²⁴. Wir haben bereits darauf hingewiesen, dass es für die Beantragung eines Konkurses Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG nicht erforderlich ist, die Vermutung einer generellen Zahlungseinstellung des Schuldners anzustreben²⁵. Wenn der Gesetzgeber jedoch eine Regelung treffen wollte, die auch die Urteilssurrogate erfasst, wäre es unseres Erachtens nicht notwendig, den Ausdruck „*Forderung aus einem Gerichtsurteil*“ zu verwenden, sondern nur „*wenn die Forderung trotz Aufforderung durch einen Vollstreckungsbefehl nicht bezahlt worden ist*“. Der Vollstreckungsbefehl ist ein Dokument, das nur im Rahmen der Vollstreckung mit Gerichtsurteil verwendet wird. Die Absicht des Gesetzgebers ist es, einen besonderen Konkursgrund nur für Forderungen anzuerkennen, die einem Gerichtsurteil unterliegen, da es der Forderung einen endgültigen Charakter verleiht²⁶. Wenn die Forderung dem Urteilssurrogat unterliegt, sollte daher akzeptiert werden, dass der Gläubiger nicht den direkten Konkurs des Schuldners gemäß Art. 177 I 4 tSchKG beantragen kann. Es ist wichtig, nochmals zu betonen, dass der Urteilssurrogat nur das Privileg genießen kann, der Vollstreckung mit Gerichtsurteil zu unterliegen.

2. Notwendigkeit der Forderung, Geld oder Sicherheiten zu sein

Wir haben oben festgestellt²⁷, dass Art. 177 I 4 tSchKG auf einer Vollstreckung mit Gerichtsurteil beruht. Bei der Forderung, die Gegenstand der Vollstreckung mit Gerichtsurteil ist, kann es sich um Geld oder Sicherheiten handeln, aber auch um andere Forderungen oder Ansprüche. Zahlt der Schuldner trotz des Vollstreckungsbefehls in der Vollstreckung mit Gerichtsurteil nicht, kann der Konkurs des Schuldners nur dann beantragt werden, wenn es sich bei dem Urteilsgegenstand um Geld oder Sicherheiten handelt²⁸. Gemäß Art. 42 tSchKG kann ein Konkursverfahren nur über eine Geld- oder Sicherheitsforderung eröffnet werden. Der direkte Konkurs kann nicht für andere Forderungen beantragt werden²⁹. Handelt es sich bei dem Gegenstand des Gerichtsurteils um eine Forderung, bei der es sich nicht um Geld oder Sicherheiten handelt, bleibt die gesetzlich vorgeschriebene Umwandlung der Leistung in Geld von dieser Regel unberührt. Ist beispielsweise Gegenstand des Urteils die Herausgabe

²¹ Ansay, Sabri Şakir. *İcra ve İflâs Usulleri*, Ankara, İstiklal Matbaası, Ankara, 1960, s. 211; Kırtıloğlu, S. Serhat. *İflâs Davası, Adalet Yayınevi*, Ankara, 2009, s. 49; Kuru, 1993, s. 2772; Kuru, 2013, s. 1149; Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 431; Atalay, s. 32; Rüzgaresen, s. 166.

²² Rüzgaresen, s. 167.

²³ Berkin, s. 180; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, *İcra*, s. 565.

²⁴ Postacıoğlu, 1978, s. 42.

²⁵ Siehe oben. II.

²⁶ Dass dies die Absicht des Gesetzgebers war, zeigt die Ablehnung des Vorschlages, Art. 177 I 4 tSchKG in der Novelle von 1940 wie folgt zu ändern: „*wenn die Schuld auf einem Urteil oder auf einem Urteilssurrogat beruht und trotz Aufforderung durch einen Vollstreckungsbefehl nicht bezahlt worden ist*“. Berkin, s. 180.

²⁷ Siehe oben. III, A, 1.

²⁸ Yılmaz, Ejder. *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları*, Ankara 2016, s. 933; Muşul, s. 743.

²⁹ Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 597; Muşul, s. 743.

einer beweglichen Sache, so wird gemäß Art. 24 tSchKG der im Gerichtsurteil festgesetzte Wert dem Schuldner abgenommen, wenn sich die besagte bewegliche Sache nicht im Besitz des Schuldners befindet. Mit anderen Worten: In diesem Fall wird die Verpflichtung des Schuldners zur Herausgabe der beweglichen Sache zu einer Geldschuld. Da jedoch in diesem Fall der Gegenstand des Urteils, der die Grundlage der Vollstreckung bildet, die Lieferung von beweglichen Sachen betrifft, kann der Gläubiger nicht den Konkurs des Schuldners gemäß Art. 177 I 4 tSchKG beantragen, auch wenn die Schuld zu einer Geldschuld geworden ist³⁰. Das Gleiche gilt auch für die Schuldersetzung. Während Gegenstand des Gerichtsurteils die Herausgabe einer beweglichen Sache ist, kann diese Schuld durch Schuldersetzung beendet und in eine Geldschuld umgewandelt werden. Da es sich in diesem Fall jedoch um eine neue, nicht vom Gerichtsurteil abhängige Geldschuld handelt, kann der Gläubiger nicht Vollstreckung mit Gerichtsurteil beantragen³¹. Daher ist es in diesem Fall nicht möglich, Art. 177 I 4 tSchKG anzuwenden.

3. Die Frage, ob das Urteil rechtskräftig werden muss

In der Regel muss eine gerichtliche Entscheidung nicht rechtskräftig sein, um vollstreckbar zu sein. In der Lehre ist umstritten, ob die Nichtzahlung der Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls in der durch ein nicht rechtskräftiges Gerichtsurteil eingeleiteten Vollstreckung mit Gerichtsurteil einen Konkursgrund im Sinne von Art. 177 I 4 tSchKG darstellt.

Eine Meinung in der Lehre kommt zwar zu dem Schluss, dass eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht erforderlich ist, weist aber darauf hin, dass es nicht richtig wäre, sich an die wörtliche Auslegung zu halten³². Diese Stellungnahme beruht auf dem Gedanken, dass der in Art. 177 I 4 tSchKG anerkannte Konkursgrund darin besteht, dass der Schuldner, der die Anforderungen des Vollstreckungsbefehls nicht erfüllt, so behandelt wird, als habe er seine Zahlungen eingestellt. Nach dieser Auffassung stellt die Nichtzahlung der Schuld trotz eines noch nicht rechtskräftigen Vollstreckungsbefehls, der keine andere Drohung als die Androhung der Pfändung enthält, keine ausreichende Vermutung dafür dar, dass der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat³³. Darüber hinaus wird argumentiert, dass der Schuldner eine Entscheidung über den Aufschub der Vollstreckung nicht in dem Glauben erwirken kann, dass die Möglichkeit der Wiederherstellung der Vollstreckung ihn schützen wird, und dass in einem solchen Fall die Beantragung des Konkurses des Schuldners gemäß Art. 177 I 4 tSchKG mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit unvereinbar wäre. Die Entscheidung über den direkten Konkurs bei Nichtzahlung einer Forderung aufgrund eines nicht rechtskräftigen Gerichtsurteils ist daher nicht mit dem Aufschub der Vollstreckung und der Wiederherstellung der Vollstreckung zu vereinbaren³⁴. Folglich wird in dieser Stellungnahme mit dem Argument, dass das Konkursystem im türkischen Recht auf der Vermutung der Zahlungseinstellung des Schuldners beruht, akzeptiert, dass Art. 177 I 4 tSchKG eng ausgelegt werden sollte und unter diesem Gesichtspunkt wird ein rechtskräftiges Gerichtsurteil als Grundlage für die Konkursentscheidung angestrebt³⁵. Die andere Meinung in der Doktrin, die sich auf die allgemeine Regel stützt, akzeptiert, dass der Schuldner, wenn die Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls nicht beglichen wird, zur Konkurseröffnung aufgefordert werden kann, ohne dass ein rechtskräftiges Gerichtsurteil als Bedingung vorliegt³⁶. Es ist bemerkenswert, dass in der Praxis unterschiedliche Urteile

³⁰ dies. Rüzgaresen, s. 171, 172.

³¹ Rüzgaresen, s. 172, s. 173.

³² Postacioğlu, 1978, s. 41, 42.

³³ Berkin, s. 181; Postacioğlu, 1978, s. 41, 42.

³⁴ Postacioğlu, 1978, s. 181.

³⁵ Berkin, s. 181.

³⁶ Atalay, s. 32; Kuru, 2013 s. 1148; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 432; Arslan/ Yılmaz/

zu dieser Frage gefällt wurden. Die *Berufungsgerichte (Bölge Adliye Mahkemesi (BAM))* akzeptieren im Allgemeinen, dass die Rechtskraft des Urteils nicht erforderlich ist, um den direkten Konkurs gemäß Art. 177 I 4 tSchKG zu beantragen³⁷. Es ist festzustellen, dass der *Kassationsgerichtshof (Yargıtay)* in seinen früheren Entscheidungen ein rechtskräftiges Urteil als Bedingung forderte³⁸, in seinen neueren Entscheidungen jedoch erklärt³⁹, dass ein rechtskräftiges Urteil nicht zwingend erforderlich ist.

Unseres Erachtens ist es für die Anwendung von Art. 177 I 4 tSchKG nicht erforderlich, dass das Gerichtsurteil, das die Grundlage der Vollstreckung bildet, rechtskräftig ist. Der Wortlaut des genannten Artikels enthält keine solche Einschränkung. Da der Grund für den Konkurs formaler Natur ist, besteht keine Notwendigkeit, eine solche Einschränkung durch eine enge Auslegung des Artikels einzuführen. In diesem Fall gibt es jedoch eine Lösung, die das Risiko für den Schuldner beseitigt und dem Schutz des Interessenausgleichs zwischen Gläubiger und Schuldner dient. In diesem Zusammenhang sollte das Handelsgericht, das den Konkursantrag prüft, in Fällen, in denen ein Aufschub der Vollstreckung des Urteils, das der Vollstreckung zugrunde liegt, gewährt wurde, eine Entscheidung über die Aussetzung des Verfahrens (präjudizielles Rechtsverhältnis) für das rechtskräftige Gerichtsurteil erlassen⁴⁰. Auf diese Weise kann der Erlass eines Konkursurteils trotz der Aufhebung des Urteils, das der Vollstreckung zugrunde liegt, verhindert werden. Die Lehre steht dieser Lösung jedoch skeptisch gegenüber, da die Vorlage der Forderung, die Gegenstand des Urteils ist, als Sicherheit nicht ausreicht, um die Konkursprüfung auszusetzen⁴¹. Unserer Meinung nach ist es notwendig, eine gesetzliche Regelung zu diesem Thema einzuführen, die auch das Erfordernis von Sicherheiten beinhaltet, um das Problem zu lösen.

B. Voraussetzungen für die Vollstreckung

Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG muss der Gläubiger zusätzlich zu den Bedingungen, die sich auf das Gerichtsurteil beziehen, eine Vollstreckung mit Gerichtsurteil eingeleitet haben, ein Vollstreckungsbefehl muss dem Schuldner im Rahmen dieses Verfahrens zugestellt werden, und der Schuldner darf die Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls nicht innerhalb von sieben Tagen bezahlen oder keine Entscheidung über Ruhen oder Aufschub des Verfahrens herbeiführen. Unter dieser Überschrift werden die genannten Bedingungen bewertet.

1. Einleitung der Vollstreckung mit Gerichtsurteil

Damit Art. 177 I 4 tSchKG anwendbar ist, muss erstens eine Vollstreckung mit Gerichtsurteil durch den Gläubiger eingeleitet werden. Die Vollstreckung mit Gerichtsurteil ist ein Zwangsvollstreckungsverfahren, das der Gläubiger, der ein Urteil oder ein Urteilsurrogat besitzt, anwenden kann. Die Vollstreckung mit Gerichtsurteil ist im Wesentlichen eine Fortsetzung der Klagephase. Die Partei, zu deren Gunsten das Gericht das Leistungsurteil ausspricht, hat, wenn die gerichtliche Entscheidung nicht freiwillig vollstreckt wird, ein Betreibungsbegehren beim Vollstreckungsamt einzureichen. Bei der Vollstreckung mit Gerichtsurteil beginnt das Verfahren mit

Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 598; Rüzgaresen, s. 169.

³⁷ İstanbul BAM 45. HD, T. 12.10.2022, E. 2022/398, K. 2022/1114, Lexpera, 15.02.2024; İstanbul BAM 17. HD, T. 24.11.2022, E. 2022/1627, K. 2022/1450, Lexpera, 15.02.2024; İstanbul BAM 17. HD, T. 03.03.2022, E. 2022/262, K. 2022/266, Lexpera, 25.02.2024.

³⁸ Yargıtay 12. HD, T. 11.02.1966, E. 1965/1547, K. 1966/1486, Legalbank, 15.02.2024.

³⁹ Yargıtay 23. HD, T. 07.03.3013, E. 2012/5687, K. 2013/1381, Lexpera, 15.02.2024; Yargıtay 23. HD, T. 18.1.2018, E. 2017/3001, K. 2018/91, Lexpera, 15.02.2024.

⁴⁰ İstanbul BAD 45. HD, T. 12.10.2022, E. 2022/398, K. 2022/1114, Lexpera, 15.02.2024; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 598; Aşık/ Oruç/ Tok/ Saçar, s. 568; Rüzgaresen, s. 168.

⁴¹ Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 432.

der Übergabe des Gerichtsurteils an das

Vollstreckungsamt. In das Betreibungsbegehren, das gemäß Art. 58 tSchKG ausgefüllt wird, sind auch die Urteilsnummer, das Datum und die Zusammenfassung des Urteils einzutragen. Anders als beim allgemeinen Pfändungsverfahren ist der Gläubiger jedoch nicht verpflichtet, im Betreibungsbegehren anzugeben, welche Verfahrensart er gewählt hat. In Art. 37 tSchKG heißt es nämlich: „*Das Vermögen derjenigen, die ihre Schulden nicht bezahlen, obwohl die im Vollstreckungsbefehl angegebene Frist verstrichen ist, wird beschlagnahmt, oder, wenn der Schuldner zu den Personen gehört, die dem Konkurs unterliegen, und der Gläubiger dies beantragt, wird der Konkurs vom zuständigen Handelsgericht entschieden*“. Auf der Grundlage dieses Artikels kann der Gläubiger nach Ablauf der dem Schuldner im Vollstreckungsbefehl eingeräumten Frist von sieben Tagen entweder die Zwangsvollstreckung oder den Konkurs wählen. Auch wenn der Gläubiger im Betreibungsbegehren angegeben hat, dass er sich für die Zwangsvollstreckung entschieden hat, kann er, wenn die Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls nicht beglichen wird, den Konkurs gemäß Art. 177 I 4 tSchKG beantragen⁴².

2. Zustellung des Vollstreckungsbefehls

Der Vollstreckungsbefehl ist ein Dokument im Rahmen des Verfahrens der Vollstreckung mit Gerichtsurteil. Der Vollstreckungsbeamte, der das Betreibungsbegehren erhält, muss zunächst prüfen, ob das dem Betreibungsbegehren beigelegte Schriftstück den Charakter eines Urteils oder Urteilssurrogates hat. Die Zustellung eines Vollstreckungsbefehls trotz des Fehlens eines Urteils oder eines Urteilssurrogats in der Anlage des Betreibungsbegehrens ist nämlich ein Grund für eine unbefristete Beschwerde⁴³. Erklärt der Gläubiger, dass er eine Vollstreckung mit Gerichtsurteil einleiten will, legt er dem Vollstreckungsamt aber kein Urteil oder Urteilssurrogat als Anlage zum Vollstreckungsersuchen vor, sollte der Vollstreckungsleiter keinen Vollstreckungsbefehl zustellen⁴⁴. Handelt es sich bei dem dem Betreibungsbegehren beigelegten Schriftstück um ein Urteil oder ein Urteilssurrogat, das jedoch widersprüchliche oder unklare Schriftsätze enthält, so soll der Gerichtsvollzieher keinen Vollstreckungsbefehl erteilen⁴⁵. Dies liegt daran, dass der Gerichtsvollzieher keine Befugnis zur Auslegung, Korrektur oder Klarstellung hat⁴⁶. Liegt kein Mangel und kein Problem im Sinne der vorgenannten Fälle vor, muss der Gerichtsvollzieher innerhalb von drei Tagen einen Vollstreckungsbefehl entsprechend dem Betreibungsbegehren erteilen und dem Schuldner zustellen. Das direkte Konkursverfahren kann nicht eingeleitet werden, ohne den Vollstreckungsbefehl zu beantragen⁴⁷. Mit anderen Worten: Die Einforderung der Forderung durch einen Vollstreckungsbefehl ist eine besondere Voraussetzung für das direkte Konkursverfahren gemäß Art. 177 I 4 tSchKG⁴⁸. Gemäß Art. 32 tSchKG wird dem Schuldner im Vollstreckungsbefehl zusätzlich zu dem, was in Art. 24 tSchKG steht, mitgeteilt, dass der Schuldner die Schuld innerhalb von sieben Tagen unter Angabe der Art und des Betrags der im Vollstreckungsbefehl beurteilten Sache zu begleichen hat, und dass der Schuldner innerhalb derselben Frist eine Entscheidung des Gerichts über das Aufschub der Vollstreckung herbeizuführen hat, andernfalls wird das Urteil zwangsweise vollstreckt, und dass er innerhalb dieser Frist sein Vermögen gemäß Art. 74 tSchKG zu deklarieren hat; unterlässt er dies, wird er mit Freiheitsstrafe bestraft, und wenn er eine falsche Erklärung abgibt, wird er mit Freiheitsstrafe

⁴² Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 498.

⁴³ Atal/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 443; Rüzgaresen, s. 176

⁴⁴ Rüzgaresen, s. 177.

⁴⁵ Rüzgaresen, s. 176, 177.

⁴⁶ Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 485.

⁴⁷ Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 598.

⁴⁸ Yılmaz, s. 935; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 598; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes, s. 432.

bestraft. Obwohl es nicht in den Bestimmungen von Art. 24 und Art. 32 tSchKG bezüglich des Vollstreckungsbefehls enthalten ist, sollte, wie in der Doktrin richtig festgestellt wird⁴⁹, für Schuldner, die dem Konkurs unterliegen, wenn die Schuld nicht innerhalb von sieben Tagen bezahlt wird, die die Androhung, dass der Schuldner gemäß Art. 37 tSchKG zum Konkurs angemeldet werden kann, ebenfalls im Vollstreckungsbefehl vermerkt werden. Auf diese Weise wird sowohl dem Recht des Schuldners auf rechtliches Gehör Genüge getan als auch der Schuldner vor dem Konkurs bewahrt, indem er seine Schulden sorgfältiger und fristgerecht bezahlt.

Nach türkischem Recht kann der Schuldner bei der Vollstreckung mit Gerichtsurteil, anders als bei der Vollstreckung ohne Gerichtsurteil, keine Einwendungen gegen die Schuld erheben. In diesem Fall erhält der Schuldner die Möglichkeit, während der Klage, die der Vollstreckung mit Gerichtsurteil vorausgeht, Rechtsvorschlag zu erheben. Nachdem das Gericht ein Urteil gegen den Schuldner erlassen hat, ist es für den Schuldner aufgrund der absoluten Wahrheit des Gerichtsurteils nicht mehr möglich, sich gegen die Forderung aus einem vor dem Gerichtsurteil liegenden Grund zu wehren. Daher enthält der Vollstreckungsbefehl im Gegensatz zum Zahlungsbefehl keine Aufzeichnungen über den Einspruch. Diese Situation sollte jedoch nicht so ausgelegt werden, dass der Schuldner sich der Vollstreckung mit Gerichtsurteil in keiner Weise widersetzen kann. Wie im Vollstreckungsbefehl angemahnt, kann der Schuldner ein Aufschub der Vollstreckung beantragen, wenn die Voraussetzungen dafür gegeben sind⁵⁰.

Wenn der Schuldner vor der Zwangsvollstreckung durch einen Rechtsanwalt das Gerichtsverfahren verfolgt hat, ist es wichtig zu bestimmen, wem der Vollstreckungsbefehl zugestellt werden soll. Gemäß Art. 73 tZPO umfasst die Vollmacht die Befugnis des Rechtsanwalts, alle für die Rechtsverfolgung und die Vollstreckung des Gerichtsurteils erforderlichen Handlungen bis zur Rechtskraft des Urteils vorzunehmen, außer in den Fällen, in denen dem Rechtsanwalt eine besondere Vollmacht erteilt werden muss. Gemäß Art. 11 des Zustellungsgesetzes erfolgt die Zustellung an den Rechtsanwalt in dem durch den Rechtsanwalt betriebenen Verfahren. Art. 32 I tSchKG sieht hingegen vor, ohne Bezugnahme auf die vorgenannten Artikel, dass der Vollstreckungsbefehl dem Schuldner zugestellt wird. Bewertet man diese Vorschriften zusammen, so ergibt sich eine widersprüchliche Situation. Aus diesem Grund ist es in der Lehre umstritten, ob der Vollstreckungsbefehl an den Schuldner oder an den Rechtsanwalt, dessen Name im Gerichtsurteil steht, zu richten ist⁵¹. Im Rahmen der Diskussionen in der Doktrin ist es bemerkenswert, dass drei verschiedene Ansichten vertreten werden und der Kassationsgerichtshof unterschiedliche Entscheidungen zu allen drei Ansichten getroffen hat.

Eine Stellungnahme in der Lehre⁵² geht davon aus, dass der Vollstreckungsbefehl dem Schuldner persönlich und nicht dem Rechtsanwalt zugestellt werden sollte. Nach dieser Auffassung soll die Zustellung des Vollstreckungsbefehls sicherstellen, dass der Schuldner die mitgeteilten Punkte erfüllt, da ansonsten die Vollstreckung fortgesetzt wird. Wer auch immer der Adressat des Inhalts der Androhung ist, dem muss die Zustellung zugestellt werden. Die Zustellung des Vollstreckungsbefehls an den Rechtsanwalt verstößt gegen die schuldrechtliche Vertragsfreiheit und die Vorschriften über die Mandatsvereinbarung, die Vorschriften über den Anwaltsvertrag im Rechtsanwaltsgesetz, die Regelungen im Mindesthonorartarif für Rechtsanwälte und die Vorschriften des tSchKG über die

⁴⁹ dies. Rüzgaresen, s. 177.

⁵⁰ Siehe unten. III, B, 4.

⁵¹ ausf. Ekecik, Şükran/ Duran, Osman. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Madde 73 Kapsamında İcra Emrinin Vekile Tebliğ Edilmesinin Ortaya Çıkardığı Sorunlar", Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 649 ff.

⁵² Belgesay, M. Reşit. İcra ve İflâs Hukuku, C. I, Marifet Basımevi, İstanbul, 1945, s. 85, 86; Ekecik/ Duran, s. 673.

Zwangsvollstreckung⁵³. Daher muss der Vollstreckungsbefehl dem Schuldner persönlich zugestellt werden. In dieser Stellungnahme vertritt Belgesay die Auffassung⁵⁴, dass die Vorschrift, wonach in Klagen, die über einen Rechtsanwalt verfolgt werden, die Zustellung an den Rechtsanwalt erfolgen muss, nicht auf Vollstreckungsverfahren angewandt werden sollte. In diesem Zusammenhang betont er, dass die Zustellung des Vollstreckungs-, Pfändungs- oder Verwertungsbegehrens des Gläubigers an den Schuldner und nicht an den Rechtsanwalt sicherstellt, dass der Schuldner rechtzeitig über die betreffende Maßnahme informiert wird. In Bezug auf den Gläubiger wird jedoch ein anderer Ansatz verfolgt und festgelegt, dass die Zustellung an den Rechtsanwalt des Gläubigers erfolgen kann⁵⁵. Denn der Rechtsanwalt des Gläubigers ist auch zur Durchführung von Vollstreckungsverfahren befugt, und die Benachrichtigung des Rechtsanwalts des Gläubigers gewährleistet, dass die Rechte des Gläubigers rechtzeitig verteidigt werden.

Nach der anderen Meinung in der Lehre⁵⁶ sollte der Vollstreckungsbefehl nicht dem Schuldner, sondern dem Rechtsanwalt gemäß Art. 73 tZPO zugestellt werden⁵⁷. Andernfalls muss der zugestellte Vollstreckungsbefehl aufgehoben und eine erneute Zustellung vorgenommen werden, da die Zustellung nicht ordnungsgemäß erfolgt ist⁵⁸. Eine andere Stellungnahme in der Lehre erklärt, dass der Vollstreckungsbefehl dem Schuldner oder seinem Rechtsanwalt zugestellt werden kann⁵⁹. In einigen Entscheidungen des Kassationsgerichtshofs wird festgestellt, dass der Vollstreckungsbefehl dem Schuldner zugestellt werden muss, damit die strafrechtlichen Sanktionen über die Vermögensgegenstände angewandt werden können, und es wird auch akzeptiert, dass der Rechtsanwalt ebenfalls zugestellt werden kann⁶⁰.

Unseres Erachtens muss der Vollstreckungsbefehl *de lege lata* dem Rechtsanwalt zugestellt werden, während die Situation bei *de lege feranda* anders ist. Im Sinne von *de lege feranda* muss der Vollstreckungsbefehl dem Schuldner zugestellt werden. Gemäß Art. 73 tZPO, der eine zwingende Vorschrift im Gegensatz zu Art. 32 des tSchKG darstellt, und dementsprechend gemäß der Vorschrift über die Zustellung an den Rechtsanwalt in Art. 11 des Zustellungsgesetzes muss der Vollstreckungsbefehl dem Rechtsanwalt zugestellt werden. Erfolgt die Zustellung nur an den Schuldner, ist sie daher nicht ordnungsgemäß. Diese Situation ist jedoch, wie die Lehre zu Recht feststellt⁶¹, in vielerlei Hinsicht problematisch, insbesondere im Hinblick auf die Anwendung strafrechtlicher Sanktionen für die Vermögensgegenstände und die Tatsache, dass der Adressat der Aufzeichnungen, die den Inhalt des Vollstreckungsbefehls bilden, der Schuldner selbst ist. Aus diesem Grund ist in der derzeitigen Situation neben der Zustellung an den Rechtsanwalt auch die Zustellung an den Schuldner erforderlich, um die Sanktionen für die Vermögensgegenstände anwenden zu können⁶². Dies

⁵³ Ekecik/ Duran, s. 649 ff.

⁵⁴ Belgesay, s. 85, 86.

⁵⁵ Belgesay, s. 86.

⁵⁶ Güneş, Derya Belgin. "Tebliğ Yokluğu", İÜHF, C. 74, S.1, 2016, s. 224; Rüzgaresen, s. 178.

⁵⁷ Yargıtay HGK, T. 02.07.2003, E. 2003/12-442, K. 2003/445, Lexpera, 15.02.2024; Yargıtay 12. HD, T. 27.11.2013, E. 2013/27562, K. 2013/37619, Lexpera, 15.02.2024.

⁵⁸ Rüzgaresen, s. 178.

⁵⁹ Üstündağ, Saim. İcra Hukukunun Esasları, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2004, s. 360; Yılmaz, Ejder/ Çağlar, Tacar. Tebligat Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 244; Uyar, Talih. "İcra Tebliği (İcra ve İflas Kanunu. 21)", Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2013, s. 190.

⁶⁰ Yargıtay 8. HD, T. 30.5.2016, E. 2016/7148, K. 2016/9420, Lexpera, 15.04.2024; Yargıtay 12. HD, T. 05.02.2019, E. 2018/5236, K. 1374, Lexpera, 15.04.2024; Yargıtay 8. HD, T. 06.06.2016, E. 7190, K. 9868, Lexpera, 15.04.2024.

⁶¹ Ekecik/ Duran, s. 673 ve 680 ff.

⁶² Postacıoğlu, İlhan E. İcra Hukuku Esasları, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 140; Gören Ülkü, Nazlı. İcra Hukukunda Ödeme Emri, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2008, s. 120; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 485.

widerspricht jedoch eindeutig dem Grundsatz der Verfahrensökonomie. Aus diesem Grund sollte die Zustellung des Vollstreckungsbefehls an den Schuldner als Ausnahme von der Regel der Zustellung an den Rechtsanwalt durch eine Gesetzesänderung zugelassen werden. Da die meisten Angelegenheiten, die dem Schuldner im Vollstreckungsbefehl mitgeteilt werden, von diesem selbst erledigt werden müssen, ist es sinnvoller, die Zustellung des Vollstreckungsbefehls an den Schuldner als Regelfall zu akzeptieren.

3. Nichtzahlung des Schuldners trotz Vollstreckungsbefehls

Mit dem Vollstreckungsbefehl wird der Schuldner insbesondere aufgefordert, die Schuld zu begleichen, eine Vermögensgegenstände abzugeben, wenn er nicht in der Lage ist, die Schuld zu begleichen, oder unter bestimmten Voraussetzungen eine Entscheidung über den Aufschub der Vollstreckung herbeizuführen. Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG kann der Schuldner nur dann für zahlungsunfähig erklärt werden, wenn er die im Vollstreckungsbefehl geforderte Schuld nicht innerhalb von sieben Tagen begleicht. Zahlt der Schuldner innerhalb dieser Frist, wird die Vollstreckung mit Gerichtsurteil beendet. Damit ist die Gefahr des Konkurses des Schuldners gemäß Art. 177 I 4 tSchKG vollständig beseitigt. Wenn der Schuldner nicht die gesamte Forderung aus dem Vollstreckungsbefehl begleicht, sondern nur einen Teilbetrag, wird diese Gefahr nicht beseitigt. In diesem Fall wird die Vollstreckung nicht durch den Vollstreckungsbefehl beendet, und der Gläubiger kann gemäß Art. 177 I 4 tSchKG die Zwangsvollstreckung oder den Konkurs beantragen.

In der Lehre ist umstritten, ob nur die Nichtzahlung der Schuld durch den Schuldner oder auch die Nichterfüllung der übrigen Bedingungen des Vollstreckungsbefehls zum Konkurs führt. Eine Lehrmeinung vertritt die Auffassung, dass es für die Anwendung von Art. 177 I 4 tSchKG nicht ausreicht, dass der Schuldner die im Vollstreckungsbefehl geforderte Schuld nicht innerhalb von sieben Tagen begleicht. Nach dieser Ansicht setzt die Anwendung der genannten Bestimmung voraus, dass der Schuldner nicht nur die Schuld nicht begleicht, sondern auch nicht innerhalb derselben Frist die Vermögensgegenstände abgibt. Der Vollstreckungsbefehl enthält nämlich nicht nur die Aufforderung an den Schuldner, die Schuld zu begleichen, sondern auch die Aufforderung zur Abgabe der Vermögensgegenstände. Unseres Erachtens ist der in Art. 177 I 4 tSchKG genannte Konkursgrund eindeutig, und dieser Grund ist die Nichtzahlung der auf dem Gerichtsurteil beruhenden Forderung trotz der Forderung des Vollstreckungsbefehls. In diesem Fall wird dem Gläubiger der Vollstreckung eine Ersetzungsbefugnis erteilt⁶³. Die Annahme, dass der Schuldner, der trotz des Vollstreckungsbefehls die Schuld nicht fristgerecht begleicht, sondern die Vermögensgegenstände abgibt, sich nicht auf Art. 177 I 4 tSchKG berufen kann, führt dazu, dass dem Gläubiger die Ersetzungsbefugnis genommen wird. Mit anderen Worten: Der Gläubiger sollte nicht gezwungen sein, das Verfahren durch Vollstreckung mit Gerichtsurteil fortzusetzen, weil der Schuldner rechtzeitig eine Vermögensgegenstände abgegeben hat. Auch wenn der Konkurs des Schuldners als letztes Mittel angesehen wird und das vorrangige Ziel darin besteht, den Schuldner aus dem Konkurs zu befreien, sollte es nicht möglich sein, die eindeutige Bestimmung des Gesetzes durch Auslegung einzuschränken. Entscheidend ist der Wille des Gläubigers, das Verfahren fortzusetzen. Daher kann der Gläubiger, der seine Forderung trotz des Vollstreckungsbefehls nicht Beitreiben kann, entweder die Pfändung des Vermögens des Schuldners

⁶³ Wahlrecht und Ersetzungsbefugnis sind unterschiedliche Begriffe. Während das Wahlrecht ein Recht mit alternativem Inhalt gewährt, handelt es sich bei der Ersetzungsbefugnis um ein einheitliches Forderungsrecht, dessen Inhalt zunächst festgelegt wird, das aber später einseitig geändert werden kann. Auch wenn in der Lehre davon ausgegangen wird, dass dem Gläubiger nach Art. 37 tSchKG ein Wahlrecht zusteht, wird dem Gläubiger hier unseres Erachtens eine Ersetzungsbefugnis eingeräumt. Ausf. über das Ersetzungsbefugnis und die Diskussionen über seine Rechtsnatur siehe. Göka, Emir. "Seçimlik Yarışma Kavramı ve Buna Duyulan İhtiyaç Üzerine", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 72, Sy. 2, s. 887 vd ve 912 ff.

beantragen oder beim Handelsgericht den Konkurs des Schuldners beantragen.

An dieser Stelle ist auf einen weiteren Punkt hinzuweisen. Eine Meinung in der Lehre geht davon aus, dass der Gläubiger den sofortigen Konkurs des Schuldners beantragen kann, ohne dass ein neuer Vollstreckungsbefehl ausgestellt wird, selbst wenn der Gläubiger zuvor die Pfändung des Vermögens des Schuldners beantragt hat und selbst wenn ein Teil des Vermögens des Schuldners gepfändet wurde und der Schuldner seine Forderungen aus dem Verkaufspreis dieses Vermögens teilweise erhalten hat⁶⁴. Diese Auffassung beruht auf dem Recht des Gläubigers, die Verfahrensart zu wechseln, wie es in Art. 177 I 4 tSchKG vorgesehen ist. Demnach kann der Gläubiger gemäß Art. 177 I 4 tSchKG einen direkten Konkursantrag stellen, und in diesem Fall wird die Pfändung des Vermögens des Schuldners ohne weiteres aufgehoben⁶⁵. Es sollte jedoch nicht als möglich angesehen werden, dass der Gläubiger direkt nach dem Antrag auf Pfändung des Vermögens des Schuldners trotz des Vollstreckungsbefehls Konkurs anmeldet, wenn die Schuld nicht beglichen wird. In diesem Fall hat der Gläubiger nämlich von seinem Ersetzungsbefugnis Gebrauch gemacht, das Verfahren durch Pfändung fortzusetzen, und dieses Recht ist erloschen⁶⁶. In diesem Fall wäre es nicht unangemessen zu sagen, dass die Forderungen des Gläubigers durch die Pfändung gesichert sind und er daher kein rechtliches Interesse im Sinne einer direkten Konkursforderung hat, und die Annahme des Gegenteils wäre rechtsmissbräuchlich. Im türkischen Recht gibt die Pfändung, ähnlich wie im schweizerischen Recht, dem Gläubiger das Recht, die Umwandlung der gepfändeten Sache in Geld zu verlangen. Durch die Pfändung erhält der Gläubiger das Recht, die gepfändeten Sachen in Geld umzuwandeln und seine Forderung aus dem so erlangten Geld zu befriedigen. Im Gegensatz zum deutschen Recht hat der Gläubiger nach türkischem Recht kein dingliches Recht wie das Pfändungspfandrecht⁶⁷ an den gepfändeten Sachen oder Rechten⁶⁸. Das Recht des Pfandgläubigers sollte nicht als pfandrechtsähnliches Recht bezeichnet werden⁶⁹. Man kann also nicht sagen, dass die Pfändung des Vermögens des Schuldners die Forderungen des Gläubigers absolut sichert. Die Voraussetzungen und Modalitäten des Pfandrechts richten sich nach den Vorschriften des materiellen Rechts. Das Vollstreckungsrecht bestimmt jedoch alle Voraussetzungen der Pfändung. Während der Pfandgläubiger ein Vorrecht nach dem Zeitpunkt der Pfandbestellung hat, hat der Gläubiger, der unter den Gläubigern, die in gleichem Umfang an der Pfändung beteiligt sind, der erste ist, kein Vorrecht gegenüber den anderen. Während das Vorrecht des Pfandgläubigers auch dann noch geschützt ist, wenn die verpfändeten Gegenstände in die Konkursmasse fallen, hat der Pfändungsgläubiger kein Vorrecht in Bezug auf die zuvor gepfändeten Gegenstände, die mit dem Konkurs des Schuldners in die Konkursmasse fallen. Selbst wenn das gepfändete Gut in Geld umgewandelt wurde, stellt der Konkurs alle Gläubiger gleich, solange das Geld noch nicht bei der Vollstreckungskasse eingegangen ist. Das Pfändungsrecht des Gläubigers ist daher nur für das Vollstreckungsrecht spezifisch und alle Voraussetzungen sind im Rahmen des Vollstreckungsrechts zu beurteilen. Außerdem kann kein Rechtsmissbrauch geltend gemacht werden, nachdem der Gläubiger von seiner Ersetzungsbefugnis Gebrauch gemacht hat. In diesem Fall handelt es sich bei der Ausübung

⁶⁴ Kuru, 1993, s. 2768; Kuru, 2013, s. 1148.

⁶⁵ Kuru, 1993, s. 2645.

⁶⁶ Zu der einhelligen Auffassung, dass die Wahlrechte nicht gemeinsam ausgeübt werden können und die anderen Rechte mit der Wahl erlöschen und dass sich das gleiche Ergebnis im Hinblick auf die Ersetzungsbefugnis ergibt, siehe. Göka, s. 916 ve 923.

⁶⁷ Zum öffentlich-rechtlichen Charakter des Pfandrechts siehe. Lüke, Gerhard. "Die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts", *JuristenZeitung*, 1957, s. 239 ff.

⁶⁸ ausf. Gaul, Hans Friedhelm/ Deren-Yıldırım, Nevhis. *İcra Hukuku Analizleri*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 7 ve s. 63 vd; MüKoZPO/Gruber, 6. Aufl. 2020, ZPO § 804 Rn. 1 ff; Musielak/Voit/Flockenhaus, 20. Aufl. 2023, ZPO § 804 Rn. 1 ff.

⁶⁹ a.A. Kuru, 2013, s. 457; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 303; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 239; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 189.

der Ersetzungsbefugnis um ein unwiderrufliches Recht, das zu einer Neuerung führt und mit der Ausübung der Befugnis durch den Gläubiger erschöpft ist. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Gläubiger in einem solchen Fall ein allgemeines (ordentliches) Konkursverfahren beantragen kann, indem er die Vollstreckung mit Gerichtsurteil nur einmal im Rahmen des Art. 43 II tSchKG aufgibt.

Eine weitere umstrittene Frage im Zusammenhang mit der Nichtzahlung einer Schuld trotz eines Vollstreckungsbefehls, die einen direkten Konkursgrund darstellt, ist der Arrest. Gemäß Art. 264 I tSchKG ist der Gläubiger, der vor der Einleitung eines Gerichts- oder Vollstreckungsverfahrens eine Arrestanordnung erwirkt hat, verpflichtet, innerhalb von sieben Tagen nach Vollstreckung der Arrestanordnung oder, wenn die Arrestanordnung in Abwesenheit ergangen ist, nach Zustellung des Pfändungsprotokolls entweder einen Antrag auf Vollstreckung (Arrest oder Konkurs) zu stellen oder Klage zu erheben. Eine Lehrmeinung geht davon aus, dass, wenn die Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls nicht beglichen wird, nachdem der Gläubiger eine Arrestanordnung erwirkt hat, das direkte Konkursverfahren gemäß Art. 177 I 4 tSchKG nicht eingeleitet werden sollte⁷⁰. Da die Forderung durch den Arrest gesichert ist, sollte nach dieser Ansicht der Konkurs des Schuldners nicht beantragt werden, ebenso wenig wie bei der Zwangsvollstreckung in das Pfandrecht. Trotz dieser Sicherheit wäre es nicht im Interesse des Gläubigers, sondern für ihn nachteilig, den Schuldner in Konkurs gehen zu lassen und sein gesamtes Vermögen zu verwerten⁷¹. Die vorsorglich beschlagnahmten Güter werden ohne Vorrecht in die Konkursmasse aufgenommen und der Erlös wird an alle Gläubiger verteilt. In diesem Fall besteht die Gefahr, dass der Gläubiger, der den Arrest erwirkt hat, nicht alle seine Forderungen erhält. Nach dieser Auffassung kann der Gläubiger den Konkurs des Schuldners nur dann beantragen, wenn das vorsorglich beschlagnahmte Vermögen zur Befriedigung der Forderung nicht ausreicht, was dem Zweck des Konkursverfahrens entspricht⁷². Unseres Erachtens kann ein Arrest nicht als ein Hindernis für den Gläubiger angesehen werden, den direkten Konkurs des Schuldners zu beantragen. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Arrest kein Rechtsschutz ist, der dem Gläubiger die Befriedigung seiner Forderung ermöglicht. In diesem Sinne stellt sie keine Garantie zugunsten des Gläubigers dar. Vielmehr hält der Arrest den Weg zur Beitreibung der Forderung offen und sichert den erfolgreichen Abschluss des Verfahrens und die Befriedigung des Gläubigers⁷³. Mit anderen Worten: Das Vollstreckungs- oder Konkursurteil wird durch den Arrest mit Inhalt gefüllt⁷⁴. Die durch den Arrest geschaffene Sicherheit bezieht sich auf das Ergebnis des Pfändungs- oder Konkursverfahrens, das bei Ausübung der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers durchgeführt wird. Der Gläubiger kann seine Befugnis, Pfändung oder Konkurs zu beantragen, je nach den Umständen des Einzelfalls frei ausüben. Die Tatsache, dass der Gläubiger einen Arrestantrag gestellt hat, bevor das Ersetzungsbefugnis des Gläubigers entstanden ist, begründet keine Vermutung oder Verpflichtung, dass der Gläubiger von seinem Ersetzungsbefugnis Gebrauch machen wird, wenn die Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls nicht beglichen wird. Es ist sogar möglich, dass der Gläubiger, dessen Arrestantrag bewilligt wurde, im Rahmen des Nachtragsverfahrens einen Konkursantrag stellt⁷⁵. In diesem Fall hat der Gesetzgeber dem Gläubiger den Weg zum Konkurs nicht mit der Begründung versperrt, dass die Forderung des Gläubigers gesichert sei. Nach alledem kann der Gläubiger, der einen Arrest erwirkt hat, wegen Nichtzahlung der Forderung trotz Vorliegens eines Vollstreckungsbefehls direkt die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragen. Zahlt der Schuldner trotz des Vollstreckungsbefehls nicht, so gilt für die Fortsetzung des Verfahrens das Dispositionsmaxime. Von dieser Ersetzungsbefugnis kann der

⁷⁰ Rüzgaresen, s. 195, 196.

⁷¹ Rüzgaresen, s. 196.

⁷² Rüzgaresen, s. 196.

⁷³ Özekes, Muhammet. İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 13 ff.

⁷⁴ Üstündağ, 2004, s. 475.

⁷⁵ ausf. Özekes, 1999, s. 387 ff.

Gläubiger auch dann Gebrauch machen, wenn er im Betreibungsbegehren auf Durchführung der Vollstreckung mit Vollstreckungsbefehl erklärt hat, dass er die Zwangsvollstreckung wünscht⁷⁶. Nach Ablauf der im Vollstreckungsbefehl genannten Zahlungsfrist soll der Gläubiger dem Vollstreckungsamt mitteilen, welches der beiden Rechtsmittel - Zwangsvollstreckung oder Konkurs - er vorzieht⁷⁷. Das Vollstreckungsamt kann das Vermögen des Schuldners nicht von Amts wegen pfänden, ohne dass der Gläubiger einen Pfändungsantrag gestellt hat. Ebenso ist es nicht möglich, den direkten Konkurs des Schuldners zu beschließen, es sei denn, der Gläubiger stellt beim Handelsgericht einen Antrag auf Konkurseröffnung. Macht der Gläubiger von seiner Ersetzungsbefugnis zur Pfändung des Vermögens des Schuldners Gebrauch, so gelten für die Pfändung, den Verkauf und die Auszahlung des Geldes die Vorschriften über die Vollstreckung ohne Gerichtsurteil. Das Verfahren im Falle eines direkten Konkursantrags durch den Gläubiger wird nachstehend erläutert⁷⁸.

4. Versäumnis des Schuldners, eine Entscheidung über die Einstellung oder den Aufschub der Zwangsvollstreckung zu beantragen

Der Schuldner kann sich der Vollstreckung mit Gerichtsurteil nicht widersetzen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich der Schuldner dem Verfahren in keiner Weise widersetzen kann. Bei Vorliegen bestimmter, im Gesetz aufgeführter Gründe kann der Schuldner den Fortgang und den Abschluss des Verfahrens verhindern, indem er einen Aufschub der Vollstreckung (Art. 33 und Art. 33/a tSchKG) oder eine Einstellung der Vollstreckung⁷⁹ (Art. 36 tSchKG) beantragt⁸⁰. Die Entscheidung über den Aufschub der Zwangsvollstreckung kann von zwei Behörden getroffen werden, nämlich vom Vollstreckungsgericht und, wenn ein Wiederaufnahmeverfahren eingeleitet wurde, vom mit der Sache befassten Gericht. Die Voraussetzungen für die Entscheidung über den Aufschub der Zwangsvollstreckung sind unterschiedlich. In beiden Fällen ist es für den Schuldner jedoch schwierig, innerhalb von sieben Tagen eine Entscheidung über den Aufschub der Vollstreckung oder die Einstellung der Vollstreckung zu erwirken.

In Anbetracht des Verfahrens für den Aufschub oder die Einstellung der Vollstreckung sind sieben Tage eine sehr kurze Frist für diese Entscheidungen. Wenn der Schuldner jedoch innerhalb von sieben Tagen eine Entscheidung über den Aufschub der Vollstreckung oder die Einstellung der Vollstreckung erwirkt, wird die Vollstreckung mit Gerichtsurteil zugunsten des Schuldners eingestellt, so dass kein Konkursgrund gemäß Art. 177 I 4 tSchKG eintritt.

Erwirkt der Schuldner nicht innert sieben Tagen die Einstellung oder den Aufschub der Vollstreckung, sondern erst nach Ablauf dieser Frist, so kann der Gläubiger nach Art. 37 und Art. 177 I 4 tSchKG die Konkurseröffnung über den Schuldner verlangen, weil die Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls nicht bezahlt worden ist.

⁷⁶ Kuru, 1993, s. 2644; Rüzgaresen, s. 180.

⁷⁷ Rüzgaresen, s. 180.

⁷⁸ Siehe unten. IV.

⁷⁹ Obwohl die Überschrift von Art. 36 tSchKG „die Frist für den Aufschub der Vollstreckung“ lautet, ist die Verwendung des Begriffs „Aufschub der Vollstreckung“ hier terminologisch problematisch. Es handelt sich nämlich um einen völlig anderen Sachverhalt als bei dem Aufschub der Vollstreckung, die in Art. 33 tSchKG geregelt ist. Es wäre daher angemessener, den Begriff „Einstellung der Vollstreckung“ im Sinne von Art. 36 tSchKG zu verwenden. ders. Atal/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 444.

⁸⁰ Özekes, Muhammet. “İcranın Geri Bırakılması Hakkında (İcra ve İflas Kanunu m. 36) 7343 S. K. İle Yapılan Değişiklikler ve Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 7, S. 2022/2, s. 61 ff; Köle, Mehmet. İlamlı İcra Takibinde İcra Mahkemesi Tarafından İcranın Geri Bırakılması, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 30 ff; Atal/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 444, 445.

Hat der Gläubiger die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Schuldners beantragt, weil der Schuldner trotz eines Vollstreckungsbefehls seine Schuld nicht beglichen hat, so kann der Schuldner beim Vollstreckungsgericht nicht mehr den Aufschub der Vollstreckung gemäß Art. 33 und Art. 33/a tSchKG beantragen⁸¹. In diesem Fall kann der Schuldner die Forderung nur vor dem Handelsgericht geltend machen, bei dem die Konkursforderung angemeldet wurde.

Das Handelsgericht, das den Konkursantrag prüft, sollte in den Fällen, in denen eine Einstellung der Vollstreckung des Urteils, das der Vollstreckung zugrunde liegt, gewährt wurde, eine Entscheidung über die Aussetzung des Verfahrens für das rechtskräftige Urteil erlassen⁸². In diesem Fall erlässt das Handelsgericht einen Konkursbefehl, wenn das Berufungsgericht die Berufung des Schuldners in der Sache endgültig zurückweist oder wenn der Kassationsgerichtshof das Urteil bestätigt. Gibt das Berufungsgericht der Berufung statt oder hebt der Kassationsgerichtshof das Urteil auf und entscheidet das erstinstanzliche Gericht, die Klage abzuweisen, muss das Handelsgericht den Konkursantrag abweisen. In diesem Fall wird nämlich festgestellt, dass der Schuldner nicht wirklich ein Schuldner ist.

Wenn der Schuldner gerichtliche Maßnahmen ergreift, ohne die Einstellung der Zwangsvollstreckung zu erwirken, setzt das Handelsgericht die Verhandlung über die Konkursforderung fort. Gibt jedoch das Berufungsgericht der Berufung statt, bevor die Entscheidung über den Konkurs ergangen ist, oder hebt der Kassationsgerichtshof das Urteil auf, und beschließt das Gericht, bei dem das Urteil ergangen ist, die Klage abzuweisen, und wird diese Entscheidung rechtskräftig, so wird der Konkursantrag abgewiesen. Tritt dieser Fall ein, nachdem die Entscheidung über den Konkurs getroffen wurde, so wird das Liquidationsverfahren ausgesetzt und nach Rechtskraft der Entscheidung hebt das Handelsgericht die Entscheidung über den Konkurs auf und nimmt das Konkursverfahren wieder auf⁸³.

IV. VERFAHREN FÜR DIE ANWENDUNG VON ART. 177 I 4 TSCHKG

Wird die Urteilsschuld trotz des Vollstreckungsbefehls nicht bezahlt, kann das Vermögen des Schuldners gemäß Art. 37 des tSchKG gepfändet oder der Konkurs beantragt werden, sofern der Schuldner eine konkursfähige Person ist. Dieser direkte Konkursgrund, der in Art. 177 I 4 tSchKG geregelt ist, tritt ein, wenn der Schuldner trotz Vollstreckungsbefehls die Schuld nicht innerhalb von sieben Tagen begleicht. In diesem Fall sind einige Fragen bezüglich des Verfahrens zur Beantragung des Konkurses zu beantworten.

Nach Art. 177 I 4 tSchKG stellt sich zunächst die Frage, wer den Konkurs beantragt, wenn ein direkter Konkursgrund vorliegt. Wie bereits erwähnt, besteht eine Ersetzungsbefugnis des Gläubigers, wenn die Schuld trotz Vollstreckungsbefehls nicht bezahlt wird. Ohne diese Ersetzungsbefugnis des Gläubigers kann das Vollstreckungsorgan das Verfahren nicht fortsetzen. Im Vollstreckungsrecht gilt nämlich grundsätzlich die Dispositionsmaxime, und das Vollstreckungsorgan kann nicht von sich aus tätig werden⁸⁴. Will der Gläubiger von seiner Ersetzungsbefugnis Gebrauch machen, den Konkurs des Schuldners zu ersetzen, muss er dies beantragen. In diesem Fall ist gemäß Art. 177 I 4 tSchKG die Person, die den Konkurs beantragen kann, der Gläubiger der Vollstreckung mit Gerichtsurteil⁸⁵. Andere Gläubiger des Schuldners können wegen Nichtzahlung trotz Vollstreckungsbefehls keinen Konkursantrag stellen. Andere Gläubiger können den Konkurs des Schuldners wegen

⁸¹ Rüzgaresen, s. 184; Köle, s. 56; Kuru, 1993, s. 2771; Kuru, 2013, s. 1149.

⁸² Siehe oben. III, A. 3.

⁸³ Kuru, 1993, s. 2771; Rüzgaresen, s. 184; Kırtıloğlu, s. 51.

⁸⁴ Özkes, Muhammet. *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 71 ff.

⁸⁵ Berkin, s. 179; Yılmaz, s. 935; Atalay, s. 33; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 597; Rüzgaresen, s. 192; Muşul, s. 743.

Zahlungseinstellung nur dann beantragen, wenn die Nichtzahlung der Schuld durch den Schuldner trotz Vollstreckungsbefehls weit verbreitet ist.

Wird die Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls nicht beglichen, muss der Gläubiger, der von seiner Ersetzungsbefugnis zum Konkurs Gebrauch machen will, beim Handelsgericht des Ortes, an dem sich der Sitz des Schuldners befindet, einen Antrag zu stellen, in dem die Tatsachen, auf die sich der Konkursgrund stützt, klar darzulegen sind. Art. 177 I 4 tSchKG enthält keine Regelung über die Frist, innerhalb derer ein Konkursantrag gestellt werden kann. Daher ist zunächst die Frist zu untersuchen. Die Befugnis des Gläubigers, einen Konkursantrag zu stellen, entsteht nach Ablauf der siebentägigen Frist, die dem Schuldner im Vollstreckungsbefehl für die Bezahlung der Schuld eingeräumt wurde. Da das Gesetz keine Höchstfrist für die Anmeldung einer Konkursforderung durch den Gläubiger vorsieht, gibt es in diesem Fall keine andere Möglichkeit als die Anwendung der allgemeinen Verjährungsfrist von zehn Jahren. Es wäre jedoch unbillig, den Gläubiger zehn Jahre lang dem Risiko auszusetzen, von seiner Befugnis Gebrauch zu machen, eine Forderung im direkten Insolvenzverfahren anzumelden. Außerdem ist eine lange Frist für die Anmeldung von Forderungen im direkten Konkursverfahren, die in Kauf genommen wird, damit der Gläubiger seine Forderungen schneller betreiben kann, mit dem Zweck des Rechtsinstituts unvereinbar⁸⁶. Aus diesem Grund sollte durch eine Gesetzesänderung eine Höchstfrist festgelegt werden, innerhalb derer der Gläubiger das direkte Konkursverfahren beantragen kann. Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang Art. 156 IV tSchKG. Nach dieser Vorschrift erlischt im allgemeinen Konkursverfahren das Konkursantragsrecht ein Jahr nach Zustellung des Zahlungsbefehls. Mit der entsprechenden Änderung soll akzeptiert werden, dass der Gläubiger innerhalb eines Jahres nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls direkter Konkursantrag stellen kann⁸⁷.

Eine Lehrmeinung geht davon aus, dass Art. 177 I 4 tSchKG, obwohl er unter der Überschrift der direkten Konkursfälle geregelt ist, in Wirklichkeit ein allgemeines Konkursverfahren darstellt⁸⁸. Nach dieser Ansicht kann Art. 177 I 4 tSchKG nicht als Konkursgrund herangezogen werden, es sei denn, gegen den Schuldner wird ein Vollstreckungsverfahren eingeleitet und der Schuldner erfüllt nicht innerhalb von sieben Tagen die Anforderungen des zugestellten Vollstreckungsbefehls. Dieser Auffassung kann unseres Erachtens nicht zugestimmt werden. Der Ablauf des allgemeinen Konkursverfahrens ist in den Artikeln 154 ff. tSchKG geregelt. Um einen Konkurs im Rahmen von Art. 177 I 4 tSchKG zu beantragen, muss zunächst eine Vollstreckung mit Gerichtsurteil eröffnet werden. Dieses Verfahren unterscheidet sich jedoch gänzlich von dem in den Artikeln 154 ff. tSchKG geregelten Verfahren. Es kann nicht der Wille des Gläubigers sein, der die Vollstreckung mit Gerichtsurteil einleitet, gleich zu Beginn des Verfahrens den Konkurs des Schuldners zu beantragen. Im vorliegenden Fall wird der Schuldner im Vollstreckungsbefehl nicht einmal darauf hingewiesen, dass bei Nichtbezahlung der Schuld Konkursantrag gestellt werden kann. Da der Schuldner keinen Vollstreckungsbefehl mit Konkursandrohung erhält, hat der Gesetzgeber die Nichtzahlung der Schuld trotz Vollstreckungsbefehls als eigenen direkten Konkursgrund angesehen⁸⁹. Wie bei den anderen direkten Konkursgründen ist der Konkursgrund gemäß Art. 177 I 4 tSchKG und den Konkurs die Nichtzahlung der Schuld. Daher ist der Konkursgrund nach Art. 177 I 4 tSchKG nicht als allgemeiner Konkursgrund anzusehen, auch wenn zuvor eine Vollstreckung mit Gerichtsurteil stattgefunden hat. Andernfalls ist das allgemeine Insolvenzverfahren anzuwenden, das sich vom direkten Konkursverfahren unterscheidet.

⁸⁶ Rüzgaresen, s. 193.

⁸⁷ Rüzgaresen, s. 182.

⁸⁸ Rüzgaresen, s. 194 ff.

⁸⁹ Kuru, İcra ve İflas Hukuku III, s. 2768; Atalay, s. 32.

Der allgemeine Konkurs besteht aus dem Konkursverfahren und der Konkursklage. Zahlt der Schuldner seine Schulden trotz Zahlungsbefehls nicht, erhebt er Rechtsvorschlag oder bleibt er untätig, so reicht der Gläubiger beim Handelsgericht des Ortes, an dem der Schuldner seinen Sitz hat, eine Konkursklage ein⁹⁰. Liegt einer der Gründe für einen direkten Konkurs vor, so ist das Verfahren, das das Handelsgericht mit dem Konkursantrag des Schuldners, der dem Konkurs unterliegt, einleitet, ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gemäß Art. 382 II 2 tZPO⁹¹. Trotz dieser eindeutigen gesetzlichen Regelung ist in der Lehre umstritten, welches Verfahren bei einem direkten Konkurs anzuwenden ist. Eine Lehrmeinung geht davon aus, dass insbesondere im Rahmen des Art. 177 I 4 tSchKG, da das Konkursverfahren ein kontradiktorisches Verfahren ist, in diesem Fall nicht von einer freiwilligen Gerichtsbarkeit gesprochen werden kann⁹². Die andere Lehrmeinung geht hingegen davon aus, dass der Direktkonkurs eine freiwillige Gerichtsbarkeit ist⁹³. Nach dieser Ansicht besteht in der Regel kein Streit über das materielle Recht zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner in Bezug auf den in Art. 177 I 4 tSchKG geregelten Konkursgrund. Unseres Erachtens enthalten viele Fälle, die als freiwillige Gerichtsbarkeit im Sinne von Art. 382 II tZPO anerkannt sind, keine Fälle der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Mit anderen Worten: Nicht jede freiwillige Gerichtsbarkeit, die unter diesen Artikel fällt, ist wirklich freiwillig. Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG beantragt der Gläubiger den Konkurs, weil er dieses Recht nicht erlangen konnte, obwohl durch ein Urteil festgestellt wurde, dass sein subjektives Recht verletzt wurde. Daher kann in diesem Fall nicht gesagt werden, dass die Kriterien des Nichtvorliegens eines Rechtsstreits und des Nichtvorliegens eines Rechts erfüllt sind. In diesem Fall handelt der Richter auch nicht von Amts wegen. Aus diesen Gründen ist der Konkurs wegen Nichtzahlung der Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls *de lege feranda* eine Angelegenheit der streitigen Gerichtsbarkeit. Unserer Meinung nach sind nur die Fälle, in denen der Schuldner seinen eigenen Konkurs beantragt, als freiwillige Gerichtsbarkeit zu betrachten. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass es nicht erforderlich ist, nach weiteren Kriterien zu suchen, um festzustellen, ob es sich bei den in Art. 382 II tZPO aufgeführten Angelegenheiten um Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt. Mit anderen Worten *de lege lata* sind die in dieser Vorschrift genannten Angelegenheiten auch dann als Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu qualifizieren, wenn sie keines der in Art. 382 I tZPO genannten Kriterien erfüllen⁹⁴. Daher ist Art. 385 tZPO, der das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit regelt, auch hier entsprechend anwendbar. Das Vollstreckungs- und Konkursgesetz regelt das Verfahren der direkten Konkursprüfung nicht gesondert. Art. 181 tSchKG verweist jedoch auf einige Artikel, die im Rahmen des allgemeinen Konkursverfahrens erlassen wurden (Artikeln 159, 160, 164, 165, 166 tSchKG) und bestimmt, dass diese auf die direkte Konkursprüfung anzuwenden sind.

⁹⁰ Obwohl in den Bestimmungen des tSchKG, die das Konkursverfahren regeln, sowohl die Begriffe „Klage“ als auch „Antrag“ verwendet werden, ist der Konkursantrag des Schuldners im Konkursverfahren als streitige Gerichtsbarkeit und damit als Klage anzusehen. Im Konkursverfahren wird die Forderung des Gläubigers festgestellt, aber es wird keine Entscheidung über die Zahlung der Forderung getroffen. Die Entscheidung im Konkursverfahren hat den Charakter eines Gestaltungsurteils, das den Konkurs des Schuldners zur Folge hat. Das Konkursverfahren wird in einem vereinfachten Verfahren durchgeführt. İflas davasında basit yargılama usulü uygulanır. Zur Konkursklage und Diskussionen über ihre Rechtsnatur, siehe. Özbek, Mustafa S. “İflâs Davasının Hukukî Mahiyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 1, 2012, 208 vd; s. Kuru, 2013 s. 1113 vd; Kuru, 1993, s. 2667 vd; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 545 vd; Kırtıloğlu, s. 75 vd; Aşık/ Oruç/ Tok/ Saçar, s. 545 ff.

⁹¹ Zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, siehe. Kuru, Baki. Nizasız Kaza, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961, s. 5 ff.

⁹² Umar, Bilge. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 1124; Atalay, s. 91; Kırtıloğlu, s. 90.

⁹³ Budak, Ali Cem. Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 117.

⁹⁴ Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, 6. Bası, Ankara, 2023, s. 595.

Ein weiterer wichtiger Unterschied zwischen dem allgemeinen Konkursverfahren und dem direkten Konkursverfahren besteht in Bezug auf den Depotbeschluss. Im allgemeinen Konkursverfahren erlässt das Handelsgericht einen Depotbeschluss gegen den Schuldner, wenn der Schuldner dem Zahlungsbefehl nicht widersprochen hat oder wenn der Schuldner gegen den Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag erhoben hat, aber festgestellt wurde, dass die Gründe für den Rechtsvorschlag nicht vorliegen⁹⁵. Dabei wird der Schuldner oder sein Rechtsanwalt, der ihn im Konkursverfahren vertreten hat, aufgefordert, seine Schuld samt Zinsen und Vollstreckungskosten innerhalb von sieben Tagen zu begleichen oder den Betrag bei der Gerichtskasse zu hinterlegen. Kommt der Schuldner dem Depotbeschluss nicht nach, so wird bei der ersten Gerichtsverhandlung der Konkurs eröffnet⁹⁶. Art. 181 tSchKG enthält jedoch keinen Verweis auf die Bestimmung des Artikels 158 tSchKG, die den Depotbeschluss regelt. Der Gesetzgeber hat nämlich keinen Nutzen in der Anwendung des Depotbeschlusses im direkten Konkursverfahren gesehen und sieht kein Ergebnis darin, dem Schuldner, gegen den ein direkter Insolvenzgrund vorliegt, die Frist des Depotbeschlusses zu gewähren⁹⁷. Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG ordnet das Gericht daher im Falle des direkten Konkurses den Konkurs des Schuldners an, ohne dem Schuldner einen Depotbeschluss zu erteilen, sofern alle anderen Bedingungen erfüllt sind. Der Grund hierfür liegt darin, dass der Schuldner trotz des Vollstreckungsbefehls die Forderung nicht bezahlt hat, die von einem Urteil abhängt, das die Merkmale der absoluten Wahrheit aufweist. Da der Gesetzgeber dem Schuldner in dieser Situation keine neue Möglichkeit zur Vermeidung des Konkurses einräumen wollte, hat er die Nichtzahlung der titulierten Forderung trotz Vollstreckungsbefehls im Rahmen des direkten Konkursverfahrens geregelt. Wie wir jedoch bereits festgestellt haben⁹⁸, sollte Art. 177 I 4 tSchKG aufgrund seines schwerwiegenden Eingriffs in die Grundrechte des Schuldners überdacht werden. Wenn der Gesetzgeber den Artikel beibehalten will, wäre es angebracht, Maßnahmen zu ergreifen, um die Bedingungen und das Verfahren des Konkurses wegen Nichtbezahlung der Schulden trotz Vollstreckungsbefehls zu mildern. In diesem Zusammenhang kann der Erlass eines Depotbeschlusses als eine *de lege feranda* Möglichkeit im Falle eines direkten Konkurses angesehen werden.

Stellt der Gläubiger beim Handelsgericht einen Konkursantrag gemäß Art. 177 I 4 tSchKG, so wird der Konkursantrag gemäß Art. 166 II tSchKG bekannt gemacht. Obwohl aus dem Wortlaut des Gesetzes hervorgeht, dass die öffentliche Bekanntmachung sofort nach dem Konkursantrag des Gläubigers zu erfolgen hat, muss das Gericht vor der öffentlichen Bekanntmachung die Fragen von Amts wegen prüfen und Interessenabwägung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner berücksichtigen. In diesem Fall hat das mit dem Konkursantrag befasste Gericht zunächst die Verfahrensvoraussetzungen zu prüfen und von Amts wegen festzustellen, ob der Schuldner konkursfähig ist⁹⁹. Liegen in diesen Punkten keine Mängel vor, hat das Gericht zu prüfen, ob der geltend gemachte Konkursgrund tatsächlich vorliegt. Liegen in diesen Punkten keine Mängel oder Problem vor, so hat das Gericht den Konkursantrag öffentlich bekannt zu machen. Die Gläubiger können innerhalb von 15 Tagen nach Zustellung des Konkursantrags Einspruch gegen die Prüfung erheben und beim Gericht die Abweisung des Antrags mit der Begründung beantragen, dass kein Konkursgrund vorliegt. In diesem Fall ist die den Gläubigern eingeräumte Beitrittsmöglichkeit nicht als Nebenintervention zu verstehen. In den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist eine Nebenintervention nicht möglich¹⁰⁰.

⁹⁵ In der SchKG gibt es keine Regelung zum Depotbeschluss.

⁹⁶ Çağan, Tahir. “İflas Davalarında Depo Kararına Dair”, BATİDER, C. 14, S. 1, 1987, s. 3 vd; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 549.

⁹⁷ Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 600.

⁹⁸ Siehe oben. II.

⁹⁹ Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 567.

¹⁰⁰ Pekcanitez, Hakan. Medenî Usul Hukukunda Feri Müdahale, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1992, s. 198 und 200; Budak, s. 113.

Die in den genannten Bestimmungen vorgesehenen Voraussetzungen für die Intervention sind daher nicht erforderlich¹⁰¹. In Lehre¹⁰² und Praxis¹⁰³ ist anerkannt, dass ein solcher Intervention in Form eines Hauptintervention erfolgen kann. Unseres Erachtens kann in diesem Fall jedoch nicht von einer Hauptintervention gesprochen werden, da kein Klageverfahren anhängig ist und die Gläubiger kein Leistungs-, Feststellungs- oder Gestaltungsurteil beantragen, da die freiwillige Gerichtsbarkeit nicht in die streitige Gerichtsbarkeit umgewandelt wird¹⁰⁴. Da in der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Untersuchungsmaxime gilt, kann das Gericht jede Partei anhören, die es für erforderlich hält. Aus all diesen Gründen unterscheidet sich die Intervention in diesem Fall von der Nebenintervention und der Hauptintervention und ist als eine Möglichkeit für die Gläubiger anzusehen, sich am Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu beteiligen¹⁰⁵.

Nach Eingang des Konkursantrags kann das Handelsgericht jederzeit über die zur Wahrung der Gläubigerinteressen erforderlichen Sicherungsmaßnahmen entscheiden. Das Gericht verlangt vom Gläubiger, der den Konkursantrag gestellt hat, einen Vorschuss für die Kosten bis zur ersten Gläubigerversammlung und für die Zustellungskosten der Rechtsmittel gegen den Konkursentscheid. Dadurch wird verhindert, dass sich das Konkursverfahren in die Länge zieht. Wenn diese Kosten nicht im Voraus bezahlt werden, kann das Gericht keine Konkursentscheidung erlassen, auch wenn die anderen Voraussetzungen erfüllt sind. Wurde das Konkursurteil jedoch ohne Zahlung der Kosten erlassen, müssen die erforderlichen Verfahren durchgeführt und die Kosten aus den beim Justizministerium zu beantragenden Mitteln gedeckt werden¹⁰⁶.

Der Konkurs wird durch das Urteil des Handelsgerichts am Ende der mündlichen Verhandlung eröffnet. Mit diesem Urteil wird der beklagte Schuldner zum Konkurschuldner. In diesem Urteil wird das Datum der Konkursöffnung mit Tag, Stunde und Minute angegeben. Von diesem Zeitpunkt an ist es nicht mehr möglich, den Konkurs durch Zahlung des Schuldners unter Vorbehalt der Fortsetzung des Verfahrens und des Rechtsstreits, durch Rücknahme der Forderung oder durch Verzicht des Gläubigers auf die Forderung zu beseitigen. Der Konkurs kann nur gemäß Art. 182 tSchKG aufgehoben werden. Das Handelsgericht, das über den Konkurs entscheidet, stellt den Parteien seine begründete Entscheidung unverzüglich, spätestens innerhalb eines Monats, von Amts wegen zu. Das Gericht benachrichtigt auch das Konkursamt seines Bezirks, damit die Entscheidung an den erforderlichen Stellen bekannt gemacht wird.

Gegen den Konkursbeschluss des Handelsgerichts können die Parteien innerhalb von zehn Tagen nach Zustellung Berufung einlegen. Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts kann ebenfalls innerhalb von zehn Tagen nach Zustellung Revision eingelegt werden. Für Berufung und Revision gelten die einschlägigen Bestimmungen der Zivilprozessordnung. Auch gegen die Entscheidung über die Abweisung des Konkursantrags kann ein Rechtsmittel eingelegt werden. Stellt das Berufungsgericht nach Prüfung der Berufung fest, dass die Entscheidung des Handelsgerichts fehlerhaft ist, kann es diese Entscheidung nicht aufheben und selbst über den Konkurs entscheiden. In diesem Fall muss das Berufungsgericht den Fall an das Handelsgericht zurückverweisen. Die Entscheidung über den Konkurs kann nämlich nur vom Handelsgericht getroffen werden. Wenn der Kassationsgerichtshof auf die Berufung des Berufungsgerichts hin die Abweisungsentscheidung für ungerechtfertigt hält und sie

¹⁰¹ Kuru, 1993, s. 2787; Kuru, 2013, s. 1152; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 599.

¹⁰² ders. Kuru, 1993, s. 2787; Pekcantez, Feri Müdahale, s. 201.

¹⁰³ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, T. 21.4.1983, E. 1983/1933, K. 1983/3562, Lexpera, 15.02.2024.

¹⁰⁴ ders. Özekes, Muhammet. Medenî Usûl Hukukunda Aslı Müdahale, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995, s. 52; Budak, s. 120.

¹⁰⁵ Özekes, 1995, s. 53; Budak, s. 121.

¹⁰⁶ Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 553.

aufhebt, weil der Schuldner für insolvent erklärt werden sollte, sollte er die Akte direkt an das erstinstanzliche Gericht und nicht an das Berufungsgericht zurücksenden¹⁰⁷.

Die Einlegung eines Rechtsmittels gegen das Konkursurteil stellt kein Hindernis für die Konkursöffnung und die Bildung der Konkursmasse dar. Mit anderen Worten, obwohl die Entscheidung über den Konkurs noch nicht rechtskräftig ist, treten alle Bestimmungen und Folgen der Entscheidung in Kraft und die nächste Phase, die Liquidation des Konkurses, wird eingeleitet.

FAZIT

Die vorliegende Studie, die den direkten Konkursgrund nach Art. 177 I 4 tSchKG untersucht, kommt zu folgenden Ergebnissen:

1. Die Nichtzahlung der vollstreckbaren Forderung trotz des Vollstreckungsbefehls ist ein Konkursgrund, der im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs nicht enthalten ist. Auch im deutschen Recht gibt es keine solche Bestimmung. Im türkischen Recht wird aufgrund der Bedeutung, die der Stärke des Gerichtsurteils beigemessen wird, ein solcher Konkursgrund akzeptiert und die Vollstreckungsandrohung gegen die Urteilsschuldner maximiert. Dieser Artikel widerspricht jedoch sowohl dem Gedanken des Sozialstaats als auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und stört den Interessenausgleich zwischen Gläubiger und Schuldner. Aus diesem Grund sollte Art. 177 I 4 tSchKG als gesetzliche Regelung überdacht werden. Die Beibehaltung von Art. 177 I 4 tSchKG steht nicht im Einklang mit *de lege feranda*. Wenn der Gesetzgeber den Artikel beibehalten will, wäre es angebracht, Maßnahmen zu ergreifen, um die Bedingungen und das Verfahren des Konkurses wegen Nichtbezahlung der Schulden trotz Vollstreckungsbefehls zu mildern.

2. Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG kann eine Person nur dann für zahlungsunfähig erklärt werden, wenn sie der Schuldner einer Vollstreckung mit Gerichtsurteil und gleichzeitig eine Person ist, die dem Konkurs unterliegt. Darüber hinaus müssen bestimmte Voraussetzungen hinsichtlich des Gerichtsurteils und der Vollstreckung gleichzeitig vorliegen.

3. Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG muss die Forderung Gegenstand eines Gerichtsurteils sein, um den direkten Konkurs zu beantragen. Wenn die Forderung einem der Urteilssurrogate unterliegt, die für die Vollstreckung mit Gerichtsurteil privilegiert sind, kann der Schuldner gemäß Art. 177 I 4 tSchKG nicht zum direkten Konkurs angemeldet werden.

4. Ein Antrag auf Konkursöffnung wegen Nichtzahlung der Schuld trotz Vollstreckungsbefehls ist nur möglich, wenn der Gegenstand des Urteils eine Geld- oder Sicherheitsleistung ist. Handelt es sich bei dem Gegenstand des Gerichtsurteils nicht um Geld oder Sicherheitsleistung, so ändert die gesetzlich vorgeschriebene Umwandlung der Leistung in Geld nichts an dieser Regel.

5. Für die Anwendbarkeit des Art. 177 I 4 tSchKG ist es nicht erforderlich, dass das der Vollstreckung zugrunde liegende Gerichtsurteil rechtskräftig ist. Das Handelsgericht, das den Konkursantrag prüft, sollte in den Fällen, in denen ein Aufschub der Vollstreckung des Urteils, das der Vollstreckung zugrunde liegt, gewährt wurde, eine Entscheidung über die Aussetzung des Verfahrens (präjudizielles Rechtsverhältnis) für das rechtskräftige Gerichtsurteil erlassen. Auf diese Weise kann der Erlass eines Konkursurteils trotz der Aufhebung des Urteils, das dem Vollstreckungsverfahren zugrunde liegt, verhindert werden. Es ist wichtig, eine gesetzliche Regelung für diese Lösung zu finden, die in der

¹⁰⁷ Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 554.

Praxis akzeptiert wird, um die Vorbehalte, die insbesondere in Bezug auf die Sicherheiten bestehen, auszuräumen.

6. Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG muss der Gläubiger zusätzlich zu den Bedingungen, die sich auf das Gerichtsurteil beziehen, eine Vollstreckung mit Gerichtsurteil eingeleitet haben, ein Vollstreckungsbefehl muss dem Schuldner im Rahmen dieses Verfahrens zugestellt werden, und der Schuldner darf die Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls nicht innerhalb von sieben Tagen bezahlen oder keine Entscheidung über Ruhen oder Aufschub des Verfahrens herbeiführen. Obwohl dies in den Bestimmungen von Artikel 24 und 32 tSchKG über den Vollstreckungsbefehl nicht vorgesehen ist, sollte bei Schuldnern, die dem Konkurs unterliegen, die Androhung der Konkursöffnung nach Artikel 37 tSchKG auch im Vollstreckungsbefehl vermerkt werden, wenn die Schuld nicht innert sieben Tagen beglichen wird.

7. Hat der Schuldner vor der Vollstreckung mit Gerichtsurteil einen Rechtsanwalt beauftragt, so ist der Vollstreckungsbefehl *de lege lata* dem Rechtsanwalt zuzustellen, während die Situation *de lege feranda* anders ist. Gemäß Art. 73 tZPO, der eine zwingende Vorschrift im Gegensatz zu Art. 32 des tSchKG darstellt, und dementsprechend gemäß der Vorschrift über die Zustellung an den Rechtsanwalt in Art. 11 des Zustellungsgesetzes muss der Vollstreckungsbefehl dem Rechtsanwalt zugestellt werden. Diese Situation ist jedoch in vielerlei Hinsicht problematisch, insbesondere im Hinblick auf die Anwendung strafrechtlicher Sanktionen für die Vermögensgegenstände und die Tatsache, dass der Adressat der Aufzeichnungen, die den Inhalt des Vollstreckungsbefehls bilden, der Schuldner selbst ist. Aus diesem Grund sollte die Zustellung des Vollstreckungsbefehls an den Schuldner als Ausnahme von der Regel der Zustellung an den Rechtsanwalt durch eine Gesetzesänderung zugelassen werden.

8. Der in Art. 177 I 4 tSchKG festgelegte Konkursgrund ist eindeutig, und dieser Grund ist die Nichtzahlung der auf dem Gerichtsurteil beruhenden Forderung trotz Aufforderung durch den Vollstreckungsbefehl. In diesem Fall wird dem Gläubiger des Vollstreckungsverfahrens eine Ersetzungsbefugnis erteilt. Die Annahme, dass der Schuldner, der trotz des Vollstreckungsbefehls die Schuld nicht fristgerecht begleicht, sondern die Vermögensgegenstände abgibt, sich nicht auf Art. 177 I 4 tSchKG berufen kann, führt dazu, dass dem Gläubiger die Ersetzungsbefugnis genommen wird.

9. Die Ausübung der Ersetzungsbefugnis durch den Gläubiger ist ein unwiderrufliches Gestaltungsrecht und erschöpft sich in der Ausübung der Befugnis durch den Gläubiger. Daher ist es dem Gläubiger nicht möglich, nach der Beantragung der Pfändung der Güter des Schuldners bei Nichtzahlung der Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls den direkten Konkurs zu beantragen. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Gläubiger in einem solchen Fall ein allgemeines (ordentliches) Konkursverfahren beantragen kann, indem er die Vollstreckung mit Gerichtsurteil nur einmal im Rahmen des Art. 43 II tSchKG aufgibt.

10. Arrest kann nicht als ein Hindernis für den Gläubiger angesehen werden, den direkten Konkurs des Schuldners zu beantragen. Die durch den Arrest geschaffene Sicherheit bezieht sich auf das Ergebnis des Pfändungs- oder Konkursverfahrens, das bei Ausübung der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers durchgeführt wird.

11. Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG ist die Person, die den Konkurs beantragen kann, der Gläubiger der Vollstreckung mit Gerichtsurteil. Andere Gläubiger können den Konkurs des Schuldners wegen Zahlungseinstellung nur dann beantragen, wenn die Nichtzahlung der Schuld durch den Schuldner trotz Vollstreckungsbefehls weit verbreitet ist.

12. Wird die Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls nicht beglichen, muss der Gläubiger, der von seiner Ersetzungsbefugnis zum Konkurs Gebrauch machen will, beim Handelsgericht des Ortes, an dem sich der Sitz des Schuldners befindet, einen Antrag zu stellen, in dem die Tatsachen, auf die sich der Konkursgrund stützt, klar darzulegen sind. Art. 177 I 4 tSchKG enthält keine Regelung über die Frist, innerhalb derer ein Konkursantrag gestellt werden kann. Durch eine Gesetzesänderung sollte eine Höchstfrist festgelegt werden, innerhalb derer der Gläubiger das direkte Konkursverfahren beantragen kann. Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang Art. 156 IV tSchKG. Nach dieser Vorschrift erlischt im allgemeinen Konkursverfahren das Konkursantragsrecht ein Jahr nach Zustellung des Zahlungsbefehls. Mit der entsprechenden Änderung soll akzeptiert werden, dass der Gläubiger innerhalb eines Jahres nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls direkter Konkursantrag stellen kann.

13. Um einen Konkurs im Rahmen von Art. 177 I 4 tSchKG zu beantragen, muss zunächst eine Vollstreckung mit Gerichtsurteil eröffnet werden. Dieses Verfahren unterscheidet sich gänzlich von dem in den Artikeln 154 ff. tSchKG geregelten Verfahren. Da der Schuldner keinen Vollstreckungsbefehl erhält, der eine Konkursandrohung enthält, hat der Gesetzgeber die Nichtzahlung der Schuld trotz Vollstreckungsbefehls als eigenen Grund für einen direkten Konkurs angesehen. Wie bei den anderen direkten Konkursgründen ist der Konkursgrund gemäß Art. 177 I 4 tSchKG und den Konkurs die Nichtzahlung der Schuld. Daher ist der Konkursgrund nach Art. 177 I 4 tSchKG nicht als allgemeiner Konkursgrund anzusehen, auch wenn zuvor eine Vollstreckung mit Gerichtsurteil stattgefunden hat.

14. Der Direktkonkurs im Sinne von Art. 177 I 4 tSchKG erfüllt nicht die Voraussetzungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Art. 382 I tZPO. Der Konkurs wegen Nichtzahlung der Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls ist eine Angelegenheit der streitigen Gerichtsbarkeit. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass es nicht erforderlich ist, nach weiteren Kriterien zu suchen, um festzustellen, ob es sich bei den in Art. 382 II tZPO aufgeführten Angelegenheiten um Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt. Daher ist Art. 385 tZPO, der das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit regelt, auch hier entsprechend anwendbar.

15. Ein wichtiger Unterschied zwischen dem allgemeinen Konkursverfahren und dem direkten Konkursverfahren besteht in Bezug auf den Depotbeschluss. Es gibt keinen Depotbeschluss für den Direktkonkurs. Wie wir jedoch bereits festgestellt haben, sollte Art. 177 I 4 tSchKG aufgrund seines schwerwiegenden Eingriffs in die Grundrechte des Schuldners überdacht werden. Wenn der Gesetzgeber den Artikel beibehalten will, wäre es angebracht, Maßnahmen zu ergreifen, um die Bedingungen und das Verfahren des Konkurses wegen Nichtbezahlung der Schulden trotz Vollstreckungsbefehls zu mildern. In diesem Zusammenhang kann der Erlass eines Depotbeschlusses als eine *de lege feranda* Möglichkeit im Falle eines direkten Konkurses angesehen werden.

16. Stellt der Gläubiger beim Handelsgericht einen Konkursantrag gemäß Art. 177 I 4 tSchKG, so wird der Konkursantrag gemäß Art. 166 II tSchKG bekannt gemacht. Obwohl aus dem Wortlaut des Gesetzes hervorgeht, dass die öffentliche Bekanntmachung sofort nach dem Konkursantrag des Gläubigers zu erfolgen hat, muss das Gericht vor der öffentlichen Bekanntmachung die Fragen von Amts wegen prüfen und Interessenabwägung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner berücksichtigen. Liegen in diesen Punkten keine Mängel oder Problem vor, so hat das Gericht den Konkursantrag öffentlich bekannt zu machen. Die Gläubiger können innerhalb von 15 Tagen nach Zustellung des Konkursantrags Einspruch gegen die Prüfung erheben und beim Gericht die Abweisung des Antrags mit der Begründung beantragen, dass kein Konkursgrund vorliegt. Die Intervention unterscheidet sich in diesem Fall von der Nebenintervention und der Hauptintervention und ist als eine

Möglichkeit für die Gläubiger anzusehen, sich am Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu beteiligen.

Interessenkonflikt

Es besteht kein Interessenkonflikt.

Beiträge der Autoren

Die Autoren haben keine Angaben zum Beitragssatz gemacht

LITERATURVERZEICHNIS

Ansay, Sabri Şakir. İcra ve İflâs Usulleri, Ankara, İstiklal Matbaası, Ankara, 1960.

Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel. İcra ve İflâs Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

Aşık, İbrahim/ Oruç, Yakup/ Tok, Ozan/ Saçar, Ömer Faruk. İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Atalay, Oğuz. Anonim Şirketlerin İflası, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1996.

Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin. İcra ve İflâs Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, (İcra).

Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin. Medenî Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, 6. Bası, Ankara, 2023, (Usûl).

Belgesay, M. Reşit. İcra ve İflâs Hukuku, C. I, Marifet Basımevi, İstanbul, 1945.

Berkin, Necmeddin B., İflâs Hukuku, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.

Budak, Ali Cem. Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.

Çağan, Tahir. “İflas Davalarında Depo Kararına Dair”, *BATİDER*, C. 14, S. 1, 1987, s. 3-21.

Çiftçi, Pınar. İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Ekecik, Şükran/ Duran, Osman. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Madde 73 Kapsamında İcra Emrinin Vekile Tebliğ Edilmesinin Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 649-683.

Ermenek, İbrahim. “İşsizlik Sigortası Kanununa Göre İşverenin Aczi ve Bunun İcra ve İflas Hukuku Bakımından Doğurduğu Sonuçlar (Ücret Garanti Fonu)”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan 2*, 2009, s. 167-198.

Ermenek, İbrahim. İflâsın Ertelenmesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

- Flockenhaus J, “ZPO § 804 Pfändungspfandrecht”, Zivilprozessordnung: ZPO, Ed. Hans-Joachim Musielak/ Wolfgang Voit, 20. Bası, Franz Vahlen, Münih, 2023, ZPO § 804 Rn.1-19.
- Gaul, Hans Friedhelm/ Deren-Yıldırım, Nevhis. İcra Hukuku Analizleri, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Göka, Emir. “Seçimlik Yarışma Kavramı ve Buna Duyulan İhtiyaç Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 72, Sy. 2, s. 881-947.
- Gören Ülkü, Nazlı. İcra Hukukunda Ödeme Emri, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2008.
- Gruber U. “ZPO § 804 Pfändungspfandrecht”, Münchener Kommentar zur ZPO, Ed. Wolfgang Krüger/Thomas Rauscher, C. 2, 6. Bası, C.H.BECK, Münih, 2020, ZPO § 804 Rn.1-50.
- Güneş, Derya Belgin. “Tebliğ Yokluğu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 74, S.1, 2016, s. 221-231.
- Gürdoğan, Burhan. “Kollektif Şirketin ve Ortaklarının İflası”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, Sy. 1, 1960, s.389-401.
- Kırtıloğlu, S. Serhat. İflâs Davası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Köle, Mehmet. İlamlı İcra Takibinde İcra Mahkemesi Tarafından İcranın Geri Bırakılması, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Kuru, Baki. İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Kuru, Baki. İcra ve İflâs Hukuku, C. III, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1993.
- Kuru, Baki. Nizasız Kaza, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961.
- Lüke, Gerhard. “Die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts”, *JuristenZeitung*, 1957, s. 239-243.
- Muşul, Timuçin. İcra ve İflâs Hukuku Esasları, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Özbek, Mustafa S. “İflâs Davasının Hukukî Mahiyeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, S. 1, 2012, 207-274.
- Özekes, Muhammet. “İcranın Geri Bırakılması Hakkında (İcra ve İflas Kanunu m. 36) 7343 S. K. İle Yapılan Değişiklikler ve Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 7, S. 2022/2, s. 57-78.
- Özekes, Muhammet. İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Özekes, Muhammet. İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999.
- Özekes, Muhammet. Medenî Usûl Hukukunda Aslî Müdahale, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995.
- Pekcanitez, Hakan. Anonim Ortaklıkların İflası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1991.
- Pekcanitez, Hakan. Medenî Usul Hukukunda Feri Müdahale, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1992.

- Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet. İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 10. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023.
- Postacıoğlu, İlhan E. İcra Hukuku Esasları, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Postacıoğlu, İlhan E. İflâs Hukuku İlkeleri, C. I, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1978.
- Rüzgaresen, Cumhuriyet. İflâs Sebepleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Sayhan, İsmet. Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Tanrıver, Süha. İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- Üçüncü, S. Hilal. “İcra ve İflas Kanunu M. 78/ I Hükmünün Alacaklı İle Borçlu Arasındaki Menfaat Dengesine Yansımaları”, *Ceren Damar Şenel II. Genç Bilim İnsanları Sempozyumu 4-5 Kasım 2021 Bildiri Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 729-745.
- Umar, Bilge. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Üstündağ, Saim. İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 2004.
- Üstündağ, Saim. İflas Hukuku, 8. Bası, Yayıncılık Matbaacılık, İstanbul, 2009.
- Uyar, Talih. “İcra Tebliğleri (İcra ve İflas Kanunu. 21)”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, 2013, s. 155-240.
- Yıldırım, M. Kamil. “İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.IV, S.1-3, 1989, s. 98-115.
- Yılmaz, Ejder. İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Yılmaz, Ejder/ Çağlar, Tacar. Tebligat Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

As New Class of Administrative Cases: Climate Change and the Issue of Legal Standing

Züleyha KESKİN *

¹ Yüzüncü Yıl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Türkiye

Article Info

Article History

Received: 30.10.2023

Accepted: 30.01.2024

Published: 18.07.2024

Keywords :

Administrative jurisdiction,
Standing to sue,
Violation of interest,
Climate change,
Legitimate-personal-actual
interest.

ABSTRACT

Coupled with the growing number of climate-related lawsuits worldwide and Türkiye's recent becoming a party to the Paris Climate Agreement, it is evident that the country will inevitably be confronted with an increased number of such cases in the years ahead. Considering that a significant proportion of climate-related cases arise from administrative authorities' failure to undertake the necessary regulatory and individual measures, it is reasonable to anticipate that the majority of these cases will be filed as annulment actions within the administrative court system. Administrative courts will face a host of challenges when reviewing these cases, encompassing both preliminary review requirements and substantive matters. One of the primary concerns during the preliminary review phase pertains to the legal standing of the applicants. Globally, these cases are often filed by younger generations and potential victims due to potential – uncertain harms that may occur in the future, regardless of the applicant's connection to the location. Acknowledging the relationship between the administrative action causing the violation and the interests of the plaintiffs is difficult, considering administrative case law. In Türkiye, it is not yet clear whether the necessary requirement of an interest violation for the acceptance of a climate case will be met. This study aims to examine the opportunities to address the issue of standing to sue, specifically violation interest in annulment actions related to climate change together with human rights issues. Therefore, claims that climate change litigation should make administrative justice more accessible to public interest cases and intergenerational justice will be discussed, considering the case law of administrative courts in environmental cases and the approaches of some national courts in climate cases.

Yeni Bir İdari Dava Türü Olarak İklim Değişikliği ve Menfaat İhlali Sorunu

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş Tarihi: 30.10.2023

Kabul Tarihi: 30.01.2024

Yayın Tarihi: 18.07.2024

Anahtar Kelimeler:

İdari yargı,
Menfaat ihlali,
İklim değişikliği davası,
Kişisellik-güncellik-meşruluk.

ÖZET

Dünya genelinde iklim davalarındaki artış, önümüzdeki yıllarda idare mahkemelerinin kaçınılmaz olarak bu davalarla daha fazla karşı karşıya kalacağını göstermektedir. İklim davalarının çoğunlukla idarenin düzenleyici ve birel işlemlerle gerekli önlemleri almaması sebebiyle açıldığı göz önüne alındığında, bu davaların çoğunun idare mahkemelerinde iptal davası olarak açılacağını söylemek yanlış olmaz. İdare mahkemeleri, öncelikle davayı ilk inceleme koşulları yönünden, daha sonra ise esas yönünden denetlerken bir dizi sorunu çözmek durumundadır. İlk inceleme aşamasındaki kilit konulardan biri, başvuranların dava ehliyetiyle ilgilidir. Bu davalar dünya genelinde çoğunlukla, genç nesiller ve potansiyel mağdurlar tarafından gelecekte gerçekleşmesi olası–belirsiz zararlar nedeniyle ve davacının bulunduğu yerle ilgisinden bağımsız olarak açılmaktadır. İhlale neden olacak idari işlem/eylem ile davacıların menfaatleri arasındaki ilişkiyi kabul etmek, idari yargı içtihatları göz önünde bulundurulduğunda zordur. Türkiye’de açılması muhtemel iklim davalarında,



davanın kabulü için gereken menfaat ihlali koşulunun sağlanıp sağlanamayacağı henüz net değildir. Bu çalışma, iklim değişikliğinin iptal davalarında menfaat ihlali konusunun insan hakları sorunlarıyla birlikte ele alma fırsatlarını irdelemeyi amaçlamaktadır. Bu sebeple iklim değişikliği davalarının idari yargı sisteminin kamu yararı davalarına ve nesiller arası adalete daha açık hale gelmesi gerektiği yönündeki savlar, idari yargının çevre davalarındaki içtihatlarıyla ve bazı ulusal mahkemelerin iklim davalarındaki yaklaşımlarıyla tartışmaya sunulacaktır.

To cite this article:

Keskin, Z. (2024). As New Class of Administrative Cases: Climate Change and the Issue of Legal Standing, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cumhuriyet'in 100'üncü Yılı Armağanı, 7(2), 463-480. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.126>

* zuleyhakeskin@yyu.edu.tr

INTRODUCTION

The quantity of lawsuits targeting states on the grounds of climate change are on the rise across the globe.¹ This surge can be attributed to international and national regulations, a mounting global apprehension about climate change-related perils, and an increasing public consciousness, collectively culminating in the genesis of a fresh category of legal actions.² These lawsuits frequently encompass claims associated with the enforcement of climate change legislation and policies. These legislations and policies encompass aspects such as the specification of national contributions, the formulation and oversight of emission thresholds for particular facilities, adjustments in zoning to limit fossil fuel terminals, and obligations linked to the promotion of renewable energy sources.³

The primary judicial arena for addressing actions against state entities for non-compliance with both national and international climate regulations is the administrative justice system. Within this framework, lawsuits can be initiated in administrative courts, alleging that individual acts such as permitting processes have increased greenhouse gas emissions, hindered participation in regulatory processes, and failed to make decisions that encompass adaptation to climate change and emission reduction factors. For this new class of litigation that will impact carbon-intensive sectors such as energy production and infrastructure projects, one of the most crucial issues from the perspective of administrative law is whether the conditions for standing, particularly the requirement of an injury to a legal interest (legal capacity), can be met by the plaintiffs. The opportunity to discuss the merits of climate-related cases hinges on the acceptance of standing based on a interest violation.

Critical questions regarding the relevance of "violation of interest" conditions revolve around whether each of these conditions contributes effectively to the justification of climate-related cases. Consequently, when assessing the role of administrative justice in climate litigation, it is imperative to analyze the challenges encountered in climate cases worldwide within the framework of the legal interest conditions as influenced by the precedents established in administrative justice cases related to environmental matters. Notably, a rights-based perspective is adopted in these cases across Europe, where the sheer number and diverse profile of plaintiffs classify these lawsuits as public interest cases

¹ A report published by UNEP shows that climate litigation is becoming more common and more successful around the world. See Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review, (Nairobi: United Nations Environment Programme (2020). <https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/34818>; For current cases, see climatecasechart.com and <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/publication/global-trends-in-climate-change-litigation-2023-snapshot/>.

² Tallat Hussain. "Climate change litigation: A new class of action", *White&Case*, November 2018, <https://www.whitecase.com/insight-our-thinking/climate-change-litigation-new-class-action>.

³ See generally Aydınoglu, Zeynep Nihal. *Türk Alman Hukukunda İdare Hukuku Boyutuyla Yenilenebilir Enerji Üretimi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

(actio popularis).⁴ In particular, future generations are acknowledged as potential victims of climate change.

In light of these challenges and considering administrative justice precedents and the global approach, it can be argued that there may be certain difficulties for plaintiffs in climate cases in Türkiye regarding the acceptability of standing based on the violation of legal interests and subsequent justifiability.

I. CLIMATE CHANGE ACTION AND VIOLATION OF INTEREST

The United Nations, in its comprehensive global climate litigation report⁵, characterizes climate change litigation as encompassing cases that address significant legal and factual issues related to climate change mitigation, adaptation, or climate science. According to the report, climate change lawsuits frequently center around key terms such as "climate change," "global warming," "global change," "greenhouse gas," and "rising sea levels". Furthermore, climate change cases are cases in which legal and factual issues related to climate change are brought to the fore, even though these keywords are not clearly stated in the cases.⁶

These lawsuits encompass various cases related to climate change issues. Climate change cases can be broadly categorized into two main groups:

Public Law Cases: These cases involve arguments rooted in human rights, constitutional law, and administrative law. They typically challenge governments and public authorities for failing to meet their commitments related to climate change mitigation and adaptation. This can include issues such as not taking sufficient actions to keep fossil fuels and carbon sinks underground.

Private Law Cases: These cases fall within the domain of tort law, consumer protection, corporate obligations, and liability. They address issues such as false and misleading information regarding the effects of climate change, "greenwashing" practices (i.e., misrepresenting environmental efforts), and climate disclosures, where companies may be held accountable for not disclosing relevant climate-related information.⁷

Climate change litigations in the field of public law typically stem from government inaction or inadequacy in setting targets and taking measures in accordance with national and international regulations, resulting in actual or potential harm and violations of rights. The primary legal foundations for climate lawsuits filed across Europe and pending before the European Court of Human Rights (ECtHR) are the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)⁸ and the Paris

⁴ See Gökalp Alica, Süheyla Suzan. "Çevrenin Korunmasına İlişkin İptal Davalarında Kişisel Menfaat Kavramı", *TBBD*, No. 139, 2018, p.169; Christian Schall. "Public Interest Litigation Concerning Environmental Matters before Human Rights Courts: A Promising Future Concept?", *J. Environ. Law*,

Vol. 20, No. 3, 2008, p.417-447; Julie H. Albers. "Human Rights and Climate Change: Protecting the Right to Life of Individuals of Present and Future Generations", *Secur. Hum. Rights*, Vol. 28, 2017, p.133.

⁵ *Global Climate Litigation Report*, at 6.

⁶ *Global Climate Litigation Report*, at 6. Based on this definition, we can describe some cases filed in Turkey as climate cases. See *37 termik santrali kapatma davası görüldü: Avukatları 'Cumhurbaşkanının yetkisi yok' dedi* (Cases for closing 37 thermal power plants were heard: Their lawyers said, 'there's lack of competence of the President's'). YEŞİL GAZETE, 17 March 2022. <https://yesilgazete.org/37-termik-santrali-kapatma-davasi-goruldu-avukatlari-cumhurbaskaninin-yetkisi-yok-dedi/#:~:text=Dokuz%20C3%A7evre%20C3%B6rg%C3%BC1%C3%BC%20ve%20Adana,%C4%B0dare%20Mahkemesi'nde%20e%C3%B6r%C3%BCld%C3%BC;> "Gençlerden Cumhurbaşkanı Erdoğan'a ve Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na İklim Davası: 'Gelecek Hakkımızı Koruyun'" (Young People's Climate Lawsuit Against President Erdoğan and the Ministry of Environment, Urbanisation and Climate Change: 'Protect Our Right to Future'). İKLİM HABER, 9 May 2023. <https://www.iklimhaber.org/genclerden-cumhurbaskani-erdogana-ve-cevre-sehircilik-ve-iklim-degisikligi-bakanligina-iklim-davasi-gelecek-hakkimizi-koruyun/>

⁷ See supra note 2; *Mallesons, Daisy/Sati Nagra. Climate Change Litigation - What is It and What to Expect?*, LEXOLOGY, (February 27, 2020), www.lexology.com; *Viola, Pasquale. Climate Constitutionalism Momentum: Adaptive Legal Systems*, Springer, 2022; *Orangias, Joseph. "Towards Global Public Trust Doctrines: an Analysis of The Transnationalisation of State Stewardship Duties"*, *Transnatl. Leg. Theory*, Vol. 12, No. 4, 2021, p.550; *Global Climate Litigation Report*, 3 et seq. On the issue that only the application of administrative and civil law provisions is insufficient for these actions that harm the environment and that these actions should be the subject of criminal law, see Maviş, Volkan. *Türk Ceza Kanunu'nda Çevreye Karşı Suçlar*, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, p.129-130.

⁸ Law No. 4990, 16.10.2003, Official Gazette 21.10.2003/25266.

Agreement,⁹ which aim to target greenhouse gas emissions.¹⁰

The purpose of climate change lawsuits is to compel administrative authorities responsible for the development and implementation of climate change legislation and policies to take preventive actions against the effects of climate change through legal means. The cases aimed at achieving this purpose in the administrative judiciary are annulment cases. An annulment action is an objective remedy aimed at rectifying a legal defect within the legal system and compelling the administration to adhere to the law. In these cases, the qualification of the plaintiff is of secondary importance, and instead, the focus is on establishing a violation of interest rather than a violation of rights. Due to the objective nature of annulment actions, the relationship between the violation of interest and the lawsuit is interpreted broadly to serve this purpose.¹¹

Although annulment actions are a type of legal remedy aimed at ensuring that the administration acts in accordance with the law, there is a requirement for a sufficient legal interest connection between the plaintiff and the lawsuit for the action to be accepted.¹² To be a party to an annulment action, plaintiffs must establish the condition of violation of interest (subjective capacity).¹³ While the concept of interest that defines the relationship between the administrative act and the person bringing the lawsuit can be interpreted differently in each case, judicial precedents generally require this interest to be *legitimate, personal, and actual* according to established principles.¹⁴

If the strict application of these judicial conditions for the violation of interest were to be applied in climate cases, it may render these cases unfeasible in administrative justice. Greenhouse gas emissions, which cause climate change, do not have immediate effects. The effects of climate change are not confined to a specific geographical area, and temporally, it is uncertain when they will occur and how long they will last. Despite numerous scientific studies on climate change, determining the effects of specific emissions and attributing them to a particular individual or group, time, event, harm, and geography remains a challenging task.

Climate change cases have a wide range of plaintiffs, including young generations, children, the elderly, migrants, indigenous populations, and NGOs. In such cases, plaintiffs may find it challenging to establish that their interests have been harmed and, therefore, struggle to initiate legal action. Indeed, establishing a direct connection between the actions and decisions of the administration and specific harms resulting from climate change is essential to satisfy the condition of violation of interest in annulment action.

⁹ The cases are based on the incompatibility and inadequacy of the goals set in these agreements with the country's goals. The basic norm on this issue is Article 2 of the Paris Agreement. The article sets out the goal of continuing efforts to “hold temperature increases well below 2 C⁰” compared to pre-industrial levels and to “limit the temperature increases to 1.5 C⁰.”

¹⁰ The basis of annulment actions in Türkiye will be international regulations, the United Nations Framework Convention on Climate Change and the Paris Climate Agreement, as well as some administrative regulations and law at the national level. Türkiye recently adopted the Paris Climate Agreement (see <https://iklim.gov.tr/paris-anlasmasi-i-34>, last visited 20.9.2023). After approval, Climate Change was added to the name of the Ministry of Environment and Urbanization. A Climate Change Directorate affiliated with the Ministry has been established (Official Gazette 24.05.2022/31845). Details of the Ministry's powers regarding the monitoring of greenhouse gas emissions, which are the leading cause of climate change, are regulated in the Regulation on the Monitoring of Greenhouse Gas Emissions. Similarly, the Regulation on the Prevention of Industrial Air Pollution aims to control emissions resulting from activities carried out in industry and energy production facilities.

¹¹ Council of State [Danıştay] General Assembly of the Council of State Administrative Case Chambers, May 5, 2000, E. 1999/390, K. 2000/761: “(...)Because annulment cases enable it to be determined whether administrative acts are in compliance with the law, to ensure the rule of law, thus to determine the administration's adherence to the law, and ultimately to realize the principle of the rule of law, the relationship of interest in these cases must be interpreted in line with this purpose. (...)”

¹² According to Article 14 of the Administrative Procedure Law (no 2577) [İdari Yargılama Usul Kanunu], at the first examination stage, it is evaluated whether the plaintiff meets the “legal capacity” condition. According to Article 15 of the Administrative Procedure Law, a decision must be made regarding the procedural rejection of the case of the plaintiff who is determined to not meet the qualification requirement in Article 14.

¹³ The concept of subjective legal standing/capacity derives its basis from Article 2 of the Administrative Procedure Law. GÜNDAY uses the expression “special capacity to file a lawsuit” instead of subjective capacity. See Metin Günday. *İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, p.231.

¹⁴ See Günday, at 231.

II. VIOLATION OF INTEREST IN CLIMATE CHANGE CASES

A. *Legitimate Interest: Is a Right-Based Approach Required?*

Legitimate interest is a benefit protected by the law. The harm to a protected interest is a prerequisite for meeting the "legitimacy" condition in bringing an annulment action in administrative justice. Legitimate interest is based on a general or specific legal situation derived from "the constitution, law, regulation, administrative custom, precedent, contract, or another administrative act."¹⁵

In environmental cases, the alleged violated interests often revolve around fundamental rights. There is an increasingly accepted notion that the environmental problems caused by climate change violate human rights.¹⁶ The primary argument in climate change cases pertains to the violation of the right to life and the right to respect for private life. The *Urgenda* case is considered to have successfully demonstrated the link between climate change and fundamental rights.¹⁷ In the *Urgenda* case, the Court of Appeal in The Hague found a violation of Article 2 (the right to life) and Article 8 (the right to respect for private and family life) of the European Convention on Human Rights (ECHR). Because the *Urgenda* ruling, the categories of violated rights have been expanding in new cases. The cases concluded in national courts and went before the ECtHR¹⁸ were based on violations of different rights other than the right to life and the right to respect for private life. Climate change cases generally include grounds such as the prohibition of torture and inhuman and degrading treatment,¹⁹ prohibition of discrimination,²⁰ fair trial and effective legal remedy,²¹ right to property and right to work.²²

This broader approach to human rights violations in climate change cases signifies a growing recognition of the multifaceted impacts of climate change on individuals and communities, beyond just the right to life and the right to privacy. It reflects the evolving nature of climate litigation and its role in holding governments and entities accountable for their climate-related actions and policies.

In applications made to both the Constitutional Court (CC) and the European Court of Human Rights (ECHR) regarding climate change, it is not necessary to establish a direct link between a human rights violation, especially those enshrined in the ECHR, and every issue that could be subject to administrative law in order to claim a violation. In lawsuits filed against administrative authorities for environmental problems arising from climate change, a rights-based approach is not a legal obligation in administrative law. In administrative justice, the violation of interest is sufficient for initiating legal

¹⁵ Siddik Sami Onar. *İdare Hukukumun Umumi Esasları, C. III*. İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, p.1781. See Council of State [Danıştay] 10th Chamber, May 8, 2003, E. 2002/7519, K. 2003/1610; January 28, 2011, E. 2010/7285, K. 2011/215.

¹⁶ See Clark, Paul/Gerry Liston/Ioannis Kalpouzos. "Climate change and the European Court of Human Rights: The Portuguese Youth Case", *EJIL:Talk*, [https://www.ejiltalk.org/climate-change-and-the-european-court-of-human-rights-the-;](https://www.ejiltalk.org/climate-change-and-the-european-court-of-human-rights-the-) Leijten, Ingrid. "Human Rights v. Insufficient Climate Action: The *Urgenda* case", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 37, No. 2, 2019, p.112.

¹⁷ See Albers, at 113-144.

¹⁸ Cases pending before the ECtHR: Müllner v. Austria, No: 18859/21; Greenpeace Nordic at al v. Norway, No: 34068/21. Decided cases: Duarte Agostinho at al v. Portugal and 32 other States, No: 39371/20, 09.04.2024; Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland [GC], No. [53600/20](https://www.ejiltalk.org/climate-change-and-the-european-court-of-human-rights-the-), 09.04.2024, Carême v. France (GC), No. 7189/21, 9.04.2024.

¹⁹ In their application to the ECtHR, Portuguese young people claimed that 33 countries did not fulfill their responsibilities regarding climate change, as well as the right to life and respect for private life; They claim that it causes discrimination based on age, as they will be exposed to the increasing effects of climate change throughout their lives, and therefore Article 14 of the Convention and the principle of the best interests of the child (Article 3) of the UN Convention on the Rights of the Child are violated. To the reasons listed, the Court also added Article 3 of the ECHR (prohibition of torture) and the article on property rights in Additional Protocol No. 1. Duarte Agostinho at al v. Portugal supra note 18.

²⁰ See Greenpeace Nordic at al v. Norway, supra note 18. In its application to Greenpeace Nordic, it was requested that climate change be evaluated within the framework of the right not to be discriminated against (Art. 14) in terms of its effects on the culture, land, and resources of the indigenous Sami minority. For the application petition, see. http://climatecasechart.com/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20210615_Application-no.-3406821_petition-1.pdf.

²¹ See Greenpeace Nordic at al v. Norway supra not 18; Müllner v. Austria, No: 18859/21, supra note 18.

²² In the Family Farmers and Greenpeace case filed by farmer families and an NGO in the Berlin Regional Administrative Court, the plaintiffs claimed that the changes caused by global warming violated their fundamental rights under the German Basic Law, namely the right to life, the right to work (freedom of occupation) and property rights. See Family Farmers and Greenpeace Germany v Germany, Online: climatecasechart.com (last visited September 9, 2023); In *Neubauer v. Germany*, the plaintiffs alleged that certain provisions of the Federal Climate Protection Act were unconstitutional (violation of the right to life, personal liberty, bodily integrity, property rights and a future consistent with human dignity and the associated duties to protect a minimum ecological standard of living).

action. The desire to live in a healthy, clean, safe, and adequate environment is sufficient to demonstrate the legitimacy of the interest. For a healthy environment, it will be enough for the plaintiffs to prove that a specific activity contributes to an unhealthy environment; there is no need to establish a connection with any fundamental human right.

As there is no separate protocol in the ECHR specifically recognizing the right to the environment or environmental rights, the ECHR and the CC indirectly protect the right to the environment within the framework of the relevant provisions of the ECHR (fundamental rights) and the Constitution in their individual application decisions. In cases that can be referenced for climate change, the ECtHR often renders judgments based on the failure to fulfill positive obligations under Article 2 and Article 8 of the ECHR.²³ Similarly, the CC evaluates individual applications related to the right to live in a healthy environment within the scope of a person's inviolability (Article 17 of the Constitution), the privacy and protection of private life (Articles 20 and 21 of the Constitution). The Court has stated that issues of environmental pollution should primarily be evaluated within the framework of the state's positive obligations.²⁴

While establishing human rights violations as the basis for environmental issues stemming from climate change is not mandatory to substantiate the legitimacy of the claimed interest infringement, it can serve a functional purpose in advocating for the enforcement of constitutional duties and rights. A rights-based approach in climate change cases is also necessary in terms of the nature of the state's positive obligation²⁵ to protect and realize fundamental rights, the determination of the state's responsibility, and the possibility of these cases being the subject of constitutional complaints²⁶ and applications to the ECHR.

While the rights enshrined in the ECHR are commonly used as a basis in national climate-related cases in Europe and cases brought before the ECtHR and the CC, it is yet uncertain where climate cases to be filed in administrative justice will fit within the categories of rights. In contrast to the CC and the ECHR, in climate change cases to be filed in administrative justice, it is likely that the Danıştay (Council of State) may rely on the right to live in a healthy environment (Article 56 of the Constitution). Indeed, the Council of State has established a connection between the right to life and certain environmental cases, but it generally evaluates these cases based on the right to a healthy environment (Article 56 of

²³ Öneriyıldız v. Turkey [GC], No: 48939/99, (ECtHR, 30 November 2004), § 110 et seq.; Taşkın at al v. Turkey, No: 46117/99, (ECtHR, 10 November 2004), § 126; Tatar v. Romania, No: 67021/01, (ECtHR, 27 January 2009); Cordella at al v. Italy, No: 54414/13 and 54264/15, 24/1/2019; Budayeva (Boudaieva) at al v. Russia, No: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, (ECtHR, 20 March 2008, Final 29 September 2008), § 128 ff. For an evaluation of the ECHR's approach, see Maviş, at 77.

²⁴ See Const. Court [AYM], February 25, 2016, Mehmet Kurt, No: 2013/2552, § 46; April 21, 2016, Fevzi Kayacan (2), No: 2013/2513, § 39; March 24, 2016, Hüseyin Tunç Karlık and Zahide Şadan Karlık, No: 2013/6587, § 43; April 21, 2016, Ahmet İsmail Onat, No: 2013/6714, § 59.

²⁵ ECtHR determines the scope of protection by positive obligations. In this case, the rights allegedly violated could make a difference to the outcome of climate litigation. For example, in ECHR proceedings, the violation of property rights is less intense (see Fábrián v. Hungary, No: 78117/13, (ECtHR 5 September 2017), §§ 84, 85); It supervises more intensively the cases involving violations of the right to life within the scope of Article 2 of the ECHR (See McCann at al v. the United Kingdom, U.N. 17/1994/464/545, (ECtHR, 5 September 1995), §§ 146-150; Gül v. Turkey, U.N. 22676/93, (ECtHR, 14 December 2000), §§ 77, 78). It can be said that the level of scrutiny the scope of 8 will be at more middle. See Keller, Helen/Heri, Corina. "The Future is Now: Climate Cases before the ECtHR", *Nord. J. Hum. Rights*, Vol. 40, No. 1, 2022, p.153, 170. See Janneke, Gerards. "Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine", *Eur. Law, J.*, Vol. 17, No. 1, 2021, 112-113; Rivers, Julian. "Proportionality and Variable Intensity of Review", *Cambridge L.J.*, Vol. 65, No. 1, 2006, p.174, 182; Šušnjar, Davor. *Proportionality, Fundamental Rights and Balance of Powers*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2010, p.122. Some authors argue that states do not have a margin of appreciation in the area of the right to life. See Arai-Takahashi, Yutaka. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerpen-Newyork-Oxford, 2001; Zielonka, Sarabeth M. "The Universality of The Right to Life: Article 2 and The Margin of Appreciation in The Jurisprudence of The European Court of Human Rights", *N.Y.U. International Law and Politics*, Vol. 47, 2014, pp.245-277. The fact that the supervision carried out in terms of the right to life is more rigorous does not indicate that states do not have a margin of appreciation in this area. See also Finogenov at al v. Russia, No: 18299/03, 27311/03, (ECtHR, 20 December 2011).

²⁶ The Constitutional Court mostly examines individual applications regarding the violation of environmental rights within the framework of the right to a fair trial regulated in Article 36 of the Constitution, "protect and improve of corporeal and spiritual existence" regulated in Article 17 of the Constitution, "privacy of private life" regulated in Article 20 of the Constitution, "inviolability of the domicile" regulated in Article 21 of the Constitution not within the scope of Article 56 of Constitution. See Const. Court [AYM], March 24, 2016, Hüseyin Tunç Karlık and Zahide Şadan Karlık, No: 2013/6587, §§ 41 43, 69; Mehmet Kurt, No: 2013/2552, February 25, 2016, §§ 50-51; Binali Özkaradeniz at al, No: 2014/4686, February 1, 2018, § 45; Mehmet Bolat at al, No: 2013/5974, March 10, 2016, § 62.

the Constitution) without directly linking them to the right to life.²⁷ Under the evaluation within the scope of Article 56 of the Constitution, the Council of State may find violations of positive obligations concerning the right to a healthy environment.²⁸

An assessment within this context may not be as rigorous as the evaluation conducted under the right to life and the right to respect for private and family life. Particularly when combined with rights other than the right to a healthy environment, a rights-based approach enhances the intensity and impact of judicial review. Therefore, it is no longer a question of whether there is a relationship between climate change and human rights, but rather how this relationship will be established and what its consequences will be that holds importance.²⁹

B. Personal Interest: Does It Prevent Climate Cases from Being Public Actions?

Compelling the administration to adhere to the law necessitates individuals to resort to the court system. This requirement in administrative jurisprudence implies the personal nature of interest. The personal interest means that the administrative act is concretized in a specific individual.³⁰

In cases involving climate change, especially in regulatory actions, the central issue revolves around the absence of personal interest, that is, the potential harm or violation that affects the entire society, and whether the right to initiate a lawsuit will be construed expansively or not. This relates to whether these cases will be classified as popular action (*actio popularis*)³¹ or not.³²

A public action is generally defined as a lawsuit aimed at the public interest and the protection of the public.³³ These cases, similar to climate change cases, often pertain to the future and involve idealistic demands.³⁴ Hence, the question of whether climate cases can be initiated by anyone is of fundamental importance for the future of climate litigation.

The personal interest in environmental cases is often considered in relation to a specific group of individuals who are located in a specific place and facing a particular risk.³⁵ Consequently, not every citizen possesses the right to file a lawsuit without establishing a direct link between themselves and the location where climate-related activities are transpiring. Although the Danıştay (Council of State) has acknowledged in certain instances that citizenship status alone can provide the element of personal

²⁷ In some environmental cases, the Danıştay [Council of State] makes its choice in favor of environmental protection by linking the public interest with the constitutional obligation to protect the environment and the right to life. Council of State [Danıştay] 6th Chamber, May 13, 1997, E. 1996/5477, K. 1997/2312. See also Council of State [Danıştay] 10th Chamber, April 28, 1992, E. 1990/278, K. 1992/1672; Council of State [Danıştay] 6th Chamber, May 13, 1997, E. 1996/5477, K. 1997/2312.

²⁸ As a social right, the environmental right is one of the rights that require positive action by the state. The Constitutional Court decided that environmental right is a positive status right and it imposes certain duties to the state in accordance with articles 56 and 63. *See* Const. Court [AYM], December 29, 2012, E. 2001/106, K. 2012/192, Official Gazette 02.04.2013/28606. In this case, the obligations and limitations foreseen for social rights may come into play. Positive obligations require actions that are costly in time, effort, and resources. Due to these costs, the administration is given discretionary power depending on the nature of the violated right. For this reason, the obligation to take reasonable and adequate precautions can be evaluated within the framework of Article of Constitution 65 (within the capacity of its financial resources). Despite this, the cost to the state of every obligation imposed by the environmental right is not the same. It is also accepted that the limitation of the capacity of the state's financial resources does not only cover the duties of protecting the environment and preventing pollution but also covers large projects that require huge expenditures and the environment needs to be improved. (See Kaboğlu, İbrahim Ö. *Çevre Hakkı*, İletişim, 1992, p.42). According to this; making the regulations required by the environmental right will not be subject to the limitations stipulated by Article 65 of the Constitution.

²⁹ David R Boyd/Marcos A Orellana, Third-party intervention in Duarte Agostinho and Others v Portugal and 32 Others, § 17. <https://ln.sync.com/dl/383819540/pwjkn7x-uy5x8334-sjb42xf2-pk8wkc9b/view/doc/5917189570010>.

³⁰ Karahanoğulları, Onur. *İdari Yargı: İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, p.351.

³¹ “*In Latin, the literal meaning of the word is an action by the people*”. See Grant, Evadne. “International Human Rights Courts and Environmental Human Rights: Re-Imagining Adjudicative Paradigms”, *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 6, No. 2, 2015, p.156-161.

³² See Gökalp Alica, at 165-220.

³³ Schall, at 419.

³⁴ See Albers, at 131.

³⁵ Danıştay (Council of State), considered the designations of 'citizenship' and 'residency within the city' to constitute essential criteria conferring legal standing. Council of State 10th Chamber, 28 May 2001, E. 2001/991, K. 2001/2008,

interest for standing to sue, this stance does not represent an established legal precedent.³⁶

Nevertheless, the Danıştay does accept annulment actions brought by associations, foundations, and public-interest professional organizations engaged in the realm of environmental and urban planning³⁷ and it interprets the condition of personal interest broadly in such cases.^{38/39}

The requirement of the personal interest in environmental cases is ensured through Article 56 of the Constitution and the provisions of the Environmental Law that recognize the right to participate. When the principle of participation is considered together with Article 56 of the Constitution and Articles 1, 3-a, and 30 of the Environmental Law, it can be said that every individual or organization has the right to apply to administrative justice to protect the environment.⁴⁰

Article 56 of the Constitution explicitly affirms that "everyone" has the right to live in a healthy and balanced environment, and emphasize that contributing to the protection of such an environment is both the duty of the state and its citizens. If the sole qualification of the individual bringing the action is their status as a citizen, then their connection can only be established with actions that are related to or affecting this status.⁴¹ The fundamental values, principles, and rights protected in the Constitution represent the objective value system established by the Constitution.⁴² Any action that contradicts this value system legitimizes the request for legal action by anyone who is a citizen.⁴³

Article 3 of Law No. 2871 on Environmental Law, particularly in paragraphs (a) and (e), explicitly delineates that the responsibility for safeguarding the environment and averting environmental pollution lies with both natural and legal entities. Furthermore, Article 30 of the Environmental Law extends the right to request the necessary measures or the cessation of activities to anyone who encounters harm or has knowledge of an activity causing environmental pollution or degradation. In this context, not only individuals or entities 'confronted with injury' but also those 'who have any knowledge' regarding such activities that result in environmental pollution or deterioration can approach the relevant authorities for action.

³⁶ As a rule, Danıştay [Council of State] does not consider the title of citizen to be sufficient in terms of the capacity to file a lawsuit. See Council of State [Danıştay] Administrative Case Chambers Board, January 25, 1974, E. 1972/586, K. 1974/80; Council of State [Danıştay] 10th Chamber, July 1, 1993, E. 1993/2258, K. 1993/2798, and November 17, 1998, E. 1993/4903, K. 1993/4528. Cases in which the status of citizen was not considered sufficient to be a plaintiff were brought before the Constitutional Court on the grounds that the right to a fair trial was violated. The Constitutional Court ruled that there was a violation in the individual application made alleging that the court decision that the title of local government (province) resident does not provide the capacity to sue violated the right to access the court. Const. Court [AYM], September 8, 2020, Arif Ekim at al, No: 2016/9276, § 38. See also Const. Court [AYM], July 18, 2018, Levent Tütüncü, No: 2015/3690; March 5, 2020, Kemal Çakır at al [GK], No: 2016/13846; September 9, 2020, Ragıp Cumhur Velibeyoğlu, No: 2017/34720. For examples of applications made on the grounds of violation of the right to decision, which is another aspect of access to the court, see. Const. Court [AYM], September 15, 2020, Bayram Ali Devocioğlu, No: 2017/39387; September 15, 2020, Şenol Arslan, No: 2017/40261; March 3, 2020, Yılmaz Aksu, No: 2018/18444; December 2, 2020, Abdullatif Ucaman at al, No: 2018/1833. According to the decisions of the Constitutional Court, being a citizen is sufficient to be a party in environmental cases. Const. Court [AYM], March 5, 2020, Kemal Çakır at al [GC], No: 2016/13846, § 42.

³⁷ It can be asserted that the legal capacity of bar associations, which function as professional organizations with characteristics akin to public institutions in matters concerning the environment and zoning, has notably diminished subsequent to the rulings of the Council of State Administrative Case Chambers Board [Danıştay İDDK], September 28, 2017, E. 2013/605, K. 2015/105, February 23, 2015 and E. 2016/4786, K. 2017/2860. See also Gökalp Alica, *supra* note at 183.

³⁸ See Council of State [Danıştay] 6th Chamber, June 13, 1994, E. 1994/2816, K. 1994/4393; December 17, 1992, E. 1992/2502, K. 1992/5000. In cases brought forth by non-governmental organizations, the court examines the statute of the respective plaintiff organization to assess whether it satisfies the requirement of having a standing to sue based on a breach of interest. Council of State [Danıştay] 8th Chamber, December 7, 1999, E. 1999/2477, K. 1999/7077. In the same direction, see Council of State [Danıştay] 10th Chamber, September 27, 2004, E. 2004/5645, K. 2004/6431.

³⁹ In the *Gökova* case, the headmen of four villages on the shores of the Gulf of Gökova and one village resident were involved; in the *Zaferpark* case, 41 employees working at the Council of State, located around the park were engaged; In the *Güvenpark* case, three citizens from Ankara, who are experts in environment, urbanism and planning, filed a lawsuit that was accepted. See respectively Council of State [Danıştay] 10th Chamber, June 24, 1986, E. 1985/2739, K. 1986/1451, AİD, 19, no 3, 1986: 150-157; Council of State [Danıştay] 6th Chamber, December 16, 1986, E. 1986/1323, K. 1986/1135.

⁴⁰ See Güran, Sait. "Çevre Kanununun Otuzuncu Maddesi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Vol. 9, No. 1-3, 1988, p.185, 189.

⁴¹ Karahanoğulları, at 378.

⁴² See Gören, Zafer. *Temel Hak Genel Teorisi*. 4. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2000, p.41; Belling, W. Detlev/Nurten İnce. "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", *Legal Hukuk Dergisi*, Vol. 12, Issue 137, 2014, p. 54.

⁴³ In the cases in France, the plaintiffs filed a lawsuit directly on the grounds of violation of the principle of legality, without relying on any violation of rights. In these cases, the plaintiffs claimed illegality on the grounds that they did not comply with international and national law. Violation of the principle of legality is a violation of a constitutional value and concerns everyone. See *supra* note 59 and 61.

These regulations, indeed, establish a legal framework enabling participation in environmental decision-making processes for anyone, irrespective of whether they have suffered direct harm.⁴⁴ Nevertheless, it is worth noting that some hold the perspective that these regulations do not confer *actio popularis* status to environmental cases.⁴⁵ According to this viewpoint, even if an individual who is aware of an activity that pollutes or harms the environment is not directly affected by that activity, they are essentially defending their own interest because the environment is considered as the common asset of all citizens.⁴⁶ Additionally, they are fulfilling a duty under Article 3/a of the Environmental Law.

The ECtHR jurisprudence is not open to *actio popularis*.⁴⁷ Pursuant to Article 34 of the ECtHR, individual, civil society organizations, and group of individuals can make a request, but the applicant must be “personally affected by an alleged violation of a Convention right”⁴⁸ or there must be an imminent, serious and direct impact.⁴⁹

Applicants who do not meet these conditions see their cases dismissed under Article 34 of the Convention.⁵⁰ Applicants are required to furnish reasonable and compelling evidence of a likelihood of a violation that directly impacts them; mere suspicion or conjecture is insufficient.⁵¹ Therefore, it can be asserted that cases before the ECtHR are not considered as *actio popularis*. As articulated by, “*Article 34 does not institute for individuals a kind of actio popularis for the interpretation of the Convention; it does not permit individuals to complain against a law in abstract simply because they feel that it contravenes the Convention.*”⁵²

The ECtHR maintains strict legal obligations in the climate change cases it has adjudicated. In recent judgments, the Court has tried (has sought) to prevent cases from becoming *actio popularis* by establishing high threshold criteria for individual applicants. For the applicant associations, the Court has emphasized that the cases were not *actio popularis* and decided that victim status would be accepted under certain conditions in climate cases.

In the *Carême/France* case, the Court considered the application made by the applicant, who was the mayor of Grande-Synthe, on behalf of the Grande-Synthe municipality and himself. The Court, in accordance with the decision of the national court (Conseil d'État), stated that accepting case of the applicant, who no longer resided in France from the date of the lawsuit, would lead to “*actio popularis*” which is not permitted in the Convention system. This would make it difficult to distinguish “a situation where an applicant needs urgent protection against the effects of climate change on the enjoyment of human rights” (§ 84) from other situations. Consequently, the Court concluded that the applicant could not claim victim status under Article 34 of the Convention (§ 83). Additionally, the Court noted that the applicant was no longer the mayor and thus could not apply on behalf of Grande-Synthe.⁵³

⁴⁴ Turgut, Nükhet. *Çevre Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara 1998, p. 292. See Erhürman, Tufan. “*Çevre Davalarında ‘Menfaat İhlali’; Danıştay ve KKTC Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme*”, AÜFHFD, Vol. 60, No. 3, 2011, p.447, 453; Güran, at 187; Kaboğlu, İbrahim Ö. *Çevre Hakkı*, İmge Yayınevi, İstanbul, 1996, p.121.

⁴⁵ Güran, at 188.

⁴⁶ See Karahanoğulları, at 362.

⁴⁷ See *Segi at al & Gestoras Pro Amnistia at al v. 15 States of The European Union*, No: 6422/02, 9916/02 (ECtHR, 23 May 2002); *Caron at al v. France*, No: 48629/08 (ECtHR, 29 June 2010).

⁴⁸ *Karner v. Avusturya*, No: 40016/98 (ECtHR, October 24, 2003), § 25.

⁴⁹ See Schall, at 421.

⁵⁰ The Court accepts that in order for a person to claim to be the victim of a violation, he or she must have been directly affected by the measure in question. (See *Ireland v. United Kingdom*, No: 5310/71 (ECtHR, 18 January 1978), §§ 239-240; *Klass at al v. Germany*, No: 502/71 (ECtHR, 6 September 1978) § 33). Therefore, the Convention does not allow for an *actio popularis* regarding the interpretation of the rights it provides for, nor does it allow individuals to complain about any provision of domestic law, even though they are not directly affected by it, simply because it may be contrary to the Convention (see *Norris v. Ireland*, No: 10581/83 (ECtHR, 26 October 1988) § 31).

⁵¹ *Shortall at al v. Ireland*, No: 50272/18 (ECtHR, 19 October 2021) §§ 58, 59.

⁵² *Karner v. Avusturya*, No: 40016/98 (ECtHR, 24 October 2003), § 24.

⁵³ During the hearing, while answering the Court's questions, the applicant explained that he lived in Brussels as a Member of the European Parliament, not in Grande-Synthe. The applicant did not own property or rent in Grande-Synthe. He had family ties with the municipality because his brother lived there, and he planned to return there when his term in the European Parliament ended. However, he felt a strong connection to the municipality where he had served as mayor for many years. He also explained to the Court that he filed the complaint as the Mayor of Grande-Synthe and as a citizen and resident of Grande-Synthe. As an asthma patient, he stated that he was affected by the impacts

In its decision regarding the *Klimaseniorinnen/Switzerland* case,⁵⁴ the Court differentiated between individual applicants and associations. The ECtHR, referencing case-law on the Aarhus Convention, held that the applicant association met the relevant criteria and therefore had the necessary legal status to act on behalf of its members in the case. While assessing the victim status of associations, the Court considered climate change as a “common concern of humanity” and emphasized the importance of promoting intergenerational burden-sharing in this context (§ 489). In these specific context, the Court accepted the victim status of associations by considering the Aarhus Convention and factors established by the Court’s case-law (§§ § 499, 501, 502). The Court held that denying examination the merits of the applicant association's case, while limiting the right of access to a court, did not require Article 6 to guarantee access to a court for action-popularis complaints. Furthermore, given the special circumstances of climate change, the Court tied the requirement for individual applicants to demonstrate direct and personal impact by the impugned act through two stringent criteria: first, the applicant must be intensely exposed to the adverse effects of climate change, indicating significant risk from government's action or inaction; affecting the applicant must be significant; second, there must be a pressing nature pressing nature of their need for individual protection due to the absence or inadequacy of reasonable measures to mitigate the harm (§ 487-488).

In *Duarte Agostinho and Others v. Portugal*, the Court did not recognize the applicants' status as victims on the grounds that this application against other States was outside its jurisdiction and also that domestic remedies had not been exhausted (§ 230). The Court noted that there was a significant lack of clarity in determining victim status according to the criteria set out in *Verein Klimaseniorinnen Schweiz and Others* (§ 487-488- 229). However, it also concluded that the applicants did not have victim status on because this lack of clarity was linked to their failure to exhaust domestic remedies, an admissibility condition closely associated to the question of victim status, particularly in the case of involving general measures like those related to climate change (§ 230). The lack of clarity combined with the failure to exhaust domestic remedies was used as a criterion for determining the applicants' victim status.

Nevertheless, considering the number and qualifications of the plaintiffs, especially NGOs and citizens, in climate cases filed across Europe, it can be argued that climate cases have taken on the character of *actio popularis*.⁵⁵ The *Urgenda* case is indeed considered a classic example of an *actio popularis*.⁵⁶

In the *Urgenda* case, the Dutch state was sued for failing to take sufficient measures to reduce CO2 emissions compared to 1990 levels, and it was argued that the state's actions were wrong and negligent. *Urgenda*, a small NGO, was granted standing in the case, and along with 886 other co-plaintiffs, it called for a reduction in greenhouse gas emissions of 25-40% by the end of 2020, rather than the initially planned 16%.⁵⁷ This case holds significant importance as it exemplifies how climate litigation can serve as a tool for holding governments accountable for their actions or inactions concerning climate matters. The widespread participation of NGOs and citizens in this case underscores the inherent public interest nature of climate litigation and its potential to drive policy changes aimed at effectively addressing climate change.

In France, various NGOs have been granted standing to sue in climate-related cases.⁵⁸ For instance, the French Council of State (*Conseil d'État*) accepted the standing to sue *Grande Synthé*

of climate change in Brussels as well (§ 68).

⁵⁴ *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* [GC], supra not 18.

⁵⁵ See Schall, at 444.

⁵⁶ Albers, at 133.

⁵⁷ Albers, at 133.

⁵⁸ See Laurien Nijenhuis, *Climate change litigation in Europe*, REALAW.BLOG, (February 11, 2022, <https://realaw.blog/?p=890>); Lavrysen, Luc. “The French Climate Cases: Legal Basis and Broader Meaning”, IUCN: WCEL, (2021), <https://biblio.ugent.be/publication/8693381>.

Municipality and several NGOs in the *Grande Synthe* case.⁵⁹ In this case, they contested the government's refusal to implement additional measures aimed at achieving a 40% reduction in emissions by 2030 compared to 1990 levels.⁶⁰ Similarly, in the "*L'affaire du siècle*"⁶¹ (the case of the century), where four NGOs sought action to bring greenhouse gas emissions to a level consistent with international agreements and sought compensation for ecological harm, the court acknowledged that the conditions for standing under the relevant civil code provisions were met. These instances in France exemplify a growing trend where environmental and climate-focused NGOs are acknowledged as having legal standing in climate-related litigation. This recognition reflects the acknowledgment of the public interest in addressing climate change and holding governments accountable for their climate actions.

In the *Klimaatzaak v. Belgium* case, which was launched by a civil society organization and 58,000 citizens against the Belgian government and three regional authorities to petition for a reduction in greenhouse gas emissions, the Court found that citizens held a direct personal interest in matters related to climate change.⁶²

In climate change cases with effects that transcend regional boundaries, the requirement of personal interest violation is not limited to a specific geographical area. The number of individuals potentially affected by climate change is much greater than those affected by pollution in a specific locality. Therefore, it is recognized that everyone, irrespective of their place of residence, possesses an interest in urging authorities to take action on climate-related issues. This interest can represent not only the individual interests of each person but also the interests of the public. The environment is considered a public matter, referred to as the "common concern" or "common heritage" of humanity, and its preservation serves the public interest. The public interest cannot be personalized and, therefore, carries a general character that concerns all members of society.

C. Actual Interest: Can Future Generations and Potential Victims be Plaintiffs?

Actuality in legal terms focuses on the temporal impact of the alleged violation on the plaintiff. There should be a temporal connection between the plaintiff and the subject matter of the lawsuit. According to judicial precedent, that requirement is met when the violation has occurred at the time the lawsuit is filed and continues during the course of the lawsuit. In climate cases, the fact that the interest in question has not yet been violated or that the violation is not actual can hinder the establishment of a connection of interest. Greenhouse gas emissions, which are responsible for climate change, do not have immediate effects. Therefore, most climate cases involve claims of uncertain and abstract harm or violation. Particularly when abstract and future climate risks are litigated, harmful effects on potential victims and future generations (including children and youth) are discussed.

In the legal context, the concept of actuality pertains to the temporal impact of an alleged violation on the plaintiff. There must exist a temporal nexus between the plaintiff and the subject matter of the lawsuit. Judicial precedent dictates that this criterion is met when the violation has transpired at the time the lawsuit is initiated and continues throughout the legal proceedings. In climate-related cases, the challenge arises when the interest in question has not yet been violated or when the violation lacks actuality, thereby impeding the establishment of an interest connection. Greenhouse gas emissions, the primary drivers of climate change, do not yield immediate consequences. Consequently, the majority of climate cases revolve around claims of uncertain and abstract harm or violation. Particularly in instances

⁵⁹ *Commune de Grande-Synthe v. France*, see <https://climatecasechart.com> (last visited Sept. 9, 2023).

⁶⁰ <https://www.conseil-etat.fr/site/Pages-internationales/english/news/greenhouse-gas-emissions-the-conseil-d-etat-annuls-the-government-s-refusal-to-take-additional-measures-and-orders-it-to-take-these-measures-befor> (last visited Sept. 10, 2023).

⁶¹ Tribunal Administratif de Paris, 3 février 2021, N° 1904967, 1904972, 1904976/4-1. See Lavrysen, *supra* note 58.

⁶² See <http://climatecasechart.com> (last visited Sept. 10, 2023).

involving litigation of abstract and future climate-related risks, discussions often revolve around the detrimental impacts on potential victims and future generations, including children and youth. In such cases, determining whether an interest violation has occurred or is likely to occur in the near future due to unrealized or imminent uncertain harm is the second most critical factor in determining the future of climate change cases.

The response to this inquiry is also anticipated in cases currently awaiting resolution before the ECtHR. On September 3, 2020, a group of six young Portuguese individuals, including children, submitted an application to the ECtHR concerning claims of damages stemming from forest fires in Portugal, including those attributed to climate change, encompassing both past and anticipated future harm.⁶³ In the case of *Müllner v. Austria* before the Court, the applicant, who had specific medical conditions, asserted that elevated temperatures would subject them to health-related issues.⁶⁴ In a similar vein, in *Klimaseniorinnen v. Switzerland*⁶⁵ case, the applicants, who elderly women, initiated a legal proceedings contending that they could directly face adverse health effects resulting from heat waves induced by climate change, including heightened risks, including death. In the *Greenpeace v. Norway*⁶⁶ case before the ECtHR, two non-governmental organizations and six young climate activists alleged that they qualified as potential victims under the purview of Article 2 and Article 8 of the ECHR, considering the foreseeable impact on Norwegians and future generations. The application posited that the apprehension and distress of future generations concerning their lives and livelihoods due to climate change constituted direct effects, thereby asserting their standing as individuals directly impacted by climate change.⁶⁷

In the aforementioned cases have gone before the ECtHR, the applicants, in various forms, have asserted that they face the risk of suffering harm in the future. In essence, all the mentioned cases revolve around present and, predominantly, prospective violations of human rights. Therefore, the applicants could have been characterized as potential victims of human rights infringements. However, while the Court ruled in the precedent-setting Swiss case that the fight against climate change is a situation of general impact, it does not consider that the case-law on ‘potential’ victims, where victim status can be claimed by a ‘class of persons’ with a ‘legitimate personal interest’, is applicable here (§ 485). In the context of climate change, however, this could cover almost everyone and would therefore not work as a limiting criterion. Everyone is concerned in different ways and to different degrees with present and future risks and can claim to have a legitimate personal interest in seeing those risks disappear.

In *Klimaseniorinnen v. Switzerland*, having assessed, in respect of the individual applicants, ‘the nature and scope of their complaints, the material submitted by the applicants and the circumstances, such as the degree of probability and/or likelihood of the adverse effects of climate change over time, the specific impact on the life, health or well-being of each applicant, the magnitude and duration of the harmful effects, the extent of the risk (local or general) and the nature of the applicants’ vulnerability”, the Court held that the four individual applicants did not meet the criteria for victim status under Article 34. In particular, while the Court recognised that the applicants had formed a group against the effects of climate change, it held that it was not clear from the available information that they had suffered, or were at risk of suffering at any point in the future, the adverse effects of climate change to such an extent as to give rise to an urgent need to ensure their individual protection. Nor, in the Court's view, could it

⁶³ The applicants are six people, four children and two adults, aged 21, 20, 17, 15, 12 and 8 years old. The application was made against a total of 33 states, including 27 EU member states and 6 non-EU member states that are parties to the ECtHR. Duarte Agostinho at al v. Portugal and 32 Other Member States, supra not 18.

⁶⁴ Müllner v. Austria, supra note 18, see also www.michaelakroemer.com/wp-content/uploads/2021/04/rechtsanwaeltin-michaela-kroemer-klimaklage-petition.pdf (last visited Sept. 12, 2023), § 7.

⁶⁵ Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland [GC], supra not 18.

⁶⁶ Greenpeace Nordic et al v. Norway, supra note 18.

⁶⁷ For the petition see <http://climatecasechart.com> (last visited Sept. 9, 2013).

be said that the applicants suffered from any critical medical condition, which could not be alleviated by reasonable personal adaptation measures. Victim status in relation to future risk was only exceptionally recognised by the Court. The applicants also failed to show that exceptional circumstances had arisen for victim status in relation to future risk. For one applicant, who suffers from asthma, the Court was unable to establish a link between his illness and the complaints before it (§ 530 et seq).

In the *Klimaseniorinnen v. Switzerland* judgment, which set as a precedent for other cases, it can be said that the Court did not consider possible future damages and risk I the acceptance of victim status. However, the Court addressed its concern about the intergenerational effects of climate change in the opening paragraph of its assessment, emphasizing its awareness that “the damaging effects of climate change raise an issue of intergenerational burden-sharing and impact most heavily on various vulnerable groups in society, who need special care and protection from the authorities” (§ 410). The Court also recognized that, for various reasons, “in the context of climate change, the key characteristics and circumstances are significantly different” (§ 416). In doing so, it noted that policies to combat climate change “inevitably involve issues of social accommodation and intergenerational burden-sharing, both in regard to different generations of those currently living and in regard to future generations” (§ 419). The Court thus identified “future generations” as people who do not yet exist, not as a category potentially including current rights-holders such as children. The judgment made it clear that the obligations arising for States under the Convention extend to “individuals currently alive who, at a given time, fall within the jurisdiction of a given Contracting Party” (§ 420). In sum, the Court explicitly recognizes that climate change affects future generations but emphasizes the claims cannot be brought for damages expected to occur in the future.

Instances from various cases across Europe serve as illustrative evidence of future generations being acknowledged as victims in the context of climate litigation. In the *Urgenda* case in the Netherlands, the plaintiffs contended that the government's emission targets breached its due diligence obligations under Article 2 and Article 8 of the European Convention on Human Rights with regard to future generations. The Court of Appeal recognized that the young plaintiffs would be compelled to grapple with the adverse impacts of climate change for the entirety of their lives should greenhouse gas emissions not be adequately reduced (as stated in paragraph 37 of the judgment).⁶⁸ According to the Court, *Urgenda* met the requirement of establishing an interest violation by providing sufficient evidence that climate change not only represents a current threat but also constitutes a genuine imminent threat in the near future (as indicated in para. 38).⁶⁹

In the *Urgenda* case, in conformity with the state's affirmative obligations, if such an interest (as defined by the rights under Article 2 and Article 8 of the European Convention on Human Rights) is at risk due to an action, activity, or a natural event, even if it has not yet been directly affected, it is acknowledged that one or more of these interests will be infringed upon in the future (as stated in para. 41).⁷⁰

In the *Neubauer* case brought before the Federal Constitutional Court of Germany by several organizations, the court imposed an obligation on governments to consider the fundamental rights of future generations in climate change policy.⁷¹ Similarly, in the *Klimaatzaak* case⁷² filed in Belgium

⁶⁸ Atalay, Serde. “Urgenda İklim Değişikliği Davası İstinaf Çevirisi”, in *Urgenda İklim Değişikliği Davası*, (Eds. Axel Gosseries/Refia Kadayıfçı, 11-36), Ekoloji Kolektifi, 2019), p.24-25.

⁶⁹ Atalay, at 25.

⁷⁰ Atalay, at 25-26.

⁷¹ Nijenhuis, *supra* note 58. The plaintiffs stated that the Federal Climate Change Act is incompatible with fundamental rights. According to the Federal Constitutional Court, the reduction targets specified in Germany's Federal Climate Change Act are incompatible with Article 20/a of the Constitution, which includes the obligation to take measures for climate change. *Neubauer et al. v Germany*, Case No. BvR 2656/18/1, BvR 78/20/1, BvR 96/20/1, BvR 288/20–German. See <https://www.acrisl.org/casenotes/m2ll8m8skjplk8-83mk2-k5yza-dcafy-x5ztr-bjfxk-c9v55-5rvfp>.

⁷² See *VZW Klimaatzaak v. Kingdom of Belgium&Others*, see <https://www.klimaatzaak.eu/en> and <http://climatecasechart.com> (last seen Sept.

against the federal state and three regional governments, the court acknowledged that climate change posed a direct threat to the daily lives of both present and future generations.⁷³

Upon examining Turkish administrative jurisprudence, it is difficult to predict that a broad interpretation of an interest violation will be applied in annulment action filed due to demands for regulatory measures in compliance with climate-related international agreements or claims that the existing regulations and measures are insufficient. "In general, a potential violation, even if there is regulatory action in place,⁷⁴ does not meet the requirement of actuality."⁷⁵

Nevertheless, the failure of the administration to enact necessary regulations or the insufficiency of the regulations it has enacted signifies a "deficiency in the legal structure of the administration," which affects rights and interests. Such regulatory rules not only provide actual interest when applied but also have an ongoing impact.⁷⁶ The rules contained in regulatory proceedings are effective at any time, although they do not apply to the individuals concerned.

The same conclusion is applicable to administrative negligence or inaction. In cases where a regulatory action concerning climate change is insufficient or when the administration fails to regulate a specific domain, it indicates that the violation is ongoing due to the persistent repercussions and the inability to curtail the impacts of climate change. Furthermore, if there is a definite or even a potential likelihood of a harmful administrative action (such as granting a permit to a facility that would escalate emissions despite restrictions on greenhouse gas emissions) the nexus of interest is regarded as having a current nature.

Nevertheless, Article 1 of Environmental Law establishes the legal basis for the actual interest in environmental cases. The terms "sustainable environment" and "sustainable development"⁷⁷ in Article 1 of the Environmental Law are defined in a manner that encompasses both the present and future generations.⁷⁸ Anyone who is aware of an activity that poses harm to the environment, even if they themselves are not directly affected by that activity, can assert the relevance of the violated interest. This is because the environment is regarded as a shared asset of all living beings, inclusive of future generations. In this context, any action or inaction by the administration pertaining to the regulation and restriction of greenhouse gases, which are the primary culprits of climate change, may be subject to legal action.

CONCLUSION

The existing legal and judicial framework offers a mechanism for bringing claims related to the right to a healthy environment before the court. In the realm of administrative justice, the initiation of legal proceedings hinges on the condition of interest violation rather than the infringement of rights. In this context, administrative justice serves as an instrument that guides governmental bodies toward

20, 2023).

⁷³ See <https://riskandcompliance.freshfields.com/post/102h0y8/belgiums-climate-case-court-finds-belgian-state-at-fault-but-offers-no-guidan>.

⁷⁴ The Council of State did not find the violation of a benefit that is certain to occur in the future, based on a regulatory action, sufficient to file an annulment action. See Council of State [Danıştay] 10th Chamber, November 13, 1997 E. 1997/1548, K. 1997/4387.

⁷⁵ Council of State [Danıştay] 5th Chamber, June 28, 2003, E. 2003/2079, K. 2003/3335; Council of State [Danıştay] 6th Chamber, April 20, 2005, E. 2004/6309, K. 2005/2411.

⁷⁶ Karahanoğulları, at 352.

⁷⁷ It is worth noting that the phrase "sustainable development" is problematic. See Sharachchandra M. LéLé. "Sustainable Development: A Critical Review", World Development, Vol. 19, No. 6, 1991, pp. 607-621.

⁷⁸ See Kaboğlu, İbrahim Ö. "Çevre Hakkı Üzerine (Bir Danıştay Kararının Düşündürdükleri)", *İnsan Hakları Yıllığı*, Vol. 10-11, 1988-1989, p.123. Article 1 of the Environmental Law states that the purpose of the Law is to ensure the protection of the environment, which is the common existence of all living things, in line with the principles of sustainable environment and sustainable development: "The objective of this Law is to protect and improve the environment which is the common asset of all citizens; make better use of, and preserve land and natural resources in rural and urban areas; prevent water, land and air pollution; by preserving the country's vegetative and livestock assets and natural and historical richness, organize all arrangements and precautions for improving and securing health, civilization and life conditions of present and future generations in conformity with economical and social development objectives, and based on certain legal and technical principles."

compliance with the law. Additionally, the constraining precedents set by administrative justice are not aligned with the provisions in legal regulations, including constitutional and environmental law. These legislations provide an opportunity for a more expansive interpretation of the concept of interest violation.

Acknowledging that cases pertaining to climate change primarily affect the individuals directly impacted and waiting for the full consequences of climate-related issues to materialize may lead to these cases being disregarded in administrative justice, thereby leaving rights violations unaddressed. In order to ensure the realization of human rights and in line with the aim of annulment actions, there is a need to relax the criteria for establishing interest violation within the administrative justice system in favor of climate-related cases. Rejecting cases due to their failure to meet the requirement of interest violation could result in other rights being infringed upon, including the right to a healthy environment, both for the present generation and future generations. The deterioration of the climate and the environment unquestionably impacts rights such as the right to privacy, adequate housing, livelihood, and freedom of movement, among others. If the adverse effects of climate change are not mitigated, numerous individuals will be unable to enjoy their fundamental rights. Waiting for these adversities to fully manifest would imply permitting irreversible damage, including preventable loss of life to some extent. To avert the violation of positive obligations in safeguarding human rights from the threats of climate change, states must adopt comprehensive, reasonable, and effective measures at the highest level. Positive obligations delineate the extent to which a wide array of human rights, encompassing civil and political rights, socio-economic rights, and environmental rights, are realized. In this context, a rights-based approach can expand the scope and boundaries of positive obligations.

A judicial approach aligned with the collective nature of human rights cases related to the environment would empower non-governmental organizations (NGOs) to hold governments accountable and enhance the agency of affected individuals. Rather than excluding climate cases from the legal system due to the personal and immediate interest of individual plaintiffs, establishing a precedent recognizing climate protection as a matter of public interest or *actio-popularis* presents an opportunity for the safeguarding of fundamental rights. National jurisprudence may embrace the doctrine of dynamic interpretation, evolving toward the protection of the rights of future generations. Acknowledging that climate cases constitute *actio-popularis*, particularly in addressing the state's deficiencies concerning climate change, aligns with the inherent nature of annulment lawsuits as an effective instrument for the protection of public interests and the instigation of transformative legal changes. NGOs, in particular, possess better access to resources and can engage more deeply with this issue.

Hence, permitting NGOs to serve as plaintiffs in climate-related cases contributes to the visibility of objective cases and bolsters the rule of law concerning environmental and human rights matters. In this context, there is no impediment to treating these cases as *actio-popularis* and interpreting the concept of interest violation broadly, irrespective of the number of plaintiffs or their status as citizens or NGOs. The decisions handed down by national courts in this regard hold promise. The interpretation of interest violations in climate cases can benefit from a mutually reinforcing relationship between national and international law, as well as between national and international courts. This approach has the potential to provide a resolution to the challenge of admitting climate change cases.

Çıkar Çatışması

Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Yazar Katkıları

Makale tek yazarlıdır.

BIBLIOGRAPHY

- Albers, Julie H. “Human Rights and Climate Change: Protecting the Right to Life of Individuals of Present and Future Generations”, *Security and Human Rights*, Vol. 28, 2017, pp. 113-144.
- Arai-Takahashi, Yutaka. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerpen-Newyork-Oxford, 2001.
- Atalay, Serde. “Urgenda İklim Değişikliği Davası İstinaf Çevirisi”, in *Urgenda İklim Değişikliği Davası*, (Eds. Axel Gosseries/Refia Kadayıfçı, 11-36), Ekoloji Kolektifi, 2019.
- Aydınoglu, Zeynep Nihal. *Türk Alman Hukukunda İdare Hukuku Boyutuyla Yenilenebilir Enerji Üretimi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Belling, W. Detlev/Nurten İNCE. “Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, *Legal Hukuk Dergisi*, Vol. 12, Issue 137, 2014, pp. 3-59.
- Boyd, David R/Marcos A Orellana, “Third-party intervention in Duarte Agostinho and Others v Portugal and 32 Others”, Intervention of UN Special Rapporteurs, 5 Mayıs 2021, <https://ln.sync.com/dl/383819540/pwjkt7x-uy5x8334-sib42xf2-pk8wkc9b/view/doc/5917189570010>, (Last seen 15.09.2023).
- Clark, Paul/Gerry Liston/Ioannis Kalpouzou. “Climate change and the European Court of Human Rights: The Portuguese Youth Case”, *EJIL:Talk*, 6 Ekim 2020, <https://www.ejiltalk.org/climate-change-and-the-european-court-of-human-rights-the->
- Erhürman, Tufan. “Çevre Davalarında ‘Menfaat İhlali’; Danıştay ve KKTC Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 60, No. 3, 2011, pp. 447-484.
- Erhürman, Tufan. “İdari Yargılama Usulünün Sorunları ve Çevrenin Korunmasına ve Geliştirilmesine İlişkin İptal Davalarının Bunlar Üzerindeki Etkileri”, Yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1996.
- Gerards, Janneke. “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”, *European Law Journal*, Vol. 17, No. 1, 2021, pp.80-120.
- Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review*, United Nations Environment Programme, Nairobi, 2020.
- Gökalp Alıca, Süheyla Suzan. “Çevrenin Korunmasına İlişkin İptal Davalarında Kişisel Menfaat Kavramı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, No. 139, 2018, pp. 165-220.
- Gören, Zafer. *Temel Hak Genel Teorisi*. 4. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2000.
- Grant, Evadne. “International Human Rights Courts and Environmental Human Rights: Re-Imagining Adjudicative Paradigms”, *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 6, No. 2, 2015, pp. 156-176.
- Günday, Metin. *İdari Yargılama Hukuku*. Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- Güran, Sait. “Çevre Kanununun Otuzuncu Maddesi”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Vol. 9, No. 1-3, 1988, pp. 185-198.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. “Çevre Hakkı Üzerine (Bir Danıştay Kararının Düşündürdükleri)”, *İnsan Hakları*

Yıllığı, Vol. 10-11, 1988-1989, pp. 107-137.

Kaboğlu, İbrahim Ö. *Çevre Hakkı*. İletişim, İstanbul, 1992.

Kaboğlu, İbrahim Ö. *Çevre Hakkı*. İmge Yayınevi, İstanbul, 1996.

Karahanoğulları, Onur. *İdari Yargı: İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

Keller, Helen/Corina, Heri. “The Future is Now: Climate Cases Before the ECtHR”, *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 40, No. 1, 2022, pp. 153-174.

Kotzé, Louis J. “Neubauer et al. versus Germany: Planetary Climate Litigation for the Anthropocene?”, *German Law Journal*, Vol. 22, 2021, pp. 1423-1444.

Lavrysen, Luc. “The French Climate Cases: Legal Basis and Broader Meaning”, *International Union for Conservation of Nature (IUCN)*, February 11, 2021, <https://biblio.ugent.be/publication/8693381>. (Last seen 17.09.2023).

Leijten, Ingrid. “Human Rights v. Insufficient Climate Action: The *Urgenda* case”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 37, No. 2, 2019, pp. 112-118.

Mallesons, Daisy/Sati Nagra. “Climate Change Litigation-What is It and What to Expect”, Lexology, 27 February 2020, www.lexology.com. (Last seen 15.09.2023).

Maviş, Volkan. *Türk Ceza Kanunu'nda Çevreye Karşı Suçlar*. Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Nijenhuis, Laurien. “Climate Change Litigation in Europe”, *REALaw.blog*, 11 February 2022, <https://realaw.blog/?p=890>. (Last seen 15.09.2023).

Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III*. İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

Orangias, Joseph. “Towards Global Public Trust Doctrines: An Analysis of The Transnationalisation of State Stewardship Duties”, *Transnational Legal Theory*, Vol. 12, No. 4, 2021, pp. 550–586.

Rivers, Julian. “Proportionality and Variable Intensity of Review”, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 65, No. 1, 2006, pp.174-207.

Schall, Christian. “Public Interest Litigation Concerning Environmental Matters Before Human Rights Courts: A Promising Future Concept?” *Journal of Environmental Law*, Vol. 20, No. 3, 2008, pp. 417-453.

Sharachchandra M. LÉLÉ. “Sustainable Development: A Critical Review”, *World Development*, Vol. 19, No. 6, 1991, pp. 607-621.

Šušnjar, Davor. *Proportionality, Fundamental Rights and Balance of Powers*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2010.

Tallat, Hussein. “Climate Change Litigation: A new class of action”, *White&Case*, November 13, 2018, <https://www.whitecase.com/insight-our-thinking/climate-change-litigation-new-class-action>. (Last seen 15.09.2023).

Turgut, Nükhet. “İklim Davaları: Portekiz Örneği, AİHM’ne Başvuru”, *Herkese Bilim Teknoloji*, 5 Şubat 2021, <https://www.herkesebilimteknoloji.com/haberler/surdurulebilirlik/iklim-davolari-portekiz-ornegi-aihmne-basvuru>. (Last seen 20.09.2023).

Turgut, Nükhet. *Çevre Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara, 1998.

United Nations Environment Programme Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review, Nairobi: United Nations Environment Programme, 2020.

Viola, Pasquale. *Climate Constitutionalism Momentum: Adaptive Legal Systems*. Springer, Springer, 2022.

Zielonka, Sarabeth M. “The Universality of The Right to Life: Article 2 and The Margin of Appreciation in The Jurisprudence of The European Court of Human Rights”, *International Law And Politics*, Vol. 47, 2014, pp. 245-277.

“37 termik santrali kapatma davası görüldü: Avukatları ‘Cumhurbaşkanının yetkisi yok’ dedi”, *Yeşil Gazete*, 17 Mart 2022. <https://yesilgazete.org/37-termik-santrali-kapatma-davasi-goruldu-avukatlari-cumhurbaskaninin-yetkisi-yok-dedi/#:~:text=Dokuz%20%C3%A7evre%20%C3%B6rg%C3%BCt%C3%BC%20ve%20Adana,%C4%B0dare%20Mahkemesi'nde%20g%C3%B6r%C3%BCld%C3%BC>. (Last seen 11.09.2023).

“Gençlerden Cumhurbaşkanı Erdoğan’a ve Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’na İklim Davası: ‘Gelecek Hakkımızı Koruyun’”, *İklim Haber*, 9 Mayıs 2023. <https://www.iklimhaber.org/genclerden-cumhurbaskani-erdogana-ve-cevre-sehircilik-ve-iklim-degisikligi-bakanligina-iklim-davasi-gelecek-hakkimizi-koruyun/>. (Last seen 11.09.2023).

Proving the Crime of Threat Through Digital Evidence in the Light of the Supreme Court Decisions

Alaaddin EGEMENOĞLU ^{1*} 

¹ İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 21.02.2024

Accepted: 18.07.2024

Published: 22.07.2024

Keywords:

Digital evidence, Threat crime, Social networking sites, Audio and video recording, Judicial cooperation

Since the crime of threatening is frequently committed verbally in the society, it is difficult to prove it. Especially in recent years, with the development of technology, the crime of threatening has started to be committed through electronic means. This situation introduces the concept of digital evidence. As long as it is not obtained through illegal methods, it is possible to prove the threat with digital evidence. In this study, especially in the light of the Supreme Court decisions and taking into account the opinions of the doctrine, the issue of proving the crime of threat through digital evidence; the concept of digital evidence, judicial cooperation for the delivery of evidence, digital evidence will be examined under the headings of threats made through communication tools, threats made through social networking sites, threats made through e-mail, threats made through audio and/or video cameras and finally, proving the crime of threat with digital evidence within the scope of the Supreme Court of USA decisions.

Yargıtay Kararları Işığında Tehdit Suçunun Dijital Deliller Vasıtasıyla İspatı

Makale Bilgisi

ÖZET

Makale Geçmişi

Geliş Tarihi: 21.02.2024

Kabul Tarihi: 18.07.2024

Yayın Tarihi: 22.07.2024

Anahtar Kelimeler:

Dijital delil, Tehdit suçu, Sosyal paylaşım siteleri, Ses ve görüntü kaydı, Adli yardımlaşma

Tehdit suçu toplumda sıklıkla sözlü olarak işlendiğinden ispatında güçlük bulunmaktadır. Özellikle son yıllarda teknolojinin de gelişmesiyle tehdit suçu elektronik araçlar vasıtasıyla işlenmeye başlamıştır. Bu durum karşımıza dijital delil kavramını çıkarmaktadır. Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmediği müddetçe dijital delillerle tehdidin ispatı mümkündür. Bu çalışmamızda özellikle Yargıtay kararları ışığında ve doktrinin de görüşlerini dikkate alarak tehdit suçunun dijital deliller vasıtasıyla ispatı meselesi; dijital delil kavramı, delillerin ulaştırılması adına adli işbirliği, iletişim araçları vasıtasıyla yapılan tehdit, sosyal paylaşım siteleri vasıtasıyla yapılan tehdit, elektronik posta vasıtasıyla yapılan tehdit, ses ve/veya görüntü alan kameralar vasıtasıyla yapılan tehdit ve son olarak Amerikan Yüksek Mahkemesi kararları kapsamında tehdit suçunun dijital delillerle ispatlanması başlıklarıyla incelenecektir.

To cite this article:

Egemenoglu, A. (2024). "Proving the Crime of Threat Through Digital Evidence in the Light of the Supreme Court Decisions", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cumhuriyet'in 100'üncü Yılı Armağanı, s. 481-494. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.127>

*Sorumlu Yazar: Alaaddin Egemenoglu, aegemenoglu@medipol.edu.tr



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

INTRODUCTION

In Turkish criminal procedure law, whether an act has been committed or not is proved by means of evidence. Proof, on the other hand, is defined as the situation in which the judge, who is the judicial authority, reaches certainty by means of lawful means whether the act has been committed by the defendant or not¹. The judge, while ruling as a result of the criminal procedure, may decide to convict if it is certain that the act constituting a crime was committed by the defendant. Otherwise, if there is doubt, it is interpreted in favor of the defendant, and if it is not fixed that the charged crime was committed by the defendant, an acquittal decision is given in accordance with the principle that the defendant benefits from doubt (Article 223/1-e of the Turkish Criminal Procedure Code no. 5871). In the decision of the Criminal General Assembly of the Supreme Court, it was emphasized that the principle of the defendant benefits from doubt is universal in criminal proceedings, and it was stated that the criminal procedure should be based on proof, not probability, that it depends on proving that the defendant committed the crime with certainty that leaves no room for doubt, and that the defendant should be sentenced by investigating the material truth².

There is no obligation of proof problem in criminal procedure. Evidence is the means of proving the claim. Assumptions are not considered as evidence. The judge must reach the material truth in order to make a decision. The material truth is tried to be revealed through evidence that can prove a part of the event (Article 206/2-b of the Criminal Procedure Code). Evidence must have a material structure that can be perceived by the five senses³.

With the development of technology, the methods that we can call classical from (such as; bloody knife, blood, letter) the oldest time to the present day have changed. Today, digital evidence (electronic evidence) is also frequently used in criminal procedure. As technology advances to become more portable and powerful, the creation, storage, and access to large amounts of information have increased. Modern devices can act as vast repositories for personal information⁴. Developing electronic devices help to elucidate crimes that are difficult to prove.

The offense of threat, which can be committed verbally or in writing, is completed with the perception of the addressee. In this sense, problems arise for its proof. Especially with the development of technology, the crime is tried to be proved through digital evidence. Since the centers that provide some digital evidence are outside Türkiye, international judicial cooperation is also needed. The most concrete example of this is the Council of Europe Convention on Cybercrime. In this sense, the center of social networking sites such as “Twitter”, “Facebook”, “Instagram”, “YouTube” and “Tiktok” which are widely used all over the world, is the USA, which has adopted the common law system. In this sense, it is the US and Turkish Supreme Court decisions need to be reviewed.

¹ Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan / Özbek, Veli Özer. *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, p. 404; Yavuz, Mehmet. “Ceza Muhakemesinde İspat Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 3, I. 9, April 2012, p. 154.

² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2019/412, K. 2021/44, KT. 18.02.2021, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Date of Access: 21.02.2024).

³ Centel, Nur / Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 21. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, p. 255.

⁴ Goodison, Sean / Davis, Robert / Jackson, Brian. Digital Evidence and the U.S. Criminal Justice System: Identifying Technology and Other Needs to More Effectively Acquire and Utilize Digital Evidence, *RAND Corporation*, 2015, p. 1.

I. PROOF OF THREAT CRIME THROUGH DIGITAL EVIDENCE

A. General Information About The Concept of Digital Evidence

Threat crime is frequently committed through digital devices with the development of technology. This leads to the concept of digital evidence⁵. Digital evidence refers to information and data of importance in criminal proceedings that are stored in or transmitted through an electronic device⁶. Although the first thing that comes to mind when it comes to digital devices is computers, cell phones or the internet, any electronic device, including robots containing artificial intelligence algorithms, can be within the scope of digital evidence. For example, the crime of threat can be committed by giving commands to the robot. The threatening action sent by a drone can be used as evidence in the judgment phase. In summary, digital evidence refers to data, records and documents that are produced, modified, transmitted to others or stored in an electronic environment, which serve to prove the alleged act⁷. Data, records and documents stored in this way can only be used as digital evidence in the proceedings, provided that their authenticity is determined by an expert witness in court⁸. Digital evidence is of an abstract nature rather than what we can call classical evidence in the sense of the Criminal Procedure Code. However, if digital evidence is contained in a hardware device, it is not the hardware device itself that constitutes the main evidence in criminal proceedings. It is the digital evidence contained in the hardware device⁹.

Depending on the nature of the digital evidence and the method of obtaining it, digital evidence may be indicative in some cases and documentary in others¹⁰. In Turkish criminal law, one view considers digital evidence as documentary evidence. This is because electronic loads can be read with digital devices. In this way, the data takes on a meaning. Therefore, since it contains a statement of will and the person who issued it can be identified, it is accepted as documentary evidence¹¹. Another opinion, which I also agree with, accepts digital data, which are duly filled in and protected and duly submitted to the court, as documentary evidence. Since there is a possibility that it may have been forged in the virtual environment, it may be documentary evidence after its authenticity is proven through forensic medicine. Before that, it is indicative evidence that shows a part of the event and must be supported by other evidence¹². As I will discuss below, Supreme Court of Türkiye accepts digital evidence as evidence of scientific reliability until its authenticity is proven. On the other hand, Supreme Court of USA, has followed the general acceptance standard, requiring that digital evidence be accepted by science. Otherwise it is ignored.

⁵ Digital data is defined in paragraph (a) of Article 3 of the Electronic Signature Law No. 5070. Accordingly; “Electronic data refers to records produced, transported or stored by electronic, optical or similar means.”

⁶ Berber, Leyla Keser. *Adli Bilişim*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2004, p. 46.

⁷ Arslan, Çetin. “Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, V. 3, I. 2, 2015, p. 253.

⁸ Tezcan, Durmuş / Sırma Gezer, Özge / Saygılar Kırıt, Yasemin / Altınok Çalışkan, Elif / Alan, Esra / Özaydın, Özdem / Erden Tütüncü, Efser / Güzel, İdris / Köker, Nilüfer / Altınok Villemin, Derya / Tok, Mehmet Can. *Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, p. 401.

⁹ Özen, Muharrem / Özocak, Gürkan. “Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK m. 134)”, *Ankara Barosu Dergisi*, I. 1, 2015, p. 59.

¹⁰ Değirmenci, Olgun. *Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 130.

¹¹ Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 576.

¹² Tezcan and others, p. 402.

B. Judicial Cooperation in Digital Evidence

The possibility of loss of digital evidence¹³ and the fact that some companies are headquartered outside of Turkey brings with it the need for judicial cooperation. The process of cooperation should be fast¹⁴. In a world developing with technology, there is a need for a new and fast judicial cooperation. Rather than classical judicial cooperation, a large-scale cooperation with the participation of every country is required¹⁵. One manifestation of this cooperation is the Council of Europe Convention on Cybercrime. The convention emerged in Budapest on 23.11.2001 with the aim of introducing a common criminal policy for cybercrime through international judicial cooperation and was signed by 68 countries, including the USA, which is not a member of the Council of Europe. Turkey signed the convention on 10.11.2010 and it entered into force on 29.09.2014¹⁶.

Article 3 of the Convention includes a section on judicial assistance. Since digital evidence can be lost quickly, effective and rapid international cooperation is necessary to combat it. In order to ensure judicial cooperation, the Convention regulates general principles in Article 23. Accordingly, judicial cooperation should cover not only crimes linked to information systems, but also other crimes where evidence is available in electronic form¹⁷. Therefore, even if some companies are headquartered in the United States, in accordance with the agreement, the information of suspects in the crime of threats committed by electronic means must be shared with the request through the Ministry of Justice within the scope of cooperation.

In addition, initiatives are envisaged to establish a 24/7 contact point at the General Directorate of International Law and Foreign Relations of the Ministry of Justice¹⁸, which is the central authority for legal assistance¹⁹.

II. PROOF OF THREAT CRIME IN TURKISH CRIMINAL LAW THROUGH DIGITAL EVIDENCE

When the crime of threatening is committed through digital tools such as communication tools, social networking sites, electronic mail and cameras that take audio and / or video, a number of problems arise in its proof. The decisions of the Supreme Court, which is subject to the continental European legal system, and Supreme Court of USA, which is dominated by Common law, have different approaches in solving these problems.

A. Proof in Threats Made Through Communication Tools

Telephone conversations, text messages and correspondence via “Whatsapp”, “Bip”, “Telegram” and similar messaging applications are within the scope of communication tools. Since

¹³ Kızıroğlu, Serap Keskin. “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Ceza Muhakemesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, V. 59, I. 1-2, 2001, p. 155.

¹⁴ Csonka, Peter. “The Council of Europe's Convention On Cyber-Crime And Other European Initiatives”, *International Review of Penal Law*, V. 77, p. 480.

¹⁵ Önok, Murat. “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği”, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, V. 19, I. 2, 2013, p. 1235-1236.

¹⁶ Aliusta, Cahit / Benzer, Recep. “Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi ve Türkiye'nin Dahil Olma Süreci”, *Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi*, V. 4, I. 2, 2018, p. 37-38.

¹⁷ The Budapest Convention, <https://www.coe.int/en/web/cybercrime/the-budapest-convention>, (Date of Access: 12.07.2024).

¹⁸ <https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/ceza-istinabe14022020012410>, (Date of Access: 12.07.2024).

¹⁹ Önok, p. 1247.

communication tools are widespread today, the crime of threatening is frequently committed with these tools. The proof of the threats made in this way appears as a problem in the judgment phases.

In threats made through text messages on the phone, if the message is not deleted, it is possible to identify the person who made the threat by asking the GSM operator, since the number that sent the message appears. If the message has been deleted, the phone number should be determined by asking the complainant about the time interval in which the message was received and by requesting from the GSM operator the list of messages received on the complainant's phone during that time interval. Depending on the defense of the phone number owner, the investigation should be expanded and the suspect should be investigated, or if he/she does not have a consistent defense, it should be deemed to have committed the crime²⁰. As a matter of fact, in a decision of the Supreme Court, in the face of the detection that the messages sent to the victim's mobile phone number were sent from the number registered in the name of the relative, the decision of the local court, which made an incomplete investigation was overturned in the face of the defense that the suspects did not use the line without asking whether the owner of the line to which the message was sent was using the line within the knowledge of the owner, and if not, who was using the line, and without looking at which IMEI number phone the lines were used from. Therefore, a decision should be made after the material truth is fully reached²¹.

Recording the conversation via the voice recording program on the phone is one of the frequently used methods to prove verbal threats. Recording conversations without consent fits the legal definition of the offense of violating the confidentiality of communication (Article 132/1, second sentence of the Turkish Penal Code). Because in this article, the legislator punishes the person who illegally records the content of the communications made to him/her without the consent of the party to the conversation²². However, the Supreme Court gives an exception to the use of conversations recorded in this way only within the scope of criminal proceedings. Threats made in public or verbally are very difficult to prove. The Supreme Court requires that the evidence obtained in this way must be done without trapping and directing people in advance. Here, the sudden development of the event and the inability to obtain evidence by other means are adopted as criteria for the evaluation of sound recordings as evidence²³.

One opinion in the doctrine, which examines the state of necessity among the reasons for compliance with the law, suggests that voice recording can be made in order to protect the rights of the person who is exposed to threats via phone proportionally in order to escape from a serious and certain danger or to save someone else, and to ensure the capture of the perpetrator²⁴. Another opinion suggests that the use of the right should be evaluated within the scope of the use of the right to sue and complain within the context of the reason of compliance with the law in the event of a sudden development and in order to obtain evidence²⁵. The opinion I also agree with in the doctrine is; It argues that in cases of

²⁰ Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa. *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, p. 4122.

²¹ Yargıtay 4. CD, E. 2016/8682, K. 2020/6996, KT. 16.06.2020, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Date of Access: 08.11.2022).

²² Sevük, Handan Yokuş. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2022, p. 529-530; Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, p. 701.

²³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2012/1270, K. 2013/248, KT. 21.05.2013; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2020/430, K. 2021/161, KT. 02.04.2020, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Date of Access: 28.03.2022).

²⁴ Zafer, Hamide. "Haberleşmenin Gizliliğini İhlal", *Özel Ceza Hukuku, C. III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, p. 515.

²⁵ Tezcan/Erdem/Önok, p. 709; Birtek, Fatih. *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, p. 324.

verbal crimes such as insults, threats or blackmail, obtaining evidence by recording the conversations of those who are exposed to these actions can be accepted within the scope of legitimate defense, which is a reason for compliance with the law²⁶. Since he/she does not have the opportunity to prove the threatening attack against him/her in any other way, he/she defends himself/herself by committing the crime of violating the confidentiality of communication by recording against this attack. However, it considers the planned recordings of the victim (through a mechanism he/she has previously set up, by provocation, and without his/her knowledge) as unlawful. In a decision that the Supreme Court evaluated within the scope of legitimate defense; Since it is not possible to obtain evidence in insult and threat crimes, it overturned the decision of the first instance court, stating that the voice recordings taken as soon as the criminal words were uttered were lawful²⁷.

In threats made through “Whatsapp”, “Bip”, “Telegram” and similar messaging applications, the output of the messaging history can be classified as indicative evidence. Because their reality also needs to be proven. It is possible to change the correspondence, names or phone numbers in the messaging history by means of a computer. The authenticity of the messages is verified by matching the message contents in the correspondence printouts with the correspondence and phone number on the smartphone, and indicative evidence is proven and affects the judgment as a document whose authenticity has been proven. As a matter of fact, the Supreme Court overturned the decision of the court of first instance that disregarded these messages and returned the indictment²⁸.

B. Proof in Threats Made Through Social Networking Sites

On social networking sites such as “Twitter”, “Facebook”, “Instagram”, “YouTube”, “Tiktok” and similar, the user creates an account and posts through this account. Even if the name and surname are written on the account, its accuracy cannot be determined. When the crime of threatening with fake accounts is committed, determining who committed the crime has revealed the possibility of detecting crimes from the IP number, which is a digital evidence process²⁹. In this case, who owns the account is determined by learning from the company that is the hosting provider of the social networking site, when and from which IP number the message came, and then by investigating who the IP number to be determined belongs to³⁰. However, it is problematic to access and get information from social networking sites such as Facebook, Twitter and Instagram, whose corporate headquarters are located in the USA. In the event that there is no response from the companies despite the warrant written during the investigation phase, a decision of non-prosecution is made. In accordance with the Article 160/1 of the Criminal Procedure Code, the prosecutor is obliged to investigate the material truth. Therefore, in the decisions of the Supreme Court, it is stated that since the prosecutor has to investigate the perpetrators and evidence of the crime during the statute of limitations, he/she should not decide that there is no prosecution based on the negative answer without resorting to other methods (such as contacting the hosting provider by a forensic computer expert or conducting an investigation through

²⁶ Şen, Ersan. *Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, p. 74; Erdağ, Ali İhsan. “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği*, I. 92, 2011, p. 49-54; Aydın, Devrim. *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, p. 213-214.

²⁷ Yargıtay 4. CD, E. 2019/5283, K. 2021/27483, KT. 24.11.2021, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Date of Access: 04.11.2022).

²⁸ Yargıtay 4. CD, E. 2017/22735, K. 2018/467, KT. 11.01.2018; Yargıtay 4. CD, E. 2021/30760, K. 2021/27721, KT. 25.11.2021, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Date of Access: 24.03.2022).

²⁹ Gedik, Doğan. “Bilişim Suçlarında İp Tespiti İle Ekran Görüntüleri Çıktılarının İspat Değeri”, *Bilişim Hukuku Dergisi*, V. 1, I. 1, Ankara, 2019, p. 56.

³⁰ Yargıtay 4. CD, E. 2018/1629, K. 2021/12536, KT. 07/04/2021, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Date of Access: 24.03.2022).

the IP address)³¹. The investigation file must be followed by the prosecutor's office until the perpetrator is found during the statute of limitations.

In cases of threats made through fake accounts on social networking sites, the judge makes an interrogation to obtain the defendant's confession. As a result of the interrogation, if the defendant confirms that he/she is the owner of the account, the defendant is convicted, supported by other evidence³².

C. Proof in Threats Made Via Electronic Mail (E-Mail)

The offense of threat can be committed through e-mails such as “Gmail”, “Hotmail”, “Yahoo” and similar e-mail tools. When the threat crime is committed via e-mail, it becomes difficult to determine who the e-mail address belongs to in threatening e-mails, since companies whose headquarters are in the USA do not have representative offices in Türkiye and rogatory requests are answered negatively³³. However, the Supreme Court does not accept the decision that there is no need for prosecution, since the prosecutor is obliged to investigate the material fact ex officio. In such a case, it states that there is an obligation to continue to investigate the truth of the matter and overturns the decisions made solely on the grounds that the identity of the person in the United States could not be reached. Accordingly, the testimony of the witnesses indicated by the person making the criminal complaint should be taken, the telephone transcripts subject to the crime should be obtained, and the electronic devices (such as laptop, computer, cell phone) that are suitable for using the e-mail addresses of the victim and the suspect on the date of the crime and whether they are still in use should be evaluated. An expert witness should be consulted for the evaluation of documents and information³⁴.

D. Proof in Threats Made Through Audio and/or Cameras

If the crime of threatening is committed verbally, there is difficulty in proving it. With the development of technology, cameras that capture audio and/or images are frequently used in social life for the prevention of crime or the proof of crimes committed. The images taken with the camera can be used as evidence in criminal proceedings as long as their reliability is determined³⁵. The Supreme Court also accepts the failure to investigate the records of workplace security cameras³⁶, mobile electronic system integration cameras and other devices³⁷ at the trial stage in terms of proving the crimes as a reason for reversal.

In order to benefit from camera recordings, it is necessary to determine their authenticity by transferring them from the virtual world to the real world in a state suitable for examination and

³¹ Yargıtay 4. CD, E. 2018/819, K. 2018/4172, KT. 01/03/2018; Yargıtay 4. CD, E. 2020/18650, K. 2020/18542, KT. 07/12/2020, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Date of Access: 25.03.2022).

³² Yargıtay 12. CD, E. 2014/1409, K. 2014/20943, KT. 27.10.2014, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Date of Access: 25.03.2022).

³³ Özsoy, Nevzat. “Yargıtay Kararları Işığında Doğrudan Bilişim Suçları (TCK 243 ve 244)”, *Yaşar Hukuk Dergisi*, V. 1, I. 2, July 2019, p. 340.

³⁴ Yargıtay 4. CD, E. 2019/2277, K. 2019/9064, KT. 15.05.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Date of Access: 28.03.2022).

³⁵ Yıldız, Ali Kemal. “Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, I. 2, December 2006, p. 256; Arslan, p. 263.

³⁶ Yargıtay 6. CD, E. 2021/2766, K. 2021/18235, KT. 25.11.2021, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Date of Access: 03.06.2022).

³⁷ Yargıtay 17. CD, E. 2020/2630, K. 2020/6574, KT. 29.06.2020, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Date of Access: 03.06.2022).

evaluation³⁸. Digital evidence sheds light on the incident in question. However, since it is difficult to determine whether there is any intervention in the content of digital evidence or in which environment it was created, it is inconvenient to use it as evidence alone. Therefore, it must be supported by other evidence and the evidence must be confirmed by an expert³⁹. Hence, if the judge has only digital evidence as evidence in the trial, even though the evidence is examined meticulously, any hesitation about whether the defendant committed the crime should be interpreted in favor of the defendant. Considering the principle that the defendant gets the benefit of the doubt, an acquittal decision should be given in terms of digital evidence that is likely to be mistaken⁴⁰. In the decisions of the Supreme Court, it is seen that a decision of reversal is made considering this nature of digital evidence⁴¹.

Digital evidence must be obtained through legal means in order to be used in criminal proceedings. The legislator regulated in Article 217/2 of the Criminal Procedure Code that unlawful evidence shall not constitute the basis of the verdict and accepted that it is absolutely unlawful. When the illegality of the evidence is mentioned, it should be noted that it is possible to benefit from this evidence if there is a reason for compliance with the law⁴². In its decision, the Supreme Court ruled that obtaining evidence in the crime committed by placing a camera in the room used as a private room is lawful based on the exercise of the right within the scope of the right to claim and defense. (Article 26/1 of the Turkish Penal Code)⁴³. The Supreme Court, in its jurisprudence developed in terms of the use of camera recordings, did not accept hidden camera footage taken without the person's knowledge as evidence, except for threats or insult crimes where it is not possible to obtain evidence in any other way⁴⁴. The Supreme Court states that even if the records taken in this way were made for the purpose of obtaining evidence, they constitute an attack on personal rights and require moral compensation⁴⁵.

III. PROVING THE CRIME OF THREATENING WITH DIGITAL EVIDENCE IN COMPARISON WITH THE SUPREME COURT OF USA DECISIONS

The American legal system is based on “common law” which places significant emphasis on court precedents in formal rulings. In this system, previous judicial decisions play a crucial role in how courts resolve current cases, even when a statute is involved⁴⁶. In other words, Common law is typically uncodified, meaning there isn't a comprehensive collection of legal rules and statutes. While it does incorporate some scattered statutes, which are legislative decisions, it primarily relies on precedent judicial decisions made in previous, similar cases⁴⁷. These precedents are preserved through court records and historically documented in collections of case law known as yearbooks and reports. The

³⁸ Yargıtay 1. CD, E. 2008/10249, K. 2012/48, KT. 16.01.2012, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Date of Access: 03.06.2022).

³⁹ Yargıtay 2. CD, E. 2014/37084, K. 2017/6480, KT. 05.06.2017, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Date of Access: 03.06.2022).

⁴⁰ Yıldız, p. 257; Arslan, p. 263.

⁴¹ Yargıtay 13. CD, E. 2012/2260, K. 2013/12578, KT. 30.04.2013, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Date of Access: 03.06.2022).

⁴² Arslan, p. 264.

⁴³ Yargıtay 13. CD, E. 2011/7180, K. 2012/8523, KT. 26.03.2012; Yargıtay 8. CD, E. 2018/7510, K. 2018/9642, KT. 20.09.2018, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Date of Access: 03.06.2022).

⁴⁴ Yargıtay 4. CD, E. 2007/11957, K. 2009/21077, KT. 22.12.2009, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Date of Access: 03.06.2022).

⁴⁵ Yargıtay 4. HD, E. 2014/10463, K. 2015/6652, KT. 25.05.2015, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Date of Access: 03.06.2022).

⁴⁶ Lewis, Sebastian. “Precedent and the Rule of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, V. 41, I. 4, 6 March 2021, p. 876.

⁴⁷ Dainow, Joseph. “The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparisons”, *The American Journal Of Comparative Law*, V. 15, 1967, p. 426.

judge presiding over a new case determines which precedents to apply. Consequently, judges play a significant role in shaping American law. Common law operates as an adversarial system, where two opposing parties present their cases before a judge who moderates. A jury, composed of ordinary individuals without legal training, decides on the facts of the case. Based on the jury's verdict, the judge then determines the appropriate sentence⁴⁸.

Civil law, on the other hand, is based on codified law⁴⁹. Countries with civil law systems have extensive, continually updated legal codes that detail all matters that can be brought before a court, the procedures to be followed, and the penalties for each offense. These codes differentiate between various categories of law: substantive law defines which actions are subject to criminal or civil prosecution, procedural law outlines the process for determining whether an action is criminal, and penal law specifies the penalties. In a civil law system, the judge's role is to establish the facts and apply the relevant provisions of the code. The judge often initiates formal charges, investigates the case, and makes a decision, but operates within the boundaries set by a comprehensive, codified set of laws. As a result, the judge's decision is less influential in shaping the law compared to the role of legislators and legal scholars who create and interpret these codes⁵⁰.

In Turkish criminal law, which is subject to the Civil law system, verbal threats are usually proved by witnesses and by the defendant's confession in court. On the other hand, if another witness who has a relevant contribution to the concrete incident testifies that "no threatening words were spoken", no punishment is given. Supreme Court of Türkiye and Supreme Court of USA offer different solutions to the problems in proving threats with digital evidence.

To summarize;

Supreme Court of Türkiye

1- In the case of threats made by sending a message via cell phone, the GSM operator can be asked about the owner of the line to determine the authenticity of the message and the identity of the person making the threat. Since the phone owner will be a suspect, the investigation proceeds according to his/her statement. If the line owner and the phone owner are different people, it is accepted that it is necessary to expand the investigation and determine who sent the threatening message.

2- In the event that someone makes a threat during a phone call or while talking in an environment, the threat is proved through the voice recording program on the mobile phone. Although the recording made in this way constitutes the crime of violating the confidentiality of communication, Turkish Supreme Court accepts the use of such recordings only within the scope of criminal proceedings as an exception if one of the parties did not set a trap in advance (the event developed suddenly and the recording was taken in this way) or did not direct the other party to the threat. In addition, it is stated that although taking voice recordings is a violation of the confidentiality of communication, the provisions of legitimate defense should be applied by accepting the threat as an attack and recording against it as a self defense.

3- In case of threats through messaging applications such as "Whatsapp", "Bip", "Telegram", etc., it is stated that it is documentary evidence that affects the judgment if its reality can be proven.

⁴⁸ Dainow, p. 431-432.

⁴⁹ Dainow, p. 426.

⁵⁰ <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2017/11/CommonLawCivilLawTraditions.pdf>, (Date of Access: 11.07.2024).

Otherwise, it is accepted as indicative evidence showing a part of the event that needs to be supported by other evidence.

4- In threats made through social networking sites and e-mails, where the user can open an account without his/her own name and surname, it is not possible to prove who committed the act. Here, the suspect is first contacted by name and surname and a decision is made. In the case of fake accounts, if the suspect, who is reached from the IP number, confirms that the account belongs to him/her, he/she is criminally liable. Otherwise, the identity of the account is requested from the company that is the hosting provider of the social networking site. Those whose company headquarters are not in Türkiye do not provide information. Supreme Court of Türkiye argues that the truth should continue to be investigated in this case as well.

5- In proving the threat by means of audio and/or video recording cameras, Supreme Court of Türkiye considers these recordings to be suitable for examination and evaluation if the reality is determined by transferring them from the virtual world to the real world. Camera recordings are not accepted as evidence if they were taken secretly without the knowledge of the person who planned and threatened to trap people.

Supreme Court of USA

When the case law in Anglo-American law is examined in general, it is seen that a number of evaluation criteria are set out in terms of the use of digital evidence in the proceedings. The first criterion, the general acceptance criterion, which was applied for seventy-two years, was determined by the 1923 *Fyre v. United States* decision⁵¹. According to the criterion, there should be a standard recognized by science and this standard should be used to obtain evidence⁵². This criterion has been criticized as limiting, since evidence cannot be used in American courts if it is not accepted by science⁵³. Therefore, the decision of Supreme Court of USA in *William Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* in 1995 is important⁵⁴. In this decision, it is stated that the general admission criterion does not meet the requirements of the federal rules of evidence for the admission of evidence. It is the judge who determines the scientific reliability of digital evidence. In this case, the judge is required to make a preliminary inspection on whether the digital evidence that comes before him with the allegation that the offence of threatening has been committed can be used in the trial⁵⁵. For example, in *Counterman v. Colorado*, Supreme Court of USA has seen that Billy Counterman sent hundreds of messages, many of them threatening, to local singer and musician C.W. between 2014 and 2016, each time opening a new Facebook account. Therefore, C.W. has suffered a mental breakdown. The Supreme Court accepted threatening messages on Facebook as evidence and completed its assessment on the basis of the material facts⁵⁶.

⁵¹ <https://casetext.com/case/frye-v-united-states-7>, Submitted November 7, 1923, Decided December 3, 1923, (Date of Access: 21.02.2024).

⁵² Değirmenci, p. 117; Sarsıkoğlu, Şenel. "Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat Hukuku Açısından Elektronik Delil (E-Delil) Kavramı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 6, I. 22, July 2015, p. 518.

⁵³ Değirmenci, p. 118; Sarsıkoğlu, p. 518.

⁵⁴ <https://caselaw.findlaw.com/court/us-9th-circuit/1430422.html>, Argued and Submitted March 22, 1994, Decided January 4, 1995, (Date of Access: 21.02.2024).

⁵⁵ Değirmenci, p. 118; Sarsıkoğlu, p. 518.

⁵⁶ Between 2014-2016, Billy Counterman created a new Facebook account each time and sent hundreds of messages to C.W., a local singer and musician, many of which contained threatening messages. As a result, C.W. suffered a mental breakdown and was unable to participate in social life. The decision of the local court, 497 P.3d 1039, which did not investigate the content of the messages, was reversed and remanded. *Counterman v. Colorado*, No. 22-138. Argued April 19, 2023-Decided June 27, 2023, <https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/22->

CONCLUSION

With the development of technology, it is seen that the crime of threatening is proved through digital evidence. There are difficulties in the prosecution of the crime, especially in terms of proving verbal threats. In this context, the crime of threatening is proved by means of communication tools, social networking sites, electronic mail, audio and / or video cameras.

With the voice recording application available on smartphones, one of the parties to the conversation can record the other party's voice. Although this situation constitutes the elements of the crime of violating the confidentiality of communication, there is difficulty in proving verbal threats in particular and it is not possible to obtain evidence in any other way. Therefore, if those who are exposed to these actions have not previously set a trap for the party involved in the conversation, recording their voice in order to present it to the court does not constitute a crime, as it will be within the scope of legitimate defense, which is a reason for compliance with the law.

On social networking sites, the user creates an account and can post through this account. Since the owners of the account use a pseudonym, the owner of the account is often not identified. In this case, as the prosecutor is obliged to investigate the material truth pursuant to Article 160/1 of the Criminal Procedure Code, he/she should investigate the IP address. Even if he/she receives a negative answer that the owner of the account cannot be identified, he/she should not decide that there is no need for prosecution and should investigate the truth by resorting to other methods.

In cases where the crime of threat is committed via e-mail, it becomes difficult to determine who the e-mail address belongs to in threatening e-mails, since companies whose headquarters are in the USA do not have representative offices in Türkiye and rogatory requests are answered negatively. However, the prosecutor's office has the obligation to investigate the material truth despite negative answers.

It is possible to prove the crime of threat through cameras that capture audio and/or images. However, in order to benefit from these records in the trial, they must be made suitable for the judge's review and evaluation. This is possible by transferring the audio and/or video from the virtual world to the real world. Since it is difficult to determine whether the content of digital evidence has been interfered with, this alone is not sufficient for conviction. Therefore, the material truth should be investigated by confirming the evidence and supporting the confession of crime with other evidence such as witnesses or documents. Therefore, even though there is only digital evidence in the trial, if the judge has doubts about whether the defendant committed the crime, he/she should interpret it in favor of the defendant.

In its judgements, Supreme Court of USA has stated that digital evidence should be subjected to a preliminary examination in order to ensure that it complies with federal terms and that the evidence can be used before the trial. The determination here is left entirely to the judge. In Turkish criminal procedure, the prosecutor must determine the lawfulness of digital evidence during the investigation phase. If it is determined during the prosecution phase, the judge cannot take it as a basis for the judgement since there is an absolute prohibition of evaluation.

Conflict of Interest

There is no conflict of interest.

Author Contributions

The authors did not specify the contribution rate.

REFERENCES

- Aliusta, Cahit / Benzer, Recep. “Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi ve Türkiye’nin Dahil Olma Süreci”, *Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi*, V. 4, I. 2, 2018 s. 35-42.
- Arslan, Çetin. “Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, V. 3, I. 2, 2015, p. 253-266.
- Aydın, Devrim. *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Berber, Leyla Keser. *Adli Bilişim*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Birtek, Fatih. *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*. 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 21. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Counterman v. Colorado, No. 22–138, Argued: April 19, 2023–Decided: June 27, 2023, https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/22-138_43j7.pdf (Date of Access: 21.02.2024).
- Csonka, Peter. “The Council of Europe's Convention on Cyber-Crime And Other European Initiatives”, *International Review of Penal Law*, V. 77, p. 473-501.
- Dainow, Joseph. “The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparisons”, *The American Journal Of Comparative Law*, V. 15, 1967, p. 419-435.
- Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc, No. 90-55397, Argued and Submitted: March 22, 1994, Decided: January 4, 1995, <https://caselaw.findlaw.com/court/us-9th-circuit/1430422.html>, (Date of Access: 21.02.2024).
- Değirmenci, Olgun. *Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Erdağ, Ali İhsan. “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, I. 92, 2011, p. 31-61.
- Fyre v. United States, No. 3968, Submitted: November 7, 1923-Decided: December 3, 1923, <https://casetext.com/case/frye-v-united-states-7> (Date of Access: 21.02.2024).

Gedik, Doğan. “Bilişim Suçlarında İp Tespiti ile Ekran Görüntüleri Çıktılarının İspat Değeri”, *Bilişim Hukuku Dergisi*, V. 1, I. 1, 2019, p. 51-84.

Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa. *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

Jurisprudence, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Kızıroğlu, Serap Keskin. “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Ceza Muhakemesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, V. 59, I. 1-2, 2001, p. 155-180.

Legislation, <https://www.mevzuat.gov.tr/>

Lewis, Sebastian. “Precedent and the Rule of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, V. 41, I. 4, 2021, p. 873-898.

Önok, Murat. “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, V.19, I. 2, 2013, p. 1229-1270.

Özen, Muharrem / Özocak, Gürkan. “Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK m. 134)”, *Ankara Barosu Dergisi*, I. 1, 2015, p. 43-77.

Özsoy, Nevzat. “Yargıtay Kararları Işığında Doğrudan Bilişim Suçları (TCK 243 ve 244)”, *Yaşar Hukuk Dergisi*, V. 1, I. 2, July 2019, p. 296-352.

Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan / Özbek, Veli Özer. *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

Goodison, Sean / Davis, Robert / Jackson, Brian. Digital Evidence and the U.S. Criminal Justice System: Identifying Technology and Other Needs to More Effectively Acquire and Utilize Digital Evidence, *RAND Corporation*, 2015, p. 1-32.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Tezcan, Durmuş / Sırma Gezer, Özge / Saygılar Kırıt, Yasemin / Altınok Çalışkan, Elif / Alan, Esra / Özaydın, Özdem / Erden Tütüncü, Efser / Güzel, İdris / Köker, Nilüfer / Altınok Villemin, Derya / Tok, Mehmet Can. *Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

The Common Law and Civil Law Traditions, <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2017/11/CommonLawCivilLawTraditions.pdf>

Sarsıkoğlu, Şenel. “Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat Hukuku Açısından Elektronik Delil

- (E-Delil) Kavramı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 6, I. 22, July 2015, p. 507-534.
- Sevük, Handan Yokuş. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Şen, Ersan. *Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Sarsıkoğlu, Şenel. “Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat Hukuku Açısından Elektronik Delil (E-Delil) Kavramı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 6, I. 22, July 2015, p. 507-534.
- Yavuz, Mehmet. “Ceza Muhakemesinde İspat Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 3, I. 9, April 2012, p. 151-176.
- Yenisey, Feridun / Nuhoglu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Yıldız, Ali Kemal. “Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, I. 2, December 2006, p. 253-264.
- Zafer, Hamide. “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal”, *Özel Ceza Hukuku, C. III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

New Era in Urban Transformation: Urban Transformation Presidency and Amendments by Law No. 7471

Reşat ÇETİNKAYA ^{1*} 

¹ Adalet Bakanlığı, Türkiye

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 04.03.2024

Accepted: 08.05.2024

Published: 29.07.2024

Keywords:

Urban transformation,
Earthquake, Urban
transformation, Presidency,
Risky building

The earthquake that caused tragic losses in our country on February 6 led to an increase in earthquake-focused discussions on the public agenda. Due to the extensive impact on 11 cities during the earthquake, establishing earthquake-resistant cities and determining comprehensive urban transformation strategies have become a priority public policy. The problems experienced during the implementation processes of urban transformation projects have made comprehensive changes necessary. The mentioned comprehensive changes have necessitated transformation not only in terms of legal regulations but also in administrative structuring. With the Law Amending Some Laws and the Decree-Law No. 375 on the Transformation of Areas at Risk of Disasters, as the name suggests, changes are made to certain provisions of Law No. 6306 on the Transformation of Areas at Risk of Disasters, and some provisions are added to Law No. 6306. With the Law No. 7471 published in the Official Gazette dated November 9, 2023, significant changes have been made in urban transformation institutions. Changes in the identification of reserve building areas, along with the improvement of the identification of risky structures and subsequent practices, will provide a new framework for urban transformation. The establishment of the Urban Transformation Presidency, which will play a key role in the implementation of legal regulations and increasing efficiency in urban transformation practices, is crucial. After the explanation of the basic concepts of urban transformation, the amendments made to the urban transformation institutions by Law No. 7471 and the evaluations to be made on the management model of the Urban Transformation Presidency in two different sections will contribute to the understanding of the paradigm of the new era.

Kentsel Dönüşümde Yeni Dönem: Kentsel Dönüşüm Başkanlığı ve 7471 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler

Makale Bilgisi

ÖZET

Makale Geçmiş

Geliş Tarihi: 04.03.2024

Kabul Tarihi: 08.05.2024

Yayın Tarihi: 29.07.2024

Anahtar Kelimeler:

Kentsel dönüşüm, Deprem,
Kentsel dönüşüm başkanlığı,
Riskli yapı

Ülkemizde acı kayıplara neden olan 6 Şubat Depremi, kamuoyu gündeminde deprem odaklı tartışmaların artmasına yol açarken, depremde 11 şehrin geniş ölçekte etkilenmesi nedeniyle depreme dirençli kentler oluşturma ve geniş kapsamlı kentsel dönüşüm stratejileri belirlenmesi öncelikli kamu politikası haline geldi. Kentsel dönüşüm projelerinin uygulama süreçlerinde yaşanan sorunlar kapsamlı değişimleri zorunlu hale getirmiştir. Sözü edilen kapsamlı değişiklikler, yasal düzenlemelerin yanı sıra idari yapılanma yönünden de dönüşümü zorunlu kılmıştır. 7471 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararıyla Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la isiminden de anlaşılacağı üzere, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un belirli hükümlerinde değişiklik yapılmakta ve 6306 sayılı Kanun'a bazı hükümler eklenmiştir. 9 Kasım 2023 tarih 32364 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 7471 Sayılı Kanun ile kentsel dönüşüm müesseselerinde



önemli değişiklikler yapılmıştır. Riskli yapı tespiti ve devamındaki uygulamaların geliştirilmesinin yanı sıra rezerv alan tespitinde yapılan değişiklikler kentsel dönüşüme yeni bir çerçeve kazandıracaktır. Yapılan yasal düzenlemelerin hayata geçirilmesinde ve kentsel dönüşüm uygulamalarında etkinliğin artırılmasında başat rol oynayacak Kentsel Dönüşüm Başkanlığı'nın kurulması önem arz etmektedir. Kentsel dönüşüme ilişkin temel kavramların incelenmesinden sonra iki farklı bölüm halinde, 7471 sayılı Kanunla kentsel dönüşüm müesseselerinde yapılan değişiklikler ve Kentsel Dönüşüm Başkanlığının yönetim modeli üzerinde yapılacak değerlendirmeler yeni döneme dair paradigmanın anlaşılmasına katkı sağlayacaktır.

To cite this article:

Çetinkaya, R. (2024). "New Era in Urban Transformation: Urban Transformation Presidency and Amendments by Law No. 7471", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cumhuriyet'in 100'üncü Yılı Armağanı, s. 495-516. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.128>

***Sorumlu Yazar:** Reşat Çetinkaya, resatcetin86@gmail.com

INTRODUCTION

Between 1900 and 2017, 210 damaging earthquakes with a magnitude of at least 6.0 occurred, causing loss of life. As a result of these earthquakes, 86,802 people lost their lives and 597,865 houses were severely damaged. In light of these statistics¹, we can state that most of the buildings in densely populated areas in Turkey are located in the earthquake zone. After the August 17, 1999, Gölcük earthquake, when old buildings were reduced to rubble under earthquake loads, regulations on materials, analysis, design, construction, and inspection have paved the way for the design and construction of safer structures. As a result of the evaluation of the condition of old buildings and whether they require retrofitting or demolition under the name of "Urban Transformation", it was understood during the February 6 earthquake that although many urban transformation practices were implemented, their impact was limited. In the report of the Presidency of the Republic of Turkey's Strategy and Budget Directorate on the earthquake²; it was stated that as of March 6, 2023, 1.712.182 buildings were damaged, 35.355 buildings were demolished, 17.491 buildings needed to be demolished urgently, 179.786 buildings were heavily damaged, 40.228 buildings were moderately damaged, and 431.421 buildings were slightly damaged. It was reported that the buildings that were demolished or severely damaged included not only residential buildings but also public buildings such as historical and cultural buildings, schools, administrative buildings, hospitals, and hotels. In light of these data, it is seen that the problem of dense unplanned urbanization continues and the need for comprehensive urban transformation is more urgent than ever.

Considering that earthquakes have such a wide social impact, creating earthquake-resilient cities and developing comprehensive urban transformation strategies can only be realized with the intervention of the State's responsibility. Article 56 of the Constitution stipulates that everyone has the right to live in a healthy and balanced environment and that it is the duty of the state and citizens to improve the environment, and Article 57 stipulates that the state is obliged to take measures to meet the housing need within the framework of planning that takes into account the characteristics of cities and environmental conditions. Due to this duty imposed on the administration by the Constitution, many legal regulations have been put into effect. While the Law No. 6306 on the Transformation of Areas Under Disaster Risk, which is the main legal basis of urban transformation practices and entered into force in 2012, has been amended 11 times with different regulations, the "Law on the Amendment of the Law on the Transformation of Areas Under Disaster Risk and Certain Laws and Decree Law No. 375", which entered into force after being published in the Official Gazette on November 9, 2023, includes serious amendments that take into account the practical criticisms of Law No. 6306. The main basis of legal regulations is to make settlements safe, qualified and habitable. In this context, in order to make settlements safe, qualified and livable; settlement areas at risk of disaster³, physically, socially and economically⁴ inadequate structures and natural, historical and cultural environmental areas that need to be protected should be subjected to liquidation, renovation and improvement within the scope of transformation plans and projects based on the public interest⁵.

¹ Ministry Of Interior Disaster and Emergency Management Presidency, Türkiye'de Afet Yönetimi ve Doğa Kaynaklı Afet İstatistikleri - Disaster Management and Natural Disaster Statistics in Turkey, 2008, p. 48.

² Presidency of The Republic of Türkiye, Presidency of Strategy and Budget, Kahramanmaraş ve Hatay Depremleri Raporu - Report on the Kahramanmaraş and Hatay Earthquakes, 2023, p. 26.

³ Birpınar, M. Emin. "Türkiye'de Kentsel Dönüşüm Olgusu ve 6306 sayılı Yeni Yasa", *Müsiad Journal*, vol. 20, no. 59, 2012, p. 33.

⁴ Özden, P. Pınar. "Kentsel Yenileme Uygulamalarında Yerel Yönetimlerin Rolü Üzerine Düşünceler ve İstanbul Örneği", *Siyasal: Journal of Political Sciences*, no.24, 2001, p.257.

⁵ Ülger, N. Enver. *Türkiye'de Arsa Düzenlemeleri ve Kentsel Dönüşüm*, Nobel Akademik Yayıncılık, 2010, p. 55.

There are opinions that the previous Law No. 6306 did not offer a holistic approach to urban transformation⁶. Especially, the renewal of risky buildings is planned not as part of an urban design but simply by demolishing and rebuilding existing risky buildings without significant changes to the general settlement and usage pattern of a city or region⁷. It is evident that the urban transformation campaign primarily focused on earthquake safety has not mobilized the societal dynamics. There is a need for sustainable models that embrace a holistic approach, capable of creating an impact across society. Therefore, the necessity⁸ for comprehensive and sustainable land management paradigms compatible with urban planning and implementation approaches has been one of the main reasons for the new regulation. In order to create a new dynamism in urban transformation practices, fundamental amendments were made to the 'risky building' and 'reserve building area' issues, which are among the main applications of Law No. 6306.

Due to the intensification of the earthquake agenda in our country, discussions on urban regeneration have started to receive the necessary public attention. The public sector, private sector, local communities, and civil society organizations play various roles in urban transformation practices. It is necessary to strengthen institutional capacity in order to increase the effectiveness of decision-making processes in the initial project design and implementation phases of urban regeneration, which is a complex process involving many stakeholders. New legislative regulations aimed at accelerating transformation practices, particularly in anticipation of potential future earthquakes (especially the Marmara earthquake), have gained significance. Significant changes have been made in terms of the effectiveness of institutional-bureaucratic capacity in urban transformation. With the establishment of the Urban Transformation Presidency under the Ministry of Environment, Urbanization, and Climate Change by the "Presidential Decree on Making Amendments to Some Presidential Decrees" published in the Official Gazette dated October 16, 2023, and numbered 32341, it is believed that a new management approach will be developed for urban transformation practices. In this study, the first section will evaluate the definition, purpose, and scope of the concept of urban transformation. The second section will assess the new management approach and the Urban Transformation Presidency concerning urban transformation practices. The final section will discuss the changes made in urban transformation practices and institutions in light of recent legislative amendments.

I. THE CONCEPT OF URBAN TRANSFORMATION

The concept of urban transformation has emerged as a result of efforts to address the problems encountered in cities due to industrialization and the associated population growth⁹. Considering the implementation processes, scopes of impact, and target programs, it is possible to make different definitions¹⁰. In light of the various functions mentioned, the concept of urban transformation is included in the doctrine¹¹ under various names such as urban renewal, urban redesign, urban gentrification,

⁶ İnal, Emrehan. *Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, p. 8.

⁷ Üstün, Gül. *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, p. 10.

⁸ Yomralıoğlu, Tahsin. "1st International Urban Regeneration Symposium", Chamber Survey and Cadastre Engineers, Ankara, 2013.

⁹ Kandaloğlu, Nihat. *Kentsel Dönüşüm ve Bir Dağıtım Modeli Önerisi*, Unpublished Doctoral Thesis, Istanbul Technical University, İstanbul, 2012, p. 5.

¹⁰ Uzun, C. Nil. *İstanbul'da Seçkinleştirme (Gentrification): Örnekler ve Seçkinleştirme Kuramları Çerçevesinde Bir Değerlendirme, İstanbul'da Soylulaştırma: Eski Kentin Yeni Sahipleri*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006, p. 31; Keleş, Ruşen. "Kentsel Dönüşümün Tüzel Altyapısı", *Mimarist Dergisi*, no. 12, 2004, p. 73; Göksu, A. Faruk. "Kentsel Dönüşüm: Yeni Yaklaşımlar ve Yenilikçi Modeller", *Mimarist Dergisi*, no. 12, 2004, p. 81; Zheng, HW / Shen, GQP / Wang, H. "A review of recent studies on sustainable urban renewal", *Habitat International*, vol. 41, 2014, p. 272.

¹¹ "Urban renewal involves the complete demolition and reconstruction of structures in an area where rents have

revitalization, and others¹².

If a universal definition of urban transformation is to be developed based on the definitions made regarding the concept¹³, urban transformation can be defined as the activity of renewing, changing, improving, revitalizing, reproducing, and restructuring the old, dilapidated, and worn-out urban fabric over time through the use of public power within a strategic approach involving social and economic programs, in accordance with contemporary urban planning principles and planning principles¹⁴.

Article 1 of Law No. 6306 provides the framework for the concept of urban transformation. The relevant article of the Law sets out the final concept with the provision:

"The purpose of this Law is to determine the procedures and principles regarding the improvement, liquidation and renovation of the areas under disaster risk and the lands and lands outside these areas where risky buildings are located in order to create healthy and safe living environments in accordance with the norms and standards of science and art."

Urban transformation is defined as strengthening residential areas in terms of physical, economic, and social well-being. In addition to the multidimensional strengthening of urban design, the concept of urban transformation¹⁵ has come to the agenda at the point of reshaping areas that have completed their economic life, lost their function and uncontrolled built areas in terms of physical and socio-cultural aspects. The history of urbanization and policies of countries also determine the course of urban transformation. Therefore, urban transformation is a multi-layered decision-making and implementation process rather than a spontaneously occurring process. This is because it involves social, economic, cultural, and political dimensions. In other words, urban transformation is a comprehensive vision and action process¹⁶ that provides a permanent solution to the economic, social, physical, and

fallen sharply, revitalizing the existing structures. Regeneration entails creating a new urban fabric or improving the existing one in areas that have become blighted, integrating them back into the city. Sanitation involves upgrading the performance of a deteriorating environment with inadequate infrastructure through limited investments. Revival or revitalization focuses on bringing back to life urban areas experiencing decline socio-culturally, economically, or physically, by eliminating or altering the factors contributing to the decline. Rehabilitation aims to restore old urban areas that have not yet lost their original character despite the onset of deformation. Urban planning and rehabilitation involve legitimizing illegitimate areas in terms of urban planning, providing assurance to residents, and improving their quality of life. Urban conservation generally entails preserving the characteristics of cultural and natural properties within legal frameworks, aiming to rescue historical sites from disappearance and integrate this heritage with contemporary life. Gentrification addresses the rehabilitation of the social structure in areas that have suffered socio-cultural decline, consequently affecting their physical surroundings." Üstün, Gül. *Kentsel Dönüşüm*, Doctoral Thesis, Marmara University, Istanbul, 2008, p. 6.

¹² Çaptuğ, Mehpare. *İdare Hukuku Açısından Kentsel Dönüşüm*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, p. 17.

¹³ See also different definitions., "Urban transformation refers to the method designated to simultaneously address issues concentrated in urban deteriorated areas" Donnison, D. "The Challenge of Urban Regeneration for Community Development" *Community Development Journal*, 1993, p. 293. "It can also be defined as an agreement on the need to better understand urban decay processes and the outcomes to be achieved through transformation" Linchfield, Dalia. "Urban Regeneration for the 1990s" *London Planning Advisory Committee*, London, 1992. "Another definition of urban transformation is the continuous improvement of the social, physical, economic, and environmental conditions of a region through a comprehensive and integrated vision and action" Roberts, Peter/ Sykes Hugh. "The Evolution, Definition and Purpose of Urban Regeneration", *Urban Regeneration A Handbook*, London, 2008.

¹⁴ Özden, P. Pınar. *Kentsel Yenileme Yasal-Yönetmelik Boyut, Planlama ve Uygulama*, İmge Kitapevi, Ankara, 2008, p. 44.

¹⁵ Friesecke Frank. "The Role of Partnerships in Urban Regeneration-Similarities and Differences between Germany and United Kingdom", *Strategic Integration of Surveying Conference*, Hong Kong, 2007.

¹⁶ Özkan, Y. Emre/ Sidal, Süleyman. "Kent'in Dönüşümü ve Yoksulluk" *Eğitim Bilim Toplum Dergisi*, vol. 6, no. 24, 2008, p. 22.

environmental conditions of a region undergoing change, thereby solving urban problems. If urban transformation is defined with a holistic approach, it is described as an integrated action to improve the physical, economic, environmental, and social conditions of an area in a regular manner¹⁷. To advance such a complex process towards comprehensive objectives, it occurs through external intervention in the utilization of urban areas. Ensuring the legality of these interventions, which require balancing the public interest and individual property rights, is possible through effective public planning and judicial oversight.

Urban transformation is subject to different evaluations due to its multidimensional structure that intersects with various disciplines and fields of science. In addition to the development of different disciplines, urban transformation has been handled with different definitions due to the socio-economic structure of countries, and the problems and solutions have also varied until today due to the differences in implementation in the historical process. In parallel with shaping urbanization policies within the framework of the political and economic conditions of the period, urban transformation has also been implemented with different scopes and objectives. Therefore, while the definitions around the concept of urban transformation are constantly being updated, there will continue to be conceptual changes from the past to the future.

The main objective of the conceptual changes is to achieve results that will make the social demand for urban transformation more widely accepted and that will encourage the political institution to adopt regulations that will make urban transformation more feasible. Today, different outcomes¹⁸ stand out as follows:

“Contributing to the resolution of directly sociologically linked problems such as haphazard urbanization, aesthetic distortion, shantytowns, environmental pollution, and high crime rates.

Contributing to the development of the city in accordance with the requirements of the era.

Increasing the welfare of society and individuals, strengthening the competitive structure of the city.

Preventing unplanned and irregular settlements.

Facilitating the development of policies and strategies for the city alongside rational policies.”

The subject of urban regeneration practices are both publicly owned buildings and privately owned buildings. Some restrictions¹⁹ may be imposed on these structures within the framework of the purpose of the project and the public interest. Areas under disaster risk, shantytowns, areas with a high density of illegal apartment buildings, areas at risk of natural destruction, areas of urban decay in urban centers, and urban areas that have reached the end of their economic life may be the subject of urban transformation practices, which include the improvement, development, renewal of the urban structure or the preservation of historical areas of use²⁰. In our country, transformation projects are primarily implemented for risky buildings located in areas under disaster risk.

¹⁷ Roberts, Peter/ Sykes, Hugh, p. 9.

¹⁸ Roberts, Peter/ Sykes, Hugh, p. 9.

¹⁹ Melikşah, Yasin. “Kentsel Dönüşüm Projelerinin Hukuki Boyutu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 60, 2005, p. 111.

²⁰ Keleş, Ruşen. *Kentleşme Politikası*, İmge Yayınevi, 2013, p. 388.

Numerous legislative regulations regarding urban planning have been implemented since 1848²¹. Regulations, increasingly comprehensive and extensive since the early Republican periods, have cumulatively contributed²² to urban transformation practices, paved the way for today's level of development. The final form of the legal framework was determined by the 'Law No. 6306 on the Transformation of Areas Under Disaster Risk and Making Amendments in Some Laws and Decree Laws No. 375,' which was published in the Official Gazette on November 9, 2023, and entered into force. The establishment of the Urban Transformation Presidency, which became the main executor of this legal framework, is indicative of a new milestone.

II. URBAN TRANSFORMATION PRESIDENCY

The public sector, private sector, local residents, and civil society organizations play roles of varying effectiveness levels in urban transformation practices. The significance of legal regulations in addressing potential issues during the planning and implementation stages of urban transformation projects, involving multiple stakeholders, cannot be overstated. In addressing the identified problems in urban transformation practices, it is crucial to evaluate the capacity and approach of actors within the transformation ecosystem (public-private sector-residents) in legislative efforts.

Today's urban regeneration policies are based on the principles of participation, sustainability, cooperation and comprehensiveness, although the main scope and forms of implementation vary across countries²³. The organizational capability of the public sector is crucial for ensuring effective public participation in the process. Therefore, it is important to evaluate the reasons behind the need for urban transformation and its legal and implementation dimensions from the perspective of public administration²⁴. Ultimately, urban transformation involves large-scale interventions planned for urban areas.

Nevertheless, the effectiveness and competency of the public sector within the urban transformation ecosystem have often been a subject of debate. Especially considering the challenges in coordinating and financing urban transformation projects aimed at creating earthquake-resistant cities, it must be acknowledged that public administration will be the necessary executor. This can be ensured through a robust legal framework and strong institutions. It is crucial that large-scale projects planned within the framework of urban transformation be centralized under a central authority, coordinated, and encourage effective resource utilization through collaborations. With the establishment of the Urban Transformation Presidency on October 16, 2023, it is hoped that it will accelerate the country's urban transformation process in an organized and coordinated manner. Evaluations will be made regarding the Urban Transformation Presidency in terms of its past and current status from the perspective of the public sector.

A. Previous Status of Institution

The Republic of Turkey switched to the Presidential Government System as of 09.07.2018. Law No. 6771 on the Amendment of the Constitution of the Republic of Turkey, published in 2017, made fundamental changes to the 1982 Constitution. With the Presidential Decree No. 1, the organizational

²¹ Çakallı, M. Emin. *Kentsel Yenilemede Bir Araç Olarak Kentsel Dönüşüm Projeleri ve İlgili İdari Yargı Kararları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, p. 42.

²² Gül, 2008, p. 20.

²³ Roberts/ Sykes, p. 5.

²⁴ Genç, F. Neval. "Türkiye'de Kentsel Dönüşüm: Mevzuat ve Uygulamaların Genel Görünümü", *İ.İ.B.F Yönetim ve Ekonomi Dergisi*, 2008, p. 115.

structure of the Ministries was determined. With the Presidential Decree on the Organization of the Presidency, which entered into force after being published in the Official Gazette dated 10/7/2018 and numbered 30474, the General Directorate of Infrastructure and Urban Transformation Services, which was organized as an affiliated unit of the Ministry of Environment and Urbanization, was authorized in matters related to urban transformation. The General Directorate, which does not have a separate public legal entity and is under the hierarchical supervision of the Ministry to which it is affiliated under the state legal entity, was tasked with determining the principles and procedures regarding urban transformation. Within the General Directorate, central units were established as Department of Infrastructure, Department of Monitoring and Evaluation, Department of Transformation Areas, Department of Risky Structures, Department of Financing, Department of Real Estate, and Department of Management Services. Infrastructure and Urban Transformation Directorates established in Bursa, Istanbul and Izmir were assigned as the units of the provincial organization²⁵.

B. Current Status of the Institution

The 6th of February Earthquakes, which have resulted in tragic losses in our country, have led to an increase in earthquake-focused discussions in the public agenda. Meanwhile, the feasibility level of urban transformation projects and the difficulties encountered in their implementation processes have added another dimension to the discussions. Besides technical and financial issues, the challenges in implementing legal regulations have prompted the state's executive power to explore different institutional models.

The complexities and difficulties encountered in urban transformation, which have led to various search for solutions, can be categorized as follows:

- Property Issues²⁶: Urban transformation generally entails changes in property ownership. However, in some cases, property rights may be uncertain, inheritance matters may become complex, leading to delays in the process.

- Financial Challenges²⁷: Urban transformation often requires significant financial resources. Financing issues can arise both for individuals as homeowners and for the government in supporting this process.

- Social Acceptance²⁸: Decisions regarding urban transformation can lead to various reactions within society. Particularly, resistance from current residents against the change in their traditional neighborhoods may occur.

- Infrastructure Problems²⁹: Old settlements often have inadequate infrastructure. When

²⁵ See for decree determining the structure, functioning, duties and authority of limits state institutions, Article 99 of Presidential Decree No.1.

²⁶ Yasin, Melikşah. "Kentsel Dönüşümün Uygulamalarına İlişkin Temel İlkeler", *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, Ed. Melikşah Yasin, Cenk Şahin, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015, s. 2; İnam, Şaban/ Başarır, Aslı. *Kentsel Dönüşüm ve Toprak Mülkiyeti Sorunları*, Toprak Mülkiyeti Sempozyum Bildirileri, pp. 256-271.

²⁷ T. Yücememiş, Başak/ Kurt, Timuçin. "Türkiye'de Kentsel Dönüşümün Finansmanında Yenilikçi ve Alternatif Finansman Modellerinin Kullanılma Potansiyelinin Belirlenmesine Yönelik Araştırma", *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, vol. 13, no. 25, 2021, p. 937.

²⁸ Ecer, Halil/ Kalelioğlu, M. Ragıp. "Kentsel Dönüşümün Toplumsal Yansıması: Gaziantep Örneği", *Journal of City and Civilization*, 2020, pp. 178-183.

²⁹ Alaybeyoğlu, Ayşegül/ Kılıç, Uğur/ İregöl, Ayşe/ Konbul, Yunus. "Kentsel Dönüşümde Mahalleler Arası Öncelik Sıralaması: Örnek Bir Karar Destek Sistemi", *Uludağ Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Dergisi*, vol. 21, no. 2, 2016, p. 379.

infrastructure improvements are required during urban transformation, this can make the process more complex.

- **Management Challenges³⁰:** Managing the urban transformation process requires coordination among various stakeholders. Without effective communication and management, the process may encounter disruptions.

- **Legal Processes³¹:** Urban transformation often involves legal procedures. Legal uncertainties regarding property rights, zoning regulations, and other issues can prolong the process.

- **Social Inequality³²:** During urban transformation, those with better financial means may benefit more, while low-income groups may face greater difficulties. This situation can lead to social inequalities.

These problems can make urban transformation processes complex and challenging. Successful urban transformation requires good planning, effective communication, and a comprehensive approach involving the participation of all stakeholders. Considering the duties and powers of the abolished Directorate General of Infrastructure and Urban Transformation Services, it is clear that it would not be able to demonstrate sufficient effectiveness in solving the mentioned problems. With the establishment of the Urban Transformation Presidency under the Ministry of Environment, Urbanization, and Climate Change by the "Presidential Decree on Amendments to Some Presidential Decrees" published in the Official Gazette numbered 32341 on October 16, 2023, it is aimed to overcome the obstacles encountered.

Since 2012, when Law 6306 entered into force, urban transformation in disaster-prone areas has gained a certain momentum, but it became evident after the February 6 earthquake that it was insufficient to create earthquake-resistant cities. With the establishment of the Urban Transformation Presidency; it is aimed to follow a different course by increasing the share allocated to urban transformation from public resources, increasing institutional capacity, and increasing central and effective intervention capacity.

The establishment of the Urban Transformation Presidency, replacing the Directorate General of Infrastructure and Urban Transformation Services abolished under the relevant decree, has increased institutional capacity. New central units have been formed, and a legal entity for the public component has been established. Upon examining the articles of the decree, it is understood that the public component of the urban transformation ecosystem will practically deploy all its capabilities in the field. It would be beneficial to examine the innovations brought by the Urban Transformation Presidency.

1. Having Public Legal Entity Status

Law No. 6306, along with relevant legislation, had positioned the Infrastructure and Urban Transformation Services General Directorate, which was repealed, within the hierarchical structure. According to Article 792/K-(1) of the Presidential Decree regulating the establishment of the Urban Transformation Presidency established under the Ministry of Environment, Urbanization, and Climate

³⁰ Gül, Atila/ Cesur, Büşra. "Ülkemizde Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Karşılaşılan Sorunlar ve İrdeleme [Problems in Urban Renewal Implementation in Our Country and Discussion]", *Süleyman Demirel University Press*, 2016, p. 243.

³¹ Genç, p. 123.

³² Dinçer, İclal. "Kentsel Dönüşümde Kaybedilen Müşterekler", *Mimarlık Dergisi*, no.427, 2022, p. 9.

Change; the Presidency was designated as a public legal entity with a special budget within the state.

The primary reason for granting legal entity status to public entities outside the state, namely public administrations, is to provide autonomy to these institutions vis-à-vis the state³³. In essence, public legal entities³⁴;

- “ Have the capacity for rights and actions and can enter into rights and obligations.
- Have their own decision-making and management bodies.
- Can establish legal transactions by expressing their will.
- Have the capacity to be a party in court and participate in litigation.
- Have property ownership.
- Have their own specific budgets.
- Can employ personnel exclusively for themselves.”

In addition to the mentioned characteristics, public legal entities benefit from the power and privileges of the state. Here, the term "public power and privileges" refers to characteristics that surpass special legal rules such as unilateral action, ex officio execution, and benefiting from the presumption of legality³⁵.

The aim of granting the Urban Transformation Presidency the status of a public legal entity is understood to be the desire to carry out urban transformation efforts much more quickly and effectively. Ensuring balance among the components of the urban transformation ecosystem and expediting the urban transformation process will be the primary responsibilities of the Urban Transformation Presidency.

2. Granting Authority for Resource Development

Urban transformation practices are inherently financial resource-intensive. The financial dimension of urban transformation encompasses the parties involved in urban transformation - the public and investors - as well as individuals affected by urban transformation. In this regard, there are various practices such as credit and rental assistance provided by the state, capital market instruments, and various legal regulations. However, the need for both housing adequacy and the transformation of existing housing requires the proliferation of urban transformation financing mechanisms³⁶.

The main financing model involves the direct transfer of funds from the central budget to the budgets of public institutions for use in urban transformation, or the pooling of resources allocated to public activities within the central administration into funds/programs, which are then allocated to urban transformation as grants based on predetermined priorities³⁷.

The allocation of revenues from the sale of publicly owned real estate to finance urban renewal projects is considered a new approach. For the implementation of this new method, the Presidential Decree regulating the establishment of the Urban Transformation Presidency, in Article 792/Ö-(1)-c,

³³ Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, vol. 1, Bursa, 2019, p. 198.

³⁴ Gözler, p. 628.

³⁵ Zabunoğlu, Y. Kazım. *İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, p. 136.

³⁶ Koç, Neslihan. “Kentsel Dönüşümde Finans Yöntemleri ve Kamu Müdahalesi”, *Maliye ve Finans Yazıları*, 2019, p. 293.

³⁷ Noon, David/ Smith-Canham, James/ Eagland, Martin. *Economic Regeneration and Funding*, Sage Publications, 2000, p. 61.

established the Directorate of Real Estate and Resource Development as a central organizational unit.

One of the distinctive aspects of the planned authorities of the Urban Transformation Presidency is the establishment of the ability to generate equity. During the preparation phase of the Presidency's establishment, Minister Özhaseki stated in his assessment³⁸, "Our Directorate of Real Estate and Resource Development will create resources for the urban transformation process by conducting identification, planning, and valuation procedures for real estate. With the model we have developed, we will prepare strong cities without creating a financial burden on the treasury.

Indeed, the Urban Transformation Directorate announced in its announcement³⁹ dated November 9, 2023, that the auction method would be used to sell 389 various plots of land in Ankara. Additionally, in the announcement dated July 21, 2021, it was announced that the auction method would be used to sell 65 residential units, 83 commercial properties, and 1 hotel in Ankara, Konya, Diyarbakır, and Samsun.

3. Strengthening the Regional Approach

The Presidential Decree regulating the establishment of the Urban Transformation Directorate, in Article 792/Ö-(1)-m, arranged the Urban Transformation General Directorate, while additionally (b) included the Marmara Urban Transformation General Directorate among the central organizational units.

The earthquakes that occurred in Gölcük on August 17, 1999, and in Düzce on November 12, 1999, resulted in the loss of 18,000 lives, destruction and damage to 15,400 buildings, and budget losses ranging from 10 to 25 billion dollars. The August 17, 1999 earthquake, the most recent of the seven major earthquakes that have occurred along the North Anatolian Fault since 1939, largely progressed westward. Istanbul⁴⁰, located just northwest of the region and heavily shaken in 1999, has been rapidly growing over the past 15 centuries and has suffered severe damage from earthquakes 12 times. Istanbul is facing the reality of risky structures due to rapid urbanization and uncontrolled construction, with 15% of its buildings at risk. Approximately 1.1 million homes in Istanbul were built without engineering services, either without any building inspection or with inadequate and dysfunctional supervision, known to be illegal and unlicensed.

The Marmara Region's location in a dangerous earthquake zone, consisting mainly of densely populated cities like Istanbul, a significant portion of the building stock lacking necessary qualifications, and its economic significance, necessitate a more comprehensive and detailed urban transformation planning. The establishment of a separate general directorate for urban transformation efforts in the Marmara region is a significant manifestation of the reinforcement of a regional approach.

The Marmara region, which is the region with the highest earthquake risk, can be defined as the region where urban transformation works will be carried out most intensively. Increasing the institutional capacity in this region would be a correct and strategic approach.

³⁸ See for the statements of the Minister of Environment, Urbanization, and Climate Change, Access Date:28/01/2024, <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/kentsel-donusum-uygulamalari-icin-kentsel-donusum-baskanligi-kuruldu/3021307>.

³⁹ See for the announcement, Access Date: 29/01/2024, https://webdosya.csb.gov.tr/db/altyapi/duyurular/ankaramuzayede-gorseli_20231109041113.pdf.

⁴⁰ Parsons, Tom/ Toda, Shinji/Stein, Ross/ Barka, A.A./ Dieterich, James. "Heightened odds of large earthquakes near Istanbul: An interaction- based probability calculation", *Science*, no. 288, 2000, p. 665.

4. Granting Authority to Ensure Coordination and Collaboration

Harvey highlights the importance of social consensus and collaboration-based dialogue in urban planning, stating⁴¹, "Any comprehensive strategy concerning urban systems must include and reconcile policies that affect social processes in a city—those structures and activities that link people to people, institutions to people, employment opportunities to workers, income earners to services, and so on, with policies designed to alter the spatial form of the city. Ideally, we would need to harmonize these policies to achieve a consistent social purpose."

Urban transformation is a multi-layered decision-making and implementation process, involving social, economic, cultural, and political dimensions. Urban transformation practices, aiming to provide a sustainable solution to the economic, social, physical, and environmental conditions of the region undergoing change, necessitate dynamic and pluralistic participation. It is evident that a process that considers all segments of society and allows competent organizations to express their opinions can produce more effective results.

According to Article 792/Ş-(1) of the Presidential Decree regulating the establishment of the Urban Transformation Directorate, the Directorate is authorized to ensure cooperation and coordination with public institutions and organizations, universities, local governments, non-governmental organizations, the private sector, and international organizations regarding its duties. Additionally, Article 92/Ş-(1) stipulates that the Presidency will obtain numerical and non-numerical data and inventory information produced by public institutions and organizations for urban transformation purposes in compliance with the provisions of the Law No.6698.

Urban transformation is subject to various evaluations due to its multidimensional nature, touching upon different disciplines and fields of science. The scientific assessments conducted by universities, particularly on earthquake and disaster risks, should be taken into account from the planning to the implementation stages of urban transformation. Analyses carried out in various fields such as finance, engineering, law, sociology, and more, regarding the impacts experienced throughout the process, are essential considerations. The activities of civil society organizations hold significant importance in the urban transformation ecosystem as they reflect societal demands and realities, emphasizing the concept of public interest. With the data that the Urban Transformation Presidency can obtain from universities and civil society organizations, a more systematic and effective urban transformation process can undoubtedly be pursued.

Local governments continue to be a crucial component in urban transformation practices with their legal authorities. The legal framework has been established by Law No. 5216 on Metropolitan Municipalities and Law No. 5393 on Municipalities. Law No. 5393 has granted necessary powers to municipalities for resolving urban issues. This law has provided municipalities with the legal assurances they have long awaited for ensuring healthy urbanization, housing production, and urban transformation, thereby eliminating some uncertainties in practice. The law has also empowered municipalities to build housing, mass housing projects, purchase land for this purpose, establish operations and partnerships. Articles 69 and 73 of Law No. 5393 are of particular importance for our topic, as they enable municipalities to engage in urban transformation. According to Article 69, municipalities are authorized to produce urban land within the municipal and adjacent area boundaries to ensure orderly urbanization, meet the demand for housing, industrial, and commercial areas, among other purposes. They can build, sell, lease housing and mass housing projects, purchase land for these purposes, expropriate land,

⁴¹ Harvey, David. *Sosyal Adalet ve Şehir*, Trans. Mehmet Moralı, Metis Yayınları, 2013, p. 52.

exchange these lands, collaborate with other public institutions, organizations, and banks, and undertake joint projects when necessary. Article 73, titled "Urban Transformation and Development Area," sets certain criteria for declaring urban transformation and development areas. Accordingly, municipalities can declare urban transformation and development areas through municipal council resolutions for various purposes such as creating residential, industrial, commercial, technology park, public service, recreational, and social facility areas, renewing and restoring deteriorating urban parts, preserving the historical and cultural texture of the city, or taking measures against earthquake risks. For the declaration of an urban transformation and development area according to Law No. 5393, one or more of the mentioned criteria must be met, and the area must be within the municipal or adjacent area boundaries. Local governments, empowered at all stages of urban transformation, will be an important component for strengthening collaboration in the field for the Urban Transformation Presidency.

It is a fact that the service model based solely on the centralization of public services will create handicaps in the realization of multidimensional project models such as urban transformation. In addition to the units of the central government, local governments also constitute an important public power in the execution of urban transformation processes. While the participation and preferences of the public are not important in the decisions taken by the central government, it can be said that it is easier to ensure the participation⁴² and social acceptance of the society in the processes carried out by local governments. Laws No. 5393 and No. 5216 give local governments the most important duty and authority to decide on the city's zoning applications (zoning plan, parcelization, demolition, etc.). Despite the many conveniences and flexibility that local governments can provide in the execution of urban transformation projects, it can be said that the same local governments play a limited role in the redesign of the city.

Another factor affecting urban regeneration is hybridization⁴³. This approach is based on the idea that urban planning is a highly technical and physical discipline, and instead, individual-centered and developmental approach to urban planning. This approach brings new approaches such as social rationality, sustainable development, public participation, integrated planning, urban efficiency and performance, and strategic planning to the forefront. It is certain that local governments will be the structure that will strengthen this hybrid approach that can be integrated into the city's zoning practices and reflect the preferences of the public. At this point, references to local governments in the definition of the duties and powers of the Urban Transformation Presidency gain importance. However, it is seen that this understanding is adopted to a limited extent in the regulations.

The regulation is crucial for the proliferation of urban transformation projects and the progression of planning based on accurate data. With this regulation, it is vital for the Presidency to operationalize its authority to collaborate and coordinate with public institutions, universities, local governments, civil society organizations, the private sector, and international organizations.

5. Ability to Establish Companies or Participate in Established Companies

In Turkey, urban transformation projects have generally been conducted with financial models developed by the public sector. However, due to the insufficient development of financial instruments by the public sector, there is a need for private enterprises in urban transformation projects. Among the

⁴² Doğan, H. Hüseyin. "Yerel Yönetimlerin Kentsel Dönüşüm Uygulamaları Sürecine Halkın Katılımı", *Hitit Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 2, 2015, p. 519.

⁴³ Korkmaz, Hatun. "Yerel Politikalarda Kentsel Dönüşüm Uygulamaları: Kayseri İli Örneği", *Yerel Politikalar*, Konya, 2013, p. 121.

private sector entities involved in urban transformation projects are construction firms, companies undertaking construction, marketing organizations, real estate companies where agreements are made, organizations providing financing, property owners, and private investors. Expecting the private sector to take the lead in the urban transformation process where commercial profitability and rent mechanisms are not operational would be wrong. Therefore, to involve the private sector in transformation efforts, urban transformation projects need to be presented as opportunities that benefit the private sector. Moreover, it is noted that the private sector has made significant contributions to urban transformation projects in terms of project, implementation, financial support, and management⁴⁴. Therefore, private sector stakeholders will continue to be important in the coordination and cooperation efforts of the Urban Transformation Presidency.

Article 792/S- (1) of the Presidential Decree regulating the establishment of the Urban Transformation Presidency stipulates that the Presidency can establish companies or become a partner in established companies with the Presidential Decree.

This regulation is an important consequence of the Presidency becoming a public legal entity. It will also provide important opportunities for increasing the institutional capacity of the Presidency and realizing fund-like initiatives to finance urban transformation practices.

III. CHANGES IN URBAN TRANSFORMATION PRACTICES UNDER THE LAW NO. 6306

Important regulations were made with the Law No. 7471. It is seen that the purpose of the regulations⁴⁵ is to accelerate the processes of scanning the building stock in our country, which is located in an earthquake zone, identifying risky buildings, ensuring the evacuation and demolition of the identified risky buildings and building safe buildings. Within the scope of the regulations, important changes have been made in the 'reserve building area' and 'risky building' practices. It is clear that it is useful to mention the important changes.

The effects of the amendments to the law are analyzed in the light of the evaluations made on the balance of public interest and individual interest. the objections made by the individual bring to the agenda the violation of three different fundamental rights: the right to property, the right to respect for family life and housing, and the freedom to seek rights. Violations of these rights are subject to individual application⁴⁶ to the Constitutional Court. In addition, the amendments made to Law No. 6306 are subject to Constitutional review.

⁴⁴ Kalağan, Gökhan/ Çiftçi, Gökhan. “Kamu-Özel Sektör İşbirliğinin Kentsel Mekana Yansıması: Kentsel Dönüşüm Örneği ve Yeni Aktörler”, *Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, vol. 4, no. 2, 2012, p. 128.

⁴⁵ See the draft text of Law No. 7471.

⁴⁶ See Constitutional Court decisions for individual applications, Application N.2018/14460, 15/09/2021; Application N.2018/1406, 30/06/2021; Application N.2018/16483, 14/09/2021; Application N.2018/1567, 10/02/2022; Application N.2017/24356, 08/07/2020; Application N.2016/8649, 15/02/2017; Application N.2017/20694, 21/04/2021.

Considering the Constitutional Court's decisions⁴⁷ in 2014⁴⁸ and 2017⁴⁹, where numerous provisions of the Law were found to be unconstitutional and subsequently annulled, leading to significant changes in the Law, it is possible to argue that these criticisms are not legally unfounded and that the requirements of human rights law were not adequately considered during the preparation of the Law. The balance between the interests of public authorities attempting to address the reality of earthquakes in the country and the fundamental rights and freedoms of individuals will continue to be the focal point of new regulations. Indeed, the new legal amendments introduced by Law No. 7471 have also been brought before the Constitutional Court for review⁵⁰.

A. Reserve Building Area

Urban transformation is essentially a land use planning process. When implementing urban transformation, existing areas are redesigned. Accurate urban transformation practices are possible with good land planning⁵¹. Determination of reserve building area is the basic application in improving land management in urban transformation projects. The decision of reserve building area, which directly affects the property and housing rights of individuals, is taken by following certain principles and procedures. This determination authority should be used in a limited manner in area-scale applications carried out on reserve building areas and when determining the reserve building area. This is because this determination should be made when the on-site transformation of risky buildings and areas is out of the question. The administration should use its discretionary power in accordance with the principles of environment and urbanism, planning principles and public interest in the determination of the reserve building area, which is an administrative act that limits the property rights of many people and affects the rights and interests of the people living in the application area. In this respect, it is important that the decision of the Ministry regarding the determination of the reserve building area is objective and justified⁵².

Prior to the latest amendment, a reserve building area was defined as the areas determined by the Ministry of Environment, Urbanization and Climate Change upon the request of the Housing Development Administration of the Republic of Turkey (TOKİ) or the Administration or ex officio,

⁴⁷ See Constitutional Reviews, Application N.2012/87, 27/02/2014, Official Gazette Date.26/07/2014-29072; Application N.2016/133, 15/11/2017, Official Gazette Date.11/01/2018-30298.

⁴⁸ With its decision dated 27.02.2014, the Constitutional Court ruled that subjecting buildings that have not completed their economic life and are not at risk of collapse or severe damage, in other words "other buildings other than risky buildings" to the same rules as risky buildings, violates "the balance between public interest and the rights of owners of non-risk buildings". As a matter of fact, according to the Court, the limitations imposed by the Law on the right to property are regulated by taking into account that the structures are "risky". Therefore, subjecting these structures to the rules set for risky structures without foreseeing a special regulation for non-risk structures rendered the restriction imposed on the right to property disproportionate.

⁴⁹ Following the annulment decision of the Constitutional Court, in 2016, the legislator introduced a new regulation for buildings other than risky buildings. With this regulation, those of the risk-free structures deemed necessary by the Ministry in terms of the integrity of the implementation "provided that the structure is not risky in the valuation studies" Law No. 6306. Thus, the legislator again included non-risk buildings within the scope of the Law, but sufficed to state that the value assessed for these buildings should be different from that of risky buildings. The Constitutional Court, with its decision dated 15.11.2017, annulled this regulation as unconstitutional. The Court ruled that the record stating that the difference in value between risky structures and non-risk structures should be taken into account would not render the interference with the property rights of the owners of non-risk structures proportionate.

⁵⁰ See the news, <https://www.ekonomim.com/gundem/chp-kentsel-donusum-yasasini-aymye-goturuyor-haberi-723184>, Access Date.12.04.2024.

⁵¹ Cılız, A. Buse/ Aksu, Oktay. "İstanbul'da Kentsel Dönüşüm Proje Alanları İçin Rezerv Alan Tespiti", *Türkiye Arazi Yönetimi Dergisi*, vol. 5, no. 2, 2023, p. 58.

⁵² İlgezdi, A. Rıza. *Adım Adım Kentsel Dönüşüm*, Seçkin Yayıncılık, 2024, p. 5.

with the approval of the Ministry of Finance.

With the latest amendment dated November 9, 2023, Article 2 titled 'Definitions' of the Law on the Transformation of Areas Under Disaster Risk has been amended significantly in the definition of the reserve building area. The requirement of obtaining the Ministry of Finance's approval was removed from the text of the law. In addition, the phrase "as a new settlement area" in the definition has been removed from the text, so that 'new' or 'existing' settlement areas can be designated as 'reserve building areas'. The definition and scope of the reserve building area has been expanded and the expression 'new settlement area' has been removed. The removal of the expression "as a new settlement area" from the text of the Law removes the limitations for declaring reserve building areas, paves the way for parcels located in settlements to be designated as reserve building areas, and it is envisaged that not only places with disaster risk but also places designated as reserve building areas can be subject to urban transformation.

The new law imposes a prerequisite for reserve building area requests. In this context, it is stated that real or legal entities must consent to the transfer of ownership of 30% of the construction area square meters of these properties or transfer an equivalent amount to the special account for transformation projects to the Presidency in order to designate the area as a reserve building area.

With its new version, there are some concerns regarding the method of designating 'reserve building areas' in terms of individuals' property rights. It is believed that designating existing residential areas without "risky buildings" and not being in the "risky area" as "reserve building areas" will not serve the purpose of "transformation of areas at risk of disaster" envisaged in Law No. 6306. In the future, uncertainties will be clarified with the reserve building areas to be designated within the scope of the new regulation.

B. Risky Building

In Article 2/1-d of Law No. 6306, a risky building is defined as a structure located inside or outside a risky area, whose economic life has been completed or determined based on scientific and technical data to carry the risk of collapse or severe damage⁵³.

Accordingly, risky buildings can be categorized into three types: buildings whose economic life has been completed, buildings determined to carry the risk of collapse based on scientific and technical data, and buildings determined to carry the risk of severe damage based on scientific and technical data.

The identification of risky buildings, which is one of the cases included in the scope of Law No. 6306, signifies the determination by authorized institutions and organizations that the building is at risk of severe damage or collapse, or that its economic life has ended. This determination⁵⁴ is usually made at the request of the owners. However, if the owners do not request it, the determination of risky buildings may be made at the request of the Municipality or may be conducted ex officio.

The most crucial process regarding the concept of risky buildings is the identification of these buildings. Any unlawfulness in this identification process can directly violate property rights. The law has established a rule that allows public authorities, in addition to property owners' requests, to carry

⁵³ Açar, Emre. "6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapı Kavramı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 57, 2024, p. 232.

⁵⁴ Aslan, Nurcan. "Kentsel Dönüşüm Sürecinde Riskli Yapı Tespiti Üzerine Alınacak Kararlar ve Akdedilebilecek Sözleşmeleri", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 47, 2021, p. 370.

out the identification of risky buildings. In this context, the identification of risky buildings can also be initiated upon the request of the Urban Transformation Presidency. The Urban Transformation Presidency may request property owners or their legal representatives to identify risky buildings within a specified period. If the identifications are not carried out within the given period, the Presidency or the Administration (Municipality) is authorized to conduct or commission the identification process. Additionally, the Urban Transformation Presidency may directly request the Administration (Municipality) for the identification of risky buildings in designated areas within a specified period.

The Urban Transformation Presidency's initiation of identification of risky buildings can be considered as a limitation of property and right to life by the administration. According to Article 13 of the Constitution, limitations on rights must be proportional. In this context, it is crucial for the administration, in line with the principles of the rule of law, to adhere to scientific, technical, and artistic norms while identifying risky buildings and to ensure that mechanisms for objection and legal recourse are effectively operationalized.

Sometimes, difficulties arise in the determination of risky buildings due to actions by property owners. In the scope of the new regulations, new measures have been established to prevent the obstruction of risky building determination. According to Article 3/1 of Law No. 6306, if the determination of risky buildings is hindered, upon request from the Urban Transformation Presidency /Administration (Municipality), with written permission from the local administrative authority, adequate law enforcement personnel may be employed to open or have closed doors/areas opened for the determination process.

One of the major problems encountered in the practice of determining risky buildings is the issue of notification. With the new regulations, certain measures have been developed to address this problem. According to Article 3/2 of Law No. 6306, risky structures are to be reported to the relevant land registry office by the Urban Transformation Presidency or the Administration (Municipality), within 10 working days from the date of determination, to be indicated in the declarations section of the land registry. A record containing information regarding the determination of the risky building will be posted on the risky building, notified to the owners via the e-Devlet Application, and announced at the relevant neighborhood headman's office (Mukhtar) for a period of 15 days. The last day of the announcement at the headman's office (Mukhtar) will be considered the day of notification to the property owners. Additionally, risky buildings will be announced on the Urban Transformation Presidency's website for a period of 15 days. It is believed that these new notification methods will help overcome this problem.

Article 5/3 of the Law No. 6306, which regulates the demolition procedure of the building determined to be a risky building, has been amended and it has been stipulated that the owners will be given a period of ninety days at once, since the sixty-day period given to the owners for the demolition of the building and the thirty-day period plus the thirty-day period given separately prolong the process.

If required by the implementation, the Urban Transformation Presidency will also be able to carry out the identification, evacuation and demolition works and procedures regarding risky buildings itself. Within the scope of the new regulation, Article 5/4 of the Law No. 6306, in case the evacuation of the buildings is prevented; if requested by the Presidency / Administration (Municipality), based on the written permission to be given by the local administrative supervisor, it can be evacuated by opening or opening the closed doors / areas with sufficient law enforcement force. The costs of identification, evacuation and demolition of the risky building made or commissioned by the Presidency or the Administration (Municipality) may be collected from the owners in proportion to their shares according

to the Law No. 6183. The duties and powers given to the Ministry of Environment, Urbanization and Climate Change regarding the demolition of risky buildings will henceforth be executed by the Urban Transformation Presidency.

C. Decision quorum in Urban Transformation

One of the most contentious issues in urban transformation was the decision quorum. Before the recent regulation, at least a two-thirds majority decision of property owners was required for urban transformation decisions. With the amendment made in Article 6 of Law No. 6306, all procedures and transactions related to urban transformation, including obtaining building permits, can now be carried out based on the simple majority (51%) decision of property owners in proportion to their shares.

New practices necessitate procedures such as consolidation, division, area adjustments, subdivision, establishment, abandonment, registration, as well as all demolition and construction permits and transactions with other authorities/institutions to be carried out based on the simple majority decision of stakeholders in proportion to their shares.

The balance between public interest and individual rights in urban transformation is crucial, and this change from a qualified majority to a simple majority in decision-making regarding urban transformation processes signifies a faster progression from the public perspective⁵⁵. However, it can raise various concerns regarding property rights from the individual perspective. The reality of earthquakes in our country has paved the way for this new regulation, which prioritizes the public interest in Law No. 6306.

In Article 6 of Law No. 6306, another regulation stipulates that the shares of stakeholders who do not participate in the decision taken by the simple majority of stakeholders in proportion to their shares can be sold through an auction method to other stakeholders who agree to a value not less than the appraised value determined by the Directorate. In case the shares cannot be sold to stakeholders in this manner, they can be purchased by the Urban Transformation Presidency, Administration (Municipality), or Housing Development Administration (TOKİ) at the appraised value determined in risky areas and reserve building areas to implement the transformation project.

D. Financial Support in Urban Transformation

Law No. 6306, Article 5/1 has been amended to include the phrase "assistance for construction," thereby introducing a substantial financial support model in addition to rental assistance for evacuated structures. Under agreements, property owners, tenants, and limited real rights holders residing in the structures to be evacuated may receive temporary housing or business premises allocation, rental assistance, or assistance for construction.

The procedures and principles for the assistance for construction will be separately determined by the President. A support package has been initiated by Presidential Decree⁵⁶ for urban transformation in Istanbul. With this decision, in urban transformation applications in Istanbul⁵⁷, property owners may

⁵⁵ Indeed, the necessity of shortening the process and intervening in risky buildings as soon as possible is expressed in the justification and articles of Law No. 7471.

⁵⁶ See for the Presidential decree published in the Official Gazette numbered 32469 dated February 23, 2024.

⁵⁷ Istanbul residents have been waiting for the details of the "half from you, half from the state" campaign for a long time. There was an expectation that half of the house renovation costs would be covered by the government. It is indicated that the assistance specified in the Presidential decision is issued as the counterpart of this campaign.

receive grants of up to 700,000 Turkish Lira per residence, loans of up to 700,000 Turkish Lira, grants of up to 350,000 Turkish Lira per business premises, and loans of up to 350,000 Turkish Lira. Over time, with the introduction of various financial instruments, individuals are planned to be incentivized for urban transformation efforts.

CONCLUSION

After the Kahramanmaraş-centered earthquakes on February 6 that affected 11 provinces, creating resilient cities due to the expected earthquake, especially in Istanbul, because of the active fault lines in the Marmara region, has become one of the country's main agendas. The Law No. 6306 on the Transformation of Areas Under Disaster Risk came into force in 2012 for the transformation of areas under the threat of earthquakes. The law aims to prepare Turkey's risky areas and buildings for earthquakes and other disasters with respect to property rights, ensuring healthy and orderly settlement, securing the maximum social benefit at minimum cost, and using resources in a planned, healthy, and efficient manner. In this context, the law prioritizes physical transformation by focusing on urban renewal projects, improvement in urban areas, and enhancement of buildings.

The framework of urban transformation practices has been outlined within the scope of Law No. 6306. Since its enactment, the law has undergone a total of 11 amendments through decisions of the Constitutional Court and Decree Laws. The reality of earthquakes, along with the country's economic and sectoral data, has necessitated updates within the urban transformation concept.

The Urban Transformation Presidency stands as a significant institutional initiative and the primary executor of urban transformation practices. Granting public legal personality to the Urban Transformation Presidency has led to numerous institutional achievements, enhancing its organizational capacity. With administrative and financial autonomy, its scope of authority and duties has expanded. The Presidency will have the authority to develop budgets for urban transformation practices through the sale of publicly owned immovables. Adopting a regional approach based on Turkey's seismic activity and past earthquake experiences, the organizational structure of the Urban Transformation Presidency has been established. For effective and rapid implementation of measures and urban transformation practices, the Marmara Urban Transformation Directorate has been established as a central unit within the Presidency, focusing particularly on Istanbul-based initiatives. Collaborations are crucial within the complex ecosystem of urban transformation, thus, under the new regulations, the Urban Transformation Presidency has been authorized to coordinate and collaborate with public institutions, universities, local governments, civil society organizations, private sector entities, and international organizations regarding its duties. Another significant outcome of the Urban Transformation Presidency gaining public legal personality is its ability to establish companies or become a partner in existing companies, regulated by presidential decree.

In the scope of the Law No. 7471, significant changes have been implemented in urban transformation practices. Within the scope of the amendments, comprehensive changes in urban transformation have been anticipated to alleviate the bottlenecks experienced in the process.

Under the new legal framework, it is understood that the scope of determining reserve building areas has been expanded. The question of whether old and new settlement areas will remain within the reserve building area continues to be a subject of debate in terms of balancing public interest with individual interest. Similarly, significant changes have been made regarding risky buildings. The widespread and simplified identification of risky buildings, as well as the implementation of compelling measures in case of hindrance to such identification, will accelerate the urban transformation process.

In the past, many urban transformation projects were terminated due to unauthorized notifications. With the new legal regulations, new notification methods involving e-Devlet and mukhtars have been introduced. Moreover, a legal infrastructure regarding state aid for urban transformation has been established. It is expected that aid packages known as 'yarısı bizden', which have been initiated by Istanbul residents, will continue to be introduced, along with similar packages.

Undoubtedly, the most significant step taken in the new legal regulation pertains to the decision-making majority. The transition from a two-thirds qualified majority to a simple majority in deciding on urban transformation processes is considered a turning point in accelerating urban transformation and preparing the country for earthquakes.

Conflict of Interest

There is no conflict of interest.

Author Contributions

The authors did not specify the contribution rate.

REFERENCES

Açar, Emre. “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapı Kavramı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 57, 2024.

Alaybeyoğlu, Ayşegül/ Kılıç, Uğur/ İregöl, Ayşe/ Konbul, Yunus. “Kentsel Dönüşümde Mahalleler Arası Öncelik Sıralaması: Örnek Bir Karar Destek Sistemi”, *Uludağ Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Dergisi*, vol. 21, no. 2, 2016.

Birpınar, M. Emin. “Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Olgusu ve 6306 sayılı Yeni Yasa”, *Müsiad Journal*, vol. 20, no. 59, 2012.

Çakallı, M. Emin. *Kentsel Yenilemede Bir Araç Olarak Kentsel Dönüşüm Projeleri ve İlgili İdari Yargı Kararları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Çaptuğ, Mehpare. *İdare Hukuku Açısından Kentsel Dönüşüm*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Cılız, A. Buse/ Aksu, Oktay. “İstanbul’da Kentsel Dönüşüm Proje Alanları İçin Rezerv Alan Tespiti”, *Türkiye Arazi Yönetimi Dergisi*, vol. 5, no. 2, 2023.

Diñer, İclal. “Kentsel Dönüşümde Kaybedilen Müşterekler”, *Mimarlık Dergisi*, no. 427, 2022.

Doğan, H. Hüseyin. “Yerel Yönetimlerin Kentsel Dönüşüm Uygulamaları Sürecine Halkın Katılımı”, *Hitit Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 2, 2015.

Donnison, D. “The Challenge of Urban Regeneration for Community Development” *Community Development Journal*, 1993.

Ecer, Halil/ Kalelioğlu, M. Ragıp. “Kentsel Dönüşümün Toplumsal Yansıması: Gaziantep Örneği”, *Journal of City and Civilization*, 2020.

Friesecke Frank. “The Role of Partnerships in Urban Regeneration-Similarities and Differences between Germany and United Kingdom”, *Strategic Integration of Surveying Conference*, Hong Kong, 2007.

Genç, F. Neval. “Türkiye’de Kentsel Dönüşüm: Mevzuat ve Uygulamaların Genel Görünümü”, *İ.İ.B.F Yönetim ve Ekonomi Dergisi*, 2008.

Göksu, A. Faruk. “Kentsel Dönüşüm: Yeni Yaklaşımlar ve Yenilikçi Modeller”, *Mimarist Dergisi*, no. 12, 2004.

Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, vol. 1, Bursa, 2019.

Gül, Atıla/ Cesur, Büşra. “Ülkemizde Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Karşılaşılan Sorunlar ve İrdeleme [Problems in Urban Renewal Implementation in Our Country and Discussion”, *Süleyman Demirel University Press*, 2016.

Harvey, David. *Sosyal Adalet ve Şehir*, Trans. Mehmet Morali, Metis Yayınları, 2013.

İlgezdi, A. Rıza. *Adım Adım Kentsel Dönüşüm*, Seçkin Yayıncılık, 2024.

İnal, Emrehan. *Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

İnam, Şaban/ Başarır, Aslı. *Kentsel Dönüşüm ve Toprak Mülkiyeti Sorunları*, Toprak Mülkiyeti Sempozyum Bildirileri.

Kalağan, Gökhan/ Çiftçi, Gökhan. “Kamu-Özel Sektör İşbirliğinin Kentsel Mekana Yansıması: Kentsel Dönüşüm Örneği ve Yeni Aktörler”, *Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, vol. 4, no. 2, 2012.

Kandaloğlu, Nihat. *Kentsel Dönüşüm ve Bir Dağıtım Modeli Önerisi*, Unpublished Doctoral Thesis, Istanbul Technical University, Istanbul, 2012.

Keleş, Ruşen. “Kentsel Dönüşümün Tüzel Altyapısı”, *Mimarist Dergisi*, no. 12, 2004.

Keleş, Ruşen. *Kentleşme Politikası*, İmge Yayınevi, 2013.

Koç, Neslihan. “Kentsel Dönüşümde Finans Yöntemleri ve Kamu Müdahalesi”, *Maliye ve Finans Yazıları*, 2019.

Korkmaz, Hatun. “Yerel Politikalarda Kentsel Dönüşüm Uygulamaları: Kayseri İli Örneği”, *Yerel Politikalar*, Konya, 2013.

Linchfield, Dalia. “Urban Regeneration for the 1990s”, *London Planning Advisory Committee*, London, 1992.

Ministry Of Interior Disaster and Emergency Management Presidency, Türkiye’de Afet Yönetimi ve Doğa Kaynaklı Afet İstatistikleri - Disaster Management and Natural Disaster Statistics in Turkey, 2008.

Noon, David/ Smith-Canham, James/ Eagland, Martin. *Economic Regeneration and Funding*, Sage Publications, 2000.

Özden, P. Pınar. “Kentsel Yenileme Uygulamalarında Yerel Yönetimlerin Rolü Üzerine Düşünceler ve İstanbul Örneği”, *Siyasal: Journal of Political Sciences*, no. 23-24, 2001.

Özden, P. Pınar. *Kentsel Yenileme Yasal-Yönetmelik Boyut, Planlama ve Uygulama*, İmge Kitapevi, Ankara, 2008.

Özkan, Y. Emre/ Sıdal, Süleyman. “Kent Dönüşümü ve Yoksulluk” *Eğitim Bilim Toplum Dergisi*, vol. 6, no. 24, 2008.

Parsons, Tom/ Toda, Shinji/Stein, Ross/ Barka, A.A./ Dieterich, James. “Heightened odds of large earthquakes near Istanbul: An interaction- based probability calculation”, *Science*, no. 288, 2000.

Presidency of The Republic of Türkiye, Presidency of Strategy and Budget, Kahramanmaraş ve Hatay Depremleri Raporu - Report on the Kahramanmaraş and Hatay Earthquakes, 2023.

Roberts, Peter/ Sykes Hugh. “The Evolution, Definition and Purpose of Urban Regeneration”, *Urban Regeneration A Handbook*, London, 2008.

T. Yücememiş, Başak/ Kurt, Timuçin. “Türkiye’de Kentsel Dönüşümün Finansmanında Yenilikçi ve Alternatif Finansman Modellerinin Kullanılma Potansiyelinin Belirlenmesine Yönelik Araştırma”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, vol. 13, no. 25, 2021.

Uzun, C. Nil. *İstanbul’da Seçkinleştirme (Gentrification): Örnekler ve Seçkinleştirme Kuramları Çerçevesinde Bir Değerlendirme, İstanbul’da Soylulaştırma: Eski Kentin Yeni Sahipleri*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006.

Ülger, N. Enver. *Türkiye’de Arsa Düzenlemeleri ve Kentsel Dönüşüm*, Nobel Akademik Yayıncılık, 2010.

Üstün, Gül. *Kentsel Dönüşüm*, Doctoral Thesis, Marmara University, İstanbul, 2008.

Üstün, Gül. *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Yasin, Melikşah. “Kentsel Dönüşüm Projelerinin Hukuki Boyutu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 60, 2005.

Yasin, Melikşah. “Kentsel Dönüşümün Uygulamalarına İlişkin Temel İlkeler”, *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, Ed. Melikşah Yasin, Cenk Şahin, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015.

Yomralıoğlu, Tahsin. “1st International Urban Regeneration Symposium”, Chamber Survey and Cadastre Engineers, Ankara, 2013.

Zabunoğlu, Y. Kazım. *İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Zheng, HW / Shen, GQP / Wang, H. “A review of recent studies on sustainable urban renewal”, *Habitat International*, vol. 41, 2014